



CENTRUM VOOR VERBINTENISSEN- EN GOEDERENRECHT

WORKING PAPER

Restitutie na nietigverklaring of ontbinding van contracten onder Boek 5 BW

Joke Baeck

Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht UGent

In deze bijdrage wordt onderzocht hoe de restitutie na nietigverklaring of ontbinding van een contract in het nieuwe Boek 5 BW is geregeld. In het eerste deel van deze bijdrage gaat aandacht naar het principe van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring en de ontbinding van contracten en naar de (nieuwe) uitzonderingen op dit principe. Het tweede deel van deze bijdrage bevat een gedetailleerde analyse van de nieuwe wettelijke restitutieregeling die voortaan op de restitutie na vernietiging of ontbinding van een contract van toepassing is.

1. **Inleiding** – Wanneer een contract wordt vernietigd of ontbonden wegens niet-nakoming, moeten partijen in principe alle prestaties teruggeven die zij in uitvoering van dat contract hebben ontvangen. Onder het oude recht bestond heel wat discussie over de precieze draagwijdte van deze teruggave- of restitutieverbintenissen.¹ Boek 5 BW bevat voortaan een uitdrukkelijke wettelijke regeling voor de restitutieverbintenissen na nietigverklaring of ontbinding wegens niet-nakoming (hierna kortweg “ontbinding”) van een contract (II). De

¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 147.

terugwerkende kracht van de nietigverklaring en van de ontbinding van een contract worden daarbij principieel behouden (I).

- I. Behoud terugwerkende kracht van de nietigverklaring en de ontbinding van contracten
2. **Plan** – Boek 5 BW behoudt het principe van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring en de ontbinding van contracten (A). Voor de ontbinding worden echter twee uitzonderingen op dit principe geformuleerd (B).
- A. Principe: terugwerkende kracht van de nietigverklaring en de ontbinding van een contract
3. **Principe: terugwerkende kracht van de nietigverklaring en de ontbinding** – Net zoals onder het oude recht, hebben de nietigverklaring en de ontbinding van een contract onder het nieuwe recht in principe terugwerkende kracht (retroactiviteit).

Anders dan onder het oude recht, bepaalt de wet voortaan uitdrukkelijk dat zowel de nietigverklaring (art. 5.62, lid 1 BW) als de ontbinding (art. 5.95, lid 1 BW) het contract zijn gevolgen ontnemt vanaf de dag waarop het is gesloten. Volgens de parlementaire voorbereiding verankert de wetgever hiermee de terugwerkende kracht die onder het oude recht aan de nietigverklaring en de ontbinding van een contract werd toegekend.²

4. **Terugwerkende kracht: begrip** – Het toekennen van terugwerkende kracht aan de nietigverklaring en aan de ontbinding van een contract tot op het ogenblik van het sluiten ervan, houdt in dat de nietigverklaring resp. ontbinding van het contract geacht wordt te hebben plaatsgevonden op het ogenblik van het sluiten van het contract. Hierdoor is het alsof het contract en de daaruit voortvloeiende verbintenissen nooit hebben bestaan.³

Traditioneel werd het toekennen van terugwerkende kracht aan de nietigverklaring en de ontbinding van een contract noodzakelijk geacht om restitutie mogelijk te maken van de prestaties die partijen in uitvoering van het contract hadden ontvangen (1). Het toekennen

² Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 73 (voor de nietigverklaring) en 122 (voor de ontbinding).

³ Vgl. A. Kluyskens, *Beginselen van burgerlijk recht*, I, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, nr. 240; T. Starosselets, “Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc”, *TBBR* 2003, (67) 68, nr. 3; S. Stijns, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 11.

van terugwerkende kracht aan de nietigverklaring en de ontbinding kan echter ook gevolgen voor derden hebben (2).

1. Terugwerkende kracht: gevolgen tussen partijen

5. **Terugwerkende kracht: gevolgen tussen partijen** – Onder het oude recht werd traditioneel aangenomen dat, bij gebrek aan uitdrukkelijke wettelijke regeling, voor de restitutie na nietigverklaring of ontbinding een beroep moest worden gedaan op andere rechtsfiguren, namelijk de vordering uit onverschuldigde betaling of de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Dit vereiste evenwel dat voor de prestaties die in uitvoering van het vernietigde of ontbonden contract waren ontvangen, geen rechtsgrond of juridische oorzaak kon worden aangewezen. Welnu, door de nietigverklaring en de ontbinding van een contract te laten terugwerken tot op het ogenblik van de contractsluiting, verliezen de in uitvoering van dat contract ontvangen prestaties met terugwerkende kracht hun rechtsgrond. Hierdoor werd restitutie van die prestaties op grond van de principes inzake onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking mogelijk.⁴

Deze traditionele verrijgingsrechtelijke benadering van de restitutie na nietigverklaring of ontbinding stuitte echter op kritiek. De voorbije decennia werd dan ook steeds vaker verdedigd dat de restitutie na nietigverklaring of ontbinding beter aan een eigen regeling (*sui generis*-regeling) wordt onderworpen. Het ontstaan van restitutieverbintenissen werd daarbij als een rechtstreeks rechtsgevolg van de nietigverklaring of ontbinding gezien, zonder omweg via andere rechtsfiguren zoals de vordering uit onverschuldigde betaling of de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.⁵ In deze zienswijze was het strikt genomen niet langer nodig om terugwerkende kracht aan de nietigverklaring of ontbinding toe te kennen om restitutie mogelijk te maken van de prestaties die partijen in uitvoering van het vernietigde of ontbonden contract hadden ontvangen. Toch stelden de meeste aanhangers van een *sui generis*-benadering van de restitutie de terugwerkende kracht van de nietigverklaring en van de ontbinding niet in vraag.

Ook in Boek 5 BW heeft de wetgever voor een *sui generis*-benadering van de restitutie gekozen.⁶ Voortaan wordt uitdrukkelijk bepaald dat de nietigverklaring en de ontbinding van

⁴ Voor een bespreking van de traditionele verrijgingsrechtelijke benadering van de restitutie onder het oude recht: J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 17-52.

⁵ Voor een bespreking van de modernere *sui generis*-benadering van de restitutie onder het oude recht: J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 97-114.

⁶ I. Claeyns en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nrs. 1035.

een contract aanleiding geven tot restitutie van de prestaties die op grond van dat contract werden geleverd.⁷ Die restitutie wordt vervolgens nader geregeld in de artikelen 5.115 tot 5.124 BW.

Aldus is het ook onder het nieuwe recht niet meer noodzakelijk om nog terugwerkende kracht aan de nietigverklaring of ontbinding toe te kennen om restitutie mogelijk te maken van de prestaties die partijen in uitvoering van het vernietigde of ontbonden contract hadden ontvangen. Desalniettemin heeft de wetgever er – in lijn met de traditie – voor gekozen om de terugwerkende kracht van de nietigverklaring en van de ontbinding te behouden. Zeker wat de ontbinding betreft, valt deze keuze te betreuren. Zoals de parlementaire voorbereiding zelf aangeeft, heeft de wetgever het Belgische recht hierdoor in een geïsoleerde positie geplaatst.⁸ Vele andere rechtsstelsels hebben de terugwerkende kracht van de ontbinding immers al (lang) afgeschaft. Zoals hierna zal worden toegelicht, heeft het toekennen van terugwerkende kracht aan de ontbinding (en trouwens ook aan de nietigverklaring) immers desastreuze⁹ gevolgen voor derden.

2. Terugwerkende kracht: gevolgen voor derden

6. **Terugwerkende kracht: nadelige gevolgen voor derden** – Het toekennen van terugwerkende kracht aan de nietigverklaring en ontbinding kan nadelige gevolgen voor derden hebben. Dit kan meer bepaald het geval zijn indien een overdracht (of vestiging) van een zakelijk recht plaatsvond in uitvoering van een contract dat naderhand wordt vernietigd of ontbonden.¹⁰

Als voorbeeld valt te denken aan de situatie waarin een verkoop wordt vernietigd of ontbonden nadat de verbintenis tot eigendomsoverdracht van de verkoper werd uitgevoerd (dus nadat de koper eigenaar van het verkochte goed was geworden). In dat geval heeft de terugwerkende kracht van de nietigverklaring of ontbinding tot gevolg dat de verkoper geacht wordt steeds eigenaar van het verkochte goed te zijn gebleven en dat de koper geacht wordt nooit eigenaar te zijn geweest. De verkoper kan zich in principe dan ook op zijn

⁷ Artikel 5.62, lid 2 BW (voor de nietigverklaring) en artikel 5.95, lid 2 BW (voor de ontbinding).

⁸ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 123.

⁹ Vgl. (naar aanleiding van de afschaffing van de terugwerkende kracht van de ontbinding in Frankrijk): P. Malaurie, L. Aynès en P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Parijs, LGDJ, 2022, nr. 567.

¹⁰ Voor een uitvoerige bespreking van de situatie onder het oude recht: J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 144-170.

eigendomsrecht beroepen om het verkochte goed te revindiceren, en dit ook ten nadele van derde-verkrijgers (bv. een derde die het goed van de koper had gekocht) en derde-schuldeisers die hun verhaalsrecht op het verkochte goed uitoefenden (bv. een beslagleggende schuldeiser of de samenlopende schuldeisers in geval van faillissement van de koper).

Deze gevolgen van de terugwerkende kracht voor derden worden vaak niet wenselijk geacht. Het bestaande recht bevat dan ook een aantal mechanismen om derden (te goeder trouw) te beschermen tegen een revindicatie na nietigverklaring of ontbinding van een contract waarbij zij geen partij waren. Sommige mechanismen gelden enkel voor onroerende goederen, andere dan weer enkel voor roerende goederen. Bovendien spelen bepaalde beschermingsmechanismen enkel in geval van ontbinding. Hierna volgen enkele voorbeelden.

7. **Bestaande beschermingsmechanismen voor derde-verkrijgers van zakelijke rechten op roerende goederen** – Voor derde-verkrijgers van roerende goederen biedt artikel 3.28 BW – als opvolger van het vroegere artikel 2279 oud BW – een belangrijke bescherming. Op grond van deze bepaling wordt degene die ten bezwarende titel te goeder trouw een zakelijk recht op een roerend goed heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde¹¹, titularis van dat zakelijk recht van zodra hij het bezit ervan verkrijgt.¹²

Stel dat A een roerend goed verkoopt aan B en dat B dat roerend goed vervolgens doorverkoopt aan C. Indien de verkoop tussen A en B naderhand wordt vernietigd of ontbonden, heeft de terugwerkende kracht van de nietigverklaring of ontbinding tot gevolg dat A geacht wordt steeds eigenaar van dat roerend goed te zijn gebleven. Bijgevolg zou A zich op zijn eigendomsrecht kunnen beroepen om het roerend goed van C te revindiceren. C kan zich echter op de bescherming van artikel 3.28 BW beroepen om de revindicatievordering van A af te weren. Voorwaarde is wel dat C te goeder trouw in het bezit van het roerend goed was gesteld.

8. **Bestaande beschermingsmechanismen voor derde-verkrijgers van zakelijke rechten op onroerende goederen** – Voor onroerende goederen is er geen bepaling die derde-verkrijgers te goeder trouw op dezelfde manier beschermt als artikel 3.28 BW voor roerende

¹¹ Zoals een koper die door de nietigverklaring of ontbinding van de koop geacht wordt nooit eigenaar te zijn geweest.

¹² Voor een uitgebreide bespreking van artikel 3.28 BW: V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 1228-1251.

goederen. Wel bevat de regeling van de onroerende publiciteit sinds 1 september 2021 een beperkte vorm van bescherming.

Op grond van artikel 3.33, lid 1 BW moet elke eis die strekt tot het tenietgaan van rechten voortvloeiende uit akten die aan overschrijving zijn onderworpen, worden gekantmeld. Aldus moet elke eis die strekt tot nietigverklaring of ontbinding van een overeenkomst tot vestiging of overdracht van een zakelijk recht op een onroerend goed (zoals een verkoop van een onroerend goed) worden gekantmeld. Hierdoor worden derden (bv. kandidaat-kopers van het onroerend goed) verwittigd van het precair karakter van de titel van de verkrijger (bv. de koper) van een zakelijk recht op een onroerend goed.

Sinds 1 september 2021 bepaalt artikel 3.34, lid 2 BW dat het retroactieve tenietgaan van een zakelijk recht (wat bijvoorbeeld bij nietigverklaring of ontbinding van een koop het geval is¹³) geen uitwerking heeft ten aanzien van vervreemdingen en beschikkingen ten gunste van derden te goeder trouw, op voorwaarde dat die vervreemdingen zijn gedaan na het instellen van de eis, maar vóór de kantmelding ervan.

Nemen we het volgende voorbeeld: A verkoopt een onroerend goed aan B. Enige tijd later wordt een eis tot nietigverklaring of ontbinding van de verkoop tussen A en B ingesteld. Na het instellen van deze eis, maar vóór de kantmelding ervan, verkoopt B het onroerend goed door aan C, die te goeder trouw was. Indien de verkoop tussen A en B vervolgens wordt vernietigd of ontbonden, kan C de bescherming van artikel 3.34, lid 2 BW invoeren.¹⁴ Het retroactief tenietgaan van het eigendomsrecht van B zal dan geen uitwerking hebben ten aanzien van C. A zal het onroerend goed dus niet van C kunnen revindiceren.

De derdenbescherming die artikel 3.34, lid 2 BW biedt, is zeer beperkt. Zo geldt zij niet voor vervreemdingen of beschikkingen ten gunste van derden te goeder trouw die vóór het instellen van de eis tot nietigverklaring of tot ontbinding plaatsvonden. Stel dat A een onroerend goed verkoopt aan B en dat B dat onroerend goed vervolgens doorverkoopt aan C. Stel dat pas nadien een eis tot nietigverklaring of ontbinding van de verkoop tussen A en B wordt ingesteld. In dat geval valt C niet onder de bescherming van artikel 3.34, lid 2 BW, ook al is C te goeder trouw. Nochtans zou C in dit geval ook bescherming verdienen.¹⁵ Het valt dan ook te betreuren dat de wetgever de bescherming van artikel 3.34, lid 2 BW niet tot deze hypothese heeft uitgebreid.

¹³ *Supra*, nr. 3.

¹⁴ Zoals verder nog zal worden toegelicht, kan C zich in geval van ontbinding ook beroepen op de (ruimere) bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW (zie *infra*, nr. 9).

¹⁵ In geval van ontbinding geniet C in dit voorbeeld echter wel bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW (zie *infra*, nr. 9).

9. **Bestaande derdenbeschermingsmechanismen bij ontbinding (roerende en onroerende goederen)** – Verder bevat de wet een aantal derdenbeschermingsmechanismen die enkel gelden in geval van ontbinding van een contract.

