

duits concernés, pour en faire un usage normal », est surabondante.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Il n'y a pas lieu de poser à la Cour de justice de l'Union européenne la deuxième question préjudicielle libellée par la

demanderesse, cette Cour ayant déjà répondu à cette question dans l'arrêt précité du 10 novembre 2016.

Et il n'y a pas lieu de poser à cette Cour la troisième question préjudicielle libellée par la demanderesse dès lors qu'elle est sans intérêt pour la solution du litige.

(...)

Noot

Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht

Sander Van Loock¹

I. INLEIDING.

1. *It's the end of the world as we know it ...* – Het Belgisch (privaat)recht is in flux. Na 30 ventôse jaar XII (21 maart 1804), de dag waarop de *Code civil des Français* werd afgekondigd, wordt 13 april 2019 voortaan de dag die de privatistische lente inluidt. Op die dag werd de *wet tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van Boek 8 "Bewijs" in dat wetboek* afgekondigd². Die wet voert een nieuw Burgerlijk Wetboek in dat uiteindelijk uit 9 boeken zal bestaan³. In de (nabije) toekomst zal dat wetboek met de verschillende boeken gevoed worden⁴. Het huidige Burgerlijk Wetboek zal vanaf 1 november 2020 dan ook officieel het opschrift "oud Burgerlijk Wetboek" dragen. Diezelfde wet voerde reeds een Boek 1 in dat Burgerlijk Wetboek in, *i.e.* Boek 8 betreffende het bewijs⁵. Recent vulde de wetgever dat nieuwe Burgerlijk Wetboek nog aan met het Boek 3 gewijd aan het goederenrecht⁶. En ook een volgende boek ligt reeds te wachten in het Parlement. Op 16 juli 2019 werd immers het *wetsvoorstel tot invoering van Boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek* (hierna: het "wetsvoorstel verbintenissenrecht") in de Kamer van Volksvertegenwoordigers neergelegd⁷. Dat wetsvoorstel is gebaseerd op de werkzaamheden van een commissie onder leiding van de professoren P. WÉRY en S. STIJNS.

2. Belang van het arrest – In afwachting van het aanne-

men van het nieuw verbintenissenrecht, gebruikt het Hof van Cassatie de tekst van het wetsvoorstel verbintenissenrecht reeds als inspiratiebron in zijn rechtspraak. Een duidelijk voorbeeld daarvan is het geannoteerde arrest van 23 mei 2019 waarin het Hof van Cassatie voor het eerst in duidelijke bewoordingen de buitengerechtelijke ontbinding aanvaardt. In tegenstelling tot zijn eerdere rechtspraak, waarin slechts aanvaard werd dat een schuldeiser bij wanprestatie van zijn wederpartij de wederkerige overeenkomst als "*beëindigd beschouwt*", erkent het Hof nu onomwonden de buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving door de schuldeiser. In tegenstelling tot de heersende feitenrechtspraak en rechtsleer zijn voor die buitengerechtelijke ontbinding niet langer uitzonderlijke omstandigheden vereist. Met die uitspraak plaatst het Hof de buitengerechtelijke ontbinding bijgevolg op hetzelfde niveau als de gerechtelijke ontbinding.

3. Opzet en structuur – In deze noot worden louter de verbintenisrechtelijke aspecten van het cassatiearrest van 23 mei 2019 besproken. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de geleidelijke aanvaarding van de buitengerechtelijke ontbinding (III.), de onzekerheid na de cassatie-arresten van 2002 en 2009 (IV.), de analyse van het arrest van 23 mei 2019 (V.) en de anticipatieve interpretatie (VI.). Er wordt afgesloten met een conclusie (VII.).

¹. Advocaat balie te Brussel, assistent Centre de Droit Privé van de Université Saint-Louis Bruxelles en Vrijwillig Wetenschappelijk medewerker Instituut voor Verbintenissenrecht KULeuven. De auteur schrijft ten persoonlijken titel.

². BS 14 mei 2019.

³. *I.e.* Boek 1. Algemene bepalingen, Boek 2. Personen, familie en relatievermogensrecht, Boek 3. Goederen, Boek 4. Nalatenschappen, schenkingen en testamenten, Boek 5. Verbintenissen, Boek 6. Bijzondere overeenkomsten, Boek 7. Zekerheden, Boek 8. Bewijs en Boek 9. Verjaring. Zie voor een overzicht: P. WÉRY, "L'avènement du nouveau Code civil", *TBH* 2019, 619.

⁴. Zie voor een tussentijdse stand van zaken: E. DIRIX en P. WÉRY, "Het Nieuw BW, een tussentijds verslag", *RW* 2019-20, (1042) 1042; E. DIRIX en P. WÉRY, "Le nouveau Code civil: un état de la situation", *TBBR* 2020, 322-324.

⁵. Zie hierover: B. ALLEMEERSCH en A.-S. HOUTMEYERS, "Kennismaking met het nieuwe bewijsrecht", *TBH* 2019, 624.

⁶. Wet van 4 februari 2020 houdende Boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek (BS 14 mei 2019). Zie hierover: N. BERNARD, "La loi du 4 février 2020 réformant le droit des biens: le(s) lien(s) possible(s) avec le commerce et droit commercial", *TBH*, 2020, 434.

⁷. *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 0174/001.

II. ONDERLIGGENDE FEITEN EN PROCEDURE

4. Procedure ten gronde – In een geschil tussen ICE SA (hierna: “Ice”) en Lego Juris A/S (hierna: “Lego”) wordt door het hof van beroep te Brussel op 11 december 2012 aan Ice een verbod opgelegd om gebruik te maken van de tekens die met de beschermde tekens van Lego vergelijkbaar zijn. De betrokken partijen sluiten op 8 maart 2013 een dadingsovereenkomst om hun geschil te beëindigen. In artikel 1.1 van die overeenkomst aanvaardt Ice om te berusten in het arrest van 11 december 2012 en, bijgevolg, geen cassatievoorziening in te stellen tegen dat arrest. Enkele jaren later, bij brief van 4 maart 2016, verwijft Lego evenwel aan Ice dat zij de dadingsovereenkomst niet nakomt en een week later gaat zij over tot de betekening van het arrest. Op 9 juni 2016 antwoordt Ice dat zij die handelingen als een inbreuk op de dadingsovereenkomst beschouwt en geeft zij kennis van haar beslissing om die overeenkomst te ontbinden.

5. Procedure in cassatie – De dag na de ontbindingsverklaring, op 10 juni 2016, stelt Ice een voorziening in cassatie in tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel. De eerste horde die Ice in haar voorziening moet nemen is deze van de ontvankelijkheid. In de dadingsovereenkomst had zij immers aanvaard om te berusten in dat arrest, zodat haar cassatievoorziening in beginsel onontvankelijk is. Volgens Ice is zij evenwel niet langer gebonden aan die berusting en de dadingsovereenkomst, aangezien zij die overeenkomst heeft ontbonden.

6. Conclusie advocaat-generaal – Advocaat-generaal DE KOSTER volgt die argumentatie en herinnert eraan dat het Hof van Cassatie dient na te gaan of de bijgevoegde stukken een berusting van de eiser in cassatie aantonen. Uit die stukken, en met name haar brief van 9 juni 2016, blijkt dat Ice eenzijdig beslist heeft dat de dadingsovereenkomst ontbon-

den is gezien de wanprestatie die zij Lego verwijft. In dat verband verwijft de advocaat-generaal naar de eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin geoordeeld werd dat de regel dat de ontbinding van een wederkerige overeenkomst aan rechterlijke controle is onderworpen “*er niet aan in de weg staat dat een contractpartij in een wederkerige overeenkomst op eigen gezag en op eigen risico beslist haar verbintenissen niet uit te voeren en kennis geeft aan de wederpartij dat zij de overeenkomst als beëindigd beschouwt*”⁸. Aangezien Ice op 9 juni 2016 kennis gegeven had van haar wil om de dadingsovereenkomst te ontbinden, kan niet aangenomen worden dat zij nog langer berustte in het arrest op de dag dat ze haar cassatievoorziening instelde.

7. Uitspraak van het Hof van Cassatie – In het geannoteerde arrest oordeelt het Hof van Cassatie dat de cassatievoorziening van Ice inderdaad ontvankelijk is. Het Hof van Cassatie verwijft vooreerst naar de bewoordingen van artikel 1184, eerste lid BW volgens hetwelk de ontbindende voorwaarde steeds stilzwijgend in wederkerige contracten begrepen is, voor het geval dat een van beide partijen haar verbintenis niet nakomt. Vervolgens bevestigt het Hof van Cassatie dat de dadingsovereenkomst een wederkerige overeenkomst is waarop artikel 1184 BW van toepassing is. Daarna herhaalt het Hof van Cassatie dat de ontbinding krachtens artikel 1184, derde lid BW in rechte gevorderd moet worden. Die regel staat er, volgens het Hof, niet aan in de weg dat in geval van een wanprestatie die voldoende ernstig is om de gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen, de schuldeiser op eigen risico beslist om de overeenkomst te ontbinden door een kennisgeving aan de schuldenaar. Die eenzijdige ontbindingshandeling heeft uitwerking tot op het ogenblik dat een rechter die onwerkzaam verklaart.

III. DE OPMARS VAN DE BUITENGERECHTELIJKE ONTBINDING

8. Keuzerecht – Een schuldeiser in een wederkerige overeenkomst die slachtoffer is van een wanprestatie van zijn wederpartij beschikt krachtens artikel 1184, tweede lid BW over een keuzerecht. Hij heeft met name de keuze tussen het vorderen van de (gedwongen) uitvoering (*in natura* of bij equivalent) en het vorderen van de ontbinding van de overeenkomst, desgevallend aangevuld met een schadevergoeding. De schuldeiser kan dus kiezen tussen de instandhou-

ding van de overeenkomst of de beëindiging ervan⁹.

9. Ontbinding – Wanneer de schuldeiser opteert voor de beëindiging van de overeenkomst, dan moet de ontbinding volgens artikel 1184, derde lid BW in rechte gevorderd worden. Naar gelang de omstandigheden, kan aan de verweerder uitstel worden verleend. De ontbinding vereist drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden: (i) een wederkerige overeen-

⁸ In zijn conclusie verwijft de advocaat-generaal naar Cass. 2 mei 2002, C.99.0277.N, *Pas.* 2002, n° 264.

