

Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten.

Matthias E. STORME

INHOUD

A. Inleiding.

B. Het onderscheid tussen de dag van ingang van de ontbinding en de dag tot waarop de ontbinding "terugwerkt" en het belang daarvan.

a) De contractuele verwijtbaarheid en het ontstaan van de verplichting tot ongedaanmaking worden bepaald door de dag van ingang der ontbinding.

b) Het voorwerp van de verplichting tot ongedaanmaking en van de na de ontbinding mogelijks nog geldende contractuele verplichtingen kan nader bepaald worden aan de hand van de dag tot waarop de ontbinding "terugwerkt".

c) De zakelijke werking van de ontbinding wordt tussen partijen bepaald door de omvang van de verplichting tot ongedaanmaking, maar ten aanzien van derden sterk beperkt.

C. De bepaling van de dag van ingang van de ontbinding.

6. Juiste verwoording van het door het Hof van cassatie gestelde beginsel
7. Mogelijke redenen voor dit beginsel
8. De wanprestatie belet in beginsel niet dat de wederpartij de keuze heeft tussen ontbinding of vorderen van verdere uitvoering
9. De wanprestatie ontnemt de wanpresteerder niet noodzakelijk het recht om toch nog na te komen.
10. De ontbinding gaat niet eerst in met de rechterlijke uitspraak
11. De ontbinding gaat dus in beginsel in met de eis tot ontbinding in rechte.

D. De bepaling van de dag tot waarop de ontbinding zogenaamd "terugwerkt".

a) De zogenaamde "terugwerking" van de ontbinding wordt niet bepaald door de mogelijkheid van teruggave in natura, maar door de deelbaarheid van de verbintenissen.

b) Nadere bepaling van de prestaties die al dan niet moeten worden ongedaan gemaakt.

Besluit.

A. Inleiding.

1. Aanleiding voor het schrijven van deze bijdrage was de publicatie van het cassatie-arrest van 9 februari 1990¹, waarin het Hof stelt *dat artikel 1184 van het B.W. niet inhoudt dat de ontbinding van de overeenkomst pas kan ingaan op de datum van de kennisneming, door de schuldeiser, van de wanprestatie van de schuldenaar*. M.i. zet deze zinsnede namelijk de op dit ogenblik gangbare interpretatie van de cassatierechtspraak betreffende de ontbinding van wederkerige overeenkomsten gedeeltelijk op de helling. Juister nog : zij dwingt ons om het leerstuk nog verder te verfijnen dan tot nu toe reeds geschiedde. De reden daarvoor is dat het Hof van Cassatie het niet meer louter heeft over de terugwerking van de ontbinding, maar over een daaraan voorafgaande, en in die zin meer fundamentele, vraag, namelijk het *ingaan* van de ontbinding.

De *heersende opvatting*, waar dit arrest m.i. op dit punt mee in strijd is, kan sterk vereenvoudigd als volgt worden samengevat :

1. De ontbinding gaat in door de rechterlijke uitspraak
2. De ontbinding werkt in beginsel terug tot op de dag van het sluiten van de overeenkomst. De ontbinding van overeenkomsten met doorlopende of opeenvolgende prestaties evenwel werkt wat haar gevolgen betreft in beginsel terug tot de dag van het instellen van de eis.
3. De precieze mate van terugwerking van de ontbinding, met name van overeenkomsten met doorlopende of opeenvolgende prestaties, wordt bepaald door het deelbaar of ondeelbaar karakter van de reeds geleverde prestaties, veeleer dan door het al dan niet kunnen worden teruggegeven in natura.

Punt 2. van deze opvatting wordt daarbij verdedigd op grond van de cassatie-arresten van 29 mei 1980² en 8 oktober 1987³. Punt 3. van deze opvatting is de verfijning die de beste recente doctrine daaraan wenst aan te brengen⁴, en sluit ook aan bij het arrest van 24 mei 1972, dat de terugwerking van de ontbinding ook bevestigde voor prestaties die niet in natura kunnen worden teruggegeven.

¹ Huis Tielemans t. Yamaha Motors, verwerping van een voorziening tegen Hof Gent 29 april 1988, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. ..., beiden in *R.W.*, 1990-91, 700 c.q. 705, met noot E. DIRIX "De eenzijdige ontbinding van overeenkomsten".

² *Pas.*, 1980, 581.

³ Emmers t. gemeente Bertrix, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 82, *R.W.*, 1987-88, 1505.

⁴ Meer bepaald C. LEFEBVE, "Les effets de la résolution judiciaire des contrats successifs", *R. Not. B.*, 1988, (226) 234 e.v.; M. FONTAINE, "La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive", *R.C.J.B.*, 1990, (382) 397 nr. 40 v.

Tegenover punten 1. en 2. nu stelt het Hof van Cassatie in het arrest van 9 februari 1990 dat de ontbinding van de overeenkomst reeds kan ingaan voor de datum van de kennisneming van de wanprestatie door de schuldeiser, wat noodzakelijkerwijze betekent dat zij reeds kan ingaan voor de datum van de instelling van de eis tot ontbinding. Dit lijkt in strijd met de leer van de eerdere arresten van van 29 mei 1980 en 8 oktober 1987. Zelfs indien men het onderscheid aldus probeert te verklaren, dat het in dit arrest ging om een buitengerechtelijke ontbinding waarin op de gerechtelijke bekrachtiging daarvan wordt vooruitgelopen, blijft het feit dat het arrest waartegen de voorziening op 9 februari 1990 verworpen werd, deze ontbinding zelfs niet op de dag van de ontbindingsverklaring door de schuldeiser liet ingaan, maar op de dag van de wanprestatie zelf.

Wie meende dat met de reeds genoemde en in de doctrine uitvoerig besproken arresten van 29 mei 1980 en 8 oktober 1987 het laatste woord gesproken was over de ontbinding van overeenkomsten met doorlopende of opeenvolgende prestaties, zal die mening dan ook moeten herzien. Daarbij bedoel ik niet te zeggen dat het laatste arrest in tegenspraak is met die eerdere arresten, maar wel dat het Hof (althans de nederlandstalige afdeling) zijn woordgebruik verfijnd heeft, en dat deze verfijning tot nu toe nog niet in de rechtsleer was doorgedrongen.

De uitweg uit de aangegeven paradoxen ligt m.i. in *een tweetal onderscheidingen*. De eerste daarvan heeft inderdaad betrekking heeft op het al dan niet vooruitlopen van de schuldeiser op een gerechtelijke ontbinding. De tweede - die in de rechtsleer zelden gemaakt wordt - betreft *het verschil tussen de datum waarop de ontbindende voorwaarde van art. 1184 B.W. geacht wordt te zijn vervuld en de dag tot waarop de restitutieplicht die uit de ontbinding voortvloeit, dient "terug te werken"*⁵.

In deze bijdrage wil ik deze onderscheidingen uitwerken. Tevens wil ik naar aanleiding van genoemd arrest het geheel van de opvattingen omtrent de zogenaamde terugwerkende kracht van de ontbinding kritisch bekijken.

B. Het onderscheid tussen de dag van ingang van de ontbinding en de dag tot waarop de ontbinding "terugwerkt" en het belang daarvan.

⁵ Het onderscheid vinden we zeer terecht bij W. RUITINGA, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar nederlandse en fransch recht*, Amsterdam 1936, 98-99; ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, II, Tjeenk Willink Zwolle 1982, p. 341. Het is blijkbaar niet overbodig dit onderscheid te benadrukken, gezien het bij ons nog steeds over het hoofd wordt gezien, b.v. door M. FONTAINE, *R.C.J.B.*, 1990, (382), o.m. 394 nr. 30-33, waar hij een verwarring aanklaagt die hij zelf scheidt door het door mij verdedigde onderscheid niet te gebruiken.

2. Men moet namelijk goed onderscheiden tussen twee soorten obligatore gevolgen van het al dan niet ontbonden zijn van de overeenkomst :

- enerzijds de gevolgen die te maken hebben met het al dan niet *contractueel verwijtbaar* zijn van de niet-nakoming door één der partijen van de contractuele verbintenissen en het al dan niet bestaan van een verplichting tot ongedaanmaking van de reeds uitgevoerde prestaties (desgevallend met schadevergoeding).

- anderzijds het *voorwerp van die verplichting tot ongedaanmaking* en van de na de ontbinding mogelijks nog geldende contractuele verplichtingen.

Naast deze obligatore gevolgen heeft het al dan niet ontbonden zijn van de overeenkomst welke de titel vormde van de overdracht van een goed, ook zakenrechtelijke gevolgen : het al dan niet vervallen van de op die titel gegronde (eigendoms)overdracht van een goed, en dus van het recht van de verkrijger. Daarbij gaat het niet meer om de vraag of goederen moeten teruggegeven worden (verbintenisrechtelijk) maar of de reeds geleverde goederen zakenrechtelijk al dan niet van rechtswege terug eigendom worden van de partij die ze geleverd worden.

Ik omschrijf even deze drie soorten gevolgen.

a) De contractuele verwijtbaarheid en het ontstaan van de verplichting tot ongedaanmaking worden bepaald door de dag van ingang der ontbinding.

