



CONSEIL D'ÉTAT  
section de législation

RAAD VAN STATE  
afdeling Wetgeving

avis 63.268/2  
du 23 mai 2018

advies 63.268/2  
van 23 mei 2018

sur

over

un avant-projet de loi 'portant  
création d'un Code civil et y  
insérant un Livre 5  
« Les obligations »'

een voorontwerp van wet 'tot  
invoering van een Burgerlijk  
Wetboek en tot invoeging van  
Boek 5 "Verbintenissen" in dat  
Wetboek'

Le 3 avril 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur un avant-projet de loi 'portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations »'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre les 17 et 23 mai 2018. La chambre était composée de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État, Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX, conseiller d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur. Xavier DIEUX, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jacques JAUMOTTE.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 23 mai 2018.

\*

Op 3 april 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 "Verbintenissen" in dat Wetboek'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 17 en 23 mei 2018. De kamer was samengesteld uit Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State, Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX, staatsraad, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, auditeur. Xavier DIEUX, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerde op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jacques JAUMOTTE.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 23 mei 2018.

\*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet<sup>‡</sup>, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

### OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

À l'une ou l'autre reprise, l'avant-projet renvoie à des dispositions qui, pour l'heure, n'existent pas encore, pas même à l'état d'avant-projet soumis à l'avis de la section de législation.

Il est, à titre d'exemple, renvoyé à l'article 5.311 en projet, dont l'alinéa 2 se réfère aux articles 5.141 et suivants relatifs à la responsabilité extracontractuelle, lesquels articles sont par ailleurs réservés.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur ce que :

– d'une part, la section de législation n'a pas pu apprécier en connaissance de cause ni la pertinence d'un tel renvoi ni la manière dont il y est procédé ;

– d'autre part, un tel renvoi peut également s'avérer source d'insécurité juridique si lesdites dispositions ne devaient pas avoir été adoptées et être également entrées en vigueur au même moment où le seront celles présentement examinées.

### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Pour plusieurs des articles en projet, l'auteur de l'avant-projet précise que ceux-ci s'appliquent « sauf volonté contraire des parties », « à moins que le contraire n'ait été convenu », « sauf clause contraire », etc. (voir notamment les articles 5.70, 5.86, 5.108 et 5.267 en projet).

Une telle précision est source d'insécurité juridique. Elle laisse en effet penser que les parties ne seraient pas en mesure de déroger aux dispositions dépourvues d'une telle précision, quand bien même aucune interdiction expresse de dérogation ne serait formulée. Telle n'est manifestement pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet, qui reconnaît lui-même dans le commentaire des articles que plusieurs dispositions ont un caractère supplétif bien que cela ne soit pas précisé expressément (voir par exemple les articles 5.229 et 5.279 en projet).

Le dispositif sera dès lors revu afin de supprimer les mentions expresses du caractère supplétif de certains articles.

---

<sup>‡</sup> S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

Alternativement, une disposition introductive pourrait prévoir que toutes les dispositions sont supplétives sauf lorsque le contraire est spécifié et que la circonstance que ce caractère supplétif est expressément rappelé, sous une forme ou sous une autre, dans certaines dispositions n'implique pas que les dispositions qui n'expriment pas ce rappel ne revêtent pas un caractère supplétif.

2. Plusieurs dispositions font référence à la loi ou aux usages, par exemple, pour indiquer qu'il peut être dérogé au principe énoncé par la disposition en cause. Eu égard au développement des sources du droit positif, la notion de « loi » est trop restrictive et, en tout cas, polysémique : soit qu'on envisage la loi, au sens formel et restreint de « règle adoptée par le pouvoir législatif fédéral », soit qu'on ait à l'esprit la loi au sens large, c'est-à-dire l'ensemble des règles de droit, écrites ou non écrites, y compris celles adoptées par les régions et communautés dans le cadre de leurs compétences respectives.

C'est dans cette deuxième acception que les dispositions en projet paraissent se référer.

Il se justifierait de le préciser dans une disposition introductive.

3. En application de l'article 2, le dispositif en projet a vocation à s'intituler « Code civil ».

Par ailleurs, les modifications que l'avant-projet apporte au Code civil actuel sont faites en se référant à l'« ancien Code civil »<sup>1</sup>.

Enfin, en application des articles 55 et 56 de l'avant-projet, tant les dispositions du Code civil actuel que celles présentement examinées auront vocation à pouvoir toutes deux s'appliquer, fût-ce à titre transitoire, durant un laps de temps indéterminé mais relativement long.

Afin d'éviter toute confusion en la matière, il est en conséquence suggéré d'insérer une nouvelle disposition dans l'avant-projet afin de préciser que le Code civil actuel portera, dès l'entrée en vigueur du présent avant-projet, l'intitulé d'« Ancien Code civil ».

4. Comme l'indique l'exposé des motifs, l'intention est de « moderniser » le Code civil. Cette « modernisation » est justifiée par le fait que le Code civil comporte des dispositions qui « portent l'empreinte d'une époque révolue », que son plan « prête le flanc à la critique » et que ses lacunes « sont devenues de plus en plus béantes ».

La réécriture du Code n'est toutefois pas exempte d'écueils. En effet, si certaines dispositions sont nouvelles et ont pour but de modifier les règles applicables quant au fond, d'autres ont pour seul objectif de donner une formulation plus moderne à des dispositions sans intention de modifier leur substance et leur portée. D'autres encore visent à sceller dans une nouvelle formulation une interprétation jurisprudentielle des dispositions actuellement en vigueur.

---

<sup>1</sup> Voir notamment l'article 52 de l'avant-projet.

La seule lecture du nouveau texte ne permet pas toujours de saisir si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est ou non de modifier la substance de la règle. Seule la lecture du commentaire des articles permet de connaître cette intention. Il en résulte que la réécriture de dispositions peut manquer son objectif, car si, jusqu'à présent, il fallait consulter la jurisprudence et la doctrine pour connaître le sens à donner à une disposition sujette à plusieurs interprétations, il faudra désormais consulter les travaux préparatoires pour savoir si, en modifiant les termes d'une règle, le législateur a voulu modifier le fond d'une règle telle qu'elle est actuellement interprétée par la doctrine et la jurisprudence.

La règle d'interprétation selon laquelle il faut donner un effet utile à l'intervention du législateur a pour conséquence que, lorsque ce dernier modifie les termes d'une règle, cette modification doit en principe être interprétée comme une modification de fond. Par conséquent, lorsqu'une disposition actuelle est claire et fait l'objet d'une interprétation unanime ou à tout le moins largement majoritaire, la modification de ses termes s'exposera à être interprétée par le juge comme une modification substantielle, quand bien même les travaux préparatoires indiquent que telle n'est pas l'intention du législateur et, *a fortiori*, si ces travaux préparatoires laissent subsister un doute sur cette interprétation.

Pour donner un exemple des difficultés potentielles d'interprétation en l'absence de consultation du commentaire des articles, l'avant-projet supprime la notion de « bonnes mœurs ». Ce n'est qu'en consultant le commentaire de l'article que l'on comprend que l'intention de l'auteur de l'avant-projet n'est pas d'autoriser désormais les contrats contraires aux bonnes mœurs mais seulement de consacrer l'évolution jurisprudentielle de cette notion en vertu de laquelle « elle est déjà incluse dans l'ordre public »<sup>2</sup>.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'apprécier si les avantages de la reformulation à droit constant d'une disposition existante l'emportent sur les dangers d'une mauvaise interprétation de l'intention du législateur.

Mais, en tout état de cause, il convient d'éviter de compléter les règles existantes par des termes nouveaux si l'intention n'est pas de modifier la compréhension actuelle et non ambiguë des concepts utilisés par ces règles. Spontanément et naturellement, l'interprète voudra en effet donner un sens à ces nouveaux termes.

Pour donner un exemple, l'article 1108 du Code civil dispose qu'une des conditions de validité d'une convention est le consentement de la partie qui s'oblige et l'article 1109 du même Code dispose qu'il n'y a pas de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol. L'article 5.37 en projet formule semblablement les conditions de validité du consentement, à savoir qu'il ne doit pas être « entaché par un vice », mais l'article 5.31 en projet énonce qu'une des conditions de validité du contrat est le consentement « libre et éclairé » de chaque partie. La

<sup>2</sup> Voir le commentaire de l'article 5.55 en projet. À cet égard, l'attention est également attirée sur ce que s'il est vrai que les bonnes mœurs sont actuellement assimilées à l'ordre public en ce qui concerne les effets de l'un et de l'autre, il n'en est pas forcément ainsi quant au contenu qu'il convient de donner à chacune de ces notions. En effet, l'intégration de la notion de « bonnes mœurs » dans celle de « ordre public » soumet dorénavant l'évolution que cette première notion pourrait connaître aux critères plus stricts qui s'attachent à l'ordre public. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de s'assurer que telle est bien son intention.

question se pose donc de savoir si, même dans l'hypothèse où les conditions pour que l'erreur soit cause de nullité d'un contrat ne sont pas remplies, une partie pourra plaider que son consentement n'était pas suffisamment éclairé pour que les conditions de validité du contrat soient remplies. La réponse est assurément négative, si l'on se réfère au commentaire de l'article, mais la sécurité juridique serait certainement mieux rencontrée si les mots « libre et éclairé » étaient omis.

D'autres exemples seront donnés dans les observations particulières.

L'auteur de l'avant-projet est, en conséquence, invité à relire celui-ci en tenant compte de cette observation, de manière à éviter toute difficulté d'interprétation qui pourrait résulter de l'ajout ou de modifications terminologiques qui ne participent pas aux objectifs de clarté et de lisibilité du texte.

5. Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs, de nombreuses dispositions en projet sont nouvelles tandis que de nombreuses autres reproduisent ou paraphrasent, en tout ou en partie, de nombreuses dispositions du Code civil actuel et, accessoirement, d'autres codes tels que le Code de droit économique.

Afin d'assurer une information aussi complète que possible des parlementaires, il s'indiquerait que soit déposé, en même temps que le projet de loi et son exposé des motifs, un tableau mentionnant, d'une part, chacune des dispositions en projet et, d'autre part, là où cela s'indique, les dispositions correspondantes applicables de ce qui deviendra l'« Ancien Code civil » et, le cas échéant, d'autres codes.

## OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

### DISPOSITIF

#### Article 3

##### Article 5.1 en projet

1. Dans la mesure où, s'agissant des obligations qui répondent à la définition proposée par la disposition en projet, il est ensuite fait référence à la notion d'obligation « civile » (article 5.2, alinéa 3, en projet), il convient de préciser, dans un nouvel alinéa, pour assurer la cohérence de l'ensemble des dispositions de l'avant-projet et leur intelligibilité, que l'obligation ainsi définie à l'alinéa 1<sup>er</sup> est une obligation « civile ».

Par voie de conséquence, il convient, à l'article 5.2, alinéa 3, en projet de supprimer le mot « civile ».

2. Les mots « et recourir, si nécessaire, aux voies d'exécution » n'ajoutent rien à la portée de la définition d'« obligation » et peuvent, par ailleurs, être source de confusion, notamment lorsque les voies d'exécution sont suspendues à la suite de l'introduction d'une voie de recours.

Il convient d'omettre ces mots.

#### Article 5.2 en projet

1. L'alinéa 1<sup>er</sup> de la disposition en projet évoque improprement, à propos de l'obligation naturelle, opposée à l'obligation telle que définie à l'article 5.1 en projet, « une obligation qui ne peut être exigée en justice ».

La disposition doit être revue. Ce n'est pas l'obligation elle-même qui peut être exigée en justice, mais son exécution.

2. L'alinéa 3 de la disposition en projet évoque une reconnaissance « sans erreur ni contrainte ».

La reconnaissance étant un « acte juridique unilatéral », elle doit répondre aux conditions de validité de tout acte juridique unilatéral, telles que ces conditions sont définies à l'article 5.129 en projet, par renvoi aux « règles applicables aux contrats ». La précision selon laquelle la reconnaissance ne produit ses effets que si elle est exempte d'erreur et de contrainte est donc inutile ou incomplète.

La disposition sera revue.

#### Article 5.4 en projet

En ce qu'elle évoque une « manifestation de volonté » par laquelle une ou des personnes ont une « intention », la définition de l'acte juridique, telle que proposée par la disposition en projet, présente un caractère tautologique.

La disposition sera donc revue, en ce sens que l'acte juridique est une manifestation de la volonté d'une ou de plusieurs personnes de faire naître des effets de droit.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est par ailleurs attirée sur ce que le commentaire des articles est muet au sujet de cette disposition.

#### Article 5.5 en projet

1. Les alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de la disposition en projet sont contradictoires et, à tout le moins, générateurs de confusion en ce que la définition de la notion de « notification », censée préciser, à propos des actes unilatéraux réceptifs, ce qu'est une notification, envisage la communication d'une « décision » ou d'un « fait », alors que, notamment, tout fait n'est pas un

acte juridique et que tout acte juridique ne se confond pas avec une « décision », outre que la notion de « décision » n'est pas ici définie.

La communication doit en réalité porter sur la volonté exprimée par l'acte juridique réceptice en question.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de définir de manière générale tant la notion de la notification que les effets qui s'y rattachent, il conviendrait d'inscrire les alinéas 2 et suivants dans une disposition autonome, laquelle organiserait, en outre, le régime de la notification <sup>3</sup>.

La disposition sera revue en ce sens.

2. L'alinéa 4 de la disposition en projet est rédigé de manière maladroite.

L'intention de l'auteur de l'avant-projet semble être que le principe énoncé à l'alinéa 3 – en ce qu'il assimile le cas où le destinataire d'une notification aurait raisonnablement pu en prendre connaissance au cas où il en a eu effectivement connaissance –, ne s'applique, si la notification est faite par voie électronique, que si le destinataire a préalablement accepté soit que la notification soit faite à l'adresse électronique utilisée par l'auteur de la notification, soit que cette notification soit faite selon un autre mode de communication électronique utilisé par celui-ci.

Afin de mieux refléter cette intention, l'alinéa en projet pourrait être rédigé comme suit :

« La notification accomplie par voie électronique parvient au destinataire soit lorsque celui-ci en prend connaissance, soit lorsqu'il aurait raisonnablement pu en prendre connaissance pour autant que, dans cette dernière hypothèse, ce destinataire ait préalablement accepté soit que la notification lui soit adressée à l'adresse électronique utilisée par l'auteur de la notification, soit que cette notification soit faite selon un autre mode de communication électronique utilisé par celui-ci ».

La question se pose toutefois de savoir s'il ne conviendrait pas d'uniformiser les notions utilisées, spécialement celle d'« adresse électronique », avec celles d'« adresse judiciaire électronique » et d'« adresse d'élection de domicile électronique », récemment introduites dans le Code judiciaire à l'article 32.

3. Il y a lieu d'adapter l'avant-projet dans le but de préserver l'unité de terminologie en matière de notification pour les actes réceptices (voir notamment les articles 5.24 et 5.25 en projet).

---

<sup>3</sup> Comp. avec l'article 53*bis* du Code judiciaire.

### Article 5.6 en projet

1. Au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet, la définition de la notion de représentation est maladroite en ce qu'elle (ne) vise (que) l'hypothèse dans laquelle une personne est « chargée » d'en représenter une autre : outre que ce mot n'a pas de contenu juridique propre, un pouvoir de représentation peut être confié à autrui sans que la personne investie d'un tel pouvoir ait toujours et nécessairement l'obligation de l'exercer. Conceptuellement, un « pouvoir » de représentation ne comprend pas pareille obligation, même si, comme c'est souvent le cas, pareille obligation peut lui être attachée.

La disposition sera donc revue.

2. Le paragraphe 2 est à la fois imprécis et trop restrictif. Outre que l'hypothèse de la représentation apparente, pourtant visée au paragraphe 4, n'y est pas réservée, la référence à la notion de « décision de justice » est sujette à interprétation. Ne vise-t-on que les décisions d'un organe du pouvoir judiciaire ou vise-t-on aussi, comme il semble que ce devrait être le cas, les décisions d'un tribunal arbitral ? De plus, la représentation peut trouver sa source dans un acte juridique unilatéral.

La disposition sera donc revue.

3. L'alinéa 1<sup>er</sup> du paragraphe 4 ne réserve pas l'exception qu'il énonce aux seuls tiers « de bonne foi ».

Entre-t-il bien dans les intentions de l'auteur de l'avant-projet d'adopter une solution qui ne concorde pas avec l'état des conceptions usuelles en cette matière ?

4. À l'alinéa 2 du paragraphe 4, il y a lieu, ainsi qu'il ressort du commentaire de l'article, d'omettre le mot « librement » (« vrijwillig » dans la version néerlandaise).

### Article 5.8 en projet

Si la référence à cette notion est maintenue, il convient, dans la version française, d'écrire « accord de volontés » au pluriel et non au singulier.

Ceci étant, on retrouve ici la même confusion que celle que l'on a identifiée plus haut entre « volonté » et « intention » (article 5.4 en projet). Selon la conception du contrat sur laquelle doctrine et jurisprudence s'accordent, un contrat, ou une convention, est un acte juridique résultant du concours des volontés de deux ou de plusieurs personnes de faire naître des effets de droit.

La disposition devrait être revue en ce sens.

### Article 5.9 en projet

Il est renvoyé, à propos de l'alinéa 1<sup>er</sup>, aux remarques formulées ci-dessus à propos de l'article 5.8 en projet.

### Article 5.11 en projet

La nouvelle définition du contrat à titre onéreux, telle que proposée, est source de confusion. Il n'est pas nécessaire, pour qu'un contrat soit à titre onéreux, qu'il procure effectivement un avantage à chacune des parties. Il suffit que, selon la volonté commune, le contrat soit destiné à procurer un avantage à chaque partie, en ce qu'il fait naître des obligations à charge de chacune des parties.

Tel est le sens de la définition qui résulte actuellement de l'article 1106 du Code civil et le commentaire de l'article indique que l'intention de l'auteur de l'avant-projet n'est pas de s'écarter de ce sens.

La disposition devrait donc être clarifiée en ce sens, et ce en tenant compte des nouvelles notions sur lesquelles l'avant-projet repose, en particulier la notion de « prestation ». Sur la base de ces prémisses, le contrat à titre onéreux est celui en vertu duquel chaque partie est tenue à une prestation vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres.

Corrélativement, la définition du contrat à titre gratuit sera revue : le contrat à titre gratuit est celui en vertu duquel une partie s'engage vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres à une prestation, sans contrepartie.

### Article 5.14 en projet

Dans la version française de l'alinéa 2, il convient, afin d'assurer la concordance avec la version néerlandaise, d'écrire « négociation particulière » en lieu et place de « négociation individuelle ».

### Article 5.21 en projet

L'article 5.21 en projet concerne la question, discutée dans la doctrine et dans la jurisprudence, de l'identification du dommage réparable en cas de rupture fautive des pourparlers préalables à l'éventuelle conclusion d'un contrat. Le commentaire de l'article y fait allusion.

Il se comprend que la disposition en projet emporte une adhésion à la thèse selon laquelle, dans le cas envisagé à l'alinéa 2, la victime de la rupture des négociations peut réclamer la réparation d'un dommage consistant dans la perte du bénéfice attendu du contrat, sous déduction des charges que l'exécution de celui-ci aurait générées.

L'hypothèse envisagée est celle où « la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée ».

Mais la portée de l'ajout des mots « dans des cas exceptionnels » est obscure et nuit à l'intelligibilité de la disposition considérée et, donc, à la sécurité juridique : veut-on dire que le cas envisagé, c'est-à-dire celui où « la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée » est, comme tel, exceptionnel, auquel cas l'ajout est inutile, ou faut-il que l'hypothèse envisagée soit, en outre, qualifiée par d'autres caractères pour pouvoir être reconnue comme exceptionnelle ?

Par ailleurs, les mots « sans aucun doute » sont aussi susceptibles d'ouvrir la voie à des contestations. En principe, la confiance légitime correspond en effet à l'état d'esprit dont il est permis de considérer qu'il aurait été celui de toute personne raisonnable dans les mêmes circonstances.