⁹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 746, nr. 586; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 201, nr. 263; STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 259; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 195-196; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *RW* 2002-03, (503) 503, nr. 1; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 906-908, nr. 587; F. VERMANDER, “Ontbinding wegens wanprestatie” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (521) 521, nr. 714; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 476, nr. 495.

komst, (ii) een toerekenbare niet-nakoming of wanprestatie, en (iii) een voorafgaandelijke ingebrekestelling (tenzij die niet meer mogelijk is of geen nut meer heeft)¹⁰.

10. Rechterlijke controlebevoegdheid – In het kader van de ontbinding heeft de rechter een dubbele controlebevoegdheid. Ten eerste beschikt de rechter op grond van artikel 1184, derde lid BW over een wettelijke uitstelbevoegdheid. Wanneer de prestatie nog zin heeft voor de schuldeiser, kan de rechter de ontbinding gedurende een bepaalde termijn uitstellen, om de schuldenaar een laatste kans tot nakoming te geven. Ten tweede heeft de rechtspraak zich in de tweede helft van de 19de eeuw een soevereine appreciatiebevoegdheid toegeëigend, *i.e.* een rechterlijke controle op de zwaarwichtigheid van de wanprestatie om de ontbinding te rechtvaardigen¹¹. Dat betekent dat de rechter de ernst van de tekortkoming moet afwegen tegen de ernst van de ontbindingssanctie. Het Hof van Cassatie omschrijft die beoordeling als volgt: “*De rechter die uitspraak moet doen over de vordering tot ontbinding van een wederkerige overeenkomst, dient de omvang en de draagwijdte te onderzoeken van de door de partijen aangegane verbintenissen en, aan de hand van de feitelijke omstandigheden, te beoordelen of de aangevoerde wanprestatie voldoende ernstig is om de ontbinding uit te spreken.*”¹².

Die ruime soevereine appreciatiebevoegdheid, die zou toelaten om de opportuniteit van de ontbinding te beoordelen, wordt in de moderne doctrine bekritiseerd. Op basis van een grondslagenonderzoek door STIJNS wordt de draagwijdte ervan genuanceerd en omkaderd. Die bevoegdheid steunt namelijk niet op artikel 1184, derde lid BW, maar veeleer op artikel 1134, derde lid BW, het principe van de uitvoering te goeder trouw. Dat betekent dat die appreciatiebevoegdheid beschouwd moet worden aan een toepassing van de mati-

gende werking van de goede trouw of van het verbod op rechtsmisbruik. Dat houdt in dat de rechter louter een marginale toetsing uitvoert¹³.

11. Traditionele invulling – Uit artikel 1184, derde lid BW wordt traditioneel afgeleid dat de ontbinding van een overeenkomst steeds een voorafgaandelijke tussenkomst vereist. Als reden daarvoor wordt het sanctiekarakter van de ontbinding naar voren geschoven¹⁴. De ontbinding moet in rechte worden gevorderd, omdat de rechter een controle-opdracht heeft over de toepassing van de sanctie. Zo stelt DE PAGE: “*Mais, en revanche, à raison de son caractère de sanction, de pénalité civile, elle suppose le contrôle du juge, et c'est la raison pour laquelle elle ne joue pas, comme la condition résolutoire de droit commun, de plein droit. Le juge doit intervenir pour la prononcer, et cette intervention nécessaire, en principe tout au moins, suppose un pouvoir d'appréciation quant au fondement de la demande de résolution.*”¹⁵.

12. Buitengerechterlijke ontbinding – Vanaf de jaren 1970 kwam het principe van de gerechterlijke ontbinding in toenemende mate onder druk te staan, met name door de gerechterlijke achterstand en de onzekere uitkomst van de rechterlijke appreciatiebevoegdheid. Zo identificeerde Van Ommeslaghe de verplichte voorafgaandelijke tussenkomst reeds in 1975 als één van de zwaktepunten van de regeling van de ontbinding: “*Compte tenu des délais inhérents aux procédures judiciaires, il peut évidemment en résulter de très grands inconvénients dans la vie pratique des affaires. Il s'agit d'une grande faiblesse du système de la résolution judiciaire tel qu'il est organisé par le Code Napoléon.*”¹⁶. De bodemrechtspraak gaf gehoor aan die bekommernissen en erkende relatief snel de buitengerechterlijke ontbin-

¹⁰. Antwerpen 6 november 2017, *TBO* 2018, 204; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 739 *et seq.*; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 205-206, nr. 268; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 739, nr. 144; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 196-197; F. VERMANDER, “Ontbinding wegens wanprestatie” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (521) 525-526, nr. 719; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 628-631, nrs. 664-668.

¹¹. S. STIJNS spreekt van een “*stille machtsgreep*”: S. STIJNS, *De gerechterlijke en buitengerechterlijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 199-210, nrs. 129-138; S. STIJNS, “De buitengerechterlijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 261, nr. 8; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 739, nr. 145; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 339, nr. 27; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 632, nr. 671. In zijn principearrest van 22 november 1894 overwoog het Hof van Cassatie: “*qu'il n'y a pas eu violation d'une stipulation essentielle du contrat, et que les intérêts de Betim n'ont été ni lésés ni compromis, il n'y a là nulle méconnaissance de l'article 1184 du Code civil, disposition d'équité par laquelle le législateur, comme en témoignent notamment les articles 1636, 1729 et 1766 du même code, n'a point entendu interdire au juge saisi d'une action en résiliation d'une convention pour inexécution de celle-ci, de rechercher si l'inexécution supposée établie serait assez grave pour entraîner la résolution demandée*” (Cass. 22 november 1894, *Pas.* 1895, I, 11).

¹². Zie bv. Cass. 24 september 2009, C.08.0346.N, *Arr. Cass.* 2009, 2097, *Pas.* 2009, I, 1979, *RABG* 2009, 1311, *RW* 2010-11, 1346, noot J. DE WEGGHELEIRE, *TBBR* 2012, 158, noot M. DAMBRE, *TBH* 2010, 249, *TBO* 2010, 9.

¹³. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 209-210, nr. 274; S. STIJNS, “De buitengerechterlijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 261, nrs. 8-9; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 339, nr. 27.

¹⁴. M. FONTAINE, “La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive” (noot onder Cass. 16 januari 1986 en Bergen 21 juni 1983), *RCJB* 1991, (12) 29, nr. 26.

¹⁵. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Larcier, 1964, 835-836, nr. 875.

¹⁶. P. VAN OMMEFLAGHE, “Examen de jurisprudence. Les obligations (suite) (1968 à 1973)”, *RCJB* 1975, (597) 605, nr. 65. Zie ook: R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *TPR* 1983, (495) 639, nr. 134.

ding¹⁷, daarin gesteund door een rechtsleer die zich eveneens grotendeels voor een buitengerechtelijke ontbinding uitsprak¹⁸.

13. Rechtvaardiging – De doctrinaire basis voor de aanvaarding van de buitengerechtelijke ontbinding werd geleverd door het doctoraal onderzoek van STIJNS, waarin zij tot de conclusie kwam dat de buitengerechtelijke ontbinding in uitzonderlijke omstandigheden verdedigd kan worden en dat dit verzoenbaar was met de rechterlijke controle op de ontbindingssanctie. Het hoger geschetste fundamentele onderscheid tussen de rechterlijke uitstelbevoegdheid en de marginale controle op rechtsmisbruik fungeerde daarbij als uitgangspunt (cf. *supra*, randnr. 10). Waar die uitstelbevoegdheid logischerwijze slechts voorafgaand aan de ontbinding kan worden uitgeoefend, geldt dat niet voor de misbruikcontrole, die evenzeer *a posteriori* kan plaatsvinden¹⁹. Bijgevolg kan alleen de uitstelbevoegdheid de verplichte voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst rechtvaardigen²⁰. Dat brengt met zich mee dat, in uitzonderlijke omstandigheden

waarin die uitstelbevoegdheid zinloos of onmogelijk is geworden, een buitengerechtelijke ontbinding mogelijk is en in overeenstemming is met het normdoel van artikel 1184, derde lid BW. In een dergelijk geval kan de misbruikcontrole immers nog steeds *a posteriori* worden uitgeoefend²¹.

14. Teleologische reductie – Er wordt vaak gesteld dat die buitengerechtelijke ontbinding zou steunen op een *a contrario* lezing van artikel 1184, derde lid BW²². Dit lijkt methodologisch niet helemaal correct te zijn. Bij een *a contrario* interpretatie van een rechtsnorm wordt namelijk geargumenteed dat die regeling afsluitend is en dat het door die norm geviseerde rechtsgevolg bijgevolg alleen maar mag intreden, wanneer de voor die norm vereiste feitenconstellatie voorligt en niet wanneer andere feiten voorliggen²³. Dat is bij de voorgestelde interpretatie van artikel 1184, derde lid BW niet het geval. Hier handelt het veeleer om een *teleologische reductie* van artikel 1184, derde lid BW²⁴. Bij een teleologische reductie wordt namelijk vastgesteld dat een wettelijke bepaling ruimer geformuleerd is dan haar norm-