3. De eerste soort hangt samen met *de datum van ingang van de ontbinding, d.i. de datum waarop de ontbindende voorwaarde van art. 1184 B.W. geacht wordt te zijn vervuld*. Het is de dag tot waarop de eventuele ontbondenverklaring (*niét* de ontbinding) terugwerkt. Vanaf die dag zijn partijen namelijk in regel niet meer gehouden tot nakoming noch contractueel aansprakelijk voor niet-nakoming van de verbintenissen uit de betroffen overeenkomst, met uitzondering precies van die verbintenissen die eerst beginnen te gelden vanaf de beëindiging van de overeenkomst, zoals b.v. een niet-mededingingsverplichting, of een schadeplicht die in de overeenkomst bedongen was voor het geval van beëindiging ten laste van een bepaalde partij. Vanaf die dag kan de niet-nakoming door één der partijen van andere contractuele verplichtingen dan de laatstgenoemde, niet meer gesanctioneerd worden met ontbinding, en met uitvoering en schadevergoeding enkel in de mate waarin het prestaties betreft die niet in de gevolgen van de ontbinding zijn begrepen. Die eerste datum bepaalt m.a.w. of beide partijen wanprestatie gepleegd hebben, dan wel de niet-nakoming van één partij die volgt op de wanprestatie van de andere rechtmatig was omdat de ontbinding op dat ogenblik reeds was ingegaan. Dit is van groot belang om te weten of de ontbin-

ding ten laste van één of van beide partijen dient te worden uitgesproken. Die eerste datum bepaalt ook of een handeling zoals de terugname door de schuldeiser van de door hem geleverde goederen buiten het reclamerecht van art. 20, 5°, zesde lid Hyp.W. om, rechtmatig is of niet (en dus al dan niet tegenwerpbaar in geval van faillissement).

Met ingang van die eerste datum ontstaat aldus een *nieuwe rechtsverhouding* tussen partijen, die niet meer van contractuele aard is (behoudens de reeds genoemde postcontractuele verbintenissen, alsook de nog niet uitgevoerde verbintenissen die vervallen waren op de zo dadelijk te bespreken datum tot waarop de ontbinding zagezegd "terugwerkt"). Ook in die rechtsverhouding kunnen wanprestaties gepleegd worden, waarvoor remedies bestaan, doch het gaat (behoudens de genoemde uitzonderingen) niet meer om tekortkomingen aan de ontbonden overeenkomst. Deze nieuwe rechtsverhouding wordt namelijk, behoudens de schadevergoedingsplicht in de mate waarin de ontbinding niet geheel vergoedt, *beheerst door de regels van de onverschuldigde betaling*- welke niet noodzakelijk dezelfde zijn als de contractuele regels.

Het hele begrip van "ingaan" van de ontbinding relativeert ook - terecht - de gedachte van de "terugwerkende kracht" van de ontbinding. De ontbinding blijkt namelijk helemaal geen terugwerkende kracht te hebben : partijen waren tot aan de datum van ingang van de ontbinding wel degelijk gehouden tot nakoming en contractueel aansprakelijk voor niet-nakoming van de verbintenissen uit de betroffen overeenkomst, en kunnen dus wel degelijk wanprestatie gepleegd hebben, die in beginsel niet ongedaan wordt gemaakt door een latere wanprestatie van de wederpartij. Zolang we ons op verbintenisrechtelijk vlak bevinden, blijkt de zogenaamde terugwerkende kracht in tegendeel niets anders te betekenen dan dat er nieuwe verbintenissen ontstaan, namelijk verbintenissen tot ongedaanmaking. En daarvoor is "terugwerkende kracht" wel een erg onprecieze uitdrukking.

Deze eerste datum bepaalt dus het ogenblik waarop de teruggaveplicht ontstaat, maar niet het voorwerp van die teruggaveplicht.

b) Het voorwerp van de verplichting tot ongedaanmaking en van de na de ontbinding mogelijks nog geldende contractuele verplichtingen kan nader bepaald worden aan de hand van de dag tot waarop de ontbinding "terugwerkt".

4. Het voorwerp nu van die nieuwe rechtsverhouding kan bepaald worden door een tweede datum, nl. *de dag tot waarop de ontbinding zelf*, en de daaruit voortvloeiende verplichting tot ongedaanmaking, zogenaamd "*terugwerkt*". Aan de hand van die datum kan men de reeds uitgevoerde of nog uit te voeren contractuele prestaties onderscheiden in

diegene die vanaf de dag van ingang van de ontbinding als onverschuldigd worden beschouwd en diegene die dat niet zijn. De prestaties welke vervallen waren op de dag tot waarop de ontbinding zogenaamd "terugwerkt", worden niet als onverschuldigd beschouwd : zijn zij reeds uitgevoerd, dan blijven zij verworven; zijn zij nog niet uitgevoerd, dan dient dit nog steeds te gebeuren, in natura of bij wijze van equivalent. De prestaties welke nog niet vervallen waren op de dag tot waarop de ontbinding zogenaamd terugwerkt worden vanaf de dag van ingang van de ontbinding als onverschuldigd beschouwd : zij moeten niet meer uitgevoerd worden, en zo zij reeds uitgevoerd zijn, moeten zij ongedaan worden gemaakt, zij het in natura, zij het bij equivalent.

Het voorwerp van de verplichting tot ongedaanmaking wordt evenwel niet noodzakelijk aan de hand van een datum bepaald. Indien de ontbinding slechts gedeeltelijk is, kan dit zowel betrekking hebben op een bepaalde periode, als op een bepaalde categorie van prestaties. Dit moge verder blijken onder D.

c) De zakelijke werking van de ontbinding wordt tussen partijen bepaald door de omvang van de verplichting tot ongedaanmaking, maar ten aanzien van derden sterk beperkt.

5. De gedachte van terugwerkende kracht nu, die dus helemaal niet past op de obligatore gevolgen van de ontbinding, hangt voornamelijk samen met de zakenrechtelijke werking van de ontbinding. Wanneer een overeenkomst de titel vormde voor de overdracht van een goed (anders gezegd : wanneer de overeenkomst een verplichting tot leveren inhield) en de levering daarvan geschied is - zij het dadelijk en solo consensu in de hypothese van art. 1138 B.W., zij het naderhand -, dan heeft het al dan niet ontbonden zijn van die overeenkomst inderdaad naast obligatore in beginsel ook zakenrechtelijke gevolgen. Het stelsel van overdracht van goederen (eigendomsverkrijging s.l.) van ons recht is immers geen abstract, maar een "causaal" systeem : het lot van de overdracht blijft in beginsel gebonden aan dat van de titel op grond waarvan deze overdracht geschiedt⁶.

Of nu de overdracht ongeldig wordt door de ontbinding van de overeenkomst die er de titel voor vormt, hangt af van de omvang van de ontbinding, van de omvang van de verplichting tot ongedaanmaking. Omvat deze ook de ongedaanmaking van de verplichting tot levering van een of meer bepaalde goederen, dan vervalt in beginsel (d.i. tussen partijen) ook de overdracht van die goederen, en keren die goederen in beginsel van rechtswege terug in het vermogen van de vervreemder indien ze voldoende geïndividualiseerd zijn. Zolang het goed zich nog in het vermogen van de verkrijger bevindt, is dit geen probleem zolang er geen samenloop is met andere schuldeisers van de verkrijger; in dat laatste geval

⁶ Zie H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, nr. 829.

evenwel wordt de zakelijke werking van de ontbinding in ons recht sterk beperkt doordat ze afhankelijk wordt gemaakt van het behoud van het voorrecht van de verkoper (art. 20, 5°, zesde en zevende lid en art. 28, 1 Hyp.W.). Op dit alles wordt hier niet nader ingegaan. Indien verder het goed ondertussen door de verkrijger was overgedragen aan een derde, dan hangt de eigendom af van de regels voor de bescherming van die derde. Die derde heeft immers per hypothese verkregen op grond van een geldige verkoop of andere titel, doch van iemand die achteraf geacht wordt geen eigenaar te zijn geweest, beschikkingsonbevoegd te zijn geweest. Bij roerende goederen (zaken en schuldvorderingen) geldt dan de bescherming van de bezitter te goeder trouw, bij onroerende goederen is de zakelijke werking opnieuw gekoppeld aan het voortbestaan van het voorrecht (en is er dus geen zakelijke werking bij ontslag van ambtshalve inschrijving van de schuldvordering bij overschrijving van de titel, art. 28 j° 36, 2 Hyp.W., en in het geval van artt. 4 Hyp.W., alsook bij verkrijgende verjaring). Ook dit alles wordt in deze bijdrage niet verder uitgewerkt.

De zakelijke werking van de ontbinding ten aanzien van derden wordt dus grotendeels bepaald door het voortbestaan van het voorrecht van de verkoper op het ogenblik waarop de ontbinding ingaat. Dit betekent m.i. dat de ontbinding ook zakenrechtelijk *niet* terugwerkt ten aanzien van derden, maar enkel nog bestaande zakelijke rechten effectueert. Enkel tussen partijen, alsook ten aanzien van de derde-verkrijger van roerende zaken of rechten daarop, die niet in het feitelijk bezit is van die zaak, kan men spreken van een terugwerkende kracht.