Zo heeft de wetgever met artikel 3.17, lid 1 BW sinds 1 september 2021 een nieuwe vorm van derdenbescherming ingevoerd. Deze bepaling somt een aantal wijzen van tenietgaan van zakelijke rechten op, die geen afbreuk doen aan rechten van derden die te goeder trouw op het tenietgegane zakelijk recht zijn verkregen. Het gaat o.m. om het tenietgaan van zakelijke rechten als gevolg van een ontbinding wegens niet-nakoming, maar niet om het tenietgaan als gevolg van een nietigverklaring.¹⁶

Er heerst wat onduidelijkheid over wat de wetgever bedoelt met “rechten van derden die te goeder trouw op het tenietgegane zakelijke recht zijn verkregen”.¹⁷ De parlementaire voorbereiding verwijst enkel naar beperkte zakelijke rechten (bv. vruchtgebruik, erfpacht, opstal, hypotheek) die derden hebben verkregen.¹⁸ De wettekst zelf beperkt zich echter niet tot beperkte zakelijke rechten¹⁹, zodat het verdedigbaar is dat de bescherming van artikel 3.17 BW, lid 1 geldt voor alle zakelijke rechten die derden hebben verkregen (dus ook voor het eigendomsrecht).²⁰

Stel dat A een goed verkoopt aan B en B dat goed vervolgens doorverkoopt aan C. Vervolgens wordt de verkoop tussen A en B ontbonden. In dat geval zal de ontbinding van die verkoop geen afbreuk doen aan het eigendomsrecht van C (A zal het onroerend goed m.a.w. niet kunnen revindiceren van C), op voorwaarde dat C te goeder trouw was.

Wat betreft *roerende goederen*, overlapt de bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW grotendeels met de bescherming die artikel 3.28 BW (o.m. in geval van ontbinding) biedt.²¹ Opvallend verschil is dat de tekst van artikel 3.17, lid 1 BW niet vereist dat de derde al in het bezit van het zakelijk recht is gesteld, terwijl dat voor artikel 3.28 BW wel het geval is. Hierbij kan echter de vraag worden gesteld of het de bedoeling van de wetgever was dat een derde-

¹⁶ Zie evenwel *infra*, nr. 10.

¹⁷ N. Bernard, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, nr. 116.

¹⁸ Toelichting bij het wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 55-173/1, 42-43.

¹⁹ N. Bernard, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, nr. 116.

²⁰ Zie ook N. Carette en R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, nr. 354; V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1427.

²¹ *Supra*, nr. 7.

verkrijger van een zakelijk recht zich op artikel 3.17, lid 1 BW zou kunnen beroepen als hij nog niet in het bezit van het zakelijk recht is gesteld. Het bezit van een zakelijk recht op een roerend goed geeft immers publiciteit aan dat zakelijk recht²², zodat dit bezit als een noodzakelijke (maar geen voldoende) voorwaarde zou kunnen worden beschouwd voor de tegenwerpelijkheid van dat zakelijk recht aan derden. Aldus kan bij twee opeenvolgende verkopen A-B en B-C van een roerend goed worden verdedigd dat het bezit van het roerend goed door C een vereiste is opdat het eigendomsrecht van C tegenwerpelijk zou zijn aan A (die immers een derde is t.a.v. de verkoop B-C) en bijgevolg ook een vereiste is opdat C zich op de bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW zou kunnen beroepen, ook al wordt dit niet uitdrukkelijk vereist door artikel 3.17, lid 1 BW.

Een ander verschil tussen artikel 3.17, lid 1 BW en artikel 3.28 BW is dat artikel 3.17, lid 1 BW geen onderscheid maakt naargelang de derde een zakelijk recht ten bezwarende dan wel ten kosteloze titel heeft verkregen, terwijl artikel 3.28 BW enkel van toepassing is indien de derde een zakelijk recht ten bezwarende titel heeft verkregen.²³ Stel dat A een roerend goed verkoopt aan B en dat B dat roerend goed vervolgens wegschenkt aan C. Indien de verkoop tussen A en B vervolgens wordt ontbonden, geniet C geen bescherming op grond van artikel 3.28 BW (omdat C het goed niet ten bezwarende titel heeft verkregen), maar wel op grond van artikel 3.17, lid 1 BW, op voorwaarde dat C te goeder trouw was. Ook hier rijst de vraag of dit wel de bedoeling van de wetgever is geweest. Bij het opstellen van artikel 3.28 BW heeft de wetgever er immers uitdrukkelijk voor gekozen om enkel bescherming te verlenen aan derden die een zakelijk recht onder bezwarende titel hebben verkregen.²⁴

Wat betreft *onroerende goederen*, heeft artikel 3.17, lid 1 BW tot een aanzienlijke verbetering van de positie van derde-verkrijgers in geval van ontbinding van de titel van hun rechtsvoorganger geleid. Vóór de inwerkingtreding van Boek 3 BW genoten derde-verkrijgers van zakelijke rechten op onroerende goederen in geval van ontbinding immers slechts een beperkte bescherming (nl. op grond van het hierna besproken artikel 28 Hyp.W.²⁵). De bescherming die artikel 3.17, lid 1 BW voortaan in geval van ontbinding aan derde-verkrijgers van zakelijke rechten op onroerende goederen biedt, is overigens ruimer dan de bescherming die het hierboven besproken artikel 3.34, lid 2 BW in geval van ontbinding

²² Cf. de artikelen 3.18 e.v. BW (en de plaats van deze bepalingen in de ondertitel "Publiciteit van zakelijke rechten").

Bovendien is publiciteit in de regel een voorwaarde voor de toepassing van regels voor derdenbescherming. Zie N. Carette en R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 356.

²³ Vgl. N. Carette en R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 132.

²⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019, nr. 55-173/1, 68.

²⁵ *Infra*, nr. 11.

biedt.²⁶ Hierdoor lijkt een beroep op de bescherming van artikel 3.34, lid 2 BW in geval van ontbinding geen enkele meerwaarde te bieden ten opzichte van de bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW (wat toch enigszins merkwaardig is, aangezien beide bepalingen door dezelfde wet werden ingevoerd).

10. **Artikel 3.17, lid 1 BW: ook van toepassing bij nietigverklaring?** – Zoals vermeld, bevat artikel 3.17, lid 1 BW een opsomming van wijzen van tenietgaan van zakelijke rechten die geen afbreuk doen aan rechten van derden die te goeder trouw op het tenietgegane zakelijk recht zijn verkregen. Waar de ontbinding wegens niet-nakoming wel in deze opsomming is opgenomen, is dat niet het geval voor de nietigverklaring.²⁷

In een opmerkelijk arrest van 22 januari 2021 – i.e. na de publicatie van Boek 3 BW (en dus van artikel 3.17 BW) in het Belgisch Staatsblad²⁸, maar vóór de inwerkingtreding ervan²⁹ – oordeelde het Hof van Cassatie dat ook in geval van nietigverklaring bescherming moet worden geboden aan derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten (op een onroerend goed) hebben verkregen.³⁰

Of deze cassatierechtspraak ook onder het nieuwe recht overeind kan blijven, is betwist.³¹ Uit een strikte lezing van artikel 3.17, lid 1 BW zou kunnen worden afgeleid dat de bescherming van deze bepaling enkel geldt in de gevallen van tenietgaan van zakelijke rechten die in deze bepaling zijn opgesomd, en bijgevolg niet in andere gevallen (zoals in geval van tenietgaan van een zakelijk recht door nietigverklaring). Beleidsmatig valt het echter moeilijk te verantwoorden dat de gevolgen van de slechte totstandkoming van een contract op een derde-verkrijger te goeder trouw worden afgewenteld. Het verdient dan ook

²⁶ Anders dan voor de toepassing van artikel 3.34, lid 2 BW, hangt de toepassing van artikel 3.17, lid 1 BW niet af van het instellen en het (laattijdig) kantmelden van de eis tot ontbinding. Bovendien kan de bescherming die artikel 3.34, lid 2 BW in geval van ontbinding biedt, sowieso ook worden bereikt via de (ruimere) bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW.

²⁷ *Supra*, nr. 9.

²⁸ Wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 “Goederen” van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 17 maart 2020.

²⁹ Behoudens enkele uitzonderingen, trad Boek 3 BW in werking op 1 september 2021.

Kritisch over de wijze waarop deze rechtspraak tot stand is gekomen: I. Claeys, “De gronden van tenietgaan van contracten in het Wetsvoorstel Verbintenissen: een voorproefje” in *Actualia verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 36, nr. 19.

³⁰ Cass. 22 januari 2021, C.20.0143.N: “Indien de titel van diegene die de hypotheek heeft verleend met terugwerkende kracht tenietgaat, gaat bijgevolg ook de hypotheek teniet, onder het voorbehoud van de bescherming van derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten hebben verkregen. Het tenietgaan van de titel doet aldus geen afbreuk aan de hypothecaire rechten van de derde die zijn rechten verkreeg van diegene wiens titel was overgeschreven en die het gewettigd vertrouwen mocht hebben met de ware gerechtigde te hebben gehandeld.”

³¹ Voorstanders: V. Sagaert, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2021, (38) 44-45, nrs. 19-25; B. Verheye, “De (beperkte) theorie van de onroerende schijneigendom naar Belgisch recht” (noot onder Cass. 22 januari 2021), *RW* 2020-21, (1335) 1341, nr. 11. Tegenstanders: N. Carette en R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 134.

de voorkeur dat derde-verkrijgers van een zakelijk recht op een onroerend goed ook ingeval van nietigverklaring worden beschermd indien zij hun zakelijk recht te goeder trouw en ten bezwarende titel hebben verkregen. Deze bescherming is overigens niet alleen wenselijk wanneer derden een beperkt zakelijk recht op een onroerend goed verkregen (zoals aan de orde was in het cassatiearrest van 22 januari 2021), maar ook wanneer derden het eigendomsrecht over een onroerend goed verkregen.³² De zienswijze dat de rechtspraak van het cassatiearrest van 22 januari 2021 ook na de inwerkingtreding van Boek 3 BW kan blijven gelden, verdient dan ook bijval.

11. **Bestaande derdenbescherming bij ontbinding van een verkoop van een onroerend goed** – Een andere vorm van derdenbescherming in geval van ontbinding is terug te vinden in artikel 28, lid 1 Hyp.W. Op grond van deze bepaling kan de vordering tot ontbinding van een verkoop van een onroerend goed wegens niet-betaling van de koopprijs niet worden ingesteld ten nadele van bepaalde derden nadat het voorrecht van de onbetaalde verkoper van een onroerend goed (artikel 27, 1° Hyp.W.) is teniet gegaan of vervallen.

De door artikel 28, lid 1 Hyp.W. beschermde derden zijn schuldeisers met een ingeschreven voorrecht of hypotheek, derden die het onroerend goed hebben verkregen, derden die een beperkt zakelijk recht op het onroerend goed hebben verkregen en, minstens volgens bepaalde rechtsleer, schuldeisers die hun verhaalsrecht op het onroerend goed uitoefenen (zoals een beslagleggende schuldeiser of de samenlopende schuldeisers bij faillissement).³³

Dat de onbetaalde verkoper van het onroerend goed ten nadele van deze derden geen vordering tot ontbinding kan instellen indien hij niet (langer) over het voorrecht van artikel 27, 1° Hyp.W. beschikt, betekent niet dat hij geen ontbindingsvordering kan instellen, maar enkel dat hij in geval van ontbinding het onroerend goed niet ten nadele van deze derden kan revindiceren. Opvallend is dat hierbij geen onderscheid wordt gemaakt naargelang de goede of kwade trouw van de derden³⁴, zodat de bescherming van artikel 28, lid 1 Hyp.W. voor derde-verkrijgers op dit punt ruimer is dan de bescherming van artikel 3.17, lid 1 BW (die immers enkel geldt ten voordele van derde-verkrijgers te goeder trouw³⁵).

12. **Bestaande derdenbescherming bij ontbinding van een verkoop van een roerend goed** – Ook bij verkoop van een roerend goed wordt de mogelijkheid tot revindicatie na ontbinding

³² Vgl. V. Sagaert, "Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters", *Not.Fisc.M.* 2021, (38) 42, nr. 14.

³³ R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 468.

³⁴ N. Carette en R. Jansen, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 132.

³⁵ *Supra*, nr. 9.

ten nadele van bepaalde derden in sommige gevallen beperkt. Op grond van artikel 20, 5°, lid 7 Hyp.W. is een revindicatie na ontbinding van een verkoop van een roerend goed in samenloopsituaties (bv. in geval van faillissement van de koper) immers niet mogelijk ten nadele van de samenlopende schuldeisers van de koper indien de ontbinding na het ontstaan van de samenloop plaatsvond.³⁶

13. **Nieuwe vorm van derdenbescherming bij ontbinding: artikel 5.95, lid 3 BW** – Voortaan bevat ook Boek 5 BW een vorm van derdenbescherming die enkel van toepassing is bij ontbinding. Zoals hieronder nader zal worden toegelicht, maakt artikel 5.95, lid 2 BW namelijk een uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding ten aanzien van derden te goeder trouw.³⁷

B. Uitzonderingen op de terugwerkende kracht van de ontbinding

14. **Plan** – Op de terugwerkende kracht van de ontbinding formuleert artikel 5.95 BW twee uitzonderingen: een eerste uitzondering voor deelbare contracten (1) en een tweede uitzondering ten aanzien van derden te goeder trouw (2).

1. Uitzondering voor deelbare contracten

15. **Uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding voor deelbare contracten** – Een eerste uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding is terug te vinden in artikel 5.95, lid 1 BW. Op grond van deze bepaling werkt de ontbinding van een deelbaar contract immers niet terug tot op de datum van het sluiten van het contract, maar slechts tot op de datum van de tekortkoming die daartoe aanleiding heeft gegeven.

Ook onder het oude recht werd een uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding aanvaard. Over de precieze invulling van deze uitzondering bestond echter discussie. Volgens het Hof van Cassatie moest voor de ontbinding van overeenkomsten met opeenvolgende prestaties een uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding worden gemaakt. Meer bepaald was het vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de ontbinding van overeenkomsten met opeenvolgende prestaties enkel voor de toekomst (*ex*

³⁶ Voor een meer uitgebreide bespreking: J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 162-167.

³⁷ *Infra*, nr. 18.

nunc) werkte, evenwel op voorwaarde dat partijen de ontvangen prestaties niet konden teruggeven.³⁸ Deze rechtspraak stuitte echter op heel wat kritiek van de rechtsleer, die een alternatief criterium voorstelde om te bepalen of de ontbinding van een contract al dan niet terugwerkende kracht had tot op het ogenblik van de contractsluiting, namelijk dat van de (on)deelbaarheid van het contract.³⁹ Dit (on)deelbaarheids criterium krijgt thans een wettelijke verankering.⁴⁰

16. **Deelbare contracten** – Om te bepalen of een contract (on)deelbaar is, moet – in navolging van wat hierover onder het oude recht werd verdedigd⁴¹ – onderzocht worden of het nut dat beide partijen van het contract verwachten, enkel bij volledige uitvoering van het contract wordt bereikt (ondeelbaar contract) dan wel dat dit nut bij correcte wederzijdse uitvoering stelselmatig wordt bereikt (deelbaar contract).⁴² Hierbij moet op grond van artikel 5.95, lid 1 *in fine* BW rekening worden gehouden met de bedoeling van partijen, gelet op de aard en de strekking van het contract.