17. Zie reeds Bergen 21 juni 1983, *RCJB* 1991, 8, noot M. FONTAINE: “Attendu que, certes, une personne liée par un contrat qui ne veut pas s'exposer au risque d'être désapprouvée par un tribunal, et de devoir en conséquence payer d'importants dommages et intérêts à son cocontractant, saisira les tribunaux d'une action en résolution avant de rompre le contrat; qu'en adoptant pareille attitude, la partie qui se plaint du comportement de son cocontractant fait preuve d'une judicieuse prudence; Attendu toutefois que rien ne peut empêcher une partie, consciemment décidée à s'exposer au risque de devoir payer des dommages et intérêts si elle est désapprouvée ultérieurement par le tribunal, de mettre un terme immédiat à une convention, en raison de la gravité des griefs qu'elle a à faire, qui peuvent l'amener à considérer qu'il est absolument impossible de poursuivre d'une façon quelconque les relations contractuelles.” Zie de verwijzingen in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht”, *RW* 1992-93, (1209) 1236, nr. 64; M. FONTAINE, “La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive” (noot onder Cass. 16 januari 1986 en Bergen 21 juni 1983), *RCJB* 1991, (12) 31-37; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 519-654, nrs. 386-512; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 741, nr. 148.
18. E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht”, *RW* 1992-93, (1209) 1236, nr. 64; M. FONTAINE, “La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive” (noot onder Cass. 16 januari 1986 en Bergen 21 juni 1983), *RCJB* 1991, (12) 32, nr. 30; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 741, nr. 148; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence. Les obligations (suite) (1968 à 1973)”, *RCJB* 1975, (597) 607, nr. 65bis; M. VAN RUYMBEKE, “Et si la résolution n'était plus judiciaire ...”, *RGAR* 1978, nr. 9850/3 verso. *Contra*: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 757-758, nr. 593.
19. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 218-219, nr. 285; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 741, nr. 147; S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 261, nr. 9; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 339, nr. 27; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 768, nr. 793. Zie reeds in die zin: E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht”, *RW* 1992-93, (1209) 1236, nr. 64.
20. S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 188-198, nrs. 119-128.
21. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 218-219, nr. 285; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 604-605, nr. 464; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 740, nr. 147; S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 261, nr. 10; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 339, nr. 27; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 768-769, nr. 793. *Contra*: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 757-758, nr. 593.
22. In die zin bv.: S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 218, nr. 285; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 604, nr. 464; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *RW* 2002-03, (503) 505, nr. 4; F. VERMANDER, “Ontbinding wegens wanprestatie” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (521) 551, nr. 745; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 338-339, nr. 27; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 468, nr. 793.
23. H.C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, 44, nr. 35; HONSELL en T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft, Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, Berlin, Springer, 2015, 107; K. LARENZ en C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, 209-210; B. RÜTHERS, C. FISCHER en A. BIRK, *Rechtstheorie*, München, Beck, 2015, 536-537, nrs. 899-900; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 1987, 58, nr. 18.
24. In de Belgische rechtsleer wordt die interpretatiemethode amper besproken. Belangrijke uitzonderingen zijn: F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 26, vn. 111; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 82, nr. 42.

doel eigenlijk vereist. De bewoordingen gaan m.a.w. verder dan noodzakelijk. In die zin is er dus een wetslacune, aangezien de wettelijke bepaling een noodzakelijke uitzondering ontbeert. Die lacune wordt ingevuld door de toepassing van die bepaling te beperken (*i.e.* te reduceren) tot die gevallen waarop het normdoel betrekking heeft²⁵. Een dergelijke interpretatie van een rechtsnorm is niet *contra legem*, aangezien ze steeds binnen de grenzen van de doelstellingen van de betrokken wettelijke bepaling plaatsvindt. Ze richt zich alleen op de (te ruime) bewoordingen van de bepaling (*contra verba legis*), maar doet geen afbreuk aan het doel van de norm (*secundum rationem legis*). De toepassing van de te ruim geformuleerde norm wordt beperkt in lijn met haar immanente normdoel²⁶.

Welnu, er werd vastgesteld dat de reden voor de verplichte rechterlijke tussenkomst voorzien in artikel 1184, derde lid BW schuilt in de mogelijke toepassing van de rechterlijke uitstelbevoegdheid. Door niet in een uitzondering voor die rechterlijke tussenkomst te voorzien voor feitenconstellaties waar die uitstelbevoegdheid zinloos of onmogelijk is geworden, is die bepaling eigenlijk ruimer geformuleerd dan haar normdoel vereist. Wanneer de uitstelbevoegdheid zinloos of onmogelijk is geworden, is er bijgevolg geen reden meer om

nog langer een voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst te vereisen. Door een teleologische reductie wordt artikel 1184, derde lid BW (en de daarin opgenomen vereiste voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst) in overeenstemming met die doelstelling beperkt tot die gevallen waar de uitstelbevoegdheid wel nog zinvol en mogelijk is²⁷.

15. Voorwaarden buitengerechterlijke ontbinding – In ieder geval kon de buitengerechterlijke ontbinding in de rechtspraak en rechtsleer op veel bijval rekenen²⁸. Naast de “gewone” rechterlijke ontbinding en de buitengerechterlijke ontbinding krachtens uitdrukkelijk ontbindend beding, werd de buitengerechterlijke ontbinding in uitzonderlijke omstandigheden als een derde weg voor de ontbinding beschouwd. Voor die buitengerechterlijke ontbinding werden de volgende toepassingsvoorwaarden gehanteerd: (i) een voldoende ernstige toerekenbare tekortkoming die een gerechtelijke ontbinding rechtvaardigt, (ii) de rechterlijke uitstelbevoegdheid is nutteloos of onmogelijk geworden, (iii) de schuldeiser geeft kennis van zijn buitengerechterlijke ontbinding en de redenen daarvoor, en (iv) de schuldeiser handelt te goeder trouw (bv. ingebrekestelling met laatste uitvoerings termijn)²⁹.

IV. ONDUIDELIJKHEID NA DE CASSATIEARRESTEN VAN 2002 EN 2009

16. Onduidelijkheid – In 2002 en 2009 kreeg het Hof van Cassatie de kans om zich uit te spreken over de plaats van de buitengerechterlijke ontbinding in het Belgisch verbintenissenrecht. Die arresten brachten evenwel niet de gewenste duidelijkheid, zodat over de draagwijdte ervan hevige dis-

cussie bestond in de rechtsleer en onzekerheid in de praktijk³⁰.

17. Cass. 2 mei 2002 – In twee arresten van 2 mei 2002 oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 1184, derde lid BW “*er niet aan in de weg staat dat een contractpartij in een*

25. W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, 82-83, nr. 75; HONSELL en T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft, Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, Berlin, Springer, 2015, 109; K. LARENZ en C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, 210-211; B. RÜTHERS, C. FISCHER en A. BIRK, *Rechtstheorie*, München, Beck, 2015, 537-538, nrs. 902-903.

26. C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, 82-83, nr. 75; HONSELL en T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft, Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, Berlin, Springer, 2015, 110.

27. Zie ook WÉRY, die verwijst naar het adagium “*Cessante ratione legis, cessat lex*” (P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 769, nr. 793). Men moet evenwel benadrukken dat dat adagium geenszins de grondslag vormt voor een teleologische reductie. Op basis van dat adagium zou men immers normen volledig kunnen uitsluiten, terwijl het bij de teleologische reductie louter om gaat het beperken van de toepassing van een norm. Zie verder: C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, 162, nr. 181.

28. S. JANSSEN en S. VAN LOOCK, “Nieuw verbintenissenrecht: de uitwerking van het contract tussen partijen en jegens derden en de gevolgen van het toerekenbaar en ontoerekenbaar niet-nakomen” in *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (83) 101-102, nr. 56; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechterlijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *RW* 2002-03, (503) 504, nr. 4; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 312-313, nr. 9; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 763-764, nr. 789.

29. Luik 4 juni 2019, *DAOR* 2020, 69; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 838, vn. 3640; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 219-220, nr. 287; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechterlijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 601 *et seq.*; S. STIJNS, “De buitengerechterlijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 270, nr. 43; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechterlijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *RW* 2002-03, (503) 505, nr. 6; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1914, nr. 590; F. VERMANDER, “Ontbinding wegens wanprestatie” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (521) 555-556, nr. 750; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 331, nr. 20.

30. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 217, nr. 284; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 198-202; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1916, nr. 590; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 769-774.

wederkerige overeenkomst, op eigen gezag en op eigen risico beslist haar verbintenissen niet meer uit te voeren en kennis geeft aan de wederpartij dat zij de overeenkomst als beëindigd beschouwt”³¹. Het Hof van Cassatie lijkt dus niet zo ver te gaan als een erkenning van een buitengerechtelijke ontbinding, maar overweegt eigenlijk slechts dat een schuldeiser op eigen risico kan beslissen om zijn verbintenissen niet meer uit te voeren en kennis kan geven dat hij de overeenkomst als beëindigd “beschouwt”.

Inderdaad, het Hof van Cassatie oordeelt namelijk dat “de beoordeling van de rechtmatigheid van deze eenzijdige beslissing aan de rechter wordt onderworpen bij een latere vordering tot gerechtelijke ontbinding” en dat “de rechter die over de gerechtelijke ontbinding beslist, bij het beoordelen van de gevolgen van die ontbinding en van de rechten die de beide partijen kunnen laten gelden, vermag te oordelen dat gelet op de wanprestatie van haar wederpartij, de contractpartij geen fout heeft begaan door eenzijdig de overeenkomst als beëindigd te beschouwen”. Het Hof van Cassatie meent dus dat een eventuele *a posteriori* controle door de rechter plaats vindt in het kader van een “latere vordering tot ontbinding”. Dat is opmerkelijk, aangezien het Hof eerder overweegt dat de schuldeiser de overeenkomst wel reeds als beëindigd kan beschouwen. Verder oordeelt het Hof dat de rechter kan oordelen dat de beslissing van de schuldeiser om de overeenkomst als beëindigd te beschouwen geen fout uitmaakt, gelet op de wanprestatie van de schuldenaar.

18. Cass. 16 februari 2009 – Het Hof van Cassatie herneemt in zijn arrest van 16 februari 2009 de bewoordingen van diens eerdere arresten en voegt daaraan toe dat de schuldeiser een fout begaat door de overeenkomst eenzijdig als beëindigd te beschouwen, “wanneer de wanprestatie van de wederpartij op zich niet van aard was een gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen of wanneer de wederpartij niet in gebreke werd gesteld in zake de door haar begane wan-

prestatie en een ingebrekestelling nog een nuttig gevolg kon hebben”³². Het Hof van Cassatie bevestigt m.a.w. de vereisten opdat een schuldeiser de overeenkomst eenzijdig als beëindigd kan beschouwen. De wanprestatie moet voldoende ernstig zijn om een gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen en de schuldenaar moet in gebreke worden gesteld, tenzij die geen nuttig gevolg kon hebben.

19. Discussie in de rechtsleer – De drie cassatiearresten van 2 mei 2002 en 16 februari 2012 gaven aanleiding tot heel wat debat. *Grosso modo* kan men drie opvattingen onderscheiden³³.

Een eerste strekking, tot wie STIJNS, VAN OEVELEN en WÉRY gerekend kunnen worden, beschouwde die arresten als een erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding, maar op een schoorvoetende en onvolledige wijze³⁴. Zo betreurden die auteurs de gehanteerde terminologie die zij als onzuiver beschouwen en de onduidelijkheid m.b.t. de grondslag en de toepassingsvoorwaarden van de buitengerechtelijke ontbinding.

