

COMMENTAIRE DES ARTICLES**CHAPITRE 1^{ER}****Disposition introductive****Article 1^{er}**

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

CHAPITRE 2**Insertion du Livre 5 "Les obligations"
dans le nouveau Code civil****Article 2**

Cet article insère le Livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil.

LIVRE 5**LES OBLIGATIONS****TITRE 1^{ER}****Dispositions introductives****Article 5.1^{er}****Obligation**

Le Code civil ne définit pas l'obligation. La définition retenue insiste sur le caractère juridiquement contraignant de l'obligation. Grâce à celui-ci, le créancier est en droit d'obtenir un titre exécutoire à charge du débiteur et de recourir, en cas d'inexécution de la part du débiteur, aux voies d'exécution, sous la forme d'une saisie-exécution ou d'une exécution directe (expulsion, remplacement judiciaire, décision de justice tenant lieu d'acte, etc.).

Cette définition permet de distinguer l'obligation d'autres devoirs, par exemple la norme générale de prudence, les "actes et formalités obligatoires" (J. CARBONNIER, *Droit civil. Obligations.*, t. IV, 2000, p. 28. Voy. aussi: T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 14-15) ou encore les incombances (M. FONTAINE, "Obliegenheit, incombance?", in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain-la-Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, p. 154; M. FONTAINE, "Le droit des

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING**HOOFDSTUK 1****Inleidende bepaling****Artikel 1**

Dit artikel behoeft geen bijzondere commentaar.

HOOFDSTUK 2**Invoeging van Boek 5 "Verbintenissen"
in het nieuw Burgerlijk Wetboek****Artikel 2**

Dit artikel voegt Boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek in.

BOEK 5**VERBINTENISSEN****TITEL 1****Inleidende bepalingen****Artikel 5.1****Verbintenis**

Het Burgerlijk Wetboek geeft geen definitie van de verbintenis. In de gekozen definitie wordt de nadruk gelegd op het juridisch afdwingbaar karakter van de verbintenis. Dankzij dat juridisch afdwingbaar karakter heeft de schuldeiser het recht een uitvoerbare titel te verkrijgen ten laste van de schuldenaar en, in geval van niet-nakoming door de schuldenaar, gebruik te maken van de middelen van tenuitvoerlegging in de vorm van uitvoerende beslagen of reële executie (uitzetting, gerechtelijke vervanging, rechterlijke beslissing die geldt als akte, enz.).

Met deze definitie kan men de verbintenis onderscheiden van andere plichten, bijvoorbeeld de algemene zorgvuldigheidsnorm, de "verplichte handelingen en formaliteiten" (J. CARBONNIER, *Droit civil. Obligations.*, t. IV, 2000, blz. 28. Zie ook: T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 14-15) of de zogenaamde "Obliegenheiten" (M. FONTAINE, "Obliegenheit, incombance?", in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Antwerpen-Louvain-la-Neuve, Maklu-Academia Bruylant, 1998, blz. 154;

contrats à l'écoute du droit comparé", in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Waterloo, Kluwer, 2004, pp. 305-307; P. WÉRY, *Précis*, vol. 1, 2011, n° 7). Elle permet aussi de différencier l'obligation civile de l'obligation naturelle (*infra*).

Article 5.2

Obligation naturelle

L'alinéa 1^{er} confirme que l'obligation naturelle est dépourvue de tout caractère juridiquement contraignant (K. WILLEMS, *De natuurlijke verbintenissen*, Bruges, die Keure, 2012, 558 p.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, p. 263 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1039 et s.; P. WÉRY, *Précis*, II, 2016, n° 9 et s.). Elle est seulement susceptible d'être exécutée par le débiteur de manière volontaire. Le créancier ne peut donc en exiger l'exécution. Les obligations naturelles les plus fréquentes consistent en des devoirs moraux "généralement acceptés comme tels dans notre société et suffisamment impérieux pour qu'ils puissent se traduire par une obligation civile dès l'instant où ils sont exécutés par le débiteur ou reconnus par celui-ci" (P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations (1968-1973)", *R.C.J.B.*, 1975, p. 625). Par ailleurs, selon la jurisprudence récente de la Cour de cassation, l'obligation prescrite subsiste comme obligation naturelle (Cass., 14 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 798; Cass., 6 mars 2006, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2008, p. 343).

Les alinéas 2 et 3 règlent les effets. Le paiement de l'obligation naturelle ne peut fonder une action en restitution. Encore faut-il que ce paiement soit effectué volontairement et en pleine connaissance de cause. Le débiteur peut se faire restituer ce qu'il a versé par erreur ou sous l'empire d'une contrainte (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique", *J.T.*, 1996, p. 690 (avec réf. à Cass., 24 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 152, *J.T.T.*, 1983, p. 143, *R.W.*, 1982-1983, col. 1051, note – à propos d'un paiement effectué sous la contrainte – et à Mons, 21 mars 1989, *Rev. not. belge*, 1989, p. 527 – paiement effectué par erreur; Cass., 29 novembre 2013, *Pas.*, n° 649). Comme indiqué dans le commentaire de l'article 5 133, 3°, dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui est ici codifiée, l'erreur et la contrainte ne correspondent pas aux vices de consentement de l'erreur et de la violence. Afin d'éviter toute confusion et en réponse aux observations du Conseil d'État, le terme d'erreur est remplacé par celui d'ignorance.

M. FONTAINE, "Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé", in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Waterloo, Kluwer, 2004, blz. 305-307; P. WÉRY, *Précis*, vol. 1, 2011, nr. 7). Zij biedt ook de mogelijkheid de burgerlijke verbintenis te onderscheiden van de natuurlijke verbintenis (*infra*).

Artikel 5.2

Natuurlijke verbintenis

Het eerste lid bevestigt dat de natuurlijke verbintenis geen enkel juridisch afdwingbaar karakter heeft (K. WILLEMS, *De natuurlijke verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2012, 558 p.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, blz. 263 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, II, blz. 1039 e.v.; P. WÉRY, *Précis*, II, 2016, nr. 9 e.v.). Zij kan enkel op vrijwillige wijze door de schuldenaar worden nagekomen. Derhalve kan de schuldeiser haar uitvoering niet opeisen. De vaakst voorkomende natuurlijke verbintenissen zijn morele plichten "die algemeen aanvaard zijn in onze maatschappij en voldoende gebiedend zijn opdat ze zich zouden kunnen vertalen in een burgerlijke verbintenis zodra zij door de schuldenaar worden uitgevoerd of door hem worden erkend" (vertaling van: P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations (1968-1973)", *R.C.J.B.*, 1975, blz. 625). Volgens recente rechtspraak van het Hof van Cassatie blijft de verjaarde verbintenis bovendien bestaan als een natuurlijke verbintenis (Cass., 14 mei 1992, *Pas.*, 1992, I, blz. 798; Cass., 6 maart 2006, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2008, blz. 343).

Het tweede en het derde lid bevatten de gevolgen. De betaling van de natuurlijke verbintenis kan niet als grondslag dienen voor een vordering tot teruggave. Bovendien moet de betaling vrijwillig en met volle kennis van zaken zijn verricht. De schuldenaar kan zich laten teruggeven wat hij door dwaling of onder dwang heeft gestort (S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique", *J.T.*, 1996, blz. 690 (met verwijzing naar Cass., 24 september 1981, *Pas.*, 1982, I, blz. 152, *J.T.T.*, 1983, blz. 143, *R.W.*, 1982-1983, kol. 1051, noot – betreffende een onder dwang verrichte betaling – en naar Bergen, 21 maart 1989, *Rev. not. belge*, 1989, blz. 527 – door dwaling verrichte betaling –; Cass., 29 november 2013, *Pas.*, nr. 649). Zoals aangegeven in de toelichting bij artikel 5 133, 3°, stemmen dwaling en dwang in de rechtspraak van het Hof van Cassatie die hier verankerd wordt, niet overeen met de wilsgebreken dwaling en geweld. Om elke verwarring te vermijden en in antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, is de term "dwaling" vervangen door de term "vergissing".

La reconnaissance d'une obligation naturelle obéit au même régime que le paiement d'une obligation naturelle.

Article 5.3

Sources des obligations

Tout comme le Code civil le fait en son article 1370, la proposition dresse l'inventaire des sources des obligations. Il renonce toutefois à la terminologie critiquable du Code (P. WÉRY, I, 2011, n° 18 et s.).

Les obligations peuvent naître d'un acte juridique, c'est-à-dire d'un acte émanant d'une ou de plusieurs personnes destiné à produire des effets de droit.

Elles peuvent aussi trouver leur origine dans un quasi-contrat (la gestion d'affaire, le paiement indu et l'enrichissement injustifié) ou dans la loi (obligation alimentaire, obligation fiscale, etc.), en ce compris le cas échéant les instruments internationaux dotés d'un effet direct dans l'ordre juridique interne. Le mot "loi" inclut aussi la coutume et les principes généraux du droit; ainsi la prohibition de l'enrichissement injustifié, qui est désormais, consacré en tant que texte de loi, a-t-elle, d'abord, vu le jour en tant que principe général du droit.

Les obligations peuvent aussi résulter de la responsabilité extracontractuelle, ce qui correspond notamment aux actuels articles 1382 à 1386*bis* du Code civil: une obligation de réparation naît, par exemple, à charge de l'auteur d'une faute personnelle par négligence qui cause un dommage à autrui.

L'apparence créée, ou confiance légitime, n'est pas consacrée, en tant que telle, en tant que source d'obligations ou plus largement d'effets juridiques. Les contours de celle-ci restent, en effet, difficiles à définir avec précision, ce qui risque d'être préjudiciable à la sécurité juridique. La Cour de cassation ne l'a, au demeurant, pas consacrée explicitement en tant que principe général du droit, malgré le souhait d'une partie de la doctrine (réf. citées par P. WÉRY, II, 2016, n° 259); deux arrêts récents, rendus en matière de transport maritime, font certes référence à la "vertrouwensleer", sans toutefois la qualifier explicitement de principe général du droit (Cass., 30 juin et 26 septembre 2016, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, p. 507 en 508 note B. VERHEYE).

La proposition n'en comporte pas moins des applications particulières de l'idée que l'apparence ou la

De erkenning van een natuurlijke verbintenis is onderhevig aan dezelfde regels als de betaling van een natuurlijke verbintenis.

Artikel 5.3

Bronnen van verbintenissen

Net zoals in artikel 1370 van het Burgerlijk Wetboek, geeft dit voorstel een inventaris van de bronnen van verbintenissen. Het ziet echter af van de betwistbare terminologie van het wetboek (P. WÉRY, I, 2011, nr. 18 e.v.).

Verbintenissen kunnen ontstaan uit een rechtshandeling, dit is een handeling die uitgaat van een of meer personen en die ertoe strekt rechtsgevolgen teweeg te brengen.

Ze kunnen ook hun oorsprong vinden in een oneigenlijk contract (zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking) of in de wet (onderhoudsverplichting, fiscale verplichting, enz.), met inbegrip, desgevallend, van internationale instrumenten die directe werking hebben in de interne rechtsorde. Het woord "wet" omvat ook de gewoonte en de algemene rechtsbeginselen; zo heeft het verbod op ongerechtvaardigde verrijking, dat voortaan in een wettekst wordt bevestigd, in oorsprong ingang gevonden als algemeen rechtsbeginsel.

Verbintenissen kunnen ook voortkomen uit de buitencontractuele aansprakelijkheid, wat met name overeenstemt met de huidige artikelen 1382 tot en met 1386*bis* van het Burgerlijk Wetboek: een verbintenis tot herstel ontstaat bijvoorbeeld ten laste van de dader van een persoonlijke fout door nalatigheid die een ander schade berokkent.

De gewekte schijn of het gewettigd vertrouwen wordt niet als dusdanig gehuldigd als bron van verbintenissen of, in ruimere zin, van rechtsgevolgen. Het blijft immers moeilijk de afbakening ervan precies te bepalen, wat de rechtszekerheid zou kunnen schaden. Het Hof van Cassatie heeft deze figuur trouwens nog niet uitdrukkelijk gehuldigd als algemeen rechtsbeginsel, ondanks de wens van een deel van de rechtsleer (verwijzingen vermeld door P. WÉRY, II, 2016, nr. 259); in twee recente arresten, gewezen inzake maritiem vervoer, wordt wel verwezen naar de "vertrouwensleer", maar zonder die uitdrukkelijk te kwalificeren als algemeen rechtsbeginsel (Cass., 30 juni en 26 september 2016, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, blz. 507 en 508, noot B. VERHEYE).

Niettemin omvat het voorstel bijzondere toepassingen van het idee dat de schijn of het gewekte vertrouwen

confiance créée peut produire des effets de droit. La proposition consacre ainsi, l'interdiction de l'abus de droit, qui peut s'appliquer à l'exercice d'un droit d'une manière qui est objectivement inconciliable avec le comportement de son titulaire, trompant ainsi la confiance légitime qu'il avait fait naître dans le chef d'autrui (art. 5.73) (voy. aussi le projet du Livre 1^{er}, art. 1.10). Ainsi encore, le projet du Livre 1^{er} consacre-t-il la figure de la représentation apparente (art. 1.8, § 5). Par ailleurs, le paiement effectué entre les mains d'un créancier apparent est libératoire pour le débiteur (art. 5 198, al. 2, 3^o). Enfin, en cas de rupture fautive des négociations, l'indemnisation de la victime doit prendre en compte, lorsqu'a été suscitée la confiance légitime que le contrat serait nécessairement conclu, la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu (art. 5.17, al. 2).

TITRE 2

Les sources d'obligations

Sous-titre 1^{er}

Les actes juridiques

CHAPITRE 1^{ER}

Le contrat

Section 1^{re}

Dispositions introductives

Article 5.4

Définition du contrat

Cet article remplace l'ancien article 1101 du Code civil et s'inspire de l'article 1101 C. civ. fr. (voy. également P. WÉRY, I, n° 37). Les termes "contrat" et "convention" sont considérés comme des synonymes. Les effets de droit visés par un contrat sont par exemple, la constitution, la constatation, la modalisation, la suspension, la cession, la modification ou l'extinction de droits subjectifs, la constitution d'une personne morale dans les cas prévus par la loi.

rechtsgevolgen teweeg kan brengen. Zo verankert het voorstel, het verbod op rechtsmisbruik dat toegepast kan worden bij de uitoefening van een recht dat objectief gezien onverenigbaar is met het gedrag van de titularis, waarmee hij het gewettigd vertrouwen beschaamt dat hij bij de ander deed ontstaan (art. 5.73) (zie ook in het ontwerp van Boek 1, art. 1.10). Voorts verankert het ontwerp van Boek 1 de figuur van de schijnvertegenwoordiging (art. 1.8, § 5). Overigens is de betaling gebeurd in handen van een schijnschuldeiser bevrijdend voor de schuldenaar (art. 5 198, lid 2, 3^o). Ten slotte moet, in geval van foutief afbreken van de onderhandelingen, bij de vergoeding van het slachtoffer rekening worden gehouden met het verlies van de verwachte netto-voordelen van de niet-afgesloten overeenkomst wanneer het wettelijk vertrouwen was gewekt dat het contract noodzakelijkerwijs zou worden afgesloten (art. 5.17, lid 2).

TITEL 2

Bronnen van verbintenissen

Ondertitel 1

Rechtshandelingen

HOOFDSTUK 1

Contract

Afdeling 1

Inleidende bepalingen

Artikel 5.4

Definitie van het contract

Dit artikel vervangt oud artikel 1101 van het Burgerlijk Wetboek en is geïnspireerd op artikel 1101 C. civ. fr. (zie ook: P. WÉRY, I, nr. 37). Contract en overeenkomst worden opgevat als synoniemen. De rechtsgevolgen beoogd door een contract zijn bijvoorbeeld het vestigen, het vaststellen, het modaliseren, het schorsen, het overdragen, het wijzigen of het uitdoven van subjectieve rechten, de oprichting van een rechtspersoon in de gevallen bepaald door de wet.

Article 5.5

Contrats consensuels, formels et réels

Cet article établit la distinction entre les contrats consensuels, formels et réels et s'inspire de l'article 1109 C. civ. fr. (voy. également S. STIJNS, Livre 1, 22-23, n° 28; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 60; P. WÉRY, I, 81-84, n°s 61-64).

Le caractère formel ou réel d'un contrat peut être fondé sur la loi ou sur un contrat. En d'autres termes, les parties peuvent rendre elles-mêmes leur contrat formel ou réel (voy. également l'article 5.29). La remise de la chose ne vise pas simplement la remise physique, mais doit être entendue au sens large comme la remise ou la mise à disposition de l'objet d'une prestation.

On notera que, dans le contrat réel, la remise de la chose est indispensable à la formation du contrat. En l'absence d'une telle remise, le contrat ne vient pas à existence et doit, malgré la rencontre des consentements, être considéré de plein droit comme inexistant, de la même manière par exemple que si le contrat n'était pas prouvé. Il en résulte notamment qu'aucune action en justice ou même aucune notification n'est requise pour faire disparaître le contrat de l'ordre juridique; que l'absence de contrat peut être opposée par quiconque sans limite de temps; qu'aucune confirmation n'est envisageable. Ces particularités s'expliquent par l'origine historique des contrats réels, dont le régime remonte au droit romain. En revanche, lorsque les formalités requises pour la conclusion d'un contrat formel n'ont pas été accomplies, le contrat n'est pas inexistant, mais seulement frappé de nullité. Les règles prévues aux articles 5.57 et suivants de la présente proposition sont dès lors applicables.

Parmi les contrats formels, on distingue traditionnellement ceux pour lesquels les formalités dont dépend la validité du contrat sont celles édictées par la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat. De telles formalités ne peuvent être mises sur le même pied que, par exemple, les mentions devant figurer sous peine de nullité dans le contrat de cautionnement à titre gratuit (article 2043*quinquies* du Code civil) ou dans le contrat d'organisation de voyage (article 11 de la loi du 27 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage). En effet, le notaire est un officier ministériel qui exerce une fonction publique, dans l'intérêt des parties (qu'il est chargé de conseiller en toute impartialité) ainsi que dans l'intérêt général du public (voy. not. H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 31-32

Artikel 5.5

Consensuele, vormelijke en zakelijke contracten

Dit artikel bevestigt het onderscheid tussen consensuele, vormelijke en zakelijke contracten en is geïnspireerd op artikel 1109 C. civ. fr. (zie ook: S. STIJNS, Boek 1, 22-23, nr. 28; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 60; P. WÉRY, I, 81-84, nrs. 61-64).

Het vormelijke of zakelijke karakter van een contract kan zijn grondslag vinden in de wet of in een contract. De partijen kunnen met andere woorden zelf hun contract vormelijk of zakelijk maken (zie ook artikel 5.29). De overhandiging van het voorwerp doelt niet louter op de fysieke overdracht maar moet in ruime zin worden begrepen als de overhandiging of terbeschikkingstelling van het voorwerp van een van de prestaties.

Er moet worden opgemerkt dat bij het zakelijk contract de overhandiging van het voorwerp absoluut noodzakelijk is voor de totstandkoming van het contract. Bij gebrek aan dergelijke overhandiging komt het contract niet tot stand en moet het, ondanks de wilsovereenstemming, van rechtswege als onbestaand worden beschouwd, net als wanneer bijvoorbeeld het contract niet is bewezen. Daaruit vloeit o.m. voort dat geen rechtsvordering of zelfs geen kennisgeving is vereist om het contract uit de rechtsorde te laten verdwijnen, dat wie dan ook zich zonder beperking in de tijd kan beroepen op het ontbreken van een contract en dat bekrachtiging niet mogelijk is. Die bijzonderheden zijn te verklaren door de historische oorsprong van de zakelijke contracten, waarvan het regime teruggaat tot het Romeins recht. Wanneer daarentegen niet is voldaan aan de vormvereisten voor het afsluiten van een vormelijk contract, is het contract niet onbestaand, maar is het enkel nietig. De regels waarin de artikelen 5.57 en volgende van dit voorstel voorzien, zijn dan van toepassing.

Bij de vormelijke contracten onderscheiden we traditioneel de contracten waarvoor de vormvereisten waarvan de geldigheid van het contract afhangt, zijn vastgelegd in de wet van 25 ventôse jaar XI op het notarisambt. Dergelijke vormvereisten kunnen niet op gelijke voet worden geplaatst met bijvoorbeeld de vermeldingen die op straffe van nietigheid moeten voorkomen in het contract van kosteloze borgtocht (artikel 2043*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek) of in de pakketreisovereenkomst (artikel 11 van de wet van 21 november 2017 betreffende de verkoop van pakketreizen, gekoppelde reisarrangementen en reisdiensten). De notaris is immers een ministerieel ambtenaar die een openbaar ambt uitoefent in het belang van de partijen (aan wie hij op onpartijdige wijze raad geeft) en in het algemeen belang van het publiek (zie o.a. H. CASMAN, *Précis du notariat*, Brussel, Bruylant,

et p. 218). Le notaire est par ailleurs chargé de vérifier la légalité des actes qu'il reçoit et l'acte notarié jouit dès lors d'une force probante renforcée (article 8.15 et suivants du Code civil) et de la force exécutoire (article 19 de la loi de ventôse; voy. également l'article 5.59, alinéa 3, de la présente proposition). Pour que l'acte notarié jouisse de ce statut privilégié, un certain nombre de prescriptions édictées par la loi de ventôse doivent cependant être respectées, et ce que l'intervention du notaire soit obligatoire – notamment en matière de donations directes (article 931 du Code civil), de subrogation conventionnelle par le débiteur (article 1250, 2°, du Code civil, reprise à l'article 5 219 de la présente proposition), de contrat de mariage (article 1392 du Code civil) ou d'hypothèque conventionnelle (article 76 de la loi hypothécaire) – ou facultative. Compte tenu de leur importance et dès lors qu'elles sont intimement liées au statut particulier de l'acte notarié, ces formalités prévues par la loi de ventôse se voient traditionnellement réserver le nom de solennités et les contrats dont la validité dépend de l'accomplissement de ces solennités sont traditionnellement qualifiés de solennels. Les contrats solennels sont soumis aux mêmes règles que celles applicables aux contrats formels, sous réserve des particularités prévues par la loi de ventôse.

Article 5.6

Contrats synallagmatiques et unilatéraux

Cet article remplace les anciens articles 1102 et 1103 du Code civil et s'inspire de l'article 1106 C. civ. fr. La formulation "lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres" de l'ancien article 1102 du Code civil est remplacée par "lorsque les parties sont obligées réciproquement les unes envers les autres" afin d'inclure également les contrats synallagmatiques imparfaits. La disposition vise l'hypothèse la plus fréquente du contrat bipartite et n'exclut pas qu'un contrat comprenant par exemple une stipulation pour autrui puisse être qualifié de synallagmatique.

Article 5.7

Contrats à titre onéreux et à titre gratuit

Cet article remplace les anciens articles 1105 et 1106 du Code civil. Les anciennes définitions ont été simplifiées sans toucher à leur portée (cf. également W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 62).

2011, blz. 31-32 en blz. 218). De notaris is bovendien belast met het onderzoeken van de wettelijkheid van de akten die hij verlijdt en derhalve heeft de notariële akte een grotere bewijswaarde (artikel 8.15 en volgende van het Burgerlijk Wetboek) en is ze uitvoerbaar (artikel 19 van de wet van 25 ventôse jaar XI; zie ook artikel 5.59, derde lid, van dit voorstel). Opdat de notariële akte die bevoorrechte status zou hebben, moeten evenwel een aantal voorschriften worden nageleefd die zijn vastgelegd in de wet van 25 ventôse jaar XI en moet het optreden van de notaris verplicht zijn – wat o.m. het geval is bij de rechtstreekse schenking (artikel 931 van het Burgerlijk Wetboek), bij de conventionele subrogatie op initiatief van de schuldenaar (artikel 1250, 2°, van het Burgerlijk Wetboek en overgenomen in artikel 5 219 van dit voorstel), bij het huwelijkscontract (artikel 1392 van het Burgerlijk Wetboek) en bij de conventionele (artikel 76 van de Hypotheekwet) of facultatieve hypotheekstelling. Gelet op het belang ervan en aangezien zij nauw samenhangen met de bijzondere status van de notariële akte, worden de vormvereisten waarin de wet van 25 ventôse jaar XI voorziet traditioneel de "wettelijke of plechtige vorm" genoemd en worden de contracten waarvan de geldigheid afhangt van die wettelijke of plechtige vorm traditioneel als "plechtig" gekwalificeerd. Voor de plechtige contracten gelden dezelfde regels als voor vormelijke contracten, onder voorbehoud van de bijzondere kenmerken waarin de wet van 25 ventôse jaar XI voorziet.

Artikel 5.6

Wederkerige en eenzijdige contracten

Dit artikel vervangt oude artikelen 1102 en 1103 van het Burgerlijk Wetboek en is geïnspireerd op artikel 1106 C. civ. fr. De bewoording "wanneer de partijen zich over en weer jegens elkaar verbinden" uit oud artikel 1102 van het Burgerlijk Wetboek is vervangen door "wanneer de partijen over en weer jegens elkaar verbonden zijn" om ook de onvolmaakt wederkerige contracten te omsluiten. De bepaling heeft betrekking op de vaakst voorkomende hypothese van het contract tussen twee partijen en sluit niet uit dat een contract met bijvoorbeeld een derdenbepaling kan gekwalificeerd worden als wederkerig.

Artikel 5.7

Contracten onder bezwarende titel en ten kosteloze titel

Dit artikel vervangt oude artikelen 1105 en 1106 van het Burgerlijk Wetboek. De oude definities zijn vereenvoudigd, zonder aan de draagwijdte ervan te willen raken (zie ook: W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 62).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que la notion d'avantage ne peut être remplacée par celle de prestation, sous peine de confondre les notions de contrat à titre onéreux et de contrat synallagmatique. Ainsi, le prêt à intérêt est-il un contrat à titre onéreux sans pour autant être un contrat synallagmatique

Article 5.8

Contrats commutatifs et aléatoires

Cet article remplace l'ancien article 1104 du Code civil (voy. également l'art. 1964 C. civ.; S. STIJNS, 1, 26, n° 32; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 62; P. WÉRY, I, 79-80, n° 57). Il consacre la définition des contrats aléatoires donnée par la Cour de cassation (Cass., 18 septembre 2017, n° C.14 0156.F, concl. av. gén. J.-M. Genicot; Cass., 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, n° 358).

Article 5.9

Contrat-cadre

Cet article s'inspire de l'article 1111 C. civ. fr. (voy. également S. STIJNS, 1, 29, n° 38; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 65-66).

Article 5.10

Contrat d'adhésion

Cet article s'inspire de l'article 1102-5 Catala et de l'article 3.2 de la directive 93/13/CEE (voy. également W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 64-65). Le contrat d'adhésion s'interprète conformément à l'article 5.66.

Le second alinéa correspond à l'article 3, al. 2, de la Directive 93/13/CEE.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il a été décidé de ne pas s'écarter de la terminologie utilisée dans cette directive et dans sa loi de transposition.

Article 5.11

Contrat avec un consommateur

Le contrat conclu avec un consommateur est défini par renvoi aux définitions figurant dans le Code de droit économique. Les règles d'interprétation de ce contrat sont rappelées à l'article 5.66.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat het begrip "voordeel" niet kan worden vervangen door "prestatie", omdat anders de begrippen "contract ten bezwarende titel" en "wederkerig contract" met elkaar worden verward. Aldus is een lening op interest een contract ten bezwarende titel zonder evenwel een wederkerig contract te zijn.

Artikel 5.8

Vergeldende en kanscontracten

Dit artikel vervangt oud artikel 1104 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 1964 BW; S. STIJNS, 1, 26, nr. 32; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 62; P. WÉRY, I, 79-80, nr. 57). Het verankert de door het Hof van Cassatie gehanteerde definitie van kanscontracten (Cass., 18 september 2017, nr. C.14 0156.F, concl. adv. gen. J.-M. Genicot; Cass., 20 juni 2005, A.C., 2005, nr. 358).

Artikel 5.9

Raamcontract

Dit artikel is geïnspireerd op artikel 1111 C. civ. fr. (zie ook: S. STIJNS, 1, 29, nr. 38; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 65-66).

Artikel 5.10

Toetredingscontract

Dit artikel is geïnspireerd op artikel 1102-5 Catala en artikel 3.2 van de richtlijn 93/13/EEG (zie ook: W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 64-65). Het toetredingscontract wordt geïnterpeteerd overeenkomstig artikel 5.66.

Het tweede lid stemt overeen met artikel 3, lid 2 van de Richtlijn 93/13/EEG.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State is besloten om niet af te wijken van de terminologie die wordt gebruikt in die richtlijn en haar omzettingwet.

Artikel 5.11

Contract met een consument

Het contract met een consument wordt gedefinieerd via een verwijzing naar de definities opgenomen in het Wetboek van economisch recht. De regels inzake de interpretatie van dit contract worden herhaald in artikel 5.66.

Il a été délibérément choisi de ne pas reprendre dans le Code civil les règles propres aux contrats avec les consommateurs. Elles conservent leur place dans le Code de droit économique et dans les lois particulières. Néanmoins, certaines dispositions générales méritent leur place dans le Code civil, à savoir la notion de droit de rétractation (art. 5.22) et les règles particulières d'interprétation pour les contrats avec un consommateur (art. 5.66 *in fine*). Il était en même temps nécessaire de définir dans le Code civil le contrat avec un consommateur. Dans un souci d'uniformité, il a été choisi de procéder à un renvoi au Code de droit économique.

Article 5.12

Contrat multipartite

Sous le régime de l'ancien Code civil, la possibilité de conclure un contrat multipartite était déduite de l'article 1101, où un contrat est défini comme "une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres". Inspiré par des codifications étrangères (comme p.e. les Pays-Bas ou l'Italie) et à la suite de l'attention portée par la doctrine à ce concept (voy. e.a. E. DIRIX, "De meerpartijenovereenkomst", *T.P.R.*, 1983, 757-794; I. SAMOY et P. WÉRY, *Meerpartijenovereenkomsten / Contrats multipartites*, Bruges, die Keure, 2013, 299 p.), la proposition a voulu consacrer le contrat multipartite de manière officielle dans le nouveau Code civil en lui consacrant une définition et une disposition spécifique.

Conformément à l'article 5.13, le contrat multipartite est en principe soumis aux mêmes règles que les contrats bipartites, à moins que leur nature ou leur portée ne s'y oppose.

Article 5.13

Champ d'application et renvois

Cet article remplace l'ancien article 1107 du Code civil et s'inspire des articles 6:213, alinéa 2, et 6:216 NBW.

La disposition en projet exprime la règle selon laquelle le chapitre 1 du Titre I^{er} du Livre 5 du Code civil contient le droit commun des obligations contractuelles, applicables en principe à l'ensemble des contrats. L'application de ce droit commun peut toutefois être complétée ou écartée par des dispositions légales particulières qui définissent le régime d'un contrat en particulier (on parle alors de

Het is een bewuste keuze om de regels voor contracten met een consument niet over te brengen naar het Burgerlijk Wetboek. Zij behouden hun plaats in het Wetboek economisch recht en in bijzondere wetten. Niettemin verdienen enkele algemene begrippen en regels hun plaats in het Burgerlijk Wetboek, met name het begrip herroepingsrecht (art. 5.22) en de bijzondere interpretatieregels voor contracten met een consument (art. 5.66, *in fine*). Meteen bestond ook de noodzaak om het begrip contract met een consument te definiëren in het Burgerlijk Wetboek. Met het oog op de uniformiteit, is geopteerd voor een kruisverwijzing naar het Wetboek van economisch recht.

Artikel 5.12

Meerpartijencontract

Onder het oud Burgerlijk Wetboek werd de mogelijkheid om een meerpartijencontract te sluiten afgeleid uit artikel 1101, waar een contract gedefinieerd werd als een "overeenkomst waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden". Naar het voorbeeld van buitenlandse codificaties (zoals bv. Nederland en Italië) en in navolging van de aandacht in de rechtsleer voor deze figuur (zie o.m. E. DIRIX, "De meerpartijenovereenkomst", *T.P.R.*, 1983, 757-794; I. SAMOY en P. WÉRY, *Meerpartijenovereenkomsten / Contrats multipartites*, Brugge, die Keure, 2013, 299 p.), wenst het voorstel het meerpartijencontract in het nieuw Burgerlijk Wetboek officieel te erkennen door een definitie op te nemen en een specifieke bepaling aan het meerpartijencontract te wijden.

Overeenkomstig artikel 5.13, is het meerpartijencontract in principe onderworpen aan dezelfde regels als tweepartijencontracten, tenzij hun aard of strekking zich daartegen verzet.

Artikel 5.13

Toepassingsgebied en verwijzingen

Dit artikel vervangt oud artikel 1107 van het Burgerlijk Wetboek en is geïnspireerd op artikel 6:213, lid 2, en 6:216 NBW.

De voorgestelde bepaling verwoordt de regel dat het eerste hoofdstuk van Titel I van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek het gemene recht voor de contractuele verbindenissen bevat die in beginsel toepassing vinden op alle contracten. De toepassing van dit gemene recht kan evenwel aangevuld of uitgesloten worden door bijzondere wetsbepalingen die het regime omschrijven van een

“contrats spéciaux” comme indiqué à l’alinéa 2 de la disposition en projet). Tel peut aussi être le cas des contrats administratifs, des contrats de l’administration, des contrats de mariage et des contrats avec un consommateur. En dehors de ces cas, il se peut également, à titre exceptionnel, que la nature ou la portée du contrat en question s’oppose à l’application du droit commun des contrats. Comme indiqué dans l’introduction générale des développements, cette expression vise à garantir une certaine flexibilité dans l’application de règles de droit nécessairement abstraites tout en étant appelées à régir des situations très variées. Elle permet de tenir compte aussi bien de la catégorie juridique de l’acte (sa nature) que, plus concrètement, de son contenu et ses objectifs (sa portée). La Cour de cassation a ainsi considéré qu’une convention préalable à un divorce par consentement mutuel reste soumise aux règles du droit des obligations comme toute convention de droit patrimonial et peut dès lors être attaquée pour cause de lésion qualifiée (Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 605), dénommée abus de circonstances dans la présente proposition (article 5.37). En revanche, elle a considéré que cette convention préalable est une convention de droit familial de nature particulière, qui est soumise aux règles générales du droit des obligations, étant entendu que, eu égard à sa nature et à son économie, elle ne peut être attaquée du chef d’erreur ou de lésion, les parties étant censées avoir prévu ces risques au moment de la conclusion de la convention (Cass., 9 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 606). De la même manière, la nature particulière des contrats multipartites pourra dans certains cas justifier un écartement ou un aménagement des règles ordinaires applicables aux contrats, notamment sur le plan de la formation dynamique ou de la résiliation (voy. à cet égard les références citées dans le commentaire de l’article 5.12).

Conformément à l’article proposé ici, le droit commun des obligations contractuelles s’applique non seulement aux contrats proprement dits, mais également, moyennant le cas échéant les adaptations nécessaires, aux clauses individuelles de ce contrat. C’est ainsi, par exemple, que la théorie de la nullité partielle peut être appliquée à l’intérieur même d’une clause et ainsi donner lieu à la réduction des clauses illicites (voy. à ce propos le commentaire de l’article 5.63). C’est ainsi aussi que peuvent être assorties d’une condition suspensive les clauses qui ne donnent pas naissance à une obligation au sens technique du terme mais produisent néanmoins des effets de droit, telles que les clauses de renonciation à un droit (voy. à ce propos le commentaire de l’article 5.244, 4°).

bijzonder contract (men heeft het dan over “bijzondere contracten”, zoals aangeduid in het tweede lid van dit artikel). Dat kan ook het geval zijn bij administratieve contracten, contracten met de overheid, huwelijkscontracten en contracten met een consument. Daarbuiten is het uitzonderlijk ook mogelijk dat de aard of de strekking van een bepaald contract niet verenigbaar is met de toepassing van het gemeen contractenrecht. Zoals vermeld in de algemene inleiding van de toelichting, wil deze uitdrukking een zekere soepelheid waarborgen bij de toepassing van rechtsregels die noodzakelijk abstract blijven terwijl zij op zeer uiteenlopende situaties toepassing moeten vinden. Zij maakt het mogelijk om zowel met de juridische categorie van de handeling (haar aard) als, concreter, met haar inhoud en doelstellingen (haar strekking) rekening te houden. Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat de regelingsakte voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming onderworpen blijft aan het verbintenissenrecht, zoals iedere vermogensrechtelijke overeenkomst, zodat zij aangevochten kan worden op grond van gekwalificeerde benadeling (Cass. 9 november 2012, *Pas.* 2012, nr. 605), die in het huidige voorstel (art. 5.37) misbruik van omstandigheden genoemd wordt. Het Hof heeft daarentegen geoordeeld dat dergelijke regelingsakte een familiaalrechtelijke overeenkomst van bijzondere aard is die onderworpen is aan de algemene regels van het verbintenissenrecht, met dien verstande dat zij, gelet op haar aard en haar strekking, niet kan worden aangevochten wegens dwaling of gewone benadeling omdat de partijen geacht worden deze risico’s bij de contractsluiting te hebben verdisconteerd (Cass. 9 november 2012, *Pas.* 2012, nr. 606). Op dezelfde wijze kan de eigen aard van meerpartijencontracten in bepaalde gevallen verantwoord dat men afwijkt van gemeenrechtelijke regels van contractenrecht of dat men ze aanpast, bijvoorbeeld op het vlak van de dynamische totstandkoming of van de opzegging (zie in dit verband de verwijzingen aangehaald in de toelichting bij artikel 5.12).

Overeenkomstig het hier voorgestelde artikel, is het gemeen recht voor contractuele verbintenissen niet alleen van toepassing op de contracten zelf, maar ook op hun individuele bedingen, desgevallend met de nodige aanpassingen. Zo kan, bijvoorbeeld, de theorie van de gedeeltelijke nietigheid toegepast worden binnen een beding en derhalve neerkomen op de matiging van ongeoorloofde bedingen (zie hierover de toelichting bij artikel 5.63). Zo kan men ook een opschortende voorwaarde koppelen aan een beding dat geen verbintenis doet ontstaan in de technische zin, maar dat toch rechtsgevolgen teweegbrengt, zoals bij bedingen waarmee afstand van recht wordt gedaan (zie de toelichting onder art. 5.244, 4°).

La disposition en projet vise ainsi à éviter toute lacune dans le droit des obligations contractuelles

La liste des catégories de contrats figurant dans ce chapitre n'est pas exhaustive. Seules sont définies les notions pour lesquelles des règles sont contenues dans d'autres dispositions du Code civil.

Section 2

La formation du contrat

Sous-section 1^{re}

La conclusion dynamique du contrat

§ 1^{er}. Les négociations

Article 5.14

Liberté contractuelle

Le présent article consacre le principe de la liberté contractuelle en s'inspirant de la formulation de l'article 1102 C. civ. fr.

L'alinéa 1^{er} consacre la liberté de contracter, laquelle inclut la liberté de refuser de contracter et celle de choisir son cocontractant. Il rappelle que les personnes privées ne sont en principe pas tenues de motiver leurs décisions en la matière (Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 33), à la différence des autorités publiques (voy. la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs).

La liberté de contracter est cependant désormais soumise à de nombreuses restrictions, dont cette disposition rappelle l'importance en commençant par les mots "Hors les cas prévus par la loi" (pour un aperçu de ces restrictions, voy. notamment P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 352 et s., p. 558 et s.). On soulignera ainsi l'impact sur cette question du droit de la concurrence et de la législation anti-discrimination (loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination; loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes; loi du 30 juillet 1981, telle que refondue par la loi du 10 mai 2007, tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie; ainsi que les normes équivalentes adoptées par les entités fédérées). Par ailleurs, la théorie interdisant l'abus de droit constitue une autre limitation importante à la liberté de contracter (Cass., 7 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 529, avec les conclusions de M. le premier avocat général A. Henkes, alors avocat

De hier voorgestelde bepaling beoogt op deze wijze leemtes in het verbintenissenrecht te vermijden.

De lijst van de soorten contracten in dit hoofdstuk is niet exhaustief. Enkel die begrippen waarvoor andere bepalingen in het Burgerlijk Wetboek regels bevatten, worden gedefinieerd.

Afdeling 2

Totstandkoming van het contract

Onderafdeling 1

Dynamische totstandkoming van het contract

§ 1. Onderhandelingen

Artikel 5.14

Contractsvrijheid

Dit artikel verankert het beginsel van de contractsvrijheid en inspireert zich op de formulering van artikel 1102 C. civ. fr.

Het eerste lid verankert de contractsvrijheid, die de vrijheid om te weigeren een contract te sluiten en om zijn medecontractant te kiezen omsluit. Het brengt in herinnering dat particulieren in beginsel niet verplicht zijn om hun beslissingen ter zake te motiveren (Cass., 13 september 1991, *Pas.*, 1991, I, blz. 33), in tegenstelling tot de overheid (zie de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen).

De contractsvrijheid is voortaan echter onderworpen aan tal van beperkingen, waarvan deze bepaling het belang onderstreept door te beginnen met de woorden "Buiten de gevallen die de wet bepaalt" (voor een overzicht van die beperkingen, zie met name P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, deel II, Les obligations, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 352 e.v., blz. 558 e.v.). Zo moet de impact op deze kwestie onderstreept worden van het mededingingsrecht en de antidiscriminatiewetgeving (wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen; wet van 30 juli 1981, zoals herzien bij de wet van 10 mei 2007, tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; alsook de equivalente wetgeving aangenomen door de deelstaten). Overigens vormt de leer inzake het verbod op rechtsmisbruik een andere belangrijke beperking op de contractsvrijheid (Cass., 7 oktober 2011, *Pas.*, 2011, nr. 529, met de conclusies van de eerste advocaat-generaal A. Henkes,

général, *R.C.J.B.*, 2014, p. 537, note T. Leonard, *R.W.*, 2012-2013, p. 1181, note S. Jansen et S. Stijns). À cet égard, si une personne privée n'est en principe pas tenue d'indiquer les motifs pour lesquels elle refuse de contracter avec une autre, le refus de fournir ces motifs pourra le cas échéant être pris en considération dans l'appréciation de l'existence d'une discrimination ou d'un abus de droit.

L'alinéa 2 consacre quant à lui la liberté de déterminer le contenu du contrat. Cette liberté est également soumise à de nombreuses restrictions. À cet égard, la formulation du texte vise à faire ressortir l'idée que la licéité du contrat s'apprécie exclusivement au travers de ses conditions de validité énoncées à l'article 5.27, en particulier les exigences d'un objet et d'une cause licites.

Article 5.15

Liberté de négocier

Cet article s'inspire de l'article 1112 C. civ. fr. (voy. également S. STIJNS, 1, 123, n° 156; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 152-153; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *D.A.O.R.*, 1990, n° 6; P. VAN OMMESLAGHE, I, 471-472). La liberté de négocier le contrat est confirmée et reste le principe. Les exceptions doivent être appliquées avec une grande réserve.

Article 5.16

Devoirs d'information

Cet article s'inspire de l'article 1112-1 C. civ. fr. (voy. également A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, 572 p.; S. STIJNS, 1, 124-125, n° 157; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 153; P. WÉRY, I, 151-153, n° 126).

Il n'existe en droit commun aucun devoir général d'information: les parties ne sont pas tenues de se fournir toutes les informations dont elles disposent. Une information ne doit donc être communiquée que dans les cas prévus par cette disposition, notamment lorsque la bonne foi l'impose. Ceci n'exclut pas que les parties puissent s'accorder pendant les négociations sur les informations à se communiquer.

Pour les devoirs d'information légaux, voir notamment les articles III.84 et suivants, VI.2 et X.26 à X.34 CDE;

destijds advocaat-generaal, *R.C.J.B.*, 2014, blz. 537, noot T. Leonard, *R.W.*, 2012-2013, blz. 1181, noot S. Jansen et S. Stijns). Hoewel een particulier aldus in beginsel niet verplicht is om aan te geven om welke redenen hij weigert te contracteren, kan de weigering om die redenen op te geven in voorkomend geval in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van het bestaan van een vorm van discriminatie of rechtsmisbruik.

In het tweede lid wordt de vrijheid om de inhoud van de overeenkomst te bepalen, verankerd. Ook die vrijheid is aan tal van beperkingen onderworpen. De formulering van de tekst drukt de idee uit dat de geoorloofdheid van het contract uitsluitend wordt beoordeeld op grond van de geldigheidsvereisten vermeld in artikel 5.27, in het bijzonder de vereisten van een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak.

Artikel 5.15

Onderhandelingsvrijheid

Dit artikel is geïnspireerd op artikel 1112 C. civ. fr. (zie ook: S. STIJNS, 1, 123, nr. 156; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 152-153; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *D.A.O.R.*, 1990, nr. 6; P. VAN OMMESLAGHE, I, 471-472). De vrijheid van onderhandelen wordt bevestigd en blijft het uitgangspunt. Uitzonderingen moeten met grote terughoudendheid worden toegepast.

Artikel 5.16

Informatieplichten

Dit artikel is geïnspireerd op artikel 1112-1 C. civ. fr. (zie ook: A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572 p.; S. STIJNS, 1, 124-125, nr. 157; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 153; P. WÉRY, I, 151-153, nr. 126).

Er geldt in het gemeen recht geen algemene informatieplicht: de partijen zijn niet verplicht elkaar alle informatie te geven die ze zelf hebben. Informatie moet dus alleen worden meegedeeld in de gevallen voorzien in deze bepaling, met name als de goede trouw het oplegt. Dat sluit niet uit dat partijen tijdens de onderhandelingen afspraken kunnen maken over de mee te delen informatie.

Zie voor wettelijke informatieplichten, o.m. artikelen III.84 e.v., VI.2 en X.26 tot X.34 WER; artikel 7 van

l'article 7 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

Pour les contrats conclus par voie électronique, l'article XII.7 CDE impose des obligations d'information particulières.

Article 5.17

Responsabilité précontractuelle

Cet article confirme et précise le droit existant en matière de responsabilité précontractuelle (voy. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 431-442; S. STIJNS, 1, 124, n° 157 et 150, n° 193; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 152-153).

L'alinéa 1^{er} confirme le principe de la responsabilité précontractuelle, à laquelle s'appliquent les règles de la responsabilité extracontractuelle, notamment en cas de rupture fautive des négociations ou de violation d'un devoir d'information. Par conséquent, la responsabilité précontractuelle implique l'obligation de réparer le dommage subi par l'autre personne.

L'alinéa 2 s'applique uniquement en cas de rupture fautive de négociations. Seul l'intérêt contractuel négatif peut en ce cas être réparé, à moins que la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu n'ait été suscitée. Dans ce cas, l'intérêt contractuel positif peut être réparé, elle implique la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu (voy. P. VAN OMMESLAGHE, I, n° 339, p. 542 et s.; contra: art. 1112 C. civ. fr.). En réponse aux observations du Conseil d'État, il semble utile de préciser que ceci n'aura lieu que dans des cas exceptionnels

Seuls les dommages ayant un lien de causalité avec la rupture fautive des négociations entrent en considération pour l'indemnisation. Par exemple, la réparation de l'intérêt négatif inclut les frais engagés devenus inutiles et la perte de l'opportunité de conclure un contrat avec un tiers. En revanche, des dépenses qui auraient été exposées en toute hypothèse n'entrent pas en ligne de compte pour l'indemnisation.

de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt.

Voor langs elektronische weg gesloten contracten door professionelen legt artikel XII.7 WER bijzondere informatieverplichtingen op.

Artikel 5.17

Precontractuele aansprakelijkheid

Dit artikel bevestigt en verduidelijkt het geldende recht inzake precontractuele aansprakelijkheid (zie: A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nrs. 431-442; S. STIJNS, 1, 124, nr. 157 en 150, nr. 193; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 152-153).

Het eerste lid bevestigt het beginsel van de precontractuele aansprakelijkheid waarop de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid van toepassing zijn, bijvoorbeeld ingeval van foutief afbreken van onderhandelingen of een schending van een informatieplicht. Bijgevolg leidt precontractuele aansprakelijkheid tot de verplichting om de door de andere persoon geleden schade te herstellen.

Het tweede lid is slechts van toepassing ingeval van foutief afbreken van onderhandelingen. Enkel het negatieve contractbelang komt in dit geval voor vergoeding in aanmerking, tenzij het rechtmatig vertrouwen gewekt is dat het contract zonder enige twijfel gesloten zal worden. In dat geval komt het positieve contractbelang voor vergoeding in aanmerking, zodat die vergoeding kan overeenstemmen met de verwachte netto-voordelen uit het niet gesloten contract (zie P. VAN OMMESLAGHE, I, nr. 339, p. 542 e.v.; contra: art. 1112 C. civ. fr.). In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State lijkt het nuttig te preciseren dat dit slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen plaatsvinden.

Enkel schade die in oorzakelijk verband staat met het foutief afbreken van de onderhandelingen komt voor vergoeding in aanmerking. Het herstel van het negatief contractbelang omvat bijvoorbeeld de gemaakte kosten die nutteloos geworden zijn en het verlies van een kans op een contract met een derde. Uitgaven die men sowieso gemaakt zou hebben, komen daarentegen niet voor vergoeding in aanmerking.

§ 2. L'offre et l'acceptation

Article 5.18

Principe

Cet article confirme le droit constant et s'inspire de l'article 6:217, alinéa 1^{er}, NBW.

Article 5.19

Offre

Cet article doit être lu conjointement avec l'article 1.5 du projet de Livre 1^{er} et s'inspire des articles 1114, 1115 et 1116 C. civ. fr., du § 146 BGB, des articles 14 à 17 CISG et de l'article 2.1.2 PICC. Il confirme le droit constant (voy. Cass., 23 septembre 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 84; C. DELFORGE, "L'offre de contracter et la formation du contrat", *T.B.B.R.*, 2004, n° 5 et s.; S. STIJNS, 1, 128-129, n° 161-162; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 154 155/001; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *D.A.O.R.*, 1990, n° 3; P. WÉRY, I, 153-160, n° 127-136).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que les notions d'éléments essentiels et substantiels sont bien connues et sont codifiées ici à droit constant (voy. les références précitées).

Article 5.20

Acceptation

Cet article doit être lu conjointement avec l'article 1.5 du projet de Livre 1^{er} et s'inspire des articles 1118 et 1120 C. civ. fr., du § 150 BGB, de l'article 19 CISG et des articles 2.1.6 et 2.1.11 PICC. Il confirme et précise le droit constant (cf. S. STIJNS, 1, 129, n° 163; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 155-157; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *D.A.O.R.*, 1990, n° 5).

Concernant l'alinéa 1^{er}, il faut préciser que lorsque le destinataire érige un élément accessoire de l'offre en élément substantiel, il faut y voir, le cas échéant une contre-offre.

Concernant l'alinéa 3, on peut citer comme exemples de circonstances concrètes permettant de retenir une acceptation tacite en présence d'un silence du destinataire,

§ 2. Aanbod en aanvaarding

Artikel 5.18

Beginsel

Dit artikel bevestigt het geldende recht en is geïnspireerd op artikel 6:217, eerste lid NBW.

Artikel 5.19

Aanbod

Dit artikel moet samengelezen worden met artikel 1.5 van het ontwerp van Boek 1 en is geïnspireerd op artikelen 1114, 1115 en 1116 C. civ. fr., § 146 BGB; artikel 14 tot 17 CISG en artikel 2.1.2 PICC. Het bevestigt het geldende recht (zie: Cass. 23 september 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 84; C. DELFORGE, "L'offre de contracter et la formation du contrat", *T.B.B.R.*, 2004, nr. 5 e.v.; S. STIJNS, 1, 128-129, nr. 161-162; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 154 155/001; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *D.A.O.R.*, 1990, nr. 3; P. WÉRY, I, 153-160, nr. 127-136).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat de begrippen "essentiële elementen" en "substantiële elementen" goed gekend zijn en hier naar geldend recht worden verankerd (zie de verwijzingen hierboven).

Artikel 5.20

Aanvaarding

Dit artikel moet samengelezen worden met artikel 1.5 van het ontwerp van Boek 1 en is geïnspireerd op artikelen 1118 en 1120 C. civ. fr.; § 150 BGB; artikel 19 CISG en artikelen 2.1.6 en 2.1.11 PICC. Het bevestigt en verduidelijkt het geldende recht (zie: S. STIJNS, 1, 129, nr. 163; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 155-157; A. VAN OEVELEN, "Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciële) contracten", *D.A.O.R.*, 1990, nr. 5).

Betreffende het eerste lid moet worden gepreciseerd dat wanneer een bijkomstig bestanddeel uit het aanbod door de bestemming wordt verheven tot een substantieel bestanddeel, er sprake is van een tegenaanbod.

Met betrekking tot het derde lid, kunnen als voorbeelden van concrete omstandigheden die toelaten een stilzwijgende aanvaarding in aanwezigheid van een stilzwijgen

l'offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire, l'existence de relations antérieures entre entreprises, etc.

Article 5.21

Moment et lieu de la formation

Cet article doit être lu conjointement avec l'article 1.5 du projet de Livre 1^{er} et confirme la théorie de la réception (cf. Cass., 25 mai 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1218, concl. G. D'Hoore et *Pas.* 1990, I, 1087; S. STIJNS, 1, 130, n° 164; P. WÉRY, I, 168-169, n° 145).

Le deuxième alinéa s'inspire de l'article 10, 3, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Il s'agit d'une présomption irréfragable formulée dans un objectif de sécurité juridique.

Article 5.22

Droit de rétractation

Cet article s'inspire de l'article 1122 C. civ. fr.

L'exercice du droit de rétractation est un acte juridique unilatéral réceptice au sens de l'article 1.5 du projet de Livre 1^{er}.

Pour les droits de rétractation accordés par la loi, voir notamment les articles VI.47, VI.67, XIV.29, XIV.41 et VI.58 CDE.

Article 5.23

Conditions générales

Cet article s'inspire pour l'alinéa 2 de l'article 1119 C. civ. fr., du § 305b BGB et de l'article 2.1.21 PICC, et pour les alinéas 3 et 4, de l'article II. – 4:209 DCFR et de l'article IV.3.4(b) Trans-Lex.

Les clauses standard ou conditions générales sont des clauses établies préalablement par l'une des parties pour un usage général et répété et elles sont imposées sans négociation avec l'autre partie (voy. art. 2.1.19 PICC).

L'alinéa 1^{er} consacre la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 20 avril 2017, n° C.16 0341.F; Cass.,

van de bestemming aan te nemen, geciteerd worden: het aanbod gedaan in het uitsluitende belang van de bestemming, het bestaan van voorafgaande relaties tussen ondernemingen, enz.

Artikel 5.21

Tijdstip en plaats van totstandkoming

Dit artikel moet samengelezen worden met artikel 1.5 van het ontwerp van Boek 1 en bevestigt de kennisnemingsleer (zie: Cass. 25 mei 1990 *Arr. Cass.*, 1989-90, 1218, concl. G. D'Hoore en *Pas.* 1990, I, 1087; S. STIJNS, 1, 130, nr. 164; P. WÉRY, I, 168-169, nr. 145).

Het tweede lid is geïnspireerd op artikel 10, 3, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*. Het gaat om een onweerlegbaar vermoeden, verwoord met het oog op de rechtszekerheid.

Artikel 5.22

Herroepingsrecht

Dit artikel is geïnspireerd op artikel 1122 C. civ. fr.

De uitoefening van het herroepingsrecht is een mededelingsplichtige eenzijdige rechtshandeling in de zin van artikel 1.5 van het ontwerp van Boek 1.

Voor herroepingsrechten toegekend door de wet, zie o.m. artikelen VI.47, VI.67, XIV.29, XIV.41 en VI.58 WER.

Artikel 5.23

Algemene voorwaarden

Dit artikel put inspiratie uit (voor het tweede lid) artikel 1119 C. civ. fr., § 305b BGB en artikel 2.1.21 PICC en voor het derde en vierde lid uit artikel II. – 4:209 DCFR en artikel IV.3.4(b) Trans-Lex.

Standaardbedingen of algemene voorwaarden zijn bedingen die op voorhand door een van de partijen voor een algemeen en herhaald gebruik zijn opgesteld en opgelegd worden zonder onderhandeling met de andere partij (zie art. 2.1.19 PICC).

Het eerste lid verankert de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass., 20 april 2017, nr. C.16 0341.F; Cass.,

16 septembre 2016, n° C.14 0424.N; Cass., 19 décembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 697).

L'alinéa 3 résout le problème du conflit de conditions générales (*battle of forms*) et opte pour la règle de l'élimination des clauses incompatibles ("*knock-out*"). La règle se base sur l'intention commune présumée des parties et se fonde sur le fait que les conditions générales ne constituent en principe pas un élément essentiel ou substantiel du contrat, mais uniquement un élément accessoire. Le contrat peut par conséquent être formé sans qu'il y ait accord de volonté des parties sur (toutes) les conditions générales. Le seul fait que les deux parties veuillent conclure le contrat sur la base de leurs propres conditions générales et que certaines de ces conditions soient incompatibles ne signifie pas que les parties ne souhaitent pas conclure le contrat. Seules les conditions générales incompatibles restent sans effet.

L'alinéa 4 indique que les parties peuvent déroger au caractère accessoire présumé des conditions générales. Leur volonté de ne pas conclure de contrat en présence de conditions générales incompatibles doit toutefois être expresse. Une déclaration en ce sens dans les conditions générales mêmes ne suffit pas. Elle doit être faite avant la conclusion du contrat. En ce cas, la règle de l'élimination des clauses incompatibles ("*knock-out*") cesse de s'appliquer au profit de la théorie selon laquelle aucun contrat ne se forme pas en cas de conditions générales contradictoires. Dans un tel contexte, si le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution, il pourra être annulé pour absence de consentement et les prestations exécutées devront être restituées (voy. les art. 5.31, 5.57, 5.62 et 5.115 à 5.124 de la proposition).

Cette disposition légale rejette la théorie du "premier mot" (*first shot*) et du "dernier mot" (*last shot*).

§ 3. Le pacte de préférence et le contrat d'option

Article 5.24

Pacte de préférence

La disposition s'inspire de celle de l'article 48 de la loi sur le bail à ferme (voy. également B. TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, dans *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, X, Anvers, Kluwer, 2001, 271-303; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 160; P. WÉRY, I, 195-199, n° 182-185). En droit commun, elle est de droit supplétif.

16 september 2016, nr. C.14 0424.N; Cass., 19 december 2011, *Pas.*, 2011, nr. 697).

Het derde lid lost het probleem van de formulierenstrijd (*battle of forms*) op en kiest voor de zogenaamde "*knock out*"-regel. De regelt steunt op de vermoede gemeenschappelijke bedoeling van de partijen en neemt als uitgangspunt dat de algemene voorwaarden in beginsel geen essentieel of substantieel bestanddeel van het contract vormen, doch slechts een bijkomstig bestanddeel. Het contract kan bijgevolg tot stand komen, zonder dat er wilsovereenstemming is over (alle) algemene voorwaarden. Het enkele feit dat beide partijen het contract willen sluiten op basis van hun eigen algemene voorwaarden en dat sommige daarvan onverenigbaar zijn, betekent niet dat de partijen het contract niet wilden sluiten. Enkel de onverenigbare algemene voorwaarden blijven zonder gevolg.

Het vierde lid geeft aan dat de partijen kunnen afwijken van het vermoede bijkomstige karakter van de algemene voorwaarden. Hun wil om het contract niet te sluiten bij onverenigbare algemene voorwaarden, moet evenwel uitdrukkelijk zijn. Een verklaring daartoe in de algemene voorwaarden zelf volstaat niet. De verklaring moet worden afgelegd voor de totstandkoming van het contract. In dat geval, is de "*knock out*"-regel niet langer van toepassing en geldt de theorie dat er geen contract tot stand komt bij onverenigbare algemene voorwaarden. Derhalve kan het contract dat in deze context reeds een begin van uitvoering kreeg, vernietigd worden wegens afwezigheid van toestemming en kunnen de geleverde prestaties voorwerp van restitutie uitmaken (zie de artikelen 5.31, 5.57, 5.62 en 5.115 tot 5.124 van het voorstel).

Deze wettelijke bepaling verwerpt de theorie van het "eerste woord" (*first shot*) en deze van het "laatste woord" (*last shot*).

§ 3. Voorkeurs- en optiecontract

Artikel 5.24

Voorkeurscontract

De regeling is geïnspireerd op de regeling van artikel 48 Pachtwet (zie ook: B. TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, X, Antwerpen, Kluwer, 2001, 271-303; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 160; P. WÉRY, I, 195-199, nr. 182-185). In het gemeen recht is zij van aanvullend recht.

Article 5.25

Contrat d'option ou promesse unilatérale de contrat

Cet article confirme le droit constant (voy. B. TILLEMANN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, dans *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, X, Anvers, Kluwer, 2001, 207-270; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 160; P. WÉRY, I, 189-194, n° 175-180).

Les règles générales en matière de formation du contrat s'appliquent. Le contrat promis se forme sans effet rétroactif une fois l'option levée.

Article 5.26

Sanction

Cet article précise la sanction en cas de violation d'un pacte de préférence ou d'un contrat d'option (voy. S. STIJNS, "Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk", dans S. Stijns et P. Wéry (éds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2010, n° 53-57, p. 217-222; B. TILLEMANN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, dans *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, X, Anvers, Kluwer, 2001, n° 717, pp. 276-277; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 160; P. VAN OMMESLAGHE, I, 574-587; P. WÉRY, I, 189-199, n° 175-185. Comparez: Cass., 27 avril 2006, *Arr.Cass.*, 2006, 993, et *Pas.* 2006, 976 (nullité), et artt. 1123-1124 C. civ. fr. (nullité et substitution)).

L'alinéa 1^{er} confirme le principe selon lequel une violation du pacte de préférence ou du contrat d'option confère au bénéficiaire le droit à la réparation du dommage subi, et plus largement aux sanctions de l'inexécution prévues aux articles 5.83 et suivants.

L'alinéa 2 dispose qu'en cas de tierce complicité à la violation du contrat (voy. art. 5 111 pour les conditions de tierce complicité de la violation d'un contrat), le tiers peut également être tenu à la réparation du dommage subi. L'alinéa 2 précise en outre que la sanction de la tierce complicité peut se traduire par l'inopposabilité du contrat (et donc pas par la sanction plus drastique de l'annulation) ou la substitution. Par l'effet de cette substitution, le bénéficiaire peut prendre la place du tiers complice (au prix et aux conditions convenus avec le tiers). En demandant la substitution, le bénéficiaire exprime sa volonté de contracter à ces conditions.

Artikel 5.25

Optiecontract of eenzijdige contractbelofte

Dit artikel bevestigt het geldende recht (zie: B. TILLEMANN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, X, Antwerpen, Kluwer, 2001, 207-270; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 160; P. WÉRY, I, 189-194, nr. 175-180).

De algemene regels inzake totstandkoming van het contract zijn van toepassing. Het beloofde contract komt na de toestemming van de begunstigde tot stand zonder retroactief effect.

Artikel 5.26

Sanctie

Dit artikel verduidelijkt de sanctie bij schending van een voorkeurs- of optiecontract (zie: S. STIJNS, "Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk", in S. Stijns et P. Wéry (éds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, nrs. 53-57, p. 217-222; B. TILLEMANN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, X, Antwerpen, Kluwer, 2001, nr. 717, p. 276-277; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 160; P. VAN OMMESLAGHE, I, 574-587; P. WÉRY, I, 189-199, nr. 175-185. Vergelijk: Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.*, 2006, 993 en *Pas.* 2006, 976 (nietigheid) en artt. 1123-1124 C. civ. fr. (nietigheid en substitutie)).

Het eerste lid bevestigt het uitgangspunt dat de begunstigde bij een miskenning van het voorkeurs- of optiecontract over het recht beschikt op herstel van de geleden schade en meer in het algemeen over de sancties bij niet-nakoming bedoeld in de artikelen 5.83 en volgende.

Het tweede lid bepaalt dat ingeval van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk (zie voor de voorwaarden van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk, art. 5 111), ook de derde tot herstel van de geleden schade gehouden kan zijn. Het tweede lid preciseert verder dat de sanctie van derde-medeplichtigheid kan neerkomen op een niet-tegenwerpelijheid van het contract (en dus niet de meer ingrijpende sanctie van de nietigverklaring) of substitutie. Met substitutie wordt bedoeld dat de begunstigde de plaats kan innemen van de derde medeplichtige (aan de prijs en de voorwaarden met de derde afgesproken). Door een substitutie te vorderen, uit de begunstigde zijn wil om te contracteren aan die voorwaarden.

Sous-section 2

Les conditions de validité

§ 1^{er}. Énumération

Article 5.27

Conditions de validité

L'alinéa 1^{er} de la disposition proposée confirme la nécessité de *quatre* conditions de validité, avec maintien de l'exigence d'une cause (conformément à l'art. 1108 C. civ. et contrairement par ex. à l'art. 1128 C.civ.fr. qui ne reprend pas cette condition). En principe et sauf dérogation légale, ces conditions de validité s'appliquent également à d'autres actes juridiques, tels que les obligations nées d'actes juridiques unilatéraux (Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, 2513, concl. Proc.gén. J.F. Leclercq et *J.T.*, 2009, 13; Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, 2526, concl. J-F. Leclercq et *J.L.M.B.*, 2010, 632).

L'alinéa 2 confirme une jurisprudence constante (Cass., 11 avril 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 822, *Pas.*, 1991, 726 et *R.W.*, 1993-94, 1064, note; Cass., 11 octobre 1991, *T.R.V.*, 1992, 83, note P. Van Hoogten; Cass., 24 septembre 2007, *Arr. Cass.*, 2007, 1743, *Pas.*, 2007, 1609, *R.W.*, 2009-10, 1640, note E. Nordin, *T.B.B.R.*, 2009, 216, note D. Philippe; Cass., 12 décembre 2008, *R.W.*, 2008-09, 1690, note R. Barbaix, *T.B.B.R.*, 2009, 236, note M.A. Masschelein, *Rev.trim.dr.fam.*, 2009, 589, *J.T.*, 2010, 335; Cass., 12 février 2015, C.2014 0330.F).

Au demeurant, il ne porte pas atteinte à la possibilité de prendre également en considération, lors de l'appréciation de la réunion des conditions de validité, des éléments de preuve *postérieurs* à la conclusion du contrat (Cass., 11 avril 1991, *op. cit.*; Cass., 11 octobre 1991, *op. cit.*; Cass., 24 septembre 2007, *op. cit.*; Cass., 12 février 2015, C.2014 0330.F).

Cette disposition n'exclut pas que des effets s'attachent également à la disparition d'une de ces conditions après que le contrat a été valablement formé (voy. la caducité par disparition de l'objet, à l'art. 5 113).

§ 2. Le consentement et ses vices

Article 5.28

Principe du consensualisme

Bien que le consensualisme soit un principe fondamental incontesté du droit des contrats, l'actuel Code civil ne le formule pas dans le cadre du droit commun

Onderafdeling 2

Geldigheidsvereisten

§ 1. Opsomming

Artikel 5.27

Geldigheidsvereisten

Het eerste lid van de voorgestelde bepaling bevestigt *vier* geldigheidsvereisten, met behoud van het vereiste van een oorzaak (zoals in art. 1108 BW en dit in tegenstelling tot bijv. art. 1128 C.civ.fr. die het vereiste weglaat). In beginsel en behoudens wettelijke afwijking gelden deze geldigheidsvereisten ook voor andere rechtshandelingen, zoals voor de verbintenissen uit eenzijdige rechtshandelingen (Cass. 10 november 2008, *Pas.*, 2008, 2513, concl. proc.gen. J.F. Leclercq en *J.T.*, 2009, 13; Cass. 10 november 2008, *Pas.*, 2008, 2526, concl. J-F. Leclercq en *J.L.M.B.*, 2010, 632).

Het tweede lid bevestigt een vaste rechtspraak (Cass. 11 april 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 822, *Pas.*, 1991, 726 en *R.W.*, 1993-94, 1064, noot; Cass. 11 oktober 1991, *T.R.V.*, 1992, 83, noot P. Van Hoogten; Cass. 24 september 2007, *Arr. Cass.*, 2007, 1743, *Pas.*, 2007, 1609, *R.W.*, 2009-10, 1640, noot E. Nordin, *T.B.B.R.*, 2009, 216, noot D. Philippe; Cass. 12 december 2008, *R.W.*, 2008-09, 1690, noot R. Barbaix, *TBBR* 2009, 236, noot M.A. Masschelein, *Rev.trim.dr.fam.*, 2009, 589, *J.T.*, 2010, 335; Cass. 12 februari 2015, C.2014 0330.F).

Het doet overigens geen afbreuk aan de mogelijkheid om, bij de beoordeling van de vervulling van de geldigheidsvereisten, ook bewijselementen die dateren van *na* de contractsluiting in aanmerking te nemen (Cass. 11 april 1991, *gecit.*; Cass. 11 oktober 1991, *gecit.*; Cass. 24 september 2007, *gecit.*; Cass. 12 februari 2015, C.2014 0330.F).

Deze wetsbepaling sluit niet uit dat ook gevolgen worden verbonden aan het verdwijnen van één van die vereisten *nadat* het contract geldig is gevormd (zie het verval wegens wegvallen van het voorwerp, in art. 5 113).

§ 2. Toestemming en wilsgebreken

Artikel 5.28

Beginsel van het consensualisme

Hoewel het consensualisme een onbetwist basisbeginsel van het contractenrecht betreft, formuleert het huidige Burgerlijk Wetboek dit niet in het gemeen

des obligations. Il peut toutefois être déduit du Code civil pour quelques contrats spéciaux, comme la vente et le mandat.

Désormais, le principe du consensualisme est confirmé expressément: en règle générale, le seul accord de volonté des parties suffit, sans aucune condition de forme, pour faire naître un contrat. Ce principe est également appliqué dans d'autres systèmes juridiques et dans le *soft law* (par ex., art. 1172 C.civ.fr.; art. 11 CO; art. II. – 1:106 DCFR; artt. 1.2. et 3.1.2 PICC) et est admis depuis longtemps déjà par la doctrine (S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, n° 28 et 43-44, n° 55; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 60 et 71; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 174, n° 82; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 131-132; P. WÉRY, I, 2011, 129, n° 105 et 223, n° 221).

Cela signifie qu'il n'existe pas, en principe, de forme imposée légalement pour l'accord de volonté (P. WÉRY, 1, 2011, 129, n° 105; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 174, n° 82).

Le consensualisme est d'application pour la plupart des actes juridiques.

Article 5.29

Exceptions au principe du consensualisme

Cette disposition prévoit la possibilité pour le législateur ou les parties de déroger au principe du consensualisme. Ainsi, les parties peuvent convenir elles-mêmes, en vertu de l'autonomie de la volonté, que leur contrat doit être établi par écrit en vue de sa validité (S. STIJNS, 1, 2015, 43-44, n° 55; P. WÉRY, I, 130, n° 106). Elles peuvent également soumettre le contrat à une autre condition de forme.

L'alinéa 1^{er} de cette disposition confirme désormais de manière générale (comme dans l'art. 1172 C.civ. fr.) que la loi ou les parties peuvent imposer certaines conditions de forme ou exiger la remise d'une chose (en ce sens: S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, n° 28 et 43-44, n° 55; W. VAN GERVEN ET A. VAN OEVELEN, 2015, 60; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 175, n° 83; P. WÉRY, I, 2011, 130, n° 106).

Lorsque le Code civil impose, dans des cas exceptionnels, des conditions de forme pour des contrats réels (par ex., pour le prêt à usage (artt. 1875 et 1892 C.civ.) et le dépôt (art. 1919 C. civ.) ou des contrats solennels (par ex., pour la donation (art. 931 C. civ.), la subrogation conventionnelle à l'initiative du débiteur (art. 1250, 2°, C. civ.) ou l'hypothèque conventionnelle (art. 76 de la loi

verbintenissenrecht. Voor enkele bijzondere overeenkomsten, zoals de koop en de lastgeving, is dit wel uit het BW af te leiden.

Het beginsel van het consensualisme wordt nu uitdrukkelijk bevestigd: de loutere wilsovereenstemming, zonder enige vormvoorwaarde, volstaat in de regel voor het doen ontstaan van een contract. Dit beginsel geldt evenzeer in andere rechtsstelsels en in de *soft law* (bijv. art. 1172 C.civ.fr.; art. 11 CO; art. II. – 1:106 DCFR; artt. 1.2. en 3.1.2 PICC) en wordt al zeer lang aanvaard door de doctrine (S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, nr. 28 en 43-44, nr. 55; VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 60 en 71; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 174, nr. 82; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 131-132; P. WÉRY, I, 2011, 129, nr. 105 en 223, nr. 221).

Dit betekent dat er in beginsel geen *wettelijk opgelegde* vorm geldt voor de wilsovereenstemming (P. WÉRY, 1, 2011, 129, nr. 105; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 174, nr. 82).

Het consensualisme is van toepassing bij de meeste rechtshandelingen.

Artikel 5.29

Uitzonderingen op het beginsel van het consensualisme

Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid voor de wetgever of voor de partijen om van het beginsel van het consensualisme af te wijken. Zo kunnen de partijen zelf afspreken, krachtens de wilsautonomie, dat hun contract bij geschrift moet worden opgesteld met het oog op zijn geldigheid (S. STIJNS, 1, 2015, 43-44, nr. 55; P. WÉRY, I, 130, nr. 106). Zij kunnen het contract ook onderwerpen aan een andere vormvoorwaarde.

Het eerste lid van deze bepaling bevestigt nu op algemene wijze (zoals in art. 1172 C.civ.fr.) dat de wet of de partijen bepaalde vormvoorwaarden kunnen opleggen of de afgifte van een voorwerp vereisen (in die zin: S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, nr. 28 en 43-44, nr. 55; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 60; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 175, nr. 83; P. WÉRY, I, 2011, 130, nr. 106).

Wanneer het Burgerlijk Wetboek, in uitzonderlijke gevallen, vormvoorwaarden oplegt voor zakelijke contracten (bv. bij bruiklening (artt. 1875 en 1892 BW) en bewaargeving (art. 1919 BW) of voor plechtige contracten (bv. bij schenking (art. 931 BW), conventionele subrogatie op initiatief van de schuldenaar (art. 1250, 2° BW) of conventionele hypotheekstelling (art. 76 Hyp.W.)),

hypothécaire)), ces exigences doivent *obligatoirement* être respectées par les contractants (P. WÉRY, I, 2011, 129, n° 105).

On constate une augmentation du formalisme imposé par le législateur dans des contrats spéciaux. Ces dernières décennies, des conditions de forme – en particulier la rédaction d'un écrit et/ou la communication d'informations – pour la formation valable ont surtout été imposées pour protéger la partie faible au contrat (le "formalisme de protection": H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, 583 p.; S. STIJNS, 1, 2015, 43-44, n° 55; P. WÉRY, I, 2011, 130, n° 106), comme dans le cadre du crédit à la consommation, du crédit hypothécaire, du contrat de courtage matrimonial et du cautionnement à titre gratuit (art. 2043*quinquies*, §§ 1^{er} et 3 C. civ.). Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le gage, le gage consenti par un consommateur devient également un contrat formel (art. 4, al. 2, de la loi sur le gage).

L'alinéa 2 précise que l'absence de remise de la chose dans un contrat réel est sanctionnée par l'absence de formation du contrat (voy. le commentaire de l'article 5.5; voy. par ex. aussi art. 1172, al. 3, C.civ.fr.).

En revanche, l'alinéa 3 prévoit qu'en l'absence d'accomplissement des formalités requises, le contrat est nul lorsque cette sanction résulte de la loi ou du contrat (voy. par ex. aussi art. 1172, al. 2, C.civ.fr.; art. 3:39 NBW). Les règles relatives à la nullité sont donc d'application (art. 5.57 et s.). Cette sanction de la nullité ne s'applique toutefois que si elle résulte de la loi ou du contrat, de manière expresse ou tacite. Certaines formalités devant être accomplies lors de la conclusion du contrat ne sont en effet pas sanctionnées par la nullité (ainsi, par exemple, les formalités d'identification du client prévues par la législation anti-blanchiment: voy. à ce propos Cass., 30 janvier 2015, *D.B.F.*, 2015, p. 260, note L. Cornelis).

Au dernier alinéa, l'accent est mis sur la distinction entre des conditions de forme qui concernent la validité d'un contrat et des conditions de forme qui sont uniquement imposées pour prouver le contrat ou le rendre opposable aux tiers (voy. également art. 1173 C.civ.fr.). Lorsque le contrat vise le transfert de propriété d'un bien immobilier, il est également formé "*solo consensu*" et donc sans conditions de forme. L'exigence d'un acte sous signature privée ou authentique porte uniquement sur la preuve de la convention (art. 8.9. C. civ.). La passation d'un acte authentique et la transcription de cet acte bureau compétent de l'administration générale de la documentation patrimoniale (artt. 1^{er} et s. de la loi hypothécaire) sont des conditions de forme qui ne

dienent deze vereisten *verplicht* door de contractanten te worden nageleefd (P. WÉRY, I, 2011, 129, nr. 105).

Men stelt een toename vast van het door de wetgever opgelegde formalisme in bijzondere overeenkomsten. De voorbije decennia werden vormvoorwaarden – in het bijzonder het opstellen van een geschrift en/of de mededeling van informatie – voor een geldige totstandkoming vooral opgelegd ter bescherming van de zwakkere contractant ("formalisme de protection" of beschermingsformalisme: H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 583 p.; S. STIJNS, 1, 2015, 43-44, nr. 55; P. WÉRY, I, 2011, 130, nr. 106), zoals bij het consumentenkrediet, het hypotheekkrediet, de huwelijksbemiddelingsovereenkomst en de kosteloze borgtocht (art. 2043*quinquies*, §§ 1 en 3 BW). Met de inwerkingtreding van de nieuwe Pandwet, wordt ook de inpandgeving door een consument een plechtig contract (art. 4, lid 2 Pandwet).

In het tweede lid is verduidelijkt dat bij gebrek aan overhandiging van de zaak, het zakelijke contract niet tot stand komt (zie de bespreking van artikel 5.5; zie bijvoorbeeld ook art. 1172, derde lid, C.civ.fr.).

Het derde lid voorziet er dan weer in dat bij gebrek aan vervulling van de vormvereisten het contract nietig is wanneer die sanctie uit de wet of het contract voortvloeit (zie bv. ook art. 1172, tweede lid, C.civ.fr.; art. 3:39 NBW). De regels betreffende de nietigheid zijn dus van toepassing (art. 5.57 e.v.). Die nietigheidssanctie is evenwel enkel van toepassing als zij uitdrukkelijk of stilzwijgend voortvloeit uit de wet of het contract. Bepaalde vormvereisten die moeten worden vervuld bij het sluiten van het contract worden immers niet gesanctioneerd met nietigheid (bijvoorbeeld de vormvereisten inzake de identificatie van de klant waarin de antiwitwaswetgeving voorziet: zie in dat verband Cass., 30 januari 2015, *D.B.F.*, 2015, blz. 260, noot L. Cornelis).

In het laatste lid wordt het onderscheid beklemtoond tussen vormvoorwaarden die de geldigheid van een contract betreffen en vormvoorwaarden die slechts opgelegd worden om het contract te bewijzen of tegenwerpelijk te maken aan derden (zie ook art. 1173 C.civ.fr.). Ook wanneer het contract de eigendomsoverdracht beoogt van een onroerend goed, komt dit "*solo consensu*" en dus zonder vormvereisten tot stand. Het vereiste van een onderhandse of authentieke akte betreft uitsluitend het bewijs van de overeenkomst (art. 8.9. BW). De vereisten van het verlijden van een authentieke akte en van overschrijving van deze akte op het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie (artt. 1 e.v. Hypotheekwet) maken vormvereisten uit die

concernent que l'opposabilité aux tiers (S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, n° 28 et 43-44, n° 55; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 60).

Article 5.30

Equivalence fonctionnelle

Cette disposition érige le principe de l'équivalence fonctionnelle, tel que déjà prévu à l'article XII.15, §§ 1^{er} et 2, du Code de droit économique (transposition de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur), au niveau du droit commun. La Commission de réforme du droit des obligations a reçu de nombreuses observations sur cette disposition au cours de la consultation publique, mais elle a estimé qu'il n'entraîne pas dans son mandat de modifier le texte tel qu'il figure dans le Code de droit économique. Cette modification fait l'objet de la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique. Le texte du présent article tient toujours compte de la modification reprise dans cette loi.

Article 5.31

Absence de consentement et erreur-obstacle

L'alinéa 1^{er} de la disposition proposée confirme, dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'absence de consentement ne conduit pas à la nullité absolue ou à l'inexistence du contrat. Le contrat est frappé de nullité relative (Cass., 21 octobre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 188, *Pas.*, 1972, 174, *R.W.*, 1971-72, 1145 et *R.C.J.B.*, 1972, 418, avec note F. Rigaux; Cass., 7 janvier 2010, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2011, 21, note F. George et *R.W.*, 2011-12, 1593, note S. Van Loock; S. STIJNS, 1, 2015, n° 101; P. VAN OMMESLAGHE, I, 279-280, n° 138; P. WÉRY, I, 2011, 226, n° 224, 313-314, n° 320-321 et 349, n° 253).

Toutefois, cette hypothèse ne peut être assimilée à un vice du consentement parce que les cas d'absence de consentement ne relèvent pas tous des conditions d'application d'un des vices du consentement.

La partie qui déclare ne pas avoir pu exprimer son consentement assume la charge de la preuve. Peuvent

louter de tegenwerpelijheid aan derden betreffen (S. STIJNS, 1, 2015, 22-24, nr. 28 en 43-44, nr. 55; VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 60).

Artikel 5.30

Functionele gelijkwaardigheid

Deze bepaling verheft het beginsel van functionele gelijkwaardigheid, zoals reeds voorzien in artikel XII.15 §§ 1 en 2, van het Wetboek van economisch recht (omzetting van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt) tot gemeen recht. De Commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht heeft tijdens de publieke consultatie talrijke opmerkingen ontvangen over deze bepaling. Zij is van oordeel dat het niet tot haar opdracht behoort om wijzigingen aan te brengen aan de tekst zoals die in het Wetboek van economisch recht is opgenomen. Deze wijziging maakt het voorwerp uit van de wet van 20 september 2018 tot harmonisatie van de begrippen elektronische handtekening en duurzame gegevensdrager en tot opheffing van de belemmeringen voor het sluiten van overeenkomsten langs elektronische weg. De tekst van dit artikel houdt reeds rekening met de wijziging opgenomen in voornoemde wet.

Artikel 5.31

Afwezigheid van toestemming en wilsverhinderende dwaling

Het eerste lid van de voorgestelde bepaling bevestigt, in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de afwezigheid van toestemming niet leidt tot de absolute nietigheid van het contract of tot een onbestaand contract. Het contract is relatief nietig (Cass. 21 oktober 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 188, *Pas.*, 1972, 174, *R.W.*, 1971-72, 1145 en *R.C.J.B.*, 1972, 418, met noot F. Rigaux; Cass. 7 januari 2010, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2011, 21, noot F. George en *R.W.*, 2011-12, 1593, noot S. Van Loock; S. STIJNS, 1, 2015, nr. 101; P. VAN OMMESLAGHE, I, 279-280, nr. 138; P. WÉRY, I, 2011, 226, nr. 224, 313-314, nrs. 320-321 en 349, nr. 253).

Het is evenwel niet volledig gelijk te schakelen met een wilsgebrek omdat niet alle gevallen van afwezigheid van toestemming onder de toepassingsvoorwaarden vallen van één van de wilsgebreken.

De partij die stelt geen toestemming te hebben kunnen vormen, draagt de bewijslast hiervan. Onder een

notamment être classés dans les situations où il n'y a pas eu d'expression de la volonté: l'incapacité de fait (par ex., en raison d'une démence sans statut de protection légale ou en raison d'une maladie), des troubles de la conscience occasionnels ou de courte durée (par exemple sous l'influence de l'alcool, de médicaments ou de drogue) et l'erreur faisant obstacle au consentement (voy. al. 2).

L'alinéa 2 règle l'erreur-obstacle (c'est-à-dire en particulier l'erreur sur la nature du contrat (*error in negotio*) ou son objet même (*error in corpore*)). Elle est considérée comme un cas d'absence de consentement (S. STIJNS, 1, 2015, 89, n° 106; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 117-118). Elle est soumise aujourd'hui à la condition d'excusabilité (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 41; P. WÉRY, I, 2011, n° 240, p. 240-241 et note 100).

Article 5.32

Erreur matérielle

Cette disposition codifie à droit constant la possibilité pour le juge de rectifier les erreurs matérielles (voy. notamment Cass., 18 décembre 1947, *Pas.* 1947, I, p. 553). Elle ne vise que l'hypothèse où les parties avaient une volonté réelle commune, mais qui involontairement diffère de leur volonté déclarée. En revanche, si la volonté réelle d'une partie diffère involontairement en dépit d'une volonté déclarée commune, il s'agit alors d'un cas d'erreur obstacle visé par l'article 5.31, al. 2. L'erreur matérielle sera généralement de portée limitée, par exemple l'omission d'un mot ou l'interversion de deux chiffres dans la désignation d'une parcelle. Elle doit ressortir à l'évidence du contrat lui-même ou de ses documents préparatoires. Si tel n'est pas le cas, l'interprétation du contrat est encore possible mais elle doit intervenir conformément aux articles 5.64 et suivants.

Article 5.33

Vices de consentement

L'alinéa 1^{er} confirme les vices de consentement existants (art. 1109 C. civ.; art. 1130 C.civ.fr.) tout en introduisant l'abus de circonstances comme vice du consentement général. Ce vice de consentement est déjà admis dans la jurisprudence et la doctrine sous l'appellation de "lésion qualifiée" (voy. à ce sujet art. 5.37). Les règles

situatie waarin geen wilsvorming heeft plaatsgehad kan men onder andere brengen: feitelijke onbekwaamheid (bijv. door dementie zonder wettelijk beschermingsstatuut of door ziekte), incidentele of kortstondige bewustzijnsstoornissen (bijv. door de invloed van drank, medicatie of drugs) en wilsverhinderende dwaling (zie lid 2).

Het tweede lid regelt de wilsverhinderende dwaling (d.i., in het bijzonder, de dwaling over de aard van het contract (*error in negotio*) of het voorwerp zelf ervan (*error in corpore*)). Zij wordt beschouwd als een geval van afwezigheid van toestemming (S. STIJNS, 1, 2015, 89, nr. 106; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 117-118). Zij wordt op vandaag onderworpen aan de voorwaarde van verschoonbaarheid (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 41; P. WÉRY, I, 2011, nr. 240, p. 240-241 en vn. 100).

Artikel 5.32

Materiële vergissing

Deze bepaling verankert naar geldend recht de mogelijkheid voor de rechter om materiële vergissingen recht te zetten (zie onder meer Cass. 18 december 1947, *Pas.* 1947, I, blz. 553). Ze heeft enkel betrekking op het geval waar partijen een gemeenschappelijke werkelijke wil hebben, maar waar die wil onvrijwillig afwijkt van hun verklaarde wil. Als de werkelijke wil van een partij daarentegen onvrijwillig afwijkt in weerwil van een gemeenschappelijke verklaarde wil, betreft het een geval van wilsverhinderende dwaling in de zin van artikel 5.31, lid 2. Een materiële vergissing heeft doorgaans slechts een beperkt belang, bijvoorbeeld het weglaten van een woord of het omkeren van twee cijfers in de beschrijving van een perceel. Ze moet duidelijk blijken uit het contract zelf of uit de voorbereidende documenten. Als dat niet het geval is, is een interpretatie van het contract nog steeds mogelijk, maar moet die gebeuren in overeenstemming met de artikelen 5.64 en volgende.

Artikel 5.33

Wilsgebreken

Het eerste lid bevestigt de bestaande wilsgebreken (art. 1109 BW; art. 1130 C.civ.fr.) maar introduceert het misbruik van omstandigheden als algemeen wilsgebrek. Onder de benaming "gekwalificeerde benadeling" vond dit wilsgebrek reeds in de rechtspraak en de rechtsleer ingang (zie hierover verder art. 5.37). De regels inzake

en matière de vices de consentement visent à protéger l'intégrité du consentement (volonté libre et consciente). La lésion simple n'est pas intégrée dans l'énumération parce qu'elle n'est pas un vice de consentement général.

Le vice du consentement doit être *déterminant* pour la conclusion du contrat. Si ce n'est pas le cas la victime peut invoquer la responsabilité précontractuelle ou une adaptation du contrat en cas d'abus des circonstances. Ces situations de responsabilité précontractuelle sont fréquentes dans la pratique. Par exemple, en cas d'erreur sur un élément non déterminant causée par une faute de l'autre partie (une information erronée ou incomplète, par exemple).

L'alinéa 2 de la disposition proposée confirme la nullité relative du contrat à titre de sanction des vices du consentement (et remplace l'art. 1117 C.civ.; voy. également art. 1131 C.civ.fr.). La sanction ne peut donc être invoquée que par la partie protégée (la partie commettant l'erreur, la partie trompée, contrainte ou lésée) qui peut également confirmer le contrat non valable. Les premiers mots "À moins que la loi n'en dispose autrement" s'expliquent par le fait que la sanction de l'abus de circonstances peut consister en l'adaptation de la prestation (voy. plus loin art. 5.37) et que la loi peut également exclure les hypothèses de nullité pour vice de consentement dans certains cas (comme pour la transaction: artt. 2052, al. 2, à 2054 C. civ.) ou les limiter (comme pour l'aveu: art. 1356, al. 4, C. civ. et l'art. 31, al. 1^{er} du nouveau Livre 8 du C. civ.).

À la fin de la disposition, on renvoie à l'éventuelle interaction entre la nullité relative et le droit de demander réparation du préjudice causé sur la base de la responsabilité extracontractuelle (art. 1382 C. civ.) (comme dans l'art. II. – 7:214 DCFR. En ce sens également: S. STIJNS, 1, 2015, n° 100, 115, 181 et 191; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 114; P. WÉRY, I, 2011, 229-230, n° 227). La victime d'un vice du consentement peut obtenir, outre l'annulation du contrat, une réparation ou choisir une réparation du dommage à la place de l'annulation. Dans les deux cas, il est requis que le vice du consentement soit causé par une faute précontractuelle dommageable de l'autre partie. En effet, en cas de vices du consentement, il y aura en même temps une telle *culpa in contrahendo* dans le chef de l'auteur du dol, de la violence ou de la personne qui a abusé de circonstances afin de léser l'autre partie. Le cocontractant de celui qui commet l'erreur peut également avoir commis une faute à l'origine de l'erreur et être tenu pour responsable (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting" in *Wilsgebreken, Leerstoel Constant Matheeußen*, Bruges, die Keure, 2006, (37) 66 et 74-88; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK,

wilsgebreken beogen de integriteit van de toestemming te beschermen (vrije en bewuste wil). De eenvoudige benadeling is niet in de opsomming opgenomen omdat het geen algemeen wilsgebrek is.

Het wilsgebrek moet *doorslaggevend* zijn voor de contractsluiting. Is dit niet het geval, kan het slachtoffer zich beroepen op de precontractuele aansprakelijkheid of op een aanpassing van het contract in geval van misbruik van omstandigheden. Deze situatie van precontractuele aansprakelijkheid komt vaak voor in de praktijk, zoals bijv. bij een dwaling over een niet-doorslaggevend element die veroorzaakt is door een fout van de wederpartij (bv. foutieve of onvolledige informatie).

Het tweede lid van de voorgestelde bepaling bevestigt de relatieve nietigheid van de overeenkomst als sanctie van de wilsgebreken (en vervangt art. 1117 BW; zie ook art. 1131 C.civ.fr.). De sanctie kan dus enkel ingeroepen worden door de beschermde partij (de dwalende, bedrogen, gedwongen of benadeelde partij) die het ongeldig contract ook kan bevestigen. De aanhef "Tenzij de wet anders bepaalt" is opgenomen omdat de sanctie van het misbruik van omstandigheden kan bestaan in de aanpassing van de prestatie (zie verder art. 5.37) en omdat de wet in bepaalde gevallen ook de hypothesen van nietigheid wegens een wilsgebrek kan uitsluiten (zo bv. voor de dading: art. 2052, lid 2 tot 2054 BW) of beperken (zo voor de bekentenis: art. 1356, lid 4 BW en art. 31, lid 1 van het nieuwe Boek 8 van het BW).

Aan het einde van de bepaling wordt gewezen op de mogelijke wisselwerking tussen de relatieve nietigheid en het recht herstel van de veroorzaakte schade te eisen op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid (art. 1382 BW) (zoals in art. II. – 7:214 DCFR. In die zin ook de doctrine: S. STIJNS, 1, 2015, nrs. 100, 115, 181 en 191; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 114; P. WÉRY, I, 2011, 229-230, nr. 227). Het slachtoffer van een wilsgebrek kan, naast de vernietiging van het contract ook een herstel bekomen of hij kan het herstel van de schade verkiezen in plaats van de vernietiging. In beide gevallen is vereist dat het wilsgebrek door een schadeverwekkende precontractuele fout van de wederpartij is veroorzaakt. Bij wilsgebreken zal inderdaad tegelijkertijd een dergelijke *culpa in contrahendo* voorhanden zijn in hoofde van een bedrieger, een pleger van geweld of van de persoon die misbruik maakte van omstandigheden teneinde de wederpartij te benadelen. Ook de medecontractant van wie dwaalt, kan een fout hebben begaan die aan de oorzaak van de dwaling ligt en kan hiervoor aansprakelijk zijn (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting" in *Wilsgebreken, Leerstoel*

“De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012” in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier 75*, 2012-13, (51) n° 20; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. Van Ransbeeck (éd.), *Wilsgebreken – Leerstoel Constant Matheeußen 2006*, Brugge, die Keure, 2006, 132-168; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 111-115; P. WÉRY, 1, 229-230, n° 227).

Le troisième et dernier alinéa de cette disposition répond à la question de savoir si un vice de consentement causé par un tiers peut constituer un motif d’annulation du contrat conclu entre la victime du vice du consentement et son cocontractant. En droit actuel, seule la violence causée par un tiers constitue un motif d’annulation du contrat (art. 1111 C.civ.). La victime de la violence est donc largement protégée. En cas de dol, par contre, on exige que les manœuvres émanent du cocontractant de sorte que le contrat ne peut pas être annulé lorsque le dol émane d’un tiers. La jurisprudence admet toutefois une série d’exceptions afin d’arriver à une meilleure protection de la victime du dol (par exemple lorsque le tiers est un représentant du cocontractant (Cass., 9 novembre 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 318, *Pas.*, 1988, 298) ou lorsque le tiers est complice: A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag...” in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 87-88; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, “De geldige totstandkoming van overeenkomsten... 2005-2012” in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier 75*, 2012-13, (51) n° 31-34; S. STIJNS, 1, 2015, 93, n° 111; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 120; P. VAN OMMESLAGHE, I, 279-280, n° 157; P. WÉRY, I, 2011, 246, n° 247).

La cause de l’erreur vice de consentement peut émaner d’un tiers. Ce point ne nécessite pas de règle particulière.

Le droit comparé et le *soft law* règlent la question et admettent que le contrat puisse être annulé sous de strictes conditions *tant en cas de dol que de violence et d’abus de circonstances* même lorsque le vice du consentement est causé par un tiers (voy.: art. II- 7: 208 DCFR; art. 4:111 PECL; art. 3.2.8 PICC; art. 3:44 (5) NBW). D’autres ne prévoient de règles que pour la violence et le dol (artt. 1138 et 1142 C.civ.fr.; artt. 28.1 et 29 OC (*dol et crainte fondée*)). Il n’y a pas de raison d’offrir plus de protection aux victimes d’une violence qu’aux victimes d’un dol et, par extension, d’un abus de circonstances.

Constant Matheeußen, Brugge, die Keure, 2006, (37) 66 en 74-88; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, “De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012” in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier 75*, 2012-13, (51) nr. 20; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. Van Ransbeeck (éd.), *Wilsgebreken – Leerstoel Constant Matheeußen 2006*, Brugge, die Keure, 2006, 132-168; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 111-115; P. WÉRY, 1, 229-230, nr. 227).

Het derde en laatste lid van deze bepaling beantwoordt de vraag of een wilsgebrek veroorzaakt door een derde een vernietigingsgrond kan uitmaken voor het contract dat is gesloten tussen het slachtoffer van het wilsgebrek en zijn medecontractant. In het geldend recht maakt enkel geweld veroorzaakt door een derde een vernietigingsgrond uit voor het contract (art. 1111 BW). Het slachtoffer van geweld is dus ruim beschermd. Bij bedrog daarentegen geldt dat de kunstgrepen uitgaan van de medecontractant zodat het contract niet vernietigd kan worden wanneer het bedrog uitgaat van een derde. Nochtans aanvaardt de rechtspraak een reeks uitzonderingen teneinde tot een betere bescherming te komen van de bedrogene (bv. wanneer de derde een vertegenwoordiger is van de medecontractant (Cass. 9 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 318, *Pas.*, 1988, 298) of wanneer de derde medeplichtig is: A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag...” in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 87-88; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, “De geldige totstandkoming van overeenkomsten... 2005-2012” in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier 75*, 2012-13, (51) nrs. 31-34; S. STIJNS, 1, 2015, 93, nr. 111; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 120; P. VAN OMMESLAGHE, I, 279-280, nr. 157; P. WÉRY, I, 2011, 246, nr. 247).

Bij het wilsgebrek dwaling, ten slotte, kan de oorzaak bij een derde berusten. Hier is geen nood aan een bijzondere regel.

De rechtsvergelijking en de *soft law* bevatten een regeling voor de gestelde vraag en komen erop neer dat zowel *bij bedrog, geweld en misbruik van omstandigheden* het contract, onder strikte voorwaarden, kan vernietigd worden ook wanneer het wilsgebrek door een derde veroorzaakt is (zie: art. II- 7: 208 DCFR; art. 4:111 PECL; art. 3.2.8 PICC; art. 3:44 (5) NBW). Andere voorzien enkel in een regeling voor geweld en bedrog (artt. 1138 en 1142 C. civ.fr.; artt. 28.1 en 29 OC (*dol et crainte fondée*)). Er is geen reden om slachtoffers van het wilsgebrek geweld meer bescherming te bieden dan de slachtoffers van bedrog en, bij uitbreiding, van misbruik van omstandigheden.

En comparaison avec le droit actuel, l'option retenue ici est de soumettre la violence causée par un tiers à des conditions plus strictes tout en étendant celles-ci au dol et à l'abus de circonstances.

Article 5.34

Erreur

Une erreur est le fait d'avoir une représentation erronée de la réalité. Cependant, pour des raisons de sécurité juridique, toutes les situations où une partie commet une erreur n'entrent pas en considération en tant que vice du consentement.

La disposition de l'alinéa 1^{er} formule les conditions telles qu'elles sont développées dans la jurisprudence de la Cour de cassation et dans la doctrine, sur la base de l'article 1110 du Code civil. La condition selon laquelle l'erreur doit être déterminante est déjà posée comme principe plus haut, à l'article 5.33, al. 1^{er}. En résumé, il est requis qu'une partie commette une erreur sur un élément du contrat qui soit déterminant pour la conclusion du contrat, que ce caractère déterminant soit connu du cocontractant et que l'erreur soit excusable dans le chef de la partie commettant l'erreur (A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) n° 11).

Le caractère déterminant de l'élément du contrat doit être entré "dans la sphère contractuelle" (Cass., 12 février 2015, C.14 0330.F; Cass., 24 septembre 2007, *Arr. Cass.*, 2007, 1743, *Pas.*, 2007, 1609, *R.W.*, 2009-10, 1640, note E. Nordin, *T.B.B.R.*, 2009, 216, note D. Philippe; Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, 70 et *R.W.*, 2013-14, 342, note; Cass., 27 octobre 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 920, *Pas.*, 1995, 950; Cass., 3 mars 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 829 et *Pas.*, 1967, 811. Voy. également: art. 6: 228.1 NBW; art. II. – 7:201 (1) DCFR; art. 3.2.2 PICC; art. 4:103 PECL). La doctrine est également établie en ce sens (S. STIJNS, 1, 2015, 87-88, n° 103-105; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 116-117; P. VAN OMMESLAGHE, I, 253 et s., n° 139 et suiv.; P. WÉRY, 1, 2011, 234, n° 233).

Le fait que l'erreur doit être *excusable* signifie qu'une personne prudente et raisonnable placée dans des circonstances analogues aurait également commis l'erreur (ce point fait l'objet d'une jurisprudence constante, par ex. Cass., 28 novembre 2013, *R.W.*, 2014-15, 584; Cass., 28 juin 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 664, *Pas.*, 1996, 714; Cass., 10 avril 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 871, *Pas.*,

Vergeleken met het geldend recht is hier gekozen om het geweld veroorzaakt door een derde aan strengere voorwaarden te onderwerpen, maar die strenge voorwaarden uit te breiden naar bedrog en misbruik van omstandigheden.

Artikel 5.34

Dwaling

Dwalen is een verkeerde voorstelling hebben van de werkelijkheid. Omwille van de rechtszekerheid komen echter niet alle situaties waarin een partij dwaalt, in aanmerking als wilsgebrek.

De bepaling van het eerste lid formuleert de voorwaarden zoals die in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en in de doctrine zijn ontwikkeld, vertrekkend van artikel 1110 van het Burgerlijk Wetboek. De voorwaarde dat de dwaling doorslaggevend moet zijn, is al hoger vooropgesteld, in artikel 5.33, lid 1. Samengevat is vereist dat een partij dwaalt over een bestanddeel van de overeenkomst dat voor haar doorslaggevend is voor de contractsluiting, dat dit doorslaggevend karakter kenbaar is voor de medecontractant en dat de vergissing verschoonbaar is in hoofde van de dwalende partij (A. DE BOECK en R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) nr. 11).

Het doorslaggevend karakter van een bepaald element of bestanddeel van het contract moet "in de contractuele sfeer" zijn opgenomen (Cass. 12 februari 2015, C.14 0330.F; Cass. 24 september 2007, *Arr. Cass.*, 2007, 1743, *Pas.*, 2007, 1609, *R.W.*, 2009-10, 1640, noot E. Nordin, *T.B.B.R.*, 2009, 216, noot D. Philippe; Cass. 14 januari 2013, *Pas.*, 2013, 70 en *R.W.*, 2013-14, 342, noot; Cass. 27 oktober 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 920, *Pas.*, 1995, 950; Cass. 3 maart 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 829 en *Pas.*, 1967, 811. Zie ook: art. 6: 228.1 NBW; art. II. – 7:201 (1) DCFR; art. 3.2.2 PICC; art. 4:103 PECL). De doctrine is eveneens gevestigd in die zin (S. STIJNS, 1, 2015, 87-88, nrs. 103-105; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 116-117; P. VAN OMMESLAGHE, I, 253 e.v., nr. 139 e.v.; P. WÉRY, 1, 2011, 234, nr. 233).

Dat de dwaling *verschoonbaar* moet zijn, betekent dat ook een voorzichtig en redelijk persoon in gelijkaardige omstandigheden zou hebben gedwaald (dit is vaste rechtspraak, zo bv. Cass. 28 november 2013, *R.W.*, 2014-15, 584; Cass. 28 juni 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 664, *Pas.*, 1996, 714; Cass. 10 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 871, *Pas.*, 1975, 785 en *R.C.J.B.*, 1978, 198, noot

1975, 785 et *R.C.J.B.*, 1978, 198, note M. Coipel. Voy. également: art. 1132 C.civ.fr.; art. II. – 7:201 (2) DCFR; art. 4:103 PECL; art. 3.2.2 PICC). La doctrine confirme la condition d'excusabilité de l'erreur (A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) n° 16-17; S. STIJNS, 1, 2015, 87-88, n° 107; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 118; P. VAN OMMESLAGHE, I, 257 et s., n° 141 et suiv.; P. WÉRY, 1, 2011, 235, n° 234). Ainsi, une erreur est souvent excusable lorsqu'elle est causée par une faute précontractuelle du cocontractant, comme la communication d'informations incorrectes ou incomplètes ou le fait d'omettre de communiquer des informations (W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 118). Ce n'est toutefois pas toujours le cas parce qu'il faut soupeser les éventuelles obligations d'information réciproques des parties contractantes (A. DE BOECK, "Dwaling in de ban van precontractuele informatie- en onderzoeksplichten" (sous Trib. Hasselt 6 janvier 2000), *R.W.*, 2001-02, 354 357/001; A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 53-65; S. STIJNS, 1, 2015, 89, n° 107). Si une obligation d'information repose effectivement sur le cocontractant et que celui-ci la méconnaît, il convient d'évaluer si la partie commettant l'erreur pouvait se fier aux informations et si elle n'avait pas elle-même une obligation de contrôle (c'est-à-dire l'obligation de collecter elle-même les informations nécessaires dans la même mesure qu'une personne prudente et raisonnable le ferait avant de contracter dans les circonstances données). Sur ce plan, la nature (parfois vague ou générale) des communications, la nature du contrat ainsi que la position sociale des parties et leur expertise jouent un rôle (A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 592-597; S. STIJNS, 1, 2015, 89, n° 107). À titre d'exemple, lorsque des informations fautives sont données, il n'y a, en règle, plus d'obligation de contrôle pour les non-initiés (A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) n° 17).

L'alinéa 2 reconnaît l'erreur de droit (comme dans art. 1132 C.civ.fr.; art. II. – 7:201 DCFR; art. 3.2.1 PICC; art. 4:103 PECL). Une erreur *sur le droit* peut être une erreur sur l'existence ou sur le contenu d'une disposition légale, sur l'interprétation ou l'application qu'il convient de lui réserver (S. STIJNS, 1, 2015, 90, n° 107; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 118; P. VAN OMMESLAGHE, I, 263, n° 144; P. WÉRY, I, 2011, 233, n° 232). Cette erreur aussi doit être déterminante, pouvoir être connue du cocontractant et être excusable dans le

M. COIPEL. Zie ook: art. 1132 C.civ.fr.; art. II. – 7:201 (2) DCFR; art. 4:103 PECL; art. 3.2.2 PICC). De doctrine beaamt de voorwaarde van verschoonbaarheid van de dwaling (A. DE BOECK en R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) nrs. 16-17; S. STIJNS, 1, 2015, 87-88, nr. 107; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 118; P. VAN OMMESLAGHE, I, 257 e.v., nr. 141 e.v.; P. WÉRY, 1, 2011, 235, nr. 234). Zo is een dwaling vaak verschoonbaar wanneer zij veroorzaakt is door een precontractuele fout van de medecontractant, zoals het verstrekken van onvolledige of foutieve informatie of het nalaten informatie te verstrekken (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 118). Dit is echter niet altijd het geval omdat een afweging tussen de eventuele, wederzijdse informatieplichten van de contracterende partijen dient te gebeuren (A. DE BOECK, "Dwaling in de ban van precontractuele informatie- en onderzoeksplichten" (onder Rb. Hasselt 6 januari 2000), *R.W.*, 2001-02, 354 357/001; A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 53-65; S. STIJNS, 1, 2015, 89, nr. 107). Rust er effectief een informatieplicht op de medecontractant en miskent hij deze, dan moet beoordeeld worden of de dwalende partij op de informatie mocht vertrouwen en zelf soms geen onderzoeksplicht had (dit is de plicht om zelf de nodige informatie in te winnen in de mate dat een voorzichtig en redelijk persoon dit zou doen alvorens te contracteren in de gegeven omstandigheden). Hierbij spelen een rol de (soms vage of algemene) aard van de mededelingen, de aard van het contract en de maatschappelijke positie van de partijen en hun deskundigheid (A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nrs. 592-597; S. STIJNS, 1, 2015, 89, nr. 107). Wanneer foutieve informatie wordt verstrekt, is er bijvoorbeeld, in de regel, voor leken geen onderzoeksplicht meer (A. DE BOECK en R. VAN RANSBEECK, "De geldige totstandkoming van overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige wilsverklaring 2005-2012" in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) nr. 17).

Het tweede lid erkent de rechtsdwaling (zoals in art. 1132 C.civ.fr.; art. II. – 7:201 DCFR; art. 3.2.1 PICC; art. 4:103 PECL).. Een dwaling *omtrent het recht* kan een vergissing zijn over het bestaan of over de inhoud van een wettelijke bepaling of over de daaraan te geven interpretatie of toepassing (S. STIJNS, 1, 2015, 90, nr. 107; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 118; P. VAN OMMESLAGHE, I, 263, nr. 144; P. WÉRY, I, 2011, 233, nr. 232). Ook deze dwaling moet doorslaggevend zijn, kenbaar voor de medecontractant en

chef de la partie commettant l'erreur (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 47). Celle-ci doit donc prouver qu'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait également commis cette erreur. Cela peut se révéler difficile à prouver, car on fait souvent valoir que "toute personne est censée connaître la loi" (l'adage "*nul n'est censé ignorer la loi*") (voy. par ex. Cass., 10 avril 1975, *op. cit.*; Cass., 31 octobre 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 898, *Pas.*, 1994). Actuellement, la doctrine et la jurisprudence des juges du fond sont plus ouvertes à l'erreur de droit lorsqu'il s'agit d'un écheveau difficile à démêler de législations ou de règles juridiques peu claires ou complexes (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 47-48; A. MAES, "Dwaling in rechte: een nieuw paardenmiddel?", *T.B.B.R.*, 2015 (176), n° 8-9). Toutefois, une disposition légale peut exclure l'erreur de droit, comme l'article 2052, alinéa 2, du Code civil relatif à la transaction (sauf clause dérogatoire).

L'alinéa 3 de l'article limite l'erreur sur la personne, comme l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, au contrat qui a été conclu principalement en considération de cette personne (voy. également: artt. 1132 et 1134 C.civ.fr.). Dans un contrat *intuitu personae*, l'identité de la personne constitue par définition un élément déterminant. Mais une propriété (par ex., la personnalité, les talents) ou une qualité (par ex., l'aptitude ou l'expérience professionnelle, la capacité financière) reconnue comme essentielle par les parties entre également en ligne de compte comme élément déterminant (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 51; P. WÉRY, I, 2011, 239, n° 239).

Le quatrième et dernier alinéa exclut l'erreur sur la valeur d'une chose ou sur le prix (voy. également: art. 1136 C.civ.fr.; S. STIJNS, 1, 2015, 88, n° 105; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 117; P. VAN OMMESLAGHE, I, 264, n° 144; P. WÉRY, I, 2011, 241, n° 241). En effet, si on devait considérer toutes les erreurs sur le prix comme des erreurs déterminantes, tous les contrats pourraient être annulés pour cause de lésion, ce qui n'est pas souhaitable (ni dans l'actuel Code civil (art. 1118 C. civ.), ni dans cette proposition). Toutefois, l'erreur qui porte sur la valeur d'une chose ou sur le prix contractuel peut indiquer une erreur sur une qualité déterminante de la chose. Cela peut arriver, par exemple, en cas d'erreur sur le caractère constructible d'un terrain acheté ou sur l'authenticité d'une œuvre d'art ou d'une antiquité (voy. également: J. SACE, "Quelques réflexions sur l'erreur dans les ventes d'objets d'art", in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, 239-251; B. TILLEMANS, "Dwaling bij de aan- en

verschoonbaar in hoofde van de dwalende partij (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 47). Deze laatste moet dus bewijzen dat een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden deze dwaling ook zou begaan hebben. Dit kan moeilijk te bewijzen vallen, aangezien men vaak inroept dat "eenieder wordt geacht de wet te kennen" (het adagium "*nemo censetur ignorare legem*") (zie bv. Cass. 10 april 1975, *gecit.*; Cass. 31 oktober 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 898, *Pas.*, 1994). De doctrine en de lagere rechtspraak staan thans meer open voor rechtsdwaling wanneer het gaat om een moeilijk ontrafelbaar kluwen aan wetgeving of om onduidelijke of complexe rechtsregels (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 47-48; A. MAES, "Dwaling in rechte: een nieuw paardenmiddel?", *T.B.B.R.*, 2015 (176), nrs. 8-9). Een wettelijke bepaling kan evenwel de rechtsdwaling uitsluiten, zoals het artikel 2052, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek inzake dading (tenzij afwijkende clausule).

Het derde lid van het artikel beperkt de dwaling over de persoon, zoals artikel 1110, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek, tot het contract dat hoofdzakelijk uit aanmerking van die persoon is aangegaan (zie ook: artt. 1132 en 1134 C.civ.fr.). In een contract *intuitu personae*, maakt de identiteit van de persoon per definitie een doorslaggevend element uit. Maar ook een tussen partijen als essentieel erkende eigenschap (bv. de persoonlijkheid, de talenten) of hoedanigheid (bv. professionele vaardigheid of ervaring, financiële draagkracht) komt in aanmerking als doorslaggevend element (A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 51; P. WÉRY, I, 2011, 239, nr. 239).

Het vierde en laatste lid sluit de dwaling over de waarde van een voorwerp of over de prijs uit (zie ook: art. 1136 C.civ.fr.; S. STIJNS, 1, 2015, 88, nr. 105; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 117; P. VAN OMMESLAGHE, I, 264, nr. 144; P. WÉRY, I, 2011, 241, nr. 241). Mocht men immers elke vergissing over de prijs als een determinerende dwaling aanzien, dan zou elke overeenkomst wegens benadeling vernietigd kunnen worden, wat niet wenselijk is (niet onder huidig Burgerlijk Wetboek (art. 1118 BW) en niet in dit voorstel). De dwaling die betrekking heeft op de waarde van een voorwerp of op de contractuele prijs kan evenwel wijzen op een dwaling over een doorslaggevende hoedanigheid van het voorwerp. Dit kan bv. gebeuren bij de dwaling over het bebouwbaar karakter van een aangekochte grond of over de authenticiteit van een kunstwerk of een antiek voorwerp (zie ook: J. SACE, "Quelques réflexions sur l'erreur dans les ventes d'objets d'art", in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, 239-251;

verkoop van kunst en antiek”, in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Anvers, Kluwer, 2002, 443-459).

Article 5.35

Dol

Le dol est une erreur provoquée intentionnellement par le cocontractant, quels que soient la nature et l’objet de l’erreur (A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag...” in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 72 et 89; P. WÉRY, *Précis*, 1, 247, n° 249). Les conditions de l’erreur, vice de consentement, ne s’appliquent pas ici. L’erreur résultant du dol doit nécessairement avoir été provoquée par des manœuvres du cocontractant, contrairement à l’erreur, vice de consentement.

L’alinéa 1^{er} de cet article énonce les conditions du dol développées dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 21 mai 1953, *Pas.*, 1953, 731; Cass., 1^{er} décembre 1997, *Pas.*, 1997, 1315) et dans la doctrine (S. STIJNS, 1, 2015, 91-94, n° 109-114; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 119; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 269-270, n° 149 et 151; P. WÉRY, I, 2011, 242-6, n° 243-247): l’erreur est nécessairement provoquée par des manœuvres (élément matériel) pratiquées intentionnellement (élément intentionnel ou moral) par le cocontractant et qui ont été déterminantes pour le consentement de la personne trompée (art. 1116 C. civ. Voy. également: art. 3: 44.3 NBW; art. 4:107 (1) PECL; art. II. – 7:205 (1) et (2) DCFR; art. 3.2.5 PICC).

Le dol doit avoir été déterminant en ce sens que, sans le dol, la personne trompée n’aurait pas donné son consentement (“dol principal”). Ce caractère déterminant est apprécié concrètement dans le chef de la victime (A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag...” in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 86). Si les manœuvres pratiquées intentionnellement ont pour seule conséquence que la partie trompée a contracté à des conditions plus onéreuses (dol incident), ce dol n’entache pas la validité de contrat (Cass., 21 avril 1988, *T.B.H.*, 1991, 203, note C. Jassogne; Cass., 10 février 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 755 et *Pas.*, 1983, 665; Cass., 1^{er} décembre 1997, *Pas.*, 1997, 1315; P. WÉRY, I, 2011, 245, n° 246. Voy. également: art. 3.2.5 PICC). Dans ce cas, la partie trompée peut uniquement demander réparation du dommage causé par la faute précontractuelle de l’auteur du dol (S. STIJNS, 1, 2015, 94, n° 115).

Une manœuvre n’est pas nécessairement un acte ou une déclaration mensongère ou fallacieuse (comme la

B. TILLEMANN, “Dwaling bij de aan- en verkoop van kunst en antiek”, in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 443-459).

Artikel 5.35

Bedrog

Bedrog is een opzettelijk door de medecontractant veroorzaakte dwaling waarbij de aard en het voorwerp van de dwaling onverschillig is (A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag...” in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 72 et 89; P. WÉRY, *Précis*, 1, 247, nr. 249). De voorwaarden voor het wilsgebrek dwaling gelden hier niet. De dwaling uit bedrog moet noodzakelijk veroorzaakt zijn door kunstgrepen van de medecontractant, wat niet geldt bij het wilsgebrek dwaling.

Het eerste lid van het artikel formuleert volgende voorwaarden van het bedrog die ontwikkeld zijn in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 21 mei 1953, *Pas.*, 1953, 731; Cass. 1 december 1997, *Pas.*, 1997, 1315) en de doctrine (S. STIJNS, 1, 2015, 91-94, nrs. 109-114; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 119; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 269-270, nrs. 149 et 151; P. WÉRY, I, 2011, 242-6, nr. 243-247): de dwaling is noodzakelijk veroorzaakt door kunstgrepen (materieel element) die opzettelijk zijn aangewend (intentioneel of moreel element) door de medecontractant en die determinerend zijn geweest voor de toestemming van de bedrogene (art. 1116 BW. Zie ook: art. 3: 44.3 NBW; art. 4:107 (1) PECL; art. II. – 7:205 (1) en (2) DCFR; art. 3.2.5 PICC).

Het bedrog moet doorslaggevend geweest zijn in die zin dat de bedrogene, zonder het bedrog, zijn toestemming niet zou hebben gegeven (“hoofdbedrog”). In hoofde van het slachtoffer wordt dit doorslaggevend karakter in concreto beoordeeld (A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag...” in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 86). Heeft het opzettelijk aanwenden van kunstgrepen slechts tot gevolg dat de bedrogen partij gecontracteerd heeft tegen bezwarende voorwaarden (incidenteel bedrog), dan tast dit bedrog de geldigheid van het contract niet aan (Cass. 21 april 1988, *T.B.H.*, 1991, 203, noot C. Jassogne; Cass. 10 februari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 755 en *Pas.*, 1983, 665; Cass. 1 december 1997, *Pas.*, 1997, 1315; P. WÉRY, I, 2011, 245, nr. 246. Zie ook: art. 3.2.5 PICC). De bedrogene kan dan alleen schadeherstel nastreven wegens een precontractuele fout van de bedrieger (S. STIJNS, 1, 2015, 94, nr. 115).

Een kunstgreep is niet noodzakelijk een handeling of een leugenachtige of misleidende verklaring (zoals het

communication intentionnelle d'informations incorrectes). Le fait de retenir ou de taire intentionnellement des informations (comme la non-communication intentionnelle d'informations ou la communication incomplète d'informations) constituera aussi une manœuvre à la condition qu'une obligation d'information ou de parler incombe au cocontractant et qu'il connaisse effectivement les informations (voy.: art. 1137 C.civ.fr.; art. 3:44.3 NBW; art. 4:107 (1) et (3) PECL; art. II. – 7:205 (1) DCFR; art. 3.2.5 PICC; A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 79-78; S. STIJNS, 1, 2015, 91-92, n° 110; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 121; P. VAN OMMESLAGHE, I, 272-275, n° 153; P. WÉRY, I, 2011, 242-244, n° 243-244).

C'est ce qui a été déduit de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 8 juin 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1189, *Pas.*, 1978, 1156 et *R.C.J.B.*, 1979, 525, note J.P. Masson; Cass., 21 avril 1988, *T.B.H./R.D.C.*, 1991, 203, note C. Jassogne; Cass., 16 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, 1116, *Pas.*, 1999, 1160, *A.J.T.*, 2000-01, 787, note W. De Bondt; Cass., 30 juin 2005, *Arr. Cass.*, 2005, 1489, *Pas.*, 2005, 1488; Cass., 17 février 2012, *T. Not.*, 2013, 169). En vertu de l'article 5.16, une telle obligation d'information peut résulter pendant les négociations de "*la loi, la bonne foi, les usages et les attentes raisonnables [...], à la lumière de la qualité des parties et de l'objet du contrat*". Si le cocontractant se tait par négligence bien qu'il ait une obligation de parler (il oublie de communiquer des informations, par exemple), le dol n'existera pas vu l'absence d'intention de tromper, mais la victime pourra prouver une faute précontractuelle et exiger la réparation de son préjudice éventuel sur la base de la responsabilité extracontractuelle (S. STIJNS, 1, 2015, 92, n° 110).

L'alinéa 3 prévoit que l'erreur née dans le chef de la personne trompée *ne doit pas être excusable*. La Cour de cassation l'a déclaré à plusieurs reprises, en invoquant le principe général de droit "*Fraus omnia corrumpit*" (la fraude corrompt tout) qui empêche que le dol procure un avantage à son auteur (Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, 875, *T.B.B.R.*, 2012, 31, note A. Lenaerts. Voy. plus tôt déjà: Cass., 23 septembre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107, avec concl. av. gén. E. Krings, *Pas.*, 1978, 100 et *R.C.J.B.*, 1980, 32, note J. Matthijs; Cass., 6 octobre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 168 et *Pas.*, 1978, 157; Cass., 29 mai 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1201 et *Pas.*, 1980, 1190). Le nouveau droit français (art. 1139 C.civ.fr.) et une partie importante de la doctrine approuvent également cette solution (S. STIJNS, 1, 2015, 93-94, n° 114; P. VAN OMMESLAGHE, I, 278-279, n° 156; P. WÉRY, I, 2011, 248, n° 251). Lorsque le dol conduit à l'annulation de la convention, l'auteur du dol ne peut pas invoquer l'imprudence, ni même la négligence grave et inexcusable

opzettelijk verstrekken van verkeerde informatie). Ook opzettelijk achterhouden of verzwijgen van informatie (zoals het opzettelijk niet verstrekken van informatie of het onvolledig verstrekken ervan) zal een kunstgreep uitmaken op voorwaarde dat op de medecontractant een informatie- of spreekplicht rust én hij de informatie ook daadwerkelijk kent (zie: art. 1137 C.civ.fr.; art. 3:44.3 NBW; art. 4:107 (1) en (3) PECL; art. II. – 7:205 (1) DCFR; art. 3.2.5 PICC; A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag..." in *Wilsgebreken*, 2006, (37) 79-78; S. STIJNS, 1, 2015, 91-92, nr. 110; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 121; P. VAN OMMESLAGHE, I, 272-275, nr. 153; P. WÉRY, I, 2011, 242-244, nr. 243-244).

Men heeft dat afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 8 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1189, *Pas.*, 1978, 1156 et *R.C.J.B.*, 1979, 525, noot J.P. Masson; Cass. 21 april 1988, *T.B.H./R.D.C.*, 1991, 203, noot C. Jassogne; Cass. 16 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, 1116, *Pas.*, 1999, 1160, *A.J.T.*, 2000-01, 787, noot W. De Bondt; Cass. 30 juni 2005, *Arr. Cass.*, 2005, 1489, *Pas.*, 2005, 1488; Cass. 17 februari 2012, *T. Not.*, 2013, 169). Krachtens artikel 5.16 kan een dergelijke informatie- of spreekplicht tijdens onderhandelingen voortvloeien uit de "*de wet, de goede trouw, de gebruiken of de redelijke verwachtingen, in het licht van de hoedanigheid van de partijen en het voorwerp van het contract*". Zwijgt de medecontractant uit nalatigheid hoewel een spreekplicht op hem rust (bv. hij vergeet informatie mee te delen), zal het wilsgebrek bedrog niet aanwezig zijn bij gebrek aan opzet, maar kan het slachtoffer een precontractuele fout bewijzen en zijn eventuele schade verhalen op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid (S. STIJNS, 1, 2015, 92, nr. 110).

Het derde lid bepaalt dat de dwaling die in hoofde van de bedrogene ontstaat *niet verschoonbaar moet zijn*. Het Hof van Cassatie heeft dit bij herhaling verklaard door een beroep te doen op het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* (bedrog verdraait alles) dat eraan in de weg staat dat het bedrog de dader voordeel verschaft (Cass. 18 maart 2010, *Pas.*, 2010, 875, *T.B.B.R.*, 2012, 31, noot A. Lenaerts. Zie eerder al: Cass. 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107, met concl. adv.-gen. E. Krings, *Pas.*, 1978, 100 et *R.C.J.B.*, 1980, 32, noot J. Matthijs; Cass. 6 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 168 et *Pas.*, 1978, 157; Cass. 29 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1201 et *Pas.*, 1980, 1190). Ook het nieuwe Franse recht (art. 1139 C.civ.fr.) en een belangrijk deel van de doctrine beaamen deze oplossing (S. STIJNS, 1, 2015, 93-94, nr. 114; P. VAN OMMESLAGHE, I, 278-279, nr. 156; P. WÉRY, I, 2011, 248, nr. 251). Wanneer bedrog leidt tot de nietigverklaring van de overeenkomst kan de bedrieger de onvoorzichtigheid of de zelfs grove en

de sa victime et il est tenu à la réparation intégrale du dommage (Cass., 18 mars 2010, *op. cit.* Voy. également: art. 3.2.5. PICC). La Cour de cassation estimait déjà en 2002 que le principe général *Fraus omnia corrumpit* exclut que l'auteur d'une faute intentionnelle puisse faire valoir une responsabilité partagée à l'égard de sa victime négligente (Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, 2103, *R.W.*, 2002-03, 1629, note B. Weyts, *R.C.J.B.*, 2004, note F. Glansdorff et *J.T.*, 2003, 310, concl. J. Spreutels).

Le dernier alinéa reprend l'article 1116 du Code civil. La mauvaise foi doit être prouvée par la partie trompée.

En réponse à l'avis du Conseil d'État il faut souligner que le contenu de la notion de dol peut varier en fonction de la figure pour laquelle elle est requise comme condition d'application. Il existe également de nombreuses controverses quant au contenu de la notion. C'est pour ces raisons qu'il est jugé utile de définir le vice de consentement du dol et de préciser ses conditions d'applications: le vice de consentement réside dans le fait qu'une partie a été trompée par des manœuvres intentionnelles de la part de son cocontractant. Ici aussi le danger d'insécurité juridique est particulièrement faible, de sorte que le besoin de clarification prime les faibles risques de problèmes d'interprétation.

Article 5.36

Violence

L'article proposé regroupe (comme l'art. 1140 C.civ. fr.) en une seule disposition les nombreuses formes de violence des articles 1111 à 1115 du Code civil (comp. également avec art. II. – 7:206 (1) DCFR; art. 4:108 PECL; art. 3: 44.2 NBW; art. 30.1. CO). Ainsi, la violence peut consister en l'exercice d'une contrainte physique ou morale sur la personne de l'autre partie, mais également à l'égard de "*proches*", à savoir une personne avec qui l'autre partie a concrètement des liens affectifs (comme son conjoint ou partenaire, ses enfants ou ses parents) (P. WÉRY, I, 2011, 250, n° 254). Des situations de contrainte par "*état de nécessité*" ont été artificiellement regroupées sous le terme "violence" et sont désormais réglées dans le cadre de l'abus de circonstances (voy. plus loin art. 5.37).

La contrainte peut toucher le contractant ou ses proches dans leur intégrité physique ou morale, dans leur honneur ou leur patrimoine (voy.: art. 30.1. CO: "*danger grave et imminent la menaçait dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens*").

onverschoonbare nalatigheid van zijn slachtoffer niet inroepen en blijft hij gehouden tot integraal herstel van de schade (Cass. 18 maart 2010, *gecit.* Zie ook: art. 3.2.5 PICC). Het Hof van Cassatie oordeelde reeds in 2002 dat het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* uitsluit dat de dader van een opzettelijke fout zich op een gedeelde aansprakelijkheid zou kunnen beroepen jegens zijn nalatig slachtoffer (Cass. 6 november 2002, *Pas.*, 2002, 2103, *R.W.*, 2002-03, 1629, noot B. Weyts, *R.C.J.B.*, 2004, noot F. Glansdorff en *J.T.*, 2003, 310, concl. J. Spreutels).

Het laatste lid herneemt artikel 1116 van het Burgerlijk Wetboek. De kwade trouw moet worden bewezen door de bedrogen partij.

In antwoord op het advies van de Raad van State kan worden benadrukt dat de invulling van het begrip "bedrog" kan variëren naargelang de figuur waar het als toepassingsvoorwaarde vereist wordt. Er bestaan ook meerdere controverses over de invulling van het begrip. Om die redenen wordt het nuttig geacht om in de definitie van het wilsgebrek bedrog, de toepassingsvoorwaarden van dat wilsgebrek te preciseren: het wilsgebrek bestaat hierin dat een partij wordt misleid doordat kunstgrepen opzettelijk door zijn medecontractant zijn aangewend. Ook hier is het gevaar van rechtsonzekerheid bijzonder gering en weegt de nood aan verduidelijking op tegenover het beperkte risico van interpretatieproblemen.

Artikel 5.36

Geweld

Het voorgestelde artikel groepeerde (zoals art. 1140 C.civ.fr.) in één bepaling de talrijke vormen van geweld uit de artikelen 1111 tot 1115 van het Burgerlijk Wetboek (vergelijk ook met art. II. – 7:206 (1) DCFR; art. 4:108 PECL; art. 3: 44.2 NBW; art. 30.1. CO). Zo kan geweld bestaan in het uitoefenen van een fysieke of morele dwang ten aanzien van de persoon van de wederpartij, maar ook ten aanzien van "naasten", zijnde een persoon met wie de wederpartij *in concreto* een affectieve band heeft (zoals zijn echtgenoot of partner, zijn kinderen of ouders) (P. WÉRY, I, 2011, 250, nr. 254). Situaties van "dwang uit een noodtoestand" ("*état de nécessité*") werden kunstmatig bij geweld ondergebracht en worden voortaan opgevangen onder misbruik van omstandigheden (zie verder art. 5.37).

De dwang kan de contractant of zijn naasten treffen in hun fysieke of morele integriteit, in hun eer of vermogen (zie: art. 30.1. CO: "*danger grave et imminent la menaçait dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens*").

Les conditions-clés du droit actuel (Cass., 12 février 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 758 et *Pas.*, 1988, 697; S. STIJNS, 1, 2015, 94-97, n° 116-121; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 122; P. VAN OMMESLAGHE, I, 281-283, n° 160 et 162; P. WÉRY, I, 2011, 249-254, n° 253-259) sont maintenues:

(1) la victime de violence craint une atteinte considérable (l'atteinte elle-même ne doit pas être véritable ou imminente, mais bien la crainte: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n° 51; S. STIJNS, 1, 2015, 94-95, n° 117) et la contrainte est de nature telle qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances peut également être influencée. Dans ce cas, on prend en considération toutes les circonstances concrètes;

(2) la violence a été déterminante pour la conclusion du contrat (violence principale). Toutefois, si la victime avait une alternative raisonnable à la conclusion de ce contrat, la contrainte n'a pas été déterminante (voy. art. II. – 7:206 (2) DCFR; art. 4:108 PECL; art. 3.2.6. PICC). Dans le cas d'une telle violence incidente, la victime peut demander la réparation de son dommage sur la base d'une faute précontractuelle de l'auteur de la violence (S. STIJNS, 1, 2015, 97, n° 121; P. WÉRY, I, 2011, 252, n° 257).

La violence peut également émaner d'un tiers, aux conditions fixées à l'article 5.37;

(3) la contrainte est illégitime (Cass., 7 novembre 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 288 et *Pas.*, 1978, 275; Cass., 12 mai 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, 1144, note et *Pas.*, 1980, 1132, note; Cass., 23 mars 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 359 et *Pas.*, 1998, 382; Cass., 15 mai 2000, *Arr. Cass.*, 2000, 909 et *Pas.*, 2000, 898). Le caractère illégitime de la contrainte pour la violence est généralement admis (voy. par ex. art. 1114 BW; art. 1141 C. civ.fr.; art. II. – 7:206 (1) DCFR; art. 4:108 PECL; art. 3: 44.2 NBW; art. 3.2.6. PICC).

Ainsi, la contrainte dans le cadre de l'exercice *normal* d'une autorité ou d'un droit est autorisée. On pense à la "crainte révérencielle" ou à la crainte qu'inspire le respect envers l'autorité d'un parent ou d'un supérieur (hiérarchique) (pour la relation employeur-employé, voy. Cass., 24 mars 2003, *Arr. Cass.*, 2003, 732, *J.L.M.B.*, 2004, 1704 et *J.T.T.*, 2003, 360).

Il est également admis que l'*application de voies de droit* ne constitue pas une contrainte illicite, sous réserve de la présence de circonstances particulières (P. VAN OMMESLAGHE, I, 284-285, n° 163) ou d'une situation d'abus de droit (voy. art. 1141 C. civ.fr.; art. 30.2. CO).

De kernvoorwaarden uit het geldend recht (Cass. 12 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 758 en *Pas.*, 1988, 697; S. STIJNS, 1, 2015, 94-97, nrs. 116-121; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 122; P. VAN OMMESLAGHE, I, 281-283, nrs. 160 en 162; P. WÉRY, I, 2011, 249-254, nr. 253-259) blijven behouden:

(1) het slachtoffer van geweld krijgt een vrees voor een aanzienlijke aantasting (de aantasting zelf moet niet dadelijk of nakend zijn, wel de vrees: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, nr. 51; S. STIJNS, 1, 2015, 94-95, nr. 117) en de dwang is van dien aard dat een redelijk mens in dezelfde omstandigheden geplaatst ook kan worden beïnvloed. Men let dan op alle concrete omstandigheden;

(2) het geweld is doorslaggevend geweest voor de contractsluiting (hoofdgeweld). Indien het slachtoffer evenwel een redelijk alternatief had dan het sluiten van dit contract, is de dwang niet doorslaggevend geweest (zie art. II. – 7:206 (2) DCFR; art. 4:108 PECL; art. 3.2.6. PICC). Ingeval van dergelijk incidenteel geweld, kan het slachtoffer herstel van zijn schade vorderen op grond van een precontractuele fout door de geweldpleger (S. STIJNS, 1, 2015, 97, nr. 121; P. WÉRY, I, 2011, 252, nr. 257).

Het geweld kan ook uitgaan van een derde, onder de voorwaarden gesteld in artikel 5.37;

(3) de dwang is onrechtmatig (Cass. 7 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 288 en *Pas.*, 1978, 275; Cass. 12 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, 1144, noot en *Pas.*, 1980, 1132, noot; Cass. 23 maart 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 359 en *Pas.*, 1998, 382; Cass. 15 mei 2000, *Arr. Cass.*, 2000, 909 en *Pas.*, 2000, 898). Het onrechtmatig karakter van de dwang voor het wilsgebrek geweld wordt algemeen erkend (zie bv. art. 1114 BW; art. 1141 C. civ.fr.) art. II. – 7:206 (1) DCFR; art. 4:108 PECL; art. 3: 44.2 NBW; art. 3.2.6. PICC).

Zo is aanvaard dat dwang bij *normale* rechts- of gezagsuitoefening toegelaten is. Men denke aan de "eerbiedige vrees" of de vrees uit eerbied voor het gezag van een ouder of een "meerdere" of hiërarchische overste (voor de verhouding werkgever-werknemer, zie: Cass. 24 maart 2003, *Arr. Cass.*, 2003, 732, *J.L.M.B.*, 2004, 1704 en *J.T.T.*, 2003, 360).

Ook is aanvaard dat het *aanwenden van rechtsmiddelen* geen ongeoorloofde dwang uitmaakt, onder voorbehoud van de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden (P. VAN OMMESLAGHE, I, 284-285, nr. 163) of een situatie van rechtsmisbruik (zie art. 1141 C. civ.fr.; art. 30.2. CO).

Article 5.37

Abus de circonstances

Cette disposition confirme la théorie de la “lésion qualifiée” développée par la jurisprudence et la doctrine parce que le nombre de cas de lésion reconnus par la loi a été jugé insuffisant. Une figure juridique de portée générale a été élaborée pour les situations où un contrat présente *ab initio* un déséquilibre manifeste par suite de l’abus par l’une des parties de l’infériorité de l’autre partie ou par suite de l’abus de sa position de force (L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n° 54 et sv.; A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in *Mélanges Jean Dabin*, II, Bruxelles, Bruylant, 1963, 487-518; A. DE BOECK et R. VAN RANSBEECK, “De geldige totstandkoming van overeenkomsten... 2005-2012” in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) n° 52; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 342 p.; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *T.B.B.R.*, 2000, 6-41; R. KRUIHOF, “Overzicht”, *T.P.R.*, 1983, n° 66; R. KRUIHOF e.a., “Overzicht”, *T.P.R.*, 1994, n° 149; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations” (sous Cass., 29 avril 1993), *J.T.*, 1993, 749 et s.; -, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 176 et suiv.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, “Chronique”, *J.T.*, 1996, n° 65; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Anvers, Intersentia, 2011, n° 328-735; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, “Kroniek”, *R.W.*, 1992-93, n° 23; P. VAN OMMESLAGHE, I, 291-299, n° 170-176).

La jurisprudence du fond fait application de cette figure avec grande circonspection et uniquement dans des situations factuelles claires (ainsi, lorsqu’une mère de deux jeunes enfants signe au petit matin et dans la rue un contrat avec un expert de son assureur, alors qu’elle vient d’échapper en pyjama à l’incendie de sa maison qui a tout détruit; l’expert abuse de la faiblesse de cette femme en état de choc, ce qui a causé un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques puisque l’expert stipule en sa faveur des honoraires à calculer sur la totalité des indemnités que paiera l’assureur, alors qu’il ne doit pas expertiser les meubles puisqu’en cas de perte totale, l’assureur indemnise la perte de ces derniers par le paiement d’un forfait: Anvers, 5 septembre 2011, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 2014, p. 76).

L’application de cette figure est régulièrement refusée parce qu’il n’est pas prouvé que les conditions d’application sont remplies. Ainsi lorsque les acheteurs de parts dans une sprl demandent l’annulation de cette cession

Artikel 5.37

Misbruik van omstandigheden

Deze bepaling bevestigt de leer van de “gekwalficeerde benadeling” die door de rechtspraak en de rechtsleer werd ontwikkeld omdat het aantal wettelijk erkende gevallen van benadeling als ontoereikend werd ervaren. Een rechtsfiguur met algemene draagwijdte werd ontwikkeld voor situaties waarin een contract *ab initio* een manifest onevenwicht vertoont als gevolg van misbruik door de ene partij van de inferioriteit van de andere, of als gevolg van misbruik van de eigen machtspositie (L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, nr. 54 e.v.; A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in *Mélanges Jean Dabin*, II, Brussel, Bruylant, 1963, 487-518; A. DE BOECK en R. VAN RANSBEECK, “De geldige totstandkoming van overeenkomsten... 2005-2012” in *Verbintenissenrecht. Themis-cahier* 75, 2012-13, (51) nr. 52; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 342 p.; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *T.B.B.R.*, 2000, 6-41; R. KRUIHOF, “Overzicht”, *T.P.R.*, 1983, nr. 66; R. KRUIHOF e.a., “Overzicht”, *T.P.R.*, 1994, nr. 149; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations” (onder Cass. 29 april 1993), *J.T.*, 1993, 749 e.v.; -, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, nr. 176 e.v.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique”, *J.T.*, 1996, nr. 65; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, nrs. 328-735; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek”, *R.W.*, 1992-93, nr. 23; P. VAN OMMESLAGHE, I, 291-299, nrs. 170-176).

De rechtspraak ten gronde heeft deze figuur omzichtig aangewend en slechts in zeer duidelijke feitelijke situaties (zo wanneer een vrouw in de vroege ochtend op straat een overeenkomst met een schatter van haar verzekeraar ondertekent, nadat zij net in pyjama met haar twee jonge kinderen ontsnapt is aan een hevige woningbrand die alles heeft vernield; de schatter maakte misbruik van de zwakheid van de geschokte vrouw die leidde tot onmiskenbaar onevenwichtige prestaties nu hij voor zichzelf een ereloon bedong te berekenen op alle vergoedingen uitgekeerd door de verzekeraar, terwijl hij de inboedel niet diende te schatten nu de verzekeraar hiervoor een forfaitair bedrag bij volledig verlies uitbetaalt: Antwerpen, 5 september 2011, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 2014, blz. 76).

De toepassing ervan wordt regelmatig afgewezen omdat de vervulling van de toepassingsvoorwaarden niet aangetoond wordt (zoals wanneer de kopers van aandelen in een bvba de nietigverklaring van de overname eisen

parce que la valeur des parts est bien inférieure au prix de vente, sans être toutefois capable de prouver un abus de leur prétendue position de faiblesse, ni la présence d'une disproportion manifeste et importante entre les prestations réciproques (Mons, 14 février 2000, *J.T.* 2000, p. 469); n'est pas non plus entaché d'un vice de consentement le contrat entre une intercommunale et un promoteur immobilier, qui est aussi administrateur de buildings, concernant la mise à disposition gratuite à l'intercommunale d'un local pour le placement d'une cabine pour organiser la distribution d'électricité sur le site, parce que l'exercice de sa position de force économique n'équivaut en soi pas à un abus de supériorité et qu'il n'est pas démontré que l'administrateur était dans une situation de faiblesse qui l'a gravement lésé (Civ. Anvers, 29 mai 2000, *A.J.T.* 2000-01, p. 792)).

Dans un arrêt du 9 novembre 2012 (*R.W.*, 2012-13, 1416, note E. Adriaens, *T.B.B.R.*, 2013, 168, *T. Not.*, 2013, 363 et *Not.Fisc.M.*, 2013, 119, note H. Casman), la Cour de cassation a reconnu l'abus de circonstances (également appelé "lésion qualifiée") et défini les conditions d'application qui ont inspiré la disposition proposée (E. ADRIAENS, "Regelingsakte echtscheiding door onderlinge toestemming: kwalificatie, wilsgebreken en erkenning gekwalificeerde benadering" (note sous Cass., 9 novembre 2012, *R.W.*, 2012-13, 1416-1420; M. DE POTTER DE TEN BROECK, "De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag?" (note sous Cass., 9 novembre 2012), *T.B.B.R.*, 2013, 131-140). D'autres systèmes juridiques et le *soft law* prévoient également une figure comparable (par ex., art. 3:44 (4) NBW; § 138 (2) BGB; art. II. – 7:207 (1) DCFR; art. 3.2.7 PICC; art. 4:109 PECL).

L'alinéa 1^{er} de cet article fixe les conditions selon lesquelles le juge doit veiller à l'équilibre entre les prestations (S. STIJNS, 1, 2015, 98-101, n^{os} 124-126; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 123-125; P. VAN OMMESLAGHE, I, 297-299, n^o 174; P. WÉRY, I, 2011, 256-258, n^{os} 264-266):

(1) l'abus de circonstances ressort d'un déséquilibre manifeste entre les prestations stipulées entre les parties;

(2) il y a abus des circonstances concrètes d'infériorité dans lesquelles la victime se trouvait au moment de la conclusion du contrat, ce qui a permis au cocontractant de s'arroger un avantage. Les circonstances d'infériorité visées peuvent découler tant de caractéristiques personnelles, comme l'état de nécessité physique, moral ou financier, les faiblesses, l'ignorance ou l'inexpérience de la victime (voy. également la disposition de l'art. 1907^{ter} C. civ.) que de circonstances de supériorité économique

omdat de waarde van de aandelen veel lager lag dan de koopprijs, maar zij geen misbruik van hun zwakke positie aantonen en geen duidelijke wanverhouding tussen de prestaties (Bergen, 14 februari 2000, *J.T.* 2000, blz. 469); ook de overeenkomst tussen een intercommunale en een projectontwikkelaar en beheerder van appartementsgebouwen om een gratis lokaal ter beschikking te stellen van de intercommunale voor de plaatsing van een cabine om de electriciteitsvoorziening mogelijk te maken, is niet aangetast met dit wilsgebrek want het gebruik van een sterke economische machtspositie staat op zichzelf niet gelijk aan het misbruik ervan en er wordt niet aangetoond dat de beheerder zich in een inferieure positie bevond die tot zijn grove benadeling heeft geleid (Rb. Antwerpen, 29 mei 2000, *A.J.T.* 2000-01, blz. 792)).

Met een arrest van 9 november 2012 (*R.W.*, 2012-13, 1416, noot E. Adriaens, *T.B.B.R.*, 2013, 168, *T. Not.*, 2013, 363 en *Not.Fisc.M.*, 2013, 119, noot H. Casman) heeft het Hof van Cassatie het misbruik van omstandigheden (nog genoemd: de "gekwalificeerde benadeling") erkend en de toepassingsvoorwaarden gedefinieerd die inspiratie boden voor de thans voorgestelde bepaling (E. ADRIAENS, "Regelingsakte echtscheiding door onderlinge toestemming: kwalificatie, wilsgebreken en erkenning gekwalificeerde benadering" (noot onder Cass. 9 november 2012), *R.W.*, 2012-13, 1416-1420; M. DE POTTER DE TEN BROECK, "De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag?" (noot onder Cass. 9 november 2012), *T.B.B.R.*, 2013, 131-140). Andere rechtssystemen en de *soft law* voorzien ook in een vergelijkbare figuur (bv. art. 3:44 (4) NBW; § 138 (2) BGB; art. II. – 7:207 (1) DCFR; art. 3.2.7 PICC; art. 4:109 PECL).

Het eerste lid van het artikel bepaalt de volgende voorwaarden waaronder de rechter moet toezien op het evenwicht tussen prestaties (S. STIJNS, 1, 2015, 98-101, nrs. 124-126; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 123-125; P. VAN OMMESLAGHE, I, 297-299, nr. 174; P. WÉRY, I, 2011, 256-258, nrs. 264-266):

(1) het misbruik van omstandigheden blijkt uit een kennelijk onevenwicht tussen de wederzijds bedongen prestaties;

(2) er is misbruik van de concrete omstandigheden van inferioriteit waarin het slachtoffer zich bij de contractsluiting bevond waardoor de medecontractant zich een voordeel heeft weten toe te eigenen. De bedoelde omstandigheden van inferioriteit kunnen voortvloeien zowel uit persoonlijke kenmerken, zoals de fysieke, morele of financiële noodtoestand, de zwaktes of de onwetendheid of onervarenheid van het slachtoffer (zie ook de bepaling van art. 1907^{ter} BW), als uit omstandigheden

ou fonctionnelle dans le chef de la partie commettant l'abus, qui se trouve, par exemple, dans une position de monopole ou de force;

(3) un lien de causalité entre l'abus et le déséquilibre manifeste.

Dorénavant, la violence par suite de "circonstances extérieures ou état de nécessité" (Bruxelles, 7 février 1964, *Pas.*, 1965, II, 70) peut relever du vice du consentement "abus de circonstances".

On peut parfois combattre aussi des situations d'abus de circonstances au moyen des vices de consentement classiques, comme auparavant, puisque la distinction avec le dol et la violence n'est pas claire dans toutes les constellations de faits.

En principe, l'abus de circonstances émanant d'un tiers est sans incidence sur la validité du contrat, mais il existe des exceptions à cette règle (qui sont réglées à l'art. 5.33, al. 3).

L'alinéa 2 définit les sanctions. Bien qu'en règle générale, la sanction d'un vice du consentement soit la nullité relative, il s'avère qu'une victime tire souvent avantage au maintien du contrat moyennant une adaptation de sa prestation (voy. également art. 1907ter C. civ.). Le *soft law* connaît une sanction de ce type en cas d'abus de circonstances (par ex., art. II. – 7:207 (1) DCFR; art. 3.2.7 PICC). La doctrine plaide, depuis longtemps, pour que l'engagement excessif puisse être réduit (S. STIJNS, 1, 2015, 100, n° 126; S. STIJNS, "De sanctionering van de wilsgebreken", in *Wilsgebreken*, Bruges, die Keure, 2006, (132) n° 38-40; P. VAN OMMESLAGHE, I, 299, n° 175; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 210-211; P. WÉRY, I, 2011, 256-258, n° 264-266. Pour des applications d'une telle adaptation par le juge, voy.: Bruxelles, 20 janvier 2015, *Rev.trim.dr.fam.* 2015, p. 388; Anvers 5 septembre 2011, *T.B.B.R.*, 2014, 76; Trib. Bruxelles, 17 mars 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 507).

L'option retenue est de n'autoriser la nullité relative qu'en cas d'abus de circonstance présentant un caractère déterminant (voy. plus haut art. 5.33 al. 1^{er}). S'il s'agit d'un abus de circonstances qui, pour la victime, n'était pas déterminant pour la conclusion du contrat, l'adaptation sera fondée sur la responsabilité précontractuelle. En effet, la sanction d'un vice du consentement accessoire peut consister en ce que le juge procède, à titre de réparation du dommage, à une adaptation de la prestation que la victime a promis d'exécuter.

Les règles prévues à l'article 5.74 sur le "changement de circonstances" (imprévision) visent à corriger

van economische of functionele superioriteit in hoofde van de misbruikplegende partij, die zich bv. in een monopoliepositie of een machtspositie bevindt;

(3) een oorzakelijk verband tussen het misbruik en het kennelijk onevenwicht.

Het geweld als gevolg van "uitwendige omstandigheden of noodtoestand" (Brussel 7 februari 1964, *Pas.*, 1965, II, 70) kan voortaan onder het wilsgebrek "misbruik van omstandigheden" vallen.

Men kan, net als vroeger, situaties van misbruik van omstandigheden soms ook bestrijden met behulp van de klassieke wilsgebreken, nu de grenslijn met bedrog en geweld niet in alle feitenconstellaties duidelijk is.

In beginsel is het misbruik van omstandigheden uitgaande van een derde zonder invloed op de geldigheid van het contract, maar op deze regel bestaan uitzonderingen (die onder art. 5.33, lid 3 geregeld worden).

Het tweede lid bepaalt de sancties. Hoewel de sanctie van een wilsgebrek in de regel de relatieve nietigheid is, blijkt een slachtoffer vaak gebaat met het behoud van het contract mits aanpassing van zijn prestatie (zie ook art. 1907ter BW). De *soft law* kent een dergelijke sanctie bij misbruik van omstandigheden (bijv. art. II. – 7:207 (1) DCFR; art. 3.2.7 PICC). De doctrine pleit er al langer voor dat de overdreven verbintenis gematigd kan worden (S. STIJNS, 1, 2015, 100, nr. 126; S. STIJNS, "De sanctionering van de wilsgebreken", in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, (132) nrs. 38-40; P. VAN OMMESLAGHE, I, 299, nr. 175; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 210-211; P. WÉRY, I, 2011, 256-258, nrs. 264-266. Voor toepassingen van een dergelijke aanpassing door de rechter, zie: Brussel 20 januari 2015, *Rev.trim.dr.fam.* 2015, blz. 388; Antwerpen 5 september 2011, *T.B.B.R.*, 2014, 76; Rb. Brussel, 17 maart 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 507).

Hier is ervoor gekozen om de relatieve nietigheid enkel toe te laten bij een misbruik van omstandigheden dat een doorslaggevend karakter heeft (zie hoger art. 5.33, lid 1). Gaat het om een misbruik van omstandigheden dat voor het slachtoffer niet doorslaggevend was voor de contractsluiting, dan wordt de aanpassing gesteund op de precontractuele aansprakelijkheid. Inderdaad, de sanctie van een bijkomstig wilsgebrek kan erin bestaan dat de rechter bij wijze van herstel van de schade, een aanpassing van de prestatie, waartoe het slachtoffer zich heeft verbonden, doorvoert.

De regels bepaald onder artikel 5.74 over 'verandering van omstandigheden (imprevisie) beogen een onevenwicht

un déséquilibre qui n'existait pas dès le moment de la conclusion du contrat, mais qui apparaît par la suite dans le contrat. Les conséquences sont toutefois comparables dans les deux situations puisque le juge peut adapter le contrat si les parties ne se mettent pas d'accord.

Article 5.38

Lésion

Dans le Code civil actuel, la lésion n'est pas conçue comme un vice du consentement général qui offrirait un motif d'annulation de tous les contrats chaque fois qu'un déséquilibre entre les prestations entre les parties serait établi.

Cette disposition s'appuie sur l'article 1118 du Code civil et confirme ce point de départ: en principe, le juge n'intervient dans l'appréciation de la valeur économique des prestations des contractants que lorsque le législateur l'y autorise expressément (S. STIJNS, 1, 2015, 97-98, n° 123; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 122-123; P. VAN OMMESELAGHE, I, 288-290, n° 167-169; P. WÉRY, I, 2011, 255-256, n° 262).

Article 5.39

Simulation

Les alinéas 1^{er} et 2 de cet article trouvent leur fondement à l'article 1321 du Code civil et règlent la formation et les conséquences d'un contrat apparent et d'une contre-lettre entre contractants (voy. également art. 1201 C.civ.fr.). Les parties organisent délibérément, par simulation, une discordance entre leur volonté réelle et leur volonté déclarée (ici, il n'est pas question de vice du consentement). Elles concluent en même temps deux conventions: une convention ostensible ou apparente et une convention cachée ou contre-lettre qui modifie ou anéantit la première. Seule la convention cachée correspond à leur volonté réelle. Si elle a été conclue valablement, elle liera les parties, en vertu de l'autonomie de la volonté (Cass., 27 septembre 2012, C.11 0322.F. Dans le même sens: art. II – 9:201 DCFR; art. 6:103 PECL. Sur cette figure, voy.: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n° 42; D. PHILIPPE, "La simulation et la protection des tiers" (sous Cass., 11 décembre 1987), *R.C.J.B.*, 1993, (53) 57; I. SAMOY, "De gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen ten aanzien van derden, met bijzondere aandacht voor de overeenkomst van naamlening", in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (249) 251; S. STIJNS, 1, 2015, 251-253, n° 328-329; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 227;

te herstellen dat niet vanaf de contractsluiting aanwezig was, maar een onevenwicht dat nadien opduikt in het contract. De gevolgen zijn evenwel voor beide situaties vergelijkbaar nu de rechter het contract mag aanpassen wanneer partijen het niet eens geraken.

Artikel 5.38

Benadeling

In het huidige Burgerlijk Wetboek is de benadeling niet opgevat als een algemeen wilsgebrek dat een grond voor vernietiging van alle contracten zou bieden telkens een onevenwicht tussen de prestaties wordt bewezen.

Deze bepaling steunt op artikel 1118 van het Burgerlijk Wetboek en bevestigt dit uitgangspunt: de rechter treedt in beginsel enkel in de beoordeling van de economische waarde van de prestaties van de contractanten, wanneer de wetgever dit uitdrukkelijk toestaat (S. STIJNS, 1, 2015, 97-98, nr. 123; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 122-123; P. VAN OMMESELAGHE, I, 288-290, nrs. 167-169; P. WÉRY, I, 2011, 255-256, nr. 262.).

Artikel 5.39

Veinzing

Het eerste en het tweede lid van dit artikel bouwen voort op artikel 1321 van het Burgerlijk Wetboek en regelen de totstandkoming en de gevolgen van een schijncontract en een tegenbrief tussen contractanten (zie ook art. 1201 C.civ.fr.). Door veinzing organiseren partijen bewust een discrepantie tussen hun werkelijke en hun verklaarde wil (hier is geen sprake van een wilsgebrek). Zij sluiten tegelijkertijd twee overeenkomsten: een openlijke of schijnovereenkomst en een verborgen overeenkomst of tegenbrief die de eerste wijzigt of te niet doet. Enkel de verborgen overeenkomst beantwoordt aan hun werkelijke wil. Indien geldig gesloten, zal zij hen binden, krachtens de wilsautonomie (Cass. 27 september 2012, C.11 0322.F. In dezelfde zin: art. II – 9:201 DCFR; art. 6:103 PECL. Over deze figuur, zie: L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, nr. 42; D. PHILIPPE, "La simulation et la protection des tiers" (onder Cass. 11 december 1987), *R.C.J.B.*, 1993, (53) 57; I. SAMOY, "De gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen ten aanzien van derden, met bijzondere aandacht voor de overeenkomst van naamlening", in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (249) 251; S. STIJNS, 1, 2015, 251-253, nrs. 328-329; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 227; P. VAN OMMESELAGHE, I, 407 e.v., nr. 252).

P. VAN OMMESLAGHE, I, 407 et suiv., n° 252 et suiv. et 432 et suiv., n°s 280 et suiv.; P. VAN OMMESLAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in P.-A. Foriers (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Bruylant, 2000, (147), n°s 30-31; P. WÉRY, I, 2011, 225 et 876-877, n° 223 et 939).

En principe, la simulation est autorisée sauf exclusion par la loi (par ex., art. 1099, al. 2, C. civ.) ou lorsque les motifs des parties visent à violer une règle d'ordre public ou de droit impératif, ou encore lorsqu'elles veulent léser un tiers (cause illicite) (par ex., Cass., 4 décembre 2015, F.2013 0165.F). Les parties peuvent poursuivre un motif licite de recourir à la simulation: elles veulent, par exemple, obtenir un prix convenable, respecter un secret commercial ou dissimuler l'acte juridique pour des raisons familiales ou de discrétion (S. STIJNS, 1, 2015, 252, n° 329; P. VAN OMMESLAGHE, I, 411, n° 256 et 423-428, n°s 271-275; P. VAN OMMESLAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in P.-A. Foriers (dir.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (147), n°s 6 et 20; P. WÉRY, I, 2011, 877, n° 941).

L'alinéa 3 règle les conséquences de la simulation envers des tiers de bonne foi. Comme le prévoit déjà l'article 1321 du Code civil, les tiers de bonne foi peuvent ignorer la convention cachée parce qu'elle ne leur est pas opposable (Cass., 28 janvier 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 486 et *Pas.*, 1960, 611. Voy. également en ce sens: art. 1201 C.civ.fr.). Ceci constitue une exception au principe de l'opposabilité des contrats aux tiers, comme défini à l'article 5 103, alinéa 2 (I. SAMOY, “De gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen ten aanzien van derden, met bijzondere aandacht voor de overeenkomst van naamlening”, in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (249) 256-257; M. VAN QUICKENBORNE, “Le fondement de l'inopposabilité des contre-lettres” (sous Cass., 21 juin 1974), *R.C.J.B.*, 1975, (256), n° 19 et s.; P. WÉRY, I, 2011, 878, n° 944). Aux tiers qui en ont connaissance, la contre-lettre est opposable.

Les tiers de bonne foi peuvent choisir de faire valoir la convention ostensible ou la convention cachée (P. VAN OMMESLAGHE, I, 248 et 440, n°s 132 et 287 et s.). Le droit de faire valoir le contrat apparent constitue une application de la théorie de la confiance (E. DIRIX, “Cessie van schuldvordering en simulatie” (note sous Cass., 11 décembre 1987), *R.W.*, 1987-88, 1095; I. SAMOY, “De gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen ten aanzien van derden, met bijzondere aandacht voor de overeenkomst van naamlening”, in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands*

e.v. en 432 e.v., nr. 280 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in P.-A. Foriers (dir.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Bruylant, 2000, (147), nrs. 30-31; P. WÉRY, I, 2011, 225 et 876-877, nrs. 223 et 939).

In beginsel is veinzing toegelaten, behoudens uitsluiting door de wet (bv. art. 1099, lid 2 BW) of wanneer de beweegredenen van de partijen de schending beogen van een regel van openbare orde of van dwingend recht, of nog, wanneer zij een derde willen benadelen (ongoorloofde oorzaak) (bv. Cass. 4 december 2015, F.2013 0165.F). Partijen kunnen een geoorloofde beweegreden hebben om een beroep te doen op de veinzing: ze willen bijvoorbeeld een eerlijke prijs bekomen, een bedrijfsgeheim respecteren of ze willen de rechtshandeling om familiale redenen of redenen van discretie verborgen houden (S. STIJNS, 1, 2015, 252, nrs. 329; P. VAN OMMESLAGHE, I, 411, nr. 256 en 423-428, nrs. 271-275; P. VAN OMMESLAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in P.-A. Foriers (dir.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (147), nrs. 6 et 20; P. WÉRY, I, 2011, 877, nr. 941).