C. De bepaling van de dag van ingang van de ontbinding.

6. *Juiste verwoording van het door het Hof van cassatie gestelde beginsel* - Keren we voor het overige van deze bijdrage terug naar de obligatoire gevolgen van de ontbinding, en namelijk naar de twee in nrs. 3 en 4 onderscheiden vragen. De eerste daarvan is dus de vraag vanaf wanneer de contractuele rechtsverhouding plaats maakt voor die nieuwe rechtsverhouding, die grotendeels niet meer contractueel is, maar beheerst wordt door de regels der onverschuldigde betaling. Welnu, deze datum wordt in beginsel bepaald door de instelling in rechte van de eis tot ontbinding. Dit moet m.i. afgeleid worden uit de cassatierechtspraak, al staat het er niet letterlijk zo. Dit beginsel moet evenwel nader genuanceerd worden.

Uit de cassatierechtspraak moet men inderdaad afleiden dat de ontbinding in beginsel ingaat, d.w.z. de ontbindende voorwaarde van art. 1184 B.W. geacht wordt te zijn vervuld, op de dag van de instelling van de eis tot ontbinding, en *niet* op de dag van de uitspraak door de rechter. De andere stelling zou nl. tot het besluit leiden dat de cassatierechtspraak con-

tradictorisch is. Immers, het arrest van 16 juni 1955⁷ stelt dat de ontbinding van een overeenkomst met opeenvolgende prestaties, en m.b. een huur, slechts voor de toekomst werkt, terwijl de arresten van 29 mei 1980 en 8 oktober 1987 stellen dat de ontbinding van dergelijke overeenkomst, wat haar gevolgen betreft, niet verder reikt de dag van de eis. Daaruit kan men maar één niet-contradictorisch besluit afleiden, nl. dat de ontbinding in beginsel ingaat op de dag van de eis, en dat zij - *te rekenen vanaf die dag* - in beginsel géén "terugwerking" heeft zo zij betrekking heeft op een overeenkomst met opeenvolgende prestaties.

De stelling dat de ontbinding in beginsel ingaat op de dag van de eis, houdt m.i. de verwerping in van twee andere mogelijke stellingen, nl. zowel van de stelling dat de ontbinding in beginsel reeds met de wanprestatie ingaat, als van de stelling dat de ontbinding eerst met het vonnis ingaat (of zelfs eerst met de tenuitvoerlegging ervan). We geven de redenen daarvoor in nrs. 7 tot 11. Zij hebben alles te maken met een belangenafweging tussen de partijen, tussen schuldenaar en schuldeiser.

7. Mogelijke redenen voor dit beginsel -Dat de ontbinding in beginsel niet reeds ingaat door de wanprestatie (en dit ondanks de verwoording van b.v. art. 1749 B.W.)⁸, zou te maken kunnen hebben met twee regels in ons recht. De eerste van deze regels regel luidt dat de wanprestatie aan de wederpartij in beginsel niet het recht ontnemt om uitvoering te eisen, de tweede dat de wanprestatie omgekeerd aan de wanpresteerder niet noodzakelijk het recht ontnemt om toch nog na te komen. Een nadere ontleding hiervan (in nrs. 8 en 9) moet er ons evenwel toe brengen beide regels te nuanceren, en zo tot het besluit te komen dat de ontbinding in een aantal gevallen toch kan ingaan met de wanprestatie.

8. De wanprestatie belet in beginsel niet dat de wederpartij de keuze heeft tussen ontbinding of vorderen van verdere uitvoering (zij het in natura, zij het bij equivalent, zij het de onrechtstreekse uitvoering op kosten van de schuldenaar).

Een uitzondering daarop vinden we wanneer de weigering van ontbinding en het vasthouden aan de uitvoering rechtsmisbruik zou vormen, meer bepaald wanneer het relatieve voordeel van die keuze voor de schuldeiser buiten verhouding staat tot het relatieve nadeel van die keuze voor de wederpartij. Een klassiek voorbeeld is de vordering tot nakoming van een huur, wanneer het gehuurde goed voor de huurder geen nut meer heeft en anderzijds

⁷ Philippart t. Wera, *Arr. Cass.*, 1954-55, 854, verbreking op een ander punt.

⁸ De nadelen van dergelijke opvatting, die in Nederland heersend was, worden beschreven door W. RUITINGA, *Ontbinding*, o.m. 48-56.

door de schuldeiser gemakkelijk kan worden wederverhuurd⁹.

Een andere uitzondering vormen die gevallen waarin de schuldeiser de keuze voor nakoming verwerkt heeft door ze niet tijdig te verrichten of zich op een daarmee onverzoenbare wijze te gedragen¹⁰. Men kan dit desgevallend ook beschouwen als gevallen waarin hij impliciet de keuze gemaakt heeft, en er dus niet meer op kan terugkomen¹¹.

In die twee laatste gevallen gaat de ontbinding meer bepaald in wanneer de schuldenaar er zich op beroept (omgekeerd zijn er ook gevallen waarin de keuze verdwijnt en enkel nog nakoming, maar geen ontbinding meer kan gevorderd worden, doch daarop dient hier niet te worden ingegaan; sommige daarvan komen in randnr. 14 ter sprake; anderen betreffen de verwerking van het beroep op de tekortkoming, zoals b.v. geregeld in art. 35 Arbeids-overeenkomstenwet).

Een uitzondering vinden we verder in overeenkomsten die betrekking hebben op goederen of diensten die aan snelle prijsschommelingen of waardevermindering onderhevig zijn en waarin de leveringsdatum dus een wezenlijke modaliteit vormt. In dergelijke overeenkomsten is het de gewoonte een dekkingskoop (of andere dekkingsovereenkomst) te sluiten. Welnu, op grond van de schadebeperkingsplicht dient men de schuldeiser daartoe ook verplicht te achten (zie b.v. art. 25 LUVI)¹². De schuldeiser kan dan enkel het prijsverschil terugvorderen van de oorspronkelijke schuldenaar. Nu kan men die dekkingsovereenkomst zowel als een vorm van ontbinding als als een vorm van onrechtstreekse uitvoering (art. 1144 B.W.) beschouwen, maar in ieder geval vervalt voor beide partijen het recht op uitvoering in natura. Daarom kan men stellen dat in dergelijke overeenkomsten de uitvoering ingaat op de dag der wanprestatie, d.w.z. op de dag dat moest worden nagekomen.

⁹ zie Cass. 16 januari 1986, Hardy cs. t. Derouaux, verwerping van een voorziening t. Rb. Verviers 16 januari 1985, derde onderdeel, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 317, *J.T.*, 1986, 404, *R.Rég.D.*, 1986, 37, *T.B.B.R.*, 1987, 130, *R.W.* 1987-88, 1470 noot A. van OEVELEN. Voor de huishuur neemt het belang van deze rechtspraak sterk af door de wettelijke regeling in art. 3 § 5 van de nieuwe afdeling II van het hoofdstuk huur van goederen in het burgerlijk wetboek ("De huurder (van een huurovereenkomst betreffende zijn hoofdverblijfplaats) kan de huurovereenkomst op ieder tijdstip beëindigen met inachtneming van een opzeggingstermijn van drie maanden. Indien de huurder de huurovereenkomst evenwel beëindigt tijdens de eerste driejarige periode, heeft de verhuurder recht op een vergoeding. Die vergoeding is gelijk aan drie maanden, twee maanden of één maand naargelang de huurovereenkomst een einde neemt gedurende het eerste, het tweede of het derde jaar").

¹⁰ Dat de figuur der rechtsverwerking in ons recht nog springlevend is na het cassatie-arrest van 17 mei 1990, betoog ik uitvoeriger in een andere bijdrage, nl. in het *Rechtskundig Weekblad* 1990-91. Daarom wordt hier op deze vraag niet nader ingegaan.

¹¹ Zie b.v. Rb. Nijvel, 13 december 1988, curatoren faill. Adam t. J.K., *J.L.M.B.*, 1990, 1242.

¹² Art. 1657 B.W. verschilt daarvan doordat het een ruimer toepassingsgebied heeft, maar omgekeerd niet noodzakelijk het recht op nakoming uitsluit: de verkoper is niet noodzakelijk verplicht om te ontbinden.

Kan men uit deze regel evenwel iets afleiden over de datum van ingang van de ontbinding, d.i. de datum waarop de ontbindende voorwaarde geacht wordt te zijn vervuld? Men zou daaruit kunnen afleiden dat de ontbinding niet kan ingaan vooraleer de schuldeiser daarvoor heeft gekozen en die keuze heeft medegedeeld. Doch dit is blijkbaar niet de opvatting van het Hof van Cassatie in het arrest van 9 februari 1990, noch van het Hof van Beroep te Gent in het arrest a quo. De ontbinding kan dus wel degelijk ingaan op het ogenblik van de wanprestatie (onder voorwaarden die zo dadelijk ter sprake komen), doch buiten de genoemde uitzonderingsgevallen wel enkel indien de schuldeiser ervoor kiest. Dat de ontbinding *in beginsel* evenwel slechts later ingaat (b.v. bij de instelling van de eis), behoeft dan ook een andere verklaring, die ook de grenzen van dit beginsel aangeeft.

