en obtient le bénéfice a droit à des dommages et intérêts destinés à le replacer dans la même situation que si le contrat avait été exécuté.

Le moyen, qui repose sur le soutènement que les dommages et intérêts visent à replacer le créancier dans la même situation que si les parties n'avaient pas conclu le contrat, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne le demandeur aux dépens.

Noot

Begroting van schadevergoeding bij retroactieve ontbinding? Vergoeding van de hypothetische toestand van wederzijdse contractnakoming!

Brecht VERKEMPINCK[1]

1. Inleiding – Al in 1875 benadrukte de Gentse hoogleraar François Laurent dat een benadeelde die bij wanprestatie kiest voor ontbinding zijn schade niet *per se* vergoed krijgt: "*La résolution ne tient pas lieu de dédommagement.*"[2] Krachtens artikel 1184, tweede lid Oud BW kan hij dan ook bijkomend om schadevergoeding verzoeken.[3] In het hier besproken arrest preciseert het Hof van Cassatie dat die schadevergoeding streeft naar de hypothetische toestand waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien de overeenkomst correct zou zijn nagekomen (positief belang), en dus niet naar de toestand waarin enkel de wanprestant zijn verbintenissen zou zijn nagekomen en al zeker niet naar de toestand waarin de overeenkomst nooit zou zijn gesloten (negatief belang).

2. Bestreden arrest – Bij een arrest van 3 maart 2017 bevestigde het hof van beroep te Brussel de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst tot aandelenoverdracht en preciseerde het dat de partijen dankzij de teruggaveverplichtingen worden verplaatst naar de positie waarin zij zouden hebben verkeerd indien zij geen overeenkomst hadden gesloten. Toch hield ook de schadevergoeding van 421.995,51 EUR stand[4], zijnde het verschil tussen de in de aandelenoverdrachtovereenkomst vastgestelde verkoopprijs (933.995,51 EUR) en de prijs waartegen zij hun aandelen na de wanprestatie konden verkopen (512.000 EUR).[5] Hoewel die ontbonden overeenkomst geen bron meer kon zijn van rechten en plichten, kon de benadeelde volgens het hof van beroep dus nog verzoeken om schadevergoeding die hem verplaatst naar de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien de wanprestatie niet zou zijn begaan.

3. Cassatiearrest – De wanprestanten waren het niet eens met die schadebegroting en stelden cassatieberoep in. Onder verwijzing naar de doeltoestand van de ontbinding – die beoogt de benadeelde te verplaatsen naar de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien hij de overeenkomst nooit had gesloten – voerden zij aan dat schadevergoeding bij ontbinding niet kan worden berekend op basis van wat de schuldeiser zou hebben verkregen indien de ontbonden overeenkomst zou zijn uitgevoerd.

Het Hof van Cassatie volgde hen echter niet in dat standpunt. Uit de in artikel 1184 Oud BW impliciet vervatte verwijzing naar artikel 1149 Oud BW, dat bepaalt dat die schadevergoeding zowel het geleden verlies als de gederfde winst dekt, leidde het Hof af dat die schadevergoeding strekt tot het positief belang en de begunstigde van de ontbinding dus recht heeft op "*schadevergoeding die ertoe strekt hem te verplaatsen naar de toestand waarin hij zou hebben verkeerd indien de overeenkomst zou zijn uitgevoerd*".

4. Principe van integrale schadevergoeding – De bevestiging van de cassatierechtspraak[6] dat schadebegroting ook bij ontbinding volgens de in artikel 1149 Oud BW vervatte begrotingsinstructie verloopt, impliceert dat het principe van integrale schadevergoeding – dat in het op 24 februari 2021 opnieuw ingediende wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht tot driemaal toe wordt

1. De auteur behaalde een doctoraat in de rechten aan de KULeuven (B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 1147 p.) en is nu jurist-linguïst bij het Europees Parlement.
2. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XVII, Brussel, Bruylant, 1875, 148, nr. 132.
3. Cass. 13 oktober 2011, *Pas.* 2011, 2237, overw. 1.
4. Na verrekening van een verkregen voorschot bedroeg de schadevergoeding finaal 221.995,21 EUR.
5. Deze prijsdaling was te verklaren vanuit de impact van economische crisis van 2008 en een fout in de boekhouding.
6. Zie reeds: Cass. 26 juni 1953, *Pas.* 1953, I, p. 865; Cass. 9 mei 1986, *Pas.* 1986, I, p. 1100; Cass. 8 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 164; Cass. 7 november 1988, *Pas.* 1989, I, p. 243; Cass. 15 november 2002, *Pas.* 2002, I, p. 2180.