Het derde lid regelt de gevolgen van veinzing jegens derden te goeder trouw. Zoals reeds bepaald in artikel 1321 van het Burgerlijk Wetboek, mogen derden te goeder trouw de verborgen overeenkomst negeren omdat zij hen niet tegenwerpelij is (Cass. 28 januari 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 486 en *Pas.*, 1960, 611. Zie ook in die zin: art. 1201 C.civ.fr.). Dit vormt een uitzondering op het beginsel van tegenwerpelijheid van contracten aan derden, zoals bepaald in artikel 5 103, tweede lid (I. SAMOY, “De gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen ten aanzien van derden, met bijzondere aandacht voor de overeenkomst van naamlening”, in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (249) 256-257; M. VAN QUICKENBORNE, “Le fondement de l'inopposabilité des contre-lettres” (onder Cass. 21 juni 1974), *R.C.J.B.*, 1975, (256), nr. 19 e.v.; P. WÉRY, I, 2011, 878, nr. 944). Aan derden die ervan kennis hebben, is de tegenbrief wel tegenwerpbaar.

Derden te goeder trouw mogen kiezen om zich op de openlijke dan wel op de verborgen overeenkomst te beroepen (P. VAN OMMESLAGHE, I, 248 en 440, nrs. 132 en 287 e.v.). Het recht om zich te beroepen op het schijncontract vormt een toepassing van de vertrouwensleer (E. DIRIX, “Cessie van schuldvordering en simulatie” (noot onder Cass. 11 december 1987), *R.W.*, 1987-88, 1095; I. SAMOY, “De gevolgen van gesimuleerde rechtshandelingen ten aanzien van derden, met bijzondere aandacht voor de overeenkomst van naamlening”, in *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch*

recht, 2005, (249) 258-259; S. STIJNS, 1, 2015, 253, n° 330; M. VAN QUICKENBORNE, “Le fondement de l’inopposabilité des contre-lettres” (sous Cass., 21 juin 1974), *R.C.J.B.*, 1975, (256), 260-276).

Si le tiers préfère malgré tout faire valoir la convention cachée, il doit à cette fin intenter une action en déclaration de simulation.

Dans le cadre de cette disposition, il convient de considérer comme tiers de bonne foi, toutes les personnes qui n’ont pas participé à la convention cachée et qui ignorent la simulation (Cass., 11 décembre 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 481, *Pas.*, 1988, 449, *R.C.J.B.*, 1993, 49, note D. Philippe, *R.W.*, 1987-1988, 1092, note E. Dirix, *T. Not*, 1988, 19, note F. Bouckaert; D. PHILIPPE, “La simulation et la protection des tiers” (sous Cass., 11 décembre 1987), *R.C.J.B.*, 1993, (53) 60-63; S. STIJNS et E. VERJANS, “Variaties op het begrip “derde” in het contractenrecht”, in *Positie van de derde in het privaats vermogensrecht*, Bruges, die Keure, 2012, (19) n° 43-46; S. STIJNS, 1, 2015, 253, n° 330; P. VAN OMMESELAGHE, I, 441, n° 288; P. VAN OMMESELAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in P.-A. Foriers (dir.), *Les obligations contractuelles*, 2000, 183, n° 36; P. WÉRY, I, 2011, 877-878, n° 941-944).

§ 3. La capacité des parties contractantes

La sous-section 2 intègre, d’une part, les anciens articles 1123-1125 et, d’autre part, les anciens articles 1304-1310. La réglementation relative à la capacité des parties contractantes n’est pas modifiée. Les dispositions existantes sont uniquement réorganisées, supprimées lorsqu’elles vont de soi (anciens artt. 1310 et 1313) et/ou intégrées dans les dispositions relatives à la nullité (ancien article 1304, al. 3, repris dans le nouvel art. 5.60; ancien art. 1311, repris dans le nouvel art. 5.61) et aux restitutions (ancien art. 1312, repris dans le nouvel art. 5 124).

La Commission de réforme du droit des obligations a reçu de nombreuses observations sur ce paragraphe au cours de la consultation publique, mais elle a estimé qu’il n’entraînait pas dans son mandat de modifier la portée des textes concernant la capacité tels qu’ils figurent dans le Code civil actuel et qui dépassent le domaine du droit des obligations.

en Nederlands recht, 2005, (249) 258-259; S. STIJNS, 1, 2015, 253, nr. 330; M. VAN QUICKENBORNE, “Le fondement de l’inopposabilité des contre-lettres” (onder Cass. 21 juni 1974), *R.C.J.B.*, 1975, (256) 260-276).

Verkiest de derde zich toch op de verborgen overeenkomst te beroepen, dan dient hij hiertoe een vordering tot geveinsdverklaring in te stellen.

In het kader van deze bepaling moet men als derde te goeder trouw beschouwen, alle personen die niet deelgenomen hebben aan de verborgen overeenkomst en die onwetend zijn over de veinzing (Cass. 11 december 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 481, *Pas.*, 1988, 449, *R.C.J.B.*, 1993, 49, noot D. Philippe, *R.W.*, 1987-1988, 1092, noot E. Dirix, *T. Not*, 1988, 19, noot F. Bouckaert; D. PHILIPPE, “La simulation et la protection des tiers” (onder Cass. 11 december 1987), *R.C.J.B.*, 1993, (53) 60-63; S. STIJNS en E. VERJANS, “Variaties op het begrip “derde” in het contractenrecht”, in *Positie van de derde in het privaats vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (19) nrs. 43-46; S. STIJNS, 1, 2015, 253, nr. 330; P. VAN OMMESELAGHE, I, 441, nr. 288; P. VAN OMMESELAGHE, “La simulation en droit des obligations”, in P.-A. Foriers (dir.), *Les obligations contractuelles*, 2000, 183, nr. 36; P. WÉRY, I, 2011, 877-878, nrs. 941-944).

§ 3. Bekwaamheid van de contracterende partijen

In onderafdeling 2 krijgen, enerzijds, de oude artikelen 1123-1125 en, anderzijds, de oude artikelen 1304-1310, een plaats. De regeling inzake de bekwaamheid van contracterende partijen wordt niet gewijzigd. De bestaande bepalingen worden enkel herschikt, verwijderd wanneer zij voor zich spreken (oude artt. 1310 en 1313) en/of een plaats kregen in de regeling voor de nietigheid (oud art. 1304, lid 3, hernomen in nieuw art. 5.60; oud art. 1311, hernomen in nieuw art. 5.61) en de restituties (oud art. 1312, hernomen in nieuw art. 5 124).

De Commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht heeft tijdens de publieke consultatie talrijke opmerkingen ontvangen over deze paragraaf. Zij is van oordeel dat het niet tot haar opdracht behoort om wijzigingen aan te brengen aan de draagwijdte van de teksten over de bekwaamheid zoals die in het huidige Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen en die het domein van het verbintenissenrecht overstijgen.

Article 5.40

Principe

Cet article remplace l'ancien article 1123 du Code civil.

Article 5.41

Exceptions à la capacité de contracter

Cet article remplace l'ancien article 1124 du Code civil et s'inspire de l'article 1146 C. civ. fr.

L'incapacité et la sanction, applicables aux mineurs, demeurent inchangées et sont réglées ci-dessous. Les exceptions reconnues à la règle de l'incapacité d'exercice demeurent inchangées.

L'incapacité et la sanction, applicables aux majeurs protégés, demeurent inchangées et sont réglées par les articles 492 et 493 du Code civil actuel.

Article 5.42

Effets de l'incapacité

Cet article remplace l'ancien article 1125 du Code civil et s'inspire de l'article 1147 C. civ. fr.

Article 5.43

Lésion du mineur

Cet article reprend les anciens articles 1305, 1306 et 1309 du Code civil.

Article 5.44

Déclaration de majorité

Cet article reprend l'ancien article 1307 du Code civil.

Artikel 5.40

Beginsel

Dit artikel vervangt oud artikel 1123 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.41

Uitzonderingen op de bekwaamheid tot contracteren

Dit artikel vervangt oud artikel 1124 van het Burgerlijk Wetboek en is geïnspireerd op artikel 1146 C. civ. fr.

De onbekwaamheid en sanctie, van toepassing op minderjarigen, blijft ongewijzigd en is hierna geregeld. Aan de erkende uitzonderingen op de regel van de handelingsonbekwaamheid wordt niet geraakt.

De onbekwaamheid en sanctie, van toepassing op beschermde meerderjarigen, blijft ongewijzigd en is geregeld in de artikelen 492 en 493 van het huidige Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.42

Gevolgen van de onbekwaamheid

Dit artikel vervangt oud artikel 1125 van het Burgerlijk Wetboek en is geïnspireerd op artikel 1147 C. civ. fr.

Artikel 5.43

Benadeling van de minderjarige

Dit artikel herneemt de oude artikelen 1305, 1306 en 1309 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.44

Verklaring van meerderjarigheid

Dit artikel herneemt oud artikel 1307 van het Burgerlijk Wetboek.

Article 5.45

Respect des formalités

Cet article reprend l'ancien article 1314 du Code civil et remplace uniquement (sans modification de sens) le terme "*formaliteiten*" par le terme "*vormvereisten*" dans la version néerlandaise.

§ 4. L'objet

Article 5.46

Définition

La proposition reprend l'ancien article 1126 du Code civil en y ajoutant quelques éléments.

L'objet d'un acte juridique ou d'un contrat est la conséquence juridique concrète visée par les parties contractantes (W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, n° 329). Cette notion ne suscite pas beaucoup de difficultés. L'objet doit exister, être déterminé ou du moins déterminable et ne peut être illicite. Ces conditions doivent être appréciées au moment de la conclusion du contrat (Cass., 28 novembre 2013, *T.B.B.R.*, 2015, 422, note Derval et Grauer).

La plupart du temps, les parties concluent des contrats dans le but de faire naître des obligations entre elles. Le deuxième alinéa énumère les diverses sortes d'obligations. Celles-ci peuvent tendre à faire quelque chose, à s'abstenir de faire quelque chose ou à donner quelque chose. Cette énumération classique s'avère toutefois incomplète. Un débiteur peut en effet également s'engager à garantir quelque chose. Il suffit de penser à l'assureur ou à la caution.

Les conventions ou les clauses contractuelles ne tendent toutefois pas exclusivement à créer des obligations. Ici aussi, la pratique témoigne d'une plus grande diversité. Ainsi, les parties entendent parfois créer d'autres effets juridiques. À cet égard, certains auteurs français établissent une distinction entre la force obligatoire de la convention et le contenu obligationnel (P. ANCEL, "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat" *RTDCiv.*, 1999, 551). L'on pense aux clauses attributives de compétence, aux clauses exonératoires, aux conventions sur la preuve, aux clauses d'arbitrage, aux clauses de choix du droit applicable, aux clauses de subordination, etc. Il arrive également que les parties veuillent préciser davantage leur relation contractuelle ou, si une incertitude ou une contestation est apparue à cet égard, qu'elles souhaitent définir leur relation contractuelle. La transaction en est l'exemple classique.

Artikel 5.45

Naleving van vormvereisten

Dit artikel herneemt oud artikel 1314 van het Burgerlijk Wetboek en vervangt enkel (zonder betekeniswijziging) de term formaliteiten door vormvereisten.

§ 4. Voorwerp

Artikel 5.46

Definitie

Het voorstel herneemt het oude artikel 1126 van het Burgerlijk Wetboek, zij het met enige aanvullingen.

Het voorwerp van een rechtshandeling of een contract is het concreet rechtsgevolg dat de handelende partijen beogen (W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 329). Dit begrip leidt niet tot veel moeilijkheden. Het voorwerp moet bestaan, bepaald of minstens bepaalbaar zijn en mag niet ongeoorloofd zijn. Deze voorwaarden moeten beoordeeld worden op het ogenblik van de contractsluiting (Cass. 28 november 2013, *T.B.B.R.*, 2015, 422, noot Derval en Grauer).

Meestal sluiten partijen contracten om tussen hen verbintenissen te doen ontstaan. Het tweede lid somt de diverse soorten verbintenissen op. Deze kunnen strekken tot iets te doen, zich te onthouden om iets te doen of iets te geven. Deze klassieke opsomming is echter onvolledig. Een schuldenaar kan immers ook de verbintenis opnemen om iets te garanderen. Men denke aan de verzekeraar of aan de borg.

Contracten of contractuele bedingen strekken evenwel niet uitsluitend tot het creëren van verbintenissen. Ook hier getuigt de praktijk van meer diversiteit. Zo is het de partijen soms enkel te doen om andere rechtsgevolgen in het leven te roepen. Door Franse auteurs wordt in dit verband het onderscheid gemaakt tussen de verbindende kracht van de overeenkomst (*force obligatoire*) en de verbintenisscheppende inhoud (*contenu obligationnel*) (P. ANCEL, "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat" *RTDCiv.*, 1999, 551). Men denke aan bevoegdheidsbedingen, exonatiebedingen, bewijsovereenkomsten, arbitragebedingen, rechtskeuzebedingen, clausules van achterstelling, enz. Het komt ook voor dat de partijen hun contractuele verhouding nader willen regelen of, indien hierover onduidelijkheid of betwisting is gerezen, hun contractuele verhouding willen vaststellen. Het klassieke voorbeeld hiervan is de dading.

L'alinéa 3 consacre à droit constant la définition de l'obligation de donner.

Article 5.47

Possibilité de l'objet

L'objet doit être possible (P. WÉRY, I, n° 285; P. VAN OMMEFLAGHE, I, n° 182). Il est impossible lorsque la prestation prévue ne saurait être réalisée, que cette impossibilité repose sur des raisons matérielles ou sur des motifs juridiques. Cette impossibilité s'apprécie au jour de la conclusion du contrat. L'impossibilité d'exécution qui survient postérieurement n'est pas cause de nullité du contrat. L'impossibilité peut alors relever du régime de la force majeure (et entraîner le cas échéant la dissolution du contrat conformément à l'article 5 100) ou de la responsabilité contractuelle (et, en présence d'un contrat synallagmatique, entraîner le cas échéant la résolution du contrat conformément à l'article 5.90).

Article 5.48

Choses dans le commerce

Il s'agit ici de la reprise de l'article 1128 du Code civil, qui peut être conservé.

Article 5.49

Déterminabilité de l'objet

Il s'agit ici d'une version adaptée de l'article 1129 du Code civil qui s'inspire du nouvel article 1163 C. civ. fr. Il est généralement admis qu'il suffit que l'objet de l'obligation soit déterminable, autrement dit, que la convention comporte les éléments nécessaires pour déterminer par exemple le prix ou la quantité sans nouvelle intervention des parties (notamment par le renvoi au prix d'un marché réglementé ou par la détermination par un tiers). Conformément à la jurisprudence et à la doctrine, un pouvoir de contrôle marginal du juge reste naturellement possible lorsque la détermination est confiée à un tiers ou à l'une des parties (Cass., 31 octobre 2008, C.07 0201.N; Cass., 28 octobre 2016, C.15 0528.N).

Het derde lid bevestigt naar geldend recht de definitie van de verbintenis tot geven.

Artikel 5.47

Mogelijkheid van het voorwerp

Het voorwerp moet mogelijk zijn (P. WÉRY, I, n° 285; P. VAN OMMEFLAGHE, I, nr. 182). Het is onmogelijk wanneer de bepaalde prestatie niet gerealiseerd kan worden, hetzij om materiële, hetzij om juridische redenen. Deze onmogelijkheid wordt beoordeeld op het moment van het sluiten van het contract. De onmogelijkheid van uitvoering die zich later voordoet, vormt geen nietigheidsgrond van het contract. De onmogelijkheid kan dan vallen onder de regeling van overmacht (en in voorkomend geval de beëindiging van het contract teweegbrengen overeenkomstig art. 5 100) of de contractuele aansprakelijkheid (en, bij een wederkerig contract, in voorkomend geval leiden tot de ontbinding van het contract overeenkomstig artikel 5.90).

Artikel 5.48

Voorwerpen in de handel

Het betreft hier de overname van artikel 1128 van het Burgerlijk Wetboek dat behouden kan blijven.

Artikel 5.49

Bepaalbaarheid van het voorwerp

Het betreft hier een aangepaste versie van artikel 1129 van het Burgerlijk Wetboek die aansluit bij het nieuwe artikel 1163 C. civ. fr. Algemeen wordt aangenomen dat het volstaat dat het voorwerp van de verbintenis bepaalbaar is, d.w.z. dat de overeenkomst de nodige elementen bevat om bijvoorbeeld de prijs of de hoeveelheid te bepalen zonder een nieuwe tussenkomst van de partijen (bv. door verwijzing naar de prijzen van een geregelende markt of door de bepaling door een derde). Zoals wordt aangenomen door rechtspraak en rechtsleer blijft, indien de bepaling van het voorwerp wordt opgedragen aan een derde of aan een van de partijen, uiteraard een marginaal toetsingsrecht door de rechter mogelijk (Cass. 31 oktober 2008, C.07 0201.N; Cass. 28 oktober 2016, C.15 0528.N).

Article 5.50

Choses futures

Il s'agit ici de la reprise de l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui peut être maintenu. Le deuxième alinéa concernant les pactes sur succession future a entre-temps été abrogé par l'article 64 de la loi du 31 juillet 2017.

Article 5.51

Licéité

Il va de soi que le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas infini. La liberté contractuelle est encadrée par les limites fixées par l'ordre juridique. Ces limites sont fixées de manière classique par la loi et par les notions d'"ordre public" et de "bonnes mœurs". Ces principes restent maintenus. La notion de "bonnes mœurs" n'a toutefois pas été reprise, car elle est déjà incluse dans l'"ordre public".

Cependant, en raison du nombre croissant de règles de droit impératives et d'ordre public, existe le risque que les conventions soient trop rapidement qualifiées d'illicites et doivent par conséquent être déclarées nulles. Une vente en dehors des heures de fermeture ne doit pas nécessairement être annulée, pas plus que la vente d'un bien immobilier lorsqu'une attestation prescrite par la loi manque lors de la conclusion du contrat. La nouvelle formulation a pour objectif de trouver le juste équilibre. Une convention n'est frappée de nullité que lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui n'est pas admissible parce que contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives. En d'autres termes, toute infraction à une telle disposition, même sanctionnée pénalement, n'entraîne pas nécessairement la nullité (voy. également l'article 5.57). Le juge doit donc examiner la *ratio legis*. La jurisprudence actuelle admet déjà que la violation d'une norme impérative ou d'ordre public lors de la conclusion du contrat n'entraîne la nullité de la convention que lorsqu'il résulte de cette violation que l'objet de la convention est illicite (Cass., 30 janvier 2015, n° C.14 0285.N, *Arr.Cass.*, 2015, 276, *R.C.J.B.*, 2017, 189, note Cornelis). Ainsi, un contrat qui tend à l'exercice illicite d'une profession réglementée est nécessairement doté d'un objet illicite. Dans la mesure où la date à prendre en considération est celle de la conclusion du contrat, la violation d'une telle norme durant l'exécution de la convention ne peut pas entraîner la nullité de la convention (Cass., 28 novembre 2013, n° C.13 0233.N, *T.B.B.R.*, 2015, 422, note Derval et Grauer). En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que la

Artikel 5.50

Toekomstige zaken

Het betreft hier de overname van artikel 1130, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek dat behouden kan blijven. Het tweede lid betreffende bedingen over niet-opgevallende nalatenschappen werd inmiddels opgeheven door artikel 64 van de wet van 31 juli 2017.

Artikel 5.51

Geoorloofdheid

Het beginsel van de wilsautonomie is vanzelfsprekend niet zonder grenzen. De contractsvrijheid wordt beperkt door de limieten die door de rechtsorde worden gesteld. Klassiek worden deze grenzen bepaald door de wet en door de begrippen "openbare orde" en "goede zeden". Deze uitgangspunten blijven behouden. Wel werd het begrip "goede zeden" niet overgenomen omdat dit reeds besloten ligt in de "openbare orde".

Door de toename van regels van openbare orde en van dwingend recht bestaat echter het gevaar dat overeenkomsten al te snel als ongeoorloofd zouden worden bestempeld en dienvolgens nietig moeten worden verklaard. Een verkoop buiten de sluitingstijd hoeft niet noodzakelijk vernietigd te worden, evenmin als een verkoop van een onroerend goed wanneer bij de contractsluiting een bepaald wettelijk voorgeschreven attest ontbreekt. De nieuwe formulering heeft tot doel hier het juiste evenwicht te vinden. Een overeenkomst is slechts nietig wanneer zij een toestand creëert of in stand houdt die onduidelijk is, want strijdig is met de openbare orde of dwingende wetsbepalingen. Met andere woorden: niet elke inbreuk op een dwingende bepaling, zelfs al wordt zij strafrechtelijk gesanctioneerd, leidt noodzakelijk tot nietigheid (zie ook artikel 5.57). De rechter moet dus de *ratio legis* onderzoeken. Thans wordt reeds door de rechtspraak aangenomen dat de overtreding van een norm van openbare orde of van dwingend recht bij de contractsluiting slechts de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg heeft wanneer deze overtreding tot gevolg heeft dat het voorwerp van de overeenkomst ongeoorloofd is (Cass. 30 januari 2015, nr. C.14 0285.N, *Arr.Cass.*, 2015, 276, *R.C.J.B.*, 2017, 189 noot Cornelis). Zo heeft een contract dat strekt tot de onwettige uitoefening van een gereguleerd beroep noodzakelijk een ongeoorloofd voorwerp. Aangezien de peildatum het tijdstip van de contractsluiting is, kan een overtreding van een dergelijke norm tijdens de uitvoering van de overeenkomst niet tot de nietigheid van de overeenkomst leiden (Cass. 28 november 2013, nr. C.13 0233.N, *T.B.B.R.*, 2015, 422

notion de “dispositions légales” doit être comprise dans le sens indiqué dans l’introduction des développements.

Article 5.52

Clauses abusives

Il existe une tendance croissante en droit comparé à prévoir dans le droit des contrats une interdiction générale des clauses abusives, du moins lorsqu’elles sont insérées dans un contrat d’adhésion (art. 1171 C.civ.fr.; art. 82 et 86 DCEV) ou dans des conditions générales (§ 307 BGB; art. 6 233 NBW; art. II. – 9:403 et s. DCFR).

En droit belge, les clauses abusives sont interdites depuis de nombreuses années dans les relations entre un professionnel et un consommateur (B2C), conformément à la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 “concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs”, transposée aux articles VI.82 et suivants du Code de droit économique. En outre, une réglementation des clauses abusives dans les rapports entre entreprises (B2B) a été récemment introduite par la loi du 4 avril 2019 “modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises”, dont l’entrée en vigueur est prévue le 1^{er} décembre 2020 (voy. not. B. BÉNICHOU, “Onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken in B2B-contracten”, *L’entreprise face à ses nouveaux défis*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 55 et s.; I. CLAEYS et T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken”, *R.W.*, 2019-2020, pp. 323 et s. et 363 et s.; S. DE POURCQ, “Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden”, *R.D.C.*, 2019, p. 642 et s.; E. DIRIX, “Flitswetgeving”, *R.W.*, 2018-2019, p. 1402; R. JAFFERALI, “Le droit des obligations existe-t-il? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B”, *R.D.C.*, 2019, p. 155 et s.; R. JAFFERALI et E. DE DUVE (coord.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Actes du colloque organisé à l’ULB le 12 mai 2019, Anthemis; N. JANSSENS, “Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen. Gevolgen van de wet van 21 maart 2019 voor het notariaat”, *Ber. Not.*, 2019, p. 109 et s.; G. SORREAUX et D. PHILIPPE, “L’abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises: premiers

noot Derval en Grauer). In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat het begrip “wetsbepalingen” moet worden begrepen in de zin die aangegeven is in de inleiding van de toelichting.

Artikel 5.52

Onrechtmatige bedingen

In de rechtsvergelijking bemerkt men dat in het contractenrecht steeds vaker wordt voorzien in een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen, althans wanneer ze worden opgenomen in een toetredingscontract (art. 1171 C.civ.fr.; artt. 82 en 86 GEKR) of in algemene voorwaarden (§ 307 BGB; art. 6 233 NBW; artt. II. – 9:403 e.v. DCFR).

In het Belgisch recht zijn onrechtmatige bedingen reeds vele jaren verboden in de relaties tussen ondernemingen en consumenten (B2C), overeenkomstig richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, zoals omgezet in de artikelen VI.82 e.v. van het Wetboek van economisch recht. Daarenboven werd recentelijk een regeling inzake onrechtmatige bedingen in de relaties tussen ondernemingen (B2B) ingevoerd bij de wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, waarvan de inwerkingtreding is bepaald op 1 december 2020 (zie o.a. B. BÉNICHOU, “Onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken in B2B-contracten”, *L’entreprise face à ses nouveaux défis*, Brussel, Larcier, 2019, blz. 55 e.v.; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken”, *R.W.*, 2019-2020, blz. 323 e.v. en 363 e.v.; S. DE POURCQ, “Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden”, *T.B.H.*, 2019, blz. 642 e.v.; E. DIRIX, “Flitswetgeving”, *R.W.*, 2018-2019, blz. 1402; R. JAFFERALI, “Le droit des obligations existe-t-il? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B”, *T.B.H.*, 2019, blz. 155 e.v.; R. JAFFERALI en E. DE DUVE (coörd.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Bijdragen tot het colloquium van 12 mei 2019 aan de ULB, Anthemis; N. JANSSENS, “Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen. Gevolgen van de wet van 21 maart 2019 voor het notariaat”, *Ber. Not.*, 2019, blz. 109 e.v.; G. SORREAUX en D. PHILIPPE, “L’abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises:

regards sur la loi du 4 avril 2019”, *D.A.O.R.*, 2019/3, p. 22 et s.; G. RUE, “Nouvelle loi sur l’abus de dépendance économique entre entreprises”, *Bull. jur. soc.*, 2019, pp. 629 et 630; on signalera également les conférences sans publication qui y ont été consacrées par l’USL-B et l’UCL le 23 septembre 2019 (La loi du 4 avril 2019 – Abus de dépendance économique, clauses abusives et pratiques du marché déloyales entre entreprises), par la KULeuven le 17 octobre 2019 (*Nieuw economisch recht in B2B relaties*) et par l’UGent le 26 novembre 2019 (*Onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten. Wat blijft er nog over van de contractvrijheid?*)).

Il apparaît dès lors souhaitable de prévoir dans le Livre 5 du nouveau Code civil une interdiction générale des clauses abusives.

En effet, sur le plan du champ d’application personnel, la loi du 4 avril 2019 ne s’applique pas aux rapports entre deux consommateurs (C2C). Or, les risques d’abus existent tout autant dans ce contexte que dans les rapports B2B. Il serait paradoxal, et potentiellement contraire au principe constitutionnel d’égalité, que seuls les rapports C2C soient exclus de la protection de la loi, alors que la réglementation des clauses abusives couvre désormais tant les rapports B2C que les rapports B2B. Par ailleurs, la définition du champ d’application de la loi par référence à la notion d’entreprise est source d’insécurité juridique, compte tenu de la portée incertaine de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice en ce qui concerne notamment l’inclusion des pouvoirs publics et des ASBL dans cette notion (voy. à ce propos C.J.U.E., 17 mai 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *D.C.C.R.*, 2018, p. 229, note G. Straetmans, *T.O.R.B.*, 2018-2019, p. 15, note H. Swennen; C.J.U.E., 3 octobre 2013, *BKK Mobil c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634).

Dans ces conditions, le texte proposé vise à introduire en droit belge des contrats une disposition générale d’interdiction des clauses abusives tout en veillant à limiter ses effets dans le respect des principes de liberté contractuelle, de proportionnalité et de sécurité juridique. Il appartiendra au législateur de décider, à la lumière de l’évaluation prévue de la loi du 4 avril 2019 et de son appréciation par la doctrine, si cette loi doit être maintenue ou si les intérêts des entreprises ne sont pas déjà suffisamment protégés par la disposition générale insérée dans le Livre 5.

premiers regards sur la loi du 4 avril 2019”, *D.A.O.R.*, 2019/3, blz. 22 e.v.; G. RUE, “Nouvelle loi sur l’abus de dépendance économique entre entreprises”, *Bull. jur. soc.*, 2019, blz. 629 et 630; men kan ook verwijzen naar de spreekbeurten zonder publicatie die eraan werden gewijd door de USL-B en de UCL op 23 september 2019 (*La loi du 4 avril 2019 – Abus de dépendance économique, clauses abusives et pratiques du marché déloyales entre entreprises*), door de KULeuven op 17 oktober 2019 (*Nieuw economisch recht in B2B relaties*) en door de UGent op 26 november 2019 (*Onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten. Wat blijft er nog over van de contractvrijheid?*)).

Het lijkt het derhalve wenselijk om in Boek 5 van het nieuw Burgerlijk Wetboek te voorzien in een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen.

Inderdaad, wat het personeel toepassingsgebied van de wet van 4 april 2019 betreft, is de wet niet van toepassing op de relaties tussen twee consumenten (C2C). Het gevaar van misbruik is in die context echter even groot als in B2B-relaties. Het zou paradoxaal zijn, en mogelijk strijdig zijn met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, dat enkel de C2C-relaties worden uitgesloten van de bescherming geboden door de wet, terwijl de regeling inzake onrechtmatige bedingen wel geldt voor B2C-relaties en B2B-relaties. Voorts is de omschrijving van het toepassingsgebied van de wet, waarin wordt verwezen naar het begrip “onderneming”, een bron van rechtsonzekerheid, gelet op de onzekere strekking van de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie, bijvoorbeeld met betrekking tot het opnemen van de overheden en de vzw’s in dat begrip (zie in dat verband H.J.E.U., 17 mei 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *D.C.C.R.*, 2018, blz. 229, noot G. Straetmans, *T.O.R.B.*, 2018-2019, blz. 15, noot H. Swennen; H.J.E.U., 3 oktober 2013, *BKK Mobil t. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, ECLI:EU:C:2013:634).

In die context beoogt de voorgestelde tekst in het Belgische contractenrecht een algemene bepaling in te voeren om onrechtmatige bedingen te verbieden en er tegelijk over te waken dat de gevolgen ervan beperkt worden overeenkomstig de beginselen van contractsvrijheid, proportionaliteit en rechtszekerheid. Het zal aan de wetgever zijn om, in het licht van de voorziene evaluatie van de wet van 4 april 2019 en de beoordeling ervan door de doctrine, te beslissen of deze wet moet worden gehandhaafd dan wel of de belangen van de vennootschappen niet al voldoende worden beschermd door de algemene bepaling die in Boek 5 is ingevoegd.

Comme le prévoit l'article 5.13, le texte proposé ne s'applique que sous réserve des règles particulières édictées dans le Code de droit économique et dans les lois particulières. Ainsi, le texte proposé laisse entière la protection des consommateurs prévue aux articles VI.82 et suivants du Code de droit économique, qui seront seuls applicables aux clauses abusives dans les rapports B2C. Le texte proposé laisse également entière la protection des entreprises prévue aux articles VI.91/1 et suivants du Code de droit économique, qui seront seuls applicables aux clauses abusives dans les rapports B2B. Dans les rapports C2C (et, de manière générale, pour tout contrat n'entrant pas dans le champ d'application des articles VI.82 et suivants et VI.91/1 et suivants du Code de droit économique), le texte examiné sera en revanche applicable. Par ailleurs, le texte proposé ne porte pas atteinte aux réglementations particulières sectorielles des clauses abusives, telles que celles prévues par le règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 "promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne" ou par la future transposition de la directive (UE) n° 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 "sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire".

Le texte proposé s'inspire, dans sa formulation, de l'article 1171 C.civ.fr.

L'alinéa 1^{er} contient le principe de l'interdiction des clauses abusives. L'interdiction ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion, tels que définis à l'article 5.10. De la sorte, l'on évite qu'un contrat qui a été véritablement négocié et conclu en connaissance de cause puisse être ultérieurement remis en cause sur la base de la notion de clause abusive, ce qui irait à l'encontre de l'objectif de la réglementation de ces clauses et porterait une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle. Comme précisé au second alinéa de l'article 5.10, "Le fait que certaines clauses du contrat aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste du contrat lorsque l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion". Ainsi, la négociation du prix ou de la quantité de marchandises commandées n'empêchera pas nécessairement de considérer que les conditions générales d'une partie doivent être qualifiées de contrat d'adhésion et peuvent à ce titre être contrôlées au titre de la réglementation des clauses abusives. Par ailleurs, la seule circonstance qu'un contrat n'a pas été négocié n'implique pas nécessairement qu'il a été imposé à l'autre partie sans possibilité d'en influencer le contenu; il convient de vérifier, *in concreto*, si une telle possibilité

Zoals bepaald in artikel 5.13 is de voorgestelde tekst enkel van toepassing onder voorbehoud van de bijzondere regels vastgesteld in het Wetboek van economisch recht en in bijzondere wetten. Zo raakt de voorgestelde tekst niet aan de bescherming van de consumenten waarin de artikelen VI.82 e.v. van het Wetboek van economisch recht voorzien, die enkel van toepassing zullen zijn op onrechtmatige bedingen in de context van B2C-relaties. De voorgestelde tekst raakt ook niet aan de bescherming van de ondernemingen waarin de artikelen VI.91/1 e.v. van het Wetboek van economisch recht voorzien, die enkel van toepassing zullen zijn op onrechtmatige bedingen in de context van B2B-relaties. In de context van C2C-relaties (en, meer algemeen, voor alle contracten die buiten het toepassingsgebied van de artikelen VI.82 e.v. en VI.91/1 e.v. van het Wetboek van economisch recht vallen), zal de besproken tekst echter wel toepasselijk zijn. Voorts doet de voorgestelde tekst geen afbreuk aan de bijzondere sectorale regelingen inzake onrechtmatige bedingen, zoals die waarin wordt voorzien bij Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten of bij de toekomstige omzetting van richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen.

De formulering van de voorgestelde tekst is geïnspireerd op artikel 1171 C.civ.fr.

Het eerste lid bevat het beginsel dat onrechtmatige bedingen verboden zijn. Het verbod geldt enkel voor toetredingscontracten, zoals omschreven in artikel 5.10. Zo wordt voorkomen dat een contract waarover daadwerkelijk werd onderhandeld en dat met kennis van zaken werd gesloten later ter discussie kan worden gesteld op grond van het begrip "onrechtmatig beding", wat zou ingaan tegen de doelstelling van de regeling inzake die bedingen en bovenmatig afbreuk zou doen aan de contractsvrijheid. Zoals verduidelijkt in het tweede lid van artikel 5.10, "[sluit het] feit dat sommige bedingen van het contract het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling, [...] de toepassing van dit artikel op de rest van het contract niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingscontract." Zo zal een onderhandeling over de prijs of over de hoeveelheid bestelde goederen niet noodzakelijkerwijs verhinderen dat de algemene voorwaarden van een partij als toetredingscontract moeten worden gekwalificeerd en als dusdanig kunnen worden gecontroleerd op grond van de regeling inzake onrechtmatige bedingen. Overigens houdt de loutere omstandigheid dat over een contract niet werd onderhandeld als dusdanig niet in dat het aan de

d'influence existait, compte tenu notamment du rapport de force économique entre les parties, même si cette possibilité n'a pas été exercée en l'espèce.

Le texte examiné ne comporte aucune limitation sur le plan personnel, et ce de manière à éviter toute discrimination. Il pourra donc en principe être appliqué aux relations C2C, aux contrats conclus avec l'autorité publique, entre autorités publiques, etc. (le tout sans préjudice, conformément à l'article 5.13, de l'application de législations particulières, telle que la législation sur les marchés publics).

Le critère du caractère abusif est l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties. Pour retenir l'existence d'un tel déséquilibre, il conviendra donc de comparer les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat contient la clause litigieuse avec les droits et les obligations des parties dans le cas où le contrat ne contient pas une telle clause. La clause qui ne ferait que refléter des dispositions légales ou réglementaires ne peut pas être considérée comme abusive, car l'auteur de ces règles est censé avoir déjà veillé à adopter des règles équilibrées. De manière plus générale, la réglementation des clauses abusives n'a pas pour objectif de se substituer aux règles édictées par ailleurs par le législateur pour contrôler les clauses excessives, pour lesquelles il a déjà effectué une pondération des intérêts en présence. Ainsi, les clauses indemnitaires excessives font déjà l'objet de critères et de sanctions spécifiques prévus à l'article 5.88; le régime des clauses abusives n'a dès lors pas lieu d'être appliqué dans ce cas. Il en va de même des clauses d'exonération de responsabilité excessives, réglées à l'article 5.89.

L'utilisation du terme "manifeste" vise à limiter l'intervention du juge à un contrôle marginal. Afin de préserver la liberté contractuelle, qui demeure le principe (article 5.14), seuls les déséquilibres évidents peuvent donc être sanctionnés.

L'alinéa 2 précise que l'appréciation du déséquilibre manifeste tient compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat. Ces circonstances sont multiples. Il pourra s'agir, notamment, de la nature des produits ou services qui font l'objet du contrat, des

autre partie werd opgelegd zonder mogelijkheid om de inhoud ervan te beïnvloeden. *In concreto* moet worden nagegaan of een dergelijke mogelijkheid tot beïnvloeding bestond, o.m. rekening houdend met de economische machtsverhouding tussen de partijen, ook al werd geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid.

De besproken tekst bevat geen enkele beperking op het vlak van het personeel toepassingsgebied, zulks om elke vorm van discriminatie te vermijden. De tekst kan dus in principe worden toegepast in de context van C2C-relaties, contracten gesloten met de overheid, contracten gesloten tussen overheden, enz. (zulks, overeenkomstig artikel 5.13, zonder afbreuk te doen aan de toepassing van bijzondere wetten, zoals de wetgeving inzake overheidsopdrachten).

Het criterium om een beding als onrechtmatig te bestempelen, is het bestaan van een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen. Om een dergelijk onevenwicht te kunnen vaststellen, moet men derhalve een vergelijking maken tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen wanneer een contract het litigieuze beding bevat en de rechten en de verplichtingen van de partijen wanneer het contract het beding niet zou bevatten. Een beding dat enkel de weergave bevat van wettelijke of reglementaire bepalingen, kan niet als onrechtmatig worden beschouwd, aangezien de auteur van die regels wordt geacht er reeds te hebben op toegezien evenwichtige regels aan te nemen. Meer algemeen heeft de regeling inzake onrechtmatige bedingen niet tot doel de regels te vervangen waarin de wetgever reeds elders heeft voorzien ter controle van buitensporige bedingen en in het kader waarvan hij de belangen die in het spel zijn reeds heeft afgewogen. Zo is in artikel 5.88 reeds voorzien in specifieke criteria en sancties voor buitensporige schadebedingen; in dat geval is er dus geen reden om de regeling inzake onrechtmatige bedingen toe te passen. Hetzelfde geldt voor de buitensporige bevrijdingsbedingen, die in artikel 5.89 worden geregeld.

Het gebruik van de term "kennelijk" beoogt de tussenkomst van de rechter te beperken tot een marginale toetsing. Teneinde de contractsvrijheid, die het beginsel blijft (artikel 5.14), te vrijwaren, kunnen dus enkel de duidelijke onevenwichten worden gesanctioneerd.

Het tweede lid verduidelijkt dat bij de beoordeling van het kennelijk onevenwicht rekening wordt gehouden met alle omstandigheden rond het sluiten van het contract. Die omstandigheden zijn veelvuldig. Het kan bijvoorbeeld gaan om de aard van de producten of diensten die

autres clauses du contrat, de l'économie générale du contrat, d'un contrat lié ou des usages applicables.

Le juge devra prendre garde à ne pas transposer automatiquement la listes des clauses abusives existant en matière de B2C. En effet, cette liste a été établie dans le contexte très particulier d'une relation entre un professionnel et un consommateur. Or, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les consommateurs "se trouvent dans une position d'infériorité par rapport à des professionnels, en ce qu'ils doivent être réputés comme étant moins informés, économiquement plus faibles et juridiquement moins expérimentés que leurs cocontractants" (C.J.U.E., 7 novembre 2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18, ECLI:EU:C:2019:930, point 46 et réf. citée). Un tel déséquilibre entre les parties ne se retrouve pas nécessairement dans un contexte C2C. En effet, dans ces derniers cas, il se peut parfaitement que les deux consommateurs se trouvent dans un rapport de force équilibré. Pour les mêmes motifs, la jurisprudence de la Cour de justice sur l'interprétation de la directive n° 93/13 n'est pas transposable en tant que telle au texte proposé.

L'alinéa 3 précise que l'appréciation du déséquilibre manifeste ne peut porter, ni sur la définition des prestations principales du contrat (ou de la prestation principale lorsqu'il n'y en a qu'une), ni sur l'adéquation entre les prestations principales. Cette exclusion est justifiée par un principe fondamental du droit des contrats selon lequel le juge ne peut en principe censurer une éventuelle disproportion entre les prestations des parties (article 5.38). Il ne peut en aller autrement qu'en cas d'abus de circonstances dûment démontré (article 5.37).

Selon l'alinéa 1^{er}, la clause abusive est réputée non écrite. Le réputé non écrit est une forme de nullité partielle (article 5.63 alinéa 2). Par conséquent, la clause abusive est présumée divisible du reste du contrat, lequel demeurera contraignant pour les parties s'il peut subsister sans la clause abusive. En outre, dans la mesure où le réputé non écrit ne constitue qu'une application de la notion de nullité partielle, une réduction de la clause abusive dans la mesure où elle est valable est envisageable (voy. le commentaire du premier alinéa de l'article 5.63). Ainsi, par exemple, si une clause est considérée comme abusive, elle pourra le cas échéant être annulée dans la seule mesure de cet abus et être maintenue pour le surplus, à condition que la clause apparaisse comme divisible eu égard à l'intention des parties ainsi qu'au but de la règle violée. Par ailleurs, conformément à l'effet rétroactif de la nullité (article 5.62, alinéa 1^{er}), si une clause abusive

het voorwerp uitmaken van het contract, om de andere bedingen van het contract, om de algemene economie van het contract, om een samenhangend contract of om toepasselijke gebruiken.

De rechter moet erover waken dat hij de lijst van onrechtmatige bedingen die gelden voor B2C-relaties niet automatisch gaat toepassen. Die lijst werd immers opgesteld voor de zeer specifieke context van relaties tussen ondernemingen en consumenten. Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Justitie echter bevindt "de consument [...] zich ten opzichte van een handelaar in een zwakkere positie [...] in die zin dat hij moet worden geacht minder goed te zijn geïnformeerd en als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractpartij moet worden beschouwd" (H.J.E.U., 7 november 2019, *Profi Credit Polska*, C-419/18, ECLI:EU:C:2019:930, punt 46 en aldaar aangehaalde verwijzing). Van een dergelijk onevenwicht tussen de partijen is er niet noodzakelijkerwijs sprake in een C2C-context. In die laatste gevallen is het immers perfect mogelijk dat de beide consumenten zich in een evenwichtige machtsverhouding bevinden. Om dezelfde redenen kan de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de interpretatie van richtlijn 93/13 niet als dusdanig worden doorgetrokken naar de voorgestelde tekst.

In het derde lid wordt verduidelijkt dat de beoordeling van het kennelijk onevenwicht geen betrekking mag hebben op de bepaling van de hoofdprestaties van het contract (of van de hoofdprestatie als er maar één is) noch op de gelijkwaardigheid van de hoofdprestaties. Deze uitsluiting wordt verantwoord door een fundamenteel beginsel van het contractenrecht volgens welk de rechter een eventueel onevenwicht tussen de prestaties van de partijen in beginsel niet kan censureren (art. 5.38). De rechter kan enkel ingrijpen in geval van behoorlijk bewezen misbruik van omstandigheden (artikel 5.37).

Op grond van het eerste lid wordt het onrechtmatig beding voor niet-geschreven gehouden. Het voor niet-geschreven houden van een beding is een vorm van gedeeltelijke nietigheid (artikel 5.63, tweede lid). Bijgevolg wordt het onrechtmatig beding vermoed deelbaar te zijn van de rest van het contract, dat bindend blijft voor de partijen als het zonder het onrechtmatig beding kan voortbestaan. Voor zover het voor niet-geschreven houden slechts een toepassing van het begrip "gedeeltelijke nietigheid" is, kan bovendien een matiging van het onrechtmatig beding, voor zover het geldig is, in overweging worden genomen (zie de bespreking van het eerste lid van artikel 5.63). Zo kan bijvoorbeeld een beding dat als onrechtmatig wordt beschouwd in voorkomend geval enkel wat die onrechtmatigheid betreft nietig worden verklaard en voor het overige worden behouden, op voorwaarde dat het beding deelbaar blijkt te zijn in

est annulée, les règles supplétives auxquelles la clause avait dérogré redeviennent applicables.

L'interdiction des clauses abusives est justifiée par le souci de protéger une partie faible. Il s'agit, par conséquent, d'une nullité relative (article 5.58, alinéa 2). La partie faible est en l'occurrence celle à laquelle le contrat d'adhésion a été imposé sans qu'elle ait la possibilité d'influencer son contenu (article 5.10, alinéa 1^{er}). À cet égard, la seule circonstance qu'un contrat n'a pas été négocié n'implique pas nécessairement qu'il a été imposé à l'autre partie sans possibilité d'en influencer le contenu; ici encore, il convient de vérifier, *in concreto*, si une telle possibilité d'influence existait, compte tenu notamment du rapport de force économique entre les parties, même si cette possibilité n'a pas été exercée en l'espèce.

§ 5. La cause

Article 5.53

Définition

La notion de cause exprime le fait qu'il doit exister un motif, un fondement, pour lequel une personne souhaite s'engager. Si l'obligation a été exécutée, mais qu'elle s'avère dénuée de cause, la restitution de la prestation peut alors être réclamée. Dans d'autres systèmes juridiques, ce rôle est souvent rempli par d'autres concepts (ZWEIGERT et KÖTZ, *Comparative Law*, Oxford, 2011, 388: "indicia of seriousness").

La proposition opte pour le maintien de l'exigence de la cause. Certains codes modernes ont totalement abandonné le concept de "cause". Tel est notamment le cas du Code civil néerlandais (1992), bien que l'on retrouve ce concept dans la notion de "portée" de l'acte juridique (article 3:40 du NBW), qui vise notamment les motifs connus de l'autre partie. La récente réforme française du droit des obligations a également abandonné ce concept. Les auteurs sont toutefois d'avis que la notion de *causa* doit être maintenue, car elle s'inscrit dans une tradition bien ancrée et est utile pour la dogmatique (il suffit de penser à la distinction classique entre les obligations abstraites et les obligations causales) (H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, 1957). En outre, l'on peut craindre

het licht van de bedoeling van de partijen en het doel van de geschonden regel. Wanneer een onrechtmatig beding nietig wordt verklaard, worden de suppletieve regels waarvan het beding afweek overigens terug van toepassing ingevolge de terugwerkende kracht van de nietigheid (artikel 5.62, eerste lid).

Het verbod van onrechtmatige bedingen wordt verantwoord door de bekommernis om een zwakke partij te beschermen. Het gaat bijgevolg om een relatieve nietigheid (artikel 5.58, tweede lid). De zwakke partij is de partij aan wie het toetredingscontract werd opgelegd zonder dat zij een invloed heeft kunnen hebben op de inhoud ervan (artikel 5.10, eerste lid). In dit verband houdt, zoals gezegd, de omstandigheid dat over een contract niet werd onderhandeld als dusdanig niet in dat het contract aan de andere partij werd opgelegd zonder mogelijkheid om de inhoud ervan te beïnvloeden. *In concreto* moet ook hier worden nagegaan of een dergelijke mogelijkheid tot beïnvloeding bestond, o.m. rekening houdend met de economische machtsverhouding tussen de partijen, ook al werd geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid.

§ 5. Oorzaak

Artikel 5.53

Definitie

Het begrip oorzaak brengt tot uitdrukking dat er een reden, een grondslag, moet bestaan waarom iemand zich wenst te verbinden. Werd de verbintenis uitgevoerd, maar blijkt zij zonder oorzaak, dan kan de restitutie van het gepresteerde worden gevorderd. Deze rol wordt in andere rechtsstelsels vaak door andere concepten vervuld (ZWEIGERT en KÖTZ, *Comparative Law*, Oxford, 2011, 388: "indicia of seriousness").

Het voorstel kiest ervoor om het vereiste van de oorzaak te behouden. In sommige moderne wetboeken werd het concept "oorzaak" helemaal achterwege gelaten. Dit is bijvoorbeeld het geval in het Nederlands Burgerlijk Wetboek (1992), zij het dat het deels terug te vinden is in het begrip van de "strekking" van de rechtshandeling (art. 3:40 NBW) waarmee o.m. de voor de andere partij kenbare motieven worden bedoeld. Ook in het recent hervormde Franse verbintenissenrecht werd dit concept achterwege gelaten. De indieners zijn evenwel van oordeel dat het *causa*-begrip behouden dient te blijven omdat het aansluit bij een diepgewortelde traditie en nuttig is voor de dogmatiek (men denke slechts aan het klassieke onderscheid tussen abstracte en causale verbintenissen) (H. DE PAGE, *L'obligation abstraite en*

que la suppression de cette notion ne la fasse, quand même, resurgir sous une autre forme.

La définition donnée répond à celle qui résulte de la jurisprudence et de la doctrine, à savoir les motifs déterminants pour la conclusion du contrat (notamment Cass., 14 mars 2008, C.05 0380.F, *Pas.*, 2008, 708, *R.W.*, 2010-11, 21).

L'exigence de cause doit être appréciée au moment de la formation de la convention (Cass., 12 décembre 2008, C.06 0322.N, *R.W.*, 2008-09, 1690, note Barbaix, *J.T.*, 2010, 335 note Delnoy, *R.C.J.B.*, 2011, 329 note Nudelholc, *T.B.B.R.*, 2009, 236, note Masschelein). Le caractère équivalent ou non des prestations entre elles n'est pas non plus pertinent à cet égard: une disproportion entre les prestations n'implique pas que l'obligation soit sans cause ou ait une cause illicite (Cass., 25 avril 1977, *R.W.*, 1977-78, 169). Cette problématique est abordée ailleurs dans la proposition, notamment par la théorie de l'imprévision, les vices de consentement et la théorie de l'abus de circonstances.

Dans les contrats synallagmatiques, la cause comporte les mobiles déterminants, lesquels consistent généralement dans les engagements pris par l'autre partie. Dans les contrats à titre gratuit, il s'agit généralement de l'intention libérale. La proposition précise que ces motifs doivent être "communs". Cela signifie que les motifs déterminants d'une partie ne sont pertinents juridiquement que s'ils étaient connus de l'autre partie. Les motifs doivent faire partie de ce que les auteurs français appellent avec justesse "*le champ contractuel*". L'appartenance des motifs au "champ contractuel" s'avère surtout importante dans l'appréciation de la licéité de la cause. Est-ce raisonnable d'annuler une convention parce que l'une des parties a été motivée par des motifs illicites, qui sont inconnus de l'autre partie? La proposition s'écarte, dès lors, de la jurisprudence actuelle qui considère que des mobiles illicites dans le chef de l'une des parties suffisent pour porter atteinte à la validité de la convention, même si ils étaient inconnus de l'autre partie (Cass., 7 octobre 2004, C.03 0144.F, *Pas.*, 2004, 1513, *Arr. Cass.*, 2004, 1554; voy. R. JAFFERALI, "L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat", *De quoi le contrat est-il le nom? Applications et tendances récentes du droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, n° 29 et s., p. 47 et s.; L. IMONT et P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.*, 2014, n° 28, p. 589; VAN OMMEFLAGHE, I, n° 230, p. 378 et s.; A. VAN OEVELEN, "Is voor de nietigheid van een overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen?", note

droit interne et en droit comparé, Brussel, 1957). Verder valt te vrezen dat bij het afschaffen van dit begrip het toch opnieuw zou opduiken in een andere vorm.

De gegeven definitie beantwoordt aan deze die voortvloeit uit rechtspraak en rechtsleer, nl. de determinerende motieven voor het aangaan van de overeenkomst (o.m. Cass. 14 maart 2008, C.05 0380.F, *Pas.*, 2008, 708, *R.W.*, 2010-11, 21).

Het oorzaakvereiste dient beoordeeld te worden op het tijdstip van het ontstaan van de overeenkomst (Cass. 12 december 2008, C.06 0322.N, *R.W.*, 2008-09, 1690 noot Barbaix, *J.T.*, 2010, 335 noot Delnoy, *R.C.J.B.*, 2011, 329 noot Nudelholc, *T.B.B.R.*, 2009, 236 noot Masschelein). Ook is het al dan niet gelijkwaardige karakter van de prestaties ten opzichte van elkaar hierbij niet relevant: een wanverhouding tussen de prestaties impliceert niet dat de verbintenis zonder oorzaak is, of een ongeoorloofde oorzaak heeft (Cass. 25 april 1977, *R.W.*, 1977-78, 169). Deze problematiek wordt elders in het voorstel aangepakt, o.m. door de imprevisie, de wilsgebreken en het leerstuk van het misbruik van omstandigheden.

Bij wederkerige contracten omvat de oorzaak de determinerende beweegredenen die, in de regel, de door de wederpartij aangegane verbintenissen omvatten. Bij contracten ten kosteloze titel is dit, in de regel, het begiftigingsoogmerk. Het voorstel preciseert dat deze beweegredenen "gemeenschappelijk" dienen te zijn. Dit betekent dat de determinerende beweegredenen van de ene partij enkel juridisch relevant zijn indien zij kenbaar waren aan de andere partij. De beweegredenen moeten behoren tot wat Franse auteurs zo treffend aanduiden als "*le champ contractuel*". De voorwaarde dat de beweegredenen tot het "contractuele veld" behoren, is vooral van belang bij de beoordeling van de geoorlooftheid van de oorzaak. Is het redelijk een overeenkomst nietig te verklaren omdat een van de partijen bewogen werd door ongeoorloofde beweegredenen die aan de andere onbekend zijn? Het voorstel wijkt hier dus af van de huidige rechtspraak die van oordeel is dat de ongeoorloofde oogmerken in hoofdte van de ene partij volstaan om de geldigheid van de overeenkomst aan te tasten, ook al waren zij onbekend aan de andere partij (Cass. 7 oktober 2004, C.03 0144.F, *Pas.*, 2004, 1513, *Arr. Cass.*, 2004, 1554; zie R. JAFFERALI, "L'ignorance des règles contractuelles. Questions choisies relatives à la formation du contrat", *De quoi le contrat est-il le nom? Applications et tendances récentes du droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, nr. 29 e.v., p. 47 e.v.; L. SIMONT et P.A. FORIERS, "Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.*, 2014, nr. 28, p. 589; VAN OMMEFLAGHE, I, nr. 230, p. 378 e.v.; A. VAN OEVELEN, "Is voor de nietigheid van een

sous Cass., 12 octobre 2000, *R.W.*, 2002- 2003, n° 7, p. 421; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, note sous Cass., 12 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2003, n° 13, p. 96 et s.). Il n’est pas dérogé au régime particulier des libéralités.

Article 5.54

Exigence

Il s’agit ici de la reprise de l’article 1131 du Code civil, qui peut être maintenu. On ajoute toutefois à cette disposition l’exception jurisprudentielle selon laquelle la loi peut admettre que l’obligation existe par elle-même et être séparée de sa cause. Tel est le cas des “obligations abstraites” (comme la lettre de change) (voy. notamment: Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326, note P. Van Ommeslaghe; Cass., 17 mai 1991, *R.W.*, 1991-92, 684, *J.T.*, 1992, 298). Il est également admis que l’abstraction puisse résulter de la volonté des parties.

Pour être complet, il est encore précisé que lorsque la cause est une condition de validité du contrat, ce sont en réalité les obligations qui font l’objet du contrat pour lesquelles l’existence d’une cause doit pouvoir être démontrée.

Le deuxième alinéa vise à rapprocher la problématique de la fausse cause de la doctrine relative à l’erreur (voy. P. WÉRY, I, p. 265, n° 299).

Article 5.55

Cause non exprimée

Il s’agit ici de la reprise de l’article 1132 du Code civil, qui peut être maintenu. Cette disposition exprime une règle de preuve utile. La loi établit une présomption selon laquelle une cause valable est à la base de l’obligation, même lorsque celle-ci ne ressort pas de l’écrit qui constate cette obligation. Par conséquent, aucune preuve n’incombe au créancier. Si le débiteur conteste l’existence ou le caractère licite de la cause de l’obligation, il doit en rapporter la preuve (Cass., 27 février 2003, *R.W.*, 2004-05, 975).

overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen?”, noot onder Cass., 12 oktober 2000, *R.W.*, 2002- 2003, nr. 7, p. 421; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, noot onder Cass., 12 oktober 2000, *R.C.J.B.*, 2003, nr. 13, p. 96 e.v.). Deze bepaling doet geen afbreuk aan de bijzondere regeling van schenkingen en testamenten.

Artikel 5.54

Vereiste

Het betreft hier de overname van de regel uit artikel 1131 van het Burgerlijk Wetboek dat kan behouden blijven. Aan deze bepaling wordt evenwel de jurisprudentiële uitzondering toegevoegd volgens dewelke de wet kan aannemen dat de verbintenis op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden. Dat is het geval bij zgn. abstracte verbintenissen (bv. de wisselbrief) (zie o.m.: Cass. 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326 noot P. Van Ommeslaghe; Cass. 17 mei 1991, *R.W.*, 1991-92, 684, *J.T.*, 1992, 298). Het is ook aanvaard dat de abstractie kan voortvloeien uit de wil der partijen.

Volledigheidshalve wordt nog gepreciseerd dat indien de oorzaak een geldigheidsvereiste is van het contract, het in feite de verbintenissen zijn die het voorwerp zijn van het contract waarvoor een oorzaak moet kunnen worden aangewezen.

Het tweede lid strekt ertoe de problematiek van de valse oorzaak in overeenstemming te brengen met de leer omtrent de dwaling (zie P. WÉRY, I, p. 265, nr. 299).

Artikel 5.55

Niet uitgedrukte oorzaak

Het betreft hier de overname van artikel 1132 van het Burgerlijk Wetboek dat behouden kan blijven. Deze bepaling drukt een nuttige bewijsregel uit. De wet neemt het vermoeden aan dat aan de verbintenis een geldige oorzaak ten grondslag ligt, ook al blijkt die niet uit het geschrift dat deze verbintenis vaststelt. Op de schuld-eiser rust bijgevolg geen nadere bewijsplicht. Indien de schuldenaar het bestaan of het geoorloofd karakter van de oorzaak van de verbintenis betwist, dient hij daarvan het bewijs te leveren (Cass. 27 februari 2003, *R.W.*, 2004-05, 975).

Article 5.56

Licéité

Il s'agit ici de la reprise de l'article 1133 du Code civil, mais adapté pour le rapprocher de la disposition adoptée en matière d'objet illicite (notamment la suppression de la référence aux "bonnes mœurs"). La problématique du mobile illicite unilatéral est exposée dans le commentaire de l'article 5.53.

Sous-section 3

La nullité

Article 5.57

Causes de nullité

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1178, al. 1^{er}, C. civ. fr.; § 134 BGB; art. II. – 7:301 et II. – 7:302 DCFR; art. 3.3.1 PICC.

L'alinéa 1^{er} rappelle que la nullité est la sanction ordinaire d'un vice de validité, c'est-à-dire d'une violation de la loi contemporaine à la formation du contrat. Ce principe doit être lu en conjonction avec l'article 5.63, de sorte que la nullité peut frapper non seulement le contrat entier, mais parfois uniquement certaines obligations ou certaines clauses de celui-ci. Par ailleurs, la proposition emploie le terme "nullité" de manière générique en y incluant la sanction désignée par le terme de "rescision" par certaines dispositions actuelles du Code (not. artt. 887, 891, 892, 1117, 1234, 1304, 1305, 1338, 1674, 1681, 1682, 1683, 1685 et 1706). En effet, en droit positif, il n'existe plus de différence substantielle entre la nullité et la rescision. Cette distinction, d'origine historique, a donc perdu aujourd'hui son sens.

L'alinéa 2 de l'article permet toutefois d'écarter la sanction de la nullité lorsque celle-ci ne serait pas la sanction la plus appropriée (solution directement inspirée du § 134 du BGB). Il est en effet largement admis aujourd'hui que la nullité, comme toute sanction, doit être proportionnée à son objectif, qui est d'assurer le respect de la norme violée (cette opinion était déjà défendue par R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, Rousseau, 1909, p. 166 et s.; voy. de nos jours not. C. CAUFFMAN, "Vers

Artikel 5.56

Geoorloofdheid

Het betreft hier de overname van artikel 1133 van het Burgerlijk Wetboek, maar afgestemd op de regeling inzake het ongeoorloofd voorwerp (met name het schrappen van de verwijzing naar de "goede zeden"). Het probleem van de ongeoorloofde beweegreden in hoofde van één partij wordt behandeld in de toelichting bij artikel 5.53.

Onderafdeling 3

Nietigheid

Artikel 5.57

Nietigheidsgronden

Er bestaat geen gelijkwaardige bepaling in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kunnen aangehaald worden: art. 1178, lid 1, C. civ. fr.; § 134 BGB; art. II. – 7:301 en II. – 7:302 DCFR; art. 3.3.1 PICC.

Het eerste lid brengt in herinnering dat nietigheid de gebruikelijke sanctie is voor een geldigheidsgebrek, d.w.z. een schending van de wet die bij de totstandkoming van het contract toepassing vindt. Dit uitgangspunt moet worden samengelezen met artikel 5.63 zodat de nietigheid niet altijd het volledige contract moet treffen, maar soms slechts bepaalde verbintenissen of bepaalde bedingen van dat contract. Overigens wordt de term "nietigheid" in het voorstel op generieke wijze gebruikt, daaronder begrepen de sanctie die met de term "vernietiging" wordt aangeduid in sommige bepalingen van het huidige Wetboek (te weten artt. 887, 891, 892, 1117, 1234, 1304, 1305, 1338, 1674, 1681, 1682, 1683, 1685 en 1706). In het positief recht bestaat er immers geen substantieel verschil meer tussen nietigheid en vernietiging. Dit historische onderscheid heeft tegenwoordig dus zijn betekenis verloren.

Het tweede lid van het artikel biedt echter de mogelijkheid om de nietigheidssanctie terzijde te schuiven wanneer dit niet de meest geschikte sanctie zou zijn (oplossing rechtstreeks gebaseerd op § 134 van het BGB). Tegenwoordig wordt immers breed gedragen dat de nietigheid, zoals elke sanctie, in verhouding moet zijn met het beoogde doel, d.i. de naleving van de geschonden norm verzekeren (deze opvatting werd reeds verdedigd door R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*,

un endiguement du pouvoir modérateur du juge en matière de nullité?”, note sous Cass., 23 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2007, n° 1, p. 428; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 2000, n° 575, p. 728 et s.; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, n° 92, p. 72; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 240, p. 513 et s.; F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *T.P.R.*, 2016, p. 179 et s.; F. PEERAER et S. STIJNS, “De proportionnalité van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2017, p. 374-398; C. RENARD et E. VIEUJEAN, “Nullité, annulabilité et inexistence en Droit civil belge”, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, p. 264 et s.; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation”, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, n° 61 et s., p. 402 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 148).

Le législateur peut donc décider de substituer expressément à la nullité une autre sanction plus adéquate, telle que l’inopposabilité en cas d’action paulienne, les dommages-intérêts en cas de dol incident, la réduction de l’obligation en cas de clause indemnitaire manifestement déraisonnable, etc.

Par ailleurs, même en l’absence d’une disposition expresse en ce sens, la nullité doit être écartée lorsque l’application d’une telle sanction heurterait manifestement le but de la norme violée. L’usage du terme “manifestement” souligne le caractère exceptionnel de cette situation. La disposition permet à cet égard, dans des cas spécifiques, d’écarter la sanction de la nullité au profit d’une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d’éviter l’application de toute sanction.

Ce faisant, la disposition répond à l’appel formulé par certaines voix qui se sont élevées en doctrine et en jurisprudence pour déplorer l’application systématique de la nullité dans des matières touchant certes à l’ordre public, mais où le prononcé de cette sanction aurait des conséquences drastiques contraires aux intentions du législateur. On songe notamment à la violation de certaines normes régionales sur le bail (J. VAN MEERBEECK, “Le juge et l’ordre public: libres propos quant à l’impact des normes régionales sur le bail à l’aune de la théorie des nullités”, *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*,

Parijs, Rousseau, 1909, blz. 166 e.v.; voor hedendaagse bronnen zie o.a. C. CAUFFMAN, “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en matière de nullité?”, noot onder Cass., 23 maart 2006, *R.C.J.B.*, 2007, nr. 1, blz. 428; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen en Groningen, Intersentia, 2000, nr. 575, blz. 728 e.v.; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, nr. 92, blz. 72; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 240, blz. 513 e.v.; F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *T.P.R.*, 2016, blz. 179 e.v.; F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionnalité van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2017, blz. 374-398; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, annulabilité et inexistence en Droit civil belge”, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1962, blz. 264 e.v.; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’inexécution ou de vice de formation”, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, nr. 61 e.v., blz. 402 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, blz. 148).

De wetgever kan dus beslissen om de nietigheid uitdrukkelijk te vervangen door een andere, meer geschikte sanctie, zoals de niet-tegenwerpelijke in geval van een pauliaanse vordering, de schadevergoeding in geval van incidenteel bedrog, de matiging van de verbintenissen in geval van een kennelijk onredelijk schadebeding, enz.

Overigens moet nietigheid, zelfs bij gebrek aan een uitdrukkelijke bepaling in die zin, worden verworpen wanneer de toepassing van een dergelijke sanctie kennelijk indruist tegen het doel van de geschonden norm. Met de term “kennelijk” wordt het uitzonderlijke karakter van deze situatie onderstreept. De bepaling biedt in dat opzicht dan ook de mogelijkheid om in specifieke gevallen de nietigheidssanctie terzijde te schuiven in het voordeel van een andere, meer passende sanctie, en in sommige gevallen zelfs de toepassing van elke sanctie tegen te gaan.

Daarmee geeft de bepaling gevolg aan de oproep van bepaalde stemmen in de rechtsleer en de rechtspraak die de stelselmatige toepassing van de nietigheid betreuren in aangelegenheden die weliswaar verband houden met de openbare orde, maar waar het opleggen van een dergelijke sanctie drastische gevolgen zou hebben die ingaan tegen de bedoeling van de wetgever. Denk bijvoorbeeld aan de schending van bepaalde gewestelijke normen inzake huur (J. VAN MEERBEECK, “Le juge et l’ordre public: libres propos quant à l’impact des normes régionales sur le bail à l’aune de la théorie des nullités”, *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations*

Bruxelles, Larcier, 2015, p. 156 et s.), aux infractions urbanistiques régularisables (Cass., 7 novembre 2019, C.19 0061.N; Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, obs. P. Wéry), aux règles de forme imposées en matière de contrats d'organisation et d'intermédiaire de voyages (Cass., 26 mai 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 476, note P. Wéry) ou encore aux formalités prévues par la législation anti-blanchiment (Cass., 30 janvier 2015, *D.B.F.*, 2015, p. 260, note L. Cornelis). Afin de déterminer dans quels cas la nullité devrait être écartée – ce qui, s'agissant d'une question d'interprétation de la norme violée, constitue une question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation –, le juge pourra utilement s'inspirer des critères donnés à l'article II. – 7:302(3) DCFR ou à l'article 3.3.1, 3), PICC.

Il n'a pas été jugé utile de consacrer une disposition spécifique de la proposition à la régularisation des actes nuls, permises dans certains cas particuliers seulement par la loi (voy. art. 1681 C. civ. et art. 176 C. soc.). Toutefois, la prise en compte du but et de la portée de la norme violée pourra le cas échéant permettre au juge d'écarter la sanction de la nullité s'il apparaît que la violation de la norme a été régularisée depuis la conclusion du contrat et que la norme violée ne commande plus dans ce cas l'application de la nullité.

Article 5.58

Classification des nullités

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer l'article 1179 C. civ. fr.

La disposition codifie à droit constant la distinction entre nullités absolues et relatives. La référence à "la personne protégée" au singulier n'empêche pas qu'une disposition légale puisse avoir pour objet la protection de plusieurs personnes (ainsi, par exemple, en cas de lésion énorme, chacun des vendeurs dispose de l'action en rescision d'après l'art. 1685 C. civ. renvoyant aux artt. 1668 à 1672; voy. également l'article 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui était interprété comme édictant une nullité pouvant être invoquée tant par l'employeur que par le travailleur avant le revirement de jurisprudence opéré par Cass., 7 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 207, *R.C.J.B.*, 2009, p. 481, note C. Wantiez) ou que la nullité puisse être invoquée par un tiers habilité par la loi à défendre les intérêts de la personne protégée (voy. not. l'art. 493, § 3, al. 1^{er}, 1^{re} phrase et l'art. 499/13, al. 2, C. civ.). Le terme "principalement" a

régionales (urbanisme, salubrité, PEB), Brussel, Larcier, 2015, blz. 156 e.v.), regulariseerbare stedenbouwkundige inbreuken (Cass. 7 november 2019, C.19 0061.N; Luik, 23 december 2014, *J.L.M.B.*, 2016, blz. 292, noot P.Wéry), de vormvereisten inzake contracten tot reisorganisatie en reisbemiddeling (Cass. 26 mei 2006, *R.G.D.C.*, 2007, blz. 476, noot P. Wéry) of de vormvoorwaarden waarin de antiwitwaswetgeving voorziet (Cass., 30 januari 2015, *D.B.F.*, 2015, blz. 260, noot L. Cornelis). Om te bepalen in welke gevallen moet worden afgezien van nietigheid – wat een rechtsvraag is die onder de controle valt van het Hof van Cassatie omdat het een vraag naar interpretatie van de geschonden norm betreft – kan de rechter inspiratie zoeken in de criteria die worden gegeven in artikel II. – 7:302(3) DCFR of in artikel 3.3.1, 3), PICC.

Het werd niet nuttig geacht om in het voorstel een specifieke bepaling te wijden aan de regularisatie van nietige handelingen, die de wet slechts in bepaalde specifieke gevallen toestaat (zie art. 1681 BW en art. 176 W. Venn.). Niettemin kan de inachtnaam van het doel en de strekking van de geschonden norm in voorkomend geval de rechter toelaten af te zien van de nietigheids-sanctie als blijkt dat de schending van de norm, sinds de totstandkoming van het contract, geregulariseerd is en dat de geschonden norm in dat geval niet langer de toepassing van de nietigheid vereist.

Artikel 5.58

Indeling van de nietigheden

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar artikel 1179 C. civ. fr.

De bepaling codificeert, naar geldend recht, het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheden. De verwijzing naar "de beschermde persoon" in het enkelvoud belet niet dat een wetsbepaling de bescherming van meerdere personen beoogt (zo beschikt bijvoorbeeld in geval van grove benadeling, elk van de verkopers over de vordering tot vernietiging overeenkomstig art. 1685 BW, waarin wordt verwezen naar de artt. 1668 en 1672; zie ook artikel 82 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat zo werd geïnterpreteerd dat de nietigheid zowel door de werkgever als door de werknemer kon worden ingeroepen, voorafgaand aan de ommekeer in de rechtspraak door Cass., 7 april 2008, *Pas.*, 2008, nr. 207, *R.C.J.B.*, 2009, blz. 481, noot C. Wantiez) of dat de nietigheid kan worden ingeroepen door een derde die krachtens de wet bevoegd is om de belangen van de beschermde persoon te verdedigen (zie

été utilisé pour souligner qu'une règle d'ordre public peut poursuivre indirectement la protection des personnes privées (voy. ainsi, en matière de droit financier, Cass., 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 237 (affaire Wagons-Lits)) et que, à l'inverse, en protégeant les parties faibles, le législateur peut poursuivre indirectement une politique économique d'intérêt général (A. MEEUS, "La notion de loi impérative et son incidence sur la protection en cassation et sur l'office du juge", note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, n° 15, p. 511; J. VAN ZUYLEN, "L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux", *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, n° 7, p. 97; P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle", *R.G.D.C.*, 2011, n° 14, p. 149). La référence aux bonnes mœurs a été abandonnée (voy. le commentaire de l'article 5.51).

Il n'a pas été jugé utile de codifier ici l'office du juge en matière de nullité, qui relève du droit judiciaire commun. En effet, en vertu du principe *jura novit curia*, le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable. Il a donc l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions (jurisprudence constante depuis Cass., 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 225, avec les conclusions de M. l'avocat général délégué P. De Koster, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. De Leval, *J.T.*, 2006, p. 659, obs. J. Van Compernelle). Lorsque les faits n'ont pas été spécialement invoqués par les parties, l'application de la règle de droit fondée sur ces faits constitue pour le juge une simple faculté (voy. Cass., 2 avril 2010, *Pas.*, 2010, n° 246; Cass., 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1306, obs. J.-F. Van Drooghenbroeck).

Vue sous cet angle, l'opposition entre nullité absolue et nullité relative s'est atténuée (voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 249, p. 534; A. VAN OEVELEN, "Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht", *R.W.*, 2011-2012, n° 5, p. 57; J. VAN ZUYLEN, "L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux", *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, n° 13, p. 113; P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle", *R.G.D.C.*, 2011, n° 18, p. 151). En effet, désormais, les deux formes de nullité peuvent et même doivent – aux

met name art. 493, § 3, lid 1, eerste zin, en art. 499/13, lid 2, BW). De term "in hoofdzaak" is gebruikt om te onderstrepen dat een norm van openbare orde onrechtstreeks de bescherming van particulieren kan beogen (zie bijv., in het domein van het financieel recht, Cass., 10 maart 1994, *Pas.*, 1994, I, blz. 237 (zaak Wagons-Lits)) en, omgekeerd, dat de wetgever door de zwakke partijen te beschermen, onrechtstreeks een economisch beleid van algemeen belang kan nastreven (A. MEEUS, "La notion de loi impérative et son incidence sur la protection en cassation et sur l'office du juge", noot onder Cass., 17 maart 1986, *R.C.J.B.*, 1988, nr. 15, blz. 511; J. VAN ZUYLEN, "L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux", *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Luik, Anthemis, 2011, nr. 7, blz. 97; P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle", *R.G.D.C.*, 2011, nr. 14, blz. 149). De verwijzing naar de goede zeden is verlaten (zie de toelichting bij artikel 5.51).

Het werd niet nuttig geacht om hier de bevoegdheden van de rechter inzake de nietigheid (zo het ambtshalve opwerpen ervan) te codificeren aangezien dat vraagstuk thuishoort in het gemene gerechtelijk recht. Krachtens het beginsel *jura novit curia*, is de rechter inderdaad ertoe gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de rechtsregel die daarop van toepassing is. Hij heeft dus de plicht om, met inachtneming van de rechten van verdediging, ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die de partijen in het bijzonder hebben aangevoerd ter ondersteuning van hun eisen (vaste rechtspraak sinds Cass., 14 april 2005, *Pas.*, 2005, nr. 225, met de conclusies van gedelegeerd advocaat-generaal P. De Koster, *J.L.M.B.*, 2005, blz. 856, noot G. De Leval, *J.T.*, 2006, blz. 659, noot J. Van Compernelle). Wanneer de partijen de feiten niet in het bijzonder hebben aangevoerd, is de toepassing van de rechtsregel die op die feiten gestoeld is, voor de rechter niets meer dan een mogelijkheid (zie Cass., 2 april 2010, *Pas.*, 2010, nr. 246; Cass., 13 maart 2013, *J.L.M.B.*, 2013, blz. 1306, noot J.-F. Van Drooghenbroeck).

Vanuit die invalshoek is de tegenstelling tussen absolute nietigheid en relatieve nietigheid afgezwakt (zie R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 249, blz. 534; A. VAN OEVELEN, "Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht", *R.W.*, 2011-2012, nr. 5, blz. 57; J. VAN ZUYLEN, "L'ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux", *Chronique de jurisprudence en matière de contrats*, Liège, Anthemis, 2011, nr. 13, blz. 113; P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle", *R.G.D.C.*, 2011, nr. 18, blz. 151). Voortaan mogen en moeten – onder voornoemde voorwaarden

conditions précitées – être soulevées d'office par le juge, à moins que le contrat n'ait été valablement confirmé.

En réponse aux observations du Conseil d'État, la précision selon laquelle la règle d'ordre public vise principalement à sauvegarder l'intérêt général et, inversement, la règle impérative vise principalement à sauvegarder l'intérêt privé a été conservée parce qu'elle donne une indication précieuse quant au critère de distinction à appliquer. Par ailleurs, il est précisé qu'il a été décidé de maintenir le principe selon lequel la nullité relative résulte de la violation d'une règle impérative. À cet égard, les règles relatives à l'absence de consentement (article 5.31), à la déterminabilité de l'objet (article 5.49) et à l'exigence d'une cause (article 5.54) constituent des règles protectrices d'intérêt privé et sont dès lors bien des règles impératives dont la méconnaissance est sanctionnée par une nullité relative, bien que celle-ci puisse à certains égards être soumise à un régime particulier. Ainsi, en cas d'indétermination de l'objet, la confirmation du contrat (article 5.64) ne suffira pas à permettre au créancier d'en poursuivre l'exécution par le débiteur. Cette particularité est due à la notion même d'obligation (article 5.1) qui suppose l'existence d'une prestation dont l'exécution peut être exigée du débiteur.

Article 5.59

Mise en œuvre de la nullité

L'article existant est l'article 1117 du Code civil.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer:

Al. 1^{er}: Cass., 21 avril 2013 *Pas.*, 2013, n° 247; Cass., 21 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 262, point 6; Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305; Cass., 12 juillet 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 336, avec les conclusions de M. le procureur général M. Leclercq; art. II. – 7:212(1) DCFR; art. 54.1 CESL;

Al. 2: Art. 1178, al. 1^{er}, 2^e phrase, C. civ. fr.; art. 3:49 et 3:51 NBW;

Al. 3: § 143 BGB; art. 3:49 à 3:50 NBW; art. II. – 7:209 DCFR; art. 54.1 CESL; art. 3.2.11 PICC.

– de twee vormen van nietigheid inderdaad ambtshalve door de rechter worden opgeworpen, tenzij het contract op geldige wijze is bevestigd.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State behoudt men de precisering volgens dewelke de regel van openbare orde hoofdzakelijk strekt tot bescherming van het algemeen belang en, omgekeerd, de regel van louter dwingend recht hoofdzakelijk strekt tot bescherming van een particulier belang. Zij geeft immers een waardevolle indicatie van het onderscheidingscriterium dat moet worden toegepast. Er wordt overigens verduidelijkt dat besloten is om het principe te behouden volgens hetwelk de relatieve nietigheid voortvloeit uit de schending van een regel van louter dwingend recht. Wat dit betreft vormen de regels in verband met de afwezigheid van toestemming (artikel 5.31), de bepaalbaarheid van het voorwerp (artikel 5.49) en het vereiste van een oorzaak (artikel 5.54) regels die strekken tot bescherming van een particulier belang, waardoor het regels zijn waarvan de schending leidt tot een relatieve nietigheid, niettegenstaande dat die op bepaalde vlakken aan een bijzonder regime kan zijn onderworpen. Aldus volstaat een bevestiging van het contract in het geval van een onbepaalbaar voorwerp niet om de schuldeiser de mogelijkheid te bieden om de nakoming door de schuldenaar na te streven. Die bijzonderheid is het gevolg aan het begrip zelf van de verbintenis (artikel 5.1), dat veronderstelt dat er een prestatie bestaat waarvan kan worden geëist dat de schuldenaar haar nakomt.

Artikel 5.59

In werking stelling van de nietigheid

Het bestaande artikel is artikel 1117 van het Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar:

Lid 1: Cass., 21 april 2013, *Pas.*, 2013, n° 247; Cass., 21 mei 2007, *Pas.*, 2007, nr. 262, punt 6; Cass., 23 november 1956, *Pas.*, 1957, I, blz. 305; Cass., 12 juli 1855, *Pas.*, 1855, I, blz. 336, met conclusies van Procureur generaal M. Leclercq; art. II. – 7:212(1) DCFR; art. 54.1 CESL;

Lid 2: Art. 1178, lid 1, 2^e zin, C. civ. fr.; art. 3:49 en 3:51 NBW;

Lid 3: § 143 BGB; art. 3:49 tot 3:50 NBW; art. II. – 7:209 DCFR; art. 54.1 CESL; art. 3.2.11 PICC.

L'alinéa 1^{er} consacre le principe bien admis en droit belge selon lequel la nullité n'intervient jamais de plein droit. En ce sens, un contrat entaché d'une cause de nullité n'est donc pas nul de plein droit, mais plutôt annulable. La proposition a toutefois conservé la terminologie traditionnelle de "nullité" plutôt que de parler d'"annulabilité".

L'alinéa 2 consacre la possibilité d'une annulation amiable ou judiciaire du contrat.

L'annulation amiable suppose que la cause de nullité existe véritablement. À défaut, l'accord serait nul en tant qu'annulation amiable mais pourrait être requalifié en résiliation de commun accord (voy. l'art. 5.70). La loi peut par ailleurs s'opposer à une annulation amiable ou la soumettre à des conditions (voy. par exemple l'article 14 de la loi sur les baux à ferme).

L'annulation judiciaire constitue le mode ordinaire d'annulation des contrats. À l'instar de l'article 3:51, alinéa 1^{er}, NBW, la disposition précise que le contrat est annulé dès qu'une décision de justice reconnaît l'existence de la cause de nullité. Il importe donc peu que la nullité soit prononcée en justice à la demande d'une partie, élevée d'office par le juge ou admise par celui-ci à titre d'exception opposée à une demande en justice, chacune de ces hypothèses valant annulation du contrat (en ce sens, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 250, p. 534 et s.).

L'alinéa 3 constitue une nouveauté déjà largement admise en droit comparé et appelée de ses vœux par une partie de la doctrine (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 234, p. 490 et s.; S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation", *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, n° 68, p. 410 et s.; P. WÉRY, "La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?", note sous Cass., 2 mai 2002 (deux espèces), *R.C.J.B.*, 2004, n° 32, p. 345 et s.). Lorsque le contrat est atteint d'une cause de nullité, il paraît en effet déraisonnable d'imposer à la partie habilitée à s'en prévaloir d'attendre l'issue d'une procédure judiciaire avant de pouvoir se délier du contrat. Le système actuel apparaît en outre en décalage avec la pratique dès lors que la partie convaincue de la nullité du contrat cesse généralement de l'exécuter. Elle méconnaît, ce faisant, la force obligatoire qui continue à s'attacher au contrat jusqu'à son

Het eerste lid verankert het in het Belgische recht goed ingeburgerde beginsel op grond waarvan nietigheid nooit van rechtswege intreedt. In deze zin is een contract dat aangetast is door een nietigheidsgrond niet van rechtswege nietig, maar eerder vernietigbaar. Het voorstel behoudt evenwel de traditionele terminologie van de "nietigheid", eerder dan te spreken van "vernietigbaarheid".

Het tweede lid verankert de mogelijkheid van een minnelijke of gerechtelijke nietigverklaring van het contract.

Een minnelijke nietigverklaring veronderstelt dat de nietigheidsgrond daadwerkelijk bestaat. Bij gebrek daaraan is het akkoord nietig voor zover het een minnelijke nietigverklaring vormt, maar kan het worden geherkwalificeerd als een opzegging door wederzijdse toestemming van de partijen (zie art. 5.70). De wet kan zich overigens verzetten tegen een minnelijke nietigverklaring of haar onderwerpen aan voorwaarden (zie bijvoorbeeld artikel 14 van de Pachtwet).

De gerechtelijke nietigverklaring is de gewone wijze van nietigverklaring van contracten. Net als in artikel 3:51, eerste lid, NBW, is in de bepaling nader bepaald dat het contract nietig is verklaard zodra een gerechtelijke uitspraak het bestaan van de nietigheidsgrond erkent. Het is dus van weinig belang of de nietigheid het gevolg is van een gerechtelijke uitspraak op verzoek van een partij, ambtshalve is opgeworpen door de rechter of als exceptie tegen een vordering in rechte door hem is aanvaard, aangezien al die hypothesen gelden als nietigverklaring van het contract (in die zin: R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 250, blz. 534 e.v.).

Het derde lid voert een nieuwigheid in die in rechtsvergelijkend perspectief al breed gedragen was en waarvoor in een deel van de rechtsleer al werd geijverd (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 234, blz. 490 e.v.; S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation", *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, nr. 68, blz. 410 e.v.; P. WÉRY, "La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?", noot onder Cass., 2 mei 2002 (twee casussen), *R.C.J.B.*, 2004, nr. 32, blz. 345 e.v.). Wanneer het contract door een nietigheidsgrond aangetast is, lijkt het inderdaad onredelijk om de partij die bevoegd is om zich daarop te beroepen, ertoe te verplichten de afloop van een gerechtelijke procedure af te wachten vooraleer ze zich van het contract kan bevrijden. Het huidige systeem lijkt overigens niet meer te sporen met de praktijk aangezien een partij die overtuigd is van de nietigheid van het contract, over het algemeen de uitvoering ervan

annulation. Cette méconnaissance demeure toutefois fort théorique car la partie pourra opposer une exception de nullité à toute action en exécution introduite contre elle; or, la nullité prononcée dans ce cadre aura pour effet d'effacer rétroactivement le caractère fautif de son inexécution. Enfin, il est paradoxal d'admettre la résolution extrajudiciaire (voy. l'art. 5.93) tout en refusant toute possibilité d'annulation extrajudiciaire, alors que la cause de nullité atteint plus radicalement l'existence du contrat qu'une inexécution commise au cours de l'existence de celui-ci.

Dans ces conditions, il paraît préférable de permettre au titulaire de la nullité d'invoquer celle-ci de manière extrajudiciaire par la voie d'une notification aux autres parties au contrat. Conformément à l'article 5.63, les effets de l'annulation par voie de notification sont limités aux obligations ou aux clauses entachés de nullité si elles sont divisibles du reste du contrat. Ainsi, le fait que la notification soit donnée à toutes les autres parties au contrat n'implique pas nécessairement que le contrat sera annulé à l'égard de l'ensemble de ces parties.

La notification doit être faite par écrit. Elle peut ainsi, notamment, être faite par voie d'exploit d'huissier, ce qui permettra d'en assurer la transcription conformément aux articles 1^{er} et 2 de la loi hypothécaire.

L'annulation par voie de notification intervient cependant aux risques et périls de la partie dont elle émane en ce sens qu'elle peut être contestée en justice et que, si le juge constate que le contrat a été annulé sans fondement, il pourra constater que la notification était inefficace et que le contrat n'a jamais pris fin de ce chef. En ce cas, si l'auteur de la notification a en outre cessé d'exécuter le contrat dans l'intervalle, cette inexécution pourra le cas échéant justifier la résolution du contrat à ses torts. Si la notification est contestée par son destinataire, l'auteur de la notification pourra également saisir le juge pour faire confirmer l'annulation du contrat. Même si l'annulation n'est pas contestée, le juge pourra toujours être saisi par toute partie intéressée pour trancher toute contestation relative aux conséquences de celle-ci (notamment le sort des restitutions).

stopzet. Daardoor miskent ze de bindende kracht van het contract die immers tot zijn nietigverklaring behouden blijft. Die miskenning blijft echter sterk theoretisch want de partij kan een exceptie van nietigheid opwerpen tegen elke tegen haar ingestelde vordering tot uitvoering; welnu, de in dat kader uitgesproken nietigheid heeft tot gevolg dat het foutieve karakter van de niet-nakoming met terugwerkende kracht wordt uitgewist. Ten slotte is het paradoxaal om de buitengerechtelijke ontbinding te erkennen (zie art. 5.93) en tegelijk de mogelijkheid van een buitengerechtelijke nietigverklaring te weigeren, terwijl de nietigheidsgronden het bestaan van het contract radicaler treffen dan een niet-nakoming begaan tijdens zijn levensloop.

In die omstandigheden verdient het de voorkeur om de titularis van de nietigheid de mogelijkheid te bieden om die langs buitengerechtelijke weg in werking te stellen door middel van een kennisgeving aan de andere contractspartijen. Overeenkomstig artikel 5.63 zijn de gevolgen van de nietigverklaring door middel van een kennisgeving beperkt tot de verbintenissen of tot de bedingen aangetast door nietigheid indien zij deelbaar zijn van de rest van het contract. Zo impliceert het feit dat de kennisgeving aan alle andere partijen bij het contract wordt gedaan, niet noodzakelijk dat het contract ten aanzien van al die partijen nietig zal worden verklaard.

De kennisgeving moet schriftelijk gebeuren. Bijgevolg kan ze met name via een deurwaardersexploot gedaan worden, waardoor de overschrijving ervan kan worden verzekerd overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van de hypotheekwet.

De nietigverklaring door middel van een kennisgeving geschiedt echter op risico van de partij die ze uitbrengt in die zin dat ze altijd in rechte kan worden betwist en dat de rechter die vaststelt dat het contract op ongegronde wijze nietig is verklaard, kan vaststellen dat de kennisgeving onwerkzaam is en dat het contract op grond daarvan nooit een einde heeft genomen. In dat geval en indien de persoon die de kennisgeving heeft afgelegd in de tussentijd bovendien de uitvoering van het contract heeft gestaakt, kan die niet-nakoming in voorkomend geval de ontbinding van het contract te zijnen laste verantwoorden. Als de kennisgeving door de bestemming wordt betwist, kan de persoon die de kennisgeving heeft afgelegd de zaak ook aanhangig maken bij de rechter om de nietigverklaring van het contract te laten bevestigen. Zelfs wanneer de nietigverklaring niet wordt betwist, kan de rechter altijd worden gevat door elke belanghebbende partij om elke betwisting inzake de gevolgen ervan (met name het lot van de restituties) te beslechten.

Par exception, l'annulation par voie de notification est exclue lorsque le contrat est constaté par un acte authentique (pour une exception comparable voy. art. 3:50, al. 2, NBW), tel qu'un acte notarié ou un jugement d'homologation. Cette solution est justifiée à la fois par l'idée que la personne qui confère l'authenticité au contrat (telle qu'un notaire ou un juge) est tenue d'en vérifier au préalable la validité et par le souci de ne pas compromettre la force exécutoire de l'acte authentique. Une annulation amiable ou judiciaire demeure toutefois possible.

Dans un souci de clarification, l'article 5.59, alinéa 3, a été revu en s'inspirant de la formulation suggérée par le Conseil d'État. L'expression "tient le contrat pour nul" n'a pas été retenue afin d'éviter de susciter une controverse analogue à celle que la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation relative à la résolution extrajudiciaire a provoquée. En effet, la personne qui procède à la notification ne se contente pas de considérer le contrat comme annulé; la notification entraîne véritablement l'annulation du contrat pour autant que la cause de nullité invoquée existe et rend dès lors superflue toute action en justice si cette annulation ou ses conséquences ne sont pas contestées.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que le terme "inefficace" a un sens technique et est emprunté à doctrine moderne (voy. not. W. VAN GERVEN, "Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?", *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, p. 483 et s.; F. PEERAER et S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *R.G.D.C.* 2017, p. 374 et s.).

Article 5.60

Prescription de la nullité

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer:

Al. 1^{er}: art. 3:52 NBW; art. II. – 7:210 DCFR; art. 3.2.12, 1), PICC;

Al. 2: art. 1185 C. civ. fr.; art. 3:51, al. 3, NBW.

Actuellement, la nullité se prescrit en règle par dix ans, conformément à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil pour les nullités absolues et à l'article 1304 du Code civil pour les nullités relatives.

Bij uitzondering is de nietigverklaring bij kennisgeving uitgesloten, wanneer het contract is vastgesteld door een authentieke akte (voor een vergelijkbare uitzondering, zie art. 3:50, lid 2 NBW), zoals een notariële akte of een homologatievonnis. Die oplossing is tegelijk gerechtvaardigd door de gedachte dat de persoon die het authentiek karakter aan het contract verleent (zoals een notaris of een rechter) gehouden is om voorafgaandelijk de geldigheid ervan te verifiëren en door de bekommernis om de uitvoerende kracht van de authentieke akte niet te schaden. Een minnelijke of gerechtelijke vernietiging blijven evenwel mogelijk.

Omwille van de duidelijkheid is artikel 5.59, derde lid herzien, met de formulering die de Raad van State heeft voorgesteld als inspiratiebron. De uitdrukking "beschouwt het contract als nietig" is niet overgenomen om te vermijden dat een controverse ontstaat die analoog is aan de controverse die de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de buitengerechtelijke ontbinding heeft veroorzaakt. Inderdaad, de persoon die overgaat tot de kennisgeving beperkt zich niet tot het beschouwen van het contract als nietig; de kennisgeving brengt daadwerkelijk de vernietiging van het contract teweeg, voor zover de ingeroepen nietigheidsgrond bestaat, waardoor elke vordering overbodig is als die vernietiging of haar gevolgen niet worden betwist.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat de term "onwerkzaamheid" een technische betekenis heeft en ontleend is aan moderne doctrine (zie met name W. VAN GERVEN, "Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?", *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 483 e.v.; F. PEERAER en S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 374 e.v.).

Artikel 5.60

Verjaring van de nietigheid

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar:

Lid 1: art. 3:52 NBW; art. II. – 7:210 DCFR; art. 3.2.12, 1), PICC;

Lid 2: art. 1185 C. civ. fr.; art. 3:51, al. 3, NBW.

Thans verjaart de nietigheid in principe na tien jaar, overeenkomstig artikel 2262*bis*, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek voor de absolute nietigheden en artikel 1304 van het Burgerlijk Wetboek voor de relatieve nietigheden.

Ce délai paraît excessif au vu des exigences de la sécurité juridique. Il ne correspond en outre pas au double délai de cinq et vingt ans prévu à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 2 et 3, du Code civil en matière de responsabilité extracontractuelle, ce qui aboutit à la conséquence malheureuse que le dol principal, d'une part, et la réparation due en cas de dol principal (en complément de l'annulation) ou incident, d'autre part, sont soumis à des délais de prescription différents (voy. Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 547).

L'alinéa 1^{er} de la disposition vise à remédier à ces difficultés en alignant le délai de la prescription de la nullité sur celui de l'action en responsabilité extracontractuelle. Ce principe s'applique aussi bien aux nullités absolues que relatives. En précisant que la prescription a pour point de départ le jour qui suit celui où le titulaire de la nullité a une connaissance effective (comp., en matière de responsabilité extracontractuelle, Cass., 5 septembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 494) de la cause de nullité et est en mesure de renoncer valablement à l'invoquer, la disposition ne fait que généraliser les hypothèses visées à l'actuel article 1304 du Code civil. Ainsi, comme auparavant, la nullité pour vice de consentement ne commencera à se prescrire qu'à partir du moment où la victime ne se trouve plus sous l'empire du vice et la nullité pour incapacité ne commencera à se prescrire que lorsque l'incapacité aura cessé. Dans les autres cas, la disposition implique que la prescription ne peut commencer à courir tant que le titulaire du droit de critique n'a pu bénéficier de la protection prévue par le législateur (comp., à propos de la confirmation en droit du travail, Cass. 30 janvier 2017, S.15 0119.F; J. CLESSE et F. KEFER, "Examen de jurisprudence (2002 à 2011). Contrats de travail", *R.C.J.B.*, 2012, n° 4, p. 193 et s. et les décisions analysées). Toutefois, dans un objectif de sécurité juridique, la nullité par voie d'action ou de notification se prescrira au plus tard vingt ans à compter du jour qui suit le jour de la conclusion du contrat.

L'alinéa 2 consacre la règle *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad exceptiendum*, reconnue par la jurisprudence (Cass., 22 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1991, p. 258, note F. Glansdorff). Par conséquent, si une partie agit en exécution sur la base du contrat après l'expiration du délai de l'action en nullité, le défendeur, de même que le juge, pourront en principe encore soulever l'exception de nullité sans limite de temps pour s'opposer à l'action.

Die termijn lijkt overdreven gelet op de vereisten van de rechtszekerheid. Hij stemt bovendien niet overeen met de dubbele termijn van vijftientig jaar bepaald in artikel 2262*bis*, § 1, tweede en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek inzake buitencontractuele aansprakelijkheid, wat tot het ongelukkige resultaat leidt dat het hoofdbedrog, enerzijds, en het verschuldigde herstel van schade in geval van hoofdbedrog (ter aanvulling van de nietigverklaring) of incidenteel bedrog, anderzijds, onderworpen zijn aan verschillende verjaringstermijnen (zie Cass., 2 oktober 2009, *Pas.*, 2009, nr. 547).

Het eerste lid van de bepaling beoogt die moeilijkheden te verhelpen door de termijn voor de verjaring van de nietigheid in overeenstemming te brengen met de termijn voor de verjaring van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Dat beginsel geldt zowel voor de absolute als voor de relatieve nietigheden. Door nader te bepalen dat de verjaring als vertrekpunt heeft de dag die volgt op de dag waarop de titularis van de nietigheid een daadwerkelijke kennis heeft (vergelijk, inzake buitencontractuele aansprakelijkheid, Cass., 5 september 2014, *Pas.*, 2014, nr. 494) van de nietigheidsgrond en in staat is om geldig afstand te doen van de bevoegdheid om haar in te roepen, is de bepaling niet meer dan een veralgemening van de hypothesen bedoeld in artikel 1304 van het Burgerlijk Wetboek. Zo zal de nietigheid op grond van een wilsgebrek, zoals voorheen, pas beginnen verjaren vanaf het tijdstip waarop het slachtoffer niet meer onderhevig is aan het gebrek en de nietigheid wegens onbekwaamheid zal pas verjaren wanneer de onbekwaamheid een einde neemt. In de andere gevallen, brengt die bepaling met zich dat de verjaring niet kan beginnen lopen zolang de titularis van het ter discussie staande recht geen gebruik heeft kunnen maken van de bescherming waarin de wetgever voorziet (vergelijk, inzake de bevestiging in het arbeidsrecht, Cass. 30 januari 2017, S.15 0119.F; J. CLESSE en F. KEFER, "Examen de jurisprudence (2002 à 2011). Contrats de travail", *R.C.J.B.*, 2012, nr. 4, blz. 193 e.v. en de besproken beslissingen). Niettemin zal met het oog op de rechtszekerheid de nietigheid middels vordering of kennisgeving uiterlijk twintig jaar na de dag die volgt op de dag waarop het contract totstandgekomen is, verjaren.

Het tweede lid verankert de regel *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad exceptiendum*, die door de rechtspraak wordt erkend (Cass. 22 oktober 1987, *R.C.J.B.*, 1991, blz. 258, noot F. Glansdorff). Bijgevolg is het zo dat als een partij de uitvoering eist op grond van het contract na het verstrijken van de termijn van de nietigheidsvordering, de verweerder evenals de rechter, zonder beperking in de tijd, de exceptie van de nietigheid in beginsel kunnen opwerpen om zich tegen de vordering te verweren.

Article 5.61

Confirmation

Cet article remplace les articles 1115, 1311, 1338 et 1339 du Code civil.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1182 C. civ. fr.; § 144 BGB; art. 3:54 NBW; art. 52.2 CESL; art. 3.2.9 PICC.

Cette disposition en projet correspond largement à l'état du droit positif tel qu'il résulte de l'interprétation de l'article 1338 du Code civil.

Seules les nullités relatives, à l'exclusion donc des nullités absolues, peuvent être confirmées. Un contrat atteint d'une cause de nullité absolue ne peut être que refait dans le respect de la loi, pour autant que cela soit possible (voy. l'actuel article 1339 du Code civil).

Cette disposition clarifie la confusion entretenue par l'article 1338 entre conditions de fond et conditions de forme de la confirmation. Conformément au principe du consensualisme, la confirmation peut être expresse ou tacite (voy. l'art. 5.28, applicable conformément à l'article 5.126). Il faut toutefois, comme pour toute renonciation, qu'elle soit faite en connaissance de cause (voy. l'art. 5.253). Il faut en outre que son auteur soit capable d'agir en nullité, c'est-à-dire qu'il bénéficie de la capacité juridique, qu'il ne soit plus sous l'empire d'un vice de consentement et qu'il ait pu bénéficier de la protection prévue par la loi (voy. à cet égard le commentaire de l'art. 5.60 relatif à la prescription de la nullité).

La confirmation emporte renonciation pour l'avenir à invoquer la cause de nullité. Elle vaut sans préjudice du droit des tiers, en ce sens que s'il existe d'autres personnes protégées par la règle violée, elles demeurent libres d'agir en nullité ou de confirmer.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que l'alinéa 4 *in fine* a été conservé dans un but pédagogique.

Article 5.62

Effets de l'annulation

Cet article remplace les articles 6 et 1131 du Code civil.

Artikel 5.61

Bevestiging

Dit artikel vervangt artikelen 1115, 1311, 1338 en 1339 van het Burgerlijk Wetboek.

Als andere inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: art. 1182 C. civ. fr.; § 144 BGB; art. 3:54 NBW; art. 52.2 CESL; art. 3.2.9 PICC.

Deze bepaling stemt in grote mate overeen met de stand van het positief recht zoals het voortvloeit uit de interpretatie van het artikel 1338 van het Burgerlijk Wetboek.

Enkel de relatieve nietigheden, met uitsluiting dus van de absolute nietigheden, kunnen worden bevestigd. Een contract dat met een absolute nietigheidsgrond aangetast is, kan slechts opnieuw worden gesloten met inachtneming van de wet, voor zover dat mogelijk is (zie huidig artikel 1339 van het Burgerlijk Wetboek).

De bepaling verduidelijkt de verwarring tussen inhoudelijke en vormvoorwaarden van de bevestiging, die door artikel 1338 in stand werd gehouden. Overeenkomstig het beginsel van consensualisme kan de bevestiging uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn (zie art. 5.28, toepasselijk overeenkomstig artikel 5.126). Ze moet echter, zoals elke afstand, met kennis van zaken gebeuren (zie art. 5.253). Bovendien moet de steller bekwaam zijn om de nietigheid te vorderen, wat betekent dat hij de juridische bekwaamheid heeft, dat hij niet meer onderhevig is aan een wilsgebrek en dat hij gebruik heeft kunnen maken van de bescherming waarin de wet voorziet (zie in dat opzicht de toelichting bij artikel 5.60 inzake de verjaring van de nietigheid).

De bevestiging brengt afstand voor de toekomst te weeg van het recht om de nietigheidsgrond in te roepen. Ze geldt onverminderd het recht van derden, in die zin dat als er andere personen zijn die beschermd worden door de geschonden norm, zij nog steeds de nietigheid kunnen vorderen of ze kunnen bevestigen.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat het vierde lid *in fine* behouden blijft om pedagogische redenen.

Artikel 5.62

Gevolgen van de nietigverklaring

Dit artikel vervangt artikelen 6 en 1131 van het Burgerlijk Wetboek.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer:

Al. 1^{er}: art. 1178, al. 2, C. civ. fr.; § 142, al. 1^{er}, BGB; art. 53, al. 1^{er}, NBW; art. II. – 7:212(1) DCFR; art. 3.2.14 PICC;

Al. 2: art. II. – 7:212(2) et (3) DCFR; art. 3.2.15 PICC.

L'alinéa 1^{er} consacre l'effet rétroactif de la nullité à droit constant. Le contrat se trouve donc privé d'effets et est dissous depuis la date de sa conclusion plutôt que celle de son annulation. Sont en principe visés aussi bien les effets personnels que réels du contrat. Ainsi, sur le plan personnel, les droits et obligations nés du contrat se trouvent privés d'effets depuis l'origine et les parties ne peuvent plus en demander l'exécution en justice (telle est la seule portée de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: P.A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat", *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1984, n° 3, p. 153; P. WÉRY, I, n° 316, p. 309). Sur le plan réel, la nullité prive d'effets le transfert, la constitution, la modification ou l'extinction de droits réels prévus par le contrat et ce *erga omnes*. Par exemple, en cas d'annulation d'une vente, si l'acheteur a dans l'intervalle disposé de la chose au profit d'un sous-acquéreur, celui-ci se trouve également privé de son droit sur la chose (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*), sans préjudice des mécanismes de protection des tiers (tels que l'article 2279 du Code civil).

L'effet rétroactif de la nullité constitue donc le principe, dont la loi peut cependant s'écarter (voy. par exemple l'article 1038 du Code civil qui considère que l'aliénation d'une chose léguée par testament emporte révocation de ce testament même si cette aliénation est entachée de nullité).

L'alinéa 2 soumet les restitutions consécutives à la nullité au régime commun applicable aux restitutions institué par les articles 5 115 à 5 124, sous réserve des dérogations prévues par ces mêmes dispositions. Sont concernées par le régime des restitutions toutes les "prestations fournies en vertu du contrat". Cette formule large vise à inclure aussi les prestations fournies sans qu'elles constituent l'exécution d'une obligation contractuelle (par exemple, la remise de la chose requise pour la formation d'un contrat réel.).

Als andere inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar:

Lid 1: art. 1178, lid 2, C. civ. fr.; § 142, lid 1, BGB; art. 53, lid 1, NBW; art. II. – 7:212(1) DCFR; art. 3.2.14 PICC;

Lid 2: art. II. – 7:212(2) en (3) DCFR; art. 3.2.15 PICC.

Het eerste lid verankert de terugwerkende kracht van de nietigheid naar geldend recht. Het contract krijgt dus geen uitwerking meer en gaat teniet vanaf de datum van zijn totstandkoming, eerder dan vanaf de datum van zijn nietigverklaring. In beginsel worden zowel de persoonlijke als de zakenrechtelijke gevolgen van het contract beoogd. Aldus ontberen, op verbintenisrechtelijk vlak, de rechten en plichten uit het contract *ab initio* elke uitwerking en kunnen de partijen hun nakoming niet meer in rechte vorderen (dat is de enige draagwijdte van het adagium *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: P.A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat", *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1984, nr. 3, blz. 153; P. WÉRY, I, nr. 316, blz. 309.). Op zakenrechtelijk vlak ontnemt de nietigheid de gevolgen van de overdracht, de vestiging, de wijziging of het tenietgaan van de zakelijke rechten waarin het contract voorziet, en dit *erga omnes*. In geval van de nietigverklaring van een verkoop, bijvoorbeeld, wanneer de koper in de tussentijd over het voorwerp heeft beschikt ten voordele van een onderverkrijger, zal deze laatste eveneens zijn recht op het voorwerp verliezen (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*), onverminderd de mechanismen voor de derdenbescherming (zoals artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek).

De terugwerkende kracht van de nietigheid vormt dus het uitgangspunt waarvan de wet echter kan afwijken (zie bijvoorbeeld artikel 1038 van het Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan de vervreemding van het door testament gelegateerde voorwerp de herroeping van het legaat teweegbrengt, zelfs indien die vervreemding nietig is).

Het tweede lid onderwerpt de restituties naar aanleiding van de nietigheid aan het gemeenrechtelijk regime van de restituties, zoals uitgewerkt in de artikelen 5 115 tot 5 124, onder voorbehoud van de afwijkingen waarin aldaar is voorzien. Het regime inzake restituties betreft "alle prestaties geleverd op grond van het contract". Die ruime omschrijving beoogt ook geleverde prestaties te omvatten die niet de uitvoering van een contractuele verbintenis vormen (bijvoorbeeld de overhandiging van het voorwerp die noodzakelijk was voor de totstandkoming van een zakelijk contract).

Article 5.63

Nullité partielle

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1184 C. civ. fr.; § 139 BGB; art. 3:41 NBW; art. II. – 7:213 DCFR; art. 54.2 CESL; art. 3.2.13 PICC.

Cette disposition consacre la théorie de la nullité partielle. L'annulation peut ainsi se limiter à certaines clauses du contrat (divisibilité matérielle), voire même à certaines parties d'une clause (théorie de la réduction) conformément à l'article 5.17 du projet (voy. à ce propos Cass. (plén.), 25 juin 2015, n° C.14 0008.F, avec les conclusions de M. l'avocat général T. Werquin). Dans un contrat multipartite, elle peut également se limiter aux rapports de droit entre certaines parties (divisibilité personnelle).

Le critère déterminant est celui de la divisibilité du contrat dans l'intention des parties. Celle-ci ne peut cependant aller à l'encontre du but et de la portée de la règle violée. Ainsi, même lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause d'indivisibilité, l'insertion d'une clause abusive dans un contrat de consommation n'entraîne que l'annulation de cette clause et laisse subsister le reste du contrat (art. VI.84, § 1^{er}, al. 2, CDE). Par ailleurs, conformément à la volonté présumée des parties et à la nature de ces clauses, les clauses de droit applicable et de règlement des différends (clause d'élection de for, clause d'arbitrage, clause de conciliation ou de médiation, etc.) sont en principe divisibles du reste du contrat et survivent à l'annulation de celui-ci (voy. l'art. 5 114).

Lorsque le législateur répute une clause non écrite, il entend en principe consacrer la divisibilité de cette clause. Il n'a pas paru opportun de consacrer un régime autonome pour la clause réputée non écrite qui serait nulle de plein droit (et ce d'autant plus que, même dans le domaine des clauses abusives, le dernier état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne paraît pas imposer la nullité de plein droit comme sanction: voy. à ce propos C.J.U.E., 1^{er} octobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, point 63); compte tenu des possibilités d'annulation extrajudiciaire consacrées par la proposition, un tel régime a paru superflu. La clause réputée non écrite par la loi est donc soumise au régime ordinaire des nullités sous la seule réserve de sa divisibilité. Elle produit donc

Artikel 5.63

Gedeeltelijke nietigheid

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: art. 1184 C. civ. fr.; § 139 BGB; art. 3:41 NBW; art. II. – 7:213 DCFR; art. 54.2 CESL; art. 3.2.13 PICC.

Deze bepaling verankert de theorie van de gedeeltelijke nietigheid. De nietigverklaring kan aldus beperkt blijven tot bepaalde bedingen van het contract (materiële deelbaarheid) en zelfs tot bepaalde delen van een beding (theorie van de matiging) overeenkomstig artikel 17 (zie daarover Cass. (plén.), 25 juni 2015, nr. C.14 0008.F, met de conclusies van advocaat-generaal T. Werquin). In een meerpactiencontract kan ze ook beperkt blijven tot de rechtsverhoudingen tussen bepaalde partijen (personele deelbaarheid).

Het relevante criterium is dat van de deelbaarheid van het contract volgens de bedoeling van de partijen. Die bedoeling kan echter niet ingaan tegen het doel en de strekking van de geschonden norm. Dat betekent dat zelfs wanneer de partijen in hun contract een ondeelbaarheidsbeding hebben opgenomen, de opname van een onrechtmatig beding in een contract met een consument slechts de nietigverklaring van dat beding meebrengt en de rest van het contract laat voortbestaan (art. VI.84, § 1, lid 2, WER). Overeenkomstig de vermoede wil van de partijen en aard van die bedingen, zijn de rechtskeuzebedingen en de bedingen inzake geschillenbeslechting (forumkeuzebeding, beding van arbitrage, beding van verzoening of van bemiddeling, enz.) overigens in beginsel deelbaar van de rest van het contract en overleven ze de nietigverklaring ervan (zie art. 5 114).

Wanneer de wetgever een beding voor niet geschreven houdt, wil hij in beginsel de deelbaarheid van dat beding huldigen. Het werd niet wenselijk geacht om een autonoom regime te verankeren voor het "voor niet-geschreven gehouden" beding, dat van rechtswege nietig zou zijn (dit geldt des te meer nu, zelfs inzake onrechtmatige bedingen, de laatste stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie de nietigheid van rechtswege als sanctie niet lijkt op te leggen: zie daarover HvJ. EU, 1 oktober 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, punt 63); rekening houdend met de mogelijkheden inzake buitengerechtelijke nietigverklaring waarin het voorstel voorziet, lijkt een dergelijk regime overbodig. Het door de wet voor niet geschreven gehouden beding is onderworpen aan

ses effets jusqu'à son annulation, laquelle intervient néanmoins avec effet rétroactif.

Il n'a pas non plus paru nécessaire de consacrer une disposition à la conversion des actes nuls, celle-ci pouvant déjà être réalisée par le biais de l'article 5.68 relatif à la requalification du contrat.

Section 3

L'interprétation et la qualification du contrat

Sous-section 1^{re}

L'interprétation du contrat

Article 5.64

Primauté de la volonté réelle

Cet article s'inspire de l'article 1156 du Code civil actuel.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1188, al. 1^{er}, C. civ. Fr.; § 133 BGB; art. II. – 8:101(1) DCFR; art. 4.1, 1) PICC; art. 18, al. 1^{er} CO; art. 20, al. 1^{er} CO 2020; art. 58.1 et 58.2 CESL; art. 5:101(1) et (2) PECL. Pour l'alinéa 2: art. 1189 C. civ. Fr.; F. DUMON, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", *J.T.*, 1978, n° 49, p. 491.

L'article II. – 8:102(1) DCFR donne une énumération exemplative des éléments susceptibles d'être pris en considération pour reconstituer la commune intention des parties visée à l'alinéa 1^{er} de l'article, en ce compris les documents qu'elles se sont échangées au cours des négociations préalables à la conclusion du contrat.

L'alinéa 2 vise à résoudre l'antinomie classique entre le principe de la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée et l'interdiction de la violation de la foi due aux actes. Le terme "manifestement" vise à souligner le caractère exceptionnel d'un tel contrôle, qui ne peut être exercé que lorsque le juge a fait "mentir" l'acte.

La doctrine du sens clair est ainsi écartée. Le texte, même prétendument clair, d'une clause, peut recevoir une interprétation contraire à ses termes, pour autant que cette interprétation ne soit pas manifestement inconciliable avec la portée de l'acte, telle qu'elle se dégage non seulement de l'ensemble de ses clauses,

het gemeenrechtelijk regime van nietigheden, met als enig voorbehoud de deelbaarheid ervan. Het krijgt dus uitwerking tot aan de nietigverklaring, die echter met terugwerkende kracht intreedt.

Het leek evenmin nodig om een bepaling te wijden aan de conversie van nietige handelingen, aangezien die al mogelijk is dankzij artikel 5.68 inzake de herkwalficatie van het contract.

Afdeling 3

Interpretatie en kwalificatie van het contract

Onderafdeling 1

Interpretatie van het contract

Artikel 5.64

Vorrang van de werkelijke wil

Dit artikel inspireert zich op artikel 1156 van het huidig Burgerlijk Wetboek.

Andere inspiratiebronnen van dit artikel zijn: art. 1188, lid 1, C. civ. fr.; § 133 BGB; art. II. – 8:101(1) DCFR; art. 4.1, 1) PICC; art. 18, lid 1 CO; art. 20, lid 1 CO 2020; art. 58.1 en 58.2 CESL; art. 5:101(1) en (2) PECL. Voor het tweede lid: art. 1189 Fr. B.W.; F. DUMON, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", *J.T.*, 1978, nr. 49, blz. 491.

Artikel II – 8:102(1) DCFR geeft een exemplatieve opsomming van de relevante elementen om de gemeenschappelijke bedoeling van de in het eerste lid van het artikel bedoelde partijen te achterhalen, met inbegrip van de documenten, uitgewisseld tijdens de onderhandelingen voorafgaand aan de totstandkoming van het contract.

Het tweede lid beoogt de klassieke tegenstrijdigheid uit te klaren tussen het beginsel op grond waarvan de werkelijke wil voorrang heeft op de verklaarde wil en het verbod op de schending van de bewijskracht van de akte. De term "kennelijk" onderstreept het uitzonderlijk karakter van zo'n controle, die slechts kan worden uitgeoefend wanneer de rechter de akte heeft doen "liegen".

De leer van de duidelijke betekenis wordt zo opzijgezet. Zelfs de zogenaamd duidelijke tekst van een beding kan een interpretatie krijgen die tegenstrijdig is met de bewoording ervan, voor zover die interpretatie niet kennelijk onverzoenbaar is met de strekking van de akte, zoals blijkt niet alleen uit het geheel van de bedingen

mais également des circonstances dans lesquelles il a été rédigé et exécuté. La disposition en projet tranche ainsi la controverse sur l'intensité du contrôle pouvant être exercé sur l'interprétation du contrat au titre de l'interdiction de la violation de la foi due aux actes en consacrant la solution proposée par M. le procureur général DUMON dans sa mercuriale précitée (voy. A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2007, n^{os} 271 et s., pp. 202 et s.; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *R.W.*, 1996-1997, pp. 1001 et s.; P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Pourvoi en matière civile", *R.P.D.B.*, compl. t. XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, n^{os} 534 et s., pp. 250 et s.; R. JAFFERALI, "La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction", note sous Cass., 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, n^{os} 18 et s., p. 691 et s.; B. MAES, "Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *R.D.J.P.*, 1995, pp. 141 et s.; A. MEEÛS, "Le contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation des contrats d'assurance par le juge du fond", in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 407 et s.; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, n^{os} 174 et s., pp. 279 et s.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge et le contrat", *R.G.D.C.*, 2007, pp. 595 et s., n^{os} 49 et s., pp. 618 et s.; VAN OMMESLAGHE, I, n^{os} 381 et s., pp. 605 et s.; WÉRY, I, n^{os} 415 et s., pp. 394 et s.; J. WAELEKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2016).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la violation de la foi due à un acte n'est admise que si l'interprétation donnée à cet acte est impossible, n'est pas susceptible d'être admise sans faire mentir l'acte (voy. les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq avant Cass., 20 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n^o 60, point 11; les conclusions de M. l'avocat général T. Werquin avant Cass., 29 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n^o 70, point 1; le discours de M. le procureur général F. Dumon, alors premier avocat général, prononcé le 1^{er} septembre 1978, "De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes", *J.T.*, 1978, p. 465 et s., spéc. n^o 39). Cette marge d'appréciation laissée à l'interprète est traduite par le terme "manifestement"

ervan, maar ook uit de omstandigheden waarin die werd opgesteld en uitgevoerd. Zo beslecht de ontworpen bepaling de controverse met betrekking tot de intensiteit van de controle die mag worden uitgeoefend op de interpretatie van het contract op basis van de leer van het verbod op de schending van de bewijskracht van de akte. De bepaling verankert zo de door procureur-generaal DUMON in bovenvermelde rede voorgestelde oplossing (zie A. CRUQUENAIRE, *L'interprétation des contrats en droit d'auteur*, Brussel, Larcier, 2007, nrs 271 et s., blz. 202 e.v.; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *R.W.*, 1996-1997, blz. 1001 e.v.; P. GÉRARD, H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Pourvoi en matière civile", *R.P.D.B.*, compl. t. XI, Brussel, Bruylant, 2011, nrs 534 e.v., blz. 250 e.v.; R. JAFFERALI, "La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction", noot onder Cass., 19 maart 2012, *R.C.J.B.*, 2014, nrs 18 e.v., p. 691 et s.; B. MAES, "Bewijskracht en bewijswaarde: kanttekeningen bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie", *R.D.J.P.*, 1995, blz. 141 e.v.; A. MEEÛS, "Le contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation des contrats d'assurance par le juge du fond", in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, blz. 407 e.v.; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Brussel, Bruylant, 1966, nrs 174 e.v., blz. 279 e.v.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge et le contrat", *R.G.D.C.*, 2007, nrs 49 e.v., pp. 618 e.v.; VAN OMMESLAGHE, I, nrs 381 e.v., blz. 605 e.v.; WÉRY, I, nrs 415 e.v., blz. 394 e.v.; J. WAELEKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2016).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat, volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de schending van de bewijskracht van een akte slechts toegelaten is als de interpretatie die aan die akte wordt gegeven onmogelijk is en niet kan worden toegelaten tenzij men de akte doet liegen (zie de conclusie van procureur-generaal J.-F. Leclercq bij Cass. 20 januari 2012, *Pas.* 2012, nr. 60, punt 11; de conclusie van advocaat-generaal T. Werquin bij Cass. 29 januari 2010, *Pas.* 2010, nr. 70, punt 1; de redevoering van procureur-generaal F. Dumon, eertijds eerste advocaat-generaal, uitgesproken op 1 september 1978, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", *Arr.Cass* 1978-79, 3 e.v., i.h.b. nr. 39). Die appreciatiemarge die aan de uitlegger wordt gelaten, wordt vertaald met de term "kennelijk".

Article 5.65

Recherche de la volonté réelle

Cet article s'inspire des articles 1157 à 1159, 1161, 1163 et 1164 du Code civil actuel.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer pour les directives suivantes:

1^o: art. 1192 C. civ. Fr.; art. II. – 8:106 DCFR; art. 4.5 PICC; art. 63 CESL; art. 5:106 PECL;

3^o: art. 1139-3 Catala; art. II. – 8:102(1)(c), (d) et (f) DCFR; art. 4.3, b) et f) PICC; art. 9 CVIM; art. 59, c) à f), CESL; art. 5:102(d), (e) et (f) PECL;

4^o: art. 1191, al. 1^{er}, C. civ. fr.; art. II. – 8:105 DCFR; art. 4.4 PICC; art. 60 CESL; art. 5:105 PECL;

7^o: Cass., 10 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 259; Cass., 12 juin 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 638; art. II. – 8:102(1) (b) DCFR; art. 4.3, c) PICC; art. 59, b) CESL; art. 5:102(b) PECL.

L'incipit de l'article vise à souligner que, bien qu'elles constituent des règles de droit, les directives exprimées ne constituent que des recommandations à l'égard du juge. Il paraît difficile de leur reconnaître le même effet contraignant qu'au principe de la primauté de la volonté réelle dès lors que certaines de ces directives peuvent se contredire dans un cas déterminé.

L'actuel article 1160 est omis parce qu'il ne constitue qu'une application de l'actuel article 1135.

La combinaison des Directives 5^o et 6^o conduisent à une interprétation stricte (c'est-à-dire ni restrictive ni extensive) des clauses dérogatoires au droit commun.

La Directive 4^o est sans préjudice de la possibilité pour le juge d'admettre la preuve d'un accord entre les parties sur la base d'un aveu en action (ce qui signifie que la preuve du contrat peut être déduite de l'exécution constante de celui-ci).

Article 5.66

Interprétation en cas de doute

Cet article s'inspire de l'article 1162 du Code civil actuel.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer:

Artikel 5.65

Nagaan van de werkelijke wil

Dit artikel inspireert zich op artikelen 1157 tot 1159, 1161, 1163 en 1164 van het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als andere inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar de volgende richtlijnen:

1^o: art. 1192 C. civ. fr.; art. II. – 8:106 DCFR; art. 4.5 PICC; art. 63 CESL; art. 5:106 PECL;

3^o: art. 1139-3 Catala; art. II. – 8:102(1)(c), (d) en (f) DCFR; art. 4.3, b) en f) PICC; art. 9 CISG; art. 59, c) tot f), CESL; art. 5:102(d), (e) en (f) PECL;

4^o: art. 1191, lid I, C. civ. fr.; art. II. – 8:105 DCFR; art. 4.4 PICC; art. 60 CESL; art. 5:105 PECL;

7^o: Cass., 10 november 1988, *Pas.*, 1989, I, blz. 259; Cass., 12 juni 1986, *Pas.*, 1986, I, nr. 638; art. II. – 8:102(1) (b) DCFR; art. 4.3, c) PICC; art. 59, b) CESL; art. 5:102(b) PECL.

Het incipit van het artikel strekt ertoe te onderstrepen dat hoewel de verwoorde richtlijnen rechtsregels zijn, het slechts aanbevelingen zijn ten aanzien van de rechter. Het lijkt moeilijk om ze dezelfde bindende kracht toe te kennen als het beginsel van de voorrang van de werkelijke wil aangezien sommige van die richtlijnen elkaar in een welbepaald geval kunnen tegenspreken.

Het huidige artikel 1160 wordt weggelaten omdat het slechts een toepassing is van het huidige artikel 1135.

De combinatie van Richtlijnen 5^o en 6^o leiden tot een strikte interpretatie (d.w.z. noch beperkend noch uitbreidend) van de bedingen die afwijken van het gemeen recht.

Richtlijn 4^o geldt onverminderd de mogelijkheid die de rechter heeft om het bewijs van een akkoord tussen de partijen aan te nemen op grond van een bekentenis door uitvoering (wat betekent dat het bewijs van het contract kan worden afgeleid uit de consistente uitvoering ervan).

Artikel 5.66

Interpretatie bij twijfel

Dit artikel inspireert zich op artikel 1162 van het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als andere inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar:

Al. 1^{er}, 1^o: P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations*, n° 406 et s., p. 637 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, n° 425 et s., p. 403 et s.; art. 1190 C. civ. fr.; art. II. – 8:103 et art. II. – 8:104 DCFR; art. 4.6 PICC; art. 62 et 65 CESL; art. 5:103 PECL;

Al. 1^{er}, 2^o: Cass., 7 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 21;

Al. 1^{er}, 3^o: art. 1190 C. civ. fr.

L'incipit réserve les règles d'interprétation applicables à certains contrats spéciaux, telles que l'actuel article 1602 du Code civil en matière de vente ou l'article XI.167, § 1^{er}, alinéa 3, du Code de droit économique en matière de droits d'auteur.

À la différence des directives énoncées à l'article précédent, les règles figurant au présent article revêtent un caractère obligatoire.

L'alinéa 1^{er}, 1^o, consacre le principe de l'interprétation *contra proferentem*. Le contrat d'adhésion est défini à l'article 5.10 proposé.

L'alinéa 1^{er}, 2^o, constitue une application du 3^o. Le bénéficiaire d'une clause n'est en effet pas nécessairement le créancier de l'obligation concernée, mais la partie en faveur de laquelle cette clause est stipulée.

L'alinéa 1^{er}, 3^o, vise à consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'article 1162.

L'alinéa 2 constitue un renvoi à caractère pédagogique.

Sous-section 2

La qualification du contrat

Article 5.67

Qualification des contrats mixtes

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 6:215 NBW; art. II. – 1:107 DCFR; voy. aussi P. WÉRY, I, n° 436, p. 411 et s.

L'alinéa 1^{er} traduit le principe de l'application distributive. Il vise le cas où les parties incluent dans le même contrat plusieurs opérations qui auraient pu faire l'objet de contrats distincts. Ainsi, par exemple, si une promesse unilatérale de vente est incluse dans un contrat de bail, chaque opération demeure en principe soumise aux règles qui lui sont propres. Cette solution est retenue

Lid 1, 1^o: P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations*, nr. 406 e.v., blz. 637 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, nr. 425 e.v., blz. 403 e.v.; art. 1190 C. civ. fr.; art. II. – 8:103 en art. II. – 8:104 DCFR; art. 4.6 PICC; art. 62 en 65 CESL; art. 5:103 PECL;

Lid 1, 2^o: Cass., 7 september 1979, *Pas.*, 1980, I, blz. 21;

Lid 1, 3^o: art. 1190 C. civ. fr.

Het incipit maakt een voorbehoud voor de interpretatieregels die van toepassing zijn op bepaalde bijzondere contracten, zoals het huidige artikel 1602 van het Burgerlijk Wetboek inzake verkoop of artikel XI.167, § 1, derde lid, van het Wetboek van economisch recht inzake auteursrechten.

In tegenstelling tot de richtlijnen waarvan sprake in het voorgaande artikel, hebben de regels in dit artikel een bindend karakter.

Het eerste lid, 1^o, verankert het beginsel van de interpretatie *contra proferentem*. Het toetredingscontract wordt omschreven in voorgestelde artikel 5.10.

Het eerste lid, 2^o, is een toepassing van 3^o. De schuldeiser van een beding is inderdaad niet noodzakelijk de schuldeiser van de betrokken verbintenis, maar de partij in wiens voordeel dat beding is opgesteld.

Het eerste lid, 3^o, beoogt de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake artikel 1162 te verankeren.

Het tweede lid is een pedagogische verwijzing.

Onderafdeling 2

Kwalificatie van het contract

Artikel 5.67

Kwalificatie van gemengde contracten

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: art. 6:215 NBW; art. II. – 1:107 DCFR; zie ook P. WÉRY, I, nr. 436, blz. 411 e.v.

Het eerste lid verwoordt het beginsel van de distributieve toepassing. Het beoogt het geval waarin de partijen in eenzelfde contract meerdere operaties opnemen die het voorwerp hadden kunnen zijn van afzonderlijke contracten. Dat betekent bijvoorbeeld dat indien een eenzijdige verkoopbelofte is opgenomen in een huur-overeenkomst, elke operatie in beginsel aan de eigen

par souci de sécurité juridique car elle permet au juge, lorsque les parties ne se sont pas clairement exprimées sur leurs intentions, de retomber sur le régime juridique applicable aux différentes opérations qui composent le contrat mixte.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 traduit le principe de l'absorption de l'accessoire par le principal. Ainsi, par exemple, si un contrat de vente d'une cuisine standardisée comporte une prestation de service visant l'installation de celle-ci et que cette installation présente un caractère tout à fait accessoire dans l'intention des parties (notamment eu égard à la valeur respective des meubles de cuisine et de la prestation de service), alors le contrat est considéré pour le tout comme étant une vente. Le contrat est dès lors soumis pour le tout aux règles de la vente, moyennant les adaptations requises par une telle extension du champ d'application de ces règles à des questions qu'elles n'avaient normalement pas vocation à régler. Ainsi, si, dans l'exemple précité, l'installation présente un défaut caché, les règles sur la garantie des vices cachés dans la vente, normalement applicable uniquement aux vices affectant la chose, devront être appliquées par analogie aux défauts cachés de l'installation.

Pour qu'une clause soit considérée comme accessoire et dès lors soumise à l'absorption, il ne suffit qu'elle soit liée aux clauses principales ou dépendent de celle-ci; il faut que ces clauses principales présentent un caractère prédominant, au point qu'il serait déraisonnable de ne pas considérer le contrat comme entrant essentiellement dans une catégorie unique (voy. DCFR, art. II. – 1:107(3)(b)).

Une exception est cependant faite pour le cas où la nature de la clause accessoire s'oppose à une telle absorption parce qu'elle nécessite une réglementation propre (voy. DCFR, art. II. – 1:107(4)). Ainsi, par exemple, la clause de droit applicable, la clause d'élection de for ou la clause d'arbitrage, bien que présentant un caractère accessoire, ne peuvent pas être absorbées par la catégorie juridique dont relève le contrat à titre principal (la vente, le bail, etc.) parce qu'elles produisent des effets propres qui ne pourraient être soumis aux règles applicables au contrat principal sans dénaturer ces règles.

L'alinéa 3 réserve la volonté contraire des parties. Ainsi, s'il apparaît que les parties avaient clairement l'intention de conclure une opération *sui generis* qui ne se rattache directement à aucun contrat réglementé

regels onderworpen blijft. Die oplossing is weerhouden met het oog op de rechtszekerheid aangezien ze de rechter de mogelijkheid biedt, wanneer de partijen hun bedoeling niet duidelijk hebben uitgedrukt, om terug te vallen op het rechtsregime dat van toepassing is op de onderscheiden operaties waaruit het gemengde contract bestaat.

In afwijking van het eerste lid, vertaalt het tweede lid het beginsel van de opslorping van de bijzaak door de hoofdzaak. Dat betekent bijvoorbeeld dat indien een contract inzake de verkoop van een gestandaardiseerde keuken een dienstverlening met het oog op de installatie van die keuken omvat en die installatie een bijkomstig karakter heeft volgens de bedoeling van de partijen (met name gelet op de respectieve waarde van het keukenmeubilair en de dienstverlening), het contract in zijn geheel wordt beschouwd als een verkoop. Het contract is dan ook in zijn geheel onderworpen aan de regels van de verkoop, met de nodige aanpassingen die zo'n uitbreiding van het toepassingsgebied van die regels vereist om kwesties te kunnen regelen waarvoor ze normaal gezien niet bedoeld waren. Dat betekent dat, als in het voornoemde voorbeeld de installatie een verborgen gebrek vertoont, de regels inzake de vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop, die normaal gezien alleen van toepassing zijn op de gebreken aan het voorwerp, naar analogie moeten worden toegepast op de verborgen gebreken van de installatie.

Opdat een beding als bijkomstig wordt beschouwd en bijgevolg kan worden opgeslorpt, volstaat het niet dat het verband houdt met de hoofdbedingen of daarvan afhangt; die hoofdbedingen moeten een doorslaggevend karakter hebben, in die mate dat het onredelijk zou zijn om het contract niet te beschouwen als hoofdzakelijk thuis te brengen in een enkele categorie (zie DCFR, art. II. – 1:107(3)(b)).

Er geldt echter een uitzondering voor het geval waarin de aard van het bijkomstige beding een dergelijke opslorping in de weg staat omdat het een eigen regelgeving vereist (zie DCFR, art. II. – 1:107(4)). Dat betekent bijvoorbeeld dat het rechtskeuzebeding, het forumbeding of het beding van arbitrage, die weliswaar bijkomstig van aard zijn, niet kunnen worden opgeslorpt door de juridische categorie waartoe het contract in hoofddorde behoort (verkoop, huur, enz.) aangezien ze specifieke gevolgen teweegbrengen die niet kunnen worden onderworpen aan de regels die gelden voor het hoofdcontract zonder afbreuk te doen aan de aard van die regels.

Het derde lid maakt een voorbehoud voor de andersluidende wil van de partijen. Als dus blijkt dat de partijen duidelijk de bedoeling hadden om een operatie *sui generis* te sluiten die niet rechtstreeks terug te brengen

par la loi, elles demeurent libres de le faire, et ce même si l'opération conclue emprunte certains traits à des contrats réglementés. Cette liberté trouve toutefois une limite dans les règles impératives ou d'ordre public, qu'il n'est pas permis de tourner de la sorte.

Article 5.68

Requalification du contrat

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: Cass., 10 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 536, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. Genicot (*"Lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente"*); art. 1142 Catala; art. 18, al. 1^{er} CO.

Cet article consacre le principe selon lequel le juge est en principe lié par la qualification donnée par les parties à leur contrat, sauf si cette qualification apparaît incompatible avec les clauses de celui-ci ou avec les règles impératives ou d'ordre public. La compatibilité de la qualification donnée par les parties avec les clauses du contrat s'apprécie après avoir interprété ces clauses conformément à la sous-section précédente, notamment à la lumière de l'exécution donnée par les parties au contrat.

La formulation utilisée dans la jurisprudence de la Cour de cassation a été légèrement précisée, les "éléments soumis à l'appréciation" du juge apparaissant trop vagues. Ces éléments incluent sans doute l'exécution donnée au contrat mais celle-ci peut toujours être prise en considération au titre de l'interprétation des clauses de l'acte. Il paraît dès lors préférable de mentionner uniquement comme critère la compatibilité de la qualification retenue avec les clauses de l'acte, ainsi que les règles impératives et l'ordre public.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que l'article 5.68 proposé peut effectivement aboutir à une conversion d'un acte qui serait nul sous une qualification mais valable sous une autre (voy. également le commentaire de l'article 5.63 ainsi que R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 322 et s., p. 742 et s. et réf. Citées).

is op een door de wet geregeld contract, blijven ze vrij dat te doen, zelfs als de overeengekomen operatie bepaalde kenmerken ontleent aan benoemde contracten. Die vrijheid wordt echter ingeperkt door de regels van dwingend recht of openbare orde, die niet op die manier omzeild mogen worden.

Article 5.68

Herkwalificatie van het contract

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: Cass., 10 oktober 2011, *Pas.*, 2011, nr. 536, met de conclusies van Adv. Gen. J.-M. Genicot (*"De bodemrechter die, op grond van de elementen die hij moet beoordelen de kwalificatie kan uitsluiten die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven, mag een andere in de plaats stellen."*); art. 1142 Catala; art. 18, lid 1 CO.

Dit artikel verankert het uitgangspunt dat de rechter in beginsel gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan hun contract hebben gegeven, behalve als deze kwalificatie onverenigbaar blijkt te zijn met de bedingen ervan of met de regels van dwingend recht of openbare orde. De verenigbaarheid van de door de partijen gegeven kwalificatie met de bedingen van het contract wordt beoordeeld na de interpretatie van die bedingen overeenkomstig de vorige onderafdeling, met name in het licht van de uitvoering van het contract door de partijen.

De formulering die in de rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt gehanteerd, is licht verduidelijkt, aangezien de "elementen die [de rechter] moet beoordelen" te vaag is gebleken. Die elementen omvatten zonder twijfel de uitvoering van het contract, maar die kan altijd in overweging worden genomen bij de interpretatie van de bedingen van de akte. Bijgevolg geniet het de voorkeur om als enige criterium de verenigbaarheid van de kwalificatie met de bedingen van de akte te vermelden, evenals de regels van dwingend recht en de openbare orde.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat het voorgesteld artikel 5.68 daadwerkelijk kan leiden tot een conversie van een rechtshandeling die nietig zou zijn in een bepaalde kwalificatie maar geldig volgens een andere (zie eveneens de commentaar van artikel 5.63, net als R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 742 e.v., nr. 322 e.v. en de verwijzingen daar).

Section 4*Les effets du contrat entre parties**Sous-section 1^{re}**L'effet obligatoire*

Article 5.69

Principe de la convention-loi

L'ancien article 1134 est repris tel quel, avec des modifications de pure forme. Par cohérence avec le reste du nouveau Code civil, le terme "conventions" est remplacé par le terme "contrat" dans le nouvel article.

Article 5.70

Modification et résiliation du contrat

La disposition reprend l'idée énoncée à l'ancien article 1134, alinéa 2. Le terme "résiliation" vise, de manière générale, toutes les causes d'extinction du contrat. Les modalités particulières à certaines causes d'extinction seront réglées dans les dispositions spécifiques s'y rapportant.

La disposition ajoute par rapport au texte initial que le contrat peut être "modifié", non seulement "résilié", du consentement des parties.

Le deuxième alinéa vise la résiliation ou modification du contrat par une seule partie, ou par un tiers, préalablement autorisée par le contrat. Ce texte consacre le principe de la "décision de partie"; le droit accordé par le contrat à une partie ou un tiers de modifier le contrat unilatéralement doit s'exercer dans les limites du principe d'exécution de bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, et sous la réserve d'un contrôle marginal *a posteriori* du juge.

Cette disposition s'applique sans préjudice des dispositions impératives ou d'ordre public interdisant ou limitant une modification ou résiliation unilatérale du contrat (p. ex. l'article 25 de la loi relative aux contrats de travail qui prohibe toute clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat, ou l'article VI.83, 4°, 5° ou 11° du Code de droit économique, en matière de clauses abusives).

Afdeling 4*Gevolgen van het contract tussen partijen**Onderafdeling 1**Bindende kracht*

Artikel 5.69

Beginsel van de overeenkomst-wet

Het oud artikel 1134 wordt als zodanig hernomen, met louter formele wijzigingen. Voor de coherentie met de rest van het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt de term "overeenkomsten" in de nieuwe bepaling vervangen door de term "contract".

Artikel 5.70

Wijziging en opzegging van het contract

De bepaling herneemt de idee, verwoord in oud artikel 1134, tweede lid. De term "opzegging" doelt, in het algemeen, op alle gronden van tenietgaan van het contract. De bijzondere modaliteiten voor bepaalde gronden van tenietgaan zullen worden geregeld in de specifieke bepalingen die daarop betrekking hebben.

De bepaling omvat, ten aanzien van de oorspronkelijke tekst, de toevoeging dat het contract kan worden "gewijzigd", niet alleen "opgezegd", met toestemming van de partijen.

Het tweede lid doelt op de beëindiging of wijziging van het contract door één partij, of door een derde, voorafgaandelijk toegelaten door het contract. Deze tekst erkent het beginsel van de "partijbeslissing"; het recht toegekend door het contract aan een partij of aan een derde om het contract eenzijdig te wijzigen, moet uitgeoefend worden binnen de perken van het beginsel van uitvoering te goeder trouw en het verbod van rechtsmisbruik, en onder voorbehoud van een marginale toetsing *a posteriori* door de rechter.

Deze bepaling is van toepassing onverminderd dwingendrechtelijke bepalingen of bepalingen van openbare orde die een verbod of beperking opleggen aan een eenzijdige wijziging of opzegging van het contract (bv. artikel 25 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat elk beding verbiedt waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, of artikel VI.83, 4°, 5° of 11° van het Wetboek van economisch recht, inzake onrechtmatige bedingen).

En cas de modification ou de résiliation par le consentement mutuel des parties, cet accord doit répondre aux conditions de validité de tout contrat: par exemple, il ne doit pas être affecté d'un vice de consentement, il doit respecter les dispositions impératives ou d'ordre public quant à son contenu (par exemple, à propos de la résiliation d'un contrat de mariage) ou quant à sa forme (par exemple, à propos de la résiliation amiable d'un contrat de bail à ferme).

La disposition n'envisage pas la question de la forme que doit éventuellement adopter l'accord mutuel ou la décision unilatérale de modification ou de résiliation. Si des conditions de forme ont été prévues dans le contrat pour que le *mutuus dissensus* ou la décision unilatérale de modification ou de résiliation puisse présenter un effet, la question se pose de la sanction éventuelle du non-respect par les parties ou l'une d'entre elles des conditions de forme exigées dans le contrat originaire. Cette question relève de la preuve du contrat (c'est-à-dire la preuve du *mutuus dissensus* ou de la décision unilatérale) et de l'interprétation de l'intention des parties.

Article 5.71

Contenu du contrat

La disposition reproduit l'ancien article 1135, en le modifiant sur le plan de la forme ("conventions" est remplacé par "contrat"; "exprimé" est remplacé par "convenu", dans la mesure où certaines obligations peuvent être convenues tacitement). La notion d'équité est supprimée et remplacée par la notion de bonne foi (d'ailleurs, l'équité ne peut être utilisée à elle seule par le juge pour compléter ou pour modifier le contrat). Le régime de la bonne foi fait l'objet de l'article 5.73.

Il suffit de souligner ici que cette disposition confirme la fonction complétive de la bonne foi. Les parties contractantes sont tenues des obligations (positives et négatives) qu'une partie contractante raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait assumées, même si ces obligations n'étaient pas exprimées dans leur contrat (voy. p. ex. Cass., 5 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1422).

L'alinéa 2 consacre les enseignements de la doctrine, tels qu'ils sont confirmés dans l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 22 décembre 2005 (*Pas.*, 2005, p. 2587).

In geval van wijziging of beëindiging met de wederzijdse toestemming van de partijen moet dit akkoord voldoen aan de geldigheidsvereisten voor elk contract: er mag bijvoorbeeld geen sprake zijn van een wilsgebrek; de bepalingen van openbare orde of van dwingend recht moeten in acht genomen zijn wat betreft de zijn inhoud (bijvoorbeeld met betrekking tot de beëindiging van een huwelijkscontract) of de vorm ervan (bijvoorbeeld met betrekking tot de minnelijke beëindiging van een pachtcontract).

De bepaling regelt niet de vraag van de vorm die het wederzijds akkoord of de eenzijdige beslissing tot wijziging of beëindiging eventueel moet aannemen. Indien in het contract vormvereisten zijn opgenomen opdat de *mutuus dissensus* of de eenzijdige beslissing tot wijziging of beëindiging uitwerking zou kunnen krijgen, rijst de vraag naar de eventuele sanctie van de schending, door de partijen of door een van hen, van de vormvereisten opgelegd in het oorspronkelijke contract. Die vraag betreft het bewijs van het contract (d.i. het bewijs van de *mutuus dissensus* of van de eenzijdige beslissing) en van de interpretatie van de bedoeling van de partijen.

Artikel 5.71

Inhoud van het contract

De bepaling herneemt oud artikel 1135, met wijziging naar vorm ('overeenkomsten' wordt vervangen door "contract", "uitdrukkelijk bepaald" door "overeengekomen", omwille van het feit dat bepaalde verbintenissen stilzwijgend kunnen worden overeengekomen). Het begrip "billijkheid" is geschrapt en vervangen door het begrip "goede trouw" (overigens kan de billijkheid *an sich* niet gehanteerd worden door de rechter om het contract aan te vullen of te wijzigen). De regeling van de goede trouw komt aan bod in artikel 5.73.

Het volstaat hier te benadrukken dat deze wetsbepaling de aanvullende functie van de goede trouw bevestigt. Contractanten moeten de (positieve en negatieve) verplichtingen die een redelijk contractant in dezelfde omstandigheden geplaatst, op zich zou hebben genomen, naleven, ook al hebben zij deze niet bedongen in hun contract (zie bv. Cass. 5 juni 2014, *Pas.* 2014, blz. 1422).

Het tweede lid verankert de verworvenheden uit de rechtsleer, zoals bevestigd in het arrest van het Hof van Cassatie van 22 december 2005 (*Pas.*, 2005, blz. 2587).

Article 5.72

Portée des obligations contractuelles

La distinction entre obligation de moyens et de résultat constitue, depuis Demogue, une *summa divisio*. Cette distinction (de nature supplétive) est opérée par la doctrine, et consacrée par la Cour de cassation. À cette distinction s'ajoute l'obligation de garantie qui constitue une variante de l'obligation de résultat.

Etant entendu qu'en toute circonstance, le juge doit d'abord avoir égard à l'intention exprimée par les parties ou déduite de l'interprétation de la convention, les définitions proposées dans cet article peuvent aider le juge dans l'interprétation des obligations convenues entre les parties; elles sont également destinées à préciser le contenu de l'obligation et la charge de la preuve dans le cas de sa violation.

La "personne prudente et raisonnable" correspond à ce que l'on avait coutume d'appeler le *bonus pater familias*.

Article 5.73

Exécution de bonne foi et prohibition de l'abus de droit

Cette disposition cardinale du Code civil mérite, eu égard aux développements considérables dont elle a fait l'objet en jurisprudence et en doctrine, d'être consacrée dans un article spécifique, indépendamment de l'effet obligatoire consacré par l'article 5.69. De nombreuses codifications étrangères ou internationales l'ont également consacrée (voy. p. ex. l'art. 1103 (*partim*) C. civ. fr., l'art. III.-1:103(1) du DCFR, etc.).

L'alinéa 1 vise le principe d'exécution de bonne foi en tant que tel. La définition générale de la bonne foi est énoncée.

La bonne foi a au moins deux fonctions: une fonction complétive (voy. l'art. 5.71) et une fonction modératrice (prohibition de l'abus de droit).

L'alinéa 2 renvoie à la disposition générale consacrant la prohibition de l'abus de droit (figurant dans le projet de Livre 1^{er} (art. 1.10)), qui trouve ici une application particulière, à propos de l'exécution du contrat. Est ici consacrée la fonction modératrice de la bonne foi (voy. p. ex.: Cass. 19 septembre 1983, A.C. 1983-84, 52, *Pas.* 1984, 55, *J.T.* 1985, 56, noot S. Dufrène, *R.C.J.B.* 1986,

Artikel 5.72

Draagwijdte van contractuele verbintenissen

Het onderscheid tussen middelen- en resultaatsverbintenissen is, sinds Demogue, een *summa divisio*. Dat onderscheid (van aanvullende aard) wordt gehanteerd door de rechtsleer en werd bekrachtigd door het Hof van Cassatie. Aan die opdeling kan nog de garantieverbintenis worden toegevoegd, die een variante uitmaakt van de resultaatsverbintenis.

Aangezien de rechter in alle omstandigheden eerst de bedoeling moet achterhalen die is uitgedrukt door de partijen of afgeleid kan worden uit de interpretatie van het contract, kunnen de in dit artikel voorgestelde definities hulpzaam zijn voor hem bij de interpretatie van de verbintenissen die zijn overeengekomen tussen de partijen; zij zijn ook bedoeld om de inhoud van de verbintenis en de bewijslast bij miskenning van de verbintenis te preciseren.

De "voorzichtig en redelijk persoon" stemt overeen met wat gebruikelijk de *bonus pater familias* werd genoemd.

Artikel 5.73

Uitvoering te goeder trouw en verbod van rechtsmisbruik

Gelet op de belangrijke ontwikkelingen in de rechtspraak en de rechtsleer met betrekking tot deze cruciale bepaling uit het Burgerlijk Wetboek, verdient zij te worden erkend in een specifiek artikel, los van de bindende kracht, erkend in artikel 5.69. In tal van buitenlandse of internationale codificaties is zij evenzeer erkend (zie bv. art. 1103 (*partim*) C. civ. fr., art. III.-1:103(1) DCFR, enz.).

Het eerste lid viseert het beginsel van uitvoering te goeder trouw als zodanig. Het verwoordt de algemene definitie van de goede trouw.

De goede trouw heeft minstens twee functies: een aanvullende werking (zie art. 5.71) en een matigende werking (verbod van rechtsmisbruik).

Het tweede lid verwijst naar de algemene bepaling die het verbod van rechtsmisbruik erkent (opgenomen in het ontwerp van Boek 1 (art. 1.10)), die hier een bijzondere toepassing kent met betrekking tot de uitvoering van het contract. Hier wordt de matigende werking van de goede trouw erkend (zie Cass. 19 september 1983, A.C. 1983-84, 52, *Pas.* 1984, 55, *J.T.* 1985, 56, noot S. Dufrène,

282, noot J.L. Fagnart, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10945, *R.W.* 1983-84, 1480 en *R.D.C.* 1984, 276, noot W. Rauws; Cass. 16 januari 1986, *A.C.* 1985-86, 683, *Pas.* 1986, 602, *R.C.J.B.* 1991, 4, noot M. Fontaine, *R.W.* 1987-88, 1470, noot A. Van Oevelen; Cass. 18 februari 1988, *A.C.* 1987-88, 790, *Pas.* 1988, 728, *R.D.C.* 1988, 696, noot E. Dirix; Cass. 8 februari 2001, *A.C.* 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *R.W.* 2001-02, 778, noot A. Van Oevelen; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1386; Cass., 16 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 498; Cass., 3 décembre 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 288; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689; Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 402; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470). La sanction de l'abus de droit figure également dans l'article 1.10 du projet de Livre 1^{er}.

Plusieurs instruments internationaux prévoient que le principe d'exécution de bonne foi ne peut être exclu ou limité par les parties (voy. p. ex. art. III-1:103, al. 2 DCFR, art. 1.7 PICC). Une telle exclusion a paru opportune, et se trouve consacrée à l'alinéa 3. Toute dérogation à l'article 5.73 est donc réputée non écrite; en conséquence, dans la mesure où le projet adopte le principe de la nullité partielle des contrats (voy. l'article 5.63), seule la clause dérogeant au principe d'exécution de bonne foi ou écartant le principe de la prohibition de l'abus de droit, pourra le cas échéant faire l'objet d'une annulation; le juge retrouve alors le pouvoir d'apprécier si les conditions de l'abus de droit sont réunies dans les circonstances de l'espèce.

L'article 5.71 confirme la fonction complétive de la bonne foi dans le contrat. La bonne foi ne peut toutefois avoir pour effet d'imposer aux parties des obligations qui seraient inconciliables avec la nature et la portée du contrat (voy. Cass., 23 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 671; Cass., 5 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1422).

Le principe d'exécution de bonne foi constitue par ailleurs la source du devoir pour la victime d'une inexécution contractuelle de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son dommage (Cass., 17 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 889).

Article 5.74

Changement de circonstances

Le changement de circonstances est pris en compte par toutes les législations modernes (voy. p. ex. art. 89 CESL; art. 1195 C. civ. fr.; art. 313 BGB; art. 6:258 NBW; art.

R.C.J.B. 1986, 282, noot J.L. Fagnart, *R.G.A.R.* 1985, nr. 10945, *R.W.* 1983-84, 1480 en *T.B.H.* 1984, 276, noot W. Rauws; Cass. 16 januari 1986, *A.C.* 1985-86, 683, *Pas.* 1986, 602, *R.C.J.B.* 1991, 4, noot M. Fontaine, *R.W.* 1987-88, 1470, noot A. Van Oevelen; Cass. 18 februari 1988, *A.C.* 1987-88, 790, *Pas.* 1988, 728, *T.B.H.* 1988, 696, noot E. Dirix; Cass. 8 februari 2001, *A.C.* 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *R.W.* 2001-02, 778, noot A. Van Oevelen; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, blz. 1386; Cass., 16 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, blz. 498; Cass., 3 décembre 2007, *R.D.C.*, 2008, blz. 288; Cass., 9 maart 2009, *Pas.*, 2009, blz. 689; Cass., 8 februari 2010, *Pas.*, 2010, blz. 402; Cass., 1 oktober 2010, *Pas.*, 2010, blz. 2470). De sanctie van rechtsmisbruik is ook opgenomen in artikel 1.10 van het ontwerp van Boek 1.

Verscheidene internationale instrumenten bepalen dat het beginsel van uitvoering te goeder trouw niet kan worden uitgesloten of beperkt door de partijen (zie bv. art. III-1:103, lid 2 DCFR, art. 1.7 PICC). Zo'n uitsluiting bleek opportuun en wordt erkend in het derde lid. Elke afwijking van artikel 5.73 moet dus voor niet-geschreven gehouden worden; bijgevolg en aangezien het project het beginsel van de partiële nietigheid van contracten aanneemt (zie art. 5.63), zal enkel het beding dat afwijkt van het beginsel van uitvoering te goede trouw of dat het beginsel van het verbod op rechtsmisbruik uitsluit, in voorkomend geval, het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep op de nietigheid; de rechter bekomt dan opnieuw de bevoegdheid om te oordelen of de voorwaarden van rechtsmisbruik verenigd zijn in de gegeven omstandigheden.

Artikel 5.71 bevestigt de aanvullende functie van de goede trouw in het contract. De goede trouw mag evenwel niet tot gevolg hebben dat de partijen verbintenissen opgelegd krijgen die onverzoenbaar zouden zijn met de aard en de strekking van het contract (zie Cass., 23 maart 2006, *Pas.*, 2006, blz. 671; Cass., 5 juni 2014, *Pas.*, 2014, blz. 1422).

Het beginsel van uitvoering te goeder trouw vormt trouwens de grondslag van de schadebeperkingsplicht, dit is de plicht voor het slachtoffer van een niet-nakoming van een contract om loyaal de redelijke maatregelen te nemen die zijn schade kunnen matigen of beperken (Cass., 17 mei 2001, *Pas.*, 2001, blz. 889).

Artikel 5.74

Verandering van omstandigheden

De verandering van omstandigheden wordt in aanmerking genomen door alle moderne wetgeving (zie bv. art. 89 CESL; art. 1195 C. civ. fr.; art. 313 BGB; art. 6:258

III.1:110 DCFR; art. 6.2 des PICC; voy. ég. D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986; A. ALBERTS, *Wegfall der Geschäftsgrundlage – nachträgliche Äquivalenzstörungen im deutschen und französischen Vertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015). La disposition vise à établir une sécurité juridique au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à l'accepter progressivement (voy. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2643; Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1590; Cass., 12 avril 2013, *Pas.*, 2013, p. 863).

La disposition reprise ici s'inspire notamment du CESL et du droit français, lesquels prévoient une obligation préalable de renégociation.

L'alinéa 1^{er} rappelle, pour autant que de besoin, le principe de la convention-loi, dont le présent article ne constitue qu'une exception applicable en présence de circonstances exceptionnelles: en d'autres termes, sauf lorsque les strictes conditions de l'alinéa 2 sont rencontrées, chacune des parties demeure tenue d'exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contreprestation ait diminué.

Les conditions sont énoncées à l'alinéa 2. Il est précisé que le changement de circonstances ne peut pas être imputable au débiteur au sens de l'article 5 225.

En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, chaque partie peut s'adresser au juge. Le juge pourra le cas échéant remettre l'affaire à une date rapprochée si la condition des renégociations préalables n'est pas encore remplie.

À défaut d'accord entre les parties, le juge peut mettre fin au contrat (pour le tout ou en partie), le cas échéant avec effet rétroactif, l'effet rétroactif pouvant remonter au maximum jusqu'à la date du changement de circonstances. À la demande d'au moins une des parties le juge dispose également du pouvoir d'adapter le contrat. Le juge statue comme en référé en vue de garantir l'efficacité de la disposition.

La présente disposition est supplétive, tant dans son principe que dans ses modalités d'application. Des dispositions légales particulières, comme la correction judiciaire d'en équité de l'art. 1474/1 du Code civil, peuvent y déroger. Les parties peuvent supprimer ou modaliser le droit de renégocier et de voir le contrat modifié (sous réserve de l'abus de droit d'une partie

NBW; art. III.1:110 DCFR; art. 6.2 PICC; zie ook D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986; A. ALBERTS, *Wegfall der Geschäftsgrundlage – nachträgliche Äquivalenzstörungen im deutschen und französischen Vertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015). De bepaling beoogt rechtszekerheid te creëren in het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die daarin geleidelijk aan lijkt mee te gaan (zie Cass., 14 oktober 2010, *Pas.*, 2010, blz. 2643; Cass., 19 juni 2009, *Pas.*, 2009, blz. 1590; Cass., 12 april 2013, *Pas.*, 2013, blz. 863).

Deze bepaling put onder andere inspiratie uit de CESL en het Franse recht die voorzien in een voorafgaande verbintenis tot heronderhandeling.

Het eerste lid herhaalt, voor zover nodig, het beginsel dat overeenkomsten de partijen tot wet strekken, beginsel waarop dit artikel een uitzondering vormt die enkel toepassing vindt in uitzonderlijke omstandigheden: met andere woorden, tenzij voldaan is aan de strikte voorwaarden van het tweede lid, moet elk van de partijen steeds haar verbintenissen nakomen, ook al is de uitvoering ervan meer bezwarend geworden omdat de kostprijs van de uitvoering is gestegen of de waarde van de tegenprestatie is verminderd.

Het tweede lid bevat de voorwaarden. Er wordt benadrukt dat de verandering van omstandigheden niet toerekenbaar mag zijn aan de schuldenaar in de zin van artikel 5 225.

Bij afwijzing of van mislukking van de heronderhandelingen binnen een redelijke termijn, kan elke partij zich tot de rechter wenden. De rechter kan desgevallend de zaak uitstellen naar een nabije datum als de voorwaarde van voorafgaande onderhandelingen nog niet vervuld is.

Blijft een akkoord uit tussen de partijen, kan de rechter het contract (geheel of gedeeltelijk) beëindigen, in voorkomend geval met terugwerkende kracht, waarbij die terugwerkende kracht maximum kan teruggaan tot de datum van wijziging van omstandigheden. Op verzoek van één van de partijen kan de rechter het contract ook aanpassen. De rechter behandelt de zaak zoals in kort geding om de doeltreffendheid van de bepaling te waarborgen.

Deze bepaling is van aanvullend recht, zowel wat het principe als de toepassingsmodaliteiten ervan betreft. Bijzondere wettelijke bepalingen, zoals de rechterlijke billijkheidscorrectie uit art. 1474/1 BW, kunnen daarvan afwijken. De partijen kunnen het recht op heronderhandeling en het recht om het contract te wijzigen, schrappen of aanpassen (onder voorbehoud van het rechtsmisbruik

entendant se prévaloir de la clause dérogatoire). Par ailleurs, la disposition ne porte pas atteinte à la théorie des sujétions imprévues.

Sous-section 2

La durée du contrat

Article 5.75

Contrat à durée indéterminée

La disposition énonce la définition du contrat à durée indéterminée (voy. également art. 1211 C. civ. fr.).

Le droit de résiliation unilatérale du contrat conclu pour une durée indéterminée constitue un principe général de droit (Cass., 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317). Il s'applique à tout contrat (voy. p. ex. P. WÉRY, I, n° 980; M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, coll. Recht en Onderneming, n° 44, Bruges, die Keure, 2013, p. 114 et s.).

Le droit de résiliation s'exerce en notifiant un délai de préavis raisonnable sans indemnité de préavis (voy. p. ex. Cass., 29 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1393). Lorsqu'un congé est notifié avec une durée de préavis jugée insuffisante, le juge ne peut s'immiscer dans l'exécution de la convention en imposant un délai de préavis complémentaire, sans préjudice des pouvoirs éventuels du juge des référés (Cass., 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 71; voy. ég. P. WÉRY, "L'agencement des sanctions applicables à un manquement contractuel", in *Liber Amicorum F. Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 457).

La loi ou le contrat peuvent prévoir différentes conditions, par exemple le paiement d'une certaine indemnité de dédit ou encore le respect d'un préavis d'une certaine durée (voy. p. ex. art. 37 L. du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail; art. X.16, § 1^{er} CDE (contrat d'agence commerciale), art. X.36 CDE (contrat de concession de vente)), ou, au contraire, le droit de résiliation *ad nutum*, l'exercice de ce droit contractuel étant toutefois encadré par le principe de la prohibition de l'abus de droit.

Sauf dispositions légales ou conventionnelles contraires, le congé n'est pas soumis à une exigence de forme particulière, doit être notifié à l'autre partie (s'agissant d'un acte juridique réceptice) et ne doit pas être motivé; la résiliation qui en résulte n'opère que

van een partij die het beding waarin afgeweken wordt van de regeling wil invoeren). De bepaling doet trouwens geen afbreuk aan de leer van de zogenaamde "sujétions imprévues".