Van een deelbaar contract kan slechts sprake zijn indien de verbintenissen uit het contract kunnen worden opgedeeld in meerdere koppels (of groepen) wederzijdse verbintenissen.⁴³

³⁸ Zie bijvoorbeeld Cass. 24 januari 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 592; Cass. 31 januari 1991, *RW* 1991-92, 774; Cass. 19 november 2009, C.08.0459.N.

³⁹ Zie bijvoorbeeld: I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nrs. 1029-1033; M. Fontaine, “La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive” (noot onder Cass. 8 oktober 1987), *RCJB* 1990, (382) 399, nr. 48 en voetnoot 63; R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 436; T. Starosselets, “Effets de la dissolution ex tunc” in P. Wéry (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 245, nr. 43; S. Stijns, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 220; T. Tanghe, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 44 (volgens deze auteur is in geval van deelbaarheid geen sprake van een uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding, maar wel van een gedeeltelijke ontbinding); W. van Gerven en A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 209; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, I, *Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 593.

⁴⁰ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 123.

⁴¹ M. Fontaine, “La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive” (noot onder Cass. 8 oktober 1987), *RCJB* 1990, (382) 399, nr. 48. Vgl. P.A. Foriers, “Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive” in B. Dubuisson en P. Wéry (eds.), *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Brussel, Larcier, 2005, 229-230, nrs. 7-8; T. Starosselets, “Effets de la dissolution ex tunc” in P. Wéry (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 245, nr. 43; S. Stijns, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 220; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, I, *Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 593.

⁴² Vgl. T. Tanghe, “Beëindiging van contracten: huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht” in J. Baeck, I. Claeys en A. Wylleman (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht in XLVIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2022, 258, nr. 50.

⁴³ J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 279; I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nrs. 1025-1026. Vgl. ook T. Tanghe, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 59-60.

Bovendien blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat de wetgever hier enkel deelbare contracten waarvan de uitvoering zich in de tijd uitstrekt (“temporele deelbaarheid”) viseert.⁴⁴

Het is echter niet omdat de uitvoering van het contract zich uitstrekt in de tijd en omdat de verbintenissen uit het contract kunnen worden opgedeeld in meerdere koppels wederzijdse verbintenissen, dat er automatisch sprake is van een deelbaar contract.⁴⁵ Het is immers niet uitgesloten dat partijen al deze koppels wederzijdse verbintenissen als één ondeelbaar geheel hebben opgevat. Zo komt het regelmatig voor dat partijen bij het vaststellen van het geheel van hun wederzijdse verbintenissen, de totale duur van hun contract in rekening hebben gebracht (in welk geval hun contract bijgevolg als ondeelbaar moet worden beschouwd).⁴⁶ De dagelijkse huurprijs voor een huurwagen is bijvoorbeeld doorgaans lager wanneer de wagen voor een maand wordt gehuurd dan wanneer hij slechts voor één dag wordt gehuurd.

Een contract voor onbepaalde duur (zoals een voor onbepaalde duur gesloten huurovereenkomst of concessieovereenkomst) mag in beginsel wel als deelbaar worden beschouwd.⁴⁷ In dat geval wordt het nut dat beide partijen van het contract verwachten, bij correcte wederzijdse uitvoering immers stelselmatig bereikt.⁴⁸ Hetzelfde geldt indien partijen een contract voor bepaalde duur hadden gesloten, maar er een opzegmogelijkheid bestond.⁴⁹

17. **Terugwerkende kracht tot op de datum van de tekortkoming die tot de ontbinding aanleiding gaf** – Op grond van artikel 5.95, lid 1 BW heeft de ontbinding van een deelbaar contract slechts terugwerkende kracht tot op de datum van de tekortkoming die tot de ontbinding aanleiding gaf. Deze regel sluit aan bij de oplossing die onder het oude recht door

⁴⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 122 en 123. De materiële en personele deelbaarheid van een contract worden geregeld in artikel 5.96 BW. Zie hierover T. Tanghe, “Beëindiging van contracten: huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht” in J. Baeck, I. Claeys en A. Wylleman (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht in XLVIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2022, 257, nr. 49.

⁴⁵ Zie ook J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 279.

⁴⁶ M. Fontaine, “La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive” (noot onder Cass. 8 oktober 1987), *RCJB* 1990, (382) 400, nr. 49.

⁴⁷ C. Lefebvre, “Les effets de la résolution judiciaire des contrats successifs”, *RNB* 1988, (226) 230, nr. 9.

Tenzij partijen een bepaalde minimumduur hadden bedongen en de ontbinding vóór het verstrijken van deze minimumduur plaatsvond. Vgl. (voor Frankrijk): T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Parijs, LGJD, 2007, nr. 865 en voetnoot 216 bij nr. 865.

⁴⁸ Anders zouden partijen bedongen hebben dat het contract (minstens) gedurende een bepaalde duur moest worden uitgevoerd om het nut te bereiken dat zij van de overeenkomst verwachten.

⁴⁹ Vgl. (voor Frankrijk): T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Parijs, LGJD, 2007, nr. 865.

de meeste voorstanders van het (on)deelbaarheids criterium werd voorgesteld.⁵⁰ Dit neemt echter niet weg dat deze regel een aantal bedenkingen oproept.

Zo kan het voorkomen dat een partij bij een deelbaar contract verschillende tekortkomingen begaat, die slechts samen voldoende ernstig zijn om de zware sanctie van de ontbinding te rechtvaardigen.⁵¹ De vraag rijst tot op welk ogenblik de ontbinding in dat geval terugwerkt: tot op de datum van de eerste tekortkoming of tot op de datum van de tekortkoming die er (samen met de eerdere tekortkomingen) voor zorgde dat de zware sanctie van de ontbinding gerechtvaardigd was?

Nemen we als voorbeeld de ontbinding van een (per hypothese deelbare) huurovereenkomst van een woning nadat de huurder gedurende vijf opeenvolgende maanden de huurprijs niet betaalde. Werkt die ontbinding dan terug tot op het ogenblik waarop de huurder de eerste keer de huurprijs niet betaalde? Of tot op het ogenblik waarop de huurachterstal zodanig was opgelopen (bijvoorbeeld na drie of vier maanden) dat de sanctie van de ontbinding gerechtvaardigd werd?

Het antwoord op deze vraag is niet zonder belang. De regel dat de ontbinding van een deelbaar contract slechts terugwerkt tot op de datum van de tekortkoming die tot de ontbinding aanleiding gaf, brengt immers mee dat voor prestaties die na die datum werden ontvangen, een restitutieverbintenis ontstaat (artikel 5.95, lid 2 BW).

Stel dat in het hierboven vermelde voorbeeld de huurder de woning bleef bewonen, ook na de datum van de tekortkoming die tot de ontbinding van de huurovereenkomst aanleiding gaf (welke datum dat ook moge zijn). In dat geval heeft de huurder een restitutieverbintenis voor het genot dat hij sinds die datum van de woning heeft gehad. Aangezien de huurder dit genot

⁵⁰ C. Lefebvre, "Les effets de la résolution judiciaire des contrats successifs", *RNB* 1988, (226) 234, nr. 14 ; M. Fontaine, noot onder Rb. Brussel 10 juni 1997, *JT* 1998, (9) 10; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht boek 1*, Brugge, die Keure, 2022, nr. 290.

Sommige auteurs waren daarentegen van oordeel dat de ontbinding in dat geval terugwerkende kracht had tot op het ogenblik waarop de periode van correcte wederzijdse uitvoering van het contract een einde naam (zie C. Cauffman, "Pour la résolution partielle!" in H. Cousy, S. Stijns, B. Tilleman en A. Verbeke (eds.), *Droit des contrats*, I, Brussel, Larcier, 2005, 174, nr. 28). Deze zienswijze is meer consistent met de rechtvaardiging om bij deelbare contracten een uitzondering te maken op de terugwerkende kracht van de ontbinding: in dat geval is er geen reden om (slechts) dat deel van het contract teniet te doen dat wederzijds is uitgevoerd op een wijze die aan alle partijen voldoening gaf, op voorwaarde dat het behoud van dit deel van het contract voor hen enig nut behoudt (over deze rechtvaardiging: Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 122).

⁵¹ Cf. artikel 5.90, lid 1 BW dat ontbinding slechts mogelijk maakt indien de niet-nakoming door de schuldenaar voldoende ernstig is.

niet in natura kan teruggeven, is hij gehouden tot restitutie in waarde (artikel 5.119 BW).⁵² Bijgevolg moet hij aan de verhuurder een vergoeding betalen gelijk aan de waarde van het genot dat hij van de woning heeft gehad sinds de datum van de tekortkoming die tot de ontbinding van de huurovereenkomst aanleiding gaf. Aldus moet de huurder aan de verhuurder een vergoeding betalen gelijk aan de huurprijs die een redelijk handelende en geïnteresseerde verhuurder en een redelijk handelende en geïnteresseerde huurder voor de woning zouden overeenkomen.⁵³ Dit is niet noodzakelijk gelijk aan de door partijen bedongen huurprijs.

Zou het in dit voorbeeld vanuit praktisch oogpunt niet eenvoudiger zijn dat de huurder gehouden blijft de contractueel bedongen huurprijs verder te betalen (althans voor de periode waarin hij het genot van het gehuurde goed heeft gehad), zoals onder het oude recht in de praktijk meestal het geval was? Een dergelijk resultaat zou kunnen worden bereikt door de ontbinding van een deelbaar contract (minstens in principe) enkel voor de toekomst (letterlijk *ex nunc*) uitwerking te verlenen.⁵⁴ Ook lastige discussies over het bepalen van het tijdstip van de tekortkoming die tot de ontbinding aanleiding gaf, vallen dan weg.

2. Uitzondering ten aanzien van derden te goeder trouw

18. **Uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding ten aanzien van derden te goeder trouw** – Artikel 5.95 BW voert ook een nieuwe uitzondering op de terugwerkende kracht van de ontbinding in. Artikel 5.95, lid 3 BW bepaalt immers: “Ten aanzien van derden te goeder trouw ontnemt de ontbinding het contract zijn gevolgen enkel voor de toekomst.” Aldus speelt de terugwerkende kracht van de ontbinding van een contract voortaan niet langer ten aanzien van derden te goeder trouw. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever met deze bepaling beoogde de nadelige gevolgen van de terugwerkende kracht van de ontbinding ten aanzien van derden te corrigeren.⁵⁵

19. **Derden te goeder trouw** – Het is niet helemaal duidelijk welke derden artikel 5.95, lid 3 BW precies viseert. De parlementaire voorbereiding vermeldt het voorbeeld van een onderverkrijger, maar verwijst tegelijk meer algemeen naar situaties waarin de ontbinding

⁵² *Infra*, nr. 45.

⁵³ *Infra*, nr. 46.

⁵⁴ Voor een grondigere uitwerking van dit voorstel (met ook rechtsvergelijkende argumenten): J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 305-311.

⁵⁵ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 123.

van een contract nadelige zakenrechtelijke gevolgen voor derden kan hebben.⁵⁶ Aldus is verdedigbaar dat het begrip “derden” in de zin van artikel 5.95, lid 3 BW zowel derden met een zakelijk recht of zakelijk zekerheidsrecht omvat als derde-schuldeisers die hun verhaalsrecht uitoefenen (zoals een beslagleggende schuldeiser of de samenlopende schuldeisers bij faillissement).

In ieder geval beschermt artikel 5.95, lid 3 BW enkel derden te goeder trouw. Op grond van artikel 1.9, lid 1 BW wordt de goede trouw van de derde vermoed. Een derde is te kwader trouw wanneer hij kennis had of kennis behoorde te hebben van de grond tot ontbinding van het contract of – *a fortiori* – van een reeds ingestelde eis tot ontbinding van het contract.⁵⁷

20. **Verhouding tot de reeds bestaande mechanismen van derdenbescherming** – De vraag rijst hoe artikel 5.95, lid 3 BW zich verhoudt tot de reeds bestaande gevallen van derdenbescherming die in geval van ontbinding van een contract gelden.⁵⁸ Uit de parlementaire voorbereiding blijkt de wetgever met artikel 5.95, lid 3 BW de bedoeling had een algemene bepaling op te nemen, om de hypothesen af te dekken waarvoor nog geen derdenbescherming bestond.⁵⁹ Opvallend is dat daarbij volledig voorbij wordt gegaan aan artikel 3.17 BW, dat sinds 1 september 2021 in geval van ontbinding reeds een zeer ruime bescherming biedt aan derden die te goeder trouw een zakelijk recht hebben verkregen. Welke meerwaarde artikel 5.95, lid 3 BW in de praktijk zal bieden ten opzichte van de reeds bestaande mechanismen van derdenbescherming, is dan ook niet meteen duidelijk.⁶⁰

⁵⁶ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 123.

⁵⁷ Vgl. artikel 1.9, lid 2 BW: “Een persoon is te kwader trouw, wanneer hij de feiten of de rechtshandeling, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben kende of in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen.”

⁵⁸ Zie *supra*, nrs. 7-12, voor de belangrijkste voorbeelden.

⁵⁹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 123.

⁶⁰ Verder rijst ook de vraag of artikel 5.95, lid 3 BW een impact heeft op de toepassing van artikel 3.34 BW over de gevolgen van de kantmelding van eisen die strekken tot het tenietgaan van rechten die voortvloeien uit akten die aan overschrijving zijn onderworpen (bv. de eis tot ontbinding van de verkoop van een onroerend goed).

Wat betreft de gevolgen van de kantmelding van dergelijke eis tot tenietgaan, maakt artikel 3.34 een onderscheid naargelang het tenietgaan voor de toekomst dan wel retroactief werkt.

Werkt het tenietgaan enkel voor de toekomst, dan is artikel 3.34, lid 1 BW van toepassing. In dat geval kan het tenietgaan ten vroegste uitwerking hebben vanaf de kantmelding van de eis tot tenietgaan. Beschikkingen over het zakelijk recht ten gunste van derden te goeder trouw die vóór de kantmelding plaatsvonden, blijven dan ook geldig.

Werkt het tenietgaan retroactief, dan is het reeds besproken artikel 3.34, lid 2 BW van toepassing (*supra*, nr. 8). In dat geval blijven enkel beschikkingen over het zakelijk recht ten gunste van derden te goeder trouw overeind indien zij plaatsvonden na het instellen van de eis, maar vóór de kantmelding ervan.