benadrukt[7] – ook bij ontbinding van contracten toepassing vindt. Dat geldt uiteraard onder voorbehoud van de klassieke, zij het nagenoeg uitgeholde limieten van de voorzienbaarheid en directheid (art. 1150 en 1151 Oud BW).[8]

De Franse wetgever is overigens voornemens dat integraliteitsprincipe te verduidelijken via de toestandsvergelijking, die teruggaat op het 19de-eeuwse standaardwerk *Zur Lehre von dem Interesse* van de Duitse rechtsgeleerde Mommsen.[9] De Franse wetgever wil het principe van integrale schadevergoeding als volgt linken met die toestandsvergelijking: "*La réparation du préjudice est intégrale. Elle a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, de sorte qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit.*"[10]

Zo bezien, komt schade neer op het verschil tussen de huidige waarde van het vermogen van de benadeelde en de waarde dat het nu bij uitblijven van het schadeverwekkende feit zou hebben gehad. De hypothetische toestand kan wel preciezer worden geformuleerd: via het positief dan wel het negatief belang. Bij het positief belang streeft schadevergoeding naar de toestand waarin de overeenkomst zou zijn nagekomen. Bij het negatief belang streeft schadevergoeding naar de toestand waarin de overeenkomst niet zou zijn gesloten.

5. Positief belang bij contractbehoud – Al zes generaties geleden lazen onze voorouders in de *Pandectes belges* dat de schuldenaar zijn verbintenissen moet nakomen zoals overeengekomen dan wel bij equivalent met een geldelijke vergoeding "*qui place le créancier dans la même situation que si l'exécution avait eu lieu*".[11] Intussen zijn wij vertrouwd met de vaste cassatierechtspraak volgens dewelke het positief belang vooropstaat bij wanprestaties.[12] Dit houdt uiteraard verband met de bindende kracht van overeenkomsten. Contracten *strekken tot wet* (art. 1134, eerste lid OBW) en dringen zich dus op dezelfde wijze aan contractpartijen op als wanneer de wet deze hun had opgelegd.[13]

De aan deze contractbinding inherente nakomingsplicht biedt dé verklaring voor de primauteit van het positief belang.[14] Bij het sluiten van contracten hebben partijen voor ogen dat schadevergoeding de door niet-nakoming veroorzaakte schade moet vergoeden (*cf.* art. 1156 OBW).[15] Als diepere rechtvaardiging voor de contractuele gebondenheid, en dus voor de vergoedbaarheid van het positief belang, geldt ook onze behoefte aan rechtszekerheid.[16] De samenleving moet zich erop kunnen verlaten dat een schuldenaar zijn afspraken nakomt. Bij contractsluiting willen partijen dan ook minstens de zekerheid hebben om bij wanprestatie vergoeding te krijgen voor hun positief belang.

---

7. Art. 5.86 van het op 24 februari 2021 opnieuw ingediende wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht voorziet in het principe van integrale schadevergoeding: "*De schuldeiser kan het integrale herstel van zijn schade eisen, in natura of in geld, overeenkomstig de artikelen 5.237 tot 5.238.*" De verwijzing naar de art. 5.237 tot 5.238 brengt wel niet bijzonder veel verduidelijking over de invulling van dat integraliteitsprincipe. Art. 5.237 beperkt zich er immers toe de inhoud van art. 5.86 te herhalen: "*Bij toerekenbare niet-nakoming is de schuldenaar gehouden tot het integraal herstel van de door de schuldeiser geleden schade, hetzij in natura, hetzij in geld. De artikelen 1382 tot 1386bis van het Oude Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing, tenzij hun aard en strekking hiermee onverenigbaar is.*" Met de verwijzing naar art. 1382 OBW, verwijst art. 5.86 dus op zijn beurt nogmaals naar het principe van integrale schadevergoeding ("*Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.*"). Ook art. 5.238 verduidelijkt het principe van integrale schadevergoeding eigenlijk niet, integendeel, want enkel de *redelijke* kosten van schadebeperking komen er voor vergoeding in aanmerking: "De *redelijke* kosten die hieraan werden besteed, kunnen worden verhaald op de schuldenaar."

8. In het op 24 februari 2021 opnieuw ingediende wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht is de voorzienbaarheidslimiet van art. 1150 BW hernomen in art. 5.87: "*Enkel de schade waarvan de partijen het beginsel redelijkerwijs konden voorzien bij de totstandkoming van het contract moet worden hersteld, tenzij de niet-nakoming het gevolg is van een opzettelijke fout van de schuldenaar.*" De directheidslimiet van art. 1151 BW is echter niet overgenomen. Uitgebreid: B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 1147 p.