Onderafdeling 2

Duur van het contract

Artikel 5.75

Contract van onbepaalde duur

De nieuwe bepaling bevat de definitie van het contract van onbepaalde duur (zie ook art. 1211 C. civ. fr.).

Het eenzijdig opzeggingsrecht van het contract van onbepaalde duur vormt een algemeen rechtsbeginsel (Cass., 7 juni 2012, *Pas.*, 2012, blz. 1317). Het is van toepassing op elk contract (zie bv. P. WÉRY, I, nr. 980; M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, in: Recht en Onderneming, nr. 44, Brugge, die Keure, 2013, blz. 114 e.v.).

Het opzeggingsrecht wordt uitgeoefend door kennisgeving van een redelijke opzegtermijn zonder opzegvergoeding (zie bv. Cass., 29 mei 2015, *Pas.*, 2015, blz. 1393). Bij kennisgeving van een opzeg met een opzegtermijn waarvan de duur ontoereikend wordt bevonden, kan de rechter zich inmengen in de uitvoering van het contract door het opleggen van een bijkomende opzegtermijn, onverminderd de eventuele bevoegdheden van de rechter in kort geding (Cass., 12 januari 2007, *Pas.*, 2007, blz. 71; zie ook P. WÉRY, "L'agencement des sanctions applicables à un manquement contractuel", in *Liber Amicorum F. Glansdorff*, Brussel, Bruylant, 2013, blz. 457).

De wet of het contract kunnen in verschillende voorwaarden voorzien, bijvoorbeeld de betaling van een bepaalde opzegvergoeding, of de inachtneming van een opzegtermijn van een bepaalde duur (zie bv. art. 37 Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten; art. X.16, § 1 WER (handelsagentuur), art. X.36 WER (alleenverkoopconcessie)), of, integendeel, het recht van opzegging *ad nutum*, waarbij de uitoefening van dat contractuele recht evenwel ingeperkt wordt door het beginsel van het verbod van rechtsmisbruik.

Behoudens andersluidende wettelijke of contractuele bepalingen, is de opzeg niet onderworpen aan een specifiek vormvereiste, moet hij worden ter kennis gebracht aan de andere partij (aangezien het gaat om een mededelingsplichtige rechtshandeling) en hoeft

pour l'avenir, sans effet rétroactif et affecte le contrat dans sa totalité.

Le contrat conclu à perpétuité n'est pas, en principe, un contrat à durée indéterminée: le contrat à durée indéterminée n'engage pas éternellement, chaque partie étant libre de s'en dégager, par la notification d'un préavis d'une durée raisonnable. Sans préjudice des dispositions légales particulières, le contrat conclu à perpétuité voit sa durée réduite à 99 ans (voy. art. 5.76). Lorsqu'un doute existe quant à l'intention des parties de conférer un caractère perpétuel à l'engagement contractuel, le juge peut toutefois interpréter leur volonté de manière à y déceler un engagement à durée indéterminée, chaque partie pouvant ainsi mettre fin au contrat en exerçant le droit de résiliation unilatérale (voy. P. WÉRY, II, n° 336; M. DE MAN, *op. cit.*, p. 194 et ss.; F. VERMANDER, *op. cit.*, p. 461).

Article 5.76

Contrat à durée déterminée

La notion de "terme extinctif" est définie dans le chapitre consacré au régime général de l'obligation (voy. art. 5.149). Il s'agit de l'événement futur et certain (dont la réalisation est certaine, même si l'échéance peut être incertaine), qui entraîne l'extinction de l'obligation (voy. P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, Tome III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1719, n° 1194).

La disposition vise aussi à sanctionner les contrats qui présentent une durée déterminée supérieure à 99 ans, en réduisant ceux-ci, de plein droit, à la durée maximale de 99 ans. Tel est le cas notamment du contrat conclu à perpétuité (sauf lorsque, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, le juge, interprétant la volonté des parties décide que celles-ci ont, en réalité, voulu s'engager pour une durée indéterminée). Cette durée maximale de 99 ans est fixée depuis le décret révolutionnaire du 18 décembre 1790. La sanction de nullité absolue des engagements qui dépassent la durée de 99 ans, qui est traditionnellement appliquée, n'apporte pas de solution satisfaisante, spécialement lorsque les parties ont souhaité s'engager pour une très longue durée. Cette solution traditionnelle est régulièrement critiquée par la doctrine (voy. p. ex. P. WÉRY, II, p. 330; M. DE MAN, *De verbintenrechtelijke tijdsbepaling*, coll. Recht en Onderneming, n° 44, Bruges, die Keure, 2013, p. 213 et s.). La solution de la réduction à la durée maximale autorisée (99 ans) permet de maintenir les engagements contractuels. Cette solution peut se recommander des arrêts prononcés par la Cour de cassation en matière de

hij niet te worden gemotiveerd; de opzegging die eruit voortvloeit krijgt slechts uitwerking voor de toekomst, zonder terugwerkende kracht, en zij treft het contract in zijn geheel.

Het eeuwigdurend contract is, in beginsel, geen contract van onbepaalde duur: het contract van onbepaalde duur houdt geen eeuwigdurende verbintenis in, aangezien elke partij vrij is om zich daaraan te onttrekken, via de kennisgeving van een opzeg met een redelijke termijn. Onverminderd de bijzondere wetbepalingen, wordt het eeuwigdurend contract beperkt tot 99 jaar (zie art. 5.76). Bij twijfel over de bedoeling van de partijen om een eeuwigdurend karakter te verlenen aan de contractuele verbintenis, kan de rechter evenwel hun bedoeling interpreteren als een verbintenis van onbepaalde duur, waarbij elke partij aldus het contract kan beëindigen door uitoefening van het eenzijdig opzeggingsrecht (zie P. WÉRY, II, nr. 336; M. DE MAN, *gecit.*, blz. 194 e.v. F. VERMANDER, *gecit.*, blz. 461).

Artikel 5.76

Contract van bepaalde duur

Het begrip "uitdovende tijdsbepaling" wordt omschreven in het hoofdstuk gewijd aan het algemeen regime van de verbintenis (zie art. 5.149). Het betreft de toekomstige doch zekere gebeurtenis (waarvan vaststaat dat zij zal intreden) die het tenietgaan van de verbintenis meebrengt (zie P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, Tome III, Brussel, Bruylant, 2010, blz. 1719, nr. 1194).

De bepaling beoogt ook de contracten van bepaalde duur die meer dan 99 jaar beslaan te sanctioneren, door deze van rechtswege te herleiden tot de maximumduur van 99 jaar. Dat is met name het geval voor het eeuwigdurend contract (behalve wanneer, gelet op de gegeven omstandigheden, de rechter bij zijn interpretatie van de wil van de partijen oordeelt dat zij in werkelijkheid een verbintenis van onbepaalde duur hebben willen aangaan). Deze maximumduur van 99 jaar is vastgelegd sinds het revolutionair decreet van 18 december 1790. De klassiek toegepaste sanctie van volstrekte nietigheid van de verbintenissen die de duur van 99 jaar overschrijden, brengt geen bevredigende oplossing, vooral wanneer de partijen een verbintenis van zeer lange duur hebben willen aangaan. Die klassieke oplossing is regelmatig bekritiseerd in de rechtsleer (zie bv. P. WÉRY, II, nr. 330; M. DE MAN, *De verbintenrechtelijke tijdsbepaling*, coll. Recht en Onderneming, nr. 44, Brugge, die Keure, 2013, blz. 213 e.v.). De oplossing van de herleiding tot de toegelaten maximumduur (99 jaar) laat toe de contractuele verbintenissen te behouden. Die oplossing kan bogen op de arresten uitgesproken door het

nullité partielle (voy. Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734, note; Cass., 25 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 727, concl. Av. gén. T. Werquin). Indépendamment de la réduction de la durée du contrat au maximum légal, le juge pourrait également, selon les circonstances propres de la cause et dans le respect des conditions fixées par la loi ou le contrat, trouver dans l'article 5.74 ("Changement de circonstances") un pouvoir d'adapter ou de mettre fin au contrat conclu pour une durée déterminée.

La solution de la réduction de la durée du contrat à la durée maximale autorisée n'est pas inconnue. Ainsi, lorsqu'un droit de superficie est constitué pour une durée indéterminée (alors que la durée maximale dudit droit est fixée à 50 ans (art. 4 de la loi du 10 janvier 1824)), la sanction ne réside pas dans la nullité absolue du contrat, mais dans la réduction de la durée du droit au maximum légal autorisé (étant 50 ans) (Cass., 15 décembre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 104, note M. Muylle). En matière d'emphytéose également, la doctrine considère que la sanction d'une emphytéose dont la durée conventionnelle excède 99 ans, est la réduction du terme au maximum légal (P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVE et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. 2., Droits réels principaux démembrés, Coll. Scientifique Fac. Droit Ulg, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 451).

Certaines réglementations particulières prohibent la conclusion de contrats qui dépassent une certaine durée (voy. p. ex. art. 2043*quinquies*, § 2, C. civ., qui prévoit que le contrat de cautionnement à titre gratuit ne peut être conclu pour une durée excédant cinq ans, ou l'art. 1660 C. civ. qui limite à cinq ans la durée du pacte de réméré). Sans préjudice de dispositions particulières prévoyant éventuellement une autre sanction, la sanction applicable en cas de conclusion d'un contrat dont le terme excède le maximum autorisé par la loi, est la réduction de la durée du contrat au maximum légal.

D'autres réglementations particulières peuvent organiser des régimes spécifiques (voy. p. ex. l'art. 3, § 1^{er}, de la loi du 20 février 1991 relative au bail de résidence principale: sauf le cas des baux écrits de courte durée (3 ans ou moins), des baux à vie ou des baux de longue durée, tout bail de résidence principale est réputé conclu pour une durée de neuf ans).

L'alinéa 3 interdit la résiliation du contrat à durée déterminée avant son terme. Le contrat à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme. Le contrat ou la loi

Hof van Cassatie inzake gedeeltelijke nietigheid (zie Cass., 23 januari 2015, *J.T.*, 2015, blz. 734, noot; Cass., 25 januari 2015, *J.T.*, 2015, p. 727, concl. adv.-gen. T. Werquin). Los van de herleiding van de duur van het contract tot het wettelijk maximum, zou de rechter ook, naar gelang van de omstandigheden eigen aan de zaak en met inachtneming van de voorwaarden bepaald door de wet of het contract, uit artikel 5.74 ("Verandering van omstandigheden") de bevoegdheid kunnen putten om het contract dat voor een bepaalde duur is gesloten aan te passen of te beëindigen.

De oplossing van de herleiding van de duur van het contract tot de toegelaten maximumduur is geen onbekende. Wanneer bv. een recht van opstal is ingesteld voor onbepaalde duur (terwijl de maximumduur van dat recht bepaald is op 50 jaar (art. 4 van de wet van 10 januari 1824)), behelst de sanctie niet de absolute nietigheid van het contract, maar wel de herleiding van de duur van het recht tot het toegelaten wettelijk maximum (50 jaar) (Cass., 15 december 2006, *R.W.*, 2007-2008, blz. 104, noot M. Muylle). Ook inzake erfpacht beschouwt de rechtsleer de herleiding van de termijn tot het wettelijk maximum als sanctie voor een erfpacht waarvan de contractduur meer dan 99 jaar beslaat (P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. 2., Droits réels principaux démembrés, Coll. Scientifique Fac. Droit Ulg, Brussel, Larcier, 2016, blz. 451).

Bepaalde bijzondere regelgevingen verbieden het sluiten van contracten die een bepaalde duur overschrijden (zie bv. art. 2043*quinquies*, § 2, BW, dat bepaalt dat het contract van kosteloze borgtocht niet kan worden gesloten voor een duur van meer dan vijf jaar, of art. 1660 BW, dat de duur van het beding van wederinkoop tot vijf jaar beperkt). Onverminderd bijzondere bepalingen die eventueel voorzien in een andere sanctie, bestaat de toepasselijke sanctie voor het sluiten van een contract waarvan de duur de wettelijk toegestane maximumduur overschrijdt, in de herleiding van de duur van het contract tot het wettelijk maximum.

Andere bijzondere regelgevingen kunnen specifieke regelingen bevatten (zie bv. art. 3, § 1, van de wet van 20 februari 1991 betreffende de huurovereenkomst met betrekking tot de hoofdverblijfplaats: afgezien van het geval van de schriftelijke huurovereenkomsten van korte duur (3 jaar of minder), levenslange huurovereenkomsten of huurovereenkomsten van lange duur, wordt elke huurovereenkomst met betrekking tot de hoofdverblijfplaats geacht te zijn aangegaan voor een duur van negen jaar).

Het derde lid verbiedt de opzegging van het contract van bepaalde duur voorafgaand aan de tijdsbepaling. Het contract van bepaalde duur moet worden uitgevoerd tot

peuvent néanmoins prévoir une possibilité de résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée, et en fixer les conditions (voy. p. ex. art. 1794 C. civ. (contrat d'entreprise); artt. 2004 et 2007 (contrat de mandat); art. 1889 (contrat de prêt), ainsi que les différentes facultés de résiliation anticipée en droit du bail). Certains usages autorisent aussi la résiliation du contrat à durée déterminée (p. ex., en raison de la relation particulière de confiance qui unit l'avocat et son client, un usage existe en faveur de l'avocat, qui peut renoncer à la mission qui lui a été confiée par son client à la condition que sa décision ne soit pas prise à contretemps et que l'avocat se soit assuré que son client pourra se faire assister par un autre avocat) (voy. p. ex. F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomst*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 529).

La solution retenue à l'alinéa 4 est celle établie par la Cour de cassation (Cass., 7 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317, dans lequel la Cour casse la décision du juge d'appel ayant décidé que le congé (en l'espèce donné de manière irrégulière), est irrévocable, que le contrat soit à durée indéterminée ou à durée déterminée): la partie qui résilie peut d'ailleurs infirmer une résiliation irrégulière et non acceptée par l'autre partie contractante, à condition de ne pas exercer ce droit de manière abusive (voy. également F. VERMANDER, *op. cit.*, p. 529).

Article 5.77

Prorogation conventionnelle du contrat

Il a paru utile, à l'instar du droit français (voy. art. 1213 C. civ. fr.), de prévoir une disposition définissant la notion de prorogation et organisant ses effets. La prorogation du contrat résulte du report, décidé par les parties, de son terme initial. Si le terme initial du contrat est survenu, et que les parties n'ont pas décidé de le reporter, le contrat prend fin, sans préjudice de son renouvellement, soit de l'accord exprès des parties (ou par l'effet de la loi), soit par l'effet d'une "tacite reconduction".

Le contrat peut prévoir qu'il sera prorogé par la décision d'une partie ou d'un tiers (comp. art. 5.70: "Lorsque le contrat l'autorise, il peut être modifié ou résilié par une partie ou par un tiers": cette disposition s'applique également à la modification du terme initial du contrat).

het einde ervan. Het contract of de wet kunnen niettemin voorzien in een mogelijkheid tot voortijdige opzegging van een contract van bepaalde duur, en de voorwaarden bepalen (zie bv. art. 1794 BW (aanneming), artt. 2004 en 2007 (lastgeving), art. 1889 (lening), alsook de verschillende mogelijkheden inzake voortijdige opzegging in het huurrecht). Bepaalde gebruiken laten ook de opzegging van het contract van bepaalde duur toe (bv. vanwege de bijzondere vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt bestaat er een gebruik ten gunste van de advocaat, die kan afzien van de opdracht die hem was toevertrouwd door zijn cliënt, op voorwaarde dat zijn beslissing niet ontijdig genomen wordt en dat de advocaat zich ervan vergewist heeft dat zijn cliënt zich zal kunnen laten bijstaan door een andere advocaat) (zie. bv. F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 529).

De weerhouden oplossing in het vierde lid is deze vooropgesteld door het Hof van Cassatie (Cass., 7 juni 2012, *Pas.*, 2012, blz. 1317, waarin het Hof de beslissing van de rechter in hoger beroep vernietigt, waarin beslist werd dat de opzegging (in dit geval op onregelmatige wijze gegeven) onherroepelijk is, ongeacht het contract van bepaalde of onbepaalde duur is): de partij die opzegt kan overigens een onregelmatige opzegging die niet aanvaard is door de andere contractspartij ongedaan maken, mits dat recht niet op abusieve wijze wordt uitgeoefend (zie ook F. VERMANDER, *gecit.*, blz. 529).

Artikel 5.77

Conventionele verlenging van het contract

Het leek aangewezen om, naar analogie met het Franse recht (zie art. 1213 C. civ. fr.) te voorzien in een bepaling die het begrip verlenging definieert en de gevolgen ervan organiseert. De verlenging van het contract is het gevolg van een beslissing van de partijen om de initiële tijdsbepaling ervan uit te stellen. Indien de initiële tijdsbepaling van het contract verstreken is en de partijen beslist hebben om deze niet te verlengen, neemt het contract een einde, onverminderd de vernieuwing ervan, hetzij met uitdrukkelijk akkoord van de partijen (of van rechtswege) hetzij ten gevolge van een "stilzwijgende verlenging".

Het contract kan bepalen dat er verlenging zal zijn bij beslissing van een partij of van een derde (verg. art. 5.70: "Wanneer het contract het toelaat, kan het worden gewijzigd of opgezegd door een partij of door een derde": deze bepaling is ook van toepassing op de wijziging van de initiële tijdsbepaling van het contract).

Par l'effet de la prorogation, le contrat est maintenu dans toutes ses dispositions, un nouveau terme, plus éloigné que celui initialement fixé, venant se substituer à ce dernier. Le contrat reste soumis à la loi applicable au moment de sa formation. Sauf dispositions légales ou stipulations conventionnelles contraires, les garanties accessoires liés au contrat sont maintenues jusqu'à l'expiration du nouveau terme du contrat (voy. p. ex. art. 2039 C. civ. en matière de caution).

La prorogation visée dans le présent article est celle qui résulte de l'accord des parties. Le législateur emploie parfois le terme "prorogation" à des fins particulières, et en réglemente dans certains cas les effets (voy. p. ex. art. 3, § 1^{er}, al. 3, de la loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence principale). Le législateur peut également prescrire des modalités particulières applicables à la prorogation de certains contrats (p. ex. en matière de bail). La prorogation peut alors résulter de l'effet de la loi ou d'une décision judiciaire.

Article 5.78

Renouvellement du contrat

Cette disposition organise les effets du renouvellement du contrat, à l'instar du nouveau Code civil français (artt. 1213 à 1215).

À l'issue du terme initial, lorsque les parties n'ont pas décidé de reporter l'échéance de ce dernier, le contrat peut être renouvelé de l'accord exprès ou tacite des parties. Le renouvellement peut être exprès et résulter d'un accord conclu par les parties antérieurement ou postérieurement à l'expiration du terme initial. Le contrat peut, le cas échéant, modaliser les conditions auxquelles le renouvellement est soumis; il peut notamment prévoir qu'il sera renouvelé par la décision d'une partie ou d'un tiers, l'autre partie (ou les parties) marquant, dès la conclusion d'un contrat, son (leur) accord pour opérer son éventuel renouvellement.

Cette disposition s'applique sans préjudice de dispositions légales contraires. Le renouvellement de certains contrats particuliers est en effet organisé par la loi (p. ex. en matière de contrat de bail).

L'alinéa 2 vise le mécanisme de la "tacite reconduction". L'expression n'est pas heureuse (p. ex. A. BENABENT, "La prolongation du contrat", *Revue (française) du droit des contrats*, 2004, p. 124), et il est préférable d'y substituer l'expression "renouvellement tacite". Cette présomption

Ten gevolge van de verlenging wordt het contract in al zijn bepalingen gehandhaafd, waarbij een nieuwe tijdsbepaling, die zich verder in de tijd situeert dan de aanvankelijk vastgestelde tijdsbepaling, die laatste vervangt. Het contract blijft onderworpen aan het recht dat toepasselijk is op het tijdstip van de totstandkoming ervan. Behoudens andersluidende wetsbepalingen of contractuele bedingen, blijven de accessoire waarborgen die verband houden met het contract gehandhaafd totdat de nieuwe tijdsbepaling van het contract verstreken is (zie bv. art. 2039 BW inzake borgtocht.)

De verlenging die in dit artikel wordt beoogd, is deze die steunt op een akkoord van de partijen. De wetgever hanteert soms de term "verlenging" voor bijzondere doeleinden, en reglementeert de gevolgen ervan in bepaalde gevallen (zie bv. art. 3, § 1, lid 3, van de wet van 20 februari 1991 betreffende de huurovereenkomst van hoofdverblijfplaats). De wetgever kan ook bijzondere modaliteiten bepalen die van toepassing zijn op de verlenging van bepaalde contracten (bv. inzake huur). De verlenging kan dan volgen uit de wet of uit een rechterlijke beslissing.

Artikel 5.78

Vernieuwing van het contract

Deze bepaling organiseert de gevolgen van de vernieuwing van het contract, naar analogie met het nieuwe Franse Burgerlijk Wetboek (artt. 1213 tot 1215).

Na afloop van de initiële tijdsbepaling en wanneer de partijen niet beslist hebben om het contract te verlengen, kan het contract worden vernieuwd met uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van de partijen. De vernieuwing kan uitdrukkelijk zijn en steunen op een akkoord gesloten door de partijen vóór of na het verstrijken van de initiële tijdsbepaling. Het contract kan, in voorkomend geval, de voorwaarden voor de vernieuwing nader bepalen; het kan met name bepalen dat het zal worden vernieuwd bij beslissing van een partij of van een derde, waarbij de andere partij(en) al op het tijdstip van het sluiten van het contract, met een eventuele vernieuwing toestemmen.

Deze bepaling is van toepassing onverminderd andersluidende wetsbepalingen. De vernieuwing van bepaalde bijzondere contracten wordt inderdaad georganiseerd door de wet (bv. inzake huurovereenkomsten).

Het tweede lid doelt op het mechanisme van de "stilzwijgende verlenging". Het is een ongelukkig gekozen uitdrukking (bv. A. BENABENT, "La prolongation du contrat", *Revue (française) du droit des contrats*, 2004, p. 124), en het verdient de voorkeur om haar te vervangen

n'est pas irréfragable; ainsi, la continuation d'un contrat, assortie de réserves, pourrait faire échec à son renouvellement tacite.

L'alinéa 3 consacre la thèse défendue par la majorité de la doctrine (voy. p. ex. DE MAN, *De verbinteniserichtelijke tijdsbepaling*, coll. Recht en Onderneming, n° 44, Bruges, die Keure, 2013, p. 384 et réf. citées). La volonté contraire des parties peut être exprimée lors de l'accord de renouvellement, mais également dans le contrat initial. Elle peut également résulter de l'interprétation du contrat par le juge (voy. DE MAN, *op. cit.*, p. 384). La loi peut également prévoir d'autres modalités quant au contenu ou à la durée du contrat renouvelé (p. ex. en matière de bail, art. 1738 C. civ.) ou prévoir que la poursuite de l'exécution du contrat après l'expiration de son terme emporte d'autres conséquences (p. ex. art. X.2 CDE, à propos du contrat d'agence commerciale; art. 3, § 6, al. 5, de la loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence principale).

Quant aux effets du renouvellement, sans préjudice de dispositions légales ou conventionnelles contraires, celui-ci fait naître un nouveau contrat. Il s'ensuit, par exemple, que c'est au moment du renouvellement que s'appréciera la validité du contrat; de même, la durée des garanties accessoires ne sera pas, en principe, reportée pour la durée du nouveau contrat formé par l'effet du renouvellement.

Sous-section 3

L'effet translatif de certains contrats

Article 5.79

Effet translatif

La disposition se réfère à l'article 3.14, § 2, du Code civil en ce qui concerne l'exécution de l'obligation de donner. L'article mentionné conserve le principe du transfert de la propriété par le seul échange de consentements.

Article 5.80

Transfert des risques

Cette disposition reprend le principe énoncé à l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, en simplifiant la

door "stilzwijgende vernieuwing". Dit vermoeden is niet onweerlegbaar; zo kan de voortzetting van een contract, samen met een voorbehoud, de stilzwijgende vernieuwing ervan dwarsbomen.

Het derde lid verankert de meerderheidsstrekking in de rechtsleer (zie bv. DE MAN, *De verbinteniserichtelijke tijdsbepaling*, in: Recht en Onderneming, nr. 44, Brugge, die Keure, 2013, blz. 384 en aangehaalde ref.). De partijen kunnen hun tegengestelde wil uitdrukken bij het akkoord tot vernieuwing, maar ook in het initiële contract. Zij kan ook voortvloeien uit de interpretatie van het contract door de rechter (zie DE MAN, *gecit.*, blz. 384). De wet kan eveneens voorzien in andere modaliteiten betreffende de inhoud of de duur van het vernieuwde contract (bv. inzake huur, art. 1738 BW) of bepalen dat de voortzetting van de uitvoering van het contract na het verstrijken van de tijdsbepaling ervan andere gevolgen teweegbrengt (bv. art. X.2 WER, betreffende de handelsagentuurovereenkomst; art. 3, § 6, lid 5, van de wet van 20 februari 1991 betreffende de huurovereenkomst van hoofdverblijfplaats).

Wat de gevolgen van de vernieuwing betreft, onverminderd andersluidende wetsbepalingen of contractuele bedingen, doet zij een nieuw contract ontstaan. Daaruit volgt bijvoorbeeld dat de geldigheid van het contract moet beoordeeld worden op het tijdstip van de vernieuwing; ook zal de duur van de accessoire garanties in beginsel niet worden verlengd voor de duur van het nieuwe contract dat tot stand gekomen is ten gevolge van de vernieuwing.

Onderafdeling 3

Eigendomsoverdragend gevolg van bepaalde contracten

Artikel 5.79

Eigendomsoverdragend gevolg

De bepaling verwijst naar art. 3.14, § 2, van het Burgerlijk Wetboek voor de uitvoering van de verbintenis om iets te geven. Het vermelde artikel behoudt het beginsel van de eigendomsoverdracht door loutere consensus.

Artikel 5.80

Risico-overdracht

Deze bepaling herneemt het beginsel uit oud artikel 1138, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, in

formule utilisée. Il s'agit donc d'une confirmation du droit constant, avec une explicitation pédagogique à l'alinéa 2.

Il est également renvoyé aux dispositions de droit commun consacrées au cas de force majeure (voy. l'art. 5 226).

Article 5.81

Obligation de délivrance

Cette disposition confirme la règle, énoncée à l'ancien article 1137 du Code civil, en simplifiant la formule utilisée.

Section 5

L'inexécution de l'obligation contractuelle et ses conséquences

Sous-section 1^{re}

L'inexécution imputable au débiteur

§ 1^{er}. Dispositions introductives

Article 5.82

Définition d'imputabilité

Les conséquences qui s'attachent à l'inexécution de l'obligation diffèrent selon que cette inexécution est ou non imputable au débiteur. La question ne touchant pas uniquement les obligations contractuelles, il convient de se reporter à la définition que donne l'article 5 225 de l'imputabilité.

Article 5.83

Énumération des sanctions

À l'heure actuelle, aucun article du Code ne donne une vue d'ensemble des sanctions disponibles en cas d'inexécution imputable. Les textes sont dispersés dans le Code, à des endroits souvent insolites (par ex. artt. 1142 à 1144, 1147 à 1151, 1184, 1228). Cette approche éclatée des sanctions nuit à la lisibilité du Code (P. WÉRY, I, n° 439 et s.; S. STIJNS, 1, 2015, n°s 204 et s. et 237 et s.; P. WÉRY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle", in P. Wéry et

een vereenvoudigde formulering. Het betreft dus een bevestiging van het geldend recht, met een pedagogische uitleg in het tweede lid.

Er wordt tevens verwezen naar de bepalingen van gemeen recht gewijd aan overmacht (zie art. 5 226).

Artikel 5.81

Leveringsverbintenis

Deze bepaling bevestigt de regel, neergelegd in oud artikel 1137 van het Burgerlijk Wetboek, in een vereenvoudigde formulering.

Afdeling 5

Niet-nakoming van de contractuele verbintenis en gevolgen

Onderafdeling 1

Toerekenbare niet-nakoming van de schuldenaar

§ 1. Inleidende bepalingen

Article 5.82

Definitie van toerekenbaarheid

De gevolgen van de niet-nakoming van de verbintenis verschillen naargelang deze niet-nakoming al dan niet toerekenbaar is aan de schuldenaar. Omdat de vraag niet enkel de contractuele verbintenissen betreft, wordt verwezen naar de definitie van toerekenbaarheid in artikel 5 225.

Artikel 5.83

Opsomming van de sancties

Op vandaag geeft geen enkel artikel van het Wetboek een overzicht van de beschikbare sancties in geval van toerekenbare niet-nakoming. De teksten zijn verspreid over het Wetboek en zijn vaak terug te vinden op bevreemdende plaatsen (bijv. artt. 1142 tot 1144, 1147 tot 1151, 1184, 1228). Die versnipperde regeling van de sancties komt niet ten goede van de leesbaarheid van het Wetboek (P. WÉRY, I, nr. 439 e.v.; S. STIJNS, 1, 2015, nrs. 204 e.v. en 237 e.v.; P. WÉRY, "L'agencement

S. Stijns (éds), *Le juge et le contrat/De rol van de rechter in het contract*, La Charte Bruxelles, 2014, p. 429-469).

À l'image du Code civil français et des instruments d'harmonisation internationale (PICC; DCFR; etc.), la proposition rassemble en une sous-section les sanctions qui s'offrent au créancier. Certaines ne sont d'ailleurs que l'application du régime général de l'obligation. En ce cas, les textes se bornent à rappeler l'essentiel et renvoient pour le reste aux textes de ce régime général.

Le premier alinéa donne un aperçu général des sanctions applicables à l'inexécution imputable au débiteur, qui sont autant de droits pour le créancier. L'exercice de ces droits doit toutefois avoir lieu de bonne foi. Conformément à l'article 5.73, il est interdit au créancier d'abuser de ses droits.

Le deuxième alinéa énonce un principe de cohérence, suivant en cela l'exemple des instruments d'harmonisation internationale. Ainsi le droit à la résolution du contrat ne peut-il se cumuler avec une demande d'exécution en nature de l'obligation. Par contre, la résolution du contrat peut être accompagnée de dommages et intérêts complémentaires à celle-ci.

Le dernier alinéa rappelle une exigence qui s'impose à tout créancier et qui relève, dès lors, du régime général de l'obligation: la nécessité d'une mise en demeure. Il est utile de rappeler cette exigence, car c'est surtout à propos de l'inexécution des obligations contractuelles que ce préalable trouve à s'appliquer en pratique. On relèvera toutefois que, selon l'article 5.234, de la proposition, une fois en demeure, le débiteur conserve le droit d'offrir l'exécution de la prestation due pour autant que celle-ci présente encore une utilité pour le créancier.

Les sanctions prévues dans cette sous-section sont supplétives de volonté. Il est, partant, possible pour les parties d'aménager ou d'écarter une sanction de l'inexécution. Ainsi, les parties peuvent-elles prévoir des clauses excluant ou limitant le recours à certaines sanctions (en s'accordant, par exemple, sur une clause exonératoire de responsabilité, conformément à l'article 5.89).

des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle", in P. Wéry et S. Stijns (éds), *Le juge et le contrat/De rol van de rechter in het contract*, die Keure, Brussel, 2014, blz. 429 tot 469).

Naar analogie met het Frans Burgerlijk Wetboek en met de instrumenten voor internationale harmonisatie (PICC, DCFR, enz.) groepeerde het voorstel de sancties die voorhanden zijn voor de schuldeiser in één onderafdeling. Sommige ervan houden overigens louter de toepassing van het algemeen regime van de verbintenis in. In dat geval zijn de teksten beperkt tot een weergave van de kern en verwijzen zij voor het overige naar de teksten over dat algemeen regime.

Het eerste lid geeft een algemeen overzicht van de sancties die van toepassing zijn op de aan de schuldenaar toerekenbare niet-nakoming, en die evenzeer rechten voor de schuldeiser behelzen. De uitoefening van die rechten moet evenwel te goeder trouw gebeuren. Overeenkomstig artikel 5.73, mag de schuldeiser geen misbruik maken van zijn rechten.

Het tweede lid verwoordt een beginsel van coherentie, naar het voorbeeld van de instrumenten voor internationale harmonisering. Aldus mag het recht op de ontbinding van het contract niet gecumuleerd worden met een eis tot uitvoering in natura van de verbintenis. De ontbinding van het contract mag daarentegen wel gepaard gaan met een aanvullende schadevergoeding.

Het laatste lid verwijst naar een vereiste die voor elke schuldeiser geldt en die dan ook onder het algemeen regime van de verbintenis valt: de vereiste van een ingebrekestelling. Het is nuttig hieraan te herinneren, aangezien die voorwaarde in de praktijk vooral naar aanleiding van de niet-nakoming van de contractuele verbintenissen toepassing vindt. Men moet erop wijzen dat, volgens artikel 5.234 van het voorstel, de schuldenaar die in gebreke is gesteld het recht behoudt om de nakoming van de verschuldigde prestatie aan te bieden voor zover deze nog nut vertoont voor de schuldeiser.

De sancties omschreven in deze onderafdeling zijn aanvullend van aard. Het is derhalve mogelijk dat de partijen een sanctie wegens niet-nakoming aanpassen of weren. Aldus kunnen de partijen in bedingen voorzien die het beroep op bepaalde sancties uitsluiten of beperken (door bijvoorbeeld een bevrijdingsbeding overeen te komen, overeenkomstig artikel 5.89).

§ 2. L'exécution en nature

Article 5.84

Droit à l'exécution en nature

Comme toute obligation, une obligation contractuelle doit s'exécuter prioritairement en nature (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 1993, 421 p.; Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 80; Cass., 17 mars 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 297; Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538; Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 567; Cass., 30 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 405; Cass., 26 septembre 2003, *J.J.P.*, 2006, p. 323, note R. Marchetti). S'il n'abuse pas de son droit et que l'exécution en nature est possible, le créancier est donc en droit d'obtenir la condamnation de son débiteur à l'exécution en nature. Il est aussi en droit de recourir aux voies d'exécution, en cas d'inexécution de cette condamnation (exécution forcée en nature: saisies, expulsion *manu militari*, remplacement judiciaire, etc.).

Le régime de cette exécution en nature est développé dans la partie consacrée au régime général de l'obligation.

Article 5.85

Remplacement du débiteur

Le remplacement du débiteur défaillant à ses dépens permet au créancier d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation.

Le Code civil prévoit cette sanction en ses articles 1143 et 1144 à propos de l'inexécution des obligations contractuelles de faire et de ne pas faire. Ces textes ne sont toutefois que des applications particulières d'un principe plus général applicable à toute obligation non pécuniaire, quelle qu'en soit la source. Aussi cet article se borne-t-il à renvoyer au régime général de l'obligation.

L'alinéa 2 est propre aux obligations contractuelles non pécuniaires: les parties peuvent s'accorder sur une clause de remplacement du débiteur, appelée aussi clause d'exécution d'office (P. WÉRY, I, n° 690 et s.). Une telle clause est inconcevable pour les obligations d'origine légale.

L'alinéa 3 de la proposition rompt toutefois avec la logique du Code civil en ne soumettant plus le

§ 2. Uitvoering in natura

Artikel 5.84

Recht op uitvoering in natura

Zoals elke verbintenis moet een contractuele verbintenis in de allereerste plaats in natura worden uitgevoerd (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 1993, 421 blz.; Cass., 6 maart 1919, *Pas.*, 1919, I, blz. 80; Cass., 17 maart 1921, *Pas.*, 1921, I, blz. 297; Cass., 30 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, blz. 538; Cass., 5 januari 1968, *Pas.*, 1968, I, blz. 567; Cass., 30 januari 2003, *R.G.D.C.*, 2004, blz. 405; Cass., 26 september 2003, *J.J.P.*, 2006, blz. 323, noot R. Marchetti). Indien hij geen misbruik maakt van zijn recht, en de uitvoering in natura mogelijk is, is de schuldeiser dus gerechtigd om de veroordeling van zijn schuldenaar tot de uitvoering in natura te verkrijgen. Hij is ook gerechtigd om een beroep te doen op middelen van tenuitvoerlegging in geval die veroordeling niet zou nageleefd worden (gedwongen uitvoering in natura: inbeslagneming, uitzetting *manu militari*, gerechtelijke vervanging, enz.).

Het regime van die uitvoering in natura wordt uiteengezet in het gedeelte dat gewijd is aan het algemeen regime van de verbintenis.

Artikel 5.85

Vervanging van de schuldenaar

De vervanging van de tekortkomende schuldenaar, op zijn kosten, biedt de schuldeiser de mogelijkheid om de uitvoering in natura van de verbintenis te bekomen.

Het Burgerlijk Wetboek voorziet in die sanctie in de artikelen 1143 tot 1144 in het kader van de niet-nakoming van de contractuele verbintenissen om iets te doen of niet te doen. Deze teksten zijn evenwel slechts bijzondere toepassingen van een algemener beginsel dat geldt voor elke niet-geldelijke verbintenis, ongeacht de bron ervan. Dit artikel is derhalve beperkt tot een verwijzing naar het algemeen regime van de verbintenis.

Het tweede lid is eigen aan de niet-geldelijke contractuele verbintenissen: de partijen kunnen een beding afspreken tot vervanging van de schuldenaar, het zogeheten beding van ambtshalve uitvoering (P. WÉRY, I, nr. 690 e.v.). Een dergelijk beding is ondenkbaar voor de verbintenissen van wettelijke oorsprong.

In het derde lid breekt het voorstel met de logica van het Burgerlijk Wetboek doordat de vervanging niet

remplacement à une autorisation judiciaire préalable. Il autorise le remplacement extrajudiciaire par notification du créancier. Ce remplacement unilatéral peut, au contraire, de la résolution par voie de notification (voy. art. 5.93) être décidé pour remédier à toute inexécution imputable, quelle qu'en soit la gravité. Aussi, doit-il être subordonné à l'urgence de la situation ou à d'autres circonstances exceptionnelles. Le projet consacre en cela la jurisprudence et la doctrine modernes (P. WÉRY, I, n° 800 et s.; S. De Rey, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 555 et s.; Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2020/10). En réponse aux observations du Conseil d'État il n'a pas été jugé nécessaire d'adapter le texte à l'ensemble des suggestions grammaticales formulées, le texte étant suffisamment clair.

§ 3. Le droit à la réparation du dommage

Article 5.86

Réparation intégrale du dommage

Cet article constitue une application particulière d'un principe général commun à l'inexécution de toute obligation, quelle qu'en soit la source: le créancier doit pouvoir obtenir la réparation intégrale de son préjudice (B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding bij contractuele wanprestatie in Europees perspectief*, 2017, 1147p.; voy. *infra* régime général de l'obligation). Ce principe n'est toutefois pas absolu. Lorsque la loi ne s'y oppose pas, les parties peuvent exclure, en tout ou en partie, la responsabilité du débiteur (à ce propos, voy. le régime des clauses exonératoires de responsabilité à l'article 5.89). Par ailleurs, le créancier ne peut obtenir la réparation intégrale de son préjudice, en présence d'un partage des responsabilités; une telle hypothèse se rencontre notamment, lorsque le créancier n'a pas pris toutes les mesures raisonnables afin de limiter son dommage (voy. *infra* art. 5 238).

Les textes actuels du Code civil ne prévoient la réparation du dommage contractuel que sous la forme du paiement de dommages et intérêts. Selon la doctrine moderne, une place doit être réservée à la réparation non pécuniaire du dommage contractuel (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 1993; P. WÉRY, I, n° 593 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1651 et s.; S. STIJNS, 1, n° 243; S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019). Il n'y a, en effet, aucune bonne raison d'exclure un tel mode de réparation en matière contractuelle (Cass. 3 octobre 2019, RGDC/TBBR, 2020, p. 84, note

langer aan een voorafgaande rechterlijke machtiging wordt onderworpen. Het laat de vervanging toe op kennisgeving van de schuldeiser. Tot die eenzijdige vervanging kan, in tegenstelling tot de ontbinding bij kennisgeving (zie art. 5.93), worden overgegaan om aan eender welke toerekenbare niet-nakoming te verhelpen, ongeacht de ernst ervan. Daarom is de eenzijdige vervanging onderworpen aan de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden zoals een spoedeisende situatie of andere uitzonderlijke omstandigheden. Het voorstel verankert hier de hedendaagse rechtspraak en rechtsleer (P. WÉRY, I, nr. 800 e.v.; S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 555 e.v.; Cass., 18 juni 2020, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2020/10). In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt het niet nodig geacht om de tekst aan te passen aan het geheel van de grammaticale opmerkingen die werden geformuleerd, aangezien de tekst voldoende duidelijk is.

§ 3. Recht op herstel van de schade

Article 5.86

Integraal herstel van de schade

Dit artikel behelst een bijzondere toepassing van een algemeen beginsel dat gemeenschappelijk is voor de niet-nakoming van elke verbintenis, ongeacht haar bron: de schuldeiser moet het integrale herstel van zijn schade kunnen verkrijgen (B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding bij contractuele wanprestatie in Europees perspectief*, 2017, 1147 blz.; zie *infra* algemeen regime van de verbintenis). Dat beginsel is evenwel niet absoluut. Tenzij dit wet het verbiedt, kunnen de partijen de aansprakelijkheid van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk uitsluiten (zie, in dat verband, de regeling inzake bevrijdingsbedingen in art. 5.89). Voorts kan de schuldeiser het integrale herstel van zijn schade niet verkrijgen bij een verdeling van de aansprakelijkheid; een dergelijke hypothese doet zich namelijk voor wanneer de schuldeiser niet alle redelijke maatregelen heeft getroffen om zijn schade te beperken (zie *infra* art. 5 238).

De huidige teksten van het Burgerlijk Wetboek voorzien in het herstel van de contractuele schade, maar dan enkel in de vorm van de betaling van een schadevergoeding. Volgens de hedendaagse rechtsleer moet een plaats worden voorbehouden voor het niet-geldelijke herstel van de contractuele schade (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, 1993; P. WÉRY, I, nr. 593 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, II, p.1651 e.v.; S. STIJNS, 1, nr. 243; S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019). Er is immers geen enkele goede reden om een dergelijke wijze van herstel in contractuele aangelegenheden uit te sluiten (Cass.

S. DE REY). Cette réparation non pécuniaire est d'ailleurs admise, depuis longtemps pour la responsabilité extracontractuelle

Aussi cet article reconnaît-il l'existence, à côté des dommages et intérêts, de la réparation en nature du dommage contractuel. Cette réparation en nature doit être distinguée de l'exécution en nature de l'obligation contractuelle. Alors que l'exécution en nature procure au créancier ce qui a été convenu, la réparation en nature a pour objet la réparation d'un dommage et constitue un équivalent non pécuniaire de ce qui avait été convenu. Comme toute obligation civile, l'obligation de réparer le dommage doit s'exécuter prioritairement en nature. Ce principe cède toutefois en présence d'une impossibilité ou d'un abus de droit.

Si le débiteur condamné à la réparation en nature ne s'exécute pas, le créancier pourra, le cas échéant, recourir au remplacement tel que prévu à l'article 5 235 (Voy. aussi en ce sens l'article 1261, al. 3, de l'avant-projet français de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017) (S. DE REY en B. TILLEMANN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel (*Selbstvornahme*)" in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 217 et s.; S. De Rey, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure, 2019, p. 586 et s.). Aux conditions fixées à l'article 5.85, le créancier peut aussi procéder à un remplacement extrajudiciaire.

Article 5.87

Réparation du dommage prévisible

La jurisprudence actuelle s'en tient, pour l'application de l'article 1150 du Code civil, à la prévisibilité du principe du dommage. Elle n'exige pas que l'étendue du dommage soit prévisible (Cass., 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79, note L. Cornelis; Cass., 23 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 212; Cass., 4 février 2010, *R.D.C.*, 2010, p. 498). Cette interprétation rapproche fortement la réparation du dommage contractuel de celle qui relève de la responsabilité extracontractuelle.

Toutefois, le débiteur doit réparer tout le dommage, en ce compris celui qui est imprévisible, lorsque l'inexécution résulte d'une faute intentionnelle. La proposition renonce à employer le terme de "dol" pour éviter la confusion avec le dol constitutif d'un vice de consentement.

3 oktober 2019, *RGDC/TBBR*, 2020, blz. 84, noot S. DE REY). Dit niet-geldelijk herstel is trouwens al lang aanvaard bij de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Derhalve erkent dit artikel het bestaan van het herstel in natura van de contractuele schade, naast de schadevergoeding. Dit herstel in natura moet onderscheiden worden van de uitvoering in natura van de contractuele verbintenis. Terwijl de uitvoering in natura de schuldeiser verschaft wat werd overeengekomen, heeft het herstel in natura het herstel van schade tot voorwerp en vormt het een niet-geldelijk equivalent van hetgeen is overeengekomen. 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.

Indien de schuldenaar die veroordeeld is tot herstel in natura die verplichting niet nakomt, kan de schuldeiser, in voorkomend geval, zijn toevlucht nemen tot de vervanging zoals geregeld in art. 5 235 (zie ook in die zin art. 1261, derde lid van het Franse avant projet de réforme de la responsabilité civile van 13 maart 2017) (S. DE REY en B. TILLEMANN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel (*Selbstvornahme*)" in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 217 e.v.; S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 586 e.v.). De schuldenaar kan ook overgaan tot de buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar indien voldaan is aan de voorwaarden van artikel 5.85.

Artikel 5.87

Herstel van de voorzienbare schade

De huidige rechtspraak houdt zich, voor de toepassing van artikel 1150 van het Burgerlijk Wetboek, aan de voorzienbaarheid van "het beginsel" (of van het ontstaan) van schade. Zij vereist niet dat de omvang ervan voorzienbaar is (Cass., 11 april 1986, *R.C.J.B.*, 1990, blz. 79, noot L. Cornelis; Cass., 23 oktober 1987, *Pas.*, 1988, I, blz. 212; Cass., 4 februari 2010, *R.D.C.*, 2010, blz. 498). Deze interpretatie brengt het herstel van de contractuele schade en het herstel bij buitencontractuele aansprakelijkheid in sterke mate tot elkaar.

De schuldenaar moet evenwel alle schade herstellen, met inbegrip van hetgeen onvoorzienbaar is, wanneer de niet-nakoming uit een opzettelijke fout voortvloeit. In het voorstel wordt het gebruik van het begrip "bedrog" vermeden om verwarring te vermijden met het wilsgebrek bedrog.

Article 5.88

Clause indemnitaire

Cette disposition clarifie, par son premier paragraphe, l'actuel article 1226 du Code civil et le complète (notamment à la lumière de l'art. 7.4.13, al.1^{er}, PICC et de l'art. 1231-5, al. 1^{er}, C.civ.fr).

Par une clause indemnitaire, les parties peuvent fixer à l'avance – et donc de manière forfaitaire – une indemnisation dont le débiteur sera redevable à son créancier en cas d'inexécution imputable d'une obligation. L'inexécution peut consister en l'absence d'exécution ainsi qu'en un retard d'exécution. Les clauses indemnitaires peuvent viser à indemniser toutes sortes de dommages, tant directs qu'indirects. Les dommages moraux, matériels et financiers peuvent également être visés par une clause indemnitaire.

La clause indemnitaire n'a en outre pas nécessairement trait au paiement d'une somme d'argent, mais peut également imposer l'accomplissement d'une autre prestation (par exemple, la remise d'une chose) (P. VAN OMMESELAGHE, II/2, 2010, 1670; P. WÉRY, I, 687, n° 696. Voy. également § 342 BGB).

Le point de départ reste, comme dans le droit actuel, l'intangibilité de la clause indemnitaire (voy. l'ancien art. 1152 C. civ., avant la modification de loi de 1998). Cela signifie que quelle que soit l'ampleur du dommage qu'il a réellement subi, le créancier ne peut pas en principe réclamer une compensation plus élevée, ni plus basse. Cela implique en outre qu'une clause indemnitaire est indivisible, sauf disposition légale contraire ou volontés contraires des parties.

La règle de l'intangibilité connaît toutefois des exceptions qui peuvent autoriser tant une réduction qu'une augmentation (pour le droit commun relatif à la modération, voir ci-après §§ 2 à 5; pour la législation particulière autorisant une augmentation, voir l'art. 7, al. 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales).

Les clauses indemnitaires ont démontré leur utilité puisque le créancier ne doit prouver ni l'existence, ni l'ampleur de son dommage et que les deux parties savent à l'avance ce à quoi elles ont droit ou sont tenues en cas de manquement. Les règles qui régissent le choix des sanctions, l'obligation de mise en demeure préalable et le cumul de sanctions (voir l'art. 5.83) s'appliquent également à la clause indemnitaire et remplacent les actuels articles 1229 et 1230 du Code civil. Le créancier peut donc choisir d'exiger l'exécution de l'obligation en nature plutôt que de se prévaloir de la clause indemnitaire

Artikel 5.88

Schadebeding

Deze bepaling verduidelijkt, in de eerste paragraaf, het huidige artikel 1226 van het Burgerlijk Wetboek en vult het aan (onder meer in het licht van art. 7.4.13, lid 1 PICC en art. 1231-5, lid 1, C.civ.fr).

Met een schadebeding kunnen partijen op voorhand – en dus op forfaitaire wijze – een vergoeding vastleggen die de schuldenaar in geval van toerekenbare niet-nakoming van een verbintenis verschuldigd zal zijn aan zijn schuldeiser. De niet-nakoming kan bestaan in het uitblijven van nakoming alsook in de vertraging in de uitvoering. Schadebedingen kunnen alle soorten schade, zowel de directe als de indirecte schade, beogen te vergoeden. Ook de morele, de materiële en de financiële schade kunnen door een schadebeding geviséerd zijn.

Het schadebeding heeft daarenboven niet noodzakelijk betrekking op de betaling van een geldsom, maar kan ook het volbrengen van een andere prestatie opleggen (bv. de afgifte van een voorwerp) (P. VAN OMMESELAGHE, II/2, 2010, 1670; P. WÉRY, I, 687, nr. 696. Zie ook § 342 BGB).

Het uitgangspunt blijft, zoals onder het huidige recht, de onveranderlijkheid van het schadebeding (zie oud art. 1152 BW, voorafgaand aan wetswijziging van 1998). Dit betekent dat de schuldeiser, ongeacht de omvang van zijn werkelijk geleden schade, in de regel geen hogere, noch kleinere vergoeding kan eisen. Dit houdt ook in dat een schadebeding ondeelbaar is, behoudens andersluidende wettelijke of contractuele bepaling.

Op de regel van onveranderlijkheid bestaan evenwel uitzonderingen die zowel een matiging als een verhoging kunnen toelaten (zie voor het gemeen recht inzake matiging, hierna §§ 2 tot 5; zie voor bijzondere wetgeving die een verhoging toelaat: art. 7, lid 1, van de Wet van 2 augustus 2002 inzake de bestrijding van de betalingsachterstand in handelstransacties).

Schadebedingen hebben hun nut bewezen vermits de schuldeiser noch het bestaan, noch de omvang van zijn schade moet bewijzen en beide partijen vooraf weten tot wat ze gerechtigd resp. gehouden zijn in geval van wanprestatie. De regels die de keuze tussen de sancties, de plicht tot voorafgaande ingebrekestelling en de cumul van sancties regelen (zie art. 5.83) gelden ook voor het schadebeding en vervangen de huidige artikelen 1229 en 1230 van het Burgerlijk Wetboek. De schuldeiser kan dus verkiezen om de nakoming in natura van de verbintenis te eisen in plaats van het bedongen schadebeding uit te

stipulée (actuel article 1228 du Code civil). Les actuels articles 1232 et 1233 du Code civil sont réglés aux articles 5 161 et 5 167.

La nouvelle disposition confirme le principe selon lequel une clause indemnitaire a un caractère compensatoire conformément à ce que le législateur avait déjà prévu par la loi du 23 novembre 1998 dans l'article 1226 du Code civil. Dans la pratique, toutefois, les clauses indemnitaires présentent souvent un caractère mixte parce que leur principal objet est la réparation du dommage, mais qu'elles ont inévitablement aussi un effet dissuasif à l'égard d'un débiteur qui n'exécuterait éventuellement pas la prestation. Le contrôle judiciaire des clauses indemnitaires manifestement excessives ou purement punitives est réglé aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

La disposition proposée au deuxième paragraphe confirme le pouvoir de modération du juge en cas de clauses indemnitaires manifestement excessives, mais elle remplace le critère traditionnel d'évaluation du "dommage potentiel prévisible" par le critère du caractère "manifestement déraisonnable". L'affinement réside surtout dans le fait que le juge doit désormais prendre en considération le dommage (réel et potentiel), ainsi que toutes les autres circonstances, en particulier les intérêts légitimes du créancier.

Cette disposition s'inspire de nombreuses formulations, qui connaissent plusieurs variantes (1^{re} variante: art. 7.4.13, al. 2 PICC (manifestement excessive); § 343 BGB (*unverhältnismäßig hoch*); art. 3 712 DCFR (*grossly excessive*); art. 1384 C.C.It (*manifestamente eccessivo*); art. 163 (3) OR-DO (CH); art. 1231-5, al. 2, C.civ.fr ("manifestement excessive ou dérisoire"); POTHIER, *Traité des obligations*, n° 346: "lorsqu'elle est excessive [la peine] [peut] être réduite et modérée par le juge"; 2^e variante: art. 6: 94, al. 1^{er} NBW; art. 7, al. 2 et 3, de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (manifestement abusive); 3^e variante: conclusion AG Kokott concernant C-415/11 (Aziz), n° 87).

Cet affinement est dicté par plusieurs motifs. Le droit constant actuellement en vigueur (art. 1231, § 1^{er}, C. civ.) confère au juge un pouvoir de modération si le montant fixé par la clause indemnitaire excède manifestement le dommage potentiel que les parties ont pu évaluer au moment de la conclusion du contrat. Cela oblige le juge à se placer à l'époque de la conclusion du contrat, alors que les contestations sur les clauses indemnitaires surviennent surtout pendant sa phase d'exécution. Le juge devait donc *a posteriori* se reporter au moment de la conclusion du contrat et évaluer quel dommage raisonnablement prévisible les contractants pouvaient

exercer (actuel art. 1228 BW). De huidige artikelen 1232 en 1233 van het Burgerlijk Wetboek worden geregeld onder de artikelen 5 161 en 5 167.

De nieuwe bepaling bevestigt het beginsel dat een schadebeding een vergoedend karakter heeft, zoals dit reeds door de wetgever bij wet van 23 november 1998 werd vooropgesteld in artikel 1226 van het Burgerlijk Wetboek. In de praktijk hebben schadebedingen echter vaak een gemengd karakter omdat hun hoofddoel het herstel van de schade is, maar zij onvermijdelijk ook een afraadend effect hebben jegens een schuldenaar die mogelijk niet zou presteren. De rechterlijke controle over kennelijk overdreven of zuiver punitieve schadebedingen, wordt geregeld in de paragrafen 2 en 3 van dit artikel.

De in paragraaf 2 voorgestelde bepaling bevestigt de matigingsbevoegdheid van de rechter bij kennelijk overdreven schadebedingen, maar vervangt het traditionele toetsingscriterium van de "potentieel voorzienbare schade" door het criterium van de "kennelijke onredelijkheid". De verfijning bestaat er vooral in dat de rechter voortaan de (werkelijke en de potentiële) schade in aanmerking moet nemen, evenals alle andere omstandigheden, in het bijzonder de rechtmatige belangen van de schuldeiser.

Deze bepaling inspireert zich van talrijke formuleringen, die in meerdere varianten bestaan (1^e variant: art. 7.4.13, lid 2 PICC (*manifestement excessive*); § 343 BGB (*unverhältnismäßig hoch*); art. 3 712 DCFR (*grossly excessive*); art. 1384 C.C.It (*manifestamente eccessivo*); art. 163 (3) OR-DO (CH); art. 1231-5, lid 2, C.civ.fr ("manifestement excessive ou dérisoire"); POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 346: "lorsqu'elle est excessive [la peine] [peut] être réduite et modérée par le juge"; 2^e variant: art. 6: 94, lid 1 NBW; art. 7, lid 2 en 3, Wet van 2 augustus 2002 inzake betalingsachterstand (kennelijk onbillijk); 3^e variant: conclusie AG Kokott bij C-415/11 (Aziz), nr. 87).

Deze verfijning is door verschillende motieven ingegeven. Het actueel geldend recht (art. 1231, § 1, BW) kent de rechter een matigingsbevoegdheid toe indien het schadebeding kennelijk het bedrag te boven gaat in vergelijking tot de potentiële schade die partijen konden vaststellen ten tijde van de contractsluiting. Dit verplicht de rechter zich te plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting, terwijl betwistingen over schadebedingen vooral opduiken in de uitvoeringsfase. De rechter moest zich dus *a posteriori* terugplaatsen ten tijde van de contractsluiting en inschatten welke redelijk voorzienbare schade de contractanten toen forfaitair

estimer de manière forfaitaire à l'époque. Or, d'une part, non seulement cette évaluation s'est avérée difficile et complexe dans la pratique, mais il existe également des situations où le dommage potentiel (et même le dommage réel) ne peut presque pas être évalué, comme en cas de non-respect de clauses de non-concurrence ou de clauses de confidentialité. Le fait pour le juge de pouvoir tenir compte d'autres circonstances que le dommage, telles que les intérêts légitimes du créancier, offre une solution à ce problème.

D'autre part, on note que la jurisprudence tient compte de plus en plus souvent du dommage réellement subi et des autres circonstances concrètes dans lesquelles le créancier invoque la clause indemnitaire (par ex., la position du débiteur, la nature du contrat, la situation du marché). Cette pratique témoigne plutôt d'un contrôle *a posteriori*, comme dans le cas de l'abus de droit, où le juge doit tenir compte, dans l'appréciation de l'exercice abusif d'une clause, de toutes les circonstances concrètes dans la phase d'exécution du contrat. Dans les systèmes juridiques des pays qui nous entourent, il est d'ailleurs souvent fait référence au contrôle en équité (voy. plus haut dans le présent commentaire, deuxième paragraphe; voy. aussi: C.J., C-367/15, considérant 31: "*Il ne peut, certes, être exclu que, dans des cas exceptionnels, le remboursement d'un préjudice calculé sur le fondement du double de la redevance hypothétique dépasse si clairement et considérablement le préjudice réellement subi de telle sorte qu'une demande en ce sens pourrait constituer un abus de droit, interdit par l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48*").

Enfin, on constate également dans certaines législations particulières plus récentes une évolution de ce genre, tendant vers une appréciation *in concreto* du caractère raisonnable et équitable d'une clause indemnitaire au moment où elle est exercée (voy. art. VII.199, al. 2, CDE en ce qui concerne les clauses pénales dans le cadre du crédit à la consommation (et Cass., 5 mars 2004, AR C.03 0281); art. 7 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales) (concernant ces problèmes et évolutions, voir: S. JANSSEN et F. AUVRAY, "Een onmogelijke zoektocht naar het ideale controlemechanisme bij strafbedingen", in C. Delforge, S. Stijns et P. Wéry (éds.), *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming – Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Bruges, die Keure, 2017, 101-142).

Le pouvoir de modération du juge continue, comme en application de l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, à être encadré par la prudence résultant de ce que le contrôle du juge reste marginal: le caractère déraisonnable de la clause indemnitaire doit être manifeste.

konden ramen. Welnu, enerzijds is deze toetsing in de praktijk niet alleen moeilijk en complex gebleken, maar er zijn ook situaties waarin de potentiële (en zelfs de werkelijke) schade haast niet te begroten zijn, zoals bij de niet-nakoming van niet-concurrentiebedingen of van confidentialiteitsbedingen. Rekening mogen houden met andere omstandigheden dan de schade, zoals met de rechtmatige belangen van de schuldeiser, biedt de rechter een oplossing.

Anderzijds ziet men dat de rechtspraak alsmaar vaker rekening houdt met de werkelijk geleden schade en de andere concrete omstandigheden waarin de schuldeiser zich beroept op het schadebeding (zo bijv. met de positie van de schuldenaar, de aard van het contract, de marktsituatie). Dit is veeleer kenmerkend voor een controle *a posteriori*, zoals bij rechtsmisbruik waar de rechter bij het beoordelen van een abusieve uitoefening van een beding rekening moet houden met alle concrete omstandigheden in de uitvoeringsfase van het contract. In de ons omringende rechtssystemen wordt trouwens vaak naar de billijkheidstoets verwezen (zie hoger in deze toelichting, tweede paragraaf; zie ook H.v.J. C-367/15, overweging 31: "*Il ne peut, certes, être exclu que, dans des cas exceptionnels, le remboursement d'un préjudice calculé sur le fondement du double de la redevance hypothétique dépasse si clairement et considérablement le préjudice réellement subi de telle sorte qu'une demande en ce sens pourrait constituer un abus de droit, interdit par l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48*").

Ten slotte ziet men ook in recentere bijzondere wetgeving een dergelijke evolutie naar een beoordeling *in concreto* van de redelijkheid en de billijkheid van een schadebeding op het ogenblik van de uitoefening ervan (zie art. VII.199, lid 2 WER inzake schadebedingen in het consumentenkrediet (en Cass. 5 maart 2004, AR C.03 0281); art. 7 van de Wet van 2 augustus 2002 inzake de bestrijding van de betalingsachterstand in handelstransacties) (over deze knelpunten en evoluties, zie: S. JANSSEN en F. AUVRAY, "Een onmogelijke zoektocht naar het ideale controlemechanisme bij strafbedingen", in C. Delforge, S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming – Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise*, Brugge, die Keure, 2017, 101-142).

De matigingsbevoegdheid van de rechter blijft, zoals onder artikel 1231, § 1, van het Burgerlijk Wetboek, onderworpen aan omzichtigheid, geboden door de marginale toetsing: het onredelijk karakter van het schadebeding moet manifest zijn.

Ce contrôle du caractère raisonnable contraint le juge à tenir compte dans son appréciation de toutes les circonstances concrètes. Tant le dommage réellement subi par le créancier que le dommage potentiel en font partie. Le juge ne doit pas perdre de vue que le dommage réel peut comprendre divers postes de dommage. Il peut concerner tant un dommage direct qu'indirect et tant un dommage moral ou matériel que financier (ceci explique pourquoi exiger, par une clause indemnitaire, par ex. le double d'une redevance ou d'un prix d'entrée peut, selon les circonstances, correspondre au dommage réellement subi par le créancier en cas de non-paiement de la redevance simple ou du prix d'entrée simple. Ce créancier expose également des frais pour, par ex., la traçabilité et la preuve de l'inexécution et il a droit à des intérêts moratoires, etc. (voir en ce sens, concernant la méconnaissance de droits de propriété intellectuelle, C. J., C-367/15, considérant 30). Comparez avec la situation de non-paiement d'un parking en droit anglais (*ParkingEye Ltd v Beavis*, 2015 UKSC 67) et l'analyse de E. DIRIX, "Actualiteit: Zwartrijders en het verbintenissenrecht", *R.W.*, 2015-16, 1482).

Les circonstances concrètes comprennent également les intérêts légitimes du créancier, comme l'intérêt d'éviter d'autres inexécutions. Dans des situations où il est difficile de prouver et/ou de chiffrer le dommage, les intérêts légitimes du créancier sont un moyen pour apprécier le caractère raisonnable de la clause indemnitaire. Le juge peut également prendre en considération la nature du contrat, la gravité de l'inexécution et la position du débiteur (par ex., la nature de son manquement, la répétition du manquement et le caractère intentionnel ou non de l'acte).

La réduction par le juge s'opère jusqu'à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable (voy. également l'art. 7.4.13 PICC: l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable). La disposition de l'article 1231, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil qui prend le dommage réel comme limite inférieure de la modération, n'est donc plus pertinente.

Le pouvoir de modération du juge s'applique généralement à toutes sortes de clauses indemnitaires, même lorsqu'elles ont (en tout ou en partie) un caractère punitif. Comme il est difficile de définir dans la pratique la qualification de "punitif", la règle est la réduction à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable (et non la nullité de la clause). Ces dispositions de droit commun ne portent pas atteinte aux règles légales particulières dérogatoires (comme l'art. VI.83, 24° et 17° CDE).

Dans le troisième paragraphe, les règles existantes concernant une clause d'intérêts moratoires pour paiement

Deze toetsing aan de redelijkheid verplicht de rechter om bij zijn beoordeling rekening te houden met alle concrete omstandigheden. Hieronder vallen zowel de werkelijke door de schuldeiser geleden schade als de potentiële schade. De rechter moet voor ogen houden dat de werkelijke schade uit diverse schadeposten kan bestaan. Zij kan zowel directe als indirecte schade en zowel morele, materiële als financiële schade betreffen (dit verklaart waarom het aanrekenen, via een schadebeding, van bijv. het dubbele van een retributie of toegangsprijs, onder omstandigheden kan overeenstemmen met de werkelijke schade die de schuldeiser lijdt bij niet-betaling van de enkelvoudige retributie of toegangsprijs. De schuldeiser stelt ook kosten bloot voor bijv. het traceren en het bewijzen van de niet-nakoming en hij is gerechtigd op verdragingsinteressen, enz. (in die zin bij miskenning van intellectuele eigendomsrechten, H.v.J. C-367/15, overweging 30). Vergelijk met de situatie van niet-betaling van een parking naar Engels recht (*ParkingEye Ltd v Beavis*, 2015 UKSC 67) en de analyse van E. DIRIX, "Actualiteit: Zwartrijders en het verbintenissenrecht", *R.W.*, 2015-16, 1482).

Onder de concrete omstandigheden horen ook de rechtmatige belangen van de schuldeiser, zoals het belang om verdere niet-nakomingen te vermijden. In situaties waarin het moeilijk is om de schade te bewijzen en/of te becijferen, zijn de rechtmatige belangen van de schuldeiser een hulpmiddel om de redelijkheid van het schadebeding te beoordelen. De rechter kan ook rekening houden met de aard van het contract, met de ernst van de niet-nakoming en de positie van de schuldenaar (zoals bijv. de aard van zijn wanprestatie, de herhaling ervan en het al dan niet intentioneel handelen).

De matiging door de rechter gebeurt tot een redelijk bedrag of een redelijke prestatie (zie ook art. 7.4.13 PICC: l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable). De bepaling van art. 1231, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek dat de werkelijke schade tot ondergrens van de matiging neemt, is hier dus niet meer relevant.

De matigingsbevoegdheid van de rechter vindt algemeen toepassing op alle soorten schadebedingen, ook wanneer zij (gedeeltelijk of volledig) een punitief karakter hebben. Om reden dat de kwalificatie "punitief" in de praktijk moeilijk af te bakenen is, geldt de regel van de matiging tot een redelijk bedrag of een redelijke prestatie (en niet de volledige nietigheid van het beding). Deze gemeenrechtelijke bepaling doen geen afbreuk aan afwijkende, bijzondere wettelijke regels (zoals aan art. VI.83, 24° en 17° WER).

In de derde paragraaf worden de bestaande regels voor een beding omtrent moratoire interesten bij laattijdige

tardif d'une somme d'argent (art. 1153, al. 5, C. civ.) sont harmonisées avec le paragraphe précédent étant donné qu'il s'agit ici aussi d'une clause indemnitaire.

En cas de réduction par le juge, l'intérêt légal sera la limite inférieure parce que l'intérêt légal peut être considéré comme étant l'intérêt raisonnable le plus bas. Si la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales est d'application, le taux d'intérêt légal spécial prévu par cette loi sera la limite inférieure.

La nouvelle disposition ne porte pas atteinte aux règles spécifiques prévue pour des contrats spéciaux, comme l'article 1907 du Code civil.

Afin d'accroître la sécurité juridique et de rencontrer les observations reçues pendant la consultation publique, le paragraphe 4 permet au Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, de fixer un maximum autorisé pour les clauses indemnitaires et les clauses d'intérêt de retard. En ce cas, le pouvoir d'appréciation du juge prévu aux paragraphes 2 et 3 est exclu. Les clauses contraires sont réputées non écrites dans la mesure où elles dépassent le maximum autorisé.

La possibilité prévue au paragraphe 4 est limitée aux cas où la clause indemnitaire ou l'intérêt de retard présentent un caractère standardisé, étant fixés dans des conditions générales incluses dans un contrat d'adhésion et se rapportant à une obligation de somme. Une telle possibilité n'est en revanche pas adéquate lorsque la clause indemnitaire ou l'intérêt de retard ont fait l'objet d'une négociation individuelle entre les parties ou ne se rapportent pas à une obligation de somme. Il n'est en effet pas possible d'établir par voie de dispositions générales un régime approprié pour l'ensemble des circonstances particulières qui peuvent se présenter dans la pratique.

Le cinquième paragraphe reformule une règle de l'actuel Code civil (art. 1231, § 2, C. civ. Voir également l'art. 1231-5, al. 3, C.civ.fr.) et constitue l'application d'une jurisprudence constante (Voir: Cass. 10 avril 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 428, *Pas.*, 1997, 445. Voy. A. VAN OEVELEN, "Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis", *R.W.*, 1998-99, 1247; P. WÉRY, "L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation" (note sous Cass. 10 avril 1997), *R.C.J.B.*, 1998, 619; P. VAN OMMESLAGHE, II/2, 2010, 1680; P. WÉRY, I, 708-710, n° 720-721).

betaling van een geldsom (art. 1153, lid 5, BW), in overeenstemming gebracht met de voorgaande paragraaf aangezien het ook hier om een schadebeding gaat.

Bij matiging door de rechter is de ondergrens de wettelijke interest omdat deze kan geacht worden de laagst mogelijke redelijke interest te zijn. Is de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties van toepassing, dan geldt de wettelijke bijzondere interestvoet uit die wet als ondergrens.

De nieuwe bepaling doet geen afbreuk aan specifieke regels voor bijzondere contracten, zoals aan artikel 1907 van het Burgerlijk Wetboek.

Om de rechtszekerheid te verhogen en tegemoet te komen aan de opmerkingen van de publieke consultatie, laat de vierde paragraaf de Koning toe, bij in Ministerraad overlegd besluit, een maximum vast te leggen voor de schadebedingen en bedingen omtrent de moratoire interest. De beoordelingsmarge van de rechter bedoeld in paragrafen 2 en 3 is daarbij uitgesloten. Afwijkende bedingen worden voor niet-geschreven gehouden in de mate dat zij het toegelaten maximum overschrijden.

De mogelijkheid geregeld in de vierde paragraaf is beperkt tot gevallen waarin het schadebeding of de moratoire interest een gestandaardiseerd karakter hebben en vastgelegd zijn in algemene voorwaarden die opgenomen zijn in een toetredingscontract en betrekking hebben op een geldschuld. Een dergelijke mogelijkheid is daarentegen niet geschikt wanneer het schadebeding of de moratoire interest het voorwerp hebben uitgemaakt van individuele onderhandelingen tussen de partijen of geen betrekking hebben op een geldschuld. Het is inderdaad niet mogelijk om door middel van algemene bepalingen een gepast regime uit te werken voor alle bijzondere omstandigheden die zich in de praktijk kunnen voordoen.

De vijfde paragraaf verwoordt een regel uit het huidige BW (art. 1231, § 2, BW. Zie ook: art. 1231-5, lid 3, C.civ.fr.) en een vaste rechtspraak (zie: Cass. 10 april 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 428, *Pas.*, 1997, 445. Zie A. VAN OEVELEN, "Rechterlijke matiging van schadebedingen voor vertraging in de nakoming van de verbintenis bij gedeeltelijke uitvoering van die verbintenis", *R.W.*, 1998-99, 1247; P. WÉRY, "L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation" (noot onder Cass. 10 april 1997), *R.C.J.B.*, 1998, 619; P. VAN OMMESLAGHE, II/2, 2010, 1680; P. WÉRY, I, 708-710, nr. 720-721).

La réduction est effectuée proportionnellement à l'inexécution de l'obligation.

Le sixième paragraphe consacre le droit actuel. Des clauses indemnitaires dérisoires sont requalifiées en clauses exonératoires de responsabilité.

Le septième paragraphe confirme l'actuel article 1231, § 3, du Code civil qui a été qualifié d'impératif par la Cour de cassation (Cass., 6 décembre 2002, *R.W.*, 2003-04, 703, note A. Goegebuer, *J.L.M.B.*, 2003, 1485, note P. Wéry). La doctrine a déjà estimé que cette jurisprudence devait également s'appliquer aux dispositions des articles 1153, alinéa 5, et 1231, § 2, du Code civil (P. WÉRY, I, 702, note 124). Les parties ne peuvent pas exclure le pouvoir de modération du juge prévu aux paragraphes 2, 3 ou 5 (par exemple en stipulant que le montant dû est "ferme et irréductible": P. WÉRY, I, 702, n° 712).

Article 5.89

Clause exonératoire de responsabilité

Les convergences entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle sont très nombreuses. Aussi a-t-il été jugé opportun de prévoir un régime uniforme des clauses exonératoires de responsabilité.

Les clauses exonératoires sont, en principe, licites, car les dispositions légales relatives à la responsabilité sont supplétives de volonté.

Cette validité de principe n'est cependant pas absolue. Les alinéas 2 et 3 du premier paragraphe de la disposition énumèrent les différentes exceptions à cette validité et confirment très largement les solutions admises jusqu'à par la doctrine et la jurisprudence.

Ils vont toutefois au-delà sur certains points, en ne permettant plus au débiteur de s'exonérer de sa responsabilité pour les fautes intentionnelles des personnes dont il répond. En outre, on interdit désormais au débiteur de s'exonérer des fautes qui portent atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui; une partie de la doctrine moderne plaide déjà en ce sens. La personne victime de cette faute n'est pas nécessairement le cocontractant du débiteur.

Conformément à une jurisprudence et à une doctrine constantes, la clause ne peut vider le contrat de sa substance. La formulation de la Cour de cassation,

De vermindering gebeurt in evenredige verhouding tot de niet-nakoming van de verbintenis.

De zesde paragraaf bevestigt het geldend recht. Te lage schadebedingen kunnen geherkwalificeerd worden als bevrijdingsbedingen.

De zevende paragraaf bevestigt het huidige artikel 1231, § 3 van het Burgerlijk Wetboek dat van dwingende aard werd gekwalificeerd door het Hof van Cassatie (Cass., 6 december 2002, *R.W.*, 2003-04, 703, noot A. Goegebuer, *J.L.M.B.*, 2003, 1485, noot P. Wéry). De doctrine oordeelde reeds dat deze rechtspraak ook moest gelden voor de bepalingen van de artikelen 1153, vijfde lid, en 1231, § 2, van het Burgerlijk Wetboek (P. WÉRY, I, 702, voetr. 124). De partijen kunnen de matigingsbevoegdheid van de rechter die bepaald wordt in de paragrafen 2, 3 of 5, niet uitsluiten (door bijvoorbeeld te bedingen dat het verschuldigde bedrag "vast en onveranderlijk is": P. WÉRY, I, 702, nr. 712).

Artikel 5.89

Bevrijdingsbeding

De raakpunten tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid zijn *legio*. Het werd dan ook opportuun geacht om te voorzien in een eenvormige regeling voor de bevrijdingsbedingen.

De bevrijdingsbedingen zijn in beginsel geldig, aangezien de wetbepalingen betreffende de aansprakelijkheid van aanvullend recht zijn.

Dat beginsel geldt evenwel niet in absolute zin. Het tweede en het derde lid van de eerste paragraaf van deze bepaling sommen de verschillende uitzonderingen op die afwijken van het uitgangspunt van geldigheid. Zij bevestigen in ruime zin de oplossingen die tot dusver zijn erkend door de rechtsleer en de rechtspraak.

Zij gaan op bepaalde punten evenwel verder, doordat niet langer wordt voorzien in de mogelijkheid voor de schuldenaar zich te bevrijden van aansprakelijkheid voor de opzettelijke fouten van zijn hulppersonen. Voorts verbiedt men voortaan dat de schuldenaar zich zou bevrijden voor de fouten die een aantasting veroorzaken van andermans leven of fysieke integriteit; een deel van de hedendaagse rechtsleer pleitte reeds in die zin. De persoon die het slachtoffer is van die fout is niet noodzakelijk de wederpartij van de schuldenaar.

Overeenkomstig een vaste rechtspraak en rechtsleer mag het beding het contract niet uithollen. De formulering van het Hof van Cassatie, dat het beding de aangegane

selon laquelle la clause ne doit pas anéantir l'obligation contractée (Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113; Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347, notes, *R.W.*, 1987-1988, p. 1359; Cass., 27 septembre 1990, *Bank. Fin.*, 1992, p. 37, note J.-F. Romain; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513, *R.W.*, 2007-2008, p. 83), n'est pas retenue.

Le premier paragraphe ne porte pas préjudice au régime des clauses abusives prévu par le Code de droit économique (not. art. VI.83) ni aux nombreuses lois particulières qui interdisent, dans certains domaines, les clauses exonératoires de responsabilité.

Le deuxième paragraphe de l'article proposé concerne la problématique de la responsabilité des auxiliaires au sens où l'article 5 229 entend ce terme (voy. E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, p. 171 e.v.; I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, 2003). Il arrive souvent qu'un créancier contractuel qui est privé de son recours contre son cocontractant, par l'effet d'une clause exonératoire de responsabilité, agisse contre les auxiliaires de ce cocontractant. Le droit actuel protège déjà de différentes manières ces "tiers" contre de tels recours (par ex. l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail), bien que certaines de ces solutions laissent subsister des controverses sur le plan conceptuel (Cass. 7 décembre 1973, *Pas.* 1974, I, 376, *R.C.J.B.* 1976, 15 note R.O. Dalcq et F. Glansdorff, *R.W.* 1973-74, 1597 note J. Herbots; comme affiné par Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, 1911, *N.j.W.*, 2006, 649, note I. Boone, *R.W.*, 2006-07, 1717, note A. Van Oevelen et *R.G.D.C.* 2008, 557 et Cass. 24 mars 2016, C.14 0329.N). La proposition offre une protection complémentaire à l'auxiliaire en donnant effet à leur égard aux clauses exonératoires de responsabilité. Il est, en effet, peu acceptable qu'une partie reporte sur un tiers les conséquences d'une clause exonératoire de responsabilité qu'elle a consentie à son cocontractant. La proposition part dès lors de l'idée que lorsqu'une partie limite sa responsabilité, elle le fait non seulement pour elle-même, mais aussi pour toute personne à laquelle elle fait appel pour l'exécution du contrat. Cette règle ne porte pas atteinte aux solutions jurisprudentielles visant à protéger les auxiliaires.

verbintenis niet mag tenietdoen (Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, blz. 113; Cass., 5 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, blz. 483; Cass., 23 november 1987, *Pas.*, 1988, I, blz. 347, noten, *R.W.*, 1987-1988, blz. 1359; Cass., 27 september 1990, *Bank. Fin.*, 1992, blz. 37, noot J.-F. Romain; Cass., 26 maart 2004, *Pas.*, 2004, blz. 513, *R.W.*, 2007-2008, blz. 83), wordt niet in aanmerking genomen.

De eerste paragraaf doet geen afbreuk aan de regeling inzake onrechtmatige bedingen waarin het Wetboek van economisch recht voorziet (met name art. VI.83) noch aan de vele bijzondere wetten die, in bepaalde domeinen, een verbod op bedingen inzake bevrijding van aansprakelijkheid inhouden.

De tweede paragraaf van het voorgestelde artikel betreft de problematiek van de aansprakelijkheid van hulppersonen in de zin van artikel 5 229 (zie verder E. Dirix, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, p. 171 e.v.; I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, 2003). Het komt vaak voor dat een contractuele schuldeiser die zijn vordering tegen zijn wederpartij afgesneden ziet door bevrijdingsbedingen, zich daarom keert tegen de hulppersonen van de wederpartij. Het huidige recht beschermt reeds op verschillende wijzen deze "derden" tegen zulke aanspraken (bv. art. 18 Arbeidsovereenkomstenwet), al blijven sommige van die oplossingen conceptueel voor controverse zorgen (Cass. 7 december 1973, *Pas.* 1974, I, 376, *RCJB* 1976, 15 noot R.O. Dalcq en F. Glansdorff, *RW* 1973-74, 1597 noot J. Herbots; zoals verijnd door Cass. 29 september 2006, *Pas.*, 2006, 1911, *NjW* 2006, 946, noot I. Boone, *R.W.*, 2006-07, 1717, noot A. Van Oevelen en *TBBR* 2008, 557 en Cass. 24 maart 2016, C.14 0329.N). Het voorstel biedt een bijkomende bescherming aan de hulppersoon door middel van de derdenwerking van bevrijdingsbedingen. Het is inderdaad moeilijk te aanvaarden dat een contractpartij de gevolgen van bevrijdingsbedingen die hij heeft toegestaan aan zijn mede-contractant, afwentelt op derden. Het voorstel gaat daarom ervan uit dat wanneer een partij zijn aansprakelijkheid contractueel beperkt, zij zulks niet enkel doet voor zichzelf, maar ook voor iedereen op wie hij in de uitvoering van de overeenkomst een beroep doet. De invoering van deze regel doet geen afbreuk aan de huidige jurisprudentiële oplossingen ter bescherming van de hulppersonen.

§ 4. La résolution pour inexécution

Article 5.90

Droit à la résolution

Cette disposition clarifie et étoffe les règles relatives à la résolution du contrat. Il comble certaines lacunes du Code (ainsi l'art. 1184 C. civ. ne prévoit pas, à l'heure actuelle, la possibilité d'une résolution non judiciaire ni la résolution pour une inexécution anticipée). La disposition proposée est basée sur une partie de la doctrine moderne et s'inspire de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, des droits étrangers comme, par exemple, le droit français, et de certains instruments internationaux ou européens d'harmonisation.

Le premier alinéa rappelle que la résolution du contrat est une des sanctions de l'inexécution imputable au débiteur. L'exigence d'un manquement fautif du débiteur à une ou plusieurs de ses obligations est une exigence de fond qui vaut pour la résolution judiciaire et non judiciaire. Pour la résolution judiciaire il est exigé par une jurisprudence constante que le manquement soit suffisamment grave (Cass. 28 octobre 2013, *Pas.*, 2013, 2062 et *R.D.C.*, 2014, 106; Cass. 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, 1979, *Arr.Cass.*, 2009, 2097, *R.W.*, 2010-11, 1346, note J. De Weggheleire, *R.G.D.C.*, 2012, 158, note M. Dambre. S. STIJNS, 1, 2015, n° 271; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 909-913, n° 589; P. WÉRY, I, n° 668).

Cette exigence vaut aussi pour la résolution par notification du créancier au débiteur (voy. l'art. 5.93). Par contre, par le biais d'une clause résolutoire, les parties peuvent déterminer le ou les manquements qui donneront au créancier la faculté de résoudre le contrat, ainsi que la gravité de ces manquements.

Le deuxième alinéa contient une innovation importante puisqu'il consacre l'"*anticipatory breach*", à savoir le droit du créancier, sous certaines conditions, de (faire) résoudre le contrat lorsqu'il y a une inexécution anticipée dans le chef de son débiteur. Il s'agit donc de résoudre le problème du créancier qui prévoit, avant terme, l'inexécution d'une obligation qui n'est pas encore exigible. Que faire, en effet, lorsque, avant le moment convenu pour l'exécution des obligations, le créancier sait déjà que l'exécution n'aura pas lieu ou lorsqu'il a de bonnes raisons de le craindre? La disposition proposée soumet cette résolution à des conditions strictes. Comme pour l'exception *timoris* (voy. art. 5:239), le débiteur mis en demeure peut offrir dans un délai raisonnable des

§ 4. Ontbinding wegens niet-nakoming

Artikel 5.90

Recht op ontbinding

Deze bepaling behelst een verduidelijking van en aanvulling op de regels betreffende de ontbinding van het contract. Daarbij worden bepaalde lacunes in het Wetboek opgevuld (zo voorziet art. 1184 BW thans niet in de mogelijkheid tot een buitengerechtelijke ontbinding en evenmin in de ontbinding wegens voortijdige niet-nakoming). De voorgestelde bepaling berust op een deel van de hedendaagse rechtsleer en haalt inspiratie uit het Verdrag van Wenen inzake internationale koopovereenkomsten van roerende zaken, het buitenlands recht (zoals het Franse recht) en uit bepaalde Europese of internationale harmoniseringsinstrumenten.

Het eerste lid herinnert eraan dat de ontbinding van het contract een van de sancties van de aan de schuldenaar toerekenbare niet-nakoming is. Een verwijtbare tekortkoming van de schuldenaar aan een of meer van zijn verbintenissen is een grondvereiste die geldt voor de gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding. Voor de gerechtelijke ontbinding vereist een vaste rechtspraak dat de tekortkoming voldoende ernstig is (Cass. 28 oktober 2013, *Pas.*, 2013, 2062 en *R.D.C.*, 2014, 106; Cass. 24 september 2009, *Pas.*, 2009, 1979, *Arr.Cass.*, 2009, 2097, *R.W.*, 2010-11, 1346, noot J. De Weggheleire, *R.G.D.C.*, 2012, 158, noot M. Dambre. S. STIJNS, 1, 2015, nr. 271; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 909-913, nr. 589; P. WÉRY, I, nr. 668).

Die vereiste geldt ook voor de ontbinding door kennisgeving van de schuldeiser aan de schuldenaar (zie art. 5.93). Middels een ontbindend beding kunnen de partijen daarentegen de tekortkoming(en) bepalen die de schuldeiser de mogelijkheid zal (zullen) geven om het contract te ontbinden, alsook de ernst van die tekortkomingen.

Het tweede lid bevat een aanzienlijke vernieuwing, vermits het de "*anticipatory breach*" verankert, dat wil zeggen het recht van de schuldeiser om onder bepaalde voorwaarden het contract te (laten) ontbinden bij een voortijdige niet-nakoming van zijn schuldenaar. Hierbij wordt dus een oplossing geboden voor het probleem van de schuldeiser die voorziet dat een verbintenis, die nochtans nog niet opeisbaar is, niet zal worden nagekomen. Wat te doen immers, wanneer de schuldeiser reeds vóór het overeengekomen tijdstip voor de nakoming van de verbintenissen beseft dat zij niet zal plaatsvinden of wanneer hij goede redenen heeft om zo iets te vrezen? De voorgestelde bepaling onderwerpt die ontbinding aan strikte voorwaarden. Zoals bij de *exceptio timoris*

assurances suffisantes de la bonne exécution de son obligation. Toutefois, afin d'instaurer une gradation visible vis-à-vis des conditions d'application de l'*exceptio timoris*, la présence de *circonstances exceptionnelles* est exigée pour la résolution pour inexécution anticipée.

En dehors des droits belge et français, cette résolution pour inexécution anticipée est déjà largement admise (voy. p. ex. art. 6:80 NBW). En 1980, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (artt. 72 et 73, al. 2) l'a consacrée et la ratification de cette Convention par la Belgique a donc introduit l'*anticipatory breach* en droit positif belge. La disposition proposée s'en inspire largement. D'autres instruments internationaux d'harmonisation plus récents ont réservé une place à l'*anticipatory breach* (voy. artt. 7.3.3.-7.3.4. PICC, l'art. 9:304 PECL et l'art. III-3: 504 DCFR). Depuis la thèse de doctorat de M. Vanwijck-Alexandre (*Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme*, Faculté de droit de Liège, 1982, spéc. n° 238 et 234-248), une partie de la doctrine belge estime qu'il faut ménager une place plus large à cette figure juridique venant du *common law* (voy. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, n° 473-474; S. VAN LOOCK, "De eenzijdige ontbinding van het contract wegens wanprestatie en de *anticipatory breach*. Een vergelijking tussen het Belgische en Nederlandse recht", *Jura Falc.* 2008-09, (530) 554 556/001; A. VAN OEVELEN, "Nuttige lessen te halen uit het Weense Koopverdrag voor de verbetering van het eigen algemeen overeenkomstenrecht en het kooprecht", in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (509) 519; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'*'anticipatory breach'* ou d'*'inexécution anticipée'*", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, P. Wéry (dir.), Bruxelles, La Charte, 2001, (187), n°s 2-7 et 18; P. WÉRY, I, n°s 817-818).

La disposition proposée étant supplétive, la résolution pour inexécution anticipée peut faire l'objet d'une clause qui aménage l'*anticipatory breach*. Par exemple, les parties peuvent préciser ou même supprimer les conditions requises, comme les circonstances exceptionnelles; elles peuvent aussi exclure l'application à leur contrat de l'*anticipatory breach* (à propos de ces clauses organisant la résolution en cas d'inexécution anticipée, voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'*'anticipatory breach'* ou d'*'inexécution anticipée'*", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des*

(zie art. 5:239) kan de aangemaande schuldenaar binnen een redelijke termijn voldoende waarborgen bieden voor de goede uitvoering van zijn verbintenis. Teneinde evenwel een herkenbare gradatie ten aanzien van de toepassingsvoorwaarden van de *exceptio timoris* in te stellen, geldt de aanwezigheid van *uitzonderlijke omstandigheden* als vereiste voor de ontbinding wegens voortijdige niet-nakoming.

Afgezien van het Belgische en Franse recht, heeft deze ontbinding wegens voortijdige niet-nakoming reeds ruim ingang gevonden (zie bv. art. 6:80 NBW). In 1980 is zij bekrachtigd door het Verdrag van Wenen inzake internationale koopovereenkomsten van roerende zaken, (artt. 72 en 73, lid 2); sinds de ratificering van dat verdrag door België maakt de *anticipatory breach* derhalve deel uit van het geldend Belgisch recht. De voorgestelde bepaling is daaraan in grote mate ontleend. Een plaats voor de *anticipatory breach* is ingeruimd in andere, recentere harmoniseringsinstrumenten (zie artt. 7.3.3.-7.3.4. PICC, art. 9:304 PECL en art. III-3: 504 DCFR). Sinds het doctoraal proefschrift van M. Vanwijck-Alexandre (*Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme*, Faculté de droit de Liège, 1982, spec. nr. 238 en 234-248) is een deel van de Belgische rechtsleer van oordeel dat een ruimere plaats moet worden ingeruimd voor die rechtsfiguur, afkomstig uit de *common law* (zie S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 473-474; S. VAN LOOCK, "De eenzijdige ontbinding van het contract wegens wanprestatie en de *anticipatory breach*. Een vergelijking tussen het Belgische en Nederlandse recht", *Jura Falc.* 2008-09, (530) 554 556/001; A. VAN OEVELEN, "Nuttige lessen te halen uit het Weense Koopverdrag voor de verbetering van het eigen algemeen overeenkomstenrecht en het kooprecht", in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (509) 519; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'*'anticipatory breach'* ou d'*'inexécution anticipée'*", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, P. Wéry (dir.), Brussel, La Charte, 2001, (187), nrs. 2-7 en 18; P. WÉRY, I, nrs. 817-818).

Aangezien de voorgestelde bepaling suppletief is, kan de ontbinding wegens voortijdige niet-nakoming vervat zijn in een beding dat de *anticipatory breach* organiseert. De partijen kunnen bijvoorbeeld de vereiste voorwaarden, zoals de uitzonderlijke omstandigheden, preciseren of zelfs schrappen; zij kunnen ook de toepassing op hun contract van de *anticipatory breach* uitsluiten (voor die bedingen tot regeling van de ontbinding in geval van voortijdige niet-nakoming, zie: M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'*'anticipatory breach'* ou d'*'inexécution anticipée'*", in *Les clauses applicables*

obligations contractuelles, P. Wéry (dir.), Bruxelles, La Charte, 2001, p. 187 et s.; P. WÉRY, I, n° 819-820).

Le troisième alinéa consacre, comme le nouveau Code civil français (art. 1224), trois voies permettant au créancier d'obtenir ou de provoquer la résolution en cas d'inexécution. La résolution peut être prononcée par le juge saisi par le créancier d'une demande en résolution du contrat (voy. art. 5.91). C'est la résolution judiciaire reconnue dans de nombreuses dispositions du Code civil (art. 1184, pour le droit commun, et pour les contrats spéciaux, par ex. artt. 1610, 1654, 1729, 1741 et 1760). La proposition prend, en outre, en compte *deux formes* de résolution non judiciaire qui sont généralement reconnues en droit contemporain. Il autorise les parties à stipuler des clauses résolutoires qui donnent la faculté au créancier de résoudre le contrat par simple notification de la résolution. C'est conforme au droit actuel (voy. art. 5.92; V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, (93), n° 19; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, n°s 325 et 331). Mais, même en l'absence d'une clause résolutoire qui dispense le créancier d'un recours préalable au juge, la proposition consacre la résolution dite "unilatérale" ou "par déclaration du créancier" en acceptant que le créancier puisse, à ses risques et périls, adresser une notification écrite à son débiteur déclarant résolu le contrat (voy. art. 5.93).

Dans le cas d'une résolution non judiciaire, le contrat est résolu à partir du moment où le débiteur a eu connaissance de l'intention de son cocontractant ou a, à tout le moins, pu raisonnablement en être informé (bien qu'acquise à cette date, les effets de la résolution peuvent remonter dans le temps. Voy. en effet l'art. 5.95). La résolution non judiciaire est un acte juridique réceptice et une notification est donc exigée (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n° 484; S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation" in *La volonté unilatérale dans le contrat*, JBB, Bruxelles, Bruylant, 2008, (325), n° 43 et 31; S. STIJNS, I, n° 279 et 286; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 915, n° 590 et 919, n° 591; P. WÉRY, I, n° 755). La présente proposition exige une notification écrite au débiteur afin de le protéger (voy. les artt. 5.92 et 5.93). Le créancier peut avoir intérêt à faire notifier sa déclaration de résolution par voie d'exploit d'huissier, ce qui

en cas d'inexécution des obligations contractuelles, P. Wéry (dir.), Brussel, La Charte, 2001, blz. 187 e.v.; P. WÉRY, I, nr. 819-820).

Het derde lid verankert, zoals het nieuwe Franse Burgerlijk Wetboek (art. 1224), drie manieren die de schuldeiser in staat stellen om de ontbinding in geval van niet-nakoming te verkrijgen of teweeg te brengen. De ontbinding kan worden uitgesproken door de rechter bij wie de schuldeiser zijn zaak aanhangig heeft gemaakt met een vordering tot ontbinding van het contract (zie art. 5.91). Het betreft de gerechtelijke ontbinding, erkend in tal van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (art. 1184 voor het gemeen recht, en voor de bijzondere contracten, bv. artt. 1610, 1654, 1729, 1741 en 1760). Het voorstel neemt daarnaast *twee vormen* van buitengerechtelijke ontbinding in aanmerking, die over het algemeen erkend zijn in het hedendaagse recht. Het stelt de partijen in staat om ontbindende bedingen te stipuleren die de schuldeiser de mogelijkheid bieden om het contract te ontbinden met een schriftelijke kennisgeving van de ontbinding. Dat is in overeenstemming met het huidige recht (zie art. 5.92; V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, La Charte, 2001, (93) nr. 19; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 325 et 331). Maar, zelfs bij ontstentenis van een ontbindend beding dat de schuldeiser vrijstelt van een voorafgaand beroep op de rechter, verankert het voorstel de zogeheten "eenzijdige" ontbinding of ontbinding "op verklaring van de schuldeiser" doordat het aanvaardt dat de schuldeiser, op eigen risico, aan zijn schuldenaar een schriftelijke kennisgeving richt dat hij het contract ontbindt (zie art. 5.93).

In geval van een buitengerechtelijke ontbinding wordt het contract ontbonden zodra de schuldenaar kennis gehad heeft van de bedoeling van zijn medecontractant of, op zijn minst, daarover redelijkerwijze kon worden ingelicht (ofschoon verkregen op dat tijdstip, kunnen de gevolgen van de ontbinding teruggaan in de tijd. Zie art. 5.95). De buitengerechtelijke ontbinding is dus een mededelingsplichtige rechtshandeling en bijgevolg is een kennisgeving vereist (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nr. 484; S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation" in *La volonté unilatérale dans le contrat*, JBB, Brussel, Bruylant, 2008, (325), nrs. 43 en 31; S. STIJNS, I, nr. 279 et 286; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 915, nr. 590 et 919, nr. 591; P. WÉRY, I, nr. 755). Dit voorstel eist een schriftelijke kennisgeving aan de schuldenaar ten behoeve van zijn bescherming (zie artt. 5.92 en 5.93). Bijgevolg kan de schuldeiser er belang bij hebben

permettra d'en assurer la transcription conformément aux articles 1^{er} et 2 de la loi hypothécaire.

Pour être complet, on peut ajouter que les parties peuvent toujours convenir d'une résolution amiable en cas d'inexécution imputable du contrat (Cass. 14 janvier 1982 AR 6468, *Arr. Cass.*, 1981-82, p. 613).

Le dernier alinéa généralise l'alinéa 3 de l'article 1184 du Code civil en disposant que la résolution, judiciaire ou non judiciaire, ou même pour inexécution anticipée, peut toujours être accompagnée d'une réparation complémentaire du dommage.

Celle-ci est soumise aux règles du droit commun de la responsabilité contractuelle et doit donc, en principe, couvrir le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Le créancier doit prouver que, malgré la résolution du contrat, un dommage subsiste dans son chef.

La réparation complémentaire vise à réparer l'intérêt positif au contrat. Afin de déterminer la réparation du dommage, on doit comparer la situation actuelle du créancier et sa situation si le débiteur avait exécuté le contrat de manière correcte (alors que la réparation de l'intérêt négatif ne compare que la situation présente du créancier à la situation si le contrat n'avait pas été conclu: M. FONTAINE, "Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé", in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, (301), 307-310).

On peut déduire de récents arrêts de la Cour de cassation une évolution vers la réparation de l'intérêt positif (Cass. 26 janvier 2007 (AR C.06 0232.N), *Arr. Cass.*, 2007, 216, *Pas.*, 2007, 183, 8; Cass. 26 janvier 2007 (AR C.05 0374.N), *Arr. Cass.*, 2007, 228, *Pas.*, 2007, 193; Cass. 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, 2237 et *Rev. prat. soc.*, 2011, 444, concl. G. Dubrulle, note D. Leclercq; Cass. 5 décembre 2014, *R.A.B.G.*, 1015, 411, concl. O.M.; Cass. 21 avril 2016, AR C.15 0374.N.). Une partie de la doctrine s'est déjà exprimée en sa faveur, arguments à l'appui (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 381 et 393; S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake (niet-)nakoming van contracten", in S. Stijns (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis-cahier nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (141) n° 14; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, Brugge, die Keure, 2017, 1147p. Décrit cette évolution: P. WÉRY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle", in P. Wéry et S. Stijns (éds.), *Le juge et le contrat/De rol*

om zijn verklaring van ontbinding te laten betekenen door middel van een deurwaardersexploot, waardoor de overschrijving ervan kan worden gewaarborgd overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van de hypotheekwet.

Volledigheidshalve kan men toevoegen dat de partijen steeds een minnelijke ontbinding kunnen overeenkomen bij toerekenbare niet-nakoming van het contract (Cass. 14 januari 1982 AR 6468, *Arr. Cass.*, 1981-82, blz. 613).

Het laatste lid veralgemeent het derde lid van artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek en bepaalt aldus dat de gerechtelijke of de buitengerechtelijke ontbinding, of nog, de ontbinding wegens voortijdige niet-nakoming, steeds gepaard kunnen gaan met een aanvullend schadeherstel.

Dat valt onder de gemeenrechtelijke regels inzake contractuele aansprakelijkheid en moet dus, in beginsel, het *damnum emergens* en het *lucrum cessans* dekken. De schuldeiser moet bewijzen dat hij, ondanks de ontbinding van het contract, nog schade lijdt.

Het aanvullend herstel beoogt het herstel van het positieve contractsbelang. Voor de bepaling van het schadeherstel moet een vergelijking gemaakt worden tussen de actuele toestand van de schuldeiser en zijn toestand indien de schuldenaar het contract op correcte wijze had uitgevoerd (terwijl het herstel van het negatieve belang louter de huidige toestand van de schuldeiser vergelijkt met de toestand indien het contract niet was gesloten: M. FONTAINE, "Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé", in *Liber amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, (301), 307-310).

Uit recente arresten van het Hof van Cassatie kan een tendens naar het herstel van het positieve contractsbelang worden afgeleid (Cass. 26 januari 2007 (AR C.06 0232.N), *Arr. Cass.*, 2007, 216, *Pas.*, 2007, 183, 8; Cass. 26 januari 2007 (AR C.05 0374.N), *Arr. Cass.*, 2007, 228, *Pas.*, 2007, 193; Cass. 13 oktober 2011, *Pas.*, 2011, 2237 en *Rev. prat. soc.*, 2011, 444, concl. G. Dubrulle, noot D. Leclercq; Cass. 5 december 2014, *R.A.B.G.*, 1015, 411, concl. O.M.; Cass. 21 april 2016, AR C.15 0374.N.). Een deel van de rechtsleer heeft zich reeds, met ondersteunende argumenten, in het voordeel van deze tendens uitgesproken (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 381 en 393; S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake (niet-)nakoming van contracten", in S. Stijns (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis-cahier nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (141) nr. 14; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, Brugge, die Keure, 2017, 1147p. Omschrijft deze evolutie: P. WÉRY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle", in

van de rechter in het contract, Bruxelles, La Charte, 2014, (429), n° 33-35).

Bien entendu la réparation complémentaire à la résolution pour inexécution fautive peut faire l'objet d'une clause indemnitaire (voy. art. 5.88).

Article 5.91

Résolution judiciaire

Le premier alinéa confirme que le créancier qui est victime d'une inexécution fautive dispose toujours, conformément à l'article 1184 du Code civil et à l'article 1227 du Code civil français, de la faculté de saisir le juge d'une demande en résolution du contrat synallagmatique.

La disposition proposée définit aussi l'office du juge. Selon les circonstances et à la lumière de la gravité des manquements reprochés au débiteur, il pourra prononcer la résolution du contrat aux torts du débiteur défaillant. Le juge saisi a toujours l'*obligation* d'apprécier si la gravité des manquements justifie la résolution (en ce sens, explicitement: Cass. 28 octobre 2013, *Pas.*, 2013, 2062 et *R.D.C.*, 2014, 106; Cass. 24 septembre 2009, *Arr.Cass.*, 2009, 2097, *Pas.*, 2009, 1979, *R.W.*, 2010-11, 1346, note J. De Weggheleire, *R.G.D.C.*, 2012, 158, note M. Dambre). Ce pouvoir d'appréciation du juge vise à éviter que la résolution soit prononcée alors que les manquements reprochés sont bénins. Cette exigence de gravité suffisante peut être mise en rapport avec le critère de proportionnalité propre à la fonction modératrice de la bonne foi et à l'interdiction de l'abus de droit: la résolution en tant que sanction doit être proportionnelle au manquement (S. STIJNS, 1, n° 274; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 911-912, n° 589; P. WÉRY, I, 630, n°s 668 et 633, n° 671).

Comme le dispose l'article précédent, la résolution judiciaire (tout comme la résolution non judiciaire et la résolution pour inexécution anticipée), peut toujours être accompagnée d'une réparation complémentaire du dommage. Mais, en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation, une action en résolution ne suppose pas, en règle, que le créancier ait subi un dommage au jour de la résolution (Cass. 20 novembre 2008, RG n° C.06 0293.F, *Pas.*, 2008, 2616 et *R.D.C.*, 2009, 510; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, 259, n° 176; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 905-906, n° 586; P. WÉRY, I, 631, n° 669). Le

P. Wéry et S. Stijns (eds.), *Le juge et le contrat/De rol van de rechter in het contract*, Brussel, die Keure, 2014, (429), nr. 33-35).

Uiteraard kan het aanvullend herstel in het kader van de ontbinding wegens toerekenbare niet-nakoming het voorwerp zijn van een schadebeding (zie art. 5.88).

Artikel 5.91

Gerechtelijke ontbinding

Het eerste lid bevestigt dat de schuldeiser die slachtoffer is van een toerekenbare niet-nakoming steeds, overeenkomstig artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1227 van het Frans Burgerlijk Wetboek, beschikt over de mogelijkheid om een vordering tot ontbinding van het wederkerige contract bij de rechter aanhangig te maken.

De voorgestelde bepaling omschrijft ook de rol van de rechter. Naargelang de omstandigheden en in het licht van de ernst van de tekortkomingen die de schuldenaar ten laste worden gelegd, kan de rechter de ontbinding van het contract uitspreken in lastens de de tekortkomende schuldenaar. De rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt heeft steeds de *verplichting* om te beoordelen of de ernst van de tekortkomingen de ontbinding wettigt (in die zin, expliciet: Cass. 28 oktober 2013, *Pas.*, 2013, 2062 en *R.D.C.*, 2014, 106; Cass. 24 september 2009, *Arr.Cass.*, 2009, 2097, *Pas.*, 2009, 1979, *R.W.*, 2010-11, 1346, noot J. De Weggheleire, *R.G.D.C.*, 2012, 158, noot M. Dambre). Die beoordelingsbevoegdheid van de rechter moet voorkomen dat de ontbinding zou worden uitgesproken terwijl de ten laste gelegde tekortkomingen slechts gering zijn. De voldoende ernst als vereiste kan in verband worden gebracht met het proportionaliteitscriterium eigen aan de matigende werking van de goede trouw en aan het verbod op rechtsmisbruik: de ontbinding als sanctie moet in verhouding staan tot de tekortkoming (S. STIJNS, 1, nr. 274; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 911-912, nr. 589; P. WÉRY, I, 630, nrs. 668 en 633, nr. 671).

Zoals bepaald in het voorgaande artikel, kan de gerechtelijke ontbinding (net als elke buitengerechtelijke ontbinding en de ontbinding wegens voortijdige niet-nakoming) steeds gepaard gaan met een aanvullend schadeherstel. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie veronderstelt een vordering tot ontbinding, in de regel, evenwel niet dat de schuldeiser schade zou hebben geleden op de dag van de ontbinding (Cass. 20 november 2008, RG nr. C.06 0293.F, *Pas.*, 2008, 2616 en *R.D.C.*, 2009, 510; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, 259, nr. 176; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 905-906,

créancier qui demande la résolution par le juge devra apporter la preuve de son dommage s'il sollicite, en outre, la réparation de celui-ci, à moins qu'il ne mette en œuvre une clause indemnitaire stipulée pour cette catégorie de dommage.

Lorsque les conditions de la résolution judiciaire sont jugées remplies, le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution (P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 912, n° 589). Selon les circonstances concrètes et à la demande du débiteur ou même d'office, il peut toutefois accorder un dernier délai au débiteur pour lui permettre de s'exécuter. Ce délai de grâce particulier n'est pas soumis aux conditions de malheur et de bonne foi du débiteur propres à l'article 1244, al. 2, du Code civil (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, 283, n° 194; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 910, n° 589; P. WÉRY, I, 634, n° 673, note n° 907).

Les pouvoirs qui découlent de la disposition proposée sont conformes au droit actuel en matière de résolution judiciaire (S. STIJNS, I, n° 270-273; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 909 et s., n° 589; P. WÉRY, I, n° 673).

Le deuxième alinéa codifie la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui a reconnu que la résolution peut être prononcée aux torts des deux parties à un contrat synallagmatique, à condition que chacune des parties contractantes demande la résolution judiciaire et que les manquements réciproques soient suffisamment graves (p. ex. Cass. 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, 1100, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1223, *R.D.C.*, 1987, 413, note D. Devos; Cass. 7 novembre 1988, *Pas.*, 1989, 243 et *Arr. Cass.*, 1988-89, 269; Cass. 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, 251 et *Arr. Cass.*, 1993, 259; Cass. 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, 641 et *Arr. Cass.*, 2004, 654; Cass. 16 février 2009, *Pas.*, 2009, 485, *Arr. Cass.*, 2009, 537, *J.T.*, 2010, 352, note M. Dupont et *R.W.*, 2011-12, 1843, note J. Baeck. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, 295-298, n° 207-210; S. STIJNS, I, n° 273; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 895 et s., n° 582-589; P. WÉRY, I, 634, n° 673).

La résolution du contrat aux torts réciproques des parties ne les dispense pas de leur responsabilité contractuelle. La réparation du dommage ne sera pas partagée automatiquement par moitié entre les deux parties concernées, mais proportionnellement à leur part de responsabilité dans le préjudice contractuel. En effet, la Cour de cassation a clarifié ce point relatif aux dommages-intérêts comme suit: "Le juge, qui prononce la résolution d'un contrat synallagmatique aux

nr. 586; P. WÉRY, I, 631, nr. 669). De schuldeiser die de ontbinding door de rechter vordert, moet het bewijs van zijn schade leveren indien hij ook het herstel ervan vraagt, tenzij hij een schadebeding in werking stelt dat voor die schadecategorie bedongen is.

Wanneer geoordeeld wordt dat de voorwaarden voor de gerechtelijke ontbinding aanwezig zijn, heeft de rechter geen bevoegdheid tot beoordeling van de opportuniteit van de ontbinding (P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 912, nr. 589). Naargelang de concrete omstandigheden en op verzoek van de schuldenaar of zelfs ambtshalve, kan hij evenwel de schuldenaar een laatste termijn toekennen om hem de gelegenheid tot nakoming te geven. Deze specifieke respijttermijn is niet onderworpen aan de voorwaarden van ongeluk en van goede trouw van de schuldenaar, eigen aan artikel 1244, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, 283, nr. 194; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 910, nr. 589; P. WÉRY, I, 634, nr. 673, noot nr. 907).

De bevoegdheden uit de voorgestelde wetsbepaling zijn in overeenstemming met het geldend recht inzake gerechtelijke ontbinding (S. STIJNS, I, nrs. 270-273; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 909 e.v., nr. 589; P. WÉRY, I, nr. 673).

Het tweede lid codificeert de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat erkend heeft dat de ontbinding kan worden uitgesproken ten nadele van de beide partijen bij een wederkerig contract, mits elk van de contractspartijen de gerechtelijke ontbinding vordert en de wederzijdse tekortkomingen voldoende ernstig zijn (bv. Cass. 9 mei 1986, *Pas.*, 1986, 1100, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1223, *R.D.C.*, 1987, 413, noot D. Devos; Cass. 7 november 1988, *Pas.*, 1989, 243 en *Arr. Cass.*, 1988, -89, 269; Cass. 5 maart 1993, *Pas.*, 1993, 251 en *Arr. Cass.*, 1993, 259; Cass. 16 april 2004, *Pas.*, 2004, 641 en *Arr. Cass.*, 2004, 654; Cass. 16 februari 2009, *Pas.*, 2009, 485, *Arr. Cass.*, 2009, 537, *J.T.*, 2010, 352, noot M. Dupont en *R.W.*, 2011-12, 1843, noot J. Baeck. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, 295-298, nr. 207-210; S. STIJNS, I, nr. 273; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 895 e.v., nr. 582-589; P. WÉRY, I, 634, nr. 673).

De ontbinding van het contract ten nadele van elke partij stelt hen niet vrij van hun contractuele aansprakelijkheid. Het herstel van de schade zal niet automatisch bij helften worden verdeeld tussen de twee betrokken partijen, maar in verhouding staan tot hun aandeel in de aansprakelijkheid voor de contractuele schade. Het Hof van Cassatie heeft immers volgende duiding gegeven bij dat punt betreffende de schadevergoeding: "De rechter die met toepassing van artikel 1184 van het Burgerlijk

torts des deux parties en application de l'article 1184 du Code civil, est tenu de déterminer le préjudice subi par chacune des parties en raison des manquements de l'autre partie proportionnellement à la gravité des manquements respectifs. La circonstance que les deux parties ont manqué à leurs obligations ne les exonère ni de leur responsabilité ni de l'obligation de réparer proportionnellement à leur part de responsabilité le préjudice de l'autre partie qui résulte immédiatement et directement des manquements respectifs" (Cass. 16 février 2009, cité).

Article 5.92

Résolution par la mise en oeuvre d'une clause résolutoire

Cette disposition concerne la clause résolutoire dite "expresse" à l'heure actuelle, aussi appelée "pacte comissoire exprès".

Le premier alinéa confirme le droit constant qui reconnaît la licéité de la clause résolutoire, déjà consacrée par l'article 1656 du Code civil en matière de vente d'immeuble. La Cour de cassation a également estimé qu'elle est licite puisque l'article 1184 du Code civil, imposant la résolution judiciaire, a un caractère supplétif (Cass. 19 avril 1979, *Pas.*, 1979, 981, *Arr. Cass.*, 1978-79, 984, *R.D.C.*, 1980, 440, note Maussion, *R.C.J.B.*, 1981, 26, note R. Butzler en M. Colpaert). L'article 1225 du Code civil français a également reconnu la validité de principe de la clause résolutoire. Des dispositions particulières de caractère impératif peuvent exclure ou limiter l'usage de clauses résolutoires dans certains contrats spéciaux, comme c'est le cas en matière de baux de biens immeubles (art. 1762*bis*) et de crédit à la consommation (art. VII.105 CDE) (S. STIJNS, 1, 212-213, n° 278; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 928-929, n° 595; P. WÉRY, I, n° 751).

Par une clause résolutoire, les parties au contrat désignent les engagements dont l'inexécution fautive justifiera la résolution du contrat. La clause peut être stipulée pour tout manquement ou pour certains manquements seulement. Elle peut aussi concerner des contraventions anticipées au contrat (voy. l'art. 5.90, al. 2). En outre, elle vise, dans la plupart des cas, à accorder au créancier, victime d'une inexécution fautive, le pouvoir de résoudre le contrat, sans recours préalable au juge, par une notification faite au débiteur qui méconnaît un des engagements désignés par la clause. L'article règle cette sorte de clauses résolutoires qui organise une résolution non judiciaire, d'origine

Wetboek een wederkerige overeenkomst wegens de wanprestatie van de beide partijen ontbonden verklaart, moet de schade, waarop iedere partij recht heeft wegens het niet-nakomen door de andere partij van haar verbintenissen, bepalen in evenredigheid met de ernst van de respectieve tekortkomingen. Deomstandigheid dat beide partijen hun verbintenissen niet zijn nagekomen, heft hun aansprakelijkheid niet op, noch hun gehoudenheid, in evenredigheid met hun aandeel in die aansprakelijkheid, tot vergoeding aan de andere partij van de schade die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van hun tekortkomingen." (Cass. 16 februari 2009, aangehaald).

Artikel 5.92

Ontbinding door de in werking stelling van een ontbindend beding

Deze bepaling betreft het thans zogeheten "uitdrukkelijk" ontbindend beding, ook "pacte comissoire exprès" in het Frans genoemd.

Het eerste lid bevestigt het geldend recht dat de geoorloofdheid van het ontbindend beding erkent, reeds bekrachtigd bij artikel 1656 van het Burgerlijk Wetboek, met betrekking tot verkoop van onroerende goederen. Ook het Hof van Cassatie is van oordeel dat het geoorloofd is, vermits artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, dat de gerechtelijke ontbinding oplegt, suppletief van aard is (Cass. 9 april 1979, *Pas.*, 1979, 981, *Arr. Cass.*, 1978-79, 984, *R.D.C.*, 1980, 440, noot Maussion, *R.C.J.B.*, 1981, 26, noot R. Butzler en M. Colpaert). Artikel 1225 van het Frans Burgerlijk Wetboek heeft eveneens de principiële geldigheid van het ontbindend beding erkend. Bijzondere, dwingende bepalingen kunnen de aanwending van ontbindende bedingen in bepaalde bijzondere overeenkomsten uitsluiten of beperken, zoals in het geval van huurovereenkomsten voor onroerende goederen (art. 1762*bis*) en van consumentenkrediet (art. VII.105 WER) (S. STIJNS, 1, 212-213, nr. 278; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 928-929, nr. 595; P. WÉRY, I, nr. 751).

Met een ontbindend beding duiden de contractspartijen de verbintenissen aan waarvan de toerekenbare niet-nakoming de ontbinding van het contract zal rechtvaardigen. Het beding kan gestipuleerd worden voor elke tekortkoming of enkel voor bepaalde tekortkomingen. Het kan ook betrekking hebben op de voortijdige niet-nakoming van het contract (zie art. 5.90, tweede lid). Voorts beoogt het beding, in het merendeel der gevallen, dat aan de schuldeiser die slachtoffer is van toerekenbare niet-nakoming de bevoegdheid wordt verleend om het contract te ontbinden, zonder voorafgaand beroep op de rechter, door een kennisgeving aan de schuldenaar die een van de verbintenissen miskent die

conventionnelle, permettant au créancier d'éviter les aléas liés à l'appréciation par le juge du manquement reproché et aux lenteurs de la justice (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats" in P. Wéry (éd.) *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruges, La Charte, 2001, (93), n° 23-24; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, n°s 325 et 344-346; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 896, n°s 582 et 927 et s., n° 595; P. WÉRY, I, n°s 751-754).

Si les parties veulent organiser une telle résolution non judiciaire, la clause résolutoire doit exclure, *sans doute possible*, l'intervention judiciaire préalable (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (93), n° 25; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, n° 338; P. WÉRY, I, n° 753). Les parties peuvent aussi renforcer l'efficacité de la clause résolutoire en dispensant le créancier d'une mise en demeure préalable à la résolution ou en ajoutant une clause indemnitaire fixant la réparation complémentaire à la résolution.

Le deuxième alinéa règle la mise en œuvre de la clause résolutoire. Il codifie la nécessité pour le créancier de notifier par écrit au débiteur sa décision de résoudre le contrat en application de la clause. La doctrine avait déjà mis en avant la nécessité d'une telle notification (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats" in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruges, La Charte, 2001, (93), n° 34; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n° 349-350 et 484; S. STIJNS, 1, n° 279; S. STIJNS et F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. Stijns (éd.), *Verbintenissenrecht, Themis Cahier 95*, Brugge, die Keure, 2015-16, (79), n° 44-46 et 51-55; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 931-933, n° 596-597; P. WÉRY, I, n° 755).

En effet, la résolution n'opère pas automatiquement du seul fait de l'inexécution fautive du débiteur, quand bien même la clause résolutoire stipule que le contrat "sera résolu de plein droit et sans mise en demeure" en cas d'inexécution. La partie qui entend résoudre le contrat doit faire part à son débiteur de sa volonté de faire appel à la clause résolutoire pour qu'elle sortisse ses effets. De plus, le créancier doit faire un choix entre

in het beding zijn aangeduid. Het artikel regelt dat soort van ontbindende bedingen, dat een buitengerechtelijke ontbinding van conventionele oorsprong organiseert, waardoor de schuldeiser niet blootgesteld wordt aan de onzekerheden die gepaard gaan met de beoordeling van de ten laste gelegde tekortkoming door de rechter en met de traagheid van het gerecht (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats" in P. Wéry (éd.) *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, La Charte, 2001, (93), nr. 23-24; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, nrs. 325 en 344-346; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 896, nr. 582 en 927 e.v., nr. 595; P. WÉRY, I, nr. 751-754).

Indien de partijen een dergelijke buitengerechtelijke ontbinding willen organiseren, moet het ontbindend beding geen twijfel laten bestaan over de bedoeling om de voorafgaande rechterlijke tussenkomst uit te sluiten (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (93), nr. 25; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, nr. 338; P. WÉRY, I, nr. 753). De partijen kunnen ook de doeltreffendheid van het ontbindend beding opvoeren door de schuldeiser vrij te stellen van een ingebrekestelling voorafgaand aan de ontbinding of door een schadebeding tot vaststelling van het aanvullend herstel bij de ontbinding toe te voegen.

Het tweede lid regelt de inwerkingstelling van het ontbindend beding. Het codificeert de verplichting van de schuldeiser om aan zijn schuldenaar schriftelijk kennis te geven van zijn beslissing tot ontbinding van het contract met toepassing van het beding. De rechtsleer had reeds de noodzaak van een dergelijke kennisgeving naar voren geschoven (V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats" in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, La Charte, 2001, (93), nr. 34; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 349-350 en 484; S. STIJNS, 1, nr. 279; S. STIJNS et F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. Stijns (éd.), *Verbintenissenrecht, Themis Cahier 95*, Brugge, die Keure, 2015-16, (79), nrs. 44-46 en 51-55; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 931-933, nr. 596-597; P. WÉRY, I, nr. 755).

De ontbinding wordt immers niet automatisch teweeggebracht louter door de toerekenbare niet-nakoming van de schuldenaar, ook al stipuleert het ontbindend beding dat het contract "van rechtswege en zonder aanmaning zal worden ontbonden" in geval van niet-nakoming. De partij die het contract wil ontbinden, moet haar schuldenaar in kennis stellen van haar voornemen om een beroep te doen op het ontbindend beding opdat het uitwerking zou

les différentes sanctions qui s'offrent à lui et il doit donc porter ce choix à la connaissance de son débiteur.

Le créancier doit mettre en œuvre la clause résolutoire en respectant les conditions stipulées au contrat par les parties et les exigences de la bonne foi. Afin de protéger le débiteur et de permettre un contrôle judiciaire *a posteriori*, la disposition proposée exige que la notification soit motivée en ce sens qu'elle doit indiquer les manquements que le créancier reproche à son débiteur. Préalablement à la notification, il adressera une mise en demeure à son débiteur, à moins qu'une clause ou une exception ne l'en dispense (voy. artt. 5 231-5 233).

En cas de contestation de la résolution non judiciaire, le débiteur conserve toujours la possibilité de saisir le juge qui pourra alors exercer un double contrôle *a posteriori*. Le juge peut, en effet, contrôler si la mise en œuvre de la clause résolutoire est *régulière* et si la résolution est *légitime*, c.à.d. si elle est conforme aux exigences de la bonne foi et ne viole donc pas l'interdiction d'abuser de ses droits. Par contre, il ne dispose plus du pouvoir d'accorder un dernier délai d'exécution au débiteur (J.-F. GERMAIN, "Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse", (note sous Cass., 9 mars 2009), *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2010, p. 134, n° 5; S. STIJNS et F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht, Themis Cahier* 95, 2015-16, (79), n° 56-61; S. STIJNS et F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions", in M. Dupont (dir.) *Les obligations contractuelles, Collection Jeune Barreau de Bruxelles*, Larcier, 2016, (269), n° 39 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, n° 597; P. WÉRY, I, n° 756).

La vérification de la *régularité formelle* de la résolution concerne la validité de la clause et le respect de ses conditions d'application (comme la nécessité d'une notification écrite et de sa motivation, la présence d'un manquement imputable au débiteur, la nécessité d'une mise en demeure lorsque le créancier n'en est pas dispensé). Le créancier qui décide de résoudre le contrat alors que la clause résolutoire est interdite par la loi ou alors qu'il ne respecte pas ses conditions d'application, commet une faute parce qu'il a agi sans pouvoir décisionnel (S. STIJNS, 1, n° 280; P. WÉRY, I, n° 756).

hebben. Voorts moet de schuldeiser een keuze maken tussen de verschillende sancties die voorhanden zijn en dus zijn schuldenaar in kennis stellen van zijn keuze.

De schuldeiser moet het ontbindend beding in werking stellen met inachtneming van de voorwaarden die door de partijen zijn gestipuleerd in het contract alsook met de vereisten van goede trouw. Teneinde de schuldenaar te beschermen en een gerechtelijke controle *a posteriori* mogelijk te maken, vereist de voorgestelde bepaling dat de kennisgeving gemotiveerd is, in die zin dat zij melding moet maken van de tekortkomingen die de schuldeiser aan zijn schuldenaar verwijt. Voorafgaand aan de kennisgeving richt hij een ingebrekestelling tot zijn schuldenaar, tenzij een beding of een uitzondering hem daarvan vrijstelt (zie artt. 5 231-5 233).

Bij betwisting van de buitengerechtelijke ontbinding heeft de schuldenaar steeds de mogelijkheid om zich te wenden tot de rechter, die dan een dubbele controle *a posteriori* zal kunnen uitoefenen. De rechter kan immers controleren of de inwerkingstelling van het ontbindend beding *regelmatig* is en of de ontbinding *rechtmatig* is, of zij met andere woorden conform de vereisten van de goede trouw is en dus geen inbreuk vormt op het verbod op rechtsmisbruik. Hij beschikt daarentegen niet meer over de bevoegdheid om een laatste uitvoeringstermijn toe te kennen aan de schuldenaar (J.-F. GERMAIN, "Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse", (noot onder Cass., 9 maart 2009), *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2010, blz. 134, nr. 5; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht, Themis Cahier* 95, 2015-16, (79), nrs. 56-61; S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions", in M. Dupont (dir.) *Les obligations contractuelles, Collection Jeune Barreau de Bruxelles*, Larcier, 2016, (269), nr. 39 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, nr. 597; P. WÉRY, I, nr. 756).

De controle van de *formele regelmatigheid* van de ontbinding heeft betrekking op de geldigheid van het beding en de naleving van de toepassingsvoorwaarden ervan (zoals de vereiste van een schriftelijke kennisgeving en de motivering ervan, de aanwezigheid van een aan de schuldenaar toerekenbare tekortkoming, de vereiste van een aanmaning wanneer de schuldeiser daarvan niet is vrijgesteld). De schuldeiser die beslist het contract te ontbinden terwijl het ontbindend beding wettelijk verboden is of wanneer hij de toepassingsvoorwaarden ervan niet in acht neemt, begaat een fout omdat hij zonder beslissingsbevoegdheid heeft gehandeld (S. STIJNS, 1, nr. 280; P. WÉRY, I, nr. 756).

Le contrôle de la *légitimité* de la résolution donne au juge la possibilité de contrôler si l'application de la clause résolutoire ne procédait pas, dans les circonstances concrètes, d'un abus de droit. Une résolution peut être considérée abusive lorsque le manquement reproché est minime et que la clause est formulée de façon fort générale visant "les cas de manquement" sans autres précisions (S. STIJNS et F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions", in *Les obligations contractuelles*, Collection Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier, 2016, (269), n° 41; S. STIJNS et F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht*, *Themis Cahier* 95, 2015-16, (79), n° 61) ou lorsqu'il est établi que le débiteur a émis une offre raisonnable pour y remédier mais que le créancier a refusé cette proposition sans raison fondée.

De cette manière, la gravité des manquements contractuels peut faire, après coup, l'objet d'un contrôle marginal qui tient compte des circonstances concrètes de l'espèce. La Cour de cassation a entériné cette possibilité pour le juge du fond de vérifier *a posteriori* si la mise en œuvre de la clause résolutoire n'est pas constitutive d'un abus de droit (Cass. 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, 689, concl. Contraires: Genicot, *Arr. Cass.*, 2009, p. 762, *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J.-F. Germain et *J.T.*, 2009, 392; Cass. 8 février 2010, *Pas.*, 2010, 402 et *T.B.O.*, 2011, 163; Cass. 5 décembre 2014, AR C.14 0061.N. (impl.)). Ce pouvoir était déjà consacré par la doctrine moderne (voy. plus haut, la doctrine relative au double contrôle *a posteriori*) et quelques décisions du fond (p.ex. Anvers, 29 juin 2007, *R.W.*, 2009-10, 105, note J. De Coninck; Civ. Gand, 13 janvier 2009, *R.W.*, 2009-10, 114).

L'article 5.94, ci-après, dispose que dans le cas d'une résolution non judiciaire irrégulière ou abusive, la déclaration du créancier est *inefficace*. Le contrat n'est donc pas résolu et continue à sortir ses effets. La doctrine avait déjà mis en avant cette sanction, tant pour l'hypothèse d'irrégularité que pour le cas d'abus de droit dans la mise en œuvre de la clause résolutoire (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n° 371; S. STIJNS et F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht*, *Themis Cahier* 95, 2015-16, (79), n° 62 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, n° 597).

La Cour de cassation a reconnu la sanction de l'inefficacité d'une résolution irrégulière dans un cas où une banque avait mis en œuvre une clause résolutoire sans respecter l'obligation de mise en demeure qui avait été

De controle van de *rechtmatigheid* van de ontbinding geeft de rechter de gelegenheid om na te gaan of de toepassing van het ontbindend beding in de gegeven omstandigheden niet voortkwam uit een rechtsmisbruik. Een ontbinding kan als abusief worden beschouwd wanneer de ten laste gelegde tekortkoming miniem is en het beding in zeer algemene zin geformuleerd is, doelend op "de gevallen van tekortkoming", zonder verdere preciseringen (S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions", in *Les obligations contractuelles*, Collection Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier, 2016, (269), nr. 41; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht*, *Themis Cahier* 95, 2015-16, (79), nr. 61) of wanneer vaststaat dat de schuldenaar een redelijk aanbod heeft gedaan om daaraan te verhelpen maar de schuldeiser dat voorstel verworpen heeft zonder gegronde reden.

Op die manier kan de ernst van de contractuele tekortkomingen naderhand onderworpen worden aan een marginale toetsing die rekening houdt met de concrete omstandigheden van de zaak. Het Hof van Cassatie heeft die mogelijkheid voor de feitenrechter om *a posteriori* na te gaan of de inwerkingstelling van het ontbindend beding geen rechtsmisbruik inhoudt, bekrachtigd (Cass. 9 maart 2009, *Pas.*, 2009, 689, concl. op tegenspraak: Genicot, *Arr. Cass.*, 2009, blz. 762, *R.G.D.C.*, 2010, blz. 130, noot J.-F. Germain en *J.T.*, 2009, 392; Cass. 8 februari 2010, *Pas.*, 2010, 402 en *T.B.O.*, 2011, 163; Cass. 5 december 2014, AR C.14 0061.N. (impl.)). Die bevoegdheid was reeds bekrachtigd door de rechtsleer (zie *supra*, rechtsleer betreffende de dubbele controle *a posteriori*) en enkele beslissingen ten gronde (bv. Antwerpen, 29 juni 2007, *R.W.*, 2009-10, 105, noot J. De Coninck; Rb. Gent, 13 januari 2009, *R.W.*, 2009-10, 114).

Hiernavolgend artikel 5.94 bepaalt dat, in het geval van een onregelmatige of van een abusieve buitengerechtelijke ontbinding, de verklaring van de schuldeiser *onwerkzaam* is. Het contract wordt dus niet ontbonden en blijft gevolgen sorteren. In de rechtsleer was die sanctie reeds naar voren gebracht, zowel voor het geval van onregelmatigheid als voor het geval van rechtsmisbruik bij de inwerkingstelling van het ontbindend beding (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nr. 371; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht*, *Themis Cahier* 95, 2015-16, (79), nr. 62 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, nr. 597).

Het Hof van Cassatie heeft de sanctie van onwerkzaamheid van een onregelmatige ontbinding erkend in een geval waarin een bank een ontbindend beding in werking had gesteld zonder inachtneming van de

prévue à la clause (Cass. 11 mai 2012, *Pas.*, 2012, 1066 et *J.L.M.B.*, 2013, 1018, note P. Wéry. Au fond, voy. Liège 15 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, 1191; Bruxelles 24 février 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 616; Bruxelles 11 décembre 2001, *Bank. Fin.*, 2002, 283, note O. Stevens).

Une sanction comparable est envisageable pour le cas où la mise en œuvre de la clause résolutoire constitue un abus de droit, puisque la Cour de cassation estime que sa réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause (Cass. 8 février 2001, *Pas.*, 2001, 244, *Arr. Cass.*, 2001, 245, *R.W.*, 2001-02, 778, note A. Van Oevelen; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, 2470, *R.W.*, 2011-12, 142, note S. Jansen et S. Stijns, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2012, 387, note P. Bazier. Par ex. Anvers 29 juin 2007, *R.W.*, 2009-10, 105, note J. De Coninck).

La doctrine moderne souscrit à cette manière de sanctionner l'abus, particulièrement en cas d'abus dans l'application d'une clause résolutoire expresse (J. DE CONINCK, "De voor de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* vereiste samenhang tussen verbintenissen en de toetsing van een op een uitdrukkelijk ontbindend beding gegronde ontbindingsbeslissing aan de goede trouw", (note sous Anvers 29 juin 2007), *R.W.*, 2009-10, 111, n° 3; J.-F. GERMAIN, "Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse", (note sous Cass. 9 mars 2009), *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2010, 136, n° 7; S. STIJNS et F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht*, Themis Cahier 95, 2015-16, n° 65; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, n° 597). De cette façon, le juge sanctionne l'usage qui est fait de la clause résolutoire dans les circonstances de l'espèce, mais il n'y a ni annulation, ni déchéance de la clause qui ne disparaît pas du contrat. En cas de manquement ultérieur du débiteur, le créancier pourra (sous réserve d'abus de droit) à nouveau faire appel à la clause résolutoire.

Article 5.93

Résolution par notification du créancier

La disposition proposée innove en introduisant dans le régime légal de la résolution pour inexécution, la possibilité d'une résolution par simple notification écrite du créancier, sans recours préalable au juge, et ce, même en l'absence d'une clause résolutoire. Il s'agit donc, pour le créancier victime d'une inexécution fautive, d'une

verplichte aanmaning die in het beding was opgelegd (Cass. 11 mei 2012, *Pas.*, 2012, 1066 en *J.L.M.B.*, 2013, 1018, noot P. Wéry. Ten gronde, zie Luik 15 februari 2008, *J.L.M.B.*, 2008, 1191; Brussel 24 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 616; Brussel 11 december 2001, *Bank. Fin.*, 2002, 283, noot O. Stevens).

Een vergelijkbare sanctie kan worden overwogen voor het geval waarin de inwerkingstelling van het ontbindend beding rechtsmisbruik uitmaakt, vermits het Hof van Cassatie van oordeel is dat het herstel ervan erin kan bestaan de schuldeiser het recht te ontzeggen om zich op het beding te beroepen (Cass. 8 februari 2001, *Pas.*, 2001, 244, *Arr. Cass.*, 2001, 245, *R.W.*, 2001-02, 778, noot A. Van Oevelen; Cass., 1 oktober 2010, *Pas.*, 2010, 2470, *R.W.*, 2011-12, 142, noot S. Jansen en S. Stijns, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2012, 387, noot P. Bazier. Bv. Antwerpen 29 juni 2007, *R.W.*, 2009-10, 105, noot J. De Coninck).

De hedendaagse rechtsleer schaaft zich achter deze wijze van sanctionering van het rechtsmisbruik, in het bijzonder in het geval van misbruik bij de toepassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding (J. DE CONINCK, "De voor de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* vereiste samenhang tussen verbintenissen en de toetsing van een op een uitdrukkelijk ontbindend beding gegronde ontbindingsbeslissing aan de goede trouw", (noot onder Antwerpen 29 juni 2007), *R.W.*, 2009-10, 111, nr. 3; J.-F. GERMAIN, "Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse", (noot onder Cass. 9 maart 2009), *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2010, 136, nr. 7; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Verbintenissenrecht*, Themis Cahier 95, 2015-16, nr. 65; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, nr. 597). Aldus sanctioneert de rechter het precieze gebruik dat gemaakt wordt van het ontbindend beding in de gegeven omstandigheden, maar zonder nietigverklaring of verbeuring van het beding, dat niet uit het contract verdwijnt. Ingeval van een tekortkoming naderhand van de schuldenaar, zal de schuldeiser (onder voorbehoud van rechtsmisbruik) opnieuw een beroep kunnen doen op het ontbindend beding.

Artikel 5.93

Ontbinding door kennisgeving van de schuldeiser

De voorgestelde bepaling is vernieuwend doordat zij voorziet in de invoering, in het wettelijke regime van de ontbinding wegens niet-nakoming, van de mogelijkheid tot ontbinding door louter schriftelijke kennisgeving van de schuldeiser, zonder voorafgaand beroep op de rechter, zelfs in afwezigheid van een ontbindend beding.

troisième voie pour résoudre le contrat, à côté de la résolution judiciaire et de la résolution non judiciaire en vertu d'une clause résolutoire. À l'heure actuelle, seules certaines dispositions légales particulières habilitent le créancier à résoudre le contrat, de son propre chef, dans certains contrats spéciaux (p. ex. art. 1657 C. civ. en matière de vente de denrées et effets mobiliers; art. 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail; art. X.36 CDE en matière de concessions de vente exclusive à durée indéterminée; art. X.17 CDE en matière d'agence commerciale). Par la Convention de Vienne (artt. 49 et 64) le droit belge reconnaît déjà, à chaque partie dans une vente internationale de marchandises, le droit de résoudre unilatéralement le contrat lorsqu'elle est victime d'une inexécution essentielle.

En introduisant cette résolution unilatérale ou non judiciaire dans le droit commun des contrats, la proposition suit l'évolution marquante dans les codes civils de nos pays voisins (artt. 1224 et 1226, al. 1 et 3 C. civ. fr.; artt. 6:265 et 6:267 NBW et § 349 BGB) et dans le *soft law* (art. 7.3.2. Unidroit, art. III.-3:507 (1) DCFR et art. 9:303 (1) PECL).

La nouvelle disposition consacre l'évolution du droit belge vers la reconnaissance de la résolution par déclaration, même en l'absence d'une clause résolutoire. La résolution judiciaire a, en effet, de sérieux désavantages. Dès les années 1970, la doctrine avait souligné que *"le régime de la résolution judiciaire présente (...) de graves inconvénients en ce qu'il s'accommode mal des lenteurs de la justice, particulièrement dans le domaine du droit commercial"* (P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 896, n° 582. Déjà en 1975: P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence: obligations (1968-1973)", *R.C.J.B.*, 1975, (597), 605, n° 65). Depuis lors, ces inconvénients ont également surgi dans les contrats conclus par des particuliers, comme les contrats d'entreprise. L'intervention préalable du juge empêche le créancier d'intervenir à chaud et il ne sera pas délié du contrat, ni son débiteur sanctionné, avant des mois, souvent des années. De plus, il supporte durant ce long temps d'attente une grande incertitude quant au sort du contrat liée au large pouvoir d'appréciation du juge. L'arriéré judiciaire a aggravé ces inconvénients (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 360; S. STIJNS, 1, n° 282 et s.; P. WÉRY, I, n° 786 et s.).

Une doctrine abondante a plaidé, au siècle dernier, en faveur de l'introduction en droit belge de cette forme de résolution (voy. p. ex. au siècle dernier: M. BOURMANNE,

Het gaat dus voor de schuldeiser die slachtoffer is van een verwijtbare niet-nakoming, om een *derde manier* om het contract te ontbinden, naast de gerechtelijke ontbinding en de buitengerechtelijke ontbinding krachtens een ontbindend beding. Thans machtigen slechts welbepaalde bijzondere wetsbepalingen de schuldeiser om het contract – eigenmachtig – te ontbinden, in het kader van bijzondere overeenkomsten (bv. art. 1657 BW inzake de verkoop van waren en roerende goederen; art. 35 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeids-overeenkomsten; art. X.36 WER inzake onbepaalde tijd verleende verkoopconcessies; art. X.17 WER inzake handelsagentschapen). Via het Weens Koopverdrag (artt. 49 en 64) kent het Belgische recht reeds aan elke partij bij een internationale verkoop van goederen het recht toe om eenzijdig het contract te ontbinden wanneer zij slachtoffer is van een essentiële niet-nakoming.

Met de invoering van deze eenzijdige of buitengerechtelijke ontbinding in het gemeen contractenrecht volgt het voorstel de markante evolutie in de burgerlijke wetboeken van onze buurlanden (artt. 1224 en 1226, lid 1 en 3, C. civ. fr.; artt. 6:265 en 6:267 NBW en § 349 BGB) en in de *soft law* (art. 7.3.2. Unidroit, art. III.-3:507 (1) DCFR en art. 9:303 (1) PECL).

De nieuwe bepaling verankert de evolutie van het Belgische recht naar de erkenning van de ontbinding door verklaring, zelfs bij ontstentenis van een ontbindend beding. De gerechtelijke ontbinding heeft immers ernstige nadelen. In de zeventiger jaren werd in de rechtsleer benadrukt dat *"het stelsel van de gerechtelijke ontbinding ernstige pijnpunten vertoont, aangezien het slecht spoort met de trage werking van het gerecht, in het bijzonder in het domein van het handelsrecht"* (vertaling van: P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 896, nr. 582. Reeds in 1975: P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence: obligations (1968-1973)", *R.C.J.B.*, 1975, (597), 605, nr. 65). Sindsdien doen die pijnpunten ook van zich spreken in de contracten afgesloten tussen particulieren, zoals de aannemingsovereenkomsten. De voorafgaande tussenkomst van de rechter belet de schuldeiser meteen in te grijpen; het zal dan ook maanden of zelfs jaren duren vooraleer hij bevrijd wordt van het contract of zijn schuldenaar een sanctie ondergaat. Voorts verkeert hij gedurende die aanslepende wachtperiode in grote onzekerheid over het lot van het contract, in het licht van de ruime beoordelingsbevoegdheid van de rechter. De gerechtelijke achterstand heeft die pijnpunten nog versterkt (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 360; S. STIJNS, 1, nr. 282 e.v.; P. WÉRY, I, nr. 786 e.v.).

In de vorige eeuw sprak een groot deel van de rechtsleer zich uit voor de invoering van deze ontbindingsvorm in het Belgisch recht (zie M. BOURMANNE, noot

note sous Liège 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, 14-25; TH. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, n° 212-245; M. FONTAINE, “La mise en œuvre de la résolution”, *R.C.J.B.* 1991, (4), n° 27, 28, 36-41; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n° 386-512; S. STIJNS, “La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets”, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, (375), n° 34-41; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence: les obligations – les sources (1985-1995)”, *J.T.*, 1996, (689), n° 147-150; A. VAN OEVELEN, “Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen”, *R.W.*, 1994-95, (793), n° 58; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen”, *R.C.J.B.*, 1975, (597), 605 et s., n° 65 et 65bis; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen”, *R.C.J.B.*, 1986, (33) n° 97-100 et 130; M. VAN RUYMBEKE, “Et si la résolution n’était plus judiciaire...”, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9850/3 verso).

La jurisprudence des juges du fond a rapidement suivi ce courant doctrinal (voy. les premières décisions des cinq cours d’appel: Bruxelles 2 juin 1976, *T. Aann.*, 1981, 123, note De Bock; Mons 21 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 125 et *R.C.J.B.*, 1991, 8, note M. Fontaine; Mons 19 décembre 1984, *R.D.C./T.B.H.*, 1985, 693, note L. Ballon; Liège 6 décembre 1985, *R.R.D.*, 1987, 11, note M. Bourmanne; Gand 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-91, 705, note E. Dirix; Liège 24 juillet 1991, *J.T.*, 1991, 698; Liège 1^{er} octobre 1991, *T.Aann.*, 1993, 302, note Flamme; Mons 11 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, 211, note Roland; Anvers 30 mars 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, 53; Anvers 25 mai 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, 197; Anvers 3 juin 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, 223, note; Anvers 24 juin 2002, *Limb. Rechtsl.*, 2002, 289, note P. Vanhelmont; Bruxelles 9 mars 2004, AR n° 2593/2000, www.cass.be).

La Cour de cassation, saisie à deux reprises d’un recours contre une décision du fond qui avait entériné une résolution unilatérale, a rejeté ces pourvois. Elle n’a pas condamné l’acceptation d’une forme de résolution unilatérale, mais l’ambiguïté des motifs de ses arrêts a suscité une controverse doctrinale et n’a pas créé la sécurité juridique attendue par les praticiens et la doctrine (Cass. 2 mai 2002, *R.C.J.B.*, 2004, 291, note P. Wéry, *R.W.*, 2002-2003, 501, note A. Van Oevelen, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, 337, note S. Stijns; Cass. 2 mai 2002, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, 339, note S. Stijns). Dans un arrêt du 16 février 2009, la Cour de cassation réitère son raisonnement équivoque et réaffirme la possibilité pour le créancier de résoudre unilatéralement le contrat, à ses risques et périls. Elle explicite aussi les conditions d’application de cette résolution (qui sont reprises dans

onder Luik 6 december 1985, *R.R.D.*, 1987, 14-25; TH. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, nrs. 212-245; M. FONTAINE, “La mise en œuvre de la résolution”, *R.C.J.B.* 1991, (4), nrs. 27, 28, 36-41; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nr. 386-512; S. STIJNS, “La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets”, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, (375), nrs. 34-41; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence: les obligations – les sources (1985-1995)”, *J.T.*, 1996, (689), nrs. 147-150; A. VAN OEVELEN, “Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen”, *R.W.*, 1994-95, (793), nr. 58; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen”, *R.C.J.B.*, 1975, (597), 605 e.v., nrs. 65 en 65bis; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen”, *R.C.J.B.*, 1986, (33) nrs. 97-100 en 130; M. VAN RUYMBEKE, “Et si la résolution n’était plus judiciaire...”, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9850/3 verso).

De rechtspraak van de feitenrechters heeft die stroming in de rechtsleer al snel gevolgd (zie de eerste beslissingen van de vijf hoven van beroep: Brussel 2 juni 1976, *T. Aann.*, 1981, 123, noot De Bock; Bergen 21 juni 1983, *Pas.*, 1983, I, 125 en *R.C.J.B.*, 1991, 8, noot M. Fontaine; Bergen 19 december 1984, *R.D.C./T.B.H.* 1985, 693, noot L. Ballon; Luik 6 december 1985, *R.R.D.*, 1987, 11, noot M. Bourmanne; Gent 29 avril 1988, *R.W.*, 1990-91, 705, noot E. Dirix; Luik 24 juli 1991, *J.T.*, 1991, 698; Luik 1 oktober 1991, *T.Aann.*, 1993, 302, noot Flamme; Bergen 11 december 1991, *R.R.D.*, 1992, 211, noot Roland; Antwerpen 30 maart 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, 53; Antwerpen 25 mei 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, 197; Antwerpen 3 juni 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, 223, noot; Antwerpen 24 juni 2002, *Limb. Rechtsl.*, 2002, 289, noot P. Vanhelmont; Brussel 9 maart 2004, AR nr. 2593/2000, www.cass.be).

Het Hof van Cassatie, dat tweemaal een beroep voorgelegd kreeg tegen een beslissing ten gronde die een eenzijdige beslissing had bekrachtigd, heeft die voorzieningen verworpen. Het Hof heeft de aanvaarding van een vorm van eenzijdige ontbinding niet veroordeeld, maar wel heeft de dubbelzinnigheid van de motivering van deze arresten tot een controverse in de rechtsleer geleid en is de rechtszekerheid die door de rechtsbeoefenaars en de rechtsleer verwacht werd, uitgebleven (Cass. 2 mei 2002, *R.C.J.B.*, 2004, 291, noot P. Wéry, *R.W.*, 2002-2003, 501, noot A. Van Oevelen, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, 337, noot S. Stijns; Cass. 2 mei 2002, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, 339, noot S. Stijns). In een arrest van 16 februari 2009 herhaalt het Hof van Cassatie zijn dubbelzinnige redenering en herbevestigt het de mogelijkheid voor de schuldeiser om

la disposition proposée), laissant toutefois ouvertes certaines questions (*Pas.*, 2009, 485, *Arr.Cass.*, 2009, 537, *J.T.*, 2010, 352, note M. Dupont, *R.W.*, 2011-12, 1843, note J. Baeck).

Les juges du fond ont maintenu leur jurisprudence en faveur de la résolution sans recours préalable au juge et une partie importante de la doctrine attend une clarification du régime de la résolution non judiciaire (p. ex. M. DUPONT, “La résolution unilatérale: (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation” (note sous Cass. 16 février 2009), *J.T.*, 2010, (341) 343-345; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 362; S. JANSEN, “Actuele ontwikkelingen inzake (niet-)nakoming van contracten”, in S. Stijns (ed.), *Verbintenissenrecht, Themis-cahier nr. 95*, Bruges, die Keure, 2015, (141) n° 9; S. STIJNS, 1, n° 284; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2014, 201-202; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (sous Cass. 2 mei 2002), *R.W.*, 2002-2003, (501), n°s 2-3; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 916 et s., n° 591; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (note sous Cass. 2 mai 2002), *R.C.J.B.*, 2004, (300), n° 33).

Dans son arrêt du 23 mai 2019, la Cour de Cassation reconnaît en termes clairs la résolution non judiciaire (Cass., 23 mai 2019, *RGDC/TBBR* 2019, 474, note S. STIJNS et S. JANSEN; *J.T.* 2020, 26, et article préliminaire de S. STIJNS et P. WÉRY). En dépit de la formulation de l'article 1184 du Code civil, cet arrêt admet la résolution d'un contrat synallagmatique par simple notification.

L'article proposé soumet la résolution par déclaration du créancier à la même condition de fond que celle imposée pour la résolution judiciaire: *la présence d'une inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution*. Comme il n'appartient pas au juge de la prononcer, c'est le créancier qui provoquera, de son propre chef, la résolution du contrat par la notification écrite de sa décision. Afin de protéger le débiteur et de rendre possible un contrôle ultérieur, la notification au débiteur contiendra l'indication des manquements qui justifient la décision du créancier (voy. sur le point de la notification, le commentaire de l'article précédent. *Adde*: Gand 13 novembre 2013, *NjW*, 2014, 850, note R. Steennot; Anvers 17 octobre 2011, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2014, 224; S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten:

het contract, op eigen risico, eenzijdig te ontbinden. Het Hof verduidelijkt ook de toepassingsvoorwaarden voor die ontbinding (die overgenomen zijn in de voorgestelde bepaling), waarbij het evenwel nog vragen onbeantwoord laat (*Pas.*, 2009, 485, *Arr.Cass.*, 2009, 537, *J.T.*, 2010, 352, noot M. Dupont, *R.W.*, 2011-12, 1843, noot J. Baeck).

De feitenrechtters hebben vastgehouden aan hun rechtspraak ten gunste van de ontbinding zonder voorafgaand beroep op de rechter; een aanzienlijk deel van de rechtsleer wacht op klaarheid in de regeling van de buitengerechtelijke ontbinding (bv. M. DUPONT, “La résolution unilatérale: (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation” (noot onder Cass. 16 februari 2009), *J.T.*, 2010, (341) 343-345; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 362; S. JANSEN, “Actuele ontwikkelingen inzake (niet-)nakoming van contracten”, in S. Stijns (ed.), *Verbintenissenrecht, Themis-cahier nr. 95*, Brugge, die Keure, 2015, (141) nr. 9; S. STIJNS, 1, nr. 284; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2014, 201-202; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (onder Cass. 2 mei 2002), *R.W.*, 2002-2003, (501), nrs. 2-3; P. VAN OMMEFLAGHE, I, 2013, 916 e.v., nr. 591; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *R.C.J.B.*, 2004, (300), nr. 33).

Met een arrest van 23 mei 2019 heeft het Hof van Cassatie in duidelijke bewoordingen de buitengerechtelijke ontbinding erkend (Cass. 23 mei 2019, *TBBR/RGDC* 2019, 474, noot S. STIJNS en S. JANSEN, *JT* 2020, 26, en voorafgaandelijk artikel S. STIJNS en P. WÉRY). Dit arrest aanvaardt, ondanks de formulering van 1184 BW de ontbinding van een wederkerig contract op loutere kennisgeving.

Het voorgesteld artikel onderwerpt de ontbinding door verklaring van de schuldeiser aan dezelfde grondvoorwaarde als die voor de gerechtelijke ontbinding: *de aanwezigheid van een voldoende ernstige niet-nakoming om de ontbinding te rechtvaardigen*. Aangezien de rechter haar niet behoort uit te spreken, brengt de schuldeiser eigenmachtig de ontbinding van het contract teweeg door een schriftelijke kennisgeving van zijn beslissing. Teneinde de schuldenaar te beschermen en naderhand een controle mogelijk te maken, zal de kennisgeving aan de schuldenaar de vermelding bevatten van de tekortkomingen die de beslissing van de schuldeiser rechtvaardigen (zie, voor de kennisgeving, het commentaar bij vorig artikel. *Adde*: Gent 13 november 2013, *NjW*, 2014, 850, noot R. Steennot; Antwerpen 17 oktober 2011, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2014, 224; S. STIJNS, “De

door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend”, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, (258), n° 33).

Il est donc clair que l’exigence de “circonstances exceptionnelles” privant de tout objet ou de toute utilité le pouvoir préalable du juge d’accorder un dernier délai n’est plus d’application puisque, selon l’arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2019, la résolution unilatérale ne requiert plus de circonstances exceptionnelles et la résolution par notification disposera désormais d’une base légale.

Les conditions d’urgence et de circonstances exceptionnelles requises pour le remplacement unilatéral à l’article 5.85, alinéa 3, ne sont donc pas exigées pour la résolution par voie de notification. Celle-ci nécessite, en effet, une inexécution suffisamment grave, laquelle condition n’est pas requise pour le remplacement unilatéral.

Bien entendu, en vertu du droit commun, la sanction sera, en règle générale, précédée d’une mise en demeure et le créancier prendra, en conformité aux exigences de la bonne foi, les mesures utiles pour constater les défaillances du débiteur. La constatation de ces défaillances doit rendre possible le contrôle ultérieur par le juge.

Enfin, la disposition proposée contient la précision importante que le créancier agit “à ses risques et périls”. Cette expression attire l’attention du créancier sur le fait qu’il apprécie lui-même le manquement qu’il reproche à son débiteur défaillant et qu’il y a donc toujours une incertitude dans son chef sur la gravité *suffisante* de l’inexécution invoquée comme justification de sa décision. C’est la différence principale avec la situation où le créancier met fin au contrat sur base d’une clause résolutoire dans laquelle les parties ont convenu à l’avance du caractère suffisamment grave de certains manquements justifiant une résolution unilatérale.

L’expression que le créancier agit “à ses risques et périls” met également en exergue que la décision du créancier *pourra toujours être contestée* par le débiteur et soumise à un double contrôle judiciaire *a posteriori*.

L’intervention *a posteriori* du juge n’est qu’éventuelle et a souvent lieu à la demande du débiteur qui conteste la décision du créancier. Mais chacune des parties est libre de saisir le tribunal. Le juge pourra soit confirmer soit désavouer la décision du créancier (S. STIJNS,

buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend”, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, (258) nr. 33).

Het is dus duidelijk dat de vereiste van “uitzonderlijke omstandigheden”, die van aard zijn om de voorafgaande rechterlijke bevoegdheid tot toekenning van een laatste termijn elk voorwerp of nut te ontnemen, niet langer van toepassing is vermits de eenzijdige ontbinding, volgens het arrest van het Hof van Cassatie van 23 mei 2019, de uitzonderlijke omstandigheden niet meer vereist en voortaan de ontbinding op kennisgeving op een wettelijke grondslag zal berusten.

De vereisten van hoogdringendheid en uitzonderlijke omstandigheden, opgelegd voor de eenzijdige vervanging bij artikel 5.85, derde lid, gelden dus niet voor de buitengerechtelijke ontbinding bij kennisgeving. Die ontbinding veronderstelt een voldoende ernstige niet-nakoming, wat niet vereist is voor de eenzijdige vervanging.

Krachtens het gemeen recht zal de sanctie uiteraard, in de regel, voorafgegaan worden door een aanmaning en zal de schuldeiser, overeenkomstig de vereisten van de goede trouw, de dienstige maatregelen nemen om de tekortkoming(en) van de schuldenaar vast te stellen. De vaststelling van die tekortkoming(en) moet de controle achteraf door de rechter mogelijk maken.

Ten slotte omvat de voorgestelde bepaling de belangrijke precisering dat de schuldeiser “*op eigen risico*” handelt. Die uitdrukking vestigt de aandacht van de schuldeiser op het feit dat hijzelf de tekortkoming beoordeelt die hij zijn nalatige schuldenaar verwijt, en dat er voor hem dus steeds enige onzekerheid bestaat of de niet-nakoming die is aangehaald als rechtvaardiging van zijn beslissing, voldoende ernstig is. Daarin ligt het voornaamste verschil met de situatie waarbij de schuldeiser een einde maakt aan het contract op grond van een ontbindend beding waarin de partijen vooraf overeengekomen zijn over de afdoende mate van ernst van bepaalde tekortkomingen waardoor een eenzijdige ontbinding gerechtvaardigd is.

De uitdrukking dat de schuldeiser handelt “*op eigen risico*” maakt ook duidelijk dat de beslissing van de schuldeiser steeds zal *kunnen worden betwist* door de schuldenaar en onderworpen is aan een dubbele gerechtelijke controle *a posteriori*.

De tussenkomst *a posteriori* van de rechter gebeurt slechts eventueel, vaak op verzoek van de schuldenaar die de beslissing van de schuldeiser betwist. Maar elke partij is vrij om haar zaak aanhangig te maken bij de rechtbank. De rechter kan de beslissing van de schuldeiser

De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding, 1994, n^{os} 494-499; P. WÉRY, I, 766, n^o 792).

L'office du juge est, dans le cas d'un contrôle *a posteriori*, comparable à la situation d'une mise en œuvre contestée d'une clause résolutoire (voy. le commentaire sous l'art. 5.92, al. 2). Le contrôle peut porter sur la *régularité* de la résolution non judiciaire (le respect des conditions d'application de fond et de forme) et sur sa *légitimité* à la lumière de l'interdiction de l'abus de droit. Le juge ne dispose pas du pouvoir d'accorder un délai d'exécution au débiteur, préalablement à la résolution (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n^{os} 509-510; S. STIJNS, "La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets", in *Les obligations contractuelles*, 2000, (375), n^o 39; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, (258), n^o 12; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 915, n^{os} 590 et 920, n^o 591).

La notification d'une résolution irrégulière ou abusive est frappée d'inefficacité (*onwerkzaamheid*), conformément à l'article 5.94.

Le débiteur pourra demander au tribunal de déclarer la résolution fautive et il pourra faire appel aux sanctions de l'inexécution et à la responsabilité contractuelle du créancier (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n^{os} 372 et 506-510; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 915, n^{os} 590 et 920, n^o 591; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (sous Cass. 2 mai 2002), *R.W.*, 2002-2003, (501), n^o 7; P. WÉRY, I, n^o 792).

Article 5.94

Résolution non judiciaire irrégulière ou abusive

En cas de contestation d'une résolution non judiciaire, c'est souvent le débiteur qui saisira le juge du litige. Le créancier peut toutefois aussi agir en justice, par exemple pour obtenir la confirmation de sa décision et mettre fin à une contestation soulevée par son débiteur. Il peut aussi vouloir un titre exécutoire pour obtenir le

bevestigen of afkeuren (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 494-499; P. WÉRY, I, 766, nr. 792).

De rol van de rechter is, in het geval van een controle *a posteriori*, vergelijkbaar met de situatie van een betwiste inwerkingstelling van een ontbindend beding (zie commentaar bij art. 5.92, lid 2). De controle kan betrekking hebben op de *regelmaticheid* van de buitengerechtelijke ontbinding (de naleving van de inhoudelijke en vormelijke toepassingsvoorwaarden) en op de *rechtmatigheid* ervan in het licht van het verbod op rechtsmisbruik. De rechter beschikt niet over de bevoegdheid om een uitvoeringstermijn toe te kennen aan de schuldenaar, voorafgaandelijk aan de ontbinding (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 509-510; S. STIJNS, "La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets", in *Les obligations contractuelles*, 2000, (375), nr. 39; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, (258), nr. 12; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 915, nrs. 590 en 920, nr. 591).

De kennisgeving van een onregelmatige of abusieve ontbinding is onwerkzaam, overeenkomstig artikel 5.94.

De schuldenaar zal de rechtbank kunnen vragen om de ontbinding als foutief aan te merken en zal een beroep kunnen doen op de sancties voor niet-nakoming en op de contractuele aansprakelijkheid van de schuldeiser (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 372 en 506-510; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 915, nr. 590 en 920, nr. 591; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (onder Cass. 2 mei 2002), *R.W.*, 2002-2003, (501), nr. 7; P. WÉRY, I, nr. 792).

Artikel 5.94

Onregelmatige of abusieve buitengerechtelijke ontbinding

Bij betwisting van een buitengerechtelijke ontbinding zal vaak de schuldenaar het geschil bij de rechter aanhangig maken. De schuldeiser kan evenwel ook in rechte optreden, bijvoorbeeld om de bevestiging van zijn beslissing te verkrijgen en een einde te maken aan een betwisting vanwege zijn schuldenaar. Hij kan ook

paiement de dommages et intérêts complémentaires à la résolution ou des restitutions éventuelles.

Le juge saisi *a posteriori* a le choix entre confirmer ou désavouer la décision du créancier de résoudre le contrat.

Le commentaire des articles 5.92 et 5.93 indique, sources à l'appui, que le juge saisi *a posteriori* dispose d'un double pouvoir de contrôle. En effet, il peut être appelé à contrôler la *régularité* de la mise en œuvre de la résolution (ses conditions d'application de fond et de forme ont-elles été respectées?) et sa *légitimité* (la décision de résoudre est-elle abusive?).