9. *De wanprestatie ontnemt de wanpresteerder niet noodzakelijk het recht om toch nog na te komen.* Het is veeleer in deze regel dat m.i. de verklaring moet gezocht worden. Deze regel vinden we - op gebrekkige wijze - in art. 1184, 3 B.W., dat bepaalt dat de ontbinding moet gevorderd worden en dat de schuldenaar naar omstandigheden recht heeft op een "genadetermin", en volgt ook uit de uitleg gegeven aan art. 1146 B.W., waarin het vereiste van ingebrekestelling verwoord wordt. Anders gezegd: de enkele wanprestatie geeft de schuldeiser nog niet het recht zich niet meer gebonden te achten aan de overeenkomst. Daartoe is - behoudens andersluidend uitdrukkelijk beding - meer vereist, namelijk ofwel een bijzonder ernstige wanprestatie, ofwel de vervulling van een aantal vorm- of procedurevereisten, die kunnen gaan van een eenvoudige ingebrekestelling tot een instelling van een eis in rechte. Men kan daarbij weliswaar als uitgangspunt nemen dat een eis in rechte moet worden ingesteld, doch dit uitgangspunt moet worden afgezwakt in evenredigheid met de ernst en de aard van de tekortkoming. Indien b.v. de tekortkoming de uitvoering van de overeenkomst definitief onmogelijk maakt, mag de schuldeiser zich onmiddellijk bevrijd achten. Kortom, de ernst en aard van de tekortkoming bepalen hoe lang de schuldenaar nog de kans moet krijgen om na te komen, en dus ook vanaf wanneer de schuldeiser het recht heeft zich niet meer gebonden te achten aan de overeenkomst. Daarbij kan ook nuttig worden opgemerkt dat de genoemde regel niet verbiedt dat - en ook maar houdbaar is omdat dit kan - de schuldeiser zijn prestatie reeds eerder opschort op grond van de *exceptio non adimpleti contractus*¹³.

¹³ De vergelijking met de *exceptio non adimpleti contractus* kan zeer verhelderend werken. Recht op opschorting van de eigen prestatie ontstaat immers wel reeds vanaf het ogenblik van de wanprestatie zelf, mits er geen voorleveringsplicht bestond, en ook aan de andere vereisten der exceptie voldaan wordt (zie mijn bijdrage "De *exceptio non adimpleti contractus*, als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties", *R.W.* 1989-90, (313) nr. 6-22). Dit opschortingsrecht geeft aldus niet het recht om de eigen prestatie definitief onmogelijk te maken (*ibid.*, nr. 19; adde b.v. *Arbrb. Brussel*, 18 oktober 1990, *Recht. Arb. Brussel* 1990, 432). De ontbinding geeft wél dat recht, soms zelfs indien men voorleveringsplichtig is, maar daarvoor moet dan

10. *De ontbinding gaat niet eerst in met de rechterlijke uitspraak* - Vooraleer de zonet vooropgestelde gradatie kan worden aangegeven moet eerst het misverstand uit de weg worden geruimd dat de ontbinding eerst zou ingaan door de rechterlijke uitspraak. Zeker met de huidige traagheid van het gerecht kan men het de schuldeisers niet aandoen dat zij zich eerst na een rechterlijke uitspraak niet meer gebonden moeten achten door de overeenkomst (ook al moeten zij misschien wel bepaalde verplichtingen uit die overeenkomst nog verder nakomen). Ik weet dat veelal anders geleerd wordt, maar de in rechte gevorderde ontbinding geschiedt niet door de rechter, maar door middel van een rechtshandeling van de partij (in beginsel de schuldeiser, in uitzonderlijke gevallen de schuldenaar), en de rechter gaat alleen na of aan de voorwaarden daarvan voldaan is. Het recht op ontbinding is geen aanspraak op de rechter, maar een bevoegdheid tegenover de wederpartij. Het vonnis is niet constitutief, maar declaratief. De rechter ontbindt de overeenkomst niet, maar *verklaart* dat ze - al dan niet - ontbonden is, en wel ontbonden door een verklaring van een partij (tenzij hij vaststelt dat ze reeds eerder door de wanprestatie zelf ontbonden was). Dit volgt uit de cassatierechtspraak, die stelt dat de ontbinding in beginsel ingaat met de eis tot ontbinding in rechte. Was dit niet het geval, dan zou de schuldeiser immers verplicht zijn toch nog na te komen indien de wederpartij voor het vonnis zijn prestatie uitvoert, en zou hij zelfs de exceptie van niet-uitvoering verliezen. Nu moet de rechter in geval van betwisting natuurlijk wel nagaan of aan de voorwaarden voor ontbinding is voldaan, en meer bepaald nagaan of de opgeworpen tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt, of zij daartoe voldoende ernstig is, e.d.m. Doch de beoordelingsbevoegdheid van de rechter bij het nazicht of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen is m.i. niet groter dan bij zovele andere oordelen, en b.v. niet groter dan bij de beoordeling van het al dan niet foutief karakter van een gedraging¹⁴. Ook kan de rechter tot de beslissing komen dat de ontbinding door de partij ongeldig was, meer bepaald omdat aan de materiële (inhoudelijke) voorwaarden niet was voldaan. Hij kan bovendien oordelen dat de partij die de ontbinding verklaarde zelf wanprestatie pleegde, meer bepaald wanneer deze reeds vooraleer de vereisten voor ontbinding vervuld waren daden heeft gesteld die in strijd waren met de overeenkomst (meer bepaald alle tekortkomingen die niet door de exceptio non adimpleti contractus of een gelijkaardige exceptie gerechtvaardigd waren¹⁵, zoals b.v. een tekort-

wel aan strengere voorwaarden voldaan worden en volstaat de wanprestatie van de wederpartij op zichzelf in beginsel niét.

¹⁴ Vgl. reeds J. LEBRET, "Suspension et résolution des contrats", *Rev. crit. lég. jur.*, 1924, (581) 611 e.v., 615-616.

¹⁵ Ik doel hier meer bepaald op die handelingen waardoor men de eigen prestatie blijvend onmogelijk maakt, en die dus m.i. niet op de e.n.a.c. kunnen worden gegrond. Ik heb dit eerder uiteengezet in mijn genoemde bijdrage, *R.W.* 1989-90, (313) 321-322, nr. 19, en verder in *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, Brussel, Story 1990, nr. 292-296. Zie verder F. BYDLINSKI, "Die

koming aan een niet-mededingingsverplichting of een andere voortdurende verbintenis)¹⁶. De partij die de overeenkomst éézijdig ontbindt, die op de verklaring van de rechter vooruitloopt, loopt dus steeds een zeker risico. Wil men dat vermijden, dan dient men het te houden bij een door de *exceptio non adimpleti contractus* of een gelijkaardige exceptie gerechtvaardigde opschorting. Maar het genoemde risico is m.i. niet echt groter dan het risico van de partij die de eigen prestatie enkel opschort op grond van de *exceptio non adimpleti contractus* : ook dan kan de rechter immers achteraf oordelen dat de opschorting niet gerechtvaardigd was. In ieder geval toont dit alles aan dat het ogenblik van ingang van de ontbinding slechts echt van belang is wanneer de partij die ontbinding vraagt ondertussen de genoemde exceptie reeds te buiten is gegaan.

11. De ontbinding gaat dus *in beginsel* in met de eis tot ontbinding in rechte. Dit beginsel houdt m.i. in dat ze niet later kan ingaan¹⁷, maar sluit niet uit dat ze vroeger kan ingaan. In die zin is dit beginsel zoals gezegd slechts een vertrekpunt, dat moet worden afgezwakt in evenredigheid met de ernst en de aard van de tekortkoming. Zo hebben we reeds gezien dat in sommige gevallen er helemaal geen formaliteiten vereist zijn, en de ontbinding reeds met de wanprestatie ingaat, zonder enige eis in rechte, zelfs zonder enige ingebrekestelling : zo b.v. in overeenkomsten die betrekking hebben op goederen of diensten die aan snelle prijschommelingen of waardevermindering onderhevig zijn. De ontbinding gaat daar van rechtswege in op de afgesproken dag, indien op dat ogenblik niet geleverd is. Overeenkomsten met betrekking tot de verkoop van andere roerende goederen kunnen, wanneer deze nog niet zijn afgehaald door de koper, ook ontbonden worden zonder aanmaning, met ingang van de tijd die voor afhaling is overeengekomen (art. 1657 B.W.). Zo ook besliste het Hof van Beroep in het arrest a quo waartegen de voorziening verworpen werd in het cassatie-arrest van 9 februari 1990, dat de ontbinding van de alleenverkoopovereenkomst reeds ingegaan was door de omvorming van de vennootschap van de concedant op een wijze die het nodige vertrouwen voor een verdere uitvoering geheel moest doen verdwijnen, zodat een ingebrekestelling niet meer nuttig was, en dus ook niet meer diende te geschieden. Zo ook bepaalt art. 2 Alleenverkoopwet dat een dergelijke overeenkomst kan verbroken worden (met onmiddellijke ingang) wegens "grove tekortkoming", en art. 35

Einrede des nicht-erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen", *Festschrift für Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*, Graz 1958, 140 e.v.

¹⁶ Zie b.v. het Valentine-arrest, Hof Brussel, 19 februari 1944, voorziening in cassatie verworpen op 24 april 1947, *Arr. Cass.* 1946-47, 133, *R.C.J.B.* 1949, 125 noot A. de BERSAQUES.