9. Oorsprong: F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, Schwetschke, 1855, 3 ("*Die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehende Zeitpunkte haben würde.*").

10. Art. 1258 proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juli 2020 (www.senat.fr/leg/ppl19-678.html). De Belgische wetgever beoogt hetzelfde te doen voor de schadevergoeding bij ontbinding: "*Indien herstel wordt toegekend ter aanvulling van de ontbinding, strekt dat herstel ertoe de schuldeiser te plaatsen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien het contract was uitgevoerd.*" (art. 5.90, vierde lid wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2020-21, 1806/001).

11. E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT en J. DE LE COURT, *Pandectes belges. Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, t. 32, Brussel, Larcier, 1889, 140.

12. Cass. 7 februari 1946, *Pas.* 1946, I, p. 60; Cass. 27 juni 1974, *Pas.* 1974, I, p. 1128; Cass. 6 februari 1975, *Arr.Cass.* 1975, 640 en *Pas.* 1975, I, p. 581; Cass. 9 mei 1986, *Pas.* 1986, I, p. 1100; Cass. 5 maart 1993, *Pas.* 1993, I, p. 251; Cass. 28 september 1995, *Pas.* 1995, I, p. 860; Cass. 16 april 1998, *Pas.* 1998, I, p. 448; Cass. 26 januari 2007 (ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070126.3); Cass. 26 januari 2007 (ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070126.4); Cass. 13 oktober 2011 (ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20111013.15); Cass. 1 maart 2012, *Pas.* 2012, p. 463 ; Cass. 5 december 2014 (ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20141205.1); Cass. 21 april 2016 (ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160421.9); Cass. 3 oktober 2019 (ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20191003.3); Cass. 4 december 2020 (ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201204.1N.2).

13. A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95) 117.

14. E. DIRIX, "Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico's" in *Liber amicorum Hubert Bocken*, Brugge, die Keure, 2009, (59) 59 (bindende kracht verantwoordt vergoedingsplicht bij wanprestatie).

15. I. AYRES en R. GERTNER, "Filling gaps in incomplete contracts: a economic theory of default rules", *Yale Law Journal* 1989, (87) 99; W. BARNES, "The net expectation interest in contract damages", *Emory Law Journal* 1999, (1137) 1160.

16. L. VAEL, "Beschouwingen over het imprevisieleerstuk: omtrent de eventuele ontsluiting van de overeenkomst in geval van een gewijzigd contractueel verhoudingskader", *TPR* 2004, (703) 713-714.

6. Positief belang bij contractontbinding – Maar domineert dat positief belang ook indien de niet-nagekomen overeenkomst wordt ontbonden?[17] Dit is alvast niet het geval bij precontractuele aansprakelijkheid en nietigheid, want daar primeert het negatief belang[18], zoals ook wordt bevestigd in het nieuwe wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht.[19] De vergoeding van het negatief belang komt bij precontractuele aansprakelijkheid en bij nietigheid dan ook neer op integrale vergoeding van de schade.[20] Ontbinding werkt soms even retroactief als nietigheid. Volstaat die parallel om ook de aanvullende schadevergoeding op dezelfde wijze te begroten?

In Zwitserland meent het Bundesgericht op basis van artikel 109, tweede lid van de *Code des Obligations* van wel: "*Angesichts des klaren Gesetzeswortlautes ist somit [...] der Ersatz des negativen Vertragsinteresses geschuldet.*"[21] Bij ons vermeldt artikel 1184 Oud BW enkel dat de benadeelde kan kiezen voor ontbinding *met schadevergoeding*. Aangezien Mommsen zijn toestandsvergelijking pas 50 jaar na de totstandkoming van dit artikel formuleerde[22], verduidelijkt dat artikel niet of het negatief dan wel het positief belang voorop moet staan.

7. Verfijning van cassatierechtspraak – Het hier besproken cassatiearrest bevestigt minstens vijf in het laatste anderhalf decennium gewezen cassatiearresten waarin werd bevestigd dat het positief belang moet worden vergoed bij ontbinding.[23] Het Hof van Cassatie oordeelde tweemaal in 2007[24] en één keer in 2011[25] expliciet dat schadevergoeding bij ontbinding beoogt de schuldeiser te verplaatsen naar de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar "zijn *verbintenis* zou zijn nagekomen". Het hier besproken cassatiearrest nuanceert die doeltoestand (al dan niet bewust[26]) als de toestand waarin de schuldeiser zou hebben verkeerd indien "de *overeenkomst* zou zijn uitgevoerd".[27]