La disposition proposée détermine la sanction et prévoit que si la notification de la résolution est jugée irrégulière ou abusive, elle est frappée d'*inefficacité*. La doctrine moderne avait déjà mis l'accent sur cette sanction (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n^{os} 371 et 507-510; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, (258), n^o 37; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (sous Cass. 2 mai 2002), *R.W.*, 2002-2003, (501), n^o 7; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, n^o 597; P. WÉRY, I, n^o 792). La résolution par le créancier constitue, en effet, une *décision de partie*. Lorsqu'elle est prise par le créancier en dehors des conditions d'application de son pouvoir décisionnel ou en abusant de son pouvoir, la décision reste sans effet. Le contrat n'est donc pas dissous.

La disposition consacre donc la sanction d'inefficacité. Dans le cas d'une résolution non judiciaire irrégulière, elle s'inspire de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 2012 qui confirme que lorsqu'une résolution en vertu d'une clause résolutoire ne respecte pas les conditions auxquelles elle est subordonnée, la résolution du contrat n'opère pas de sorte que, en règle, celui-ci continue à sortir ses effets (*Pas.*, 2012, 1066, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1018, note P. Wéry). La jurisprudence du fond applique également cette notion de l'inefficacité (p. ex. Liège, 15 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, 1191; Bruxelles 24 février 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 616; Bruxelles 11 décembre 2001, *Bank. Fin.*, 2002, 283, note O. Stevens). Une solution comparable a été reconnue en matière de résiliation irrégulière d'un contrat à durée déterminée

een uitvoerbare titel willen bekomen om aanvullende schadevergoeding bij de ontbinding of eventuele restituties te verkrijgen.

De rechter bij wie de zaak *a posteriori* aanhangig is gemaakt, heeft de keuze tussen bevestiging of afkeuring van de beslissing van de schuldeiser om het contract te ontbinden.

De toelichting bij de artikelen 5.92 en 5.93 geeft aan, aan de hand van talrijke bronnen, dat de rechter bij wie de zaak *a posteriori* aanhangig is gemaakt, over een dubbele controlebevoegdheid beschikt. Hij kan immers gevraagd worden om de *regelmatigheid* van de inwerkingstelling van de ontbinding te controleren (zijn de inhoudelijke en vormelijke toepassingsvoorwaarden ervan nageleefd?) en de *rechtmatigheid* ervan (is de beslissing tot ontbinding abusief?).

De voorgestelde bepaling bepaalt de sanctie en voorziet erin dat, wanneer de kennisgeving van de ontbinding als onregelmatig of abusief wordt beoordeeld, zij dan *onwerkzaam* is. In de hedendaagse rechtsleer was reeds de nadruk gelegd op die sanctie (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 371 en 507-510; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2003, (258), nr. 37; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (onder Cass. 2 mei 2002), *R.W.*, 2002-2003, (501), nr. 7; P. VAN OMMESLAGHE, I, 2013, 934, nr. 597; P. WÉRY, I, nr. 792). De ontbinding door de schuldeiser vormt immers een *partijbeslissing*. Wanneer zij genomen wordt door de schuldeiser buiten de toepassingsvoorwaarden voor zijn beslissingsbevoegdheid om of door misbruik van zijn bevoegdheid, blijft de beslissing zonder gevolg. Het contract wordt dus niet ontbonden.

De bepaling verankert dus de sanctie van onwerkzaamheid. In geval van een onregelmatige buitengerechtelijke ontbinding gaat zij uit van het arrest van het Hof van Cassatie van 11 mei 2012, dat bevestigt dat wanneer een ontbinding krachtens een ontbindend beding niet voldoet aan de geldende voorwaarden, zij geen doorgang vindt en in de regel effect blijft sorteren (*Pas.* 2012, 1066, *J.L.M.B.* 2013, blz. 1018, noot P. Wéry). De rechtspraak ten gronde hanteert eveneens die notie van onwerkzaamheid (bv. Luik, 15 februari 2008, *J.L.M.B.* 2008, 1191; Brussel 24 februari 1989, *J.L.M.B.* 1990, 616; Brussel 11 december 2001, *Bank. Fin.*, 2002, 283, noot O. Stevens). Een vergelijkbare oplossing werd erkend in het kader van een onregelmatige opzegging van een contract van bepaalde duur (Cass. 12 juni 2012, *Pas.* 2012,

(Cass. 12 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1317) et l'inefficacité d'une résiliation irrégulière ou abusive est également retenue à l'article 5.76, alinéa 4, relatif au contrat de durée déterminée.

Dans le cas où le créancier a abusé de son pouvoir de résoudre le contrat par notification, la sanction de cet abus peut aussi, à l'heure actuelle, se résumer à priver de ses effets l'exercice abusif de ce pouvoir. La doctrine moderne se base sur les arrêts du 8 février 2001 et du 10 octobre 2010 de la Cour de cassation qui reconnaissent la privation comme une des sanctions de l'exercice abusif d'une clause (cités au commentaire de l'art. 5.92). La doctrine a déjà plaidé pour retirer tout effet de droit à une résolution unilatérale lorsqu'elle est abusive (voy. la doctrine citée en relation à l'art. 5.92. *Adde*: S. STIJNS et F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions", in *Les obligations contractuelles*, 2016, (269), n° 42).

Lorsque la résolution non judiciaire est désavouée par le juge et déclarée inefficace, le contrat continue à sortir ses effets et les règles relatives aux sanctions de l'inexécution et de la responsabilité contractuelle s'appliquent à nouveau aux parties contractantes. En effet, une résolution non judiciaire irrégulière ou abusive peut être constitutive d'un manquement contractuel imputable au créancier qui en avait pris l'initiative (Bruxelles 30 septembre 2010, *D.A.O.R.*, 2011/97, 119; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n°s 372 et 506-510; P. VAN OMMESELAGHE, I, 2013, 915, n° 590; P. WÉRY, I, n° 792). Le contrat n'étant pas dissous, le débiteur peut choisir son exécution en nature et demander que le juge ordonne au créancier de reprendre ses engagements. Il peut aussi obtenir la réparation de son dommage. Il pourrait préférer la résolution du contrat aux torts du créancier qui a agi fautivement, avec des dommages-intérêts complémentaires. Le juge peut aussi être amené à résoudre le contrat aux torts réciproques des parties (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n°s 372 et 510; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *RGDC/TBBR* 2003, (258), n° 37; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (sous Cass. 2 mai 2002),

blz. 1317). De onwerkzaamheid van een onregelmatige of abusieve opzegging wordt eveneens in aanmerking genomen in artikel 5.76, vierde lid, met betrekking tot het contract van bepaalde duur.

Ingeval de schuldeiser misbruik gemaakt heeft van zijn bevoegdheid om het contract te ontbinden bij kennisgeving, kan de sanctie van dat misbruik thans ook erin bestaan om aan de abusieve uitoefening van die bevoegdheid haar gevolgen te ontzeggen. De hedendaagse rechtsleer gaat uit van de arresten van 8 februari 2001 en 10 oktober 2010 van het Hof van Cassatie, die de ontzegging erkennen als een van de sancties van het abusieve gebruik van een beding (aangehaald in de toelichting bij art. 5.92). Met betrekking tot ontbindende bedingen heeft de rechtsleer er reeds voor gepleit om een eenzijdige ontbinding alle rechtsgevolgen te ontnemen indien zij abusief is (zie rechtsleer aangehaald bij art. 5.92. *Adde*: S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions", in *Les obligations contractuelles*, 2016, (269), nr. 42).

Wanneer de buitengerechtelijke ontbinding wordt afgekeurd door de rechter en onwerkzaam wordt verklaard, blijft het contract van kracht en zijn de regels betreffende de sancties van de niet-nakoming en van de contractuele aansprakelijkheid opnieuw van toepassing op de contractspartijen. Een onregelmatige of abusieve buitengerechtelijke ontbinding kan immers een contractuele tekortkoming inhouden, die toerekenbaar is aan de schuldeiser die daartoe ten onrechte het initiatief had genomen (Brussel, 30 september 2010, *D.A.O.R.*, 2011/97, 119; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 372 en 506-510; P. VAN OMMESELAGHE, I, 2013, 915, nr. 590; P. WÉRY, I, nr. 792). Aangezien het contract niet ontbonden wordt, kan de schuldenaar de uitvoering ervan in natura kiezen en vragen dat de rechter de schuldeiser zou bevelen om de nakoming van zijn verbintenissen weer op te nemen. Hij kan ook een schadeherstel verkrijgen. Hij zou de voorkeur kunnen geven aan de ontbinding van het contract ten nadele van de schuldeiser die foutief gehandeld heeft, met een aanvullend schadevergoeding. De rechter kan ook ertoe gebracht worden om het contract ten nadele van elk van de partijen te ontbinden (S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, nrs. 372 en 510; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *RGDC/TBBR* 2003,

R.W., 2002-2003, (501), n° 7; P. VAN OMMESELAGHE, I, 2013, 920, n° 591; P. WÉRY, I, n° 792).

Article 5.95

Effets de la résolution

L'alinéa 1^{er} s'inspire de: art. 1229, al. 3, et 1230 C. civ. fr.; art. III. – 3:506 DCFR; art. 117 et 137 CESL; art. 7.3.7, 1), PICC.

L'alinéa 2 s'inspire de: art. 1229, al. 4, C. civ. fr.; art. 8.3 CESL.

L'alinéa 1^{er} consacre l'effet rétroactif de la résolution, largement admis en droit positif belge. Il consacre toutefois, dans les contrats à exécution successive, un effet rétroactif limité dans le temps, pour autant que le contrat soit divisible. Ce critère de la divisibilité est largement admis en doctrine et se justifie par l'idée qu'il n'y a pas lieu de détruire la partie du contrat qui a été exécutée de part et d'autre à la satisfaction de toutes les parties, pour autant que le maintien de cette partie du contrat continue à présenter une utilité pour elles (sur ce critère de la divisibilité, voy. not. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Cambridge, Intersentia, 2012, n° 299 et s., p. 196 et s.; C. CAUFFMAN, "Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle", *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 15, p. 165; M. FONTAINE, "La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive", note sous Cass., 8 octobre 1987, *R.C.J.B.*, 1990, n° 46 et s., p. 399; P.A. FORIERS, "Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive", *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 8, p. 230; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 436, p. 973; I. SAMOY et A. MAES, "De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatiearrest van 17 oktober 2008", *R.G.D.C.*, 2011, n° 21, p. 195; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994, n° 220, p. 311; P. WÉRY, I, n° 677, p. 591.).

L'alinéa 2 soumet les restitutions dues depuis la date à partir de laquelle le contrat est rétroactivement résolu aux dispositions communes figurant aux articles 5 115 à 5 122.

(258), nr. 37; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (onder Cass. 2 mei 2002), *R.W.* 2002-2003, (501), nr. 7; P. VAN OMMESELAGHE, I, 2013, 920, nr. 591; P. WÉRY, I, nr. 792).

Artikel 5.95

Gevolgen van de ontbinding

Het eerste lid is geïnspireerd op art. 1229, lid 3, en 1230 C. civ. fr.; art. III. – 3:506 DCFR; art. 117 en 137 CESL; art. 7.3.7, 1), PICC.

Het tweede lid is geïnspireerd op art. 1229, al. 4, C. civ. fr. en art. 8.3 CESL.

Het eerste lid verankert de retroactieve werking van de ontbinding, breed erkend in het Belgische positief recht. Het verankert evenwel, voor contracten met opeenvolgende prestaties, een beperkte retroactieve werking in de tijd, voor zover het contract deelbaar is. Dit criterium van de deelbaarheid geniet ruime erkenning in de rechtsleer en vindt zijn rechtvaardiging in de gedachte dat er geen reden is om het deel van het contract teniet te doen dat wederzijds uitgevoerd is op een wijze die aan alle partijen voldoening gaf, op voorwaarde dat het behoud van dit deel van het contract voor hen enig nut behoudt (over dit criterium van de deelbaarheid, zie met name J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen en Cambridge, Intersentia, 2012, nr. 299 e.v., blz. 196 e.v. CAUFFMAN, "Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle", *Droit des contrats. France, Belgique*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 15, blz. 165; M. FONTAINE, "La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive", noot onder Cass., 8 oktober 1987, *R.C.J.B.* 1990, nr. 46 e.v., blz. 399; P.A. ORIERS, "Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive", *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 8, blz. 230; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 436, blz. 973; I. SAMOY en A. MAES, "De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatiearrest van 17 oktober 2008", *T.B.B.R.* 2011, nr. 21, blz. 195; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 220, blz. 311; P. WÉRY, I, nr. 677, blz. 591.).

Het tweede lid onderwerpt de restituties verschuldigd sinds de datum waarop het contract retroactief ontbonden is, aan de gemeenrechtelijke regels, opgenomen in de artikelen 5 115 tot 5 122.

L'alinéa 3 constitue une nouveauté. En droit comparé, il apparaît en effet que la rétroactivité de la résolution est de plus en plus isolée. Même la France l'a abandonnée (art. 1229, al. 2, C. civ. fr.), quoique les restitutions continuent à pouvoir porter sur les prestations effectuées avant la date à laquelle la résolution produit ses effets (art. 1229, al. 3, C. civ. fr.). Il paraît plus cohérent de continuer à faire coïncider le point de départ des restitutions avec la date à partir de laquelle le contrat est résolu. L'effet rétroactif est donc conservé, mais l'alinéa 3 vise à corriger l'un de ses inconvénients dénoncé par une partie de la doctrine (voy. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Anvers et Cambridge, Intersentia, 2012, n° 138 et s., p. 97 et s.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 550 et s., p. 1153 et s.). L'effet rétroactif de la résolution a en effet pour conséquence, sur le plan réel, de permettre au créancier de la restitution de revendiquer la chose entre les mains des tiers, tel qu'un sous-acquéreur, lequel n'a pas nécessairement connaissance du risque auquel il s'expose en acquérant la chose. Certes, ces inconvénients sont limités par des dispositions particulières protectrices des droits des tiers (telles que l'article 2279 du Code civil en matière mobilière ou, en matière immobilière, les articles 28 et 30 de la loi hypothécaire qui visent à informer le sous-acquéreur du risque auquel il s'expose en imposant au vendeur impayé la transcription du titre constatant que tout ou partie du prix lui est encore dû pour conserver son privilège et en prévoyant l'inopposabilité de l'action résolutoire au cas où le vendeur impayé a perdu son privilège). Ces dispositions ne protègent cependant pas le tiers de bonne foi en toutes circonstances (ainsi par exemple, en matière immobilière, l'effet rétroactif de la résolution demeure opposable au sous-acquéreur lorsque la vente principale a été résolue en raison d'un manquement de l'acheteur à une obligation de faire ou de ne pas faire, ou en raison d'un manquement du vendeur). Il paraît dès lors souhaitable de couvrir ces hypothèses par une disposition générale. En effet, les intérêts privés du vendeur ne paraissent pas préférables en soi à ceux du sous-acquéreur de bonne foi. La situation se distingue ici de celle de la nullité du contrat principal, le souci de restauration de la légalité l'emportant en principe sur les intérêts privés du sous-acquéreur, fût-il même de bonne foi.

Het derde lid is nieuw. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief, blijkt dat de retroactiviteit van de ontbinding meer en meer geïsoleerd is. Zelfs Frankrijk heeft de retroactiviteit verlaten (art. 1229, lid 2, C. civ. fr.), hoewel de restituties nog altijd betrekking kunnen hebben op de prestaties die geleverd zijn voor de datum waarop de ontbinding uitwerking krijgt (art. 1229, lid 3, C. civ. fr.). Het lijkt coherenter om het vertrekpunt van de restituties te blijven laten samenvallen met de datum waarop het contract ontbonden is. De retroactieve werking is dus behouden, maar het derde lid beoogt een van de nadelen te corrigeren, aangekaart door een deel van de rechtsleer (zie J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen en Cambridge, Intersentia, 2012, nr. 138 e.v., blz. 97 e.v.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 550 e.v., blz. 1153 e.v.). De retroactieve werking van de ontbinding heeft op zakenrechtelijk vlak inderdaad tot gevolg dat de schuldeiser van de restitutie het voorwerp kan revindiceren in de handen van derden, zoals een onderverkrijger, die niet noodzakelijke kennis heeft van het risico waaraan hij zich blootstelt door het voorwerp te verwerven. Deze nadelen zijn weliswaar beperkt door de bijzondere beschermingsbepalingen voor rechten van derden (zoals art. 2279 BW voor roerende goederen of, voor onroerende goederen, de artikelen 28 en 30 van de hypotheekwet die de onderverkrijger beogen te informeren over het risico waaraan hij zich blootstelt door de onbetaalde verkoper te verplichten om de titel, die vaststelt dat de volledige of gedeeltelijke prijs hem nog verschuldigd is, over te schrijven om zijn voorrecht te behouden en door in de niet-tegenwerpelijke te voorzien van de vordering tot ontbinding in het geval dat de onbetaalde verkoper zijn voorrecht heeft verloren). Deze bepalingen beschermen de derde te goeder trouw evenwel niet in alle omstandigheden (zo blijft bijvoorbeeld, bij onroerende zaken, de retroactieve werking van de ontbinding tegenwerpelijk aan de onderverkrijger wanneer de hoofdverkoop ontbonden is omwille van een tekortkoming van de koper aan een verbintenis om te doen of niet te doen, of omwille van een tekortkoming van de verkoper). Daarom is het aangewezen om deze hypothesen af te dekken met een algemene bepaling. De particuliere belangen van de verkoper hoeven inderdaad geen voorkeur te krijgen boven deze van de onderverkrijger te goeder trouw. De situatie hier verschilt van de situatie van nietigheid van het hoofdcontract, waar de zorg om de wettigheid te herstellen in de regel de bovenhand haalt op de particuliere belangen van de onderverkrijger, zelfs al is hij te goeder trouw.

Article 5.96

Résolution partielle

Cet article s'inspire de Cass., 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 556, *R.G.D.C.*, 2011, p. 189, note I. SAMOY et A. MAES).

La divisibilité du contrat peut être aussi bien matérielle que personnelle. La divisibilité temporelle est réglée par l'article 5.95.

§ 5. La réduction du prix

Article 5.97

Droit de réduire le prix

La disposition introduit une nouvelle sanction en droit commun des contrats: la réduction du prix. Le Code civil ne contient aucun texte général qui admettrait, pour tout contrat, le droit pour un créancier de réclamer ou d'appliquer une réduction du prix, lorsque son cocontractant n'a exécuté qu'en partie son obligation (S. JANSEN, *Prijsvermindering*, 2015, 1200 p.; P. WÉRY, I, 2011, n° 685-1 et s.).

Un usage commercial admet toutefois la réfaction dans les ventes commerciales. La Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises prévoit aussi la réduction du prix en son article 50: "En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment. Cependant, si le vendeur répare tout manquement à ses obligations conformément à l'article 37 ou à l'article 48 ou si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution par le vendeur conformément à ces articles, l'acheteur ne peut réduire le prix".

Artikel 5.96

Gedeeltelijke ontbinding

Deze bepaling haalt inspiratie uit het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2008 (*Pas.* 2008, n° 556, *T.B.B.R.* 2011, blz. 189, noot I. SAMOY en A. MAES).

De deelbaarheid van het contract kan zowel een materiële deelbaarheid als een personele deelbaarheid betreffen. De temporele deelbaarheid is geregeld door artikel 5.95.

§ 5. Prijsvermindering

Artikel 5.97

Recht op prijsvermindering

De bepaling voert in het gemeen contractenrecht een nieuwe sanctie in: de prijsvermindering. Het Burgerlijk Wetboek omvat geen enkele algemene tekst die, in alle contracten, het recht zou geven aan de schuldeiser om een prijsvermindering te eisen of toe te passen, wanneer zijn medecontractant zijn verbintenis slechts ten dele is nagekomen (S. JANSEN, *Prijsvermindering*, 2015, 1200 blz.; P. WÉRY, I, 2011, nr. 685-1 e.v.).

Een handelsgebruik laat evenwel de "refactie" in de handelskoop toe. Artikel 50 van het Verdrag van Wenen inzake internationale koopovereenkomsten van roerende zaken voorziet ook in de prijsvermindering: "Indien de zaken niet beantwoorden aan de overeenkomst en ongeacht of de prijs reeds is betaald, kan de koper de prijs verlagen in dezelfde verhouding als waarin de waarde die de feitelijk afgeleverde zaken hadden op het tijdstip van aflevering staat tot de waarde die wel aan de overeenkomst beantwoordende zaken op dat tijdstip zouden hebben gehad. De koper mag de prijs echter niet verlagen, indien de verkoper in overeenstemming met artikel 37 of artikel 48 een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen herstelt of indien de koper weigert nakoming door de verkoper in overeenstemming met die artikelen te aanvaarden".

Divers textes du Code civil font aussi des applications particulières de ce mécanisme d'adaptation du contrat (artt. 1644 et 1649*quinquies*, par exemple).

Le DCFR consacre le droit de réduire le prix comme remède à part entière. “III.—3:601: Droit de réduire le prix (1) Le créancier qui accepte une exécution non conforme aux termes de l'obligation peut réduire le prix. La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu en vertu de l'exécution au moment où elle a eu lieu et celle de ce qui aurait été reçu en vertu d'une exécution conforme. (2) Le créancier qui est en droit de réduire le prix en vertu du paragraphe précédent et qui a déjà payé une somme qui excède le prix réduit, peut obtenir du débiteur le remboursement du surplus. (3) Le créancier qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice ainsi compensé; mais il conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice dont il a souffert. (4) Le présent article s'applique, avec les modifications adaptées, à une obligation réciproque du créancier autre qu'une obligation de payer le prix”.

Divers droits étrangers connaissent aussi la réduction du prix. Le Code civil français comporte ainsi un article 1223, alinéa 1^{er}, aux termes duquel “Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix”.

Il est opportun d'élargir, en droit belge, la palette des sanctions de l'inexécution en reconnaissant l'autonomie de la réduction du prix. La réduction du prix, qui permet d'assurer un équilibre des prestations, ne peut, en effet, être qualifiée de résolution du contrat (qui suppose une inexécution suffisamment grave), de dommages et intérêts (qui réparent le dommage subi par le créancier) ou d'exception d'inexécution (qui est un moyen de défense temporaire): elle a sa logique et ses conditions d'application propres.

Le texte initial, proposé dans l'avant-projet, a suscité diverses réactions critiques, portant notamment sur la difficulté de calculer la réduction du prix en présence d'une exécution défectueuse. Aussi avait-il été décidé de limiter sa portée à l'exécution partielle sur le plan quantitatif.

Toutefois, le Conseil d'État a fait observer que la distinction entre inexécution quantitative et inexécution qualitative pouvait être source de discrimination. Il a par conséquent été décidé de prévoir la réduction du prix tant pour l'inexécution quantitative que pour l'inexécution

Diverse teksten van het Burgerlijk Wetboek voorzien ook in bijzondere toepassingen van dat mechanisme tot aanpassing van het contract (bijv. artt. 1644 en 1649*quinquies*).

De DCFR verankert het recht tot prijsvermindering als een volwaardige remedie. “III.—3:601: *Droit de réduire le prix* (1) *Le créancier qui accepte une exécution non conforme aux termes de l'obligation peut réduire le prix. La réduction doit être proportionnelle à la différence entre la valeur de ce qui a été reçu en vertu de l'exécution au moment où elle a eu lieu et celle de ce qui aurait été reçu en vertu d'une exécution conforme.* (2) *Le créancier qui est en droit de réduire le prix en vertu du paragraphe précédent et qui a déjà payé une somme qui excède le prix réduit, peut obtenir du débiteur le remboursement du surplus.* (3) *Le créancier qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice ainsi compensé; mais il conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice dont il a souffert.* (4) *Le présent article s'applique, avec les modifications adaptées, à une obligation réciproque du créancier autre qu'une obligation de payer le prix”.*

De prijsvermindering is tevens opgenomen in verscheidene andere buitenlandse wetgevingen. Het Frans Burgerlijk Wetboek omvat aldus een artikel 1223, eerste lid, dat stelt: “*Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix*”.

Het is aangewezen om, in het Belgische recht, de waaier van sancties voor niet-nakoming uit te breiden door de erkenning van de autonomie van de prijsvermindering. De prijsvermindering, die een zeker evenwicht van de prestaties kan bieden, kan immers niet gekwalificeerd worden als een ontbinding van het contract (die immers een voldoende ernstige niet-nakoming veronderstelt), noch als schadevergoeding (die de schade geleden door de schuldeiser herstelt) of als exceptie van niet-uitvoering (dat een tijdelijk verweermiddel is): zij bezit een eigen logica en eigen toepassingsvoorwaarden.

De oorspronkelijke tekst die in het voorontwerp was vooropgesteld heeft uiteenlopende kritische reacties uitgelokt die onder meer verband hielden met de moeilijkheid om de vermindering van de prijs te berekenen bij een gebrekkige uitvoering. Derhalve werd beslist om de draagwijdte van de bepaling te beperken tot een kwantitatief gedeeltelijke nakoming.

De Raad van State heeft evenwel opgemerkt dat het onderscheid tussen een kwantitatieve niet-nakoming en een kwalitatieve niet-nakoming aanleiding zou kunnen geven tot discriminatie. Er is bijgevolg beslist om de prijsvermindering toepasselijk te maken op zowel

qualitative mais, dans un souci de sécurité juridique et afin d'éviter que la réduction du prix ne puisse entraîner des conséquences disproportionnées, de limiter la réduction du prix au cas où l'inexécution ne présente qu'un caractère minime, en ce sens qu'elle n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution du contrat. Dans l'agencement des sanctions de l'inexécution, la réduction du prix se présente donc comme le pendant de la résolution (le cas échéant partielle) qui n'est, quant à elle, applicable que lorsque l'inexécution est suffisamment grave.

La réduction du prix peut être décidée par le juge. Conformément à l'évolution des sanctions vers une plus grande efficacité qui peut s'appliquer aussi au remplacement du débiteur et à la résolution du contrat, le texte permet toutefois au créancier de notifier à son cocontractant une réduction unilatérale du prix.

Cette disposition constitue le droit commun de la réduction du prix. Elle n'abroge pas les dispositions particulières qui prévoient déjà une telle réduction pour des contrats spéciaux (par ex. artt. 1644 et 1649 *quinquies*, C. civ.). Cette disposition peut toutefois servir de source d'inspiration pour résoudre les questions que ne tranchent pas ces textes particuliers.

L'alinéa 3 démontre que le montant de la réduction ne se détermine pas sur la base des principes qui gouvernent la réparation des dommages. La réduction du prix vise, par une règle proportionnelle, à rétablir l'équilibre des prestations réciproques.

Un exemple permet d'illustrer cette sanction. Un entrepreneur s'est engagé à construire cinq maisons pour un prix de 1 000 000 euros. Il n'en construit que quatre. Ayant accepté cette exécution partielle, le maître de l'ouvrage se retrouve avec un ensemble incomplet. Une adaptation du prix s'avère nécessaire. Le maître de l'ouvrage pourra retenir, sur la base d'une règle proportionnelle, un cinquième du prix qui était dû à l'entrepreneur, soit 200 000 euros.

Ne constituant pas la réparation d'un dommage mais une mesure de rééquilibrage du contrat, la réduction du prix doit prendre en compte la différence entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue au moment de la conclusion du contrat et non au stade de l'inexécution (S. JANSSEN, *Prijsvermindering*, 2015, p. 951-955; § 441 BGB et argument tiré de Cass., 10 mars 2011, *Pas.*, I, 2011, 749, *RGDC/TBBR*, 2012, 280).

kwantitatieve als kwalitatieve niet-nakomingen maar, omwille van de rechtszekerheid en om te vermijden dat de prijsvermindering onevenredige gevolgen zou teweegbrengen, dat de prijsvermindering wordt beperkt tot gevallen waarin de niet-nakoming slechts een gering-karakter vertoont, in de zin dat ze niet voldoende ernstig is om de ontbinding van het contract te verantwoorden. In het geheel van sancties voor niet-nakoming vormt de prijsvermindering dus de tegenhanger van de (in voorkomend geval gedeeltelijke) ontbinding die, wat haar betreft, slechts van toepassing is indien de niet-nakoming voldoende ernstig is.

De prijsvermindering kan worden beslist door de rechter. Overeenkomstig de evolutie naar meer doeltreffendheid van sancties, die ook toepassing kan vinden op de vervanging van de schuldenaar en op de ontbinding van het contract, stelt de tekst de schuldeiser ook in staat om zijn medecontractant kennis te geven van een eenzijdige prijsvermindering.

Deze bepaling vormt het gemeen recht van de prijsvermindering. Zij beoogt niet de opheffing van de bijzondere bepalingen die reeds voorzien in een dergelijke vermindering voor bijzondere contracten (bv. artt. 1644 en 1649 *quinquies*, BW). Zij kan evenwel dienen als inspiratiebron voor een oplossing van de problemen waarvoor die bijzondere teksten geen uitkomst bieden.

Uit het derde lid blijkt dat het bedrag van de prijsvermindering niet wordt bepaald op grond van de beginselen die gelden voor het schadeherstel. De prijsvermindering beoogt, via een proportionele regel, het herstel van het evenwicht van de wederzijdse prestaties.

Een voorbeeld kan deze sanctie illustreren. Een aannemer heeft zich verbonden tot het bouwen van vijf huizen voor een bedrag van 1 000 000 euro. Uiteindelijk bouwt hij er slechts vier. Wanneer de bouwheer deze gedeeltelijke nakoming aanvaardt, heeft hij een onvolledig geheel, zodat een aanpassing van de prijs noodzakelijk is. De bouwheer zal, op basis van een proportionaliteitsregel een vijfde van de prijs die verschuldigd was aan de aannemer, i.e. 200 000 euro, kunnen inhouden.

Nu zij geen schadeherstel inhoudt, maar een maatregel tot bijsturing van het contract, moet de prijsvermindering het verschil tussen de waarde van de ontvangen prestatie en de waarde van overeengekomen prestatie op het tijdstip van het sluiten van het contract in aanmerking nemen, en niet in het stadium van de niet-nakoming (S. JANSSEN, *Prijsvermindering*, 2015, blz. 951-955; § 441 BGB en argument gehaald uit Cass. 10 maart 2011, *Pas.* 2011, I, 749, *RGDC/TBBR* 2012, 280).

L'alinéa 4 interdit de cumuler la réduction du prix et les dommages et intérêts compensatoires relatifs à la différence de valeur. En revanche, les autres postes de dommage peuvent donner lieu à une réparation.

§ 6. L'exception d'inexécution

Article 5.98

Droit pour le créancier de suspendre l'exécution de son obligation

Ce texte est une application particulière de l'article 5 239 figurant dans le régime général de l'obligation. Dans tout rapport synallagmatique, l'exception d'inexécution est de droit. Celle-ci trouve son application pratique la plus fréquente dans les contrats synallagmatiques, raison pour laquelle elle est rappelée ici.

Le droit de suspendre l'exécution pour contravention anticipée est aussi reconnu pour les obligations contractuelles par le paragraphe 2 de l'article 5 239.

Sous-section 2

L'inexécution qui n'est pas imputable au débiteur

Article 5.99

Effets sur l'obligation inexécutée

Cet article traite des conséquences qui s'attachent à l'impossibilité d'exécution, lorsque celle-ci n'est pas imputable au débiteur. Une telle hypothèse peut tenir à des causes diverses comme, par exemple, la survenance d'une cause étrangère libératoire ou une démence passagère qui ne résulte pas d'une faute antérieure du débiteur.

Les solutions que consacre cette disposition ne sont pas propres aux obligations contractuelles. Elles s'appliquent à l'inexécution de toute obligation, quelle qu'en soit la source (voir le régime général de l'obligation, art. 5 226).

Ces solutions ne s'appliquent pas si le débiteur était, au moment où la cause de l'empêchement s'est produite, en demeure de s'exécuter.

Het vierde lid verbiedt het cumuleren van de prijsvermindering en de compenserende schadevergoeding met betrekking tot het waardeverschil. De andere schadeposten kunnen wel aanleiding geven tot een herstel.

§ 6. Exceptie van niet-uitvoering

Artikel 5.98

Recht voor de schuldeiser om de uitvoering van zijn verbintenis op te schorten

Deze tekst is een bijzondere toepassing van artikel 5 239 die opgenomen is in het algemeen regime van de verbintenis. In elke wederkerige verhouding geldt de exceptie van niet-uitvoering van rechtswege. Zij vindt haar voornaamste praktische toepassing in de wederkerige contracten, reden waarom zij hier wordt aangehaald.

Het recht tot opschorting van de uitvoering wegens een voortijdige niet-nakoming wordt eveneens voor de contractuele verbintenissen erkend in artikel 5 239, § 2.

Onderafdeling 2

Ontoerekenbare niet-nakoming

Artikel 5.99

Gevolgen voor de niet-nagekomen verbintenis

Dit artikel behandelt de gevolgen die verbonden zijn aan de onmogelijkheid tot nakoming die niet toerekenbaar is aan de schuldenaar. Een dergelijke hypothese kan ingegeven zijn door diverse oorzaken, zoals het opduiken van een bevrijdende vreemde oorzaak of een tijdelijke krankzinnigheid die niet voortkomt uit een voorgaande fout van de schuldenaar.

De oplossingen die in deze bepaling bekrachtigd worden, zijn niet eigen aan de contractuele verbintenissen. Zij zijn van toepassing bij de niet-nakoming van elke verbintenis, ongeacht haar bron (zie het algemeen regime van de verbintenis, art. 5 226).

Die oplossingen zijn niet van toepassing indien de schuldenaar, op het tijdstip waarop de oorzaak van het beletsel zich heeft voorgedaan, in gebreke was na te komen.

Article 5 100

Effets sur le contrat en cas d'impossibilité définitive d'exécution de l'obligation

Ce texte énonce les conséquences de la force majeure sur le sort du contrat (P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil* (ouvrage collectif sous la dir. de P. Wéry), Bruxelles, La Charte, 2004, p. 241; P. WÉRY, I, n° 569 et s.).

Lorsque le contrat est unilatéral (par ex., le prêt d'un corps certain), la disparition de la chose provoque la dissolution du contrat en raison de la perte de son objet.

Lorsque le contrat est synallagmatique (par ex. un contrat de bail), la question se complique du fait que les obligations du cocontractant n'ont pas été atteintes par la force majeure. Se pose alors la théorie des risques, applicable aux contrats synallagmatiques, qui s'interroge sur le sort à réserver à ces obligations. Le texte consacre les solutions admises tant par la doctrine que par la jurisprudence et qui se fondent sur l'interdépendance des obligations réciproques.

Trois hypothèses sont envisagées: celle de l'impossibilité définitive et totale dans les contrats non translatifs (al. 1^{er}); celle de l'impossibilité définitive dans les contrats translatifs (al. 2); celle de l'impossibilité partielle et définitive (al. 3).

L'alinéa 1^{er} consacre une doctrine et une jurisprudence constantes (S. STIJNS, I, 2015, n° 214 et s., p. 163 et s.).

La solution retenue trouve une excellente expression dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1946: "*dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat; (...) si cette règle de droit n'est pas formulée en termes exprès par une disposition générale du Code civil, elle est néanmoins consacrée par celui-ci, puisqu'il en fait application dans diverses dispositions particulières, notamment dans les articles 1790 et 1867, et, spécialement en cas de destruction ou de perte de choses immobilières louées, dans les articles 1722 et 1741*" (Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270, note R.H., *R.C.J.B.*, 1947, p. 268, note A. De Bersaques).

Artikel 5 100

Gevolgen voor het contract ingeval van definitieve onmogelijkheid tot nakoming van de verbintenissen

Deze tekst verwoordt de gevolgen van overmacht voor het contract (P.A. FORIERS en CH. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil* (gezaamenlijk werk olv. P. Wéry), Brussel, Die Keure, 2004, blz. 241; P. WÉRY, I, nr. 569 e.v.).

Wanneer het contract eenzijdig is (bijv. de bruiklening van een bepaald voorwerp), geeft de verdwijning van het goed aanleiding tot het tenietgaan van het contract wegens het verlies van zijn voorwerp.

Wanneer het contract wederkerig is (bijv. een huurcontract) is de vraag complexer doordat de verbintenissen van de medecontractant niet door overmacht getroffen zijn. Hier geldt dan de risicoleer die van toepassing is op de wederkerige contracten en de vraag stelt naar het lot dat moet worden voorbehouden voor die verbintenissen. De tekst verankert de oplossingen die erkend worden in zowel de rechtsleer als de rechtspraak en die gestoeld zijn op de onderlinge samenhang van de wederzijdse verbintenissen.

Drie hypothesen worden overwogen: de hypothese van de definitieve en volledige onmogelijkheid in niet-eigendomsoverdragende contracten (lid 1); de hypothese van de definitieve onmogelijkheid in eigendomsoverdragende contracten (lid 2); de hypothese van de gedeeltelijke en definitieve onmogelijkheid (lid 3).

Het eerste lid verankert een vaste rechtspraak en rechtsleer (S. STIJNS, I, 2015, nr. 214 e.v., blz. 163 e.v.).

De gekozen oplossing wordt uitstekend verwoord in een arrest van het Hof van Cassatie van 27 juni 1946: "*dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat; (...) si cette règle de droit n'est pas formulée en termes exprès par une disposition générale du Code civil, elle est néanmoins consacrée par celui-ci, puisqu'il en fait application dans diverses dispositions particulières, notamment dans les articles 1790 et 1867, et, spécialement en cas de destruction ou de perte de choses immobilières louées, dans les articles 1722 et 1741*" (Cass. 27 juni 1946, *Pas.* 1946, I, blz. 270, noot R.H., *R.C.J.B.* 1947, blz. 268, noot A. De Bersaques).

L'alinéa 2 indique que la dissolution du contrat peut toutefois être partielle (cfr art. 1722 C. civ.: la disparition partielle du bien loué).

En ce cas, un rééquilibrage du contrat s'impose. Encore faut-il que ce qui reste du contrat présente encore une utilité suffisante pour le cocontractant: si tel n'est pas le cas (la destruction partielle de l'immeuble loué rend le bien inutilisable), il faut conclure à une caducité totale du contrat.

L'alinéa 3 réserve le cas particulier des contrats translatifs. On pense en particulier à la vente d'un corps certain: si le vendeur est libéré de son obligation de livrer la chose, l'acheteur reste, par contre, tenu de payer le prix (P. WÉRY, I, n° 579; S. STIJNS, I, n° 216, p. 164 et s.).

Article 5 101

Effets dans le temps de l'impossibilité définitive d'exécution

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: Cass., 9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1014; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, n° 48 et s., p. 277 et s.; R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 31, p. 196 et s.

À la différence, par exemple, de l'annulation ou de la résolution pour inexécution, la théorie des risques est dépourvue d'effet rétroactif. L'alinéa 1^{er} confirme cette solution en prévoyant que l'impossibilité d'exécution ne produit ses effets qu'à compter de cette impossibilité.

Quoique dépourvue d'effet rétroactif, l'impossibilité d'exécution peut néanmoins donner lieu à des restitutions dans le cas où des prestations sans contrepartie ont été fournies avant la dissolution du contrat. Ainsi, par exemple, en cas de vente d'une chose moyennant réserve de propriété jusqu'au complet paiement du prix, les risques demeurent temporairement sur la tête du vendeur (art. 5.80); par conséquent, si la chose vient à périr par force majeure avant le complet paiement du prix, le contrat est dissous et le vendeur doit restituer à l'acheteur l'acompte éventuellement perçu (voy. Cass.,

Het tweede lid wijst erop dat de ontbinding van het contract evenwel gedeeltelijk kan zijn (zie art. 1722 BW.: de gedeeltelijke verdwijning van het gehuurde goed).

In dat geval dringt een bijsturing van het contract zich op. Ook moet het resterende deel van het contract nog voldoende nut behouden voor de medecontractant: is dit niet het geval (de gedeeltelijke vernietiging van het gehuurde onroerend goed maakt het onbruikbaar), moet besloten worden tot een volledig verval van het contract.

Het derde lid betreft het bijzonder geval van de eigendomsoverdragende contracten. Men denke in het bijzonder aan de verkoop van een bepaald voorwerp: zo de verkoper bevrijd is van zijn verbintenis tot het leveren van het voorwerp, blijft de koper daarentegen gehouden tot het betalen van de prijs (P. WÉRY, I, nr. 579; S. STIJNS, I, 2015, blz. 164 e.v.).

Artikel 5.101

Gevolgen in de tijd van de definitieve onmogelijkheid tot nakoming

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Voor de inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: Cass. 9 november 1995, *Pas.* 1995, I, blz. 1014; P.A. FORIERS en C. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, la Charte, 2004, nr. 48 e.v., blz. 277 e.v.; R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Brussel, Bruylant, 2016, nr. 31, blz. 196 e.v.

Verschillend van bijvoorbeeld de nietigverklaring of de ontbinding wegens wanprestatie, komt aan de risicoleer geen retroactieve werking toe. Het eerste lid bevestigt deze oplossing door te bepalen dat de gevolgen van de onmogelijkheid van uitvoering slechts uitwerking krijgen vanaf deze onmogelijkheid.

Ook al komt er geen retroactieve werking toe aan de onmogelijkheid van uitvoering, kan deze niettemin aanleiding geven tot restituties in het geval waar prestaties zonder tegenprestatie geleverd zijn voor het tenietgaan van het contract. Zo blijven bijvoorbeeld, bij een verkoop van een voorwerp onder eigendomsvoorbehoud tot aan de volledige betaling van de prijs, de risico's tijdelijk bij de verkoper (art. 5.80); het gevolg is dat, wanneer het voorwerp door overmacht verloren gaat voor de volledige betaling van de prijs, het contract tenietgaat en de verkoper aan de koper het eventueel ontvangen voorschot

9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1014). On peut également songer au cas où les lieux loués périssent par force majeure alors que le loyer a été payé par anticipation, ou à celui où un spectacle est annulé pour cause de force majeure alors que les spectateurs en ont déjà payé le prix. On notera cependant que ces règles relatives à la charge des risques sont supplétives et qu'il peut donc y être dérogé de commun accord (voy. ainsi, à propos du contrat d'architecture, B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 155, p. 377).

On observera encore que l'alinéa 2 de l'article peut, le cas échéant, ne concerner que certaines prestations ou une partie d'entre elles. Supposons ainsi qu'un loyer soit payé par anticipation tous les premiers du mois à compter du 1^{er} janvier et que les lieux loués soient détruits par un cas de force majeure survenant le 15 juin. D'après l'alinéa 1^{er} de l'article, le contrat est privé d'effets à compter du 15 juin. Toutefois, en l'espèce, il existe dans l'intention des parties un lien entre le loyer payé et la jouissance des lieux correspondant à la même période. Le preneur étant privé de la jouissance des lieux pour les 15 derniers jours du mois de juin, le bailleur est donc tenu de lui restituer la moitié du loyer afférent au mois de juin.

Article 5.102

Effets sur le contrat en cas d'impossibilité temporaire d'exécution de l'obligation

Le texte envisage le sort à réserver au contrat synallagmatique, lorsque l'empêchement d'exécution est temporaire (par ex. la maladie de l'entrepreneur: *quid* de l'obligation pour le maître de l'ouvrage de payer le prix?).

Le texte consacre la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 janvier 1956 (*Pas.*, 1956, I, p. 460): "La force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté après le délai convenu; (...), pourtant, (...) si la force majeure persiste, de sorte que cette dernière condition n'est plus remplie, le contrat est dissous de plein droit". Seule l'obligation corrélatrice du cocontractant est toutefois suspendue et non pas nécessairement la totalité du contrat.

moet restitueren (zie Cass. 9 november 1995, *Pas.* 1995, I, blz. 1014). Men kan ook denken aan het geval dat de gehuurde ruimte verloren gaat door overmacht, terwijl de huur op voorhand betaald is of aan het geval dat een voorstelling afgelast wordt door overmacht, terwijl de toeschouwers de prijs al betaald hebben. Opgemerkt moet worden dat deze regels met betrekking tot de risicoverdeling van aanvullend recht zijn en dat er bijgevolg van afgeweken kan worden door een akkoord van de partijen (zie bv., inzake het architectencontract, B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 2016, nr. 155, blz. 377).

Merk ook op dat het tweede lid van de bepaling in voorkomend geval slechts op bepaalde prestaties of een deel van hen betrekking kan hebben. Veronderstel bijvoorbeeld dat een huurprijs is betaald op voorhand, elke eerste dag van de maand vanaf 1 januari, en dat de gehuurde ruimte vernield wordt door overmacht op 15 juni. Volgens het eerste lid van het artikel, zal het contract geen gevolgen meer hebben vanaf 15 juni. Niettemin bestaat er in casu in de bedoeling van de partijen een band tussen de betaalde huur en het genot van de ruimte gedurende dezelfde periode. Vermits de huurder pas beroofd is van het genot van de ruimte voor de laatste 15 dagen van de maand juni, is de verhuurder gehouden om hem de helft van de huur van de maand juni te restitueren.

Artikel 5.102

Gevolgen voor het contract bij tijdelijke onmogelijkheid tot nakoming van de verbintenis

De tekst beoogt het lot te regelen dat moet worden voorbehouden aan het wederkerig contract, wanneer het beletsel voor de nakoming tijdelijk is (bijv. de ziekte van de aannemer: wat gebeurt er met de verbintenis voor de bouwheer tot betaling van de prijs?).

De tekst bevestigt de oplossing geboden door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 13 januari 1956 (*Pas.*, 1956, I, blz. 460): "De overmacht, die een partij verhindert haar plichten te vervullen, schort de nakoming op van alle verbintenissen die ontstaan zijn uit een wederkerig contract, wanneer die verhindering slechts tijdelijk is en het contract nog dienstig kan worden uitgevoerd na de overeengekomen termijn; (...), nochtans, (...) indien de overmacht aanhoudt, zodat die laatste voorwaarde niet langer vervuld is, wordt het contract van rechtswege ontbonden." Enkel de correlatieve verbintenis van de medecontractant is evenwel opgeschort, en niet noodzakelijk het contract in zijn geheel.

Section 6

Les effets du contrat pour les tiers

Article 5.103

Relativité et opposabilité

Cette disposition reformule le célèbre article 1165 du Code civil. Sur le fond, le texte modifié n'apporte aucune modification par rapport au droit actuel. Les principes sont donc maintenus. Le contrat lie uniquement les parties. Ceux qui ne sont pas parties au contrat (les "tiers") sont exclus de ses effets internes du contrat. Cette règle connaît deux exceptions. Tout d'abord, le législateur peut accorder des droits contractuels à un tiers (notamment par l'octroi de ce que l'on appelle une action directe). La deuxième exception concerne le cas où les contractants eux-mêmes accordent un droit à un tiers ('stipulation pour autrui') (voy. S. STIJNS en E. VERJANS, "Variaties op het begrip "derde" in het contractenrecht", in *Positie van de derde in het privaats vermogensrecht – Leerstoel Constant Matheeußen*, Bruges, die Keure, 2012, 19-66)

Pour les tiers, le contrat est toutefois un élément de fait dont ils doivent tenir compte: d'une part, ils doivent en reconnaître l'existence, mais d'autre part, les tiers peuvent invoquer l'existence du contrat à l'égard des parties et des autres tiers s'ils y ont intérêt (p. ex. à titre de preuve ou de défense).

La distinction entre les deux principes, à savoir la *relativité* entre les parties et l'*opposabilité* aux tiers, a été reconnue pour la première fois dans un arrêt déjà ancien de la Cour de Cassation (Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, 272). Depuis lors, la jurisprudence l'a développée, ce qui a donné lieu à une importante casuistique (E. IRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984). Il a ainsi été estimé qu'en dépit du fait qu'un tiers ne peut exiger l'exécution de la convention, celui-ci peut se prévaloir, dans sa défense face à l'action engagée contre lui, non seulement de l'existence de cette convention, mais également des effets de ladite convention entre les parties contractantes (Cass., 27 juin 2013, C.11 0562.F, *Pas.*, 2013, 1485). De même, un tiers peut invoquer l'existence d'une convention et se prévaloir de ses effets entre les parties contractantes en tant que moyen de défense contre une action dirigée contre lui par l'une des parties (Cass., 20 juin 2016, C.15 0478.F), mais il ne peut invoquer la force obligatoire d'une convention à laquelle il n'est pas partie pour limiter ses devoirs à l'égard de l'un des contractants (Cass., 29 octobre 2004, C.03 0284.N, *T.B.B.R.*, 2001, 210, note Dumortier). D'un autre côté, les tiers ne peuvent ignorer

Afdeling 6

Gevolgen van het contract voor derden

Artikel 5.103

Relativiteit en tegenwerpelijheid

Deze bepaling herformuleert het bekende artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek. Inhoudelijk brengen de gewijzigde bewoordingen geen veranderingen mee ten opzichte van het geldende recht. De uitgangspunten blijven dus behouden. Het contract verbindt enkel de partijen. Diegenen die geen partij zijn aan het contract (de "derden" dus), blijven obligatoir buiten schot. Hierop bestaan twee uitzonderingen. In de eerste plaats kan de wetgever aan een derde contractuele rechten verlenen (bv. door het toekennen van een zgn. rechtstreekse of "directe" vordering). De tweede uitzondering betreft het geval dat de contractanten zelf een recht verschaffen aan een derde ("eding ten behoeve van een derde") (zie S. STIJNS en E. VERJANS, "Variaties op het begrip "derde" in het contractenrecht", in *Positie van de derde in het privaats vermogensrecht – Leerstoel Constant Matheeußen*, Brugge, die Keure, 2012, 19-66).

Voor de derden is het contract echter wel een feitelijk gegeven waarmee rekening valt te houden: enerzijds moeten derden het bestaan ervan erkennen, maar anderzijds mogen zij het bestaan van het contract invoeren tegen de partijen en andere derden indien zij daar belang bij hebben (bv. als bewijs of verweer).

Het onderscheid tussen deze beide beginselen, nl. *relativiteit* van het contract tussen de partijen en *tegenwerpelijheid* ten aanzien van derden, werd voor het eerst erkend in een reeds oud arrest (Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272). Sindsdien werd dit door de rechtspraak verder uitgewerkt hetgeen aanleiding gaf tot heel wat casuïstiek (E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984). Zo werd geoordeeld dat ofschoon een derde niet de uitvoering van de overeenkomst kan eisen, hij zich, in zijn verweer tegen de rechtsovereenkomst die tegen hem is ingesteld, niet alleen kan beroepen op het bestaan van die overeenkomst, maar ook op de gevolgen die de voormelde overeenkomst tussen de contracterende partijen teweegbrengt (Cass. 27 juni 2013, C.11 0562.F, *Pas.* 2013, 1485). Evenzo kan een derde het bestaan van een overeenkomst invoeren en een beroep doen op de gevolgen ervan tussen de contractspartijen als verweermiddel tegen een vordering die een van de partijen tegen hem richt (Cass. 20 juni 2016, C.15 0478.F), maar kan hij de verbindende kracht van een overeenkomst waarin hij geen partij is, niet invoeren om zijn plichten ten aanzien van een van de contractanten te beperken (Cass. 29 oktober 2004,

totalement l'existence des contrats d'autrui. Ainsi, ils peuvent encourir une responsabilité extracontractuelle s'ils se rendent complices de l'inexécution du contrat par l'une des parties (Cass., 22 avril 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 1022, avec la conclusion du procureur général E. Krings, *R.W.*, 1983-84, 427, note Dirix; Cass., 12 octobre 2012, *Arr.Cass.*, 2012, 2168, avec la conclusion de l'avocat général G. Dubrulle).

Une telle disposition ne figure plus dans certains codes modernes, comme le Code civil des Pays-Bas (NBW). Dans le DCFR, elle a également été considérée comme superflue. Le DCFR mentionne toutefois, parmi les principes directeurs du droit des contrats, le principe selon lequel les tiers doivent respecter la situation créée par un contrat et, inversement, peuvent s'en prévaloir (*Principe 17 (4)*). La proposition opte pour le maintien de cette règle eu égard à sa nature fondamentale. La nouvelle formulation rejoint d'ailleurs celle des articles 1199 et 1120 du nouveau Code civil français, dans lesquels les principes de relativité et d'opposabilité figurent dans des dispositions légales distinctes. On a délibérément opté pour une formulation qui ne soit pas trop rigide et n'entre pas dans les particularités développées par la jurisprudence, de sorte que le nouvel article n'entrave pas le développement ultérieur du droit.

Article 5.104

Ayants cause universels

La différence entre les "parties" et les "tiers" n'est pas toujours claire. Cette disposition confirme en des termes modifiés la règle énoncée à l'article 1122 du Code civil, selon laquelle les héritiers et les ayants cause ne sont pas des "tiers" par rapport aux conventions conclues par leur auteur. Outre les héritiers, il y a également les ayants cause universels ou ayants cause à titre universel, à savoir les légataires qui acquièrent l'ensemble du patrimoine ou une partie de celui-ci. Le contrat ne cesse donc pas de produire ses effets au décès d'une partie contractante ou dans d'autres cas d'acquisition de droits à titre universel (p. ex. fusion de sociétés). Les héritiers et autres ayants cause universels agissent en effet à la place de leur auteur. Il n'en va pas de même, en principe, lorsque le contraire a été stipulé ou lorsque cela découle de la nature du contrat (p. ex. un contrat qui a un caractère strictement personnel dans le chef du créancier contractuel). Les héritiers et autres ayants cause universels ne sont pas non plus tenus par les actes juridiques de leur auteur s'ils peuvent invoquer

C.03 0284.N, *T.B.B.R.*, 2001, 210 noot Dumortier). Van hun kant mogen derden het bestaan van andermans contracten niet totaal miskennen. Zo kunnen zij een buiten-contractuele aansprakelijkheid oplopen indien zij wetens en willens meewerken aan de contractbreuk van een der partijen (Cass. 22 april 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 1022 met conclusie procureur-generaal E. Krings, *R.W.*, 1983-84, 427 noot Dirix; Cass. 12 oktober 2012, *Arr.Cass.*, 2012, 2168 met conclusie advocaat-generaal G. Dubrulle).

In sommige moderne wetboeken zoals in het Nederlands Burgerlijk Wetboek werd een dergelijke bepaling niet meer opgenomen. Ook in de DCFR werd zij overbodig geacht. De DCFR vermeldt wel onder de aan het contractenrecht ten grondslag liggende beginselen, het beginsel dat derden de toestand die door een contract in het leven wordt geroepen dienen te respecteren zoals zij hierop ook omgekeerd moeten kunnen vertrouwen (*Principe 17 (4)*). Het voorstel kiest ervoor om deze regel te behouden gelet op zijn fundamentele aard. De nieuwe formulering sluit overigens aan bij die van de artikelen 1199 en 1120 van het nieuwe Franse Burgerlijk Wetboek waar de beginselen van relativiteit en tegenwerpelijke in afzonderlijke wetsbepalingen werden neergelegd. De gekozen formulering is met opzet niet te strak en gaat niet in op de bijzonderheden die door de rechtspraak werden uitgewerkt zodat het nieuwe artikel de verdere rechtsontwikkeling niet in de weg staat.

Artikel 5.104

Algemene rechtverkrijgenden

Het onderscheid tussen "partijen" en "derden" is niet altijd duidelijk. Deze bepaling bevestigt in gewijzigde bewoordingen de regel van artikel 1122 van het Burgerlijk Wetboek dat erfgenamen en algemene rechtverkrijgenden geen "derden" zijn ten aanzien van door hun rechtsvoorganger gesloten overeenkomsten. Naast de erfgenamen zijn ook nog algemene rechtverkrijgenden: de rechtverkrijgenden onder algemene titel, d.w.z. de legatarissen die het volledige vermogen of een breukdeel ervan verwerven. Het overlijden van een contractspartij of andere gevallen van rechtsverkrijging onder algemene titel (bv. fusie van vennootschappen) heeft dus niet tot gevolg dat de uitwerking van een contract een einde neemt. De erfgenamen en andere algemene rechtverkrijgenden treden namelijk in de plaats van hun rechtsvoorganger. Dit is, in beginsel, anders wanneer het tegendeel werd bedongen of wanneer of zulks uit de aard van het contract voortvloeit (bv. een contract dat aan de zijde van de contractuele schuldeiser een strikt persoonlijk karakter heeft). Ook is het zo dat zij niet gehouden zijn

contre ces actes un droit propre octroyé par la loi, qui a été violé par ces actes (Cass., 20 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, 284, *RW* 1964-65, 1979).

Article 5.105

Ayants cause particuliers – Droits qualitatifs

La situation juridique des ayants cause particuliers, à savoir de ceux qui succèdent aux droits de leur auteur sur un bien déterminé (p. ex. un acheteur ou un légataire particulier) diffère de celle des ayants cause universels. Ils ne succèdent en principe pas aux droits et obligations de leur auteur, même lorsque ces droits portent sur le bien transmis. Ils restent donc des “tiers” à l’égard des contrats conclus par leur auteur. La jurisprudence fait une exception à cette règle. Lorsque les droits sont étroitement liés à la qualité de propriétaire, ils sont réputés inclus dans la transmission du bien. Le fondement de cette règle est controversé: articles 1122 et 1615 du Code civil ou le principe “l’accessoire suit le principal”. L’idée qui sous-tend le transfert est que les droits ne sont pas liés à la personne du créancier, mais à la qualité de propriétaire. On a ainsi jugé qu’en cas d’achat, le droit à garantie que possède le premier acheteur contre son vendeur est transmis au deuxième acheteur lors de la revente (Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 389; Cass., 15 décembre 2006, C.04 0491.N, *R.W.*, 2008-09, 230, note Carette). Il en va de même, par exemple, pour l’action en responsabilité contre l’entrepreneur ou l’architecte lors de la vente d’un immeuble (Cass., 15 septembre 1989, *R.C.J.B.*, 1992, 509, note Herbots, *T.B.H.*, 1990, 387, note Dirix; Cass., 20 avril 2012, *Pas.*, 2012, 844, avec les conclusions de l’avocat général Werquin, *R.W.*, 2013-14, 538; Cass., 18 mai 2006, *Arr. Cass.*, 2006, 1118, avec les conclusions de l’avocat général Dubrulle). Dans le dernier exemple, cela signifie donc qu’une personne qui n’était pas partie au contrat peut assigner l’entrepreneur ou l’architecte sur une base contractuelle. La proposition entend donner une base légale claire à cette jurisprudence. Il s’inspire pour cela de la réglementation figurant dans le nouveau Code civil néerlandais (art. 6:251 NWB). Ce mode de transmission est de droit supplétif. Les parties peuvent, en effet, toujours convenir qu’une créance particulière n’est pas incluse dans la transmission du bien. En outre, le principe de la transmission automatique de droits qualitatifs n’exclut pas que le vendeur puisse exercer

door de rechtshandelingen van hun rechtsvoorganger, wanneer zij tegen die daden een eigen recht kunnen inroepen dat door de wet is toegekend en dat door die handelingen is geschonden (Cass. 20 november 1964, *Pas.* 1965, I, 284, *RW* 1964-65, 1979).

Artikel 5.105

Bijzondere rechtverkrijgenden – Kwalitatieve rechten

De rechtstoestand van bijzondere rechtverkrijgenden, d.w.z. van diegenen die in de rechten van hun rechtsvoorganger treden met betrekking tot een bepaald goed (bv. een koper of een bijzondere legataris), is verschillend van de algemeen rechtverkrijgende. Zij treden, in beginsel, niet in de rechten en verplichtingen van hun rechtsvoorganger, ook niet wanneer deze rechten betrekking hebben op het overgedragen goed. Zij blijven dus “derden” ten aanzien van de door hun rechtsvoorganger gesloten contracten. De rechtspraak maakt hierop een uitzondering. In geval de rechten zo nauw aan de hoedanigheid van eigenaar verbonden zijn, worden zij geacht mee in de overdracht van het goed begrepen te zijn. De grondslag voor deze regel is omstreden: artikelen 1122 en 1615 van het Burgerlijk Wetboek of het beginsel “bijzaak volgt hoofdzaak”. De gedachte die aan de overdracht ten grondslag ligt is dat de rechten verbonden zijn, niet aan de persoon van de schuldeiser, maar aan de kwaliteit van het eigenaar zijn. Aldus werd geoordeeld dat bij koop, het recht op vrijwaring dat een eerste koper bezit tegen zijn verkoper, bij doorverkoop overgaat naar de tweede koper (Cass. 5 december 1980, *Pas.* 1981, I, 389; Cass. 15 december 2006, C.04 0491.N, *R.W.* 2008-09, 230 noot Carette). Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de aansprakelijkheidsvordering tegen de aannemer of architect bij verkoop van een woning (Cass. 15 september 1989, *R.C.J.B.* 1992, 509 noot Herbots, *T.B.H.* 1990, 387 noot Dirix; Cass. 20 april 2012, *Pas.*, 2012, 844 met conclusie advocaat-generaal Werquin, *R.W.* 2013-14, 538; Cass. 18 mei 2006, *Arr. Cass.*, 2006, 1118 met conclusie advocaat-generaal Dubrulle). In het laatste voorbeeld betekent dit dus dat de aannemer of architect op contractuele grondslag kan worden aangesproken door iemand die geen “partij” was aan het contract. Het voorstel wenst aan deze rechtspraak een duidelijke wettelijke grondslag te geven. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de regeling in het Nederlands Burgerlijk Wetboek (art. 6:251 NBW). Deze wijze van overgang is van aanvullend recht. De partijen kunnen immers steeds overeenkomen dat een

les droits lorsqu'il a encore intérêt à les exercer (Cass., 20 avril 2012, *op. cit.*).

Les droits ne sont pas modifiés par leur transmission à l'ayant cause particulier. La nature et la portée des droits restent donc déterminées par le contrat dont ils émanent (p. ex. le contrat d'entreprise) et sont soumises aux mêmes modalités et limitations (p. ex. Cass., 15 décembre 2006, C.04 0491.N, *R.W.*, 2008-09, 230, note Carette).

Un transfert similaire de dettes n'est pas souhaitable (Cass., 16 septembre 1966, *R.C.J.B.*, 1968, 166, note Hansenne; P. VAN OMMESELAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 1980, (81), pp. 150-152). L'introduction d'obligations qualitatives peut, en effet, soulever de nombreuses objections. Il n'est pas acceptable notamment que l'acquéreur d'un logement soit tenu au paiement du prix du contrat d'entreprise resté impayé par le vendeur. Les tiers seraient alors confrontés à toutes sortes d'obligations qui leur seraient inconnues, puisqu'il n'y a pas de publicité au contraire des droits réels immobiliers. Un tel système imposerait aux tiers des devoirs de recherche supplémentaires et augmenterait les frais de transaction dans le commerce juridique. Il n'en reste pas moins cependant que le débiteur auquel s'adresse l'ayant cause particulier peut opposer toutes les exceptions et tous les moyens de défense inhérents à la relation juridique transmise.

Article 5.106

Porte-fort

On peut se porter fort en promettant qu'un tiers effectuera quelque chose, comme s'engager à l'égard de l'autre partie ou effectuer une prestation. Le concept de porte-fort était régi par l'article 1120 du Code civil. La nouvelle formulation entend apporter davantage de clarté et s'inspire de celle de la réforme française (art. 1204 du C. Civ. fr.). Si le porte-fort concerne généralement le fait pour un tiers de contracter un engagement, rien n'empêche alors qu'il puisse également porter sur l'exécution d'une prestation donnée (Cass., 24 mars 2016, C.15 0324.N).

Le tiers reste libre d'honorer ou non la promesse de celui qui s'est porté fort puisqu'il ne s'est pas engagé. Si

bepaalde schuldvordering niet in de overdracht van het goed begrepen is. Verder is het zo dat het beginsel van de impliciete overdracht van kwalitatieve rechten niet uitsluit dat de verkoper de rechten kan uitoefenen wanneer hij nog steeds belang erbij heeft om ze uit te oefenen (Cass. 20 april 2012, *gecit.*).

Door hun overdracht op de bijzondere rechtverkrijger ondergaan de rechten geen wijziging. De aard en de omvang van het rechten blijven dus verder bepaald door het contract waaruit zij voortvloeien (bv. de aannemingsovereenkomst) en zijn onderworpen aan dezelfde modaliteiten en beperkingen (bv. Cass. 15 december 2006, C.04 0491.N, *R.W.* 2008-09, 230 noot Carette).

Een gelijkaardige overdracht van schulden is ongewenst (Cass. 16 september 1966, *R.C.J.B.* 1968, 166 noot Hansenne; P. VAN OMMESELAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, Brussel, Bruylant, 1980, (81), blz. 150-152). Tegen de invoering van kwalitatieve verbintenissen kunnen inderdaad talrijke bezwaren worden aangevoerd. Het gaat inderdaad niet op dat bijvoorbeeld de koper van een woning gehouden zou zijn tot betaling van de aannemingsprijs die door de verkoper onbetaald is gebleven. Derden zouden aldus geconfronteerd worden met allerlei verplichtingen die hen onbekend waren aangezien er geen publiciteit is zoals het wel het geval is voor zakelijke rechten. Dit zou derden met bijkomende onderzoekplichten opzadelen en de transactiekosten in het rechtsverkeer verhogen. Wel is het zo dat de schuldenaar die wordt aangesproken door de bijzondere rechtverkrijgende alle excepties en verweermiddelen kan tegenwerpen die inherent zijn aan de overgedragen rechtsverhouding.

Artikel 5.106

Sterkmaking

Men kan zich sterk maken door te beloven dat een derde iets zal doen, bv. zich tegenover de wederpartij te verbinden of een prestatie te verrichten. De figuur van de sterkmaking werd geregeld in artikel 1120 van het Burgerlijk Wetboek. De nieuwe formulering beoogt meer duidelijkheid en sluit aan bij deze van de Franse hervorming (art. 1204 C. civ. fr.). Indien de sterkmaking in de regel betrekking heeft op het aangaan van een verbintenis door een derde, dan staat niets eraan in de weg dat zij ook betrekking zou hebben op de uitvoering van een bepaalde prestatie (Cass. 24 maart 2016, C.15 0324.N).

De derde behoudt de vrijheid om de belofte van de sterkmaker al dan niet na te komen aangezien hij zich

le tiers refuse d'honorer la promesse de celui qui s'est porté fort, le tiers ne sera aucunement responsable et celui qui s'est porté fort est tenu d'indemniser l'autre partie.

Suivant le modèle de l'article 1204 du Code civil français, on prévoit la règle selon laquelle lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un acte juridique, la ratification rétroagit à la date du porte-fort. Cette règle est bien entendu de droit supplétif. Les conséquences de la ratification sont celles qui s'appliquent en matière de représentation (I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 2005, 480 et s.) et ne doivent donc pas être développées ici.

Article 5.107

Stipulation pour autrui

Cette disposition règle la stipulation pour autrui actuellement énoncée à l'article 1121 du Code civil. La formulation de l'ancien article doit être revue. Cela est dû au fait que – contrairement à la recodification française (art. 1203 C. civ. fr.) – l'article 1119 existant du Code civil ne figure plus dans la proposition. Conformément à cet article, personne ne peut en principe s'engager ni stipuler que pour soi-même. Cette disposition, qui ne vise pas la relation entre tiers, mais la relation entre parties contractantes, résulte de l'ancienne règle de droit romain *Nemo alteri stipulari potest* et fait obstacle à la possibilité de stipuler pour autrui. Cela explique la formulation complexe de l'article 1121 du Code civil. Le droit comparé nous apprend que presque tous les systèmes juridiques actuels ont relégué cette règle à l'histoire du droit (R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, 1992, 45: “all civil-law systems seem more or less to have thrown off the fetters of the Roman “alteri stipulari nemo potest” principle”). Le premier alinéa confirme ce principe qui figure également dans de nombreux systèmes étrangers (art. 1205, al. 1^{er}, C. civ. fr.; art. 6: 253 NBW, § 328 (1) BGB; Sec 1 (1) *Contracts (Rights of Third Parties) Act* 1999). La stipulation contractuelle dont question peut porter tant sur un droit (p. ex. un versement dans le cadre d'une assurance-vie) que sur un moyen de défense (p. ex. une clause d'exonération) (voy. par ex. l'art. III-9:301 2 DCFR).

Le deuxième alinéa formule la règle qui existe actuellement, selon laquelle la stipulation pour autrui fait naître un droit direct pour ce tiers, et ce, dès le début. Cette théorie du droit direct du bénéficiaire se fonde sur la doctrine (DE PAGE, *Traité*, II (1964), p. 668, n° 677; S. STIJNS, 1, n°s 335-342; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 234-238; P. WÉRY, p. 740,

niet heeft verbonden. Indien de derde weigert de belofte van de sterkmaker na te komen, dan treft de derde geen aansprakelijkheid en is de sterkmaker schadevergoeding verschuldigd aan de wederpartij.

In navolging van artikel 1204 van het Frans Burgerlijk Wetboek wordt de nuttige regel ingevoerd dat indien de sterkmaking de bekrachtiging van een rechtshandeling tot voorwerp heeft, de bekrachtiging in de tijd terugwerkt tot op de datum van de sterkmaking. Deze regel is uiteraard van aanvullend recht. De gevolgen van de bekrachtiging sporen met deze van de vertegenwoordiging (I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 2005, 480 e.v.) en dienen dus hier niet te worden uitgewerkt.

Artikel 5.107

Derdenbeding

Deze bepaling regelt het beding ten behoeve van een derde dat thans is neergelegd in artikel 1121 van het Burgerlijk Wetboek. De formulering van het oude artikel is aan herziening toe. Dit heeft te maken met het feit dat – anders dan in de Franse hercodificatie (art. 1203 C. civ. fr.) – het voorstel het bestaande artikel 1119 van het Burgerlijk Wetboek niet meer opneemt. Volgens dit artikel kan, in beginsel, niemand zich verbinden of iets bedingen dan voor zichzelf. Deze bepaling die geen betrekking heeft op de verhouding tussen derden, maar op de verhouding tussen contractspartijen vloeit voort uit de oude Romeinsrechtelijke regel *Nemo alteri stipulari potest* en bemoeilijkt de mogelijkheid om te bedingen voor een derde. Dit verklaart de complexe formulering in artikel 1121 van het Burgerlijk Wetboek. De rechtsvergelijking leert dat thans haast alle hedendaagse rechtssystemen deze regel naar de rechtsgeschiedenis hebben verwezen (R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations*, 1992, 45: “all civil-law systems seem more or less to have thrown off the fetters of the Roman “alteri stipulari nemo potest” principle”). Het eerste lid bevestigt dit beginsel dat ook in talrijke buitenlandse stelsels is neergelegd (art. 1205, lid 1, C. civ. fr.; art. 6: 253 NBW, § 328 (1) BGB; Sec 1 (1) *Contracts (Rights of Third Parties) Act* 1999). Het contractueel beding waarvan sprake kan zowel betrekking hebben op een recht (bv. een uitkering krachtens een levensverzekering) als op een verweermiddel (bv. een bevrijdingsbeding) (zie bv. art. III-9:301 2 DCFR).

Het tweede lid verwoordt de onder het geldende recht aanvaarde regel dat het beding ten behoeve van een derde voor die derde een rechtstreeks recht doet ontstaan en zulks van bij aanvang. Deze theorie van het rechtstreekse recht van de begunstigde vindt steun in de rechtsleer (DE PAGE, *Traité*, II (1964), blz. 668, nr. 677; S. STIJNS, 1, nrs. 335-342; W. VAN GERVEN

n° 877). Elle est également clairement formulée dans l'article 1206 du Code civil français: "*Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation*". Le tiers n'est pas un ayant cause de la partie contractante qui stipule et son droit existe *ab initio*. L'existence du droit doit être distinguée de son irrévocabilité.

La stipulation pour autrui ne doit pas être expresse. Le juge peut également en déduire l'existence de la nature et de la portée du contrat. Une stipulation pour autrui ne peut toutefois pas être présumée (Cass., 27 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 113; voy. également: § 329 BGB).

Le tiers bénéficiaire ne doit pas nécessairement exister ou être déterminé au moment où la stipulation est faite. Il suffit que le tiers existe et soit déterminé lors de la réalisation de la stipulation et qu'il soit déterminable lorsque la stipulation est faite. Le troisième alinéa s'inspire de l'article 77, al. 2, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, lequel dispose que le bénéficiaire doit être "déterminable" lorsque les prestations assurées deviennent exigibles.

Puisque le tiers tire ses droits de la convention, la nature et la portée de ces droits sont déterminées par celle-ci. Comme l'a judicieusement formulé De Page, la convention est à la fois la source et la mesure du droit du tiers (*Traité*, II, p. 676, n° 696: "*la source et la mesure*"). La partie contractante contre laquelle le tiers dirige son action peut par conséquent se défendre contre celui-ci en faisant valoir toutes les exceptions et moyens de défense contenus dans la convention.

À l'instar de ce qui prévaut dans le droit actuel, la stipulation devient irrévocable lorsqu'elle est acceptée par le tiers. À partir de ce moment-là, les parties ne peuvent plus annuler ou modifier la stipulation pour autrui sans l'accord du tiers. L'acceptation peut se faire par une communication informelle adressée à l'une des parties contractantes. Il est préférable de ne pas prévoir d'obligation légale de communication aux parties contractantes (N. CARETTE, *Derdenbeding*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 497, n° 601 et s.). En effet, l'acceptation ne doit pas nécessairement être expresse, mais peut également être tacite (Cass., 20 juillet 1883, *Pas.*, 1883, I, 347).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que la stipulation pour autrui fait naître immédiatement un droit dans le chef du tiers, même à l'insu de celui-ci, mais que ce droit ne devient irrévocable qu'en cas d'acceptation de la stipulation par le tiers. Il n'y a donc aucune contradiction entre ces deux règles.

en A. VAN EVELLEN, blz. 234-238; P. WÉRY, blz. 740, nr. 877). Zij wordt ook helder verwoord in artikel 1206 van het Frans Burgerlijk Wetboek: "*Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation*". De derde is geen rechtsverkrijger van de bedingende contractspartij en zijn recht ontstaat *ab initio*. Het bestaan van het recht moet onderscheiden worden van de onherroepelijkheid ervan.

Het derdenbeding dient niet uitdrukkelijk te zijn. De rechter kan het bestaan ook afleiden uit de aard en strekking van het contract. Een derdenbeding wordt echter niet vermoed (Cass. 27 september 1974, *Pas.* 1975, I, 113; zie ook: § 329 BGB).

De derde-begunstigde dient niet te bestaan, noch bepaald zijn op het tijdstip van het maken van het beding. Het volstaat dat de derde bestaat en bepaald is wanneer het beding uitvoering krijgt en dat hij bepaalbaar is wanneer het beding wordt gemaakt. Het derde lid sluit aan bij artikel 77, lid 2, van de wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014 dat bepaalt dat de begunstigde "aanwijsbaar" moet zijn wanneer de verzekerde prestatie opeisbaar worden.

Aangezien de derde zijn rechten ontleent aan de overeenkomst wordt de aard en de omvang ervan erdoor bepaald. Zoals door De Page treffend werd verwoord is de overeenkomst zowel de bron als de maat van de rechten van de derde (*Traité*, II, blz. 676, nr. 696: "*la source et la mesure*"). De aangesproken contractspartij kan zich bijgevolg tegen de derde verweren met alle excepties en verweermiddelen uit de overeenkomst.

Zoals ook geldt onder het huidige recht wordt het beding onherroepelijk wanneer het door de derde wordt aanvaard. Vanaf dat ogenblik kunnen de contractspartijen het beding niet meer ongedaan maken of wijzigen zonder instemming van de derde. De aanvaarding kan gebeuren door een vormvrije mededeling aan één der contractspartijen. Het verdient de voorkeur om niet in een wettelijke mededelingsplicht aan de contractspartijen te voorzien (N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, blz. 497, nr. 601 e.v.). De aanvaarding hoeft immers niet noodzakelijk uitdrukkelijk zijn, maar kan ook stilzwijgend gebeuren (Cass. 20 juli 1883, *Pas.* 1883, I, 347).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat het derdenbeding onmiddellijk in hoofde van de derde een recht doet ontstaan, zelfs zonder dat die ervan op de hoogte is, maar dat dat recht pas onherroepelijk wordt indien de derde de begunstiging aanvaardt. Er is dus geen enkele tegenstrijdigheid tussen die twee regels.

Article 5.108

Révocation et désignation d'un autre bénéficiaire

Tant que la stipulation pour autrui n'a pas été acceptée, le stipulant peut la révoquer ou modifier les droits qu'il a conférés. Les avis peuvent être différents en ce qui concerne l'exercice de ce droit par les héritiers du stipulant (voy. N. CARETTE, *Derdenbeding*, p. 594, n° 667 et s.). Ainsi, le nouveau droit français confère également ce droit aux héritiers du stipulant, mais ceux-ci doivent préalablement mettre le bénéficiaire en demeure afin de lui permettre d'accepter la stipulation et de la rendre irrévocable (art. 1207, al. 1^{er}, C. civ. fr.). Dans la proposition, il a été décidé, dans la lignée de la loi relative aux assurances (art. 176), de considérer le droit de révocation ou la désignation d'un autre bénéficiaire comme un droit personnel *exclusif* du stipulant. Il ne peut donc être exercé par ses ayants cause, ses créanciers ou le curateur. Cette solution est également majoritairement approuvée par la doctrine (P. WÉRY, I, p. 741, n° 878).

La révocation ou la désignation ont un effet rétroactif. L'effet rétroactif peut s'avérer important pour les éventuelles conséquences de la stipulation pour autrui en matière de droits réels lorsque la stipulation vise la confirmation ou la transmission d'un droit réel (N. CARETTE, *Derdenbeding*, p. 610, n° 677).

Article 5.109

Stipulation pour autrui inefficace

Cette disposition apporte une solution au cas où la stipulation pour autrui deviendrait sans objet notamment parce que le tiers bénéficiaire a refusé la stipulation ou n'entre plus en ligne de compte pour le bénéfice. Le droit revient alors en principe au stipulant, sauf si celui-ci désigne un autre bénéficiaire. Cette disposition concorde avec l'article 6:255 du NBW.

Article 5.110

Action directe

À côté de la stipulation pour autrui, où un droit contractuel est accordé à un tiers par les parties, la loi peut également accorder ce droit. On parle alors d'une "action directe". Dans ce cas, un tiers, en l'occurrence un créancier, se voit accorder le droit de s'adresser, en son nom et pour son compte, au débiteur de son débiteur. Le Code civil n'aborde pas cette action alors que de nombreux

Artikel 5.108

Herroeping en wijziging van een andere begunstigde

Zolang het derdenbeding niet werd aanvaard kan het door de bedinger worden herroepen of kunnen de verleende rechten door hem worden gewijzigd. Over de uitoefening van dit recht door de erfgenamen van de bedinger kunnen de meningen uiteenlopen (zie bij N. CARETTE, *Derdenbeding*, blz. 594, nr. 667 e.v.). Zo verleent het nieuwe Franse recht dit recht ook aan de erfgenamen van de bedinger, maar dienen deze vooraf de begunstigde in gebreke te stellen ten einde hem de mogelijkheid te bieden het beding te aanvaarden en onherroepelijk te maken (art. 1207, lid 1, C. civ. fr.). Het voorstel kiest ervoor om, in aansluiting met de Wet Verzekeringen (art. 176), het recht tot herroeping of tot aanwijzing van een andere begunstigde als een persoonlijk recht te beschouwen dat *uitsluitend* aan de bedinger toekomt. Het kan dus niet worden uitgeoefend door zijn rechtsverkrijgers, schuldeisers of curator. Deze oplossing wordt ook overwegend goedgekeurd door de rechtsleer (P. WÉRY, I, blz. 741, nr. 878).

De herroeping of de wijziging hebben terugwerkende kracht. De terugwerkende kracht kan van belang zijn voor eventuele zakenrechtelijke gevolgen van het derdenbeding indien het beding strekt tot de vestiging of overdracht van een zakelijk recht (N. CARETTE, *Derdenbeding*, blz. 610, nr. 677).

Artikel 5.109

Onwerkzaam derdenbeding

Deze bepaling voorziet in een oplossing voor het geval dat het derdenbeding zonder voorwerp is geworden omdat bijvoorbeeld de derde-begunstigde het beding heeft geweigerd of niet meer in aanmerking komt voor begunstiging. In beginsel komt het recht dan toe aan de bedinger, tenzij deze een andere begunstigde aanwijst. Deze bepaling komt overeen artikel 6:255 NBW.

Article 5 110

Rechtstreekse vordering

Naast het beding ten behoeve van een derde waarbij het de partijen zijn die aan een derde een contractueel recht verlenen, kan ook de wet zulks doen. Men spreekt dan van een "rechtstreekse vordering" waarbij aan een derde, nl. een schuldeiser, het recht wordt verleend om in eigen naam en voor eigen rekening de schuldenaar van zijn schuldenaar aan te spreken. Het Burgerlijk Wetboek

cas d'application légale sont à signaler. Il suffit de penser à l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage (art. 1798 C. civ.) et à celle de la victime d'un accident contre l'assureur en responsabilité (art. 150 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances). C'est pourquoi la proposition entend donner à cette figure juridique une place dans le droit commun et régler la problématique de l'opposabilité des moyens de défense. En ce qui concerne la terminologie, la proposition s'inspire de la loi relative aux assurances, où il est question d'un "droit propre". En principe, le sous-débiteur peut se défendre contre le titulaire du droit propre au moyen de toutes les exceptions dont il dispose contre son créancier immédiat (voir notamment P. WÉRY, I, p. 836, n° 890 et s.; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, p. 107, n° 143). Le droit du titulaire du droit propre est donc déterminé par le rapport juridique entre le débiteur et le sous-débiteur. La condition est toutefois que ces exceptions existent au moment où l'action directe est exercée. Par contre, les exceptions et les moyens de défense (p. ex. un paiement au créancier) apparaissant par la suite sont, eux, inopposables. Sauf disposition contraire de la loi, le sous-débiteur peut également invoquer toutes les exceptions dont son créancier dispose à l'égard du créancier principal. Lorsque l'action directe est exercée, le débiteur et le sous-débiteur ne peuvent plus compromettre la position du titulaire du droit propre. Le législateur peut déroger au principe d'opposabilité des exceptions en accordant un droit renforcé au tiers (p. ex. art. 151, § 1^{er}, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances).

Article 5.111

Tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle

Les effets internes du contrat ne sont relatifs qu'aux parties et ne lient pas les tiers, qui toutefois doivent tenir compte de l'existence de celui-ci. En ce sens, le contrat est une réalité qui limite la liberté d'agir et de contracter des tiers (P. WÉRY, I, p. 617, n° 653 et p. 863, n° 922; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 245). Ils ne peuvent donc méconnaître complètement l'existence du contrat. Dans la pratique, ce problème est le plus évident lorsqu'un tiers incite une partie contractante à ne pas respecter ses obligations contractuelles. On peut penser à la situation dans laquelle le tiers incite un fournisseur à ne plus livrer à un concurrent ou dans laquelle le tiers embauche une personne alors que celle-ci est liée par un contrat de travail avec un concurrent. Notre jurisprudence a mis du temps à déterminer la

bespreekt deze vordering niet, terwijl er nochtans vele wettelijke toepassingsgevallen zijn aan te wijzen. Te denken valt aan de vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer (art. 1798 BW) en deze van het slachtoffer van een ongeval tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar (art. 150 van de wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014). Het voorstel wenst daarom aan deze rechtsfiguur een plaats in het gemeen recht te geven en de problematiek van de tegenwerpbaarheid van de verweermiddelen te regelen. Wat de terminologie betreft wordt aansluiting gezocht bij de Wet Verzekering die het heeft over een "eigen recht". In beginsel kan de onderschuldenaar zich tegen de houder van het eigen recht verweren met alle excepties waarover hij tegen zijn onmiddellijke schuldeiser beschikt (zie nader: P. WÉRY, I, blz. 836, nr. 890 e.v.; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984, blz. 107, nr. 143). Het recht van de houder van het eigen recht wordt dus bepaald door de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de onderschuldenaar. Voorwaarde is wel dat deze excepties bestaan op het ogenblik waarop de vordering wordt ingesteld. Excepties en verweermiddelen (bv. een betaling aan de schuldeiser) die nadien ontstaan, zijn daarentegen niet-tegenwerpelijik. Behoudens de wet anders bepaalt, kan de onderschuldenaar ook alle excepties invoeren waarover zijn schuldeiser tegen de hoofdschuldeiser beschikt. Eens de vordering wordt ingesteld kunnen de schuldenaar en de onderschuldenaar de positie van de titularis van de het eigen recht dus niet meer in het gedrang brengen. De wetgever kan afwijken van het beginsel van de tegenwerpbaarheid door aan de derde een sterker recht te verlenen (bv. art. 151, § 1, van de wet betreffende de verzekeringen van 4 april 2014).

Artikel 5.111

Derde-medeplichtigheid aan de miskenning van een contractuele verbintenis

Indien derden obligatoir buiten schot blijven door tussen anderen gesloten overeenkomsten, dienen zij wel met het bestaan ervan rekening te houden. Hun handelings- en contractsvrijheid wordt in die zin toch beperkt (P. WÉRY, I, blz. 617, nr. 653 en blz. 863, nr. 922; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, blz. 245). Zij mogen het bestaan van deze overeenkomsten dus niet volledig miskennen. In de praktijk wordt dit probleem het scherpst gesteld in geval een derde één van de contractspartijen ertoe aanzet om zijn contractuele verplichtingen niet na te komen. Te denken valt aan het geval dat een derde een leverancier ertoe aanzet niet langer te leveren aan een concurrent of een derde die iemand in dienst neemt niettegenstaande een lopende arbeidsovereenkomst met een concurrent. Onze rechtspraak heeft er lange tijd over gedaan om de

norme exacte à laquelle les tiers doivent se tenir. L'on s'accorde aujourd'hui sur la règle selon laquelle un tiers commet un comportement fautif lorsqu'il a connaissance de l'obligation contractuelle ou, du moins, lorsqu'il devait en avoir connaissance, et que néanmoins il participe à la violation du contrat (Cass., 22 avril 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1022, avec conclusions du proc.-gén. E. Krings, *R.C.J.B.* 1984, 359, note Y. Merchiers, *R.W.* 1983-84, 427, note E. Dirix; Cass., 28 novembre 2002, *Pas.* 2002, I, 2293, *R.W.* 2005-06, 1238; Cass., 12 octobre 2012, *Arr. Cass.* 2012, 2168, *Pas.* 2012, 1898, *R.W.* 2014-15, 574. Voy. S. STIJNS et F. VAN LIEMPT, "Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk", dans S. STIJNS et P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid – Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, La Charte, 2010, p. 169-222). La présente disposition codifie cette jurisprudence.

Section 7

L'extinction du contrat

Sous-section 1^{re}

Les causes d'extinction

Article 5.112

Énumération

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

L'article proposé vise, mieux que le Code civil actuel (comp. art. 1234), à distinguer les causes d'extinction du contrat, d'une part, et celles d'extinction de l'obligation, d'autre part. Ces dernières sont énumérées à l'article 5 244.

La cause d'extinction du contrat mentionnée au 1^o est indirecte et constitue l'hypothèse la plus fréquente en pratique: le contrat prend fin une fois que toutes les obligations auxquelles le contrat a donné naissance se sont éteintes, généralement par leur paiement (c'est-à-dire leur exécution volontaire) ou pour une autre cause (par exemple, l'échéance du terme, la réalisation d'une condition résolutoire, etc.). La survie et même la naissance de certaines obligations post-contractuelles n'empêchent pas de considérer que le contrat lui-même a déjà pris fin (voy. *infra*, art. 5 114). Certains contrats ne donnent pas lieu à des obligations juridiques en tant que telles, mais à d'autres effets juridiques (par exemple, la modification

juiste norm te formuleren waaraan derden zich dienen te houden. Thans bestaat overeenstemming dat een derde onrechtmatig handelt wanneer hij kennis heeft van de contractuele verplichting, of althans daarvan kennis hoorde te hebben, en hij niettegenstaande dit zijn medewerking heeft verleend aan de contractbreuk (Cass. 22 april 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, 1022 met conclusie procureur-generaal E. Krings, *R.C.J.B.*, 1984, 359, noot Y. Merchiers, *R.W.*, 1983-84, 427 noot E. Dirix; Cass. 28 november 2002, *Pas.* 2002, I, 2293, *R.W.* 2005-06, 1238; Cass. 12 oktober 2012, *Arr.Cass.* 2012, 2168, *Pas.*, 2012, 1898, *R.W.* 2014-15, 574. Zie S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, "Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk", in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid – Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Brugge, die Keure, 2010, blz. 169-222). Deze bepaling codificeert deze rechtspraak.

Afdeling 7

Tenietgaan van het contract

Onderafdeling 1

Gronden van tenietgaan

Artikel 5.112

Opsomming

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidig Burgerlijk Wetboek.

Het artikel beoogt, beter dan het huidig Burgerlijk Wetboek (vergelijk art. 1234), een onderscheid te maken tussen, enerzijds, de gronden van tenietgaan van het contract en, anderzijds, de gronden van tenietgaan van de verbintenis. De laatstgenoemde gronden worden opgesomd in artikel 5 244.

De grond van tenietgaan van het contract vermeld in 1^o is onrechtstreeks en komt in de praktijk het vaakst voor: het contract neemt een einde zodra alle verbintenissen die door het contract zijn ontstaan, teniet zijn gegaan, over het algemeen door de betaling ervan (d.w.z. de vrijwillige uitvoering ervan) of op andere gronden (zoals het verstrijken van de tijdsbepaling, de vervulling van de ontbindende voorwaarde, enz.). Het voortbestaan en zelfs het ontstaan van bepaalde postcontractuele verbintenissen beletten niet dat het contract zelf reeds is beëindigd (zie *infra*, art. 5 114). Bepaalde contracten geven geen aanleiding tot juridische verbintenissen als dusdanig, maar tot andere rechtsgevolgen (zoals

d'un contrat antérieur, l'effet déclaratif du partage, etc.). En ce cas, le contrat prend fin lorsque ces effets se sont entièrement produits.

Les 2° à 6° énumèrent ensuite les principales causes d'extinction du contrat traitées dans d'autres dispositions du Code, auxquelles il est expressément renvoyé par souci didactique.

Le 7° est une cause résiduelle renvoyant aux autres causes d'extinction prévues par la loi. Celles-ci ont été jugées trop spécifiques pour qu'il soit utile de les mentionner expressément dans l'article. On songe notamment à la révocation des donations prévue aux articles 953 et suivants et 1096 du Code civil ou au droit des curateurs de renoncer à poursuivre l'exécution des contrats en cours conformément à l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (article XX.139 CDE), etc. Par ailleurs, la présente proposition introduit de nouvelles causes d'extinction du contrat, telles que la possibilité de donner par contrat à une partie ou à un tiers le pouvoir de résilier le contrat conformément à l'article 5.70 et le pouvoir du juge prévu à l'article 5.74 de mettre fin au contrat en cas de changement de circonstances.

La disparition de la cause du contrat ne figure pas parmi les causes d'extinction mentionnées à cet article. Cette cause d'extinction a en effet donné lieu à une jurisprudence hésitante de la Cour de cassation et est source d'insécurité juridique (voy. et comp. Cass., 16 novembre 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 331, *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 334, note P. Delnoy, *R.C.J.B.*, 1993, p. 73, note S. Nudelhole, *R.G.D.C.*, 1990, p. 294, note L. Raugent; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 56, *J.T.*, 2000, p. 676, obs. P.A. Foriers, *R. Cass.*, 2001, p. 77, note M. Van Quickenborne, *R.C.J.B.*, 2000, p. 77, note J.-Fr. Romain (voy. égal., dans la même affaire, Cass., 12 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 482); Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 723, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 149, note S. Nudelholc, *J.T.*, 2010, p. 321, note P. Delnoy, *R.A.B.G.*, 2009, p. 811, note B. Verlooy, *Rev. not. b.*, 2009, note P. Moreau, *R.G.D.C.*, 2009, p. 236, note M.A. Masschelein, *R.W.*, 2008-2009, p. 1666, note R. Barbaix; Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, n° 181, *Arr. Cass.*, 2014, n° 181, avec les conclusions contraires de M. l'avocat général Van Ingelgem, *J.T.*, 2015, p. 617, obs. V. Wyart, *Rev. not. b.*, 2015, p. 524, note A.-C. Van Gysel, *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. Peeraer, *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. Michiels). Compte tenu de celle-ci, il a paru préférable de ne pas en faire une cause d'extinction autonome. Les situations caractéristiques d'une disparition de la cause (notamment dans les groupes de contrats) pourront, comme par le passé, être résolues par le biais d'autres dispositions de la présente proposition, telles que l'erreur

de wijziging van een eerder contract of de declaratoire werking van de verdeling). In dat geval neemt het contract een einde wanneer die gevolgen volledig zijn ingetreden.

In 2° tot en met 6° wordt vervolgens een opsomming gegeven van de voornaamste gronden van tenietgaan van het contract, behandeld in andere bepalingen van het Wetboek, waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen uit didactische overwegingen.

Punt 7° verwijst verwijst naar de overige wettelijk bepaalde gronden van tenietgaan. Die werden te specifiek bevonden om ze uitdrukkelijk te vermelden in het artikel. Het gaat met name om de herroeping van giften overeenkomstig de artikelen 953 en volgende en artikel 1096 van het Burgerlijk Wetboek of om het recht van curatoren om de voortzetting van de uitvoering van lopende contracten te weigeren overeenkomstig artikel 46 van de faillissementswet van 8 augustus 1997 (artikel XX.139 WER), enz. Dit voorstel voert overigens nieuwe gronden van tenietgaan van het contract in, zoals de mogelijkheid om een partij of derde contractueel de bevoegdheid te geven om het contract op te zeggen overeenkomstig artikel 5.70 en de bevoegdheid van de rechter bepaald in artikel 5.74 om het contract te beëindigen bij verandering van omstandigheden.

De verdwijning van de oorzaak van het contract maakt geen deel uit van de in dit artikel vermelde gronden van tenietgaan. Deze grond van tenietgaan heeft immers aanleiding gegeven tot een aarzelende rechtspraak van het Hof van Cassatie en is een bron van rechtsonzekerheid (zie en vergelijk Cass. 16 november 1989, *Pas.* 1989, I, blz. 331, *Ann. dr. Liège* 1990, blz. 334, noot P. Delnoy, *R.C.J.B.* 1993, blz. 73, noot S. Nudelhole, *R.G.D.C.* 1990, blz. 294, noot L. Raugent; Cass. 21 januari 2000, *Pas.*, 2000, nr. 56, *J.T.* 2000, blz. 676, noot P.A. Foriers, *R.Cass.* 2001, blz. 77, noot M. Van Quickenborne, *R.C.J.B.* 2000, blz. 77, noot J.-Fr. Romain (zie ook, in dezelfde zaak, Cass., 12 oktober 2006, *Pas.* 2006, nr. 482); Cass. 12 december 2008, *Pas.* 2008, nr. 723, *Act. dr. fam.*, 2009, blz. 149, noot S. Nudelholc, *J.T.* 2010, blz. 321, noot P. Delnoy, *R.A.B.G.* 2009, blz. 811, noot B. Verlooy, *Rev. not. b.* 2009, noot P. Moreau, *T.B.B.R.* 2009, blz. 236, noot M.A. Masschelein, *R.W.* 2008-2009, blz. 1666, noot R. Barbaix; Cass. 6 maart 2014, *Pas.* 2014, nr. 181, *Arr. Cass.* 2014, nr. 181, met de andersluidende conclusies van advocaat-generaal Van Ingelgem, *J.T.* 2015, blz. 617, noot V. Wyart, *Rev. not. b.* 2015, blz. 524, noot A.-C. Van Gysel, *T.B.B.R.* 2014, blz. 261, noot F. Peeraer, *R.W.* 2013-2014, blz. 1625, noot D. Michiels). Bijgevolg leek het beter om daarvan geen autonome grond van tenietgaan te maken. De typische situaties van een verdwijning van de oorzaak (met name in de contract-groepen) zullen, zoals in het verleden, kunnen worden opgelost door andere bepalingen van dit voorstel, zoals

sur la cause (article 5.54), l'interdiction de l'abus de droit (article 5.73 et article 1.10 du projet de Livre 1^{er}) ou la condition résolutoire expresse ou tacite (article 5 142).

De même, la disposition ne fait pas de la mort de la partie en considération de laquelle un contrat *intuitu personae* a été conclu une cause automatique d'extinction du contrat. En effet, la doctrine a montré à quel point les contrats *intuitu personae* peuvent concerner des hypothèses extrêmement variables en pratique (voy. notamment F. GEORGE et P. BAZIER, "Faillite et *intuitu personae*: un régime à redéfinir?", *R.G.D.C.*, 2017, p. 3 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 70 et s., p. 149 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n° 68 et s., p. 91 et s.), de sorte que l'adoption d'une règle rigide a semblé inappropriée. Toutefois, ces situations pourront être abordées au travers d'autres dispositions de la proposition, à savoir en particulier l'impossibilité d'exécution lorsque la personne du débiteur est intimement liée à la prestation à effectuer (article 5 100) ou la condition résolutoire tacite (article 5 142).

Article 5.113

Disparition de l'objet

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: artt. 1186 et 1187 C. civ. fr.; § 326 BGB.

Le présent article règle la question de la caducité du contrat par disparition de son objet et ses liens avec la caducité de l'obligation par disparition de son objet. La caducité de l'obligation proprement dite est réglée à l'article 5 265 figurant dans le régime général de l'obligation.

La caducité par disparition de l'objet est un mode particulier d'extinction des obligations et/ou des contrats consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 28 novembre 1980, *A.C.*, 1980-1981, p. 352, *Pas.*, 1981, I, p. 369, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70, note P.A. Foriers; Cass., 12 décembre 1991, *A.C.*, 1991-1992, n° 198, *Pas.*, 1991, I, n° 198, avec les conclusions de M. l'avocat général Janssens De Bisthoven, *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note Fr. Glansdorff, *R.W.*, 1992-1993, p. 217, note A. Carette; Cass., 14 octobre 2004, *A.C.*, 2004, n° 483, *Pas.*, 2014, n° 483, *R.W.*, 2005-2006, p. 859, note C. auffman; Cass., 4 février 2005, *A.C.*, 2005, n° 67, *Pas.*, 2005, n° 67,

de dwaling over de oorzaak (artikel 5.54), het verbod op rechtsmisbruik (artikel 5.73 en artikel 1.10 van het ontwerp van Boek 1) of de uitdrukkelijke of stilzwijgende ontbindende voorwaarde (artikel 5 142).

Evenzo beschouwt de bepaling de dood van de partij in wiens aanmerking een contract *intuitu personae* is tot stand gekomen, niet als een automatische grond van tenietgaan van het contract. De rechtsleer heeft aangetoond dat contracten *intuitu personae* betrekking kunnen hebben op in de praktijk zeer uiteenlopende gevallen (zie met name F. GEORGE en P. BAZIER, "Faillite et *intuitu personae*: un régime à redéfinir?", *R.G.D.C.* 2017, blz. 3 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 70 e.v., blz. 149 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, Théorie générale du contrat, 2^e uitgave, Brussel, Larcier, 2011, nr. 68 e.v., blz. 91 e.v.), zodat de invoering van een rigide regel ongepast leek. Niettemin kunnen die situaties worden aangepakt met andere bepalingen van het voorstel, in het bijzonder de onmogelijkheid tot nakoming wanneer de persoon van de schuldenaar nauw verbonden is met de te leveren prestatie (artikel 5 100) of de stilzwijgende ontbindende voorwaarde (artikel 5 142).

Artikel 5.113

Wegvallen van het voorwerp

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: artt. 1186 en 1187 C. civ. fr.; § 326 BGB.

Dit artikel regelt de vraag van het verval van het contract door verdwijning van het voorwerp ervan en het verband met het verval van de verbintenis door wegvallen van haar voorwerp. Het verval van de eigenlijke verbintenis wordt geregeld in artikel 5 265 dat deel uitmaakt van het algemeen regime van de verbintenis.

Het verval door wegvallen van het voorwerp is een ongewone wijze van tenietgaan van de verbintenissen en/of contracten die door de rechtspraak van het Hof van Cassatie werd erkend (Cass. 28 november 1980, *Arr. Cass.* 1980-1981, blz. 352, *Pas.* 1981, I, blz. 369, *R.C.J.B.* 1987, blz. 70, noot P.A. Foriers; Cass., 12 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-1992, nr. 198, *Pas.* 1991, I, nr. 198, met de conclusies van advocaat-generaal Janssens De Bisthoven, *R.C.J.B.* 1994, blz. 7, noot Fr. Glansdorff, *R.W.* 1992-1993, blz. 217, noot A. Carette; Cass. 14 oktober 2004, *Arr. Cass.* 2004, nr. 483, *Pas.* 2014, nr. 483, *R.W.* 2005-2006, blz. 859, noot C. Cauffman; Cass. 4 februari

R.A.B.G., 2006, p. 9, note J. Bekaert, *R.W.*, 2005-2006, p. 587, note S. Mosselmans, *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 9 et s., n° 20, note C. Biquet-Mathieu; Cass., 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 460) et largement admis par la doctrine (cons. à ce propos la thèse de doctorat de P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998; voy. ég. et comp. A. BOËL, "La caducité", *Obligations. Commentaire pratique*, f. mob., Waterloo, Kluwer, 2008, V.2.5; C. CAUFFMAN, "Het verval van de verbintenissen wegens het teloorgaan van hun voorwerp erkend als algemeen rechtsbeginsel", note sous Cass., 14 octobre 2004, *R.W.*, 2005-2006, pp. 860 et s.; B. CLAESSENS et N. PEETERS, "Verval", *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, f. mob., Antwerpen, Kluwer, 2005, V.3; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen et Groningen, Intersentia, 2000, n° 649 et s., p. 842 et s.; T. DE LOOR, "Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak", *R.W.*, 1995-1996, pp. 761 et s.; P.A. FORIERS, "Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause", note sous Cass., 28 novembre 1980, *A.C.*, 1980-1981, p. 352, *Pas.*, 1981, I, p. 369, *R.C.J.B.*, 1987, p. 70; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Larcier, 2006; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, "La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation", *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 232 et s.; R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 129 et s.; S. JANSEN, *Prijzvermindering. Remedie tot het bijsturen van contracten*, Anvers, Intersentia, 2015, n° 894, p. 700 et s.; I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, "Grands arrêts récents en matière d'obligations", *Act. dr.*, 1997, pp. 19 et s.; J.-FR. ROMAIN, "Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant", *R.C.J.B.*, 2004, n° 15, p. 101; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994, n°s 23 et s., pp. 60 et s.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2015, n° 138; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Bruxelles, Larcier, 2013, n°s 649 et s., pp. 988 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n° 1020, pp. 943 et s.). De manière générale, il résulte de la jurisprudence de la Cour

2005, *Arr.Cass.* 2005, nr. 67, *Pas.* 2005, nr. 67, *R.A.B.G.* 2006, blz. 9, noot J. Bekaert, *R.W.* 2005-2006, blz. 587, noot S. Mosselmans, *Chroniques notariales*, Brussel, Larcier, 2011, blz. 9 e.v., nr. 20, noot C. Biquet-Mathieu; Cass. 25 juni 2010, *Pas.* 2010, nr. 460) en breed wordt gedragen in de rechtsleer (raadpleeg ter zake het proefschrift van P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Brussel, Bruylant, 1998; zie ook en vergelijk A. BOËL, "La caducité", *Obligations. Commentaire pratique*, losbl., Waterloo, Kluwer, 2008, V.2.5; C. CAUFFMAN, "Het verval van de verbintenissen wegens het teloorgaan van hun voorwerp erkend als algemeen rechtsbeginsel" (noot onder Cass. 14 oktober 2004), *R.W.* 2005-2006, blz. 860 e.v.; B. CLAESSENS en N. PEETERS, "Verval", *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, losbl., Antwerpen, Kluwer, 2005, V.3; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen en Groningen, Intersentia, 2000, nr. 649 e.v., blz. 842 e.v.; T. DE LOOR, "Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak", *R.W.* 1995-1996, blz. 761 e.v.; P.A. FORIERS, "Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause", noot onder Cass. 28 november 1980, *Arr. Cass.* 1980-1981, blz. 352, *Pas.* 1981, I, blz. 369, *R.C.J.B.* 1987, blz. 70; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels. Quelques observations en droit positif*, Brussel, Larcier, 2006; P.A. FORIERS en M.-A. GARNY, "La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation", *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Brussel, Larcier, 2014, blz. 232 e.v.; R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Brussel, Bruylant, 2016, blz. 129 e.v.; S. JANSEN, *Prijzvermindering. Remedie tot het bijsturen van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 894, blz. 700 e.v.; I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU en A. GOSSELIN, "Grands arrêts récents en matière d'obligations", *Act. dr.*, 1997, blz. 19 e.v.; J.-FR. ROMAIN, "Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques, en particulier des libéralités testamentaires, par disparition de leur cause-mobile déterminant", *R.C.J.B.*, 2004, nr. 15, blz. 101; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 1994, nrs. 23 e.v., blz. 60 e.v.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2015, nr. 138; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Brussel, Larcier, 2013, nrs. 649 e.v., blz. 988 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, 2^e

de cassation que la caducité de l'obligation résulte de l'impossibilité d'exécuter son objet en nature, que cette impossibilité soit due à un cas de force majeure (arrêts des 12 décembre 1991 et 4 février 2005), à la faute du débiteur (arrêt du 28 novembre 1980) ou même au fait du créancier (arrêt du 25 juin 2010). L'impossibilité ne doit pas être entendue de manière abstraite mais s'apprécie à la lumière de l'objet tel que les parties l'ont conçu (arrêts des 28 novembre 1980 et 12 décembre 1991). La caducité concerne au premier chef l'obligation (arrêts des 14 octobre 2004 et 25 juin 2010); elle peut s'étendre à tout le contrat (arrêt du 28 novembre 1980) mais il n'en va pas nécessairement ainsi (arrêt du 4 février 2005). Elle produit ses effets de plein droit (arrêt des 28 novembre 1980, 12 décembre 1991 et 25 juin 2010) et constitue un principe général du droit de nature supplétive (arrêt du 14 octobre 2004).

L'article 5 265 et le présent article ont pour but de codifier cette jurisprudence sous la réserve de l'automatisme de l'extinction du contrat.

À cet égard, il paraît normal que l'impossibilité d'exécuter en nature entraîne de plein droit l'extinction de l'obligation. En effet, en droit positif belge, une obligation suppose par définition l'existence d'un pouvoir de contrainte du créancier sur le débiteur permettant d'exiger de celui-ci la fourniture de la prestation promise (voy. article 5.1^{er}). La nature des choses impose dès lors une extinction de l'obligation dans la mesure où son exécution en nature n'apparaît plus possible, et ce quelle que soit la cause de cette impossibilité, y compris donc dans le cas où elle est due à la faute du débiteur. Une telle solution ne heurte pas l'équité dans la mesure où le créancier conserve dans ce cas le bénéfice des sanctions que la loi lui octroie en cas d'inexécution imputable à son débiteur (voy. article 5.83). En particulier, bien qu'il ne puisse plus exiger l'exécution en nature de l'obligation, il peut encore exiger la réparation du dommage qui lui a été causé par l'inexécution imputable au débiteur. On observera à cet égard que la proposition supprime la notion d'exécution par équivalent, qui est remplacée par celle de réparation du dommage, laquelle donne naissance à une obligation secondaire de réparation pour autant que les conditions nécessaires soient remplies (voy. à cet égard l'article 5.86).

uitgave, Brussel, Larcier, 2011, nr. 1020, blz. 943 e.v.). Over het algemeen blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat het verval van de verbintenis voortvloeit uit de onmogelijkheid om het voorwerp ervan *in natura* uit te voeren, ongeacht of die onmogelijkheid te wijten is aan overmacht (arresten van 12 december 1991 en 4 februari 2005), aan de fout van de schuldenaar (arrest van 28 november 1980) of zelfs aan de handeling van de schuldeiser (arrest van 25 juni 2010). De onmogelijkheid moet niet op abstracte wijze worden begrepen, maar wordt beoordeeld in het licht van het voorwerp zoals de partijen het hebben geconcipeerd (arresten van 28 november 1980 en 12 december 1991). Het verval betreft in de eerste plaats de verbintenis (arresten van 14 oktober 2004 en 25 juni 2010); bij uitbreiding kan het betrekking hebben op het volledige contract (arrest van 28 november 1980), maar dat is niet noodzakelijk het geval (arrest van 4 februari 2005). Het heeft uitwerking van rechtswege (arrest van 28 november 1980, 12 december 1991 en 25 juni 2010) en vormt een algemeen rechtsbeginsel van aanvullende aard (arrest van 14 oktober 2004).

Artikel 5 265 en dit artikel strekken ertoe die rechtspraak te codificeren onder voorbehoud van het automatisch tenietgaan van het contract.

In dat opzicht lijkt het normaal dat de onmogelijke uitvoering *in natura* van rechtswege het tenietgaan van de verbintenis tot gevolg heeft. In het Belgische positief recht veronderstelt een verbintenis per definitie het bestaan van een bevoegdheid van de schuldeiser ten aanzien van de schuldenaar die de schuldeiser ertoe in staat stelt de levering van de beloofde prestatie te eisen van de schuldenaar en dit af te dwingen in rechte (zie artikel 5.1). De aard van de zaken vereist dus een tenietgaan van de verbintenis voor zover de uitvoering *in natura* ervan niet meer mogelijk lijkt, zulks ongeacht de grond van die onmogelijkheid, daaronder begrepen dus het geval dat die te wijten is aan de fout van de schuldenaar. Een dergelijke oplossing druist niet in tegen de billijkheid aangezien de schuldeiser in dat geval het voordeel heeft van de sancties die de wet hem toekent bij de niet-nakoming die de schuldenaar kan worden toegerekend (zie artikel 5.83). Dat betekent in het bijzonder dat, hoewel hij de uitvoering *in natura* van de verbintenis niet meer kan eisen, hij wel het herstel kan eisen van de schade die hem is berokkend door de toerekenbare niet-nakoming van de schuldenaar. Wat dat betreft, moet worden opgemerkt dat in het voorstel het begrip uitvoering bij equivalent wordt geschrapt en wordt vervangen door het begrip herstel van de schade, waardoor een secundaire verbintenis tot herstel ontstaat voor zover de vereiste voorwaarden zijn vervuld (zie wat dat betreft artikel 5.86).

Il convient encore de préciser que seule l'impossibilité définitive d'exécution peut entraîner la caducité de l'obligation. En cas d'impossibilité temporaire, il est fait application de l'article 5.97 (en cas d'impossibilité imputable au débiteur) ou de l'article 5.99 (en cas d'impossibilité non imputable au débiteur).

Les choses s'avèrent en revanche plus délicates si l'on se place sur le terrain, non de l'obligation, mais du contrat. De nombreuses difficultés existent en effet concernant l'interaction entre la caducité – censée intervenir de plein droit – et les autres modes d'extinction du contrat, en particulier la résolution et la théorie des risques (voy. sur ces difficultés R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 32 et s., p. 199 et s.). La disposition en projet résout ces difficultés en prévoyant que la caducité d'une obligation née du contrat n'entraîne pas, en tant que telle, la caducité de celui-ci; le contrat ne sera éteint que par application des causes ordinaires d'extinction énumérées à l'article 5 112.

Ainsi, lorsque la caducité de l'obligation résulte d'une impossibilité d'exécution non imputable au débiteur, le contrat pourra le cas échéant être dissous par l'effet de la théorie des risques, en principe de plein droit (article 5 100).

À l'inverse, en cas d'impossibilité d'exécution imputable au débiteur, le contrat ne prendra pas fin de plein droit (*contra* l'arrêt du 28 novembre 1980) mais pourra, notamment, être résolu par le créancier en raison de l'inexécution commise par le débiteur (article 5.90). Cette solution apparaît plus équitable dans la mesure où l'extinction de plein droit du contrat aboutirait dans ce cas à priver le créancier de son choix parmi les sanctions que la loi lui octroie, alors même que l'impossibilité d'exécution est imputable au débiteur. Le créancier victime d'une impossibilité d'exécution imputable au débiteur se trouverait, en d'autres termes, moins bien traité que le créancier victime d'une simple inexécution imputable au débiteur (telle qu'un retard de paiement, une exécution défectueuse susceptible d'être corrigée, etc.), et ce sans justification raisonnable. Au contraire, sous l'empire de l'article proposé, le créancier pourra dans ce cas, s'il n'opte pas pour la résolution du contrat, exiger la poursuite du contrat en exécutant ses propres obligations moyennant une réparation réclamée au débiteur, en nature (si elle est possible) ou pécuniaire. Telle est d'ailleurs la solution retenue par le droit allemand (voy. à ce propos R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun*

Er moet nog worden verduidelijkt dat alleen de definitieve onmogelijkheid van uitvoering het verval van de verbintenis tot gevolg kan hebben. Indien het gaat om een tijdelijke onmogelijkheid, wordt toepassing gemaakt van artikel 5.97 (ingeval de onmogelijkheid de schuldenaar kan worden toegerekend) of van artikel 5.99 (ingeval de onmogelijkheid de schuldenaar niet kan worden toegerekend).

De zaken blijken daarentegen gevoeliger te liggen wanneer het niet de verbintenis, maar het contract betreft. Er bestaan immers tal van moeilijkheden die betrekking hebben op de interactie tussen het verval – dat geacht wordt van rechtswege op te treden – en de andere wijzen van tenietgaan van het contract, in het bijzonder de ontbinding en de risicoleer (over die moeilijkheden zie R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux" in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Brussel, Bruylant, 2016, nr. 32 e.v., blz. 199 e.v.). De ontworpen bepaling lost die moeilijkheden op door te bepalen dat het verval van een verbintenis die voortkomt uit een contract niet als dusdanig het verval van dat contract tot gevolg heeft; het contract vervalt pas door toepassing van de gewone gronden van tenietgaan opgesomd in artikel 5 112.

Wanneer het verval van de verbintenis dus resulteert uit een onmogelijkheid tot uitvoering die de schuldenaar niet kan worden toegerekend, kan het contract in voorkomend geval worden ontbonden als gevolg van de risicoleer, in beginsel van rechtswege (artikel 5 100).

Omgekeerd wordt het contract ingeval de onmogelijkheid van uitvoering de schuldenaar kan worden toegerekend, niet van rechtswege beëindigd (*contra* het arrest van 28 november 1980), maar kan het met name door de schuldeiser worden ontbonden wegens de niet-nakoming ervan door de schuldenaar (artikel 5.90). Die oplossing lijkt billijker aangezien het tenietgaan van rechtswege van het contract in dat geval ertoe zou leiden dat de schuldeiser de mogelijkheid wordt ontnomen om te kiezen uit de sancties die de wet hem toekent, ook al kan de onmogelijkheid van de uitvoering de schuldenaar worden toegerekend. Dat zou betekenen dat een schuldeiser die het slachtoffer is van een onmogelijkheid van uitvoering die de schuldenaar kan worden toegerekend, minder goed zou worden behandeld dan een schuldeiser die het slachtoffer is van een gewone, aan de schuldenaar toerekenbare niet-nakoming (zoals een laattijdige betaling, een onvolkomen uitvoering die kan worden verbeterd, enz.), en dit zonder redelijke rechtvaardiging. Krachtens het voorgesteld artikel is het daarentegen zo dat de schuldeiser in dat geval, indien hij niet kiest voor de ontbinding van het contract, de voortzetting van het contract kan eisen door zijn eigen verbintenissen na te komen en een schadeherstel te eisen van de schuldenaar,

des contrats. Questions choisies, Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 4, p. 137 et s.). On observera enfin que la différence avec le droit positif demeurera limitée dès lors que la proposition consacre par ailleurs la possibilité d'une résolution extrajudiciaire (voy. l'article 5.93).

Article 5.114

Obligations et clauses post-contractuelles

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: L. CORNELIS et V. SAGAERT, "Postcontractuele bedingen", *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2006, p. 291 et s.; M. FONTAINE, "Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux", *Dr. prat. comm. int.*, 1984, p. 7 et s.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, n° 1025, p. 950 et s.; art. 1230, al. 1^{er}, C. civ. fr.; art. III. – 3:509(2) DCFR; art. 7.3.5, 3), PICC.

Il arrive fréquemment que le contrat contienne des clauses qui, dans l'intention des parties, eu égard à leur nature et à leur portée, doivent continuer à s'appliquer même en cas d'extinction du contrat. On songe notamment aux clauses de confidentialité, de notification, de droit applicable, de résolution des différends, etc. L'alinéa 1^{er} confirme que l'intention des parties doit en ce cas – conformément au principe de la convention-loi – être respectée.

La disposition proposée invite à cet égard également à tenir compte de la nature de la cause d'extinction du contrat. En effet, il se peut que certaines clauses soient appelées à survivre à certaines causes d'extinction et pas à d'autres. De manière générale, l'annulation du contrat a des effets plus étendus que les autres modes d'extinction du contrat. Ainsi, par exemple, une clause indemnitaire ne pourra pas survivre à l'annulation du contrat, car une telle clause ne peut s'appliquer qu'en cas d'inexécution d'une obligation valablement contractée. En revanche, elle pourra en principe survivre à la résolution du contrat, pour autant du moins que la clause indemnitaire vise à réparer le dommage complémentaire que les restitutions consécutives à la résolution n'ont pas réparé; toutefois, si la clause indemnitaire vise à

in natura (als dat mogelijk is) of geldelijk. Dat is overigens de oplossing waarvoor in het Duitse recht is gekozen (zie daarover R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux", *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Brussel, Bruylant, 2016, nr. 4, blz. 137 e.v.). Ten slotte moet worden opgemerkt dat het verschil met het positief recht beperkt zal blijven aangezien het voorstel ook de mogelijkheid van een buitengerechtelijke ontbinding verankert (zie artikel 5.93).

Artikel 5.114

Postcontractuele verbintenissen en bedingen

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: L. CORNELIS en V. SAGAERT, "Postcontractuele bedingen", *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen en Oxford, Intersentia, 2006, blz. 291 e.v.; M. FONTAINE, "Les obligations "survivant au contrat" dans les contrats internationaux", *Dr. prat. comm. int.*, 1984, blz. 7 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., Brussel, Larcier, 2011, nr. 1025, blz. 950 e.v.; art. 1230, lid. 1, C. civ. fr.; art. III. – 3:509(2) DCFR; art. 7.3.5, 3), PICC.

Het komt vaak voor dat een contract bedingen omvat die, volgens de bedoeling van de partijen, rekening houdend met de aard en de strekking ervan, van toepassing moeten blijven, zelfs bij tenietgaan van het contract. Daarbij gaat het met name om bedingen inzake vertrouwelijkheid, kennisgeving, toepasselijk recht, oplossing van geschillen, enz. Het eerste lid bevestigt dat de bedoeling van de partijen in dat geval moet worden gerespecteerd, zulks overeenkomstig het beginsel van de overeenkomst-wet.

De voorgestelde bepaling nodigt in dat opzicht ook uit om rekening te houden met de aard van de grond van het tenietgaan van het contract. Het is immers mogelijk dat bepaalde bedingen moeten blijven voortbestaan bij bepaalde gronden van tenietgaan en niet bij andere. Over het algemeen strekken de gevolgen van de nietigverklaring van een contract verder dan die van de andere wijzen van tenietgaan van een contract. Zo zal een schadebeding niet kunnen blijven voortbestaan bij de nietigverklaring van een contract, aangezien zo'n beding slechts van toepassing kan zijn indien een op geldige wijze aangegane verbintenis niet wordt nagekomen. Zo'n beding kan daarentegen, in beginsel, blijven voortbestaan bij de ontbinding van het contract, voor zover het schadebeding beoogt de aanvullende schade

compenser l'inexécution de l'obligation sans tenir compte des restitutions consécutives à la résolution, alors une telle clause indemnitaire n'a en principe pas vocation à s'appliquer en cas de résolution du contrat.

L'alinéa 2 précise qu'à côté des obligations et clauses du contrat qui restent en application par la volonté des parties, la fin du contrat peut également donner lieu à des obligations nouvelles qui trouvent leur source, soit dans la loi, soit dans le principe de bonne foi. Au titre des obligations légales, il faut notamment citer les obligations de restitution qui naissent du fait de l'annulation ou de la résolution du contrat (voy. les articles 5 115 à 5 124). Au titre des obligations découlant du principe de bonne foi, on peut notamment citer l'obligation pouvant, en fonction des circonstances, peser sur le concédant de reprendre à la fin de la concession le stock constitué par le concessionnaire (Cass., 31 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 438).

L'alinéa 3 clarifie par ailleurs le fait que ces obligations nouvelles visées à l'alinéa 2 sont, tout comme celles visées à l'alinéa 1^{er}, soumises au régime des obligations contractuelles. Ainsi, par exemple, si le contrat a été résilié et qu'une partie manque aux obligations nouvelles auxquelles cette résiliation donne lieu, le contrat pourra encore le cas échéant être résolu. L'application des règles relatives aux obligations contractuelles ne vaut toutefois que pour autant que la nature ou la portée des obligations post-contractuelles concernées ne s'y oppose pas. Ainsi, par exemple, en cas d'inexécution d'une obligation de restitution consécutive à l'annulation ou à la résolution pour inexécution du contrat, seule une restitution en nature ou en valeur est possible (article 5 119), mais aucune action en résolution n'est envisageable.

Sous-section 2

Les restitutions

Article 5.115

Champ d'application

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

te herstellen die de restituties naar aanleiding van de ontbinding niet hebben hersteld. Als het schadebeding echter beoogt de niet-nakoming van de verbintenis te compenseren zonder rekening te houden met de restituties naar aanleiding van de ontbinding, is het in beginsel niet de bedoeling dat zo'n schadebeding toepassing vindt bij de ontbinding van het contract.

Het tweede lid verduidelijkt dat naast de verbintenissen en bedingen van het contract die van toepassing blijven door de wil van de partijen, het einde van het contract ook aanleiding kan geven tot nieuwe verbintenissen die hun oorsprong vinden, ofwel in de wet ofwel in het beginsel van goede trouw. Wat de wettelijke verbintenissen betreft, moeten met name de verbintenissen tot restitutie die voortkomen uit de nietigverklaring of de ontbinding van het contract vermeld worden (zie de artikelen 5 115 tot 5 124). Wat de verbintenissen die voortvloeien uit het beginsel van goede trouw betreft, kan met name melding worden gemaakt van de verbintenis die, naargelang van de omstandigheden, ten laste van de concessiegever kan vallen om op het einde van de concessie de stock van de concessiehouder over te nemen (Cass. 31 oktober 1997, *Pas.* 1197, I, nr. 438).

Het derde lid verheldert overigens het feit dat die nieuwe verbintenissen bedoeld in het tweede lid, net als degene bedoeld in het eerste lid, onderworpen zijn aan het regime van de contractuele verbintenissen. Zo zal het contract in voorkomend geval nog kunnen worden ontbonden als het contract is opgezegd en een van de partijen de nieuwe verbintenissen die uit die opzegging voortvloeien, niet nakomt. De toepassing van de regels met betrekking tot contractuele verbintenissen geldt evenwel slechts voor zover de aard of de strekking van de betrokken postcontractuele verbintenissen zich daar niet tegen verzet. Zo is, bij niet-nakoming van een restitutieverbintenis na nietigverklaring of na ontbinding wegens niet-nakoming van het contract, enkel restitutie in natura of in waarde mogelijk (artikel 5 119), maar geen vordering tot ontbinding.

Onderafdeling 2

Restitutie

Artikel 5.115

Toepassingsgebied

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1352 et s. C. civ. fr.; art. 1699 C.civ.québécois; art. 172.1 CESL.

La présente sous-section constitue une grande innovation de la proposition. En effet, en droit positif, il n'existe pas de régime uniforme des restitutions consécutives à l'extinction du contrat et de nombreuses controverses existent quant aux règles applicables dans chaque cas (notamment quant au fondement juridique des restitutions, au sort des fruits, aux comptes entre parties en cas de moins-value ou de plus-value de la chose, etc.).

Par souci de simplification et de sécurité juridique, la proposition vise dès lors à soumettre autant que possible l'ensemble des restitutions à un corps de règles communes (voy., dans le même sens, les art. 1352 et s. C. civ. fr.; art. 1699 et s. C.c.Q.; ainsi que les articles 172 à 177 CESL). Ces règles excluent l'application de règles issues d'autres régimes de restitution (par exemple, la théorie de l'enrichissement sans cause, les articles 549 et 555 du Code civil, etc.).

L'alinéa 1^{er} dispose ainsi que la présente sous-section s'applique en cas d'annulation du contrat (article 5.62), de résolution de celui-ci pour inexécution (article 5.95), d'application de la théorie des risques (article 5.101), ou par l'effet d'une condition résolutoire (article 5.147). Il convient de préciser que la présente sous-section ne s'appliquera que dans la mesure où des restitutions sont dues en vertu de ces différentes institutions. Ainsi, par exemple, dans la plupart des cas, la théorie des risques – qui sortit ses effets pour l'avenir – ne donnera pas lieu à des restitutions.

L'alinéa 2 rend également la présente sous-section applicable à la restitution du paiement indu (article 5.134). Puisque la présente sous-section est principalement rédigée en ayant à l'esprit le régime des obligations contractuelles, les règles de la présente sous-section devront le cas échéant faire l'objet de certaines adaptations pour être appliquées à la restitution de l'indu. Des précisions sont à cet égard fournies dans le commentaire des articles suivants.

Article 5.116

Droit aux restitutions

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: art. 1352 e. v. C. civ. fr.; art. 1699 C.civ. québécois; art. 172.1 CESL.

Deze onderafdeling bevat een grote vernieuwing van het voorstel. In het positief recht bestaat er immers geen eenvormige regeling inzake de restituties volgend op het tenietgaan van het contract en er bestaat veel controverse over de regels die in elk geval gelden (met name met betrekking tot de juridische grondslag van de restituties, het lot van de vruchten, de rekeningen tussen de partijen in geval van min- of meerwaarde van het voorwerp, enz.).

Met het oog op vereenvoudiging en rechtszekerheid beoogt het voorstel dan ook alle restituties zoveel mogelijk te onderwerpen aan een uniform regime (zie, in dezelfde zin, artikelen 1352 e.v. C. civ. fr.; art. 1699 e.v. B.W. Q.; en de artikelen 172 tot 177 CESL). Die regels sluiten de toepassing uit van regels uit andere restitutieregelingen (bijvoorbeeld de theorie van de ongerechtvaardigde verrijking, de artikelen 549 en 555 van het Burgerlijk Wetboek, enz.).

Zo bepaalt het eerste lid dat deze onderafdeling van toepassing is in geval van nietigverklaring van het contract (artikel 5.62), ontbinding van het contract wegens niet-nakoming (artikel 5.95), toepassing van de risicoleer (artikel 5.101) of als gevolg van een ontbindende voorwaarde (artikel 5.147). Er moet worden verduidelijkt dat deze onderafdeling slechts van toepassing zal zijn voor zover restituties verschuldigd zijn op grond van die verschillende figuren. Zo zal bijvoorbeeld de risicoleer – die pas voor de toekomst uitwerking krijgt – in de meeste gevallen geen aanleiding geven tot restituties.

Het tweede lid maakt de huidige onderafdeling ook toepasselijk op de restitutie van de onverschuldigde betaling (artikel 5.134). Aangezien deze onderafdeling hoofdzakelijk wordt geschreven met de regeling van de contractuele verbintenissen voor ogen, zullen de regels van deze onderafdeling in voorkomend geval het voorwerp moeten uitmaken van bepaalde aanpassingen om te worden toegepast op de restitutie van de onverschuldigde betaling. Dienaangaande worden verduidelijkingen gegeven in de toelichting bij de volgende artikelen.

Artikel 5.116

Recht op restitutie

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1352 et s. C. civ. fr.; art. 1699 C.c.Q.; art. 172.1 CESL.

Les restitutions portent en principe sur tout ce qui a été reçu en vertu du contrat (ou, du moins, de la partie divisible du contrat faisant l'objet d'une cause d'extinction donnant lieu à restitutions). Il peut donc s'agir de prestations de donner, de garantir (voy. article 5.46), de faire ou de ne pas faire (dans ces deux derniers cas, la restitution a lieu par équivalent conformément à l'article 5 119). Sont par ailleurs couvertes les prestations effectuées tant en exécution du contrat que, plus largement, en vertu de celui-ci (telle que la chose remise pour la formation d'un contrat réel).

L'alinéa 1^{er} précise la date à partir de laquelle les restitutions sont dues. Cette date de référence présente une importance pour fixer le moment à partir duquel les fruits doivent être restitués (sous réserve de la bonne foi) conformément à l'article 5 122. Elle est fixée à la date à laquelle la prestation à restituer a été effectuée.

Ainsi par exemple, en cas de nullité du contrat, la date de référence pour la restitution du prix sera le jour où le prix a été payé.

L'alinéa 2 précise que, même lorsque la cause d'extinction du contrat est rétroactive – telle que l'annulation ou la résolution pour inexécution –, la prescription du droit aux restitutions ne peut commencer à courir qu'à compter du moment où l'extinction du contrat s'est produite, indépendamment donc de la date jusqu'à laquelle ses effets remontent. La dette de restitution n'est donc exigible qu'à partir de ce moment. Ainsi, par exemple, le droit aux restitutions découlant de l'annulation du contrat commence à se prescrire le lendemain du jour où le contrat est annulé (par exemple, au jour du prononcé du jugement d'annulation), et non au jour de la conclusion du contrat. Il convient en effet d'éviter que le droit aux restitutions puisse se prescrire avant même que les restitutions ne puissent être exigées. On rappellera par ailleurs que les restitutions sont soumises aux règles ordinaires applicables aux actions personnelles, c'est-à-dire à un délai de prescription de 10 ans (article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil).

L'application du principe contenu à l'alinéa 2 à la restitution de l'indu peut requérir certaines adaptations, comme indiqué à l'article 5 115, alinéa 2. Ainsi, le droit à la restitution de l'indu se prescrit en principe à partir

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: art. 1352 e. v. C. civ. fr.; art. 1699 B.W.Q.; art. 172.1 CESL.

De restituties betreffen in beginsel alles wat op grond van het contract is ontvangen (of tenminste het deelbare gedeelte van het contract dat het voorwerp uitmaakte van een grond van tenietgaan die aanleiding gaf tot restituties). Bijgevolg kan er sprake zijn van prestaties om iets te geven, te garanderen (zie artikel 5.46), te doen of niet te doen (in de twee laatste gevallen vindt de restitutie plaats bij equivalent overeenkomstig artikel 5 119). Overigens zijn de geleverde prestaties gedekt, zowel deze ter uitvoering van het contract als, in ruimere zin, de prestaties geleverd op grond van het contract (zoals de overhandiging van een voorwerp voor de totstandkoming van een zakelijk contract).

In het eerste lid wordt nader bepaald vanaf welke datum de restituties verschuldigd zijn. Die referentiedatum is van belang om te bepalen vanaf wanneer de vruchten moeten worden teruggegeven (onder voorbehoud van de goede trouw) overeenkomstig artikel 5 122. Voornoemde datum wordt vastgesteld op de datum waarop de te restitueren prestatie werd verricht.

Zo zal bijvoorbeeld in geval van nietigheid van het contract de referentiedatum voor de restitutie van de prijs de dag zijn waarop de prijs werd betaald.

Het tweede lid bepaalt dat zelfs indien de grond van tenietgaan terugwerkende kracht heeft – zoals de nietigverklaring of de ontbinding wegens niet-nakoming –, de verjaring van het recht op de restituties pas kan beginnen te lopen vanaf het tijdstip waarop het tenietgegaan van het contract is ingetreden, onafhankelijk dus van de datum tot wanneer zijn gevolgen teruggaan. De restituteschuld is derhalve pas opeisbaar vanaf dat ogenblik. Zo begint het recht op de restituties dat voortvloeit uit de nietigverklaring van het contract bijvoorbeeld te verjaren op de dag die volgt na de dag waarop het contract nietig is verklaard (bijvoorbeeld op de dag van de uitspraak van het vonnis tot nietigverklaring) en niet op de dag van de totstandkoming van het contract. Er moet immers worden vermeden dat het recht op de restituties kan verjaren vooraleer de restituties kunnen worden opgeëist. Overigens moet worden herhaald dat de restituties onderworpen zijn aan de gewone regels die van toepassing zijn op de persoonlijke vorderingen, d.w.z. aan een verjaringstermijn van 10 jaar (artikel 2262*bis*, § 1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek).

De toepassing van het beginsel in het tweede lid op de restitutie van de onverschuldigde betaling, kan bepaalde aanpassingen vergen, zoals aangegeven in het artikel 5 115, tweede lid. Aldus verjaart het recht op

du jour qui suit celui où le paiement a été effectué. Toutefois, lorsque le caractère indu du paiement résulte d'une annulation rétroactive d'un acte administratif par le Conseil d'État, alors la prescription ne peut commencer à courir que le lendemain du jour de cette annulation, car ce n'est que celle-ci qui confère au paiement son caractère indu (voy. Cass., 5 janvier 2017, n° F.15 0165.F, *Rev. fisc. rég. loc.*, 2017, p. 43).

Article 5.117

Bonne foi

Cet article s'inspire des articles 550 et 2268 du Code civil.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer le § 142, alinéa 2, BGB.

La présente disposition définit la bonne foi du débiteur de la restitution. On vise ici la bonne foi subjective, entendue comme l'ignorance d'une certaine situation, par opposition à la bonne foi objective imposant une certaine norme de comportement (sur cette distinction, voy. not. P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 94, p. 187 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e éd., Leuven, Acco, 2015, p. 95). Cette bonne foi est présumée; elle ne cesse que dans les circonstances indiquées par l'article. La bonne foi présente un intérêt en cas de perte de la chose (art. 5 120) et pour la restitution des fruits (art. 5 122).

À cet égard, une distinction est faite entre la nullité et les autres causes de restitution. La nullité présentant l'effet rétroactif le plus étendu, elle requiert un régime spécifique.

En droit positif, la bonne foi subjective est généralement exclue non seulement en cas de connaissance effective de la précarité du titre sur la chose, mais également lorsque l'ignorance de cette précarité est jugée illégitime. Ainsi, "En vertu des articles 549 et 550 du Code civil, seul le possesseur de bonne foi peut conserver les fruits de la chose possédée. Dès que le possesseur a connaissance des vices de son titre, sa bonne foi cesse et il est tenu, sur la base de ces dispositions et des articles 1382 et 1383 du Code civil, de restituer les fruits au propriétaire de la chose" (Cass., 2 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 521; la référence à l'article 1383 du Code civil implique à cet égard que l'ignorance résultant d'une négligence

restitution van een onverschuldigde betaling in beginsel vanaf de dag die volgt op de dag waarop de betaling werd gedaan. Wanneer het onverschuldigde karakter van de betaling echter voortvloeit uit een nietigverklaring met terugwerkende kracht van een administratieve rechtshandeling door de Raad van State, kan de verjaring slechts beginnen te lopen vanaf de dag die volgt op de dag van die nietigverklaring, aangezien het alleen die nietigverklaring is die de betaling een onverschuldigd karakter geeft (cf. Cass. 5 januari 2017, nr. F.15 0165.F, *Rev. fisc. rég. loc.*, 2017, p. 43).

Artikel 5.117

Goede trouw

Dit artikel is geïnspireerd op artikel 550 en 2268 van het Burgerlijk Wetboek.

Als andere inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar § 142, tweede lid, BGB.

Deze bepaling omschrijft de goede trouw van de schuldenaar van de restitutie. Hier wordt de subjectieve goede trouw beoogd, begrepen als de onwetendheid over een bepaalde situatie, in tegenstelling tot de objectieve goede trouw die een bepaalde gedragsnorm oplegt (over dat onderscheid, zie met name P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, deel II, Les obligations, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 94, blz. 187 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e uitgave, Leuven, Acco, 2015, blz. 95). Die goede trouw wordt vermoed; zij houdt pas op in de in het artikel bedoelde omstandigheden. De goede trouw is van belang in geval van verlies van de het voorwerp (art. 5 120) en voor de teruggave van de vruchten (art. 5 122).

Wat dat betreft wordt er een onderscheid gemaakt tussen nietigheid en de andere gronden van restitutie. De nietigheid waarvan de terugwerkende kracht het verst reikt, vereist een specifieke regeling.

In het positief recht is de subjectieve goede trouw over het algemeen uitgesloten, niet alleen in geval van effectieve kennis van de onzekerheid van de titel op het voorwerp, maar ook wanneer de onwetendheid over die onzekerheid onrechtmatig wordt bevonden. Zo mag "Krachtens de artikelen 549 en 550 van het Burgerlijk Wetboek, enkel de bezitter te goeder trouw de vruchten behouden van de zaak die hij bezit. Zodra de bezitter de gebreken van zijn titel kent, is hij niet langer te goeder trouw en dient hij, op grond van die bepalingen en van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, de vruchten terug te geven aan de eigenaar van de zaak." (Cass. 2 oktober 2008, *Pas.* 2008, nr. 521; de verwijzing

ou d'une imprudence est assimilée à la connaissance effective); voy. également, dans la même affaire, Cass., 7 mai 2015, *Pas.*, 2015, n° 295, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-F. Leclercq; comp., dans le même sens, à propos de la bonne foi requise par les articles 2265 et 2279 du Code civil, Cass., 16 décembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 747; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 697; Cass., 12 février 2004, *Pas.*, 2004, n° 76; Cass., 21 mars 2003, *Pas.*, 2003, n° 190; Cass., 3 juin 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 300, avec les conclusions de M. l'avocat général Pholien; comp. cependant Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 9, point 4, décidant que "Si un contrat de vente est déclaré nul, des intérêts ne sont en principe dus sur les montants qui font l'objet de l'obligation de restitution du vendeur qu'à compter de la mise en demeure").

Si l'on transpose ce critère dans le domaine des restitutions, ceci signifierait que dès qu'une partie a connaissance (ou même devrait avoir connaissance) du fait que le contrat pourrait être annulé, elle cesserait d'être de bonne foi.

La proposition s'écarte toutefois partiellement de cette solution. En effet, faire découler la mauvaise foi d'une ignorance illégitime apparaît excessif tant sur le plan de la sécurité juridique que de l'équité, spécialement si l'on envisage une cause de nullité étrangère à toute idée de faute (telle que l'erreur visée à l'article 5.34). Seule une connaissance effective de la cause de nullité pourra dès lors mettre fin à la bonne foi. Ainsi, par exemple, si une vente est annulable en raison d'une erreur sur la substance commise par le vendeur, celui-ci ne cessera d'être de bonne foi que lorsqu'il aura effectivement pris connaissance de son erreur. Quant à l'acheteur, il ne cessera d'être de bonne foi que lorsque l'erreur du vendeur aura été effectivement portée à sa connaissance, par exemple par une mise en demeure. En revanche, si le consentement d'une partie est vicié par le dol commis par un cocontractant, ce cocontractant sera considéré comme étant de mauvaise foi depuis l'origine, puisqu'il a nécessairement connaissance du dol dont il est l'auteur. La victime, par contre, ne cessera d'être de bonne foi que lorsqu'elle aura découvert le dol.

Ainsi, en cas de nullité, la bonne foi cesse dès que le débiteur de la restitution a effectivement connaissance de la cause de nullité. À cet égard, il n'est pas nécessaire d'avoir à ce stade la certitude que le contrat sera annulé (voy. dans le même sens § 142, alinéa 2, BGB); la connaissance de la précarité du titre suffit parce que

naar artikel 1383 van het Burgerlijk Wetboek impliceert in dat opzicht dat de onwetendheid die resulteert uit nalatigheid of onvoorzichtigheid gelijkgesteld wordt met de effectieve kennis; zie ook, in dezelfde zaak, Cass., 7 mei 2015, *Pas.* 2015, nr. 295, met de conclusies van advocaat-generaal J.-F. Leclercq; vergelijk, in dezelfde zin, inzake de goede trouw vereist door de artikelen 2265 en 2279 van het Burgerlijk Wetboek, Cass. 16 december 2010, *Pas.* 2010, nr. 747; Cass. 26 november 2010, *Pas.* 2010, nr. 697; Cass. 12 février 2004, *Pas.* 2004, nr. 76; Cass. 21 maart 2003, *Pas.* 2003, nr. 190; Cass. 3 juni 1915, *Pas.* 1915-1916, I, blz. 300, met de conclusies van advocaat-generaal Pholien; vergelijk echter Cass. 5 januari 2012, *Pas.* 2012, nr. 9, punt 4, waarin het volgende wordt beslist: "Indien een koopovereenkomst wordt nietig verklaard, dan is op de bedragen die het voorwerp uitmaken van de restitutieplicht van de verkoper, in beginsel, slechts interest verschuldigd vanaf de ingebrekestelling").

Als dat criterium wordt omgezet in het domein van de restituties, zou dat betekenen dat zodra een partij kennis heeft (of kennis zou moeten hebben) van het feit dat het contract nietig zou kunnen worden verklaard, ze niet langer te goeder trouw is.

Het voorstel wijkt echter gedeeltelijk af van die oplossing. De kwade trouw laten voortvloeien uit een onrechtmatige onwetendheid lijkt immers buitensporig, zowel op het vlak van de rechtszekerheid als op dat van de billijkheid, in het bijzonder als een nietigheidsgrond wordt beoogd waarbij geenszins sprake is van een fout (zoals de dwaling bedoeld in artikel 5.34). Alleen een effectieve kennis van de nietigheidsgrond kan dus een einde stellen aan de goede trouw. Als bijvoorbeeld een verkoop nietig verklaard kan worden wegens een essentiële dwaling in hoofde van de verkoper, blijft laatstgenoemde bijgevolg te goeder trouw zolang hij niet effectief kennis heeft genomen van zijn dwaling. De koper houdt pas op te goeder trouw te zijn wanneer de dwaling van de verkoper hem effectief ter kennis wordt gebracht, bijvoorbeeld door een ingebrekestelling. Als de toestemming van een partij echter is aangetast door het bedrog van een medecontractant, wordt die medecontractant beschouwd als te kwader trouw vanaf het begin, aangezien hij noodzakelijkerwijze kennis heeft van het bedrog waarvan hij de dader is. Het slachtoffer, daarentegen, houdt pas op te goeder trouw te zijn wanneer het het bedrog heeft ontdekt.

Bijgevolg houdt in geval van nietigheid de goede trouw op zodra de schuldenaar van de resitutie effectief kennis heeft van de nietigheidsgrond. In dat opzicht is het niet noodzakelijk om in dit stadium de zekerheid te hebben dat het contract nietig zal worden verklaard (zie in dezelfde zin § 142, tweede lid, BGB); de kennis van de

la personne sait qu'à partir de ce moment, elle est susceptible de devoir restituer la chose et qu'elle consomme donc les fruits à ses risques et périls.

Dans les autres hypothèses de restitution, la bonne foi ne cesse que lorsque le débiteur de la restitution est en demeure. Ainsi, par exemple, en cas de réalisation d'une condition résolutoire et sauf clause contraire, le débiteur n'est pas de plein droit en demeure de restituer la chose; ce n'est qu'après avoir été mis en demeure qu'il devient de mauvaise foi au sens de la présente section.

Deux précisions doivent être faites à cet égard.

Premièrement, les exceptions à la mise en demeure prévues à l'article 5 233 s'appliquent. Ainsi, par exemple, si le débiteur de la restitution a fait savoir qu'il refusait de restituer la chose, il cesse d'être de bonne foi sans devoir être mis en demeure par le créancier de la restitution.

Deuxièmement, la mise en demeure ne doit pas nécessairement porter sur la restitution de la chose. Ainsi, par exemple, lorsque le débiteur d'une obligation est mis en demeure d'exécuter celle-ci, s'il s'abstient de le faire et que le contrat est résolu sur cette base, il est déjà en demeure de restituer la chose – ce qui constitue une conséquence normale de la résolution – sans devoir être mis à nouveau en demeure de procéder à cette restitution.

Article 5.118

Ordre des restitutions

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: § 348 BGB; art. 3.2.15, 1), PICC.

L'alinéa 1^{er} vise à résoudre les difficultés se présentant au cas où l'ordre dans lequel les restitutions doivent être effectuées donne lieu à une contestation. L'ordre normal d'exécution du contrat se trouve inversé au stade des restitutions. Ainsi, par exemple, si les parties sont convenues que le prix devra être payé avant que le vendeur ne livre la chose, alors en cas d'annulation de la vente, le vendeur peut exiger que la chose lui soit restituée avant de procéder lui-même à la restitution du prix.

onzekerheid van de titel volstaat omdat de betrokkene vanaf dat tijdstip weet dat hij het voorwerp mogelijk zal moeten restitueren en de vruchten dus op eigen risico verbruikt.

In de andere gevallen van restitutie houdt de goede trouw pas op wanneer de schuldenaar van de restitutie in verzuim is. Zo wordt de schuldenaar bijvoorbeeld in geval van vervulling van de ontbindende voorwaarde en behoudens afwijkend beding niet van rechtswege in verzuim om het voorwerp te restitueren; het is pas als hij in gebreke is gesteld dat hij te kwader trouw wordt in de zin van deze afdeling.

In dat opzicht moeten twee verduidelijkingen worden gegeven.

Ten eerste zijn de uitzonderingen op de ingebrekestelling bepaald in artikel 5 233 van toepassing. Bij voorbeeld, als de schuldenaar van de restitutie heeft laten weten dat hij weigert het voorwerp te restitueren, houdt hij op te goeder trouw te zijn zonder dat de schuldeiser hem in gebreke moet hebben gesteld.

Ten tweede moet de ingebrekestelling niet noodzakelijk betrekking hebben op de restitutie van het voorwerp. Bij voorbeeld, wanneer de schuldenaar van een verbintenis in gebreke is gesteld om deze uit te voeren, hij nalaat daartoe over te gaan en het contract op grond daarvan is ontbonden, is hij reeds in verzuim omtrent de restitutie van het voorwerp – wat een normaal gevolg is van de ontbinding – zonder dat hij opnieuw in gebreke moet worden gesteld om tot die restitutie over te gaan.

Artikel 5.118

Volgorde van restituties

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: § 348 BGB; art. 3.2.15, 1), PICC.

Het eerste lid beoogt de moeilijkheden op te lossen die zich voordoen in het geval dat de volgorde waarin de restituties moeten worden uitgevoerd, wordt betwist. De normale volgorde van uitvoering van het contract wordt omgekeerd in het stadium van de restituties. Bij een verkoop, bijvoorbeeld, wanneer partijen hebben afgesproken dat de koper de prijs zal betalen voordat de verkoper het voorwerp levert, zal bij een nietigverklaring van de verkoop de verkoper dus kunnen eisen dat het voorwerp wordt gerestitueerd alvorens hij zelf overgaat tot de restitutie van de prijs.

L'alinéa 2 consacre la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'application de l'exception d'inexécution au rapport de restitution (voy., en matière de nullité, Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305; en matière de résolution pour inexécution, Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 586, *R.G.D.C.*, 2006, p. 39, note P. Wéry). L'exception d'inexécution pourra donc être opposée par le créancier de la chose qui doit être restituée en premier lieu conformément à l'alinéa premier, si le débiteur de la restitution de cette chose omet de la restituer. Ainsi, ce créancier pourra refuser de procéder à la restitution dont il est lui-même tenu.

Article 5.119

Forme des restitutions

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer l'article 1352 C. civ. fr.

La restitution en nature constitue un droit tant pour le créancier que pour le débiteur de la restitution. En l'absence d'un accord des parties, aucune des deux ne peut donc imposer à l'autre une restitution en valeur.

Celle-ci s'impose en revanche lorsque la restitution en nature s'avère impossible ou abusive. Tel est notamment le cas pour les prestations de service (comp. art. 1352-8 C. civ. fr.) ou lorsque le débiteur de la restitution a aliéné la chose à un tiers dont le bonne foi est protégée, ou encore lorsque la chose a péri par sa faute. Toutefois, si la chose a péri par force majeure, l'article 5 120 trouve à s'appliquer.

En cas de restitution en valeur, la prestation est en principe estimée au jour de la restitution (c'est-à-dire, en règle, au jour du prononcé du jugement ordonnant la restitution), et ce afin que la restitution en valeur et la restitution en nature produisent le même résultat. Par conséquent, les variations de valeur de la chose intervenues depuis la date à partir de laquelle les restitutions sont dues (par exemple, une inflation des prix du marché ou une diminution de valeur due à l'obsolescence ou à la vétusté de la chose) feront profit ou perte pour le créancier de la restitution (Cass., 13 janvier 2017, n° C.15 0226.N, point 2). Ce principe est cependant corrigé, sur certains points, par les dispositions qui suivent.

Het tweede lid verankert de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de toepassing van de exceptie van niet-uitvoering op de restitutieverhouding (zie, inzake nietigheid, Cass. 23 november 1956, *Pas.* 1957, I, blz. 305; inzake ontbinding wegens niet-nakoming, Cass. 21 november 2003, *Pas.* 2003, nr. 586, *T.B.B.R.* 2006, blz. 39, noot P. Wéry). De exceptie van niet-uitvoering kan dus tegengeworpen worden door de schuldeiser van het voorwerp die in eerste instantie moet worden gerestitueerd, overeenkomstig het eerste lid, indien de schuldenaar van de restitutie van dat voorwerp nalaat die te restitueren. Aldus kan die schuldeiser weigeren om over te gaan tot de restitutie waartoe hij zelf gehouden is.

Artikel 5.119

Vorm van restitutie

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar artikel 1352 C. civ. fr.

De restitutie in natura is een recht zowel voor de schuldeiser als voor de schuldenaar van de restitutie. Bij gebrek aan een akkoord van de partijen kan bijgevolg geen van beide partijen de andere een restitutie in waarde opleggen.

De restitutie in waarde dringt zich echter wel op wanneer de restitutie in natura onmogelijk of abusief blijkt te zijn. Dat is met name het geval voor de dienstprestaties (vergelijk art. 1352-8 C. civ. fr.) of wanneer de schuldenaar van de restitutie het voorwerp heeft vervreemd aan een derde wiens goede trouw is beschermd of wanneer het voorwerp door zijn fout teniet is gegaan. Indien het voorwerp echter door overmacht teniet is gegaan, moet artikel 5 120 worden toegepast.

In geval van restitutie in waarde, wordt de prestatie in beginsel geschat op de dag van de restitutie (d.i. in de regel, op de dag van de uitspraak van de gerechtelijke beslissing die de restitutie beveelt), opdat de restitutie in waarde en de restitutie in natura hetzelfde resultaat hebben. De schommelingen die de waarde van het voorwerp heeft ondergaan sinds de datum vanaf wanneer de restituties verschuldigd zijn (bijvoorbeeld een inflatie van de marktprijzen of een vermindering in waarde die te wijten is aan de economische veroudering of de ouderdom van het voorwerp) zullen bijgevolg winst of verlies opleveren voor de schuldeiser van de restitutie (Cass. 13 januari 2017, nr. C.15 0226.N, punt 2). Dat uitgangspunt wordt echter op enkele punten gecorrigeerd door de bepalingen die volgen.

Article 5.120

Perte de la chose à restituer

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer l'article 1379 du Code civil et l'article 1352-1 C. civ. fr.

L'alinéa 1^{er} constitue un aménagement à la règle prévue à l'article 5 119.

En principe, toutes les pertes de la chose, qu'elles soient matérielles ou juridiques (par exemple l'aliénation de la chose à un tiers dont la bonne foi est protégée), doivent être supportées par le débiteur de la restitution, même si aucune faute ne lui est imputable mais que la perte est due à son simple fait (par exemple, l'acheteur qui, dans l'ignorance de la cause de nullité de la vente, revend la chose à un tiers avant l'annulation de la vente initiale). Malgré l'usage du terme "répond", il ne s'agit donc pas d'une forme de responsabilité au sens technique du terme. En cas de perte totale de la chose, la restitution a lieu en valeur. Si la chose a subi des dégradations ou détériorations (perte partielle) notamment par l'usure, c'est-à-dire qu'elle a été atteinte dans sa substance (par opposition à une simple diminution de valeur du fait de l'obsolescence, de la vétusté ou d'une variation du cours des marchés, lesquelles n'impliquent aucune atteinte à la substance de la chose), alors le débiteur de la restitution répond de cette perte. Il doit dès lors verser une indemnité en complément de la restitution en nature. En cas de restitution en valeur, la valeur de la chose est estimée en faisant abstraction d'une telle perte subie par la chose.

Par exception, l'alinéa 2 vise l'hypothèse d'une perte (totale ou partielle) de la chose à restituer par force majeure. Le débiteur de la restitution se trouve en ce cas libéré pour autant que la perte soit intervenue à un moment où il était de bonne foi (au sens défini à l'article 5 117). En cas de mauvaise foi du débiteur, on retombe sur la règle énoncée à l'alinéa 1^{er} et le débiteur demeure tenu de restituer en valeur la chose; réciproquement, le créancier demeure tenu de sa propre obligation de restitution.

La libération a lieu à due concurrence en cas de perte partielle pour autant que la prestation soit divisible. Enfin, la libération du débiteur de la restitution entraîne la libération corrélatrice de son cocontractant lorsque les prestations se trouvent dans un rapport synallagmatique (consécration de la règle *res perit debitori* dans les rapports de restitution).

Artikel 5.120

Verlies van het te restitueren voorwerp

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar artikel 1379 BW en artikel 1352-1 C. civ. fr.

Het eerste lid is een aanpassing van de regel bepaald in artikel 5 119.

In beginsel moet elk verlies van het voorwerp, materieel of juridisch (bijvoorbeeld de vervreemding van het voorwerp aan een derde wiens goede trouw is beschermd) door de schuldenaar van de restitutie worden gedragen, zelfs indien hem geen fout toerekenbaar is en het verlies te wijten is aan zijn gewone handeling (bijvoorbeeld wanneer de koper, die niet op de hoogte is van de nietigheidsgrond van de verkoop, het voorwerp aan een derde verkoopt alvorens de oorspronkelijke verkoop nietig verklaard wordt). Ondanks het gebruik van de term "instaan" gaat het dus niet om een vorm van aansprakelijkheid in de technische zin van het woord. In geval van volledig verlies van het voorwerp, gebeurt de restitutie in waarde. Indien het voorwerp aangetast of beschadigd is (gedeeltelijk verlies), met name door slijtage, m.a.w. in haar wezen is aangetast (in tegenstelling tot een gewone waardevermindering wegens economische veroudering, ouderdom of een schommeling van de marktprijzen, die niet impliceren dat het voorwerp in haar wezen is aangetast), staat de schuldenaar van de restitutie in voor dat verlies. Hij moet dan ook een vergoeding storten ter aanvulling van de restitutie in natura. In geval van restitutie in waarde, wordt de waarde van het voorwerp geschat door abstractie te maken van een dergelijk verlies van het voorwerp.

Bij uitzondering beoogt het tweede lid het geval van een (volledig of gedeeltelijk) verlies van het te restitueren voorwerp door overmacht. De schuldenaar van de restitutie is in dat geval bevrijd voor zover het verlies is opgetreden op een tijdstip waarop hij te goeder trouw was (in de zin van artikel 5 117). In geval van kwade trouw van de schuldenaar wordt teruggegrepen naar de regel in het eerste lid en blijft de schuldenaar gehouden tot de restitutie in waarde van het voorwerp; omgekeerd blijft de schuldeiser gehouden tot zijn eigen restitutieplicht.

De bevrijding is evenredig in verhouding tot het gedeeltelijk verlies voor zover de prestatie deelbaar is. Ten slotte leidt de bevrijding van de schuldenaar van de restitutie tot de correlatieve bevrijding van zijn medecontractant wanneer de prestaties deel uitmaken van een wederkerige verhouding (verankering van de regel *res perit debitori* in de restitutieverbanden).

Afin d'éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que l'article en projet ne trouve pas à s'appliquer lorsque la restitution trouve précisément sa cause dans une impossibilité d'exécution ayant entraîné l'extinction du contrat (sur cette hypothèse, voy. l'article 5 113 et son commentaire). Supposons par exemple qu'un loyer soit payé par anticipation au 1^{er} du mois et que les lieux loués soient détruits par un cas de force majeure le 15 juin. En ce cas, seule la partie du loyer afférente aux 15 derniers jours du mois de juin devra être restituée conformément aux dispositions de la présente sous-section. Les lieux loués, en revanche, ne donnent pas lieu à une obligation de restitution soumise à la présente sous-section, ayant péri avant que le contrat soit éteint.

Article 5.121

Impenses

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1381 du Code civil; art. 1352-5 C. civ. fr.; art. 175 CESL; art. 3.2.15, 4), PICC.

Cette disposition codifie, à droit constant, l'obligation faite au créancier de la restitution d'indemniser le débiteur de la restitution pour les impenses nécessaires et utiles (par opposition aux impenses somptuaires) que celui-ci a effectuées. On observera que la bonne ou la mauvaise foi est indifférente pour l'application de la théorie des impenses. On précisera encore que les dépenses nécessaires à la conservation de la chose incluent les frais d'entretien de celle-ci.

Article 5.122

Restitution des fruits et produits

Les articles existants sont les articles 549 et 1378 du Code civil.

Comme autres sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer: art. 1352-3, 1352-6 et 1352-7 C. civ. fr.; art. 174 CESL.

Cette disposition consacre l'obligation faite au débiteur de la restitution d'une chose d'en restituer les produits et les fruits (en ce compris les intérêts au taux légal lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent) ou, à défaut, la valeur de la jouissance qu'elle lui a procurée (sur ce principe, voy. Cass., 7 mai 2015, *Pas.*, 2015, n° 295, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-F. Leclercq; Cass., 5 janvier 2012, *Pas.*, 2012, n° 9, point 4; Cass.,

Om elke dubbelzinnigheid te vermijden, moet worden verduidelijkt dat het artikel niet van toepassing is wanneer de restitutie net haar oorzaak vindt in een onmogelijkheid van uitvoering die geleid heeft tot het tenietgaan van het contract (over dat geval, zie artikel 5 113 en de toelichting erbij). Stel bijvoorbeeld dat een huur vooruit is betaald op de eerste dag van de maand en dat de gehuurde ruimte op 15 juni door overmacht wordt vernield. In dat geval moet alleen het deel van de huur dat betrekking heeft op de laatste vijftien dagen van juni worden gerestitueerd overeenkomstig de bepalingen van deze onderafdeling. De gehuurde ruimte daarentegen geeft geen aanleiding tot een aan deze onderafdeling onderworpen restitutieplicht, aangezien die teniet is gegaan vóór het tenietgaan van het contract.

Artikel 5.121

Uitgaven

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: artikel 1381 van het Burgerlijk Wetboek; art. 1352-5 C. civ. fr.; art. 175 CESL; art. 3.2.15, 4), PICC.

Deze bepaling codificeert, naar geldend recht, de verplichting van de schuldeiser van de restitutie om de schuldenaar van de restitutie te vergoeden voor de noodzakelijke en nuttige uitgaven (in tegenstelling tot de overbodige uitgaven) die laatstgenoemde heeft gemaakt. Daarbij moet worden opgemerkt dat de goede of kwade trouw niet ter zake doet voor de toepassing van de kostenleer. Voorts moet worden verduidelijkt dat de uitgaven die noodzakelijk zijn voor het behoud van het voorwerp de onderhoudskosten ervan omvatten.

Artikel 5.122

Restitutie van vruchten en opbrengsten

De bestaande artikelen zijn artikelen 549 en 1378 van het Burgerlijk Wetboek.

Als andere inspiratiebronnen van dit artikel kan verwezen worden naar: art. 1352-3, 1352-6 en 1352-7 C. civ. fr.; art. 174 CESL.

Deze bepaling verankert de plicht van de schuldenaar van de restitutie van het voorwerp om de opbrengsten en de vruchten ervan te restitueren (met inbegrip van de interest aan de wettelijke interestvoet indien het om een geldsom gaat) of, bij gebreke daarvan, de waarde van het genot dat ze heeft voortgebracht (over dat beginsel, zie Cass. 7 mei 2015, *Pas.* 2015, nr. 295, met de conclusies van advocaat-generaal J.-F. Leclercq;

2 octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 521). La notion de bonne foi est précisée à l'article 5 117.

Article 5.123

Refus de la restitution à la partie coupable

Comme source d'inspiration de cet article, l'on peut citer le § 817 BGB.

Cette disposition concerne exclusivement les restitutions consécutives à l'annulation du contrat.

Elle vise à donner un fondement légal à la règle *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, déjà consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon celle-ci, le juge peut refuser la demande de restitutions formée par une partie "lorsqu'il considère en fait que cela compromettrait le rôle préventif de la sanction prévue pour la convention sur cause illicite ou que l'ordre social exige que l'appauvri soit plus sévèrement sanctionné" (Cass., 15 février 2016, n° C.14 0048.F; voy. aussi Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101; Cass. (plén.), 8 décembre 1966, *R.C.J.B.*, 1967, p. 5, avec les conclusions de M. le procureur général R. Hayoit de Termicourt et la note de J. Dabin).