Een tweede strekking, die vertegenwoordigd wordt door CORNELIS en BAECK, argumenteerde dat de arresten geen principiële erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding inhouden. De eenzijdige beslissing van de schuldeiser zou veeleer beschouwd moeten worden als een louter feitelijk vooruitlopen op een latere rechterlijke ontbinding³⁵.

JAFFERALI verdedigde een tussenopvatting. Volgens die auteur heeft het Hof van Cassatie de buitengerechtelijke ontbinding niet erkend, maar gaat het evenmin om een louter feitelijk vooruitlopen op de ontbinding. Het handelt veeleer om een *sui generis* figuur, waaraan het Hof van Cassatie specifieke juridische gevolgen heeft verbonden³⁶.

20. Enkele toepassingen in de rechtspraak – Ondanks die discussie in de rechtsleer, bleef de buitengerechtelijke ontbinding springlevend³⁷ en aarzelde de rechtspraak niet

³¹ Cass. 2 mei 2002, C.01.0185.N, *Arr.Cass.* 2002, 1177, *Juristenkrant* 2002, 5, *Pas.* 2002, I, 1051, *RCJB* 2004, 293, noot P. WÉRY en *TBBR* 2003, 339 en Cass. 2 mei 2002, C.99.0277.N, *Arr.Cass.* 2002, 1167, *Juristenkrant*, 2002, 5, *NjW* 2002, 24, noot, *Pas.* 2002, I, 1046, *RCJB* 2004, 291, *RW* 2002-03, 501, noot A. VAN OEVELEN en *TBBR* 2003, 337.

³² Cass. 16 februari 2009, C.08.0043.N, *Arr.Cass.* 2009, 537, *JT* 2010, 352, noot M. DUPONT, *Pas.* 2009, I, 485, *RW* 2011-12, 1843, noot J. BAECK, *TBH* 2009, 722 en *TBO* 2009, 245, noot.

³³ S. JANSEN en S. VAN LOOCK, “Nieuw verbintenissenrecht: de uitwerking van het contract tussen partijen en jegens derden en de gevolgen van het toerekenbaar en ontoerekenbaar niet-nakemen” in *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (83) 100-101, nr. 55.

³⁴ S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, 258-272; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 217-218, nr. 284; A. VAN OEVELEN, “De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *RW* 2002-03, 503-506 (na het arrest van 16 februari 2009, lijkt deze auteur evenwel een meer terughoudende positie ingenomen te hebben: A. VAN OEVELEN, “Enkele actuele knelpunten in het verbintenissenrecht”, *RW* 2011-12, (55) 59, nr. 9); P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 918, nr. 591; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, 300-348; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 772-773, nr. 798.

³⁵ J. BAECK, “(R)evolutie in ontbindingsland?” (noot onder Cass. 16 februari 2009), *RW* 2011-12, 1845-1849; J. BAECK, “(Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, 321; L. CORNELIS, “De ontbinding: het treurig einde van een mooi verhaal?” in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 228-265. Zie voordien reeds: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 757-758, nr. 593.

³⁶ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 842-844, nr. 362.

³⁷ H. VAN GOMPEL en W. WIJSMANS, “De buitengerechtelijke ontbinding: springlevend, ondanks een aarzelend Hof van Cassatie en een verdeelde doctrine”, *Limb.Rechtsl.* 2015, 99-116.

om die toe te passen³⁸. Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat een koper die een personenwagen bij een garage had besteld, gerechtigd was de koopovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden, aangezien die de leverings termijn eenzijdig had verdubbeld tot 12 weken³⁹. Daarnaast werd de buitengerechtelijke ontbinding van een huurovereenkomst aanvaard, aangezien de huurder “gewoonweg gestopt [was] met betalen”, wat een “ernstige en onver-

schoonbare contractuele wanprestatie” uitmaakte⁴⁰. Het hof van beroep te Luik keurde de buitengerechtelijke ontbinding goed van een overeenkomst voor het ontwikkelen van een website en andere diensten, omwille van onder andere de laattijdige lancering van de website, het niet functioneren van de e-shop en ondermaatse prestaties. Die ernstige wanprestaties hadden het noodzakelijke vertrouwen ondermijnd⁴¹.

V. HET ARREST VAN 23 MEI 2019

21. Feitelijke beoordeling – De omstandigheden waarin het Hof van Cassatie moest oordelen over de buitengerechtelijke ontbinding waren bijzonder. Aangezien de vraag naar de geldigheid en de rechtsgevolgen van de buitengerechtelijke ontbinding door Ice determinerend was voor de ontvankelijkheid van diens cassatievoorziening zelf, moest het Hof van Cassatie daarover in de feiten oordelen. Het Hof van Cassatie moet immers nagaan, door een onderzoek van de feitelijke omstandigheden van de zaak, of de overgelegde stukken al dan niet een berusting door de eiser in cassatie uitmaken⁴². Het Hof van Cassatie moest dus zelf oordelen of buitengerechtelijke ontbinding door Ice al dan niet geldig was. Het kon dus niet louter oordelen of Ice de dadingsovereenkomst als beëindigd beschouwde of mocht beschouwen, maar moest oordelen of de dadingsovereenkomst beëindigd was.

22. Erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding – In enkele bondige en krachtige overwegingen komt het Hof van Cassatie tot een onvoorwaardelijke erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding. Daarbij stapt het Hof over de schaduw van zijn arresten uit 2002 en 2009. Ten eerste bevestigt het Hof van Cassatie dat artikel 1184 BW ook van toepassing is op dadingsovereenkomsten. Ten tweede herhaalt het Hof van Cassatie dat de ontbinding krachtens artikel 1184, derde lid BW in rechte gevorderd moet worden.

In een innovatieve overweging oordeelt het Hof evenwel dat “die regel er niet aan de weg staat dat in geval van een voldoende ernstige wanprestatie die een gerechtelijke ontbin-

ding rechtvaardigt, de schuldeiser beslist op eigen risico het contract te ontbinden door een kennisgeving aan de schuldenaar”⁴³.

Het Hof oordeelt verder dat “die eenzijdige rechtshandeling tot ontbinding uitwerking heeft tot op het ogenblik dat een rechter die onwerkzaam verklaart”⁴⁴. Op grond van de overgelegde stukken oordeelt het Hof van Cassatie dat de dadingsovereenkomst als ontbonden moet worden gehouden.

23. Buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving

– Met één principeoverweging maakt het Hof van Cassatie dus een einde aan het debat in de rechtsleer betreffende de erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding. Het is nu duidelijk dat het Hof van Cassatie die niet als een tussenfiguur of een feitelijk vooruitlopen op de ontbinding beschouwt, maar als een zelfstandige ontbindingsfiguur. De ontbinding gebeurt door de schuldeiser zelf die van die beslissing kennisgeeft aan de schuldenaar. Die kennisgeving is dus constitutief voor de ontbinding. In tegenstelling tot in de eerdere cassatiearresten is er niet langer sprake van dat de schuldeiser het contract beëindigd beschouwt, maar beslist hij om het contract te ontbinden. Het Hof verduidelijkt dat het daarbij handelt om eenzijdige rechtshandeling van de schuldeiser die uitwerking heeft zolang de rechter die niet onwerkzaam verklaart. Die rechtshandeling is een mededelingsplichtige rechtshandeling, zodat die pas uitwerking heeft wanneer de schuldenaar kennis heeft genomen of redelijkerwijze kennis heeft kunnen nemen van de kennisgeving met de ontbindingsverklaring. Er is logischerwijze dus niet

³⁸. Zie voor een overzicht: S. JANSEN en S. VAN LOOCK, “Nieuw verbintenissenrecht: de uitwerking van het contract tussen partijen en jegens derden en de gevolgen van het toerekenbaar en ontoerekenbaar niet-nakomen” in *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (83) 101-102, vn. 80 en H. VAN GOMPEL en W. WIJSMANS, “De buitengerechtelijke ontbinding: springlevend, ondanks een aarzelend Hof van Cassatie en een verdeelde doctrine”, *Limb.Rechtsl.* 2015, (99) 105-116.

³⁹. Antwerpen 14 november 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018, 138, noot S. VAN LOOCK.

⁴⁰. Antwerpen 16 juli 2018, *P&B* 2018, 224.

⁴¹. Luik 4 juni 2019, *DAOR* 2020, 69: “Il y a lieu de constater que l'intimée a été mise en demeure à plus d'une reprise à remédier à ses divers manquements tels qu'ils ont été rappelés ci-avant et que l'appelante était fondée à mettre fin aux diverses conventions liant les parties aux torts et griefs de la SCS V.C., dès lors que la confiance nécessaire entre parties au contrat a légitimement disparu en raison de la gravité des manquements relevés et dont l'existence est établie, soit au regard des délais contractuellement convenus ou implicitement reconnus par l'intimée.”

⁴². Cass. 5 september 1974, *Pas.* 1975, I, 13, *Arr.Cass.* 1975, 19; Cass. 13 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 824, *Pas.* 1978, I, 786; P. GERARD, H. BOULARBAH en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Brussel, Bruylant, 2012, 51, nr. 68.

⁴³. Vrije vertaling van: “Cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'en cas d'inexécution suffisamment grave pour justifier la résolution judiciaire, le créancier décide à ses risques et périls de résoudre le contrat par une notification au débiteur.”

⁴⁴. Vrije vertaling van: “Cet acte unilatéral de résolution produit effet tant qu'il n'a pas été déclaré inefficace par un juge.”

langer sprake van een “latere vordering tot gerechtelijke ontbinding”.

24. Op risico van de schuldeiser – Niettemin geeft het Hof van Cassatie geen vrijeleide aan partijen om ongehinderd en zonder gevolgen contracten te ontbinden. De ontbinding gebeurt immers op eigen risico van de schuldeiser. Dat betekent dat de schuldeiser zelf moet inschatten of de wanprestatie van de schuldenaar voldoende ernstig is om een ontbinding te rechtvaardigen. Wanneer de schuldeiser op foutieve wijze overgaat tot de ontbinding, dan loopt de schuldeiser het risico dat de overeenkomst ten laste van hem wordt ontbonden of dat hij contractuele aansprakelijkheid oploopt. Bovendien preciseert het Hof dat de rechter, bij betwisting door de schuldenaar, de ontbindingsverklaring onwerkzaam kan verklaren.