¹⁷ Eenmaal die vordering is ingesteld, kan de eiser daar niet op terugkomen zonder akkoord van de wederpartij. Wat wel kan, is dat een partij de ontbinding slechts vordert m.b.t. de prestaties te rekenen vanaf een later tijdstip, net zoals men een overeenkomst kan opzeggen tegen een bepaald later tijdstip (zie verder nr. 17). Ook kan het zijn dat de ontbinding slechts in subsidiaire orde wordt gevorderd. Maar de vordering tot ontbinding in hooforde geldt als ontbindingsverklaring.

Arbeidsovereenkomstenwet dat hetzelfde kan geschieden wegens "dringende reden". Tussen beide uiterste gevallen - ontbinding in rechte tegenover ontbinding onmiddellijk bij de wanprestatie - zijn er nog allerlei gradaties : vereiste van ingebrekestelling, vereiste van een redelijke "genadetermin" ("délai de grâce", "Nachfrist") waarbinnen de schuldenaar nog de kans krijgt na te komen, e.d.m. Welke gradatie vereist is, hangt af van de ernst en de aard van de tekortkoming.

Het zou ons te ver leiden dit alles hier uit te werken. Ik verwijs dan ook naar de nadere uitwerking gegeven door de rechtspraak en rechtsleer, die - net zoals het arrest van het Hof te Gent waartegen de voorziening in het genoemde arrest van 9 februari 1990 verworpen werd - reeds sedert enige tijd leert dat de ontbinding niet noodzakelijk in rechte moet gevorderd worden, maar ook kan geschieden door een *buitengerechtelijke* verklaring van de schuldeiser¹⁸.

D. De bepaling van de dag tot waarop de ontbinding zogenaamd "terugwerkt".

a) De zogenaamde "terugwerking" van de ontbinding wordt niet bepaald door de mogelijkheid van teruggave in natura, maar door de deelbaarheid van de verbintenissen.

12. Is de datum van ingang van de ontbinding, d.i. de dag waarop de ontbindende voorwaarde geacht wordt te zijn vervuld, bepaald, dan moeten de gevolgen van die ontbinding nader bepaald worden, en meer bepaald de omvang van daaruit voortvloeiende verplichting tot ongedaanmaking. Wanneer de ontbonden overeenkomst betrekking had op een eenvoudige prestatie, is de oplossing vrij eenvoudig : de overeenkomst wordt in haar geheel ontbonden en de reeds geleverde prestaties dienen te worden teruggegeven. Heeft de overeenkomst echter betrekking op meerdere, opeenvolgende prestaties, dan wordt anders geleerd. In beginsel zou de ontbinding dan enkele betrekking hebben op de prestaties die nog niet verschuldigd waren op de dag van ingang van de ontbinding.

Vooraleer nader in te gaan op de maatstaf van het opeenvolgend zijn der prestaties, moet

¹⁸ Zie o.m. P. van OMMESLAGHE, "Examen de Jurisprudence. Les obligations", *R.C.J.B.*, 1975, 603 v. nr. 65 en 65 bis, *R.C.J.B.*, 1986 nr. 98-100; M.A. FLAMME & Ph. FLAMME, "Chronique de jurisprudence", *J.T.* 1976, nr. 385-386; -, "Le droit des constructeurs", *extranummer T.Aann.*, 1984, nr. 405; M. BOURMANNE, noot onder Hof Luik 6 december 1985, *R.Rég.D.*, 1987, 14; M. van RUYMBEKE, "Et si la résolution n'était plus judiciaire", *R.G.A.R.* (1978) nr. 9850 en 9876; L. & S. FREDERICQ, *Handboek belgisch handelsrecht*, Bruylant, Brussel 1976-1981, nr. 1448 B; Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruylant, Brussel 1984, nr. 22 en 233 v.; J. van RYN & J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Bruylant, Brussel 1981, nr. 688; en verder mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 359-363.

opgemerkt worden dat in de rechtspraak van het Hof van cassatie de maatstaf van het al dan niet mogelijk zijn van een ongedaanmaking in natura, verworpen wordt. Een groot deel van de rechtsleer heeft dit niet ingezien, m.i. op grond van een verkeerde interpretatie van het arrest van 24 januari 1980¹⁹. Dit arrest stelt m.i. de onmogelijkheid van teruggave niet voorop als een noodzakelijk vereiste (naast het opeenvolgend karakter van de prestaties). Meer nog, een ander cassatie-arrest, van 29 mei 1980, weigert precies conclusies in die zin van advocaat-generaal Declercq te volgen. De onmogelijkheid van teruggave, d.i. van ongedaanmaking in natura is voor het Hof géén voorwaarde noch vereiste voor een beperking van de zogenaamde "terugwerking"²⁰.

De verwerping van dergelijk vereiste is terecht. De onmogelijkheid van uitvoering in natura is in ons verbintenissenrecht op zichzelf nooit een reden om de uitvoering zelf te weigeren, zij het in een andere vorm. Indien de teruggave in natura niet mogelijk is, belet niets om de teruggave bij equivalent te vorderen, bij deze verplichting tot ongedaanmaking net zo goed als bij elke contractuele verbintenis²¹. Dat vinden we trouwens uitdrukkelijk in art. 1379 B.W. : indien de teruggave niet in natura kan geschieden, dient zij bij wijze van schadevergoeding te geschieden, behoudens het geval van onmogelijkheid ten gevolge van overmacht. Het Hof van cassatie heeft trouwens in zijn arrest van 24 maart 1972²², dat geen betrekking had op een overeenkomst betreffende opeenvolgende prestaties, uitdrukkelijk de teruggave en de betaling van een equivalente vergoeding op één lijn gesteld voor de gevolgen van de ontbinding wegens wanprestatie.

13. Het Hof van cassatie hanteert dan ook een andere maatstaf, nl. het "opeenvolgend karakter" van de prestaties. M.i. is deze maatstaf synoniem met de maatstaf van de *deelbaarheid* van de contractuele verbintenissen, maatstaf die overigens ook in meerdere andere situaties wordt gebruikt, met name voor de bepaling van de mate van nietigverklaring van een overeenkomst²³. Tot een soortgelijke maatstaf ben ik gekomen bij de ontleding van de

¹⁹ Pereira Leal t. Ongenae, *Arr.Cass.*, 1979-80, nr. 310, *R.W.*, 1980-81, 1196, verwerping.

²⁰ Farah Nick c.s. t. Fersztmann c.s., *Arr.Cass.* 1979-80, nr. 614. In dezelfde zin C. LEFEBVE, *R. Not. B.*, 1988, (226) 234 e.v.; M. FONTAINE, *R.C.J.B.*, 1990, (382) 397 nr. 40 v.

²¹ Vgl. C. LEFEBVE, *R. Not. B.*, 1988, (226) 229.

²² De Langhe t. Stevens, *Arr.Cass.*, 1971-72, 707, *R.W.*, 1971-72, 2023.

²³ Bij nietigheid heeft de deelbaarheid of ondeelbaarheid strikt genomen betrekking op de mate van nietigverklaring, en niet op de gevolgen van de nietigverklaring, zoals bij de ontbinding. Dit komt omdat de nietigverklaring zelf in theorie steeds terugwerkt tot op het ogenblik van het ontstaan van de verbintenis, terwijl de ontbondenverklaring nooit verder kan terugwerken dan het ogenblik van de wanprestatie die de ontbinding rechtvaardigt. De partij die ondertussen wanprestatie pleegde aan een nietige verbintenis, handelde dus achteraf gezien niet in strijd met een contractuele verbintenis, zelfs wanneer de nietigheid hem niet bekend was of hij er geen beroep op deed.

arresten inzake de *exceptio non adimpleti contractus*²⁴. De deelbaarheid werd ondertussen ook als maatstaf voor de gevolgen van de ontbinding verdedigd in de in noot 10 genoemde uitstekende bijdragen van C. LEFEBVE en M. FONTAINE, en uitdrukkelijk gehanteerd door het franse Hof van cassatie (zij het toch niet geheel in dezelfde zin als m.i. hoort, zie onder nr. 15). M.i. moet het begrip opeenvolgende prestaties - wat namelijk helemaal niet hetzelfde betekent als langdurige overeenkomsten - dan ook begrepen worden als deelbare prestaties, d.i. prestaties, die afzonderlijk van elkaar kunnen worden nagekomen zonder dat zij daardoor in het kader van de overeenkomst hun nut geheel of omzeggens geheel verliezen.