Hoewel de terminologische vervanging van *verbintenis* door *overeenkomst* hier niet relevant was voor de schadebegroting, brengt zij tot uiting dat de rechter acht moet slaan op de *wederzijdse* uitvoering. De rechter moet focussen op de uitvoering van de verbintenissen door zowel de wanprestant als de benadeelde, en dus niet enkel op de uitvoering van de verbintenissen door de wanprestant, zoals men zou kunnen afleiden uit de oude formulering. De nieuwe formulering van de doeltoestand van de ontbindingsaanvullende schadevergoeding impliceert onder meer dat de rechter de kosten moet verrekenen die de benadeelde uitspaart doordat hij zijn verbintenissen niet meer hoeft na te komen. Denk maar aan de kosten die hij maakt met het oog op de contractsluiting en de contractuitvoering.[28] Die sowieso kosten samen met de contractprijs vergoeden, zou de benadeelde in een betere positie brengen dan die van correcte nakoming. Stel dat een koper een vrachtwagen huurt met het oog op afhaling van goederen, die de verkoper uiteindelijk weigert mee te geven.[29] Om de contractprijs te verkrijgen, had die benadeelde koper die transportkosten ook moeten maken. Mocht een rechter ook die kosten vergoeden – vanuit de veronderstelling dat de schadevergoeding streeft naar de toestand waarin enkel de wanprestant zijn *verbintenis* was nagekomen – dan zou de benadeelde in een betere positie terechtkomen dan bij nakoming.[30]

---

17. Uitgebreid: B. VERKEMPINCK, "Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positief belang", *TPR* 2017, 1283-1339.
18. Gent 22 mei 2008, *T.App.* 2008, (52) 54 (art. 1599 BW); Luik 26 mei 2003, *TBH* 2004, (587) 589 ("*Aussi bien ces dommages et intérêts doivent-ils viser à réparer exclusivement le dommage négatif.*"); Kh. Gent 12 oktober 2006, *TGR* 2007, (241) 242.
19. Art. 5.33 verwijst naar art. 5.17 ("*Tenzij de wet anders bepaalt, is een contract aangetast door een wilsgebrek relatief nietig, onverminderd de precontractuele aansprakelijkheid zoals bepaald in artikel 5.17.*"), dat bepaalt: "*Bij foutief afbreken van onderhandelingen houdt deze aansprakelijkheid in dat de benadeelde teruggeplaatst wordt in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien er niet zou zijn onderhandeld.*", met evenwel de mogelijkheid tot vergoeding van het positief belang indien het rechtmatig vertrouwen is gewekt dat het contract zonder enige twijfel zou worden gesloten ("*Wanneer het rechtmatig vertrouwen is gewekt dat het contract zonder enige twijfel gesloten zal worden, kan deze het herstel van het verlies van de verwachte netto-voordelen uit het niet gesloten contract inhouden.*").
20. Vgl. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Parijs, LGDJ, 1992, 96 en 130 ("*L'intérêt négatif correspond à la réparation intégrale du préjudice résultant de la conclusion du contrat annulé, bien compris dans sa spécificité.*").
21. Bundesgericht 18 januari 2006, 4C.286/2005/ruo, *Swisslex*, punt 2.4.
22. F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, Schwetschke, 1855, 3.
23. Cass. 26 januari 2007 (ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070126.3); Cass. 26 januari 2007 (ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070126.4); Cass. 13 oktober 2011 (ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20111013.15); Cass. 5 december 2014 (ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20141205.1) en Cass. 21 april 2016 (ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160421.9).
24. Cass. 26 januari 2007 (ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070126.3) en Cass. 26 januari 2007 (ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070126.4).
25. Cass. 13 oktober 2011 (ECLI:BE:CASS:2011:ARR.20111013.15). Dat het positief belang moet worden vergoed bij ontbinding, is echter ook impliciet af te leiden uit Cass. 5 december 2014 (ECLI:BE:CASS:2014:ARR.20141205.1) en Cass. 21 april 2016 (ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160421.9).
26. In december 2020 hernam het Hof van Cassatie namelijk de oude formulering: "De schadevergoeding wegens contractuele wanprestatie heeft tot doel de schuldeiser te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn *verbintenis* zou zijn nagekomen.": Cass. 4 december 2020 (ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201204.1N.2).
27. In de originele versie luidt deze kernoverweging: "*Il s'ensuit qu'en cas de résolution de la convention, celui qui en obtient le bénéfice a droit à des dommages et intérêts destinés à le replacer dans la même situation que si le contrat avait été exécuté.*"
28. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 292; P. WERY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle" in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract,* Brugge, die Keure, 2014, (429) 453.
29. R. CLARK, *Contract Law in Ireland*, Dublin, Thomson Round Hall, 2004, 554.
30. A.L. CORBIN, *Corbin on Contracts. A comprehensive treatise on the working rules of contract law*, vol. 5. Sections 990-1121, St. Paul, West Publishing, 1964, 217.