S'il y a lieu d'entendre que les mots « sans aucun doute » expriment une exigence supplémentaire, la disposition risque de rester sans portée, sauf l'hypothèse d'une véritable promesse de contrat, qui rend à son tour inutile la référence au principe de la confiance légitime.

La disposition devrait être clarifiée sur ces points.

#### Article 5.23 en projet

1. Bien que l'article 5.23 en projet, comme le relève le commentaire de l'article, confirme le droit constant, les notions d'« éléments essentiels » et d'« éléments substantiels » du contrat, compte tenu de leur emploi multiple dans le Code en projet, devraient être définies dans celui-ci.

2. À l'alinéa 1<sup>er</sup>, l'ajout du qualificatif « ferme » relève du commentaire. D'un point de vue légal, la volonté d'accepter une offre existe ou n'existe pas et toute volonté est, par nature, présumée ferme. Le dire expressément ici signifierait que des volontés, autres que fermes, pourraient être prises en considération, pour les besoins des autres dispositions de l'avant-projet qui font aussi référence à la notion de « volonté ».

La disposition devrait donc être revue en ce sens.

#### Article 5.24 en projet

À l'alinéa 3, l'adjectif « concrète » ne semble pas avoir d'utilité normative par lui-même ; il y a lieu de l'omettre.

#### Article 5.33 en projet

En son alinéa 1<sup>er</sup>, l'article 5.33 en projet vise à la fois les contrats solennels et les contrats réels. Cependant, l'alinéa 2 de cette disposition ne prévoit la nullité que des contrats pour lesquels les conditions de forme imposées par le contrat ou par la loi n'ont pas été respectées. Seuls les contrats solennels sont donc visés.

Il convient également de préciser la sanction applicable en cas de non-respect de la remise de la chose imposée, par la loi ou par le contrat, comme une condition de validité de ce dernier.

#### Article 5.34 en projet

1. Au paragraphe 2, 2°, le règlement, outre son numéro, doit être visé par sa date et son intitulé complets.
2. Le texte français du paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, ne concorde pas totalement avec le texte néerlandais, outre qu'il faut, en français, parler de « respect des formes » et non de « réalisation de forme ».

Par ailleurs, le commentaire de l'article consacré à ce paragraphe 3 paraît incomplet. Il conviendrait en particulier d'indiquer explicitement la portée concrète de cette disposition, de même que les critères qui ont conduit à la détermination des différents types de contrats visés par celle-ci.

L'attention de l'auteur de l'avant-projet est à cet égard attirée sur ce que la combinaison des paragraphes 1<sup>er</sup> et 3 en projet pourrait être interprétée comme transformant en contrats solennels au niveau de leur validité des contrats qui ne le sont pas nécessairement.

La question se pose de savoir si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

#### Article 5.37 en projet

À l'alinéa 3, l'expression « causés par ... » est impropre.

Il convient d'écrire : le « dol, la violence ou l'abus de circonstances, imputables à un tiers complice d'une partie contractante ou à ... ».

#### Article 5.38 en projet

L'alinéa 1<sup>er</sup> est mal rédigé.

Il est suggéré de remplacer les mots « d'un élément qui a été déterminant pour cette partie pour la conclusion du contrat » par les mots « d'un élément qui l'a déterminée à conclure le contrat ».

### Article 5.39 en projet

La formulation de l'alinéa 1<sup>er</sup> est source d'insécurité juridique. Dès lors que la notion de « dol » implique par nature un élément intentionnel <sup>4</sup> – comme le confirme d'ailleurs le commentaire de l'article –, il n'est pas pertinent de préciser que le dol n'est une cause de nullité que lorsque les manœuvres du cocontractant sont « pratiquées intentionnellement ». Ce faisant, le caractère intentionnel semble être une condition supplémentaire au dol pour obtenir la nullité.

La disposition sera revue afin de lever toute ambiguïté à ce sujet.

### Article 5.45 en projet

Dans sa version française, l'article 5.45, 2°, en projet se réfère à l'article 5.492/1 du Code civil.

Une telle disposition n'existe cependant pas. L'intention de l'auteur de l'avant-projet semble être de se référer à l'article 492/1 du Code civil, ainsi que le confirme la version néerlandaise du texte.

Le dispositif sera rectifié en conséquence, en précisant, conformément à l'observation générale n° 3, qu'il s'agit de l'ancien Code civil.

### Article 5.55 en projet

La restriction de la notion d'« illicéité » aux seuls cas de contravention à l'ordre public ou à une disposition « légale » impérative n'est pas justifiée. Une disposition réglementaire, ou une règle non écrite, peut aussi revêtir un caractère impératif. La disposition doit donc être revue.

Alternativement, une disposition introductive pourrait utilement prévoir que, partout où il est employé, le mot « loi » vise toute règle de droit, écrite ou non écrite, applicable à la situation considérée. Il est, à cet égard, renvoyé à l'observation générale n° 2.

Une observation analogue vaut pour l'article 5.59 en projet.

### Article 5.56 en projet

La définition de la cause est libellée dans des termes inadéquats.

Le sens du propos, tel qu'éclairé par le commentaire de l'article, doit conduire l'auteur de l'avant-projet à écrire que « la cause s'entend des mobiles qui ont déterminé le consentement de chaque partie au contrat, au moins connus de toutes ou qui devaient l'être, s'ils ne sont pas identiques ».

---

<sup>4</sup> Voir notamment P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruylant, 2010, p. 247, n° 149.

### Article 5.57 en projet

En ce qu'elle limite au cas où « la loi [...] admet » la possibilité de conclure un contrat sans cause, le libellé de la disposition en projet n'est pas indubitablement conforme à l'intention exprimée dans le commentaire de l'article, lequel se réfère à la position de la doctrine et de la jurisprudence actuelles.

Selon celles-ci, il est permis de prévoir qu'un contrat peut être abstrait de sa cause, lorsque la loi ne l'interdit pas. Or un contrat abstrait de sa cause n'est pas un contrat sans cause et la question de la licéité de la cause pourra se poser, le cas échéant, en dépit de l'abstraction convenue.

La disposition en projet gagnerait à être revue de sorte que, dans un souci de sécurité juridique, ces nuances soient exprimées.

### Article 5.60 en projet

L'idée traduite par la disposition en projet selon laquelle, en dehors des cas où la loi le prévoit, un contrat entaché de vice reste valable s'il résulte « manifestement » du but de la règle ainsi que des circonstances que la sanction de la nullité ne serait pas appropriée, est génératrice d'une insécurité injustifiée.

D'une part, un doute existe quant à la question de savoir si l'adverbe « manifestement » s'applique au but de la règle ou aux circonstances. En ce qu'il s'applique au but de la règle, il est inadéquat, dès lors que le but de la règle est ou n'est pas, en droit, que le contrat doit ou non être maintenu.

Selon le commentaire de l'article, l'utilisation de l'adverbe « manifestement » tend à souligner le caractère exceptionnel du cas envisagé mais le but de la règle, une fois identifié, est méconnu s'il faut en plus qu'il soit « manifeste » pour être respecté, outre l'insécurité juridique que l'exigence de ce caractère additionnel comporte.

D'autre part, il est difficilement compréhensible que, si le but de la règle violée est que le contrat soit maintenu, ce maintien dépende, en outre, de certaines circonstances, à moins qu'on ne vise que les cas dans lesquels le maintien du contrat ne correspondrait au but de la règle violée que dans certaines circonstances.

Si telle est l'intention de l'auteur de l'avant-projet, il y a lieu de privilégier la formulation suivante de l'alinéa 2 :

« Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances de la cause que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée eu égard au but de la règle violée ».

### Article 5.61 en projet

L'expression de l'idée qu'une règle d'ordre public peut n'avoir que principalement pour objet la sauvegarde de l'intérêt général relève du commentaire et n'a pas sa place dans une disposition légale. Dans tous les cas, même si la règle considérée est favorable à des intérêts privés, elle ne sera d'ordre public que si la protection de ces intérêts relève elle-même de l'ordre public.

En conséquence, il est suggéré, à l'alinéa 1<sup>er</sup>, de supprimer les mots « , ayant principalement pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ».

Une observation analogue vaut pour l'alinéa 2, s'agissant des mots « , ayant principalement pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

En outre, s'agissant de cet alinéa 2, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait qu'il existe aussi des cas de nullité relative autres que ceux qu'envisage la disposition en projet. À titre d'exemple, il peut être fait référence à l'article 5.35, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet, ainsi qu'à l'article 5.57, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet.

De même, une troisième hypothèse peut être envisagée dans les cas où la violation de la règle, eu égard à l'objet de celle-ci, implique une nullité relative. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'objet du contrat est indéterminé ou indéterminable, hypothèse qui n'est actuellement pas prévue par l'avant-projet et qui gagnerait à l'être.

Afin de couvrir l'ensemble de ces hypothèses, et si telle est bien l'intention, il est suggéré de remplacer les mots « , ayant principalement pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé. Seule la personne protégée peut s'en prévaloir. » par les mots « et, outre les cas où une telle nullité est prévue par la loi, lorsque la violation de la règle, eu égard à l'objet de celle-ci, implique une nullité relative. Seule la personne que cette règle tend à protéger peut s'en prévaloir ».

### Article 5.62 en projet

1. L'article 5.62, alinéa 2, en projet prévoit que l'annulation d'un contrat peut résulter d'un accord des parties.

Il ressort du commentaire de l'article que

« l'annulation amiable suppose que la cause de nullité existe véritablement. À défaut elle devrait être requalifiée en résiliation de commun accord ».

Dans un souci de sécurité juridique et de clarté, il convient de compléter le dispositif en projet afin qu'il apparaisse expressément que l'annulation ne peut résulter d'un accord des parties que dans l'hypothèse où la cause de nullité existe.

2. À l'alinéa 3, la notion d'inefficacité n'a pas de consistance juridique propre.

Il est préférable de la remplacer par l'expression « sans effet ».

La même observation vaut pour l'ensemble de l'avant-projet (par exemple, les articles 5.79, 5.97 et 5.112 en projet).