Terwijl het Hof van Cassatie niet nader ingaat op de inhoud van die *a posteriori* rechterlijke controle, kan teruggegrepen worden naar de controlebevoegdheid zoals die in de rechtsleer is ontwikkeld. Die controle bestaat uit een tweevoudige controlebevoegdheid: een controle van de regelmatigheid en de rechtmatigheid, die kenmerkend is voor de controle op een partijbeslissing. Op gelijkaardige wijze oordeelde het Hof van Cassatie reeds dat het beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding onderworpen is aan de controle op rechtsmisbruik⁴⁵. De ontbindingsverklaring kan bijgevolg onwerkzaam worden verklaard, wanneer niet voldaan is aan de vereisten van de ontbinding (*i.e.* een regelmatigheidstoets) of die ontbinding rechtsmisbruik uitmaakt (*i.e.* een rechtmatigheidstoets). Wanneer de ontbindingsverklaring onwerkzaam wordt verklaard, herleeft de overeenkomst en blijft ze rechtsgevolgen ressorteren. In de mate dat het onterechte beroep op de ontbinding een fout uitmaakt in hoofde van de schuldeiser, kan diens wederpartij op haar beurt het keuzerecht uitoefenen en de gewenste contractuele remedies inroepen⁴⁶.

25. Wetsvoorstel verbintenissenrecht: Boek 5 – Uit de bewoordingen van het geannoteerde arrest blijkt onmiskenbaar de invloed van het hervormingsvoorstel van het verbintenissenrecht, dat als wetsvoorstel in het Parlement is neergelegd⁴⁷. Het voorgestelde artikel 5.96 bepaalt namelijk:

“Nadat hij nuttige maatregelen heeft genomen om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen, kan de schuldeiser het contract, op eigen risico, ontbinden door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de schuldenaar. Die vermeldt de tekortkomingen die hem worden verweten.” Net als het geannoteerde arrest voorziet artikel 5.96 dat de schuldeiser op eigen risico de overeenkomst door een kennisgeving aan de schuldenaar kan ontbinden. In tegenstelling tot het geannoteerde arrest stelt artikel 5.96 een schriftelijke kennisgeving voorop, al zal een diligente schuldeiser doorgaans eveneens een schriftelijke kennisgeving aan zijn schuldenaar doen, al was het maar om latere bewijsproblemen te vermijden. Hetzelfde geldt voor het nemen van “nuttige maatregelen (...) om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen”. Hoewel dat geen vereiste is voor de geldige uitoefening van het ontbindingsrecht, zal een schuldeiser er niettemin goed aan doen om dergelijke vaststellingen te doen, zodat hij bij betwisting de wanprestatie kan bewijzen⁴⁸.

Daarnaast bepaalt het voorgestelde artikel 5.97: “De kennisgeving waarmee de schuldeiser het contract ontbindt, is onwerkzaam indien niet voldaan is aan de vereisten van de ontbinding of indien de ontbinding abusief is.” Het hervormingsvoorstel voorziet dus ook in de sanctie van de onwerkzaamheid. In tegenstelling tot het geannoteerde arrest, waarin gesteld wordt dat de rechter de onwerkzaamheid verklaart, lijkt artikel 5.97 uit te gaan van een automatische onwerkzaamheid, wanneer niet aan de vereisten is voldaan of er sprake is van rechtsmisbruik⁴⁹.

26. Toepassingsvoorwaarden – Uit het geannoteerde arrest kunnen de volgende toepassingsvoorwaarden voor de buitengerechtelijke ontbinding worden afgeleid: (i) een wederkerige overeenkomst, (ii) een voldoende ernstige wanprestatie die de (gerechtelijke)⁵⁰ ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt, en (iii) een kennisgeving door de schuldeiser aan de schuldenaar. In die kennisgeving moet de schuldeiser zijn ontbindingsverklaring op ondubbelzinnige wijze kenbaar maken en nauwkeurig het motief voor de ontbinding kenbaar maken. Daarbij moet wellicht een voorafgaandelijke ingebrekestelling als vierde toepassingsvoorwaarde worden toegevoegd. Hoewel het Hof van Cassatie

⁴⁵ Cass. 9 maart 2009, C.08.0331.F, *Pas.* 2009, I, 689, *Arr. Cass.* 2009, 762, *Concl. J. GENICOT*, *JT* 2009, 392, *Concl. J. GENICOT*, *TBBR* 2010, 130, noot J. GERMAIN. W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 203.

⁴⁶ Gent 13 november 2013, *NjW* 2014, 850; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 838-839, nr. 360; S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 268, nr. 37; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 203-204; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 915, nr. 590. Zie reeds: E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht”, *RW* 1992-93, (1209) 1236, nr. 64; P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence. Les obligations (suite) (1968 à 1973)”, *RCJB* 1975, (597) 605, nr. 65.

⁴⁷ Zie daarover: S. JANSEN en S. VAN LOOCK, “Nieuw verbintenissenrecht: de uitwerking van het contract tussen partijen en jegens derden en de gevolgen van het toerekenbaar en ontoerekenbaar niet-nakomen” in *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (83) 102-104, nrs. 57-59.

⁴⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 915, nr. 590.

⁴⁹ S. STIJNS en S. JANSEN, “Noot: de buitengerechtelijke ontbinding einde erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving” (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) 490, nr. 27.

⁵⁰ Hoewel het geannoteerde arrest het adjectief “gerechtelijk” nog gebruikt, voegt dit in dezen niets toe. Zowel voor de buitengerechtelijke als de gerechtelijke ontbinding is immers eenzelfde voldoende ernstige wanprestatie vereist.

die voorwaarde in het geannoteerde arrest niet herneemt, volgt dat vereiste reeds uit de verplichting om overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren (en ook te beëindigen) (art. 1134, derde lid BW)⁵¹. In het arrest van 16 februari 2009 oordeelde het Hof uitdrukkelijk dat een ingebrekestelling noodzakelijk is als die nog een nuttig gevolg kan hebben. Wellicht maakt het geannoteerde arrest geen melding van de voorafgaandelijke ingebrekestelling, aangezien die *in casu* zinloos geworden was door de betekening van het arrest door Lego.

27. Geen uitzonderlijke omstandigheden vereist – Het is opmerkelijk dat het Hof van Cassatie in het geannoteerde arrest geen uitzonderlijke omstandigheden vereist die de rechterlijke uitstelbevoegdheid nutteloos of onmogelijk maken. Want hoewel de eerdere cassatiearresten van 2002 en 2009 evenmin uitzonderlijke omstandigheden vooropstelden, fungeerde dat vereiste in de heersende feitenrechtspraak en rechtsleer in principe als rechtvaardiging voor de buitengerechtelijke ontbinding⁵². Met andere woorden, die uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardigden de afwijking van de verplichte voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst zoals bepaald in artikel 1184, derde lid BW. Zelfs wanneer het resultaat van het arrest zonder enige twijfel goedgekeurd kan worden, moet men dan ook betreuren dat het Hof van Cassatie in zijn arrest niet de grondslag voor de afwijking op de regel van artikel 1184, derde lid BW identificeert. Zonder enige argumentatie of motivering oordeelt

het Hof van Cassatie namelijk dat artikel 1184, derde lid BW (waarin een rechterlijke tussenkomst wordt vereist), er niet aan in de weg staat dat de schuldenaar de overeenkomst op eigen risico buitengerechtelijk ontbindt. Het Hof van Cassatie deelt dus niet mee waarom de regel van artikel 1184, derde lid BW een buitengerechtelijke ontbinding niet onmogelijk maakt. Dat is een gemiste kans. Met name wanneer het Hof van Cassatie innoveert en zijn rechtsvormende rol opneemt⁵³, is namelijk een meer uitgebreide motivering vereist. Alleen op die wijze kan het Hof immers op een verantwoorde wijze zijn belangrijke rol bij de voortontwikkeling van het recht ter harte nemen⁵⁴. In dat verband stelt Stijns terecht: *“De arresten moeten m.i. inzage geven aan de lezer in de redenen die een door het Hof gemaakte keuze onderbouwen en dus verantwoorden. Enkel een dergelijke motivering die tevens een verantwoording bevat, geeft legitimiteit aan een rechtsvormende beslissing.”*⁵⁵.

De eerste annotatoren van het cassatiearrest van 23 mei 2019 merken weliswaar op dat het Hof van Cassatie geen uitzonderlijke omstandigheden vereist, maar gaan echter niet in op wat dat betekent voor de grondslag van de buitengerechtelijke ontbinding. Zo wordt er louter op gewezen dat het Hof van Cassatie de buitengerechtelijke ontbinding, naar het voorbeeld van onder meer het voorgestelde artikel 5.94, op voet van gelijkheid met de gerechtelijke ontbinding wilde behandelen⁵⁶. Hoewel die vaststelling ongetwijfeld correct is, blijft de vraag naar de grondslag voor het afwijken van

⁵¹. Antwerpen 6 november 2017, *TBO* 2018, 204; Kh. Brussel 6 juni 2016, *DAOR* 2016, 204; Kh. Hasselt 10 juni 2014, *Limb.Rechtsl.* 2015, 67; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 618, nr. 479; S. STIJNS, “De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend” (noot onder Cass. 2 februari 2002), *TBBR* 2003, (258) 270, nr. 43.