Cette règle suscite cependant des difficultés dès lors que les conditions d'application en sont âprement débattues. En outre, en l'absence de base légale précise, la règle suscitait des difficultés au regard du principe de légalité des délits et des peines et de celui de la séparation des pouvoirs (voy. les conclusions de M. l'avocat général délégué A. Winants avant Cass., 15 septembre 2015, n° P.14 0561.N, point 3).

Cette disposition se propose de résoudre ces difficultés en donnant une base légale expresse à la règle et en précisant les conditions d'application de celle-ci.

La disposition requiert une violation intentionnelle de l'ordre public commise lors de la conclusion du contrat. Elle ne se limite donc pas aux hypothèses de cause illicite (article 5.56) mais peut s'appliquer, par exemple, en cas d'objet illicite (article 5.51). En revanche, une méconnaissance de l'ordre public commise au cours de l'exécution du contrat ne permet pas d'appliquer la disposition en projet. Seul l'ordre public au sens strict est pris en considération, à l'exclusion des règles impératives (voy. article 5.58).

Cass. 5 januari 2012, *Pas.*, 2012, nr. 9, punt 4; Cass. 2 oktober 2008, *Pas.* 2008, nr. 521). Het begrip "goede trouw" wordt verduidelijkt in artikel 5 117.

Artikel 5.123

Weigering van de restitutie aan de schuldige partij

Als inspiratiebron van dit artikel kan verwezen worden naar § 817 BGB.

Deze bepaling heeft uitsluitend betrekking op de restituties naar aanleiding van de nietigverklaring van het contract.

Ze beoogt een wettelijke grondslag te geven aan de regel *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, die reeds is verankerd in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Die gaat er immers vanuit dat een rechter de door een partij ingestelde eis tot restitutie mag weigeren "wanneer hij feitelijk oordeelt dat aldus de preventieve rol van de sanctie voor de overeenkomst uit ongeoorloofde oorzaak in het gedrang komt of als de maatschappelijke orde vereist dat de verarmde zwaarder bestraft wordt" (Cass. 15 februari 2016, nr. C.14 0048.F; zie ook Cass. 24 september 1976, *Pas.* 1977, I, blz. 101; Cass. (plén.), 8 december 1966, *R.C.J.B.* 1967, blz. 5, met de conclusies van procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt en de noot van J. Dabin).

Die regel levert echter moeilijkheden op aangezien de toepassingsvoorwaarden ervan erg ter discussie staan. Bovendien leverde de regel, bij gebrek aan een duidelijke wettelijke basis, moeilijkheden op in het licht van het beginsel van legaliteit van de misdrijven en straffen en die van de scheiding der machten (zie de conclusies van gedelegeerd advocaat-generaal A. Winants voor Cass. 15 september 2015, nr. P.14 0561.N, punt 3).

Deze bepaling wil die moeilijkheden oplossen door de regel een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te geven en door de toepassingsvoorwaarden ervan uit te klaren.

De bepaling vereist een opzettelijke schending van de openbare orde bij de totstandkoming van het contract. Ze beperkt zich dus niet tot de gevallen van ongeoorloofde oorzaak (artikel 5.56), maar kan bijvoorbeeld ook worden toegepast in geval van een ongeoorloofd voorwerp (artikel 5.51). Daarentegen, bij een miskenning van de openbare orde tijdens de uitvoering van het contract mag de ontworpen bepaling niet worden toegepast. Alleen de openbare orde in de strikte zin van het woord wordt in aanmerking genomen, met uitsluiting van de dwingendrechtelijke regels (zie artikel 5.58).

Il convient également de préciser que, si les deux parties se sont rendues coupables d'une telle faute intentionnelle, le juge peut décider de refuser les restitutions à chacune d'entre elles.

Le juge dispose par ailleurs d'un large pouvoir d'appréciation dans la décision de faire ou non application de la règle, en tout ou en partie. Il tiendra compte à cet égard de toutes les circonstances de la cause ainsi que du degré de culpabilité plus ou moins grand de la ou des parties auxquelles la sanction est appliquée.

Article 5.124

Protection des incapables

Les articles existants sont les articles 493, § 3, alinéa 2, 499/13, alinéa 6, et 1312 du Code civil.

Comme autre source d'inspiration de cet article, l'on peut citer l'art. 1352-4 C. civ. fr.

La disposition concerne exclusivement les restitutions consécutives à l'annulation du contrat. Elle codifie à droit constant la protection spécifique reconnue aux incapables en les dispensant des restitutions dans la mesure où les choses à restituer n'ont pas tourné à leur profit, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas concrètement enrichi le patrimoine de l'incapable.

Ainsi, par exemple, le mineur qui vend l'un de ses biens sans l'autorisation de son représentant légal et gaspille ensuite le prix de la vente en vaines dépenses pourra, après annulation de la vente, obtenir la restitution du bien. Il sera en revanche dispensé d'en restituer le prix, celui-ci n'ayant pas effectivement enrichi son patrimoine.

CHAPITRE 2

L'acte juridique unilatéral

Article 5.125

Définition

Le contrat n'est pas le seul acte juridique que connaisse le droit belge. Celui-ci compte aussi des actes collectifs (dont la construction doctrinale est encore embryonnaire), et des actes unilatéraux (S. STIJNS, 1, p. 272 et s.; P. VAN OMMEFLAGHE, II, 2013, p. 1053 et s.;

Er moet ook worden verduidelijkt dat, indien beide partijen zich schuldig hebben gemaakt aan zo'n opzettelijke fout, de rechter kan beslissen om de restituties aan elk van hen te weigeren.

De rechter heeft overigens een grote beoordelingsbevoegdheid bij de beslissing om de regel al dan niet, geheel of gedeeltelijk, toe te passen. Hij moet in dat opzicht rekening houden met alle omstandigheden van de zaak en met de hogere of lagere schuldgraad van de partij(en) ten aanzien waarvan de sanctie wordt toegepast.

Artikel 5.124

Bescherming van onbekwamen

De bestaande artikelen zijn artikelen 493, § 3, tweede lid, 499/13, zesde lid, en 1312 van het Burgerlijk Wetboek.

Als andere inspiratiebron van dit artikel kan verwezen worden naar art. 1352-4 C. civ. fr.

De bepaling heeft uitsluitend betrekking op de restituties naar aanleiding van de nietigverklaring van het contract. Ze codificeert, naar geldend recht, de specifieke bescherming die aan onbekwamen wordt toegekend door ze vrij te stellen van restituties voor zover de te restitueren voorwerpen hun geen winst hebben opgeleverd, m.a.w. het vermogen van de onbekwame niet concreet hebben verrijkt.

Zo kan een minderjarige die een van zijn goederen verkoopt zonder toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger en vervolgens de verkoopprijs verspilt aan nutteloze uitgaven, na de nietigverklaring van de verkoop, de restitutie van het goed verkrijgen. Hij zal daarentegen vrijgesteld zijn van de restitutie van de prijs, aangezien die zijn vermogen niet daadwerkelijk heeft verrijkt.

HOOFDSTUK 2

Eenzijdige rechtshandeling

Artikel 5.125

Definitie

Het contract is niet de enige rechtshandeling in het Belgische recht. Het kent ook collectieve handelingen (waarvan het regime in de rechtsleer nog embryonaal is), en eenzijdige handelingen (S. STIJNS, 1, blz. 272 e.v.; P. VAN OMMEFLAGHE, II, 2013, blz. 1053 e.v.;

W. van GERVEN et A. VAN OEVELEN, , p. 263 et s.; P. WÉRY, II, n^{os} 1 et s.).

Les actes juridiques unilatéraux sont particulièrement nombreux: mise en demeure, paiement, résiliation unilatérale d'un contrat, testament ou encore l'engagement par déclaration de volonté unilatérale (ex. l'offre de contrat). Ces actes produisent leurs effets de droit sans nécessiter pour ce faire une acceptation d'autrui.

La proposition comble une lacune du Code civil en réservant des dispositions générales à cette catégorie d'actes juridiques.

L'alinéa 2 consacre expressément l'engagement par volonté unilatérale, qui a été reconnu comme source d'obligation à part entière par la Cour de cassation (Cass., 9 mai 1980, *Arr. Cass.*, 1979-1980, p. 1139; *Pas.*, 1980, I, p. 1127; Cass., 3 sept. 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 131; Cass., 27 mai 2002, *Arr. Cass.*, 2002, p. 1355; *Pas.*, 2002, p. 1216. À ce propos, voy. C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Anvers, Oxford, Intersentia, 2005, 952 p.).

Article 5.126

Régime juridique

Les questions que posent les actes juridiques unilatéraux sont très largement communes à celles qui concernent les contrats. Comment se forment-ils? Quelles sont leurs conditions de validité? Quels sont leurs effets? Comment s'interprètent-ils?

La diversité des actes unilatéraux et le traitement que le législateur leur réserve sont tels qu'il est impossible de donner une réponse uniforme à ces questions.

Il faut donc appliquer à chaque acte juridique unilatéral les règles qui lui sont propres. À titre d'exemple, certains actes sont solennels (le testament, par ex.), tandis que d'autres ne nécessitent aucune forme (par ex. la révocation d'un mandataire); certains sont réceptices (la résiliation ou l'offre de contrat, par ex.), et d'autres, non (par ex. le testament).

Pour les questions qui ne sont pas spécifiquement réglées, il faut se référer au régime général applicable aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation. Ainsi la théorie des vices de consentement s'applique-t-elle très largement aux actes unilatéraux (P. WÉRY, II, n^{os} 22 et s.). En principe, l'acte juridique unilatéral doit

W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, blz. 263 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 1 e.v.).

De eenzijdige rechtshandelingen zijn bijzonder talrijk: de ingebrekestelling, de betaling, de eenzijdige opzegging van een contract, het testament of de verbintenis uit eenzijdige wilsuiging (bv. het aanbod tot contracteren). Deze handelingen brengen de beoogde rechtsgevolgen teweeg zonder dat dit een aanvaarding vereist.

Het voorstel vult een leemte op in het Burgerlijk Wetboek door te voorzien in algemene bepalingen voor deze categorie van rechtshandelingen.

In het tweede lid wordt op uitdrukkelijke wijze voorzien in de verbintenis uit eenzijdige wilsuiging, die door het Hof van Cassatie werd erkend als een volwaardige bron van verbintenissen (Cass. 9 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-1980, blz. 1139; *Pas.* 1980, I, blz. 1127; Cass. 3 september 1981, *Entr. et dr.* 1982, blz. 131; Cass. 27 mei 2002, *Arr. Cass.* 2002, blz. 1355; *Pas.* 2002, blz. 1216. Zie daarover C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2005, 952 blz.).

Artikel 5.126

Juridisch regime

De vragen die rijzen bij de eenzijdige rechtshandelingen zijn in zeer ruime mate dezelfde als de vragen die aan bod komen bij de contracten. Hoe komen zij tot stand? Wat zijn hun geldigheidsvereisten? Wat zijn de gevolgen ervan? Hoe worden zij geïnterpreteerd?

Door de diversiteit van de eenzijdige handelingen en de wijze waarop zij door de wetgever worden behandeld, is het onmogelijk een eenvormig antwoord te geven op die vragen.

Derhalve moeten voor iedere eenzijdige rechtshandeling de regels worden toegepast die er eigen aan zijn. Zo zijn bepaalde rechtshandelingen plechtige handelingen (bijv. het testament) terwijl andere rechtshandelingen vormvrije handelingen zijn (bijv. de herroeping van de volmacht van een lasthebber); bepaalde rechtshandelingen zijn mededelingsplichtig (de opzegging of het aanbod tot contracteren, bijv.) terwijl andere dat niet zijn (bijv. het testament).

Voor de vragen die niet specifiek worden geregeld, moet worden verwezen naar het algemeen regime dat toepasselijk is op de contracten en naar het algemeen regime van de verbintenis. Aldus is de theorie van de wilsgebreken in zeer ruime mate van toepassing op de eenzijdige rechtshandelingen (P. WÉRY, II, nr. 22 e.v.).

avoir une cause, et cette cause doit nécessairement être licite (Cass., 13 nov. 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 326, note P. Van Ommeslaghe). Le principe de l'exécution en nature s'applique à l'engagement par volonté unilatérale (P. WÉRY, II, n^{os} 56 et s.).

Sous-titre 2

Les faits juridiques

CHAPITRE 1^{ER}

Disposition introductive

Art. 5 127

Responsabilité extracontractuelle et quasi-contrats

Les obligations peuvent trouver leur source dans un fait juridique. Elles peuvent, tout d'abord, découler de la responsabilité extracontractuelle; celle-ci fait l'objet du Livre 6. Les obligations peuvent également résulter d'un quasi-contrat. Les différents quasi-contrats font l'objet des chapitres suivants.

L'article 1371 définit les quasi-contrats comme étant "les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties". Cette définition prête le flanc à la critique (H. DE PAGE, II, p. 407; P. WÉRY, "Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaire et des quasi-contrats", note sous Cass., 6 janv. 2005, *R.C.J.B.*, 2007, p. 224 et s.; P. WÉRY, II, n^{os} 111 et s.)

D'une part, on peut lui reprocher de ne pas mentionner la licéité du fait personnel qui est à l'origine du quasi-contrat (F. LAURENT, *Principes*, t. XX, p. 338; J. CARBONNIER, t. IV, 2000, p. 525; E. SAVAUX, "Chronique de jurisprudence civile générale", *Rép. not. Defrénois*, 2002, p. 1612). Les travaux préparatoires du Code insistent pourtant sur cet aspect, puisqu'ils distinguent les "faits permis" – les quasi-contrats – et ceux qui sont "illicites", à savoir les délits et quasi-délits (Exposé des motifs de Treilhard, in Locré, *op. cit.*, p. 275, n^o 4).

D'autre part, la définition ne fait pas état de la racine commune d'où procèdent les quasi-contrats. Toullier le soulignait fort justement dès 1848. Après avoir dénoncé

In beginsel moet de eenzijdige rechtshandeling een oorzaak hebben en moet die oorzaak noodzakelijkerwijs geoorloofd zijn (Cass. 13 nov. 1969, *R.C.J.B.* 1970, blz. 326, noot P. Van Ommeslaghe). Het beginsel van de uitvoering *in natura* is van toepassing op de verbintenissen uit eenzijdige wilsuiting (P. WÉRY, II, nr. 56 e.v.).

Ondertitel 2

Rechtsfeiten

HOOFDSTUK 1

Inleidende bepaling

Art. 5 127

De buitencontractuele aansprakelijkheid en de oneigenlijke contracten

Verbintenissen kunnen ontstaan uit een rechtsfeit. Zij kunnen, ten eerste, voortspuiten uit de buitencontractuele aansprakelijkheid; deze maakt het voorwerp uit van Boek 6. Verbintenissen kunnen vervolgens ook ontstaan uit een oneigenlijk contract. De onderscheiden oneigenlijke contracten zijn het voorwerp van de volgende hoofdstukken.

Artikel 1371 omschrijft de oneigenlijke contracten als "geheel vrijwillige daden van de mens, waaruit enige verbintenis ontstaat jegens een derde, en soms een wederzijdse verbintenis voor beide partijen." Die omschrijving is vatbaar voor kritiek (H. DE PAGE, II, blz. 407; P. WÉRY, "Le caractère "volontaire" de la gestion d'affaire et des quasi-contrats", noot onder Cass. 6 januari 2005, *R.C.J.B.* 2007, blz. 224 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 111 e.v.)

Enerzijds valt aan te merken dat in die definitie geen gewag wordt gemaakt van de geoorloofdheid van de persoonlijke daad die aan de oorsprong van het oneigenlijk contract ligt (F. LAURENT, *Principes*, t. XX, blz. 338; J. CARBONNIER, t. IV, 2000, blz. 525; E. SAVAUX, "Chronique de jurisprudence civile générale", *Rép. not. Defrénois*, 2002, p. 1612). In de voorbereidende werkzaamheden van het wetboek wordt dat aspect nochtans benadrukt, aangezien een onderscheid wordt gemaakt tussen "geoorloofde daden" – oneigenlijke contracten – en "ongeorloofde" daden, te weten misdrijven en oneigenlijke misdrijven (Memorie van toelichting van Treilhard, in Locré, *gecité*, blz. 275, nr. 4).

Anderzijds houdt de definitie geen rekening met de gemeenschappelijke stam waaruit de oneigenlijke contracten voortkomen. Toullier benadrukte dat al sinds

l'“explication insignifiante que donne du quasi-contrat l'article 1371”, il propose la définition suivante: “Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie” (TOULLIER, *op. cit.*, t. VI, 1848, p. 13, n° 20). J. Carbonnier traduira, par la suite, cette idée par une formule qui a eu un grand retentissement: les quasi-contrats sont des “faits juridiques profitables” (J. CARBONNIER, *op. cit.*, t. IV, 2000, p. 525).

Le Code civil français conserve la notion en veillant toutefois à la corriger. L'article 1300 range sous le terme “quasi-contrats” la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié, tout en admettant implicitement la possibilité de quasi-contrats innommés (cf. la jurisprudence du quasi-contrat relatif aux loteries publicitaires fallacieuses).

La proposition conserve la notion, à laquelle se réfère notamment le Code de droit international privé, mais en en corrigeant les défauts. L'énumération qu'il donne des quasi-contrats est limitative. En réponse aux observations du Conseil d'État, il a été décidé de conserver la définition figurant à l'alinéa 1^{er} de l'article. Elle présente en effet une utilité dans la mesure où elle précise que les quasi-contrats sont des faits licites, ce qui les distingue des quasi-délits.

CHAPITRE 2

La gestion d'affaire

Article 5.128

Définition

L'alinéa 1^{er} donne une définition de la gestion d'affaire. La proposition s'inscrit dans la continuité des articles 1372 à 1375 du Code civil, tels qu'ils sont interprétés par la doctrine et la jurisprudence (H. DE PAGE, II, p. 1129 et s.; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2006, 181 pages; I. SAMOY, “Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging”, in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, *op. cit.*, 2007, p. 173 et s.; P. WÉRY, “Le caractère “volontaire” de la gestion d'affaires et des quasi-contrats”, note sous Cass., 6 janv. 2005, *R.C.J.B.*, 2007, p. 181 et s. S. STIJNS, 1bis,

1848 zeer terecht. Na de “nietszeggende definitie van het oneigenlijk contract die artikel 1371 geeft” aan de kaak te hebben gesteld, stelt hij de volgende definitie voor: “Om het even welke geoorloofde daad van de mens die een persoon verrijkt ten nadele van een andere, verplicht de persoon die, zonder dat het de bedoeling was hem te begunstigen, door die daad wordt verrijkt ertoe het voorwerp of het bedrag waarmee hij is verrijkt, terug te geven.” (vertaling van: TOULLIER, *gecit.*, t. VI, 1848, blz. 13, nr. 20). J. Carbonnier zette die opvatting naderhand om in een formule die veel weerklank kreeg: de oneigenlijke contracten zijn “juridische daden die een voordeel opleveren” (J. CARBONNIER, *gecit.*, t. IV, 2000, blz. 525).

In het Franse Burgerlijk Wetboek is het begrip behouden, maar is het wel gecorrigeerd. In artikel 1300 worden onder de noemer “quasi-contrats” de zaakwaarneming, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking verstaan, maar wordt de mogelijkheid van onbenoemde oneigenlijke contracten op impliciete wijze erkend (cf. de rechtspraak over het oneigenlijke contract met betrekking tot de misleidende publicitaire loterijen).

In het voorstel wordt het begrip, waarnaar met name het Wetboek van internationaal privaatrecht verwijst, behouden, maar worden de gebreken gecorrigeerd. De opsomming van de oneigenlijke contracten die in het Wetboek gegeven wordt, is limitatief. In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State is besloten om de definitie die voorkomt in het eerste lid te behouden. Zij is wel degelijk nuttig in de mate dat zij preciseert dat oneigenlijke contracten geoorloofde feiten zijn, wat het onderscheidt van oneigenlijke misdrijven.

HOOFDSTUK 2

Zaakwaarneming

Artikel 5.128

Definitie

Het eerste lid geeft een definitie van de zaakwaarneming. Het voorstel ligt in het verlengde van de artikelen 1372 tot 1375 van het Burgerlijk Wetboek, zoals zij worden geïnterpreteerd in de rechtsleer en de rechtspraak (H. DE PAGE, II, blz. 1129 e.v.; E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, coll. A.P.R., Mechelen, Kluwer, 2006, 181 bladzijden; I. SAMOY, “Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging”, in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, *gecit.*, 2007, blz. 173 e.v.; P. WÉRY, “Le caractère “volontaire” de la gestion d'affaires et des quasi-contrats”, noot onder Cass. 6 januari 2005,

2013, p. 4 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1083 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 279 et s.; P. WÉRY, II, n^{os} 118 et s.).

Même si le texte ne le précise pas, la gestion d'affaire peut être invoquée, sans qu'il faille distinguer selon que le maître connaît ou non la gestion qu'un tiers entreprend.

En revanche, la gestion d'affaire ne peut être invoquée, lorsqu'une personne intervient dans les affaires d'autrui, parce qu'elle y était obligée. Le mandat n'est qu'une hypothèse parmi bien d'autres. L'obligation peut ainsi dériver d'autres contrats, mais aussi de dispositions légales lui prescrivant d'agir (H. DE PAGE, II, p. 1135 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1988, p. 55; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Les obligations: les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 696; E. BEYSEN, 2006, p. 66; P. WÉRY, II, n^o 136). Encore faut-il que cette obligation légale ait un caractère spécifique, qu'il s'agisse d'un devoir de fonction. S'il s'agit, au contraire, d'une obligation légale s'imposant, de manière indifférenciée, à tous, son exécution ne fait pas obstacle à la gestion d'affaires; ainsi l'obligation d'assistance à personne en danger, dont la violation est constitutive de l'infraction visée par l'article 422bis du Code pénal, s'impose-t-elle assurément à tout un chacun.

La définition de la gestion d'affaire qui est retenue s'écarte toutefois de la définition classique, en ne subordonnant plus la gestion d'affaire à une condition d'urgence ou de nécessité. Elle est consacrée par le Code civil français à l'article 1301.

Il suffira donc que l'intervention dans les affaires d'autrui soit utile (P. WÉRY, II, n^{os} 122 et s.; V. SAGAERT, "Zaakwaarneming", *OBO*, 2004, p. 16 et s.; C. CAUFFMAN, "De tussenkomst van een takelfirma op vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming?", note sous J.P. Zelzate, 9 décembre 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 533; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, op. cit., 2007, p. 174; I. SAMOY, *R.G.D.C.*, 2007, p. 4; P. WÉRY, op. cit., *R.C.J.B.*, 2007, p. 188 et s.; S. STIJNS, 1bis, pp. 7-8; P. WÉRY, II, n^{os} 124 et s.). Un arrêt de la Cour de cassation est interprété en ce sens par une partie de la doctrine (Cass., 12 nov. 1998, *Pas.*, 1998, p. 1127, note). Cette solution est retenue de longue date en jurisprudence française: "le bénéfice de la gestion d'affaires peut être accordé à quiconque a

R.C.J.B. 2007, blz. 181 e.v.; S. STIJNS, 1bis, 2013, blz. 4 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, II, blz. 1083 e.v.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, blz. 279 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 118 e.v.).

Hoewel dat niet in de tekst is vermeld, kan de zaakwaarneming worden aangevoerd zonder dat een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de meester van de zaak al dan niet kennis heeft van de zaakwaarneming die een derde onderneemt.

De zaakwaarneming kan daarentegen niet worden aangevoerd wanneer een persoon zich mengt in andermans zaken omdat hij daartoe verplicht is. De lastgeving is slechts een van de talrijke hypothesen. De verplichting kan aldus voortvloeien uit andere contracten, maar ook uit wettelijke bepalingen die hem voorschrijven te handelen (H. DE PAGE, II, blz. 1135 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1988, blz. 55; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Les obligations: les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.*, 1996, blz. 696; E. BEYSEN, 2006, blz. 66; P. WÉRY, II, nr. 136). Bovendien moet die wettelijke verplichting een specifiek karakter hebben: het moet namelijk om een ambtsplicht gaan. Als het daarentegen om een wettelijke verplichting gaat die zonder onderscheid voor iedereen geldt, vormt de uitvoering ervan geen beletsel voor de zaakwaarneming; zo geldt de verplichting tot het verlenen van hulp aan een persoon in gevaar ontegenzeggelijk voor eenieder, aangezien het niet-verlenen van hulp aan een persoon in gevaar een misdrijf is op grond van artikel 422bis van het Strafwetboek.

De gekozen definitie van de zaakwaarneming wijkt evenwel af van de klassieke definitie, aangezien de zaakwaarneming niet langer spoedeisend of noodzakelijk moet zijn. In het Frans Burgerlijk Wetboek is deze definitie opgenomen in artikel 1301.

Het volstaat dus dat de tussenkomst in andermans zaken nuttig is (P. WÉRY, II, nr. 122 e.v.; V. Sagaert, "Zaakwaarneming", *OBO*, 2004, blz. 16 e.v.; C. CAUFFMAN, "De tussenkomst van een takelfirma op vraag van de politie: een toepassingsgeval van de zaakwaarneming?", noot onder vredegerecht Zelzate, 9 december 2004, *R.G.D.C.*, 2005, blz. 533; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, gecit., 2007, blz. 174; I. SAMOY, *T.B.B.R.* 2007, blz. 4; P. WÉRY, gecit., *R.C.J.B.* 2007, blz. 188 e.v.; S. STIJNS, 1bis, blz. 7-8; P. WÉRY, II, nr. 124 e.v.). Een arrest van het Hof van Cassatie wordt in die zin geïnterpreteerd door een deel van de rechtsleer (Cass. 12 november 1998, *Pas.* 1998, blz. 1127, noot). Voor deze oplossing is sinds lang gekozen in de Franse rechtspraak: "het voordeel

volontairement agi au nom et pour le compte d'autrui lorsque les juges du fait constatent que l'opportunité de l'intervention était telle que l'initiative est justifiée et que l'affaire a été utilement gérée" (arrêt de principe de Cass. fr., 28 oct. 1942, *Dall.*, 1943, jur., p. 29, note P. L.-P.).

Il faut toutefois éviter les immixtions abusives dans les affaires d'autrui: aussi la proposition exige-t-elle qu'une opposition du maître à cette intervention ne soit pas raisonnablement prévisible (comp. DCFR, art. V-1: 101 (§ 2)).

L'alinéa 2 prévoit une nouvelle règle relative à l'approbation par le maître de la gestion. On avait coutume de dire que la ratification par le maître de la gestion d'affaire opère avec effet rétroactif, donnant ainsi naissance à un contrat de mandat (H. DE PAGE, II, p. 1145; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 173 et s.; P. WÉRY, II, n° 143).

Cette explication a ses limites et revêt un caractère artificiel. La proposition précise plus simplement que l'approbation de la gestion par le maître permet de réputer que toutes les conditions de la gestion d'affaire sont réunies (comp. art. 6: 202, NBW). Par conséquent, le gérant et le maître seront tenus de toutes les obligations de ce quasi-contrat.

Article 5.129

Objet de la gestion d'affaire

La gestion d'affaire peut avoir les objets les plus divers, ce que consacre cette disposition (I. MOREAU-MARGRÈVE, "Le concept de gestion d'affaires: sa plasticité et ses limites", note sous Mons, 12 nov. 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, p. 324; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STIJNS et P. WÉRY (éd.), Bruxelles, La Charte, 2007, p. 173 et s.; P. WÉRY, II, 2016, n° 129 et s.). Pourvu qu'il soit licite, tout acte peut faire l'objet d'une gestion d'affaires. Tout au plus, doit-on exclure les actes qui supposent une décision ou une intervention personnelle du maître.

van de zaakwaarneming kan worden toegekend aan ieder die op vrijwillige wijze heeft gehandeld namens en voor rekening van een ander wanneer de feitenrechters vaststellen dat de tussenkomst in zodanige mate wenselijk was dat het initiatief verantwoord is en dat de zaak op nuttige wijze werd waargenomen" (vertaling van het principearrest van het Franse Hof van Cassatie 28 oktober 1942, *Dall.* 1943, jur., blz. 29, noot P. L.-P.).

Abusieve inmenging in andermans zaken moet evenwel worden voorkomen: daarom wordt in het voorstel vereist dat verzet van de meester van de zaak tegen de tussenkomst niet redelijk voorzienbaar zou zijn (vgl. art. V-1: 101 (§ 2) DCFR).

Het tweede lid bevat een nieuwe bepaling in verband met de goedkeuring door de meester van de zaak. Gewoonlijk werd gesteld dat de bekrachtiging van de zaakwaarneming door de meester van de zaak terugwerkende kracht heeft en zo een lastgevingsovereenkomst doet ontstaan (H. DE PAGE, II, blz. 1145; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STIJNS en P. WÉRY (red.), Brussel, die Keure, 2007, blz. 173 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 143).

Die uitleg heeft zijn beperkingen en is kunstmatig. In het voorstel is eenvoudiger bepaald dat indien de meester van de zaak de zaakwaarneming goedkeurt, alle voorwaarden van de zaakwaarneming als vervuld kunnen worden beschouwd (vgl. art. 6: 202, NBW). Bijgevolg zullen de zaakwaarnemer en de meester van de zaak gehouden zijn aan alle verbintenissen van dat oneigenlijk contract.

Artikel 5.129

Voorwerp van de zaakwaarneming

De zaakwaarneming kan de meest uiteenlopende voorwerpen hebben, hetgeen in deze bepaling wordt bevestigd (I. MOREAU-MARGRÈVE, "Le concept de gestion d'affaires: sa plasticité et ses limites", noot onder Bergen, 12 november 1986, *Ann. dr. Luik*, 1988, blz. 324; I. SAMOY, "Zaakwaarneming: de rol en de gevolgen van vertegenwoordiging", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. STIJNS en P. WÉRY (éd.), Brussel, die Keure, 2007, blz. 173 e.v.; P. WÉRY, II, 2016, nr. 143 e.v.). Iedere handeling kan, voor zover zij geoorloofd is, het voorwerp uitmaken van een zaakwaarneming. Hoogstens moeten de handelingen worden uitgesloten die een persoonlijke beslissing of een persoonlijke tussenkomst van de meester van de zaak doen veronderstellen.

Lorsqu'elle porte sur des actes juridiques, il y a lieu de distinguer selon que le gérant intervient *proprio nomine* (en son nom propre) ou *alieno nomine* (au nom du maître). Dans le premier cas, il y a une représentation indirecte du maître; dans le second, une représentation directe et immédiate de celui-ci, en ce sens que les actes juridiques posés par le gérant sortiront, immédiatement et exclusivement, leurs effets dans le chef du maître. Tout ceci, pour autant, évidemment, que les conditions de la gestion d'affaire soient réunies.

Article 5.130

Obligations du gérant d'affaire

Ce texte, qui regroupe les obligations du gérant, résulte de la fusion des articles 1372 et 1373 du Code civil, dont la terminologie a été modernisée. Il est enrichi de certaines obligations, sur lesquelles la doctrine s'accorde (devoir d'information, obligation de rendre compte de sa gestion: P. WÉRY, II, 2016, n°146 et 148).

L'alinéa 2 de l'article 1372, qui se réfère aux obligations résultant d'un mandat exprès donné par un propriétaire, est abrogé. Cette référence au régime du mandat jouait un rôle supplétif et permettait de résoudre les questions auxquelles ne répondaient pas les articles 1372 et suivants (H. DE PAGE, II, pp. 1146-1147; E. BEYSEN, *op. cit.*, 2006, p. 122 – cfr les obligations prescrites par les art. 1993, 1996, 2000, C.civ.). Ces questions sont désormais réglées explicitement. Toutefois, les règles relatives au contrat de mandat peuvent encore servir de source d'inspiration pour interpréter cette disposition.

Article 5.131

Responsabilité du gérant d'affaire

Il s'agit ici d'une codification à droit constant (P. WÉRY, II, 2016, n°s 153 à 155). Le texte reproduit l'article 1374 du Code civil, sous une double réserve: d'une part, l'expression "bon père de famille" est remplacée par celle de "personne prudente et raisonnable"; d'autre part, l'expression "dommages et intérêts" est remplacée par le terme "réparation", afin de ne pas exclure la possibilité d'une réparation en nature.

Wanneer zij betrekking heeft op rechtshandelingen moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de zaakwaarnemer *proprio nomine* (in eigen naam) of *alieno nomine* (namens de meester van de zaak) optreedt. In het eerste geval is er een onrechtstreekse vertegenwoordiging van de meester; in het tweede geval is er een rechtstreekse en onmiddellijke vertegenwoordiging van de meester van de zaak, in die zin dat de door de zaakwaarnemer gestelde rechtshandelingen onmiddellijk en uitsluitend gevolgen hebben voor de meester. Zulks uiteraard op voorwaarde dat alle voorwaarden van de zaakwaarneming zijn vervuld.

Artikel 5.130

Verplichtingen van de zaakwaarnemer

Deze tekst, die de verplichtingen van de zaakwaarnemer omvat, is het resultaat van de samenvoeging van de artikelen 1372 en 1373 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de terminologie werd gemoderniseerd. Hij is aangevuld met bepaalde verplichtingen waarover de rechtsleer het eens is (informatieplicht, verplichting om rekenschap te geven van zijn zaakwaarneming: P. WÉRY, II, 2016, nr. 146 en 148).

Het tweede lid van artikel 1372, waarin wordt verwezen naar de verplichtingen die ontstaan uit een uitdrukkelijke lastgeving van een eigenaar, wordt opgeheven. Die verwijzing naar het regime van de lastgeving had een suppletieve rol en bood de mogelijkheid de problemen op te lossen waarvoor de artikelen 1372 e.v. geen oplossing boden (H. DE PAGE, II, blz. 1146-1147; E. BEYSEN, *gecit.*, 2006, blz. 122 – cf. de verplichtingen waarin is voorzien in de artikelen 1993, 1996 en 2000 van het Burgerlijk Wetboek). Die problemen worden voortaan op expliciete wijze geregeld. De regels betreffende de lastgeving kunnen nog dienen als inspiratiebron voor de interpretatie van deze bepaling.

Artikel 5.131

Aansprakelijkheid van de zaakwaarnemer

Het gaat hier om een codificatie naar geldend recht (P. WÉRY, II, 2016, nr. 153 tot 155). De tekst van artikel 1374 van het Burgerlijk Wetboek wordt hernomen, met twee aanpassingen: enerzijds is de uitdrukking "goede huisvader" vervangen door "voorzichtig en redelijk persoon"; anderzijds is de term "vergoeding" vervangen door de term "herstel", teneinde de mogelijkheid van een herstel in natura niet uit te sluiten.

Article 5.132

Obligations du maître de l'affaire

Ce texte s'inspire largement de l'article 1375 du Code civil (P. WÉRY, II, 2016, n° 156 et s.), en distinguant toutefois mieux les conséquences de la représentation du maître, selon que le gérant s'est engagé en son nom personnel ou au nom du maître (alinéas 1 et 2).

L'alinéa 3 reproduit les termes de l'article 1375, en le complétant par le devoir, pour le maître, d'indemniser le gérant de ses pertes. On aligne ainsi la situation du gérant sur celle du mandataire (art. 2000 C.civ.). Le cas échéant, le juge pourrait allouer une indemnisation raisonnable au gérant, lorsqu'il intervient dans le cadre de son activité professionnelle. (cf. en ce sens l'art. V.3 102, DCFR ou l'art. 220, al. 2, NBW).

Le quatrième alinéa tranche une controverse doctrinale: il vise à aligner la situation du gérant sur celle du mandataire (art. 2001 C.civ.). L'article 1301-2, alinéa 2, du Code civil français procède de même.

Le droit commun du contrat de mandat peut encore servir de source d'inspiration pour interpréter cette disposition.

CHAPITRE 3

Le paiement indu

Article 5.133

Définition

Ce texte définit les différentes hypothèses de paiement indu: le cas de l'indu objectif (absence totale ou partielle de dette) et les deux hypothèses d'indu subjectif (paiement effectué par le débiteur à une personne autre que le créancier et paiement effectué par un tiers au créancier, par suite d'une erreur ou sous la contrainte). Cette disposition s'applique à toute obligation, y compris les obligations non pécuniaires.

Le point 3° envisage le cas du tiers qui a payé la dette d'autrui. Le caractère indu du paiement ne doit pas nécessairement résulter de la preuve d'une erreur (M.-P. NOËL, "Le paiement indu", in *De bronnen van niet-contractuele*

Artikel 5.132

Verbintenissen van de meester van de zaak

Deze tekst is in hoge mate gebaseerd op artikel 1375 van het Burgerlijk Wetboek (P. WÉRY, II, 2016, nr. 156 e.v.), waarbij evenwel een duidelijker onderscheid wordt gemaakt tussen de gevolgen van de vertegenwoordiging van de meester, naargelang de zaakwaarnemer zich in eigen naam of namens de meester van de zaak heeft verbonden (eerste en tweede lid).

In het derde lid zijn de bewoordingen van artikel 1375 overgenomen, aangevuld met de plicht, voor de meester van de zaak, om de zaakwaarnemer te vergoeden voor zijn verliezen. De situatie van de zaakwaarnemer wordt zo afgestemd op die van de lasthebber (art. 2000 BW). In voorkomend geval zou de rechter de zaakwaarnemer een billijke vergoeding kunnen toekennen wanneer de waarnemer optreedt in het kader van zijn beroepsactiviteit (zie in die zin art. V.3 102, DCFR of art. 220, lid 2, NBW).

In het vierde lid wordt een controverse uit de rechtsleer beslecht: het beoogt de situatie van de zaakwaarnemer af te stemmen op die van de lasthebber (art. 2001 BW). In artikel 1301-2, tweede lid, van het Frans Burgerlijk Wetboek wordt op dezelfde wijze te werk gegaan.

Het gemeen recht van de lastgevingsovereenkomst kan nog dienen als inspiratiebron voor de interpretatie van deze bepaling.

HOOFDSTUK 3

Onverschuldigde betaling

Artikel 5.133

Definitie

Deze tekst omschrijft de verschillende gevallen van onverschuldigde betaling: het geval waarin de betaling objectief onverschuldigd is (geheel of gedeeltelijk ontbreken van een schuld) en de twee gevallen waarin de betaling subjectief onverschuldigd is (betaling door de schuldenaar aan een andere persoon dan de schuldeiser en betaling door een derde aan de schuldeiser, ingevolge een dwaling of onder dwang). Deze bepaling is van toepassing op elke verbintenis, met inbegrip van niet-geldelijke verbintenissen.

Punt 3° beoogt het geval van de derde die andermans schuld heeft betaald. Het onverschuldigd karakter van de betaling moet niet noodzakelijkerwijs voortvloeien uit het bewijs van een dwaling (M.-P. NOËL, "Le paiement

verbin. tenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles, 2007, p. 139; P. VAN OMMEFLAGHE, II, pp. 1124-1125). Il peut ainsi résulter d'une contrainte. Les termes d' "erreur" et de "contrainte" ne correspondent pas aux vices de consentement des contrats que sont l'erreur substantielle et la violence. Ainsi, par exemple, l'erreur ne doit-elle pas nécessairement être excusable (P. WÉRY, II, n° 206; Cass., 1^{er} décembre 1989, *Pas.*, 1990, p. 403); quant à la contrainte, elle peut résulter de l'exercice d'une violence légitime (Cass., 29 novembre 2013, *Pas.*, 2013, 2406). Afin d'éviter toute confusion et en réponse aux observations du Conseil d'État, le terme d'erreur est remplacé dans la disposition proposée par celui d'ignorance.

Article 5.134

Obligation de restitution

L'alinéa 1^{er} confirme que du paiement indu naît une obligation de restitution à charge de l'*accipiens*. Celle-ci est soumise au régime des restitutions consécutives à la dissolution rétroactive des contrats (art. 5 115 et s.). Les articles 1378 à 1381 du Code civil sont partant abrogés.

L'alinéa 2 étend les hypothèses dans lesquelles le tiers *solvens* perd le droit d'agir en restitution contre le créancier, en allant au-delà du seul cas qu'envisageait l'article 1377, alinéa 2, du Code civil (la suppression de bonne foi du titre). Ce faisant, cet alinéa consacre des extensions déjà admises par la doctrine et la jurisprudence (P. WÉRY, II, n° 214). À l'hypothèse de la suppression physique de l'acte instrumentaire constatant la créance, il y a lieu d'assimiler les cas dans lesquels le créancier, par suite du paiement, biffe, barre ou déchire le titre (sur le bâtonnement, la lacération ou la cancellation du titre, voy.: H. DE PAGE, III, p. 17; P. VAN OMMEFLAGHE, II, p. 1118).

L'alinéa 3 accorde un recours propre au *solvens* à concurrence du paiement indu (en ce sens aussi, voy. art. 1302-2, C.civ. fr.). Ce recours n'est plus fondé sur l'enrichissement injustifié (au contraire de la situation actuelle: H. DE PAGE, III, p. 17; P. VAN OMMEFLAGHE, II, p. 1119).

indu", in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, 2007, blz. 139; P. VAN OMMEFLAGHE, II, blz. 1124-1125). Zo kan het onverschuldigd karakter voortvloeien uit dwang. De termen "dwaling" en "dwang" komen niet overeen met de wilsgebreken in het kader van de contracten, te weten de substantiële dwaling en geweld. De dwaling moet hier bijvoorbeeld niet noodzakelijk verschoonbaar zijn (P. WÉRY, II, nr. 206; Cass. 1 december 1989, *Pas.* 1990, blz. 403), terwijl de dwang het gevolg kan zijn van het gebruik van legitiem geweld (Cass. 29 november 2013, *Pas.* 2013, 2406). Om elke verwarring te vermijden en in antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, is de term "dwaling" in de voorgestelde bepaling vervangen door de term "vergissing".

Artikel 5.134

Restitutieverbintenis

Het eerste lid bevestigt dat uit de onverschuldigde betaling een verplichting tot teruggave ten laste van de *accipiens* ontstaat. Die verplichting is onderworpen aan de regeling van de restituties ingevolge het tenietgaan met terugwerkende kracht van contracten (art. 5 115 e.v.). De artikelen 1378 tot 1381 van het Burgerlijk Wetboek worden derhalve opgeheven.

Het tweede lid breidt de gevallen uit waarin de derde *solvens* het recht verlies om een vordering tot teruggave in te stellen tegen de schuldeiser, door verder te gaan dan enkel het geval dat werd beoogd in artikel 1377, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (te goeder trouw vernietigen van de titel). Op die manier worden in dit lid de uitbreidingen bevestigd die reeds werden toegestaan in de rechtsleer en de rechtspraak (P. WÉRY, II, nr. 214). De gevallen waarin de schuldeiser ten gevolge van de betaling de titel schraapt, doorhaalt of verscheurt moeten worden gelijkgesteld aan het geval van de materiële vernietiging van de akte waarin de schuld is vastgesteld (met betrekking tot de schrapping, de verscheuring of de vernietiging van de titel, zie: H. DE PAGE, III, blz. 17; P. VAN OMMEFLAGHE, II, blz. 1118).

Het derde lid kent een persoonlijk verhaalsrecht toe aan de *solvens* ten belope van de onverschuldigde betaling (zie in die zin ook art. 1302-2, C. civ. fr.). Dat verhaalsrecht is niet langer gegrond op de ongerechtvaardigde verrijking (in tegenstelling tot de huidige situatie: H. DE PAGE, III, blz. 17; P. VAN OMMEFLAGHE, II, blz. 1119).

CHAPITRE 4

L'enrichissement injustifié

Article 5.135

Définition

L'alinéa 1^{er} de la proposition comble une lacune du Code civil en consacrant, dans une disposition générale, l'interdiction de l'enrichissement injustifié (H. DE PAGE, II, p. 31 et s.; E. DIRIX, "Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen", *T.P.R.*, 1981, p. 1023 et s.; J.-Fr. ROMAIN, "La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri", note sous Cass., 19 janv. 2009, *R.C.J.B.*, 2012, p. 71 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, II, p. 1131 et s.; S. STIJNS, *1bis*, p. 22 et s.; W. van GERVEN et A. AN OEVELEN, p. 290 et s.; P. WÉRY, II, n° 217 et s.).

Ce faisant, il codifie la jurisprudence de la Cour de cassation, qui élève cette interdiction au rang de principe général du droit (Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272, précédé des concl. prem. av. gén. Terlinden; Cass., 17 nov. 1983, *Arr. Cass.*, 1983-1984, p. 315; *Pas.*, 1984, I, p. 295; Cass., 18 avril 1991, *Arr. Cass.*, 1990-1991, p. 839; *Pas.*, 1991, I, p. 740; *Bull.*, 1991, p. 740; Cass., 7 sept. 2001, *Pas.*, 2001, p. 1344; *Arr. Cass.*, 2001, p. 1395; Cass., 19 janv. 2009, *Pas.*, 2009, p. 153; *Arr. Cass.*, 2009, p. 176, concl. R. Mortier; *R.C.J.B.*, 2012, p. 69, note J.-Fr. Romain; Cass., 27 sept. 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. Henkes).

Pour se rapprocher des droits modernes, le texte substitue à l'expression "enrichissement sans cause" celle d' "enrichissement injustifié". Le Code civil français s'est engagé dans la même voie (art. 1303 et s.).

Ce texte, qui codifie la jurisprudence de la Cour de cassation, s'abstient de donner une énumération des divers motifs qui font obstacle à l'*actio de in rem verso* (disposition légale, contrat, quasi-délit, décision de justice, obligation naturelle, etc.: J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2012, p. 148).

L'alinéa 2 clarifie néanmoins que la volonté de l'appauvri peut constituer un tel motif, pourvu que l'appauvri ait voulu opérer un transfert définitif de patrimoine en faveur de l'enrichi. Cette hypothèse ayant suscité de nombreuses controverses, la proposition codifie la définition que donne la Cour de cassation (not. Cass.,

HOOFDSTUK 4

Ongerechtvaardigde verrijking

Artikel 5.135

Definitie

Het eerste lid van het voorstel vult een leemte in het Burgerlijk Wetboek op door, in een algemene bepaling, het verbod op ongerechtvaardigde verrijking op te nemen (H. DE PAGE, II, blz. 31 e.v.; E. DIRIX, "Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhoudingen", *T.P.R.*, 1981, blz. 1023 e.v.; J.-Fr. ROMAIN, "La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri", noot onder Cass. 19 januari 2009, *R.C.J.B.* 2012, blz. 71 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, II, blz. 1131 e.v.; STIJNS, *1bis*, blz. 22 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, blz. 290 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 217 e.v.).

Op die manier wordt de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat dit verbod tot algemeen rechtsbeginsel verheft, gecodificeerd (Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, blz. 272, voorafgegaan door de conclusies van eerste advocaat-generaal Terlinden; Cass. 17 november 1983, *Arr.Cass.* 1983-1984, blz. 315; *Pas.* 1984, I, blz. 295; Cass. 18 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-1991, blz. 839; *Pas.* 1991, I, blz. 740; *Bull.*, 1991, blz. 740; Cass. 7 september 2001, *Pas.* 2001, blz. 1344; *Arr.Cass.* 2001, blz. 1395; Cass. 19 januari 2009, *Pas.* 2009, blz. 153; *Arr.Cass.* 2009, blz. 176, concl. R. Mortier; *R.C.J.B.* 2012, blz. 69, noot J.-Fr. Romain; Cass. 27 september 2012, *Pas.* 2012, blz. 1746, concl. A. Henkes).

Om aan te sluiten bij moderne rechtsstelsels, wordt in de tekst de uitdrukking "verrijking zonder oorzaak" vervangen door "ongerechtvaardigde verrijking". In het Frans Burgerlijk Wetboek is dezelfde weg ingeslagen (art. 1303 e.v.).

In deze tekst, waarin de rechtspraak van het Hof Van Cassatie wordt gecodificeerd, wordt geen opsomming gegeven van de diverse gronden die de *actio de in rem verso* verhinderen (wetsbepaling, contract, oneigenlijk misdrijf, gerechtelijke beslissing, natuurlijke verbintenis, enz.: J.-Fr. ROMAIN, *gecit.*, *R.C.J.B.* 2012, blz. 148).

Het tweede lid verduidelijkt evenwel dat de wil van de verarmde een dergelijke grond kan vormen, op voorwaarde dat de verarmde een definitieve vermogensverschuiving ten gunste van de verrijkte tot stand heeft willen brengen. Omdat deze hypothese heel wat controversie heeft doen ontstaan, codificeert het voorstel de definitie

23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2015, p. 559, note J. Lambrechts; *J.L.M.B.*, 2016, p. 834).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que la liste des motifs juridiques énumérés dans son avis n'est pas exhaustive (pour un aperçu de ceux-ci, cons. l'étude précitée de J.-F. Romain). Il paraît dès lors préférable dans un souci de sécurité juridique de conserver la disposition proposée et qui reflète mieux la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle recourt à la notion de motif juridique justifiant l'appauvrissement ou l'enrichissement (voy. not. Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 291).

Article 5.136

Subsidiarité

Entendu de manière débridée, l'enrichissement injustifié peut s'avérer un *Deus ex machina* extrêmement subversif, qui porterait gravement atteinte à la sécurité juridique. Aussi la doctrine et la jurisprudence se sont-elles accordées pour cantonner cette source d'obligations dans un rôle limité (A. DE BERSAQUES, "Le caractère subsidiaire de l'*actio de in rem verso*", note sous Gand, 29 janv. 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 120 et s.; A. VAN OEVELEN, "Het subsidiaire karakter van de rechtsoverdracht op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak", note sous Cass., 25 mars 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 45 et s.; C. MARR, in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, 2007, p. 232 et s.; P. WÉRY, II, n° 234 et s.).

La proposition consacre donc le caractère subsidiaire de cette source d'obligation qu'est l'enrichissement injustifié. Elle s'inspire de la formulation adoptée par l'article 1303-3 du Code civil français et de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi celle-ci rappelle-t-elle dans son arrêt du 9 juin 2017: "Le principe du caractère subsidiaire de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause empêche que cette action soit admise lorsque le demandeur dispose d'une autre action qu'il a laissé dépérir. L'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut, dès lors, pas être accueillie lorsqu'elle a pour but d'éviter un empêchement légal résultant d'une action dont le demandeur disposait" (Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL, *R.W.*, 2017-2018, p. 1104, note M. AERTS. Voy. aussi Cass., 22 août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 205; Cass., 11 sept. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 32; Cass., 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 305; *Arr. Cass.*, 1994, p. 307; *R.W.*, 1995-1996, p. 45, note A. VAN OEVELEN). La Cour ajoute, à juste titre, que

die het Hof van Cassatie geeft (noot Cass. 23 oktober 2014, *Pas.* 2014, blz. 2328, *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2015, blz. 559, noot J. Lambrechts, *J.L.M.B.* 2016, blz. 834).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat de lijst van rechtsgronden, opgesomd in zijn advies, niet exhaustief is (voor een overzicht van die gronden, zie de vermelde studie van J.-F. Romain). Het lijkt bijgevolg verkieslijk, omwille van de rechtszekerheid, om de voorgestelde bepaling te behouden die beter de rechtspraak van het Hof van Cassatie weerspiegelt, welke haar toevlucht neemt tot het begrip "rechtsgrond voor de verarming of voor de verrijking" (zie met name Cass. 10 mei 2012, *Arr. Cass.* 2012, 1232).

Artikel 5.136

Subsidiariteit

Zonder beperkingen kan de ongerechtvaardigde verrijking een uiterst subversieve *Deus ex machina* blijken te zijn die de rechtszekerheid ernstig zou schaden. Daarom heerst er in de rechtsleer en de rechtspraak eensgezindheid om aan die bron van verbintenissen een beperkte rol toe te bedelen (A. De Bersaques, "Le caractère subsidiaire de l'*actio de in rem verso*", noot onder Gent, 29 januari 1955, *R.C.J.B.* 1957, blz. 120 e.v.; A. VAN OEVELEN, "Het subsidiaire karakter van de rechtsoverdracht op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak", noot onder Cass. 25 maart 1994, *R.W.* 1996-1997, blz. 45 e.v.; C. MARR, in *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, 2007, blz. 232 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 234 e.v.).

Het voorstel legt derhalve het subsidiaire karakter van de ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenis vast. Het steunt op de formulering die is gebruikt in artikel 1303-3 van het Frans Burgerlijk Wetboek en op de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat in zijn arrest van 9 juni 2017 wijst op het volgende: "Het beginsel van het subsidiaire karakter van de rechtsoverdracht uit verrijking zonder oorzaak, belet dat deze vordering wordt aangenomen wanneer de eiser over een andere vordering beschikte, die hij heeft laten teloorgaan. De verrijkingsoverdracht kan aldus niet worden ingewilligd wanneer zij tot doel heeft een wettelijk beletsel met betrekking tot een aan de eiser ter beschikking staande vordering te omzeilen." (Cass., 9 juni 2017, *T.B.B.R.*, 2017, 502, noot F. DEGUEL, *R.W.*, 2017-2018, 1104, noot M. AERTS. Zie ook Cass., 22 augustus 1940, *Pas.*, 1940, I, blz. 205; Cass., 11 september 1969, *Pas.*, 1970, I, blz. 32; Cass., 25 maart 1994, *Pas.*, 1994, I, blz. 305; *Arr. Cass.*, 1994, blz. 307; *R.W.*, 1995-1996, 45, noot A. VAN OEVELEN).

“Le caractère subsidiaire n’empêche toutefois pas que le demandeur fonde, en ordre principal, son action sur un ou plusieurs autres fondements et, en ordre subsidiaire, sur l’enrichissement sans cause au cas où le juge considérerait que les premiers fondements sont en réalité inexistantes”. Par ailleurs, cette subsidiarité de l’action *de in rem verso* doit composer avec la conception factuelle de la cause de la demande, comme le précise la Cour de cassation dans un autre arrêt (Cass., 5 sept. 2013, arrêt mentionné dans le rapport annuel de la Cour 2013, p. 64; *Pas.*, 2013, p. 1571; *J.T.*, 2014, p. 622; *R.W.*, 2015-2016, p. 18, somm. Voy. aussi Liège, 17 février 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 14).

Article 5.137

Effet

Ce texte codifie la solution unanimement admise en doctrine et en jurisprudence (H. DE PAGE, III, p. 61; S. STIJNS, 1*bis*, p. 27; P. WÉRY, II, n° 241 et s.).

Il détermine, en son premier alinéa, le double plafond de l’obligation de restitution (voy. aussi art. 1303 C.civ.fr.).

Il rappelle, en son alinéa 2, le principe de la restitution en nature et ses limites (H. DE PAGE, III, p. 61; S. STIJNS, 1*bis*, p. 27): il s’agit d’une obligation personnelle de restitution. La proposition codifie la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur un autre point: la créance pécuniaire, qui est due en présence d’une impossibilité ou d’un abus du droit à la restitution en nature, n’est pas une obligation de somme, mais une créance de valeur (cf. Cass., 27 septembre 2012: “[...] la créance née de l’enrichissement sans cause est une créance de valeur et non une créance de somme, à laquelle seul s’applique l’article 1895 du Code civil” (Cass., 27 sept. 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746, concl. A. Henkes; *J.T.*, 2012, p. 763, note Y.-H. Leleu et 2013, p. 399; *J.L.M.B.*, 2013, p. 377; *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46, note D. Pignolet; *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 512 et 514, note M. Van Molle; *T. Fam.*, 2013, p. 177, note C. Declerck; *T. Not.*, 2013, p. 508; *R.G.D.C.*, 2014, p. 409; *R.W.*, 2014-2015, p. 701, somm.).

Het Hof voegt daaraan terecht het volgende toe: “Het subsidiair karakter staat evenwel niet eraan in de weg dat de eiser zijn vordering in hoofdorde steunt op een of meer andere grondslagen en subsidiair op de verrijking zonder oorzaak voor het geval de rechter oordeelt dat eerst genoemde grondslagen in werkelijkheid niet voor handen zijn.” Bovendien moet die subsidiariteit van de *actio de in rem verso* stroken met de feitelijke invulling van de oorzaak van de vordering, zoals het Hof van Cassatie verduidelijkt in een ander arrest (Cass., 5 september 2013, arrest vermeld in het jaarverslag 2013 van het Hof, blz. 65; *Pas.*, 2013, blz. 1571; *J.T.*, 2014, blz. 622; *R.W.*, 2015-2016, 18, somm. Zie ook Luik, 17 februari 2015, *J.L.M.B.*, 2016, blz. 14).

Artikel 5.137

Gevolg

In deze tekst wordt de oplossing gecodificeerd die op unanieme wijze aanvaard wordt in de rechtsleer en de rechtspraak (H. DE PAGE, III, blz. 61; S. STIJNS, 1*bis*, blz. 27; P. WÉRY, II, nr. 241 e.v.).

In het eerste lid wordt het dubbele plafond van de verplichting tot teruggave vastgesteld (zie ook art. 1303 C. civ. fr.).

In het tweede lid wordt gewezen op het beginsel van de teruggave *in natura* en de grenzen ervan (H. DE PAGE, III, p. 61; S. STIJNS, 1*bis*, blz. 27): het betreft een persoonlijke verplichting tot teruggave. Het voorstel codificeert de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake een ander punt: de geldelijke schuldvordering, die verschuldigd is wanneer de teruggave *in natura* onmogelijk is of wanneer misbruik wordt gemaakt van het recht op teruggave *in natura*, is geen geldschuld, maar een waardeschuld (cf. Cass. 27 september 2012: “[...] een schuldvordering die ontstaan is uit een verrijking zonder oorzaak [is] een waardeschuld en geen geldschuld; artikel 1895 van het Burgerlijk Wetboek is uitsluitend op een geldschuld van toepassing” (Cass. 27 september 2012, *Pas.* 2012, blz. 1746, concl. A. Henkes; *J.T.* 2012, blz. 763, noot Y.-H. Leleu en 2013, blz. 399; *J.L.M.B.* 2013, blz. 377; *Act. dr. fam.* 2013, blz. 46, noot D. Pignolet; *Rev. trim. dr. fam.* 2013, blz. 512 en 514, noot M. Van Molle; *T. Fam.* 2013, blz. 177, noot C. Declerck; *T. Not.* 2013, blz. 508; *T.B.B.R.* 2014, blz. 409; *R.W.* 2014-2015, blz. 701, somm.).

TITRE 3

*Le régime général de l'obligation***Sous-titre 1^{er}***Disposition introductive*

Article 5.138

Champ d'application

Les dispositions de ce titre constituent le droit commun des obligations, le régime général de l'obligation.

Elles s'appliquent à toute obligation, que celle-ci trouve sa source dans un contrat ou dans un autre acte juridique, dans la responsabilité extracontractuelle, un quasi-contrat ou une autre obligation légale. À cet égard, dans un souci de cohérence, l'article 5 237, alinéa 2, prévoit que les règles relatives à la responsabilité excontractuelle sont en principe applicables à la réparation du dommage due en cas d'inexécution de toute obligation, notamment contractuelle ou légale, pour autant que leur nature et leur portée ne s'y opposent pas. Ceci vaut notamment pour la définition du lien causal et du dommage (sous réserve de l'article 5.87).

Ce droit commun doit toutefois s'effacer, lorsque le législateur prévoit un régime particulier pour certaines obligations (voy. aussi l'art. 5.13 relatif au champ d'application des règles générales du titre 2 relatif aux contrats et aux clauses contractuelles).

Le régime général de l'obligation peut s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, aux autres effets des contrats et aux autres rapports juridiques. Ainsi, à titre d'exemple, le terme et la condition ne sont-ils pas des modalités propres aux obligations.

TITEL 3

*Algemeen regime van de verbintenissen***Ondertitel 1***Inleidende bepaling*

Artikel 5.138

Toepassingsgebied

De bepalingen van deze titel vormen het gemeen verbintenissenrecht, het algemeen regime van de verbintenissen.

Zij gelden voor elke verbintenis, ongeacht of zij haar oorsprong vindt in een contract dan wel in een andere rechtshandeling, in de buitencontractuele aansprakelijkheid, in een oneigenlijk contract of in een andere wettelijke verbintenis. In dit verband en om coherent te zijn, bepaalt het artikel 5 237, lid 2 dat de regels over de buitencontractuele aansprakelijkheid in beginsel van toepassing zijn op het schadeherstel in geval van niet-nakoming van iedere verbintenis, contractuele of wettelijke, voor zover hun aard en hun strekking zich hiertegen niet verzet. Dit geldt met name voor de definitie van het oorzakelijk verband en van de schade (met uitzondering voor artikel 5.87).

Dit gemeen recht moet evenwel wijken wanneer de wetgever voorziet in een bijzonder regime voor bepaalde verbintenissen (zie ook art. 5.13 over het toepassingsgebied van de algemene regels van titel 2 inzake contracten en contractuele bedingen).

Het algemeen regime van de verbintenissen kan, met de nodige aanpassingen, worden toegepast op de andere gevolgen van de contracten en op de andere rechtsbetrekkingen. Zo zijn bijvoorbeeld de termijn en de voorwaarde geen modaliteiten die enkel eigen zijn aan de verbintenissen.

Sous-titre 2*Les modalités de l'obligation***CHAPITRE 1^{ER}****L'obligation conditionnelle****Article 5.139****Définition**

Cette disposition en projet s'inspire des textes suivants: art. 1304 C. civ. fr.; § 158 BGB; art. 6:21 et 6:22 NBW; art. III. – 1:106 (1) DCFR; art. 5.3.1 PICC.

Cette disposition codifie à droit constant la notion d'obligation conditionnelle. Sur le plan rédactionnel, elle s'inspire largement de l'article 1304 C. civ. fr. en adaptant la terminologie au contexte belge. Ainsi, bien qu'ils soient synonymes, le terme "réalisation" a été préféré au terme "accomplissement", le premier étant d'usage plus fréquent en droit belge.

Telle qu'elle est définie, la condition peut être aussi bien d'origine conventionnelle que légale (voy. par ex. les articles 1193, 1278 et 1304 du Code judiciaire). Dans ce dernier cas, les dispositions du présent chapitre lui sont applicables pour autant que la portée de la loi en question ne s'y oppose pas.

Par ailleurs, bien que le présent chapitre n'envisage expressément que la condition affectant une obligation, elle est applicable par analogie à la condition modalisant un autre effet de droit (par exemple, une renonciation conditionnelle), pour autant que les règles applicables à cet effet de droit ne s'y opposent pas.

S'agissant de l'alinéa 2, plutôt que de rendre l'obligation pure et simple, il a été précisé que la réalisation de la condition suspensive rend l'obligation *exigible*. En effet, il est bien acquis en droit belge que la condition suspensive suspend seulement l'exigibilité de l'obligation, et non sa naissance (Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1149, *R.W.*, 1981-1982, col. 245, avec les conclusions de M. le procureur général Lenaerts, alors avocat général, *R.C.J.B.*, 1983, p. 199, note J. Herbots, *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. Dieux. Cette décision a ultérieurement été confirmée par Cass., 15 mai 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 106, note P. Gérard; Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103, somm.; Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 174; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 55; Cass., 8 décembre

Ondertitel 2*Modaliteiten van de verbintenissen***HOOFDSTUK 1****Voorwaardelijke verbintenissen****Artikel 5.139****Definitie**

Deze bepaling is geïnspireerd op art. 1304 C. civ. fr.; § 158 BGB; art. 6:21 en 6:22 NBW; art. III. – 1:106 (1) DCFR; art. 5.3.1 PICC.

Deze bepaling codificeert naar geldend recht het begrip voorwaardelijke verbintenis. Qua formulering inspireert zij zich in grote mate op artikel 1304 C. civ. fr., met aanpassing van de terminologie aan de Belgische context. Zo is, hoewel het synoniemen zijn, voor "vervulling" in het Frans, de voorkeur uitgegaan naar de term "*réalisation*" boven de term "*accomplissement*", aangezien de eerste term in het Belgische recht vaker gehanteerd wordt.

Volgens de definitie van de voorwaarde, kan zij zowel van contractuele als van wettelijke oorsprong zijn (zie bv. de artikelen 1193, 1278 en 1304 van het Gerechtelijk Wetboek). In dat laatste geval zijn de bepalingen van dit hoofdstuk van toepassing voor zover de strekking van de wet in kwestie zich daartegen niet verzet.

Hoewel dit hoofdstuk uitdrukkelijk slechts doelt op de voorwaarde waarvan een verbintenis afhangt, is zij trouwens naar analogie van toepassing op de voorwaarde die een ander rechtsgevolg modaliseert (bijvoorbeeld een voorwaardelijke afstand), voor zover de regels die van toepassing zijn op dat rechtsgevolg zich daartegen niet verzetten.

In het tweede lid werd gepreciseerd dat de vervulling van de opschortende voorwaarde de verbintenis *opeisbaar* maakt, in plaats van de verbintenis zuiver en eenvoudig te maken. In het Belgische recht is inderdaad verworven dat de opschortende voorwaarde enkel de opeisbaarheid van de verbintenis opschort, en niet het ontstaan ervan (Cass. 5 juni 1981, *Pas.* 1981, I, blz. 1149, *R.W.* 1981-1982, kol. 245, met de conclusies van procureur-generaal Lenaerts, destijds advocaat-generaal, *R.C.J.B.* 1983, blz. 199, noot J. Herbots, *A.P.T.* 1984, p. 145, noot X. Dieux. Die beslissing werd naderhand bevestigd door Cass. 15 mei 1986, *R.C.J.B.* 1990, blz. 106, noot P. Gérard; Cass. 18 februari 1993, *Pas.* 1993, I, nr. 103, samenvatting; Cass. 5 april 1993,

2003, *Pas.*, 2003, n° 631, somm. [le texte intégral de la décision est publié sur www.juridat.be]; Cass., 21 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 238; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417; Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 612, point 1). En d'autres termes, avant la réalisation de la condition suspensive, l'obligation existe mais elle est inexigible. C'est ainsi, par exemple, que le transfert de la propriété et des risques d'une chose conclu sous condition suspensive est différé jusqu'à la réalisation de cette condition (voy. également l'article 5.80).

S'agissant de l'alinéa 3, le terme "extinction", plus précis sur le plan technique, a été préféré à celui de "réalisation", de "révocation" ou d'"anéantissement".

Article 5.140

Absence d'incertitude

Cette disposition envisage l'hypothèse où l'obligation dépend d'un événement certain dès la naissance de l'obligation, et qui ne répond dès lors pas à l'exigence d'incertitude prévue à l'article 5 139. À ce titre, elle confirme à des fins pédagogiques des solutions qui découlent déjà de la définition de la condition. Si, en revanche, l'événement est certain mais futur, la condition doit simplement être requalifiée en terme (voy. article 5 149).

L'hypothèse visée à l'alinéa 1^{er} est celle d'un événement certain parce que déjà réalisé au jour de la naissance de l'obligation. La disposition généralise sur ce point la solution de l'ancien article 1181, alinéa 3, du Code civil: dans l'hypothèse d'une condition suspensive, l'obligation a son effet du jour où elle est née. Réciproquement, dans l'hypothèse d'une condition résolutoire, l'obligation s'éteint au moment même où elle devait se former (voy. en ce sens P. WÉRY, II, 2016, n° 349, p. 342).

L'hypothèse visée à l'alinéa 2 est celle d'un événement également certain, non parce qu'il s'est déjà produit, mais parce qu'il ne pourra jamais se produire (comp. sur ce point les articles 1172 et 1173 de l'ancien Code civil). En ce cas, la condition est réputée défaillie dès l'origine. Ainsi, dans l'hypothèse d'une condition suspensive, l'obligation s'éteint au moment même où elle devait se former. Réciproquement, dans l'hypothèse d'une condition résolutoire, l'obligation est pure et simple dès le moment où elle vient à existence.

Pas. 1993, I, nr. 174; Cass. 21 januari 2000, *Pas.* 2000, nr. 55; Cass. 8 december 2003, *Pas.* 2003, nr. 631, samenvatting [de integrale tekst van de beslissing is gepubliceerd op www.juridat.be]; Cass. 21 april 2008, *Pas.* 2008, nr. 238; Cass. 27 juni 2008, *Pas.* 2008, nr. 417; Cass. 10 november 2011, *Pas.* 2011, nr. 612, punt 1). Met andere woorden, de verbintenis bestaat vóór de vervulling van de opschortende voorwaarde maar is niet opeisbaar. Dat maakt bijvoorbeeld dat de overdracht van eigendom en risico's van een voorwerp, gesloten onder opschortende voorwaarde, uitgesteld wordt totdat die voorwaarde is vervuld (zie ook artikel 5.80).

In het derde lid is de voorkeur uitgegaan naar de term "tenietgaan", die technisch gezien preciezer is, boven "realisatie", "herroeping" of "vernietiging".

Artikel 5.140

Afwezigheid van onzekerheid

Deze bepaling doelt op de hypothese waarin de verbintenis afhangt van een zekere gebeurtenis zodra de verbintenis ontstaat, en die derhalve niet voldoet aan de vereiste van onzekerheid bepaald in artikel 5 139. In dat opzicht bevestigt zij, voor pedagogische doeleinden, de oplossing die reeds voortvloeit uit de definitie van de voorwaarde. Indien de gebeurtenis daarentegen zeker maar toekomstig is, moet de voorwaarde eenvoudigweg geherkwalificeerd worden als tijdsbepaling (zie artikel 5 149).

De hypothese bedoeld in het eerste lid behelst een zekere gebeurtenis omdat die zich reeds heeft voorgedaan op de dag van het ontstaan van de verbintenis. De bepaling veralgemeent op dat punt de oplossing uit oud artikel 1181, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek: in de hypothese van een opschortende voorwaarde heeft de verbintenis uitwerking op de dag waarop zij is ontstaan. Omgekeerd, in de hypothese van een ontbindende voorwaarde, gaat de verbintenis teniet op het moment zelf waarop zij tot stand moest komen (zie in die zin P. WÉRY, II, 2016, nr. 349, blz. 342).

De hypothese bedoeld in het tweede lid behelst een gebeurtenis die eveneens zeker is, niet omdat zij zich reeds heeft voorgedaan, maar wel omdat zij zich nooit zal kunnen voordoen (vgl. op dat punt de artikelen 1172 en 1173 van het oude Burgerlijk Wetboek). In dat geval wordt de voorwaarde van bij het begin voor onvervuld gehouden. In de hypothese van een opschortende voorwaarde gaat de verbintenis aldus teniet op het moment waarop zij moest tot stand komen. Omgekeerd, in de hypothese van een ontbindende voorwaarde, is de verbintenis zuiver en eenvoudig zodra zij ontstaat.

Il convient de préciser que le terme “impossible” doit être entendu de manière stricte sans englober la condition illicite. Si la condition est illicite – c’est-à-dire, plus précisément, si la condition a pour effet de conférer à une prestation un objet illicite (article 5.51) ou au contrat une cause illicite (article 5.56) –, alors les dispositions sur la validité et la nullité du contrat sont seules applicables. Par conséquent, le contrat sera en principe nul dans sa totalité, à moins qu’une nullité partielle ne doive être retenue conformément à l’article 5.63. Il ne paraît pas utile à cet égard de répéter dans une disposition spécifique que la condition doit être licite, cette exigence ressortant déjà des règles énoncées précédemment (comp. en ce sens, en France, G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, n° 768, p. 661; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 570).

Article 5.141

Caractère extérieur de la condition

Cette disposition codifie la doctrine et la jurisprudence relatives au caractère extérieur (également qualifié d’extrinsèque, d’adventice ou d’accidentel) de la condition.

L’alinéa 1^{er} souligne que la condition envisagée par la présente section constitue une simple modalité d’une obligation déjà valablement formée. Elle ne peut dès lors être confondue avec une condition de validité du contrat, laquelle ne peut jamais être érigée en condition (voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 163, p. 323 et s.; R. THÜNGEN, “Le caractère extérieur de la condition suspensive: ligne de partage entre la condition d’origine conventionnelle et la condition d’origine légale?”, *JurimPratique*, 2016/2, p. 19 et s.; S. STIJNS, 2, n° 8 et s., p. 6 et s.; P. VAN OMMEFLAGHE, II, n° 1212, p. 1796 et s.; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, “Voorwaarde”, *Overzicht Bijzondere Overeenkomsten*, f. mob., Antwerpen, Kluwer, 2014, n° 16 et s., p. 14 et s.; P. WÉRY, II, n° 352, p. 344 et s.).

C’est ainsi, par exemple, que la vente d’un des lots qui est issu de la division d’un terrain est nulle si elle est conclue, fût-ce sous la condition suspensive de l’obtention d’un permis de lotir, avant la délivrance de ce permis en violation de l’ancien article 89, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du CWATUP (Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 166, *JurimPratique*, 2014/2, p. 189, *R.C.J.B.*, 2014, p. 5, note B. Kohl et F. Onclin). De même, les parties ne peuvent

Voor alle duidelijkheid: de term “onmogelijk” moet begrepen worden in enge zin zonder de ongeoorloofde voorwaarde te omvatten. Indien de voorwaarde ongeoorloofd is – dus meer bepaald indien de voorwaarde tot gevolg heeft dat aan een prestatie een ongeoorloofd voorwerp (artikel 5.51) wordt toegekend of aan het contract een ongeoorloofde oorzaak (artikel 5.56) – dan zijn enkel de bepalingen betreffende de geldigheid en de nietigheid van het contract van toepassing. Bijgevolg zal het contract in beginsel in zijn geheel nietig zijn, tenzij een gedeeltelijke nietigheid in aanmerking moet worden genomen overeenkomstig artikel 5.63. In dat opzicht lijkt het niet nodig om in een specifieke bepaling te herhalen dat de voorwaarde geoorloofd moet zijn, aangezien die vereiste reeds vervat zit in de eerder geformuleerde bepalingen (vgl. in die zin, in Frankrijk, G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2016, 661, nr. 768; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Parijs, LexisNexis, 2016, 570).

Artikel 5.141

Extern karakter van de voorwaarde

Deze bepaling codificeert de rechtsleer en de rechtspraak betreffende het extern karakter (ook aangeduid als extrinsiek, bijkomend of toevallig), van de voorwaarde.

Het eerste lid onderstreept dat de voorwaarde beoogd door deze afdeling een gewone modaliteit van een reeds geldig tot stand gekomen verbintenis inhoudt. Zij mag dus niet verward worden met een geldigheidsvereiste van het contract, die nooit tot voorwaarde kan worden verheven (zie R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 163, blz. 323 e.v.; R. THÜNGEN, “Le caractère extérieur de la condition suspensive: ligne de partage entre la condition d’origine conventionnelle et la condition d’origine légale?”, *JurimPratique*, 2016/2, blz. 19 e.v.; S. STIJNS, 2, nr. 8 e.v., blz. 6 e.v.; P. VAN OMMEFLAGHE, II, nr. 1212, blz. 1796 e.v.; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, “Voorwaarde”, *Overzicht Bijzondere Overeenkomsten*, losbl., Antwerpen, Kluwer, 2014, nr. 16 e.v., blz. 14 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 352, blz. 344 e.v.).

Zo is bijvoorbeeld de verkoop van een van de percelen die ontstaan is uit de opdeling van een terrein nietig indien hij afgesloten is, al was het onder de opschortende voorwaarde van verkrijging van een bouwvergunning, vóór de aflevering van die vergunning, in strijd met oud artikel 89, § 1, eerste lid, van de CWATUP (Cass. 24 februari 2011, *Pas.* 2011, nr. 166, *JurimPratique*, 2014/2, blz. 189, *R.C.J.B.* 2014, blz. 5, noot B. Kohl en

ériger en condition le consentement (comme lorsque le représentant d'une société conclut un contrat au nom de celle-ci "sous réserve de l'approbation du conseil d'administration") ou la capacité d'une partie (lorsque par exemple une vente d'une immeuble appartenant à un incapable est conclue sous la condition suspensive de l'autorisation du juge de paix). Toutefois, de telles opérations, même si elles ne peuvent être considérées comme conditionnelles, peuvent parfois être requalifiées et recevoir ainsi effet sous une autre qualification (par exemple, sous la forme d'une promesse unilatérale de contrat visée à l'article 5.25). On observera par ailleurs que la disposition ne fait pas obstacle à la validité de la décision de partie, laquelle est consacrée par l'article 5.70.

La seconde phrase de l'alinéa 1^{er} de la disposition rattache au caractère extérieur de la condition la réglementation de la condition suspensive purement potestative dans le chef du débiteur. La doctrine a en effet souligné que l'actuel article 1174 du Code civil était à la fois inutile et dangereux (voy. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, n° 771 et s., p. 663 et s.; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 276 et s.; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Voorwaarde", *Overzicht Bijzondere Overeenkomsten*, f. mob., Mechelen, Antwerpen, 2014, n° 97 et s., p. 77 et s.). Il est inutile car, s'il a pour objectif de frapper de nullité l'engagement souscrit par un débiteur qui fait dépendre son exigibilité de sa pure volonté (je m'engage à vous payer telle somme "si je le veux bien"), alors le même résultat peut déjà être atteint par le biais de l'exigence d'un consentement (article 5.31). Il est par ailleurs dangereux car il peut susciter l'impression que le contrat ne pourrait jamais conférer un droit purement potestatif à un débiteur; or, tel n'est pas l'état du droit positif. Celui-ci reconnaît en effet, notamment, la validité des promesses unilatérales de contrat et des pactes de préférence (articles 5.24 et 5.25), de la décision de partie (article 5.70), d'un droit de résiliation unilatérale conféré par la loi ou le contrat (article 5.70), d'un droit de rétractation (article 5.22), etc. On relèvera également que, la formation dynamique du contrat n'étant pas d'ordre public, les parties pourraient valablement convenir qu'un bon de commande, même lorsqu'il doit s'analyser en l'acceptation d'une offre du vendeur, ne prendra effet que lors de la confirmation écrite de cette commande par le vendeur, alors pourtant que cette confirmation dépend de la seule volonté de celui-ci (voy. P. WÉRY, I, n° 146, p. 169).

F. Onclin). De partijen mogen evenmin de toestemming als voorwaarde vooropstellen (zoals wanneer de vertegenwoordiger van een vennootschap een contract in haar naam afsluit "onder voorbehoud van de goedkeuring van de raad van bestuur") of de bekwaamheid van een partij (wanneer bijvoorbeeld een verkoop van een onroerend goed dat toebehoort aan een onbekwaam persoon afgesloten wordt onder de opschortende voorwaarde van de machtiging van de vrederechter). Dergelijke transacties, ook al kunnen zij niet worden beschouwd als voorwaardelijk, kunnen evenwel soms geherkwalificeerd worden en aldus uitwerking krijgen onder een andere kwalificatie (bijvoorbeeld als een eenzijdige contractbelofte bedoeld in artikel 5.25). De bepaling houdt overigens geen beletsel in voor de geldigheid van de partijbeslissing, verankerd in artikel 5.70.

De tweede zin van het eerste lid van de bepaling verbindt aan het extern karakter van de voorwaarde de regels over de louter potestatieve opschortende voorwaarde in hoofde van de schuldenaar. De rechtsleer heeft immers benadrukt dat huidig artikel 1174 van het Burgerlijk Wetboek zowel nutteloos als gevaarlijk was (zie G. CHANTEPIE en M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, nr. 771 e.v., blz. 663 e.v.; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 276 e.v.; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Voorwaarde", *Overzicht Bijzondere Overeenkomsten*, losbl., Mechelen, Antwerpen, 2014, nr. 97 e.v., blz. 77 e.v.). Nutteloos: ofschoon de nietigheid wordt beoogd van de verbintenis die is aangegaan door een schuldenaar die de opeisbaarheid ervan doet afhangen van zijn loutere wil (ik verbind mij tot het betalen van deze som aan u "zo ik wil"), kan hetzelfde resultaat immers reeds worden bereikt middels de vereiste van een toestemming (zie artikel 5.31). Dat is overigens gevaarlijk, aangezien de indruk kan worden gewekt dat het contract nooit een louter potestatief recht aan een schuldenaar zou kunnen toekennen; dat is evenwel anders in de actuele stand van het recht. Die erkent immers met name de geldigheid van de eenzijdige contractbelofte en van de voorkeurscontracten (artikelen 5.24 en 5.25), van de partijbeslissing (artikel 5.70), van een eenzijdig opzeggingsrecht toegekend bij wet of op grond van het contract (artikel 5.70), van een herroepingsrecht (artikel 5.22), enz. Ook is het zo dat, aangezien de dynamische totstandkoming van het contract niet van openbare orde is, de partijen op geldige wijze zouden kunnen overeenkomen dat een bestelbon – zelfs indien hij moet beschouwd worden als de aanvaarding van een aanbod van de verkoper – slechts uitwerking zal hebben bij de schriftelijke bevestiging van die bestelling door de verkoper, terwijl die bevestiging nochtans enkel afhangt van diens wil (zie P. WÉRY, I, nr. 146, blz. 169).

La proposition prend dès lors le parti de ne plus frapper nécessairement de nullité l'obligation contractée sous une condition suspensive purement potestative dans le chef de débiteur. Elle rejoint, dans cette mesure, les droits allemand et néerlandais, ainsi que le DCFR et les PICC, qui ne consacrent pas de disposition spécifique à la potestativité de la condition. La proposition se contente de souligner qu'une telle "condition" n'est pas une véritable modalité de l'obligation car elle est intimement liée à la validité du contrat. Par conséquent, s'il s'avère que cette "condition" traduit une absence de consentement réel à s'engager de la part du débiteur, le contrat sera effectivement frappé de nullité conformément à l'article 5.31. Le caractère purement potestatif de la "condition" permettra également, dans certains cas, de mettre en évidence une absence de cause (article 5.54; voy. par exemple Cass., 22 avril 2013, *Pas.*, 2013, n° 247, *R.C.J.B.*, 2016, p. 547, note D. Philippe). Il faut en outre réserver le cas où des règles particulières, issues par exemple du droit du travail ou du régime des libéralités, prohibe la condition potestative (voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., n° 330 et s.). Si, en revanche, le contrat remplit toutes les conditions pour assurer sa validité, il est valable conformément au principe de l'autonomie de la volonté, et ce même s'il octroie un droit potestatif à l'une des parties. Le contrat pourra le cas échéant recevoir effet, par exemple en tant que promesse unilatérale.

On rappellera enfin que cette discussion n'intéresse que les conditions suspensives purement potestatives dans le chef du débiteur. Dès lors, la condition résolutoire, ou simplement potestative, ou encore purement potestative mais dans le chef du créancier, ne suscite en règle aucune difficulté sur le plan de la validité du contrat. Tel est notamment le cas de l'achat d'une maison sous la condition suspensive de l'obtention d'un crédit – laquelle condition n'est pas purement potestative puisqu'elle dépend partiellement de la volonté des établissements de crédit d'accorder ou non celui-ci. On observera toutefois que, dans certains cas exceptionnels, la condition résolutoire purement potestative dans le chef du débiteur pourrait être révélatrice d'une absence de consentement, spécialement lorsque l'engagement est ainsi privé de toute utilité, et, dès lors, également entraîner la nullité du contrat (par exemple, le contrat par lequel je m'engage à vous payer telle somme "sauf si je ne le veux plus"; voy. à ce propos P.A. FORIERS, "Propos sur la condition résolutoire purement potestative",

In het voorstel wordt derhalve ervoor geopteerd om de verbintenis aangegaan onder een louter potestatieve opschortende voorwaarde in hoofde van de schuldenaar niet langer noodzakelijkerwijze als nietig te aanzien. In dat opzicht sluit het aan bij het Nederlandse en Duitse recht, en bij de DCFR en de PICC, die geen specifieke bepaling wijden aan de potestativiteit van de voorwaarde. Het voorstel beperkt zich ertoe te onderstrepen dat een dergelijke "voorwaarde" geen echte modaliteit van de verbintenis is, aangezien zij nauw verbonden is met de geldigheid van het contract. Bijgevolg, indien blijkt dat onder die "voorwaarde" een afwezigheid van daadwerkelijke toestemming om zich te verbinden vanwege de schuldenaar schuilt, zal het contract effectief aangetast zijn door nietigheid overeenkomstig artikel 5.31. Het louter potestatieve karakter van de "voorwaarde" zal in bepaalde gevallen ook toelaten om een afwezigheid van oorzaak aan te tonen (artikel 5.54; zie bijvoorbeeld Cass. 22 april 2013, *Pas.* 2013, nr. 247, *R.C.J.B.* 2016, blz. 547, noot D. Philippe). Daarnaast moet er nog voorbehoud gemaakt worden voor het geval waarbij bijzondere regels, voortvloeiend uit bijvoorbeeld het arbeidsrecht of de regeling met betrekking tot giften, de potestatieve voorwaarde verbieden (zie J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, o.c., nr. 330 e.v.). Indien daarentegen het contract voldoet aan alle voorwaarden om de geldigheid ervan te verzekeren, is het geldig overeenkomstig het beginsel van de wilsautonomie, zelfs indien het aan een van de partijen een potestatief recht toekent. Het contract zal in voorkomend geval uitwerking kunnen krijgen, bijvoorbeeld als eenzijdige belofte.

Tot slot herinneren we eraan dat deze discussie enkel betrekking heeft op de zuiver potestatieve opschortende voorwaarden in hoofde van de schuldenaar. Derhalve vormt de ontbindende voorwaarde, of de eenvoudige potestatieve voorwaarde, of nog, de zuiver potestatieve voorwaarde in hoofde van de schuldeiser, in de regel geen enkel probleem op het vlak van de geldigheid van het contract. Dat is meer bepaald het geval bij de aankoop van een woning onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een krediet – een voorwaarde die niet louter potestatief is vermits zij deels afhangt van de bereidheid van de kredietinstellingen om het krediet al dan niet toe te kennen. Wel is het zo dat, in bepaalde uitzonderlijke gevallen, onder de louter potestatieve ontbindende voorwaarde in hoofde van de schuldenaar een afwezigheid van toestemming zou kunnen schuilgaan, in het bijzonder wanneer de verbintenis aldus van alle nut wordt ontdaan, en derhalve evenzeer de nietigheid van het contract meebrengen (bijvoorbeeld het contract waarbij ik mij ertoe verbind u een bepaald bedrag te

Liber Amicorum Yvette Merchiers, Bruges, la Charte, 2001, p. 115 et s., spéc. n° 12, p. 124 et s.).

Pour le surplus, à l'instar du nouveau Code civil français, la proposition ne reprend pas la définition des conditions casuelles, mixtes et (simplement) potestatives figurant aux actuels articles 1169 à 1171 du Code civil. En effet, dans la mesure où le droit positif n'attache aucune conséquence à ces distinctions, celles-ci présentent essentiellement un intérêt doctrinal.

Une dernière conséquence de l'extériorité de la condition, consacrée par l'alinéa 2 de la disposition, est l'impossibilité d'ériger en condition "le respect ou le non-respect d'une des obligations auxquelles les parties se sont engagées" (Cass., 8 septembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 418, *A.C.*, 2005, n° 418, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Thijs). En revanche, une telle clause peut le cas échéant être requalifiée en terme (article 5 149, par exemple dans le cas de la clause de réserve de propriété) ou en clause résolutoire (voy. sur ce point l'article 5.92).

Article 5.142

Forme de la condition

L'alinéa 1^{er} proposé confirme que la condition – qu'elle soit suspensive ou résolutoire – peut être convenue de manière expresse ou tacite. Il s'agit d'une simple application du principe du consensualisme consacré à l'article 5.28.

L'alinéa 2 illustre ce principe en mentionnant, à titre exemplatif, deux circonstances dans lesquelles la conclusion d'une condition résolutoire tacite peut être admise.

S'agissant du premier point (1°), on observera que le décès est ici envisagé comme événement incertain érigé en condition, et non comme un événement certain érigé en terme. En effet, quoique nous soyons tous condamnés au trépas, de sorte que le décès constitue normalement un terme indéterminé, la question est ici de savoir si la mort du débiteur survient ou non avant qu'il ait exécuté la prestation due. Dans cette mesure, il s'agit bien d'un événement incertain susceptible d'être érigé en condition.

betalen "tenzij ik het niet langer wil", zie in dat verband P.A. FORIERS, "Propos sur la condition résolutoire purement potestative", *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, die Keure, 2001, blz. 115 e.v., in het bijzonder nr. 12, blz. 124 e.v.).

Voor het overige, naar analogie met de nieuwe Franse *Code civil*, is de definitie van de toevallige, gemengde en (louter) potestatieve voorwaarden vermeld onder de huidige artikelen 1169 tot 1171 van het Burgerlijk Wetboek, niet overgenomen in dit voorstel. Voor zover het positief recht geen enkel gevolg verbindt aan dat onderscheid, zijn zij immers hoofdzakelijk van belang voor de rechtsleer.

Een laatste gevolg van het externe karakter van de voorwaarde, verankerd in het tweede lid van de bepaling, is de onmogelijkheid om de "naleving of niet-naleving van een van de verbintenissen die de partijen zijn aangegaan" als voorwaarde voorop te stellen (Cass. 8 september 2005, *Pas.* 2005, nr. 418, *Arr.Cass.* 2005, nr. 418, met de conclusies van advocaat-generaal D. Thijs). Wel kan een dergelijk beding, in voorkomend geval, geherkwalificeerd worden als tijdsbepaling (artikel 5 149, bijvoorbeeld in het geval van het beding van eigendomsvoorbehoud) of als ontbindend beding (zie op dat punt artikel 5.92).

Artikel 5.142

Vorm van de voorwaarde

Het eerste lid van het voorstel bevestigt dat de voorwaarde – ongeacht of zij opschortend of ontbindend is – uitdrukkelijk of stilzwijgend kan worden overeengekomen. Het betreft een eenvoudige toepassing van het beginsel van het consensualisme, dat verankerd is in artikel 5.28.

Het tweede lid illustreert dat beginsel met vermelding, bij wijze van voorbeeld, van twee omstandigheden waarin de totstandkoming van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde kan worden aangenomen.

Bij het eerste punt (1°) zien we dat het overlijden hier begrepen is als een onzekere gebeurtenis die als voorwaarde wordt vooropgesteld, en niet als een zekere gebeurtenis vooropgesteld als tijdsbepaling. Hoewel wij allen ooit moeten heengaan, in die zin dat het overlijden normaliter een onbepaalde tijdsbepaling inhoudt, is hier immers de vraag of de dood van de schuldenaar al dan niet intreedt voordat hij de verschuldigde prestatie heeft verricht. In die zin gaat het wel degelijk om een onzekere gebeurtenis die als voorwaarde kan worden vooropgesteld.

S'agissant de l'hypothèse des groupes de contrats ou des contrats connexes visés au 2°, la proposition s'inspire de l'article 1186 C. civ. fr. et de l'article II. – 5:106 DCFR.

D'autres conditions résolutoires tacites que celles prévues par la disposition demeurent possibles.

À cet égard, comme indiqué dans le commentaire de l'article 5 112, il n'a pas été jugé souhaitable de prévoir une cause d'extinction automatique des contrats *intuitu personae* ni de consacrer, de manière générale, la caducité des contrats par disparition de leur cause, et ce en raison de la rigidité trop grande de tels mécanismes ainsi que de l'insécurité juridique qu'ils pourraient engendrer.

Toutefois, le commentaire de la même disposition souligne qu'un résultat similaire peut être atteint par le biais d'autres institutions, et notamment en vertu d'une condition résolutoire insérée (expressément ou tacitement) par les parties dans le contrat. Il a paru utile de consacrer expressément cette possibilité dans la disposition afin d'éviter que l'absence de toute disposition sur ce point soit interprétée comme une condamnation de cette possibilité.

La disposition rappelle que l'intention des parties doit pouvoir être établie de manière certaine, afin d'éviter que le juge n'admette trop aisément l'existence d'une condition résolutoire tacite qui ne correspondrait pas véritablement à l'intention des parties. En outre, s'agissant de rechercher l'intention véritable des parties, le juge devra tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de la cause et devra se garder de tout automatisme.

Ainsi, ce n'est pas parce qu'un contrat peut être qualifié d'*intuitu personae* que la mort du débiteur entraînera automatiquement l'extinction du contrat (sur la variété des situations couvertes par la notion d'*intuitus personae*, voy. not. F. GEORGE et P. BAZIER, "Faillite et *intuitu personae*: un régime à redéfinir?", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, p. 3 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, II, n° 70 et s., p. 149 et s.; P. WÉRY, I, n° 68 et s., p. 91 et s.).

De même, ce n'est pas parce que deux contrats appartiennent au même groupe de contrats que la fin de l'un entraîne automatiquement celle de l'autre; il n'en ira ainsi que si un tel résultat a été convenu par les parties (sur la variété des situations couvertes par la notion de groupe de contrats, voy. not. X. DIEUX, "Les chaînes

Wat betreft de hypothese van de contractgroepen of verbonden contracten, bedoeld in 2°, is het voorstel gebaseerd op artikel 1186 C. civ. fr. en artikel II. – 5:106 DCFR.

Andere stilzwijgende ontbindende voorwaarden dan die waarin de bepaling voorziet, blijven mogelijk.

In dat opzicht, zoals aangegeven in de commentaar bij artikel 5 112, werd het niet wenselijk geacht te voorzien in een automatische grond van tenietgaan van de contracten *intuitu personae* noch in de bekrachtiging, op algemene wijze, van het verval van de contracten door verdwijning van de oorzaak ervan, vanwege de te grote rigiditeit van dergelijke mechanismen en de rechtsonzekerheid waartoe ze kunnen leiden.

Niettemin wordt in de toelichting bij diezelfde bepaling onderstreept dat een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt door middel van andere figuren, en met name krachtens een ontbindende voorwaarde die door de partijen (uitdrukkelijk of stilzwijgend) wordt opgenomen in het contract. Het is dienstig gebleken om die mogelijkheid uitdrukkelijk te vermelden in de bepaling om te voorkomen dat de afwezigheid van enige bepaling op dat punt geïnterpreteerd zou worden als een verwerping van die mogelijkheid.

In de bepaling wordt in herinnering gebracht dat de bedoeling van de partijen op zekere wijze moet kunnen worden aangetoond, om te voorkomen dat de rechter al te gemakkelijk het bestaan erkent van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde die niet daadwerkelijk zou overeenstemmen met de bedoeling van de partijen. Bovendien zal de rechter bij het achterhalen van de daadwerkelijke bedoeling van de partijen rekening moeten houden met alle relevante omstandigheden van de zaak en zich moeten hoeden voor elke vorm van automatisme.

Aldus is het niet omdat een contract kan worden gekwalificeerd als *intuitu personae* dat de dood van de schuldenaar automatisch leidt tot het tenietgaan van het contract (over de verscheidenheid van de situaties gedekt door het begrip *intuitus personae*, zie met name F. GEORGE en P. BAZIER, "Faillite et *intuitu personae*: un régime à redéfinir?", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, blz. 3 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, II, , nr. 70 ev, blz. 149 e.v.; P. WÉRY, I, nr. 68 e.v., blz. 91 e.v.).

Het is overigens ook niet zo dat, omdat twee contracten tot dezelfde contractgroep behoren, het einde van het ene contract automatisch het einde van het andere contract meebrengt; dat is alleen het geval als een dergelijk resultaat door de partijen is overeengekomen (over de verscheidenheid van de situaties gedekt door het

et les groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources!”, *Les obligations en français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, p. 109 et s.; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Bruxelles, Larcier, 2006; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 325 et s., p. 752 et s.; I. SAMOY, “Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwboleffect?”, *T.P.R.*, 2008, p. 555 et s.; T. DANG VU, *Verbonden overeenkomsten*, Doctorat KU Leuven, 2017, à paraître). À cet égard, l’un des critères permettant de conclure que les parties ont entendu faire dépendre un contrat du sort d’un autre contrat consiste à rechercher si ce contrat conserve une utilité – une raison d’être – en cas de disparition de cet autre contrat.

Article 5.143

Interprétation de la condition

La disposition reprend le texte des articles 1176 à 1177 du Code civil qui contiennent d’utiles indications pour l’interprétation des conditions. On s’est contenté d’y intégrer la précision apportée par la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la question de savoir si l’événement érigé en condition arrivera ou n’arrivera pas doit être appréciée raisonnablement (voy. Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2009, p. 285, note M. Van Quickenborne). Il a en outre été précisé que ces textes ne constituent que des directives d’interprétation visant à aider le juge à établir l’intention commune des parties, conformément au principe général figurant à l’article 5.64. L’article 1175 n’a en revanche pas été repris car il ne constitue qu’une application de l’article 5.64 proposé.

Article 5.144

Empêchement et provocation de la condition

La disposition constitue à la fois une reformulation et une généralisation de l’actuel article 1178 du Code civil. Il s’inspire des textes suivants: art. 1304-3 C. civ. fr.; § 162 BGB; art. 6:23 NBW; art. III. – 1:106 (4) DCFR.

D’une part, elle précise – conformément à la doctrine et à la jurisprudence – que l’immixtion dans le jeu de la condition n’est sanctionnée que lorsqu’elle est fautive (J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 179;

begrip contractgroep, zie X. DIEUX, “Les chaînes et les groupes de contrats en droit belge – Pour un retour aux sources!”, *Les obligations en français et en droit belge. Convergences et divergences*, Brussel, Bruylant et Paris, Dalloz, 1994, blz. 109 e.v.; P.A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels*, Brussel, Larcier, 2006; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 325 e.v., blz. 752 e.v.; I. SAMOY, “Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwboleffect?”, *T.P.R.*, 2008, blz. 555 et s.; T. DANG VU, *Verbonden overeenkomsten*, Doctoraat KU Leuven, 2017, te verschijnen). Een van de criteria die in dat verband uitsluitel geven dat de partijen overeengekomen zijn om een contract te doen afhangen van het lot van een ander contract, bestaat erin te achterhalen of dat contract een zeker nut behoudt – nog een bestaansreden heeft – indien het andere contract verdwijnt.

Artikel 5.143

Interpretatie van de voorwaarde

De bepaling herneemt de tekst van de artikelen 1176 tot 1177 van het Burgerlijk Wetboek, die nuttige aanduidingen bevatten voor de interpretatie van voorwaarden. Men heeft zich daarbij beperkt tot het opnemen van de verduidelijking uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de vraag of de als voorwaarde vooropgestelde gebeurtenis al dan niet zal plaatshebben redelijkerwijze moet worden beoordeeld (zie Cass. 25 mei 2007, *R.C.J.B.* 2009, blz. 285, noot M. Van Quickenborne). Voorts is gepreciseerd dat die teksten louter fungeren als interpretatierichtlijnen, bedoeld als hulp voor de rechter bij het vaststellen van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, overeenkomstig de algemene regel uit artikel 5.64. Artikel 1175 is daarentegen niet hernomen aangezien het slechts een toepassing vormt van het voorgestelde artikel 5.64.

Artikel 5.144

Verhinderende en uitlokking van de voorwaarde

De bepaling behelst zowel een herformulering als veralgemening van huidig artikel 1178 van het Burgerlijk Wetboek. Zij is geïnspireerd op art. 1304 C. civ. fr.; § 162 BGB en 6:23 NBW; art. III. – 1:106 (4) DCFR.

Eenzijds preciseert zij – overeenkomstig de rechtsleer en de rechtspraak – dat de inmenging in de mogelijke verwezenlijking van de voorwaarde enkel wordt gesanctioneerd indien die foutief is (J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen,

P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1808, n° 1218; P. WÉRY, II, n° 370, p. 361).

D'autre part, l'article 1178 ne visait que le cas où le débiteur empêchait la réalisation de la condition suspensive. Toutefois, une immixtion dans le jeu normal de la condition peut également concerner une condition résolutoire et/ou émaner du créancier de l'obligation. De telles immixtions étaient déjà sanctionnées en droit positif sur la base du principe de l'exécution de bonne foi des conventions, dont l'article 1178 constituait une application (voy. J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 182; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 172, p. 344).

La formulation de la disposition ("peut [...] la [...] tenir") souligne que la sanction prévue par la disposition est facultative, la victime de la faute pouvant préférer mettre en œuvre d'autres sanctions à sa disposition, par exemple réclamer la réparation du dommage causé par cette faute.

Ainsi, par exemple, si un immeuble est acheté sous la condition suspensive de l'obtention par l'acheteur d'un crédit, l'acheteur qui s'abstiendrait d'effectuer les démarches nécessaires pour l'obtention d'un tel crédit auprès des banques manquerait à la bonne foi, avec pour conséquence que le créancier aurait la possibilité de tenir la condition pour réalisée (dans le but de se prévaloir ensuite des sanctions de l'inexécution si l'acheteur ne parvient pas à payer le prix). Si, à l'inverse, le créancier tente d'empêcher la vente en portant fautivement atteinte au crédit de l'acheteur auprès des banques, l'acheteur pourra de même tenir la condition pour réalisée et poursuivre l'exécution de la vente.

Les mêmes principes valent en cas de condition résolutoire. Si, par exemple, un travailleur est engagé sous la condition résolutoire de la non-réussite par celui-ci d'un concours ou d'une formation dans un certain délai (comp. Cass., 18 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 52, *R. Cass.*, 1993, p. 71, note W. Rauws, *R.C.J.B.*, 1995, p. 37, note J. Clesse) et que le travailleur n'effectue aucune démarche pour s'inscrire à ce concours ou cette formation, l'employeur pourra décider de tenir la condition résolutoire pour défaillie. À l'inverse, si un bail de bureaux est conclu sous la condition résolutoire que le preneur trouve un autre local dans un certain délai, et que le preneur n'effectue aucune démarche à cet effet, le bailleur pourra tenir la condition résolutoire pour réalisée.

Intersentia, 2007, nr. 179; P. VAN OMMESLAGHE, II, blz. 1808, nr. 1218; P. WÉRY, II, nr. 370, blz. 361).

Anderzijds beoogde artikel 1178 enkel het geval waarin de schuldenaar de vervulling van de opschortende voorwaarde verhinderde. Een inmenging in de mogelijke verwezenlijking van de voorwaarde kan evenwel ook betrekking hebben op een ontbindende voorwaarde en/of uitgaan van de schuldeiser van de verbintenis. Dergelijke inmengingen werden reeds gesanctioneerd in het positief recht op grond van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst, waarvan artikel 1178 een toepassing vormde (zie J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 182; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 172, blz. 344).

De formulering van de bepaling ("kan [...] haar [...] houden") onderstreept dat de sanctie bedoeld in de bepaling facultatief is, waarbij het slachtoffer van de fout de voorkeur kan geven aan andere sancties die voorhanden zijn, bijvoorbeeld een eis tot herstel van de schade die veroorzaakt is door die fout.

Indien bijvoorbeeld een onroerend goed wordt aangekocht onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een krediet door de koper, is de koper die zou nalaten de nodige stappen te zetten voor het verkrijgen van een dergelijk krediet bij de banken niet te goeder trouw, met als gevolg dat de schuldeiser dan de mogelijkheid heeft om de voorwaarde voor vervuld te houden (met de bedoeling naderhand een beroep te doen op sancties wegens niet-nakoming indien de koper er niet in slaagt de prijs te betalen). Indien omgekeerd de schuldeiser tracht de verkoop te verhinderen door op foutieve wijze het krediet van de koper bij de banken in het gedrang te brengen, kan de koper evenzo de voorwaarde voor vervuld houden en de uitvoering van de verkoop voortzetten.

Dezelfde beginselen gelden bij de ontbindende voorwaarde. Indien bijvoorbeeld een werknemer wordt aangeworven onder de ontbindende voorwaarde van zijn falen voor een proef of een opleiding binnen een bepaald tijdsbestek (vgl. Cass. 18 januari 1993, *Pas.* 1993, I, blz. 52, *R. Cass.* 1993, blz. 71, noot W. Rauws, *R.C.J.B.* 1995, blz. 37, noot J. Clesse), en de werknemer geen enkele stap onderneemt om zich in te schrijven voor die proef of opleiding, kan de werkgever beslissen om de ontbindende voorwaarde voor onvervuld te houden. Omgekeerd, indien een huurovereenkomst voor kantoorruimte tot stand komt onder de ontbindende voorwaarde dat de huurder een ander lokaal vindt binnen een welbepaald tijdsbestek, en de huurder daartoe geen enkele stap zet, kan de verhuurder de ontbindende voorwaarde voor vervuld houden.

Article 5.145

Renonciation à la condition

S'inspirant de l'article 1304-4 C.civ.fr. et consacrant la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 30 juin 2016, n° C.15 0414.N, point 2, avec les conclusions de M. l'avocat général Van Ingelgem, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, p. 104, note M. Servais), la disposition consacre la possibilité d'une renonciation unilatérale à la condition par la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle elle a été prévue, pour autant que la condition ne soit pas encore réalisée à ce stade. Si la condition est déjà accomplie ou défaillie, ou si elle a été prévue dans l'intérêt commun des parties, un accord de volonté est nécessaire pour renoncer à la condition ou – s'ils sont déjà intervenus – aux effets de sa réalisation ou de sa défaillance.

Article 5.146

Période d'attente

La disposition définit les droits et les obligations des parties *pendente condicione*. Elle prend le parti de traiter tant de la condition suspensive que de la condition résolutoire alors que la seconde est parfois, à tort, perdue de vue.

Il n'a pas semblé utile de répéter ici que l'obligation sous condition suspensive n'est pas exigible avant la réalisation de la condition, ce qui résulte déjà de la définition figurant à l'article 5 139. Il en résulte qu'un paiement effectué par le débiteur *pendente condicione* – pour autant qu'il ne puisse s'interpréter comme une renonciation conformément à l'article 5 145 – est en principe indu tant que la condition ne s'est pas réalisée, et doit dès lors être restitué conformément à l'article 5 134.

Le paragraphe 1^{er} de la disposition consacre le devoir de loyauté qui constitue une conséquence du principe de l'exécution de bonne foi des conventions pour les obligations conditionnelles contractuelles (voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 170, p. 339; P. WÉRY, *Droit des obligations*, v. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 368, p. 359). Ainsi, par exemple, dès qu'un débiteur s'engage sous condition suspensive à céder la propriété d'une chose (ou que, réciproquement, le créancier d'une chose qui l'a acquise sous condition résolutoire peut être amené à devoir la restituer), il est tenu d'un devoir de conservation de cette chose (voy. également l'article 5.81 reprenant l'article 1136 du Code civil actuel) et ne peut l'aliéner ni la grever de droits réels sans l'accord de l'autre partie.

Artikel 5.145

Afstand van de voorwaarde

Geïnspireerd op artikel 1304-4 C.civ.fr., en ter bevestiging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 30 juni 2016, C.15 0414.N, punt 2, met de conclusies van advocaat-generaal Van Ingelgem, *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, blz. 104, noot M. Servais), verankert de bepaling de mogelijkheid van een eenzijdig afstand van de voorwaarde door de partij in wiens exclusieve belang zij was gesteld, voor zover de voorwaarde nog niet vervuld is in dat stadium. Indien de voorwaarde reeds vervuld of niet-vervuld is, of indien zij ingesteld is in het gemeenschappelijk belang van de partijen, is een wils-overeenstemming noodzakelijk om afstand te doen van de voorwaarde of – indien zij reeds zijn ingetreden – van de gevolgen van de vervulling of niet-vervulling ervan.

Artikel 5.146

Wachttijd

De bepaling definieert de rechten en plichten van de partijen *pendente condicione*. Zij doelt op zowel de opschortende voorwaarde als de ontbindende voorwaarde, terwijl de tweede vaak – ten onrechte – uit het oog wordt verloren.

Het leek niet relevant hier te herhalen dat de verbintenis onder opschortende voorwaarde niet opeisbaar is vóór de vervulling van de voorwaarde, hetgeen reeds voortvloeit uit de definitie in artikel 5 139. Daaruit volgt dat een betaling verricht door de schuldenaar *pendente condicione* – voor zover dat niet kan worden uitgelegd als afstand doen overeenkomstig artikel 5 145 – in beginsel onverschuldigd is zolang de voorwaarde niet vervuld is, en derhalve moet worden gerestitueerd overeenkomstig artikel 5 134.

Paragraaf 1 van de bepaling verankert de loyau-teitsplicht, die een gevolg is van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst voor de voorwaardelijke verbintenissen uit overeenkomst (zie R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 170, blz. 339; P. WÉRY, II, nr. 368, blz. 359). Bijvoorbeeld, zodra een schuldenaar er zich onder opschortende voorwaarde toe verbindt de eigen-dom van een voorwerp over te dragen (of omgekeerd, de schuldeiser van een voorwerp die hij verworven heeft onder ontbindende voorwaarde ertoe aangezet kan worden om haar te moeten restitueren), heeft hij aldus de plicht tot bewaring van die voorwerp (zie ook artikel 5.81, dat artikel 1136 van het huidige Burgerlijk Wetboek herneemt) en kan hij haar niet vervreemden

Ce devoir est inconditionnel et peut, en cas de méconnaissance, être sanctionné le cas échéant par l'octroi d'une réparation du dommage ou la résolution pour inexécution du contrat.

Le paragraphe 2 de la disposition constitue une application spécifique de ce devoir de loyauté pour le cas où l'obligation conditionnelle est une obligation de donner une chose certaine (donc pas une somme d'argent ou d'autres choses fongibles).

À cet égard, le paragraphe 2 consacre les solutions admises en droit positif mais en leur donnant comme fondement juridique une disposition légale spécifique. En effet, jusqu'à présent, les mêmes solutions découlaient déjà de la rétroactivité de la condition consacrée à l'article 1179 du Code civil (voy. à ce propos les références citées dans le commentaire de l'article 5 147). Pour les motifs exposés dans le commentaire de l'article 5 147, la proposition abandonne cependant la rétroactivité de la condition. Il convenait dès lors de donner un fondement légal spécifique à la protection reconnue au créancier sous condition suspensive (et au débiteur sous condition résolutoire), sur le modèle de ce qui se fait en France (art. 1304-5, al. 1^{er}, *in fine*), en Allemagne (§ 161 BGB) et aux Pays-Bas (art. 3:84, al.4, NBW).

Le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la disposition prévoit donc une sanction spécifique du devoir de loyauté pesant sur le débiteur d'une chose certaine sous condition suspensive (par exemple, le vendeur sous condition) lorsque la chose sur laquelle porte l'obligation conditionnelle a fait l'objet *pendente condicione* d'un acte de disposition (tel qu'une vente, une donation, ou la constitution d'un usufruit, d'un gage, d'une hypothèque...) ou d'un acte d'administration anormale (à savoir un acte d'administration consenti à des conditions ou pour une durée anormales, eu égard aux conditions ordinaires de marché et aux circonstances de l'espèce). De tels actes sont inopposables au créancier conditionnel (l'acheteur) qui pourra donc faire valoir ses droits sur la chose en cas de réalisation de la condition comme si ces actes n'avaient pas été accomplis. De même, il ne pourra se voir opposer l'indisponibilité résultant d'une saisie individuelle pratiquée *pendente condicione* par un créancier du débiteur conditionnel ou d'une situation de concours survenant sur le patrimoine de ce même débiteur (voy. Cass., 22 avril 1858, *Pas.*, 1858, I, p. 116, avec les conclusions de M. l'avocat général Cloquette; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 425; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat, o.c.*, n° 195, p. 389 et s.; voy. de même § 161, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, du BGB).

noch bezwaren met zakelijke rechten zonder het akkoord van de andere partij. Die plicht is onvoorwaardelijk en kan, in geval van miskenning, in voorkomend geval gesanctioneerd worden door toekenning van een herstel van de schade of door ontbinding wegens niet-nakoming van het contract.

Paragraaf 2 van de bepaling omvat een specifieke toepassing van die loyauteitsplicht in het geval waarin de voorwaardelijke verbintenis een verbintenis tot het geven van een bepaald voorwerp behelst (en dus geen som geld of andere vervangbare zaken).

In dat verband verankert paragraaf 2 de oplossingen die erkend zijn in het positief recht, maar voorziet ze deze van een specifieke wetsbepaling als rechtsgrond. Tot dusver vloeiden dezelfde oplossingen immers reeds voort uit de retroactiviteit van de voorwaarde, neergelegd in artikel 1179 van het Burgerlijk wetboek (zie in dat verband de referenties aangehaald in de toelichting bij artikel 5 147). Om de redenen uiteengezet in de toelichting bij artikel 5 147, stapt het voorstel evenwel af van de retroactiviteit van de voorwaarde. Derhalve moest worden voorzien in een specifieke rechtsgrond voor de bescherming verleend aan de schuldeiser onder opschortende voorwaarde (en voor de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde), naar het model in Frankrijk (art. 1304-5, lid 1, *in fine*), Duitsland (§ 161 BGB) en Nederland (art. 3:84, lid 4, NBW).

Paragraaf 2, eerste lid, van de bepaling voorziet dus in een specifieke sanctie voor de loyauteitsplicht die rust op de schuldenaar van een welbepaald voorwerp onder opschortende voorwaarde (bijvoorbeeld de verkoper onder voorwaarde) wanneer het voorwerp waarop de voorwaardelijke verbintenis betrekking heeft *pendente condicione* het voorwerp was van een beschikkingshandeling (zoals een verkoop, een schenking, of van de vestiging van een vruchtgebruik, van een pand, van een hypotheek...) of van een ongewone beheershandeling (namelijk een beheershandeling waarmee is ingestemd aan ongewone voorwaarden of voor een ongewone duur, gelet op de gewone marktvoorwaarden en de gegeven omstandigheden). Zij kunnen niet worden tegengeworpen aan de voorwaardelijke schuldeiser (de koper), die dus zijn rechten op het voorwerp zal kunnen doen gelden in geval van vervulling van de voorwaarde alsof die handelingen niet waren verricht. Evenzo zal tegen hem niet de onbeschikbaarheid kunnen worden tegengeworpen die het gevolg is van een individuele beslaglegging *pendente condicione* door een schuldeiser van de voorwaardelijke schuldenaar, of van een situatie van samenloop met betrekking tot het vermogen van diezelfde schuldenaar (zie Cass. 22 april 1858, *Pas.* 1858, I, blz. 116, met de conclusies van advocaat-generaal Cloquette; J. DE CONINCK, *De voorwaarde*

L'objectif est en effet de garantir l'effectivité du droit du créancier sous condition suspensive en cas de réalisation de la condition. De tels actes sont dès lors inopposables au créancier conditionnel (sur la justification de cette sanction, voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., n° 200, p. 400 et s.). Celui-ci pourra dès lors en principe revendiquer la chose en quelques mains qu'elle se trouve.

L'alinéa 2 prévoit l'application conforme de ces principes à la condition résolutoire. Ainsi, par exemple, en cas de vente à réméré, le vendeur (qui, au moment de la conclusion du contrat, est débiteur de l'obligation de donner de la chose sous la condition résolutoire de l'exercice du réméré) pourra récupérer la chose libre de droits même si l'acheteur (créancier de l'obligation de donner la chose sous condition résolutoire) l'a dans l'intervalle aliénée à un tiers ou grevée de droit réels ou d'un bail conclu à des conditions anormales de loyer ou de durée (voy. les articles 1664 et 1673, alinéa 2, du Code civil).

Il convient encore de préciser que la sanction d'inopposabilité prévue ne déroge pas aux dispositions du droit commun protectrices des intérêts des tiers de bonne foi, telles que l'article 2279 du Code civil et la publicité foncière (voy. Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011, n° 64, point 5, A.C., 2011, n° 64, avec les conclusions de Mme l'avocat général R. Mortier, *T.R.V.*, 2012, p. 627, note B. Bellen et R. Vleugels).

Le paragraphe 3 de la disposition reprend quant à lui le principe contenu à l'article 1180 du Code civil actuel en en généralisant la portée à la condition résolutoire. En effet, tout autant que le créancier sous condition suspensive, le débiteur sous condition résolutoire doit pouvoir accomplir des actes conservatoires des droits dont il bénéficierait en cas de réalisation de la condition (J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, n° 202; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 172, p. 344; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Voorwaarde", *Overzicht Bijzondere Overeenkomsten*, f. mob., Malines, Kluwer, 2014, n° 212, p. 162). Ainsi, par exemple, le vendeur à réméré (débiteur

in het contractenrecht, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 425; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., nr. 195, blz. 389 e.v.; zie ook § 161, eerste lid, 2° zin BGB). De doelstelling is immers het garanderen van de werkzaamheid van het recht van de schuldeiser onder opschortende voorwaarde in geval van vervulling van de voorwaarde. Dergelijke handelingen kunnen derhalve niet worden tegengeworpen tegen de voorwaardelijke schuldeiser (over de rechtvaardiging van die sanctie, zie R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, o.c., nr. 200, blz. 400 e.v.). Hij zal derhalve in beginsel het voorwerp kunnen revindiceren, in welke handen zij zich ook bevindt.

Het tweede lid voorziet in de overeenkomstige toepassing van die regels op de ontbindende voorwaarde. Bijvoorbeeld, in geval van verkoop met recht van wederinkoop zal de verkoper (die op het tijdstip van het sluiten van het contract schuldenaar is van de verbintenis tot het geven van het voorwerp onder de ontbindende voorwaarde van de uitoefening van het recht van wederinkoop) aldus het voorwerp vrij van rechten kunnen terugvorderen, ook indien de koper (schuldeiser van de verbintenis tot het geven van het voorwerp onder ontbindende voorwaarde) haar intussen heeft vervreemd aan een derde of heeft bezwaard met zakelijke rechten of met een huurovereenkomst gesloten tegen ongewone huurvoorwaarden of voor een ongewone duur (zie artikelen 1664 en 1673, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek).

Er moet nog worden gepreciseerd dat de sanctie van niet-tegenwerpelijke niet afwijkt van de bepalingen van gemeen recht tot bescherming van de belangen van derden te goeder trouw, zoals artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek en de hypotheaire publiciteit (zie Cass. 24 januari 2011, *Pas.* 2011, nr. 64, punt 5, A.C., 2011, nr. 64, met de conclusies van advocaat-generaal R. Mortier, *T.R.V.*, 2012, blz. 627, noot B. Bellen en R. Vleugels).

Paragraaf 3 van de bepaling neemt het beginsel over uit huidig artikel 1180 van het Burgerlijk Wetboek, met veralgemening van de strekking tot de ontbindende voorwaarde. Net als de schuldeiser onder opschortende voorwaarde moet de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde immers handelingen tot bewaring van de rechten die hij zou genieten in geval van vervulling van de voorwaarde, kunnen verrichten (J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 202; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 172, blz. 344; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Voorwaarde", *Overzicht Bijzondere Overeenkomsten*, losbl., Mechelen, Kluwer, 2014, nr. 212, blz. 162). Aldus,

de l'obligation de donner sous condition résolutoire) peut, avant même l'exercice du réméré, faire assurer la chose.

Article 5.147

Réalisation de la condition

L'alinéa 1^{er} de la disposition prévoit tout d'abord que la réalisation de la condition produit ses effets de plein droit, consacrant ainsi une solution unanimement admise (S. STIJNS, 2, n° 21, p. 17; P. WÉRY, II, n° 345, p. 340).

L'alinéa 1^{er} prévoit ensuite que la condition – tant suspensive que résolutoire – produit ses effets pour l'avenir. Il supprime ainsi la rétroactivité de la condition qui découlait des articles 1179 et 1183 du Code civil actuel. Il rejoint ainsi la solution moderne adoptée notamment en droit français (art. 1304-6 C. civ. fr. pour la condition suspensive, mais comp. art. 1304-7 pour la condition résolutoire), allemand (§ 158 BGB) et néerlandais (art. 6:22 NBW) ainsi que dans le DCFR (art. III. – 1:106 (2) et (3)) et les PICC (art. 5.3.2).

Ce choix est dicté par le constat que la rétroactivité de la condition fait l'objet de très nombreuses exceptions en droit positif. En effet, en cas de réalisation de la condition, c'est pour l'avenir seulement que s'opère le transfert des risques (art. 1182 du Code civil) et des fruits (arg. art. 1673, alinéa 1^{er}, du Code civil qui ne prévoit le remboursement que du "prix principal" par le vendeur à réméré, donc à l'exclusion des intérêts sur ce prix qu'il peut conserver), que l'obligation devient exigible (voy. Cass., 19 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 384; Cass., 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, n° 29, avec les conclusions de Mme le procureur général E. Liekendael, alors avocat général) ou que contrat à exécution successive prend fin (Cass., 1^{er} octobre 2015, *Pas.*, 2015, n° 574), sans par ailleurs remettre en cause les actes d'administration normaux accomplis *pendente condicione* (arg. art. 1673, alinéa 2, du Code civil).

Ces solutions, parfaitement justifiées, s'expliquent par le fait que l'effet rétroactif prévu à l'article 1179 du Code civil constitue uniquement un procédé technique visant à protéger le créancier sous condition suspensive (ou le débiteur sous condition résolutoire) contre les actes que son cocontractant accomplirait *pendente condicione* au mépris de l'engagement conditionnel conclu (voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er},

bijvoorbeeld, kan de verkoper met recht van wederinkoop (schuldenaar van de verbintenis om te geven onder ontbindende voorwaarde), zelfs vóór de uitoefening van het recht van wederinkoop, het voorwerp laten verzekeren.

Artikel 5.147

Vervulling van de voorwaarde

Het eerste lid van de bepaling voorziet er, ten eerste, in dat de vervulling van de voorwaarde van rechtswege uitwerking krijgt, en verankert aldus een algemeen erkende oplossing (S. STIJNS, 2, nr. 21, blz. 17; P. WÉRY, II, nr. 345, blz. 340).

Het eerste lid bepaalt vervolgens dat de voorwaarde – zowel opschortend als ontbindend – uitwerking krijgt voor de toekomst. Het schrappt aldus de retroactiviteit van de voorwaarde die voortvloeide uit de artikelen 1179 en 1183 van het huidige Burgerlijk Wetboek. Het schaaft zich aldus achter de moderne oplossing die gangbaar is in het Franse recht (art. 1304-6 C. civ. fr. voor de opschortende voorwaarde, maar vgl 1304-7 voor de ontbindende voorwaarde) het Duitse recht (§ 158 BGB) en Nederlandse recht (art. 6:22 NBW) alsook in de DCFR (art. III – 1:106 (2) en (3)) en de PICC (art. 5.3.2).

Die keuze is gedicteerd door de vaststelling dat er in het positief recht tal van uitzonderingen voorkomen op het vlak van de retroactiviteit van de voorwaarde. In geval van vervulling van de voorwaarde geldt immers enkel voor de toekomst dat de overdracht van de risico's intreedt (art. 1182 van het Burgerlijk Wetboek) en van de vruchten (arg. art. 1673, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat enkel voorziet in de vergoeding van de "koop prijs" door de verkoper met recht van wederinkoop, dus met uitsluiting van de interesten op die prijs die hij kan behouden), dat de verbintenis opeisbaar wordt (zie Cass. 19 juni 2008, *Pas.* 2008, nr. 384; Cass. 15 september 1983, *Pas.* 1984, I, nr. 29, met de conclusies van procureur-generaal E. Liekendael, destijds advocaat-generaal) of dat het contract met opeenvolgende prestaties een einde neemt (Cass. 1 oktober 2015, *Pas.* 2015, nr. 574), zonder dat overigens de gewone beheershandelingen, uitgevoerd *pendente condicione* in vraag worden gesteld (arg. art. 1673, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek).

De verklaring voor die – volkomen gerechtvaardigde oplossingen – ligt in het feit dat de retroactieve werking, bedoeld in artikel 1179 van het Burgerlijk Wetboek, louter een technisch middel vormt ter bescherming van de schuldeiser onder opschortende voorwaarde (of de schuldenaar onder ontbindende voorwaarde) tegen de handelingen die zijn medecontractant zou verrichten *pendente condicione* in weerwil van de

3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 165, p. 243 et s.; X. DIEUX, “Des effets de la tutelle d’approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée”, note sous Cass., 5 juin 1981, *A.P.T.*, 1984, n° 7 et s., p. 150 et s.; I. DURANT et M. CLAVIE, “La vente conditionnelle, bien plus qu’une abréviation de langage”, *La mise en vente d’un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 56, p. 126; C. EYBEN et J. ACOLTY, “La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil”, *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, n° 63, p. 186, n° 116, p. 203; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, “Aspects des ventes conditionnelles”, *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 39, p. 213; Y. HANNEQUART, “La Condition”, *Les Nouvelles. Droit civil*, tome IV, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1958, n° 265, pp. 434 et s.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 181, p. 368 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, II, n° 1219, p. 1809; P. WÉRY, II, n° 374, p. 366).

Enoncée en des termes généraux comme elle l’est par le texte actuel du Code civil, la rétroactivité est en réalité trompeuse (puisque sa portée pratique se trouve limitée par un grand nombre d’exceptions) et dangereuse (car elle risque de se voir attribuer des conséquences excédant l’objectif précis pour lequel elle a été instituée). Dans une approche fonctionnelle, il paraît dès lors préférable de faire l’économie de cette figure juridique et de prévoir simplement, par une disposition légale expresse, la protection que la rétroactivité visait à garantir (voy. l’article 5 146, § 2).

C’est également par la rétroactivité que l’on justifie classiquement les restitutions auxquelles la condition résolutoire donne lieu. Ici encore, la rétroactivité apparaît inutile, et elle est même contraire à la logique de l’institution puisque l’extinction du contrat constitue une conséquence normale de la réalisation de la condition résolutoire, envisagée et voulue par les parties depuis l’origine. Il serait dès lors artificiel de considérer que le contrat est effacé depuis sa conclusion.

Il n’en demeure pas moins que la réalisation de la condition résolutoire peut donner lieu à des restitutions. Un fondement légal exprès figure à cet égard à l’alinéa 2 de la disposition (voy. de même art. 6:24 NBW, art. III. – 1:106 (5) DCFR et art. 5.3.5 PICC). Sauf accord contraire des parties, les restitutions s’effectueront conformément au droit commun des restitutions institué par les articles 5 115 à 5 122 et suivants. Ainsi par exemple, si une vente est conclue sous condition résolutoire et que

totstandgekomen voorwaardelijke verbintenis (zie H. DE PAGE, I, nr. 165, blz. 243 e.v.; X. DIEUX, “Des effets de la tutelle d’approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée” (noot onder Cass. 5 juni 1981), *A.P.T.* 1984, nr. 7 e.v., blz. 150 e.v.; I. DURANT et M. CLAVIE, “La vente conditionnelle, bien plus qu’une abréviation de langage”, *La mise en vente d’un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, nr. 56, blz. 126; C. EYBEN et J. ACOLTY, “La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil”, *Droit des obligations*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2011, nr. 63, blz. 186 en nr. 116, p. 203; P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, “Aspects des ventes conditionnelles”, *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2013, nr. 39, blz. 213; Y. HANNEQUART, “La Condition”, *Les Nouvelles. Droit civil*, deel IV, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1958, nr. 265, blz. 434 e.v.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 181, blz. 368 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, II, nr. 1219, blz. 1809; P. WÉRY, II, nr. 374, blz. 366).

Geformuleerd in algemene bewoordingen zoals in de huidige tekst van het Burgerlijk Wetboek, is de retroactiviteit in werkelijkheid misleidend (vermits de praktische draagwijdte ervan beperkt is vanwege een groot aantal uitzonderingen) en gevaarlijk (omdat zij riskeert gepaard te gaan met gevolgen die het precieze doel waarvoor zij was ingesteld, overstijgen). In het kader van een functionele benadering lijkt het daarom wenselijk om die rechtsfiguur weg te laten en eenvoudigweg, middels een uitdrukkelijke wetsbepaling, te voorzien in de bescherming die met de retroactiviteit beoogd werd (zie artikel 5 146, § 2).

De retroactiviteit wordt ook klassiek ingeroepen ter rechtvaardiging van de restituties waartoe de ontbindende voorwaarde aanleiding geeft. Ook hier lijkt de retroactiviteit van geen nut, en druist zij zelfs in tegen de logica van de figuur vermits het tenietgaan van het contract een normaal gevolg is van de vervulling van de ontbindende voorwaarde, zoals beoogd en gewild door de partijen vanaf het begin. Het zou derhalve kunstmatig zijn om ervan uit te gaan dat het contract uitgewist is sinds zijn totstandkoming.

Dat neemt niet weg dat de vervulling van de ontbindende voorwaarde aanleiding kan geven tot restituties. Het tweede lid van de bepaling omvat daartoe een uitdrukkelijke juridische grondslag (zie ook art. 6:24 NBW, art. III. – 1:106 (5) DCFR en art. 5.3.5 PICC). Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, gebeuren de restituties overeenkomstig het gemeen recht van de restituties, neergelegd in de artikelen 5 115 tot 5 122 en volgende. Indien bijvoorbeeld een verkoop wordt

la condition se réalise, le vendeur sera tenu de restituer le prix et l'acheteur la chose.

Une exception importante aux restitutions est toutefois prévue. S'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 1^{er} octobre 2015, *Pas.*, n° 574), la proposition prévoit que les restitutions ne porteront pas sur les prestations de faire et de ne pas faire, ni sur leur contrepartie. Cette formulation a été préférée afin d'éviter le recours à la notion, difficile à cerner, de contrat à exécution successive. Ainsi, par exemple, lorsqu'un bail est affecté d'une condition résolutoire, la réalisation de la condition mettra fin au bail mais n'imposera en règle et sauf accord contraire aucune restitution de la jouissance des lieux, ni du loyer correspondant. Une telle restitution irait en effet à l'encontre de la volonté présumée des parties.

Il convient enfin de préciser que la disposition est supplétive. Ainsi, les parties sont libres de stipuler que la réalisation de la condition ne produira pas ses effets de plein droit mais, par exemple, uniquement en cas de notification intervenant selon certaines formes dans un certain délai. Elles sont par ailleurs libres, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, de conférer à la condition suspensive ou résolutoire réalisée un effet rétroactif.

Article 5.148

Défaillance de la condition

La défaillance – c'est-à-dire l'absence de réalisation – de la condition suspensive est réglée à l'alinéa 1^{er} de la disposition. Il consacre la jurisprudence de la Cour de cassation quant aux effets dans le temps de la défaillance de la condition suspensive (Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1149, *R.W.*, 1981-1982, col. 245, avec les conclusions de M. le procureur général Lenaerts, alors avocat général, *R.C.J.B.*, 1983, p. 199, note J. Herbots, *A.P.T.*, 1984, p. 145, note X. Dieux; voy. depuis lors Cass., 24 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 277, point 3; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417; Cass., 25 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 275, point 3, *A.C.*, 2007, n° 275, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, n° 429, *R.W.*, 2005-2006, p. 1463, note E. De Caluwe).

gesloten onder ontbindende voorwaarde en de voorwaarde vervuld wordt, is de verkoper gehouden tot het restitueren van de prijs en de koper van het voorwerp.

Er is evenwel voorzien in een belangrijke uitzondering op de restituties. Geïnspireerd op de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 1 oktober 2015, *Pas.* 2015 nr. 574), voorziet het voorstel erin dat de restituties geen betrekking zullen hebben op de prestaties om te doen en niet te doen, noch op hun tegenprestatie. Die formulering kreeg de voorkeur om te voorkomen dat moest worden teruggegrepen naar het moeilijker te vatten begrip van het contract met opeenvolgende prestaties. Wanneer bijvoorbeeld op een huurovereenkomst een ontbindende voorwaarde rust, zal de vervulling van de voorwaarde een einde maken aan de huurovereenkomst, maar in de regel en behoudens andersluidend akkoord geen enkele restitutie van het genot van de ruimte noch van de overeenstemmende huur opleggen. Een dergelijke restitutie zou immers ingaan tegen de vermoede wil van de partijen.

Tot slot moet worden gepreciseerd dat de bepaling van aanvullend recht is. Aldus staat het de partijen vrij om te bepalen dat de vervulling van de voorwaarde geen uitwerking van rechtswege zal krijgen, maar bijvoorbeeld enkel in geval van kennisgeving die volgens bepaalde vormen binnen een bepaald tijdsbestek wordt gedaan. Het staat hen daarnaast vrij, overeenkomstig het beginsel van de wilsautonomie, een retroactieve uitwerking te verlenen aan de vervulde opschortende of ontbindende voorwaarde.

Artikel 5.148

Niet-vervulling van de voorwaarde

De niet-vervulling – dat wil zeggen het niet intreden – van de opschortende voorwaarde wordt geregeld in het eerste lid van de bepaling. Het verankert de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de gevolgen in de tijd van de niet-vervulling van de opschortende voorwaarde (Cass. 5 juni 1981, *Pas.* 1981, I, blz. 1149, *R.W.* 1981-1982, col. 245, met de conclusies van procureur generaal Lenaerts, destijds advocaat-generaal *R.C.J.B.* 1983, blz. 199, noot J. Herbots, *A.P.T.* 1984, blz. 145, noot X. Dieux; zie sindsdien Cass. 24 april 2009, *Pas.* 2009, nr. 277, punt 3; Cass. 27 juni 2008, *Pas.* 2008, nr. 417; Cass. 25 mei 2007, *Pas.* 2007, nr. 275, punt 3, *Arr.Cass.* 2007, nr. 275, met de conclusies van procureur-generaal D. Thijs, destijds advocaat-generaal; Cass. 11 september 2003, *Pas.* 2003, nr. 429, *R.W.* 2005-2006, blz. 1463, noot E. De Caluwe).

L'alinéa 2 confirme que la défaillance de la condition résolutoire rend l'obligation pure et simple pour l'avenir. Conférer un effet rétroactif à cette défaillance ne présenterait d'ailleurs aucun intérêt pratique.

CHAPITRE 2

L'obligation à terme

Article 5.149

Définition

Cette disposition s'inspire de l'art. 1305 C.civ.fr.

Elle codifie à droit constant la notion d'obligation à terme (Cass. 20 décembre 1883, *Pas.*, 1884, I, 14; Cass. 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 163). Sur le plan rédactionnel, elle s'inspire largement de l'article 1305 du Code civil français. La définition est légèrement adaptée par rapport au droit français, pour faire apparaître immédiatement les deux espèces de terme (terme suspensif et terme extinctif).

Le terme doit être "futur"; ainsi, en présence d'un terme suspensif, si l'événement s'est déjà produit, l'obligation est, d'ores et déjà, exigible.

Il doit aussi être "certain" (même si la date de son échéance est incertaine – par exemple le décès –). Une certitude absolue n'est pas requise. La détermination du caractère certain ou non de l'événement dépend de la volonté des parties. Un événement futur de réalisation objectivement incertaine pourrait ainsi constituer en réalité un terme, si sa réalisation est subjectivement certaine (voy. p. ex. J. DE CONINCK, "Het primaat van de partijbedoeling als onderscheidend criterium tussen voorwaarden en termijnen", note sous Anvers, 8 octobre 2007, *R.G.D.C.*, 2008, p. 257); "le juge doit donc respecter la volonté des parties et réputer certain ce qu'elles ont réputé tel" (E. VIEUJEAN, *Novelles. Droit civil*, t. IV, *Le terme de droit suspensif*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1958, p. 490). Le juge n'est toutefois pas tenu par la qualification que les parties ont donnée, lorsqu'elle est erronée; ainsi, en fonction de l'interprétation de la volonté des parties, si la réalisation de l'événement est incertaine, l'obligation pourrait en réalité être affectée d'une condition, et non d'un terme; les parties pourraient aussi avoir, dans ce cas, voulu accorder à l'une d'elles un droit éventuel (voy. P. VAN OMMESELAGHE, II, p. 1776).

Het tweede lid bevestigt dat de niet-ervulling van de ontbindende voorwaarde de verbintenis zuiver en eenvoudig maakt voor de toekomst. Een retroactieve uitwerking verlenen aan die niet-ervulling zou overigens geen enkel praktisch nut hebben.

HOOFDSTUK 2

Verbintenis met tijdsbepaling

Artikel 5.149

Definitie

Deze bepaling is geïnspireerd op art. 1305 C.civ.fr.

Zij codificeert naar geldend recht het begrip verbintenis met tijdsbepaling (Cass. 20 december 1883, *Pas.* 1884, 14; Cass. 21 januari 2000, *Pas.* 2000, blz. 163). De formulering ervan is in grote mate geïnspireerd op artikel 1305 van het Franse Burgerlijk Wetboek. De definitie is licht aangepast ten aanzien van het Franse recht, zodat de twee soorten tijdsbepaling (opschortende en uitdovende tijdsbepaling) onmiddellijk naar voren treden.

De tijdsbepaling moet "toekomstig" zijn; zo is bij een opschortende tijdsbepaling, wanneer de gebeurtenis reeds heeft plaatsgevonden, de verbintenis meteen opeisbaar.

Zij moet ook "vast" zijn (ook al is de datum van het verstrijken ervan onzeker – bijvoorbeeld een overlijdensdatum). Een absolute zekerheid is niet vereist. De bepaling van het al dan niet zekere karakter van de gebeurtenis hangt af van de wil van de partijen. Een toekomstige gebeurtenis waarvan het intreden objectief gezien onzeker is, zou aldus in werkelijkheid een tijdsbepaling kunnen inhouden indien het intreden ervan subjectief gezien zeker is (zie bv. J. DE CONINCK, "Het primaat van de partijbedoeling als onderscheidend criterium tussen voorwaarden en termijnen" (noot onder Antwerpen 8 oktober 2007), *T.B.B.R.* 2008, blz. 257); "de rechter moet dus de wil van de partijen eerbiedigen en voor zeker houden wat zij als zodanig voor zeker houden" (E. VIEUJEAN, *Novelles. Droit civil*, dl. IV, *Le terme de droit suspensif*, vol. 2, Brussel, Larcier, 1958, blz. 490). De rechter is evenwel niet gebonden aan de kwalificatie die de partijen eraan hebben gegeven, wanneer zij onjuist is; zo kan op de verbintenis, naargelang de interpretatie van de wil van de partijen en als het intreden van de gebeurtenis onzeker is, in werkelijkheid een voorwaarde rusten en geen tijdsbepaling; ook is het mogelijk dat de partijen in dat geval aan een van hen een eventueel recht hebben willen toekennen (zie P. VAN OMMESELAGHE, II, blz. 1776).

Seul le terme “de droit” est visé par la présente disposition. Le terme “de grâce”, qui peut être octroyé par le juge au débiteur malheureux et de bonne foi, et qui impose au créancier de surseoir aux poursuites, fait l’objet de l’article 5 201.

Tel qu’il est défini, le terme peut aussi bien être d’origine conventionnelle que légale (p. ex. art. 3 de la loi sur le bail de résidence principale, art. 135, § 1^{er}, du Code des sociétés, etc.). Dans ce dernier cas, les dispositions de la présente section lui sont applicables pour autant que la portée de la loi en question ne s’y oppose pas.

Le terme peut être fixé librement par les parties, sous réserve des contraintes imposées par la loi impérative ou d’ordre public. Ainsi, la liberté des parties pour la détermination du terme extinctif affectant un contrat est limitée par la prohibition des contrats qui présentent un terme extinctif dépassant 99 ans ou toute autre durée maximale fixée par la loi (par exemple en matière de bail) (voy. article 5.76, al. 2).

S’agissant de l’alinéa 2, il codifie à droit constant un principe bien établi: il est bien acquis en droit belge que le terme suspensif suspend seulement l’exigibilité de l’obligation, et non sa naissance (p. ex. P. WÉRY, II, p. 317, n° 322). En d’autres termes, avant l’échéance du terme suspensif, l’obligation existe mais elle est inexigible. C’est ainsi, par exemple, que le transfert de la propriété et des risques d’une chose, conclu sous un terme suspensif, est différé jusqu’à l’échéance de ce terme; si seule l’obligation de délivrer la chose est affectée d’un terme suspensif, la propriété et les risques de la chose sont, en règle, transmis à l’acquéreur dès l’échange des consentements (voy. art. 5.79). Comme le précise l’article 5 151, les effets de l’échéance du terme suspensif se produisent de plein droit et pour l’avenir.

L’alinéa 3 constitue également une codification à droit constant d’un principe bien établi. Conformément à l’article 5 151, les effets de l’échéance du terme extinctif se produisent de plein droit et pour l’avenir.

Article 5.150

Forme du terme

Cette disposition confirme que le terme – qu’il soit suspensif ou extinctif – peut être convenu de manière

Enkel de tijdsbepaling “van rechtswege” wordt in deze bepaling beoogd. De termijn “van respijt”, die door de rechter kan worden toegekend aan de schuldenaar die ongelukkig en te goeder trouw is, en die de schuldeiser verplicht om de vervolging te schorsen, is geregeld in artikel 5 201.

De tijdsbepaling, als zodanig gedefinieerd, kan zowel van contractuele als van wettelijke oorsprong zijn (zie bv. art. 3 van de wet betreffende de huurovereenkomst van hoofverblijfplaats, art. 135, § 1, van het Wetboek van Vennootschappen, enz.). In dat laatste geval gelden de bepalingen van deze afdeling voor zover zulks niet induist tegen de strekking van de wet in kwestie.

De tijdsbepaling kan vrij bepaald worden door de partijen, onder voorbehoud van beperkingen opgelegd door wetten van dwingend recht of openbare orde. Aldus wordt de vrijheid van de partijen bij het bepalen van de uitdovende tijdsbepaling waarop een contract berust, beperkt door het verbod op contracten met een uitdovende tijdsbepaling van meer dan 99 jaar of enig andere wettelijk vastgestelde maximumtermijn (bijvoorbeeld inzake huur) (zie artikel 5.76, lid 2).

Het tweede lid codificeert een naar geldend recht vaststaand beginsel: in het Belgische recht is het immers een verworvenheid dat de opschortende tijdsbepaling enkel de opeisbaarheid van de verbintenis opschort en niet het ontstaan ervan (bv. P. WÉRY, II, blz. 317, nr. 322). Met andere woorden, de verbintenis bestaat vóór het verstrijken van de opschortende tijdsbepaling, maar zij is niet opeisbaar. Dat zorgt er bijvoorbeeld voor dat de overdracht van eigendom en van de risico’s van een voorwerp, gesloten onder een opschortende tijdsbepaling, uitgesteld wordt totdat die tijdsbepaling intreedt; indien enkel op de verbintenis tot levering van het voorwerp een opschortende tijdsbepaling rust, gaan eigendom en risico’s van het voorwerp in de regel over op de verkrijger vanaf de consensus (zie art. 5.79). Zoals nader bepaald in artikel 5 151, krijgen de gevolgen van het verstrijken van de opschortende tijdsbepaling uitwerking van rechtswege en voor de toekomst.

Ook het derde lid codificeert een naar geldend recht vaststaand beginsel. Conform artikel 5 151, krijgen de gevolgen van het verstrijken van de uitdovende tijdsbepaling uitwerking van rechtswege en voor de toekomst.

Artikel 5.150

Vorm van de tijdsbepaling

Deze bepaling bevestigt dat de tijdsbepaling – ongeacht zij opschortend of uitdovend is – uitdrukkelijk of

expresse ou tacite. Il s'agit d'une simple application du principe du consensualisme consacré à l'article 5.28. Le juge peut déduire de l'intention des parties, eu égard à la nature et à la portée du contrat, qu'un terme a été tacitement convenu.

L'intention des parties doit pouvoir être établie de manière certaine, afin d'éviter par exemple que le juge n'admette trop aisément l'existence d'un terme extinctif tacite qui ne correspondrait pas véritablement à l'intention des parties. Ainsi, ce n'est pas parce que deux contrats appartiennent au même groupe de contrats que l'échéance du terme de l'un affecte automatiquement l'autre; il n'en ira ainsi que si un tel résultat a été convenu par les parties (voy. ég. le commentaire de l'article 5 142, à propos de la condition).

Plusieurs dispositions légales particulières fixent par ailleurs un terme particulier (en général extinctif), en l'absence de fixation d'un terme exprès par les parties (par exemple, s'agissant du terme extinctif du contrat de société momentanée, du contrat de travail conclu "pour un travail nettement défini" (art. 7 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail), du contrat de bail d'un appartement meublé "fait à tant" par année, par mois ou par jour (art. 1758 C. civ.), ou encore du prêt à usage (art. 1888 C. civ.) (voy. pour d'autres exemples M. DE MAN, *De verbinteniserrechtliche tijdsbepaling*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 74-97).

Article 5.151

Echéance du terme

Cette disposition énonce une règle communément admise: sauf volonté contraire ou disposition légale particulière, l'échéance du terme survient de plein droit, sans que l'expression de la volonté soit requise. Elle produit ses effets pour l'avenir: s'agissant du terme suspensif, une fois celui-ci échu, l'obligation devient immédiatement et de plein droit exigible, sans effet rétroactif (voy. P. VAN OMMESELAGHE, II, p. 1782); s'agissant du terme extinctif, une fois celui-ci échu, l'obligation s'éteint immédiatement et de plein droit, sans effet rétroactif.

Cette disposition énonce le droit commun. Il peut y être dérogé par les parties ou par la loi.

stilzwijgend kan worden overeengekomen. Het betreft een loutere toepassing van het beginsel van consensualisme, neergelegd in artikel 5.28. De rechter kan uit de bedoeling van de partijen, gelet op de aard en strekking van het contract, afleiden dat er stilzwijgend een tijdsbepaling is overeengekomen.

De bedoeling van de partijen moet op zekere wijze kunnen worden aangetoond, om te voorkomen bijvoorbeeld dat de rechter al te makkelijk overgaat tot het erkennen van het bestaan van een stilzwijgende uitdovende tijdsbepaling die niet daadwerkelijk zou overeenstemmen met de bedoeling van de partijen. Zo leidt het feit dat twee contracten tot dezelfde groep van contracten behoren er niet automatisch toe dat het verstrijken van de tijdsbepaling van het ene contract het andere contract raakt; dat zal enkel zo zijn als een dergelijke uitkomst door de partijen is overeengekomen (zie ook de toelichting bij artikel 5 142, over de voorwaarde).

Verscheidene bijzondere wetsbepalingen bepalen overigens een bijzondere (doorgaans uitdovende) tijdsbepaling, indien er geen uitdrukkelijke tijdsbepaling is vastgesteld door de partijen (bijvoorbeeld waar het gaat om de uitdovende tijdsbepaling van het contract van tijdelijke vennootschap, van het arbeidscontract gesloten voor "een duidelijk omschreven werk", (art. 7 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten), van de huurovereenkomst voor een gemeubileerd appartement "aangegaan tegen zoveel" per jaar, per maand of per dag (art. 1758 BW), of van de bruiklening (art. 1888 BW) (zie voor andere voorbeelden M. DE MAN, *De verbinteniserrechtliche tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, blz. 74-97).

Artikel 5.151

Verstrijken van de tijdsbepaling

Deze bepaling brengt een gemeenzaam erkende regel tot uitdrukking: tenzij andersluidende wil of bijzonder wettelijke bepaling, treedt het verstrijken van de tijdsbepaling van rechtswege in, zonder dat een uitdrukkelijke wilsuiking vereist is. Zij krijgt uitwerking voor de toekomst: zodra de opschortende tijdsbepaling is verstreken, wordt de verbintenis onverwijld en van rechtswege opeisbaar, zonder terugwerkende kracht (zie P. VAN OMMESELAGHE, II, p. 1782); zodra de uitdovende tijdsbepaling is verstreken, gaat de verbintenis onverwijld en van rechtswege teniet, zonder terugwerkende kracht.

Deze bepaling geeft het gemeen recht weer. Daarvan kan worden afgeweken door de partijen of bij wet.

Ainsi, en présence d'un terme extinctif, les parties peuvent prévoir que l'échéance du terme ne produira son effet extinctif qu'à la condition qu'une notification écrite ait été adressée par la partie qui entend se prévaloir du terme. Les parties peuvent également convenir d'une prorogation ou d'un renouvellement du contrat; le renouvellement peut être tacite (voy. article 5.78).

La loi peut également déroger au principe énoncé dans cette disposition; tel est le cas notamment en matière de contrat de bail: la loi impose le recours à une notification écrite et le respect d'un délai de préavis pour que le contrat de bail (de résidence principale) prenne fin à l'échéance du terme fixé par les parties.

Article 5.152

Précision du terme suspensif

Cette disposition reprend le texte de l'ancien article 1901 du Code civil, relatif aux obligations du prêteur dans le prêt à consommation, que la doctrine applique par analogie à toutes les autres obligations (voy. p. ex. P. WÉRY, II, n° 313; E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif", *Les Nouvelles*, Droit civil, Bruxelles, Larcier, 1957, t. IV, vol. 2, p. 484; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, n° 175). La disposition ne vise pas le terme extinctif, ni le terme suspensif dont l'échéance est, de la volonté des parties, indéterminée (p. ex. l'hypothèse d'une obligation "à terme de décès").

Appelé à fixer l'échéance, le juge tient compte de la nature et de la portée du contrat, ainsi que des circonstances. Ainsi, en présence d'une obligation payable "quand le débiteur le pourra", "le juge doit user, à l'égard du débiteur, de la plus grande modération. Il ne peut perdre de vue qu'en acceptant l'insertion de cette clause dans le contrat, le créancier a manifesté l'intention de ne pas exiger le paiement à la rigueur, dès qu'il le pourrait en droit strict" (E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif", *Les Nouvelles*, Droit civil, Bruxelles, Larcier, 1957, t. IV, vol. 2, p. 486).

Zo kunnen de partijen bij een uitdovende tijdsbepaling bepalen dat het verstrijken van de tijdsbepaling slechts uitdovende uitwerking heeft op voorwaarde dat een schriftelijke kennisgeving gedaan is door de partij die zich wil beroepen op de tijdsbepaling. De partijen kunnen eveneens een verlenging of vernieuwing van het contract overeenkomen; de vernieuwing kan stilzwijgend zijn (zie artikel 5.78).

Bij wet kan eveneens worden afgeweken van het beginsel dat is neergelegd in deze bepaling; dat is met name het geval bij huur: de wet legt een schriftelijke kennisgeving en de naleving van een opzegtermijn op opdat de huurovereenkomst (van hoofdverblijfplaats) een einde neemt bij het verstrijken van de tijdsbepaling bepaald door de partijen.

Artikel 5.152

Invulling van de opschortende tijdsbepaling

Deze bepaling herneemt de tekst van oud artikel 1901 van het Burgerlijk Wetboek, met betrekking tot de plichten van de uitlener in het kader van de verbruikslening, door de rechtsleer naar analogie toegepast op alle andere verplichtingen (zie bv. P. WÉRY, II, nr. 313; E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif", *Les Nouvelles*, Droit civil, Brussel, Larcier, 1957, t. IV, vol. 2, p. 484; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, dl. XVII, nr. 175). De bepaling viseert niet de uitdovende tijdsbepaling en evenmin de opschortende tijdsbepaling waarvan het verstrijken, volgens de wil van de partijen, onbepaald is (bv. de hypothese van een verbintenis "met als tijdsbepaling het overlijden").

Gevraagd om het verstrijken te bepalen, houdt de rechter rekening met de aard en de strekking van het contract, alsook met de omstandigheden. Zo moet de rechter, bij een verbintenis die moet worden betaald "wanneer de schuldenaar daartoe in staat zal zijn", "ten aanzien van de schuldenaar blijk geven van de grootste gematigdheid. Hij mag niet uit het oog verliezen dat, met het aanvaarden van de invoeging van dat beding in het contract, de schuldeiser kenbaar heeft gemaakt dat hij de betaling niet strikt zal eisen, zodra hij dat bij een strike toepassing van het recht zou kunnen." (E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif", *Les Nouvelles*, Droit civil, Brussel, Larcier, 1957, t. IV, vol. 2, p. 486).

Article 5.153

Renonciation au terme suspensif

S'inspirant de l'article 1305-2 C.civ.fr. et consacrant un principe établi de longue date (voy. H. DE PAGE, I, n° 140; P. WÉRY, II, n° 317; M. DE MAN, *De verbintenissenrechtelijke tijdsbepaling*, Bruges, die Keure, 2013, p. 319), l'alinéa 1^{er} de cette disposition consacre la possibilité d'une renonciation unilatérale au terme par la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle il a été prévu, pour autant que le terme ne soit pas encore échu à ce stade. Si le terme est déjà survenu, ou s'il a été prévu dans l'intérêt commun des parties, un accord de volonté est nécessaire pour renoncer au terme ou – s'ils sont déjà intervenus – aux effets de sa réalisation. La renonciation peut être expresse ou tacite, pourvu qu'elle soit certaine.

L'alinéa 2 de cette disposition constitue à la fois une reformulation et une généralisation de l'ancien article 1187 du Code civil. Il s'inspire de l'article 1305-2 du Code civil français. D'une part, rappelant le caractère supplétif de la disposition, elle précise que le terme peut, par dérogation au principe, être fixé non seulement au bénéfice du seul créancier (comme le prévoit l'ancien article), mais également au bénéfice des deux parties (voy. P. WÉRY, II, p. 316; P. VAN OMMESELAGHE, II, p. 1780). D'autre part, elle précise aussi que la loi peut déroger au principe établi par cette disposition (p. ex. art. 1944 du Code civil, en matière de prêt à usage). Dans la détermination de la commune intention des parties, le juge tient compte de la nature et la portée du contrat, qu'il interprète notamment en fonction des circonstances.

Article 5.154

Période d'attente en présence d'un terme suspensif

Cette disposition ne s'applique qu'au terme suspensif. Les alinéas 1 et 2 de la disposition reproduisent le texte de l'ancien article 1186. Cette disposition se retrouve également dans d'autres droits (p. ex. art. 1305-2 C.civ.fr.; art. 6:39 NBW). L'alinéa 3 n'a pas d'équivalent dans le Code civil ancien et comble une lacune.

L'alinéa 1^{er} décrit la conséquence principale qui s'attache à la définition du terme suspensif, tel qu'il est défini à l'article 5 149: le créancier ne peut obtenir la condamnation du débiteur à l'exécution avant l'échéance

Artikel 5.153

Afstand van de opschortende tijdsbepaling

Geïnspireerd op artikel 1305-2 C.civ.fr., en ter erkenning van een aloud beginsel (zie H. DE PAGE, I, nr. 140; P. WÉRY, II, nr. 317; M. DE MAN, *De verbintenissenrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, blz. 319), verankert het eerste lid van deze bepaling de mogelijkheid van een eenzijdige afstand van de tijdsbepaling door de partij in wiens exclusieve belang zij was voorzien, voor zover de tijdsbepaling op dat moment nog niet verstreken is. Indien de tijdsbepaling reeds verstreken is, of indien zij voorzien is in het gemeenschappelijk belang van de partijen, is een wilsovereenstemming nodig om afstand te doen van de tijdsbepaling of – indien zij reeds zijn ingetreden – van de gevolgen van de verstrijken ervan. De afstand kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn, voor zover zij zeker is.

Het tweede lid van deze bepaling houdt zowel een herformulering als een veralgemening in van oud artikel 1187 van het Burgerlijk Wetboek. Het is geïnspireerd op artikel 1305-2 van het Frans Burgerlijk Wetboek. Enerzijds, preciseert dat lid, met herhaling van het aanvullend karakter van de bepaling, dat de tijdsbepaling, in afwijking van het principe, niet alleen kan worden bepaald ten voordele van de schuldeiser alleen (zoals bepaald in de oude tekst), maar ook ten voordele van beide partijen (zie P. WÉRY, II, p. 316; P. VAN OMMESELAGHE, II, blz. 1780). Anderzijds, verduidelijkt het lid ook dat de wet kan afwijken van het principe dat is neergelegd in deze bepaling (bv. art. 1944 van het Burgerlijk Wetboek, met betrekking tot bruiklening). Bij de bepaling van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen houdt de rechter rekening met de aard en de strekking van het contract, dat hij met name interpreteert in functie van de omstandigheden.

Artikel 5.154

Wachttijd bij de opschortende tijdsbepaling

Deze bepaling is enkel van toepassing op de opschortende tijdsbepaling. Het eerste en tweede lid van de bepaling hernemen oud artikel 1186. Deze bepaling is tevens opgenomen in andere rechtsstelsels (bv. art. 1305-2 C.civ.fr.; art. 6:39 NBW). Het derde lid heeft geen equivalent in het oude Burgerlijk Wetboek en vult een leemte op.

Het eerste lid omschrijft het voornaamste gevolg dat verbonden is aan de definitie van de opschortende tijdsbepaling, zoals gedefinieerd in artikel 5 149: de schuldeiser kan geen veroordeling van de schuldenaar

du terme. Conformément à l'article 5 232, le créancier peut toutefois adresser une mise en demeure avant la survenance du terme, pourvu qu'elle soit suffisamment proche de l'échéance (elle ne produit toutefois d'effet qu'une fois le terme échu).

De manière exceptionnelle, conformément à l'article 5 239, alinéa 2, le créancier peut suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui (sauf au débiteur à donner des assurances suffisantes de la bonne exécution de son obligation); de même, conformément à l'article 5.90, alinéa 2, le contrat peut aussi être résolu dans des circonstances exceptionnelles lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner dans un délai raisonnable des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier.

D'autres conséquences sont attachées au fait que l'exigibilité de l'obligation est suspendue jusqu'à l'échéance du terme suspensif (voy. p. ex. P. WÉRY, II, pp. 320-321; M. DE MAN, *De verbintenissenrechtelijke tijdsbepaling*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 466 et ss.)

L'alinéa 2 décrit la conséquence principale attachée au fait que l'obligation, bien qu'affectée d'un terme suspensif, existe déjà: à la différence de l'obligation contractée sous condition suspensive, si le débiteur paye anticipativement ce qu'il doit, il ne peut prétendre à la restitution de ce paiement. D'autres conséquences sont également attachées à l'existence de l'obligation affectée d'un terme suspensif (voy. p. ex. P. WÉRY, *Précis*, t. 2, pp. 317-320), notamment la possibilité pour le créancier, avant l'échéance, d'accomplir des actes conservatoires de son droit (alinéa 3).

L'alinéa 3 de la disposition comble une lacune du Code civil ancien, qui n'envisageait l'acte conservatoire que pour la condition suspensive (voy. art. 1180 C. Civ.): on admet unanimement que le créancier à terme peut, avant l'échéance, exercer toutes les mesures conservatoires de son droit (E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif", *Les Nouvelles*, Droit civil, Bruxelles, Larcier, 1957, t. IV, vol. 2, p. 561); il peut, par exemple, requérir la transcription de l'acte générateur du droit à terme, requérir l'inscription de l'hypothèque garantissant le paiement de sa créance ou encore veiller à la conservation du

tot de uitvoering bekomen vóór het verstrijken van de tijdsbepaling. Overeenkomstig artikel 5 232 kan de schuldeiser evenwel een ingebrekestelling verzenden vóór het einde van de tijdsbepaling, voor zover zij zich voldoende dicht bij het verstrijken situeert (zij krijgt evenwel pas uitwerking wanneer de tijdsbepaling verstreken is).

Overeenkomstig artikel 5 239, tweede lid, kan de schuldeiser uitzonderlijk de uitvoering van zijn verbintenis opschorten wanneer duidelijk is dat zijn schuldenaar zijn verbintenis niet zal nakomen bij het verstrijken van de tijdsbepaling en dat de gevolgen daarvan voldoende ernstig zijn voor hem (tenzij de schuldenaar voldoende waarborgen geeft voor de goede uitvoering van zijn verbintenis); ook kan het contract, overeenkomstig artikel 5.90, tweede lid, worden ontbonden in uitzonderlijke omstandigheden wanneer duidelijk is dat de schuldenaar, na in gebreke te zijn gesteld om binnen een redelijke termijn voldoende waarborgen te bieden met betrekking tot de goede uitvoering van zijn verbintenissen, zijn verbintenis niet zal nakomen bij het verstrijken van de tijdsbepaling en dat de gevolgen daarvan voldoende ernstig zijn voor de schuldeiser.

Andere gevolgen zijn verbonden aan het feit dat de opeisbaarheid van de verbintenis wordt opgeschort totdat de opschortende tijdsbepaling verstreken is (zie bv. P. WÉRY, II, blz. 320-321; M. DE MAN, *De verbintenissenrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, blz. 466 e.v.).

Het tweede lid omschrijft het voornaamste gevolg dat verbonden is aan het feit dat de verbintenis, hoewel er een opschortende tijdsbepaling op rust, reeds bestaat: in tegenstelling tot de verbintenis die is aangegaan onder opschortende voorwaarde, kan de schuldenaar, indien hij vooraf betaalt hetgeen hij verschuldigd is, geen aanspraak maken op de restitutie van die betaling. Nog andere gevolgen zijn verbonden aan het bestaan van de verbintenis waarop een opschortende tijdsbepaling rust (zie bv. P. WÉRY, II, blz. 317-320), met name de mogelijkheid voor de schuldeiser om, vóór het verstrijken, bewarende handelingen te stellen (derde lid).