Nu de ontbinding geen terugwerkende kracht meer heeft ten aanzien van derden, rijst de vraag of de kantmelding van de eis tot ontbinding voortaan tot de toepassing van artikel 3.34, lid 1 BW (tenietgaan enkel voor de toekomst), dan wel tot de toepassing van artikel 3.34, lid 2 BW (retroactief tenietgaan) leidt. Deze vraag is echter hoofdzakelijk theoretisch van aard, aangezien de

II. Wettelijke regeling van de restitutie na nietigverklaring of ontbinding van een contract

21. **Nieuw: uitdrukkelijke wettelijke regeling van de restitutie na nietigverklaring of ontbinding** – Anders dan onder het oude recht het geval was, bepaalt de wet voortaan uitdrukkelijk dat de prestaties die in uitvoering van een nietig verklaard of ontbonden contract werden geleverd, aanleiding geven tot restitutie (art. 5.62, lid 2 BW (voor de nietigverklaring) en art. 5.95, lid 2 BW (voor de ontbinding)).

Nieuw is eveneens dat Boek 5 BW een uitdrukkelijke regeling bevat van de restitutieverbintenissen na (o.a.) nietigverklaring en ontbinding. De wetgever hoopt hiermee een einde te maken aan de vele controverses die onder het oude recht over de concrete draagwijdte van de restitutieverbintenissen na nietigverklaring en ontbinding bestonden.⁶¹

De nieuwe wettelijke regeling over restitutieverbintenissen is terug te vinden in de artikelen 5.115 tot 5.124 BW. Zij is niet alleen van toepassing op de restitutieverbintenissen na nietigverklaring of ontbinding van een contract, maar ook op de restitutieverbintenissen die kunnen ontstaan indien een contract door overmacht niet kan worden nagekomen (“definitieve onmogelijkheid van nakoming van het contract die niet toerekenbaar is aan de schuldenaar”) of bij verwezenlijking van een ontbindende voorwaarde (artikel 5.115 BW, lid 1 BW). Daarnaast is de nieuwe wettelijke restitutieregeling in principe ook van toepassing op de restitutie van een onverschuldigde betaling (artikel 5.115, lid 2 BW en artikel 5.134 BW). Deze bijdrage focust echter op de restitutieverbintenissen na nietigverklaring of ontbinding van een contract.

A. Recht op restitutie: ontstaan en verjaring

22. **Ontstaan van het recht op restitutie** – Artikel 5.116, lid 1 BW bepaalt dat restitutie verschuldigd is vanaf de datum waarop de restitueren prestatie is verricht.

Deze regel is consistent met de terugwerkende kracht die aan de nietigverklaring en de ontbinding van een contract wordt toegekend. Hierdoor treden de rechtsgevolgen van de

bescherming die artikel 3.34, lid 1 en 2 BW bieden, sowieso ook kan worden bereikt via het eveneens reeds besproken artikel 3.17, lid 2 BW (zodat in geval van ontbinding voor artikel 3.34 BW *de facto* geen meerwaarde biedt).

⁶¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 147.

nietigverklaring en de ontbinding immers in vanaf het ogenblik van het sluiten van het contract.⁶² Dit betekent echter niet dat het recht op restitutie ook op het ogenblik van het sluiten van het vernietigde of ontbonden contract zou ontstaan. Een constitutieve voorwaarde voor het ontstaan van het recht op restitutie is immers dat een prestatie in uitvoering van het vernietigde of ontbonden contract werd verricht, zodat het recht op restitutie pas kan ontstaan op het ogenblik waarop die prestatie werd verricht (zoals artikel 5.116, lid 1 BW voortaan dus uitdrukkelijk bepaalt).

Zo zal bijvoorbeeld bij nietigverklaring of ontbinding van een verkoop, het recht op restitutie van de prijs ontstaan op het ogenblik waarop de prijs werd betaald.⁶³ Wat betreft het recht op restitutie van het verkochte goed rijst de vraag of dit recht ontstaat op het ogenblik van eigendomsoverdracht aan de koper, dan wel op het ogenblik van de levering van het verkochte goed aan de koper. Het tijdstip van de eigendomsoverdracht en dat van de levering vallen immers niet noodzakelijk samen. M.i. dient het ogenblik van de levering van het goed in aanmerking genomen te worden. Indien de eigendom van het verkochte goed reeds was overgaan op de koper, maar het goed nog niet aan de koper was geleverd (en zich m.a.w. nog steeds bij de verkoper bevond), zal de nietigverklaring of ontbinding immers geen restitutieverbintenis doen ontstaan. Het eigendomsrecht over het verkochte goed zal dan immers automatisch terugkeren naar de verkoper, en dit als gevolg van de terugwerkende kracht van de nietigverklaring en de ontbinding. Bijgevolg valt er in dat geval niets meer te restitueren.

De parlementaire voorbereiding geeft aan dat het tijdstip van het ontstaan van het recht op restitutie relevant is voor de toepassing van artikel 5.122 BW.⁶⁴ Op grond van deze bepaling omvat de restitutie van een goed ook de opbrengsten, de vruchten, de interesten of de waarde van het genot ervan (onder voorbehoud van goede trouw).⁶⁵ Aangezien het recht op restitutie ontstaat op het tijdstip waarop het terug te geven goed werd geleverd, zijn ook de opbrengsten, vruchten, interesten of de waarde van het genot vanaf dat ogenblik te restitueren (onder voorbehoud van goede trouw).

⁶² Vgl. *supra*, nr. 4.

⁶³ Vgl. Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 148. Anders (voor de ontbinding wegens niet-nakoming): S. Benzidi en C. Legrand, "La fin du contrat et les restitutions" in R. Jafferli (ed.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, 425, nr. 92.

⁶⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 148.

⁶⁵ *Infra*, nrs. 39-41 en 44.

23. **Verjaring van de vordering tot restitutie** – De vordering tot restitutie is een persoonlijke rechtsvordering. Bijgevolg is de tienjarige verjaringstermijn van artikel 2262bis, §1, lid 1 oud BW van toepassing.⁶⁶ Om te vermijden dat de vordering tot restitutie zou verjaren vooraleer de nietigverklaring of ontbinding plaatsvindt, bepaalt artikel 5.116, lid 2 BW dat de verjaring van het recht op restitutie (bedoeld wordt: de rechtsvordering die met het recht op restitutie gepaard gaat) begint te lopen op de dag waarop de grond van tenietgaan van het contract zich heeft voorgedaan. In geval van nietigverklaring of ontbinding begint de verjaring van de vordering(en) tot restitutie dus te lopen vanaf de dag van de nietigverklaring resp. ontbinding.⁶⁷ Ook onder het oude recht werd deze oplossing verdedigd.⁶⁸

B. Goede trouw

24. **Belang** – Artikel 5.117 BW omschrijft wanneer de schuldenaar van de restitutie ophoudt te goeder trouw te zijn.

De goede trouw van de restituteschuldenaar speelt enkel een rol wanneer hij een goed in uitvoering van het vernietigde of ontbonden contract had ontvangen. In dat geval is zijn goede trouw van belang bij verlies van het goed door overmacht (artikel 5.120, lid 2 BW)⁶⁹ en voor de teruggave van de vruchten en opbrengsten van het goed (artikel 5.122 BW).^{70/71}

25. **Invulling** – Op grond van artikel 1.9, lid 1 BW wordt de goede trouw van de restituteschuldenaar vermoed. Wat betreft de invulling van het goede trouw-begrip, wijkt artikel 5.117 BW af van de algemene regel van artikel 1.9, lid 2 BW.⁷²

⁶⁶ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer 2020-21*, nr. 1806/1, 148.

⁶⁷ De parlementaire voorbereiding vermeldt als voorbeeld dat in geval van nietigverklaring, de verjaring begint te lopen op de dag die volgt na de dag waarop het contract nietig is verklaard (Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer 2020-21*, nr. 1806/1, 148 – eigen onderlijning). Hoewel dit beter in overeenstemming is met de algemene principes inzake het vertrekpunt van verjaringstermijnen, kunnen we hier echter moeilijk heen om de duidelijke tekst van artikel 5.116 lid 2 BW, nl. dat “de verjaring van het recht op restitutie begint te lopen op de dag waarop de grond van tenietgaan van het contract zich heeft voorgedaan” (eigen onderlijning).

⁶⁸ O.m. I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nrs. 725 (voor de nietigverklaring) en 1038 (voor de ontbinding).

⁶⁹ *Infra*, nrs. 30 en 38.

⁷⁰ *Infra*, nr. 39.

⁷¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer 2020-21*, nr. 1806/1, 149.

⁷² Op grond van artikel 1.9, lid 2 BW is een persoon te kwader trouw wanneer hij de feiten of de rechtshandeling, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende of in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen.

In geval van *nietigverklaring* houdt de schuldenaar van de restitutie op te goeder trouw te zijn zodra hij effectief kennis heeft van de nietigheidsgrond (bv. dwaling, bedrog, ongeoorloofd voorwerp,...) van het contract (artikel 5.117, 1° BW). Om de goede trouw van de restituteschuldenaar te doen ophouden, volstaat het dus niet dat hij kennis behoorde te hebben van de nietigheidsgrond. Alleen effectieve kennis van de nietigheidsgrond kan een einde stellen aan de goede trouw van de schuldenaar van de restitutie.⁷³ Indien bijvoorbeeld bij een verkoop sprake is van essentiële dwaling in hoofde van de verkoper, zal de verkoper ophouden te goeder trouw te zijn wanneer hij effectief kennis neemt van zijn dwaling. De koper zal in dit voorbeeld ophouden te goeder trouw te zijn wanneer hij effectief kennis krijgt van de dwaling in hoofde van de verkoper (bijvoorbeeld doordat de verkoper de koper op de hoogte brengt van zijn dwaling). Indien de toestemming van een contractpartij het gevolg is van het bedrog van de andere contractpartij, zal de partij die bedrog heeft gepleegd, van meet af aan te kwader trouw zijn: aangezien zij het bedrog heeft gepleegd, heeft zij hier immers noodzakelijkerwijze kennis van.⁷⁴

Om de goede trouw van de restituteschuldenaar te doen ophouden, volstaat het dat hij effectief kennis heeft van de nietigheidsgrond. Niet vereist is dat al een vordering tot nietigverklaring is ingesteld. Zodra de restituteschuldenaar effectief kennis krijgt van de nietigheidsgrond, weet hij immers dat zijn titel precair is en dat de mogelijkheid bestaat dat hij het ontvangen goed, alsook de vruchten en opbrengsten ervan later zal moeten teruggeven.⁷⁵

In geval van *ontbinding* houdt de goede trouw van de restituteschuldenaar op zodra hij in verzuim is (artikel 5.117, 2° BW). Dit betekent dat de restituteschuldenaar in gebreke moet zijn gesteld, tenzij een van de uitzonderingen van artikel 5.233 BW van toepassing is.⁷⁶ Volgens de parlementaire voorbereiding moet deze ingebrekestelling niet noodzakelijk betrekking hebben op de niet-nakoming van de restitutieverbintenis, maar kan deze ook betrekking hebben op de niet-nakoming van een verbintenis uit het naderhand ontbonden

⁷³ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 150.

⁷⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 150.

⁷⁵ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 150-151.

⁷⁶ Vgl. voor het oude recht: Cass. 18 juni 2020, C.19.0505.N: "De schuldenaar is niet langer te goeder trouw wanneer hij kennis had of hoorde te hebben van het onzekere karakter van zijn titel zodat hij rekening diende te houden met een mogelijke restitutie. Dit laatste is onder meer het geval wanneer de schuldenaar in gebreke is gesteld."

contract, wanneer die niet-nakoming tot de ontbinding van het contract heeft geleid.⁷⁷ Indien bijvoorbeeld bij een verkoop, de koper nalaat om de koopprijs te betalen en hiervoor door de verkoper in gebreke wordt gesteld, dan zal in geval van een latere ontbinding van de koop wegens niet-betaling van de koopprijs, de goede trouw van de koper ophouden vanaf het ogenblik van voormelde ingebrekestelling door de verkoper.

C. Vorm van de restitutie

26. **Basisprincipes en plan** – Net zoals onder het oude recht⁷⁸, gebeurt de restitutie in principe in natura. Indien restitutie in natura niet mogelijk is of abusief blijkt, dan gebeurt de restitutie in principe in waarde geraamd op de dag van de restitutie (artikel 5.119 BW).

Van restitutie in natura kan enkel sprake zijn indien de ontvangen prestatie uit een geven bestond, en dan nog slechts op voorwaarde dat het goed zich nog in het vermogen van de restituteschuldenaar bevindt. Prestaties die uit een doen of niet-doen bestonden, zijn uit hun aard niet vatbaar voor restitutie in natura.

Voor de verdere bespreking wordt een onderscheid gemaakt naargelang de aard van de ontvangen prestatie: een goed (maar geen geldsom) (1), een geldsom (2), een prestatie die uit een doen of niet-doen bestond (3).

1. Goed ontvangen

27. **Basisprincipes** – Indien in uitvoering van een vernietigd of ontbonden contract een goed werd ontvangen, moet dit goed in principe in natura worden teruggegeven. Dit veronderstelt wel dat goed nog in het vermogen van de restituteschuldenaar aanwezig is (a). Is dat niet het geval, dan gebeurt de restitutie in waarde (b).⁷⁹

⁷⁷ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 151.

⁷⁸ Zie o.m. I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nrs. 724 (voor de nietigverklaring) en 1036 (voor de ontbinding); T. Starosselets, “Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc”, *TBBR* 2003, (67) 72, nr. 13; P. Wéry, *Droit des obligations. Volume 1*, Brussel, Larcier, 2021, nr. 346 (voor de nietigverklaring) en nr. 680 (voor de ontbinding).

⁷⁹ Vgl. voor het oude recht: Cass. 13 januari 2017, C.15.0226.N (voor de nietigverklaring)

Op grond van artikel 5.122 omvat de restitutie van een goed niet alleen het goed zelf, maar ook de vruchten en opbrengsten die dat goed heeft voortgebracht (c). Daartegenover staat dat de restituteschuldenaar aanspraak kan maken op een vergoeding voor de uitgaven die noodzakelijk waren voor de bewaring van het goed (d).

a. *Goed nog aanwezig in het vermogen van de restituteschuldenaar*

28. **Principe: restitutie in natura** – Indien het ontvangen goed nog in het vermogen van de restituteschuldenaar aanwezig is, moet de restitutie op grond van artikel 5.119 BW in principe in natura gebeuren. Restitutie in natura is een recht voor zowel de restituteschuldeiser als de restituteschuldenaar.⁸⁰
29. **Gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed** – Artikel 5.120 BW bevat een regel voor het geval er sprake is van gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed.

Met gedeeltelijk verlies bedoelt de wetgever dat het ontvangen goed aangetast of beschadigd is.⁸¹ Het gaat m.a.w. om gevallen waarin het ontvangen goed nog bij de schuldenaar van de restitutie aanwezig is, maar zich in een slechtere staat bevindt dan bij de ontvangst ervan (bijvoorbeeld als gevolg van het gebruik van het goed, door slijtage, door beschadiging,...).