Die kostenverrekening kan ook tot uiting worden gebracht als een toepassing van de voordeelstoerekeningstechniek.[31] Wanneer een wanprestatie de benadeelde een voordeel oplevert, moet de rechter dit verrekenen, dus in mindering brengen op de schadevergoeding. Hij kan dit echter ook meteen doen door de toestandsvergelijking correct toe te passen. Vanuit de toestandsvergelijking moet hij immers een onderscheid maken tussen de toestand met en de toestand zonder de wanprestatie. Aangezien het voordeel zonder de wanprestatie niet was verkregen, komt het in mindering op de schadevergoeding (voordeelstoerekening) of vormt het gewoonweg geen vergoedbare schade (toestandsvergelijking).[32]

8. Paradox van positief belang bij ontbinding? – Een bepaalde Europese stroming, die ook in België aanhang kent[33], lijkt het echter onlogisch te vinden dat een benadeelde kan verzoeken om schadevergoeding op basis van het virtuele voortbestaan van de ontbonden (en naar eigen zeggen dus verdwenen) overeenkomst.[34] Wanneer er geen sprake meer is van een overeenkomst, kan de schadevergoeding niet meer strekken tot vergoeding van schade die voortvloeit uit niet-uitvoering daarvan (positief belang). De benadeelde kan dan enkel nog vergoeding krijgen voor het feit dat hij de contractverhouding is aangegaan (negatief belang). Zo overwoog een Zwitserse kantonrechter: "*Der Zurücktretende hat Anspruch auf das negative Interesse. [...] Die Kaufverträge existieren nicht mehr.*"[35]

Maar is de overeenkomst wel verdwenen? Ook bij ontbinding valt immers niet te ontkennen dat de schade wel degelijk voortvloeit uit het feit dat de overeenkomst niet is uitgevoerd, en dus wel degelijk ooit bestond. Je kan immers niet tekortschieten aan verbintenissen die nooit hebben bestaan. Zelfs bij een retroactieve ontbinding valt niet te ontkennen dat de schade resulteert uit het feit dat een overeenkomst ooit bestond, maar niet is uitgevoerd. Van een wanprestatie kan conceptueel geen sprake zijn indien de rechter aanneemt dat de overeenkomst nooit heeft bestaan. Die wanprestatie heeft toch ook tot ontbinding geleid? Indien de voor deze ontbinding noodzakelijke wanprestatie zelf niet verdwijnt, waarom geldt dit dan niet voor de door die wanprestatie veroorzaakte schade? Functioneel gezien mag een juridische techniek zoals de terugwerkende kracht toch niet tot gevolg hebben dat de rechter voorbijgaat aan de niet-inlossing van contractuele verwachtingen.

Voor zover de *overeenkomst* na ontbinding verdwijnt, zou juridisch-technisch misschien nog iets te zeggen vallen voor een vergoedingsbeperking tot het negatief belang. Ontbinding werkt echter enkel in op in dat contract vervatte verbintenissen.[36] De contractnorm zelf blijft overeind. Artikel 1234 Oud BW merkt de ontbindende voorwaarde – die krachtens artikel 1184 Oud BW stilzwijgend in wederkerige contracten is begrepen – zo aan als wijze van tenietgaan van *verbintenissen*. Dat die contractnorm de ontbinding overleeft, blijkt ook uit het feit dat de overeengekomen risicoverdeling, die mede ten grondslag ligt aan de voorzienbaarheidslimiet, ook na wanprestatie en na ontbinding blijft gelden.[37] Tegelijk vindt dat steun in de temporele strekking van de krachtens het vereiste van uitvoering te goeder trouw (art. 1134, derde lid OBW) op contractpartijen rustende verplichting tot loyale samenwerking, die ook geldt na ontbinding en zo als grondslag fungeert voor de schadebeperkingsplicht.