⁵². Zie letterlijk in die zin: *“Vermits het een uitzondering vormt op de regel dat enkel de rechter de overeenkomst kan ontbinden, dient de buitengerechtelijke ontbinding met de grootste omzichtigheid te worden benaderd, en dient te worden voldaan aan een aantal voorwaarden”* (Kh. Hasselt 10 juni 2014, *Limb.Rechtsl.* 2015, 67). Zie echter Kh. Henegouwen (afd. Bergen) 9 januari 2019, waarin met verwijzing naar het cassatiearrest van 16 februari 2009 geen uitzonderlijke omstandigheden worden vereist, maar een voldoende ernstige wanprestatie volstaat: *“Selon la jurisprudence de la Cour de cassation citée ci-dessus, le juge peut valider après coup une rupture unilatérale si les conditions de la résolution judiciaire étaient présentes. Celle-ci suppose l’existence d’un manquement grave.”*

⁵³. Dat het Hof van Cassatie bewust is van die rechtsvormende rol, blijkt bv. uit zijn *Jaarverslag van 2019* (p. 20): *“Door toezicht te houden op de correcte toepassing van het recht door de feitenrechters, waakt het Hof van Cassatie over de bescherming van de individuele rechten. Het draagt echter ook bij tot de schepping van het recht. Enerzijds streeft het Hof ernaar, gelet op zijn unieke karakter, de eenheid van interpretatie en van toepassing van de rechtsnormen door alle rechtscolleges van het Rijk te verzekeren. Anderzijds streeft het ernaar de harmonieuze en evenwichtige evolutie van het recht te verzekeren door beslissingen die de vooruitgang tegelijkertijd kunnen bevorderen en afbakenen.”* Verder in dat verslag (p. 31) blijkt evenwel dat het geannoteerde arrest als een loutere bevestiging van de arresten van 2 mei 2002 en 16 februari 2009 waarvan het de bewoordingen overneemt.

⁵⁴. Zie verder: I. SAMOY en F. PEERAER, “The Belgian Civil Code: How to Restore its Central Position in Modern Private Law?”, *ERPL* 2016, (601) 614: *“Case law can only offer a significant contribution if the content and extent of a judgment can be clearly understood. This requires that judgments are transparent, that all relevant facts of each case are available, that alternative solutions are taken into account, and that the relevant reasons are indicated as to why a certain solution is to be preferred.”* H. BOCKEN, “Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verwijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006”, *NjW* 2007, (722) 731: *“Een meer uitvoerige motivering van de cassatierechtspraak zou toelaten een aanzienlijke hoeveelheid tijd en intellectuele energie (en dus ook geld) maatschappelijk beter te besteden. Hierdoor zouden ook de rechtszekerheid, voorspelbaarheid en transparantie van het recht gediend worden, wat de efficiëntie van het rechtssysteem zou vergroten. Het hoeft geen betoog dat de rechtsvergelijking en ook de praktijk van andere nationale rechtscolleges suggesties opleveren voor alternatieven.”* A. VAN OEVELEN, “De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: een koerswijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie” (noot onder Cass. 29 september 2006), *RW* 2006-07, (1718) 1721, nr. 5: *“Dit is jammer, want als het Hof een meer dan dertig jaar gevestigde jurisprudentie plots wijzigt, dan vind ik dat de justitiabelen mogen weten welke de reden van deze koerswijziging is. Iets meer openheid en transparantie zouden hier welkom zijn.”*

⁵⁵. S. STIJNS, “De creatieve rol van de (cassatie-)rechter in het verbintenissenrecht” in *De magistraat en de professor. Hulde aan Walter van Gerven*, Brussel, Larcier, 2017, 219, nr. 28.

⁵⁶. S. STIJNS en S. JANSSEN, “Noot: de buitengerechtelijke ontbinding einde erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving” (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) 488, nr. 23; S. STIJNS en P. WÉRY, “La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation” (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) 24, nr. 5.

artikel 1184, derde lid BW daarmee voorlopig onbeantwoord. Zoals één van de annotaties terecht opmerkt, zijn uitzonderlijke omstandigheden niet langer vereist, wanneer de buitengerechtelijke ontbinding een wettelijke grondslag heeft, zoals gedaan wordt in het wetsvoorstel verbintenissenrecht⁵⁷. *De lege lata*, i.e. totdat artikel 5.94 in werking is getreden, blijft de vraag dus hoe het geannoteerde arrest verzoend kan worden met de vereisten van artikel 1184, derde lid BW.

28. Mogelijke rechtvaardiging – Een potentiële oplossing bestaat in het radicaal doorvoeren van de door STIJNS ontwikkelde redenering. Die bestond erin dat de voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst slechts verantwoord kan worden door de rechterlijke uitstelbevoegdheid. De rechterlijke tussenkomst is volgens die redenering niet langer vereist, wanneer die rechterlijke uitstelbevoegdheid zinloos of onmogelijk geworden is. Welnu, men kan argumenteren dat die uitstelbevoegdheid reeds zonder voorwerp wordt, wanneer de schuldenaar zijn verbintenissen niet is nagekomen binnen de laatste uitvoeringstermijn die de schuldeiser hem in een ingebrekestelling heeft toegekend⁵⁸. Inderdaad, vooraleer over te gaan tot de ontbinding, dient de schuldeiser de schuldenaar in gebreke te stellen en een redelijke termijn te geven om alsnog uit te voeren⁵⁹. De schuldenaar heeft in beginsel immers ook het recht om zijn verbintenissen na te komen⁶⁰. Wanneer de schuldenaar evenwel nalaat om tijdens die termijn zijn verbintenissen na te komen, valt niet in te zien waarom de schuldenaar nog aanspraak zou kunnen maken op een tweede uitvoeringstermijn, ditmaal toegekend door de rechter. Bijgevolg heeft die uitstelbevoegdheid dan geen zin meer en is deze ook reeds nutteloos geworden⁶¹. Zo stelt ook VAN OMMESLAGHE dat een buitengerechtelijke ontbinding mogelijk is, wanneer “*le cocontractant a déjà renoncé à exécuter ses obligations ou se trouve dans*

l'impossibilité de le faire, soit qu'il l'ait indiqué formellement, soit que cela résulte de son comportement”⁶². Men kan argumenteren dat dit reeds het geval is, wanneer de schuldenaar nalaat om binnen een redelijke termijn zijn verbintenissen uit te voeren.

Samengevat, een schuldeiser wordt geconfronteerd met een wanprestatie van zijn schuldenaar. Op grond van de goede trouw is hij ertoe gehouden om zijn schuldenaar in gebreke te stellen en een laatste uitvoeringstermijn toe te kennen. Komt de schuldenaar zijn verbintenissen alsnog niet na, dan kan de schuldeiser buitengerechtelijk ontbinden. Was een voorafgaandelijke ingebrekestelling reeds zinloos of onmogelijk, dan kan de schuldeiser zelfs meteen de overeenkomst ontbinden⁶³. Dit alles gebeurt evenwel op eigen risico. Is de toekende uitvoeringstermijn vooraleer tot ontbinding over te gaan bijvoorbeeld onredelijk kort, dan kan de schuldeiser ten opzichte van de schuldenaar aansprakelijkheid oplopen. In die zin vormt dat verhoogd risico voor de schuldeiser de “prijs” om eenzijdig te kunnen handelen⁶⁴. M.a.w., *with great power comes great responsibility*.

29. Beknopte rechtsvergelijkende opmerkingen – Die oplossing ligt in de lijn met het voorgestelde artikel 5.96 en de regelingen in de ons omringende landen. In het hervormde Frans recht bepaalt artikel 1226, eerste lid Code civil dat de schuldeiser de overeenkomst kan ontbinden, nadat hij de schuldenaar in een ingebrekestelling een redelijke termijn gegeven heeft om zijn verbintenissen na te komen (tenzij hoogdringendheid)⁶⁵. Artikel 1226, derde lid Code civil stelt dat de schuldeiser aan de schuldenaar kennis kan geven van de ontbinding, wanneer de schuldenaar ook in die redelijke termijn zijn verbintenissen niet uitvoert⁶⁶.

In het Nederlands recht geldt evenzeer dat de bevoegdheid tot ontbinding slechts ontstaat, wanneer de schuldenaar in

⁵⁷ S. STIJNS en P. WÉRY, “La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation” (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) 24, vn. 40.

⁵⁸ Zo stelt Stijns m.b.t. de rol van de ingebrekestelling: “De ‘generieke’ bijzondere omstandigheid die de schuldeiser toestaat de voorafgaande tussenkomst van de rechter te vermijden, is precies dat elke uitoefening door de rechter van zijn uitstelbevoegdheid zinloos zou zijn geworden. Is de schuldeiser niet zeker dat elke uitstelverlening door de rechter in de voorliggende omstandigheden uitgesloten is, dan zal hij **veilig spelen door eerst een redelijk uitstel te verlenen in een aan de ontbinding voorafgaande ingebrekestelling**. Deze uitstelverlening door de schuldeiser dringt zich bijvoorbeeld op wanneer hij een einde wil maken aan de overeenkomst omdat in zijn ogen de schuldenaar te kwader trouw is of flagrant onbekwaam, doch deze schuldenaar zonder tastbaar gevolg blijft aanbieden en beloven nog te zullen nakomen.” (S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 619, nr. 480. Wij benadrukken).

⁵⁹ Antwerpen 14 november 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018, 138, noot S. VAN LOOCK; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2015, 220, nr. 287; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 915, nr. 590; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 759-760, nr. 665.

⁶⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 757-758, nr. 594; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence. Les obligations (suite) (1968 à 1973)”, *RCJB* 1975, (597) 605, nr. 135bis.

⁶¹ Sommige rechtspraak lijkt evenmin nog uitdrukkelijk bijzondere omstandigheden te vereisen, nadat de schuldenaar in gebreke werd gesteld: Antwerpen 6 november 2017, *TBO* 2018, 204; Kh. Hasselt 10 juni 2014, *Limb.Rechtsl.* 2015, 67.

⁶² P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 914, nr. 590.

⁶³ Antwerpen 14 november 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018, 138, noot S. VAN LOOCK: “Dergelijke ingebrekestelling heeft per definitie slechts zin met het oog op het toekennen van een ultieme prestatietermijn. (...) In casu had deze evenwel geen zin meer, gelet op de aard van de contractuele wanprestatie, nl. het uitstellen van de leveringstermijn tot begin december. De uitstelbevoegdheid van de rechter was aldus redelijkerwijze zonder nut geworden.”

⁶⁴ Die afweging werd reeds opgemerkt in Bergen 21 juni 1983, *RCJB* 1991, 8, noot M. FONTAINE.

⁶⁵ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2018, 183, nr. 182; Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER en F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2018, 866-867, nr. 805.

⁶⁶ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2018, 183, nr. 182; Y. LEQUETTE, F. TERRE, P. SIMLER en F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2018, 867-868, nr. 806.

verzuim is (art. 6:265, tweede lid NBW). Krachtens artikel 6:82, eerste lid NBW treedt verzuim in, “wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft”⁶⁷.