3. En outre, l'alinéa 3 est mal rédigé et, comme il l'est, générateur d'insécurité juridique.

Il convient d'écrire :

« À moins que le contrat ne soit constaté par un acte authentique, toute partie à un contrat à laquelle une action en nullité est ouverte peut, à ses risques et périls, notifier par écrit aux autres parties qu'elle tient le contrat pour nul, en indiquant la cause de cette nullité. La même possibilité est offerte à tout tiers auquel une action en nullité est ouverte ; en ce cas, la notification est adressée à toutes les parties au contrat. Dans tous les cas, la notification est sans effet si la cause de nullité invoquée s'avère ne pas exister ».

#### Article 5.64 en projet

1. S'agissant de l'alinéa 2, les mots « est en mesure d'agir librement » ne correspondent pas à une situation juridique précise et sont générateurs d'insécurité. La confirmation est un acte juridique unilatéral soumis à toutes les conditions de validité auxquelles un tel acte est soumis.

De même, l'exigence d'une confirmation en connaissance de cause apparaît mal formulée.

En conséquence, si telle est l'intention de l'auteur de l'avant-projet, cet alinéa pourrait être rédigé comme suit :

« La confirmation ne peut intervenir que si son auteur a eu préalablement connaissance de la cause de nullité du contrat. Si cette cause de nullité tient à l'incapacité juridique d'une partie, la confirmation par celle-ci dudit acte ne peut en outre intervenir qu'après la fin de l'incapacité »<sup>5</sup>.

2. Dans l'alinéa 3, la référence aux droits des tiers est imprécise, inadéquate et génératrice d'insécurité juridique. Il convient de revoir le texte en conformité avec le commentaire de l'article, dont il résulte qu'on ne vise ici que les autres titulaires de l'action en nullité.

3. À l'alinéa 4, il va de soi qu'un contrat ne peut être « refait » que dans le respect de la loi. En conséquence, la deuxième partie de la phrase est inutile et peut être omise.

---

<sup>5</sup> Certes, il va de soi que l'auteur de la confirmation doit avoir la capacité juridique, compte tenu de l'article 5.129 en projet (lu en combinaison avec l'article 5.31 en projet), mais, compte tenu de la situation particulière du mineur dans le cas de figure envisagé par le texte en projet, il est estimé préférable de régler spécialement sa situation en évoquant l'exigence d'une capacité juridique.

### Article 5.67 en projet

1. Parce que le contrat est obligatoire pour les parties et que l'écrit qui le constate régulièrement en fait foi, l'interprétation d'un contrat ne peut conduire à lui donner un sens inconciliable avec cet écrit.

Il n'est pas nécessaire, et il ne peut être requis, sauf à diminuer la portée de la foi due à l'acte, que cette incompatibilité soit « manifeste ». Il suffit qu'elle soit établie avec certitude.

2. La référence aux seules « circonstances dans lesquelles l'écrit a été établi » paraît contredire la règle, plus loin rappelée, selon laquelle l'interprète peut se fonder sur l'exécution donnée au contrat comme circonstance, extrinsèque à l'écrit qui le constate, permettant de mettre au jour la commune et réelle intention des parties.

3. La disposition doit donc être revue à la lumière de ces observations.

### Article 5.70 en projet

S'agissant de l'alinéa 3, il est renvoyé à l'observation générale n° 1.

### Article 5.71 en projet

Comme le rappelle le commentaire de l'article, la requalification étant une opération qui relève de l'interprétation du contrat, il ne paraît pas justifié d'en limiter la possibilité aux seuls cas mentionnés dans la disposition en projet.

Au demeurant, le deuxième cas ainsi mentionné, concernant l'hypothèse où la qualification se révèle « incompatible avec [...] les règles impératives ou d'ordre public », paraît relever plutôt de la conversion des actes nuls que de la requalification du contrat.

La disposition devrait donc être reconsidérée.

### Article 5.77 en projet

En application du dernier alinéa, le juge peut, à la demande de l'une ou de l'autre des parties, « mettre fin au contrat, en tout ou en partie, à une date et selon les modalités » qu'[il fixe].

Selon le commentaire de l'article, l'effet rétroactif attaché à cette décision ne peut être fixé à une date antérieure à celle du « changement de circonstances ».

Une telle précision doit figurer dans la disposition en projet.

### Article 5.88 en projet

Le pronom « il » ou « elle », utilisé au début d'une phrase renvoie au sujet de la phrase précédente. Dans la dernière phrase de l'alinéa 3 de la version française, il convient donc de remplacer le mot « elle » par le mot « celle-ci » ou les mots « cette notification ».

Dans un souci de clarté, il conviendrait même d'écrire dans la dernière phrase du texte néerlandais « Die kennisgeving vermeldt ... [la suite comme au projet] ».

Les mêmes remarques s'appliquent à toutes les dispositions de l'avant-projet entachées des mêmes erreurs.

En outre, dans les deux versions linguistiques, les mots « qui lui sont reprochés » seront remplacés par les mots « qui sont reprochés au débiteur ».

### Article 5.91 en projet

Le paragraphe 3, en ce qu'il énonce que la clause stipulant un intérêt moratoire « est d'application conforme », est peu heureux. Il convient de revoir le texte, en vue d'une expression correcte de la pensée évoquée dans le commentaire de l'article.

La même remarque s'applique à toutes les dispositions dans lesquelles l'expression « être d'application conforme » est utilisée.

### Article 5.98 en projet

L'expression « remonter à » est sans consistance juridique.

Il convient d'écrire : « elle sortit ses effets à la date du manquement... ».

### Article 5.100 en projet

La disposition en projet limite la possibilité d'exercer le droit à réduction de prix à l'hypothèse d'une « exécution partielle sur le plan quantitatif ». Selon le commentaire de l'article, on a ainsi voulu rencontrer certaines observations formulées à l'occasion de la consultation publique à laquelle l'avant-projet a donné lieu.

L'expression « sur le plan quantitatif » reste toutefois assez vague dès lors que les objets d'une quantification peuvent varier et être de types différents. L'avant-projet est, plus généralement, rempli de notions qui appellent une appréciation qualitative : ainsi, de la référence fréquemment faite à ce qui est « raisonnable » ou à ce qui est « légitime ». La disposition de droit français à laquelle le commentaire de l'article se réfère ne comporte pas pareille restriction.

Par ailleurs, la discrimination ainsi faite entre le créancier qui accepte une exécution partielle de type « quantitatif » et un créancier qui accepte une exécution partielle de type « qualitatif » semble difficilement justifiable.

Il serait en conséquence préférable d'en revenir à une disposition analogue à celle du droit français, telle que citée dans le commentaire de l'article.

#### Article 5.103 en projet

1. À l'alinéa 2, il paraîtrait logique d'également préciser, comme cela est fait à l'alinéa 1<sup>er</sup> de cette disposition, qu'il s'agit de l'impossibilité d'exécuter une obligation principale et que ce n'est que lorsque cette impossibilité est partielle et définitive, « sans être imputable au débiteur », que la dissolution se limite à la partie du contrat qui en est affectée pour autant que le contrat soit divisible dans l'intention des parties, eu égard à sa nature et à sa portée.

2. À l'alinéa 3, il conviendrait d'insérer le mot « toutefois » entre les mots « s'opère » et le mot « conformément ».

#### Article 5.110 en projet

Dans l'alinéa 2, le mot « immédiatement » est générateur de confusion au regard du dernier alinéa, dont il résulte que la stipulation pour autrui ne devient irrévocable que par l'effet de son acceptation.

La disposition doit donc être revue.

#### Article 5.113 en projet

Les dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> et celles de l'alinéa 2 doivent être uniformisées. Il convient, dans les deux cas, de se référer « au moment où l'action est introduite » plutôt qu'« à ce moment-là ».

L'alinéa 3 devrait être complété en ce sens également.

#### Article 5.120 en projet

Compte tenu de ce qui figure dans le commentaire de l'article, la section de législation se demande s'il ne serait pas préférable de commencer le 2<sup>o</sup> en projet par les mots « dans les autres cas et sans préjudice de l'article 5.307, 4<sup>o</sup> ».

#### Article 5.128 en projet

Dans un souci d'uniformité, il serait préférable d'aligner la définition reproduite à l'article 5.128 en projet sur celle proposée à l'article 5.4 en projet.

En conséquence, l'alinéa 1<sup>er</sup> doit être rédigé comme suit :

« L'acte juridique unilatéral est celui par lequel une personne manifeste sa volonté de faire naître des effets de droit ».

#### Article 5.130 en projet

Dès lors que, conformément au commentaire de l'article, il n'y a aucun autre « quasi-contrat » que ceux que l'alinéa 2 de la disposition en projet énumère, la définition générale proposée par l'alinéa 1<sup>er</sup>, d'ailleurs exprimée dans des termes quelque peu discutables, est inutile et, comme telle, génératrice d'insécurité juridique dès lors qu'elle pourrait donner à penser que l'énumération qui suit n'est qu'exemplative, contrairement à l'intention exprimée dans le commentaire de l'article.

S'en tenir à l'alinéa 2 assurera au contraire parfaitement la sécurité juridique.

#### Article 5.133 en projet

Dans un souci de clarification, à droit constant, conformément à l'intention exprimée dans le commentaire de l'article, la disposition doit être libellée comme suit :

« Le gérant doit continuer la gestion qu'il a commencée, en ce compris toutes les suites qu'elle comporte, et l'achever jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même ».

Ceci permet d'éviter une lecture du texte impliquant que le gérant soit tenu des suites de l'affaire, même après que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même.

#### Article 5.138 en projet

La définition de l'« enrichissement injustifié » est inutilement imprécise et génératrice d'insécurité juridique, singulièrement dans la mesure où il y est question d'un enrichissement et d'un appauvrissement qui ne sont pas « justifiés par un motif juridique ».

Il ressort du commentaire de l'article que l'intention n'est pas d'élargir cette notion par rapport au droit existant et que c'est dans un souci de modernisation du vocabulaire que l'expression « enrichissement injustifié » est substituée à l'expression « enrichissement sans cause », sans que ce changement d'étiquette corresponde à une modification de contenu <sup>6</sup>.

La sécurité juridique postule donc que, conformément à l'intention exprimée dans le commentaire de l'article, la disposition soit revue, par référence aux autres sources d'obligations telles qu'énumérées à l'article 5.3 en projet.