14. De onmogelijkheid van teruggave kan echter wel op een andere wijze een rol spelen bij de bepaling van de gevolgen van de ontbinding, niet als voorwaarde voor de beperking van de zogenaamde terugwerking in overeenkomsten met opeenvolgende prestaties, maar precies als een verdere beperking van de ontbinding bij andere overeenkomsten, waarin de ontbinding in beginsel wel *ex tunc* werkt. De partij die op toerekenbare wijze (d.i. in beginsel door zijn schuld) de teruggave van een gedeelte of het geheel van de *ontvangen* prestaties onmogelijk heeft gemaakt, kan namelijk geen beroep meer doen op de ontbinding betreffende dat gedeelte van de overeenkomst c.q. de gehele overeenkomst, en dient zich voor dat gedeelte c.q. het geheel van de overeenkomst tevreden te stellen met een aanspraak op uitvoering (in natura of bij equivalent) van de door de andere partij niet nagekomen prestaties. Daarbij moet de teruggave wezenlijk onmogelijk worden gemaakt. Zo is voor een aanspraak op ontbinding van een koop-verkoop door de koper vereist dat hij de reeds ontvangen goederen kan teruggeven in wezenlijk dezelfde staat als waarin hij ze ontvangen heeft, tenzij het goed ten gevolge van schuld van de verkoper zelf, of een gebrek in de zaak zelf, in slechtere staat is geraakt. Indien de zaak is tenietgegaan of in slechtere staat is geraakt door overmacht, dan draagt de koper daarvoor het risico (art. 1647 B.W.), waaruit m.i. volgt dat zelfs in dat geval de aanspraak op ontbinding vervalt.

De genoemde regel speelt b.v. wanneer men gebrekkige zaken heeft doorverkocht, of wanneer men met een gebrekkige auto blijft rijden²⁵ of een gebrekkig toestel blijft gebruiken of een gebrekkig goed blijft huren²⁶. In al die gevallen heeft men geen recht meer op

Dit verhindert niet dat het absolute karakter van de nietigheid, wat de uit de nietigverklaring voortvloeiende gevolgen betreft, meer bepaald de verplichtingen tot ongedaanmaking, op gelijkaardige wijze kan genuanceerd worden als bij ontbinding.

²⁴ Zie mijn bijdrage, *R.W.*, 1989-90, 319-320 nr. 16-17

²⁵ Hof Gent, 22 oktober 1970, pvba Garage St-Niklaas t. D'Hauwers en nv Bruxelloise Auto Transports, *R.W.*, 1970-71, 893.

²⁶ Zie b.v. Cass., 27 maart 1981, Poelman t. Stellamans en Herremans, *Arr. Cass.*, 1980-81, 846 nr. 434, gedeeltelijke verbreking van Rb. Brugge 25 januari 1980. Zowel E. DIRIX & A. van OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *R.W.* 1985-86, 96 als P. van OMMESLAGHE, "Examen de

ontbinding, maar enkel nog op prijsvermindering (en dit laatste ook enkel in zoverre tijdig geprotesteerd werd en het gebrek bewezen wordt)²⁷.

b) Nadere bepaling van de prestaties die al dan niet moeten worden ongedaan gemaakt.

15. Behalve in de laatstgenoemde gevallen is dus voor de beperking van de zogenaamde terugwerking vereist dat de contractuele verbintenissen deelbaar zijn. Nu is de deelbaarheid van de in een overeenkomst vervatte contractuele verbintenissen een vraag van *uitleg* van de overeenkomst, mits men althans het woord uitleg ruim genoeg begrijpt, namelijk in de zin van art. 1135 B.W. : als bepaling van de rechtsgevolgen, niet alleen op grond van wat uitdrukkelijk bepaald is, maar ook op grond van de billijkheid, het gebruik en de wet, gezien in verband met de aard van de verbintenis. Deze uitleg gaat uit van de bedoelingen der partijen, doch dient méde aan de hand van objectieve maatstaven te geschieden²⁸. Het gaat namelijk om de objectieve bruikbaarheid van de gedeeltelijke prestatie voor het doel waartoe de partijen haar bestemd hebben.

16. Voor de deelbaarheid van de overeenkomst is niet vereist dat de prestaties die niet ongedaan zouden gemaakt worden tesamen genomen contractueel gezien evenwaardig zouden zijn. Anders gezegd : *het gaat er niet om of de overeenkomst deelbaar is, maar of de verbintenissen van een der partijen deelbaar zijn*²⁹. Een voorbeeld : het kan goed zijn dat een verhuurder slechts met een bepaalde huurprijs heeft ingestemd omdat de huurder de huur voor vele jaren is aangegaan. Doch aangezien men niet kan zeggen dat die lagere huurprijs voor de verhuurder nutteloos is geweest, belet dit niet dat de ontbinding gedeeltelijk is, en betekent dit enkel dat daarmee bij de bepaling van de schadevergoeding, meer bepaald de wederverhuringvergoeding, rekening dient te worden gehouden. Anders is het b.v. wanneer een controleparticipatie in een onderneming in opeenvolgende pakketjes zou worden overgedragen : daar is een gedeeltelijke verwerving van aandelen contractueel gezien wél nutteloos en dient de ontbinding dan ook voor het geheel te worden uitgesproken. Doorslaggevend is meer bepaald de deelbaarheid van de "typische" prestatie, d.i. de

jurisprudence", *R.C.J.B.* 1988, nr. 230, merken terecht op dat de stilzwijgende afstand, waarin deze zaak werd ingekleed, slechts een fictie was en in feite de leer der rechtsverwerking werd toegepast.

²⁷ Voor verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer waarin deze regels tot uiting komen, verwijs ik naar mijn *De invloed van de goede trouw op kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 502 p. 444.

²⁸ Vgl. P. van OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1975, 617, nr. 69 en *R.C.J.B.*, 1988, 35, nr. 145, betreffende de vergelijkbare vraag of een nietigheid geheel of gedeeltelijk dient te zijn.

²⁹ Precies hierin verschil ik van mening met o.m. C. LEFEBVE, *R. Not. B.*, 1988, (226) 231 en M. FONTAINE, *R.C.J.B.*, 1990, 399-400 (al ziet deze laatste auteur het eigenlijk ook wel in, blijkens de laatste zin van nr. 49, waar hij zegt dat in gevallen als het genoemde een gedeeltelijke ontbinding toch mogelijk is, mits ze met een corrigerende vergoeding gepaard gaat).

prestatie die in iets anders bestaat dan de betaling van een geldsom. Het komt er in ieder geval op neer dat men niet te snel mag besluiten tot 1° de ondeelbaarheid der verbintenissen mag besluiten of 2° de ongelijkwaardigheid van door de partijen tegenover elkaar gestelde prestaties.

Het door de meeste auteurs ingeroepen "equivalentieprincipe"³⁰ is m.i. dus wel niet de juiste grondslag voor de beperking van de zogenaamde terugwerking van de ontbinding van overeenkomsten met opeenvolgende prestaties. Ook dient de verdeling van de contractuele verbintenissen niet te geschieden volgens de regels van de onverschuldigde betaling of ongegronde verrijking : deze regels dienen niet als grondslag voor de verdeling³¹, maar bepalen enkel het statuut van de daaruit voortvloeiende verplichting tot ongedaanmaking, en zo o.m. de berekening van de vergoeding die moet terugbetaald worden in de plaats van bepaalde prestaties die niet in natura kunnen worden teruggegeven (zoals b.v. het huurgenot).

17. Verder dient deze uitleg mede bepaald te worden door de wijze waarop de partijen zich gedragen, óók en vooral bij de niet-nakoming. Een aspekt daarvan werd zopas reeds in nr. 14 behandeld : een partij kan zich niet op de ondeelbaarheid beroepen om een algehele ontbinding te bekomen, indien zij het reeds voor de ingang der ontbinding ontvangen gedeelte is blijven gebruiken en niet ter beschikking heeft gesteld van de wederpartij, zo die erom gevraagd heeft.

18. Enigszins verwant is ook de situatie waarin partijen na de datum waarop in beginsel de ontbinding ingaat, allebei toch nog prestaties uitvoeren c.q. aanvaarden. Daarmee geven zij m.i. te kennen dat zij de ontbinding slechts betrekking willen laten hebben op prestaties na een bepaalde datum te verrichten. Dit kan ook uitdrukkelijk gebeuren, wanneer men tegen een latere datum "opzegt" wegens wanprestatie. Meer bepaald in de zaak die tot het arrest van 9 februari 1990 heeft geleid, had de concessiegever de overeenkomst ontbonden met werking vanaf een datum die drie maanden vooruit lag (op 31 juli 1975 ontbonden met werking vanaf einde november 1975, zijnde het einde van het lopende seizoen). In de mate waarin de concessionaris bleef uitvoeren tot op die datum, kon hij natuurlijk geen ongedaanmaking eisen voor die periode. Omgekeerd kan ook de concedant niet meer terugkomen op die termijn (behoudens nieuw ontdekte ernstige tekortkomingen)³².

In dit soort gevallen rijst wel een ander probleem. Kan de ontbindende partij zich nog

³⁰ Zie b.v. H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, nr. 167.

³¹ Zoals nochtans P. van OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1975, 622, nr. 73, schijnt te stellen.