Het derde lid van de bepaling vult een leemte op in het oude Burgerlijk Wetboek, dat enkel voorzag in de bewarende handeling voor de opschortende voorwaarde (zie art. 1180 BW): er wordt unaniem erkend dat de schuldeiser bij tijdsbepaling, vóór het verstrijken ervan, alle bewarende maatregelen kan treffen (E. VIEUJEAN, "Le terme de droit suspensif", *Les Nouvelles*, Droit civil, Brussel, Larcier, 1957, t. IV, vol. 2, blz. 561); hij kan bijvoorbeeld de overschrijving eisen van de akte die aan de basis ligt van het recht onder tijdsbepaling, de inschrijving van de hypotheek tot waarborg van de

patrimoine du débiteur (p. ex. en assurant et en réparant les biens du débiteur en cas d'urgence, etc.).

Article 5.155

Déchéance du terme suspensif

L'alinéa 1^{er} de la disposition reprend, en le reformulant et en le complétant, l'ancien article 1188 du Code civil. Il s'inspire de l'article 1305-4 C.civ.fr. et de l'article 6:40 NBW. Les observations suivantes sont formulées, à propos des quatre hypothèses de déchéance du terme: (i) Le point 1° était prévu à l'ancien article 1188 du Code civil.

(ii) Le point 2° ajoute, comme cause de déchéance, l'hypothèse dans laquelle le débiteur refuse d'accorder une sûreté qu'il avait promise; ceci inclut l'hypothèse celle dans laquelle, par sa faute, il se met dans l'impossibilité de fournir une telle sûreté; il s'agit d'une codification à droit constant, cette hypothèse étant unanimement admise en jurisprudence et en doctrine (voy. p. ex. P. WÉRY, II, p. 326; M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 543 et ss.; H. DE PAGE, I, p. 210 et réf. citées).

(iii) Le point 3° reprend le texte de l'ancien article 1188 du Code civil. Cette cause de déchéance ne s'applique qu'en présence d'une diminution de sûretés spéciales par la faute du débiteur (P. WÉRY, II, p. 325).

(iv) A côté de la faillite, d'autres hypothèses de déchéance du terme sont prévues par le législateur. Ainsi, le Code civil assimile la déconfiture à l'état de faillite, p. ex. en matière de vente (art. 1613), de prêt (art. 1913) ou de mandat (art. 2003). De même, selon l'article 180 du Code des sociétés, en cas de liquidation d'une société, "les liquidateurs, sans préjudice des droits des créanciers privilégiés, paieront toutes les dettes, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci". Selon une certaine doctrine, le jugement déclarant admissible la requête tendant à obtenir le bénéfice du règlement collectif de dettes donne également lieu à déchéance du terme, même si le texte de l'article 1675/7 du Code judiciaire ne le prévoit pas expressément (voy. P. VAN OMMESLAGHE, II, p. 1783);

betaling van zijn schuldvordering of toezien op het behoud van het vermogen van de schuldenaar (bv. door de goederen van de schuldenaar te verzekeren en te herstellen in spoedeisende gevallen, enz.).

Artikel 5.155

Verval van de opschortende tijdsbepaling

Het eerste lid van de bepaling herneemt oud artikel 1188 van het Burgerlijk Wetboek, volgens een andere formulering en met aanvullingen. Het is geïnspireerd op artikel 1305-4 C.civ.fr. en artikel 6:40 NBW. De volgende opmerkingen worden geformuleerd met betrekking tot de vier hypothesen van verval van de tijdsbepaling: (i) Punt 1° was voorzien in oud artikel 1188 van het Burgerlijk Wetboek.

(ii) Punt 2° voegt, als oorzaak van verval, de hypothese toe waarin de schuldenaar weigert een door hem beloofde zekerheid te verlenen; dit houdt de hypothese in waarin hij, door eigen fout, zichzelf in de onmogelijkheid gebracht heeft om een dergelijke zekerheid te verlenen; het betreft een codificatie van het geldende recht, aangezien die hypothese eensgezind erkend is in de rechtspraak en de rechtsleer (zie bv. P. WÉRY, II, blz. 326; M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, blz. 543 e.v. H. DE PAGE, I, blz. 210 en aangehaalde ref.).

(iii) Punt 3° herneemt de tekst van oud artikel 1188 van het Burgerlijk Wetboek. Deze oorzaak van verval is enkel van toepassing bij een vermindering van bijzondere zekerheden door de fout van de schuldenaar (P. WÉRY, II, blz. 325).

(iv) Naast het faillissement voorziet de wetgever nog in andere hypothesen van verval van de tijdsbepaling. Aldus stelt het Burgerlijk Wetboek het kennelijk onvermogen gelijk aan de staat van faillissement, bv. inzake verkoop (art. 1613), lening (art. 1913) of lastgeving (art. 2003). Evenzo bepaalt artikel 180 van het Wetboek van vennootschappen, ingeval van vereffening van een vennootschap: "onverminderd de rechten van de bevoorrechte schuldeisers, betalen de vereffenaars alle schulden naar evenredigheid en zonder onderscheid tussen opeisbare en niet opeisbare schulden, onder aftrek, wat deze betreft, van het disconto". Volgens een bepaalde strekking in de rechtsleer geeft het vonnis waarbij het verzoekschrift voor het verkrijgen van het voordeel van de collectieve schuldenregeling toelaatbaar verklaard wordt, eveneens aanleiding tot verval van de

en revanche, la procédure de réorganisation judiciaire n'entraîne pas la déchéance du terme.

En outre, naturellement, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque celui-ci a été stipulé dans son intérêt exclusif et qu'il y a renoncé (voy. art. 5 153); cette hypothèse de déchéance du terme va donc de soi (voy. P. WÉRY, II, p. 323).

Tranchant une ancienne controverse (spécialement à propos du point 3°), l'alinéa 2 précise également, conformément à la doctrine moderne, que la déchéance a lieu de plein droit (S. STIJNS, 2, p. 23; M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Bruges, die Keure, 2013, p. 538; P. WÉRY, II, p. 325).

L'alinéa 3, qui reproduit l'article 1305-5 C.civ.fr. (en y ajoutant la caution), constitue une codification à droit constant: la doctrine moderne enseigne que les effets de la déchéance du terme ne concernent que le débiteur (p. ex. M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Bruges, die Keure, 2013, p. 584-586; P. WÉRY, II, p. 34; M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, n° 436); la déchéance du terme ne préjudicie pas à la situation des codébiteurs ou de la caution, même en présence de codébiteurs solidairement tenus (p. ex. Cass. civ. fr., 15 juin 2011, *Jurisdata*, n° 10-18850), ou en présence d'une caution solidaire.

La disposition est supplétive. Ainsi, dérogeant à l'alinéa 1^{er}, les parties peuvent, par exemple, élargir les causes de déchéance du terme à des hypothèses qui ne sont pas envisagées par la disposition (voy. p. ex. la clause – fréquente – imposant à l'emprunteur le remboursement immédiat et intégral du prêt (et donc la déchéance du terme) à défaut de paiement d'une mensualité), coupler la déchéance à une clause indemnitaire, lorsque le débiteur a commis une faute contractuelle, ou encore convenir que l'une des causes de déchéance prévue par la disposition n'entraînera pas un tel effet (le cas échéant moyennant le respect de certaines conditions). Elles peuvent également déroger au caractère automatique de la déchéance.

Enfin, certaines dispositions légales impératives interdisent ou limitent la validité des clauses de déchéance du terme (voy. p. ex. artt. VII.105 et VII.144 CDE).

tijdsbepaling, ook al is daarin niet uitdrukkelijk voorzien in de tekst van artikel 1675/7 van het Gerechtelijk Wetboek (zie P. VAN OMMESLAGHE, II, blz. 1783); de procedure van gerechtelijke reorganisatie geeft daarentegen geen aanleiding tot het verval van de tijdsbepaling.

Voorts kan de schuldenaar uiteraard niet langer het voordeel van de tijdsbepaling eisen wanneer deze is bedongen in zijn exclusieve belang en hij daarvan afstand heeft gedaan (zie art. 5 153); deze hypothese van verval van de tijdsbepaling is dus vanzelfsprekend (zie P. WÉRY, II, blz. 323).

Ter beslechting van een oude controverse (in het bijzonder met betrekking tot punt 3°) verduidelijkt het tweede lid eveneens, overeenkomstig de moderne rechtsleer, dat het verval van rechtswege intreedt (S. STIJNS, 2, blz. 23; M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, blz. 538; P. WÉRY, II, blz. 325).

Het derde lid, dat artikel 1305-5 C.civ.fr. herneemt (met toevoeging van de borg), is een codificatie van het geldende recht: volgens de moderne rechtsleer slaan de gevolgen van het verval van de tijdsbepaling enkel op de schuldenaar (bv. M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, blz. 584-586; P. WÉRY, II, blz. 34; M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 436); het verval van de tijdsbepaling doet evenwel geen afbreuk aan de toestand van de medeschuldenaars of van de borg, zelfs voor hoofdelijk gehouden medeschuldenaars (bv. Cass. Fr. burg. 15 juni 2011, *Jurisdata*, nr. 10-18850) of bij een hoofdelijke borg.

De bepaling is van aanvullend recht. Aldus, kunnen de partijen bijvoorbeeld, in afwijking van het eerste lid, de gronden van verval van de tijdsbepaling uitbreiden tot hypothesen die niet in de bepaling zijn beoogd (zie bv. het – frequente – beding waarbij aan de lener de onverwijld en integrale terugbetaling van de lening (en dus het verval van de tijdsbepaling) wordt opgelegd bij gebrek aan betaling van een maandelijkse aflossing); zij kunnen het verval koppelen aan een schadebeding wanneer de schuldenaar een contractuele fout begaan heeft, of overeenkomen dat een van de wettelijk bepaalde oorzaken van verval een dergelijk gevolg niet heeft (in voorkomend geval, mits bepaalde voorwaarden vervuld zijn). Zij kunnen ook afwijken van het automatische karakter van het verval.

Tot slot verbieden of beperken bepaalde dwingende wetsbepalingen de geldigheid van de bedingen van verval van de tijdsbepaling (zie bv. artt. VII.105 en VII.144 WER).

*Sous-titre 3**Les obligations avec pluralité d'objets ou de sujets*CHAPITRE 1^{ER}**Les obligations à pluralité d'objets**

Article 5.156

Obligation cumulative

Bien que les obligations à plusieurs objets puissent être cumulatives, alternatives ou facultatives, le Code civil régit uniquement l'obligation alternative (artt. 1189 et s. C.civ.). Pour la sécurité juridique, il est nécessaire de reconnaître et distinguer les trois sortes d'obligations, comme dans le nouveau Code civil français. Leur réglementation demeure succincte car dans la pratique, des problèmes se posent rarement dès lors que l'autonomie de la volonté des parties et le droit commun règlent la matière en grande partie. La proposition classe les trois sortes d'obligations à pluralité d'objets par ordre décroissant du caractère contraignant que revêt l'obligation pour le débiteur.

La définition de l'obligation cumulative (ou conjonctive) à l'alinéa premier est nouvelle et s'inspire de l'article 1306 du Code civil français. La doctrine belge souligne unanimement que le débiteur d'une obligation cumulative est redevable de la totalité des prestations et que le créancier a le droit d'exiger que la totalité des prestations soit exécutée. Il n'est pas obligé d'accepter une exécution partielle par le débiteur (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 277-279, n° 69-270; S. STIJNS, 2, 2009, n° 36; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil, vol. II*, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 263, n° 2 et p. 264, n° 4; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 549; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, n° 1225; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, mob., p. 182, n° 3; P. WÉRY, II, 2016, n° 402). Il s'agit d'une application de l'actuel article 1244, alinéa 1^{er}, du Code civil (voy., dans la présente proposition, art. 5 200).

Les parties peuvent toutefois convenir de dispositions dérogatoires sur l'exécution de prestations successives par exemple.

L'alinéa 2 règle une spécificité de l'obligation cumulative: si l'exécution d'une prestation devient impossible, le débiteur reste tenu d'exécuter l'autre (les autres)

*Ondertitel 3**Verbintenissen met pluraliteit van voorwerpen of subjecten*

HOOFDSTUK 1

Verbintenissen met pluraliteit van voorwerpen

Artikel 5.156

Cumulatieve verbintenissen

Hoewel verbintenissen met meerdere voorwerpen cumulatief, alternatief of facultatief kunnen zijn, regelt het Burgerlijk Wetboek enkel de alternatieve verbintenis (artt. 1189 e.v. BW). Voor de rechtszekerheid is het nodig de drie soorten te erkennen en te onderscheiden, zoals in het nieuwe Franse Burgerlijk Wetboek. Hun regeling blijft beknopt omdat in de praktijk zelden problemen rijzen nu de wilsautonomie der partijen en het gemeen recht de materie grotendeels regelen. Het voorstel ordent de drie soorten verbintenissen met meerdere voorwerpen in dalende orde van strengheid van de verbintenis voor de schuldenaar.

De definitie van de cumulatieve (of: conjunctieve) verbintenis, in het eerste lid, is nieuw en geïnspireerd door artikel 1306 van het Frans Burgerlijk Wetboek. De Belgische doctrine benadrukt eensgezind dat de schuldenaar van een cumulatieve verbintenis het geheel van de prestaties verschuldigd is en dat de schuldeiser het recht heeft om te eisen dat het geheel van de prestaties tegelijkertijd wordt nagekomen. Hij is niet verplicht om een gedeeltelijke nakoming door de schuldenaar te aanvaarden (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 277-279, nr. 269-270; S. STIJNS, 2, 2009, nr. 36; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil, vol. II*, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 263, nr. 2 en p. 264, nr. 4; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 549; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, nr. 1225; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., p. 182, nr. 3; P. WÉRY, II, 2016, nr. 402). Dit is een toepassing van het huidige artikel 1244, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (zie, in dit voorstel, art. 5 200).

Partijen kunnen evenwel afwijkende afspraken maken over, bijvoorbeeld, het opeenvolgend presteren.

Het tweede lid regelt een specificiteit van de cumulatieve verbintenis: wordt nakoming van de ene prestatie onmogelijk, blijft de schuldenaar gehouden tot de nakoming

prestation(s) (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 182, n° 3; P. WÉRY, II, 2016, n° 402). L'obligation cumulative diffère sur ce point de l'obligation simple.

Une prestation peut devenir impossible à exécuter pour une raison qui n'est pas imputable au débiteur. Dans le droit actuel, la force majeure était l'unique hypothèse d'impossibilité d'exécuter une prestation.

Mais dès lors que la proposition reconnaît la caducité en cas d'impossibilité d'exécuter *en nature* l'obligation qu'elle soit imputable ou non au débiteur (voir art. 5 265), l'alinéa 2 vise également la situation dans laquelle une prestation est impossible à exécuter à la suite d'une faute du débiteur. Dans cette hypothèse également, le débiteur d'une obligation cumulative doit exécuter l'autre prestation, sans préjudice de la possibilité pour le créancier de faire valoir les sanctions dont il dispose en cas de manquement imputable, plus particulièrement la possibilité d'exiger la réparation du dommage.

La règle du deuxième alinéa est elle aussi supplétive. Ainsi, il peut ressortir de l'intention des parties que les prestations sont indissociablement liées entre elles et forment donc un tout indivisible. Dans ce cas, l'impossibilité d'exécuter l'une des prestations aura pour conséquence de rendre également inexigible l'autre (les autres) prestation(s) (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz.Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, mob., p. 182, n° 4).

Pour le reste, l'obligation cumulative peut suivre le régime de l'obligation à objet unique.

Article 5.157

Obligation alternative

La disposition explique et simplifie les articles 1189 à 1196 du Code civil. Elle s'inspire également des articles 1307 à 1307-5 C.civ.fr. et de l'article 6: 17-18 NBW.

Le paragraphe 1^{er} reformule les articles 1189, 1192 et 1196 du Code civil et tient compte à cet égard de la possibilité que l'obligation alternative comprenne plus de deux prestations (de sorte que l'art. 1196 C. civ. devient superflu). Le premier alinéa se fonde sur la définition de l'article 1307 C.civ.fr.

van de andere prestatie(s) (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 182, nr. 3; P. WÉRY, II, 2016, nr. 402). Hierin verschilt de cumulatieve verbintenis van de enkelvoudige verbintenis.

De ene prestatie kan, ten eerste, onmogelijk uitvoerbaar worden om een reden die niet aan de schuldenaar toerekenbaar is. Onder het geldend recht was overmacht de enige hypothese van onmogelijkheid om te presteren.

Maar nu het voorstel het verval erkent bij ontoerekenbare, maar ook bij toerekenbare onmogelijkheid om de verbintenis *in natura* uit te voeren (zie art. 5 265), viseert het tweede lid ook de situatie waarin de ene prestatie onmogelijk uitvoerbaar wordt ingevolge een fout van de schuldenaar. Ook in die nieuwe hypothese moet de schuldenaar van een cumulatieve verbintenis de andere prestatie uitvoeren, onverminderd de mogelijkheid van de schuldeiser om zich te beroepen de sancties waarover hij beschikt bij toerekenbare tekortkoming, in het bijzonder de mogelijkheid tot eisen van schadeherstel.

Ook de regel van het tweede lid is suppletief. Zo kan blijken uit de bedoeling van de partijen dat de prestaties onverbrekkelijk met elkaar verbonden zijn en dus een ondeelbaar geheel vormen. In dit geval zal het onmogelijk uitvoerbaar worden van een van de prestaties tot gevolg hebben dat ook de andere prestatie(s) onmogelijk opeisbaar wordt (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz.Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., blz. 182, nr. 4).

Voor het overige kan de cumulatieve verbintenis het regime van de verbintenis met slechts één voorwerp volgen.

Artikel 5.157

Alternatieve verbintenis

De bepaling verduidelijkt en vereenvoudigt de artikelen 1189 tot 1196 van het Burgelijk Wetboek. Het is ook geïnspireerd door artikel 1307 tot 1307-5 C.civ.fr. en artikel 6: 17-18 NBW.

Paragraaf 1 herformuleert de artikelen 1189, 1192 en 1196 van het Burgerlijk Wetboek en houdt hierbij rekening met de mogelijkheid dat er meer dan twee prestaties in de alternatieve verbintenis begrepen zijn (zodat art. 1196 BW overbodig wordt). Voor het eerste lid gebeurt dit aan de hand van de definitie uit artikel 1307 C.civ.fr.

La doctrine a reconnu depuis longtemps l'obligation alternative: il s'agit d'une obligation dans le cadre de laquelle le débiteur est tenu d'exécuter au moins deux prestations différentes, étant entendu que seule une prestation doit être effectivement exécutée et que l'obligation est acquittée lorsque la prestation choisie a été exécutée (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 279, n° 273 et suivants; S. STIJNS, 2, 2009, n° 36; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil*, vol. II, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 264-272, n° 5-42; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 549; P. VAN OMMEFLAGHE, III, 2013, n° 1226; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, mob., 183-198, n° 5-30; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 28-29; P. WÉRY, II, 2016, n° 403-408). Il est établi d'emblée que le débiteur devra exécuter l'une des prestations; la seule incertitude qui subsiste concerne le fait de savoir quelle prestation il devra exécuter (il en va autrement pour l'obligation sous condition suspensive, où l'incertitude concerne le fait de savoir si le débiteur devra ou non exécuter une prestation).

On peut citer comme exemples d'obligations alternatives: la convention selon laquelle le débiteur peut choisir dans quelle devise il souhaite rembourser un emprunt obligataire international; selon certains auteurs, un autre exemple est la clause "take or pay" dans les contrats à long terme à durée déterminée où le l'acheteur de matières premières ou d'approvisionnements en énergie s'engage à acheter un volume minimal et où soit il commandera le volume et paiera le prix convenu soit il ne l'achètera pas et paiera le (ou une partie du) prix (T. SCHOORS, "Overeenkomsten voor levering van elektrische energie en gas", in K. Deketelaere (ed.), *Handboek Milieu- en energierecht*, Bruges, die Keure, 2006, 1599-1600; P. WÉRY, II, 2016, n° 405). Ces clauses offrent des avantages économiques aux deux parties (à ce sujet: B. KOHL, R. SALZBURGER et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les clauses take or pay...", *J.T.*, 2009, 349-358).

L'article 1191 du Code civil n'a pas été repris étant donné que la règle selon laquelle le débiteur ne peut pas obliger le créancier à recevoir une partie d'une prestation et une partie de l'autre (on ne peut évidemment panacher les différentes prestations) va de soi.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} reformule l'article 1192 du Code civil et précise qu'aucun choix ne peut être exercé lorsque seules deux prestations ont été convenues et que l'une des deux ne peut constituer valablement l'objet d'une obligation (par ex. une chose hors du commerce).

De doctrine heeft al langer de alternatieve verbintenis erkend: het gaat om een verbintenis waarbij de schuldenaar verplicht is tot het nakomen van twee of meer verschillende prestaties met dien verstande dat slechts één prestatie effectief dient nagekomen en de verbintenis voldaan is wanneer de gekozen prestatie is uitgevoerd (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 279, nr. 273 e.v.; S. STIJNS, 2, 2009, nr. 36; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil*, vol. II, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 264-272, nrs. 5-42; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 549; P. VAN OMMEFLAGHE, III, 2013, nr. 1226; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., 183-198, nrs. 5-30; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 28-29; P. WÉRY, II, 2016, nrs. 403-408). Dat de schuldenaar een van de prestaties zal moeten nakomen, staat onmiddellijk vast; het is enkel onzeker wat hij zal moeten presteren (anders is het bij de verbintenis onder opschortende voorwaarde, waar het onzeker is of hij ooit zal moeten presteren).

Voorbeelden van alternatieve verbintenissen zijn: de afspraak waarbij de schuldenaar mag kiezen in welke munt hij een internationale obligatielening wil terugbetalen; volgens sommige auteurs, ook de "take or pay"-clausules in lange termijncontracten van bepaalde duur waarbij de afnemer van grondstoffen of energievoorzieningen zich ertoe verbindt om een minimaal volume af te nemen en hij *ofwel* het volume zal bestellen en de afgesproken prijs betalen, *ofwel* het niet zal afnemen en (een deel van) de prijs te betalen (T. SCHOORS, "Overeenkomsten voor levering van elektrische energie en gas", in K. Deketelaere (ed.), *Handboek Milieu- en energierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 1599-1600; P. WÉRY, II, 2016, nr. 405). Die clausules bieden economische voordelen aan beide partijen (hierover: B. KOHL, R. SALZBURGER et M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "Les clauses take or pay...", *J.T.*, 2009, 349-358).

Artikel 1191 van het Burgerlijk Wetboek is niet hernomen om reden dat het een evidente regel is dat de schuldenaar de schuldeiser niet kan verplichten een gedeelte van de ene prestatie en een gedeelte van de andere aan te nemen (mengen van de verschillende prestaties mag evident niet).

Het tweede lid van paragraaf 1 is een herformulering van artikel 1192 van het Burgerlijk Wetboek en wijst erop dat er geen keuze bestaat wanneer slechts twee prestaties zijn overeengekomen en één van beide niet geldig het voorwerp van een verbintenis kan zijn (bv. een voorwerp buiten de handel).

Le paragraphe 2 traite d'une caractéristique essentielle de l'obligation alternative: la prestation due doit être établie par un choix.

L'alinéa 1^{er} confirme que le choix, qui doit nécessairement être fait entre les différentes prestations, revient en principe au débiteur, à moins que le contrat n'accorde le choix à une autre personne. Selon l'actuelle formulation de l'article 1190 du Code civil, seul le créancier peut être cette autre personne. Dans le Code civil néerlandais, cette alternative ne se limite pas au créancier: un tiers peut lui aussi être chargé d'exercer le choix (art. 6: 17, al. 2 NBW; Asser-Sieburgh, *Verbintenissenrecht*, I/1^e partie, Deventer, Wolters Kluwer, 2016 n° 147-148). En vertu de l'autonomie de la volonté, les parties sont d'ailleurs libres, selon le droit actuel, d'accorder le choix à un tiers qu'elles désignent, bien que le Code civil soit muet sur cette hypothèse (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 188, n° 15 et p. 192, n° 22).

C'est pourquoi la proposition laisse ouverte la possibilité que le contrat prévoie que le créancier ou un décideur tiers choisisse quelle prestation doit être exécutée.

L'alinéa 2 s'inspire de l'article 1307-1, alinéa 2, C. civ. fr. et de l'article 6: 19, alinéa 1^{er}, NBW. Il offre désormais une solution pour la situation dans laquelle la personne qui doit choisir la prestation néglige d'exercer un choix: après mise en demeure de la partie négligente, le droit de choisir revient à l'autre partie.

L'alinéa 3 reformule l'article 1307-1, alinéa 3, C. civ. fr. et de l'article 6: 18 NBW. La proposition ajoute la *notification* du choix exercé dès lors que l'exercice du pouvoir de choisir représente un acte juridique unilatéral qui doit être communiqué.

La proposition confirme que le choix d'une prestation déterminée convertit l'obligation alternative en obligation simple (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 283, n° 277; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 191, n° 19; P. WÉRY, II, 2016, n° 407).

Il faut en déduire qu'une fois qu'un choix a été fait et que le débiteur est confronté à une impossibilité non imputable découlant d'un cas de force majeure, il est libéré. La règle relative aux risques en matière d'obligations simples s'applique dans ce cas. Cela correspond à l'article 1307-2 C. civ.fr. Il se peut également que l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie en nature soit la conséquence d'un manquement imputable du débiteur, de sorte que l'obligation s'éteint sans porter préjudice à la possibilité qu'a le créancier de se prévaloir

Paragraaf 2 behandelt een essentieel kenmerk van de alternatieve verbintenis: de verschuldigde prestatie moet door een keuze worden bepaald.

Het eerste lid bevestigt dat de keuze, die noodzakelijk tussen de verschillende prestaties moet gemaakt worden, in beginsel toekomt aan de schuldenaar, tenzij het contract de keuze toekent aan een andere persoon. In de huidige formulering van artikel 1190 van het Burgerlijk Wetboek kan enkel de schuldeiser die andere persoon zijn. In het Nederlands Burgerlijk Wetboek wordt dit alternatief niet beperkt tot de schuldeiser, maar ook een derde kan belast worden met het maken van de keuze (art. 6: 17, lid 2 NBW; Asser-Sieburgh, *Verbintenissenrecht*, I/1^e gedeelte, Deventer, Wolters Kluwer, 2016 nrs. 147-148). Krachtens de wilsautonomie staat het trouwens naar huidig recht de partijen vrij om de keuze toe te wijzen aan een door hen aangewezen derde, ofschoon het BW over die hypothese zwijgt (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 188, nr. 15 en p. 192, nr. 22).

Het voorstel laat derhalve de mogelijkheid open dat het contract erin voorziet dat de schuldeiser of een derde-beslisser kiest welke prestatie moet worden uitgevoerd.

Het tweede lid haalt inspiratie bij artikel 1307-1, tweede lid, C. civ. fr. en bij artikel 6: 19, eerste lid, NBW. Het biedt voortaan een oplossing voor de situatie waarin de persoon die de prestatie moet kiezen, nalaat een keuze te maken: na ingebrekestelling van de nalatige partij, gaat het keuzerecht over op de andere partij.

Het derde lid is een verwoording van artikel 1307-1, derde lid, C. civ.fr. en van artikel 6: 18 NBW. Het voorstel voegt de *kennisgeving* van de gemaakte keuze toe vermits de uitoefening van de keuzebevoegdheid een eenzijdige rechtshandeling uitmaakt die mededelingsplichtig is.

Het voorstel bevestigt dat, door de keuze voor een welbepaalde prestatie, de alternatieve verbintenis omgezet wordt naar een enkelvoudige verbintenis (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 283, nr. 277; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 191, nr. 19; P. WÉRY, II, 2016, nr. 407).

Men moet hieruit afleiden dat eens een keuze is gemaakt en de schuldenaar geconfronteerd wordt met een ontoerekenbare onmogelijkheid die uit een situatie van overmacht voortvloeit, hij bevrijd is. De risicoregeling inzake enkelvoudige verbintenissen geldt hier. Dit stemt overeen met artikel 1307-2 C. civ.fr. Het is ook mogelijk dat de onmogelijkheid om de gekozen prestatie na te komen in natura het gevolg is van een toerekenbaar tekortkomen van de schuldenaar, zodat de verbintenis vervalt zonder afbreuk te doen aan de

des sanctions dont il dispose en cas de manquement imputable, plus particulièrement la possibilité d'exiger réparation du dommage.

Le choix exercé est également irrévocable et n'a pas d'effet rétroactif (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 285, n° 277 et 286-288, n° 281; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, n° 1226; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 29). Si la prestation choisie consiste en une obligation de donner un corps certain, la propriété est transférée à l'instant où le choix est exercé (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 191, n° 20; P. WÉRY, II, 2016, n° 407).

Le paragraphe 3 règle la situation dans laquelle aucun choix n'ayant encore été exercé, l'une des prestations devient impossible à exécuter en nature, par un manquement imputable ou non imputable au débiteur. Il réforme les actuels articles 1193 et 1194, alinéa 2, du Code civil, à la lumière des articles 1307-3 et 4, C. civ.fr. et tient compte du fait que le droit de choisir peut revenir au débiteur ou au créancier.

Le choix peut dès lors porter sur les (l'une des) prestation(s) restante(s), sans porter préjudice toutefois à la possibilité qu'a le créancier de se prévaloir des sanctions dont il dispose en cas de manquement imputable, sauf lorsqu'il obtient satisfaction d'une autre prestation et qu'il ne subit aucun dommage.

Si toutes les prestations deviennent définitivement impossibles sans que cela soit imputable au débiteur, l'obligation s'éteint et le débiteur est libéré, comme prévu à l'article 5 100. Cette hypothèse est une simple application de la théorie des risques et trouve la même solution dans l'actuel article 1195 du Code civil (voy. également art. 1307-5 C. civ. fr.).

S'il s'agit, par contre, d'une situation dans laquelle, avant qu'un choix soit exercé, aucune des prestations alternatives ne peut être exécutée et que cette impossibilité est due, pour au moins l'une d'entre elles, à un manquement imputable du débiteur, les règles relatives à l'inexécution imputable peuvent être appliquées. C'est également la solution prévue dans le nouveau droit français (art. 1307-5, C. civ.fr., *a contrario*: G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, 2016, n° 819). Il déroge à l'actuel (mais dépassé) article 1193, alinéa 2, du Code civil (qui prévoit que le créancier a uniquement droit à la valeur de la chose qui a été la dernière à périr).

mogelijkheid van de schuldeiser om zich te beroepen op de sancties waarover hij beschikt bij toerekenbare tekortkoming, in het bijzonder de mogelijkheid tot het eisen van schadeherstel.

De gemaakte keuze is ook onherroepelijk en heeft geen retroactieve werking (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 285, nr. 277 en 286-288, nr. 281; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, nr. 1226; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 29). Bestaat de gekozen prestatie in een verbintenis tot geven van een specifiek voorwerp, gaat de eigendom over op het ogenblik dat de keuze wordt uitgeoefend (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 191, nr. 20; P. WÉRY, II, 2016, nr. 407).

Paragraaf 3 regelt de situatie waarin nog geen keuze werd gemaakt en één van de prestaties onmogelijk uitvoerbaar wordt *in natura*, door een toerekenbare of door een niet-toerekenbare tekortkoming van de schuldenaar. Het hervormt de huidige artikelen 1193 en 1194, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek in het licht van de artikelen 1307-3 en 4 C. civ.fr. en het houdt ermee rekening dat het keuzerecht bij de schuldenaar of bij de schuldeiser kan liggen.

De keuze kan dan vallen op (een van) de overblijvende prestatie(s), zonder evenwel afbreuk te doen aan de mogelijkheid van de schuldeiser om zich te beroepen op de sancties waarover hij beschikt bij toerekenbare tekortkoming, behalve wanneer hij voldoening krijgt van een andere prestatie en hij verder geen schade lijdt.

Worden alle prestaties door definitief onmogelijk zonder dat dit aan de schuldenaar toerekenbaar is, gaat de verbintenis teniet en is de schuldenaar bevrijd, zoals bepaald in artikel 5 100. Deze hypothese vormt een loutere toepassing van de risicoleer en wordt op dezelfde wijze opgelost in het huidige artikel 1195 van het burgerlijk Wetboek (zie ook art 1307-5 C.civ.fr.).

Gaat het evenwel om een situatie waarin, vooraleer er een keuze is gemaakt, geen enkele van de alternatieve prestaties kan uitgevoerd worden en waarbij deze onmogelijkheid voor minstens één van de prestaties te wijten aan een toerekenbare tekortkoming van de schuldenaar, kan toepassing gemaakt worden van de regels voor toerekenbare niet-nakoming. Dit is ook de oplossing in het nieuwe Franse recht (art. 1307-5 C. civ. fr., *a contrario*: G. CHANTEPIE en M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, 2016, nr. 819). Het wijkt af van het huidige, doch verouderde art. 1193, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek (dat de schuldeiser enkel recht geeft op de waarde van het voorwerp dat het laatst is tenietgegaan).

L'actuel article 1194 du Code civil qui envisage la situation dans laquelle le choix revient au créancier, n'est plus repris, comme c'est également le cas dans le Code civil français, étant donné que les nouvelles règles proposées peuvent aussi s'appliquer dans cette hypothèse.

Article 5.158

Obligation à prestation subsidiaire

L'alinéa 1^{er} de cette nouvelle disposition redéfinit l'obligation "facultative". Afin d'éviter toute confusion avec l'obligation alternative et pour ne pas donner l'impression que le débiteur ne doit pas exécuter une obligation "facultative", le projet opte pour la dénomination "obligation subsidiaire" (voir dans ce sens également: G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, 2016, n° 822). Le contenu se fonde en partie sur l'article 1308, alinéa 1^{er}, C. civ.fr. et en partie sur les doctrines belge et française.

Le principe de base reste que l'obligation du débiteur ne vise qu'une prestation, la prestation initiale, désormais dénommée prestation principale; le débiteur (et lui uniquement) a toutefois la *faculté* de se libérer en fournissant une autre prestation déterminée (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 289, n° 283 et 290, n° 285; S. STIJNS, 2, 2009, n° 36; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil, vol. II*, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 272, n° 43; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 549-550; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, n° 1227; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, mob., p. 199, n° 31; P. WÉRY, II, 2016, n° 409 et 411).

À l'article 1681 du Code civil, le législateur fait lui-même application de l'obligation facultative. Les contractants peuvent aussi prévoir eux-mêmes une obligation alternative.

Une clause indemnitaire n'est pas une obligation subsidiaire dès lors que le débiteur n'a pas le choix de substituer le paiement d'une somme d'argent à la prestation principale.

L'alinéa 2 précise clairement que le débiteur n'est tenu que par une prestation, la prestation principale, mais qu'il peut choisir de fournir à la place la prestation subsidiaire déterminée.

De son côté, le créancier peut uniquement prétendre en justice à l'exécution de la prestation principale. Si,

Het huidige artikel 1194 van het Burgerlijk Wetboek dat een regel voorziet voor de situatie waarin de keuze aan de schuldeiser toekomt, wordt, zoals in het Frans Burgerlijk Wetboek niet meer hernomen omdat de nieuw voorgestelde regels ook in die hypothese toepassing kunnen vinden.

Artikel 5.158

Verbintenis met subsidiaire prestatie

Het eerste lid van deze nieuwe bepaling herdefinieert de zogenaamde "facultatieve" verbintenis. Om elke verwarring te vermijden met de alternatieve verbintenis en om niet de indruk te wekken dat de schuldenaar een "facultatieve" verbintenis niet hoeft na te komen, wordt de benaming "subsidiaire" verbintenis verkozen (zie in deze zin ook: G. CHANTEPIE en M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, 2016, nr. 822). De inhoudelijke invulling steunt deels op artikel 1308, eerste lid C. civ.fr. en deels op de Belgische en de Franse doctrine.

Het uitgangspunt is steeds dat de verbintenis van de schuldenaar slechts tot één prestatie strekt, de oorspronkelijke prestatie, voortaan de hoofdprestatie genaamd; de schuldenaar (en enkel hij) krijgt evenwel de *mogelijkheid* om zich te bevrijden van zijn schuld door een andere, bepaalde prestatie te leveren (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 289, nr. 283 en 290, nr. 285; S. STIJNS, 2, 2009, nr. 36; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil, vol. II*, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 272, nr. 43; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 549-550; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, nr. 1227; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Verbintenissen met verscheidene voorwerpen", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., p. 199, nr. 31; P. WÉRY, II, 2016, nrs. 409 en 411).

In artikel 1681 van het Burgerlijk Wetboek maakt de wetgever zelf toepassing van de facultatieve verbintenis. Contractanten kunnen ook zelf een alternatieve verbintenis stipuleren.

Een schadebeding is geen subsidiaire verbintenis aangezien de schuldenaar, bij de toepassing van de sancties, geenszins de keuze heeft om de betaling van een geldsom in de plaats van de hoofdprestatie te stellen.

Het tweede lid maakt duidelijk dat de schuldenaar slechts gehouden is tot één prestatie, de hoofdprestatie, maar hij mag verkiezen om in de plaats de subsidiaire bepaalde prestatie te leveren.

Van zijn kant mag de schuldeiser in rechte enkel aanspraak maken op de nakoming van de hoofdprestatie. Is

par exemple, l'obligation est frappée de nullité parce que la prestation principale est illicite, le débiteur n'est pas tenu d'exécuter la prestation subsidiaire. Il ne sera pas tenu non plus d'exécuter (contre son gré) la prestation subsidiaire si la chose initialement promise a été détériorée ou détruite par son propre manquement imputable (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 200, n° 33; S. STIJNS, 2, 2009, n° 36; P. WÉRY, II, 2016, n° 411); le créancier peut uniquement appliquer les sanctions en cas de manquement de la prestation principale, à moins que le débiteur ne propose lui-même d'exécuter la prestation subsidiaire.

Le projet tranche également une controverse doctrinale en exigeant que tant la prestation principale que la prestation subsidiaire soient déterminées. Cela correspond à l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable (déjà dans ce sens: S. STIJNS, 2, 2009, n° 36; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 200, n° 1 et 31; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 549-550. Dans le même sens sur l'art. 1308, alinéa 2, C.civ.fr.: G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, 2016, n° 822).

L'alinéa 3 souligne une différence importante entre l'obligation subsidiaire et les deux autres sortes d'obligations à pluralité d'objets: lorsque l'exécution en nature de la prestation principale est devenue impossible, soit à la suite d'un manquement non imputable du débiteur, soit par sa faute, l'obligation s'éteint. Dans le premier cas, cela s'explique par les règles liées à la force majeure et dans le second cas, par l'application des nouvelles règles en matière de caducité (art. 5 265).

Le débiteur n'est donc pas tenu de fournir l'autre prestation. Tel est le droit en vigueur (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 289, n° 285; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil, vol. II*, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 273, n° 49; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 200, n° 33; P. WÉRY, II, 2016, n° 402 et 411).

de verbintenis bijvoorbeeld nietig omdat de hoofdprestatie ongeoorloofd is, is de schuldenaar niet gehouden tot de subsidiaire prestatie. Hij zal evenmin gehouden zijn om (tegen zijn wil in) de subsidiaire prestatie uit te voeren wanneer het oorspronkelijk beloofde door zijn eigen toerekenbare tekortkoming beschadigd of vernietigd werd (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 200, nr. 33; S. STIJNS, 2, 2009, nr. 36; P. WÉRY, II, 2016, nr. 411); de schuldeiser kan enkel de sancties wegens niet-nakoming van de hoofdprestatie toepassen, tenzij de schuldenaar zelf aanbiedt om de subsidiaire prestatie na te komen.

Het voorstel beslecht ook een discussie uit de rechtsleer door te vereisen dat niet alleen de hoofdprestatie bepaald is, maar ook de subsidiaire prestatie. Dit stemt overeen met het vereiste van een bepaald of bepaalbaar voorwerp (in die zin reeds: S. STIJNS, 2, 2009, nr. 36; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 200, nrs. 1 en 31; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 549-550. In dezelfde zin over art. 1308, tweede lid, C.civ.fr.: G. CHANTEPIE en M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, 2016, nr. 822).

Het derde lid wijst op een belangrijk verschil tussen de subsidiaire verbintenis en de twee vorige soorten verbintenissen met meerdere voorwerpen: wanneer de nakoming in natura van de hoofdprestatie onmogelijk is geworden, hetzij ingevolge een ontoerekenbare tekortkoming van de schuldenaar, hetzij door zijn toedoen, dooft de verbintenis uit. In het eerste geval is dit ten gevolge van de regels over de risicoregeling; in het tweede geval is dit door toepassing van de nieuwe regels inzake verval (art. 5 265).

De schuldenaar is dus niet gehouden om de andere prestatie te leveren. Dit is geldend recht (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 289, nr. 285; R. VAN DER MADE, "Les obligations complexes" t. IV, *Droit civil, vol. II*, in *Les Nouvelles*, 1958, p. 273, nr. 49; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 200, nr. 33; P. WÉRY, II, 2016, nrs. 402 en 411).

CHAPITRE 2

Les obligations à pluralité de sujets

Section 1^{re}*Le principe de la division*

Article 5.159

Obligation divisible

Cette disposition est inspirée de l'actuel article 1220 du Code civil (voy. également art. 1202 du Code civil, *a contrario*) et de l'article 1309 du Code civil français (voy. également art. III. – 4: 102 (2) et 105 DCFR; art. 11.1.1. PICC). Elle règle le cas où plusieurs créanciers et/ou plusieurs débiteurs sont présents dans une obligation. Cette pluralité du côté actif ou passif de l'obligation (ou des deux côtés) peut exister dès la naissance de l'obligation, mais elle peut également survenir par la suite, par exemple à la suite d'un décès, d'une cession partielle ou d'une subrogation partielle.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, confirme expressément le principe de la division automatique de l'obligation comme l'ont admis la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 7 novembre 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2552 et *Pas.* 2008, 2496) et la doctrine. Bien que formulée dans le Code civil uniquement pour les héritiers d'une partie à l'obligation (à l'art. 1220, alinéa 2, du Code civil, ainsi qu'aux artt. 870 et 873 du Code civil), cette disposition s'est vu attribuer une portée générale et est entrée dans le droit commun (Cass., 5 décembre 1975, *Arr. Cass.* 1976, *Pas.*, 1976, 428 et *R.C.J.B.*, 1977, 469, note J. Declerck-Goldfracht; Cass., 10 mai 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1080 et *Pas.*, 1979, 1068).

Avec la division, un créancier peut poursuivre chacun de ses débiteurs uniquement pour sa part dans la dette (Cass., 7 novembre 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2552 et *Pas.* 2008, 2496); quant aux créanciers, ils peuvent exiger eux-mêmes d'un débiteur uniquement le paiement de leur part dans la créance (Cass., 28 septembre 2015, AR C.15 0067.N. (associés d'une société momentanée dissoute); Trib. Hasselt, 14 mars 1989, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 1989, 412).

Cette règle figure explicitement dans les articles 1309 C. civ. fr. et 11.1.1. PICC. L'obligation est divisée en autant d'obligations distinctes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs différents, étant entendu que ces obligations distinctes proviennent d'une même source juridique (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 294, n° 290; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1825, n° 1233; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluralité

HOOFDSTUK 2

Verbintenissen met pluraliteit van subjecten

Afdeling 1

Beginsel van de verdeling

Artikel 5.159

Deelbare verbintenis

Deze bepaling is geïnspireerd door huidig artikel 1220 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook art. 1202 BW, *a contrario*) en door art. 1309 C.civ.fr. (zie ook art. III. – 4: 102 (2) en 105 DCFR; art. 11.1.1. PICC). Zij regelt de situatie waarbij er in een verbintenis meerdere schuldeisers en/of meerdere schuldenaars aanwezig zijn. Deze pluraliteit aan actief- of passiefzijde van de verbintenis (of aan beide zijden) kan voorhanden zijn van bij het ontstaan van de verbintenis, maar kan ook naderhand optreden, bijv. als het gevolg van overlijden, gedeeltelijke overdracht of gedeeltelijke subrogatie.

Paragraaf 1, eerste lid bevestigt uitdrukkelijk het beginsel van de automatische verdeling van de verbintenis, zoals het aanvaard wordt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 7 november 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2552 en *Pas.* 2008, 2496) en in de doctrine. Hoewel het in het Burgerlijk Wetboek enkel verwoord was voor de erfgenamen van een partij in de verbintenis (in art. 1220, tweede lid BW (alook in artt. 870 en 873 BW)), kreeg deze bepaling een algemene draagwijdte toegedicht en is zij gemeen recht geworden (Cass. 5 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, *Pas.* 1976, 428 en *R.C.J.B.* 1977, 469, noot J. Declerck-Goldfracht; Cass. 10 mei 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1080 en *Pas.* 1979, 1068).

Door de verdeling kan een schuldeiser elk van zijn schuldenaars slechts aanspreken voor zijn aandeel in de schuld (Cass. 7 november 2008, *Arr. Cass.* 2008, 2552 en *Pas.* 2008, 2496) en kunnen schuldeisers zelf van een schuldenaar slechts betaling eisen van hun aandeel in de schuldvordering (Cass. 28 september 2015, AR C.15 0067.N. (vennoten van een ontbonden T.Venn.); Rb. Hasselt 14 maart 1989, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 1989, 412).

Men vindt deze regel expliciet opgenomen in artikel 1309 C.civ.fr. en artikel 11.1.1. PICC. De verbintenis wordt opgedeeld in zoveel deelverbintenissen als er verschillende schuldeisers of schuldenaars zijn, met dien verstande dat die deelverbintenissen voortkomen uit eenzelfde juridische bron (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 294, nr. 290; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1825, nr. 1233; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL,

van schuldeisers en schuldenaren”, in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, f. mob., p. 70 et p. 75, n° 1 et 7; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 31-32; P. WÉRY, II, 2016, n° 415 et 418).

De ce fait, les actes d'un des créanciers à l'égard d'un des codébiteurs (comme une mise en demeure, l'interruption de la prescription ou la remise de dette) n'ont en règle générale qu'un effet individuel: ils ne profitent pas à d'autres créanciers et n'ont pas d'effet pour les autres débiteurs (par ex., Cass., 9 juin 2006, *Arr. Cass.* 2006, 1346, concl. P. De Koster, *Pas.* 2006, 1367, concl. P. De Koster (prescription)). Avec la division, le créancier supporte donc le risque d'insolvabilité d'un des codébiteurs, puisqu'il ne peut pas en principe réclamer la dette de l'insolvable aux autres.

En dehors d'un cas de pluralité de sujets, l'obligation est en principe “indivisible”: le débiteur ne peut pas obliger son créancier à recevoir une exécution partielle, même si la prestation elle-même est susceptible de division (actuel art. 1220, al. 1^{er}, et art. 1244, al. 1^{er}, C. civ.; dans le présent projet, art. 5 200).

L'alinéa 2 confirme que la division a lieu par parts égales, sauf si un autre mode de partage découle d'une disposition légale (par ex., dans le droit successorale), du contrat ou du testament (en ce sens: art. 1309 C. civ. fr.; art. 6: 6, al. 1^{er} et 3 NBW; art. III-4:102 (2) et 105 DCFR). Ainsi, le prix d'achat est divisé en deux entre deux acheteurs d'un logement, sauf si la solidarité, l'indivisibilité ou une clé de répartition dérogatoire est stipulée; les héritiers qui vendent un logement indivis ne seront créanciers du prix de vente qu'à concurrence de leur part dans l'héritage; les héritiers d'un débiteur ne seront tenus des dettes du défunt qu'à concurrence de leur part d'héritage (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 293-294, n° 289).

Une répartition contractuelle dérogatoire peut également être tacite et ressortir des circonstances concrètes (voy. art. 11.1.9. PICC). Dans la mesure où un créancier a connaissance, par exemple, d'une autre clé de répartition entre les débiteurs – clé de répartition qui peut ressortir des intérêts inégaux des débiteurs dans la dette – il intentera une action contre chaque débiteur proportionnellement à l'importance de l'intérêt de chacun d'eux.

L'actuel article 1221 du Code civil n'est pas repris car il est superflu. Ainsi, la première hypothèse est réglée de manière identique par l'article 41 de la loi hypothécaire (loi du 16 décembre 1851); les deuxième et cinquième hypothèses relèvent des règles de l'indivisibilité et la troisième hypothèse est un cas d'obligation alternative;

“Pluralité van schuldeisers en schuldenaren”, in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., p. 70 en p. 75, nrs. 1 en 7; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 31-32; P. WÉRY, II, 2016, nrs. 415 en 418).

Hierdoor hebben handelingen van één van de schuldeisers tegenover één van de medeschuldenaars (zoals een ingebrekestelling, de stuiting van de verjaring of de kwijtschelding) in de regel slechts individuele uitwerking: ze gelden niet in het voordeel van andere schuldeisers en hebben geen gevolg voor de andere schuldenaars (bv. Cass. 9 juni 2006, *Arr. Cass.* 2006, 1346, concl. P. De Koster, *Pas.* 2006, 1367, concl. P. De Koster (verjaring)). Door de verdeling draagt de schuldeiser dus het risico van insolventie van een van de medeschuldenaars, nu hij het deel van de insolventie in beginsel niet kan verhalen op de anderen.

Buiten een geval van pluraliteit van subjecten is de verbintenis in beginsel “ondeelbaar”: de schuldenaar kan zijn schuldeiser niet verplichten om een gedeeltelijke nakoming te ontvangen, ook al is de prestatie zelf vatbaar voor verdeling (huidig art. 1220, lid 1, en art. 1244, lid 1, BW; in dit voorstel, art. 5 200).

Het tweede lid bevestigt dat de verdeling per hoofd of in gelijke delen gebeurt, tenzij een andere verdelingswijze zou voortvloeien uit een wetbepaling (bijv. in het erfrecht), een contract of een testament (in die zin: art. 1309 C. civ. fr.; art. 6: 6, lid 1 en lid 3 NBW; art. III-4:102 (2) en 105 DCFR). Zo wordt de koopprijs tussen twee kopers van een woning bij helften verdeeld, tenzij hoofdelijkheid, ondeelbaarheid of een afwijkende verdeelsleutel is bedongen; zo zullen de wettelijke erfgenamen die een onverdeelde woning verkopen slechts schuldeiser zijn van de koopprijs in verhouding tot hun aandeel in de erfenis; zo zullen de erfgenamen van een schuldenaar slechts tot de schulden van de erflater gehouden zijn in verhouding tot hun erfdeel (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 293-294, nr. 289).

Een afwijkende contractuele verdeling kan ook stilzwijgend zijn en uit de concrete omstandigheden blijken (zie art. 11.1.9. PICC). In de mate een schuldeiser bv. kennis heeft van een andere verdeelsleutel tussen schuldenaars onderling zal hij alsdan ageren tegen elke schuldenaar in evenredige verhouding tot de omvang van elkeens belang.

Het huidige artikel 1221 van het Burgerlijk Wetboek wordt niet hernomen want is overbodig. Zo is de eerste hypothese op identieke wijze geregeld door artikel 41 van de Hypotheekwet (Wet van 16 december 1851); zo zijn de tweede en de vijfde hypothese gevallen die vallen onder de regels van de ondeelbaarheid en is de derde

enfin, la quatrième hypothèse concerne un legs avec charge, qui est réglé ailleurs dans le Code civil.

Le paragraphe 2 annonce, à l'instar de l'article 1309, alinéa 3, C. civ. fr., les exceptions admises au principe de la division en cas de pluralité de sujets. Il s'agit des cas de solidarité, d'indivisibilité et d'obligation *in solidum* entre débiteurs ainsi que de la solidarité et de l'indivisibilité entre créanciers. Ces exceptions répondent aux inconvénients pratiques de l'obligation divisible.

Section 2

La solidarité entre débiteurs

Article 5.160

Définition et sources

La présente section règle la première exception au principe de la division de l'obligation en cas de pluralité de débiteurs. La solidarité passive est une construction technique qui vise à éviter les inconvénients de la scission de la dette. Même si la prestation due est par nature susceptible de division (voy. art. 1197 du Code civil; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 308, n° 311), la loi ou les parties peuvent déterminer qu'elle est due dans sa totalité par chaque débiteur, étant entendu que le paiement de l'un libère les codébiteurs.

Cette très vieille technique est largement répandue dans la pratique parce qu'elle profite au créancier: en cas de pluralité de débiteurs, il ne doit pas diviser son recours; le risque d'insolvabilité d'un des débiteurs ne pèse pas sur le créancier – comme dans le cas d'une obligation divisible – mais sur les codébiteurs solidaires.

La proposition reformule et complète les règles des articles 1200 à 1216 du Code civil et a notamment puisé son inspiration dans les articles 1310-1319 C. civ. fr. et 11.1.1-13 PICC.

Le paragraphe 1^{er} reprend en partie la définition de l'article 1200 du Code civil (dans le même sens: art. 1313, première phrase, C. civ. fr., art. 11.1.1. a) PICC et art. 6: 7 (1) NBW). Les débiteurs solidaires sont tenus à une même dette envers leur créancier qui peut poursuivre chacun d'eux pour la totalité.

La solidarité passive conjugue l'unité d'objet avec une pluralité de liens juridiques, étant donné que chaque codébiteur peut avoir un lien juridique personnel avec le créancier. C'est ce qui ressort de l'article 1201 du

hypothèse een geval van alternatieve verbintenis; ten slotte betreft de vierde hypothese een legaat met last, wat elders in het BW wordt geregeld.

Paragraaf 2 kondigt, zoals in artikel 1309, derde lid, C. civ. fr., de uitzonderingen aan die aanvaard worden op het beginsel van de verdeling bij pluraliteit van subjecten. Het gaat om de gevallen van hoofdelijkheid, ondeelbaarheid en *in solidum*-gehoudenheid tussen schuldenaars en om de hoofdelijkheid en de ondeelbaarheid tussen schuldeisers. Deze uitzonderingen komen tegemoet aan de praktische nadelen van de deelbare verbintenis.

Afdeling 2

Hoofdelijkheid tussen schuldenaars

Artikel 5.160

Definitie en bronnen

Deze afdeling regelt de eerste uitzondering op het beginsel van de verdeling van de verbintenis bij pluraliteit van schuldenaars. De passieve hoofdelijkheid is een technische constructie die de nadelen van de schuldsplitsing wil vermijden. Ook al is de verschuldigde prestatie uit haar aard voor verdeling vatbaar (zie art. 1197 BW; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 308, nr. 311), de wet of de partijen kunnen bepalen dat zij in haar geheel verschuldigd is door elke schuldenaar, met dien verstande dat zijn betaling de medeschuldenaars bevrijdt.

Deze eeuwenoude techniek is breed verspreid in de praktijk omdat zij tot voordeel van de schuldeiser strekt: hij moet zijn verhaal bij pluraliteit van schuldenaars niet verdelen; het risico van insolvabiliteit van de ene schuldenaar ligt niet bij de schuldeiser – zoals bij een deelbare verbintenis – maar op de hoofdelijke schuldenaars.

Het voorstel herformuleert en vervolledigt de regels van de artikelen 1200 tot 1216 van het Burgerlijk Wetboek en zocht onder meer inspiratie bij de artikelen 1310-1319 C.civ.fr. en 11.1.1-13 PICC.

De eerste paragraaf herneemt voor een deel de definitie uit artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek (in dezelfde zin: art. 1313, eerste zin, C.civ.fr., art. 11.1.1. a) PICC en art. 6: 7 (1) NBW). De hoofdelijke schuldenaars zijn tot eenzelfde schuld gehouden jegens hun schuldeiser die elk van hen voor het geheel kan aanspreken.

Passieve hoofdelijkheid combineert eenheid van voorwerp met pluraliteit van de rechtsbanden, aangezien elke medeschuldenaar een persoonlijke rechtsband met de schuldeiser kan hebben. Dit blijkt uit artikel 1201 van

Code civil, mais cette disposition n'est pas reprise parce qu'elle est superflue. En effet, le caractère hybride de la solidarité passive est généralement admis (P. WÉRY, II, 2016, p. 413, n° 435).

L'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 reformule l'article 1202 du Code civil et confirme les deux sources de la solidarité passive, à l'instar de l'article 1310 C. civ. fr. (voy. également: art. 143 CO). Elle peut avoir lieu de plein droit ou découler d'un contrat.

Les dispositions légales qui imposent la solidarité passive en cas de pluralité de débiteurs sont largement répandues dans la législation belge. On les retrouve tant dans le Code civil (par ex., artt. 222, 1477, § 4, 1887 et 2002; art. 11, § III, de la loi sur les baux commerciaux) qu'en dehors, dans des domaines très divers (par ex., art. 50 du Code pénal; artt. 53, 60, 202, 204, 456-459, 528, 229-230 et 262-265 du Code des sociétés; art. 47 de la loi sur la lettre de change; art. 458 du Code des impôts sur les revenus, artt. 207^{quater}, 233 et 257 du Code des droits d'enregistrement et art. 133^{sexies} du Code des droits de succession; art. 30^{bis} de la loi ONSS). Dans ces cas, la solidarité a lieu de plein droit même si une décision judiciaire qui condamne les codébiteurs ne le précise pas expressément (Cass., 27 avril 2007, *Arr. Cass.*, 2007, 896 et *Pas.*, 2007, 786). Si la disposition légale est de droit supplétif, les parties peuvent déroger à la solidarité.

Dans la jurisprudence actuelle et dans la doctrine, la "loi" en tant que source de solidarité passive reçoit une large acception et englobe d'autres sources formelles du droit, comme le droit coutumier ou un principe général du droit.

Dans une jurisprudence constante, la Cour de cassation a ainsi déduit de l'article 50 du Code pénal le principe général de la solidarité en cas de faute commune commise par plusieurs auteurs (Cass., 15 février 1886, *Pas.*, 1886, 76; Cass., 14 mars 1907, *Pas.*, 1907, 160; Cass., 3 janvier 1922, *Pas.*, 1922, 117; Cass., 24 janvier 1924, *Pas.*, 1924, 159; Cass., 15 février 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 661, *Pas.*, 1974, 632, *R.W.*, 1973-74, 1715 et *R.C.J.B.*, 1975, 229, note J.-L. FAGNART. Récemment: Cass., 8 mars 2005, *Arr. Cass.*, 2005, 555 et *Pas.*, 2005, 554; Cass., 15 mars 2006, *Arr. Cass.*, 2006, 626 et *Pas.*, 2006, 611). Il y a faute (contractuelle ou extracontractuelle) commune lorsque plusieurs personnes ont *sciemment* collaboré à la naissance du fait dommageable (voy.: Cass., 15 février 1974, Cass., 8 mars 2005, Cass., 15 mars 2006, *op. cit.*; *Adde*: Cass., 3 mai 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 388 et *Pas.*, 1996, 408; Cass., 10 décembre 2002, *Arr. Cass.*, 2002, 2706 et *Pas.*, 2002, 227. Également en ce sens: Avocat général F. DUMON, concl., Cass., 15 février 1974, *R.W.*, 1973-74, 1720, 1722-1723 et 1727-1728; avocat général

het Burgerlijk Wetboek maar het wordt niet hernomen omdat het overbodig is. Het tweezijdig karakter van de passieve hoofdelijkheid is immers algemeen aanvaard (P. WÉRY, II, 2016, p. 413, nr. 435).

Het eerste lid van paragraaf 2 herformuleert artikel 1202 van het Burgerlijk Wetboek en bevestigt de twee bronnen van passieve hoofdelijkheid, net als in artikel 1310 C.civ.fr. (zie ook: art. 143 CO). Zij kan van rechtswege intreden of voortvloeien uit een contract.

Wetsbepalingen die de passieve hoofdelijkheid opleggen bij veelheid van debiteurs, zijn breed verspreid in de Belgische wetgeving. Men vindt ze zowel in het Burgerlijk Wetboek (bv. artt. 222, 1477, § 4, 1887 en 2002; art. 11, § III Handelshuurwet) als daarbuiten, in zeer diverse domeinen (bv. art. 50 Sw.; artt. 53, 60, 202, 204, 456-459, 528, 229-230 en 262-265 W. Venn.; art. 47 Wisselbriefwet; art. 458 WIB, artt. 207^{quater}, 233 en 257 W. Reg. en art. 133^{sexies} W. Succ.; art. 30^{bis} RSZ-wet). In deze gevallen treedt de hoofdelijkheid van rechtswege in, ook als een rechterlijke uitspraak, die de medeschuldenaars veroordeelt, dit niet uitdrukkelijk preciseert (Cass. 27 april 2007, *Arr. Cass.* 2007, 896 en *Pas.* 2007, 786). Is de wetsbepaling van aanvullend recht, kunnen partijen van de hoofdelijkheid afwijken.

De "wet" als bron van passieve hoofdelijkheid wordt, in de geldende rechtspraak en de rechtsleer, ruim opgevat in de materiële zin van het woord en omvat andere formele rechtsbronnen, zoals gewoonterecht of een algemeen rechtsbeginsel.

Zo heeft het Hof van Cassatie, in een vaste rechtspraak, uit artikel 50 van het Strafwetboek, het algemeen rechtsbeginsel van hoofdelijkheid bij een gemeenschappelijke fout van verscheidene daders afgeleid (Cass. 15 februari 1886, *Pas.* 1886, 76; Cass. 14 maart 1907, *Pas.* 1907, 160; Cass. 3 januari 1922, *Pas.* 1922, 117; Cass. 24 januari 1924, *Pas.* 1924, 159; Cass. 15 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 661, *Pas.* 1974, 632, *R.W.* 1973-74, 1715 en *R.C.J.B.* 1975, 229, noot J.-L. FAGNART. Recent: Cass. 8 maart 2005, *Arr. Cass.* 2005, 555 en *Pas.* 2005, 554; Cass. 15 maart 2006, *Arr. Cass.* 2006, 626 en *Pas.*, 2006, 611). Een gemeenschappelijke (contractuele of buitencontractuele) fout is voorhanden wanneer verscheidene personen tot het ontstaan van het schadeverwekkend feit *wetens* hebben samengewerkt (zie: Cass. 15 februari 1974, Cass. 8 maart 2005, Cass. 15 maart 2006, *gecit.*; *Adde*: Cass. 3 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 388 en *Pas.* 1996, 408; Cass. 10 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2706 en *Pas.* 2002, 227. In die zin ook: Adv.-gen. F. DUMON, concl. bij Cass. 15 februari 1974, *R.W.* 1973-74, 1720,

L. CORNIL, concl., Cass., 2 avril 1936, *B.J.*, 1936, 423). L'exigence d'un élément intentionnel dans le chef des auteurs permet de distinguer la faute commune et les fautes concurrentes. Cette dernière catégorie de fautes entraîne uniquement l'obligation *in solidum* des auteurs (voy. art. 5 168).

La solidarité passive peut également découler de la volonté de contractants (et, par extension, d'un acte juridique unilatéral, ce qui est rare), mais il ne peut subsister aucun doute quant au fait que les codébiteurs ont l'intention d'être liés solidairement. La solidarité déroge, en effet, au principe de division en cas de pluralité de débiteurs. Selon l'actuel article 1202 du Code civil, la solidarité doit être "expressément" stipulée, ce qui donne, à tort, à penser que des conditions formelles ou des mots sacramentels sont requis.

C'est la raison pour laquelle le texte proposé indique que la solidarité conventionnelle ne se présume pas. On entend par là qu'une manifestation de la volonté implicite des débiteurs de s'engager solidairement peut suffire, à condition que cette volonté soit certaine (*pro* volonté implicite: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 311, n° 314/C.; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, "L'obligation solidaire", in *Traité théorique et pratique. Obligations*, Kluwer, 2007, III.3-3 et 4; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1829, n° 1237; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 109, n° 19; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 40; P. WÉRY, II, 2016, p. 404, n° 426).

L'alinéa 2 consacre dans la loi la règle coutumière selon laquelle la solidarité passive existe de plein droit entre "commerçants" (à présent entre "entreprises", au sens de l'art. I.1., 1° du Code de droit économique) qui sont tenus ensemble de la même obligation contractuelle (Cass., 3 avril 1952, *Arr. Cass.*, 1952, 432 et *Pas.*, 1952, 498), sans toutefois que celle-ci doive nécessairement découler d'un seul contrat entre le créancier et les débiteurs (Cass., 1^{er} octobre 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 169 et *Pas.*, 1981, 171; Cass., 25 avril 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1139, *Pas.*, 1985, 1044 et *Rev. not. b.*, 1985, 441, note A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS; Cass., 25 octobre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 241 et *Pas.*, 1991, 214. Pour plus de détails: M. VANDENBOGAERDE, "Hoofdelijkheid onder handelaars" in *Handels- en economisch recht*, Tome I/ vol. A, Malines, Kluwer, 2011, 683-721).

Cette solidarité de plein droit inverse donc les choses, afin d'encourager et de simplifier les transactions conclues entre des entreprises. Cependant, la disposition ne s'étend pas aux personnes physiques qui sont des entreprises lorsqu'elles s'accordent sur des obligations

1722-1723 en 1727-1728; Adv.-gen. L. CORNIL, concl. bij Cass. 2 april 1936, *B.J.* 1936, 423). Het vereiste van een intentioneel element in hoofde van de daders is beslissend en het onderscheidt de gemeenschappelijke fout van de toevallig samenlopende fouten. Deze laatste soort fouten leidt slechts tot *in solidum*-gehoudenheid van de daders (zie art. 5 168).

Passieve hoofdelijkheid kan ook voortkomen uit de wil van contractanten (en, bij uitbreiding, uit een eenzijdige rechtshandeling wat zeldzaam is), doch er mag geen twijfel over bestaan dat de medeschuldnaars de bedoeling hebben om hoofdelijk verbonden te zijn. Hoofdelijkheid wijkt immers af van het beginsel van verdeling bij pluraliteit. Volgens huidig artikel 1202 van het Burgerlijk Wetboek moet hoofdelijkheid "uitdrukkelijk" zijn bedongen, wat ten onrechte de indruk wekt dat vormvoorwaarden of sacramentele woorden vereist zijn.

Daarom zegt de voorgestelde tekst dat conventionele hoofdelijkheid niet wordt vermoed. Hiermee bedoelt men dat ook een impliciete wilsuiving van de schuldenaars om zich hoofdelijk te verbinden, volstaat, op voorwaarde dat die wil vaststaat of zeker is (*pro* impliciete wil: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 311, nr. 314/C.; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, "L'obligation solidaire", in *Traité théorique et pratique. Obligations*, Kluwer, 2007, III.3-3 en 4; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1829, nr. 1237; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 109, nr. 19; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 40; P. WÉRY, II, 2016, p. 404, nr. 426).

Het tweede lid verankert in de wet de gewoonterechtelijke regel volgens welke de passieve hoofdelijkheid van rechtswege bestaat tussen "handelaars" (thans tussen "ondernemingen" in de zin van art. I.1, 1° van het Wetboek van economisch recht) die samen gehouden zijn tot dezelfde contractuele verbintenis (Cass. 3 april 1952, *Arr. Cass.* 1952, 432 en *Pas.* 1952, 498), zonder dat die evenwel noodzakelijk uit één enkel contract tussen de schuldeiser en de schuldenaars moet voortkomen (Cass. 1 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 169 en *Pas.* 1981, 171; Cass. 25 april 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1139, *Pas.* 1985, 1044 en *Rev. not. b.* 1985, 441, noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS; Cass. 25 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 241 en *Pas.* 1991, 214. Uitvoeriger: M. VANDENBOGAERDE, "Hoofdelijkheid onder handelaars" in *Handels- en economisch recht*, Deel I/vol. A, Mechelen, Kluwer, 2011, 683-721).

Deze hoofdelijkheid van rechtswege keert de zaken dus om, teneinde transacties tussen ondernemingen aan te moedigen en te vereenvoudigen. De bepaling strekt zich evenwel niet uit tot de natuurlijke personen die ondernemingen zijn wanneer zij contractuele

contractuelles qui sont manifestement étrangères à leur activité professionnelle indépendante.

La règle n'est toutefois ni d'ordre public, ni impérative (Cass., 25 février 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 203 et *Pas.*, 1994, 204) et peut dès lors être écartée par les parties à la condition qu'il n'y ait aucun doute à ce sujet (P. WÉRY, II, 2016, p. 412, n° 432). Enfin, elle doit être interprétée strictement (Cass., 5 décembre 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 434, *Pas.*, 1975, 428, *R.W.*, 1976-77, 277, note J.H. Herbots, *R.C.J.B.*, 1977, 469 et note de J. DECLERCK-GOLDFRACHT, "La présomption de solidarité passive commerciale. Une solution: la responsabilité *"in solidum"*"). Ainsi, elle ne s'applique pas dans le cadre de la solidarité active (P. WÉRY, II, 2016, p. 411, n° 432).

Article 5.161

Effets principaux entre créancier et débiteurs

Cette disposition règle les effets principaux de la solidarité passive. Ceux-ci découlent de l'unité d'objet de l'obligation solidaire et de la pluralité de liens de droit qui unissent le créancier aux débiteurs.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, reprend, dans une formulation légèrement modifiée, l'article 1203 du Code civil (voy. également: art. 1313, alinéa 2, C. civ. fr.) et le complète en précisant que les poursuites peuvent durer jusqu'à ce que le créancier ait obtenu le paiement de la totalité. Cet ajout utile figure aux articles 11.1.3. PICC, 144 CO et III.- 4: 102 DCFR.

Cette disposition confirme le *droit d'élection du créancier*. Des dérogations légales à ce droit d'élection sont toutefois possibles (par ex. artt. 203 et 204 C. soc.), il en va de même des restrictions conventionnelles, comme lorsque le créancier et les débiteurs ont convenu d'un ordre pour le paiement ou lorsqu'un des débiteurs bénéficie d'une condition suspensive ou d'un terme suspensif.

L'alinéa 2 remplace l'archaïque article 1205 du Code civil. La proposition s'inspire de l'article 1319 C. civ. fr., qui abandonne, en cas d'inexécution imputable, toute distinction entre les codébiteurs sur le plan de l'*obligation à la dette*. Elle rejoint d'ailleurs la règle du droit en vigueur selon laquelle le fait d'être tenu de la totalité de la dette s'applique non seulement à l'exécution en nature de l'obligation, mais également à la réparation (pécuniaire, par exemple) du dommage et à la clause indemnitaire qui seraient dues en cas d'inexécution imputable à tous les codébiteurs ou à un (ou à plusieurs) d'entre eux (à ce sujet:

verbintenissen aangaan die kennelijk vreemd zijn aan hun zelfstandige beroepsactiviteit.

De regel is evenwel niet van openbare orde noch van dwingend recht (Cass. 25 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 203 en *Pas.* 1994, 204) en kan derhalve door partijen worden uitgesloten op voorwaarde dat hierover geen twijfel bestaat (P. WÉRY, II, 2016, p. 412, nr. 432). Zij dient, ten slotte, strikt te worden geïnterpreteerd (Cass. 5 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, 434, *Pas.* 1975, 428, *R.W.* 1976-77, 277, noot J.H. Herbots, *R.C.J.B.* 1977, 469 en de noot van J. DECLERCK-GOLDFRACHT, "La présomption de solidarité passive commerciale. Une solution: la responsabilité *"in solidum"*"). Zo geldt zij niet bij actieve hoofdelijkheid (P. WÉRY, II, 2016, p. 411, nr. 432).

Artikel 5.161

Hoofdgevolgen tussen schuldeiser en schuldenaars

Deze bepaling regelt de hoofdgevolgen van de passieve hoofdelijkheid. Zij volgen uit de eenheid van voorwerp van de hoofdelijke verbintenis en de pluraliteit van de rechtsbanden die de schuldeiser heeft met de schuldenaars.

Paragraaf 1, eerste lid, herneemt in licht gewijzigde bewoordingen het artikel 1203 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 1313, tweede lid, C.civ.fr.) en vult het aan met de precisering dat de vervolging mag voortduren totdat de schuldeiser de betaling van het geheel heeft bekomen. Men vindt deze nuttige toevoeging ook terug in de *soft law* (art. 11.1.3. PICC, art. 144 CO en art. III.- 4: 102 DCFR).

Deze bepaling bevestigt het *keuzerecht* van de schuldeiser. Wettelijke afwijkingen op dit keuzerecht zijn evenwel mogelijk (bv. artt. 203 en 204 W.Venn.), evenals conventionele beperkingen, zoals wanneer schuldeiser en schuldenaars een aanspreekvolgorde zijn overeengekomen of wanneer één van de schuldenaars geniet van een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling.

Het tweede lid vervangt het verouderd artikel 1205 van het Burgerlijk Wetboek. Het voorstel haalt inspiratie uit artikel 1319 C.civ.fr. dat afstapt, bij toerekenbare niet-nakoming, van een onderscheid in behandeling tussen de medeschuldenaars op het vlak van de *obligatio*. Het sluit trouwens aan bij de regel van het geldend recht volgens welke de gehoudenheid tot de gehele schuld niet alleen geldt voor de nakoming *in natura* van de verbintenis, maar ook voor het (bv. pecuniair) herstel van de schade en het schadebeding die verschuldigd zouden zijn bij toerekenbare niet-nakoming door alle

M. VANDENBOGAERDE, “Clausules inzake hoofdelijkheid en ondeelbaarheid”, in G.L. Ballon e.a., *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, Tome 1, Anvers, Intersentia, 2013, (597), p. 605; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1843, n° 1252; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, “Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren”, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, n° 58/ii; P. WÉRY, II, 2016, p. 414, n° 436. Voy. également art. III-4: 105 DCFR).

Si une clause indemnitaire est prévue en cas d’inexécution imputable de l’obligation solidaire, celle-ci peut, dès lors, être demandée pour la totalité, soit contre le ou les débiteurs qui ont commis le manquement, soit contre chacun des codébiteurs. Cette règle remplace l’ancien article 1232 du Code civil (qui était limité aux obligations indivisibles).

Au stade de la contribution à la dette il est prévu ci-après (voy. art. 5 164, § 4) que l’obligation de réparation du dommage ou d’exécution de la clause indemnitaire incombe uniquement au codébiteur à qui l’inexécution est imputable.

L’alinéa 3 reprend, dans une formulation légèrement adaptée, l’article 1204 du Code civil, qui a également été maintenu à l’article 1313, alinéa 2, C. civ. fr. Si le débiteur poursuivi est insolvable, le créancier peut poursuivre les autres débiteurs pour la totalité. Il peut également poursuivre l’ensemble des codébiteurs dès le départ, mais ne pourra naturellement obtenir le paiement de la prestation due qu’une seule fois.

Le paragraphe 2 reprend la fin de l’ancien article 1200 du Code civil: le paiement de l’obligation solidaire par un débiteur libère tous les codébiteurs à l’égard du créancier. Cet effet principal est également formulé, par exemple, dans les articles 1313, deuxième phrase, C. civ. fr., 6: 7 (2) NBW et 147 CO.

En cas de paiement partiel, il va de soi que la libération n’a lieu que dans la mesure du paiement de l’obligation (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1839, n° 1250). Cette précision est indiquée dans les articles 11.1.5. PICC, 147 CO et III.- 4: 108 (1) DCFR et on a jugé utile de la spécifier clairement dans la proposition.

medeschuldenaars of een (of meerdere) van hen (hierover: M. VANDENBOGAERDE, “Clausules inzake hoofdelijkheid en ondeelbaarheid”, in G.L. Ballon e.a., *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules*, Deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2013, (597), p. 605; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1843, nr. 1252; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, “Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren”, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, nr. 58/ii; P. WÉRY, II, 2016, p. 414, nr. 436. Zie ook art. III-4: 105 DCFR).

Is voor de toerekenbare niet-nakoming van de hoofdelijke schuld voorzien in een schadebeding, kan dit derhalve voor het geheel gevorderd worden, hetzij van de schuldenaar(s) die de tekortkoming pleegde(n), hetzij van ieder van de medeschuldenaars. Deze regel vervangt het oude artikel 1232 van het Burgerlijk Wetboek (dat beperkt was tot ondeelbare verbintenissen).

Op het vlak van de onderlinge bijdrageplicht in de schuld, wordt hierna bepaald (zie art. 5 164, § 4) dat de plicht tot herstel van de schade of tot nakoming van een schadebeding enkel rust op die medeschuldenaar(s) aan wie de niet-nakoming toerekenbaar is.

Het derde lid herneemt, in licht aangepaste bewoordingen, het artikel 1204 van het Burgerlijk Wetboek, dat ook behouden bleef in artikel 1313, tweede lid, C.civ.fr. Is de aangesproken schuldenaar insolvable, mag de schuldeiser de overige schuldenaars aanspreken voor het geheel. Hij kan ook van meet af aan alle co-debiteurs vervolgen, maar zal uiteraard slechts eenmaal de voldoening van de verschuldigde prestatie kunnen bekomen.

De tweede paragraaf herneemt het einde van het oude artikel 1200 van het Burgerlijk Wetboek: de betaling van de hoofdelijke schuld door een schuldenaar bevrijdt alle medeschuldenaars jegens de schuldeiser. Dit hoofdgevolg wordt ook verwoord in andere stelsels (bv. artikel 1313, tweede zin, C.civ.fr., art. 6: 7 (2) NBW en art. 147 CO).

De bevrijding kan bij gedeeltelijke betaling uiteraard slechts intreden “in de mate van de betaling” van de schuld (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1839, nr. 1250). Men vindt deze precisering ook in andere instrumenten (bv. in art. 11.1.5. PICC, art. 147 CO en art. III.- 4: 108 (1) DCFR) en het voorstel acht het nuttig dit duidelijk te stellen.

Article 5.162

Exceptions appartenant aux codébiteurs

Le paragraphe 1^{er} reformule l'article 1208 du Code civil, qui est une règle également applicable dans d'autres systèmes (par ex., art. 1315 C. civ. fr.; art. 11.1.4. PICC; art. 145 CO): un débiteur poursuivi par le créancier peut opposer tant ses propres exceptions, qu'elles lui soient purement ou simplement personnelles, que les exceptions communes.

Il résulte également de cette disposition qu'en principe, un débiteur ne peut pas opposer les exceptions personnelles aux autres débiteurs (voy. ancien art. 1208, alinéa 2, du Code civil). Cette règle s'applique également dans d'autres systèmes (par ex., art. 1315 C. civ. fr.; art. 11.1.4. PICC; art. 145 (1) CO) et découle de la pluralité des liens de droit.

Entrent dans la catégorie des exceptions communes – qui peuvent être opposées par tous les codébiteurs comme moyen de défense à l'égard du créancier et qui profitent à tous – les exceptions pouvant être liées soit à la nature de l'obligation, soit à l'objet de l'obligation, à savoir la prestation commune due elle-même (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 127, n° 40; P. WÉRY, II, 2016, p. 415, n° 438). À titre d'exemple, la nullité pour objet illicite ou pour cause illicite ou la méconnaissance de conditions de forme sont des exceptions qui découlent de l'obligation même. Sont en rapport avec la prestation commune même: la suspension (comme l'*exceptio non adimpleti contractus*), l'extinction (comme le paiement, la compensation, la novation (y compris entre le créancier et un seul débiteur), la remise de dette générale et également personnelle à un débiteur sans réserve de ses droits par le créancier vis-à-vis des autres débiteurs, la libération par impossibilité d'exécution non imputable, la caducité de l'obligation), la prescription extinctive et la nullité de l'obligation (par ex., vices de consentement ou incapacité dans le chef de tous). La condition résolutoire ou suspensive ainsi que le terme accordé à tous sont également des moyens de défense communs (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 339-340, n° 351bis/A.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1840, n° 1250; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 127-129, n° 41-43; T. ANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 44; P. WÉRY, II, 2016, p. 415 et p. 427, n° 438 et 454).

Les exceptions purement personnelles – dont les effets ne profitent pas aux autres débiteurs qui restent

Artikel 5.162

Excepties van de schuldenaars

De eerste paragraaf herformuleert artikel 1208 van het Burgerlijk Wetboek, een regel die ook in andere systemen geldt (bv. art. 1315 C.civ.fr.; art. 11.1.4. PICC; art. 145 CO): een door de schuldeiser aangesproken schuldenaar kan zich zowel op zijn eigen (zuiver en gewoon) persoonlijke excepties beroepen als op de gemeenschappelijke excepties.

Uit deze bepaling volgt ook dat een schuldenaar in beginsel niet de persoonlijke excepties van de medeschuldenaars kan invoeren (zie oude art. 1208, tweede lid, BW). Dit geldt ook in andere stelsels (bv. art. 1315 C.civ.fr.; art. 11.1.4. PICC; art. 145 (1) CO) en vloeit voort uit de veelheid van rechtsbanden.

Onder gemeenschappelijke excepties – die door alle co-debiteurs kunnen ingeroepen worden als verweer tegen de schuldeiser en die een gunstig gevolg hebben jegens allen – vallen de excepties die hetzij gelinkt kunnen worden aan aard van de verbintenis hetzij aan het voorwerp van de verbintenis, met name de gemeenschappelijk verschuldigde prestatie zelf (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 127, nr. 40; P. WÉRY, II, 2016, p. 415, nr. 438). Zo is bv. de nietigheid wegens een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak of de miskenning van vormvoorwaarden, een exceptie die voortvloeit uit de verbintenis zelf. Houden eerder verband met de gemeenschappelijk prestatie zelf: de schorsing (zoals de enac), de uitdoving (zoals betaling, schuldvergelijking, schuldvernieuwing (ook deze tussen de schuldeiser en één schuldenaar tot stand gekomen), algemene en ook persoonlijke kwijtschelding aan een schuldenaar zonder voorbehoud van zijn rechten door de schuldeiser tegenover de overige debiteurs, bevrijding door ontoerekenbare onmogelijkheid van uitvoering en verval van de verbintenis), de bevrijdende verjaring en de nietigheid van de verbintenis (bv. wilsgebreken of handelingsonbekaamheid in hoofde van allen). Ook de ontbindende of opschortende voorwaarde of tijdsbepaling die aan allen is toegekend, is een gemeenschappelijk verweer (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 339-340, nr. 351bis/A.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1840, nr. 1250; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 127-129, nrs. 41-43; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 44; P. WÉRY, II, 2016, p. 415 en p. 427, nrs. 438 en 454).

Een zuiver persoonlijke exceptie – die in haar gevolgen niet tot voordeel strekt van de andere schuldenaars die

tenus d'acquitter la totalité de l'obligation – sont, par exemple, un vice de consentement ou une incapacité dans le chef d'un seul débiteur. Un délai de grâce, un terme ou une condition octroyés à un seul débiteur constituent aussi des exceptions purement personnelles (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 339-340, n° 351bis/B.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1841, n° 1251; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 129-133, n° 44; P. WÉRY, II, 2016, p. 416 et p. 428-429, n°s 441 et 455).

La disposition précise que la compensation (qui opère de plein droit dans de nombreux cas) est une exception commune, tout comme le paiement. Le paiement et la compensation sont traités sur un pied d'égalité dans les articles 11.1.5. PICC, 147 CO; III.- 4: 108 (1) DCFR (ce n'est pas le cas à l'art. 6: 7 (2) NBW et au § 422 (2) BGB, mais dans ces contextes, la compensation légale n'a pas lieu automatiquement). La solution retenue ici a déjà été préconisée (M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Bruges, die Keure, 2015, p. 450 et suiv., n°s 517-518 et 526).

La proposition déroge en cela à l'article 1294, alinéa 3, du Code civil, une disposition qui n'est pas reprise en ce qui concerne la compensation. Dans le droit actuel, la partie autorisée à se prévaloir de la compensation doit l'invoquer avant qu'elle puisse produire les effets d'un paiement. Cette règle ne tient toutefois pas compte du fait que la compensation légale – qui se produit souvent – a lieu automatiquement, même à l'insu des débiteurs. Elle déroge en outre, au détriment des codébiteurs, aux règles fondamentales de la solidarité étant donné que le débiteur à qui le paiement est réclamé ne peut même pas faire valoir que la part du codébiteur qui peut compenser doit être déduite de la dette totale.

L'ancienne règle a donc fait l'objet de critiques (par ex., M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Bruges, die Keure, 2015, p. 455 et suiv., n°s 525-526; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1842, n° 1251. Elle ne s'applique d'ailleurs pas dans le cadre de la solidarité active: P. WÉRY, II, 2016, p. 712, n° 789. Pour une critique plus nuancée: M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 132-133, n° 44).

Le paragraphe 2 est une nouvelle disposition qui concerne les principales exceptions simplement personnelles – à savoir les exceptions présentes dans le chef d'un seul débiteur, tout en profitant tout de même aux codébiteurs. L'incidence favorable pour les autres consiste en ce qu'ils ne sont plus tenus qu'à la dette totale *déduction faite de la part du débiteur qui dispose*

tot voldoening van de gehele schuld gehouden blijven – is bv. een wilsgebrek of een handelingsonbekwaamheid in hoofde van slechts één schuldenaar. Een respijtermijn, een tijdsbepaling of een voorwaarde aan slechts één schuldenaar toegekend, maken eveneens een zuiver persoonlijke exceptie uit (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 339-340, nr. 351bis/B.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1841, nr. 1251; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 129-133, nr. 44; P. WÉRY, II, 2016, p. 416 et p. 428-429, nrs. 441 et 455).

De bepaling specificeert dat schuldvergelijking (die in vele gevallen van rechtswege intreedt) een gemeenschappelijke exceptie is, net als betaling. Betaling en schuldvergelijking worden op gelijke voet behandeld in in andere instrumenten (bv. in art. 11.1.5. PICC, art. 147 CO; art. III.- 4: 108 (1) DCFR: dit is niet zo in art. 6: 7 (2) NBW en § 422 (2) BGB, maar daar treedt de wettelijke schuldvergelijking niet automatisch in). De hier gekozen oplossing werd reeds bepleit (M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2015, p. 450 e.v., nrs. 517-518 et 526).

Hiermee wijkt het voorstel af van artikel 1294, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, een bepaling die bij de schuldvergelijking niet wordt hernomen. In het huidige recht moet de verrekeningsbevoegde de schuldvergelijking invoeren, alvorens ze de gevolgen van een betaling kan hebben. Deze regel houdt evenwel geen rekening met het feit dat wettelijke schuldvergelijking – die vaak voorkomt – automatisch intreedt, zelfs buiten weten van de schuldenaars. Zij wijkt bovendien af, ten nadele van de medeschuldenaars, van de basisregels van hoofdelijkheid vermits de schuldenaar die aangesproken wordt zelfs niet mag invoeren dat van de gehele schuld het aandeel moet afgehouden worden van de medeschuldenaar die kan compenseren.

De oude regel kon derhalve op kritiek rekenen (bv. M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2015, p. 455 e.v., nrs. 525-526; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1842, nr. 1251. Zij geldt trouwens niet bij actieve hoofdelijkheid: P. WÉRY, II, 2016, p. 712, nr. 789. Meer genuanceerd kritisch: M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 132-133, nr. 44).

Paragraaf 2 is nieuw en betreft de belangrijkste "gewoon" persoonlijke excepties – dit zijn excepties die in hoofde van één schuldenaar aanwezig zijn, maar die toch tot voordeel strekken van de medeschuldenaars. De gunstige weerslag voor de anderen bestaat hierin dat zij enkel nog gehouden zijn tot de gehele schuld, *na aftrek van het aandeel van de schuldenaar die over de*

de l'exception. Il s'agit de la remise de dette, de la renonciation individuelle à la solidarité et de la confusion. Contrairement au droit actuel, il n'est pas requis que l'exception simplement personnelle soit invoquée par le codébiteur qui en dispose afin qu'elle puisse produire des conséquences favorables dans le chef de ses codébiteurs. Dorénavant, chaque codébiteur pourra donc se prévaloir de l'existence d'une exception simplement personnelle et des effets de celle-ci en sa faveur.

La doctrine fonde régulièrement les règles existantes (comme les articles 1285, 1209 et 1210 du Code civil) sur le principe selon lequel le créancier ne peut aggraver la situation des codébiteurs sans leur consentement (comp. art. 146 CO) (par ex., S. STIJNS, 2, 2009, p. 42, n° 60, note 290; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1842, n° 1251; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 134-135, n°s 46 et 48). La Cour de cassation a déjà fait mention de ce principe (en rapport avec la remise de dette et le fondement de la règle de la déduction de la part du débiteur auquel la remise a été faite (art. 1285, alinéa 2, C. civ.): Cass., 18 septembre 1941, *Pas.*, 1941, 343).

Sous 1°, la proposition reformule l'ancien article 1285 du Code civil en ce qui concerne *la remise de dette*: si le créancier a remis la dette d'un débiteur en réservant ses droits envers les autres débiteurs, ceux-ci restent tenus à la totalité de la dette, moyennant toutefois déduction de la part du débiteur auquel la remise a été faite (Cass., 15 décembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, 2002 et *Pas.*, 2000, 1955. Voy. également en ce sens: art. 1350, al. 1^{er}, C. civ. fr.; art. III.- 4: 109 (1) DCFR; comp. art. 11.1.6. PICC) (P. WÉRY, II, 2016, p. 751-754, n° 832).

Cette disposition s'applique également lorsque la remise de dette est partielle (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1841, n° 1251) et lorsque le créancier conclut avec un des débiteurs une transaction qui implique une telle remise (voy. également en ce sens: art. 11.1.6. PICC; art. III.- 4: 109 (1) DCFR). Il s'agit ici d'une remise volontaire (et non d'une remise à la suite d'un règlement collectif de dettes ou d'un plan d'apurement collectif).

La deuxième phrase précise qu'une remise de dette générale ainsi qu'une remise de dette sans réserve libèrent tous les codébiteurs (art. 1285, alinéa 1^{er}, C. civ.). À défaut de réserve expresse, il est présumé, en effet, que le créancier a voulu libérer tous les codébiteurs (Cass., 17 octobre 2014, AR C.13 0452.N, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2015, 518, note A. DE BOECK et *R.W.*, 2014-15, 1583, note G. HEIRMAN).

Le 2° reprend l'article 1210 du Code civil dans une formulation légèrement adaptée (voy. également art. 1316 C. civ. fr.). Il concerne la *renonciation individuelle à la*

exceptie beschikt. Het betreft de schuldkwijtschelding, de individuele afstand van hoofdelijkheid en de schuldvermenging. Anders dan in het huidige recht hoeft de gewoon persoonlijke exceptie niet ingeroepen te zijn door de medeschuldenaar die erover beschikt om de gunstige weerslag teweeg te brengen in hoofde van de medeschuldenaars. Voortaan kan dus elke medeschuldenaar zich beroepen op het bestaan en de gevolgen in zijn voordeel van een gewoon persoonlijke exceptie.

De doctrine steunt de bestaande regels (zoals artt. 1285, 1209, 1210 BW) regelmatig op het beginsel dat de schuldeiser de situatie van de medeschuldenaars, zonder hun toestemming, niet mag verzwaren (vgl. art. 146 CO) (bv. S. STIJNS, 2, 2009, p. 42, nr. 60, voetr. 290; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1842, nr. 1251; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 134-135, nrs. 46 en 48). Het Hof van Cassatie maakte reeds gewag van dit beginsel (in verband met kwijtschelding van schuld en de grondslag van de regel van de aftrek van het aandeel van de kwijtgescholden debiteur (art. 1285, tweede lid, BW): Cass. 18 september 1941, *Pas.* 1941, 343).

Onder 1° herformuleert het voorstel het oude artikel 1285 van het Burgerlijk Wetboek inzake *kwijtschelding van schuld*: heeft de schuldeiser een schuldenaar kwijtgescholden met een voorbehoud van zijn rechten jegens de andere schuldenaars, blijven zij gehouden tot de gehele schuld doch mits aftrek van het aandeel van de kwijtgescholden schuldenaar (Cass. 15 december 2000, *Arr. Cass.* 2000, 2002 en *Pas.* 2000, 1955. Zie ook in die zin: 1350, lid 1 C.civ.fr.; art. III.- 4: 109 (1) DCFR; vgl. art. 11.1.6. PICC) (P. WÉRY, II, 2016, p. 751-754, nr. 832).

De bepaling vindt ook toepassing wanneer de kwijtschelding partieel is (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1841, nr. 1251) en wanneer de schuldeiser met een van de schuldenaars een dading afsluit die een kwijtschelding inhoudt (zie ook in die zin: art. 11.1.6. PICC; art. III.- 4: 109 (1) DCFR). Het gaat hier om de vrijwillige kwijtschelding (niet om de kwijtschelding ingevolge een collectieve aanzuiverings- of schuldenregeling).

De tweede zin bepaalt dat een algemene kwijtschelding evenals een kwijtschelding zonder voorbehoud, alle medeschuldenaars bevrijdt (art. 1285, lid 1 BW). Bij het ontbreken van een uitdrukkelijk voorbehoud, vermoedt men immers dat de schuldeiser alle medeschuldenaars heeft willen bevrijden (Cass. 17 oktober 2014, AR C.13 0452.N, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2015, 518, noot A. DE BOECK en *R.W.*, 2014-15, 1583, noot G. HEIRMAN).

Onder 2° wordt artikel 1210 van het Burgerlijk Wetboek in licht aangepaste bewoordingen hernomen (zie ook art. 1316 C.civ.fr.). Het betreft de *individuele afstand*

solidarité, par laquelle le créancier ne décharge qu'un seul débiteur de la solidarité. Le créancier accepte donc la division de la prestation, mais uniquement à l'égard de ce seul débiteur, si bien que la part de ce débiteur est scindée de la dette commune. Les autres débiteurs restent tenus solidairement, moyennant déduction de la part dans la dette du débiteur déchargé. La décharge individuelle de la solidarité signifie uniquement que la prestation promise devient divisible pour le débiteur bénéficiaire (elle ne s'éteint pas). En cela elle diffère de la remise de dette individuelle qui libère le débiteur concerné de son obligation.

La deuxième phrase est une nouvelle disposition qui règle la renonciation générale à la solidarité envers tous les codébiteurs: elle rend l'obligation divisible pour tous (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 135, n° 50; P. WÉRY, II, 2016, p. 437, n° 464).

Les renonciations individuelle et générale à la solidarité peuvent être expresses, mais également tacites.

Au 3°, sont remplacés les anciens articles 1209 et 1301, alinéa 3, du Code civil relatifs à la *confusion*. Cela correspond à l'article 1349-1, alinéa 1^{er}, C. civ. fr. et à l'article III.- 4: 108 (2) DCFR. La confusion n'éteint pas la dette du débiteur concerné qui est le successeur universel du créancier, mais en suspend l'exigibilité (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1842, n° 1251).

Article 5.163

Effets secondaires entre créancier et débiteurs

Traditionnellement, les effets secondaires de la solidarité passive ont été liés au pouvoir de représentation mutuelle des débiteurs solidaires et à leur communauté d'intérêts. Une partie de la doctrine moderne a remis en cause cette interprétation, à juste titre. En effet, elle est fictive (parce que dans de nombreux cas de solidarité passive, il n'existe absolument pas de communauté d'intérêts) et insuffisante pour expliquer tous les effets secondaires (comme ceux relatifs à la responsabilité de tous en cas de faute commise par un seul débiteur) (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 343, n° 358; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 142-144, n°s 59 et 60-61; P. WÉRY, II, 2016, p. 416-420, n°s 442-445. Voy. déjà auparavant: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Bruxelles, Bruylant, 1887, n° 294).

van hoofdelijkheid waarbij de schuldeiser slechts een bepaalde schuldenaar uit de hoofdelijkheid ontslaat. De schuldeiser aanvaardt dus de verdeling van de prestatie, doch enkel ten aanzien van die ene schuldenaar, zodat het aandeel van deze schuldenaar wordt afgesplitst van de gemeenschappelijke schuld. De overige schuldenaars blijven hoofdelijk gehouden, mits aftrek van het aandeel in de schuld van de ontslagen schuldenaar. Individueel ontslag uit de hoofdelijkheid betekent enkel dat de beloofde prestatie voor de begunstigde schuldenaar deelbaar wordt (zij dooft niet uit). Dit verschilt van de individuele kwietschelding van schuld die de betrokken schuldenaar van zijn schuld bevrijdt.

De tweede zin is nieuw en regelt de algemene afstand van hoofdelijkheid jegens alle co-debiteurs: die maakt de verbintenis dan deelbaar voor allen (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 135, nr. 50; P. WÉRY, II, 2016, p. 437, nr. 464).

Individuele en algemene afstand van hoofdelijkheid kunnen uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend zijn.

Onder 3° worden de oude artikelen 1209 en 1301, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek inzake *schuldvermenging* vervangen. Dit stemt overeen met artikel 1349-1, eerste lid, C. civ. fr. en artikel III.- 4: 108 (2) DCFR. De schuldvermenging dooft de schuld niet uit van de betrokken schuldenaar die erfgenaam van de schuldeiser is, maar schorst de opeisbaarheid ervan (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1842, nr. 1251).

Artikel 5.163

Bijkomende gevolgen tussen schuldeiser en schuldenaars

Traditioneel werden de bijkomende gevolgen van de passieve hoofdelijkheid verbonden aan de onderlinge vertegenwoordigingsbevoegdheid van de hoofdelijke schuldenaars en aan hun belangengemeenschap. Een deel van de moderne doctrine heeft deze verklaring terecht in vraag gesteld. Ze is immers fictief (omdat er in talrijke wettelijke gevallen van passieve hoofdelijkheid helemaal geen belangengemeenschap bestaat) en ontoereikend om alle bijkomende gevolgen te verklaren (zo die inzake aansprakelijkheid van allen bij fout van één schuldenaar) (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 343, nr. 358; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 142-144, nrs. 59 en 60-61; P. WÉRY, II, 2016, p. 416-420, nrs. 442-445. Zie reeds vroeger: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Brussel, Bruylant, 1887, nr. 294).

En réalité, le législateur a intégré des effets secondaires afin de renforcer la protection du créancier et de faciliter le recouvrement de la dette (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1843-1844, n^{os} 1252-1253; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 142, n^o 59; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 46; P. WÉRY, II, 2016, p. 416-420, n^o 442-445). La plupart des effets secondaires sont regroupés dans les articles 1205-1207 du Code civil, mais quelques-uns se trouvent ailleurs (actuellement art. 8.37, al. 4, du Livre 8 sur le droit de la preuve): le serment litisdécisoire prêté par un débiteur solidaire profite à tous les autres).

L'alinéa 1^{er} fusionne les anciens articles 1205 et 1207 du Code civil. Tous les effets de la mise en demeure d'un débiteur sont étendus à tous les codébiteurs (voy. également art. 1314 C. civ. fr.) (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 139-140, n^o 58/i.; P. WÉRY, II, 2016, p. 421, n^o 448). Des dérogations conventionnelles aux effets secondaires étant admises, les parties peuvent convenir que la mise en demeure d'un débiteur n'a pas d'effet pour les autres.

L'alinéa 2 reformule l'article 1206 du Code civil (voy. également art. 2249, al. 1^{er}, du Code civil) et l'élargit parce que non seulement des "poursuites", mais également tous les actes juridiques qui interrompent la prescription sont susceptibles de produire des effets à l'égard de tous les codébiteurs (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 140, n^o 58/ii.). Conformément à l'article 2249, alinéa 1^{er}, du Code civil, la reconnaissance de dette par un débiteur a également un effet interruptif à l'égard des autres.

La jurisprudence a admis d'autres effets secondaires de nature procédurale en se fondant sur la construction contestable du mandat réciproque. La proposition n'intègre pas ces effets secondaires qui sont critiqués à juste titre par la doctrine (L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n^o 132; S. STIJNS, 2, 2009, p. 44, n^o 61, note 297; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1844, n^o 1253; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 143-144, n^o 60-61; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 47). Ces effets secondaires d'origine jurisprudentielle sont contraires à l'autorité relative de la chose jugée et à des principes fondamentaux du droit judiciaire privé, comme le respect des droits de la défense et le droit à un procès équitable (art. 6, 1, CEDH).

In werkelijkheid heeft de wetgever bijkomende gevolgen ingelast om de bescherming van de schuldeiser te versterken en de inning van de schuld te vergemakkelijken (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1843-1844, nrs. 1252-1253; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 142, nr. 59; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 46; P. WÉRY, II, 2016, p. 416-420, nrs. 442-445). De meeste nevengevolgen staan gegroepeerd in de artikelen 1205-1207 van het Burgerlijk Wetboek, maar enkele zijn elders te vinden (bv. in art. 1365, lid 4, BW (thans art. 8.37, lid 4, van het boek 8 over bewijsrecht: de gedingbeslissende eed afgelegd door één hoofdelijke schuldenaar strekt tot voordeel van alle anderen).

Het eerste lid smelt de oude artikelen 1205 en 1207 van het Burgerlijk Wetboek samen. Alle gevolgen van de ingebrekestelling van één schuldenaar worden doorgetrokken naar alle medeschuldenaars (zie ook art. 1314 C.civ.fr.) (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 139-140, nr. 58/i.; P. WÉRY, II, 2016, p. 421, nr. 448). Aangezien conventionele afwijkingen van de bijkomende gevolgen is toegelaten, kunnen partijen overeen komen dat een ingebrekestelling aan één schuldenaar geen gevolgen heeft voor de anderen.

Het tweede lid herformuleert artikel 1206 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 2249, lid 1, BW) en breidt het uit omdat niet alleen "vervolgingen" maar alle rechtshandelingen die de verjaring stuiten in aanmerking komen om gevolgen te hebben tegenover alle medeschuldenaars (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 140, nr. 58/ii.). Krachtens artikel 2249, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek heeft de erkenning van de schuld door één schuldenaar evenzeer stuitende werking jegens allen.

De rechtspraak heeft andere bijkomende gevolgen van procedurele aard aanvaard op grond van de betwistbare constructie van het wederkerig mandaat. Het voorstel neemt deze gevolgen niet op om reden dat zij terecht worden bekritiseerd in de doctrine (L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, nr. 132; S. STIJNS, 2, 2009, p. 44, nr. 61, voeten. 297; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1844, nr. 1253; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 143-144, nrs. 60-61; T. VANSWEEVELT & B. WEYTS, p. 47). Deze jurisprudentiële gevolgen zijn strijdig met het relatief karakter van het rechterlijk gewijsde en zij kunnen in sommige gevallen niet stroken met fundamentele beginselen van het gerechtelijk privaatrecht, zoals de eerbiediging van de rechten van verdediging en het recht op een eerlijk proces (art. 6, 1 EVRM).

Article 5.164

Effets entre codébiteurs

Cette disposition règle les rapports entre les débiteurs solidaires. Le principe de base est que le débiteur qui a payé la dette en entier ou qui a payé plus que sa part au créancier ne supporte pas seul cette charge, mais dispose d'un recours contre les codébiteurs. En effet, chaque débiteur est, en principe, tenu d'une part de la dette et doit payer cette part contributoire (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 348, n° 364; S. STIJNS, 2, 2009, p. 45, n° 62; P. WÉRY, II, 2016, p. 430, n° 457).

L'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} reformule l'article 1213 du Code civil et confirme, d'une part, la règle de la division de plein droit de la dette et, d'autre part, le fait que chaque codébiteur est tenu à concurrence de sa part dans la dette (et non plus à la totalité de la dette). L'article 1317, alinéa 1^{er}, du Code civil français contient une disposition comparable, de même que les articles 11.1.9 et 10 PICC et l'article 148 (1), CO.

Conformément au droit en vigueur, la solidarité n'est plus applicable entre codébiteurs (S. STIJNS, 2, 2009, p. 45, n° 62; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1847, n° 1258; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 145, n° 62 et p. 152, n° 74; P. WÉRY, II, 2016, p. 433, n° 459).

L'alinéa 2 introduit la règle supplétive selon laquelle la division s'opère à parts égales, comme le prévoient également les articles 11.1.9 PICC et 148 (1), CO. Une disposition légale ou une clause contractuelle peut toutefois prévoir une autre clé de répartition. Il est également admis qu'une répartition dérogatoire trouve sa source dans des circonstances concrètes. Il peut s'agir de circonstances tenant à une division inégale des intérêts des codébiteurs dans le paiement de la dette (voir l'application y afférente à l'alinéa 3 (il s'agit de l'ancien article 1216 du Code civil)) ou de la circonstance selon laquelle, en cas de faute ou d'infraction commune (article 50 du Code pénal), le comportement fautif de chaque débiteur a un degré différent de gravité ou d'incidence sur le dommage (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 349, n° 365; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1848, n° 1259; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 145, n° 62; P. WÉRY, II, 2016, p. 433, n° 459).

Le troisième alinéa reprend le contenu de l'article 1216 du Code civil, en adaptant toutefois la phrase introductive peu claire, à l'exemple de l'article 131 C. civ. fr. Cette situation survient lorsqu'une banque octroie un crédit

Artikel 5.164

Gevolgen voor de schuldenaars onderling

Deze bepaling regelt de onderlinge verhoudingen tussen de hoofdelijke schuldenaars. Uitgangspunt is dat de schuldenaar die de gehele schuld of meer dan zijn aandeel aan de schuldeiser heeft voldaan, deze last niet alleen zou dragen maar intern een verhaal heeft tegenover zijn medeschuldenaars. Elke schuldenaar heeft immers, in beginsel, een aandeel in de schuld en moet dat "bijdragend" of "contributoir" deel betalen (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 348, nr. 364; S. STIJNS, 2, 2009, p. 45, nr. 62; P. WÉRY, II, 2016, p. 430, nr. 457).

Het eerste lid van paragraaf 1 herformuleert artikel 1213 van het Burgerlijk Wetboek en bevestigt, enerzijds, de regel van de verdeling van rechtswege van de schuld en, anderzijds, de gehoudenheid van iedere medeschuldenaar ten belope van zijn aandeel in de schuld (en dus niet meer tot de gehele schuld). Artikel 1317, eerste lid, C.civ.fr. bevat een vergelijkbare bepaling (evenals artt. 11.1.9 en 10 PICC en art. 148 (1) CO).

Het is immers geldend recht dat de hoofdelijkheid niet meer geldt tussen de medeschuldenaars onderling (S. STIJNS, 2, 2009, p. 45, nr. 62; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1847, nr. 1258; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 145, nr. 62 en p. 152, nr. 74; P. WÉRY, II, 2016, p. 433, nr. 459).

Het tweede lid introduceert de suppletieve regel dat de verdeling in gelijke delen geschiedt (zoals dit bijv. ook is bepaald in art 11.1.9 PICC en art 148 (1) CO). Toch kan een wettelijke bepaling of een contractueel beding wijzen op een andere verdeelsleutel. Men aanvaardt ook dat een afwijkende verdeling voortvloeit uit concrete omstandigheden. Het kan gaan op omstandigheden die wijzen op een ongelijke verdeling van de belangen van de medeschuldenaars in de betaling van de schuld (zie de toepassing hiervan in het derde lid (dit is het oude art. 1216 BW) of om de omstandigheid dat, bij een gemeenschappelijke fout of misdrijf (art. 50 Strafwetboek), het foutief gedrag van elke schuldenaar een verschillende graad van ernst of van invloed op de schade heeft (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 349, nr. 365; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1848, nr. 1259; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 145, nr. 62; P. WÉRY, II, 2016, p. 433, nr. 459).

Het derde lid is inhoudelijk een herneming van artikel 1216 van het Burgerlijk Wetboek, doch met een aanpassing van de onduidelijke aanhef, naar het voorbeeld van artikel 1318 C.civ.fr. Deze situatie is aanwezig wanneer

à une société et obtient qu'un administrateur de ladite société s'engage solidairement en tant que co-emprunteur. La solidarité passive est utilisée ici comme sûreté personnelle pour le créancier. Le codébiteur solidaire "adjoind" doit être considéré comme une caution sur le plan de la *contribution*, de sorte qu'il puisse réclamer le remboursement de la totalité de la dette au débiteur qui a bénéficié de cette sûreté (pour plus de détails à ce sujet: M. VANDENBOGAERDE, "Aandachtspunten bij pluraliteit van schuldenaren", in *Verbintenissenrecht*, Themis-cahier n° 71, 2012, (1), 4-10).

Le recours à cette "adjonction de débiteur" est également fréquent dans des lois particulières (par exemple, dans les articles 440 et 442*bis* du Code des impôts sur les revenus).

L'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 contient une nouvelle disposition qui donne une base générale et légale au droit de recours du *solvens*, recours qui est généralement admis dans le droit en vigueur (mais qui n'était reconnu dans le Code civil que pour la solidarité conventionnelle). La controverse doctrinale ayant trait à la base légale du recours personnel du *solvens* est ainsi tranchée, sans qu'il ne soit porté atteinte à son éventuel recours subrogatoire (article 5 220, 1°, anciennement article 1251, 3°). La disposition contient, en outre, une généralisation de l'article 1214, alinéa 1^{er}, du Code civil (dans le même sens: article 1316, al. 2, C. civ. fr.; article 11.1.10 PICC; article 148 (2), CO).

L'alinéa 2 contient une nouvelle disposition: un débiteur solidaire peut perdre son recours contre un codébiteur lorsque ce dernier a pu faire valoir une exception purement personnelle (comme une incapacité ou un vice de consentement) ou une exception simplement personnelle (comme la remise de dette personnelle avec réserve, la confusion) à l'encontre du créancier (voir: art. 11.1.12 b), PICC). La doctrine a mis en exergue cette limitation du droit de recours (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 351, n° 370; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1840, n° 1251, qui fixe la règle uniquement pour les exceptions purement personnelles; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 153-154, n° 75; P. WÉRY, II, 2016, p. 429 et p. 435, n° 455 et 462).

Le paragraphe 3 résulte de la fusion des règles contenues dans les articles 1214, alinéa 2 et 1215 du Code civil, sur le modèle de l'article 1317, alinéa 3, C. civ. fr. (voir également: art. 11.1.13 PICC; art. 148 (3), CO). Elles trouvent une application générale dans la proposition, tant pour la solidarité légale que conventionnelle (déjà en ce sens P. WÉRY, II, 2016, p. 434, n° 461).

een bank een krediet toekent aan een vennootschap en bekomt dat een bestuurder van die vennootschap zich hoofdelijk verbindt als medekredietnemer. De passieve hoofdelijkheid wordt hier aangewend als een persoonlijke zekerheid voor de schuldeiser. De "toegevoegde" hoofdelijke medeschuldenaar is op het vlak van de *contribution* te bezien als een borg, zodat hij de gehele schuld kan verhalen op de schuldenaar die van die zekerheid heeft genoten (uitvoering hierover: M. VANDENBOGAERDE, "Aandachtspunten bij pluraliteit van schuldenaren", in *Verbintenissenrecht*, Themis-cahier nr. 71, 2012, (1), 4-10).

Deze "toevoeging van schuldenaar" wordt ook vaak gebruikt in bijzondere wetten (zo bv. in artt. 440 en 442*bis* WIB).

Het eerste lid van paragraaf 2 bevat een nieuwe bepaling die een algemene, wettelijke verankering inhoudt van het verhaalsrecht van de *solvens*, regres dat algemeen is aanvaard in het geldend recht (maar in het Burgerlijk Wetboek enkel voor de conventionele hoofdelijkheid was erkend). Op deze wijze wordt de doctrinaire discussie over de wettelijk grondslag van het persoonlijke verhaal van de *solvens* beslecht, zonder afbreuk te doen aan zijn eventueel subrogatoir verhaal (artikel 5 220, 1°, oud artikel 1251, 3°). Verder bevat de bepaling een veralgemening van artikel 1214, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (in dezelfde zin: art. 1316, lid 2, C.civ.fr.; art. 11.1.10 PICC; art. 148 (2) CO).

Het tweede lid bevat een nieuwe bepaling: een hoofdelijke schuldenaar kan zijn verhaal tegen een bepaalde medeschuldenaar verliezen wanneer deze laatste een zuiver persoonlijke exceptie (zoals handelingsonbekwaamheid of wilsgebrek) of een gewoon persoonlijke exceptie (zoals persoonlijke kwijtschelding met voorbehoud, schuldvermenging) kon doen gelden tegenover de schuldeiser (zie: art. 11.1.12 b) PICC). De doctrine zette deze beperking op het verhaalsrecht in de verf (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 351, nr. 370; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1840, nr. 1251, die de regel enkel bij de zuiver persoonlijke excepties stelt; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 153-154, nr. 75; P. WÉRY, II, 2016, p. 429 en p. 435, nrs. 455 en 462).

In paragraaf 3 worden de regels uit de artikelen 1214, tweede lid en 1215 van het Burgerlijk Wetboek samengesmolten naar het voorbeeld van artikel 1317, derde lid, C.civ.fr. (zie ook: art. 11.1.13 PICC; art. 148 (3) CO). In het voorstel vinden zij algemeen toepassing, zowel bij wettelijke als bij conventionele hoofdelijkheid (in die zin reeds: P. WÉRY, II, 2016, p. 434, nr. 461).

La part du débiteur insolvable est divisée entre les codébiteurs solvables, en ce compris le *solvens* et le débiteur qui bénéficie d'une renonciation individuelle à la solidarité. L'insolvabilité doit exister au moment du paiement par le *solvens* au créancier. Si l'insolvabilité survient ultérieurement, le *solvens* doit supporter ce risque seul, de sorte qu'il est incité à exercer son recours en temps utile et qu'il supporte les conséquences de sa négligence (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 351, n° 369; S. STIJNS, 2, 2009, p. 45, n° 62; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1847, n° 1258; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 156 et suiv., n° 80-81; P. WÉRY, II, 2016, p. 435, n° 461).

Le projet prévoit (à l'art. 5 161, § 1^{er}, al. 2) que tous les codébiteurs sont solidairement tenus à la réparation du dommage que subirait le créancier à la suite de l'inexécution imputable à un ou plusieurs d'entre eux. Cela s'applique sur le plan de l'obligation à la dette. Sur le plan de la contribution à la dette, la proposition suit, dans ce paragraphe 4, la solution française (article 1319 C. civ. fr.) et prévoit qu'il incombera au(x) débiteur(s) au(x)quel(s) l'inexécution est imputable de supporter la charge totale de la réparation de ce dommage

Article 5.165

Décès d'un débiteur

L'alinéa 1^{er} de cette disposition s'appuie sur le principe déjà admis de longue date selon lequel la solidarité ne se transmet pas, contrairement à l'indivisibilité (voir *infra*, art. 5 167, al. 2), aux successeurs universels d'un débiteur. En cas de décès d'un débiteur solidaire, sa dette solidaire est divisée de plein droit entre les héritiers. Cela signifie que le créancier ne peut contraindre chacun qu'au paiement de la dette à concurrence de sa part dans la succession. Les codébiteurs du défunt restent, en revanche, solidairement tenus pour la totalité de la dette (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1837, n° 1248; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 138, n° 55; P. WÉRY, II, 2016, p. 437, n° 465).

Si un débiteur est tenu solidairement, par exemple, avec deux codébiteurs à une dette de 600 (avec chacun une contribution de 200 au total de la dette) et qu'il laisse à son décès quatre héritiers qui acceptent la succession, chacun de ces derniers est alors tenu envers le créancier à un quart de la dette du débiteur solidaire décédé (en cas de parts égales dans la succession) et un héritier ne peut donc être contraint qu'au paiement d'un quart de 600, soit 150. En cas d'indivisibilité passive, chaque héritier devrait répondre de la totalité de la dette de 600.

Het aandeel van de insolvable schuldenaar wordt verdeeld onder de solvabele medeschuldenaars, met inbegrip van de *solvens* en van de schuldenaar die zou genieten van een individuele afstand van hoofdelijkheid. De insolvableiteit moet bestaan op het ogenblik van de betaling door de *solvens* aan de schuldeiser. Duikt de insolvableiteit later op, moet de *solvens* dit risico alleen dragen, zodat hij aangezet wordt om zijn verhaal tijdig uit te oefenen en hij de gevolgen draagt van zijn nalatigheid (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 351, nr. 369; S. STIJNS, 2, 2009, p. 45, nr. 62; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1847, nr. 1258; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 156 e.v., nrs. 80-81; P. WÉRY, II, 2016, p. 435, nr. 461).

Het voorstel bepaalt (in art. 5 161, § 1, lid 2) dat alle medeschuldenaars hoofdelijk gehouden zijn tot het herstel van de schade die de schuldeiser zou lijden uit de toerekenbare niet-nakoming door een of meerdere onder hen. Dit geldt op het vlak van hun *obligatio*. Op het vlak van de *contributio* volgt het voorstel, in deze paragraaf 4, de Franse oplossing (art. 1319 C.civ.fr.) en bepaalt het dat de schuldenaar(s) aan wie de tekortkoming toerekenbaar is, de volledige last zal moeten dragen van het schadeherstel.

Artikel 5.165

Overlijden van een schuldenaar

Het eerste lid van deze bepaling steunt op het reeds lang aanvaarde uitgangspunt dat de hoofdelijkheid niet vererft, in tegenstelling tot de ondeelbaarheid (zie verder, art. 5 167, lid 2). Bij overlijden van een hoofdelijke schuldenaar wordt zijn hoofdelijke schuld van rechtswege verdeeld tussen zijn algemene rechtsopvolgers. Dit betekent dat de schuldeiser hen elk slechts kan aanspreken in betaling van de schuld ten belope van zijn aandeel in de nalatenschap. De medeschuldenaars van de overledene blijven daarentegen hoofdelijk gehouden tot de gehele schuld (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1837, nr. 1248; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 138, nr. 55; P. WÉRY, II, 2016, p. 437, nr. 465).

Is een schuldenaar bv. met twee medeschuldenaars hoofdelijk gehouden tot een schuld van 600 (met ieder een bijdrage van 200 in de gehele schuld) en laat hij na zijn overlijden vier erfgenamen na die de nalatenschap aanvaarden, dan is elk van hen tegenover de schuldeiser gehouden tot ¼ van de schuld van de overleden hoofdelijke schuldenaar (bij een gelijk aandeel in de nalatenschap) en kan een erfgenaam dus slechts aangesproken worden voor ¼ van 600, hetzij 150. Bij passieve ondeelbaarheid zou elke erfgenaam voor de

Entre eux, les héritiers sont tenus à une contribution de 50 à la dette, soit la contribution du débiteur décédé, divisée en fonction de leur part dans la succession (qui, en l'espèce, serait, par hypothèse, égale).

Le deuxième alinéa formule la règle selon laquelle, sur le plan des effets secondaires, la solidarité subsiste entre les héritiers du débiteur solidaire décédé et les codébiteurs survivants. Si le créancier poursuit, par exemple, l'un des codébiteurs survivants, il interrompra également la prescription à l'égard de chaque héritier du débiteur solidaire prédécédé (voir l'article 2249, alinéa 1^{er}, du Code civil; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 138, n° 55; P. WÉRY, II, 2016, p. 437, n° 465).

Section 3

L'indivisibilité entre débiteurs

Article 5.166

Définition et sources

La présente section régit la deuxième exception au principe de la division de l'obligation en cas de pluralité de débiteurs. La proposition reformule les règles contenues aux articles 1217 à 1225 du Code civil qui régissaient l'indivisibilité active et passive de manière disparate et lacunaire. Les nouvelles dispositions se fondent en partie sur l'article 1320 C. civ. fr.

Le paragraphe 1^{er} définit l'indivisibilité passive et subordonne le fait d'être tenu pour le tout à l'existence d'une prestation indivisible comme objet de l'obligation contractée par plusieurs codébiteurs, comme prévu à l'article 1320 C. civ. fr.

Le paragraphe 2 énonce les sources possibles des obligations indivisibles en fusionnant et reformulant les articles (peu compréhensibles) 1217-1218 du Code civil.

Tout d'abord, une obligation ne peut être divisée et est donc "indivisible" – par dérogation à l'article 5 159 – lorsque la nature même de la prestation ne permet pas de division, comme dans le cas de la livraison d'un cheval de course ou d'une maison. Il s'agit d'une indivisibilité naturelle ("*indivisibilité naturelle (qui) résulte de la nature même de l'objet de la prestation*": P. WÉRY, II, 2016, n° 468; la distinction entre l'indivisibilité matérielle

gehele schuld van 600 moeten instaan. Onderling zijn de erfgenamen tot een bijdrage in de schuld gehouden van 50, dit is de bijdrage van de overleden debiteur, verdeeld volgens hun aandeel in de nalatenschap (die hier, per hypothese, gelijk zou zijn).

Het tweede lid formuleert de geldende regel dat, op het vlak van de bijkomende gevolgen, de hoofdelijkheid wel blijft bestaan tussen de erfgenamen of rechtsopvolgers van de overleden hoofdelijke schuldenaar en de overlevende medeschuldenaars. Vervolgt de schuldeiser bv. een van de overlevende medeschuldenaars, zal hij ook de verjaring stuiten ten opzichte van elke erfgenaam van de vooroverleden hoofdelijke schuldenaar (zie art. 2249, lid 1 BW; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 138, nr. 55; P. WÉRY, II, 2016, p. 437, nr. 465).

Afdeling 3

Ondeelbaarheid tussen schuldenaars

Artikel 5.166

Definitie en bronnen

Deze afdeling regelt de tweede uitzondering op het beginsel van de verdeling van de verbintenis bij pluraliteit van schuldenaars. Het voorstel herformuleert de regels van de artikelen 1217 tot 1225 van het Burgerlijk Wetboek die actieve en passieve ondeelbaarheid op gemengde en gebrekkige wijze regelden. De nieuwe bepalingen steunen gedeeltelijk op artikel 1320 C.civ.fr.

Paragraaf 1 definieert de passieve ondeelbaarheid en laat deze vorm van gehoudenheid tot het geheel afhangen van het voorhanden zijn van een ondeelbare prestatie als voorwerp van de verbintenis aangegaan door meerdere schuldenaars zoals in artikel 1320 C.civ.fr.

Paragraaf 2 reikt de mogelijke bronnen van ondeelbare verbintenissen aan door de (ondoorzichtige) artikelen 1217-1218 van het Burgerlijk Wetboek samen te smelten en te herformuleren.

In de eerste plaats kan een verbintenis niet verdeeld worden en is ze dus "ondeelbaar" – in afwijking van artikel 5 159 – wanneer de eigen aard van de prestatie geen verdeling toelaat, zoals bij de levering van een renpaard of een huis. Het betreft een natuurlijke ondeelbaarheid ("*indivisibilité naturelle (qui) résulte de la nature même de l'objet de la prestation*": P. WÉRY, II, 2016, nr. 468; het onderscheid tussen materiële en intellectuele

et intellectuelle mentionnée à l'article 1217 du Code civil est moins pertinente: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 301-302, n° 298).

On ajoute parfois qu'une prestation peut également être indivisible (sans disposition contractuelle) en raison de la portée de l'acte juridique, car elle perdrait son utilité en cas d'exécution partielle (en ce sens: S. STIJNS, 2, 2009, n° 44; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 552; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 80 et 84, n° 6 et 11. Voir notamment Comm. Bruxelles 9 mai 1989, *R.W.*, 1989-90, 100, *T.R.V.*, 1089, 349 et *T.B.H./R.D.C.*, 1990, 42, note M. WYCKAERT).

Une prestation est également indivisible lorsqu'un contrat prévoit son indivisibilité, alors que celle-ci est, par sa nature, divisible (article 1218 du Code civil. Voir: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 302, n° 300; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1850-1851, n° 1262; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 79 et suiv. et p. 85 et suiv., n°s 3-11 et 12-14; P. WÉRY, II, 2016, n°s 469 et 494). L'indivisibilité passive est souvent stipulée contractuellement pour des dettes d'argent qui, par leur nature, sont divisibles. Pensons à l'obligation de deux locataires de payer le prix du loyer. La volonté des parties peut être expresse ou tacite, mais elle doit être établie de manière certaine.

Enfin, une disposition légale peut prévoir l'indivisibilité d'une prestation, même si celle-ci est divisible par sa nature. Un exemple singulier nous est fourni par un règlement de taxes communales qui impose une taxe sur des lieux de rassemblement pour marchandises de deuxième main et qui déclare ladite taxe indivisible dans le chef des exploitants (Cass. 28 novembre 1974, *R.W.*, 1974-75, 1952) Pour être complet il a été précisé que l'indivisibilité peut aussi découler d'un testament.

L'alinéa 2 du paragraphe 2 reprend l'article 1219 du Code civil, vu que le paragraphe a trait aux sources d'indivisibilité. Il ne suffit pas de stipuler la solidarité pour organiser également l'indivisibilité. Cette dernière doit être stipulée de manière claire et certaine.

Article 5.167

Effets

Cette disposition revoit de manière approfondie les règles des articles 1222 et 1225 du Code civil concernant

ondeelbaarheid uit art. 1217 BW is weinig pertinent: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 301-302, nr. 298).

Men voegt hier soms aan toe dat een prestatie ook ondeelbaar kan zijn (zonder contractuele bepaling), wanneer de aard of de strekking van de rechtshandeling op ondeelbaarheid wijst omdat zij haar nut zou verliezen bij gedeeltelijke uitvoering (in die zin: S. STIJNS, 2, 2009, nr. 44; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 552; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 80 en 84, nr. 6 en 11. Zie bv. Kh. Brussel 9 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 100, *T.R.V.*, 1089, 349 en *T.B.H./R.D.C.*, 1990, 42, noot M. WYCKAERT).

Vervolgens is een prestatie ook ondeelbaar wanneer een contractuele afspraak voorziet in haar ondeelbaarheid, terwijl zij uit haar aard deelbaar is (art. 1218 BW. Zie: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 302, nr. 300; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1850-1851, nr. 1262; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 79 e.v. en p. 85 e.v., nrs. 3-11 en 12-14; P. WÉRY, II, 2016, nrs. 469 en 494). Passieve ondeelbaarheid is vaak contractueel bedongen voor geldschulden, die uit hun aard vatbaar zijn voor verdeling. Men denke aan de verbintenis van twee huurders tot de betaling van de huurprijs. De wil van partijen kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn, maar hij moet zeker vaststaan.

Ten slotte kan een wettelijke bepaling voorzien in de ondeelbaarheid van een prestatie, ook al is zij uit haar aard deelbaar. Een zeldzaam voorbeeld vindt men in een gemeentelijke belastingsverordening die een belasting legt op verzamelplaatsen voor tweedehandsgoederen en die ondeelbaar verklaart in hoofde van de uitbaters (Cass. 28 november 1974, *R.W.* 1974-75, 1952) Voor de volledigheid werd gepreciseerd dat ondeelbaarheid ook kan voortvloeien uit een testament.

Het tweede lid van paragraaf 2 herneemt het artikel 1219 van het Burgerlijk Wetboek omdat de paragraaf handelt over de bronnen van ondeelbaarheid. Het volstaat niet om de hoofdelijkheid te bedingen om ook de ondeelbaarheid te bewerkstelligen. Deze laatste moet duidelijk en zeker worden bedongen.

Artikel 5.167

Gevolgen

Deze bepaling herziet op grondige wijze de regels van de artikelen 1222 en 1225 van het Burgerlijk Wetboek over

les effets de l'indivisibilité passive, afin d'assurer une meilleure clarté et une plus grande complétude. La ligne directrice est, en l'occurrence, de procéder à une harmonisation sur la base des effets de la solidarité passive, sans toutefois porter atteinte à la transmissibilité de l'indivisibilité en cas de décès d'un débiteur.

L'alinéa 1^{er} applique *mutatis mutandis* à l'indivisibilité passive les règles de la solidarité passive concernant les effets principaux, l'opposabilité des exceptions, les effets secondaires et la contribution à la dette entre les codébiteurs. La solidarité et l'indivisibilité passives présentent, en effet, les mêmes caractéristiques principales, à savoir l'unité d'objet et la pluralité de liens de droit. La disposition proposée admet toutefois qu'il soit dérogé à la règle lorsque la nature même ou la portée de la prestation concrète indivisible s'oppose à l'application d'un effet déterminé de la solidarité passive.

L'ancien article 1225 du Code civil (qui permet au débiteur poursuivi de demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs) n'est pas repris au motif que le Code judiciaire prévoit la possibilité pour une partie au procès de citer quelqu'un en intervention (artt. 811 et sv. C. jud.).

Les effets principaux sont similaires (voir l'ancien art. 1222 C. civ. et l'art. 1320, al. 2, C. civ. fr.): le créancier a le droit de choisir le(s) débiteur(s) qu'il poursuit et tous les codébiteurs sont libérés par le paiement effectué par l'un d'eux. La doctrine admet que les principaux effets de l'indivisibilité passive, à l'exception de la transmission aux ayants cause universels, soient similaires à ceux de la solidarité passive au motif que les débiteurs sont, dans les deux cas, tenus au même objet (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 306, n° 306; M. FONTAINE, "Des diverses espèces d'obligations. Livre III – Titre III – Chapitre IV", *J.T.* 2004, 297; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, n° 1266).

La disposition de l'article 5 161, § 1^{er}, alinéa 2, est également rendue applicable à l'indivisibilité passive (et déroge ainsi, pour la clause indemnitaire, à l'art. 1232 C. civ. qui n'est pas repris). Il n'y a en effet aucune raison de faire de différence, à plus forte raison lorsque l'indivisibilité est conventionnelle (en ce dernier sens: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 300, n° 295/B/2°; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 90, n° 21).

L'applicabilité des *effets secondaires* de la solidarité passive à l'indivisibilité passive a déjà été démontrée de

de gevolgen van de passieve ondeelbaarheid, met het oog op meer duidelijkheid en volledigheid. Afstemming op de gevolgen van de passieve hoofdelijkheid, is hier de krachtlijn, zonder evenwel afbreuk te doen aan de vererving van de ondeelbaarheid in geval van overlijden van een schuldenaar.

Het eerste lid maakt de regels van de passieve hoofdelijkheid inzake de hoofdgevolgen, de tegenwerpelijheid van de excepties, de bijkomende gevolgen en de bijdrage tot de schuld tussen de medeschuldenaars van overeenkomstige toepassing op de passieve ondeelbaarheid. De passieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid hebben immers dezelfde hoofdkenmerken, met name de eenheid van voorwerp en de veelheid van rechtsbanden. De voorgestelde bepaling aanvaardt evenwel dat men van de regel zou afwijken wanneer de eigen aard of de strekking van de concrete ondeelbare prestatie zich zou verzetten tegen de toepassing van een bepaald gevolg van de passieve hoofdelijkheid.

Het oude artikel 1225 van het Burgerlijk Wetboek (dat de aangesproken schuldenaar toelaat een uitstel te vragen om zijn medeschuldenaars in de zaak te betrekken) wordt niet overgenomen om reden dat het Gerechtelijk Wetboek in de mogelijkheid voorziet dat een procespartij iemand in tussenkomst kan dagvaarden (artt. 811 e.v. Ger.W.).

De belangrijkste hoofdgevolgen zijn gelijklopend (zie oud art. 1222 BW en art. 1320, lid 2, C.civ.fr.): de schuld-eiser heeft het recht om de schuldenaar(s) te kiezen die hij aanspreekt en alle medeschuldenaars zijn bevrijd door de betaling van een onder hen. De doctrine aanvaardt dat de hoofdgevolgen van de passieve ondeelbaarheid, op de vererving door algemene rechtsopvolgers na, gelijk lopen met die van de passieve hoofdelijkheid om reden dat de schuldenaars in beide gevallen tot hetzelfde voorwerp zijn gehouden (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 306, nr. 306; M. FONTAINE, "Des diverses espèces d'obligations. Livre III – Titre III – Chapitre IV", *J.T.*, 2004, 297; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, nr. 1266).

Ook de bepaling van artikel 5 161, § 1, tweede lid, wordt toepasselijk gemaakt op de passieve ondeelbaarheid (en wijkt dus, voor het schadebeding, af van art. 1232 BW dat niet hernomen wordt). Er is immers geen reden om een verschil te maken, zeker niet wanneer de ondeelbaarheid conventioneel is (in deze laatste zin: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 300, nr. 295/B/2°; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 90, nr. 21).

De toepasbaarheid van de *bijkomende gevolgen* van de passieve hoofdelijkheid op de passieve ondeelbaarheid

manière convaincante (P. WÉRY, II, 2016, p. 443-445, n^{os} 474-475). C'est d'ailleurs déjà le cas pour l'interruption de la prescription par le créancier à l'encontre d'un seul débiteur: celle-ci vaut contre tous, conformément à l'article 2249, alinéa 2, du Code civil. Par extension, il en va de même pour tous les actes conservatoires (S. STIJNS, 2, 2009, n^o 46; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 552; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1852, n^o 1265-1266).

Mais les autres effets secondaires peuvent également s'appliquer dans le cadre de l'indivisibilité passive. Ainsi, la mise en demeure d'un seul débiteur doit également avoir des effets à l'encontre des codébiteurs (comme le fait que les intérêts moratoires courent) (estime cela plus logique: H. DE PAGE, III, 1967, p. 306, n^o 306). La faute d'un débiteur demeurerait à ce jour sans effet pour les codébiteurs indivisibles qui pouvaient même invoquer la force majeure pour être libérés étant donné qu'il s'agissait de la faute d'un "tiers" duquel ils n'étaient pas garants. Ces différences avec la solidarité passive ne sont toutefois plus justifiables objectivement (P. WÉRY, II, 2016, p. 443, n^o 474).

La communauté d'intérêts et la représentation mutuelle ne seraient présents qu'entre les codébiteurs solidaires, et non dans le cas d'indivisibilité. Ce point de vue est peu convaincant (P. WÉRY, II, 2016, p. 420, n^{os} 445 et p. 443-445, n^o 474-475. Voir également d'une manière générale sur la fiction de la communauté d'intérêts: M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 142-144, n^{os} 59 et 60-61). Une prestation indivisible peut tout autant faire naître une communauté d'intérêts, alors que les codébiteurs peuvent également avoir des intérêts divergents dans le cadre de la solidarité passive. Les effets secondaires sont essentiellement reconnus afin de renforcer la position du créancier et de faciliter le recouvrement de sa créance. Aucune raison sérieuse ne peut expliquer pourquoi ces effets secondaires ne s'avèreraient pas tout aussi bénéfiques pour le créancier dans le cadre de l'indivisibilité passive.

Le régime d'opposabilité des exceptions est en grande partie analogue à celui de la solidarité passive (en ce sens: P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, n^o 1266; P. WÉRY, II, 2016, n^o 475). Les *exceptions communes* peuvent évidemment être invoquées par tous les débiteurs à l'encontre du créancier, comme c'est le cas pour la solidarité passive. Ainsi, les exceptions tirées des motifs de nullité, de suspension ou d'extinction de l'obligation sont communes à l'ensemble des codébiteurs (voir le commentaire de l'article 5 162).

werd reeds op overtuigende wijze aangetoond (P. WÉRY, II, 2016, p. 443-445, nrs. 474-475). Dit is trouwens reeds het geval voor de stuiting van de verjaring door de schuldeiser jegens één schuldenaar: zij geldt jegens allen krachtens artikel 2249, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek. Bij uitbreiding geldt dit voor alle daden van behoud (S. STIJNS, 2, 2009, nr. 46; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 552; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1852, nr. 1265-1266).

Maar ook de andere bijkomende gevolgen kunnen gelden bij passieve ondeelbaarheid. Zo moet de ingebrekestelling van één schuldenaar ook gevolgen hebben jegens de medeschuldenaars (zoals het lopen van de moratoire interesten) (vindt dit logischer: H. DE PAGE, III, 1967, p. 306, nr. 306). De fout van één schuldenaar bleef op vandaag zonder gevolg voor de ondeelbare medeschuldenaars die zelfs overmacht konden invoeren om bevrijd te worden vermits het zou gaan om de fout van een "derde" voor wie zij niet instaan. Deze verschillen met de passieve hoofdelijkheid zijn nochtans niet meer objectief te verantwoorden (P. WÉRY, II, 2016, p. 443, nr. 474).

Het argument van de gemeenschap van belangen en de daaruit voortvloeiende zogenaamde onderlinge vergoeding, zouden enkel aanwezig zijn tussen de medeschuldenaars bij de passieve hoofdelijkheid, en niet bij passieve ondeelbaarheid. Deze zienswijze overtuigt niet (P. WÉRY, II, 2016, p. 420, nrs. 445 en p. 443-445, nrs. 474-475. Zie ook in het algemeen over de fictie van belangengemeenschap: M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 142-144, nrs. 59 en 60-61). Een ondeelbare prestatie kan evenzeer een gemeenschap van belangen wekken, terwijl de medeschuldenaars bij passieve hoofdelijkheid ook tegengestelde belangen kunnen hebben. De bijkomende gevolgen zijn in hoofdzaak erkend om de positie van de schuldeiser te verstevigen en de inning van zijn schuldvordering te vergemakkelijken. Er is geen ernstige reden waarom dit niet evenzeer ten goede zou komen van de schuldeiser bij passieve ondeelbaarheid.

Het regime van de tegenwerpbaarheid van *excepties* loopt grotendeels gelijk met de passieve hoofdelijkheid (in die zin: P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, nr. 1266; P. WÉRY, II, 2016, nr. 475). De *gemeenschappelijke excepties* kunnen uiteraard door alle schuldenaars worden ingeroepen tegen de schuldeiser, net als bij de passieve hoofdelijkheid. Zo zijn de *excepties* geput uit de gronden van nietigheid, schorsing of uitdoving van de verbintenis, gemeen aan alle medeschuldenaars (zie toelichting bij art. 5 162).

Un même traitement est également appliqué aux *exceptions purement personnelles*: seul le débiteur disposant de l'exception personnelle peut l'invoquer, sans que cela n'ait la moindre incidence sur ses codébiteurs. C'est, par exemple, le cas d'un délai de grâce, d'un terme ou d'une condition accordés à un seul débiteur, ou d'une incapacité dans le chef d'un seul débiteur.

Les règles relatives aux *exceptions simplement personnelles* proposées pour la solidarité passive en matière de remise de dette personnelle et de confusion peuvent également s'appliquer en l'espèce. En droit actuel, la doctrine qualifie d'exception "purement" personnelle la remise de dette personnelle faite à un débiteur avec réserve expresse à l'encontre des codébiteurs dans le cadre de l'indivisibilité passive, alors qu'une telle remise de dette est considérée, dans le cadre de la solidarité passive, comme une exception simplement personnelle. Cela signifie concrètement qu'en cas d'indivisibilité, le créancier a encore la possibilité de revendiquer la totalité de sa créance auprès des codébiteurs indivisibles, alors que, s'il s'agit de codébiteurs solidaires, le créancier doit déduire de sa créance la part du débiteur ayant bénéficié de la remise (P. WÉRY, II, 2016, p. 753, n° 832). Cette différence de traitement est difficilement justifiable.

Enfin, les règles de la solidarité passive en rapport avec la *contribution à la dette* et auecours contributoire s'appliqueront également *mutatis mutandis* en l'espèce. Le débiteur qui s'est acquitté de la totalité de la prestation dispose de ce que l'on appelle un "recours contributoire": il peut poursuivre les codébiteurs pour obtenir la division de la dette selon leur part respective et procéder avec eux au décompte (voir notamment l'art. 1225, *in fine* C. civ. et l'art. 1320C. civ. fr. Voir également: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 305, n° 304 et p. 308, n° 309; P. WÉRY, II, 2016, p. 445, n° 476).

Il avait déjà été signalé que les règles concernant le recours du *solvens*, applicables dans le cadre de la solidarité passive, pouvaient être appliquées à l'indivisibilité passive (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1853, n° 1267).

Des adaptations résultant de la nature même ou de la portée de l'obligation indivisible ne sont toutefois pas exclues. Si le débiteur a fourni une prestation qui s'avère indivisible par sa nature, les codébiteurs de celui-ci doivent alors lui payer une indemnité proportionnelle à leur part dans la valeur de la prestation fournie (S. STIJNS, 2, 2009, n° 47; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 553; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, f. mob., p. 92, n° 24).

Ook voor de zuiver persoonlijke excepties geldt eenzelfde behandeling: enkel de schuldenaar die over de persoonlijke exceptie beschikt, kan deze invoeren, zonder dat dit enige weerslag heeft op zijn co-debiteurs. Dit is het geval voor bijvoorbeeld van een respijttermijn, een persoonlijk toegekende tijdsbepaling of voorwaarde, een handelingsonbekwaamheid in hoofde van één schuldenaar.

De regels voor de gewoon persoonlijke excepties die voor de passieve hoofdelijkheid zijn voorgesteld inzake persoonlijke kwijtschelding van schuld en schuldvermenging, kunnen ook hier toepassing vinden. In het huidige recht kwalificeert de doctrine de persoonlijke kwijtschelding van een schuldenaar met uitdrukkelijk voorbehoud jegens de medeschuldenaars bij passieve ondeelbaarheid als een "zuiver" persoonlijke exceptie, terwijl een dergelijke kwijtschelding bij passieve hoofdelijkheid een "gewoon" persoonlijke exceptie betreft. Concreet betekent dit dat bij ondeelbaarheid de schuld-eiser zijn gehele schuldvordering nog kan opeisen bij de ondeelbare medeschuldenaars, terwijl hij bij hoofdelijke co-debiteurs het aandeel van de kwijtgescholden schuldenaar in mindering moet brengen van zijn schuldvordering (P. WÉRY, II, 2016, p. 753, nr. 832). Dit verschil in behandeling is moeilijk te verantwoorden.

Ten slotte zullen ook de regels van de passieve hoofdelijkheid in verband met de *contributio* en het verhaalsrecht hier van overeenkomstige toepassing zijn. De schuldenaar die de gehele prestatie voldeed, heeft een zogenaamd "contributoir verhaal": hij kan de medeschuldenaars aanspreken om de schuld te verde-len volgens hun aandeel en met hen af te rekenen (zie bv. art. 1225, *in fine* BW en art. 1320 C.civ.fr. Zie ook: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 305, nr. 304 en p. 308, nr. 309; P. WÉRY, II, 2016, p. 445, nr. 476).

Men merkte reeds op dat de regels inzake het verhaal van de *solvens* die gelden bij de passieve hoofdelijkheid, bij de passieve ondeelbaarheid toepassing kunnen vinden (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1853, nr. 1267).

Aanpassingen die voortvloeien uit de eigen aard of strekking van de ondeelbare verbintenis, zijn evenwel niet uitgesloten. Presteerde de schuldenaar een prestatie die uit haar aard ondeelbaar is, dan moeten zijn co-debiteurs hem een vergoeding betalen in verhouding tot hun aandeel in de waarde van de geleverde prestatie (S. STIJNS, 2, 2009, nr. 47; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 553; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., p. 92, nr. 24).

Le paragraphe 2 confirme que l'indivisibilité passe aux héritiers des débiteurs prédécédés. La transmission constitue la principale différence avec la solidarité passive (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 198-299, n° 295 et p. 306, n° 306). La disposition proposée confirme l'article 1223 du Code civil. La transmission a également été maintenue dans des codifications récentes (voir art. 1320, al. 3, C. civ. fr. et art. 6: 6, al. 3, NBW (où cela ne doit toutefois pas être stipulé)). Cet effet de l'indivisibilité explique également pourquoi des parties stipulent souvent que les débiteurs sont tenus "solidairement et indivisiblement".

Section 4

Les obligation in solidum

Article 5.168

Définition

Cette section régit, par de nouvelles dispositions, la troisième dérogation au principe de la division qui s'applique en cas de pluralité de débiteurs. Elle traduit la conception majoritaire en vigueur dans la jurisprudence et la doctrine.

L'article reconnaît l'"obligation *in solidum*" et entend fournir une base légale aux diverses situations dans lesquelles une 'obligation pour le tout est admise, *hors cas de solidarité ou d'indivisibilité passive*. La définition demeure délibérément large, dès lors qu'il existe des sources très diverses qui ne peuvent être regroupées aisément sous un seul dénominateur.

L'"obligation *in solidum*" est admise depuis longtemps déjà par une jurisprudence constante de la Cour de cassation (voy.: Cass., 15 février 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 677-678, concl. av. gén. F. DUMON, *Pas.*, 1974, 632, *R.W.*, 1973-74, 1732, avec concl. av. gén. F. DUMON, *R.C.J.B.*, 1975, 229, note J.-L. FAGNART. Voy. plus tôt déjà: Cass., 2 avril 1936, *Pas.*, 1936, 209; Cass., 10 juillet 1952, *Arr. Cass.*, 1952, 650 et *Pas.*, 1952, 738) et est largement reconnue dans la doctrine (p. ex. P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1853-1856, nos 1268-1269; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, mob., p. 182, n° 26; P. WÉRY, II, 2016, p. 447, n° 477). Elle offre une partie des avantages de la solidarité passive dans les situations où le législateur n'a pas instauré la solidarité et où le créancier concerné n'a pas eu non plus l'opportunité d'établir la solidarité passive.

Paragraaf 2 bevestigt dat de ondeelbaarheid overgaat op de erfgenamen van de vooroverleden ondeelbaar verbonden schuldenaars. De vererving vormt het belangrijkste verschilpunt met de passieve hoofdelijkheid (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 198-299, nr. 295 en p. 306, nr. 306). De voorgestelde bepaling bevestigt artikel 1223 van het Burgerlijk Wetboek. De vererving is trouwens behouden in recente codificaties (zie art. 1320, lid 3, C.civ.fr. en art. 6: 6, lid 3, NBW (waar het evenwel moet worden bedongen)). Dit gevolg van ondeelbaarheid verklaart ook waarom partijen vaak bedingen dat de schuldenaars "hoofdelijk en ondeelbaar" zijn verbonden.

Afdeling 4

Verbintenissen in solidum

Artikel 5.168

Definitie

Deze afdeling regelt met nieuwe bepalingen de derde afwijking van het beginsel van de verdeling dat geldt bij pluraliteit van schuldenaars. Zij verwoordt de meerderheidsopvatting in de rechtspraak en de rechtsleer.

Het artikel erkent de zogenaamde "verbintenis *in solidum*" en wil een wettelijke basis geven aan de uiteenlopende situaties waarin een "gehoudenheid voor het geheel" wordt aanvaard, *buiten een geval van passieve hoofdelijkheid of ondeelbaarheid*. De definitie blijft bewust breed omdat er zeer diverse bronnen bestaan die zich niet gemakkelijk onder één noemer laten vatten.

De "verbintenis *in solidum*" is al langer aanvaard door een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie (zie: Cass. 15 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 677-678, concl. Adv. Gen. F. DUMON, *Pas.* 1974, 632, *R.W.*, 1973-74, 1732, met concl. Adv. Gen. F. DUMON, *R.C.J.B.* 1975, 229, noot J.-L. FAGNART. Eerder al: Cass. 2 april 1936, *Pas.* 1936, 209; Cass. 10 juli 1952, *Arr. Cass.* 1952, 650 en *Pas.* 1952, 738) en is breed erkend in de doctrine (bv. P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1853-1856, nrs. 1268-1269; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., p. 182, nr. 26; P. WÉRY, II, 2016, p. 447, nr. 477). Zij biedt een deel van de voordelen van de passieve hoofdelijkheid in situaties waar de wetgever de hoofdelijkheid niet heeft ingevoerd en waar de betrokken schuldeiser evenmin de kans kreeg om de passieve hoofdelijkheid vast te leggen.

L'hypothèse principale est celle des *fautes concurrentes* – pouvant engager une responsabilité extracontractuelle ou contractuelle – de différents auteurs du dommage ayant chacun nécessairement contribué au dommage concret. Grâce à l'obligation *in solidum*, la victime a la possibilité de réclamer, au choix, à chaque débiteur (l'auteur, le civilement responsable, ...) la totalité des dommages-intérêts, sans pouvoir bien entendu obtenir plus d'une fois la réparation de son dommage.

Ainsi, les parents et l'instituteur, les gardiens d'une même chose (Cass., 15 septembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 39, *Pas.* 1984, 36, *R.C.J.B.*, 1985, 577, note R. KRUIHOF), l'État et l'organe personnellement responsable (Cass., 17 juin 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1305, *Pas.*, 1982, 1221, *R.C.J.B.*, 1986, 680, note L. CORNELIS), peuvent, dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, être tenus *in solidum* envers la victime.

En réponse aux observations du Conseil d'État, la disposition originale a été clarifiée et il est précisé que l'on peut en effet concevoir une condamnation *in solidum* à la réparation en nature à la charge de plusieurs responsables.

L'obligation *in solidum* est aussi admise lorsque les fautes concurrentes représentent des manquements à des obligations *contractuelles*, découlant d'un même contrat ou de différents contrats (Cass., 15 février 1974, *op. cit.*; J.-L. FAGNART, "L'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle", *R.C.J.B.*, 1975, (233), n^{os} 12-13). Ainsi, un architecte et un entrepreneur, un chirurgien et un hôpital ou encore des vendeurs successifs peuvent être responsables *in solidum* (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Les ventes en chaîne, la responsabilité *in solidum*" et le recours contributoire: une coexistence difficile", *R.C.J.B.*, 1996, 37 et suiv.). Une faute peut être contractuelle et l'autre, extracontractuelle (comme en cas de tierce complicité de la violation fautive d'un contrat).

L'obligation *in solidum* vise souvent à donner une garantie particulière au créancier (voy. en ce sens, en cas d'actes fautifs: Cass., 17 octobre 2014, AR n^o C.13 0452.N.) – devant assurer son paiement rapide et déplacer le risque d'insolvabilité vers les codébiteurs (M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Bruges, die Keure, 2015, p. 77-79, n^{os} 97-99 et nombreuses réf.; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 181-182, n^{os} 23-26).

De belangrijkste bron zijn *samenlopende fouten* – die kunnen leiden tot buitencontractuele, contractuele, foutloze of wettelijke aansprakelijkheid – van onderscheiden schadeveroorzakers elk noodzakelijk hebben bijgedragen tot de concrete schade. Dank zij de verbintenis *in solidum* heeft de benadeelde de mogelijkheid om zich, naar keuze, voor het geheel van de schadevergoeding te keren tegen elke schuldenaar (de dader, zijn burgerrechtelijk verantwoordelijke, ...), zonder uiteraard meer dan eenmaal de vergoeding van zijn schade te kunnen bekomen.

Zo kunnen, in de context van de buitencontractuele aansprakelijkheid, de ouders en de leraar, de bewaarders van eenzelfde voorwerp (Cass. 15 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 39, *Pas.* 1984, 36, *R.C.J.B.* 1985, 577, noot R. KRUIHOF), de Staat en het persoonlijk aansprakelijk orgaan (Cass. 17 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1305, *Pas.* 1982, 1221, *R.C.J.B.* 1986, 680, noot L. CORNELIS), *in solidum* gehouden zijn jegens het slachtoffer uit hoofde van hun onderscheiden onrechtmatige daden.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, is de oorspronkelijke bepaling verduidelijkt en wordt gepreciseerd dat een veroordeling van meerdere aansprakelijken *in solidum* tot herstel in natura mogelijk is.

Ook wanneer de samenlopende fouten tekortkomingen uitmaken aan *contractuele* verbintenissen, voortvloeiend uit eenzelfde contract of uit onderscheiden contracten, wordt de *in solidum* verbintenis aanvaard (Cass. 15 februari 1974, *gecit.*; J.-L. FAGNART, "L'obligation *in solidum* dans la responsabilité contractuelle", *R.C.J.B.* 1975, (233), nrs. 12-13). Zo kunnen architect en aannemer, een chirurg en een ziekenhuis of nog, opeenvolgende verkopers *in solidum* aansprakelijk zijn (A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Les ventes en chaîne, la responsabilité *in solidum*" et le recours contributoire: une coexistence difficile", *R.C.J.B.* 1996, 37 e.v.). De ene fout mag ook contractueel zijn en de andere buitencontractueel (zoals bij derde-medeplichtigheid aan contractbreuk).

De *in solidum* verbintenis strekt vaak tot het geven van een bijzondere waarborg aan de schuldeiser (in die zin bij onrechtmatige daden: Cass. 17 oktober 2014, AR nr. C.13 0452.N.) – die zijn vlotte betaling moet verzekeren en het risico van insolvabiliteit moet verleggen naar de co-debiteurs (M. VANDENBOGAERDE, *Pluraliteit van schuldenaars bij verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2015, p. 77-79, nrs. 97-99 en talrijke ref.; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 181-182, nrs. 23-26).

La jurisprudence reconnaît, en outre, l'obligation *in solidum*, en dehors du droit de la responsabilité, par exemple entre le délégant et le débiteur délégué à l'égard du créancier/délégataire, entre l'auteur d'un accident et l'assureur qui couvre la responsabilité civile de l'auteur à l'égard de la victime, chaque fois que celle-ci a une action directe à l'encontre de l'assureur (voy. par exemple art. 150 de la loi relative aux assurances), entre les cofidéjusseurs non solidaires d'un même débiteur pour une même dette à l'égard du créancier.

Enfin, il existe diverses dispositions légales qui imposent une obligation *in solidum*. C'est une des raisons pour lesquelles la proposition garde cette dénomination latine (p. ex. art. 15 de l'arrêté royal du 7 mars 2013 fixant les conditions auxquelles une intervention de l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités peut être accordée pour la fourniture d'avis médicaux consécutive à une demande individuelle pour une fin de vie choisie par le patient lui-même; art. 8 de la convention collective de travail n° 32*bis* conclue le 7 juin 1985 au sein du Conseil national du travail, concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite; art. 119 du Code de l'Enseignement supérieur; art. 9 de l'annexe 1 à l'arrêté du 10 septembre 1998 du gouvernement wallon fixant les mesures d'accompagnement relatives aux locataires d'habitations situées dans la première zone (zone A) du plan d'exposition au bruit des aéroports relevant de la Région wallonne).

Article 5.169

Effets

L'alinéa 1^{er} régit les effets principaux et l'opposabilité des exceptions dans le rapport de l'obligation à la dette, les effets sur le plan de la contribution de la dette, ainsi que l'effet du décès de l'un des codébiteurs. Pour toutes ces questions, les effets de la solidarité passive peuvent, en principe, être repris. C'est la raison pour laquelle les articles sur la solidarité passive sont déclarées applicables par analogie

Le premier alinéa comporte toutefois une nuance en tenant compte de la possibilité que l'application des règles de la solidarité passive soit "*incompatible avec la nature ou la portée, ou avec le régime propre de l'obligation*". La solidarité passive se caractérise, en effet, par l'unité d'objet et la pluralité de liens de droit,

Daarnaast erkent de rechtspraak de gehoudenheid *in solidum* buiten het aansprakelijkheidsrecht, zoals tussen de delegans en de gedelegeerde schuldenaar jegens de schuldeiser/delegataris; tussen de dader van een ongeval en de verzekeraar die de burgerlijke aansprakelijkheid van de dader dekt jegens het slachtoffer telkens deze een rechtstreekse vordering heeft tegen de verzekeraar (zie bv. art. 150 W.Verz.); tussen niet-hoofdelijke medeborgen van eenzelfde schuldenaar voor eenzelfde schuld jegens de schuldeiser.

Ten slotte zijn er diverse wettelijke bepalingen die een *in solidum* verbintenis opleggen. Dit is een van de redenen waarom het voorstel de latijnse naam behoudt (bv. art. 15 KB van 7 maart 2013 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder een tegemoetkoming van de verplichte verzekering geneeskundige verzorging en uitkeringen mag worden verleend voor het verstrekken van medisch advies naar aanleiding van een individueel verzoek voor een zelfgekozen levenseinde"; art. 8 CAO nr. 32*bis*, gesloten op 7 juni 1985 in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement; art. 119 Codex Hoger Onderwijs; art. 9 van Bijlage 1 bij het Besluit van 10 september 1998 van de Waalse regering tot bepaling van de begeleidingsmaatregelen voor de eerste zone van het plan m.b.t. de blootstelling aan geluidshinder (zone A) van de luchthavens die onder het Waalse Gewest ressorteren).

Artikel 5.169

Gevolgen

Het eerste lid regelt de hoofdgevolgen en de tegenwerpelijke van de excepties in de *obligatio*-verhouding, de gevolgen op het vlak van de *contributio* van *in solidum* gehouden schuldenaars, alsook het gevolg van het overlijden van een van de medeschuldenaars. Voor al deze aspecten kunnen de gevolgen van de passieve hoofdelijkheid in beginsel overgenomen worden. Om die reden worden de artikelen over de passieve hoofdelijkheid in deze kettingsbepaling van overeenkomstige toepassing verklaard.

Toch bevat het eerste lid een nuancering door rekening te houden met de mogelijkheid dat de toepassing van de regels van de passieve hoofdelijkheid "*onverenigbaar zou zijn met de aard of de strekking, of het eigen regime van de verbintenis*". De passieve hoofdelijkheid is immers gekenmerkt door de eenheid van voorwerp

alors que l'obligation *in solidum* comporte une pluralité d'objets et de liens de droit.

La source (différentes fautes concurrentes, différentes obligations contractuelles, le régime propre d'une figure juridique selon lequel plusieurs débiteurs sont tenus, au moins en partie, à la même prestation), la nature (responsabilité délictuelle, contractuelle, sans faute ou légale; fautes avérées ou présumées) ainsi que le montant et l'importance de l'obligation de chacun peuvent varier (J.-L. FAGNART, "L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle", *R.C.J.B.*, 1975, (233), 243; S. STIJNS, 2, 2009, p. 50, n° 72; P. WÉRY, II, 2016, p. 449, n° 479).

C'est également en raison de cette distinction que l'alinéa 2 ne déclare pas applicables les effets secondaires de la solidarité passive en cas d'obligation *in solidum* (voy. plus loin).

L'article proposé reflète l'état du droit en vigueur et tient, dès lors, compte d'éventuelles nuances ponctuelles.

Il est généralement admis que les *effets principaux* de la solidarité passive s'appliquent ici, *en ce compris l'opposabilité d'exceptions* (Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, 2114 et *R.W.*, 2012-13, 658, note B. Van den Bergh (novation); Cass., 27 janvier 1936, *Pas.*, 1936, 131). La doctrine défend, elle aussi, ce point de vue (p. ex. avocat général F. DUMON, concl., Cass., 15 février 1974, *R.W.*, 1973-74, 1718; J.-L. FAGNART, "L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle", *R.C.J.B.*, 1975, (233), n° 8; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, n° 135; C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, "L'obligation solidaire", in *Traité théorique et pratique. Obligations*, Kluwer, 2007, III.3.5-7 et 4; J. MATTHIJS, "Solidarité et obligation in solidum", *R.C.J.B.*, 1951, (184), n°s 1, 5 et 7; S. STIJNS, 2, 2009, p. 50, n° 72; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 565; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1862, n° 1274/4°-5°; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 183-186 et 188, n°s 28-32 et n° 39; P. WÉRY, II, 2016, p. 451, n°s 481/4). Des régimes spécifiques peuvent toutefois y déroger, comme dans le cas des cautions non solidaires (P. WÉRY, II, 2016, p. 451, n° 481).

En ce qui concerne l'*opposabilité des exceptions*, chaque débiteur peut invoquer des exceptions communes, telles que le paiement, la compensation et la *novation* (voy. en ce sens pour cette dernière: Cass., 29 septembre 2011, *op. cit.*). Des exceptions purement personnelles sont également envisageables (telles qu'un délai qui n'a été accordé qu'à un débiteur ou un délai

en de pluralité van rechtsbanden, terwijl men bij een verbintenis *in solidum* te maken krijgt met een pluraliteit van voorwerpen én van rechtsbanden.

Zowel de bron (onderscheiden samenlopende fouten, verschillende contractuele verbintenissen, de werking van een rechtsfiguur waarbij meerdere schuldenaars minstens voor een deel tot dezelfde prestatie zijn verbonden), als de aard (delictuele, contractuele, foutloze of wettelijke aansprakelijkheid; bewezen of vermoede fouten) en het bedrag en omvang van ieders verbintenis kan verschillen (J.-L. FAGNART, "L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle", *RCJB* 1975, (233), 243; S. STIJNS, 2, 2009, p. 50, nr. 72; P. WÉRY, II, 2016, p. 449, nrs. 479).

Het is ook omwille van dit onderscheid dat het tweede lid de bijkomende gevolgen van de passieve hoofdelijkheid niet van toepassing verklaart bij de gehoudenheid *in solidum* (zie verder).

Het voorgestelde artikel geeft de stand weer van het geldend recht en houdt dus rekening met mogelijke, punctuele nuanceringsen.