---

<sup>6</sup> À cet égard, il est renvoyé à l'observation générale n° 4.

On écrira donc :

« Il y a enrichissement sans cause lorsque ni l'enrichissement ni l'appauvrissement corrélatif ne sont justifiés par un acte juridique, par un fait générateur de responsabilité extracontractuelle, par une règle propre au paiement indu ou à la gestion d'affaires, ou par la loi ».

#### Article 5.234 en projet

1. En ce qu'il est précisé au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, deuxième phrase, que la solidarité passive résultant d'un contrat « n'est admise que si l'intention des parties est certaine », la disposition en projet énonce une règle commune à tous les contrats. Sauf disposition contraire, le concours des volontés peut être tacite pourvu qu'il soit certain. Le répéter à propos de la solidarité laisse entendre que la chose n'irait pas de soi dans les autres cas.

La redite est donc génératrice d'insécurité juridique et devrait donc être évitée, sauf à couvrir l'ensemble du texte par une autre disposition introductive libellée de la même façon que la disposition suggérée sous l'observation générale n° 1.

Une observation analogue vaut pour l'ensemble de l'avant-projet (voir par exemple l'article 5.244, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, en projet).

2. À l'alinéa 2 du paragraphe 2, la limitation de l'exception au principe de la solidarité applicable entre entreprises, aux activités professionnelles « indépendantes » ne paraît pas cohérente. Par définition, l'activité qu'une personne physique exerce en tant qu'entreprise est une activité professionnelle indépendante.

Si telle est l'intention, il est suggéré de remplacer les mots « étrangère à son activité professionnelle indépendante » par les mots « étrangère à son entreprise ».

#### Article 5.236 en projet

Les mots « la scinde », utilisés au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet, ne sont pas clairs, et ce d'autant moins qu'on n'aperçoit pas à quelle hypothèse ils se rapportent dans la version française de la disposition (scission de la part, scission de l'obligation... ?).

La disposition doit être revue dans le but d'assurer la sécurité juridique.

### Article 5.242 en projet

La définition de l'obligation *in solidum* telle que proposée par la disposition en projet est peu compréhensible. La notion de « partie commune » des obligations semble en effet inconnue comme telle de notre droit.

Une définition de l'obligation *in solidum* peut être utile mais il conviendrait d'en identifier les sources possibles, comme cela est fait à propos de la solidarité, dont l'obligation *in solidum* est, en quelque sorte, une déclinaison, sauf les effets secondaires de la solidarité.

La réserve de cette notion aux obligations portant sur le paiement d'une somme d'argent ne s'impose pas non plus avec la force de l'évidence et devrait donc faire l'objet d'une justification adéquate.

La disposition doit donc être revue dans le but d'assurer la sécurité juridique.

### Article 5.243 en projet

À l'alinéa 2, il y a lieu, par parallélisme avec l'article 5.239, alinéa 2, en projet, de préciser que les effets secondaires de la solidarité passive sont ceux visés à l'article 5.237 en projet.

### Article 5.244 en projet

La raison pour laquelle la solidarité active ne pourrait naître que d'un contrat ne s'aperçoit pas.

Il est renvoyé à ce sujet au commentaire de l'article.

### Article 5.245 en projet

Le mot « sinon », employé au paragraphe 3, n'exprime pas l'idée qu'il est censé exprimer dans la phrase considérée.

La disposition sera donc revue.

### Article 5.248 en projet

Littéralement, l'alinéa 2 de la disposition en projet vise la cession de créance réalisée par l'effet d'un contrat, c'est-à-dire la cession contractuelle.

Selon le commentaire de l'article, telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

La disposition devrait donc être revue de telle sorte que soit exprimée l'idée que, lorsque l'incessibilité d'une créance résulte d'un contrat, la cession réalisée au mépris de cette interdiction est inopposable au débiteur cédé si le cessionnaire s'est rendu coupable de tierce complicité.

#### Article 5.263 en projet

La notion d'exception « dont le cédant disposait en vertu de la dette cédée » est imprécise.

La sécurité juridique serait mieux assurée s'il était précisé que le cessionnaire peut opposer au cédé toutes les exceptions inhérentes à la dette cédée que le cédant aurait pu opposer au cédé au moment où ce dernier a consenti à la cession, ainsi que les exceptions inhérentes à la dette qui naissent ultérieurement.

La rédaction proposée est inspirée de celle qui résulte de l'article 1328 du Code civil français, auquel il est d'ailleurs référé dans le commentaire de l'article.

#### Article 5.281 en projet

1. L'expression « contrat spécifique » est inutilement originale.

À cet égard, l'article 1154 de l'actuel Code civil, qui a le même objet que la disposition à l'examen, se réfère à la notion de « contrat spécial »<sup>7</sup>.

2. Par ailleurs, la référence faite à la notion de « contrat spécifique », telle qu'elle figure dans le texte, permettrait aux parties de s'accorder sur une capitalisation des intérêts sans mise en demeure, par anticipation en quelque sorte, avant qu'une année d'intérêts soit échue. Telle est tout cas une lecture possible de la disposition en projet.

Si l'intention est que le contrat ne peut être conclu que pour une année d'intérêts déjà échus, il conviendrait de le préciser plus nettement. L'hypothèse de la mise en demeure et celle du contrat seraient ainsi traitées de la même façon.

#### Article 5.297 en projet

Le commentaire de l'article consacre un développement à propos d'un alinéa 2 que l'on ne retrouve toutefois pas dans le texte de l'avant-projet.

---

<sup>7</sup> Il est, sur ce point, renvoyé à l'observation générale n° 4.

### Article 5.300 en projet

1. La définition de la notion de force majeure, telle qu'elle est proposée par le paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, ne répond pas à l'impératif de sécurité juridique, eu égard aux interprétations qu'elle pourrait appeler.

En particulier, on ne discerne pas avec certitude si, ainsi que semble le suggérer la première phrase de cet alinéa, il suffit que la circonstance invoquée soit non imputable au débiteur pour être qualifiée de « force majeure » ou s'il faut en outre que celle-ci réponde également aux critères énoncés dans la seconde phrase de cet alinéa.

2. D'autre part, la question se pose de savoir si, tel qu'elle est rédigée, la seconde phrase du paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, doit être lue comme énonçant les trois critères de manière soit totalement cumulative, soit totalement alternative, soit encore autre. À cet égard, l'expression « il est tenu compte [...] et [...] » n'exclut pas une lecture faisant des trois critères des critères cumulatifs.

Dans un souci de sécurité juridique, cette disposition doit être clarifiée sur ce point de telle manière que, sans doute possible, elle concorde avec l'intention de son auteur, laquelle sera en outre mieux explicitée dans le commentaire de l'article.

Par ailleurs, le mot « externe », utilisé pour qualifier l'événement invoqué comme un cas de force majeure, est fort vague et d'utilisation délicate, ainsi que le montrent certains exemples cités dans le commentaire de l'article. L'utilité de cette notion n'est en outre pas unanimement reconnue par la doctrine, une partie de celle-ci considérant que le caractère « externe » ou « extérieur » de l'événement considéré est compris dans la condition selon laquelle cet événement ne peut être imputable au débiteur, eu égard à son caractère imprévisible ou irrésistible.

Le recours à cette notion est donc générateur d'insécurité juridique.

3. Enfin, l'indication, dans le commentaire de l'article, que la force majeure est inapplicable aux dettes de somme est incompatible avec la définition de la force majeure que le texte en projet consacre, laquelle ne comporte pas une telle exclusive. Le fait du prince, assimilé à un cas de force majeure, peut en effet rendre totalement impossible l'exécution d'une obligation de sommes. Le commerce international en offre des illustrations (règlementation des changes, embargo, etc.).

4. En conclusion, la disposition en projet sera revue pour tenir compte des observations qui précèdent.

### Article 5.309 en projet

Il résulte de la disposition en projet, comparée à l'article 5.88, alinéa 3, en projet que le créancier d'une obligation contractuelle (ou, éventuellement, d'une obligation découlant d'un acte juridique unilatéral) et le créancier d'une obligation d'une autre nature ne sont pas

traités de la même façon. Le texte de l'article 5.309 en projet ne prévoit en effet pas que ce dernier peut exercer le droit de remplacement par notification. Comparé à l'article 5.88, alinéa 3, en projet, il pourra donc être interprété comme excluant cette possibilité.

Les raisons susceptibles de justifier la différence de traitement que cette exclusive comporte ne s'aperçoivent pas.

Le commentaire de l'article 5.88, alinéa 3, en projet, laquelle disposition déroge au régime général prévu par l'article 5.309 en projet, doit être complété afin de justifier cette différence de traitement.

#### Article 5.323 en projet

Le paragraphe 3, alinéa 3, en projet maintient la solution de l'article 1276 de l'actuel Code civil, selon laquelle le délégataire ne conserve ses recours contre le délégant, en cas d'insolvabilité du délégué survenue après la délégation, que si le contrat le prévoit « expressément ».

Aujourd'hui, cette exigence contraste avec tous les autres cas dans lesquels une dérogation contractuelle à la règle de droit normalement applicable suppose seulement une volonté certaine, fût-elle tacite ou implicite<sup>8</sup>. La raison de cette différence de traitement, ici défavorable au délégataire, ne s'aperçoit pas.

#### Article 5.327 en projet

La section de législation ne comprend pas la raison pour laquelle les précisions qui figurent à l'article 5.325 en projet, s'agissant des cautions, ne sont pas *mutatis mutandis* reproduites à l'article 5.327 en projet.

#### Article 5.339 en projet

C'est ici l'impossibilité d'exécution qui est, le cas échéant, imputable au débiteur, et non point l'inexécution de l'obligation.

Le texte en projet devrait être corrigé en ce sens.

---

<sup>8</sup> Comp. avec le paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, en projet.

### Article 5.341 en projet

Si le parti est pris d'étendre, *mutatis mutandis*, aux obligations de faire la solution consacrée par l'article 1302, alinéa 2, de l'actuel Code civil à propos des obligations de donner, il ne semble pas y avoir de raison à ce que cette même solution ne soit pas étendue aux obligations de ne pas faire. L'arrêt de la Cour de cassation auquel le commentaire de l'article se réfère, s'il concerne une obligation de faire, est libellé dans des termes généraux qui ne comportent pas pareille exclusive.