Artikel 5.120, lid 1 BW bevat als principe dat de schuldenaar van de restitutie moet instaan voor het gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed. Bij gedeeltelijk verlies kan de restituteschuldenaar bijgevolg niet volstaan met de restitutie van het goed in natura, maar is hij aanvullend een (geldelijke) vergoeding verschuldigd voor het gedeeltelijk verlies.⁸²

De wet bepaalt niet hoe de vergoeding voor het gedeeltelijk verlies moet worden berekend. Wel kan een aanknopingspunt worden gevonden in artikel 5.119 BW, dat bepaalt dat indien restitutie in natura onmogelijk is, de restitutie gebeurt in waarde geraamd op de dag van de restitutie. Zoals verder nog zal worden toegelicht, is het de bedoeling dat restitutie in waarde

⁸⁰ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 152.

⁸¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 153.

⁸² Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 153.

en restitutie in natura tot hetzelfde resultaat zouden leiden.⁸³ Hieruit kan worden afgeleid dat het de bedoeling moet zijn dat bij gedeeltelijk verlies van het goed, de restitutie in natura, aangevuld met een vergoeding voor het gedeeltelijk verlies, tot hetzelfde resultaat leidt als datgene waartoe de restitutie in natura zou leiden indien geen gedeeltelijk verlies had plaatsgevonden. Aldus moet het bedrag van de vergoeding voor het gedeeltelijk verlies gelijk zijn aan het verschil tussen, enerzijds, de waarde die het ontvangen goed op het ogenblik van de restitutie zou hebben gehad indien het gedeeltelijk verlies niet had plaatsgevonden⁸⁴ en, anderzijds, de waarde die het ontvangen, maar gedeeltelijk verloren gegane goed op het ogenblik van de restitutie heeft.⁸⁵

30. **Uitzondering: gedeeltelijk verlies door overmacht** – Indien het gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed het gevolg is van overmacht, geldt de hierboven besproken regel van artikel 5.120, lid 1 BW niet indien de restituteschuldenaar op het ogenblik van het gedeeltelijk verlies te goeder trouw in de zin van artikel 5.117 BW⁸⁶ was. Op grond van artikel 5.120, lid 2 BW bevrijdt verlies door overmacht de schuldenaar te goeder trouw immers “naar evenredigheid”. Dit betekent dat de restituteschuldenaar nog steeds het ontvangen goed in natura moet teruggeven, maar daarbij geen vergoeding verschuldigd is voor het gedeeltelijk verlies dat het gevolg is van overmacht.⁸⁷ Was de restituteschuldenaar op het ogenblik van het gedeeltelijk verlies door overmacht niet (meer) te goeder trouw, dan is artikel 5.120, lid 2 BW niet van toepassing en is de restituteschuldenaar op grond van artikel 5.120, lid 1 BW wel een vergoeding voor het gedeeltelijk verlies verschuldigd (in aanvulling op de restitutie in natura).

Indien de restituteschuldenaar op grond van artikel 5.120, lid 2 BW naar evenredigheid bevrijd is wegens gedeeltelijk verlies door overmacht, dan leidt dit op grond van artikel 5.120, lid 2 BW eveneens tot de bevrijding naar evenredigheid van de schuldenaar van de correlatieve prestatie. Dit betekent dat de restitutieplicht van de wederpartij naar evenredigheid wordt verminderd. Volgens de parlementaire voorbereiding gaat dit om een verankering van de regel *res perit debitori* in de restitutieverhoudingen.⁸⁸

⁸³ *Infra*, nr. 35.

⁸⁴ M.a.w. de waarde die het ontvangen goed op het ogenblik van de restitutie zou hebben gehad indien het nog in dezelfde staat als bij de ontvangst ervan aanwezig was geweest.

⁸⁵ Vgl. Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 153. Zie ook S. Benzi en C. Legrand, “La fin du contrat et les restitutions” in R. Jafferli (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, 417-418, nr. 74.

⁸⁶ *Supra*, nrs. 24-25.

⁸⁷ Maar in voorkomend geval wel een vergoeding voor het gedeeltelijk verlies dat niet het gevolg is van overmacht.

⁸⁸ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 153.

Stel dat een verkoop volledig is uitgevoerd en vervolgens wordt vernietigd of ontbonden. In dat geval is de verkoper gehouden tot restitutie van de ontvangen prijs en de koper tot restitutie van het ontvangen goed. Stel dat het ontvangen goed door overmacht gedeeltelijk is verloren gegaan op een ogenblik dat de koper te goeder trouw was. In dat geval is de koper gedeeltelijk bevrijd en kan hij volstaan met de teruggave van het ontvangen goed in natura. De verkoper is in dat geval echter ook naar evenredigheid bevrijd en moet bijgevolg slechts een gedeelte van de ontvangen prijs teruggeven (in verhouding tot het gedeeltelijk verlies van het verkochte goed).

Vergelijken we dit voorbeeld met de situatie waarin een verkoop wordt vernietigd of ontbonden nadat deze slechts gedeeltelijk werd uitgevoerd en waarbij met name enkel de verkoper het verkochte goed aan de koper had geleverd, zonder dat de koper de prijs al had betaald. In dat geval heeft enkel de koper een restitutieplicht, namelijk de verplichting tot restitutie van het ontvangen goed. De verkoper heeft daarentegen geen restitutieplicht, aangezien hij de prijs nog niet had ontvangen. Stel dat ook in dit geval het ontvangen goed gedeeltelijk was tenietgegaan door overmacht op een ogenblik waarop de koper nog te goeder trouw was. In dat geval is de koper op grond van artikel 5.120, lid 2 BW gedeeltelijk bevrijd van zijn restitutieplicht en is hij bijgevolg slechts gehouden tot restitutie in natura van het ontvangen goed.⁸⁹ Dit komt er op neer dat het risico voor het gedeeltelijk verlies van het verkochte goed door overmacht bij de verkoper wordt gelegd: de verkoper krijgt immers minder terug dan wat hij gegeven had. Dit strookt helemaal niet met de regel *res perit debitori*, die de wetgever nochtans wettelijk beoogde te verankeren in restitutieverbanden. Bovendien lijkt het ook beleidsmatig meer verantwoord om het risico voor het gedeeltelijk verlies van een goed door overmacht te leggen bij degene die de controle over het goed heeft, i.c. de restituteschuldenaar.

De vraag rijst dan ook of het tweede lid van artikel 5.120 BW niet beter zou worden geschrapt. Dit zou dan betekenen dat – geheel in overeenstemming met de regel *res perit debitori* – de partij die in uitvoering van een vernietigd of ontbonden contract een goed had ontvangen, ook moet instaan voor het gedeeltelijk verlies van dat goed door overmacht.⁹⁰ Ook de restitutieplicht van de wederpartij zou dan niet naar evenredigheid worden verminderd. In het voorbeeld van de nietigverklaring of ontbinding van een verkoop die al volledig was uitgevoerd, zou dit trouwens tot hetzelfde eindresultaat leiden als wanneer artikel 5.120, lid

⁸⁹ Aldus is de verkoper in deze situatie slechter af dan in het vorige voorbeeld waarin de verkoper de koopprijs wel had ontvangen. Als hij de koopprijs wel had ontvangen, mag hij in geval van gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed door overmacht immers een deel van de ontvangen koopprijs houden.

⁹⁰ Vgl. (voor het oude recht) T. Starosselets, "Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc", *TBBR* 2003, (67) 83, nr. 36.

2 BW zou worden behouden. Als artikel 5.120, lid 2 BW zou worden geschrapt, zou de koper in dat voorbeeld gehouden zijn tot restitutie van het ontvangen goed in natura, samen met een vergoeding voor het gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed (per hypothese door overmacht). De verkoper zou in dat geval gehouden zijn de volledige koopprijs terug te geven. De door de verkoper terug te betalen verkoopprijs kan dan gecompenseerd worden met de door de koper verschuldigde vergoeding voor het gedeeltelijk verlies. Eindresultaat na compensatie is dan dat de koper enkel nog het ontvangen goed in natura moet teruggeven, en de verkoper aan de koper een bedrag moet betalen gelijk aan het verschil tussen de ontvangen koopprijs en het bedrag van de waardevermindering van het ontvangen goed door het gedeeltelijk verlies ervan. Overigens kan de schrapping van het tweede lid van artikel 5.120 BW ook moeilijke discussies vermijden in situaties waarin het gedeeltelijk verlies deels aan overmacht te wijten is (waarvoor de restituteschuldenaar volgens het huidige artikel 5.120 BW niet moet instaan) en deels niet aan overmacht te wijten is (waarvoor de restituteschuldenaar volgens het huidige artikel 5.120 BW wel moet instaan).

31. **Gedeeltelijk verlies door overmacht: bijkomende vereiste van deelbaarheid van het ontvangen goed?** – Volgens de parlementaire voorbereiding geldt de regel van artikel 5.120, lid 2 BW over de bevrijding bij gedeeltelijk verlies door overmacht enkel wanneer de prestatie die de restituteschuldenaar moet leveren (namelijk: de restitutie van het goed dat hij heeft ontvangen) deelbaar is.⁹¹ Het is echter niet meteen duidelijk wat de wetgever hiermee bedoelt. Een prestatie die uit het teruggeven van een goed bestaat, lijkt op het eerste gezicht immers bijna steeds ondeelbaar.⁹²

Voor de invulling van het begrip (on)deelbaarheid in deze context zou evenwel inspiratie kunnen worden gevonden in het proefschrift van Jafferalli, een van de opstellers van Boek 5 BW.⁹³ Volgens deze auteur moet in geval van gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed door overmacht worden nagegaan of restitutie in natura van het gedeeltelijk verloren gegane goed nog nut heeft voor de restituteschuldeiser. Heeft restitutie in natura van het gedeeltelijk verloren gegane goed nog steeds nut voor de restituteschuldeiser (in welk geval sprake is van deelbaarheid), dan moet de restituteschuldenaar het gedeeltelijk verloren gegane goed in natura teruggeven. Heeft restitutie van het gedeeltelijk verloren gegane goed daarentegen

⁹¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 153.

⁹² Vgl. over ondeelbare prestaties onder het oude recht: M. Van Quickenborne en J. Del Corral, “Ondeelbare verbintenissen” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 3: “Juridisch deelbaar zijn enkel die zaken, die, met behoud van hun wezen en zonder aanmerkelijke waardevermindering, in delen kunnen worden gesplitst.”

⁹³ Vgl. S. Benzidi en C. Legrand, “La fin du contrat et les restitutions” in R. Jafferalli (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, 418-419, nr. 78.

geen nut meer voor de restituteschuldeiser (in welk geval sprake is van ondeelbaarheid), dan moet de restituteschuldenaar het gedeeltelijk verloren gegane goed niet in natura teruggeven en is hij volledig bevrijd van zijn restitutieverbintenis.⁹⁴

Probleem met deze zienswijze is dat artikel 5.120, lid 2 BW het hier bedoelde criterium van de deelbaarheid niet vermeldt. Bovendien is hierboven gebleken dat er toch wel wat bezwaren bestaan tegen de door artikel 5.120, lid 2 BW geformuleerde regel over de bevrijding van de restituteschuldenaar bij gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed door overmacht.⁹⁵

Dit neemt niet weg dat restitutie in natura van een ontvangen goed dat gedeeltelijk is verloren gegaan (of dat nu door overmacht is of niet) in bepaalde gevallen inderdaad geen enkel nut meer heeft voor de restituteschuldeiser.⁹⁶ In die gevallen zou evenwel kunnen worden verdedigd dat restitutie in natura in de gegeven omstandigheden kennelijk onredelijk is en bijgevolg rechtsmisbruik uitmaakt, zodat de restitutie op grond van artikel 5.119 BW in waarde moet geschieden.⁹⁷ Dit vormt m.i. een goed alternatief (waarvoor wél steun in de wet kan worden gevonden) voor de door Jafferalli in zijn proefschrift voorgestelde regeling voor het gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed door overmacht. In dat geval is het ook niet nodig om in artikel 5.120, lid 2 BW een voorwaarde te lezen die er niet staat.

32. **Economische waardeschommelingen** – Het is mogelijk dat zich tussen het ogenblik van de ontvangst van het goed en de restitutie ervan omstandigheden hebben voorgedaan die geleid hebben tot een vermindering van de waarde van het goed, zonder dat die omstandigheden de staat van het goed hebben aangetast. Te denken valt aan waardeverminderingen die het gevolg zijn van economische veroudering, ouderdom of een schommeling van de marktprijzen. De parlementaire voorbereiding geeft aan dat dergelijke waardeverminderingen niet als een gedeeltelijk verlies in de zin van artikel 5.120 BW te beschouwen zijn.⁹⁸ De restituteschuldenaar moet hier dus niet voor instaan. Dit verlies komt bijgevolg ten laste van de restituteschuldeiser.⁹⁹

⁹⁴ R. Jafferalli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 272.

⁹⁵ *Supra*, nr. 30.

⁹⁶ Vgl. (voor het oude recht): T. Starosselets, "Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc", *TBBR* 2003, (67) 73-74, nrs. 14-15.

⁹⁷ Over de restitutie in waarde in geval restitutie in natura rechtsmisbruik zou uitmaken: *infra*, nr. 33.

⁹⁸ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 153.

⁹⁹ Vgl. voor het oude recht: I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 724; R. Jafferalli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 275 (voor de nietigverklaring) en 459 (voor de ontbinding); T. Starosselets, "Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc", *TBBR* 2003, (67) 80, nr. 26.