Het is algemeen aanvaard dat de *hoofdgevolgen* van de passieve hoofdelijkheid hier toepassing vinden, *met inbegrip van de tegenwerpelijkheid van excepties* (Cass. 29 september 2011, *Pas.* 2011, 2114 en *R.W.* 2012-13, 658, noot B. Van den Bergh (over schuldvernieuwing); Cass. 27 januari 1936, *Pas.* 1936, 131). Ook de doctrine verdedigt dit uitgangspunt (zo bv.: Adv.-gen. F. DUMON, concl. bij Cass. 15 februari 1974, *R.W.* 1973-74, 1718; J.-L. FAGNART, "L'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle", *R.C.J.B.* 1975, (233), nr. 8; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, nr. 135; C. EYBEN en D.-E. PHILIPPE, "L'obligation solidaire", in *Traité théorique et pratique. Obligations*, Kluwer, 2007, III.3.5-7 en 4; J. MATTHIJS, "Solidarité et obligation in solidum", *R.C.J.B.*, 1951, (184), nrs. 1, 5 en 7; S. STIJNS, 2, 2009, p. 50, nr. 72; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 565; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1862, nr. 1274/4°-5°; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 183-186 en 188, nrs. 28-32 en nr. 39; P. WÉRY, II, 2016, p. 451, nr. 481/4). Specifieke regimes kunnen hier evenwel van afwijken, zoals bij de niet-hoofdelijke borgen (P. WÉRY, II, 2016, p. 451, nr. 481).

Wat de *tegenwerpelijkheid van de excepties* betreft, kan elke debiteur gemeenschappelijke excepties inroepen, zoals betaling, schuldvergelijking en *novatio* (in die zin voor dit laatste: Cass. 29 september 2011, *gecit.*). Ook zuiver persoonlijke excepties zijn denkbaar (zoals een termijn die enkel aan één schuldenaar is toegekend of een verjaringstermijn eigen aan zijn schuld). Zij vloeien

de prescription propre à sa dette). Elles découlent de la nature ou du régime spécifique de la dette propre et seront plus nombreuses que les exceptions communes (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1862, n° 1274/4°; P. WÉRY, II, 2016, p. 452, n° 482).

Les règles relatives aux conséquences favorables des exceptions simplement personnelles, telles que la confusion et la remise de dette, sur les codébiteurs solidaires qui voient leur dette réduite de la part du débiteur bénéficiant de cette exception, s'appliquent en principe également à l'obligation *in solidum* (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1862-1863, n° 1274/5; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 184, n° 30; P. WÉRY, II, 2016, p. 453, n° 482-2). Mais la proposition considère que des nuances peuvent découler de la nature propre de l'obligation ou du régime propre de celle-ci. La Cour de cassation (Cass., 17 octobre 2014, AR C.13 0452.N, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2015, 518, note A. DE BOECK et *R.W.*, 2014-15, 1583, note G. HEIRMAN) a ainsi donné une interprétation stricte de l'ancien article 1285, alinéa 1^{er}, du Code civil: la présomption de remise de dette au profit de tous les codébiteurs lorsque le créancier accorde une remise de dette à l'un d'entre eux sans réserve contre les autres ne pourrait être étendue à l'obligation *in solidum*. La proposition reformule l'article 1285 (voy. plus haut art. 5 162, § 2) et le rend applicable à l'obligation *in solidum*.

Si la remise de dette contient une réserve des droits du créancier, il est d'ailleurs équitable que les codébiteurs puissent déduire de la dette la part du débiteur ayant bénéficié de la remise (p. ex. R. STEENNOT, "Kwijtschelding van schuld", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2012, p. 4-5; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1863 et p. 2290, n° 1274/5° et 1605; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op.cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 188, n° 30; P. WÉRY, II, 2016, p. 453-454, n° 482-3). Cela se fonde sur le principe selon lequel le créancier ne peut aggraver la situation des codébiteurs sans leur consentement. C'est pour la même raison que la remise de dette sans réserve tiendra lieu de remise générale.

Les effets secondaires de la solidarité passive ne sont, en revanche, pas d'application à l'obligation *in solidum* (Cass., 17 novembre 2006, *T.R.V.*, 2007, 138; Cass., 30 avril 2007, *R.W.*, 2009-10, 1306 (sur la mise en demeure); Cass., 20 mai 2010, *Arr. Cass.*, 2010, 1456 et *Pas.*, 2010, 1570 (sur l'interruption de la prescription)), sauf dérogations légales (p. ex. art. 89, § 4, de la loi relative aux assurances) ou contractuelles. La doctrine est unanime à ce sujet. Les effets secondaires qui se justifient en cas de solidarité passive en raison de l'unité

voort uit de aard of het specifieke regime van de eigen schuld en zullen talrijker zijn dan de gemeenschappelijke excepties (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1862, nr. 1274/4°; P. WÉRY, II, 2016, p. 452, nr. 482).

De regels over de gunstige weerslag van gewoon persoonlijke excepties, zoals schuldvermenging en kwijtschelding van schuld, op de hoofdelijke medeschuldnaars die hun schuld verminderd zien met het aandeel van de debiteur die van die exceptie geniet, gelden in beginsel ook bij de *in solidum*-verbintenis (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1862-1863, nr. 1274/5; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 184, nr. 30; P. WÉRY, II, 2016, p. 453, nr. 482-2). Maar het voorstel houdt ermee rekening dat nuances kunnen voortvloeien uit de eigen aard van de verbintenis of van haar eigen regime. Zo nam het Hof van Cassatie (Cass. 17 oktober 2014, AR C.13 0452.N, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 2015, 518, noot A. DE BOECK en *R.W.* 2014-15, 1583, noot G. HEIRMAN) een strikte interpretatie aan van het oude artikel 1285, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek: het vermoeden van kwijtschelding aan alle medeschuldnaars wanneer de schuldeiser één onder hen kwijtscheldt zonder voorbehoud tegenover de anderen, zou niet kunnen uitgebreid worden tot de verbintenis *in solidum*. Het voorstel herformuleert artikel 1285 (zie hoger art. 5 162, § 2) en maakt het toepasselijk bij een verbintenis *in solidum*.

Bevat de kwijtschelding een voorbehoud van de rechten van de schuldeiser, is het trouwens billijk dat de medeschuldnaars het aandeel van de kwijtscholden schuldenaar in mindering van de schuld kunnen brengen (zo bv.: R. STEENNOT, "Kwijtschelding van schuld", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2012, p. 4-5; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1863 en p. 2290, nrs. 1274/5° en 1605; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 188, nr. 30; P. WÉRY, II, 2016, p. 453-454, nr. 482-3). Het is gesteund op het beginsel dat de schuldeiser de situatie van de medeschuldnaars niet, zonder hun toestemming mag verzwaren. Om dezelfde reden zal de kwijtschelding zonder voorbehoud gelden als een algemene kwijtschelding.

De bijkomende gevolgen van de passieve hoofdelijkheid gelden daarentegen niet bij de gehoudenheid *in solidum* (Cass. 17 november 2006, *T.R.V.* 2007, 138; Cass. 30 april 2007, *R.W.* 2009-10, 1306 (over de ingebrekestelling); Cass. 20 mei 2010, *Arr. Cass.* 2010, 1456 en *Pas.*, 2010, 1570 (over de stuiting van de verjaring)), tenzij afwijkingen bij wet (bv. art. 89, § 4, *W. Verz.*) of contract. De doctrine is hierover eensgezind. De verregaande nevengevolgen die gerechtvaardigd zijn bij passieve hoofdelijkheid omwille van de eenheid van

d'objet se heurtent ici à la pluralité d'objets (C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, "L'obligation solidaire", in *Traité théorique et pratique. Obligations*, Kluwer, 2007, III.3.5-6; S. STIJNS, 2, 2009, p. 50, n° 72; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 565; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1863, n° 1275; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 186, n° 34; P. WÉRY, II, 2016, p. 451 et 454 455/001, n°s 481 et 483).

S'agissant de la situation des héritiers d'un codébiteur tenu *in solidum*, l'article 5 165 de la solidarité passive est applicable. La partie commune des dettes se divise également entre les héritiers d'un débiteur tenu *in solidum* (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1862, n° 1274/1°; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 186, n° 33; P. WÉRY, II, 2016, p. 451, n° 481).

S'agissant de la contribution à la dette, les règles de l'article 5 164 relatives à la solidarité passive s'appliquent, avec toutefois d'éventuelles adaptations. Il est en effet difficile d'établir des règles absolues pour le droit de recours et pour la division concrète de la part contributive de chacun, eu égard aux sources très diverses d'obligations *in solidum* et à leurs régimes spécifiques (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 187 et suiv. – n° 35 et suiv.; P. WÉRY, II, 2016, p. 455 et p. 457, n°s 484 et 485).

En ce qui concerne le droit de recours, on part du principe que le codébiteur qui a payé plus que sa part peut, en règle générale, le récupérer sur les autres (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 187-189, n° 35, 37 et 39; P. WÉRY, II, 2016, p. 458, n° 485). Mais le législateur exclut parfois une action récursoire (ainsi, l'assureur de la responsabilité civile qui a payé la victime sur la base de l'action directe de celle-ci n'a pas de recours contre son assuré, sauf si la loi ou la police le prévoit); en outre, la figure juridique qui est la source de l'obligation *in solidum* a parfois pour caractéristique propre que le *solvens* n'a pas de recours (lorsque le débiteur principal a payé le créancier, il ne peut exercer de recours contre la caution).

Si le *solvens* dispose d'un droit de recours, cela suppose que la dette est divisée entre les codébiteurs, comme en cas de solidarité passive. Il existe également des dérogations (P. WÉRY, II, 2016, p. 457, n° 485). Ainsi, le *solvens* peut récupérer, dans certaines situations, la *totalité de la dette* (lorsqu'une caution non solidaire a payé la dette, elle ne doit pas diviser son recours, mais peut récupérer l'intégralité de la dette sur le débiteur

voorwerp, botsen hier op de pluraliteit van voorwerpen (C. EYBEN en D.-E. PHILIPPE, "L'obligation solidaire", in *Traité théorique et pratique. Obligations*, Kluwer, 2007, III.3.5-6; S. STIJNS, 2, 2009, p. 50, nr. 72; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 565; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1863, nr. 1275; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 186, nr. 34; P. WÉRY, II, 2016, p. 451 en 454 455/001, nrs. 481 en 483).

Wat de erfgenamen van een vooroverleden *in solidum* gehouden medeschuldenaar betreft, is het artikel 5 165 van de passieve hoofdelijkheid van toepassing. Onder erfgenamen van een *in solidum* gehouden schuldenaar is het gemeenschappelijk deel van de schulden evenzeer deelbaar (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1862, nr. 1274/1°; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 186, nr. 33; P. WÉRY, II, 2016, p. 451, nr. 481).

Wat de bijdrage van de medeschuldenaars tot de schuld aangaat, gelden de regels uit artikel 5 164 over de passieve hoofdelijkheid, doch met de mogelijke aanpassingen. Het is immers moeilijk om voor het verhaals- of regresrecht en voor de concrete verdeling van ieders bijdragend aandeel absolute regels vast te leggen, gelet op de zeer uiteenlopende bronnen van verbintenissen *in solidum* en hun specifieke regimes (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 187 e.v., nr. 35 e.v.; P. WÉRY, II, 2016, p. 455 en p. 457, nrs. 484 en 485).

Wat het verhaalsrecht betreft, geldt als uitgangspunt dat wie van de co-debiteurs meer dan zijn aandeel heeft betaald, dit *in de regel* kan verhalen op de anderen (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz.Over. Commentaar*, 2013, p. 187-189, nrs. 35, 37 en 39; P. WÉRY, II, 2016, p. 458, nr. 485). Maar soms sluit de wetgever een regresvordering uit (zo heeft de verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid die het slachtoffer uitbetaalde op basis van diens rechtstreekse vordering, geen verhaal tegen zijn verzekerde, behalve wanneer de wet of de polis daarin voorziet); soms ook is het eigen aan de figuur die bron is van *in solidum* gehoudenheid dat de *solvens* geen verhaal heeft (zo wanneer de hoofdschuldenaar de schuldeiser heeft betaald, kan hij geen verhaal nemen tegen de borg).

Beschikt de *solvens* over een verhaalsrecht, dan veronderstelt dit, zoals bij de passieve hoofdelijkheid, dat de schuld verdeeld wordt tussen de co-debiteurs. Ook hier bestaan afwijkingen (P. WÉRY, II, 2016, p. 457, nr. 485). Zo kan de *solvens* in sommige situaties de *gehele schuld verhalen* (wanneer de niet-hoofdelijke medeborg de schuld voldeed, moet hij zijn verhaal niet verdelen, maar mag hij de volledige schuld verhalen op

principal; une personne qui a indemnisé la victime à la suite d'une présomption de responsabilité peut ainsi exercer une action récursoire contre la personne dont elle répondait).

Section 5

La solidarité et l'indivisibilité entre créanciers

Article 5.170

Définition et source

La solidarité et l'indivisibilité actives sont traitées conjointement dans cette section, vu que ces deux notions ont beaucoup en commun.

Le paragraphe 1^{er} a trait aux caractéristiques et aux sources de la *solidarité active*. Cette dernière survient moins fréquemment dans la pratique que la solidarité passive. Des codifications récentes ont toutefois maintenu cette figure qui entend faciliter le recouvrement d'une dette (ainsi, p. ex., artt. 1311-1312 C.civ.fr.; art. 11.2.1-4 PICC; art. 150 CO et art. III-4: 201 et 206-207 DCFR).

En cas de pluralité de débiteurs et de créanciers dans des contrats, elle constitue souvent aussi le pendant, à l'actif, de la solidarité du côté passif. Des exemples de solidarité active peuvent notamment être trouvés entre les entrepreneurs, partenaires d'une société momentanée, qui stipulent la solidarité active dans le contrat avec le maître de l'ouvrage; entre les titulaires d'un compte bancaire commun assorti d'un pouvoir de signature intégral pour chaque titulaire (*comptes joints*), afin que chacun individuellement, en tant que créancier solidaire de la banque, puisse exiger de celle-ci le paiement du solde créditeur de ce compte. Cette figure peut également présenter un intérêt pour le débiteur, notamment si celui-ci entend pouvoir payer valablement la totalité du prix d'achat à l'un des vendeurs lors de l'acquisition d'un bien immobilier en indivision.

L'alinéa premier définit la solidarité active en s'inspirant de l'article 1197 du Code civil et de l'article 1311, alinéa 1^{er}, C. civ. fr. (voir également en ce sens: art. 11.2.1 PICC et art. III-4: 201 DCFR). On retrouve dans la solidarité active les mêmes caractéristiques (et donc également des effets très comparables) que dans la solidarité passive, à savoir l'existence d'une unité d'objet et d'une pluralité de liens de droit. Chaque créancier peut prétendre à la même prestation et chacun peut exiger la prestation totale du débiteur.

Le deuxième alinéa dispose que la solidarité active naît d'un contrat (et, par extension, d'un acte juridique

de hoofdschuldenaar; zo kan een persoon die ingevolge een aansprakelijkheidsvermoeden het slachtoffer heeft vergoed, de gehele schuld verhalen op de persoon voor wie zij instond).

Afdeling 5

Hoofdelijkheid en de ondeelbaarheid tussen schuldeisers

Artikel 5.170

Definitie en bronnen

Om reden dat de hoofdelijkheid en de ondeelbaarheid aan de actiefzijde veel gemeen hebben, worden ze in deze afdeling samen behandeld.

Paragraaf 1 betreft de kenmerken en de bronnen van *actieve hoofdelijkheid*. Deze komt in de praktijk minder vaak voor dan de passieve hoofdelijkheid. Toch hebben recente codificaties deze figuur, die de inning van een schuld wil vergemakkelijken, behouden (zo bv. artt. 1311-1312 C.civ.fr.; art. 11.2.1-4 PICC; art. 150 CO en art. III-4: 201 en 206-207 DCFR).

Bij pluraliteit aan schuldenaars én schuldeisers in overeenkomsten vormt zij trouwens vaak de tegenhanger, aan actiefzijde, van de hoofdelijkheid aan passiefzijde. Voorbeelden van actieve hoofdelijkheid vindt men tussen de aannemers, deelgenoten van een tijdelijke vennootschap, die de actieve hoofdelijkheid bedingen in het contract met hun opdrachtgever; tussen de titularissen van een gemeenschappelijke bankrekening met volledige handtekeningsbevoegdheid voor elke titularis, zodat elk alleen, als hoofdelijke schuldeiser van de bank, de uitbetaling kan eisen door de bank van het creditsaldo van die rekening. Ook een schuldenaar kan bij deze figuur belang hebben, bv. wanneer hij bij de aankoop van een onroerend goed in onverdeeldheid de gehele koopsom op geldige wijze aan een van de verkopers wil kunnen betalen.

Het eerste lid definieert de actieve hoofdelijkheid zich inspirerend aan artikel 1197 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1311, eerste lid, C.civ.fr. (zie ook in die zin: art. 11.2.1 PICC en art. III-4: 201 DCFR). Men vindt bij actieve hoofdelijkheid dezelfde kenmerken (en dus ook erg vergelijkbare gevolgen) terug als bij de passieve: er is een eenheid van voorwerp en een pluraliteit van rechtsbanden. Elke schuldeiser is tot dezelfde prestatie gerechtigd en elkeen mag de gehele prestatie vorderen van de schuldenaar.

Het tweede lid bepaalt dat actieve hoofdelijkheid uit een contract zal voortvloeien (en, bij uitbreiding, uit een

unilatéral, tel un testament). Elle ne naîtra pas de la nature de la prestation, mais de la volonté des parties. La loi est également mentionnée comme source, bien qu'aucun cas connu ne soit recensé dans notre législation. Le législateur est, à juste titre, réticent à imposer la solidarité active par la loi, parce qu'elle suppose une confiance très importante entre créanciers et que l'on peut difficilement l'instaurer de manière générale.

L'ancien article 1197 du Code civil requiert que le contrat stipule "expressément" la solidarité active. Comme pour la solidarité passive (voir ci-dessus, art. 5 160, § 2), le texte proposé précise qu'elle ne se présume pas. Une manifestation implicite de volonté des créanciers peut donc suffire à la condition que cette volonté soit établie et certaine (P. VAN OMME-SLAGHE, III, 2013, p. 1829, n^{os} 1237 et 1238; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, ouvrage sur feuillets mobiles, p. 101-102, n^{os} 3-4).

Le deuxième paragraphe a trait à l'*indivisibilité active*, reformule les règles des articles 1217-1219 et 1224 du Code civil et les complète. L'article 1320, alinéa 1^{er}, C. civ. fr. a également servi de source partielle d'inspiration.

L'alinéa premier définit l'*indivisibilité active* et comble ainsi une lacune. Cette définition renvoie au contenu de la prestation indivisible prévue à l'article 5 166, § 2.

Le deuxième alinéa reprend l'article 1219 du Code civil.

Article 5.171

Effets entre créanciers et débiteur

L'alinéa premier du paragraphe premier formule les principaux effets caractéristiques de la solidarité et de l'*indivisibilité active*: tout créancier peut demander le paiement de la totalité de la créance et le paiement qu'il reçoit du débiteur libère ce dernier envers les autres créanciers. On retrouve ces effets non seulement dans l'ancien article 1197 du Code civil (pour la solidarité) et dans l'ancien article 1224 du Code civil (pour l'*indivisibilité*), mais également dans l'article 1311, alinéa 1^{er}, et 1320 du Code civil français (voir également pour la solidarité active: art. 11.2.2. PICC et art. 150, al. 2, CO).

La doctrine confirme également cet effet principal, tant pour la solidarité active que pour l'*indivisibilité active* (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, n^o 337bis et p. 306, n^o 307; S. STIJNS, 2, 2009, p. 35, n^{os} 48-49;

eenzijdige rechtshandeling, zoals een testament). Zij zal niet uit de aard van de prestatie voortvloeien, maar uit de wil van de partijen. De wet is ook opgenomen als bron, alhoewel er geen bekende gevallen zijn in onze wetgeving. De wetgever is terecht terughoudend om actieve hoofdelijkheid bij wet op te leggen omdat zij een zeer groot vertrouwen tussen schuldeisers veronderstelt en men ze moeilijk algemeen kan invoeren.

Het oude artikel 1197 van het Burgerlijk Wetboek vereist dat het contract "uitdrukkelijk" de actieve hoofdelijkheid zou bedingen. Zoals voor de passieve hoofdelijkheid (zie hoger art. 5 160, § 2), bepaalt het voorstel dat zij niet wordt vermoed. Een impliciete wilsuiking van de schuldeisers kan dus volstaan op voorwaarde dat die wil vaststaat en zeker is (P. VAN OMME-SLAGHE, III, 2013, p. 1829, nrs. 1237 en 1238; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Pluraliteit van schuldeisers en schuldenaren", in *Bijz. Over. Commentaar*, Kluwer, 2013, losbl., p. 101-102, nrs. 3-4).

De tweede paragraaf betreft de *actieve ondeelbaarheid* en herformuleert de regels van de artikelen 1217-1219 en artikel 1224 van het Burgerlijk Wetboek en vult ze aan. Er werd ook deels inspiratie geput uit artikel 1320, eerste lid, C.civ.fr.

Het eerste lid definieert de *actieve ondeelbaarheid* en vult zo een lacune op. Deze omschrijving verwijst naar de invulling van de ondeelbare prestatie uit artikel 5 166, § 2.

Het tweede lid herneemt het artikel 1219 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.171

Gevolgen tussen schuldeisers en schuldenaar

Het eerste lid van paragraaf 1 formuleert de kenmerkende hoofdgevolgen van de *actieve hoofdelijkheid* en *ondeelbaarheid*: elke schuldeiser mag de betaling van de gehele schuld vorderen en de betaling hiervan door de schuldenaar aan die ene schuldeiser bevrijdt hem jegens de anderen. Men vindt deze gevolgen niet alleen terug in het oude artikel 1197 van het Burgerlijk Wetboek (voor de hoofdelijkheid) en in het oude artikel 1224 van het Burgerlijk Wetboek (voor de ondeelbaarheid), maar ook in artikel 1311, eerste lid en artikel 1320 van het Frans Burgerlijk Wetboek (zie ook voor de *actieve hoofdelijkheid*: art. 11.2.2. PICC en art. 150, lid 2 CO).

Ook de doctrine beaamt dit hoofdgevolg, zowel bij *actieve hoofdelijkheid* als bij *actieve ondeelbaarheid* (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, nr. 337bis en p. 306, nr. 307; S. STIJNS, 2, 2009, p. 35, nrs. 48-49;

P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1835, n° 1244; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 104, n°s 7 et 10 et p. 87, n° 17; P. WÉRY, II, 2016, p. 462, n° 490 et p. 467, n° 495).

Le deuxième alinéa reprend, avec une légère adaptation, l'ancien article 1198, alinéa 1^{er}, du Code civil et le rend désormais applicable tant à la solidarité active qu'à l'indivisibilité active. Le débiteur peut choisir auprès de quel créancier il entend s'acquitter volontairement de la totalité de la créance, tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un des cocréanciers. On retrouve la même règle à l'article 1311, alinéa 2, C.civ.fr. (voy. aussi l'article 11.2.2. PICC et à l'article 150, alinéa 3, CO). La notion de "poursuite" ne doit pas être prise au sens premier du terme (dans le sens d'une citation en justice), elle désigne tout acte par lequel un créancier réclame le paiement intégral au débiteur (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, n° 11).

Dès que l'un des créanciers entame des poursuites, les autres créanciers ne peuvent plus réclamer le paiement total. Le débiteur peut uniquement payer au créancier qui le poursuit (W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 554; P. WÉRY, II, 2016, p. 462, n° 490).

Le paragraphe 2, formule, pour la solidarité active, les règles d'opposabilité, par le débiteur envers les créanciers, des exceptions communes et des exceptions présentes dans le lien de droit qui lie le débiteur au créancier qui le contraint au paiement (à ce sujet: P. WÉRY, II, 2016, p. 463, n° 491. Voir également: art. 11.2.3. PICC). La prescription libératoire, le paiement, la compensation ou un vice de consentement provoqué dans le chef du débiteur par l'ensemble des créanciers (p. ex., le dol ou l'abus de circonstances) constituent des exemples d'exceptions communes. Un exemple d'exception personnelle au lien de droit qui lie le débiteur au créancier qui le poursuit peut consister en l'octroi par ce dernier d'un terme suspensif. Ne sont toutefois pas visées ici les situations telles que l'incapacité du créancier qui le poursuit, vu que le débiteur n'est pas la partie protégée qui peut invoquer cette éventuelle cause de nullité.

La disposition formule également la règle qui fait de la compensation une exception commune, comme l'établit la jurisprudence de la Cour de cassation pour la solidarité active (Cass. 13 juin 1872, *Pas.*, 1872, I, 300, avec les conclusions de l'avocat général Mesdach de ter Kiele). À cet égard, la doctrine est également unanime pour la solidarité active: la compensation éteint

P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1835, nr. 1244; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 104, nrs. 7 en 10 en p. 87, nr. 17; P. WÉRY, II, 2016, p. 462, nr. 490 en p. 467, nr. 495).

Het tweede lid herneemt, met lichte aanpassing, het oude artikel 1198, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek en maakt het voortaan van toepassing op zowel actieve hoofdelijkheid als actieve ondeelbaarheid. Zolang hij niet door een van de medeschuldeisers is vervolgd in betaling, mag de schuldenaar kiezen aan welke schuldeiser hij de gehele schuld vrijwillig wil voldoen. Men vindt dezelfde regel in artikel 1311, tweede lid, C.civ.fr. (zie ook: artikel 11.2.2. PICC en artikel 150, derde lid, CO). Het begrip "vervolging" mag niet al te letterlijk worden opgevat (in de zin van een dagvaarding in rechte), maar het wijst op elke handeling waardoor een schuldeiser jegens de schuldenaar aanspraak maakt op integrale betaling (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, nr. 11).

Van zodra een van de schuldeisers vervolgingen instelt, mogen de andere schuldeisers niet meer de gehele betaling vorderen. De schuldenaar kan enkel betalen aan de schuldeiser die hem vervolgt (W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 554; P. WÉRY, II, 2016, p. 462, nr. 490).

Paragraaf 2, verwoordt, aan actiefzijde, de regels van tegenwerpelijkheid door de schuldenaar aan de schuldeisers van de gemeenschappelijke excepties en de excepties die aanwezig zijn in de rechtsband die de schuldenaar heeft met de schuldeiser die hem aanspreekt in betaling; de (hierover: P. WÉRY, II, 2016, p. 463, nr. 491. Zie ook: art. 11.2.3. PICC). De bevrijdende verjaring, de betaling, de schuldvergelijking of een wilsgebrek veroorzaakt in hoofde van de schuldenaar door alle schuldeisers (bv. bedrog of misbruik van omstandigheden) zijn voorbeelden van gemeenschappelijke excepties. Een voorbeeld van een exceptie persoonlijk aan de rechtsband die de schuldenaar heeft met de initiatiefnemende schuldeiser kan de toekenning zijn door deze laatste van een opschortende termijn. Men viseert hier evenwel niet situaties, zoals bv. de handelingsonbekwaamheid van de initiatiefnemende schuldeiser, aangezien niet de schuldenaar de beschermde partij is die deze mogelijke nietigheidsgrond mag invoeren.

De bepaling verwoordt eveneens de regel dat de schuldvergelijking een gemeenschappelijke exceptie is, zoals voor de actieve hoofdelijkheid gesteld in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 13 juni 1872, *Pas.*, 1872, I, 300, met concl. Adv.-gen. Mesdach de ter Kiele). Ook de doctrine is hierover eensgezind bij actieve hoofdelijkheid: de schuldvergelijking dooft

la créance et peut donc être assimilée au paiement de celle-ci (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329-330, n° 337bis; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1836, n° 1244; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 106, n° 13; P. WÉRY, II, 2016, p. 464, n° 491).

La proposition rend les deux dispositions également applicables à l'indivisibilité active. La règle selon laquelle la compensation tient lieu de paiement, de sorte qu'elle éteint la créance commune de tous les créanciers à concurrence de celle-ci, peut en principe s'appliquer *mutatis mutandis* pour l'indivisibilité active (voir pour la compensation *légal*: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 306, n° 307; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88, n° 17; P. WÉRY, II, 2016, p. 467, n° 495).

Le paragraphe 3 formule en des termes plus généraux la règle contenue dans l'ancien article 1198, alinéa 2, du Code civil qui prévoit qu'un créancier solidaire ne peut disposer seul de la créance; les actes de disposition doivent être effectués par tous les créanciers. Un créancier seul peut uniquement recouvrer la créance (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, n° 337bis; S. STIJNS, 2, 2009, p. 35, n° 50; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 554; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, n° 13). Un créancier ne peut en effet rien entreprendre qui porterait atteinte aux droits des cocréanciers (P. WÉRY, II, 2016, p. 462, n° 489).

Bien que l'ancien article 1198, alinéa 2, du Code civil ne concerne uniquement que la remise de dette, il est admis que cette disposition vaut également pour d'autres actes juridiques par lesquels un créancier disposerait seul de la créance commune. Il ne peut, ainsi, accorder aucune remise de dette au débiteur, ni opérer de novation ou conclure de transaction avec ce dernier, et ne peut accepter de dation en paiement, sans l'autorisation des cocréanciers (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, n° 337bis; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1835, n° 1244; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, n° 13; P. WÉRY, II, 2016, p. 463-464, n° 491).

De même, pour l'indivisibilité active, un des créanciers ne peut disposer seul de la créance indivisible. L'ancien article 1224, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil ne formule cette règle que pour la remise de dette faite par un héritier. Selon la doctrine, cette disposition doit également être généralisée: il est interdit à un des créanciers indivis d'accepter une dation en paiement ou une novation ou de conclure une transaction, sans l'autorisation des autres cocréanciers (H. DE PAGE,

de la schuld uit en kan dus worden gelijkgesteld aan een betaling van de schuld (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329-330, nr. 337bis; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1836, nr. 1244; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 106, nr. 13; P. WÉRY, II, 2016, p. 464, nr. 491).

Het voorstel maakt beide bepalingen ook van toepassing op de actieve ondeelbaarheid. De regel dat de schuldvergelijking geldt als een betaling zodat zij de gemeenschappelijke schuldvordering van alle schuldeisers uitdooft ten belope van de verrekening, kan in beginsel overeenkomstige toepassing vinden bij actieve ondeelbaarheid (aanvaarden dit voor de *wettelijke* schuldvergelijking: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 306, nr. 307; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88, nr. 17; P. WÉRY, II, 2016, p. 467, nr. 495).

Paragraaf 3 verwoordt in meer algemene termen de regel uit het oude artikel 1198, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek dat inhoudt dat een hoofdelijke schuldeiser alleen niet kan beschikken over de schuldvordering; beschikkingsdaden moeten gezamenlijk worden verricht. Een schuldeiser alleen kan de schuldvordering enkel innen (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, nr. 337bis; S. STIJNS, 2, 2009, p. 35, nr. 50; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 554; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, nr. 13). Een schuldeiser mag immers niets doen dat de rechten van zijn medeschuldeisers in het gedrang zou brengen (P. WÉRY, II, 2016, p. 462, nr. 489).

Hoewel het oude artikel 1198, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek het enkel over de kwijtschelding heeft, is aanvaard dat dit voor andere rechtshandelingen geldt waarmee een schuldeiser alleen zou beschikken over de gemeenschappelijke schuldvordering. Zo mag hij zonder de toestemming van zijn medeschuldeisers aan de schuldenaar geen kwijtschelding geven, met hem geen schuldvernieuwing of dading aangaan, en geen inbetalinggeving aanvaarden (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, nr. 337bis; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1835, nr. 1244; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, nr. 13; P. WÉRY, II, 2016, p. 463-464, nr. 491).

Ook bij actieve ondeelbaarheid mag één van de schuldeisers niet alleen beschikken over de ondeelbare schuldvordering. Het oude artikel 1224, tweede lid, derde zin van het Burgerlijk Wetboek verwoordt dit slechts voor de kwijtschelding gegeven door een erfgenaam. Volgens de doctrine moet ook deze bepaling veralgemeend worden: het is ook verboden aan een ondeelbare schuldeiser om, zonder de toestemming van de anderen, een inbetalinggeving of een schuldvernieuwing

Traité, III, 1967, p. 307, n° 307; S. STIJNS, 2, 2009, p. 33, n° 45; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 552; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 87-88, n° 17; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1852, n° 1265; P. WÉRY, II, 2016, p. 467, n° 495).

Si un créancier enfreint l'interdiction de disposition, les cocréanciers conservent alors leur créance indivisible et le débiteur reste tenu de la totalité de la créance, toutefois après déduction de (la valeur de) la part du créancier qui a posé l'acte juridique prohibé. La disposition proposée puise son inspiration dans l'ancien article 1224, alinéa 2, troisième phrase, du Code civil concernant l'indivisibilité active.

La disposition de l'article 1224, alinéa 2, du Code civil (et l'art. 1320 C.civ.fr.) en matière d'indivisibilité active est souvent associée à l'interdiction de disposition: un créancier ne peut recevoir seul le prix en paiement au lieu de la prestation indivisible même. Cette règle n'est pas reprise, car elle constitue une application logique des règles relatives au paiement d'une obligation.

Le paragraphe 4 règle les effets secondaires de la solidarité et de l'indivisibilité actives. Chaque créancier solidaire peut poser des actes de conservation de la créance, lesquels profiteront également aux autres créanciers. Ainsi, il est déjà admis que, l'interruption de la prescription (Cass. 26 octobre 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 322 et *Pas.*, 1985, 285) ou la mise en demeure (avec le paiement d'intérêts moratoires) par l'un des créanciers profite à tous les autres et peut être invoquée par l'ensemble de ceux-ci (voir également l'article 2249 du Code civil; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, n° 337bis; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 554; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1836, n° 1245; P. WÉRY, II, 2016, p. 464, n° 492). L'ancien article 1199 du Code civil contient cette règle relative à l'interruption de la prescription. Les cas repris dans le paragraphe 4 ne sont toutefois pas énumérés de manière limitative.

De même, pour l'indivisibilité active, chaque créancier peut poser seul des *actes conservatoires*. La doctrine admet que, par exemple, l'interruption de la prescription et une mise en demeure sont des actes qui profitent à l'ensemble des créanciers (voir: W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 552; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88-89, n° 19; P. WÉRY, II, 2016, p. 468, n° 495).

te aanvaarden of een dading te sluiten (H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 307, nr. 307; S. STIJNS, 2, 2009, p. 33, nr. 45; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 552; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 87-88, nr. 17; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1852, nr. 1265; P. WÉRY, II, 2016, p. 467, nr. 495).

Overtreedt een schuldeiser het beschikkingsverbod, dan behouden de medeschuldeisers hun ondeelbare schuldvordering en blijft de schuldenaar de gehele schuld verschuldigd, doch na aftrek van (de waarde van) het aandeel van de schuldeiser die de verboden rechtshandeling stelde. De bepaling van het voorstel haalt inspiratie uit het oude artikel 1224, tweede lid, derde zin, van het Burgerlijk Wetboek over actieve ondeelbaarheid.

Men brengt vaak de bepaling van artikel 1224, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (en art. 1320 C.civ.fr.) inzake actieve ondeelbaarheid in verband met het verbod om te beschikken: een schuldeiser alleen kan niet de waarde ontvangen als betaling in de plaats van de ondeelbare prestatie zelf. Deze regel wordt niet hernoemen want zij is een logische toepassing van de regels inzake de betaling van een verbintenis.

Paragraaf 4 regelt de bijkomende gevolgen van de actieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid. Iedere hoofdelijke schuldeiser kan daden tot behoud van de schuldvordering stellen en zij zullen ook tot voordeel van de anderen strekken. Zo is reeds aanvaard dat bv. de stuiting van de verjaring (Cass. 26 oktober 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 322 en *Pas.* 1985, 285) of de ingebrekestelling (en een eis tot betaling van moratoire interesten) door een van de schuldeisers, tot voordeel strekt van alle anderen en door allen kan worden ingeroepen (zie ook art. 2249 BW; H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 329, nr. 337bis; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 554; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1836, nr. 1245; P. WÉRY, II, 2016, p. 464, nr. 492). Het oude artikel 1199 van het Burgerlijk Wetboek bevat deze regel voor de stuiting van de verjaring. De gevallen opgenomen in de bepaling van paragraaf 4 zijn echter niet limitatief opgevat.

Ook bij actieve ondeelbaarheid mag elke schuldeiser alleen *daden tot behoud* stellen. De doctrine aanvaardt dat bv. de stuiting van de verjaring en een ingebrekestelling daden zijn die tot voordeel strekken van alle schuldeisers (zie: W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 552; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88-89, nr. 19; P. WÉRY, II, 2016, p. 468, nr. 495).

Article 5.172

Effets entre créanciers

Il s'agit d'une nouvelle disposition qui règle uniformément les effets de la solidarité et de l'indivisibilité actives sur le plan de la *contribution à la dette*.

L'alinéa premier dispose que le créancier qui a reçu la totalité du paiement (ou plus que sa part) de la créance doit rendre compte aux cocréanciers. Il est tenu de répartir ce qu'il a reçu. Cela vaut tant pour la solidarité active que pour l'indivisibilité active (S. STIJNS, 2, 2009, p. 35, n° 50 et p. 34, n° 47; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 554 et 553; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 107, n° 16 et p. 87-88, n°s 16-17; P. WÉRY, II, 2016, p. 466, n° 493 et p. 468, n° 496).

Le deuxième alinéa fixe la clé de répartition ainsi qu'il a déjà été fait pour la solidarité et l'indivisibilité passives. Pour la solidarité et l'indivisibilité actives, les parties précisent souvent la clé de répartition dans leur contrat. Si tel n'est pas le cas, la répartition peut parfois se déduire des circonstances concrètes, comme des intérêts respectifs des créanciers dans l'affaire. La règle de la répartition par parts égales s'applique de manière supplétive.

Le troisième alinéa a trait à l'indivisibilité active lorsque la prestation est matériellement indivisible: les cocréanciers doivent alors être indemnisés, chacun pour sa part, par le créancier *accipiens*, qui leur paiera la valeur de leur part de la créance (S. STIJNS, 2, 2009, p. 34, n° 47; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, 553; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88, n° 17).

Article 5.173

Décès d'un créancier

La solidarité active et l'indivisibilité active diffèrent en cas de décès d'un des créanciers.

L'alinéa premier consacre la règle selon laquelle la solidarité active, à l'instar de la solidarité passive, ne se transmet pas aux successeurs universels. Les héritiers du créancier solidaire décédé ne pourront réclamer qu'une partie de la créance (M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, *op. cit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, n° 12; P. WÉRY, II, 2016, p. 463, n° 490). Les créanciers survivants continuent, en revanche, de

Artikel 5.172

Gevolgen voor de schuldeisers onderling

Deze bepaling is nieuw en regelt op eenvormige wijze de gevolgen, op het vlak van de *contributio*, van de actieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid.

Het eerste lid houdt in dat de schuldeiser, die de gehele betaling (of meer dan zijn deel) van de schuld ontving, rekenschap moet afleggen aan de medeschuldeisers. Hij is gehouden tot verdeling van wat hij heeft ontvangen. Dit geldt zowel bij actieve hoofdelijkheid als bij actieve ondeelbaarheid (S. STIJNS, 2, 2009, p. 35, nr. 50 en p. 34, nr. 47; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 554 en 553; VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 107, nr. 16 en p. 87-88, nrs. 16-17; P. WÉRY, II, 2016, p. 466, nr. 493 en p. 468, nr. 496).

Het tweede lid reikt de mogelijke verdeelsleutel aan, zoals dit reeds bij passieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid is verwoord. Bij actieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid bepalen de partijen vaak de verdeelsleutel in hun contract. Is dit niet gebeurd, kan men de verdeling van de aandelen soms afleiden uit de concrete omstandigheden, zoals uit de respectieve belangen van de schuldeiser in de zaak. Suppletief geldt de regel van de verdeling in gelijke delen.

Het derde lid betreft de situatie van actieve ondeelbaarheid waar de prestatie materieel ondeelbaar is: dan moeten de medeschuldeisers voor hun deel vergoed worden door de schuldeiser *accipiens*, die hen de waarde van hun aandeel in de schuldvordering zal uitkeren (S. STIJNS, 2, 2009, p. 34, nr. 47; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, 553; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88, nr. 17).

Artikel 5.173

Overlijden van een schuldeiser

Op het punt van de vererving verschillen de actieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid.

Het eerste lid verankert de geldende regel dat de actieve hoofdelijkheid, net als de passieve, niet overerft. De erfgenamen van de overleden hoofdelijke schuldeiser zullen de schuldvordering moeten verdelen en kunnen slechts een deel van de schuldvordering opeisen (M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, *gecit.*, in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 105, nr. 12; P. WÉRY, II, 2016, p. 463, nr. 490). De overlevende schuldeisers

bénéficiaire de la solidarité envers le débiteur et ont encore la possibilité d'exiger le paiement intégral.

Les effets secondaires de la solidarité active, tels que décrits à l'article 5 171, § 4, restent toutefois d'application, comme cela est également prévu pour la solidarité passive (art. 5 165, al. 2).

Le deuxième alinéa consacre la règle selon laquelle l'indivisibilité active (tout comme l'indivisibilité passive) se transmet, comme c'est déjà le cas dans le droit actuel: tout héritier d'un créancier décédé peut recouvrer la totalité de la créance (art. 1224 C. civ. Voir: H. DE , *Traité*, III, 1967, p. 299, n° 295/B; S. STIJNS, 2, 2009, p. 33, n° 45; M. VAN QUICKENBORNE et J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88, n° 19; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1851, n° 1263; P. WÉRY, II, 2016, p. 468, n° 495). Cet aspect est également maintenu comme caractéristique de l'indivisibilité dans l'article 1320, alinéa 3, C.civ.fr.

Sous-titre 4

La transmission des obligations

CHAPITRE 1^{ER}

La cession de créance

Section 1^{re}

L'objet

Article 5.174

Principe

Il s'agit ici d'une nouvelle disposition qui reflète le droit actuel. Les créances sont en principe toujours cessibles (art. III 5:105 (1) DCFR). En effet, une créance fait non seulement naître une relation juridique entre le créancier et le débiteur, mais elle constitue également un élément du patrimoine du créancier. Ainsi, une créance peut être transférée ou gagée à un tiers, ou peut être saisie par des créanciers.

Cependant, l'incessibilité peut découler de la loi (par exemple l'incessibilité partielle de créances de salaire) ou de la nature de la créance, à savoir lorsque la créance revêt un caractère fortement personnel (*intuitu personae*) dans le chef du créancier (P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La*

blijven daarentegen genieten van de hoofdelijkheid tegenover de schuldenaar en kunnen nog integrale betaling eisen.

De bijkomende gevolgen van de actieve hoofdelijkheid, zoals omschreven in artikel 5 171, § 4, blijven evenwel van toepassing, zoals dit ook aan passiefzijde is bepaald (art. 5 165, lid 2).

Het tweede lid verankert de regel dat de actieve (net als de passieve) ondeelbaarheid vererft, zoals dit in het huidige recht geldt: elke erfgenaam van een overleden schuldeiser kan de gehele schuldvordering innen (art. 1224 BW. Zie: H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, p. 299, nr. 295/B; S. STIJNS, 2, 2009, p. 33, nr. 45; M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, o.c., in *Bijz. Over. Commentaar*, 2013, p. 88, nr. 19; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1851, nr. 1263; P. WÉRY, II, 2016, p. 468, nr. 495). Het is bv. ook als kenmerk van ondeelbaarheid behouden in artikel 1320, derde lid, C.civ.fr.

Ondertitel 4

Overdracht van verbintenissen

HOOFDSTUK 1

Overdracht van schuldvordering

Afdeling 1

Voorwerp

Artikel 5.174

Beginsel

Het betreft hier een nieuwe bepaling die het huidige recht weergeeft. Schuldvorderingen zijn in beginsel steeds vatbaar voor overdracht (art. III 5:105 (1) DCFR). Een schuldvordering doet immers niet enkel een rechtsverhouding ontstaan tussen de schuldeiser en de schuldenaar, zij is tevens een bestanddeel van het vermogen van de schuldeiser. Aldus kan een schuldvordering aan een derde worden overgedragen of verpand, of door schuldeisers in beslag worden genomen.

De niet-overdraagbaarheid kan evenwel voortvloeien uit de wet (bv. de gedeeltelijke niet-overdraagbaarheid van loonvorderingen) of uit de aard van de schuldvordering, nl. wanneer de schuldvordering een sterk persoonlijk karakter heeft (*intuitu personae*) in hoofde van de schuldeiser (P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission

transmission des obligations, Bruxelles, Bruylant, 1980, 89; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvordering*, Antvers, 2005, 136 et suiv.).

Il arrive également que le créancier et le débiteur conviennent ensemble que la créance n'est pas susceptible de cession ou uniquement de manière limitée (avec le consentement du débiteur par exemple). À l'image d'autres systèmes juridiques (entre autres l'Allemagne: § 399 BGB et les Pays-Bas: art. 3:83, al. 2, NBW), on a soutenu dans notre pays également que de telles stipulations présentent un certain effet "externe", ce qui veut dire que les tiers sont également concernés. Étant donné que la créance a été voulue "incessible" par les parties, les tiers doivent accepter ce fait (voir entre autres: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antvers, 2010, p. 741-742). Toutefois, il est traditionnellement considéré dans notre pays que les parties contractantes ne peuvent pas déclarer des biens incessibles de manière contraignante pour les tiers (e. a. *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, dl. 2, 219, n° 129. Voir notamment: V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek" in *Zakenrecht. Droit des biens*, Bruges, 2005 (43) 51-55 et références). Cette conception protège les tiers, est économiquement efficace parce qu'elle facilite la "mobilisation" des créances (la reconnaissance d'un effet externe impose, en effet, des obligations d'information à des tiers) et répond également aux normes internationales (voir: E. DIRIX et H. SIGMAN, "The UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", *Dr. Banc.fin.* 2002, 204-215; H. BEALE, L. GULLIGER et S. PATTERSON, "A case for interfering with freedom of contract. An empirical informed study of bans on assignment", *Journal Business Law* 2016, 202-230). Cette position a également été confirmée pour la mise en gage (art. 64 de la loi sur le gage). Les règles relatives à la cession et à la mise en gage de créances ne peuvent se contredire. Ce n'est que lorsque le cessionnaire avait connaissance de la clause et se rend responsable de tierce complicité dans la violation du contrat par le cédant que la réponse diffère.

Les règles reprises dans cette section ne concernent pas uniquement les créances, mais s'appliquent également par analogie à la cession d'autres biens incorporels (comme des parts de société), sauf si la nature et la portée de ces droits devaient être incompatibles avec une telle cession.

des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, Brussel, Bruylant, 1980, 89; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvordering*, Antwerpen, 2005, 136 e.v.).

Het komt ook voor dat de schuldeiser en de schuldenaar met elkaar afspreken dat de schuldvordering niet vatbaar is voor overdracht of dat zulks enkel beperkt mogelijk is (bv. met toestemming van de schuldenaar). In navolging van andere rechtsstelsels (o.m. Duitsland: § 399 BGB en Nederland: art. 3:83, lid 2, NBW) werd ook in ons land verdedigd dat dergelijke bedingen "externe" werking hebben, d.w.z. dat ook derden eraan gebonden zijn. Aangezien de schuldvordering door de partijen als "onoverdraagbaar" werd in het leven geroepen, moeten derden dit aanvaarden (zie o.m.: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, 2010, p. 741-742). Traditioneel wordt echter in ons land aangenomen dat contractspartijen niet op een aan derden bindende wijze goederen onoverdraagbaar kunnen verklaren (o.m. *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, dl. 2, 219, nr. 129. Zie nader: V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek" in *Zakenrecht. Droit des biens*, Brugge, 2005 (43) 51-55 en de verwijzingen aldaar). Deze opvatting beschermt de derden, is economisch efficiënt omdat dit het "mobiliseren" van schuldvorderingen vergemakkelijkt (het erkennen van een externe werking legt immers onderzoeksplichten op aan derden) en beantwoordt ook aan de internationale standaarden (zie: E. DIRIX en H. SIGMAN, "The UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", *Dr. Banc.fin.* 2002, 204-215; H. BEALE, L. GULLIGER en S. PATTERSON, "A case for interfering with freedom of contract. An empirical informed study of bans on assignment", *Journal Business Law* 2016, 202-230). Dit standpunt werd ook bevestigd met betrekking tot de verpanding (art. 64 Pandwet). De regels voor overdracht van schuldvorderingen en voor verpanding van schuldvorderingen mogen niet uit de pas lopen. Enkel wanneer de overnemer kennis had van het beding en zich schuldig maakt aan derde-medeplichtigheid aan de contractbreuk door de overdrager luidt het antwoord anders.

De in deze afdeling opgenomen regels betreffen niet enkel schuldvorderingen, maar zijn ook van overeenkomstige toepassing op de overdracht van andere onlichamelijke goederen (bijvoorbeeld aandelen) behoudens de aard en strekking van deze rechten hiermee onverenigbaar zou zijn.

Article 5.175

Créances futures

Le droit belge a toujours largement permis la cession de créances futures (J. HEENEN, “La cession de créances futures”, *R.C.J.B.*, 1961, 35 et suiv.; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, in *La transmission des obligations*, 1980, 89). Il suffit que les parties sachent clairement quelles créances elles visent précisément. Ceci suppose que le(s) futur(s) débiteur(s) cédé(s) doi(ven)t être déjà déterminable(s) sans autre discussion supplémentaire entre les parties. La formulation de la disposition correspond à celle de l'article 63 de la loi sur le gage et à l'article 1321, alinéa 2, du Code civil français.

Article 5.176

Cession partielle

L'ancien droit ne prévoyait pas une disposition explicite permettant une cession partielle. Une majorité de la doctrine considère qu'une telle cession est en principe possible. À l'instar des modèles étrangers (e. a. art. III 5:107 (1) DCFR), la proposition confirme formellement cette solution. La formulation de la disposition correspond à celle de l'article 66 de la loi sur le gage.

Article 5.177

Droits accessoires

Cette disposition reprend, dans une nouvelle formulation plus large, l'article 1692 du Code civil (voir également: art. 1321, al. 3, C. civ. fr., art. 6:142, al.1^{er}, NBW et § 401 BGB). Par l'effet de la cession de la créance, les *droits accessoires* reviennent également au cessionnaire. De tels droits sont réputés être inclus dans la cession. Il s'agit de tous les droits qui sont au service de la créance et qui n'ont plus d'utilité pour le cédant. Ils comprennent notamment le *jus agendi* et de manière générale tous les droits visant à remédier à un éventuel manquement du débiteur (dommages-intérêts, clause indemnitaire, astreinte). En ce qui concerne le gage, cette règle est confirmée par les articles 65 et 67 de la loi sur le gage. Les articles 81^{sexies} et 81^{septies} de la loi hypothécaire confirment ce principe pour le mandat hypothécaire et la promesse d'hypothèque.

Artikel 5.175

Toekomstige schuldvorderingen

Het Belgische recht heeft de mogelijkheid van het cederen van toekomstige vorderingen steeds wijd open gezet (J. HEENEN, “La cession de créances futures”, *R.C.J.B.* 1961, 35 e.v.; P. VAN OMMEFLAGHE, o.c., in *La transmission des obligations*, 1980, 89). Het volstaat dat het aan de partijen duidelijk voor ogen staat welke schuldvorderingen zij precies bedoelen. Dit veronderstelt alvast dat de toekomstige gecedeerde schuldenaar(s) bepaalbaar dient te zijn zonder verdere discussie tussen de partijen. De formulering van de bepaling sluit aan bij deze van art. 63 Pandwet en artikel 1321, tweede lid, van het Frans Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.176

Gedeeltelijke overdracht

Het oude recht voorzag niet in een uitdrukkelijke bepaling die een gedeeltelijke overdracht toelaat. Overwegend wordt in de rechtsleer aangenomen dat een dergelijke overdracht in beginsel mogelijk is. In navolging van buitenlandse modellen (o.m. art. III 5:107 (1) DCFR) bevestigt het voorstel uitdrukkelijk deze oplossing. De formulering van de bepaling sluit aan bij deze van artikel 66 Pandwet.

Artikel 5.177

Nevenrechten

Deze bepaling herneemt in een nieuwe en meer uitgebreide formulering het artikel 1692 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 1321, lid 3, C. civ. fr., art. 6:142, lid 1, NBW en § 401 BGB). Met de overdracht van de schuldvordering gaan ook de zgn. nevenrechten of accessoire rechten mee over op de overnemer. Dergelijke rechten worden geacht in de overdracht begrepen te zijn. Het gaat om alle rechten die ten dienste staan van de schuldvordering en voor de overdrager geen nut meer hebben. Hieronder valt o.m. het *ius agendi* en in het algemeen alle rechten die erop gericht zijn om aan de eventuele wanprestatie van de schuldenaar te remediëren (schadevergoeding, schadebeding, dwangsom). Wat het pandrecht betreft wordt dit bevestigd door artikelen 65 en 67 Pandwet. Artikelen 81^{sexies} en 81^{septies} Hypotheekwet. bevestigen dit beginsel voor het hypothecair mandaat en de hypotheekbelofte.

Article 5.178

Cession de droits litigieux

Cette disposition reprend les articles 1699, 1700 et 1701 du Code civil. Il s'agit ici d'une règle provenant du droit romain visant à dissuader des cessions spéculatives. Une application récente de cette règle se trouve à l'article 2 de la loi du 12 juillet 2015 relative à la lutte contre les activités des fonds vautours.

Section 2

L'opposabilité aux tiers

Article 5.179

Effets envers les tiers

Cette disposition reprend l'article 1690, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2 et 4, du Code civil inséré par la loi du 6 juillet 1994 (voir e. a. à ce sujet: E. DIRIX, "De vormvrije cessie", *R.W.*, 1994-95, 137-145; P.-A. FORIERS, e. a., *La cession de créance*, Bruxelles, 1995; P. VAN OMMEFLAGHE, "Le nouveau régime de la cession et la dation en gage des créances", *J.T.*, 1995, 529-540; P. WÉRY, "L'opposabilité de la cession aux tiers" in *Le nouveau régime de la cession de créance*, Bruges, La Chartre, 1995, 1-74). Cette modification législative a introduit la cession dite "sans formalités". Auparavant, l'opposabilité aux tiers (dont le débiteur cédé) était conditionnée à l'obligation de signification au débiteur cédé ou à son acceptation dans un acte authentique. À présent, la cession est immédiatement opposable aux tiers (e. a. aux créanciers du cédant ou du cessionnaire et au curateur de leur faillite). La loi prévoit quelques exceptions, en particulier pour le débiteur de la créance cédée (deuxième alinéa). Cette modification fondamentale du régime de cession de créance a été accueillie positivement sur le terrain et n'a pas posé de difficultés, de sorte que cette disposition est maintenue.

L'article 1690, § 1^{er}, al. 3, est repris par article 3.28, § 2.

Article 5.180

Notification

Cette nouvelle disposition reflète la jurisprudence existante. Seule l'existence de la cession doit être portée

Artikel 5.178

Overdracht van betwiste rechten

Deze bepaling herneemt de artikelen 1699, 1700 en 1701 van het Burgerlijk Wetboek. Het betreft hier een uit het Romeins recht overgeleverde regel die speculatieve cessies wenst te ontmoedigen. Een recente toepassing van deze regel is te vinden in artikel 2 van de wet van 12 juli 2015 ten einde de activiteiten van de aasgierfondsen aan te pakken.

Afdeling 2

Tegenwerpelijheid aan derden

Artikel 5.179

Werking tegen derden

Deze bepaling herneemt artikel 1690, § 1, eerste, tweede en vierde lid van het Burgerlijk Wetboek dat werd ingevoerd door de wet van 6 juli 1994 (zie daarover o.m.: E. DIRIX, "De vormvrije cessie", *R.W.* 1994-95, 137-145; P.-A. FORIERS, e.a., *La cession de créance*, Brussel, 1995; P. VAN OMMEFLAGHE, "Le nouveau régime de la cession et la dation en gage des créances", *J.T.*, 1995, 529-540; P. WÉRY, "L'opposabilité de la cession aux tiers" in *Le nouveau régime de la cession de créance*, Brugge, 1995, 1-74). Door deze wetwijziging werd het systeem ingevoerd van de zgn. "vormvrije" cessie. Voorheen gold voor de tegenwerpelijheid aan derden (waaronder de gecedeerde schuldenaar) het vereiste van de betekening aan of de aanvaarding (in een authentieke akte) door de gecedeerde schuldenaar. Thans is de overdracht meteen tegenwerpelijk aan derden (o.m. aan de schuldeisers van de overdrager of overnemer en aan de curator van hun faillissement). Hierop maakt de wet enkele uitzonderingen, in het bijzonder voor de schuldenaar van de overgedragen vordering (tweede lid). Deze fundamentele wijziging van het regime van de overdracht van schuldvordering werd door de praktijk dankbaar aanvaard en gaf er geen aanleiding tot moeilijkheden zodat deze bepaling behouden blijft.

Artikel 1690, § 1, derde lid, is overgenomen door artikel 3.28, § 2.

Artikel 5.180

Kennisgeving

Deze nieuwe bepaling geeft de bestaande rechtspraak weer. Enkel het feit van de cessie moet aan de

à la connaissance du débiteur cédé et donc pas l'acte de cession lui-même (Cass. 28 octobre 1994, *Arr.Cass.*, 1994, n° 459, *Pas.*, 1994, I, 874). Il est également admis que tant le cédant que le cessionnaire peuvent procéder à la notification (R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvordering*, 381, n° 357). Si la notification est faite par le cédant, le débiteur cédé ne court aucun risque. Cependant, si la notification est faite exclusivement par le cessionnaire, le débiteur cédé a alors le droit de demander des explications à propos de la cession. Il n'y est cependant pas obligé et n'agit en principe pas de manière imprudente lorsqu'il donne suite à cette notification. En effet, l'idée en matière de cession est que la position du débiteur cédé ne peut pas être alourdie et qu'on ne peut donc pas imposer à ce dernier des devoirs d'investigation. Lorsqu'il y a une incertitude, le débiteur cédé peut demander aux parties la preuve de la cession (voir également l'art. III 5:120 DCFR).

Article 5.181

Position du débiteur

La cession de créance se fait en dehors de la collaboration du débiteur cédé. Toutefois, comme indiqué précédemment, la cession ne peut alourdir la position de ce dernier. Suivant les exemples étrangers, le premier alinéa confirme explicitement le principe de l'opposabilité des exceptions (voir notamment art. 1324, al. 2, C. civ. fr., art. 6: 145 NBW, § 404 BGB). En effet, le débiteur cédé ne peut se trouver dans une position moins favorable à cause de la cession de créance qui a lieu en dehors de lui (Cass. 14 février 1924, *Pas.* 1924, I, 202). Par conséquent, il peut en principe invoquer auprès du nouveau créancier (le cessionnaire) toutes les exceptions dont il dispose à l'encontre du créancier originaire (le cédant) au moment de la notification. C'est par exemple le cas pour la nullité, la prescription, la compensation légale, l'exception d'inexécution (voy. notamment Cass. 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 352 note Stengers; Cass. 27 septembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 511 note Merchiers; Cass. 28 janvier 2005, *R.W.*, 2006-07, 476).

Le deuxième alinéa reprend l'article 1691, alinéa 1^{er}, du Code civil. Étant donné que l'on présume la bonne foi, le paiement par le débiteur au cédant n'est, en principe, libératoire que s'il a lieu avant que la notification de la cession ait été faite (voir également: art. III 5:119 DCFR). En aucun cas il ne pèse sur le débiteur cédé un devoir d'investigation.

gecedeerde schuldenaar worden ter kennis gebracht en dus niet de akte van overdracht zelf (Cass. 28 oktober 1994, *Arr.Cass.* 1994, nr. 459, *Pas.* 1994, I, 874). Aangenomen wordt ook dat zowel de overdrager als de overnemer kunnen overgaan tot die kennisgeving (R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvordering*, 381, nr. 357). Gaat de kennisgeving uit van de overdrager, dan loopt de gecedeerde schuldenaar geen risico. Gebeurt de kennisgeving echter uitsluitend door de overnemer, dan is de gecedeerde schuldenaar wel gerechtigd om tekst en uitleg te vragen nopens het feit van de overdracht. Hij is hiertoe echter niet verplicht en handelt, in beginsel, niet onzorgvuldig wanneer hij aan deze kennisgeving gevolg geeft. Uitgangspunt bij cessie is immers dat de positie van de gecedeerde schuldenaar niet mag worden verzwakt en men hem dus niet mag opzadelen met onderzoeksplichten. Wanneer er onzekerheid rijst, mag de gecedeerde schuldenaar van de partijen het bewijs van de overdracht vragen (zie ook art. III 5:120 DCFR).

Artikel 5.181

Positie van de schuldenaar

De overdracht van schuldvordering gebeurt buiten de medewerking om van de gecedeerde schuldenaar. Zoals gezegd mag de cessie diens positie echter niet verzwaken. In aansluiting met buitenlandse voorbeelden wordt in het eerste lid het beginsel van de tegenwerpelijheid van de excepties met zoveel woorden bevestigd (zie o.m. art. 1324, lid 2, C. civ. fr., art. 6: 145 NBW, § 404 BGB). De gecedeerde schuldenaar mag door de overdracht van de schuldvordering die buiten hem om plaatsvindt immers niet in een minder gunstige positie komen te staan (Cass. 14 februari 1924, *Pas.* 1924, I, 202). Hij mag bijgevolg, in beginsel, alle excepties opwerpen tegen de nieuwe schuldeiser (de overnemer) waarover hij tegenover de oorspronkelijke schuldeiser (de overdrager) beschikt op het ogenblik van de kennisgeving. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de nietigheid, de verjaring, de wettelijke schuldvergelijking, de niet-uitvoeringsexceptie (zie o.m.: Cass. 13 september 1973, *R.C.J.B.* 1974, 352 noot Stengers; Cass. 27 september 1984, *R.C.J.B.* 1987, 511 noot Merchiers; Cass. 28 januari 2005, *R.W.* 2006-07, 476).

Het tweede lid herneemt artikel 1691, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek. Aangezien de goede trouw wordt vermoed, is betaling door de schuldenaar aan de overdrager, in beginsel, slechts bevrijdend wanneer zij gebeurt voordat kennis werd gegeven van de overdracht (zie ook: art. III 5:119 DCFR). In geen geval rust op de gecedeerde schuldenaar een onderzoeksplicht.

Le troisième alinéa reformule l'article 1691, alinéa 2, du Code civil, afin d'en simplifier la lisibilité. Pour les exceptions découlant d'un acte juridique posé par le cédant, l'opposabilité des exceptions est conditionnée à la bonne foi du débiteur cédé. C'est par exemple le cas pour la remise de dette, la novation, la compensation conventionnelle, etc.

Article 5.182

Compensation

Cette disposition reprend, dans une nouvelle formulation, l'ancien article 1295 du Code civil et le déplace des dispositions relatives à la compensation légale vers une place plus logique, parmi les dispositions relatives à la cession de créance. Cette disposition confirme le principe selon lequel, lorsqu'on invoque une compensation légale, le moment de la notification (ou de la reconnaissance) est déterminant. À partir de ce moment, le débiteur cédé ne peut plus invoquer une compensation avec une créance dont il dispose à l'égard de son créancier et qui est née ultérieurement ou qui devient susceptible d'une compensation après ce moment. La compensation légale reste cependant possible lorsqu'il s'agit de créances "liées" ou "connexes" (Cass. 5 octobre 2012, *R.W.*, 2012-13, 1337 note R. Houben, *J.L.M.B.*, 2013, 976 note F. Georges; Cass. 16 septembre 2016, C.15 0227.N). Tout comme l'exception d'inexécution, la compensation entre des créances connexes est inhérente à la relation juridique et résiste donc également à la notification ou à la reconnaissance de la cession de la créance. En décider autrement alourdirait sérieusement la position du débiteur de la créance cédée. Cette vision correspond également à celle qui prévaut dans nos pays limitrophes (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia 2010, 256, n° 399 et suiv. Voy. notamment: art. 1324, alinéa 2, du Code civil français).

Article 5.183

Cession de rémunération

Cette disposition reprend l'article 1690, § 2, du Code civil.

Het derde lid herformuleert artikel 1691, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek teneinde de leesbaarheid ervan te vereenvoudigen. Voor excepties die voortvloeien uit een rechtshandeling gesteld met de overdrager, wordt de tegenwerpelijheid van excepties afhankelijk gesteld van de goede trouw van de schuldenaar. Dit is bijvoorbeeld het geval voor kwijtschelding, novatie, conventionele schuldvergelijking, enz.

Artikel 5.182

Schuldvergelijking

Deze bepaling herneemt in een nieuwe formulering oud artikel 1295 van het Burgerlijk Wetboek en verplaatst ze van de regeling over de wettelijke schuldvergelijking naar de meer logische plaats van de regeling van de overdracht van schuldvordering. Deze bepaling bevestigt het beginsel dat voor een beroep op de wettelijke schuldvergelijking, het ogenblik van de kennisgeving (of de erkenning) doorslaggevend is. Vanaf dat ogenblik kan de gecedeerde schuldenaar zich niet meer beroepen op de schuldvergelijking met een vordering op zijn schuldeiser die eerst nadien is ontstaan of eerst na dat tijdstip vatbaar voor schuldvergelijking is geworden. Wettelijke schuldvergelijking blijft echter mogelijk wanneer het gaat om "samenhangende" of "verknochte" schuldvorderingen (Cass. 5 oktober 2012, *R.W.*, 2012-13, 1337 noot R. Houben, *J.L.M.B.*, 2013, 976 noot F. Georges; Cass. 16 september 2016, C.15 0227.N). Zoals de niet-uitvoeringsexceptie is de schuldvergelijking tussen samenhangende vorderingen inherent aan de rechtsverhouding en doorstaat dus ook de kennisgeving of erkenning van de overdracht van de schuldvordering. Er anders over oordelen zou een ernstige verzwaring van de positie van de schuldenaar van de gecedeerde schuldvordering tot gevolg hebben. Deze opvatting sluit ook aan bij deze in de ons omringende landen (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 256, nr. 399 e.v. Zie o.m.: artikel 1324, tweede lid van het Frans Burgerlijk Wetboek).

Artikel 5.183

Looncessie

Deze bepaling herneemt artikel 1690, § 2, van het Burgerlijk Wetboek

Section 3*Les obligations des parties***Article 5.184****Obligations de délivrance**

Cette disposition, inspirée par des exemples étrangers (art. 6:143 NBW, § 402 BGB), impose au cédant de faire le nécessaire pour que le cessionnaire puisse effectivement exercer ses droits. L'on pense notamment aux moyens de preuve aux titres exécutoires, aux actes d'hypothèque, etc. Cette obligation trouvait déjà son fondement dans l'ancien article 1689 du Code civil selon lequel dans la cession, la délivrance s'opère par la remise du titre. (V. SAGAERT, "Artikel 1689 BW" in *Comm.Bijz.Ov.*, n° 3).

Article 5.185**Obligation de garantie**

Cette disposition reprend l'article 1693 du Code civil.

Article 5.186**Solvabilité du débiteur**

Cette disposition reprend les articles 1694 et 1695 du Code civil.

CHAPITRE 2**La cession de dette****Article 5.187****Cession de dette parfaite**

La cession de dettes pose un problème conceptuel parce qu'une créance est un bien dont ne peuvent disposer que ceux à qui il appartient, à savoir le créancier (R. DEKKERS, *Handboek*, II, p. 281, n° 501). Permettre une cession de dette aurait pour conséquence qu'un débiteur peut se défaire de ses dettes et imposer au créancier un débiteur moins solvable. Pour cette raison, notre droit est hostile à la cession de dette (e. a. Cass. 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, 1487, *Arr.Cass.*, 2003, n° 457). Une majorité d'auteurs considère cependant qu'une telle cession est possible *avec le consentement*

Afdeling 3*Verbintenissen van partijen***Artikel 5.184****Leveringsplicht**

Deze bepaling die geïnspireerd is op buitenlandse voorbeelden (art. 6:143 NBW, § 402 BGB), legt op de overdrager de verplichting op om het nodige te doen opdat de overnemer zijn rechten effectief kan uitoefenen. Te denken valt aan bewijsstukken, uitvoerbare titels, hypotheekakten e.d.m. Deze verplichting vond reeds haar grondslag in het oude artikel 1689 van het Burgerlijk Wetboek luidens welk de overdracht geschiedt door de levering tussen de partijen door afgifte van de titel. (V. SAGAERT, "Artikel 1689 BW" in *Comm.Bijz.Ov.*, nr. 3).

Artikel 5.185**Vrijwaringsplicht**

Deze bepaling herneemt artikel 1693 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.186**Solvabiliteit van de schuldenaar**

Deze bepaling herneemt de artikelen 1694 en 1695 van het Burgerlijk Wetboek.

HOOFDSTUK 2**Overdracht van schuld****Artikel 5.187****Volkomen overdracht van schuld**

De overdracht van schulden zorgt voor een conceptueel probleem omdat een schuldvordering een goed is waarover enkel diegene mag beschikken aan wie het toebehoort, namelijk de schuldeiser (R. DEKKERS, *Handboek*, II, p. 281, nr. 501). De overdracht van schuld toelaten zou tot gevolg hebben dat een schuldenaar zich van zijn schulden kan ontdoen en de schuldeiser opzadelen met een minder solvabele debiteur. Om die reden staat ons recht afwijzend tegen schuldoverdracht (o.m. Cass. 26 september 2003, *Pas.* 2003, 1487, *Arr. Cass.* 2003, nr. 457). Wel wordt door een meerderheid

du créancier. La doctrine plaide donc en faveur de dispositions légales en la matière (e.a. S. STIJNS et S. JANSEN, “Schuldoverdracht: een pleidooi voor een volwaardige rechtsfiguur” *D.A.O.R.*, 2018/1-2, p.6-35). Ce chapitre va dans ce sens, notamment à l’instar d’autres codifications (art. 1327 C.civ.fr., art. 6:155 NBW, § 414 BGB). Une cession de dette suppose donc le consentement des trois parties: le créancier, le débiteur et le cessionnaire. Le consentement du créancier peut être donné au préalable. Une cession de dette sans le consentement du créancier a un effet purement interne (voy. art. 5 192).

Article 5.188

Effets pour le débiteur originaire

Cette nouvelle disposition règle les conséquences d’une cession de dette. En principe, le consentement du créancier a pour conséquence que le débiteur originaire est libéré. Bien entendu, les parties peuvent en convenir autrement. Cette libération n’a en principe d’effet que pour l’avenir. Pour les dettes exigibles avant la cession, seul le cédant est obligé, à moins qu’il en ait été convenu autrement.

Article 5.189

Opposabilité des exceptions

Cette nouvelle disposition règle l’opposabilité d’exceptions. Le principe est que le cessionnaire prend la position du cédant et peut exercer toutes les exceptions dont celui-ci disposait vis-à-vis du créancier (voy. notamment: art. 1328 C.civ.fr., § 417 (1) BGB, art. 5:205 (1) en (2) DCFR). En outre, les deux débiteurs disposent de leurs exceptions personnelles (voy. art. 1328 C.civ.fr.), c’est-à-dire des exceptions tirées de leur propre relation avec les créancier, telles que le délai de grâce ou l’incapacité.

En réponse aux observations du Conseil d’État, il a été estimé qu’il convenait de ne pas consacrer la notion d’exceptions inhérentes à la dette car elle n’est pas conforme à la jurisprudence et doctrine établies.

van de auteurs aangenomen dat een dergelijke overdracht mogelijk is *met toestemming van de schuldeiser*. De rechtsleer pleit er daarom voor om deze materie wettelijk te regelen (o.m. S. STIJNS en S. JANSEN, “Schuldoverdracht: een pleidooi voor een volwaardige rechtsfiguur” *D.A.O.R.* 2018/1-2, blz. 6-35). Mede in navolging van andere codificaties (art. 1327 C.civ.fr., art. 6:155 NBW, § 414 BGB) wordt hieraan gevolg gegeven in dit hoofdstuk. Een overdracht van schuld onderstelt dus de toestemming van de drie partijen: schuldeiser, schuldenaar en overnemer. De toestemming van de schuldeiser kan vooraf worden gegeven. Een overdracht van schuld zonder de toestemming van de schuldeiser heeft louter interne werking (zie art. 5 192).

Artikel 5.188

Gevolgen voor de oorspronkelijke schuldenaar

Deze nieuwe bepaling regelt de gevolgen van een schuldoverdracht. In beginsel heeft de toestemming van de schuldeiser tot gevolg dat de oorspronkelijke schuldenaar wordt bevrijd. De partijen kunnen vanzelfsprekend anders overeenkomen. Deze bevrijding werkt in beginsel enkel voor de toekomst. Voor de schulden die opeisbaar waren voorafgaand aan de overdracht, blijft enkel de overdrager gehouden, tenzij anders werd overeengekomen.

Artikel 5.189

Tegenwerpelijkheid van excepties

Deze nieuwe bepaling regelt de tegenwerpelijkheid van excepties. Uitgangspunt is dat de overnemer de positie inneemt van de overdrager en al de excepties kan uitoefenen waarover deze tegenover de schuldeiser beschikte (zie o.m.: art. 1328 C.civ.fr., § 417 (1) BGB, art. 5:205 (1) en (2) DCFR). Bovendien beschikken de beide schuldenaars over hun persoonlijke excepties (zie: art. 1328 C.civ.fr.), d.w.z. de excepties ontleend aan hun eigen verhouding tot de schuldeiser, zoals een resptijtermijn of de onbekwaamheid.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State werd geoordeeld dat het raadzaam was om het begrip “excepties inherent aan de schuld” niet op te nemen aangezien dit begrip niet in overeenstemming is met de heersende rechtspraak en rechtsleer.

Article 5.190

Sûretés

Si le débiteur originaire est libéré, cette libération a également pour conséquence l'extinction des sûretés réelles et personnelles, sauf s'il en est convenu autrement avec le constituant de la sûreté (voy. art. 1328-1 C.civ.fr., § 418 BGB, art. III-5:205 (4) DCFR).

Article 5.191

Cession imparfaite de dette

Il convient de distinguer la reprise de dette interne visée à l'article 5 192 suivant et le cas dans lequel les parties souhaitent impliquer le créancier dans ce qu'elles conviennent. La notification au créancier doit alors en principe s'interpréter en ce sens que le cessionnaire consent à vouloir être engagé envers le créancier. Il en résulte une obligation solidaire (voy. également: art. 1327-2 C.civ.fr.). Tout dépend naturellement de l'intention des parties. Il se peut ainsi que les parties aient voulu faire dépendre l'effet de la cession de dette du consentement du créancier et que la notification vise à faire exécuter cette condition. Si dans un tel cas l'acceptation du créancier tarde, la cession de dette n'a pas d'effet.

Si le créancier approuve la cession de dette, les conséquences de la cession parfaite de dette se produisent et le cédant est libéré.

Article 5.192

Reprise interne de dette

Une cession de dette qui a lieu en dehors du créancier et dont celui-ci n'est pas informé a un effet purement interne en le débiteur et le "reprenneur". Ceci correspond d'ailleurs à l'intention des parties. Par conséquent, le créancier ne peut en principe pas puiser de droits d'une telle cession.

Artikel 5.190

Zekerheidsrechten

Indien de oorspronkelijke schuldenaar wordt bevrijd heeft deze bevrijding ook het tenietgaan van de persoonlijke en zakelijke zekerheden tot gevolg, behoudens anders overeengekomen met de zekerheidsteller (zie: art. 1328-1 C.civ.fr., § 418 BGB, art. III-5:205 (4) DCFR).

Artikel 5.191

Onvolkomen overdracht van schuld

Van de in artikel 5 192 bedoelde interne schuldovername moet worden onderscheiden het geval dat de partijen de schuldeiser bij hun afspraak wensen te betrekken. De kennisgeving aan de schuldeiser moet dan, in beginsel, zo worden uitgelegd dat de overnemer ermee instemt mede verbonden te willen zijn. Deze gehoudenheid is dan hoofdelijk (zie ook: art. 1327-2 C.civ.fr.). Alles hangt natuurlijk af van de bedoeling van de partijen. Zo kan het zijn dat de partijen de uitwerking van de overdracht van schuld afhankelijk hebben willen maken van de instemming van de schuldeiser en de kennisgeving er dan toe strekt deze voorwaarde na te leven. Indien in dergelijk geval de aanvaarding van de schuldeiser uitblijft, krijgt de overdracht van schuld geen uitwerking.

Indien de schuldeiser de overdracht van schuld goedkeurt treden de gevolgen in van de volkomen schuldoverdracht en wordt de overdrager bevrijd.

Artikel 5.192

Interne overname van schuld

Een schuldovername die plaatsvindt buiten de schuldeiser om en hem ook niet wordt ter kennis gebracht heeft louter interne werking tussen de schuldenaar en de "overnemer". Zulks beantwoordt trouwens aan de bedoeling van de partijen. De schuldeiser kan bijgevolg uit een dergelijke overname, in beginsel, geen rechten putten.

CHAPITRE 3

La cession de contrat

Article 5.193

Principe

Notre droit connaît de nombreuses applications légales de cession de contrat. Il suffit de songer à la cession de bail (art. 1717 C. civ.), à l'aliénation du bien loué (art. 1743 C. civ.) ou à la cession de contrats de travail (CCT n° 32bis) (P. VAN OMMEFLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, 1980, p. 153 et suiv.; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, 1984, p. 47 et suiv.; S. STIJNS, 2, nr. 115; P. WÉRY, II, p. 767). Cependant, il manque jusqu'à présent un ancrage légal général. La présente proposition entend y pourvoir, à l'instar d'exemples étrangers (e. a. art. 1216 C.civ.fr. art. 6:159 NBW). Le principe est qu'une cession de contrat représente plus qu'une somme de dettes et de créances, mais constitue la cession inchangée de l'ensemble de la relation contractuelle. Le cessionnaire ne reprend donc pas uniquement les droits et obligations, mais toutes les compétences contractuelles, etc. (V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, 2015, p. 147 et suiv.). En principe, la cession de contrat ne nécessite pas le consentement du cocontractant. Ce consentement n'est nécessaire que pour libérer le cédant (Cass., 26 juin 2017, C.16 0329.N). La doctrine accepte donc également la validité juridique de la cession "imparfaite" de contrat (voir e. a.: P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 173, n° 72; E. DIRIX, *op. cit.*, p. 74; S. BEYAERT, in *T.B.B.R.*, 2003, 681; S. STIJNS, 2, nr. 114; G. VELGHE, *R.W.*, 2012-13, 442-458). Une telle cession revient à la combinaison d'une cession de créance (artt. 5 174 et s.) et d'une cession imparfaite de dette (art. 5 191). Une cession de contrat "parfaite" par laquelle le cédant disparaît de la relation contractuelle suppose cependant le consentement du cocontractant et donc celui des trois protagonistes. La présente proposition confirme ce principe (§ 1^{er}, premier alinéa). En règle générale, une cession de contrat se présentera comme un contrat tripartite. En principe, la cession a pour conséquence la libération de la partie contractante originaire, sauf pour les dettes exigibles avant la cession. Cette conséquence, et d'autres également (opposabilité d'exceptions, droits accessoires et sûretés) résulte du régime applicable à la cession de créance et à la cession de dette, auquel il est renvoyé. Ces dispositions sont alors applicables par analogie (§ 1^{er}, troisième alinéa).

HOOFDSTUK 3

Overdracht van contract

Artikel 5.193

Beginsel

Ons recht kent talrijke wettelijke toepassingen van contractsoverdracht. Denk bijvoorbeeld aan de huuroverdracht (art. 1717 BW), de vervreemding van het verhuurd goed (art. 1743 BW) of de overdracht van arbeidsovereenkomsten (CAO nr. 32bis) (P. VAN OMMEFLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, 1980, p. 153 e.v.; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contracten en derden*, 1984, p. 47 e.v.; S. STIJNS, 2, nr. 115; P. WÉRY, II, p. 767). Een algemene wettelijke verankering ontbreekt echter vooralsnog. Hieraan wenst het voorstel in navolging van buitenlandse voorbeelden (o.m.: art. 1216 C.civ.fr., art. 6:159 NBW) verandering te brengen. Uitgangspunt is dat een contractsoverdracht meer is dan een optelsom van schulden en schuldvorderingen, maar de onveranderde overgang van de gehele contractuele verhouding. De overnemer treedt dus niet enkel in de rechten en verplichtingen, maar in alle contractuele bevoegdheden e.d.m. (V. WITHOFS, *Contractsoverdracht*, 2015, p. 147 e.v.). In beginsel is de toestemming van de medecontractant niet vereist voor de contractsoverdracht. Deze toestemming is slechts noodzakelijk om de overdrager te bevrijden (Cass. 26 juni 2017, C.16 0329.N). In de rechtsleer wordt de rechtsgeldigheid van deze zgn. "onvolkomen" contractsoverdracht dan ook aanvaard (zie o.m.: P. VAN OMMEFLAGHE, *gecit.*, p. 173, nr. 72; E. DIRIX, *gecit.*, p. 74; S. BEYAERT, in *T.B.B.R.* 2003, 681; S. STIJNS, 2, nr. 114; G. VELGHE, *R.W.* 2012-13, 442-458). Zo'n overdracht komt dan neer op een combinatie van een cessie van schuldvordering (artt. 5 174 e.v.) en een onvolkomen schuldoverdracht (art. 5 191). Een "volkomen" contractsoverdracht waarbij de overdrager uit de contractsband verdwijnt, onderstelt echter de toestemming van de medecontractant en dus de instemming van de drie protagonisten. Het voorstel bevestigt dit beginsel (§ 1, eerste lid). In de regel zal een contractsoverdracht de vorm aannemen van een driepartijencontract. In beginsel heeft de overdracht de bevrijding van de oorspronkelijke contractspartij tot gevolg, behoudens voor wat betreft de schulden die opeisbaar waren voorafgaand aan de overdracht. Wat deze en andere gevolgen (tegenwerpelijheid van excepties, nevenrechten en zekerheidsrechten) betreft, wordt verwezen naar het toepasselijke regime van de overdracht van schuldvordering en van schulden. Deze bepalingen zijn dan van overeenkomstige toepassing (§ 1, derde lid).

La présente proposition crée donc un cadre légal qui constitue également un point d'appui pour les cessions de contrat dans le cadre de procédures d'insolvabilité. Le régime relève du droit supplétif, de telle sorte que les parties peuvent en convenir autrement. Il n'est pas non plus porté atteinte aux réglementations légales particulières en matière de cession de contrat.

Le paragraphe 2 de la disposition en projet envisage la cession de contrat imparfaite, c'est-à-dire la cession de contrat conclue entre le cédant et le cessionnaire sans le consentement du cocontractant du cédant.

Le premier alinéa précise qu'en ce cas, les droits qui découlent de la position contractuelle du cédant ne peuvent être exercés que par le cessionnaire. Ces droits incluent non seulement les créances nées du contrat, mais également des droits attachés à la position contractuelle qui ne constituent pas des créances au sens technique du terme, tels que le droit de résilier contrat de commun accord, le droit de le résoudre en cas d'inexécution du cocontractant, etc. Néanmoins, en raison de l'absence de consentement du cocontractant sur la cession, tant le cédant que le cessionnaire demeurent solidairement tenus des conséquences de l'exercice de ces droits. Ainsi, par exemple, en cas de résolution pour inexécution du contrat par le cessionnaire, cédant et cessionnaire seront solidairement tenus aux restitutions.

L'alinéa 2 rend pour le surplus les dispositions du chapitre 1^{er} (relatif à la cession de créance) et l'article 5 191 (relatif à la cession imparfaite de dette) applicables par analogie, respectivement, aux droits et aux obligations attachés à la position contractuelle cédée.

Enfin, l'alinéa 3 précise qu'en cas d'acceptation ultérieure du cocontractant, la cession de contrat devient parfaite, de sorte qu'elle devient entièrement soumises aux règles prévues au paragraphe 1^{er} de la disposition en projet.

Sous-titre 5

L'exécution de l'obligation

Le Code civil contient de nombreuses dispositions relatives au paiement (artt. 1235 à 1270).

Certaines sont archaïques. Ainsi la proposition abroge-t-elle les dispositions relatives à la *procédure d'offres*

Het voorstel creëert aldus een wettelijk kader dat ook houvast biedt voor contractsoverdrachten in het kader van o.m. insolventieprocedures. De regeling is van aanvullend recht; de partijen kunnen anders overeenkomen. Evenmin wordt afbreuk gedaan aan afwijkende wettelijke regelingen inzake contractsoverdracht.

De tweede paragraaf van de voorgestelde bepaling viseert de onvolkomen contractsoverdracht, dit is de contractsoverdracht overeengekomen tussen de overdrager en de overnemer, zonder de toestemming van de medecontractant van de overdrager.

Het eerste lid preciseert dat in dat geval, slechts de overnemer de rechten die voortvloeien uit de contractuele positie van de overdrager kan uitoefenen. Die rechten omvatten niet alleen de schuldvorderingen ontstaan uit het contract, maar ook de rechten die verbonden zijn aan de contractuele positie die geen schuldvorderingen uitmaken in de technische zin van dat begrip, zoals het recht om het contract met wederzijdse toestemming op te zeggen, het recht om het te ontbinden in geval van niet-nakoming door de medecontractant, etc. Niettemin, omwille van het ontbreken van de toestemming van de medecontractant met betrekking tot de overdracht, blijft de overdrager samen met de overnemer hoofdelijk gehouden voor de gevolgen van de uitoefening van die rechten. Zo zijn, bijvoorbeeld, de overdrager en de overnemer hoofdelijk gehouden tot restitutie in geval van ontbinding wegens niet-nakoming.

Het tweede lid verklaart voor het overige de bepalingen van het eerste hoofdstuk (met betrekking tot de overdracht van schuldvordering) en artikel 5 191 (met betrekking tot de onvolkomen schuldoverdracht) overeenkomstig van toepassing respectievelijk op de rechten en verbintenissen verbonden aan de overgedragen contractuele positie.

Ten slotte preciseert het derde lid dat in geval van een uiteindelijke aanvaarding door de medecontractant de contractsoverdracht volkomen wordt, zodat ze volledig onderworpen wordt aan de regels voorzien in de eerste paragraaf van de voorgestelde bepaling

Ondertitel 5

Nakoming van de verbintenissen

Het Burgerlijk Wetboek omvat tal van bepalingen betreffende de betaling (artt. 1235 tot 1270).

Sommige zijn verouderd. Aldus heft het voorstel de bepalingen op betreffende de *procedure van aanbod*

réelles suivies de consignation (artt. 1258 à 1264 C. civ.). Suivant l'exemple des droits néerlandais, allemand et français, la proposition consacre la mise en demeure du créancier, qui est plus légère et s'applique à toute obligation, quel qu'en soit l'objet. La proposition abroge aussi les articles 1265 à 1270, qui ont trait à la *cession de biens*. Celle-ci est tombée en désuétude depuis longtemps. Elle ne présentait, au demeurant, plus d'intérêt depuis l'abolition de la contrainte par corps.

Pour le reste, la proposition ne bouleverse pas la matière du paiement. Elle se borne, soit à moderniser la formulation des textes, soit à consacrer certains acquis doctrinaux et jurisprudentiels.

Compte tenu de l'importance pratique de la question, le paiement des obligations pécuniaires fait l'objet d'une sous-section distincte, qui contient quelques dispositions propres à ce paiement. Il suit, sur ce point, l'exemple français.

CHAPITRE 1^{ER}

Disposition introductive

Article 5.194

Définition du paiement

Cet article, dont la rédaction s'inspire dans une certaine mesure de l'article 1342 du Code civil français, définit le paiement, tout en en précisant les effets.

L'alinéa 1^{er} confirme l'analyse dominante qui prévaut en doctrine et en jurisprudence belges: le paiement n'est ni un fait juridique, ni un contrat. Il s'agit d'un acte juridique unilatéral, qui peut émaner aussi bien du débiteur que d'un tiers. (H. DE PAGE, III, pp. 392-393; P. VAN OMMEFLAGHE, *Revue de droit de l'U.L.B.*, 1993, p. 12 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.*, 1999, p. 839; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 2015, p. 611; P. VAN OMMEFLAGHE, III, p. 2011 et s.; Cass., 6 décembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2349; *Arr. Cass.*, 2002, p. 2670; *Pas.*, 2002, p. 2349; Cass., 26 oct. 2006, *Pas.*, 2006, p. 2163; *Arr. Cass.*, 2006, p. 2125).

L'alinéa 2 énonce l'effet extinctif et libératoire qui s'attache au paiement, tout en réservant l'hypothèse dans laquelle le débiteur reste tenu à l'égard du tiers *solvens* subrogé. La proposition perpétue ainsi la subdivision

van gerede betaling gevolgd door consignatie (artt. 1258 tot 1267 BW). Naar het voorbeeld van het Nederlandse, Duitse en Franse recht verankert het voorstel de ingebrekestelling van de schuldenaar, die lichter is en van toepassing op elke verbintenis ongeacht het voorwerp ervan. Het voorstel heft ook de artikelen 1265 tot 1270 op over de *boedelafstand*. Deze is sinds lange tijd achterhaald. Zij verloor haar belang, sinds de afschaffing van de lijfswang.

Voor het overige heeft het voorstel geen ingrijpende impact op de materie van de betaling. Het beperkt zich tot een modernisering van de formulering van de teksten en tot de verankering van bepaalde verworvenheden uit de rechtsleer en rechtspraak.

Rekening houdend met het praktische belang van de materie, wordt de betaling van de geldelijke verbintenissen ondergebracht in een afzonderlijke onderafdeling, die enkele specifieke bepalingen voor die betaling omvat. Het volgt op dat punt het Franse voorbeeld.

HOOFDSTUK 1

Inleidende bepaling

Artikel 5.194

Definitie van de betaling

Dit artikel, waarvan de formulering in zekere mate ontleend is aan artikel 1342 van het Frans Burgerlijk Wetboek, definieert de betaling, met verduidelijking van de gevolgen ervan.

Het eerste lid bevestigt de heersende analyse uit de Belgische rechtsleer en rechtspraak: de betaling is geen rechtsfeit of contract. Het betreft een eenzijdige rechtshandeling die kan uitgaan van zowel de schuldenaar als een derde. (H. DE PAGE, III, blz. 392-393; P. VAN OMMEFLAGHE, *Revue de droit de l'U.L.B.*, 1993, blz. 12 e.v.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.*, 1999, blz. 839; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 2015, blz. 611; P. VAN OMMEFLAGHE, III, blz. 2011 e.v.; Cass. 6 décembre 2002, *Pas.* 2002, blz. 2349; *Arr. Cass.* 2002, p. 2670; *Pas.* 2002, blz. 2349; Cass. 26 okt. 2006, *Pas.* 2006, blz. 2163; *Arr. Cass.* 2006, blz. 2125).

Het tweede lid duidt op het uitdovende en bevrijdende gevolg dat verbonden is aan de betaling, zij het met voorbehoud voor de hypothese waarin de schuldenaar gehouden blijft ten aanzien van de gesubrogeerde derde

qu'opérait déjà le Code civil, en distinguant le paiement, que la doctrine qualifie de pur et simple, et le paiement avec subrogation.

CHAPITRE 2

Le paiement

Section 1^{re}

Dispositions communes

Article 5.195

Nécessité d'une dette

Codification à droit constant. Ce texte reproduit les termes initiaux de l'article 1235 du Code civil.

Article 5.196

Paiement par un tiers

Ce texte résulte de la fusion des articles 1236 et 1237 du Code civil et constitue une codification à droit constant (S. RUTTEN, *De betaling. Juridische aard en rechtsgevolgen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011; P. VAN OMMESELAGHE, III, p. 2019 et s.; P. WÉRY, II, p. 578 et s.; P. BAZIER, "L'intuitus personae et l'exécution des obligations contractuelles: questions choisies à propos du paiement de la dette par un tiers" in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, CUP, vol. 168, 2016, p. 105 et s.).

Il n'a pas paru nécessaire de rappeler que le débiteur et les personnes qui lui sont assimilées (notamment les ayants-cause universel ou les coobligés à la dette – codébiteurs solidaires, notamment –) sont tenus au paiement. C'est l'évidence même. En revanche, le paiement qui émane d'un tiers tombe moins sous le sens. Aussi la proposition envisage-t-elle les hypothèses dans lesquelles le paiement peut émaner d'un tiers intéressé ou non, sans que le créancier puisse s'y opposer.

Le texte ne reproduit pas la finale de l'alinéa 2 de l'article 1236. Le Code civil y prive le tiers non intéressé du bénéfice de la subrogation légale. Il entend par là protéger le débiteur contre les éventuelles intentions malveillantes d'un tiers qui chercherait, en payant, à obtenir

solvens. Het voorstel bestendigt aldus de onderverdeling die reeds bestond in het Burgerlijk Wetboek, met een onderscheid tussen de betaling, door de rechtsleer als zuiver en eenvoudig gekwalificeerd, en de betaling met subrogatie.

HOOFDSTUK 2

Betaling

Afdeling 1

Gemeenschappelijke bepalingen

Artikel 5.195

Vereiste van een schuld

Codificatie van geldend recht. Deze tekst herneemt de oorspronkelijke bewoording van artikel 1235 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.196

Betaling door een derde

Deze tekst is het resultaat van een samenvoeging van de artikelen 1236 en 1237 van het Burgerlijk Wetboek en vormt een codificatie van geldend recht (S. RUTTEN, *De betaling. Juridische aard en rechtsgevolgen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011; P. VAN OMMESELAGHE, III, blz. 2019 e.v.; P. WÉRY, II, blz. 578 e.v.; P. BAZIER, "L'intuitus personae et l'exécution des obligations contractuelles: questions choisies à propos du paiement de la dette par un tiers" in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, CUP, vol. 168, 2016, blz. 105 e.v.).

Het leek niet nodig eraan te herinneren dat de schuldenaar en de aan hem gelijkgestelde personen (met name de algemene rechtverkrijgenden of de medeschuldnaars – onder meer de hoofdelijke medeschuldnaars) gehouden zijn tot betaling. Dat spreekt vanzelf. Daarentegen ligt de betaling uitgaande van een derde minder voor de hand. Derhalve regelt het voorstel de hypothesen waarin de betaling kan uitgaan van een derde die er al dan niet belang bij heeft, zonder dat de schuldeiser zich daartegen kan verzetten.

De tekst neemt de eindpassage van het tweede lid van artikel 1236 niet over. Het Burgerlijk Wetboek ontnemt daarin de derde zonder belang het genot van de wettelijke subrogatie. Het wil op die manier de schuldenaar behoeden voor de eventuele kwaadwillige bedoelingen

un placement avantageux, via la subrogation légale aux droits du créancier. Il est inutile de formuler expressément cette précaution, dès lors que l'article 5 220, qui énumère les hypothèses de subrogation légale, ne reconnaît pas à un tiers non intéressé le bénéfice d'une telle subrogation. Consacrant une doctrine constante (H. DE PAGE, III, p. 401), la Cour de cassation admet toutefois que "Si elle interdit au tiers auquel elle s'applique de se prévaloir d'une subrogation légale, cette disposition n'exclut pas, en revanche, qu'il puisse bénéficier d'une subrogation conventionnelle consentie par le créancier en vertu de l'article 1250, 1°, du Code civil" (Cass., 21 janv. 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1780; *Pas.*, 2008, p. 152, concl. J. Genicot; *R.W.*, 2008-2009, p. 1258, note J. De Coninck).

L'alinéa 3 de la disposition proposée consacre les extensions que la Cour de cassation a fait subir à l'article 1237 (Cass., 28 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J.A. Van Damme; Cass., 2 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 252; *R.W.*, 2014-2015, p. 1659, note S. Rutten): il élargit les hypothèses dans lesquelles le créancier peut s'opposer au paiement émanant d'un tiers qui n'est pas intéressé à la dette. Ainsi le texte ne vise-t-il plus uniquement les obligations de faire, mais toute obligation; d'autre part, il ne vise plus uniquement l'hypothèse dans laquelle la nature de l'obligation s'oppose au paiement de l'obligation par un tiers.

Article 5.197

Conditions de validité du paiement

La disposition reproduit l'alinéa premier de l'article 1238 du Code civil. Ce texte, dont les applications pratiques sont rares, ne suscite pas de difficulté particulière.

Article 5.198

Paiement au créancier

Il s'agit d'une codification à droit constant (H. DE PAGE, III, p. 429 et s.; S. STIJNS, II, pp. 97-98; S. RUTTEN, *De betaling*, 2011, pp. 99-117; P. VAN OMMEFLAGHE, III, pp. 2028-2029; P. WÉRY, II, n° 649), résultant de la fusion des articles 1239 à 1241 du Code civil, avec quelques précisions.

van een derde die, door te betalen, een voordelige belegging zou willen verkrijgen via de wettelijke subrogatie in de rechten van de schuldeiser. Die voorzorg behoeft niet uitdrukkelijk te worden geformuleerd, aangezien artikel 5 220, dat de hypothesen van wettelijke subrogatie opsomt, het voordeel van zo'n subrogatie voor een derde zonder belang niet erkent. In navolging van van een vaste rechtsleer (H. DE PAGE, III, blz. 401), erkent het Hof van Cassatie evenwel dat, hoewel zij de derde waarop zij van toepassing is verbiedt zich te beroepen op een wettelijke subrogatie, deze bepaling evenwel niet uitsluit dat hij kan genieten van een subrogatie bij overeenkomst, toegekend door de schuldeiser krachtens artikel 1250, 1°, van het Burgerlijk Wetboek (Cass. 21 januari 2008, *J.L.M.B.* 2008, blz. 1780; *Pas.* 2008, blz. 152, concl. J. Genicot; *R.W.* 2008-2009, blz. 1258, noot J. De Coninck).

Het derde lid van de ontworpen bepaling verankert de uitbreidingen die het Hof van Cassatie artikel 1237 heeft doen ondergaan (Cass. 28 september 1973, *R.C.J.B.* 1974, blz. 238, noot J.A. Van Damme; Cass. 2 februari 2012, *Pas.* 2012, blz. 252; *R.W.* 2014-2015, blz. 1659, noot S. Rutten): het breidt de hypothesen uit waarin de schuldeiser zich kan verzetten tegen de betaling uitgaande van een derde die geen belang bij de schuld heeft. Aldus beoogt de tekst niet langer enkel de verbintenissen om iets te doen, maar elke verbintenis; voorts beoogt de tekst niet langer enkel de hypothese waarin de aard van de verbintenis zich verzet tegen de betaling van de verbintenis door een derde.

Artikel 5.197

Geldigheidsvereisten voor de betaling

Deze bepaling herneemt het eerste lid van artikel 1238 van het Burgerlijk Wetboek. Deze tekst, waarvan de praktische toepassingen zeldzaam zijn, geeft geen aanleiding tot specifieke moeilijkheden.

Artikel 5.198

Betaling aan de schuldeiser

Het betreft een codificatie van geldend recht (H. DE PAGE, III, blz. 429 e.v.; S. STIJNS, II, blz. 97-98; S. RUTTEN, *De betaling*, 2011, blz. 99-117; P. VAN OMMEFLAGHE, III, blz. 2028-2029; P. WÉRY, II, nr. 649), die het resultaat is van de samenvoeging van de artikelen 1239 tot 1241 van het Burgerlijk Wetboek, met enkele verduidelijkingen.

Les termes de l'article 1240 sont légèrement adaptés: l'expression de "celui qui est en possession de la créance" est remplacée par celle de "créancier apparent". D'autre part, l'adjectif "libératoire" a été préféré à celui de "valable".

Article 5.199

Indisponibilité de la créance

L'article 1242 du Code civil énonce deux hypothèses dans lesquelles le débiteur ne peut s'acquitter de la dette entre les mains du créancier. Mais il en existe d'autres. À titre d'exemple, si le créancier a été déclaré en faillite, seul le curateur peut recevoir paiement de ses débiteurs. Ainsi encore le débiteur ne peut-il se libérer entre les mains de son créancier, lorsqu'un tiers, créancier de ce dernier, bénéficie d'une action directe (sur les autres hypothèses que celles visées par l'article 1242, voy. not. H. DE PAGE, III, p. 434 et s.; S. RUTTEN, *De betaling*, 2011, p. 84 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, pp. 2031-2032).

La proposition énonce une règle générale en son alinéa 1^{er}, avant de reproduire, à l'alinéa suivant, les deux applications particulières qui figurent dans l'article 1242 du Code civil.

Article 5.200

Objet du paiement

L'alinéa 1^{er} reproduit la disposition de l'article 1244, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui consacre le principe de l'indivisibilité du paiement.

Ce principe souffre toutefois des exceptions (à titre d'exemples, voy. CDE art. VII.145, § 1^{er}, ou l'article 9 de la loi relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises (*Moniteur belge* du 31 décembre 2013)).

L'alinéa 2 codifie à droit constant l'article 1243 du Code civil.

L'alinéa 3 consacre la possibilité pour les parties à l'obligation de conclure une dation en paiement, à laquelle plusieurs articles du Code civil font référence (notamment l'article 2038) (H. DE PAGE, III, p. 513; P. VAN OMMESELAGHE, "Les obligations – Examen de jurisprudence (1974-1982)", *R.C.J.B.*, 1988, p. 109; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique

De bewoording van artikel 1240 is licht aangepast: de uitdrukking "iemand die in het bezit is van de schuldvordering" wordt vervangen door "schijnschuldeiser". Voorts kreeg het adjectief "bevrijdend" de voorkeur op "geldig".

Artikel 5.199

Onbeschikbaarheid van de schuldvordering

Artikel 1242 van het Burgerlijk Wetboek vermeldt twee hypothesen waarin de schuldenaar de schuld niet kan voldoen in de handen van de schuldeiser. Maar er zijn nog andere. Bijvoorbeeld, indien de schuldeiser failliet verklaard werd, kan enkel de curator de betaling van diens schuldenaars ontvangen. Zo ook kan de schuldenaar niet in handen van zijn schuldeiser bevrijdend betalen wanneer een derde, zijnde schuldeiser van laatstgenoemde, een rechtstreekse vordering heeft (voor de andere hypothesen dan die bedoeld bij artikel 1242, zie noot H. DE PAGE, III, blz. 434 e.v.; S. RUTTEN, *De betaling*, 2011, blz. 84 e.v. P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, blz. 2031-2032).

Het voorstel vermeldt een algemene regel in het eerste lid en geeft vervolgens, in het tweede lid, de twee bijzondere toepassingen uit artikel 1242 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.200

Voorwerp van de betaling

Het eerste lid herneemt artikel 1244, eerste lid Burgerlijk Wetboek, dat het uitgangspunt van de ondeelbaarheid van de betaling verankert.

Dat uitgangspunt kent evenwel uitzonderingen (zie bijvoorbeeld WER, art. VII.145, § 1, of artikel 9 van de wet betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (*Belgisch Staatsblad* van 31 december 2013)).

Het tweede lid codificeert naar geldend recht artikel 1243 van het Burgerlijk Wetboek.

Het derde lid verankert voor de partijen bij de verbintenis de mogelijkheid tot inbetalinggeving, waarnaar verscheidene artikelen van het Burgerlijk Wetboek verwijzen (met name artikel 2038) (H. DE PAGE, III, blz. 513; P. VAN OMMESELAGHE, "Les obligations – Examen de jurisprudence (1974-1982)", *R.C.J.B.* 1988, blz. 109; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique

de jurisprudence (1985-1995)”, *J.T.*, 1999, p. 836; L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenissen*, 2000, p. 488; P. VAN OMMESELAGHE, III, p. 2101; P. WÉRY, II, n^{os} 730 et s.).

Article 5.201

Délai de grâce

Cette disposition reproduit les termes de l'article 1244 du Code civil, relatif au délai de grâce. Celui-ci ne peut être accordé que si le débiteur est malheureux et de bonne foi.

Cette disposition figurant dans le régime général des obligations, il ne fait désormais plus aucun doute que le délai de grâce peut bénéficier aussi à des débiteurs d'obligations non contractuelles. Telle était déjà l'opinion qui, malgré un arrêt de la Cour de cassation (Cass., 13 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 41, note F.D.), prévalait en doctrine (P. VAN OMMESELAGHE, “Les obligations – Examen de jurisprudence (1974-1982)”, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 67-68; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, “Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995)”, *J.T.*, 1999, p. 827; L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenissen*, 2000, p. 190; P. VAN OMMESELAGHE, III, pp. 1785-1786; P. BAZIER, “Le champ d'application de l'article 1244, alinéa 2, du Code civil en droit des obligations et en matière d'impôts directs”, *R.G.D.C.*, 2014, p. 243 et s.). L'article 5 201 ne porte pas préjudice à certains régimes particuliers, pour lesquels le législateur interdit l'octroi de délais de grâce (dettes alimentaires, lettres de change, dettes fiscales...) (P. VAN OMMESELAGHE, III, n^{os} 1201 et 1202).

Article 5.202

État de la chose

Ce texte codifie à droit constant les articles 1245 et 1246 du Code civil, en modernisant légèrement leur rédaction.

Article 5.203

Lieu du paiement

Ce texte codifie à droit constant l'article 1247 du Code civil, en modernisant légèrement sa rédaction.

de jurisprudence (1985-1995)”, *J.T.* 1999, blz. 836; L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenissen*, 2000, blz. 488; P. VAN OMMESELAGHE, III, blz. 2101; P. WÉRY, II, nrs 730 e.v.).

Artikel 5.201

Respijtermijn

Deze bepaling herneemt de bewoording van artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek, met betrekking tot de respijtermijn. Die kan slechts worden toegekend indien de schuldenaar ongelukkig en te goeder trouw is.

Aangezien deze bepaling voorkomt in het algemeen regime van de verbintenissen, lijdt het voortaan geen twijfel meer dat de respijtermijn ook ten goede kan komen aan schuldenaars van niet-contractuele verbintenissen. Dat was reeds de opvatting die, ondanks een arrest van het Hof van Cassatie (Cass. 13 september 1977, *Pas.* 1978, I, p. 41, noot F.D.), overheerste in de rechtsleer (P. VAN OMMESELAGHE, “Les obligations – Examen de jurisprudence (1974-1982)”, *R.C.J.B.* 1988, blz. 67-68; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995)”, *J.T.* 1999, blz. 827; L. CORNELIS, *Algemeen theorie van de verbintenissen*, 2000, blz. 190; P. VAN OMMESELAGHE, III, blz. 1785-1786; P. BAZIER, “Le champ d'application de l'article 1244, alinéa 2, du Code civil en droit des obligations et en matière d'impôts directs”, *T.B.B.R.* 2014, blz. 243 e.v.). Het artikel 5 201 doet geen afbreuk aan bepaalde bijzondere regimes waarvoor de wetgever het toekennen van respijtermijnen verbiedt (schulden uit hoofde van onderhoudsuitkeringen, wisselbrieven, fiscale schulden...) (P. VAN OMMESELAGHE, III, nrs. 1201-1202).

Artikel 5.202

Staat van de zaak

Deze tekst codificeert naar geldend recht de artikelen 1245 en 1246 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij de formulering ervan licht wordt gemoderniseerd.

Artikel 5.203

Plaats van de betaling

Deze tekst codificeert naar geldend recht artikel 1247 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij de formulering ervan licht wordt gemoderniseerd.

Article 5.204

Frais du paiement

Ce texte reproduit l'article 1248 du Code civil.

Section 2

Dispositions particulières aux obligations pécuniaires

Article 5.205

Nominalisme monétaire

Ce texte s'inspire de l'article 1343 du Code civil français.

L'alinéa 1^{er} consacre en termes généraux le principe du nominalisme monétaire, que le Code civil n'énonce qu'à propos du prêt de consommation (art. 1895); en d'autres termes, un euro reste un euro. Il n'est tenu compte que de la valeur nominale de la monnaie, sans égard à sa valeur réelle (H. DE PAGE, III, p. 464 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 2015, p. 619; P. VAN OMMESELAGHE, III, p. 2084 et s.).

Ce principe étant supplétif de volonté, les parties peuvent se prémunir contre les risques de fluctuations monétaires par des clauses particulières. Dans son arrêt du 4 mai 1922, la Cour de cassation a déclaré qu'"est valable la stipulation par laquelle les parties, tout en maintenant la monnaie imposée par la loi, ont cherché à empêcher que les variations du change ne réagissent sur leurs engagements contractuels de façon à modifier les droits et obligations qui y sont déterminés" (Cass., 4 mai 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 269. Voy. aussi Cass., 30 mai 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 206; Cass., 12 mai 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 167; Cass., 1^{er} mars 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 128). Le principe de la liberté contractuelle autorise les clauses les plus diverses. La plus fréquente est la clause d'indexation. Le législateur interdit ou encadre certaines clauses d'indexation. Tel est le cas de l'article 1728*bis* du Code civil ou de l'article 57 de la loi du 30 mars 1957 relative aux mesures de redressement économique (P. VAN OMMESELAGHE, III, p. 2094 et s.).

Le nominalisme monétaire ne s'applique qu'aux seules obligations de somme. Il ne régit pas les dettes de valeur, ce que rappelle l'alinéa 2. La responsabilité contractuelle est, avec la responsabilité extracontractuelle, un des domaines d'élection des dettes de valeur (Cass., 18 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1200; Cass., 22 décembre 2006,

Artikel 5.204

Kosten van de betaling

Deze tekst herneemt artikel 1248 van het Burgerlijk Wetboek.

Afdeling 2

Bijzondere bepalingen voor de geldelijke verbintenissen

Artikel 5.205

Monetair nominalisme

Deze tekst is ontleend aan artikel 1343 van het Frans Burgerlijk Wetboek.

Het eerste lid verankert in algemene bewoordingen het beginsel van het monetaire nominalisme, dat in het Burgerlijk Wetboek slechts vermeld wordt in het kader van de verbruiklening (art. 1895); met andere woorden, één euro blijft één euro. Er wordt slechts rekening gehouden met de nominale waarde van de munt, niet met de reële waarde ervan (H. DE PAGE, III, blz. 464 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 2015, blz. 619; P. VAN OMMESELAGHE, III, blz. 2084 e.v.).

Aangezien dat beginsel van aanvullend recht is, kunnen de partijen zich wapenen tegen de risico's van monetaire fluctuaties door bijzondere bedingen. In zijn arrest van 4 mei 1922 heeft het Hof van Cassatie het beding geldig verklaard waarmee de partijen, met behoud van de bij wet opgelegde munt, getracht hebben te beletten dat de wisselschommelingen zouden inwerken op hun contractuele verbintenissen zodat de daarin vastgelegde rechten en verplichten zouden wijzigen (Cass. 4 mei 1922, *Pas.*, 1922, I, blz. 269. Zie ook Cass. 30 mei 1929, *Pas.* 1929, I, blz. 206; Cass. 12 mei 1932, *Pas.* 1932, I, blz. 167; Cass. 1 maart 1945, *Pas.* 1945, I, blz. 128). Het beginsel van de contractsvrijheid laat de meest diverse bedingen toe. Het meest frequente is het indexatiebeding. De wetgever verbiedt of omkadert bepaalde indexatiebedingen. Dat is het geval in artikel 1728*bis* van het Burgerlijk Wetboek en artikel 57 van de wet van 30 maart 1957 betreffende de economische herstelmaatregelen (P. VAN OMMESELAGHE, III, blz. 2094 e.v.).

Het monetaire nominalisme is enkel van toepassing op geldschulden. Het regelt niet de waardeschuld, waarop gewezen wordt in het tweede lid. De contractuele aansprakelijkheid is, samen met de buitencontractuele aansprakelijkheid, een van de uitverkoren domeinen van de waardeschulden (Cass. 18 juni 1981, *Pas.* 1981,

R.W., 2006-2007, p. 1439). Lorsqu'un débiteur engage, par suite de sa faute, sa responsabilité, il est débiteur de dommages et intérêts: aussi longtemps que les parties contractantes ne se sont pas accordées sur leur montant ou qu'un juge n'a pas procédé à leur évaluation, la dette est de valeur. Mais, une fois liquidée, cette dette se métamorphose en une obligation de somme, soumise au principe du nominalisme monétaire (Chr. BIQUET-MATHIEU, collab. C. DELFORGE, "Le régime juridique des intérêts – Essai de synthèse", *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, 2008, p. 257 et s.).

Article 5.206

Intérêts

Cette disposition a un objectif d'ordre pédagogique. Elle consacre tout d'abord la différence qui est établie entre les types d'intérêts selon la fonction qu'ils remplissent (intérêts rémunérateurs versus intérêts de retard). Elle consacre ensuite la distinction supplémentaire qui est établie au sein de la catégorie des intérêts de retard entre les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires, en fonction de la nature de l'obligation qui est exécutée tardivement (voir C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 803 p.; C. BIQUET-MATHIEU, "Le régime juridique des intérêts-essai de synthèse", in *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2008*, Bruges, die Keure, 2008, 240-309; B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgisch schadevergoedingsrecht", *T.P.R.*, 1999, 1277-1451; J. PETIT, *Interest*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1995, 261 p.; I. SAMOY (en collaboration avec M. Aguirre), "Schadeherstel, schadevergoeding en interesten", in S. Stijns et P. Wéry (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2010, 97-135).

Outre ces types d'intérêts différenciés selon la fonction qu'ils remplissent, les intérêts peuvent être classés selon la source. Ce faisant, on distingue l'intérêt légal (attribué par la loi) de l'intérêt conventionnel (attribué par un contrat). Enfin, une distinction peut être établie selon le taux d'intérêt applicable entre les intérêts dus

I, blz. 1200; Cass. 22 december 2006, R.W. 2006-07, blz. 1439). Wanneer een schuldenaar ingevolge zijn fout aansprakelijkheid oploopt, is hij schuldenaar van een schadevergoeding: zolang de contractspartijen het niet eens zijn over het bedrag ervan of zolang de rechter niet is overgegaan tot de raming ervan, betreft het een waardeschuld. Maar zodra deze schuld vereffend is, neemt zij de vorm aan van een verbintenis tot de betaling van een geldsom, onderworpen aan het beginsel van het monetair nominalisme (Chr. BIQUET-MATHIEU, medew. C. DELFORGE, "Le régime juridique des intérêts – Essai de synthèse", *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police*, 2008, blz. 257 e.v.).

Artikel 5.206

Interest

Deze bepaling heeft een pedagogische doelstelling. Zij verankert ten eerste het onderscheid dat wordt gehanteerd tussen de soorten interesten volgens de functie van de interest (remuneratoire interesten versus nalatigheidsinteresten). Zij verankert ten tweede het verdere onderscheid binnen de categorie van de nalatigheidsinteresten tussen de moratoire of verwijlinteresten (intérêts moratoires) en de compensatoire of vergoedende interesten (intérêts compensatoires), al naargelang de aard van de verbintenis die laattijdig wordt uitgevoerd (zie: C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, Luik, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 803 p.; C. BIQUET-MATHIEU, "Le régime juridique des intérêts-essai de synthèse", in *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2008*, Brugge, die Keure, 2008, 240-309; B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgisch schadevergoedingsrecht", *T.P.R.* 1999, 1277-1451; J. PETIT, *Interest* in *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1995, 261 p.; I. SAMOY (m.m.v. M. Aguirre), "Schadeherstel, schadevergoeding en interesten" in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 97-135).

Naast deze soorten interesten volgens de functie van de interest, kunnen interesten ingedeeld worden volgens de bron. Op basis hiervan onderscheidt men wettelijke (toegekend door de wet) en conventionele (toegekend door een contract) interest. Tot slot kan volgens de toepasselijke interestvoet een onderscheid

au taux d'intérêt légal (établi dans la loi), conventionnel (établi dans le contrat) ou judiciaire (établi par le juge).

La notion d'intérêt judiciaire (qui importe lors de la détermination du montant de la demande pour les règles en matière de compétence et de ressort) n'a pas de signification propre, mais correspond à l'intérêt moratoire ou compensatoire qui court dès l'introduction de l'instance.

Article 5.207

Anatocisme

Cet article reformule l'ancien article 1154 et confirme le droit constant ainsi que les conditions d'application en vigueur en matière d'anatocisme concernant les intérêts moratoires. Dans l'ancien Code civil, l'article 1154 s'appliquait assurément aux intérêts moratoires, de manière contestée aux intérêts rémunérateurs et ne s'appliquait certainement pas aux intérêts compensatoires. La proposition précise que cette disposition s'applique aux intérêts moratoires ainsi qu'aux intérêts rémunérateurs et ne s'applique pas aux intérêts compensatoires.

Comme dans l'ancien Code civil, cela implique pour les dettes de valeur que le juge est libre d'apprécier si la réparation intégrale du dommage nécessite l'attribution d'intérêts sur des intérêts. S'il estime que c'est le cas, l'anatocisme n'est pas soumis aux conditions de cette disposition.

Cette disposition est de droit impératif (voir WÉRY, I, p. 586, n° 616).

L'ancien article 1155 n'est plus repris, de même que dans le nouveau Code civil français. L'ancien article 1155 n'avait pas trait à l'anatocisme. Les revenus échus (tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères) et la créance en restitution de fruits et intérêts ne forment eux-mêmes pas d'intérêts de capitaux, de sorte qu'il n'est pas question d'intérêts sur intérêts. La portée de l'ancien article 1155 se limitait dès lors à confirmer que ces revenus (en tant qu'obligations de somme) peuvent produire des intérêts à partir du jour de la sommation ou de la convention. Dans ce cadre, la disposition n'apporte pas de plus-value par rapport à l'application du droit commun (voir également O. DESHAYES, T. GENICON et Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 729-730).

gemaakt worden tussen interesten verschuldigd aan de wettelijke (bepaald in de wet), conventionele (bepaald in het contract) of gerechtelijke (bepaald door de rechter) interestvoet.

Het begrip gerechtelijke interest (dat van belang is bij de bepaling van het bedrag van de vordering voor de regels inzake bevoegdheid en aanleg) heeft geen zelfstandige betekenis maar is de moratoire of compensatoire interest die loopt vanaf de inleiding van het geding.

Artikel 5.207

Anatocisme

Dit artikel herformuleert oud artikel 1154 en bevestigt het geldend recht en de geldende toepassingsvoorwaarden inzake anatocisme bij moratoire interesten. Onder het oude Burgerlijk Wetboek was artikel 1154 met zekerheid van toepassing op moratoire interest, betwist van toepassing op remuneratoire interest en met zekerheid niet van toepassing op compensatoire interest. Het voorstel klaart uit dat deze bepaling geldt voor moratoire interest én remuneratoire interest en niet geldt voor compensatoire interest.

Voor waardeschulden betekent dit, zoals onder het oude Burgerlijk Wetboek, dat het de rechter vrij staat om te oordelen of een integraal herstel van de schade de toekenning van interesten op interesten vergt. Oordeelt hij dat dit het geval is, is anatocisme niet onderworpen aan de voorwaarden van deze bepaling.

De bepaling is van dwingend recht (zie WÉRY, I, p. 586, nr. 616).

Oud artikel 1155 is naar het voorbeeld van het hervormde Franse Burgerlijk Wetboek niet meer hernomen. Oud artikel 1155 had geen betrekking op anatocisme. De vervallen inkomsten (zoals pachtgelden, huurgelden, termijnen van alijdurende renten of van lijfrenten) en de schuldvordering tot teruggave van vruchten en interest, vormen zelf geen interest van kapitalen, zodat er geen sprake is van interest op interest. De draagwijdte van oud artikel 1155 beperkte zich dan ook tot de bevestiging dat deze inkomsten (als geldschulden) interest kunnen opbrengen vanaf de dag van de aanmaning of de overeenkomst. In die draagwijdte heeft de bepaling geen meerwaarde ten aanzien van de toepassing van het gemeen recht (zie ook: O. DESHAYES, T. GENICON en Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 729-730).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que c'est de manière délibérée que les termes "contrat spécial" ont été remplacés par les termes "contrat spécifique". Ainsi évite-t-on la confusion avec la notion de 'contrats spéciaux' au sens de l'article 5.13.

Section 3

L'imputation des paiements

La proposition n'innove guère en la matière. Elle se borne à moderniser la formulation des articles 1253 à 1256 (sur la question, voy. H. DE PAGE, III, 1967, p. 491 et s.; C. DALCQ, "L'imputation des paiements", *J.T.*, 1988, pp. 77 à 79; C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, nos 158-210, pp. 289-369; S. RUTTEN, *De betaling. Juridische aard en rechtsgevolgen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 199 et s.).

Les parties peuvent déterminer conventionnellement la manière dont les paiements s'imputeront; une telle clause ne peut toutefois être abusive au sens où cet adjectif est entendu par le Code de droit économique.

En l'absence de convention contraire, le droit d'imputation échoit, d'abord, au débiteur. Et à défaut d'indication de ce dernier, l'imputation se fait selon des règles subsidiaires.

Ce droit commun ne préjudicie toutefois pas à des textes particuliers. Ainsi l'article VII.106 du Code de droit économique déroge-t-il à l'actuel article 1254, en prévoyant, en faveur du consommateur, une imputation par priorité sur le solde restant dû et le coût total du crédit en cas de résolution ou de déchéance du terme.

Article 5.208

Imputation décidée par le débiteur

Ce texte énonce le droit du débiteur de procéder à l'imputation des paiements et les limites qui le resserrent: ces limites procèdent de la loi ou du contrat.

Il ne faut, en outre, pas exclure que l'imputation décidée par le débiteur soit abusive. La Cour de cassation l'avait déjà déclaré dans son arrêt du 26 novembre 1999,

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt gepreciseerd dat de keuze voor de vervanging van het begrip "bijzonder contract" door "specifiek contract" een bewuste keuze is. Hiermee wordt verwarring vermeden met het begrip "bijzonder contract" in de betekenis van artikel 5.13.

Afdeling 3

Toerekening van betalingen

Het voorstel brengt aan deze materie geen vernieuwingen aan. Het beperkt zich tot een modernisering van de formulering van de artikelen 1253 tot 1256 (over deze kwestie, zie H. DE PAGE, III, 1967, blz. 491 e.v.; C. DALCQ, "L'imputation des paiements", *J.T.* 1988, blz. 77 tot 79; C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, Luik, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, nrs. 158-210, blz. 289-369; S. RUTTEN, *De betaling. Juridische aard en rechtsgevolgen*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, blz. 199 e.v.).

De partijen mogen conventioneel bepalen hoe de betalingen zullen worden toegerekend; een dergelijk beding mag evenwel niet "onrechtmatig" zijn in de zin waarin dit adjectief wordt ingevuld in het Wetboek van economisch recht.

Bij ontstentenis van een andersluidende overeenkomst valt het recht op toerekening eerst toe aan de schuldenaar. Bij gebrek aan indicatie van laatstgenoemde, gebeurt de toerekening volgens subsidiaire regels.

Dit gemeen recht doet evenwel geenszins afbreuk aan bijzondere teksten. Aldus wijkt artikel VII.106 van het Wetboek van economisch recht af van huidig artikel 1254 doordat het ten gunste van de consument voorziet in een toerekening bij voorrang op het verschuldigd blijvende saldo en de totale kosten van het krediet in geval van ontbinding of van verval van de tijdsbepaling.

Artikel 5.208

Toerekening beslist door de schuldenaar

Deze tekst duidt op het recht van de schuldenaar om over te gaan tot de toerekening van de betalingen alsook de voor hem geldende beperkingen: die beperkingen vloeien voort uit de wet of het contract.

Voorts mag niet worden uitgesloten dat de toerekening waartoe de schuldenaar beslist heeft, abusief is. Het Hof van Cassatie had dit reeds verklaard in zijn arrest van

qui précise les limites au droit d'imputation du débiteur tenant au respect des intérêts légitimes du créancier: "sauf le cas où le débiteur abuserait de ce droit, celui-ci n'est limité que par le droit que le créancier puise dans d'autres dispositions légales de s'opposer à l'imputation faite par le débiteur" (Cass., 26 nov. 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1567).

L'actuel article 1255 n'est pas repris dans la proposition: il vise une hypothèse évidente, à savoir celle dans laquelle les parties s'accordent sur la manière d'imputer un paiement. En l'espèce, il s'agit d'un contrat à l'initiative du créancier. Pourvu qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public ou au droit impératif, les parties ont toujours la possibilité de prévoir, par contrat, comment les paiements du débiteur s'imputeront.

Article 5.209

Règles d'imputation subsidiaire

Cette disposition codifie à droit constant les solutions que consacre, en termes moins lisibles, l'article 1256 du Code civil.

Article 5.210

Imputation sur les intérêts

Cette disposition reproduit les termes de l'article 1254 du Code civil en limitant toutefois sa portée aux intérêts rémunératoires et moratoires. Le texte ne s'applique donc pas aux intérêts compensatoires, que ce soit en matière de responsabilité contractuelle ou en matière de responsabilité extracontractuelle.

Cette règle s'applique autant dans l'hypothèse où le débiteur a décidé de l'imputation que dans celle où il n'a été procédé à aucune imputation lors du paiement.

26 november 1999, dat de beperkingen van het recht op toerekening van de schuldenaar inzake de eerbiediging van de wettige belangen van de schuldeiser preciseert: "behoudens het geval waarin de schuldenaar misbruik zou maken van dat recht, is hij alleen beperkt door het in andere wetsbepalingen aan de schuldeiser toegekende recht om zich te verzetten tegen de door de schuldenaar gedane toerekening". (Cass. 26 november 1999, *Pas.* 1999, I, blz. 1567).

Huidig artikel 1255 wordt niet hernomen in het voorstel: het viseert immers een voor de hand liggende hypothese, namelijk deze waarin de partijen het eens zijn over de wijze van toerekening van een betaling. In dit geval betreft het een contract op initiatief van de schuldeiser. Zolang partijen geen afbreuk doen aan de regels van openbare orde of van dwingend recht, hebben zij steeds de mogelijkheid om, bij contract, af te spreken hoe de betalingen van de schuldenaar zullen toegerekend worden.

Artikel 5.209

Subsidiaire toerekeningsregels

Deze bepaling codificeert naar geldend recht de oplossingen die neergelegd zijn, in minder leesbare bewoordingen, in artikel 1256 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.210

Toerekening op de interest

Deze bepaling herneemt de bewoordingen van artikel 1254 van het Burgerlijk Wetboek maar beperkt haar draagwijdte evenwel tot de remuneratoire en de moratoire interesten. Die tekst is dus niet van toepassing op de compensatoire interest, zowel in materies van contractuele aansprakelijkheid als in materies van buitencontractuele aansprakelijkheid.

Deze regel vindt zowel toepassing wanneer de schuldenaar heeft beslist over de toerekening als wanneer geen enkele toerekening heeft plaatsgevonden bij de betaling.

Section 4

La demeure du créancier

Article 5.211

Principe

Il arrive qu'un débiteur qui veut s'exécuter se heurte au refus ou à la négligence de son créancier; il se peut aussi qu'il ne trouve plus trace de ce créancier. La présente section passe en revue les différents procédés permettant à ce débiteur de se libérer, malgré tout, de son obligation.

Contrairement à bon nombre de droits étrangers, le Code civil ne contient pas de disposition relative à la demeure du créancier. Il ne connaît que la procédure d'offres réelles suivies de consignation (art. 1257 et s.) Cette procédure est toutefois lourde, inutilement compliquée; au demeurant, elle ne concerne que les obligations pécuniaires et les obligations portant sur la remise d'un corps certain mobilier (H. DE PAGE, III, 1967, p. 495 et s.; *Rép. not.*, "Des offres de paiement et de la consignation" (F. LAINE et E. DE BRUYN), t. XIII, I. IV, éd. 1975). La plupart des droits modernes contiennent des dispositions sur la demeure du créancier (à ce sujet, voy. C. ROBIN, "La *mora creditoris*", *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, p. 607 et s.). Ainsi le NBW traite-t-il de la "schuldeisersverzuim" aux articles 6:58 et s.; le Code suisse des obligations traite de la demeure du créancier en ses articles 91 et suivants. Le BGB allemand régit la matière en ses §§ 293 et suivants. Quant au Code civil français, il lui consacre ses articles 1345 et suivants.

La proposition, qui s'inspire dans une certaine mesure du droit français, propose un système global et moins formaliste que la procédure d'offres réelles suivies de consignation.

Le créancier ne peut être mis en demeure que s'il fait obstruction au paiement du débiteur. Cette obstruction peut tenir au fait qu'il s'abstient de recevoir le paiement ou qu'il l'empêche par son fait (par exemple, le maître de l'ouvrage qui refuse à son cocontractant l'accès au chantier).

Le fait du créancier qui est à l'origine de l'obstruction ne doit pas nécessairement consister en une faute. Le débiteur ne peut toutefois mettre en demeure le créancier lorsque son abstention ou son empêchement repose sur un motif légitime (par ex., le créancier apprend que le bien à remettre a été volé ou que la provenance de

Afdeling 4

Schuldeisersverzuim

Artikel 5.211

Beginsel

Het gebeurt dat een schuldenaar die zijn schuld wil voldoen botst op de weigering of het verzuim van zijn schuldeiser; ook kan het gebeuren dat hij het spoor van die schuldeiser bijster is. Deze afdeling geeft een overzicht van de verschillende manieren waarop deze schuldenaar zich desondanks kan bevrijden van zijn verbintenis.

In tegenstelling tot tal van buitenlandse rechtsstelsels omvat het Burgerlijk Wetboek geen bepaling betreffende het verzuim van de schuldeiser. Het bevat enkel de procedure van aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie (art. 1257 e.v.) Deze procedure is evenwel omslachtig en nodeloos ingewikkeld; ook heeft zij nu enkel betrekking op de geldelijke verbintenissen en de verbintenissen met betrekking tot de afgifte van een zeker roerend voorwerp (H. DE PAGE, III, 1967, blz. 495 e.v.; *Rép. not.*, "Des offres de paiement et de la consignation" (F. LAINE et E. DE BRUYN), dl. XIII, I. IV, ed. 1975). De meeste hedendaagse rechtsstelsels omvatten bepalingen betreffende het schuldeisersverzuim (zie in dat verband C. ROBIN, "La *mora creditoris*", *Rev. trim. dr. civ.*, 1998, blz. 607 e.v.). Aldus behandelt het NBW het schuldeisersverzuim in de artikelen 6.58 e.v.; de *Code suisse des obligations* wijdt hieraan de artikelen 91 en volgende. Het Duitse BGB behandelt die aangelegenheid in §§ 293 en volgende. Het Frans Burgerlijk Wetboek wijdt hieraan de artikelen 1345 en volgende.

Het voorstel, dat in zekere mate gebaseerd is op het Franse recht, stelt een alomvattend systeem voor, dat tegelijk minder formalistisch is dan de procedure van aanbod van gerede betaling, gevolgd door consignatie.

De schuldeiser kan enkel in gebreke gesteld worden indien hij de betaling vanwege de schuldenaar belemmert. Die belemmering kan verband houden met het feit dat hij de betaling niet in ontvangst neemt of dat hij dit verhindert door zijn daad (bijvoorbeeld de bouwheer die zijn medecontractant de toegang tot de werf weigert).

De daad van de schuldeiser die aan de basis van de belemmering ligt, hoeft niet noodzakelijk een fout te zijn. De schuldenaar kan de schuldeiser evenwel niet in gebreke stellen wanneer diens onthouding of belemmering ingegeven is door een wettige reden (bijv. wanneer de schuldeiser verneemt dat het te overhandigen

l'argent, que le débiteur veut lui remettre, viole la loi du 11 janvier 1993 "anti-blanchiment").

La forme, tout comme le contenu, de la mise en demeure est libre. Il est toutefois nécessaire que le créancier puisse déduire, de manière certaine, de celle-ci qu'il est mis en demeure d'accepter ou de permettre l'exécution.

Les dispositions qui suivent visent à permettre au débiteur de se libérer envers son créancier. D'autres sanctions sont toutefois, le cas échéant, envisageables (dommages et intérêts ou résolution du contrat à charge du créancier d'une obligation de faire qui fait obstruction fautive à l'accomplissement par le débiteur de cette obligation; résolution du contrat de vente aux torts de l'acheteur, lorsque celui-ci n'exécute pas son obligation de retirement (cf. d'ailleurs art. 1657 C. civ.)).

Article 5.212

Obligation de somme

Ce texte s'inspire de l'article 1345-1 du Code civil français. Toutefois, il s'en écarte en n'indiquant pas de manière précise la durée du délai: il est fait seulement référence à un délai raisonnable, qui peut, en pratique, être inférieur au délai de deux mois prévu en droit français.

Article 5.213

Obligation de remise d'une chose

Ce texte remplace l'article 1264 du Code civil. Il s'applique aux débiteurs (vendeur, dépositaire, commodatataire, etc.) qui entendent remettre une chose, malgré l'obstruction du créancier.

Le texte s'inspire de l'article 1345-1 du Code civil français, en s'en écartant toutefois sur deux points. La portée du texte proposé est plus large, puisqu'elle ne se limite pas à la remise d'une chose mobilière, mais inclut les choses immobilières. En outre, il n'indique pas de manière précise la durée du délai: il est fait seulement référence à un délai raisonnable, qui peut, en pratique, être inférieur au délai de deux mois prévu en droit français.

goed gestolen werd of dat de herkomst van het geld, dat de schuldenaar hem wil afgeven, in strijd is met de antiwitwas-wet van 11 januari 1993).

De vorm, net als de inhoud, van de ingebrekestelling is vrij. Wel is het noodzakelijk dat de schuldeiser op zekere wijze eruit kan opmaken dat hij in gebreke gesteld wordt om de nakoming te aanvaarden of mogelijk te maken.

De hiernavolgende bepalingen geven de schuldenaar de mogelijkheid zich te bevrijden ten aanzien van de schuldeiser. Andere sancties zijn, in voorkomend geval, evenwel denkbaar (schadevergoeding of ontbinding van het contract lastens de schuldeiser van een verbintenis om iets te doen die de vervulling van die verbintenis door de schuldenaar op foutieve wijze belemmert; ontbinding van het verkoopcontract ten nadele van de koper, wanneer deze zijn verbintenis tot afhaling niet nakomt (cf. overigens art. 1657 BW)).

Artikel 5.212

Verbintenis tot betaling van een geldsom

Deze tekst is ontleend aan artikel 1345-1 van het Frans Burgerlijk Wetboek. Wel wijkt hij ervan af doordat hij niet precies de duur van de termijn aangeeft: er wordt enkel verwezen naar een redelijke termijn die in de praktijk korter kan zijn dan de termijn van twee maanden waarin het Franse recht voorziet.

Artikel 5.213

Verbintenis om een voorwerp te overhandigen

Deze tekst vervangt artikel 1264 van het Burgerlijk Wetboek. Hij is van toepassing op de schuldenaars (verkoper, bewaarnemer, bruiklenner, enz.) die een voorwerp willen overhandigen, in weerwil van de belemmering vanwege de schuldeiser.

Deze tekst is ontleend aan artikel 1345-1 van het Frans Burgerlijk Wetboek, maar wijkt af op twee punten. De draagwijdte van de voorgestelde tekst is ruimer opgevat, vermits zij niet beperkt is tot de overhandiging van een roerend goed maar tevens de onroerende goederen omvat. Voorts geeft hij geen precieze indicatie van de looptijd van de termijn: er wordt enkel verwezen naar een redelijke termijn die in de praktijk korter kan zijn dan de termijn van twee maanden waarin het Franse recht voorziet.

Le cas échéant, le débiteur pourra, s'il le préfère, recourir à d'autres sanctions, si l'obstruction de l'autre partie est fautive (cf. par exemple art. 1657 C. civ.: résolution du contrat de vente à défaut pour l'acheteur d'avoir retiré la chose).

Article 5.214

Obligation portant sur une autre prestation

La proposition s'écarte de la solution prévue par l'article 1345-2, alinéa 1^{er}, du Code civil français: celui-ci dispose que le débiteur d'obligations autres que celles visées aux articles précédents est libéré de leur exécution.

Cette solution est trop radicale, spécialement au regard du sort réservé aux créanciers d'une obligation de somme ou d'une obligation portant sur la remise d'une chose.

La proposition privilégie la solution que préconise la doctrine dominante pour combler la lacune du Code civil, lorsque le débiteur d'une obligation de faire entend s'exécuter malgré l'obstruction de son créancier (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XIV, Bruxelles, Stienon, 1876, p. 46 et s.; TH. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VIII, Paris, Cotillon, 1895, p. 132 et s.; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, t. II, 2^e éd., Paris, Sirey, 1902, p. 640 et s.; *R.P.D.B.*, v^o Obligations, t. IX, 1938, pp. 174-175; *Rép. not.*, "Des offres de paiement et de la consignation" (F. LAINE et E. DE BRUYN), t. XIII, I. IV, éd. 1975, n^{os} 99 et s.; P. WÉRY, II, 2016, n^o 697). On songe, par ex., au maître de l'ouvrage qui néglige ou refuse de laisser l'accès au chantier à l'entrepreneur. Ce faisant, le maître manque à son obligation de faciliter l'exécution par le débiteur de son obligation. Aussi l'entrepreneur peut-il assigner son cocontractant afin qu'il libère l'accès, sous astreinte le cas échéant.

Les autres sanctions de cette inexécution contractuelle restent possibles, si celle-ci est fautive (obligation de réparer le dommage, résolution, remplacement conformément aux articles 5.83 et s.).

In voorkomend geval zal de schuldenaar, indien hij hieraan de voorkeur geeft, een beroep kunnen doen op andere sancties indien de belemmering vanwege de andere partij foutief is (cf. bijvoorbeeld art. 1657 BW: ontbinding van het verkoopcontract doordat de koper het voorwerp niet heeft afgehaald).

Artikel 5.214

Verbintenis tot een andere prestatie

Het voorstel sluit niet aan bij de oplossing bedoeld in artikel 1345-2, eerste lid, van het Frans Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de schuldenaar van andere verbintenissen dan bedoeld in de voorgaande artikelen bevrijd wordt van de nakoming ervan.

Die oplossing is te radicaal, in het bijzonder ten aanzien van het lot dat voorbehouden is aan de schuldeisers van een verbintenis tot het betalen van een geldsom of van een verbintenis die rust op het overhandigen van een voorwerp.

Het voorstel geeft de voorkeur aan de oplossing aangereikt door de heersende rechtsleer om de leemte in het Burgerlijk Wetboek op te vullen, wanneer de schuldenaar van een verbintenis om iets te doen deze wil nakomen ondanks de belemmering vanwege zijn schuldeiser (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XIV, Brussel, Stienon, 1876, blz. 46 e.v.; TH. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, dl. VIII, Parijs, Cotillon, 1895, blz. 132 e.v.; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, dl. II, 2^e éd., Parijs, Sirey, 1902, blz. 640 e.v.; *R.P.D.B.*, v^o Obligations, dl. IX, 1938, blz. 174-175; *Rép. not.*, "Des offres de paiement et de la consignation" (F. LAINE en E. DE BRUYN), dl. XIII, I. IV, éd. 1975, nrs 99 e.v.; P. WÉRY, II, 2016, nr. 697). Denk bijv. aan de bouwheer die verzuimt of weigert de aannemer toegang te verlenen tot de werf. Daardoor komt de bouwheer zijn verbintenis niet na die bestaat in het faciliteren van de nakoming van de verbintenis vanwege de schuldenaar. Ook kan de aannemer zijn medecontractant dagvaarden opdat hij de toegang zou vrijgeven, in voorkomend geval onder dwangsom.

De overige sancties van die niet-nakoming van het contract blijven mogelijk, indien zij foutief is (verbintenis tot herstel van de schade, ontbinding, vervanging overeenkomstig de artikelen 5.83 e.v.).

Article 5.215

Autres effets de la mise en demeure

Le texte s'inspire de l'article 1345 du Code civil français.

Article 5.216

Frais

Ce texte s'inspire de l'article 1345-3 du Code civil français. La proposition précise toutefois, conformément à l'interdiction de l'abus de droit, que seuls les frais raisonnables doivent incomber au créancier.

CHAPITRE 3

Le paiement avec subrogation

Article 5.217

Sources de subrogation

Ce texte reproduit la teneur de l'article 1249 du Code civil.

Le présent chapitre s'inscrit dans le prolongement des articles 1249 à 1252 du Code civil, sans révolutionner la matière. La proposition contient toutefois une innovation importante, puisqu'il soumet l'opposabilité du paiement subrogatoire au débiteur à un formalisme calqué sur celui de la cession de créance.

Par ailleurs, il élargit les hypothèses de subrogation légale et tranche une controverse quant au champ d'application du droit de préférence du créancier subrogeant en cas de paiement partiel.

Pour le reste, la proposition consacre plusieurs acquis jurisprudentiels et doctrinaux, qui découlent de l'essence de l'institution (l'effet translatif du paiement subrogatoire; l'opposabilité des exceptions au bénéficiaire de la subrogation).

Artikel 5.215

Andere gevolgen van het verzuim

Deze tekst is ontleend aan artikel 1345 van het Frans Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.216

Kosten

Deze tekst is ontleend aan artikel 1345-3 van het Frans Burgerlijk Wetboek. Het voorstel preciseert evenwel, overeenkomstig het verbod van rechtsmisbruik, dat enkel de redelijke kosten gedragen moeten worden door de schuldeiser.

HOOFDSTUK 3

Betaling met subrogatie

Artikel 5.217

Bronnen van subrogatie

Deze tekst herneemt artikel 1249 van het Burgerlijk Wetboek.

Dit hoofdstuk ligt in het verlengde van de artikelen 1249 tot 1252 van het Burgerlijk Wetboek, zonder daarin een radicale omwenteling teweeg te brengen. Het voorstel houdt evenwel een aanzienlijke vernieuwing in, vermits het de tegenwerpelijheid van de betaling met subrogatie aan de schuldenaar onderwerpt aan vormvereisten geënt op de overdracht van schuldvordering.

Daarnaast verruimt het de hypothesen van wettelijke subrogatie en beslecht het voorstel een controverse over het toepassingsgebied van de regel van de voorrang van de subrogerende schuldeiser in het geval van gedeeltelijke betaling.

Voor het overige verankert het voorstel verscheidene verworvenheden uit de rechtspraak en de rechtsleer die voortvloeien uit de essentie van de figuur (het overdragende karakter van de betaling met subrogatie; de tegenwerpelijheid van de excepties aan de begunstigde van de subrogatie).

Article 5.218

Subrogation conventionnelle par le créancier

Ce texte reproduit en partie l'article 1250 du Code civil en en modernisant légèrement la rédaction.

Article 5.219

Subrogation conventionnelle par le débiteur

Ce texte reproduit en partie l'article 1250 du Code civil en en modernisant légèrement la rédaction.

Article 5.220

Subrogation légale

Le texte proposé s'inspire de l'article 1251 du Code civil. Il en modifie toutefois l'ordre en commençant son énumération par les deux hypothèses les plus fréquentes.

La formulation générale du 1° englobe les cas de subrogation légale de l'article 1251, 3° (paiement par une caution ou par un codébiteur solidaire, par exemple), mais aussi les extensions que la Cour de cassation a fait subir à cette disposition. Dans son arrêt du 24 juin 2013, la Cour considère ainsi: "en vertu de cette disposition (i.e. art. 1251, 3°, C. civ.), celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut prétendre bénéficier néanmoins de la subrogation légale s'il a, par son paiement, libéré à l'égard de leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette" (Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436, concl. J. Genicot).

L'énumération se termine par un renvoi à toutes les hypothèses particulières dans lesquelles le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire (P. WÉRY, II, 2016, n° 711 et s.). Dans ces cas, le droit commun de la subrogation, tel qu'il est exposé dans les dispositions suivantes, s'appliquent en l'absence de volonté contraire du législateur. Le concept de "quasi-subrogation légale", qui était critiqué, devient, désormais, une hypothèse de subrogation légale.

Artikel 5.218

Conventionele subrogatie door de schuldeiser

Deze tekst herneemt deels artikel 1250 van het Burgerlijk Wetboek, zij het dat de formulering ervan licht wordt gemoderniseerd.

Article 5 219

Conventionele subrogatie door de schuldenaar

Deze tekst herneemt deels artikel 1250 van het Burgerlijk Wetboek, zij het dat de formulering ervan licht wordt gemoderniseerd.

Artikel 5.220

Wettelijke subrogatie

De voorgestelde tekst is ontleend aan artikel 1251 van het Burgerlijk Wetboek. Hij wijzigt evenwel de volgorde ervan en begint de opsomming met de meest voorkomende hypothese.

De algemene formulering van 1° omvat de gevallen van wettelijke subrogatie uit artikel 1251, 3° (betaling door een borg of door een hoofdelijke medeschuldenaar, bijv.), maar ook de uitbreidingen die het Hof van Cassatie deze bepaling heeft doen ondergaan. In een arrest van 24 juni 2013 overweegt het Hof: "Krachtens deze bepaling (i.e. art. 1251, 3°, BW), kan degene die een persoonlijke schuld voldoet niettemin aanspraak maken op de wettelijke subrogatie indien hij, door zijn betaling, degene op wie de definitieve last van de schuld moet wegen, bevrijd heeft ten aanzien van hun gemeenschappelijke schuldeiser" (Cass. 24 juni 2013, *Pas.* 2013, blz. 1436, concl. J. Genicot).

De opsomming eindigt met een verwijzing naar alle bijzondere hypothesen waarin de wetgever aan de derde betaler een subrogatoir verhaalsrecht toekent (P. WÉRY, II, 2016, nr. 711 e.v.). In die gevallen is het gemeen recht van de subrogatie, zoals uiteengezet in de volgende bepalingen, van toepassing bij ontstentenis van andersluidende wil van de wetgever. Het concept "quasi wettelijke subrogatie", dat aan kritiek onderhevig was, wordt voortaan een hypothese van wettelijke subrogatie.

Article 5.221

Opposabilité du paiement
subrogatoire aux tiers

Sous le régime actuel, le paiement subrogatoire est immédiatement opposable aux tiers, en ce compris le débiteur. Aucune notification n'est requise. Le débiteur qui aurait payé au subrogeant dans l'ignorance du paiement subrogatoire pourrait toutefois se prétendre libéré sur le pied de l'article 1240 du Code civil.

Les nombreuses convergences entre les effets translatifs de la cession de créance et du paiement subrogatoire militent toutefois en faveur d'un alignement du régime d'opposabilité aux tiers du paiement subrogatoire sur celui de la cession de créance.

Aussi la rédaction de ce texte s'inspire-t-elle des articles 5 179 relatifs à l'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé et aux autres tiers.

Article 5.222

Effet translatif
du paiement subrogatoire

Le paiement subrogatoire a un effet translatif: la créance du subrogeant envers le débiteur est transmise au subrogé telle quelle, avec ses caractéristiques, ses avantages et ses défauts. La proposition codifie cet effet translatif qui est unanimement admis tant en doctrine qu'en jurisprudence (H. DE PAGE, III, n° 551; P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, t. XII, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 139-140; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 2015, p. 632 et s.).

Les accessoires de la créance dont l'alinéa 1^{er} prévoit la transmission au subrogé sont très nombreux (sûretés, titre exécutoire, action directe, intérêts, etc.).

L'alinéa 2 consacre le principe d'opposabilité des exceptions, qui a été rappelé par la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 juin 1988: "*Si en raison de (la) subrogation, toutes les exceptions contre le subrogeant antérieures à la subrogation demeurent opposables au subrogé, il n'en est pas de même des exceptions nées*

Artikel 5.221

Tegenwerpelijkheid aan derden
van de subrogatoire betaling

Onder de huidige regeling is de subrogatoire betaling onmiddellijk tegenwerpelijk aan derden, met inbegrip van de schuldenaar. Daartoe is geen enkele kennisgeving vereist. De schuldenaar die aan de subrogant zou hebben betaald zonder kennis te hebben van de subrogatoire betaling, zou zich evenwel bevrijd kunnen achten op grond van artikel 1240 van het Burgerlijk Wetboek.

De verschillende raakpunten tussen de overdragende werking van de overdracht van schuldvordering en die van de subrogatoire betaling pleiten evenwel ervoor om de regeling inzake tegenwerpelijkheid aan derden van de subrogatoire betaling af te stemmen op de regeling inzake de overdracht van schuldvordering.

Derhalve is de formulering van deze tekst ontleend aan de artikelen 5 179 betreffende de tegenwerpelijkheid van de overdracht van schuldvordering aan de gecedeerde schuldenaar en aan de overige derden.

Artikel 5.222

Overdragende werking
van de betaling met subrogatie

De betaling met subrogatie bezit een overdragende werking: de schuldvordering van de subrogerende schuld-eiser jegens de schuldenaar wordt als zodanig overgedragen aan de gesubrogeerde met al haar kenmerken, voordelen en tekortkomingen. Het voorstel codificeert deze overdragende werking, die unaniem wordt erkend in zowel de rechtsleer als de rechtspraak (H. DE PAGE, III, nr. 551; P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", in *La transmission des obligations*, dl. XII, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1980, blz. 139-140; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 2015, blz. 632 e.v.).

Het toebehoren van de schuldvordering, waarvan het eerste lid de overdracht regelt aan de gesubrogeerde, zijn talrijk (zekerheden, uitvoerbare titel, rechtstreekse vordering, interesten, enz.).

Het tweede lid verankert het beginsel van tegenwerpelijkheid van excepties, aangehaald door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 22 juni 1988: "*(...) hoewel alle uitzonderingen die vóór de indeplaatsstelling aan de indeplaatssteller konden worden tegengeworpen weliswaar ook aan de indeplaatsgestelde kunnen worden*

postérieurement au paiement que réalise le transfert de la créance, puisqu'à compter du paiement, le droit de créance étant acquis au subrogé, aucun acte relatif au subrogeant n'est susceptible d'affecter ce droit" (Cass., 22 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1275, notes).

Le texte proposé retient toutefois comme moment de référence, non plus celui du paiement, mais celui où le paiement subrogatoire a été notifié au débiteur ou a été reconnu par celui-ci.

La distinction que l'article 5 181 (actuel art. 1691 C. civ.) établit entre les exceptions déduites d'un acte juridique accompli à l'égard du cédant et les autres exceptions est applicable à l'opposabilité au débiteur du paiement subrogatoire. La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux exceptions inhérentes au contrat reste d'actualité. À titre d'exemple, le débiteur peut opposer l'exception d'inexécution au bénéficiaire du paiement subrogatoire, même si le manquement du créancier subrogeant subrogeant est postérieur à la notification ou à la reconnaissance du paiement subrogatoire.

Article 5.223

Paiement partiel

Cette disposition reproduit la solution que donne l'article 1252; "La subrogation (...) ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel". La préférence revient au subrogeant, par application de l'adage "*Nemo censetur subrogasse contra se*": la subrogation ne peut nuire à celui qui en bénéficie. Cette disposition tranche une controverse (R. JANSSEN, "Subrogatie", in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1^{er} juin 2010, p. 38 et s.), qui tenait aux termes de l'article 1252 (cf. "la subrogation établie par les articles précédents"): elle étend expressément le droit de préférence du subrogeant à tous les cas de paiement subrogatoire, en ce compris, donc, ceux qui ne figuraient pas dans les dispositions précédant l'article 1252 du Code civil.

teggengeworpen, [geldt] zulks niet voor de uitzonderingen die ontstaan zijn na betaling van de schuldvordering die de overdracht van de schuldvordering tot gevolg heeft gehad, aangezien het vorderingsrecht vanaf de betaling op de indeplaatsgestelde is overgegaan, zodat geen enkele akte die op de indeplaatssteller betrekking heeft, op dat recht een invloed kan hebben" (Cass. 22 juni 1988, *Pas.* 1988, I, blz. 1275, noten).

De voorgestelde tekst hanteert evenwel als referentiemoment niet meer het tijdstip van de betaling, maar wel het tijdstip van de kennisgeving aan of erkenning door de schuldenaar van de betaling met subrogatie.

Het onderscheid gemaakt door artikel 5 181 (huidig art. 1691 BW) tussen de uitzonderingen afgeleid uit een rechtshandeling die tot stand gebracht wordt ten aanzien van de overdrager en de overige uitzonderingen, is van toepassing op de tegenwerpelijheid aan de schuldenaar van de betaling met subrogatie. De rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de uitzonderingen die inherent zijn aan het contract, blijft actueel. Als voorbeeld kan worden gegeven: de schuldenaar kan de exceptie van niet-uitvoering tegenwerpen aan de gesubrogeerde, zelfs indien de tekortkoming van de subrogerende schuldeiser zich voordoet na de kennisgeving of de erkenning van de betaling met subrogatie.

Artikel 5.223

Gedeeltelijke betaling

Deze bepaling herneemt de oplossing uit artikel 1252, "De indeplaatsstelling (...) vermag niet de schuldeiser te benadelen, wanneer deze slechts gedeeltelijk betaald is; in dit geval kan hij zijn rechten, voor wat hem nog verschuldigd blijft, uitoefenen bij voorkeur boven degene van wie hij slechts een gedeeltelijke betaling bekomen heeft." Voorrang komt toe aan de subrogerende schuldeiser, volgens het adagium "*Nemo censetur subrogasse contra se*": de subrogatie vermag degene die erdoor begunstigd wordt niet te schaden. Deze bepaling beslecht een controverse (R. JANSSEN, "Subrogatie", in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1 juni 2010, blz. 38 e.v.), die verband hield met de bewoording van artikel 1252 (cf. "de indeplaatsstelling, bij de vorige artikelen bepaald"): het beoogt uitdrukkelijk de uitbreiding van het voorkeursrecht van de subrogerende schuldeiser tot alle gevallen van betaling met subrogatie, ook die welke niet voorkwamen in de bepalingen voorafgaand aan artikel 1252 van het Burgerlijk Wetboek.

Sous-titre 6*L'inexécution de l'obligation***CHAPITRE 1^{ER}****Disposition introductive**

Article 5.224

Énumération des sanctions

Cette disposition préliminaire donne un aperçu des différentes sanctions dont dispose en général un créancier en cas d'inexécution d'une obligation imputable au débiteur. Ce chapitre vise toutes les sortes d'obligations quelle que soit leur source. Il s'agit donc des obligations contractuelles, mais aussi notamment d'obligations qui découlent de la loi (p. ex. les dettes fiscales) ou des quasi-contrats (p. ex. gestion d'affaire, enrichissement injustifié). En ce qui concerne les obligations contractuelles, le créancier dispose encore de sanctions spécifiques qui sont examinées aux articles 5.83 et suivants.

Le créancier a le choix entre ces sanctions (exécution en nature, réparation ou suspension). Le juge ne peut en principe s'immiscer dans ce choix (sauf en cas d'abus de droit, par ex.). Les différentes solutions ne s'excluent pas non plus. Ainsi, la demande d'exécution en nature ne fait obstacle ni à la prétention aux dommages et intérêts moratoires ni au droit à la suspension de sa propre obligation.

Cette énumération ne porte pas atteinte à d'autres sanctions reconnues par le droit privé telles que le droit de rétention, tant en matière mobilière qu'immobilière.

CHAPITRE 2**L'imputabilité de l'inexécution**

Article 5.225

Définition d'imputabilité

Notre droit des obligations repose sur le principe de la faute. Le simple fait d'une inexécution est en principe insuffisant pour établir la responsabilité du débiteur. L'inexécution doit être imputable au débiteur. Si l'inexécution ne lui est pas imputable, notamment parce qu'elle résulte d'un cas de force majeure, le débiteur ne doit pas en supporter les conséquences (cf. également

Ondertitel 6*Niet-nakoming van de verbintenissen***HOOFDSTUK 1****Inleidende bepaling**

Artikel 5.224

Opsomming van de sancties

Deze inleidende bepaling geeft een overzicht van de verschillende sancties die in het algemeen aan een schuldeiser ter beschikking staan in geval van niet-nakoming van een verbintenis door de schuldenaar. In dit hoofdstuk worden alle soorten van verbintenissen beoogd, ongeacht hun bron. Het gaat dus naast contractuele verbintenissen, ook bijvoorbeeld om verbintenissen die uit de wet voortvloeien (bv. fiscale schulden) of uit quasi-contracten (bv. zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking). Wat contractuele verbintenissen betreft, beschikt de schuldeiser nog over specifieke sancties die in artikelen 5.83 en volgende, worden besproken.

De schuldeiser heeft de keuze tussen deze sancties (uitvoering in natura, schadeherstel, opschorting). De rechter mag zich, in beginsel (behoudens bv. rechtsmisbruik), met deze keuze niet inlaten. De verschillende remedies sluiten elkaar evenmin uit. Zo staat de vordering tot uitvoering in natura niet de aanspraak op moratoire schadevergoeding in de weg, noch het recht om de eigen verbintenis op te schorten.

Deze opsomming doet geen afbreuk aan het bestaan van andere sancties die door het privaatrecht zijn erkend, zoals het retentierecht, zowel met betrekking tot roerende als met betrekking tot onroerende goederen.

HOOFDSTUK 2**Toerekenbaarheid van de niet-nakoming**

Artikel 5.225

Definitie van toerekenbaarheid

Ons verbintenissenrecht gaat uit van het schuldbeginnel. Het loutere feit van een niet-nakoming is, in beginsel, onvoldoende om de aansprakelijkheid van de schuldenaar aan te nemen. De niet-nakoming moet aan de schuldenaar verwijtbaar of toerekenbaar zijn. Treft hem geen verwijt, omdat bv. de niet-nakoming het gevolg is van overmacht, dan hoeft hij de gevolgen daarvan niet

l'article 1351 C. civ. fr., l'article 6:75 NBW, l'article 2 du projet d'accord Benelux sur l'inexécution des obligations et l'article III-3:104 DCFR). Le débiteur n'est dès lors aucunement responsable dans les cas où l'inexécution ne lui est pas imputable.

La cause de l'inexécution ne peut toutefois pas tomber dans la sphère de risque du débiteur. Tel sera le cas lorsque la loi rend le débiteur responsable sans qu'une faute personnelle doive être établie. L'on pense à un acte posé par un auxiliaire auquel le débiteur a fait appel pour l'exécution de l'obligation (cf. *infra*, art. 5 229). Si le manquement est imputable à cet auxiliaire, aucune faute personnelle n'est certes à imputer au débiteur, mais cette circonstance lui incombe malgré tout. Il se peut également que l'inexécution soit aux risques du débiteur en raison d'un acte juridique (p. ex. l'octroi d'une garantie).

En résumé, le débiteur n'est pas tenu de l'inexécution que lorsque 1) aucune faute personnelle ne peut lui être imputée et 2) l'inexécution ne résulte pas d'une cause dont il doit répondre.

L'alinéa 2 de la disposition en projet vise à consacrer, à droit constant, le critère de la faute. Il est par ailleurs renvoyé à l'article 5.72 de la proposition (qui consacre la distinction en matière contractuelle entre obligations de moyens et obligations de résultat, dès lors que s'agissant de ces dernières, la simple inexécution fait présumer la faute) et aux règles propres à la responsabilité extra-contractuelle (lesquelles peuvent affiner le cas échéant le critère de la faute).

Article 5.226

Force majeure

Le cas classique où rien ne peut être reproché au débiteur est celui de l'inexécution pour cause de force majeure. Dans ce cas, le débiteur est libéré tant de l'exécution en nature que de la réparation du dommage. Cette règle figure aux articles 1147 et 1148 du Code civil. La notion de "force majeure" utilisée dans la proposition couvre toutes les notions analogues: cause étrangère, cas fortuit, fait d'un tiers, fait du Prince, etc. La force majeure est décrite dans la jurisprudence comme "un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation" (Cass., 9 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 408 et *Arr. Cass.*, 1977, 404). Selon la conception classique, il est question de force majeure lorsqu'il s'agit d'une circonstance externe (donc étrangère au débiteur) et imprévisible rendant l'exécution de l'obligation totalement impossible

te dragen (zie ook: art. 1351 C. civ. fr., art. 6: 75 NBW, art. 2 Ontwerp Benelux-Overeenkomst Niet-Nakoming Verbintenissen; art. III-3:104 DCFR). De schuldenaar treft dus geen aansprakelijkheid in de gevallen waar de niet-nakoming niet aan zijn schuld is te wijten.

De oorzaak voor de niet-nakoming mag echter niet binnen de risicosfeer van de schuldenaar vallen. Dit zal het geval zijn wanneer de wet de schuldenaar aansprakelijk stelt zonder dat een persoonlijke fout moet worden aangetoond. Te denken valt aan een daad van een hulp-persoon die de schuldenaar voor de uitvoering van de verbintenis heeft ingeschakeld (zie verder, art. 5 229). Indien de tekortkoming aan deze hulp-persoon te wijten is, dan treft de debiteur weliswaar geen persoonlijke schuld, maar komt deze omstandigheid toch voor zijn rekening. Het is ook mogelijk dat de niet-nakoming voor risico komt van de schuldenaar wegens een daartoe gestelde rechtshandeling (bv. het verstrekken van een garantie).

Kortom, de schuldenaar kan niet aangesproken worden voor de niet-nakoming indien hem ter zake 1) geen persoonlijke schuld valt te verwijten en 2) de niet-nakoming niet te wijten is aan een oorzaak die voor zijn rekening komt.