### Article 14

L'article 14 doit être rédigé comme suit :

« Dans l'article VI.83, 10° et 11°, du même Code, inséré par la loi du 21 décembre 2013, les mots 'de l'article 1184' sont remplacés par les mots 'des articles 5.93 à 5.99' ».

Une observation analogue vaut pour les articles 16, 21, 22, 23, 1°, 24, 26, 35 et 51 de l'avant-projet.

### Article 27

Au 2°, ce qu'il faut remplacer, ce sont les mots « des articles 1226 à 1233 » par les mots « de l'article 5.91 ».

Une observation analogue vaut pour les articles 28, 2°, et 33, 1°, de l'avant-projet.

### Article 54

L'article 72 de la loi du 31 juillet 2017 'modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière' dispose comme suit :

« Le Roi peut codifier sous la forme d'un ou plusieurs livres d'un Code civil les dispositions du livre I et du livre III du Code civil, en ce compris celles modifiées et insérées par la présente loi, ainsi que les dispositions qui y auraient, jusqu'au moment de la coordination, expressément ou implicitement apporté des modifications.

À cette fin, Il peut :

1° modifier l'ordre, la numérotation et, en général, la présentation des dispositions à codifier ;

2° modifier les références qui seraient contenues dans les dispositions à codifier en vue de les mettre en concordance avec la nouvelle numérotation ;

3° modifier la rédaction des dispositions à codifier en vue d'assurer leur concordance et d'en unifier la terminologie sans qu'il puisse être porté atteinte aux principes inscrits dans ces dispositions.

La codification remplacera les dispositions visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> et entrera en vigueur à la date de sa confirmation par la loi ».

S'il est exact que l'avant-projet de loi examiné crée un nouveau Code civil comprenant notamment un livre 4 « Les successions, donations et testaments », la section de législation attire l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur le fait que celui-ci ne contient à l'heure actuelle aucune disposition. L'habilitation prévue par l'article 72 de la loi du 31 juillet 2017 n'est donc pas entièrement rendue obsolète par l'avant-projet de loi examiné.

### OBSERVATION FINALE

De manière générale, il convient de veiller à ce que les références internes faites à d'autres articles du Code civil en projet soient exactes. À de nombreuses reprises (voir par exemple les articles 5.21, 5.23, 5.25, 5.37, 5.44, 5.76, 5.77, 5.120, 5.121, 5.298, alinéa 3, 5.301, 5.305, 5.334 en projet, etc.), l'auteur de l'avant-projet perd de vue que les articles qui composent le livre 5 du Code civil en projet commencent tous par le chiffre 5, suivi d'un point et du numéro spécifique de l'article.

L'ensemble du dispositif sera revu en conséquence.

\*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,<sup>‡</sup> de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

### VOORAFGAANDE OPMERKING

In het voorontwerp wordt meermaals verwezen naar bepalingen die vandaag de dag nog niet bestaan, zelfs niet in de vorm van een om advies aan de afdeling Wetgeving voorgelegd voorontwerp.

Bij wijze van voorbeeld wordt verwezen naar het ontworpen artikel 5.311, waarvan het tweede lid verwijst naar de artikelen 5.141 en volgende inzake buitencontractuele aansprakelijkheid, welke artikelen overigens voorbehouden worden verklaard.

De steller van het voorontwerp wordt er opmerkzaam op gemaakt dat:

– enerzijds, de afdeling Wetgeving niet met kennis van zaken heeft kunnen beoordelen of dergelijke verwijzingen relevant zijn, noch heeft kunnen nagaan hoe dergelijke verwijzingen tot stand komen;

– anderzijds dergelijke verwijzingen eveneens tot rechtsonzekerheid kunnen leiden als de bepalingen in kwestie niet zouden worden aangenomen en in werking gesteld op hetzelfde tijdstip als die welke thans onderzocht worden.

### ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Voor verscheidene ontworpen artikelen bepaalt de steller van het voorontwerp dat ze van toepassing zijn “behoudens andersluidende wilsuiting (van de partijen)”, “tenzij partijen anders overeengekomen zijn”, “tenzij het tegendeel werd bedongen”, “behoudens andersluidend beding”, enz. (zie inzonderheid de ontworpen artikelen 5.70, 5.86, 5.108 en 5.267).

Een dergelijke precisering leidt tot rechtsonzekerheid. Daardoor wordt immers de indruk gewekt dat het de partijen niet geoorloofd zou zijn om af te wijken van bepalingen zonder een dergelijke precisering, zelfs indien die bepalingen geen enkel uitdrukkelijk verbod om af te wijken zouden bevatten. Dat is klaarblijkelijk niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp, die zelf in de artikelsgewijze bespreking toegeeft dat verscheidene bepalingen van aanvullend recht zijn hoewel zulks niet uitdrukkelijk bepaald wordt (zie bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 5.229 en 5.279).

---

<sup>‡</sup> Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere normen verstaan.

Het dispositief moet dan ook aldus herzien worden dat de uitdrukkelijke vermeldingen dat bepaalde artikelen van aanvullend recht zijn komen te vervallen.

Bij wijze van alternatief zou in een inleidende bepaling voorgeschreven kunnen worden dat alle bepalingen van aanvullend recht zijn, tenzij het tegengestelde bepaald wordt en dat de omstandigheid dat, in deze of gene vorm, in een aantal bepalingen uitdrukkelijk herinnerd wordt aan het feit dat ze van aanvullend recht zijn, niet impliceert dat de bepalingen waarin daaraan niet herinnerd wordt niet van aanvullend recht zouden zijn.

2. In verscheidene bepalingen wordt verwezen naar de wet of de gebruiken, bijvoorbeeld om aan te geven dat van het beginsel dat in de bepaling in kwestie vervat is, afgeweken kan worden. Gelet op de ontwikkeling van de bronnen van het positief recht, is het begrip “wet” te beperkend en hoe dan ook meerduidelijk: ofwel vat men de wet op volgens de formele betekenis en beperkt tot de “regel aangenomen door de federale wetgevende macht”, ofwel heeft men het over de wet in ruime zin, dat wil zeggen het geheel van de geschreven of ongeschreven rechtsregels, met inbegrip van de regels aangenomen door de gemeenschappen en de gewesten in het kader van hun respectieve bevoegdheden.

Blijkbaar wordt dat begrip in de ontworpen bepalingen in deze tweede betekenis gebruikt.

Het zou zinvol zijn om dat in een inleidende bepaling te verduidelijken.

3. Met toepassing van artikel 2 zou het ontworpen dispositief als opschrift “Burgerlijk Wetboek” dragen.

Voor de wijzigingen die bij dit voorontwerp in het huidige Burgerlijk Wetboek aangebracht worden, wordt overigens verwezen naar het “oude Burgerlijk Wetboek”.<sup>1</sup>

Ten slotte zijn, met toepassing van de artikelen 55 en 56 van het voorontwerp, zowel de bepalingen van het huidige Burgerlijk Wetboek als de thans voorliggende bepalingen bedoeld om, zij het bij wijze van overgangsmaatregel, toegepast te worden gedurende een onbepaald, maar relatief lang tijdsbestek.

Om elke verwarring ter zake te voorkomen, wordt bijgevolg voorgesteld om in het voorontwerp een nieuwe bepaling in te voegen teneinde voor te schrijven dat het huidige Burgerlijk Wetboek als opschrift “Oud Burgerlijk Wetboek” zal dragen zodra dit voorontwerp in werking treedt.

4. Zoals in de memorie van toelichting vermeld wordt, is het de bedoeling om het Burgerlijk Wetboek te “moderniseren”. Als reden voor die “modernisering” wordt opgegeven dat het Burgerlijk Wetboek bepalingen bevat die “de stempel van een vervlogen tijdperk [dragen]”, dat de “indeling van het wetboek vatbaar [is] voor kritiek” en dat “de lacunes van het wetboek steeds groter [zijn]”.

---

<sup>1</sup> Zie inzonderheid artikel 52 van het voorontwerp.

Het herschrijven van het Burgerlijk Wetboek stuit evenwel ook op een aantal struikelblokken. Hoewel een aantal bepalingen nieuw zijn en ertoe strekken de toepasselijke regels inhoudelijk te wijzigen, hebben andere bepalingen immers louter tot doel bepalingen in modernere bewoordingen te gieten zonder dat het daarbij de bedoeling is de inhoud of de draagwijdte ervan te wijzigen. Nog andere bepalingen strekken ertoe om een interpretatie van thans geldende bepalingen die door de rechtspraak gegeven is in nieuwe bewoordingen vast te leggen.

Bij het louter lezen van de nieuwe tekst is het niet altijd duidelijk of het al dan niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is om de regel inhoudelijk te wijzigen. Alleen door de artikelsgewijze bespreking te lezen, kan men die bedoeling kennen. Daaruit volgt dat het herschrijven van bepalingen soms zijn doel voorbijschiet, aangezien tot nog toe de rechtspraak en de rechtsleer geraadpleegd dienden te worden om te weten welke betekenis gegeven moet worden aan een bepaling die voor verscheidene interpretaties vatbaar is, maar voortaan de parlementaire voorbereiding geraadpleegd zal moeten worden om te weten of de wetgever, door het wijzigen van de bewoordingen van een regel, inhoudelijke wijzigingen heeft willen aanbrengen in een regel zoals die thans door de rechtsleer en de rechtspraak geïnterpreteerd wordt.

De interpretatieregel naar luid waarvan aan het optreden van de wetgever een nuttig effect toegekend moet worden, heeft tot gevolg dat, wanneer de wetgever de bewoordingen van een regel wijzigt, die wijziging in principe geïnterpreteerd dient te worden als een inhoudelijke wijziging. Wanneer een bestaande bepaling duidelijk is en iedereen of althans een ruime meerderheid het eens is over de interpretatie ervan, zal bijgevolg het gevaar bestaan dat de wijziging van de bewoordingen ervan door de rechter geïnterpreteerd wordt als een inhoudelijke wijziging, zelfs indien in de parlementaire voorbereiding staat dat dit niet de bedoeling van de wetgever is en, *a fortiori*, indien die parlementaire voorbereiding over die interpretatie twijfels laat bestaan.