³² kh. Brussel 8 maart 1977 (Toumayan t. soc. Barbudo, *B.R.H.*, 1977, 409 - alleenverkoopovereenkomst); kh. Brussel 19 mei 1978 (nv Laditex t. Pierret cs., *B.R.H.*, 1978, 485); Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge* nr. 235 en 238.

wel op de tekortkoming beroepen om de ontbinding te laten bekrachtigen, indien hij verder blijft uitvoeren gedurende een dergelijke termijn? Meer bepaald in het arbeidsrecht geldt namelijk dat de samenwerking effectief moet worden stopgezet opdat het ingeroepen motief als dringende reden zou kunnen worden aanvaard (een algemeen erkende vorm van rechtsverwerking dus). M.i. moet dergelijke regel echter beperkend worden uitgelegd, zeker buiten het arbeidsrecht³³. Enkel wanneer het gedurende de opgegeven termijn verderzetten van de concessie werkelijk *onverzoenbaar* is met de voor de ontbinding ingeroepen tekortkoming, mag men de concedant het beroep op ontbinding wegens wanprestatie ontzeggen³⁴. Slechts indien de wederpartij ondertussen bereid én in staat is de tekortkoming ongedaan te maken, en de schuldeiser zich daar niet tegen verzet, kan dit verwerking van het beroep op die tekortkoming meebrengen. Maar men mag niet de schuldeiser bestraffen, die enkel probeert de verhouding ordentelijk te beëindigen, meer bepaald vanaf het eerstvolgende tijdstip waarop zijns inziens een verdeling van de overeenkomst kan plaatsvinden. In concessies voor bepaalde goederen is dit b.v. het einde van het lopende seizoen.

19. Meer algemeen kan men zeggen dat bij een verdeling van de contractuele prestaties in diegene die verworven blijven (c.q. nog moeten worden uitgevoerd) en diegene die ongedaan moeten worden gemaakt (c.q. niet moeten worden uitgevoerd), uitgegaan moet worden van de door de partijen zelf aangegeven maat: wordt een huurprijs per maand bepaald, dan dient de ontbinding in beginsel uitwerking te hebben op het einde van een maand, hebben de door een agent te sluiten overeenkomsten betrekking op een geheel seizoen, dan dient de ontbinding in beginsel te werken vanaf het einde van een seizoen, e.d.m.

20. Ten slotte kan hier nog aan toegevoegd worden dat de verdeling van de contractuele prestaties in diegene die niet en diegene die wel moeten worden ongedaan gemaakt, niet

³³ Zelfs in het arbeidsrecht moet de bepaling m.i. in die zin beperkend worden uitgelegd, dat zij enkel geldt indien men zich op het dringend karakter beroept om de gerechtelijke ontbindingprocedure te vermijden, en niet geldt indien men de ontbinding in rechte vordert.

³⁴ Vgl. b.v. Hof Brussel 1 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2150; M. WILLEMART, *Les concessions de vente*, Brussel 1988, nr. 118; mijn *Invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 386. Zie ook kh. Brussel 4 maart 1965, nv Brasserie de Clausen t. Meysman, *J.C.B.*, 1966, 32; Hof Brussel 12 maart 1984, F. van der Goten t. R. van der Goten cs., *J.T.*, 1984, 515 (V.O.F).

Anders, m.i. ten onrechte kh. Brussel 8 maart 1977, Toumayan t. soc. Barbudo, *B.R.H.*, 1977, 409; kh. Brussel 19 mei 1978, nv Laditex t. Pierret cs., *B.R.H.*, 1978, 485; en vergelijkbaar Hof Brussel 25 juni 1985, Van Oppens t. Freudenberg, *B.R.H.*, 1983, 66; verder in een arbeidszaak Arbhof Antwerpen 1 februari 1983, waartegen de voorziening in cassatie verworpen werd op 13 februari 1984, n.v. kempische Maalderij t. Weltjens, *Arr.Cass.*, 1983-84, 320, *T.S.R.*, 1984, 246, *R.W.*, 1984-85, 1368, *J.T.T.*, 1985, 238.

noodzakelijk aan de hand van een datum bepaald dient te worden. Een geheel van contractuele verbintenissen kan ook anders verdeeld worden. Wanneer een overeenkomst de gelijktijdige bouw van meerdere huizen voorziet, en de wanprestatie slechts op één daarvan betrekking heeft, zal in het normale geval de overeenkomst enkel voor dat ene huis ontbonden worden.

Besluit.

Ik hoop hiermee te hebben aangetoond dat het zeer ongelukkig is om te spreken van terugwerkende kracht bij de ontbinding van overeenkomsten, en dat vraag naar het ingaan en de werking van de ontbinding een genuanceerd antwoord behoeft, en daartoe enige bouwstenen te hebben aangebracht.

SOMMAIRE FRANÇAIS³⁵ - LA PRISE D'EFFET DE LA RESOLUTION DES CONVENTIONS SYNALLAGMATIQUES ET LA SOI-DISANTE RETROACTIVITE DE CETTE PRISE D'EFFET.

1-2. C'est à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1990 que cet article expose de manière brève l'ensemble des questions concernant la soi-disante rétroactivité de la résolution des conventions synallagmatiques. Notre point de départ essentiel est formé par la distinction entre la question à savoir à quel moment la condition résolutoire de l'article 1184 C.C. est censée se réaliser, c'est-à-dire à quel moment la résolution "prend effet", et la question de l'étendue de l'obligation de restitution qui découle de cette résolution.

3. Le moment de prise d'effet de la résolution, c'est-à-dire le moment auquel la condition résolutoire de l'article 1184 C.C. est censée se réaliser, détermine à partir de quel moment

³⁵ En néerlandais, le terme "ontbinding" comprend toute forme de dissolution basée sur l'inexécution de l'autre partie, et même presque toute forme de dissolution légitime d'un contrat synallagmatique, qui prend immédiatement effet, à la différence du terme "opzegging" qui présuppose un délai (préavis), et du terme "verbreking (rupture), qui indique la dissolution injustifiée. Si nous parlons, dans ce sommaire, de résolution, il faut donc prendre ce terme dans un sens élargi.

1° l'inexécution d'une obligation contractuelle comprise dans cette résolution n'est plus reprochable et 2° naît une obligation de restitution des prestations déjà exécutées (éventuellement avec dommages et intérêts complémentaires). C'est à ce jour que rétroagit la déclaration de résolution - et non la résolution. C'est à partir de ce jour que naît une nouvelle relation juridique, une relation qui comporte surtout des obligations de restitution, auxquelles les règles du paiement de l'indu sont applicables. Il suit de cette analyse qu'il est très imprécis de dire que la résolution a un effet rétroactif du point de vue "obligationnel", bien que la déclaration de résolution a un tel effet.

4. L'objet de cette obligation de restitution qui découle de la résolution, ainsi que les obligations contractuelles qui resteraient en vigueur, peut généralement être décrit à l'aide d'une deuxième date, date jusqu'à laquelle la résolution rétroagit quand à ses effets. Suivant que les prestations sont échues avant ou après cette date, elles devront être exécutées (resteront acquises) ou devront être restituées, en nature ou par équivalent.

5. A côté de ces effets obligationnels, la prise d'effet de la résolution d'un contrat qui a constitué le titre d'un acte translatif d'un bien, a aussi des effets réels. Il ne s'agit plus de la question à savoir si des biens doivent être restitués (droit des obligations) mais de celle à savoir si les biens déjà livrés, et qui doivent être restitués, rentrent automatiquement dans le patrimoine de la partie qui les a livrés ou non. En principe, il en est ainsi dans notre droit (système "causal" de transfert des biens), et c'est pour cette raison que l'on peut parler - du point de vue de droit des biens - d'une rétroactivité de la résolution elle-même quand à ses effets (et non plus de la déclaration de résolution). Mais ce principe est fortement restreint dans son application à l'égard des tiers : notamment à l'égard des créanciers de l'autre partie, mais aussi à l'égard des tiers-acquéreurs, sauf en ce qui concerne les biens meubles desquels ils ne sont pas entrés en possession.

6. En principe, la résolution prend effet au jour de la demande de résolution en justice, et non pas au jour du jugement qui déclare le contrat résolu. En d'autres termes, cette déclaration de résolution rétroagit jusqu'au jour de la demande.

7. Ceci signifie d'abord que la résolution ne prend, en principe, pas encore effet au moment de l'inexécution qui la justifie.

8. Une première raison de ceci pourrait être que l'inexécution n'empêche pas que le créancier a en principe une option entre l'exécution et la résolution, bien qu'il y a un certain nombre d'exceptions à cette règle, un certain nombre de cas dans lesquels il peut obtenir uniquement la résolution. Mais il suit de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1990, que cela ne veut pas dire que la résolution ne peut jamais prendre effet avant que le créancier n'ait choisi cette option et n'ait communiqué ce choix. Cette première raison ne donne donc pas une explication suffisante.

9. L'explication est plutôt fournie par une deuxième règle, notamment la règle suivant laquelle un manquement à l'inexécution, même fautif, n'enlève pas nécessairement à la partie

qui manque à exécuter le droit d'exécuter encore sa prestation, et ne donne donc pas nécessairement au créancier le droit de se considérer délié du contrat (bien qu'elle lui donne le droit de suspendre ses prestations sur base de l'exception d'inexécution). Ce qu'il faut en plus dépend de la nature et de la gravité du manquement à l'exécution.

10. Mais ceci n signifie nullement que la résolution prendrait effet seulement à partir du jugement qui la prononce. La résolution s'accomplit au contraire par moyen d'un acte juridique d'une des parties, et le juge ne fait que contrôler si les conditions étaient réunies. Le juge ne résout pas la convention, mais déclare qu'elle est (déjà) résolue. La partie qui anticipe, dans son comportement, cette déclaration du juge, court en effet un certain risque, mais ce risque n'est à mon opinion plus grand qu'en ce qui concerne l'exception d'inexécution.