---

31. Zie B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 1147 p.
32. Voor de verrekening van voordelen is wel vereist dat die voordelen uit de wanprestatie resulteren. Voordelen die een benadeelde na een wanprestatie heeft verkregen, maar die geen adequaat verband houden met de schade worden dus niet toegerekend op de schadevergoeding.
33. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 294-300; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 105 (schade wegens onmogelijkheid om met derde soortgelijk contract te sluiten is vergoedbaar bij ontbinding; duidt op negatief belang); M. FONTAINE, "Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé" in Y. POULET, P. WERY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, (301) 310 (hierna: "FONTAINE 2004") ("*A première vue, les dommages-intérêts négatifs sont les plus appropriés au regard de l'option prise. La résolution ne crée-t-elle pas une situation analogue à celle de la nullité, le contrat étant anéanti ab initio?*"); J.-F. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Brussel, Bruylant, 2014, (107) 143-144; P. HARMEL, "Théorie générale de la vente. I. Droit commun de la vente" in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 1985, 364, nr. 564.
34. G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milaan, Giuffrè, 1942, 143 ("*Se cade il contratto cade anche la base dell'azione per indennizzo dell'interesse positivo all'adempimento.*"); M. MELING, *Die Lösung rechtsgeschäftlicher Bindungen im deutschen und italienischen Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 139; A. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napels, Jovene, 2013, 115); L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, Coimbra, Almedina, 2002, 258.
35. Kantonrechter van Graubünden 23 mei 2006, *Swisslex*, punt 4.
36. K. ANDRIES, "Bemiddelingsbeding", *NJW* 2011, (318) 319-320; C. CAUFFMAN, "Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle" in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMAN en A. VERBEKE (eds.), *Droits des contrats. France, Belgique*, Brussel, Larcier, 2005, (155) 161; P.-A. FORIERS, "Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive" in B. DUBUISSON en P. WERY (eds.), *La mise en vente d'un immeuble*. *Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, (223) 237-239; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 8-19; T. VANCOPPERNOLLE, "Het lot van postcontractuele verbintenissen na ontbinding wegens wanprestatie", *TPR* 2015, 125-212.
37. Sommigen gewagen van het behoud van het contractuele evenwicht (I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, proefschrift, Parijs, Université de Droit d'Economie et de Sciences Sociales de Paris, 1979, 449: "*La non-réparation du dommage imprévisible doit dès lors être comprise comme destinée à rétablir ou à maintenir l'équilibre du contrat [...]*").

In navolging van Germaanse inzichten aanvaarden sommige Romaanse auteurs[38] zo zelfs dat ontbinding de overeenkomst in een vereffeningsverhouding omzet.[39] Advocaat-generaal VAN INGELGEM maakte overigens gewag van dit inzicht in zijn conclusie van 5 december 2014: "*Het contract lijkt dus nog overeind te blijven voor zover de schuldeiser, naast de ontbinding, nog een aanvullende schadevergoeding kan vorderen.*"[40] Bemerk hier tot slot dat artikel 5.95 van het op 24 februari 2021 opnieuw ingediende wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht bij het regelen van de ontbindingsgevolgen niet voorziet in het verdwijnen van het contract, maar in het ontnemen van de gevolgen ervan: "*De ontbinding ontneemt het contract zijn gevolgen vanaf de dag waarop het is gesloten.*"[41]

9. Conflicterende doeltoestanden? – In onze zaak was de voornaamste grief gebaseerd op een tegenstrijdigheid tussen de doeltoestand van de ontbinding en de doeltoestand van de schadevergoeding. Aangezien de ontbinding de schuldeiser terugplaatst in de toestand van vóór de contractsluiting, zou de rechter de schadevergoeding niet mogen berekenen op basis van wat die schuldeiser zou hebben verkregen indien de overeenkomst zou zijn nagekomen.[42]

In gespecialiseerde rechtsleer leest men soms de gedachte dat restituties bij ontbinding het negatief belang beschermen.[43] Ons Hof van Cassatie overweegt ook wel dat de ontbinding tot gevolg heeft "*dat de partijen opnieuw in dezelfde toestand moeten worden geplaatst als die waarin zij zich zouden bevonden hebben indien zij niet hadden gecontracteerd*".[44] De benadeelde verkeert na de restituties zo deels in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien hij de overeenkomst nooit had gesloten. De hamvraag is dan of de aanvullende schadevergoeding die doeltoestand moet aanvullen.[45]

Verhindert dat aan het negatief belang grenzende restitutieherstel dan een aanvullende vergoeding van het positief belang? Ik meen van niet. Restituties zijn niet onverenigbaar met het positief belang. De napoleontische wetgever voorzag in artikel 1184 BW zelf in de mogelijkheid tot bijkomende schadevergoeding. Deze schadevergoeding vult de door restituties geboden nadeelcompensatie aan tot de hypothetische nakomingstoestand.[46]

De retroactiviteit strekt enkel tot het technisch verklaren van de restituties.[47] Het Hof van Cassatie benadrukte dit indirect door instemmend uit een bestreden arrest te citeren dat er aanleiding kan zijn tot betaling van bijkomende schadevergoeding "indien de retroactieve werking van de ontbinding *gekoppeld aan de wederzijdse restitutieverplichting* de geleden schade niet herstelt".[48] Dat vindt ook steun in het feit dat ontbindingen zonder restituties als niet-retroactieve ontbindingen worden bestempeld, en blijkt uit de omstandigheid dat rechtsstelsels die de retroactieve ontbinding verlaten een andere rechtvaardiging voor restitu-