Bij wijze van voorbeeld van de interpretatieproblemen die zouden kunnen rijzen indien de artikelsgewijze bespreking niet geraadpleegd wordt, wordt verwezen naar het feit dat het begrip “goede zeden” bij het voorontwerp geschrapt wordt. Alleen het doorlezen van de artikelsgewijze bespreking leidt tot het besef dat de bedoeling van de steller van het voorontwerp er niet in bestaat om het voortaan mogelijk te maken dat overeenkomsten gesloten zouden worden die strijdig zijn met de goede zeden, maar alleen om de evolutie in de rechtspraak inzake dat begrip te bekrachtigen naar luid waarvan het begrip “[goede zeden] reeds besloten ligt in de ‘openbare orde’”.<sup>2</sup>

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of de voordelen van het herformuleren van een bestaande bepaling zonder inhoudelijke wijziging opwegen tegen de gevaren van een slechte interpretatie van de bedoeling van de wetgever.

---

<sup>2</sup> Zie de bespreking van het ontworpen artikel 5.55. In dit verband wordt er eveneens op gewezen dat goede zeden thans weliswaar geacht worden besloten te liggen in de openbare orde wat de gevolgen van beide betreft, maar dat dit niet noodzakelijk het geval is voor de inhoud die aan elk van beide begrippen toegekend dient te worden. Doordat ervan uitgegaan wordt dat het begrip “goede zeden” reeds besloten ligt in het begrip “openbare orde”, wordt de evolutie die het begrip “goede zeden” zou kunnen doormaken immers onderworpen aan de striktere criteria die verbonden zijn aan het begrip openbare orde. De steller van het voorontwerp dient zich ervan te vergewissen of dat wel zijn bedoeling is.

Er dient evenwel hoe dan ook vermeden te worden bestaande regels aan te vullen met nieuwe termen als het niet de bedoeling is wijzigingen aan te brengen in de huidige en ondubbelzinnige inhoud van de begrippen die in die regels gebruikt worden. Spontaan en natuurlijkerwijs zal degene die interpreteert aan die nieuwe termen een betekenis willen geven.

Bij wijze van voorbeeld ter zake, wordt verwezen naar artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek, naar luid waarvan een van de voorwaarden voor de geldigheid van een overeenkomst de toestemming is van de partij die zich verbindt, en naar artikel 1109 van hetzelfde wetboek, waarin staat dat geen toestemming geldig is indien ze door dwaling gegeven, door geweld afgeperst of door bedrog verkregen is. In het ontworpen artikel 5.37 worden de geldigheidsvereisten van de toestemming op vergelijkbare wijze geformuleerd, namelijk dat de toestemming “niet door een gebrek aangetast mag zijn”, maar in het ontworpen artikel 5.31 wordt bepaald dat een van de geldigheidsvereisten van de overeenkomst de “vrije en bewuste” toestemming van elke partij is. De vraag rijst dan ook of, zelfs in de veronderstelling dat niet voldaan is aan de voorwaarden die vervuld moeten zijn opdat dwaling een grond voor de nietigheid van een overeenkomst kan opleveren, een partij zou kunnen pleiten dat haar toestemming niet bewust genoeg was opdat de geldigheidsvereisten van de overeenkomst vervuld geacht kunnen worden. Het antwoord op die vraag is zeker nee, als men uitgaat van de bespreking van dat artikel, maar de rechtszekerheid zou in elk geval beter gegarandeerd worden als de woorden “vrije en bewuste” weggelaten zouden worden.

Andere voorbeelden zullen gegeven worden in de bijzondere opmerkingen.

De steller van het voorontwerp wordt bijgevolg verzocht het voorontwerp in het licht van deze opmerking na te lezen om elk interpretatieprobleem te vermijden dat zou kunnen voortvloeien uit terminologische toevoegingen of wijzigingen die niet zouden bijdragen tot de doelstellingen inzake duidelijkheid en leesbaarheid van de tekst.

5. Zoals uit de memorie van toelichting blijkt, zijn vele ontworpen bepalingen nieuw, terwijl tal van andere bepalingen een gehele of gedeeltelijke overname of parafrase vormen van vele bepalingen van het huidige Burgerlijk Wetboek en, in bijkomende orde, van andere wetboeken, zoals het Wetboek van economisch recht.

Om ervoor te zorgen dat de parlementsleden zo goed mogelijk ingelicht zijn, zou het raadzaam zijn om samen met het wetsontwerp en de memorie van toelichting ervan een tabel in te dienen waarin melding gemaakt wordt van, enerzijds, elk van de ontworpen bepalingen, en, anderzijds, telkens wanneer daar reden voor bestaat, de overeenkomstige toepasselijke bepalingen van wat het “Oud Burgerlijk Wetboek” zal worden en, in voorkomend geval, van andere wetboeken.

## BIJZONDERE OPMERKINGEN

### DISPOSITIEF

#### Artikel 3

##### Ontworpen artikel 5.1

1. Doordat in verband met de verbintenissen die beantwoorden aan de definitie die door de ontworpen bepaling voorgesteld wordt, verderop verwezen wordt naar het begrip “burgerlijke verbintenis” (ontworpen artikel 5.2, derde lid,), dient, ter wille van de samenhang van alle bepalingen van het voorontwerp en met het oog op de bevattelijkheid ervan, in een nieuw lid bepaald te worden dat de verbintenis die aldus in het eerste lid gedefinieerd wordt een “burgerlijke verbintenis” is.

Dientengevolge behoort in het ontworpen artikel 5.2, derde lid, het woord “burgerlijke” weggelaten te worden.

2. De woorden “en indien nodig, gebruik mag maken van de middelen van tenuitvoerlegging” voegen niets toe aan de draagwijdte van de definitie van “verbintenis” en kunnen bovendien tot verwarring leiden, inzonderheid wanneer het niet mogelijk is om van de middelen van tenuitvoerlegging geschorst zijn naar aanleiding van het feit dat een rechtsmiddel is ingesteld.

Die woorden dienen te vervallen.

##### Ontworpen artikel 5.2

1. In het eerste lid van de ontworpen bepaling wordt in verband met de natuurlijke verbintenis, als tegenhanger van de verbintenis zoals die in het ontworpen artikel 5.1 gedefinieerd wordt, ten onrechte vermeld dat het “een verbintenis [is] die niet in rechte [afgedwongen] kan worden”.

De bepaling moet herzien worden. Niet de verbintenis zelf kan in rechte afgedwongen worden, maar de uitvoering ervan.

2. In het derde lid van de ontworpen bepaling is sprake van een erkenning “zonder dwaling of dwang”.

Aangezien de erkenning een “eenzijdige rechtshandeling” is, moet de erkenning voldoen aan de geldigheidsvereisten van elke eenzijdige rechtshandeling, zoals die vereisten gedefinieerd worden in het ontworpen artikel 5.129, onder verwijzing naar “de regels die toepasselijk zijn op de contracten”. De precisering naar luid waarvan de erkenning alleen gevolgen heeft als daarbij geen dwaling begaan en geen dwang uitgeoefend is, is dus zowel overbodig als onvolledig.

De bepaling moet herzien worden.

### Ontworpen artikel 5.4

Doordat in de definitie van een rechtshandeling, zoals ze in de ontworpen bepaling voorgesteld wordt, sprake is van een “wilsuiting” waarbij een of meer personen een “bedoeling hebben”, vormt die definitie een tautologie.

De bepaling moet dan ook in die zin herzien worden dat de rechtshandeling de uiting is van de wil van een of meer personen om rechtsgevolgen te doen ontstaan.

De steller van het voorontwerp wordt er bovendien opmerkzaam op gemaakt dat over deze bepaling in de artikelsgewijze bespreking niets te lezen staat.

### Ontworpen artikel 5.5

1. Het eerste en het tweede lid van de ontworpen bepaling zijn tegenstrijdig of leiden op zijn minst tot verwarring doordat in de definitie van het begrip “kennisgeving”, die geacht wordt in verband met mededelingsplichtige eenzijdige rechtshandelingen een nauwkeurige omschrijving te geven van wat een kennisgeving is, sprake is van de mededeling van een “beslissing” of een “feit”, terwijl inzonderheid niet elk feit een rechtshandeling is en niet elke rechtshandeling samenvalt met een “beslissing”, terwijl het begrip “beslissing” in dit voorontwerp bovendien niet gedefinieerd wordt.

Wat meegedeeld dient te worden, is in feite de wil die door de mededelingsplichtige rechtshandeling in kwestie geuit wordt.

Als het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp om een algemene definitie te geven zowel van het begrip kennisgeving als van de gevolgen die daaraan verbonden zijn, zouden het tweede lid en de daaropvolgende leden opgenomen moeten worden in een autonome bepaling die bovendien in een regeling inzake kennisgevingen zou moeten voorzien.<sup>3</sup>

De bepaling moet in die zin worden herzien.

2. Het vierde lid van de ontworpen bepaling is onhandig geformuleerd.

De bedoeling van de steller van het voorontwerp bestaat er blijkbaar in om het principe dat in het derde lid vervat is – namelijk dat het geval waarin de bestemming redelijkerwijze van een kennisgeving kennis had kunnen nemen gelijkgesteld wordt met het geval waarin hij daarvan daadwerkelijk kennis genomen heeft –, indien de kennisgeving langs elektronische weg gedaan wordt, slechts te laten gelden indien de bestemming vooraf aanvaard heeft ofwel dat de kennisgeving gedaan zou worden op het elektronisch adres dat gebruikt wordt door degene van wie de kennisgeving uitgaat, ofwel dat die kennisgeving gedaan zou worden via een ander middel voor elektronische communicatie dat door laatstgenoemde gebruikt wordt.

---

<sup>3</sup> Vergelijk met artikel 53bis van het Gerechtelijk Wetboek.