In het Duits recht bepaalt § 323, eerste lid BGB eveneens dat een schuldeiser een wederkerige overeenkomst kan ontbinden, wanneer de schuldenaar zijn verbintenissen niet nakomt en de schuldeiser de schuldenaar een redelijke termijn gegeven heeft om zijn verbintenissen nog na te komen⁶⁸. Een dergelijke termijn is niet noodzakelijk, wanneer de schuldenaar ernstig en definitief weigert uit te voeren, wanneer de nakoming niet binnen een wezenlijke termijn is gebeurd, of wanneer er bijzondere omstandigheden zijn, die een onmiddellijke ontbinding rechtvaardigen⁶⁹.

Ook artikel 49, 1), b) van het Weens Koopverdrag, dat deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde, bepaalt dat de koper de overeenkomst bij niet-aflevering kan ontbonden verklaren, wanneer de verkoper de zaken niet aflevert binnen de door de koper gestelde aanvullende termijn of verklaart dat hij binnen die termijn niet zal afleveren. Een dergelijke aanvullende termijn is niet vereist, wanneer die zinloos is geworden⁷⁰.

30. Naar meer eenzijdige of buitengerechtelijke sancties – Het geannoteerde arrest ligt dus in de lijn van de hedendaagse evoluties in het Belgisch verbintenissenrecht

en sluit ook aan op het recht dat in de ons omringende landen geldt. De vraag rijst naar de gevolgen van het geannoteerde arrest voor de verder aanvaarding van buitengerechtelijke sancties. De leer van het arrest kan namelijk worden uitgebreid naar andere contractuele sancties.

Zo lijkt niets eraan in de weg te staan om de regel uit het geannoteerde arrest te transponeren naar de buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar. Die remedie wordt in artikel 1144 BW immers op gelijkaardige wijze aan een voorafgaandelijke rechterlijke tussenkomst onderworpen. Bovendien erkennen de rechtspraak en de rechtsleer eveneens de buitengerechtelijke vervanging onder voorwaarden die sterk gelijkaardig zijn als diegene die voor de buitengerechtelijke ontbinding zijn ontwikkeld⁷¹. Inderdaad, in een recent arrest van 18 juni 2020 heeft het Hof van Cassatie de buitengerechtelijke vervanging intussen uitdrukkelijk erkend, in geval van uitzonderlijke omstandigheden⁷². In het voorgestelde artikel 5.88, derde lid van het wetsvoorstel verbintenissenrecht wordt de buitengerechtelijke vervanging, mits uitzonderlijke omstandigheden, uitdrukkelijk geregeld⁷³.

Nog een stap verder zou het geannoteerde arrest als springplank naar de mogelijke toekomstige erkenning van een buitengerechtelijke nietigverklaring kunnen fungeren. Die wordt reeds geruime tijd in de Belgische doctrine verdedigd⁷⁴ en wordt voorzien in het voorgestelde artikel 5.62, derde lid van het wetsvoorstel verbintenissenrecht⁷⁵. De *memorie van toelichting* legt overigens uitdrukkelijk het ver-

67. F. BAKELS, *Ontbinding van overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2011, 39, nr. 29; C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6, *Verbintenissenrecht, Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018, nr. 682. Art. 6:83 NBW voorziet in enkele uitzonderingen waarbij verzuim intreedt zonder ingebrekestelling. Zie daarover: F. BAKELS, *Ontbinding van overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 2011, 41-46.

68. W. ERNST, “§ 232 BGB” in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck, 2019, nrs. 45 et seq.; A. STADLER, “§ 232 BGB” in *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2018, nr. 8.

69. W. ERNST, “§ 232 BGB” in *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck, 2019, nrs. 93 et seq.; A. STADLER, “§ 232 BGB” in *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2018, nr. 11.

70. B. TILLEMANS, “A. Verkoop. 2: Gevolgen van de koop” in *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 103-104, nrs. 130-131.

71. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2015, 188-189, nr. 246; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 341-345, nrs. 29-31; P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 776, nr. 802. In de rechtspraak en rechtsleer worden de volgende voorwaarden geponeerd voor een buitengerechtelijke vervanging: (i) hoogdringendheid die een snelle oplossing vereist en preventief beroep op de recht elk nut zou ontnemen, (ii) voorafgaandelijke (tegensprekelijke en minnelijke of gerechtelijke) vaststelling van de tekortkoming van de schuldenaar, (iii) ingebrekestelling van de schuldenaar met laatste uitvoeringstermijn, (iv) onmiddellijk overgaan tot buitengerechtelijke vervanging na het verstrijken van afloop termijn.

72. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357.N: “In geval van niet-nakoming van een contractuele verbintenis heeft de schuldeiser, indien de prestatie zich hiertoe leent, het recht zich door de rechter te laten machtigen om de verbintenis te laten uitvoeren door een derde op kosten van de schuldenaar. In uitzonderlijke omstandigheden, zoals bij hoogdringendheid, kan de schuldeiser hiertoe overgaan zonder rechterlijke machtiging op eigen kosten en op eigen risico en deze kosten verhalen op de schuldenaar, waarbij zijn handelwijze achteraf kan worden getoetst door de rechter. In beide gevallen dient de schuldeiser de redelijke belangen van de schuldenaar in acht te nemen.”

73. Art. 5.88 wetsvoorstel verbintenissenrecht: “Bij hoogdringendheid of in andere uitzonderlijke omstandigheden en nadat hij nuttige maatregelen heeft genomen om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen, kan de schuldeiser, op eigen risico, de schuldenaar vervangen door middel van een schriftelijke kennisgeving. Die vermeldt de tekortkomingen die hem ten laste worden gelegd en welke omstandigheden de vervanging rechtvaardigen.”

74. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 490 et seq., nr. 234; 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*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2008, (325) 410 et seq., nr. 68; P. WÉRY, “La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?” (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RCJB* 2004, (300) 345-346, nr. 32.

75. Art. 5.62, derde lid wetsvoorstel verbintenissenrecht: “Tenzij het contract bij authentieke akte is vastgesteld, vloeit de nietigheid ook voort uit een schriftelijke kennisgeving die elke persoon die bevoegd is om de nietigheid in te roepen op eigen risico kan richten aan de contractpartijen. Die kennisgeving is onwerkzaam indien de vermelde nietigheidsgrond niet bestaat.” Zie daarover: F. PEERAER, T. HICK en F. AUVRAY, “Het nieuwe verbintenissenrecht: de totstandkoming van het contract (dynamisch en statisch bekeken)” in *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, (47) 78-79, nr. 39.

band tussen de erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding en de buitengerechtelijke nietigverklaring: “Ten slotte is het paradoxaal om de buitengerechtelijke ontbinding te erkennen (zie art. 5.96) 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.”⁷⁶.

VI. ANTICIPERENDE INTERPRETATIE

31. Anticiperende interpretatie – Het geannoteerde arrest, waarvoor duidelijk inspiratie is geput uit het wetsvoorstel verbintenissenrecht, biedt de uitgelezen kan om dieper in te gaan op de zogenaamde “*anticiperende interpretatie*”. Bij die interpretatievorm, die door G.J. SCHOLTEN werd geïdentificeerd⁷⁷, wordt het huidige recht reeds geïnterpreteerd in het licht van toekomstige wetgeving, bijvoorbeeld een wetsontwerp of wetsvoorstel dat reeds is aangenomen of nog in het Parlement besproken wordt⁷⁸. In de (Belgische) rechtsleer wordt dat fenomeen soms als “*anticipatieve toepassing*” aangeduid⁷⁹. Die term is echter enigszins misleidend en kan de wenkbrauwen doen fronsen, aangezien die doet uitschijnen dat de rechter rechtstreeks toepassing maakt van een regel die nog niet in werking is getreden, of zelfs nog niet is aangenomen door de wetgever. Dat verhoudt zich immers moeilijk met de scheiding der machten en de regels inzake overgangsrecht⁸⁰. In het kader van de anticiperende interpretatie wordt de regel van komend recht echter niet rechtsreeks toegepast, maar wordt het geldend recht geïnterpreteerd tegen de achtergrond van de regel van komend recht, al is dat onderscheid in de praktijk niet steeds even scherp te maken⁸¹.

32. Ontwikkeling in Nederland – Met name in de Nederlandse rechtspraak is de anticiperende interpretatie erg ontwikkeld⁸². De reden daarvoor is de lange wordingsgeschiedenis van het (vermogensrecht in het) Nederlandse NBW, dat na decennialange werkzaamheden en besprekingen pas op 1 januari 1992 in werking is getreden⁸³. De Nederlandse

rechtspraak heeft namelijk reeds snel geanticipeerd op het ontwerp-NBW. Terwijl de Hoge Raad dat in eerste instantie nog impliciet deed, verwees hij in een arrest van 7 maart 1980 (het “*Stierkalf*”-arrest) voor het eerst uitdrukkelijk naar een ontwerp-bepaling om zijn eerdere rechtspraak, die sterk bekritiseerd werd, te wijzigen⁸⁴. In zijn motivering benadrukt de Hoge Raad het belang van de ontwikkeling van maatschappelijke opvattingen, die uiteindelijk neerslag gevonden hebben in het ontwerp-NBW. De Hoge Raad past dus niet zozeer de ontwerp-bepaling toe, maar gebruikt die bepaling om de maatschappelijke ontwikkelingen te identificeren en zijn rechtspraak in het licht van die ontwikkelingen aan te passen: “*In het eerder genoemde arrest 1915 heeft de HR zijn beslissing dan ook gebaseerd op argumenten van wets- en rechtshistorische aard. Aan zulke argumenten kan echter thans met betrekking tot een aansprakelijkheidsregel als waar het hier om gaat, een regel die in het begin van de vorige eeuw tot stand is gekomen, geen beslissende betekenis worden toegekend. Belangrijker is de ontwikkeling van de opvattingen met betrekking tot de vraag bij wie het risico behoort te liggen voor schadetoebrenging door dieren die door mensen worden gehouden, een ontwikkeling die is uitgemond in de totstandkoming van het eerder vermelde artikel 6.3.2.8. NBW.*”⁸⁵.

33. Toepassingen in Nederland – Door het gebruik van de anticiperende interpretatie in de Nederlandse rechtspraak waren verschillende innovaties van het NBW reeds geldend recht geworden tegen de tijd dat het werd inge-

⁷⁶ MvT, Parl.St. Kamer 2019, nr. 0174/001, 64.