38. Ph. REMY, "Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat" in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Parijs, PUF, 2001, (121) 128 (Frankrijk); A.M.C. RODRIGUES PRATA, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, Almedina, 1985, 479-495 (Portugal, voorstander positief belang bij ontbinding). Bepaalde Belgische auteurs poneren zo dat ontbinding meebrengt dat partijen in een nieuwsoortige rechtsverhouding komen te staan (M.E. STORME, "Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten", *TBBR* 1991, (101) 103; D. VAN DRIESSCHE, "De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten: 'Bezint eer ge begint'" (noot onder Kh. Dendermonde 10 mei 2007), *TBBR* 2008, (612) 617).

39. Ph. REMY, "Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat" in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Parijs, PUF, 2001, (121) 128. Ook Belgische auteurs stellen dat ontbinding een nieuwe rechtsverhouding creëert (M.E. STORME, "Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten", *TBBR* 1991, (101) 103; D. VAN DRIESSCHE, "De keuze tussen verbreking en ontbinding in aannemingscontracten: 'Bezint eer ge begint'" (noot onder Kh. Dendermonde 10 mei 2007), *TBBR* 2008, (612) 617).

40. Concl. Adv. Gen. A. VAN INGELGEM van 5 december 2014 (ECLI:BE:CASS:2014:CONC.20141205.1).

41. Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2020-21, 1806/001, 322). Een mogelijk tegenargument is evenwel dat hoewel er ook bij nietigheid sprake is van het "ontnemen van gevolgen" (art. 5.62: "*De nietigverklaring ontneemt het contract zijn gevolgen vanaf de dag waarop het is gesloten.*"), de artikelsgewijze toelichting (p. 73) toch spreekt van het *tenietgaan* van het contract ("*Het eerste lid verankert de terugwerkende kracht van de nietigheid naar geldend recht. Het contract krijgt dus geen uitwerking meer en gaat teniet vanaf de datum van zijn totstandkoming.*").

42. De ontbonden overeenkomst kan voor de partijen immers geen grondslag vormen voor rechten of verplichtingen: Cass. 4 juni 2004, AR C.03.0408.F, *Arr.Cass.* 2004, nr. 305; Cass. 6 december 2007, AR C.06.0659.N, *Arr.Cass.* 2007, nr. 621; Cass. 19 mei 2011, AR C.09.0645.F, *Arr.Cass.* 2011, nr. 236.

43. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Parijs, LGDJ, 2007, 750; M. MELING, *Die Lösung rechtsgeschäftlicher Bindungen im deutschen und italienischen Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 139; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, Parijs, LGDJ, 2007, 453.

44. Bv. Cass. 21 april 2016, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160421.9. Zie ook reeds: Cass. 24 maart 1972, *Arr.Cass.* 1972, 707; Cass. 13 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 561; Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 558; Cass. 26 januari 2007, *Arr.Cass.* 2007, 216; Cass. 5 december 2014, *RABG* 2015, 411, overw. 10.

45. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Parijs, Sirey, 1933, 200 ("*C'est le statu quo ante qui doit être rétabli; et, s'il faut, le tribunal, pour atteindre pleinement ce résultat, peut condamner le débiteur défaillant à des dommages-intérêts envers le demandeur.*"). Zo overwoog een Portugees hof van beroep dat het negatief belang de ontbinding op die wijze aanvult: "*a indemnização do interesse negativo, a completar a necessidade reintegradora da resolução.*" (Coimbra 6 november 2007, nr. 1687/04, *JusNet*, 6587/2007).

46. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Parijs, LGDJ, 2007, 747.

47. *Frankrijk*: Ph. REMY, "Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat" in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Parijs, PUF, 2001, (121) 127. *Italië*: A. MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napels, Jovene, 2013, 91 ("*La risoluzione a effetti retroattivi ha come logico corollario le restituzioni.*").

48. Cass. 13 oktober 2011, *Pas.* 2011, 2237, overw. 1.

ties behoeven.[49] Retroactiviteit biedt enkel een verantwoording voor die bevrijdende en restitutieve werking van ontbinding[50], maar niets meer. Aangezien die terugwerkende kracht zo niet van invloed is op schadevergoeding, kan deze schadevergoeding wel degelijk strekken tot vergoeding van het positief belang.[51] Schadevergoeding moet de benadeelde dus ook bij ontbinding verplaatsen naar zijn toestand van contractnakoming.