11. La règle suivant laquelle la résolution prend *en principe* effet au jour de la demande en justice, doit donc être nuancée selon les comportements des parties, dont la légitimité dépend de la nature et de la gravité du manquement à l'exécution du contrat.

12. Revenant à notre seconde question, un premier principe peut être posée : l'étendue de l'obligation de restitution que découle de la résolution n'est pas déterminée par la (im)possibilité de restitution en nature.

13. Elle est déterminé au contraire par la divisibilité des obligations contractuelles.

14. L'impossibilité de restitution en nature peut d'autre part bien jouer un rôle dans la détermination des effets de la résolution, notamment en limitant encore plus la possibilité de résolution dans les contrats dans lesquelles la résolution agit en principe bien rétroactivement. La partie qui, de manière imputable, a rendu impossible la restitution des prestations reçues, est forclos de son droit à la résolution concernant ces prestations.

15. La divisibilité des obligations contenues dans un contrat est une question d'interprétation de ce contrat dans le sens de l'article 1135 C.C.

16. Il ne s'agit pas de la divisibilité de la convention, mais de divisibilité des obligations d'une des parties. Déterminante est notamment la divisibilité de la prestation "typique", c'est-à-dire celle qui consiste en autre chose que le paiement d'une somme. La division n'est donc pas opérée sur base du principe de l'équivalence.

17. Non sans importance est aussi le comportement des parties, surtout leur comportement à l'égard de l'inexécution.

18. Ainsi, les parties peuvent reporter les effets de la résolution à la fin d'un délai de préavis ou de transition. En principe, ceci n'enlève pas à cette partie le droit d'invoquer le caractère grave de l'inexécution par l'autre partie.

19. Pour diviser les prestations contractuelles en celles qui restent acquises et celles qui doivent être restituées, l'on doit partir de la mesure indiquée par les parties eux-mêmes.

NEDERLANDSE SAMENVATTING

1-2. In deze bijdrage wordt naar aanleiding van het cassatie-arrest van 9 februari 1990 de gehele problematiek van de zogenaamde terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten (niet enkel de zogenaamde terugwerking bij overeenkomsten met opeenvolgende prestaties) beknopt nader bekeken. Het essentiële vertrekpunt van de redenering is daarbij dat men goed moet onderscheiden tussen de vraag wanneer de ontbindende voorwaarde van art. 1184 B.W. geacht wordt te zijn vervuld, d.i. wanneer de ontbinding "ingaat", en de vraag wat de omvang is van de restitutieplicht die uit de ontbinding voortvloeit.

3. Het ogenblik waarop de ontbinding ingaat, d.w.z. d.i. de datum waarop de ontbindende voorwaarde van art. 1184 B.W. geacht wordt te zijn vervuld, bepaalt vanaf wanneer de niet-nakoming door één der partijen van de contractuele verbintenissen niet meer contractueel verwijtbaar is en vanaf wanneer een verplichting tot ongedaanmaking van de reeds uitgevoerde prestaties (desgevallend met schadevergoeding) ontstaat. Het is tot op die datum dat de ontbondenverklaring (niet de ontbinding) terugwerkt. Het is vanaf die datum dat een nieuwe rechtsverhouding ontstaat, die voornamelijk restitutieplichten omvat, waarop de regels der onverschuldigde betaling van toepassing zijn. Uit deze analyse wordt afgeleid dat het zeer onnauwkeurig is om te zeggen dat de ontbinding verbintenisrechtelijk een terugwerkende kracht heeft (al heeft de ontbondenverklaring dat wel).

4. Het voorwerp van de door de ontbinding ontstane verplichtingen tot ongedaanmaking en van de na de ontbinding mogelijks nog geldende contractuele verplichtingen kan veelal nader omschreven worden aan de hand van een tweede datum, namelijk de dag tot waarop de ontbinding zelf zogezegd terugwerkt. Naargelang de prestaties op die dag al dan niet vervallen waren zullen zij al dan niet moeten worden uitgevoerd (behouden blijven) dan wel teruggegeven worden, in natura of bij equivalent.

5. Naast deze obligatore gevolgen heeft het al dan niet ontbonden zijn van de overeenkomst welke de titel vormde van de overdracht van een goed, ook zakenrechtelijke gevolgen. Daarbij gaat het niet meer om de vraag of goederen moeten teruggegeven worden (verbintenisrechtelijk) maar of de reeds geleverde goederen die moeten teruggegeven worden zakenrechtelijk al dan niet van rechtswege terug eigendom worden van de partij die ze geleverd heeft. Het is omdat dit in ons recht in beginsel wel het geval is ("causaal systeem van eigendomsoverdracht") dat men zakenrechtelijk kan spreken van een terugwerkende kracht van de ontbinding zelf (en niet alleen van de ontbondenverklaring). Doch dit beginsel wordt ten aanzien van derden in ons recht zeer sterk beperkt, in ieder geval tegenover de schuldeisers van de wederpartij, alsook tegenover de derde-verkrijger, behoudens voor die roerende goederen waarvan hij het feitelijk bezit niet heeft gekregen.

6. De datum van ingang der ontbinding wordt in beginsel bepaald door de instelling van

de eis tot ontbinding in rechte, en niet door de uitspraak door de rechter. M.a.w. de ontbondenverklaring door de rechter werkt terug.

7. Dit betekent vooreerst dat de ontbinding in beginsel niet reeds ingaat door de wanprestatie zelf.

8. Een eerste reden daarvoor zou kunnen zijn dat de wanprestatie in beginsel niet belet dat de wederpartij de keuze heeft tussen ontbinding of vorderen van verdere uitvoering. Op deze keuzemogelijkheid zijn er wel een aantal uitzonderingen : gevallen waarin enkel ontbinding kan worden bekomen. Ook kan men, blijkens het cassatie-arrest van 9 februari 1990, uit deze regel niet afleiden dat de ontbinding nooit kan ingaan vooraleer de schuldeiser daarvoor heeft gekozen en die keuze heeft medegedeeld. De eerste reden biedt dan ook nog geen voldoende verklaring.

9. De verklaring moet dan ook veeleer gezocht worden in een tweede regel, namelijk dat de wanprestatie de wanpresteerder niet noodzakelijk het recht ontnemt om toch nog na te komen en dus de schuldeiser nog niet noodzakelijk het recht geeft zich niet meer gebonden te achten aan de overeenkomst (wel om ondertussen zijn prestatie op te schorten op grond van de exceptie van niet-nakoming). Wat meer vereist is hangt af van de aard en de ernst van de tekortkoming.

10. Dit betekent helemaal niet dat de ontbinding eerst zou ingaan door de rechterlijke uitspraak. De ontbinding geschiedt in tegendeel door middel van een rechtshandeling van de partij, en de rechter gaat alleen na of aan de voorwaarden daarvan voldaan is. De rechter ontbindt de overeenkomst niet, maar verklaart ze - al dan niet - ontbonden. De partij die in zijn gedaragingen op de verklaring van de rechter vooruitloopt, loopt dus wel een zeker risico, maar dit risico is m.i. niet echt groter dan bij de exceptio non adimpleti contractus.

11. De regel dat de ontbinding *in beginsel* ingaat met de eis in rechte moet dan ook genuanceerd worden volgens de gedragingen der partijen, waarvan de rechtmatigheid bepaald wordt naargelang de aard en de ernst van de tekortkoming.

12. Terugkerend naar de tweede vraag, kan als belangrijkste regel worden gesteld dat de omvang van de uit de ontbinding voortvloeiende verplichtingen tot ongedaanmaking niet bepaald wordt door de mogelijkheid van teruggave in natura.

13. Zij wordt in tegendeel bepaald door de deelbaarheid van de verbintenissen uit de overeenkomst.

14. De onmogelijkheid van teruggave kan echter wel op een andere wijze een rol spelen bij de bepaling van de gevolgen van de ontbinding, namelijk als een verdere beperking van de ontbinding bij andere overeenkomsten, waarin de ontbinding in beginsel wel *ex tunc* werkt. De partij die op toerekenbare wijze de teruggave van een gedeelte of het geheel van de ontvangen prestaties wezenlijk onmogelijk heeft gemaakt, verwerkt namelijk haar recht op ontbinding betreffende dat gedeelte van de overeenkomst.

15. De deelbaarheid van de in een overeenkomst vervatte contractuele verbintenissen is

een vraag van uitleg van de overeenkomst in de zin van art. 1135 B.W.

16. Het gaat er niet om of de overeenkomst deelbaar is, maar wel of de verbintenissen van een der partijen deelbaar zijn. Doorslaggevend is meer bepaald de deelbaarheid van de "typische" prestatie, d.i. de prestatie die in iets anders bestaat dan de betaling van een geldsom. De verdeling geschiedt dus niet op grond van het equivalentieprincipe.

17. Van belang is verder ook de wijze waarop de partijen zich gedragen, óók en vooral bij de niet-nakoming.

18. Zo kunnen partijen de gevolgen van de ontbinding nog even uitstellen door middel van een opzeg- of overgangsperiode. In beginsel ontnemt dit een partij niet het recht zich op het ernstig karakter van de wanprestatie van der wederpartij te beroepen.

19. Bij een verdeling van de contractuele prestaties in diegene die verworven blijven en diegene die ongedaan moeten worden gemaakt moet worden uitgegaan van de door de partijen zelf aangegeven maat.