Het tweede lid van de voorgestelde bepaling beoogt, naar geldend recht, het foutcriterium te verankeren. Er wordt bovendien verwezen naar artikel 5.72 van het voorstel (dat het onderscheid maakt in het contractenrecht tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen, aangezien de loutere niet-nakoming een fout doet vermoeden bij die laatste) en naar de regels eigen aan de buitencontractuele aansprakelijkheid (die in voorkomend geval het foutcriterium kunnen verfijnen).

Artikel 5.226

Overmacht

Het klassieke geval waarin de schuldenaar niets te verwijten valt, is wanneer de niet-nakoming te wijten is aan overmacht. In dat geval is de schuldenaar bevrijd zowel van de uitvoering in natura als van het herstel van de schade. Deze regel wordt in het huidige wetboek neergelegd in de artikelen 1147 en 1148 van het Burgerlijk Wetboek. Het begrip "overmacht", gebruikt in het voorstel, dekt alle soortgelijke begrippen: vreemde oorzaak, toeval, daad van een derde, *fait du Prince* e.d.m. Overmacht wordt in de rechtspraak omschreven als een "onoverkomelijk beletsel voor de nakoming van de verbintenis" (Cass. 9 december 1976, *Pas.* 1977, I, 408 en *Arr. Cass.* 1977, 404). Naar de klassieke opvattingen is er sprake van overmacht wanneer het gaat om een externe en onvoorzienbare omstandigheid (dus vreemd aan de

(il ne s'agit donc pas d'une simple difficulté) et que rien ne peut être reproché au débiteur en la matière (p. ex. parce que le débiteur ne peut exercer aucune influence réelle sur ces circonstances). Le droit actuel s'attache donc à la théorie de "l'impossibilité non-imputable" qui exige une double condition pour la force majeure: l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter sa prestation et la non-imputabilité au débiteur de cette inexécution (A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheeussen*, Bruges, die Keure, 2010, (57), 62-69; P.-A. FORIERS et CH. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", dans P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Charte, 2004, (241), p. 247, n° 8; S. STIJNS, 1, 2015, 161, n° 209 et 162, n° 211; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 171-172; P. WÉRY, I, p. 540, n° 564). La doctrine contemporaine admet cependant que l'impossibilité doit s'apprécier de manière raisonnable et humaine (A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheeussen*, Bruges, die Keure, 2010, (57), 67-69; P.-A. FORIERS et CH. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", dans P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, La Charte, 2004, (241), p. 250, n° 11; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. van ZUYLEN, "La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles", *La force majeure. État des lieux*, sous la coord. d'I. Bouioukliev, coll. Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2013, pp. 29 e.s.; L. SNAUWAERT et C. VAN der ELST, "Het onmogelijkheidscriterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk?", *T.P.R.*, 2011, pp. 129 e.s.; S. STIJNS, 1, 2015, 163, n° 212; A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *T.P.R.* 2008, (603), 608, n° 5; P. WÉRY, I, p. 540, n° 564). Pour apprécier la non-imputabilité les caractères externe, imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution sont des éléments permettant d'établir l'existence d'une impossibilité non fautive d'exécution (voy. également art. 8:108, al. 1 PECL; A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheeussen*, Bruges, La Charte, 2010, (57), 63-67; M. de POTTER de ten BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 171 e.s.; S. MICHAUX et D.-E. PHILIPPE, "La force majeure", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2002, II.1.3, pp. 148-151; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 171; J. van ZUYLEN, "La force majeure", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2013, II.1.6, pp. 106-109). Cela étant, ces éléments d'appréciation

debiteur) die de nakoming van de verbintenis volstrekt onmogelijk maakt (en dus niet louter bemoeilijkt) en de schuldenaar ter zake niets te verwijten valt (bv. omdat de schuldenaar op die omstandigheden geen daadwerkelijke invloed kan uitoefenen). Het geldend recht huldigt dus de leer van de "ontoerekenbare onmogelijkheid" die twee voorwaarden vooropstelt voor overmacht: de onmogelijkheid van nakoming door de schuldenaar van de prestatie en de ontoerekenbaarheid aan de schuldenaar van de niet-nakoming (A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheeussen*, Brugge, die Keure, 2010, (57), 62-69; P.-A. FORIERS en CH. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, (241), p. 247, nr. 8; S. STIJNS, 1, 2015, 161, nrs. 209 en 162, nr. 211; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, p. 171-172; P. WÉRY, I, p. 540, nr. 564). De hedendaagse rechtsleer aanvaardt evenwel dat de onmogelijkheid op redelijke en menselijke wijze moet worden beoordeeld (A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheeussen*, Brugge, die Keure, 2010, (57), 67-69; P.-A. FORIERS en CH. DE LEVAL, "Force majeure et contrat", in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, (241), p. 250, nr. 11; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE en J. van ZUYLEN, "La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles", *La force majeure. État des lieux*, I. Bouioukliev (dir.), coll. Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2013, pp. 29 e.v.; L. SNAUWAERT en C. VAN der ELST, "Het onmogelijkheidscriterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk?", *T.P.R.*, 2011, pp. 129 e.v.; S. STIJNS, 1, 2015, 163, nr. 212; A. VAN OEVELEN, "Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht", *T.P.R.* 2008, (603), 608, nr. 5; P. WÉRY, I, p. 540, nr. 564). Voor de beoordeling van de ontoerekenbaarheid vormen het extern, onvoorzienbaar en onvermijdbaar karakter van het beletsel voor de schuldenaar elementen die het mogelijk maken om het bestaan van een niet-toerekenbare onmogelijkheid van nakoming vast te stellen (zie ook art. 8:108, lid 1 PECL; A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheeussen*, Brugge, die Keure, 2010, (57), 63-67; M. de POTTER de ten BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, Antwerpen, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 171 e.v.; S. MICHAUX en D.-E. PHILIPPE, "La force majeure", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2002, II.1.3, pp. 148-151; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, p. 171; J. van ZUYLEN, "La force majeure", *Obligations. Traité*

ne constituent pas des conditions en tant que telles. Ainsi, par exemple, un ouragan peut parfois être prévu quelques jours à l'avance, mais bien que l'événement soit prévisible, l'inexécution qui en résulte demeure néanmoins non imputable au débiteur lorsque celui-ci s'est trouvé dans l'impossibilité d'exécuter le contrat sans qu'une faute puisse lui être reprochée. De même, la grève des travailleurs du débiteur ou une attaque cardiaque de celui-ci ne constituent pas en soi un événement extérieur au débiteur, mais l'inexécution qui en résulte n'est pas pour autant imputable au débiteur lorsqu'aucune faute ne peut lui être reprochée. Enfin, la force majeure n'est pas libératoire lorsque le débiteur a pris cette circonstance à ses risques (p. ex. par une stipulation contractuelle) ou lorsqu'il avait déjà été mis en demeure précédemment.

Le devoir pour le débiteur confronté à une situation de force majeure d'en avertir le créancier dans un délai raisonnable afin que celui-ci puisse prendre les dispositions nécessaires (cf. article III-3:104 (5) du DCFR) constitue une nouveauté. Dans la relation contractuelle, cette obligation se fonde sur le devoir de coopération entre parties, basé sur le principe de l'exécution de bonne foi (P. WÉRY, I, n° 578). Dans d'autres relations juridiques, il s'agit de l'application du devoir général de prudence ou du devoir de limiter le dommage. La sanction est la réparation de l'éventuel dommage.

L'on précise également que la force majeure est exclue lorsque l'obligation a pour objet le paiement d'une dette d'argent (Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, 108 et *Arr. Cass.*, 1947, 80). Notre droit ne connaît pas le concept de force majeure "financière". Si le débiteur ne paie pas ses dettes d'argent, ses créanciers peuvent faire saisir son patrimoine ou engager une procédure collective (p. ex. faillite). Au terme d'une telle procédure collective, le juge peut libérer le débiteur de bonne foi des dettes restantes (p. ex. remise après faillite sur la base de l'art. XX.173 CDE).

En réponse aux observations du Conseil d'État, la référence au caractère externe de l'obstacle à l'exécution a été supprimée. Il est par ailleurs précisé que les deux critères d'appréciation dont il est tenu compte pour déterminer s'il existe un cas de force majeure – à savoir le caractère imprévisible et insurmontable de l'obstacle à l'exécution – peuvent jouer, sur le plan méthodologique, un rôle analogue aux directives d'interprétation reprises à l'article 5.65.

théorique et pratique, Waterloo, Kluwer, 2013, II.1.6, pp. 106-109). Deze beoordelingselementen zijn als zodanig geen voorwaarden. Een orkaan kan bijvoorbeeld in sommige gevallen enkele dagen van tevoren worden voorspeld. Alhoewel die gebeurtenis dan voorzienbaar is, blijft de eruit voortvloeiende niet-nakoming nochtans ontoerekenbaar aan de schuldenaar als deze laatste in de onmogelijkheid verkeert zijn contract na te komen zonder dat hem een fout kan worden verweten. Op dezelfde wijze zijn een staking van de werknemers van een schuldenaar of een hartstilstand van de schuldenaar strikt genomen geen voorvallen die aan hem extern zijn. Toch zal de niet-nakoming die eruit voortvloeit niet aan hem worden toegerekend wanneer hem geen enkele fout kan worden verweten. Ten slotte is overmacht niet bevrijdend wanneer de schuldenaar deze omstandigheid (bv. in een contract) voor zijn rekening heeft genomen of nog wanneer hij voordien reeds in gebreke was gesteld.

Een innovatie is de verplichting voor de schuldenaar, die met een overmachtssituatie wordt geconfronteerd, om binnen een redelijke termijn de schuldeiser hiervan te verwittigen zodat deze de nodige schikkingen kan treffen (zie: art. III-3:104 (5) DCFR). In de contractuele verhouding vindt deze verplichting steun op de samenwerkingsplicht tussen partijen gebaseerd op het beginsel van de uitvoering te goeder trouw (P. WÉRY, I, nr. 578). In andere rechtsverhoudingen gaat het om een toepassing van de algemene zorgvuldigheidsnorm of van de schadebeperkingsplicht. De sanctie is het herstel van de eventuele schade.

Vermeld wordt nog dat overmacht niet aan de orde is wanneer de verbintenis de betaling van een geldschuld tot voorwerp heeft (Cass. 13 maart 1947, *Pas.* 1947, 108 en *Arr. Cass.* 1947, 80). Ons recht kent niet het concept van "financiële" overmacht. Indien de schuldenaar zijn geldschulden niet betaalt, dan kunnen zijn schuldeisers op diens vermogen beslag leggen of een collectieve procedure starten (bv. faillissement). Na afloop van zo'n collectieve procedure kan de schuldenaar die te goeder trouw is door de rechter worden bevrijd van de overblijvende schulden (bv. de kwijtschelding na faillissement op grond van art. XX.173 WER).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State is de verwijzing naar het externe karakter van de hindernis voor de nakoming geschrapt. Er wordt overigens verduidelijkt dat de twee beoordelingscriteria waarmee rekening wordt gehouden om te bepalen of er sprake is van een geval van overmacht – te weten, het onvoorzienbaar en onoverkomelijk karakter van de hindernis – een rol kunnen spelen die, op methodologisch vlak, analoog is aan de interpretatierichtlijnen opgenomen in art. 5.65.

Ainsi, la condition qui doit être remplie pour vérifier si une interprétation d'un contrat peut être retenue consiste à rechercher si cette interprétation correspond à la commune intention des parties (article 5.64, alinéa 1^{er}, sans préjudice du respect de la foi due à l'acte prévu à l'alinéa 2 de cette disposition). Toutefois, pour établir cette commune intention, il est tenu compte de différents critères, tels que le souci de donner un effet utile aux termes utilisés (article 5.65, 1^o), le sens donné aux termes utilisés par l'usage (article 5.65, 3^o), etc.

De la même manière, la seule condition requise pour qu'il y ait force majeure est qu'il y ait une impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation (article 5 226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^{ère} phrase). Toutefois, pour aider le juge à déterminer s'il existe en l'espèce une impossibilité non imputable d'exécution, et spécialement la non-imputabilité de celle-ci, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution (article 5 226, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^e phrase).

Dans cette mesure, ces deux critères ne sont ni des conditions cumulatives ni des conditions alternatives, en ce sens qu'il n'est pas requis qu'ils soient présents pour conclure à la non-imputabilité de l'obstacle à l'exécution. Toutefois, lorsque tout ou partie de ces caractères sont présents et que cela apparaît pertinent, le juge en tient compte pour apprécier l'imputabilité de l'impossibilité d'exécution.

S'agissant enfin des obligations de somme, il est précisé que l'adage *genera non pereunt* ne constitue qu'une règle statistique, c'est-à-dire le cas le plus fréquent en pratique. En effet, le débiteur ne pourra généralement pas démontrer une impossibilité de payer une obligation de somme. Il en va toutefois autrement en cas de véritable impossibilité non imputable d'exécution. Ainsi, "l'ordre du prince qui commande de faire ou de ne pas faire certains actes peut porter sur une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent et constituer une cause étrangère libératoire" (Cass., 13 mai 1996, *Arr.Cass.*, 1996, p. 431, *Pas.*, 1996, p.455, *R.W.*, 1996-97, p. 550; voy. également A. De Boeck, "*Genera non pereunt*, of toch wel?", *R.G.D.C.*, 2009, p. 437 et s.; A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen en contractenrecht" in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Bruges, die Keure, 2010, p. 57 et s.).

De voorwaarde die moet worden vervuld om te controleren of een interpretatie van een contract aanvaard kan worden, bestaat aldus uit het onderzoek of die interpretatie overeenstemt met de gemeenschappelijke bedoeling van partijen (artikel 5.64, eerste lid, onverminderd de eerbied voor de bewijskracht bedoeld in het tweede lid van die bepaling). Om die gemeenschappelijke bedoeling vast te stellen, moet men evenwel rekening houden met verscheidene criteria, zoals de bedoeling om een nuttig gevolg te hechten aan de gebruikte bewoordingen (artikel 5.65, 1^o), de betekenis die de gebruiken aan de gehanteerde bewoordingen geven (artikel 5.65, 3^o)...

Op dezelfde manier is de enige voorwaarde om van overmacht te spreken dat het moet gaan om een onmogelijkheid voor de schuldenaar, die hem niet kan worden toegerekend, om zijn verbintenis na te komen (artikel 5 226, § 1, eerste lid, eerste zin). Om de rechter bij te staan bij het bepalen of zich in voorkomend geval een ontoerekenbare onmogelijkheid heeft voorgedaan, en om in het bijzonder de ontoerekenbaarheid ervan te beoordelen, wordt rekening gehouden met het onvoorzienbaar en onvermijdbaar karakter van de hindernis voor de nakoming (artikel 5 226, § 1, eerste lid, tweede zin).

In die optiek zijn de twee criteria noch cumulatieve noch alternatieve voorwaarden, in de zin dat het niet vereist is dat zij vervuld zijn om te kunnen besluiten tot de ontoerekenbaarheid van de hindernis. Wanneer die vereisten geheel of gedeeltelijk vervuld zijn en dat pertinent blijkt te zijn, houdt de rechter er evenwel rekening mee om de toerekenbaarheid van de onmogelijkheid tot nakoming te beoordelen.

In verband met geldschulden wordt tot slot verduidelijkt dat het adagium *genera non pereunt* slechts een statistische regel vertolkt, meer bepaald slechts het geval dat het vaakst voorkomt in de praktijk. De schuldenaar kan doorgaans inderdaad niet aantonen dat het onmogelijk is om een geldschuld te betalen. Dat is echter wel het geval bij een werkelijke onmogelijkheid tot nakoming die ontoerekenbaar is. Aldus kan het bevel van hogerhand om bepaalde daden al dan niet te verrichten "slaan op de verbintenis tot betaling van een geldsom en een bevrijdende vreemde oorzaak opleveren" (Cass. 13 mei 1996, *Arr.Cass.* 1996, 431, *Pas.* 1996, 455, *R.W.* 1996-97, 550; zie eveneens A. DE BOECK, "*Genera non pereunt*, of toch wel?", *TBBR* 2009, 437 e.v.; A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen en contractenrecht" in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2010, 57 e.v.).

Article 5.227

Demeure

Cette disposition précise les conditions dans lesquelles le débiteur est en demeure. La simple constatation du fait que l'obligation n'a pas été exécutée ne suffit pas. La demeure du débiteur suppose en premier lieu une inexécution imputable au débiteur en raison d'une faute personnelle ou du fait que l'inexécution est à ses risques. Mais cela n'est pas suffisant. Conformément au droit en vigueur actuellement, il est en principe requis que le débiteur ait été mis en demeure. Cette mise en demeure vise à lever toute incertitude quant à la position du créancier. Lorsqu'un débiteur se trouve ainsi en défaut, diverses conséquences juridiques interviennent (notamment la déduction d'intérêts moratoires dans le cas d'obligations de payer une somme d'argent). Une conséquence juridique importante est également le transfert des risques. À partir de la mise en demeure, l'impossibilité d'exécution résultant d'une situation apparue ultérieurement reste en principe à charge du débiteur.

Article 5.228

Purge de la demeure

Lorsque le débiteur est en défaut, il doit se voir offrir la possibilité de purger ce défaut, autrement dit d'en supprimer les conséquences en exécutant correctement ses obligations. À l'instar d'exemples étrangers, l'article 5 228 confirme ce principe (cf. art. 6:86 NBW; art. III-3: 204 DCFR). Une telle purge ne peut cependant pas être accordée dans toutes les circonstances. Il peut en effet arriver que l'exécution n'ait plus de sens parce qu'elle devait intervenir dans un délai déterminé ou parce qu'elle a en général perdu toute utilité pour le créancier. Il est également envisageable que l'inexécution soit à ce point grave qu'elle justifie la résolution du contrat (p. ex. Cass., 26 décembre 2014, AR C.14 0168, *R.W.*, 2015-16, 1415: eu égard à des cas antérieurs de défaillance pour lesquels le débiteur avait été mis en demeure). C'est pourquoi le droit de purge est formulé dans cette disposition comme un droit conditionné qui dépend de l'"intérêt raisonnable" du créancier à refuser l'exécution. Le respect de cette condition peut être apprécié par le juge. En tout état de cause, le débiteur est tenu de réparer le dommage.

Artikel 5.227

Verzuim

Deze bepaling omschrijft de voorwaarden waaronder de schuldenaar in verzuim is. De loutere vaststelling dat de verbintenis niet werd uitgevoerd, is hiertoe onvoldoende. De toestand van verzuim onderstelt in de eerste plaats een niet-nakoming die de schuldenaar is toe te rekenen wegens een persoonlijke schuld of omdat de niet-nakoming voor zijn risico valt. Maar ook dat is nog onvoldoende. Zoals onder het huidige recht wordt, in beginsel, vereist dat de debiteur in gebreke werd gesteld. Deze ingebrekestelling strekt ertoe iedere onzekerheid weg te nemen over de positie van de schuldeiser. Eens de schuldenaar aldus in verzuim is, treden er diverse rechtsgevolgen in (o.m. moratoire interest bij verbintenissen tot betalen van een geldsom). Een belangrijk rechtsgevolg is ook de risicoverschuiving. Vanaf dat ogenblik blijft de onmogelijkheid tot nakomen ten gevolge van een nadien ontstane toestand, in beginsel, voor rekening van de schuldenaar.

Artikel 5.228

Zuivering van het verzuim

Eens de schuldenaar in verzuim is, moet aan de schuldenaar de mogelijkheid geboden worden dit verzuim te zuiveren, d.i. de gevolgen ervan wegnemen door alsnog de verbintenis behoorlijk na te komen. In navolging van buitenlandse voorbeelden bevestigt artikel 5 228 dit beginsel (zie: art. 6:86 NBW; art. III-3:204 DCFR). Nochtans kan zo'n zuivering niet in alle omstandigheden worden toegestaan. Het is immers mogelijk dat de nakoming niet meer zinvol is omdat deze aan een bepaalde termijn was verbonden of zij, in het algemeen, voor de schuldeiser ieder nut heeft verloren. Het is ook denkbaar dat de niet-nakoming dermate ernstig is dat zij de ontbinding van de overeenkomst wettigt (bv. Cass. 26 december 2014, AR C.14 0168, *R.W.* 2015-16, 1415: gelet op eerdere gevallen van tekortkomen waarvoor de schuldenaar in gebreke werd gesteld). Om die reden wordt in deze bepaling het recht tot zuivering als een voorwaardelijk recht geformuleerd dat afhangt van het "redelijk belang" van de schuldeiser om de nakoming te weigeren. De vervulling van deze voorwaarde kan door de rechter worden getoetst. In ieder geval blijft de schuldenaar gehouden tot het herstel van de schade.

Article 5.229

Imputabilité de la faute des auxiliaires

Il est généralement admis que l'acte posé par des personnes auxquelles le débiteur fait appel pour l'exécution d'une obligation contractuelle ne constitue pas un cas de force majeure, mais que le débiteur doit en répondre (S. STIJNS, 1, pp. 155-157, n° 200; P. WÉRY, I, p. 529, n° 552). La Cour de cassation reconnaît également cette règle dans le droit des contrats (cf. notamment Cass., 21 juin 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1268 et *Pas.*, 1979, 1226; Cass., 5 octobre 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 125 et *Pas.*, 1991, 115; Cass., 27 février 2003, *Arr. Cass.*, 2003, 513 et *Pas.*, 2003, 422; Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, 1911, *N.j.W.*, 2006, 649, note I. Boone, *R.W.*, 2006-07, 1717, note A. Van Oevelen et *R.G.D.C.* 2008, 557; Cass., 25 mai 2012, *Pas.*, 2012, 1196 et *R.W.*, 2013-14, 338, note B. Van den Bergh; Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, 376 et *T.B.H.*, 2010, 498).

Le Code actuel ne reconnaît toutefois pas expressément la règle de la responsabilité pour les auxiliaires bien qu'il en existe plusieurs applications particulières (cf. notamment artt. 1245, 1735, 1797 et 1994, al. 1^{er}, C. civ.). Il est donc indiqué d'inclure une telle disposition et de la généraliser à toute source d'obligations à l'instar de modèles étrangers (art. 6:76 NBW; § 278 BGB; art. 3 du projet d'accord Benelux sur l'inexécution des obligations). La problématique des auxiliaires peut, en effet, se présenter pour toute obligation, quelle que soit sa source, qui ne vise pas le paiement d'une somme d'argent (p. ex. obligation légale de ramassage, l'obligation du gérant d'affaire). Cette responsabilité à l'égard du créancier doit être distinguée de la responsabilité extracontractuelle pour les préposés (art. 1384, al. 3, C. civ.) dont le champ d'application est beaucoup plus vaste, puisqu'il vaut à l'égard des tiers.

L'inexécution ne sera pas imputable au débiteur lorsque l'auxiliaire n'a commis aucune faute ou lorsque ce dernier peut se prévaloir d'une force majeure. Ceci n'exclut toutefois pas que l'inexécution puisse être imputable au débiteur lorsque celui-ci commet une faute propre, par exemple dans le choix de l'auxiliaire (*culpa in eligendo*).

Article 5.230

Imputabilité de l'utilisation
de choses défectueuses dans l'exécution

Cette disposition instaure une obligation de résultat à charge du débiteur qui recourt pour l'exécution de l'obligation à une chose défectueuse. Ainsi, l'inexécution

Artikel 5.229

Toerekenbaarheid van de fout van hulppersonen

Algemeen wordt aangenomen dat de daad van personen die de schuldenaar inschakelt bij de uitvoering van een contractuele verbintenis geen overmacht uitmaakt, maar dat hij daarvoor heeft in te staan (S. STIJNS, 1, p. 155-157, nr. 200; P. WÉRY, I, p. 529, nr. 552). Ook het Hof van Cassatie erkent deze regel in het contractenrecht (zie bv.: Cass. 21 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1268 en *Pas.*, 1979, 1226; Cass. 5 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 125 en *Pas.* 1991, 115; Cass. 27 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 513 en *Pas.*, 2003, 422; Cass. 29 september 2006, *Pas.* 2006, 1911, *NjW* 2006, 946, noot I. Boone, *R.W.* 2006-07, 1717, noot A. Van Oevelen en *TBBR* 2008, 557; Cass. 25 mei 2012, *Pas.* 2012, 1196 en *R.W.* 2013-14, 338, noot B. Van den Bergh; Cass. 4 februari 2010, *Pas.* 2010, 376 en *T.B.H.* 2010, 498).

Het huidige wetboek erkent de regel van de aansprakelijkheid voor hulppersonen echter niet uitdrukkelijk, hoewel er bijzondere toepassingen van bestaan (zie bv. artt. 1245 BW, 1735, 1797 en 1994, lid 1, BW). Het is dus aangewezen een dergelijke bepaling op te nemen en te veralgemenen tot elke bron van verbintenissen naar het voorbeeld van buitenlandse voorbeelden (art. 6:76 NBW; § 278 BGB; art. 3 Ontwerp Benelux-Overeenkomst Niet-Nakoming Verbintenissen). De problematiek van hulppersonen kan zich immers voordoen bij elke verbintenis uit welke bron ook die niet strekt tot betaling van een geldsom (bv. wettelijke opruimingsplicht, verbintenis van de zaakwaarnemer). Deze aansprakelijkheid die geldt jegens de schuldeiser moet onderscheiden worden van de buitencontractuele aansprakelijkheid voor aangestelden (art. 1384, lid 3 BW) dat een veel ruimer toepassingsgebied heeft, nl. jegens derden.

De niet-nakoming is niet toerekenbaar aan de schuldenaar wanneer de hulppersoon geen fout heeft begaan of wanneer deze laatste overmacht kan invoeren. Dit sluit evenwel niet uit dat de niet-nakoming toerekenbaar kan zijn aan de schuldenaar wanneer hij een persoonlijke fout heeft begaan, bijvoorbeeld bij de keuze van de hulppersoon (*culpa in eligendo*).

Artikel 5.230

Toerekenbaarheid van het gebruik
van gebrekkige hulpgoederen in de uitvoering

Deze bepaling voert een resultaatsverbintenis in ten laste van de schuldenaar die voor de uitvoering van het contract een beroep doet op een gebrekkig voorwerp.

due à cette chose défectueuse lui sera imputable, à moins qu'il puisse établir la force majeure ce qui équivaut à l'absence de faute dans son chef. La circonstance que l'inexécution soit due au défaut d'une chose dont le débiteur se sert dans l'exécution de l'obligation n'empêche pas que l'inexécution demeure imputable au débiteur. Cela vaut pour l'utilisation de la chose tant par le débiteur lui-même que par l'auxiliaire de celui-ci. Ainsi, un médecin est responsable du matériel dont lui et le personnel qui l'assiste se servent dans le cadre des soins. Cette règle n'est pas controversée (voy. par ex. S. STIJNS, 1, p. 157, n° 201; P. WÉRY, I, p. 530, n° 553), mais n'a pas été consacrée dans le code (voy. art. 6:77 NBW; art. 3 du projet d'accord Benelux sur l'inexécution des obligations).

Le débiteur n'encourt toutefois pas de responsabilité en cas de force majeure. Ceci doit s'apprécier sur la base des circonstances concrètes de l'affaire, comme l'utilisation de choses par un utilisateur non professionnel, l'impossibilité de déceler le défaut ou le prix modique que le débiteur a demandé pour ses services.

Comme pour les auxiliaires, l'on précise ici aussi que le champ d'application est différent de celui de la responsabilité extracontractuelle du fait des choses vicieuses (art. 1384, al. 1^{er}, C.civ.).

CHAPITRE 3

La mise en demeure

Article 5.231

Principe

Le Code civil traite de la mise en demeure de manière éparse, sans proposer une vue d'ensemble de celle-ci (voy. entre autres artt. 1138, 1139, 1146 et 1302). En outre, les textes qui y sont relatifs ont tous trait à l'inexécution d'obligations contractuelles, alors que l'exigence de la mise en demeure s'applique aussi aux obligations extracontractuelles. Il importe, dès lors, de rassembler les textes relatifs à la mise en demeure et de les faire figurer dans le régime général de l'obligation.

L'alinéa 1^{er} dispose que la mise en demeure ne doit rien contenir d'autre que la volonté du créancier d'exiger du débiteur l'exécution de son obligation. Elle n'est pas soumise, pour sa validité, à des conditions de forme (exploit d'huissier de justice, lettre recommandée, acte

De niet-nakoming te wijten aan het gebrekkig voorwerp is hem dus toerekenbaar behoudens het bewijs van overmacht, wat neerkomt op de afwezigheid van een fout in zijn hoofde. De omstandigheid dat de niet-nakoming te wijten is aan een gebrek van een voorwerp waarvan de schuldenaar zich bedient in de uitvoering van de verbintenis, dient eveneens voor diens rekening te blijven. Dit geldt zowel wanneer dit gebruik gebeurt door de schuldenaar zelf als door zijn hulppersonen. Aldus is een geneesheer aansprakelijk voor het materiaal die hij en het assisterend personeel bij de behandeling aanwenden. Deze regel is niet controversieel (zie bv. S. STIJNS, 1, p. 157, nr. 201; P. WÉRY, I, p. 530, nr. 553), maar was niet neergelegd in het wetboek (zie: art. 6:77 NBW; art. 3 Ontwerp Benelux-Overeenkomst Niet-Nakoming Verbintenissen).

Ook hier is de debiteur niet aansprakelijk wanneer hij kan bogen op overmacht. Dit moet beoordeeld worden aan de hand op de concrete omstandigheden van de zaak, zoals het gebruik van voorwerpen door een niet-professionele gebruiker, de onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken of de geringe kostprijs die de schuldenaar voor zijn diensten aanrekende.

Zoals voor hulppersonen het geval is, wordt ook hier ook verwezen naar het verschillend toepassingsgebied van de buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (art. 1384, lid 1 BW).

HOOFDSTUK 3

Ingebrekestelling

Artikel 5.231

Beginsel

De behandeling van de ingebrekestelling is verspreid in het Burgerlijk Wetboek, zonder een overzicht ervan te geven (zie onder andere artt. 1138, 1139, 1146 en 1302). Bovendien gaan alle desbetreffende teksten over de niet-nakoming van contractuele verbintenissen, terwijl de vereiste van de ingebrekestelling eveneens van toepassing is op de buitencontractuele verbintenissen. Het is dan ook van belang om de teksten met betrekking tot de ingebrekestelling te verzamelen en op te nemen in het algemeen regime van de verbintenis.

Het eerste lid stelt duidelijk dat de ingebrekestelling niets anders moet bevatten dan de wil van de schuldeiser om de nakoming van de verbintenis vanwege de schuldenaar te eisen. De geldigheid ervan wordt niet onderworpen aan vormvoorwaarden (exploit van de gerechtsdeuwaarder, aangetekende brief, gedinginleidende

introdutif d'instance, courriel, etc.); la loi ou le contrat peuvent évidemment en disposer autrement.

L'alinéa 2 confirme que, conformément à une jurisprudence et à une doctrine constantes (Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887; P. VAN OMMESLAGHE, III, n^{os} 1501 et s.; S. STIJNS, I, n^o 237; P. WÉRY, I, n^{os} 462 et s.), la mise en demeure constitue un préalable obligé à la mise en oeuvre des sanctions de l'inexécution.

L'alinéa 3 tranche la controverse suivante. Deux conceptions de la mise en demeure sont concevables (P. WÉRY, I, n^o 447). Selon une première conception, la mise en demeure fait office de "démenti de la volonté présumée du créancier" de ne pas réclamer paiement immédiat (*Dies non interpellat pro homine*): elle sert à tirer le débiteur du doute et à lui montrer que le créancier veut obtenir le paiement (fonctions d'information et d'imputabilité de la mise en demeure). Selon une autre conception, la mise en demeure remplit une fonction d'avertissement: elle implique qu'un délai soit laissé au débiteur avant qu'il subisse les sanctions (une dernière chance).

Le droit positif ne tranche pas clairement la question. L'alinéa 3 réalise un compromis entre les deux conceptions, en précisant qu'un délai doit être laissé au débiteur, lorsque la loi, le contrat ou la bonne foi l'imposent.

Article 5.232

Mise en demeure anticipée

La mise en demeure *ad futurum* est admise par la jurisprudence (Cass., 19 juin 1989 (deux arrêts), *Pas.*, 1989, I, p. 1132, concl. av. gén. Liekendael, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1186, *J.T.T.*, 1989, p. 424. Cass., 16 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1304).

Afin de protéger le débiteur, la doctrine apporte une précision: cette mise en demeure doit être adressée à un moment qui est suffisamment proche de l'échéance de l'obligation (A. VAN OEVELEN, "De aanmaning tot betaling voor het opeisbaar worden van de schuld", *R. Cass.*, 1993, p. 102; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique", *J.T.*, 1996, p. 719 avec les références citées). Cette proximité est appréciée *in concreto*.

akte, e-mail, enz.); de wet of overeenkomst kunnen natuurlijk anders beschikken.

Het tweede lid bevestigt dat, overeenkomstig een vaste rechtspraak en rechtsleer (Cass. 9 april 1976, *Pas.* 1976, I, blz. 887; P. VAN OMMESLAGHE, III, nr. 1501 e.v.; S. STIJNS, I, nr. 237, P. WÉRY, I, nr. 462 en volgende) de ingebrekestelling een verplichte voorafgaandelijke vereiste uitmaakt voor de toepassing van de sancties voor de niet-nakoming.

Het derde lid beslecht volgende controverse. Twee opvattingen van de ingebrekestelling zijn denkbaar (P. WÉRY, I, nr. 447). Volgens een eerste opvatting geldt de ingebrekestelling als "ontkenning van de vermoede wil van de schuldeiser" om niet onmiddellijk betaling te eisen (*Dies non interpellat pro homine*): zij dient ertoe elke twijfel bij de schuldenaar weg te nemen en hem te tonen dat de schuldeiser de betaling wil verkrijgen (functies van informatie en toerekenbaarheid van de ingebrekestelling). Volgens een andere opvatting vervult de ingebrekestelling een functie van waarschuwing: zij impliceert dat de schuldenaar over een termijn beschikt vooraleer hij aan de sancties wordt onderworpen (een laatste kans).

Het positief recht biedt geen duidelijkheid over die aangelegenheid. Het derde lid vormt een compromis tussen de twee opvattingen door te verduidelijken dat aan de schuldenaar een termijn wordt toegekend wanneer de wet, de overeenkomst of de goede trouw dat opleggen.

Artikel 5.232

Vervroegde ingebrekestelling

De rechtspraak staat de ingebrekestelling *ad futurum* toe (Cass. 19 juni 1989 (twee arresten), *Pas.* 1989, I, blz. 1132, concl. adv.-gen. Liekendael, *J.L.M.B.* 1989, blz. 1186, *J.T.T.* 1989, blz. 424, Cass. 16 april 2009, *J.L.M.B.* 2010, blz. 1304).

Teneinde de schuldenaar te beschermen geeft de rechtsleer duiding: die ingebrekestelling moet worden verzonden op een tijdstip dat voldoende dicht bij de datum van opeisbaarheid van de verbintenis staat (A. VAN OEVELEN, "De aanmaning tot betaling voor het opeisbaar worden van de schuld", *R. Cass.* 1993, blz. 102; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique", *J.T.* 1996, blz. 719 met de vermelde verwijzingen). Die nabijheid wordt *in concreto* beoordeeld.

Article 5.233

Exceptions à l'exigence de mise en demeure

Il s'agit d'une codification à droit constant.

L'exigence de la mise en demeure n'est pas un principe absolu.

L'article énonce les hypothèses dans lesquelles le créancier est dispensé de mettre en demeure le débiteur (P. WÉRY, I, n^{os} 476 et s.; Cass., 20 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 324, notes, *J.C.B.*, 1949, I, p. 37; Cass., 20 décembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 207, *R.W.*, 1951-1952, col. 1035; Cass., 3 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1047; Cass., 17 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 143, avec la note 1; Cass., 2 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 934; Cass., 25 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 333, *R.W.*, 1976-1977, col. 1775, note C.; Cass., 22 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 929, *R.C.J.B.*, 1989, p. 7, note R. Kruithof, *R.W.*, 1986-1987, col. 851; Cass., 17 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 421, *R.D.C.*, 1993, p. 237, note M.E. Storme).

Cet article est toutefois sans préjudice des textes légaux, impératifs ou d'ordre public, qui imposent un tel préalable.

CHAPITRE 4

L'exécution en nature

Article 5.234

Principe

Cet article confirme le droit de chaque créancier à l'exécution en nature, à savoir à l'exécution de l'obligation telle qu'elle a été définie. Le créancier peut dès lors demander cette exécution en justice à moins que cela s'avère impossible ou abusif. L'exécution peut également être imposée indirectement au moyen d'une astreinte. Cette problématique ne se pose pas pour les dettes pécuniaires. Si le débiteur n'effectue pas le paiement volontairement, le créancier peut procéder à l'exécution sur le patrimoine du débiteur, notamment par le biais de la saisie.

Si le créancier dispose du droit de principe de demander l'exécution en nature, celle-ci ne sera pas toujours possible dans la pratique. Dans ce cas, le créancier devra se contenter de dommages-intérêts compensatoires ou d'une réparation en nature. Ainsi notre ordre juridique ne permet-il pas d'utiliser la force à l'égard de la personne du débiteur. De manière plus générale, il faut tenir compte de la limite de la dignité humaine. Si

Artikel 5.233

Uitzonderingen op de vereiste van ingebrekestelling

Dit is een codificatie van het geldend recht.

De vereiste van de ingebrekestelling is geen absoluut beginsel.

Het artikel vermeldt de situaties waarin de schuldeiser ervan is vrijgesteld de schuldenaar in gebreke te stellen (P. WÉRY, I, nr. 476 e.v.; Cass. 20 mei 1948, *Pas.* 1948, I, blz. 324, noten, *J.C.B.* 1949, I, blz. 37; Cass. 20 december 1951, *Pas.* 1952, I, blz. 207, *R.W.* 1951-1952, kol. 1035; Cass. 3 mei 1957, *Pas.* 1957, I, blz. 1047; Cass. 17 oktober 1957, *Pas.* 1958, I, blz. 143, met noot 1; Cass. 2 mei 1964, *Pas.* 1964, I, blz. 934; Cass. 25 november 1976, *Pas.* 1977, I, blz. 333, *R.W.* 1976-1977, kol. 1775, noot C.; Cass. 22 maart 1985, *Pas.* 1985, I, blz. 929, *R.C.J.B.* 1989, blz. 7, noot R. Kruithof, *R.W.* 1986-1987, kol. 851; Cass. 17 januari 1992, *Pas.* 1992, I, blz. 421, *R.D.C.* 1993, blz. 237, noot M.E. Storme).

Dat artikel doet evenwel geen afbreuk aan de wetteksten die van openbare orde of van dwingende aard zijn en die een dergelijke voorafgaande rechtshandeling opleggen.

HOOFDSTUK 4

Uitvoering in natura

Artikel 5.234

Beginsel

Dit artikel bevestigt het recht van iedere schuldeiser op de uitvoering *in natura*, dit is de uitvoering van de verbintenis zoals zij is omschreven. De schuldeiser kan deze dus in rechte vorderen, behalve wanneer dit onmogelijk of abusief zou zijn. De uitvoering kan ook onrechtstreeks worden afgedwongen door middel van een dwangsom. Voor geldschulden rijst deze problematiek niet. Indien de schuldenaar niet vrijwillig tot betaling overgaat, kan de schuldeiser tot uitvoering overgaan op het vermogen van de debiteur door bv. beslag te leggen.

Indien de schuldeiser dus het principiële recht heeft de uitvoering *in natura* te vorderen, dan zal deze in de praktijk niet steeds mogelijk zijn. In die gevallen zal de schuldeiser moeten genoegen nemen met een vervangende schadevergoeding of een herstel *in natura*. Onze rechtsorde laat immers niet toe dat geweld zou worden gebruikt op de persoon van de schuldenaar. Meer in het algemeen geldt de grens van de menselijke waardigheid.

l'exécution ne demande toutefois aucune intervention active de la part du débiteur, mais uniquement une attitude passive, l'exécution réelle reste alors possible (p. ex. expulsion, démolition des travaux). Actuellement, cette matière est uniquement régie par quelques articles (artt. 1142-1145 et art. 1184, al. 2, C. civ.) sur les obligations contractuelles. Il est dès lors de l'intérêt de la sécurité juridique que cette matière soit réglée d'une manière plus détaillée (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles 1993, p. 370 et s.).

Article 5.235

Remplacement du débiteur

Les limites de l'exécution en nature dont question dans l'article précédent ne font pas obstacle à ce que divers modes d'exécution en nature puissent être autorisés. Dans le Code civil actuel, certains de ces cas figurent déjà dans les articles 1143 et 1144 du Code civil (cf. S. STIJNS, 1, pp. 187-188, n° 245; P. WÉRY, II, pp. 504-505, n° 546; S. DE REY en B. TILLEMANN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel (*Selbstvornahme*)" in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, p. 217 et s.). Le remplacement du débiteur est une forme d'exécution en nature qui peut être appliquée tant aux obligations de faire qu'aux obligations de ne pas faire ou aux obligations de donner (Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, 80).

La disposition proposée consacre ces solutions. Comme dans le droit actuel, la proposition accepte que le créancier puisse se faire autoriser par le juge à exécuter lui-même l'obligation ou à la faire exécuter par un tiers. Ce remplacement suppose que la nature de la prestation s'y prête. Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'une obligation personnelle (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Bruxelles 1993, p. 341 et s.; P. WÉRY, II, pp. 509-510, n° 551).

Suivant l'exemple d'autres droits (§ 887, Abs. 2 ZPO en § 637, Abs. 3 BGB; art. 1222, deuxième lid C.civ. français), la proposition permet au créancier de réclamer une provision.

La proposition admet également le remplacement par notification pour l'inexécution de l'obligation contractuelle (art. 5.85, alinéa 3).

Il existe naturellement divers autres cas d'exécution réelle comme la remise d'une chose ou l'expulsion

Indien de tenuitvoerlegging echter geen actieve tussenkomst van de debiteur vergt, maar enkel een passieve houding, dan blijft reële executie wel mogelijk (bv. uithuiszetting, afbraak werken). Thans is deze materie slechts geregeld in enkele artikelen (artt. 1142-1145 en art. 1184, lid 2 BW) over contractuele verbintenissen. De rechtszekerheid is er dan ook mee gediend om deze materie uitvoeriger te regelen (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel 1993, p. 370 et s.).

Artikel 5.235

Vervanging van de schuldenaar

De in het vorig artikel aangegeven grenzen van de uitvoering *in natura* staan er niet aan in de weg dat diverse wijzen van uitvoering *in natura* kunnen worden toegelaten. In het huidige wetboek werden sommige hiervan reeds opgesomd in de artikelen 1143 en 1144 van het Burgerlijk Wetboek (hierover S. STIJNS, 1, p. 187-188, nr. 245; P. WÉRY, II, p. 504-505, nr. 546; S. DE REY en B. TILLEMANN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel (*Selbstvornahme*)" in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, p. 217 e.v.). De vervanging van de schuldenaar is een vorm van uitvoering *in natura* die zowel bij verbintenissen om iets te doen of om iets niet te doen als bij verbintenissen om iets te geven, kan worden toegepast (Cass. 6 maart 1919, *Pas.* 1919, 80).

De voorgestelde bepaling verankert deze oplossingen. Zoals onder het huidige recht, wordt in het voorstel aanvaard dat de schuldeiser zich door de rechter kan laten machtigen om de verbintenis zelf uit te voeren of om ze door een derde te laten uitvoeren. Deze vervanging onderstelt dat de aard van de prestatie zich daartoe leent. Dit is niet het geval wanneer het een persoonlijke verbintenis betreft (P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel 1993, p. 341 e.v.; P. WÉRY, II, p. 509-510, nr. 551).

In navolging van andere rechtstelsels (§ 887, Abs. 2 ZPO en § 637, Abs. 3 BGB; art. 1222, tweede lid C.civ. fr.), staat het voorstel de schuldeiser toe om een voorschot te eisen.

Het voorstel aanvaardt ook de vervanging bij kennisgeving in het geval van de niet-nakoming van een contractuele verbintenis (art. 5.85, derde lid).

Er zijn natuurlijk nog diverse andere gevallen van reële executie, zoals de afgifte van een voorwerp of een

forcée. Les dispositions du Code judiciaire constituent un cadre juridique suffisant (les articles 1494 et 1495 du Code judiciaire en général et l'article 1344*bis* pour ce qui concerne l'expulsion).

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé qu'aucune discrimination ne résulte du fait que le remplacement prévu à l'article 5 235 est nécessairement judiciaire tandis que, par exception, le remplacement en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle peut être extrajudiciaire dans les cas prévus et aux strictes conditions prévues à l'article 5.85. La justification de la différence de traitement trouve sa source dans le lien contractuel. En effet, le débiteur qui souscrit un engagement par contrat accepte ce faisant le risque qu'en cas d'inexécution de sa part, des mesures d'exécution particulièrement efficaces soient prises par le créancier, le cas échéant sans recours préalable au juge mais toujours sous le contrôle de celui-ci. En revanche, il serait contraire à la sécurité juridique et il résulterait un bouleversement du droit actuel de la responsabilité, si on faisait peser un tel risque sur le débiteur d'une obligation non contractuelle qui n'y a pas consenti. Il est par ailleurs rappelé qu'indépendamment du droit au remplacement, le créancier victime d'une inexécution est tenu, conformément à l'article 5 238, de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage et que les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouvrés auprès du débiteur.

Article 5.236

Décision de justice tenant lieu d'acte

La technique du jugement tenant lieu d'acte est une voie d'exécution de pratique courante, dont on trouve diverses applications dans la législation (S. DE REY, "Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering: mogelijkheden en grenzen", *TRV/RPS* 2016, p. 523 et s.). Ainsi l'article 1^{er} de la loi hypothécaire soumet-il à la formalité de la transcription au registre de la Conservation des hypothèques les jugements passés en force de chose jugée, tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission des droits visés à l'alinéa 1^{er} (p. ex., la vente immobilière).

La Cour de cassation a consacré le jugement tenant lieu d'acte à plusieurs reprises. Ainsi la Cour déclare-t-elle dans son arrêt du 5 janvier 1968: "... l'article 1142

gedwongen uitzetting. De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek bieden een afdoende juridische omkadering (in het algemeen o.m. artikelen 1494 en 1495 van het Gerechtelijk Wetboek. en voor de uithuiszetting: artikel 1344*bis*).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat geen enkele discriminatie voortvloeit uit het feit dat de vervanging bedoeld in artikel 5 235 noodzakelijkerwijze gerechtelijk is, terwijl dat, bij uitzondering, de vervanging bij de niet-nakoming van een contractuele verbintenis buitengerechtelijk kan zijn in de gevallen die artikel 5.85 regelt en aan strenge vereisten onderwerpt. De rechtvaardiging van dat verschil in behandeling vindt haar grond in de contractuele rechtsverhouding. De schuldenaar die door middel van een contract een verbintenis aangaat, aanvaardt daardoor immers het risico dat in geval hij niet nakomt, bijzonder doeltreffende maatregelen van tenuitvoerlegging kunnen worden genomen door de schuldeiser, in voorkomend geval zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst maar steeds onder diens controle. Het zou daarentegen in strijd zijn met de rechtszekerheid en het zou een omwenteling van het huidige aansprakelijkheidsrecht betekenen als men een dergelijk risico zou toebedelen aan de schuldenaar van een niet-contractuele verbintenis waarin die niet heeft toegestemd. Er wordt overigens aan herinnerd dat de schuldeiser die benadeeld wordt door een niet-nakoming, onafhankelijk van het recht op vervanging, steeds gehouden is om overeenkomstig artikel 5 238 redelijke maatregelen te treffen om de schade te beperken en dat de redelijke kosten die daaraan werden besteed, kunnen worden verhaald op de schuldenaar.

Artikel 5.236

Rechterlijke beslissing die geldt als akte

De techniek van het vonnis dat geldt als akte is een gangbaar middel van tenuitvoerlegging, waarvan diverse toepassingen in de wetgeving terug te vinden zijn (S. DE REY, "Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering: mogelijkheden en grenzen", *TRV/RPS* 2016, p. 523 e.v.). Aldus bepaalt artikel 1 van de hypotheekwet dat de in kracht van gewijsde gegane vonnissen die gelden als overeenkomsten of titels voor de overdracht van de rechten bedoeld in het eerste lid (bv. de verkoop van onroerend goed) moeten worden overgeschreven in het register van de Bewaring der hypotheeken.

Het Hof van Cassatie heeft het vonnis dat geldt als akte meermaals goedgekeurd. Aldus verklaart het Hof in zijn arrest van 5 januari 1968: "... artikel 1142 van het

du Code civil (...) n'exclut pas que l'exécution en nature de l'obligation soit demandée au juge et ordonnée par celui-ci lorsqu'elle est encore possible; (...) toutefois, aucune contrainte ne peut être exercée sur la personne du débiteur en vue de lui imposer cette exécution en nature; (...), s'agissant en l'espèce d'une obligation de faire qui a pour seul objet l'approbation d'un plan, le juge pouvait suppléer au défaut d'approbation et déclarer que sa décision tiendra lieu d'approbation" (Pas., 1968, I, p. 567. Voy. aussi: Cass., 8 juin 1849, Pas., 1850, I, p. 81).

La proposition comble la lacune que comporte le Code civil, qui, à l'heure actuelle, ne consacre explicitement que le remplacement judiciaire.

Le juge peut être amené à se substituer au débiteur pour remédier à deux types d'inexécution (P. WÉRY, II, 2016, n° 549; S. DE REY, o.c., *TRV/RPS* 2016, (523) p. 535, n° 21), ce dont la proposition rend compte.

Le premier point (1°) envisage l'hypothèse où le juge se substitue au débiteur pour prendre une décision en ses lieu et place (par exemple, approuver un plan (cfr Cass., 5 janvier 1968 précité) ou désigner un arbitre (Cass., 8 juin 1849, Pas., 1850, I, p. 81)). Cette technique a déjà été utilisée à l'encontre d'une Commission d'enregistrement qui refusait de procéder à l'enregistrement d'un entrepreneur dans certaines catégories (Civ. Mons, 14 janv. 1981, *Entr. et dr.*, 1982, p. 7; Civ. Charleroi, 16 oct. 1985, Pas., 1985, III, p. 96; *R.D.C.*, 1986, p. 373). Encore faut-il que l'obligation en souffrance s'y prête: en d'autres termes, le jugement tenant lieu d'acte est exclu, lorsque l'obligation est personnelle au débiteur, en ce sens qu'il est le seul à pouvoir exécuter cette obligation. À titre d'exemple, le jugement tenant lieu d'acte ne peut être ordonné au mépris de la séparation des pouvoirs.

Le second point (2°) envisage l'hypothèse où le juge décide que son jugement tiendra lieu d'acte instrumentaire, lorsque le débiteur refuse de participer à la passation d'un acte notarié (par ex. lorsqu'une option d'achat a été levée et que le vendeur de l'immeuble refuse de se rendre chez le notaire pour l'établissement de l'acte authentique de vente) ou refuse de rédiger un acte sous signature privée (ex.: l'article 1^{er} bis de la loi relative au bail de résidence principale impose aux parties d'établir "dans un écrit qui devra contenir (...): l'identité de toutes les parties contractantes, la date de prise en cours, la désignation de tous les locaux et parties d'immeuble couvrant l'objet locatif et le montant du loyer". Et le législateur ajoute: "La partie contractante la plus diligente pourra, faute d'exécution dans les huit jours d'une

Burgerlijk Wetboek (...) niet belet dat de uitvoering van de verbintenis in natura zou worden gevorderd en door de rechter bevolen wanneer zij nog mogelijk is; dat op de persoon van de schuldenaar nochtans geen dwang mag worden uitgeoefend ten einde hem die uitvoering op te dringen; (...) Overwegende dat, wijl het ten deze gaat om een verbintenis om iets te doen die alleen het goedkeuren van een bouwplan tot voorwerp heeft, de rechter het niet-goedkeuren ervan kan verhelpen door te verklaren dat zijn beslissing als toestemming zal gelden" (Arr.Cass. 1968, blz. 609. Zie ook: Cass. 8 juni 1849, Pas. 1850, I, blz. 81).

Het voorstel vult de leemte in het Burgerlijk Wetboek op, dat thans enkel uitdrukkelijk in de gerechtelijke vervanging voorziet.

De rechter kan zich in de plaats van de schuldenaar stellen voor twee vormen van niet-nakoming (P. WÉRY, II, 2016, nr. 549; S. DE REY, o.c., *TRV/RPS* 2016, (523) p. 535, nr. 21), waarmee in dit voorstel wordt rekening gehouden.

Het eerste punt (1°) doelt op het geval waarin de rechter zich in de plaats van de schuldenaar stelt om in diens plaats een beslissing te nemen (bijvoorbeeld een plan goedkeuren (Cass. 5 januari 1968, zie *supra*) of het aanwijzen van een arbiter (Cass. 8 juni 1849, Pas. 1850, I, blz. 81)). Deze techniek werd reeds gehanteerd jegens een Registratiecommissie die weigerde over te gaan tot het registreren van een ondernemer in bepaalde categorieën (Rb. Bergen 14 jan. 1981, *Entr. et dr.* 1982, blz. 7; Rb. Charleroi 16 okt. 1985, Pas. 1985, III, blz. 96; *R.D.C.* 1986, blz. 373). Wel moet de uitstaande verbintenis zich daartoe lenen: het vonnis dat geldt als akte is met andere woorden uitgesloten wanneer de verbintenis alleen de schuldenaar persoonlijk betreft, in die zin dat hij als enige deze verbintenis kan uitvoeren. Zo kan het vonnis dat geldt als akte bijvoorbeeld niet worden bevolen in weerwil van de scheiding der machten.

Het tweede punt (2°) beoogt het geval waarin de rechter beslist dat zijn vonnis geldt als akte die strekt tot bewijs, wanneer de schuldenaar weigert deel te nemen aan het verlijden van de notariële akte (bijvoorbeeld wanneer een aankoopoptie werd gelicht en de verkoper van het onroerend goed weigert zich naar de notaris te begeven voor de opmaak van de authentieke verkoopakte) of weigert een onderhandse akte op te maken (bv.: artikel 1 bis van de wet betreffende de huur-overeenkomst met betrekking tot de hoofdverblijfplaats verplicht de partijen tot het opstellen van "een geschrift dat (...) moet inhouden: de identiteit van alle contracterende partijen, de begindatum van de overeenkomst, de aanwijzing van alle ruimtes en gedeelten van het gebouw die het voorwerp van de verhuur zijn en het

mise en demeure signifiée par lettre recommandée à la poste ou par exploit d'huissier, contraindre l'autre partie par voie procédurale s'il échet à dresser, compléter ou signer une convention écrite selon l'alinéa 1^{er} et requérir si besoin que le jugement vaudra bail écrit". Encore faut-il, ici aussi, que l'obligation en souffrance s'y prête. Aussi le jugement tenant lieu d'acte est-il exclu, lorsque l'obligation est personnelle au débiteur, en ce sens qu'il est le seul à pouvoir exécuter cette obligation. Ainsi le jugement tenant lieu d'acte ne peut-il être utilisé, lorsque la promesse de contrat a pour objet un contrat solennel, tel un contrat d'hypothèque (Cass., 21 janvier 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 113; Liège, 14 novembre 1917, *Pas.*, 1918, II, p. 57).

CHAPITRE 5

La réparation du dommage

Article 5.237

Réparation intégrale

Cette disposition confirme le principe selon lequel le débiteur est tenu de réparer intégralement le dommage subi par le créancier. Il peut s'agir d'une réparation en nature du dommage ou d'une somme d'argent déterminée par le juge.

Le droit de la responsabilité extracontractuelle fournit des règles applicables à la réparation du dommage. Le deuxième alinéa introduit une disposition charnière. En réponse à l'avis du Conseil d'État, cette disposition renvoie explicitement aux articles 1382 à 1386*bis* du Code civil dans l'attente de l'adoption du Livre 6. Les règles de responsabilité extracontractuelle en vigueur en matière de réparation du dommage sont ainsi, en principe, déclarées applicables par analogie. Il s'agit en particulier ici de la notion de causes de non-imputabilité, du lien de causalité, de la notion de dommage et du mode de réparation du dommage. Les règles de la responsabilité extracontractuelle sont toutefois écartées lorsque leur nature ou leur portée sont incompatibles avec une telle application par analogie. Ainsi, il est précisé qu'en matière de responsabilité contractuelle, la notion de force majeure applicable est celle définie dans le régime général de l'obligation, à l'article 5 226, quand bien même une définition différente de la force majeure serait adoptée en matière de responsabilité extracontractuelle. De même, les conditions du dommage

bedrag van de huur". En de wetgever voegt eraan toe: *"De meest gerede contracterende partij kan bij gebreke van uitvoering binnen acht dagen na een ingebrekestelling die betekend wordt bij een ter post aangetekende brief of bij deurwaardersexploot, de andere partij in voorkomend geval via gerechtelijke weg verplichten om een schriftelijke overeenkomst op te stellen, te vervolledigen of te ondertekenen overeenkomstig het eerste lid en indien nodig verzoeken dat het vonnis de waarde zou hebben van een schriftelijke huurovereenkomst."* Ook hier moet de uitstaande verbintenis zich daartoe lenen. Voorts is het vonnis dat geldt als akte uitgesloten wanneer de verbintenis alleen de schuldenaar persoonlijk betreft, in die zin dat hij als enige deze verbintenis kan uitvoeren. Aldus kan het vonnis dat geldt als akte niet gehanteerd worden wanneer de voorovereenkomst betrekking heeft op een plechtig contract, zoals een hypotheekcontract (Cass. 21 januari 1901, *Pas.* 1901, I, blz. 113; Luik 14 november 1917, *Pas.* 1918, II, blz. 57).

HOOFDSTUK 5

Herstel van de schade

Artikel 5.237

Integrale vergoeding

Deze bepaling bevestigt het beginsel dat de schuldenaar is gehouden tot het integraal herstel van de door de schuldeiser geleden schade. Dit kan bestaan in het herstel *in natura* van de schade, of in een vervangende geldsom die door de rechter wordt bepaald.

Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht kent eveneens regels inzake herstel van de schade. Het tweede lid voert een schakelbepaling in. In antwoord op het advies van de Raad van State, verwijst deze bepaling uitdrukkelijk naar de artikelen 1382 tot 1386*bis* van het Burgerlijk Wetboek in afwachting van de goedkeuring van Boek 6. Hierdoor worden de voor de buitencontractuele aansprakelijkheid geldende regels inzake schadevergoeding, in beginsel, van overeenkomstige toepassing verklaard. Het gaat hier in het bijzonder om de schulduitsluitingsgronden, het oorzakelijk verband, het schadebegrip en de wijze van vergoeding van de schade. De regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid moeten evenwel buiten beschouwing blijven wanneer hun aard of hun strekking onvereenigbaar is met een dergelijke overeenkomstige toepassing. Aldus wordt verduidelijkt dat in geval van contractuele aansprakelijkheid het begrip "overmacht" zoals gedefinieerd in artikel 5 226 van het algemeen regime van de verbintenis van toepassing is, ook al zou een andere definitie van overmacht aangenomen worden inzake buitencontractuele

réparable en matière de responsabilité contractuelle sont précisées à l'article 5.87. Il est enfin renvoyé à l'article 5 225, alinéa 2, s'agissant de la notion de faute.

Article 5.238

Devoir de limiter le dommage

Tant dans un contexte contractuel que dans un contexte extracontractuel, il est généralement admis qu'une personne lésée ne peut se résigner en toutes circonstances à voir le dommage s'aggraver. Bien que la personne lésée ne soit soumise à aucune obligation générale de limiter le plus possible le dommage, il est toutefois considéré qu'il est attendu d'elle qu'elle prenne les mesures raisonnables en vue de limiter le dommage lorsque toute personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait agi ainsi (voir dans un contexte contractuel: Cass., 17 mai 2001, *Pas.*, 2001, 889. concl. conseiller général De Riemaeker et *J.T.*, 2002, 467 et dans un contexte extracontractuel: Cass., 13 juin 2016, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2017, 370; Cass., 14 mai 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 855, *Pas.*, 1992, 798, *R.W.*, 1993-94, 1395, note A. Van Oevelen et *J.L.M.B.*, 1994, 48, note D. Philippe). Dans les mêmes conditions, il peut également être attendu, dans certaines circonstances, d'une personne qui risque d'être lésée qu'elle entreprenne les démarches nécessaires pour prévenir les dommages imminents.

Ce principe est également largement reconnu dans la jurisprudence des cours et tribunaux ainsi que dans la législation (article 75 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances). La sanction est, en l'occurrence, que l'accroissement du dommage est supporté par la personne lésée.

CHAPITRE 6

Le droit à la suspension

Article 5.239

Exception d'inexécution

L'alinéa 1^{er} du premier paragraphe consacre une solution admise de longue date en doctrine et en jurisprudence: l'exception d'inexécution est de droit dans tout contrat synallagmatique, et plus largement dans tout rapport synallagmatique (par ex. les restitutions réciproques consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat). Comme toute sanction, l'exception

aansprakelijkheid. Op dezelfde wijze worden de voorwaarden van vergoedbare schade inzake contractuele aansprakelijkheid gepreciseerd in artikel 5.87. Er wordt tot slot verwezen naar artikel 5 225, tweede lid betreffende het foutbegrip.

Artikel 5 238

Schadebeperkingsplicht

Zowel in een contractuele als een buitencontractuele context, wordt algemeen aanvaard dat een benadeelde niet in alle omstandigheden lijdzaam mag toezien bij het toenemen van de schade. Rust op de benadeelde geen algemene verplichting om de schade zoveel als mogelijk te beperken, dan wordt wel aangenomen dat van hem verwacht wordt dat hij de redelijke maatregelen zou nemen om de schade te beperken wanneer iedere voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, aldus zou handelen (zie in een contractuele context: Cass. 17 mei 2001, *Pas.* 2001, 889. concl. Adv.-Gen. De Riemaeker en *J.T.* 2002, 467; in de buitencontractuele context: Cass. 13 juni 2016, *T.B.B.R./R.G.D.C.* 2017, 370; Cass. 14 mei 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 855, *Pas.* 1992, 798, *R.W.* 1993-94, 1395, noot A. Van Oevelen en *J.L.M.B.* 1994, 48, noot D. Philippe). Ook kan onder dezelfde voorwaarden van een potentiële schadelijder onder bepaalde omstandigheden worden verwacht dat hij de nodige stappen onderneemt om dreigende schade te voorkomen.

Dit beginsel wordt ook breed erkend in rechtspraak van de hoven en rechtbanken en de wetgeving (artikel 75 van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen). De sanctie bestaat dan hierin dat de vermeerdering van de schade voor rekening blijft van de benadeelde.

HOOFDSTUK 6

Opschortingsrecht

Artikel 5.239

Exceptie van niet-uitvoering

Het eerste lid van de eerste paragraaf bevestigt een oplossing die reeds lang aanvaard is in de rechtspraak en de rechtsleer: de exceptie van niet-uitvoering is van rechtswege begrepen in elk wederkerig contract en, breder zelfs, in elke wederkerige rechtsverhouding (bv. de wederkerige restituties die partijen elkaar verschuldigd zijn na de nietigverklaring of de ontbinding van een contract).

d'inexécution doit être soulevée de bonne foi, dans le respect du principe de proportionnalité.

L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} vise à résoudre les controverses relatives à la charge de la preuve dans le sens suggéré par une partie de la doctrine (voy. not. D. Mougenot, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien", *Le juge et le contrat*, La Charte, 2014, pp. 409 et s.).

Le 2^e paragraphe contient une innovation importante. Il consacre l'exception *timoris*, à savoir le droit pour une partie de suspendre l'exécution de son obligation, pourtant exigible, lorsqu'il y a "contravention anticipée" de l'autre partie. Le Code civil en fait une application à l'article 1653. Cette exception *timoris* est très largement admise dans les instruments de *soft law* ainsi que dans la Convention de Vienne. Elle est aussi consacrée par le Code civil français en son article 1220 (voy. aussi: art. 52 NBW et § 273 BGB).

Le texte de ce paragraphe s'inspire de l'article 1220 C. civ. fr. Il va toutefois au-delà de celui-ci, puisqu'il permet au cocontractant de l'*excipiens* d'offrir à ce dernier des "assurances" quant à l'exécution de son obligation à l'échéance. Solution que prévoient notamment les instruments de *soft law* et la Convention de Vienne (P. GILLIAERTS, "Exceptio timoris: to fear or not to fear?", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2016, p. 478-505).

Le 3^e paragraphe introduit l'exigence d'une notification écrite lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose. La disposition est conçue comme visant à protéger le débiteur. Elle s'inspire d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2017 (*R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2017, 354, note S. JANSEN et *Limb. Rechtsl.* 2017/2, 82).

CHAPITRE 7

Les intérêts de retard

Article 5.240

Intérêts moratoires

Cette disposition reformule l'ancien article 1153, alinéas 1^{er} à 4. Les termes "intérêts légaux" et "dol" sont

Zoals dit geldt bij alle sancties, moet ook de exceptie van niet-uitvoering te goeder trouw worden ingeroepen in overeenstemming met het proportionaliteitsbeginsel.

Het tweede lid van de eerste paragraaf beoogt de betwistingen in de doctrine over de bewijslast te beslechten zoals een deel van de doctrine heeft gesuggereerd (zie o.m. D. Mougenot, "La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien", *Le juge et le contrat*, die Keure, 2014, p. 409 e.v.).

De tweede paragraaf bevat een belangrijke vernieuwing. Deze bepaling erkent de zogenaamde "*exceptio timoris*" (letterlijk: de exceptie van vrees), met name het recht voor een partij om de nakoming van haar verbintenis te schorsen, al is zij opeisbaar, wanneer er een sprake is van een "voortijdige niet-nakoming" in hoofde van de wederpartij. Het Burgerlijk Wetboek maakt hiervan reeds toepassing in artikel 1653. De voortijdige opschorting kent een brede erkenning in de *soft law* instrumenten en in het Weens Koopverdrag. Zij werd ook verankerd in artikel 1220 van het Franse Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 52 NBW en § 273 BGB).

De voorgestelde tekst van deze paragraaf is geïnspireerd door artikel 1220 C. civ. fr. De bepaling zet echter een bijkomende stap door de schuldenaar de mogelijkheid te geven om "waarborgen" te geven aan de schuldeiser dat hij zijn verbintenis zal nakomen aan het einde van de uitvoeringstermijn. Men vindt deze oplossing onder andere terug in de *soft law* instrumenten en in het Weens Koopverdrag (P. GILLIAERTS, "Exceptio timoris: to fear or not to fear?", *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2016, p. 478-505).

De derde paragraaf voert de voorwaarde in van een schriftelijke kennisgeving wanneer de verbintenis van de schuldenaar nog niet opeisbaar is of wanneer de goede trouw dit vereist. Deze bepaling wil de schuldenaar beschermen. Zij is ingegeven door een arrest van het Hof van Cassatie van 13 januari 2017 (*R.G.D.C./T.B.B.R.* 2017, 354, noot S. JANSEN en *Limb. Rechtsl.* 2017/2, 82).

HOOFDSTUK 7

Nalatigheidsinterest

Artikel 5.240

Moratoire interest

Deze bepaling herformuleert oud artikel 1153, eerste tot en met vierde lid. De termen "wettelijke interest" en

remplacés par les termes plus précis “intérêts au taux d’intérêt légal” et “faute intentionnelle”.

Les intérêts moratoires ont pour but de réparer les dommages complémentaires que le créancier subit par le retard avec lequel le débiteur paie une obligation de somme. Sans cette disposition, il appartiendrait au créancier de justifier de l’existence et de l’importance du dommage subi et au juge d’en établir souverainement l’existence et l’étendue. Le législateur pose toutefois dans cette disposition une double présomption légale irréfragable. D’une part, l’existence du dommage est présumée, lorsqu’un débiteur exécute tardivement une obligation de somme. D’autre part, l’étendue du dommage est fixée de manière forfaitaire aux intérêts au taux d’intérêt légal. Le terme “exclusivement” confirme que non seulement le créancier ne peut prouver qu’il a subi un dommage plus important mais également que le débiteur ne peut pas non plus prouver que le créancier a subi un dommage moins important. Cela signifie en outre que le dommage subi en raison du retard avec lequel l’obligation de somme est exécutée est censé être entièrement couvert par l’attribution d’intérêts au taux d’intérêt légal. Une exception est faite pour les frais de recouvrement extrajudiciaire, dont l’existence et l’étendue doivent être prouvées. En cas de faute intentionnelle du débiteur, les dommages-intérêts peuvent dépasser les intérêts au taux d’intérêt légal, par des intérêts à un taux d’intérêt plus élevé par exemple. Dans ce cas, le créancier doit justifier de l’existence et de l’étendue du dommage réellement subi à la suite du retard dans l’exécution et d’autres dommages.

La loi ou le contrat peuvent prévoir des exceptions. L’article 6 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales constitue un exemple d’exception légale. Le créancier d’une obligation de somme d’argent provenant d’une transaction commerciale a droit à une indemnisation raisonnable pour les frais de recouvrement judiciaires et extrajudiciaires. La disposition en projet est en outre de droit supplétif, de sorte que des exceptions conventionnelles sont autorisées. Les parties peuvent y déroger et négocier dans leur contrat un taux d’intérêt plus élevé ou plus faible. Les parties peuvent également négocier des dommages-intérêts complémentaires, pour compenser les frais de recouvrement extrajudiciaires par exemple. Il est alors question d’une clause indemnitaire à laquelle s’applique l’article 5.88.

Les intérêts au taux d’intérêt légal renvoient tant au taux d’intérêt général (prévu par la loi du 5 mai 1865 relative au prêt à intérêt) qu’aux taux d’intérêt spéciaux légaux, contenus dans les législations particulières. Le

“opzet” worden vervangen door de preciezere termen “interest aan de wettelijke interestvoet” en “opzettelijke fout”.

Moratoire interesten hebben tot doel de bijkomende schade te vergoeden die de schuldeiser lijdt door de vertraging waarmee de schuldenaar een geldschuld betaalt. Zonder deze bepaling zou aan de schuldeiser toekomen om het bewijs van het bestaan en de omvang van de geleden schade te bewijzen en aan de rechter om het bestaan en de omvang soeverein te bepalen. De wetgever stelt in deze bepaling evenwel een dubbel wettelijk onweerlegbaar vermoeden in. Enerzijds wordt het bestaan van de schade vermoed, wanneer een schuldenaar met vertraging een geldschuld betaalt. Anderzijds wordt de omvang van de schade forfaitair bepaald op de interest aan de wettelijke interestvoet. De term “uitsluitend” bevestigt dat noch de schuldeiser kan bewijzen dat hij een grotere schade heeft geleden, noch de schuldenaar kan bewijzen dat de schuldeiser een kleinere schade heeft geleden. Dit betekent ook dat de schade geleden door de vertraging waarmee de geldschuld wordt betaald, geacht wordt volledig gedekt te zijn door de toekenning van interesten aan de wettelijke interestvoet. Een uitzondering geldt voor de buitengerechtelijke invorderingskosten, waarvan het bestaan en de omvang moeten worden bewezen. In geval van opzettelijke fout van de schuldenaar, kan de schadevergoeding de interesten aan de wettelijke interestvoet te boven gaan, bijvoorbeeld interest aan een hogere interestvoet. De schuldeiser moet in dat geval het bestaan en de omvang van de werkelijk geleden schade ten gevolge van de vertraging in de nakoming en andere schade bewijzen.

De wet of het contract kunnen in uitzonderingen voorzien. Een voorbeeld van een wettelijke uitzondering is art. 6 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. De schuldeiser van een geldschuld uit een handelstransactie heeft recht op een redelijke schadevergoeding voor gerechtelijke en buitengerechtelijke invorderingskosten. Daarnaast is de voorgestelde bepaling van aanvullend recht, waardoor conventionele uitzonderingen toegelaten zijn. De partijen kunnen ervan afwijken en in hun contract een hogere of lagere interestvoet bedingen. De partijen kunnen ook een bijkomende schadevergoeding bedingen, bijvoorbeeld ter vergoeding van de buitengerechtelijke invorderingskosten. Er is dan sprake van een schadebeding, waarop artikel 5.88 van toepassing is.

De interest aan de wettelijke interestvoet verwijst zowel naar de algemene interestvoet (voorzien door de Wet van 5 mei 1865 betreffende de lening tegen interest) als naar bijzondere wettelijke interestvoeten, vervat in bijzondere

taux d'intérêt légal particulier visé à l'article 5 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en est un exemple important.

Les intérêts moratoires commencent à courir à la mise en demeure (prévue à l'article 5 231). L'article 5 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales est un exemple d'exception où la loi fait courir les intérêts de plein droit.

L'ancien article 1153, alinéa 5, est déplacé à l'article 5.88, § 3 (clause indemnitaire): lorsqu'un intérêt est stipulé pour le cas de retard de paiement d'une somme, le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, est d'application par analogie. lorsqu'il modère l'intérêt, le juge ne peut condamner le débiteur à un intérêt inférieur à l'intérêt légal.

Article 5.241

Intérêts compensatoires

Cette disposition consacre le régime jurisprudentiel des intérêts compensatoires et confirme le pouvoir d'appréciation souverain du juge en la matière (voy. notamment B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgisch schadevergoedingsrecht", *T.P.R.*, 1999, p. 1320, n° 25; H. DE PAGE, III, p. 168, n° 131; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 467-486; A. VAN OEVELEN, "Interessen bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen en in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht", in *CBR, jaarboek 2008-2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 171-172, n° 23; P. WÉRY, I, p. 585-586, n° 614-615). Faisant partie de la réparation du dommage, les intérêts compensatoires sont intégralement régis par le principe de la réparation intégrale du dommage au jour du prononcé (voy. également l'article 5 237). Le créancier subit un dommage en raison du retard avec lequel le débiteur paie les dommages-intérêts dont il est redevable. Il appartient au créancier de justifier de l'existence et de l'étendue de ce dommage et il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement l'existence et l'étendue du dommage. Contrairement aux intérêts moratoires, l'indemnité n'est pas établie de manière forfaitaire mais sur la base du dommage réellement subi. Le dommage réellement subi doit être réparé, ni plus ni moins. Ce principe de la réparation intégrale explique également que le juge fixe librement le taux d'intérêt à appliquer et que le créancier peut justifier d'un autre dommage. Le juge est également libre de déclarer le régime forfaitaire des

wetgeving. Een belangrijk voorbeeld is de bijzondere wettelijke interestvoet, zoals bepaald in artikel 5 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties.

Het vertrekpunt van het lopen van de moratoire interesten is de ingebrekestelling (voorzien in artikel 5 231). Een voorbeeld van een uitzondering (waar de wet de interest van rechtswege doet lopen) is artikel 5 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties.

Oud art. 1153, vijfde lid is overgebracht naar artikel 5.88, § 3 (schadebeding): wanneer een interest is bedongen voor het geval van vertraging in de betaling van een geldsom, is paragraaf 2, eerste lid, van overeenkomstige toepassing. De rechter kan bij matiging de schuldenaar niet veroordelen tot een interest die lager is dan de wettelijke interest.

Artikel 5.241

Compensatoire interest

Deze bepaling verankert het jurisprudentiële regime voor compensatoire interesten en bevestigt de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter terzake (zie o.m.: B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgisch schadevergoedingsrecht", *T.P.R.* 1999, p. 1320, nr. 25; H. DE PAGE, III, p. 168, nr. 131; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 467-486; A. VAN OEVELEN, "Interessen bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen en in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht", in *CBR, jaarboek 2008-2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 171-172, nr. 23; P. WÉRY, I, p. 585-586, nrs. 614-615). Compensatoire interesten worden, als onderdeel van het herstel van de schade, onverkort beheerst door het beginsel van het integrale herstel van de schade op de dag van de uitspraak (zie ook artikel 5 237). De schuldeiser lijdt schade door de vertraging waarmee de schuldenaar de door hem verschuldigde schadevergoeding betaalt. Het is aan de schuldeiser om het bestaan en de omvang van deze schade te bewijzen en het komt aan de feitenrechter toe om sovereen het bestaan en de omvang van de schade te beoordelen. In tegenstelling tot de moratoire interesten wordt de vergoeding niet forfaitair bepaald maar op grond van de werkelijk geleden schade. De werkelijk geleden schade moet vergoed worden, niet meer en ook niet minder. Dit beginsel van het integrale herstel van de schade verklaart ook dat de rechter vrij de toe te passen interestvoet bepaalt en dat de schuldeiser andere schade kan bewijzen. Het

intérêts moratoires applicable par analogie aux intérêts compensatoires si cela s'avère approprié pour réparer le dommage réellement subi (cf. B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgisch schadevergoedingsrecht", *T.P.R.*, 1999, p. 1370, n° 46).

Les dispositions du présent article valent sous réserve d'une loi ou d'un contrat contraire (voy. C. BIQUET-MATHIEU, "L'indemnisation du retard de paiement en présence d'une dette dont l'existence ou le montant nécessite une appréciation", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2012/7, pp. 292 et s., spéc. n°s 28 et s.).

Le point de départ des intérêts compensatoires (à compter de la naissance du dommage) n'empêche pas de calculer ceux-ci à partir d'une date moyenne ou à partir de la date de consolidation. Les deux modes de calcul respectent ce point de départ et offrent une solution pragmatique lorsque le dommage ne naît pas à un moment précis mais s'étale sur une certaine période, par exemple.

Dès qu'un juge a liquidé l'obligation de valeur dans son jugement, elle se transforme en une obligation de somme à laquelle le régime des obligations de somme est applicable.

Sous-titre 7

*Les mesures de sauvegarde
des droits du créancier*

Article 5.242

Action oblique

Cette disposition reprend l'article 1166 existant du Code civil en le reformulant de manière plus précise (H., DE PAGE, III, 1967, p. 205 et s.; P. WÉRY, II, n° 555 et s.; P. BOSSARD, "Le périmètre de l'action oblique", *R.G.D.C./T.B.B.R.*, 2015, p. 347-358).

Article 5.243

Action paulienne

Cet article porte sur l'"action paulienne" et reprend en des termes différents les dispositions de l'article 1167 existant du Code civil.. Sur cette base, les créanciers (donc des tiers) peuvent attaquer les actes juridiques

staat de rechter ook vrij om de forfaitaire regeling voor moratoire interesten van overeenkomstige toepassing te verklaren op compensatoire interesten als dit gepast blijkt om de werkelijk geleden schade te herstellen (cf. B. DE TEMMERMAN, "Interest bij schadevergoeding uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Een stand van zaken, tevens aanleiding tot een kritische beschouwing over de grondslagen van het Belgisch schadevergoedingsrecht", *T.P.R.* 1999, p. 1370, nr. 46).

Huidige bepalingen gelden onder voorbehoud van een afwijkende wet of afwijkend contract (zie C. BIQUET-MATHIEU, "L'indemnisation du retard de paiement en présence d'une dette dont l'existence ou le montant nécessite une appréciation", *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2012/7, pp. 292 e.v., i.h.b. nrs. 28 e.v.).

Het aanvangspunt van compensatoire interest (vanaf het ontstaan van de schade) staat een berekening ervan vanaf een gemiddelde datum of vanaf de consolidatiedatum niet in de weg. Beide berekeningswijzen respecteren dit aanvangspunt en bieden pragmatische oplossingen, wanneer de schade bijvoorbeeld niet op een precies tijdstip ontstaat maar gespreid over een bepaalde periode.

Zodra een rechter in zijn uitspraak de waardeschuld heeft bepaald, verandert zij in een geldschuld waarop de regels inzake geldschulden van toepassing zijn.

Ondertitel 7

*Maatregelen ter bescherming
van de rechten van de schuldeiser*

Artikel 5.242

Zijdelingse vordering

Deze bepaling herneemt het bestaande artikel 1166 van het Burgerlijk Wetboek in een nieuwe en meer precieze formulering (H., DE PAGE, III, 1967, p. 205 e.v.; P. WÉRY, II, nr. 555 e.v.; P. BOSSARD, "Le périmètre de l'action oblique", *R.G.D.C./T.B.B.R.* 2015, p. 347-358).

Artikel 5.243

Pauliaanse vordering

Dit artikel heeft betrekking op de zgn. pauliaanse vordering en herneemt, in andere bewoordingen, het bestaande artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek. Op grond hiervan kunnen schuldeisers – derden dus – opkomen

qui sont posés par le débiteur et qui nuisent à leurs droits de recours à l'égard du patrimoine de ce dernier. L'article 788 du Code civil en donne une application. Lorsque les conditions sont réunies, les créanciers peuvent écarter un contrat ou un autre acte juridique de leur débiteur. Cette action présente un lien avec le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* qui proscriit toute fraude ou déloyauté commise en vue de nuire ou d'obtenir un profit (A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 2013, p. 120 et s.).

Dans le prolongement de la jurisprudence, la disposition contient les conditions d'application suivantes: 1) être créancier avant la date de l'acte juridique contesté; 2) existence d'un préjudice pour le créancier; 3) fraude dans le chef du débiteur et 4) tierce complicité du tiers (pour des actes passés à titre onéreux). La jurisprudence admet toutefois une exception à la première condition (condition d'antériorité) lorsque le débiteur a posé l'acte contesté précisément dans l'intention de porter préjudice à ses futurs créanciers (H. DE PAGE, *Traité* III (1967), p. 239, n° 238; I. SAMOY, "Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde", (note sous Rb. Luik 10 september 1999), *T.B.H.*, 2000, p. 384).

L'action paulienne vise la réparation des dommages occasionnés au créancier par l'appauvrissement frauduleux du débiteur (Cass., 13 mars 2015, C.14 0415.N). En principe, elle consiste en l'inopposabilité de l'acte juridique contesté. Il en résulte que le créancier peut passer outre l'acte juridique (p. ex. une vente à un prix beaucoup trop bas) et exercer ses droits de créancier sur le bien en possession de l'acheteur en le faisant saisir (Cass., 30 septembre 2016, C.15 0406.N; Cass. 13 janvier 2017, C.16 0139.N). Si, à son tour, ce dernier a transmis le bien à un tiers, le créancier peut alors également intenter l'action paulienne contre le sous-acquéreur à condition que les conditions de l'action soient également remplies en ce qui concerne ce sous-acquéreur (Cass. 9 février 2006, C.03 0074.N, *R.W.*, 2007-08, 1496, note M.E. Storme). Les droits des tiers de bonne foi sont donc respectés (Cass., 25 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, 1076, *R.W.*, 2002-03, 940). Si, dans l'exemple donné, le sous-acquéreur est de bonne foi, celui-ci ne peut être inquiété et le créancier doit alors se tourner vers l'acheteur pour lui réclamer des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts seront également le remède chaque fois que l'inopposabilité de l'acte juridique contesté s'avère insuffisante. L'action paulienne ne peut toutefois être source de profit pour le créancier. L'action vise en

tegen rechtshandelingen door de schuldenaar gesteld en waardoor hun verhaalsrechten op het vermogen van deze laatste worden benadeeld. Een toepassing hiervan levert artikel 788 van het Burgerlijk Wetboek. Wanneer de voorwaarden hiertoe zijn voldaan kunnen de schuldeisers een contract of een andere rechtshandeling van hun debiteur ter zijde schuiven. Deze vordering houdt verband met het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* dat elk bedrog of elke oneerlijkheid verbiedt dat gepleegd wordt met het oogmerk om te schaden of winst te behalen (A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, 2013, p. 120 e.v.).

In navolging van de rechtspraak bevat de bepaling de toepassingsvoorwaarden: 1) schuldeiser zijn van vóór de datum van de aangevochten rechtshandeling, 2) benadeling van de schuldeiser, 3) bedrog van de schuldenaar en 4) derde-medeplichtigheid van de derde (voor handelingen onder bezwarende titel). De rechtspraak aanvaardt evenwel een uitzondering op de eerste voorwaarde (anterioriteitsvereiste) indien de schuldenaar de aangevochten handeling precies heeft gesteld met het oog om zijn toekomstige schuldeisers te benadelen (H. DE PAGE, III, p. 239, nr. 238; I. SAMOY, "Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde" (noot onder Rb. Luik 10 september 1999), *T.B.H.* 2000, p. 384).

De pauliaanse vordering strekt tot vergoeding van de schade die de bedrieglijke verarming van de schuldenaar aan de schuldeiser berokkent (Cass. 13 maart 2015, C.14 0415.N). In beginsel bestaat dit uit de niet-tegenwerpelijheid van de aangevochten rechtshandeling. Als gevolg hiervan kan de schuldeiser de rechtshandeling, bv. een verkoop tegen een te lage prijs, naast zich neerleggen en zijn rechten als schuldeiser uitoefenen op het goed in handen van de koper door hierop beslag te leggen (Cass. 30 september 2016, C.15 0406.N; Cass. 13 januari 2017, C.16 0139.N). Indien deze laatste het goed op zijn beurt heeft overgedragen aan een derde, dan kan de schuldeiser de pauliaanse vordering ook instellen tegen de onder-verkrijger op voorwaarde dat ook wat deze betreft aan de voorwaarden van de vordering is voldaan (Cass. 9 februari 2006, C.03 0074.N, *R.W.* 2007-08, 1496, noot M.E. Storme). De rechten van derden te goeder trouw worden dus geëerbiedigd (Cass. 25 oktober 2001, *Pas.* 2001, I, 1076, *R.W.* 2002-03, 940). Is in het gegeven voorbeeld de onder-verkrijger te goeder trouw, dan kan deze niet worden verontrust en dient de schuldeiser zijn toevlucht te nemen tot schadevergoeding vanwege de koper. Schadevergoeding zal eveneens de remedie zijn telkens wanneer de niet-tegenwerpelijheid van de aangevochten rechtshandeling niet afdoende

effet exclusivement la réparation des dommages (Cass., 15 mai 1992, *R.W.* 1992-93, 330, note Dirix).

Sous-titre 8

Les causes d'extinction de l'obligation

CHAPITRE 1^{ER}

Disposition introductive

Article 5.244

Enumération des causes d'extinction.

À l'image de l'article 1234 du Code civil, cette disposition donne une vue d'ensemble des différentes causes d'extinction des obligations. Certaines de ces causes ont déjà été traitées dans d'autres articles du Code (le paiement, le terme extinctif, la condition résolutoire). Par ailleurs, le texte ne rappelle pas que les obligations peuvent aussi s'éteindre par voie de conséquence, à la suite de la dissolution du contrat (en raison de son annulation, de sa résolution ou de sa résiliation).

Le législateur peut prévoir d'autres causes d'extinction que celles énumérées aux points 1° à 8°. Ainsi un créancier peut-il perdre son droit par l'effet d'une déchéance (M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht. La déchéance*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2010, 361 p.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, p. 651 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, pp. 2299-2300). En droit des obligations, la déchéance est souvent consécutive à l'expiration d'un délai (dit de déchéance) dans lequel le créancier devait exercer son droit ou son recours (M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. VI, La prescription. Principes généraux et prescription libératoire, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 304 et s., p. 54 et s.). Les parties peuvent aussi insérer dans leur convention des clauses de déchéance, qui, dès lors qu'elles ne contreviennent pas à l'ordre public ou à des dispositions impératives, sont licites. Dans les limites fixées par la loi, les polices d'assurance peuvent ainsi comporter des clauses de déchéance, qui sanctionnent certains comportements fautifs du preneur d'assurance (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 304 et s.).

Si l'on excepte certains développements en matière de compensation, la consécration de la renonciation

is. De pauliaanse vordering mag echter geen bron van winst zijn voor de schuldeiser. De vordering strekt immers uitsluitend tot vergoeding van de schade (Cass. 15 mei 1992, *R.W.* 1992-93, 330 noot Dirix).

Ondertitel 8

Gronden van tenietgaan van de verbintenissen

HOOFDSTUK 1

Inleidende bepaling

Artikel 5.244

Opsomming van de gronden van tenietgaan

In lijn met artikel 1234 van het Burgerlijk Wetboek geeft deze bepaling een overzicht van de verschillende gronden van tenietgaan van verbintenissen. Sommige ervan zijn reeds aan bod gekomen in andere artikels van het wetboek (de betaling, de uitdovende tijdsbepaling, de ontbindende voorwaarde). Overigens herhaalt de tekst niet dat de verbintenissen ook onrechtstreeks kunnen tenietgaan, als gevolg van de beëindiging van het contract (wegens nietigverklaring, ontbinding of opzegging).

De wetgever kan voorzien in andere oorzaken van tenietgaan dan die welke zijn opgesomd onder de punten 1° tot 8°. Aldus kan een schuldeiser zijn recht verliezen ten gevolge van een verval (M.A. LEFEBVRE-MASSCHELEIN, *Het verval van een recht in het materieel privaatrecht. La déchéance*, Antwerpen, Cambridge, Intersentia, 2010, 361 blz.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, blz. 651 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, blz. 2299-2300). In het verbintenissenrecht volgt het verval vaak op het verstrijken van een termijn (de zogeheten vervaltermijn) van de verbintenissen waarbinnen de schuldeiser zijn recht of zijn verhaal moest uitoefenen (M. MARCHANDISE, *De Page. Traité de droit civil belge*, dl. VI, La prescription. Principes généraux et prescription libératoire, Brussel, Bruylant, 2014, blz. 304 e.v., blz. 54 e.v.). De partijen kunnen in hun contracten ook vervalbedingen opnemen die, voor zover ze niet strijdig zijn met de openbare orde of met dwingendrechtelijke bepalingen, geldig zijn. Binnen de perken van de wet kunnen ook verzekeringspolissen vervalbedingen omvatten, die bepaalde foutieve gedragingen van de verzekeringnemer bestraffen (M. FONTAINE, *Droit des assurances*, vierde ed., Brussel, Larcier, 2016, blz. 304 e.v.).

Met uitzondering van bepaalde ontwikkelingen inzake schuldvergelijking, de verankering van de eenzijdige

unilatérale et de la caducité de l'obligation par disparition de son objet, les dispositions de ce chapitre constituent, la plupart du temps, une codification à droit constant.

La proposition consacre la jurisprudence de la Cour de cassation pour qui la prescription extinctive affecte, non pas l'existence de l'obligation, mais son exigibilité: l'obligation se transforme en une obligation naturelle.

CHAPITRE 2

La novation

Article 5.245

Définition

Ce texte reproduit l'excellente définition de la novation qu'en donne l'article 1329 du Code civil français. Le texte met en évidence le caractère contractuel de la novation, son objet (un changement de l'obligation, de débiteur ou de créancier) et son double effet (extinctif de l'ancienne dette et créateur d'une nouvelle).

La novation est conçue uniquement comme un mode d'extinction d'une obligation. Si certains admettent la novation de contrat (D. CHOLET, "La novation de contrat", *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, p. 467 et s.), d'autres rejettent, à juste titre, cette figure juridique et privilégient la formule de la conclusion d'un *mutuus dissensus* suivie d'un nouveau contrat entre les mêmes parties (J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes. Traité de droit civil*, 2005, p. 884 et s.).

La novation obéit aux conditions de validité commune à tout contrat. Aussi la proposition abroge-t-elle l'article 1272 du Code civil, qui énonce une évidence ("La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter"). Il reformule aussi l'article 1273, aux termes duquel "La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte". La doctrine estime, en effet, conformément au droit commun, qu'une volonté tacite peut suffire (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.*, 1999, p. 844; L. CORNELIS, 2000, p. 855; P. WÉRY, II, 2016, n° 744); celle-ci peut découler de présomptions humaines. Encore faut-il que l'intention

afstand, en van het verval als gevolg van het wegvallen van het voorwerp van het contract, zijn de bepalingen van dit hoofdstuk merendeels een codificatie van geldend recht.

Het voorstel verankert de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke de bevrijdende verjaring niet raakt aan het bestaan van de verbintenis, maar slechts aan haar opeisbaarheid: de verbintenis wordt omgevormd tot een natuurlijke verbintenis.

HOOFDSTUK 2

Schuldvernieuwing

Artikel 5.245

Definitie

Deze uitstekende definitie van schuldvernieuwing is overgenomen uit artikel 1329 van het Frans Burgerlijk Wetboek. Uit de tekst komt de contractuele aard van schuldvernieuwing naar voren, alsook het voorwerp ervan (een wijziging van de verbintenis, van schuldenaar of van schuldeiser) en het dubbele gevolg ervan (het tenietgaan van de vroegere schuld en het creëren van een nieuwe).

Schuldvernieuwing wordt enkel opgevat als een wijze van tenietgaan van een verbintenis. Ofschoon sommigen schuldvernieuwing van een contract erkennen (D. CHOLET, "La novation de contrat", *Rev. trim. dr. civ.* 2006, blz. 467 e.v.), verwerpen anderen terecht deze rechtsfiguur en geven zij de voorkeur aan de formule van het sluiten van een *mutuus dissensus*, gevolgd door een nieuw contract tussen dezelfde partijen (J. GHESTIN, M. BILLIAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes. Traité de droit civil*, 2005, blz. 884 e.v.).

Schuldvernieuwing moet voldoen aan de geldigheidsvoorwaarden die van toepassing zijn op alle contracten. Voorts beoogt het voorstel de opheffing van artikel 1272 van het Burgerlijk Wetboek, dat een vanzelfsprekendheid behelst ("Schuldvernieuwing kan slechts tot stand komen tussen personen die bekwaam zijn om contracten aan te gaan"). Het beoogt ook artikel 1273 te herformuleren, dat bepaalt: "Schuldvernieuwing wordt niet vermoed; de wil om ze tot stand te brengen moet duidelijk uit de handeling blijken". De rechtsleer is immers van oordeel, overeenkomstig het gemeen recht, dat de stilzwijgende wil kan volstaan (S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Les obligations: le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995)", *J.T.* 1999,

de nover soit certaine, ce que rappelle l'alinéa 3 de la disposition en précisant qu'elle ne se présume pas.

Cette intention de nover est particulièrement importante pour distinguer la novation et le changement apporté à l'obligation qui opère seulement modification de celle-ci. Tout remplacement dans le lien obligataire n'équivaut, en effet, pas à une novation (A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, L.G.D.J., 1980; R. KRUIHOF, "La modification conventionnelle du contrat", *T.I.D.C.*, 1985, p. 97 et s.; P. WÉRY, II, 2016, n° 613 et n° 743-3). À titre d'exemples, il n'y a pas novation par changement d'objet, lorsque la dette est garantie par une sûreté supplémentaire ou lorsque les parties conviennent d'ajouter ou de retrancher une clause relative à l'inexécution de l'obligation (clause indemnitaire, clause résolutoire, clause exonératoire de responsabilité...) (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 2282 et s.). La distinction entre la novation et la modification de l'obligation est importante. S'il y a novation, la dette ancienne s'éteint avec toutes ses caractéristiques et ses attributs. C'est ainsi notamment que les sûretés qui garantissaient son exécution ne se reportent pas sur la nouvelle dette. En revanche, s'il y a seulement modification, les sûretés continuent de bénéficier au créancier.

Article 5.246

Novation par changement de débiteur

Codification à droit constant. Ce texte reproduit les termes de l'article 1274 du Code civil.

La novation par changement de débiteur n'est pas nécessairement un contrat tripartite, reposant sur la volonté commune du créancier, de l'ancien débiteur et du nouveau débiteur. Le créancier peut accepter l'engagement d'un tiers et décharger le débiteur primitif sans requérir son consentement.

La consécration par la proposition de la figure de la cession de dette ne rend pas cette disposition inutile, car la cession de dette nécessite, en toute hypothèse, le consentement du débiteur primitif.

blz. 844; L. CORNELIS, 2000, blz. 855; P. WÉRY, II, 2016, nr. 744); deze kan voortvloeien uit rechterlijke vermoedens. Voorts moet de bedoeling tot schuldvernieuwing zeker zijn, zoals bepaald in het derde lid van de bepaling die preciseert dat zij niet wordt vermoed.

Deze bedoeling tot schuldvernieuwing is bijzonder belangrijk om het onderscheid te maken tussen schuldvernieuwing en de verandering die wordt aangebracht aan de verbintenis en die slechts een wijziging ervan teweegbrengt. Niet elke wijziging in een verbintenisrechtelijke verhouding staat immers gelijk met een schuldvernieuwing (A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, L.G.D.J., 1980; R. KRUIHOF, "La modification conventionnelle du contrat", *T.I.D.C.* 1985, blz. 97 e.v.; P. WÉRY, II, 2016, nr. 613 en nr. 743-3). Zo is er bijvoorbeeld geen schuldvernieuwing door wijziging van voorwerp, wanneer de schuld gewaarborgd is door een bijkomende zekerheid of wanneer de partijen overeenkomen tot de toevoeging of schrapping van een beding betreffende de niet-nakoming van de verbintenis (schadebeding, ontbindend beding, een bevrijdingsbeding...) (P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, blz. 2282 e.v.). Het onderscheid tussen schuldvernieuwing en de wijziging van de verbintenis is belangrijk. Indien er sprake is van schuldvernieuwing, houdt dit in dat de vroegere schuld verdwijnt, met al haar kenmerken en toebehoren. Bijgevolg gaat met name de zekerheid die de uitvoering ervan waarborgde niet over op de nieuwe schuld. Indien er enkel sprake is van een wijziging, blijft de zekerheid ten voordele van de schuldeiser bestaan.

Artikel 5.246

Schuldvernieuwing door verandering van schuldenaar

Codificatie van het geldende recht. Deze tekst herneemt de bewoordingen van artikel 1274 van het Burgerlijk Wetboek.

Schuldvernieuwing door verandering van schuldenaar is niet noodzakelijk een contract tussen drie partijen dat berust op de gemeenschappelijke wil van de schuldeiser, de oude schuldenaar en de nieuwe schuldenaar. De schuldeiser kan de verbintenis van een derde aanvaarden en de oorspronkelijke schuldenaar, zonder diens toestemming, van zijn verbintenis bevrijden.

De bevestiging, in het voorstel, van de rechtsfiguur van de schuldoverdracht maakt die bepaling niet irrelevant, aangezien de schuldoverdracht in alle gevallen de toestemming van de oorspronkelijke schuldenaar vereist.

Article 5.247

Accessoires et sûretés de l'obligation

Ce texte, qui s'inspire des termes de l'article 1334 du Code civil français, énonce une conséquence logique de l'extinction de l'obligation ancienne: l'extinction de ses accessoires.

Les parties intéressées ont toutefois la possibilité d'y déroger, en prévoyant que les sûretés qui garantissaient la dette ancienne se reportent sur la dette nouvelle. Ainsi si les hypothèques et privilèges ont été réservés, ils conserveront leur rang et leur date (H. DE PAGE, *Traité*, t. 3, 1967, n° 600).

Si la sûreté est accordée par un tiers (caution, tiers affectant hypothécaire...), les tiers garants doivent évidemment consentir à cette réservation.

Compte tenu du caractère dérogatoire des alinéas 2 et 3, il est nécessaire que les parties et les tiers garants aient consenti expressément à cette réservation des sûretés.

Les alinéas 2 et 3 de cette disposition abrogent les articles 1278 à 1281 du Code civil, dont la formulation était plus étroite.

Article 5.248

Indication de payer ou de recevoir paiement.

Ce texte, qui constitue une codification à droit constant, reproduit la teneur de l'article 1277 du Code civil. Les indications de *solvens* ("la simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place", selon les termes de l'article 1277) et d'*accipiens* ("la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui", selon les termes de la même disposition) sont dépourvues d'effet novatoire.

Lorsque la personne agit au nom et pour le compte du débiteur ou du créancier, elle se voit investie d'un mandat d'effectuer ou de recevoir paiement. Ces mandats n'opèrent pas une substitution de sujet de l'obligation (A propos de l'indication de solvens, voy. Cass., 17 mars 2011, *Pas.*, 2011, p. 823). Il n'y a pas davantage de novation, lorsque cette personne paie en son nom mais pour le compte du débiteur ou lorsqu'elle reçoit paiement en son nom, mais pour le compte du créancier

Artikel 5.247

Nevenrechten en zekerheden van de verbintenis

Deze tekst, gebaseerd op de bewoordingen van artikel 1334 van het Frans Burgerlijk Wetboek, omvat een logisch gevolg van het tenietgaan van het vroegere nevenrechten ervan.

De belanghebbende partijen hebben evenwel de mogelijkheid om daarvan af te wijken, door erin te voorzien dat de zekerheden die de vroegere schuld waarborgden, overgedragen worden op de nieuwe schuld. Indien de hypotheeken en voorrechten werden voorbehouden, behouden ze dus hun rang en datum (H. DE PAGE, *Traité*, dl. 3, 1967, nr. 600).

Indien de zekerheid is verleend door een derde (borg, derde hypotheekgever...), moeten de derde-zekerheidsstellers uiteraard toestemmen met dat voorbehoud.

Rekening houdend met het afwijkende karakter van het tweede en derde lid, is het noodzakelijk dat de partijen en de derde-zekerheidsstellers uitdrukkelijk toegestemd hebben met het voorbehouden van de zekerheden.

De tweede en derde leden van deze bepaling heffen de artikelen 1278 tot 1281 van het Burgerlijk Wetboek op, waarvan de formulering enger was.

Artikel 5.248

Aanwijzing tot betaling of tot ontvangst van betaling

Deze tekst, die een codificatie van het geldende recht behelst, geeft de teneur van artikel 1277 van het Burgerlijk Wetboek weer. De aanduiding van een *solvens* ("de enkele aanwijzing, door de schuldenaar, van een persoon die in zijn plaats moet betalen", naar de bewoordingen van artikel 1277) en van een *accipiens* ("de enkele aanwijzing, door de schuldeiser, van een persoon die voor hem moet ontvangen", naar de bewoordingen van diezelfde bepaling) hebben geen schuldvernieuwend uitwerking.

Wanneer de persoon handelt in naam van en voor rekening van de schuldenaar of van de schuldeiser, krijgt hij een mandaat om betaling te verrichten of te ontvangen. Die mandaten brengen geen vervanging van het subject van de verbintenis teweeg (betreffende aanduiding van *solvens*, zie Cass. 17 maart 2011, *Pas.* 2011, blz. 823). Er is evenmin schuldvernieuwing wanneer die persoon in zijn naam maar voor rekening van de schuldenaar betaalt, of wanneer die persoon in zijn

(sur la représentation médiate, voy. I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 2005).

Article 5.249

Délégation

La délégation est une figure juridique dont l'importance pratique est considérable (J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 1954, 103 p.; H. DE PAGE, III, 1967, p. 599 et s.; L. CORNELIS, 2000, p. 405 et s.; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer*, Anvers, Oxford, Intersentia, 2005, p. 46 et s.; S. STIJNS, II, 2009, p. 74 et s.; R. JANSEN, "Delegatie", in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2010, p. 1 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, p. 1949 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, p. 590 et s.; P. WÉRY, II, 2016, n° 1008 et s.). Ainsi le système de la carte de crédit bancaire repose-t-il sur ce mécanisme. Le commerçant est le délégataire; le client qui a effectué des achats chez lui est le délégant, et la banque est le délégué.

En dépit de son importance, le Code civil n'évoque la délégation qu'incidemment, en ses articles 1275 et 1276. Telle que le législateur la présente, la délégation fait figure d'opération imparfaite: elle ne serait qu'une "novation avortée" (H. DE PAGE, III, p. 599 et s.), le créancier qui a accepté l'engagement du délégué ayant refusé de décharger le débiteur primitif. Cette conception a déteint sur une partie de la doctrine et de la jurisprudence, qui distingue la délégation parfaite – qualifiée de novatoire – et la délégation imparfaite ou simple – dépourvue d'effet novatoire –. Cette manière de voir a été vivement contestée par H. De Page (III, p. 599 et s.): "La délégation proprement dite, ou "simple" (celle qui, en d'autres termes, n'aboutit pas à la novation), est une institution parfaitement autonome, licite, valable comme telle et par elle-même, et ayant des règles propres, quoique non précisées par le Code. C'est une combinaison qui se fonde, comme la novation, sur l'article 1134 du Code civil, mais qui, quoique complexe comme la novation, en diffère sur des points essentiels. Il faut donc perdre la fâcheuse habitude d'étudier la délégation en fonction de la novation". La doctrine moderne s'est ralliée à ses critiques. P. Van Ommeslaghe écrit ainsi que "La délégation est une institution "parfaite" en soi, tout à

naam maar voor rekening van de schuldeiser betaling ontvangt (betreffende de middellijke vertegenwoordiging, zie I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, 2005).

Artikel 5.249

Delegatie

Delegatie is een rechtsfiguur met een aanzienlijk praktisch belang (J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, coll. A.P.R., Mechelen, Kluwer, 1954, 103 blz.; H. DE PAGE, III, 1967, blz. 599 e.v.; L. CORNELIS, 2000, blz. 405 e.v.; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een meer eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2005, blz. 46 e.v.; S. STIJNS, II, 2009, blz. 74 e.v.; R. JANSEN, "Delegatie", in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2010, blz. 1 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, III, 2013, blz. 1949 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, blz. 590 e.v.; P. WÉRY, II, 2016, nr. 1008 e.v.). Het systeem van de kredietkaart stoelt aldus op dat mechanisme. De handelaar is de delegataris; de klant die bij hem aankopen gedaan heeft, is de delegant; de bank is de gedelegeerde.

Niettegenstaande het belang ervan, maakt het Burgerlijk Wetboek daarvan slechts terloops gewag, in de artikelen 1275 en 1276. Zoals de delegatie door de wetgever wordt voorgesteld, heeft ze veel weg van een onvolkomen verrichting: ze zou niet meer dan een "mislukte schuldvernieuwing" zijn (H. DE PAGE, III, blz. 599 e.v.), waarbij de schuldeiser die heeft ingestemd met de verbintenis van de gedelegeerde, geweigerd heeft de oorspronkelijke schuldenaar te ontslaan. Die opvatting heeft een impact gehad op een deel van de rechtsleer en rechtspraak, die een onderscheid maakt tussen de volkomen delegatie – gekwalificeerd als schuldvernieuwend – en de onvolkomen of gewone delegatie – zonder schuldvernieuwend uitwerking. Die zienswijze kreeg stevige kritiek vanwege H. De Page (III, blz. 599 e.v.): "La délégation proprement dite, ou "simple" (celle qui, en d'autres termes, n'aboutit pas à la novation), est une institution parfaitement autonome, licite, valable comme telle et par elle-même, et ayant des règles propres, quoique non précisées par le Code. C'est une combinaison qui se fonde, comme la novation, sur l'article 1134 du Code civil, mais qui, quoique complexe comme la novation, en diffère sur des points essentiels. Il faut donc perdre la fâcheuse habitude d'étudier la délégation en fonction de

fait distincte de la novation” (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 1950).

À l’instar du Code civil français (artt. 1336 et s.), la proposition reconnaît cette autonomie de la délégation, en en consacrant les caractéristiques essentielles.

Le premier paragraphe définit la délégation, qui est un contrat tripartite, requérant le consentement du délégant, du délégué et du délégataire (J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 1954, p. 35 et s.; L. CORNELIS, 2000, p. 405; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. II, 2009, p. 74; R. JANSEN, “Delegatie”, in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2010, p. 9 et s.).

Le délégué doit prendre un engagement personnel envers le délégataire, qui l’accepte. En l’absence d’engagement personnel, il y a indication de paiement, c’est-à-dire un mandat conféré par le débiteur à autrui d’effectuer un paiement entre les mains de son créancier.

Trois motifs différents peuvent pousser le délégué à prendre un engagement envers le délégataire (J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 1954, p. 26 et s.). Le délégué le fait généralement parce qu’il est aussi débiteur du délégant: en payant celui-ci, il se libérera aussi de sa dette envers le délégant. Le délégué peut toutefois aussi intervenir par intention libérale envers le délégant: il lui consent, de la sorte, une donation indirecte. Il peut enfin souscrire un tel engagement afin de consentir un crédit au délégant.

Le deuxième paragraphe consacre l’abstraction de la dette du délégué.

L’obligation que le délégué assume envers le délégataire est détachée de sa cause: elle est valable et efficace, abstraction faite de toute considération relative à sa cause.

Cette abstraction est double. Le délégué ne peut se prévaloir d’aucune exception tirée de ses relations avec le délégant. Il ne peut pas davantage échapper à son engagement en invoquant des exceptions déduites des rapports entre délégant et délégataire.

la novation”. De hedendaagse rechtsleer treedt zijn kritiek bij. P. Van Ommeslaghe schrijft ook dat de delegatie *in se* een “volkomen” instelling is, geheel onderscheiden van schuldvernieuwing (P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, blz. 1950).

Naar het voorbeeld van het Frans Burgerlijk Wetboek (artt. 1336 e.v.), erkent het voorstel die autonomie van de delegatie, met verankering van de wezenlijke kenmerken ervan.

De eerste paragraaf definieert delegatie als een contract tussen drie partijen waarbij de toestemming vanwege de delegant, de gedelegeerde en de delegataris vereist is (J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, coll. A.P.R., Mechelen, Kluwer, 1954, blz. 35 e.v.; L. CORNELIS, 2000, blz. 405; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. II, 2009, blz. 74; R. JANSEN, “Delegatie”, in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2010, blz. 9 e.v.).

De gedelegeerde moet een persoonlijke verbintenis aangaan jegens de delegataris, die haar aanvaardt. Bij afwezigheid van persoonlijke verbintenis is er aanduiding van betaling, dat wil zeggen een mandaat door de schuldenaar toevertrouwd aan eenieder tot het verrichten van een betaling in de handen van zijn schuldeiser.

Drie verschillende beweegredenen kunnen de gedelegeerde aanzetten tot het aangaan van een verbintenis jegens de delegataris (J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, coll. A.P.R., Mechelen, Kluwer, 1954, blz. 26 e.v.). De gedelegeerde doet zulks doorgaans omdat hij ook schuldenaar van de delegant is: door hem te betalen bevrijdt hij zich ook van zijn schuld jegens de delegant. De gedelegeerde kan evenwel ook optreden vanuit een begiftigingsoogmerk jegens de delegant: hij verleent hem, als dusdanig, een onrechtstreekse schenking. Hij kan ten slotte een dergelijke verbintenis aangaan om een krediet aan de delegant te verlenen.

De tweede paragraaf bevestigt de abstractie van de schuld van de gedelegeerde.

De verbintenis die de gedelegeerde aangaat jegens de delegataris wordt losgekoppeld van haar oorzaak: ze is geldig en werkzaam, afgezien van enige beschouwing betreffende de oorzaak ervan.

Die abstractie is dubbel. De gedelegeerde kan geen enkele exceptie uit zijn betrekkingen met de delegant inroepen. Hij kan evenmin ontsnappen aan zijn verbintenis door het aanvoeren van excepties afgeleid uit de betrekkingen tussen delegant en delegataris.

Il est toutefois loisible aux parties de déroger à cette abstraction et d'autoriser le délégué à faire valoir certaines exceptions (S. STIJNS, II, 2009, p. 76; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, p. 591). L'abstraction est battue en brèche, lorsque la créance du délégataire envers le délégant est inexistante ou qu'elle contrevient à l'ordre public (P. VAN OMMEFLAGHE, III, 2013, p. 1953; Mons, 20 janv. 2002, *R.G.D.C.*, 2007, p. 218, note N. Carette).

Le troisième paragraphe souligne le lien qui peut exister entre la délégation et la novation par changement de débiteur.

Si le délégataire libère le délégant, qui était son débiteur primitif, il s'opère une novation par changement de débiteur. Dans le cas inverse, le délégant et le délégué sont tenus *in solidum* envers le délégataire (S. STIJNS, II, 2009, p. 76; R. JANSEN, "Delegatie", in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2010, p. 64 et s.; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 2015, p. 591).

L'alinéa 3 reformule les solutions consacrées par l'article 1276 du Code civil, en en modernisant les termes.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que ne pas maintenir l'exigence du caractère exprès de l'intention est une décision volontaire, puisque le maintien des moyens de recours contre le délégant peut lui être néfaste.

CHAPITRE 3

La remise de dette et la renonciation unilatérale

Article 5.250

Définition

Selon la conception classique, la remise de dette est un acte à titre gratuit (H. DE PAGE, III, pp. 659-660). Cette conception est dépassée depuis un arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2000, aux termes duquel "l'article 1285 du Code civil ne requiert pas que la remise de dette ou la décharge conventionnelle soit faite à titre gratuit" (*Pas.*, 2000, I, p. 694. En ce sens aussi, voy. Mons, 1^{er} décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2001, p. 630; Mons, 7 mai 2007, *Rev. rég. dr.*, 2006, p. 458;

Wel staat het de partijen vrij af te wijken van die abstractie en de gedelegeerde toe te staan om bepaalde excepties in te roepen (S. STIJNS, II, 2009, blz. 76; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, blz. 591). De abstractie wordt aangetast wanneer de schuldvordering van de delegataris jegens de delegant onbestaande is of wanneer zij in strijd is met de openbare orde (P. VAN OMMEFLAGHE, III, 2013, blz. 1953; Bergen 20 januari 2002, *T.B.B.R.* 2007, blz. 218, noot N. Carette).

De derde paragraaf benadrukt de band die kan bestaan tussen de delegatie en de schuldvernieuwing door verandering van schuldenaar.

Indien de delegataris de delegant, die zijn oorspronkelijke schuldenaar was, bevrijdt, brengt hij schuldvernieuwing teweeg door verandering van schuldenaar. In het omgekeerde geval zijn de delegant en de gedelegeerd *in solidum* gehouden jegens de delegataris (S. STIJNS, II, 2009, blz. 76; R. JANSEN, "Delegatie", in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2010, blz. 64 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 2015, blz. 591).

Het derde lid herformuleert de oplossingen uit artikel 1276 van het Burgerlijk Wetboek, in meer hedendaagse bewoordingen.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt gepreciseerd dat het een bewuste keuze is om het uitdrukkelijk karakter van de bedoeling te behouden omdat het behoud van de verhaalsmogelijkheden tegenover de delegant voor hem nadelig kan uitvallen.

HOOFDSTUK 3

Kwijtschelding van schuld en de eenzijdige afstand

Artikel 5.250

Definitie

Volgens de klassieke opvatting is de kwijtschelding van schuld een handeling ten kosteloze titel (H. DE PAGE, III, blz. 659-660). Deze opvatting is achterhaald sinds een cassatiearrest van 15 december 2000 van het Hof van Cassatie waarin staat dat artikel 1285 van het Burgerlijk Wetboek niet vereist dat de kwijtschelding van schuld of het ontslag bij overeenkomst kosteloos gebeurt (*Pas.* 2000, I, blz. 694. In die zin, zie Bergen, 1 december 1998, *J.L.M.B.*, 2001, blz. 630; Bergen,

Liège, 2 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 390, note S. Bar). La proposition consacre cette jurisprudence.

La remise de dette suppose une volonté certaine du créancier de libérer son débiteur. Aussi la libération par le créancier des sûretés ne permet-elle pas de présumer, en soi, une telle intention, ce que prévoit déjà l'article 1286 du Code civil à propos de la remise de la chose donnée en gage.

Article 5.251

Remise de dette et cautions

Ce texte constitue une codification à droit constant de l'article 1287 du Code civil.

Article 5.252

Rachat de cautionnement

Ce texte constitue une codification à droit constant de l'article 1288 du Code civil.

Article 5.253

Renonciation unilatérale

Le Code civil n'a envisagé l'abandon volontaire d'un droit de créance que sous la forme d'une convention passée entre le créancier et le débiteur.

Une partie de la doctrine en déduit que le créancier ne peut pas renoncer par sa seule volonté à la créance (H. DE PAGE, III, pp. 659 et 661). Tous les auteurs admettent pourtant déjà que la remise de dette puisse avoir lieu par testament (H. DE PAGE, III, p. 661). "Pour quelle raison, dès lors, – relève P. Van Ommeslaghe (III, p. 2288) – la remise de dette ne pourrait-elle pas résulter de n'importe quel acte juridique unilatéral par lequel le créancier abandonnerait totalement ou partiellement son droit de créance? A notre avis, la remise de dette peut résulter d'un acte unilatéral émanant du créancier, indépendamment de toute acceptation du débiteur. Même si l'on admet que le débiteur peut avoir un intérêt à exécuter son obligation, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle le créancier ne pourrait pas renoncer unilatéralement à son droit de créance par tout autre acte juridique unilatéral que le testament".

7 mei 2007, *Rev. rég. dr.*, 2006, blz. 458; Luik, 2 april 2003, *J.L.M.B.* 2004, blz. 390, noot S. Bar). Het voorstel verankert die rechtspraak.

Kwijtschelding van schuld veronderstelt een zekere wil bij de schuldeiser om zijn schuldenaar te bevrijden. De bevrijding door de schuldeiser van de zekerheden laat bijgevolg *in se* niet toe zo'n bedoeling te vermoeden, hetgeen reeds bepaald is in artikel 1286 met betrekking tot de teruggave van de in pand gegeven voorwerp.

Artikel 5.251

Kwijtschelding en borgen

Deze tekst is een codificatie van het geldende recht van artikel 1287 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.252

Afkoop van borg

Deze tekst is een codificatie van het geldende recht van artikel 1288 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.253

Eenzijdige afstand

Het Burgerlijk Wetboek voorziet slechts in de vrijwillige afstand van een vorderingsrecht in de vorm van een overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar.

Een deel van de rechtsleer leidt daaruit af dat de schuldeiser niet eenzijdig afstand kan doen van de schuldvordering (H. DE PAGE, III, blz. 659 en 661). Alle auteurs erkennen echter al dat de kwijtschelding bij testament kan geschieden (H. DE PAGE, III, blz. 661). P. Van Ommeslaghe (III, blz. 2288) vraagt zich dan ook af: "Pour quelle raison, dès lors, la remise de dette ne pourrait-elle pas résulter de n'importe quel acte juridique unilatéral par lequel le créancier abandonnerait totalement ou partiellement son droit de créance? A notre avis, la remise de dette peut résulter d'un acte unilatéral émanant du créancier, indépendamment de toute acceptation du débiteur. Même si l'on admet que le débiteur peut avoir un intérêt à exécuter son obligation, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle le créancier ne pourrait pas renoncer unilatéralement à son droit de créance par tout autre acte juridique unilatéral que le testament".

La proposition consacre, dès lors, la renonciation unilatérale comme mode d'extinction de l'obligation (en ce sens aussi: P. VAN OMMESELAGHE, "Rechtsverwerking en afstand van recht", *T.P.R.*, 1980, p. 735 et s.; L. CORNELIS, 2000, p. 900; P. BAZIER, "La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé", in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, vol. 149, coll. CUP, P. Wéry dir., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 135 et s.; R. MARCHETTI, *J.T.*, 2014, p. 223; P. WÉRY, II, 2016, n° 839).

Comme toute renonciation, la renonciation unilatérale à un droit de créance ne doit évidemment souffrir aucun doute: elle doit être certaine, ce que rappelle l'alinéa 2 de la disposition.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il n'a pas été estimé nécessaire de reproduire des règles analogues à celles figurant aux articles 5 251, alinéas 2 et 3, qui relèvent de l'évidence.

CHAPITRE 4

La compensation

Article 5.254

Définition

La compensation est l'extinction simultanée de dettes et de créances existant entre les mêmes personnes. Le premier alinéa donne une définition générale. La situation la plus fréquente est la compensation de dettes d'argent. Il va de soi que d'autres sortes d'obligations peuvent également être réglées.

Le deuxième alinéa insère une règle reconnue par la jurisprudence et la doctrine, selon laquelle il ne peut y avoir de compensation entre des obligations concernant différents patrimoines (voir p. ex. Cass. 24 juin 2010, *RW* 2010-11, 844 note Houben). Cette règle a également été reprise dans des codes modernes (p. ex. art. 6:127, al. 3, *NBW*). La banque ne peut donc compenser l'avoir sur le compte tiers d'un avocat avec une créance envers l'avocat. Le compte tiers est, dans le patrimoine de l'avocat, isolé de ses autres actifs (art. 8/1 de la loi hypothécaire).

Le troisième alinéa énumère les types de compensation. La compensation légale a lieu dès qu'il existe entre les deux parties des créances et des dettes qui sont exigibles, certaines et liquides. Les obligations s'éteignent jusqu'à concurrence du montant le plus faible. La compensation conventionnelle s'opère par

Het voorstel verankert dan ook de eenzijdige afstand als wijze van tenietgaan van de verbintenissen (zie in die zin ook: P. VAN OMMESELAGHE, "Rechtsverwerking en afstand van recht", *T.P.R.*, 1980, blz. 735 e.v.; L. CORNELIS, 2000, blz. 900; P. BAZIER, "La renonciation à un droit et la rechtsverwerking en droit privé", in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, vol. 149, coll. CUP, P. Wéry dir., Brussel, Larcier, 2014, blz. 135 e.v.; R. MARCHETTI, *J.T.* 2014, blz. 223; P. WÉRY, II, 2016, nr. 839).

Zoals bij elke kwijtschelding het geval is, mag de eenzijdige kwijtschelding uiteraard geen twijfel lijden: ze moet zeker zijn, wat in het tweede lid wordt onderstreept.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State werd het niet noodzakelijk geacht om regels te hernemen die analoog zijn aan de regels die voorkomen in artikel 5 251, tweede en derde lid, en die voor zich spreken.

HOOFDSTUK 4

Schuldvergelijking

Artikel 5.254

Definitie

Schuldvergelijking is het gelijktijdig tenietgaan van schulden en schuldvorderingen die tussen dezelfde personen bestaan. Het eerste lid geeft een algemene definitie. De meest voorkomende situatie is de schuldvergelijking van geldschulden. Uiteraard kunnen ook andere soorten van verbintenissen worden verrekend.

Het tweede lid voegt een door rechtspraak en rechtsleer erkende regel in dat geen schuldvergelijking kan plaatsvinden tussen verbintenissen die onderscheiden vermogens betreffen (zie bv. Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, 844, noot Houben). Deze regel werd ook opgenomen in moderne wetboeken (bv. art. 6:127, lid 3 *NBW*). Aldus kan de bank het tegoed op de derdenrekening van een advocaat niet compenseren met een schuldvordering op de advocaat. De derdenrekening is in het vermogen van de advocaat afgescheiden van diens andere activa (art. 8/1 Hypotheekwet).

In het derde lid worden de soorten schuldvergelijking opgesomd. Wettelijke schuldvergelijking treedt in van zodra tussen de beide partijen schuldvorderingen en schulden bestaan die opeisbaar, zeker en effen zijn. De verbintenissen doven dan uit tot beloop van het wederkerig bedrag. De conventionele schuldvergelijking treedt

la convention et permet donc la compensation lorsque les conditions de la compensation légale ne sont pas remplies. La compensation judiciaire est l'œuvre du juge qui estime dans le jugement que les conditions d'une compensation sont remplies et prononce la compensation de la demande principale et de la demande reconventionnelle introduites. Un tel jugement est constitutif et ne peut être confondu avec le jugement qui établit la compensation légale lorsque celle-ci a été contestée. Un tel jugement est déclaratif et établit la compensation dans le passé (P. WÉRY, 2, p. 681, n° 755).

L'article 5 254 ne porte pas préjudice aux législations particulières, notamment en matière fiscale.

Article 5.255

Compensation légale

Cette disposition reprend sous une forme adaptée les anciens articles 1290 et 1291 du Code civil. Lorsque des créances réciproques existent, lesquelles sont certaines, exigibles et liquides, elles s'éteignent à concurrence du montant le plus bas. Certains systèmes juridiques, comme aux Pays-Bas ou en Allemagne, posent comme condition que le débiteur doive invoquer la compensation (voir également art. 6:107 DCFR). Dans le prolongement de la doctrine dominante, la proposition maintient la conception traditionnelle selon laquelle la compensation légale s'opère de plein droit, même à l'insu des parties (H. DE PAGE, III, 1967, 623-624, n° 621). La compensation légale suppose, en cas de contestation, qu'on l'invoque (Cass. 19 février 1979, *Pas.* 1979, I, p. 722).

Article 5.256

Exceptions

Cette disposition reprend l'ancien article 1293 du Code civil. Cette disposition ne considérerait au 3° que les créances alimentaires dans la mesure où celles-ci ne sont pas saisissables. L'exception est à présent élargie à toutes les créances insaisissables, ce qui correspond à la conception majoritaire dans la doctrine (P. WÉRY, vol 2, p 688, n° 764; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, 230, n° 367) ainsi qu'aux exemples à l'étranger (p. ex. art. 6:135 NBW, § 394 BGB, art. III-6 108 (b) DCFR).

in door de overeenkomst en maakt schuldvergelijking dus mogelijk wanneer de voorwaarden voor wettelijke schuldvergelijking niet vervuld zijn. De gerechtelijke schuldvergelijking is het werk van de rechter die in het vonnis oordeelt dat de voorwaarden voor schuldvergelijking vervuld zijn en de schuldvergelijking uitspreekt van de ingestelde hoofd- en tegenvordering. Zo'n vonnis is constitutief en mag niet verward worden met het vonnis dat de wettelijke schuldvergelijking vaststelt wanneer die werd betwist. Zo'n vonnis is declaratief en stelt de schuldvergelijking in het verleden vast (P. WÉRY, 2, p. 681, nr. 755).

Artikel 5 254 doet geen afbreuk aan de bijzondere wetgeving, onder andere aan deze in fiscale aangelegenheden.

Artikel 5.255

Wettelijke schuldvergelijking

Deze bepaling herneemt in aangepaste vorm de oude artikelen 1290 en 1291 BW. Wanneer over en weer schuldvorderingen bestaan, die zeker, opeisbaar en efen zijn, doven zij uit voor het laagste bedrag van beide. In sommige andere rechtsstelsels zoals Nederland en Duitsland geldt als vereiste dat de schuldenaar zich op de schuldvergelijking moet beroepen (zie ook: art. 6:107 DCFR). In navolging van de heersende opvatting in de rechtsleer behoudt het voorstel de traditionele opvatting dat wettelijke schuldvergelijking intreedt van rechtswege, zelfs buiten het medeweten van de partijen (H. DE PAGE, III, 1967, 623-624, nr. 621). De wettelijke compensatie veronderstelt, bij betwisting, dat men zich erop beroept (Cass. 19 februari 1979, *Pas.* 1979, I, p. 722).

Artikel 5.256

Uitzonderingen

Deze bepaling herneemt het oude artikel 1293 van het Burgerlijk Wetboek. In deze bepaling werd onder 3° enkel gesproken van alimentatievorderingen in de mate deze niet beslagbaar zijn. De uitzondering wordt thans uitgebreid tot alle onbeslagbare vorderingen. Dit sluit aan bij de meerderheidsopvatting in de rechtsleer (P. WÉRY, vol 2, p 688, nr. 764; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 230, nr. 367) en bij buitenlandse voorbeelden (bv. art. 6:135 NBW, § 394 BGB, art. III-6 108 (b) DCFR).

Article 5.257

Délai de grâce

Cette disposition reprend l'ancien article 1292 du Code civil (voy. également art. 1347-3 C. civ. fr.; art. 6:131 NBW).

Article 5.258

Cautionnement

Cette disposition reprend l'ancien article 1294 du Code civil, à l'exception de la disposition relative aux débiteurs solidaires, qui figure dans la partie concernant la pluralité de débiteurs.

Article 5.259

Frais

Cette disposition reprend l'ancien article 1296 du Code civil.

Article 5.260

Imputation

Cette disposition reprend, en changeant la formulation, l'ancien article 1297 du Code civil (voir également art. 1347-4 C. civ. fr.).

Article 5.261

Droit des tiers

Le premier alinéa reprend l'ancien article 1298 du Code civil. La compensation ne peut porter préjudice aux droits acquis de tiers (voy. également art. 1347-7 C. civ. fr.). L'exemple qui est également cité par l'ancien article 1298 a trait au tiers qui pratique une saisie sur la créance avant que les conditions de la compensation légale soient réunies. La créance existe donc encore au moment de la saisie et ne peut disparaître a posteriori à la suite d'une compensation survenue après la saisie. Ce principe s'applique également après une faillite ou d'autres cas de concours.

Il est traditionnellement admis que la compensation après concours demeure possible après une saisie, une faillite et d'autres formes de concours s'il s'agit

Artikel 5.257

Respijtermijnen

Deze bepaling herneemt het oude artikel 1292 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 1347-3 C. civ. fr., art. 6:131 NBW).

Artikel 5.258

Borgtocht

Deze bepaling herneemt het oude artikel 1294 van het Burgerlijk Wetboek, met uitzondering van de regeling m.b.t. de hoofdelijke schuldenaren die zijn plaats krijgt in het onderdeel over de pluraliteit van schuldenaren.

Artikel 5.259

Kosten

Deze bepaling herneemt het oude artikel 1296 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.260

Toerekening

Deze bepaling herneemt in een gewijzigde formulering het oude artikel 1297 van het Burgerlijk Wetboek (zie ook: art. 1347-4 C. civ. fr.).

Artikel 5.261

Rechten van derden

Het eerste lid herneemt het oude artikel 1298 van het Burgerlijk Wetboek. Schuldvergelijking mag geen afbreuk doen aan de verkregen rechten van derden (zie ook: art. 1347-7 C. civ. fr.). Het voorbeeld dat ook door het oude artikel 1298 wordt genoemd, is dat van een derde die op de schuldvordering beslag heeft gelegd voordat de voorwaarden voor wettelijke schuldvergelijking zijn ingetreden. De schuldvordering bestaat dus nog op het tijdstip van het beslag en kan dan achteraf niet verdwijnen ten gevolge van een na het beslag ingetreden schuldvergelijking. Dit beginsel geldt ook na faillissement of andere gevallen van samenloop.

Traditioneel wordt aangenomen dat schuldvergelijking na samenloop verder mogelijk blijft na beslag, faillissement en andere vormen van samenloop indien het

d'obligations connexes (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 511 et suivantes). La justification réside dans le principe du lien qui existe entre les obligations. En raison de ce lien qui est antérieur au droit du tiers, les intérêts du débiteur ont plus de poids que ceux du tiers. C'est la raison pour laquelle l'exception de l'inexécution et le droit de rétention qui sont également fondés sur le lien ou la connexité des obligations, résistent à toute hypothèse de concours (FL. GEORGE, "Compensation et insolvabilité", *Chronique de jurisprudence*, CUP vol. 149, Bruxelles, 2014, 200 et suivantes; E. DIRIX ET S. KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", *T.P.R.*, 1989, 1657 et suivantes).

Les effets de la compensation après la cession de créance sont régis dans la partie correspondante (voir art. 5 182).

Article 5.262

Païement dans l'ignorance de la compensation

Cette disposition reprend, en en changeant la formulation, l'ancien article 1299 du Code civil.

Article 5.263

Compensation conventionnelle

La proposition insère une nouvelle disposition, qui est relative à la compensation conventionnelle. La formulation s'inspire de celle du nouveau Code civil français (art. 1348-2 C. civ. fr.). Lorsque les obligations réciproques ne répondent pas aux conditions de la compensation légale (p. ex. concernant l'exigibilité ou la certitude), les parties peuvent néanmoins toujours convenir de procéder à la compensation. Sur cette base, la compensation est également possible entre plus de deux parties.

Les effets à l'égard de tiers de clauses en matière de compensation conventionnelle sont régis par l'article 5 261 et, le cas échéant, par les articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, qui prévoit un régime dérogatoire. Cette dernière disposition implique en substance que de telles clauses produisent leurs effets nonobstant une saisie, une faillite ou d'autres cas de concours sans que l'existence d'un lien de connexité entre les obligations soit encore requise. La compensation conventionnelle résiste donc à tout concours. Il suffit que les obligations existent au moment du concours et que la convention ait été

samenhangende verbintenissen betreft (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 511 e.v.). De verantwoording hiervoor is te vinden in het beginsel van de samenhang die tussen de verbintenissen bestaat. Omwille van deze samenhang die anterieur is aan het recht van de derde, wegen de belangen van de schuldenaar zwaarder door dan die van de derde. Om die reden doorstaan ook de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht die eveneens gebaseerd zijn op de samenhang of verknochtheid van de verbintenissen eveneens iedere hypothese van samenloop (FL. GEORGE, "Compensation et insolvabilité", *Chronique de jurisprudence*, CUP vol. 149, Brussel, 2014, 200 e.v.; E. DIRIX en S. KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", *T.P.R.* 1989, 1657 e.v.).

De uitwerking van schuldvergelijking na overdracht van schuldvordering wordt geregeld in het overeenstemmende onderdeel (zie art. 5 182).

Artikel 5.262

Betaling in onwetendheid van schuldvergelijking

Deze bepaling herneemt in een gewijzigde formulering het oude artikel 1299 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 5.263

Conventionele schuldvergelijking

Het voorstel voegt hier een nieuwe bepaling in betreffende de conventionele schuldvergelijking. De formulering sluit aan bij deze van het nieuwe Franse wetboek (art. 1348-2 C. civ. fr.). Wanneer de wederzijdse verbintenissen niet beantwoorden aan de voorwaarden voor wettelijke schuldvergelijking (bv. wat betreft de opeisbaarheid of de zekerheid), dan kunnen de partijen niettemin steeds overeenkomen om tot schuldvergelijking over te gaan. Op deze grondslag is ook schuldvergelijking tussen meer dan twee partijen mogelijk.

De werking tegenover derden van bedingen inzake conventionele schuldvergelijking wordt geregeld door artikel 5 261 en, in voorkomend geval door de artikelen 14 en 15 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden dat voorziet in een afwijkend regime. In essentie komt laatstgenoemde regeling hierop neer dat dergelijke bedingen uitwerking krijgen niettegenstaande beslag, faillissement of andere gevallen van samenloop zonder dat nog vereist is dat er tussen de verbintenissen samenhang voorhanden is. Conventionele schuldvergelijking doorstaat dus iedere samenloop. Het volstaat dat de verbintenissen bestaan op het tijdstip van de

conclue auparavant. La condition du lien de connexité n'est donc plus posée (R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Anvers, Intersentia, 2010, 567, n° 951). Cette différence de traitement avec la compensation légale et judiciaire est justifiée étant donné que par l'adoption de la clause de compensation conventionnelle, les parties avaient tenu compte de la possibilité de compensation dans leur relation juridique. Les tiers (plus particulièrement les créanciers d'une des parties) doivent prendre cette relation juridique telle qu'elle existe entre les parties.

Article 5.264

Compensation judiciaire

La proposition insère en outre une nouvelle disposition concernant la compensation judiciaire, qui n'était pas régie par le Code.

Il arrive fréquemment qu'une partie qui est citée en justice introduise une demande reconventionnelle à l'encontre de l'autre partie. Le juge qui statue alors sur la demande principale et la demande reconventionnelle peut compenser l'une avec l'autre. Étant donné que les conditions de la compensation légale n'étaient pas remplies auparavant (les créances étaient par exemple contestées ou non liquides), cette compensation est l'œuvre du juge (H. DE PAGE, III, 1967, 653, n° 666; E. DIRIX, "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen handen", *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, 1991, 105 et suivantes). Elle ne produit donc ses effets qu'à partir de la décision judiciaire. Pour l'opposabilité aux tiers, il est renvoyé au régime général visé à l'article 5 261.

CHAPITRE 5

La caducité de l'obligation par disparition de son objet

Article 5.265

Disparition de l'objet

Cet article n'a pas d'équivalent dans le Code civil actuel.

Comme sources d'inspiration de cet article, l'on peut citer les §§ 275, 280, 281 et 283 BGB.

La disposition en projet règle la caducité de l'obligation par disparition de son objet. La caducité du contrat

samenloop en dat de overeenkomst voordien is tot stand gekomen. Het vereiste van de samenhang wordt dus niet meer vooropgesteld (R. OUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 567, nr. 951). Dit verschil in behandeling met de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking is verantwoord omdat de partijen door het opnemen van het beding tot conventionele schuldvergelijking, de mogelijkheid tot schuldvergelijking hadden verdisconteerd in hun rechtsverhouding. Derden (meer bepaald schuldeisers van één van de partijen) moeten deze rechtsverhouding nemen zoals zij bestaat tussen de partijen.

Artikel 5.264

Gerechtelijke schuldvergelijking

Het voorstel voegt eveneens een nieuwe bepaling in betreffende de gerechtelijke schuldvergelijking die niet in het Wetboek was geregeld.

Het komt vaak voor dat een partij die in rechte wordt aangesproken, een tegenvordering instelt tegen de andere partij. De rechter die dan uitspraak doet over hoofd- en tegenvordering kan beide vorderingen met elkaar compenseren. Omdat de voorwaarden voor wettelijke schuldvergelijking niet voordien vervuld waren (de schuldvorderingen waren bijvoorbeeld betwist of niet effen), is deze schuldvergelijking dus het werk van de rechter (H. DE PAGE, III, 1967, 653, nr. 666; E. IRIX, "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen handen", *Liber amicorum E. Krings*, Brussel, 1991, 105 e.v.). Zij krijgt dus pas uitwerking vanaf de gerechtelijke uitspraak. Voor de tegenwerpelijheid aan derden wordt verwezen naar het algemeen regime zoals neergelegd in artikel 5 261.

HOOFDSTUK 5

Verval van de verbintenis door verdwijning van het voorwerp

Artikel 5.265

Verdwijning van het voorwerp

Er bestaat geen gelijkaardig artikel in het huidige Burgerlijk Wetboek.

Als inspiratiebronnen van dit artikel kan men §§ 275, 280, 281 en 283 BGB vermelden.

De voorgestelde bepaling regelt het verval van de verbintenis door verdwijning van haar voorwerp. Het

en tant quel est réglé à l'article 5 113, au commentaire duquel il est renvoyé.

En réponse aux observations du Conseil d'État, il est précisé que l'impossibilité d'exécution d'une obligation implique, par définition, une inexécution de l'obligation. La disposition en projet se réfère au caractère imputable de l'inexécution conformément à la terminologie utilisée à l'article 5 225.

Article 5.266

Perte du corps certain par suite d'un cas de force majeure

L'alinéa 1^{er}, qui s'inspire de l'article 1302, alinéa 1^{er} du Code civil, est une application particulière du principe énoncé à l'article précédent de la proposition: lorsqu'un cas de force majeure place le débiteur d'un corps certain dans l'impossibilité de remettre celui-ci, il est libéré de son obligation par suite de la caducité de celle-ci.

L'inexécution ne lui étant pas imputable, le débiteur n'est pas davantage tenu de réparer le dommage résultant de l'impossibilité de remettre le corps certain, ce que rappelle l'alinéa 2.

Le troisième alinéa codifie à droit constant la solution de l'article 1303 du Code civil, en modernisant la formulation du texte (Cass., 12 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 284, concl. Av. gén. Janssens de Bisthoven; *R.C.J.B.*, 1994, p. 7, note F. Glansdorff).

L'alinéa 3 de l'article 1302 est abrogé: il énonce une évidence le débiteur est tenu de prouver le cas de force majeure qu'il allègue. Quant à l'alinéa 2 de ce même article, il fait l'objet de la disposition suivante.

Article 5.267

Mise en demeure et absence de lien causal

L'alinéa 1^{er} reproduit la solution que donnait déjà l'article 1302, alinéa 2, du Code civil. Bien qu'il soit en demeure, le débiteur n'est plus tenu de s'exécuter en nature et dispensé également de toute obligation de réparation, lorsque la chose à livrer aurait également péri si le débiteur avait exécuté son obligation. En effet, le

verval van het contract zelf wordt in artikel 5 113 geregeld (zie ook de toelichting bij dit artikel).

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat de onmogelijkheid van de uitvoering per definitie een niet-nakoming van de verbintenis impliceert. De voorgestelde bepaling verwijst, in overeenstemming met de bewoordingen gebruikt in artikel 5 225, naar het toerekenbaar karakter van de niet-nakoming

Artikel 5.266

Verlies van een bepaald voorwerp door overmacht

Het eerste lid, dat gebaseerd is op artikel 1302, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, is een bijzondere toepassing van het beginsel verwoord in het voorgaande artikel van het voorstel: wanneer overmacht de schuldenaar van een bepaald voorwerp in de onmogelijkheid brengt om het terug te geven, wordt hij vrijgesteld van zijn verbintenis nadat die vervallen is.

Aangezien de niet-nakoming hem niet kan worden toegerekend, is de schuldenaar evenmin gehouden tot het herstel van de schade die voortvloeit uit de onmogelijkheid om het bepaalde voorwerp terug te geven, wat in het tweede lid wordt onderstreept.

Het derde lid codificeert de oplossing van artikel 1303 van het Burgerlijk Wetboek volgens het geldende recht, met een modernere formulering van de tekst (Cass. 12 december 1991, *Pas.* 1992, I, blz. 284, concl. advocaat-generaal Janssens de Bisthoven; *R.C.J.B.* 1994, blz. 7, noot F. Glansdorff).

Het derde lid van artikel 1302 wordt opgeheven: het behelst een vanzelfsprekendheid: de schuldenaar is gehouden de overmacht waarop hij zich beroept, te bewijzen. Het tweede lid van datzelfde artikel komt aan bod in de volgende bepaling.

Artikel 5.267

Ingebrekestelling en afwezigheid van oorzakelijk verband

Het eerste lid herhaalt de oplossing die reeds werd gegeven in artikel 1302, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek. Hoewel hij in gebreke is, is de schuldenaar niet meer gehouden tot de uitvoering *in natura* en is hij ook vrijgesteld van enige verplichting tot herstel wanneer het te leveren voorwerp ook zou zijn tenietgegaan

créancier aurait, en tout état de cause, subi le dommage, de sorte qu'il n'existe pas de lien causal entre le défaut d'exécution du débiteur mis en demeure et le dommage que le créancier subit (H. DE PAGE, III, 1967, p. 113).

Cette solution ne s'applique pas uniquement à la remise d'un corps certain. La Cour de cassation en a, en effet, étendu la portée au débiteur d'une obligation de faire (Cass., 6 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 437; *J.T.*, 1987, p. 162). La proposition consacre cette extension logique dans le deuxième alinéa.

Le troisième alinéa consacre la solution que donne le Code civil en son article 1302, alinéa 2, en l'étendant toutefois à d'autres hypothèses que le vol (par exemple, l'abus de confiance ou l'escroquerie).

CHAPITRE 6

La confusion

Article 5.268

Définition

Ce texte codifie à droit constant le régime de la confusion en corrigeant toutefois la formulation de l'article 1300 du Code civil (H. DE PAGE, III, 1967, p. 681 et s.; T. VIALATTE, "L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites", *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 567 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, p. 2231 et s.; H. JACQUEMIN, "Le point sur la novation, la confusion et la remise de dette", in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, vol. 149, coll. CUP, P. Wéry dir., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 216 et s.). C'est à tort, en effet, que cet article laisse entendre, dans sa finale, que la confusion nécessiterait la présence de deux obligations.

D'autre part, il ne peut y avoir confusion que si l'obligation existe activement et passivement dans un seul et même patrimoine. Aussi la confusion ne peut-elle avoir lieu, lorsqu'une personne se trouve exceptionnellement à la tête de deux patrimoines (en raison de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire ou d'une séparation de patrimoine exigée par les créanciers du défunt): en pareille hypothèse, la dette reste, en effet, exigible (H. DE PAGE, III, p. 681). Le second alinéa apporte cette précision.

indien de schuldenaar zijn verbintenis was nagekomen. De schuldeiser zou immers in ieder geval de schade hebben geleden zodat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de gebrekkige uitvoering van de in gebreke gestelde schuldenaar en de schade die de schuldeiser lijdt (H. DE PAGE, III, 1967, blz. 113).

Die oplossing is niet alleen van toepassing op de teruggave van een bepaald voorwerp. Het Hof van Cassatie heeft immers de draagwijdte uitgebreid tot de schuldenaar van een verbintenis om iets te doen (Cass. 6 december 1985, *Pas.* 1986, I, blz. 437; *J.T.* 1987, blz. 162). Het voorstel verankert die logische uitbreiding in het tweede lid.

Het derde lid verankert de oplossing die in artikel 1302, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek wordt gegeven, weliswaar met een uitbreiding naar andere gevallen dan diefstal (zoals misbruik van vertrouwen of oplichting).

HOOFDSTUK 6

Schuldvermenging

Artikel 5.268

Definitie

Deze tekst codificeert het regime van de schuldvermenging volgens het geldend recht, weliswaar met een correctie van de formulering van artikel 1300 van het Burgerlijk Wetboek (H. DE PAGE, III, 1967, blz. 681 e.v.; T. VIALATTE, "L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites", *Rev. trim. dr. civ.* 1978, blz. 567 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, III, 2013, blz. 2231 e.v.; H. JACQUEMIN, "Le point sur la novation, la confusion et la remise de dette", in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, vol. 149, coll. CUP, P. Wéry dir., Brussel, Larcier, 2014, blz. 216 e.v.). Op het einde van dit artikel wordt immers onterecht de indruk gewekt dat er voor schuldvermenging twee schuldverordeningen nodig zijn.

Anderzijds is er alleen sprake van schuldvermenging als de verbintenis actief en passief bestaat binnen eenzelfde vermogen. Voorts kan schuldvermenging zich niet voordoen indien een persoon uitzonderlijk aan het hoofd staat van twee vermogens (door de aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving of een door de schuldeisers van de overledene geëiste scheiding van vermogen): in dergelijke gevallen blijft de schuld immers opeisbaar (H. DE PAGE, III, blz. 681). Het tweede lid verduidelijkt dat.

Article 5.269

Effets de la confusion

Le Code civil mentionne la confusion parmi les causes d'extinction de l'obligation. La doctrine et la jurisprudence y discernent plutôt un obstacle de fait à son exécution (H. DE PAGE, III, p. 681 et s.; T. VIALATTE, "L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites", *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 567 et s.; P. VAN OMMEFLAGHE, III, 2013, p. 2232). L'obligation subsiste, seule son exigibilité se trouvant, par la nature des choses (T. VIALATTE, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 570, qui emprunte cette expression à Cass. fr., 29 janv. 1930) paralysée. On ne conçoit, en effet, pas d'être créancier de soi-même.

Si l'obstacle qui empêchait l'exécution de l'obligation vient à disparaître, la créance redevient exigible (Cass., 26 oct. 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 259; Cass., 3 sept. 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 3). Il en ira ainsi, lorsque, par exemple, la créance fait l'objet d'une cession de créance ou d'une autre technique de transmission (p. ex., un paiement subrogatoire).

Il ne faut toutefois pas exclure que l'empêchement devienne définitif. En pareil cas, la confusion a un effet plus radical: elle éteint l'obligation (H. DE PAGE, III, p. 683; P. WÉRY, II, 2016, n° 865).

Article 5.270

Confusion et cautions

Codification à droit constant des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 1301 du Code civil, dont les solutions tombent sous le sens.

Les incidences de la confusion en présence de codébiteurs solidaires sont traitées dans les dispositions relatives à la solidarité.

CHAPITRE 3

Dispositions modificatives

Articles 3-50

Ces dispositions visent exclusivement à harmoniser, sur le plan juridico-technique (renvois, terminologie), la

Artikel 5.269

Gevolgen van schuldvermenging

In het Burgerlijk Wetboek wordt schuldvermenging vermeld als grond voor het tenietgaan van verbintenissen. De rechtsleer en de rechtspraak zien daarin eerder een feitelijke hindernis voor de uitvoering ervan (H. DE PAGE, III, blz. 681 e.v.; T. VIALATTE, "L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites", *Rev. trim. dr. civ.* 1978, blz. 567 e.v.; P. VAN OMMEFLAGHE, III, 2013, blz. 2232). De verbintenis blijft bestaan, alleen is de opeisbaarheid door de aard van de zaken (T. VIALATTE, *gecit.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1978, blz. 570, die deze uitdrukking ontleent aan het Franse Hof van Cassatie, 29 jan. 1930) bevroren. Het is immers niet te bevatten dat iemand zijn eigen schuldeiser is.

Als de hindernis die de uitvoering van de verbintenis belemmerde, verdwijnt, wordt de schuld opnieuw opeisbaar (Cass. 26 okt. 1962, *Pas.* 1963, I, blz. 259; Cass. 3 sept. 1970, *Pas.* 1971, I, blz. 3). Hetzelfde geldt ook wanneer de schuld bijvoorbeeld het voorwerp uitmaakt van een overdracht van de schuldvordering of een andere overdrachtstechniek (zoals een betaling met subrogatie).

Er mag echter niet worden uitgesloten dat de verhin- dering definitief wordt. In dergelijke gevallen heeft de schuldvermenging een radicaler gevolg en doet ze de verbintenis teniet (H. DE PAGE, III, blz. 683; P. WÉRY, II, 2016, nr. 865).

Artikel 5.270

Schuldvermenging en borgen

Codificatie van het geldende recht van het eerste en het tweede lid van artikel 1301 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de oplossingen voor de hand liggen.

De invloed van schuldvermenging bij aanwezigheid van hoofdelijke medeschuldenaars wordt behandeld in de bepalingen inzake hoofdelijkheid.

HOOFDSTUK 3

Wijzigingsbepalingen

Artikelen 3-50

Deze bepalingen beogen uitsluitend de bijzondere wetgeving en de andere bepalingen van het Burgerlijk

législation spéciale et les autres dispositions du Code civil avec le nouveau droit des obligations.

Article 51

Cet article modifie l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 "La preuve", afin d'apporter une modification à la structure du nouveau Code civil telle qu'elle est établie par cet article.

En effet, lors de l'adoption de cet article, il avait été prévu que le Livre 5 "Les obligations" traiterait de la responsabilité extracontractuelle sous son titre consacré aux sources d'obligations. Il est toutefois apparu que, pour des raisons de clarté, il serait préférable de consacrer un Livre spécifique à cette matière.

Dès lors, la responsabilité extracontractuelle fera désormais l'objet du Livre 6 et la numérotation des Livres qui suivent est adaptée en conséquence.

CHAPITRE 4

Dispositions abrogatoires

Articles 52-53

Ces dispositions abrogent les anciennes dispositions du droit des obligations. Elles abrogent également les articles 1352 à 1357 du Code judiciaire, qui organisent la procédure d'offres réelles et qui sont devenus inutiles en raison des nouvelles dispositions relatives à la demeure du créancier.

CHAPITRE 5

Dispositions transitoires

Article 54

Les dispositions transitoires en projet s'inspirent, pour leur formulation, de celles figurant à l'article 127, § 1^{er}, du Code de droit international privé. Elles sont plus détaillées que celles figurant à l'article 9 de l'ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, afin d'éviter les difficultés d'interprétation que celles-ci ont suscitées (voy. not. à ce propos G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des*

Wetboek juridisch-technisch (verwijzingen, terminologie) af te stemmen op het nieuwe verbintenissenrecht.

Article 51

Dit artikel wijzigt het eerste lid van artikel 2 van de wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, teneinde een wijziging aan te brengen in de structuur van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, die als zodanig is vastgesteld bij dat artikel.

Bij de aanneming van dat artikel was immers erin voorzien dat Boek 5 "Verbintenissen", onder de titel gewijd aan de bronnen van verbintenissen, zou handelen over de buitencontractuele aansprakelijkheid. Er is evenwel gebleken dat het verkieslijk zou zijn een specifiek Boek te wijden aan die aangelegenheid, omwille van de duidelijkheid.

Daarom zal de buitencontractuele aansprakelijkheid voortaan Boek 6 uitmaken, en wordt de nummering van de daaropvolgende Boeken dienovereenkomstig aangepast.

HOOFDSTUK 4

Opheffingsbepalingen

Artikelen 52-53

Deze bepalingen heffen de oude bepalingen van het verbintenissenrecht op. Zij heffen ook de artikelen 1352 tot 1357 van het Gerechtelijk Wetboek, die het aanbod van betaling en consignatie organiseren en die overbodig zijn geworden ingevolge de nieuwe bepalingen m.b.t. schuldeisersverzuim op.

HOOFDSTUK 5

Overgangsbepalingen

Artikel 54

De voorgestelde overgangsbepalingen zijn geïnspireerd, wat hun formulering betreft, door deze in artikel 127, § 1 van het Wetboek van internationaal privaatrecht. Ze zijn meer gedetailleerd dan deze in artikel 9 van de Franse "Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations", om de interpretatiemoeilijkheden te vermijden waartoe die aanleiding hebben gegeven (zie daarover onder meer: G. Chantepie en M. Latina,

obligations, Paris, Dalloz, 2016, n° 45 et s., p. 37 et s.). Elles sont rédigées de manière à assurer une sécurité juridique maximale en préservant l'application du droit antérieur à la totalité des conséquences des actes juridiques et des faits juridiques qui se sont produits avant l'entrée en vigueur du nouveau Livre 5.

L'alinéa 1^{er} confirme l'application des nouvelles dispositions du Livre 5 du Code civil aux actes juridiques (par exemple, aux contrats conclus ou aux actes juridiques unilatéraux accomplis) ainsi qu'aux faits juridiques (par exemple, à une faute commise) survenus après l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions.

L'alinéa 2 a pour objet de clarifier et de préciser la non-application de ces dispositions nouvelles dans deux cas. Les règles énoncées à cet alinéa sont toutes supplétives. Ainsi, lorsque par exemple les parties concluent après l'entrée en vigueur du Livre 5 un avenant à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de celui-ci, elles peuvent décider de soumettre cet avenant – voire également les effets du contrat modifié – aux dispositions nouvelles.

Selon le 1^o, les dispositions nouvelles ne s'appliquent pas aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur du Livre 5. Cette précision est nécessaire car, selon les règles ordinaires du droit transitoire, la loi nouvelle s'applique en principe aux effets futurs des situations nées sous l'empire de la loi antérieure (Cass., 2 janvier 2017, n° S.15 0018.F, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. Genicot). Une exception est certes faite en matière contractuelle, mais la loi nouvelle s'applique alors néanmoins immédiatement si elle est impérative ou d'ordre public (Cass., 16 septembre 2013, Pas., 2013, n° 449). Au contraire, dans un souci de sécurité juridique, la disposition en projet prend le parti d'exclure entièrement l'application de la loi nouvelle aux effets futurs des situations antérieures, même lorsque celle-ci comporte des dispositions impératives ou d'ordre public. La même solution a été retenue à l'article 127, § 1^{er}, alinéa 2 *in fine*, du Code de droit international privé en ce qui concerne les contrats, la responsabilité civile extracontractuelle, les quasi-contrats et les engagements par déclaration unilatérale de volonté.

Selon le 2^o, une dérogation est apportée au principe énoncé à l'alinéa 1^{er}. En vertu de celui-ci, les actes juridiques et les faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur du Livre 5 sont soumis aux dispositions nouvelles.

La réforme du droit des obligations, Parijs, Dalloz, 2016, nr. 45 e.v., p. 37 e.v.). Ze zijn zodanig opgesteld om een maximale rechtszekerheid te verzekeren door de toepassing van het oude recht te behouden op het geheel van de gevolgen van rechtshandelingen en rechtsfeiten, die zich hebben voorgedaan voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 5.

Het eerste lid bevestigt de toepassing van de nieuwe bepalingen van Boek 5 op rechtshandelingen (bijvoorbeeld op contracten of eenzijdige rechtshandelingen) en op rechtsfeiten (bijvoorbeeld op een begane fout) die plaatsvinden na de inwerkingtreding van die nieuwe bepalingen.

Het tweede lid heeft tot voorwerp de niet-toepassing van die nieuwe bepalingen in twee gevallen te verduidelijken en te preciseren. De regels die in dat lid zijn verwoord, zijn evenwel van aanvullend recht. Bijgevolg, wanneer partijen bijvoorbeeld na de inwerkingtreding van Boek 5 een aanvulling afsluiten op een contract dat gesloten is voor de inwerkingtreding van Boek 5, kunnen zij beslissen om die aanvulling – of zelfs de gevolgen van het gewijzigde contract – te onderwerpen aan de nieuwe bepalingen.

Volgens het eerste punt (1^o) zijn de nieuwe bepalingen niet van toepassing op de toekomstige gevolgen van rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van Boek 5. Die precisering is noodzakelijk, aangezien, volgens de gebruikelijke regels van het overgangsrecht, de nieuwe wet in principe van toepassing is op de toekomstige gevolgen van de onder het stelsel van de vorige wet ontstane situaties (Cass. 2 januari 2017, nr. S.15 0018.F, met conclusies van advocaat-generaal J.-M. Genicot). Een uitzondering geldt weliswaar in het contractenrecht, maar ook daar is de nieuwe wet niettemin onmiddellijk van toepassing wanneer ze van dwingende aard of van openbare orde is (Cass. 16 september 2013, Pas. 2013, nr. 449). Vanuit de bekommernis voor de rechtszekerheid, kiest de voorgestelde bepaling er, in tegendeel, voor om de toepassing van de nieuwe wet op toekomstige gevolgen van voorgaande situaties helemaal uit te sluiten, zelfs wanneer het gaat om bepalingen van dwingend recht of van openbare orde. Dezelfde oplossing is aangenomen in artikel 127, § 1^{er}, lid 2 *in fine* van het wetboek van internationaal privaatrecht wat betreft de contracten, de buitencontractuele aansprakelijkheid, de quasi-contracten en de verbintenissen uit eenzijdige wilsuiting.

Volgens het tweede punt (2^o) wordt een uitzondering aangebracht aan het principe uitgedrukt in het eerste lid. Krachtens die bepaling zijn de rechtshandelingen en rechtsfeiten die plaatsvinden na de inwerkingtreding van

Toutefois, il se peut que ces actes juridiques ou ces faits juridiques, quoique survenus après l'entrée en vigueur du Livre 5, se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur du Livre 5. Tel est par exemple le cas d'un paiement, survenu après l'entrée en vigueur du Livre 5, d'une obligation née avant l'entrée en vigueur du Livre 5; d'un avenant modifiant des obligations nées d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du Livre 5; d'un contrat d'application conclu en vertu d'un contrat-cadre lui-même conclu avant l'entrée en vigueur du Livre 5; de la prorogation ou de la reconduction d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du Livre 5; d'une cession de créance relative à une telle obligation conclue après l'entrée en vigueur du Livre 5; ou encore d'une extinction de cette obligation consécutive à la résiliation, l'annulation ou la résolution du contrat pour inexécution survenue après l'entrée en vigueur du Livre 5, ainsi que des restitutions qui en découlent, etc. Dans tous ces cas, à nouveau dans un souci de sécurité juridique, les dispositions anciennes demeurent entièrement d'application.

On observera enfin que, toutes les fois que les dispositions antérieures demeurent applicables, rien n'empêche la jurisprudence de tenir compte des dispositions nouvelles pour trancher les questions qui demeureraient controversées sous l'empire de la loi ancienne.

CHAPITRE 6

Entrée en vigueur

Article 56

Cet article règle l'entrée en vigueur.

Boek 5 onderworpen aan de nieuwe bepalingen. Het kan evenwel voorkomen dat die rechtshandelingen of rechtsfeiten, hoewel ze plaatsvonden na de inwerkingtreding van Boek 5, betrekking hebben op een verbintenis ontstaan uit een rechtshandeling of een rechtsfeit van voor de inwerkingtreding van Boek 5. Dat is bijvoorbeeld het geval van een betaling, die heeft plaatsgevonden na de inwerkingtreding van Boek 5, van een verbintenis die reeds was ontstaan voor de inwerkingtreding van Boek 5; van een aanvulling die de verbintenissen wijzigt van een contract dat ontstaan is voor de inwerkingtreding van Boek 5; van een uitvoeringscontract gesloten naar aanleiding van een raamcontract dat werd gesloten voor de inwerkingtreding van Boek 5 of van de verlenging of vernieuwing van een contract gesloten voor de inwerkingtreding van Boek 5; van de overdracht van een schuldvordering gesloten na de inwerkingtreding van Boek 5 met betrekking tot een dergelijke verbintenis; of nog van de uitdoving van die verbintenis als gevolg van een opzegging, vernietiging of ontbinding wegens niet-nakoming plaatsgevonden na de inwerkingtreding van Boek 5, net als de restituties die eruit voortvloeien, etc. In al die gevallen, opnieuw vanuit de bekommernis van rechtszekerheid, blijven de oude bepalingen volledig van toepassing.

Ten slotte wordt opgemerkt dat telkens de oude wetbepalingen van toepassing blijven, de rechtspraak op geen enkele wijze gehinderd wordt om rekening te houden met de nieuwe bepalingen om vragen op te lossen die betwist bleven onder het stelsel van de oude wet.

HOOFDSTUK 6

Inwerkingtreding

Artikel 56

Dit artikel regelt de inwerkingtreding.

Koen GEENS (CD&V)
Khalil AOUASTI (PS)
Nathalie GILSON (MR)
Claire HUGON (Ecolo-Groen) Katja
GABRIËLS (Open Vld)
Ben SEGERS (sp.a)
Stefaan VAN HECKE (Ecolo-Groen)