10. Conclusie – Contracten beogen doorgaans partijen te verplaatsen naar een betere positie dan de door de ontbinding nagestreefde *status quo ante*. Contracten zijn gericht op het inlossen van verwachtingen[52], zoals de realisatie van winst. Dat een schuldeiser de overeenkomst ontbindt, mag niet impliceren dat de schadevergoeding die legitieme verwachtingen niet langer beschermt. Maar zoals Commissievoorzitter Ursula von der Leyen eind 2020 nog in verband met de Brexit-onderhandelingen benadrukte: *trust is good, but law is better*.[53] Het recht moet nakomingsverwachtingen beschermen. Zoals het Hof van Cassatie hier in herinnering heeft gebracht, kristalliseren zulke verwachtingen zich ook bij contractontbinding in het positief belang.

Met de hier verfijnde vaste cassatierechtspraak dat de ontbindingsgerechtigde moet worden verplaatst naar de hypothetische toestand van *wederzijdse contractnakoming*, sluit het Hof van Cassatie overigens nog beter aan op de rechtspraak van de overgrote meerderheid van de West-Europese hooggerechtshoven (Frankrijk[54], Italië[55], Spanje[56], Duitsland[57] en Nederland[58]). Ons intussen bijna 220 jaar oude artikel 1184 Oud[59] BW beperkt zich echter nog steeds tot de loutere vermelding dat de benadeelde kan kiezen voor ontbinding *met schadevergoeding*. Het op 24 februari 2021 opnieuw ingediende wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht brengt echter soelaas door die schadevergoeding te preciseren zoals in het hier besproken cassatiearrest: "*Indien herstel wordt toegekend ter aanvulling van de ontbinding, strekt dat herstel ertoe de schuldeiser te plaatsen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien het contract was uitgevoerd.*" (art. 5.90, vierde lid).[60]

49. Restitueren vereist echter niet *per se* retroageren. De retroactiviteitstechniek is zo overbodig wanneer de wetgever de restitutieplicht in de wet inschrijft (J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 98-99; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 809; E. TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 393). Aan het einde van de huur moet de huurder het goed zo ook teruggeven (art. 1731 BW), zonder dat het huurcontract retroactief tenietgaat. Hetzelfde geldt bij bruikleen (art. 1888 en 1889 BW) en bewaarneming (art. 1932 BW). Rechtsstelsels die de terugwerkende kracht afschaften, moesten de restituties dus in de wet verankeren. In Nederland werkt ontbinding niet meer terug (art. 6:269 NBW). Ontbinding doet wel nog een ongedaanmakingsplicht ontstaan. Die plicht is in de wet ingeschreven (art. 6:271 NBW).

50. C. CAUFFMAN, "Pour la résolution partielle! Quelques remarques du point de vue belge à propos de la thèse de Mme Rigalle" in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMAN en A. VERBEKE (eds.), *Droits des contrats. France, Belgique*, Brussel, Larcier, 2005, (155) 704-705 (impliciet, inzake retroactieve werking van nietigheidssanctie).

51. Ph. RÉMY, "Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat" in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Parijs, PUF, 2001, (121) 127 ("*Le cumul de la résolution et des dommages et intérêts suggère donc […] un changement dans la conception même de la résolution pour inexécution (dont la rétroactivité sert seulement à justifier les restitutions.*").

52. A.L.M. KEIRSE, "Schadevoorkomingsplicht" in E.F.D. ENGELHARD, I. GIESEN, C.G.P. MAHE en M.Y. SCHAUB (eds.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag, Boom, 2009, (95) 98 ("Het contract is primair gericht op het realiseren van belangen.").

53. U. VON DER LEYEN, "Speech by President von der Leyen at the European Parliament Plenary on the preparation of the European Council meeting of 10-11 december", 25 november 2020, *ec.europa.eu*.

54. Cass. (comm.fr.) 14 december 1993, *JurisData*, nr. 91-21937.

55. Cass. (civ. II.it) 27 december 2011, nr. 28939, www.gadit.it.

56. STS 30 juli 2012, nr. 532/2012, *RJ*, 2012/9006.

57. BGH 28 november 2007, VIII ZR 16/07, *openJur* 2011, 7100. Vgl. BGH 14 april 2010, VIII ZR 145/09, *openJur* 2010, 722.

58. HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 531; HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP7760; HR 16 september 2005, *RvdW* 2005, nr. 100, 917; HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 440, nr. 43, punt 3.2.3; HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684.

59. Blijkbaar wordt er nu naar de bepalingen van ons BW verwezen met het adjectief "Oud", ook al gaat het om bepalingen die nog steeds van kracht zijn.

60. Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2020-21, 1806/001). Vgl. wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 "Verbintenissen" in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (*Parl.St.* Kamer 2019, 0174/001).