⁷⁷ G.J. SCHOLTEN, “Anticiperende interpretatie, een nieuwe interpretatiemethode?”, *WPNR* 1969, 109-112 en 121-124.

⁷⁸ P. CLITEUR en A. ELLIAN, *Inleiding Recht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, 56. Zie in België: M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 245-250.

⁷⁹ Zie m.b.t. het geannoteerde arrest: S. STIJNS en S. JANSEN, “De buitengerechtelijk ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving” (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) 487, nr. 20. In het algemeen: S. DECLERCQ, “Over de uitwerking van een kennisgeving (bij de opzeg van een handelshuur): naar een verdere verfijning?” (noot onder Cass. 8 maart 2018), *TBBR* 2018, (525) 528, nr. 11; S. DE REY, “‘t Is gebeurd: herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!” (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *TBBR* 2020, (85) 99, nr. 30; S. STIJNS, “Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie”, *TBBR* 2019, (406) 420, nr. 42.

⁸⁰ J. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel***, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, nrs. 156-157. Zie ook: F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 324-235.

⁸¹ F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 327.

⁸² Een vroeg voorbeeld vormt het arrest *Lindenbaum / Cohen* (HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161) waarin de Hoge Raad een verruiming van het onrecht-matigheidsbegrip aanvaardde, in navolging van een wetsvoorstel dat enkele jaren voordien was ingediend. Zie daarover: E. HONDIUS, “*Lindenbaum / Cohen*: de opmars van de maatschappelijke betamelijkheid”, *AA* 2018, 995.

⁸³ Boeken 1 en 2 waren reeds in 1970 en 1976 in werking getreden. Boeken 3, 5 en 6 (Vermogensrecht in het algemeen, Zakelijke rechten en Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) werden in 1977 door de 2de kamer en in 1980 door de 1ste kamer aangenomen. Zie verder: A. HARTKAMP, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 1-7; M. WISSINK, “De redactie Privaat. Omzien en vooruitzien”, *TPR* 2017, (1147) 1148-1149, nr. 4.

⁸⁴ In het arrest aanvaardde de Hoge Raad een risico-aansprakelijkheid voor dieren, terwijl zijn eerdere rechtspraak een schuldaansprakelijkheid met omkering van de bewijslast vooropstelde.

⁸⁵ HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 353, noot G.J. SCHOLTEN. Zie over dat arrest: AFDELING BURGERLIJK RECHT VAN DE RIJKSUNIVERSITEIT LEIDEN, “Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden (1980-1983)”, *TPR* 1983, (1141) 1313-1318, nr. 73.

voerd⁸⁶. Belangrijke toepassingen zijn onder meer het opschortingsrecht of de *exceptio non adimpleti contractus*⁸⁷, de imprevisie (onvoorziene omstandigheden) en de matiging van schadebedingen⁸⁸, en de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden^{89,90}. Door die anticipatieve interpretatie heeft de rechtspraak bijgedragen aan een soepele overgang van het oude naar het nieuwe NBW⁹¹.

34. Ruimte voor anticiperende interpretatie – Een anticiperende interpretatie is evenwel niet steeds mogelijk. Zo geldt als voorwaarde dat de nieuwe regel niet onverenigbaar is met de tekst en het stelsel van het geldende wetboek. Verder mag de regel niet in een zodanig nauw verband staan met andere bepalingen van het nieuwe wetboek, dat zij daaruit niet gelicht kan worden zonder dat het nieuwe stelsel wordt doorbroken⁹². Daarentegen lijkt de anticiperende interpretatie wel mogelijk waar het geldend recht een leemte bevat ofwel meerdere interpretaties toelaat. Dat is met name het geval bij open normen⁹³. Die open normen, zoals goede trouw, rechtsmisbruik, goede zeden, enz. kunnen door middel van een anticiperende interpretatie worden ingevuld of ingekleurd door komend recht en zo wijzigende maatschappelijke en juridische opvatting in zich opnemen⁹⁴. Een anticiperende interpretatie is m.a.w. dus mogelijk, wanneer het niet de nieuwe regels zelf zijn die de normatieve waarden wijzigen, maar slechts een veruitwendiging zijn van reeds ingetreden maatschappelijke evoluties (cf. *supra*, randnr. 32)⁹⁵.

35. Anticiperende interpretatie van het wetsvoorstel verbintenissenrecht – Uit de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt dat het wetsvoorstel verbintenissen-

recht reeds gehanteerd wordt als inspiratiebron. Naast het geannoteerde arrest, kan men de invloed van het wetsvoorstel verbintenissenrecht ontwaren in het arrest van 8 maart 2018 m.b.t. de kennisgeving⁹⁶, het arrest van 3 oktober 2019 m.b.t. het herstel *in natura* bij contractuele aansprakelijkheid⁹⁷, het arrest van 7 november 2019 m.b.t. de omvang van de nietigheid⁹⁸, en het arrest van 18 juni 2020 m.b.t. de buitengerechtigde vervanging⁹⁹. DIRIX en WÉRY stellen dan ook terecht: “*Het zaad is gezaaid en draagt reeds vrucht.*”¹⁰⁰.

Uit de hierboven vermelde arresten blijkt dat ook de Belgische rechtspraak een openheid vertoont voor de anticiperende interpretatie, al kan betreurd worden dat dit niet uitdrukkelijker tot uiting komt in (de motivering van) die arresten. Men kan verwachten dat de toekomst nog tot andere toepassingen aanleiding zal geven. Zoals het Nederlandse voorbeeld toont, kunnen open normen, zoals goede trouw of het verbod op rechtsmisbruik, door middel van een anticiperende interpretatie ingekleurd worden met regels uit het wetsvoorstel verbintenissenrecht. In de mate dat verschillende van de daarin voorgestelde regels aansluiten bij de heersende opvattingen in rechtspraak en rechtsleer, biedt het wetsvoorstel verbintenissenrecht een potentieel vruchtbare bodem voor een anticiperende interpretatie. Zo is het bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat de Belgische rechtspraak, zoals de Nederlandse, de imprevisie zou aanvaarden als toepassing van de goede trouw, zich geruggesteund wetend door de ontwikkelingen die in het wetsvoorstel verbintenissenrecht neerslag hebben gevonden¹⁰¹. De juridische nasleep van de coronacrisis biedt daar in ieder geval de gelegenheid toe ...

86. H. SNUJERS, “Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992”, *AA* 2012, (771) 773.

87. HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 693, noot G.J. SCHOLTEN en W.H. HEEMSKERK.

88. HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN.

89. HR 25 april 1986, *NJ* 1986, 714, noot W.C.L. VAN DER GRINTEN.

90. Zie: C. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, nr. 59.

91. M. WISSINK, “De redactie Privaat. Omzien en vooruitzien”, *TPR* 2017, (1147) 1149, nr. 4.

92. A. HARTKAMP, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 15, nr. 5; F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 327-328; J. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, nrs. 166. Zie reeds: G.J. SCHOLTEN, “Anticiperende interpretatie, een nieuwe interpretatiemethode?”, *WPNR* 1969, (109) 111. Zie voor een voorbeeld: HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 801: “*De rechtsklacht van onderdeel 3 steunt op het uitgangspunt dat op de voet van het bepaalde in artikel 6:83 NBW reeds thans als regel moet worden aanvaard dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. Dit uitgangspunt kan evenwel niet worden aanvaard, omdat de regeling van artikel 6:83 zozeer afwijkt van de huidige regeling omtrent verzuim zonder ingebrekestelling, dat voor anticiperende toepassing van die bepaling geen grond aanwezig is.*”

93. A. HARTKAMP, *Aard en opzet van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, 15, nr. 5.

94. J. BASEDOW, “Das Zeitelement in der richterlichen Rechtsfortbildung”, *RabelsZ* 2015, (237) 247. Zie voor een voorbeeld uit de Duitse rechtspraak, waar het begrip “goede zeden” werd ingevuld door verwijzing naar een UNESCO-verdrag dat nog niet in werking was getreden: BGH 22 juni 1972, *BGHZ* 59, 82.

95. F. MAULTZSCH, “Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts”, *RabelsZ* 2015, (322) 364.

96. Cass. 8 maart 2018, C.17.0454.N, *TBBR* 2018, 292, noot S. DECLERCQ, *NjW* 2018, 932, noot A. COPPENS, *RW* 2018-19, 1061, *TBO* 2018, 420. Zie verder: P. WÉRY, “L’avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence”, *TBBR* 2018, 296.

97. Cass. 3 oktober 2019, C.17.0621.N, *TBBR* 2020, 84, noot S. DE REY. Zie uitgebreid: S. DE REY, “t Is gebeurd: herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!” (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *TBBR* 2020, 85-102.

98. Cass. 7 november 2019, C.19.0061.N, *NjW* 2019, 895, noot M. MEIRLAEN, *RABG* 2020, 189, *TBO* 2020, 43, noot F. PEERAER, *T.Not.* 2020, noot M. MEIRLAEN en A. SOETE.

99. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357.N.

100. In die zin ook: E. DIRIX en P. WÉRY, “Het Nieuw BW, een tussentijds verslag”, *RW* 2019-20, (1042) 1042.

101. Zie daarover: S. VAN LOOCK, “De imprevisie in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?*”, *TBBR* 2013, (446) 463.

VII. BESLUIT

36. Toekomstperspectieven – Hoewel het Hof van Cassatie de middelen tot vernietiging uiteindelijk verworpt, en het nemen van de procedurele horde door Ice dus een Pyrrus-overwinning blijft, is het arrest van 23 mei 2019 een mijlpaalarrest voor het Belgisch verbintenissenrecht en dat om meerdere redenen. Voor het eerst erkent het Hof van Cassatie namelijk ondubbelzinnig de buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving en beëindigt zo de onzekerheid die bestond in de nasleep van zijn arresten van 2002 en 2009.

Daarnaast betekent die erkenning een grote sprong voorwaarts in de erkenning van buitengerechtelijke sancties. Bovendien toont het arrest aan dat het wetsvoorstel verbintenissenrecht door een anticiperende interpretatie reeds als inspiratiebron voor de modernisering van ons recht fungeert. Eén van de partijen bij het onderliggende geschil indachtig, is duidelijk dat dit voorstel de bouwstenen bevat van een gemoderniseerd verbintenissenrecht.