Omgekeerd kunnen zich ook omstandigheden voordoen die tot een waardevermeerdering van het ontvangen goed hebben geleid, zonder dat die omstandigheden de staat van het ontvangen goed hebben gewijzigd. Denk bijvoorbeeld aan de nietigverklaring of ontbinding van de verkoop van een onroerend goed waarbij het onroerend goed reeds aan de koper was geleverd en door een algemene stijging van de vastgoedprijzen in waarde is toegenomen. Net zoals de restituteschuldenaar geen vergoeding verschuldigd is voor waardeverminderingen die geen invloed hebben op de staat van het goed, kan hij ook geen aanspraak maken op een vergoeding voor waardevermeerderingen die los staan van de staat van het goed. In dat geval komt de winst dus aan de restituteschuldeiser toe.¹⁰⁰

Deze benadering sluit aan bij wat het Hof van Cassatie in een arrest van 13 januari 2017 (over de restitutie na vernietiging onder het oude recht) besliste, namelijk dat indien de ontvangen goederen op het ogenblik van de vernietiging nog in het vermogen van de restituteschuldenaar aanwezig waren, hij de goederen in natura aan de restituteschuldeiser moest teruggeven, ongeacht een waardestijging of -daling van de goederen. Volgens het Hof moest de restituteschuldeiser de risico's van een economische waardestijging of -daling van de goederen dragen tenzij dit verschil in waarde toe te schrijven was aan het doen of laten van de restituteschuldenaar.¹⁰¹

33. **Verbeteringen** – Het kan ook voorkomen dat de waarde van het ontvangen goed door toedoen van de restituteschuldenaar is vermeerderd tussen het ogenblik van de ontvangst en de restitutie. Te denken valt aan de situatie waarbij de ontvanger van het goed tussen de ontvangst en de restitutie verbeteringswerken heeft uitgevoerd. Hier is artikel 5.121 BW relevant. Op grond van deze bepaling moet de restituteschuldenaar vergoed worden voor de nuttige uitgaven die de waarde van het ontvangen goed hebben verhoogd, zonder dat het bedrag van deze vergoeding hoger mag zijn dan de meerwaarde van het goed geraamd op het tijdstip van de restitutie.¹⁰² Dit vormt een toepassing van de principes inzake ongerechtvaardigde verrijking. Er moet een vergelijking worden gemaakt tussen het bedrag van de verarming van de restituteschuldenaar (nl. de nuttige uitgaven die door de restituteschuldenaar zijn gemaakt) en het bedrag van de verrijking van de restituteschuldeiser (nl. de meerwaarde van het goed op het ogenblik van de restitutie): het laagste van beide bedragen moet worden vergoed (vgl. artikel 5.137 BW). Hierbij maakt de

¹⁰⁰ Vgl. voor het oude recht: R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 276 (voor de nietigverklaring) en 460 (voor de ontbinding); T. Starosselets, "Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc", *TBBR* 2003, (67) 79, nr. 24.

¹⁰¹ Cass. 13 januari 2017, C.15.0226.N.

¹⁰² Vgl. voor het oude recht: R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 276.

wet geen onderscheid naargelang de restituteschuldenaar al dan niet te goeder trouw was op het ogenblik waarop hij de nuttige uitgaven deed.¹⁰³

Om voor vergoeding in aanmerking te komen, is vereist dat de door de restituteschuldenaar gemaakte uitgaven nuttig zijn, en m.a.w. een daadwerkelijk nut hebben voor de restituteschuldeiser. Zijn de uitgaven voor de restituteschuldeiser niet nuttig, dan is de restituteschuldeiser geen vergoeding verschuldigd. Er anders over oordelen zou erop neerkomen dat de restituteschuldeiser gedwongen wordt te betalen voor een verbetering die hem tegen zijn wil in wordt opgedrongen. Dit zou in strijd zijn met het beginsel van de wilsautonomie.¹⁰⁴

34. **Uitzondering: rechtsmisbruik** – Indien het goed nog bij de restituteschuldenaar aanwezig is, maar restitutie in natura abusief blijkt (m.a.w. rechtsmisbruik uitmaakt), dan gebeurt de restitutie in waarde (zie nrs. 35 e.v.). Zowel de restituteschuldenaar als de restituteschuldeiser kunnen zich schuldig maken aan misbruik van het recht op restitutie in natura.¹⁰⁵

b. Goed niet meer aanwezig in het vermogen van de restituteschuldenaar

35. **Restitutie in waarde** – Zoals vermeld, bevat artikel 5.119 BW als principe dat de restitutie in natura gebeurt of, indien dat onmogelijk of abusief blijkt, in waarde geraamd op de dag van de restitutie. Vervolgens bepaalt artikel 5.120, lid 1 BW dat de schuldenaar van de restitutie in principe instaat voor het (gehele of gedeeltelijke) verlies van het te restitueren goed.

Uit de samenlezing van deze bepalingen volgt dat indien het ontvangen goed niet meer in het vermogen van de restituteschuldenaar aanwezig is (bijvoorbeeld omdat die het heeft verkocht, verbruikt, vernietigd,...), de restitutie in principe moet gebeuren “in waarde geraamd op de dag van de restitutie”. Dit betekent dat de restituteschuldenaar een vergoeding moet betalen gelijk aan de waarde die het ontvangen goed zou hebben gehad

¹⁰³ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 154. Zie ook I. Claeys, “De gronden van tenietgaan van contracten in het Wetsvoorstel Verbintenissen: een voorproefje” in *Actualia verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 48.

¹⁰⁴ Vgl. ook (over ongerechtvaardigde verrijking): E. Dirix, *Ongerechtvaardigde verrijking* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 61; T. Verhofstede, “Ongerechtvaardigde verrijking: negatieve verrijkingen en de waarderingswijze van vermogensverschuivingen”, *RW* 2022-23, (602) 603-604, nr. 18.

¹⁰⁵ Zoals gezien, is restitutie in natura immers een recht voor zowel de restituteschuldeiser als de restituteschuldenaar (*supra*, nr. 28).

op het ogenblik van de restitutie (i.e. op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak waarin de restitutie wordt bevolen¹⁰⁶). Zoals vermeld in de parlementaire voorbereiding, is het namelijk de bedoeling dat restitutie in natura en restitutie in waarde tot hetzelfde resultaat leiden.¹⁰⁷

Net zoals onder het oude recht¹⁰⁸, moet voor de begroting van de waarde van het ontvangen goed rekening gehouden worden met de staat waarin het goed zich op het ogenblik van de ontvangst bevond. Enkel op die manier kan ervoor gezorgd worden dat restitutie in waarde tot hetzelfde resultaat leidt als de restitutie in natura.

36. **Invulling waardebegrip** – De wet bepaalt niet hoe het begrip “waarde” moet worden ingevuld. Wanneer het ontvangen goed niet meer in natura aanwezig is en de restitutie bijgevolg in waarde moet gebeuren, verdient het de voorkeur om – net zoals onder het oude recht doorgaans werd aangenomen¹⁰⁹ – een objectief waardebegrip te hanteren.¹¹⁰

De objectieve waarde van een goed kan omschreven worden als de prijs die een redelijk handelende en geïnteresseerde verkoper en een redelijk handelende en geïnteresseerde koper voor het goed zouden overeenkomen.¹¹¹ De objectieve waarde van een goed stemt m.a.w. overeen met de marktwaarde ervan.¹¹² Dit is niet noodzakelijk gelijk aan de prijs die partijen voor het goed waren overeengekomen.

Het is niet uitgesloten dat voor een goed meer dan één markt – en dus ook meer dan één marktwaarde – bestaat. Bij het bepalen van de marktwaarde van het goed komt het er dan ook aan om de voor dat goed relevante markt aan te wijzen. Zo verschilt de marktwaarde

¹⁰⁶ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 152.

¹⁰⁷ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 152.

¹⁰⁸ Vgl. voor het oude recht: Cass. 13 januari 2017, C.15.0226.N.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 233; R. Jafferalli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 273 (voor de nietigverklaring); T. Starosselets, “Effets de la dissolution ex tunc” in P. WERY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, 237, nr. 38.

¹¹⁰ Indien een partij in uitvoering van een naderhand vernietigd of ontbonden contract een goed ontving, heeft de ontvanger van dat goed namelijk tot een toename van het vermogen van die partij geleid, gelijk aan de objectieve waarde van het ontvangen goed. Een goed is immers overdraagbaar, zodat de ontvanger ervan het desgewenst tegen de objectieve waarde ervan te gelde kan maken. Vgl. J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 233.

¹¹¹ Vgl. de definitie van het begrip *monetary value of an enrichment* in art. VII-5:103 (1) DCFR (waarmee de objectieve waarde van de verrijking (in het kader van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking) wordt bedoeld): “The monetary value of an enrichment is the sum of money which a provider and a recipient with a real intention of reaching an agreement would lawfully have agreed as its price.” Zie ook C. von Bar en E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full edition*, IV, München, Sellier, 2009, 4128-4129.

¹¹² Vgl. E. Dirix, *Ongerechtvaardigde verrijking in APR*, Mechelen, Kluwer, 2022, nr. 64.

van een goed op een groothandelsmarkt veelal van de marktwaarde van dat goed op een kleinhandelsmarkt.

37. **Economische waardeschommelingen** – Zoals hierboven vermeld, houdt de restitutie van een goed in waarde in dat de restituteschuldenaar een vergoeding moet betalen gelijk aan de waarde die het goed op het ogenblik van de restitutie zou hebben gehad.¹¹³ Dit impliceert dat economische waardeschommelingen die het goed zou hebben ondergaan (bijvoorbeeld door een inflatie van de marktprijzen of een waardevermindering door economische veroudering of ouderdom) winst of verlies opleveren voor de restituteschuldeiser.¹¹⁴ Dit sluit aan bij wat het Hof van Cassatie in een arrest van 13 januari 2017 (over de restitutie na nietigverklaring onder het oude recht) besliste, namelijk, dat de restituteschuldeiser bij restitutie van een goed in waarde “de risico’s van een economische waardestijging of -daling van de goederen moet dragen behoudens indien dit verschil in waarde toe te schrijven is aan het doen of laten van de restituteschuldenaar.”¹¹⁵
38. **Uitzondering: verlies door overmacht** – Indien het ontvangen goed door overmacht is verloren gegaan, moet de restituteschuldenaar hier op grond van artikel 5.120, lid 2 BW niet voor instaan.¹¹⁶ Voorwaarde is wel dat de restituteschuldenaar op het ogenblik van het verlies door overmacht te goeder trouw was in de zin van artikel 5.117 BW. Was de restituteschuldenaar op het ogenblik van het verlies door overmacht te goeder trouw, dan is hij bevrijd en bijgevolg niet gehouden de waarde van het ontvangen goed te vergoeden. Was de restituteschuldenaar op het ogenblik van het verlies door overmacht te kwader trouw, dan is hij wel gehouden de waarde van het ontvangen goed te vergoeden.

De bevrijding van de restituteschuldenaar bij verlies door overmacht brengt op grond van artikel 5.120, lid 2 BW ook de bevrijding van de medecontractant mee. Die is dan ook niet meer tot restitutie gehouden. Zoals al vermeld bij de bespreking van het gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed door overmacht¹¹⁷, wilde de wetgever de regel *res perit debitori* in de restitutieverhoudingen wettelijk verankeren.

¹¹³ *Supra*, nr. 35.

¹¹⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 152. Vgl. *supra*, nr.32 (over waardeschommelingen van het goed die geen impact hebben op de staat van het goed). Zie ook I. Claeys, “De gronden van tenietgaan van contracten in het Wetsvoorstel Verbintenissen: een voorproefje” in *Actualia verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 44-45.

¹¹⁵ Cass. 13 januari 2017, C.15.0226.N. Zie ook *supra*, nr. 32.

¹¹⁶ Ook onder het oude recht werd dit door bepaalde rechtsleer verdedigd. Zie o.m. P. Wéry, *Droit des obligations. Volume 1*, Brussel, Larcier, 2021, nr. 680.

¹¹⁷ *Supra*, nr. 30.

Tegen deze regel kunnen dezelfde bezwaren worden geformuleerd als deze die hierboven bij de bespreking van het gedeeltelijk verlies van het ontvangen goed door overmacht werden vermeld.¹¹⁸ Deze regel leidt er namelijk niet steeds toe dat het risico voor verlies door overmacht bij de restituteschuldenaar wordt gelegd. Laten we dit opnieuw illustreren met een voorbeeld.

Stel dat een verkoop volledig is uitgevoerd en vervolgens wordt vernietigd of ontbonden. In dat geval is de verkoper gehouden tot restitutie van de ontvangen prijs en de koper tot restitutie van het ontvangen goed. Stel dat het ontvangen goed door overmacht is verloren gegaan op een ogenblik dat de koper nog te goeder trouw was. In dat geval is de koper op van zijn restitutieplicht bevrijd. Ook de verkoper zal in dat geval van zijn restitutieplicht bevrijd zijn en de ontvangen prijs bijgevolg niet moeten teruggeven aan de koper.

Vergelijken we dit voorbeeld met de situatie waarin een verkoop wordt vernietigd of ontbonden nadat deze slechts gedeeltelijk werd uitgevoerd en waarbij met name enkel de verkoper het verkochte goed aan de koper had geleverd, zonder dat de koper de prijs hiervoor had betaald. In dat geval heeft enkel de koper een restitutieplicht, namelijk de verplichting tot restitutie van het ontvangen goed. De verkoper heeft daarentegen geen restitutieplicht, aangezien hij de prijs niet had ontvangen. Stel dat ook in dit geval het ontvangen goed door overmacht verloren is gegaan op een ogenblik waarop de koper nog te goeder trouw was. In dat geval is de koper volledig bevrijd van zijn restitutieplicht. De verkoper blijft in dat geval met lege handen achter: hij heeft de prijs nooit ontvangen en krijgt het verkochte goed ook niet terug (in natura of in waarde). In deze situatie is het bijgevolg de verkoper die het risico voor het verlies van het door de koper ontvangen goed draagt. Dit strookt niet met de *res perit debitori*-regel, die de wetgever volgens de parlementaire voorbereiding wettelijk wilde verankeren. Ook beleidsmatig lijkt het meer verantwoord om het risico voor overmacht te leggen bij degene die de controle over het goed heeft, i.e. de restituteschuldenaar. Bovendien is het de restituteschuldenaar die in de mogelijkheid is om voor het goed een schadeverzekering af te sluiten¹¹⁹; de kosten hiervoor kan hij voortaan trouwens terugvorderen van de restituteschuldeiser.¹²⁰

¹¹⁸ *Supra*, nr. 30.

¹¹⁹ Vgl. (voor het oude recht) T. Starosselets, "Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc", *TBBR* 2003, (67) 83, nr. 36. Zie ook J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 215.

¹²⁰ *Supra*, nr. 42.

Bijgevolg hernemen wij ook hier onze suggestie om het tweede lid van artikel 5.120 BW te schrappen¹²¹, zodat de restituteschuldenaar ook in geval van geheel verlies van het ontvangen goed door overmacht gehouden blijft de waarde van het goed te vergoeden.¹²²

c. *Vruchten en opbrengsten*

39. **Lot van de vruchten** – Onder het oude recht heerste veel discussie over de vraag of de restitutie van een goed zich ook uitstrekt tot de vruchten die het goed heeft opgebracht. Thans komt aan deze discussie een einde: op grond van artikel 5.122 BW omvat de restitutie van een goed¹²³ ook de vruchten die het goed heeft opgebracht sinds de restituteschuldenaar opgehouden is te goeder trouw te zijn.

In een arrest van 25 oktober 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dat wanneer partijen in geval van nietigverklaring wederzijds prestaties moesten teruggeven waarvan zij elk het genot hadden gehad, zij niet gehouden waren tot teruggave van de interesten of vruchten.¹²⁴ Deze regel wordt niet hernomen in Boek 5 BW.

40. **Vruchten en opbrengsten** – De restitutie van een goed strekt zich op grond van artikel 5.122 BW niet alleen uit tot de vruchten, maar ook tot de opbrengsten van het goed sinds het ogenblik het ogenblik dat de restituteschuldenaar opgehouden is te goeder trouw te zijn.

Voor de definitie van de begrippen “vruchten” en “opbrengsten” kan worden verwezen naar artikel 3.42 BW. De vruchten van een goed zijn datgene wat dat goed periodiek opbrengt, zonder de substantie van het goed te wijzigen (artikel 3.42, lid 1 BW) (bijvoorbeeld appels van een appelboom). Een opbrengst is datgene wat het goed opbrengt, maar waardoor de waarde van het goed onmiddellijk of geleidelijk wordt verminderd (artikel 3.42, lid 1 BW) (bijvoorbeeld zand uit een zandgroeve).

41. **Genot van het ontvangen goed** – Op grond van artikel 5.122 BW omvat de restitutie van een goed ook het genot van dat goed vanaf het tijdstip dat de restituteschuldenaar

¹²¹ Vgl. *supra*, nr. 30.

¹²² Vgl. (voor het oude recht): T. Starosselets, “Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc”, *TBBR* 2003, (67) 83, nr. 36.

¹²³ In artikel 5.122 BW wordt het begrip “zaak” gebruikt. Het zou echter de voorkeur verdienen om het begrip “goed” te gebruiken. In Boek 3 BW wordt ook niet langer het begrip “zaak” gebruikt, maar wel het begrip “goed” als algemene, overkoepelende term om het voorwerp van zakelijke rechten aan te duiden. Zie J. Baeck, “Algemene regels inzake het voorwerp van zakelijke rechten” in V. Sagaert, J. Baeck, N. Carette, P. Lecocq, M. Muylle en A. Wylleman (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 30, nr. 2.

¹²⁴ Cass. 25 oktober 2018, C.17.0391.F.

opgehouden is te goeder trouw te zijn. Aldus is bij nietigverklaring of ontbinding van een verkoop, de koper voortaan in principe gehouden tot restitutie van het genot dat hij van het verkochte goed heeft gehad.

Hoewel deze regel een opvallende breuk betekent met het oude recht¹²⁵, besteedt de parlementaire voorbereiding hier nauwelijks aandacht aan. Het enige aanknopingspunt in de parlementaire voorbereiding lijkt een verwijzing naar cassatiearresten van 2 oktober 2008¹²⁶ en 7 mei 2015¹²⁷ te zijn.¹²⁸ Deze arresten hebben allebei betrekking op de nietigverklaring van de verkoop van een onroerend goed, waarbij de verkoper (o.a.) op grond van artikel 1382 oud BW een vergoeding voor het gederfde genot van het verkochte onroerend goed vorderde. Het ging dus helemaal niet om een restitutie van het genot dat de restituteschuldenaar van het ontvangen goed had gehad, zoals voortaan zonder duidelijke rechtvaardiging¹²⁹ wordt voorgeschreven door artikel 5.122 BW.

De situatie waarin de restituteschuldenaar van een goed op grond van artikel 5.122 BW gehouden is de waarde van het genot van dat goed terug te geven, is te onderscheiden van bijvoorbeeld de situatie waarin een huurder na nietigverklaring (of ontbinding) van een huurovereenkomst gehouden is tot restitutie van het genot dat hij van het gehuurde goed heeft gehad. In dit laatste geval heeft de restitutieverbintenis van de huurder geen goed tot voorwerp (wat een vereiste is voor de toepassing van artikel 5.122 BW), maar wel het genot dat de huurder op grond van de huurovereenkomst van het gehuurde goed heeft gehad. Aangezien restitutie van dit genot in natura niet mogelijk is, dient de restitutie noodzakelijkerwijze in waarde te gebeuren, namelijk door betaling van een vergoeding gelijk aan de waarde van het genot dat de huurder van het gehuurde goed heeft gehad.

d. *Uitgaven voor bewaring*

¹²⁵ Zie evenwel: R. Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 259 (voor de nietigverklaring) en 427 (voor de ontbinding).

¹²⁶ Cass. 2 oktober 2008, C.07.0369.F, *TBBR* 2011, 157, noot S. Surmont.

¹²⁷ Cass. 7 mei 2015, C.13.0513.F.

¹²⁸ Verder wordt ook nog verwezen naar een cassatiearrest van 5 januari 2012 (*TBBR* 2015, 269), waarin een genotsvergoeding echter niet ter sprake komt

¹²⁹ Wij zijn dan ook voorstander voor het behoud van de oplossing die onder het oude recht werd toegepast (cf. de hierboven vermelde cassatiearresten van 2 oktober 2008 en 7 mei 2015 (*supra*, voetnoten 126 en 127), namelijk dat bij wege van bijkomende schadevergoeding na nietigverklaring of ontbinding een vergoeding voor het gederfd genot van het overgedragen goed kan worden bekomen, eerder dan via de restituties na nietigverklaring of ontbinding.

42. **Noodzakelijke uitgaven voor bewaring** – Op grond van artikel 5.121 BW kan de restituteschuldenaar aanspraak maken op een vergoeding voor de door hem gedane uitgaven die noodzakelijk waren voor de bewaring van terug te geven goed. Volgens de parlementaire voorbereiding omvatten deze voor de bewaring noodzakelijke uitgaven o.a. de kosten voor het onderhouden van het terug te geven goed.¹³⁰ Daarnaast valt bijvoorbeeld ook te denken aan kosten voor de (materiële of juridische) bewaring van het terug te geven goed (bv. opslagkosten of kosten voor het afsluiten van een schadeverzekering m.b.t. het ontvangen goed) of aan belastingen die de ontvanger van het terug te geven goed m.b.t. dat goed heeft betaald (bv. onroerende voorheffing betaald door de koper van een onroerend goed¹³¹ of verkeersbelasting betaald door de koper van een wagen).

Onder het oude recht bestond geen gelijkaardige regel. Wel kon de partij die in uitvoering van een vernietigd of ontbonden contract een goed had ontvangen, onder bepaalde voorwaarden bij wege van bijkomende schadevergoeding na nietigverklaring of ontbinding een vergoeding bekomen voor de kosten die zij voor het behoud van het ontvangen goed had gemaakt.¹³²

2. Geldsom ontvangen

43. **Monetair nominalisme** – Een partij die in uitvoering van een vernietigd of ontbonden contract een geldsom ontving, is gehouden tot restitutie van die geldsom. Bij toepassing van het principe van het monetaire nominalisme (artikel 5.205 BW) moet de ontvanger het nominale bedrag van de ontvangen geldsom terugbetalen.¹³³ Met waardeschommelingen van het geld¹³⁴ wordt bijgevolg geen rekening gehouden. Ook onder het oude recht was dit het geval.¹³⁵

¹³⁰ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 154.

¹³¹ Vgl. (voor Frankrijk): G. Chantepie en M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Parijs, Dalloz, 2018, 964, nr. 1071.

¹³² J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 495.

¹³³ S. Benzidi en C. Legrand, “La fin du contrat et les restitutions” in R. Jafferli (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, 414, nr. 67.

¹³⁴ Waardeschommelingen van het geld komen tot uiting in de koopkracht van het geld. Dit kan worden omschreven als de hoeveelheid goederen en diensten die met een bepaald bedrag kunnen worden aangekocht. Wanneer de koopkracht van het geld afneemt, betekent dit dat met eenzelfde bedrag minder goederen en diensten kunnen worden aangekocht. Vgl. B. De Temmerman, “De weerslag van de inflatie op de toekenning van compensatoire interest en de berekening van een gekapitaliseerde schadevergoeding”, *TBBR* 2002, (259) 259, nr. 2.

¹³⁵ Cass. 28 november 2013, C.12.066.N (voor de nietigverklaring).

44. **Interest** – Onder het oude recht heerste lange tijd discussie over de vraag of de ontvanger van een geldsom ook interesten op de ontvangen geldsom moest terugbetalen. Het voorbije decennium maakte het Hof van Cassatie evenwel een einde aan deze discussie door te oordelen dat de restitutie van een geldsom ten gevolge de nietigverklaring of de ontbinding van een koopovereenkomst in principe ook de interest omvat vanaf het ogenblik dat de schuldenaar van de restitutieverbintenis niet meer te goeder trouw is.¹³⁶

Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie krijgt voortaan een wettelijke verankering in artikel 5.122 BW. Op grond van deze bepaling omvat de restitutie van een geldsom de interest aan de wettelijke interestvoet vanaf het ogenblik van dat de schuldenaar van de restitutieverbintenis opgehouden is te goeder trouw te zijn. Dit geldt zowel voor de restitutie na nietigverklaring als voor de restitutie na ontbinding van een contract.

3. Prestatie ontvangen die uit een doen of niet-doen bestond

45. **Restitutie in waarde** – Indien in uitvoering van een vernietigd of ontbonden contract een andere prestatie dan een goed werd ontvangen, is restitutie in natura niet mogelijk. Op grond van artikel 5.119 BW dient de restitutie bijgevolg in waarde te gebeuren, namelijk door betaling van een vergoeding gelijk aan de waarde die de ontvangen prestatie op het ogenblik van de restitutie (i.e. op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak die de restitutie beveelt¹³⁷) zou hebben gehad.
46. **Invulling waardebegrip** – Onder het oude recht bestond er geen eensgezindheid over het te hanteren waardebegrip bij de restitutie in waarde van een prestatie die uit een doen of niet-doen bestond. Volgens sommigen moest net zoals bij de restitutie in waarde van een goed een objectief waardebegrip worden gehanteerd, zodat de ontvanger van een prestatie die uit een doen of niet-doen bestond, gehouden was een vergoeding te betalen gelijk aan de objectieve waarde (d.w.z. de marktwaarde) van die prestatie.¹³⁸ Anderen waren van oordeel dat bij restitutie van een prestatie die uit een doen of niet-doen bestond, de ontvanger slechts een vergoeding moest betalen gelijk aan de kosten die de ontvanger door de

¹³⁶ Cass. 7 september 2018, C.16.0433.N (voor de nietigverklaring); Cass. 18 juni 2020, C.19.0505.N (voor de ontbinding). Vgl. Cass. 5 januari 2012, C.10.0712.N (voor de nietigverklaring – interest in principe verschuldigd vanaf de ingebrekestelling).

¹³⁷ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 15

¹³⁸ T. Starosselets, “Restitutions consécutives à la dissolution ex tunc”, *TBBR* 2003, (67) 84, nr. 38.

ontvangst van die prestatie had uitgespaard.¹³⁹ Nog anderen verdedigden een tussenstandpunt, namelijk dat de ontvanger in principe een vergoeding moest betalen gelijk aan de objectieve waarde van de prestatie, tenzij sprake was van een opgedrongen prestatie. In dat laatste geval was de ontvanger slechts een vergoeding verschuldigd gelijk aan de kosten die hij door de ontvangst van de prestatie had uitgespaard.¹⁴⁰

Bij gebrek aan wettelijke regeling verdient deze laatste zienswijze ook onder het nieuwe recht de voorkeur. Als uitgangspunt moet gelden dat restitutie in waarde van een goed en van een prestatie die uit een doen of een niet-doen bestond, in principe aan dezelfde regels onderworpen zijn. Net zoals de restitutie in waarde van een goed moet gebeuren door een vergoeding te betalen gelijk aan de objectieve waarde van dat goed, moet ook de restitutie in waarde van een prestatie die uit een doen of niet-doen bestond, in principe gebeuren door betaling van een vergoeding gelijk aan de objectieve waarde van die prestatie. Tussen de ontvangst van een goed en van een prestatie die uit een doen of niet-doen bestond, bestaat echter een fundamenteel verschil. Wie tegen zijn wil een goed ontving, kan dit goed tegen de objectieve waarde ervan te gelde maken. Voor wie tegen zijn wil een prestatie ontving die uit een doen of niet-doen bestond, is dat niet het geval. Op grond van het beginsel van de wilsautonomie kan het niet de bedoeling zijn dat een partij gedwongen wordt te betalen voor een prestatie die zij niet heeft gewild. Van een dergelijke opgedrongen prestatie kan sprake zijn indien de ontvangen prestatie niet in overeenstemming is met het contract of indien de toestemming van de ontvanger tot het contract – en dus tot de prestatie – door een wilsgebrek was aangetast. Daarnaast kan van een opgedrongen prestatie ook sprake zijn wanneer een partij in uitvoering van een naderhand vernietigd contract om niet een prestatie ontving die zij wel heeft gewild, maar waarvoor zij niet bereid was te betalen. In al deze gevallen waarin sprake is van een opgedrongen prestatie, dient de restitutie in waarde te gebeuren door betaling van een vergoeding gelijk aan de kosten die de ontvanger door de ontvangst van de prestatie heeft uitgespaard.

D. Volgorde van restituties

47. **Volgorde van restituties** – Artikel 5.118, lid 1 BW bepaalt dat de restituties moeten worden verricht in de omgekeerde volgorde waarin de te restitueren prestaties moesten worden uitgevoerd. Het is niet duidelijk welke meerwaarde deze bepaling heeft ten opzichte van

¹³⁹ Met name indien de principes inzake ongerechtvaardigde verrijking op de restitutie na nietigverklaring of ontbinding werden toegepast (zie H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, nr. 37).

¹⁴⁰ J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 235-244.

artikel 5.116, lid 1 BW, dat bepaalt dat de restitutie verschuldigd is vanaf de datum waarop de te restitueren prestatie is verricht. Bijgevolg kan reeds uit artikel 5.116, lid 1 BW worden afgeleid in welke volgorde de restitutieverbintenissen ontstaan, namelijk in de omgekeerde volgorde van deze waarin de te restitueren prestaties werden verricht. Het voegt dan ook weinig toe om in artikel 5.118, lid 1 BW bijkomend te bepalen dat de restitutieverbintenissen moeten worden uitgevoerd in de omgekeerde volgorde waarin de te restitueren prestaties moesten worden uitgevoerd.

48. **Exceptie van niet-uitvoering** – Wel een meerwaarde biedt artikel 5.118, lid 2 BW, dat de toepasselijkheid van de exceptie van niet-uitvoering in restitutieverhoudingen bevestigt.¹⁴¹ Aldus kan een partij de uitvoering van haar eigen restitutieverbintenis(sen) opschorten tot op het ogenblik dat de wederpartij haar restitutieverbintenis(sen) uitvoert of aanbiedt uit te voeren (vgl. artikel 5.239, §1, lid 1 BW). Voorwaarde is wel dat de partij die de exceptie van niet-uitvoering opwerpt, niet gehouden mag zijn om als eerste tot restitutie over te gaan¹⁴² (cf. wat in het vorige randnummer werd uiteengezet over de volgorde van de restituties).

E. Uitzonderingen op de restitutieplicht na nietigverklaring

49. **Overzicht** – Ten slotte bevat Boek 5 BW twee uitzonderingen op de restitutieplicht. Op de eerste plaats bepaalt artikel 5.123 BW dat de rechter de restitutie geheel of gedeeltelijk kan weigeren aan de partij die bij de contractsluiting opzettelijk inbreuk heeft gepleegd op de openbare orde (1). Op de tweede plaats bepaalt artikel 5.124 BW dat een onbekwame slechts gehouden is tot restitutie voor zover hij voordeel heeft gehaald uit de prestaties verkregen op grond van het nietige contract (2). Beide uitzonderingen zijn enkel van toepassing in geval van nietigverklaring van het contract, dus niet in geval van ontbinding.

1. Weigering van restitutie bij opzettelijke inbreuk op de openbare orde

50. **Wettelijke verankering van het adagium *in pari causa*** – Op grond van artikel 5.123 BW kan de rechter restitutie geheel of gedeeltelijk weigeren aan de partij die bij de contractsluiting opzettelijk inbreuk heeft gepleegd op de openbare orde. Volgens de parlementaire

¹⁴¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 152. Vgl. voor het oude recht: Cass. 23 november 1956, *Arr.Verbr.* 1957, 197 (voor de nietigverklaring); Cass. 12 september 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 43 (voor de ontbinding); Cass. 21 november 2003, C.01.0357.N (voor de ontbinding).

¹⁴² Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 152.

voorbereiding beoogt deze bepaling een wettelijke grondslag te geven aan het adagium *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, en tegelijk een einde te maken aan een aantal onduidelijkheden die onder het oude recht over de toepassing van dit adagium bestonden.¹⁴³

51. **Toepassingsvoorwaarden** – De weigering van restitutie op grond van artikel 5.123 BW veronderstelt dat een contractpartij bij de contractsluiting opzettelijk inbreuk heeft gepleegd op de openbare orde. Zoals vermeld, is dit enkel mogelijk in geval van nietigverklaring van het contract, en dus niet in geval van ontbinding.¹⁴⁴

Vooreerst is vereist dat een contractpartij een inbreuk heeft gepleegd op de openbare orde. Een inbreuk op een regel van dwingend recht volstaat dus niet. Hiermee maakt de wetgever een einde aan de discussie die onder het oude recht (vooral in de rechtsleer) bestond of de vraag of het adagium *in pari causa* enkel bij strijdigheid met de openbare orde dan wel ook bij strijdigheid met een regel van dwingend recht kon worden toegepast.¹⁴⁵

Voorts is vereist dat de inbreuk op de openbare orde bij de contractsluiting werd gepleegd. Te denken valt aan gevallen van een ongeoorloofde oorzaak (artikel 5.56 BW) of van een ongeoorloofd voorwerp (artikel 5.51 BW).¹⁴⁶ Bij inbreuken op de openbare orde die bij de uitvoering van het contract plaatsvinden, kan artikel 5.123 BW niet worden toegepast.¹⁴⁷

Vervolgens is vereist dat de contractpartij opzettelijk een inbreuk pleegde op de openbare orde. In navolging van wat hierover onder het oude recht werd verdedigd¹⁴⁸, mag worden aangenomen dat de wetgever hiermee bedoelt dat de contractpartij met kennis van zaken heeft gehandeld.

Voor de toepassing van artikel 5.123 BW volstaat het dat een van de partijen bij de contractsluiting opzettelijk een inbreuk op de openbare orde heeft gepleegd. Net zoals onder

¹⁴³ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 155.

¹⁴⁴ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 155.

¹⁴⁵ Zie o.m. W. van Gerven en A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 149-150; P. Wéry, *Droit des obligations. Volume 1*, Brussel, Larcier, 2021, nr. 349.

¹⁴⁶ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 155.

¹⁴⁷ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 155.

¹⁴⁸ S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht boek 1*, Brugge, die Keure, 2022, nr. 190.

het oude recht¹⁴⁹, is dus niet vereist dat beide partijen opzettelijk een inbreuk op de openbare orde hebben gepleegd.

52. **Facultatief karakter** – Net zoals dat het geval was voor het adagium *in pari causa*,¹⁵⁰ is de toepassing van artikel 5.123 BW voor de rechter facultatief: hij kan restitutie weigeren, maar is daartoe niet verplicht. Hij kan ook de restitutie gedeeltelijk weigeren. De parlementaire voorbereiding geeft aan dat de rechter een grote beoordelingsbevoegdheid heeft. Hierbij moet hij rekening houden met alle omstandigheden van de zaak en met de hogere of lagere schuldgraad van de partij(en) ten aanzien waarvan de sanctie wordt toegepast.¹⁵¹ Aangezien het de bedoeling was het adagium *in pari causa* wettelijk te verankeren, mag worden aangenomen dat de onder het oude recht door het Hof van Cassatie ontwikkelde richtlijnen ook onder het nieuwe recht relevant blijven. Aldus kan de rechter de restitutie weigeren (1) wanneer hij van oordeel is dat de restitutie de preventieve rol van de nietigheidssanctie in het gedrang zou brengen of (2)¹⁵² wanneer hij meent dat de openbare orde¹⁵² dit vereist.¹⁵³

53. **Weigering van restitutie op grond van het algemeen beginsel *Fraus omnia corrumpit*?** – In een arrest van 30 september 2021 oordeelde het Hof van Cassatie dat ook het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* tot een uitzondering op de restitutieplicht na nietigverklaring van een contract kan leiden.¹⁵⁴ Meer bepaald oordeelde het Hof dat ingeval van nietigverklaring van een contract wegens bedrog, het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* verhindert dat de contractpartij die het bedrog heeft gepleegd, aanspraak zou kunnen maken op restitutie, indien zij hierdoor voordeel zou halen uit haar bedrog.¹⁵⁵

In het nieuwe recht is het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* wettelijk verankerd in artikel 1.11 BW.¹⁵⁶ Artikel 5.123 BW doet geen afbreuk aan dit algemeen

¹⁴⁹ S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht boek 1*, Brugge, die Keure, 2022, nr. 190.

¹⁵⁰ O.m. I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 727-1; P. Wéry, *Droit des obligations. Volume 1*, Brussel, Larcier, 2021, nr. 349.

¹⁵¹ Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 156.

¹⁵² In de cassatierechtspraak van onder het oude recht is sprake van “sociale orde”. Op grond van artikel 1.3, lid 4 BW is de sociale orde een onderdeel van de openbare orde (net zoals ook de economische orde, de morele orde of de orde van het leefmilieu onderdelen zijn van de openbare orde). Er zijn niet meteen redenen waarom de rechter zich bij zijn beoordeling om artikel 5.123 BW al dan niet toe te passen, enkel de bescherming van de sociale orde voor ogen zou kunnen houden. Voorgesteld wordt dan ook om “sociale orde” te verruimen tot “openbare orde”.

¹⁵³ Vgl. Cass. 24 september 1976, *Arr.Cass.* 1977, 98.

¹⁵⁴ Zie ook I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 727-2.

¹⁵⁵ Cass. 30 september 2022, C.21.0002.N.

¹⁵⁶ Artikel 1.11. Oogmerk om te schaden: “De opzettelijke fout, gepleegd met het oogmerk te schade of uit winstbejag, mag de dader geen voordeel verschaffen.”

rechtsbeginsel en is bovendien in principe ook niet van toepassing in geval van nietigverklaring van een contract wegens bedrog. Aldus blijft de rechtspraak van het cassatiearrest van 30 september 2021 ook onder het nieuwe recht overeind. In geval van nietigverklaring van een contract wegens bedrog kan de contractpartij die het bedrog heeft gepleegd, bijgevolg ook onder het nieuwe recht geen aanspraak maken op restitutie als dit erop zou neerkomen dat zij voordeel zou halen uit haar bedrog.¹⁵⁷

2. Bescherming van onbekwamen

54. **Bescherming van onbekwamen** – Op grond van artikel 5.124 BW is de onbekwame slechts gehouden tot restitutie voor zover hij voordeel heeft gehaald uit de prestaties verkregen op grond van het nietige contract. Ook onder het oude recht genoten onbekwamen van een dergelijke bescherming: voor minderjarigen was deze bescherming neergelegd in het vroegere artikel 1312 oud BW, voor beschermde meerderjarigen in artikel 493, §3, lid 2 oud BW (dat overigens vandaag ook nog steeds geldt). Het nieuwe artikel 5.124 BW is voortaan van toepassing op alle onbekwamen: minderjarigen, beschermde meerderjarigen (binnen de perken van de beslissing van de vrederechter) en personen aan wie de wet het aangaan van bepaalde contracten verbiedt.¹⁵⁸

Een onbekwame is slechts gehouden tot restitutie voor zover hij voordeel heeft gehad uit de prestaties die hij op grond van het nietige contract heeft ontvangen, m.a.w. voor zover de ontvangen prestaties tot een verrijking van de onbekwame hebben geleid. Hebben de in uitvoering van het nietige ontvangen prestaties niet tot een verrijking van de onbekwame geleid, dan is de onbekwame niet tot restitutie gehouden. De medecontractant van de onbekwame blijft daarentegen wel tot restitutie gehouden.

Stel bijvoorbeeld dat een onbekwame een goed verkoopt en dat die verkoopovereenkomst later wordt vernietigd wegens onbekwaamheid. Als de onbekwame (de verkoper) de ontvangen koopprijs ondertussen aan nutteloze uitgaven heeft verspild, zal hij niet tot restitutie gehouden zijn. In dat geval is immers geen sprake van een verrijking van de

¹⁵⁷ Zie ook T. Tanghe, “Beëindiging van contracten: huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht” in J. Baeck, I. Claeys en A. Wylleman (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht in XLVIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2022, 246, nr. 30.

¹⁵⁸ Vgl. artikel 5.41 over de uitzonderingen op de bekwaamheid tot contracteren.

onbekwame. De medecontractant van de onbekwame (de koper) zal daarentegen wel gehouden zijn tot restitutie van het gekochte goed (in natura of in waarde).¹⁵⁹

Conclusie

55. **Conclusie** – Wat betreft restitutie na vernietiging of ontbinding bevat Boek 5 BW enkele belangrijke nieuwigheden. Anders dan onder het oude recht, bepaalt de wet voortaan uitdrukkelijk dat de vernietiging of ontbinding van een contract aanleiding geeft tot restitutie van de prestaties die in uitvoering van dat contract werden geleverd. Waar onder het oude recht veel discussie bestond over de draagwijdte van deze restitutieverbintenissen, bevat Boek 5 voortaan een uitdrukkelijke regeling van de restitutie na (o.m.) vernietiging of ontbinding van een contract. Dit zal de rechtszekerheid ongetwijfeld ten goede komen.

Aangezien de restitutieverbintenissen na vernietiging of ontbinding voortaan wettelijk geregeld zijn, was het strikt genomen niet langer nodig om terugwerkende kracht aan de vernietiging of ontbinding toe te kennen. In lijn met de traditie heeft de wetgever er echter voor gekozen om de terugwerkende kracht van de vernietiging of ontbinding te behouden, ook al kan dit erg nadelige gevolgen voor derden hebben. Om deze nadelige gevolgen voor derden enigszins te corrigeren, heeft de wetgever zowel in Boek 3 als in Boek 5 BW enkele nieuwe vormen van derdenbescherming ingevoerd, die vooral in geval van ontbinding relevant zijn. Evenwel is het toepassingsgebied van deze nieuwe vormen van derdenbescherming niet steeds goed afgebakend. Het is met name niet steeds duidelijk welke derden precies worden geïsoleerd. Ook de verhouding tussen deze nieuwe derdenbeschermingsmechanismen onderling en ten opzichte van de reeds bestaande mechanismen van derdenbescherming is niet steeds duidelijk. Er lijken toch wel wat overlappingen te zijn.

Voor de praktijk wellicht het belangrijkste is dat de restitutieverbintenissen na vernietiging of ontbinding voortaan het voorwerp uitmaken van een uitdrukkelijke wettelijke regeling. Hierbij heeft de wetgever ervoor gekozen om deze restitutieverbintenissen een ruimere invulling te geven dan onder het oude recht het geval was. Zo omvat de restitutieverbintenis m.b.t. een ontvangen goed voortaan ook het genot dat de ontvanger van dat goed heeft gehad (artikel 5.122 BW). Voorts kan de restituteschuldenaar voortaan in het kader van de restitutie aanspraak maken op een vergoeding voor de noodzakelijke uitgaven voor bewaring van het te restitueren goed (artikel 5.121 BW), zoals onderhoudskosten, verzekeringskosten en

¹⁵⁹ Vgl. Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 156.

belastingen. De vraag rijst of dit “openrekken” van de restitutieverbintenissen er niet toe zal leiden dat het vaststellen van de omvang van de restitutieverbintenissen in de praktijk ingewikkelder zal worden.

Verder zijn ook bedenkingen te formuleren bij de regel over het verlies van het te restitueren goed door overmacht (artikel 5.120, lid 2 BW). Hoewel het de bedoeling van de wetgever was om de regel *res perit debitori* in de restitutieverhoudingen te verankeren, wordt dit doel niet steeds bereikt. Wij pleiten er dan ook voor om deze bepaling (artikel 5.120, lid 2 BW) te schrappen, zodat de restituteschuldenaar steeds moet instaan voor het verlies van het restitueren goed, ongeacht of dit verlies aan overmacht te wijten is of niet. Beleidsmatig is het immers meer verantwoord om het risico voor overmacht te leggen bij degene die de controle over het goed heeft en die de mogelijkheid heeft om het goed te verzekeren, namelijk de restituteschuldenaar.

56. **Tot slot: toepassing in de tijd** – De nieuwe regeling van de restitutie na nietigverklaring of ontbinding is in principe slechts van toepassing op contracten die sinds 1 januari 2023 zijn gesloten. Contracten die voordien tot stand kwamen, zijn in principe aan het oude recht onderworpen (tenzij partijen anders overeenkomen).¹⁶⁰ Zoals gezien, bestond onder het oude recht echter veel controverse – en dus ook veel rechtsonzekerheid – over de draagwijdte van de restitutieverbintenissen na nietigverklaring of ontbinding.¹⁶¹ De nieuwe restitutieregeling kan dan ook als inspiratiebron dienen voor het beslechten van discussiepunten waarvoor het oude recht geen eenduidige oplossing biedt.¹⁶²

¹⁶⁰ Cf. artikel 64 (overgangsbepaling) van de wet van 28 april 2022 houdende boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 1 juli 2022. Zie ook Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 297. Voor een bespreking van de toepassing in de tijd van Boek 5 BW: I. Claeys en E. Langenaeken, “Het aankomende verbintenissenrecht” in J. Baeck, I. Claeys en A. Wylleman (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht in XLVIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2022, 32-38, nrs. 15-20.

¹⁶¹ *Supra*, nr. 21.

¹⁶² Vgl. Toelichting bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2020-21, nr. 1806/1, 297: “Ten slotte wordt opgemerkt dat telkens de oude wetsbepalingen van toepassing blijven, de rechtspraak op geen enkele wijze gehinderd wordt om rekening te houden met de nieuwe bepalingen om vragen op te lossen die betwist bleven onder het stelsel van de oude wet.”