Om die bedoeling beter tot uiting te laten komen, zou het ontworpen lid als volgt gesteld kunnen worden:

“De langs elektronische weg gedane kennisgeving bereikt de bestemming ofwel wanneer hij daarvan kennis neemt, ofwel wanneer hij daarvan redelijkerwijs kennis had kunnen nemen voor zover die bestemming in laatstgenoemd geval vooraf aanvaard heeft ofwel dat de kennisgeving hem toegezonden zou worden op het elektronisch adres dat gebruikt wordt door degene van wie de kennisgeving uitgaat, ofwel dat die kennisgeving gedaan zou worden via een ander middel voor elektronische communicatie dat door laatstgenoemde gebruikt wordt.”

De vraag rijst of geen eenheid gebracht zou moeten worden in de begrippen die gebezigd worden, inzonderheid tussen dat van het “elektronisch adres” en die van “gerechtelijk elektronisch adres” en “adres van elektronische woonstkeuze”, die kort geleden in het Gerechtelijk Wetboek ingevoegd zijn, in artikel 32.

3. Het voorontwerp dient aangepast te worden teneinde de eenheid van terminologie te behouden op het stuk van de kennisgeving voor alle mededelingsplichtige handelingen (zie inzonderheid de ontworpen artikelen 5.24 en 5.25).

### Ontworpen artikel 5.6

1. Het begrip “vertegenwoordiging” wordt in de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, gebrekkig gedefinieerd doordat (enkel) wordt verwezen naar het geval waarin een persoon “ermee belast” is een andere persoon te vertegenwoordigen. Niet alleen heeft dat woord geen eigen juridische inhoud, een vertegenwoordigingsbevoegdheid kan ook aan iemand anders worden verleend zonder dat de persoon die een dergelijke bevoegdheid krijgt, altijd en noodzakelijkerwijs verplicht is die bevoegdheid uit te oefenen. In theorie houdt een “bevoegdheid” tot vertegenwoordiging geen dergelijke verplichting in, ook al kan deze, zoals dikwijls het geval is, worden opgelegd.

De bepaling moet dus worden herzien.

2. Paragraaf 2 is zowel onduidelijk als te restrictief. Enerzijds wordt het geval van de schijnvertegenwoordiging niet vermeld, waarnaar nochtans wordt verwezen in paragraaf 4, anderzijds is de verwijzing naar het begrip “gerechtelijke beslissing” voor interpretatie vatbaar. Gaat het enkel over de beslissingen van een orgaan van de rechterlijke macht of ook, zoals blijkbaar het geval zou moeten zijn, over de beslissingen van een scheidsgerecht? Een vertegenwoordiging kan daarenboven ook het resultaat zijn van een eenzijdige rechtshandeling.

De bepaling moet dus worden herzien.

3. In het eerste lid van paragraaf 4 wordt niet bepaald dat de uitzondering waarin het voorziet enkel geldt ten aanzien van derden die “te goeder trouw” zijn.

De vraag rijst of het werkelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp een regeling vast te stellen die niet met de heersende opvattingen ter zake overeenstemt.

4. Zoals uit de bespreking van het artikel blijkt, dient het woord “vrijwillig” (“librement” in de Franse tekst) in het tweede lid van paragraaf 4 te worden weggelaten.

#### Ontworpen artikel 5.8

Indien de verwijzing naar het begrip “wilsovereenstemming” wordt gehandhaafd, moet dat begrip in het Frans als “accord de volontés” worden geschreven.

Los daarvan heerst hier dezelfde verwarring tussen “wil” en “bedoeling” als die welke hierboven is aangehaald (ontworpen artikel 5.4). De rechtsleer en de rechtspraak huldigen eensgezind de opvatting dat een contract of een overeenkomst een rechtshandeling is die voortvloeit uit het samenvallen van de wil van twee of meer personen om rechtsgevolgen te doen ontstaan.

De bepaling zou in die zin moeten worden herzien.

#### Ontworpen artikel 5.9

In verband met het eerste lid wordt verwezen naar de opmerkingen die hierboven over het ontworpen artikel 5.8 zijn gemaakt.

#### Ontworpen artikel 5.11

De voorgestelde nieuwe definitie van het contract onder bezwarende titel is verwarrend. Opdat een contract onder bezwarende titel is, hoeft het niet daadwerkelijk voor elke partij een voordeel op te leveren. Het volstaat dat het de bedoeling is van alle partijen dat het contract voor elke partij een voordeel oplevert doordat het ten laste van elke partij verplichtingen schept.

Dat is de betekenis van de definitie die thans gegeven wordt in artikel 1106 van het Burgerlijk Wetboek; in de bespreking van het artikel staat dat de steller van het voorontwerp niet van die betekenis wenst af te wijken.

De bepaling zou dus in die zin moeten worden verduidelijkt, rekening houdend met de nieuwe begrippen waarop het voorontwerp steunt, in het bijzonder het begrip “prestatie”. Op basis van die premissen kan gesteld worden dat het contract onder bezwarende titel het contract is waarbij elke partij een prestatie ten aanzien van een of meerdere andere partijen dient te leveren.

Zo ook moet de definitie van het contract onder kosteloze titel worden herzien: dat is het contract waarbij een partij zich verbindt tot een prestatie ten aanzien van een of meerdere andere partijen, zonder tegenprestatie.

### Ontworpen artikel 5.14

Omwille van de overeenstemming met de Nederlandse tekst dient in de Franse tekst van het tweede lid “*négociation particulière*” te worden geschreven in plaats van “*négociation individuelle*”.

### Ontworpen artikel 5.21

Het ontworpen artikel 5.21 gaat over het vaststellen van de vergoedbare schade wanneer onderhandelingen die plaatsvinden vóór het eventuele sluiten van een contract, foutief worden afgebroken. Deze kwestie komt aan bod in de rechtsleer en in de rechtspraak. Er wordt naar verwezen in de bespreking van het artikel.

Het is begrijpelijk dat de ontworpen bepaling de stelling huldigt dat de persoon die het slachtoffer is van het afbreken van de onderhandelingen, in het geval bedoeld in het tweede lid het herstel kan vorderen van een nadeel dat bestaat in het verlies van de verwachte baten van het contract na aftrek van de lasten die de uitvoering van het contract zou hebben meegebracht.

Bedoeld wordt het geval waarin “het rechtmatig vertrouwen is gewekt dat het contract zonder enige twijfel gesloten zal worden”.

Maar de toevoeging van de woorden “in uitzonderlijke omstandigheden”, waarvan de strekking onduidelijk is, schaadt het goede begrip van de bepaling in kwestie en dus de rechtszekerheid. Wil men zeggen dat het bedoelde geval, namelijk dat waarin “het rechtmatig vertrouwen is gewekt dat het contract zonder enige twijfel gesloten zal worden”, als zodanig uitzonderlijk is? In dat geval is de toevoeging nutteloos. Of moet het bedoelde geval daarenboven nog aan andere kenmerken beantwoorden om als uitzonderlijk te kunnen worden erkend?

Voorts kunnen ook de woorden “zonder enige twijfel” aanleiding geven tot betwistingen. Het rechtmatig vertrouwen komt in principe immers overeen met de verwachtingen die ieder redelijk persoon in dezelfde omstandigheden zou hebben gehad.

Indien de woorden “zonder enige twijfel” zo dienen te worden verstaan dat ze een extra vereiste inhouden, dreigt de bepaling doelloos te zijn, behalve in het geval van een werkelijke contractbelofte, die op haar beurt de verwijzing naar het beginsel van het rechtmatig vertrouwen overbodig maakt.

De bepaling zou op die punten moeten worden verduidelijkt.

### Ontworpen artikel 5.23

1. Dit ontworpen artikel 5.23 bevestigt weliswaar het vaststaand recht, zoals in de bespreking van het artikel staat, maar de begrippen “essentiële bestanddelen” en “substantiële bestanddelen” van het contract zouden in het ontworpen Wetboek moeten worden gedefinieerd aangezien ze daar veelvuldig in voorkomen.

2. Wat het eerste lid betreft, behoort de toevoeging van het bijvoeglijk naamwoord “vaste” de bespreking van het artikel. Wettelijk gezien kan men stellen dat de wil om een aanbod te aanvaarden ofwel bestaat, ofwel niet bestaat, en dat elke wil verondersteld wordt per definitie vast te zijn. Het feit dat dat hier uitdrukkelijk wordt gezegd, zou betekenen dat andere vormen van wil dan een vaste wil in aanmerking zouden kunnen worden genomen ten behoeve van de andere bepalingen van het voorontwerp die ook naar het begrip “wil” verwijzen.

De bepaling zou dus in die zin moeten worden herzien.

#### Ontworpen artikel 5.24

Het adjectief “concrete” in het derde lid lijkt zelf geen normatief nut te hebben. Het dient te worden weggelaten.

#### Ontworpen artikel 5.33

In het eerste lid van het ontworpen artikel 5.33 wordt zowel naar de plechtige contracten als naar de zakelijke contracten verwezen. Het tweede lid van die bepaling voorziet echter enkel in de nietigheid van contracten waarbij de vormvereisten die bij het contract of de wet zijn voorgeschreven, niet in acht zijn genomen. Bedoeld worden dus enkel de plechtige contracten.

Tevens dient gepreciseerd te worden welke sanctie van toepassing is ingeval de overhandiging van de zaak die bij de wet of het contract is voorgeschreven als voorwaarde voor de geldigheid van het contract, niet in acht wordt genomen.

#### Ontworpen artikel 5.34

1. In paragraaf 2, 2°, moet niet alleen het nummer van de verordening worden vermeld, maar ook de volledige datum en het volledige opschrift ervan.

2. De Franse tekst van paragraaf 3, eerste lid, stemt niet volledig overeen met de Nederlandse tekst. Tevens schrijve men in het Frans “respect des formes” in plaats van “réalisation de forme”.

Voorts lijkt de bespreking van het artikel betreffende die paragraaf 3 onvolledig. Ze zou meer bepaald uitdrukkelijk de concrete strekking van die bepaling moeten vermelden, alsook de criteria op basis waarvan de verschillende soorten contracten die in de bepaling worden vermeld, zijn vastgesteld.

De steller van het voorontwerp wordt er in dat verband attent op gemaakt dat de combinatie van de ontworpen paragrafen 1 en 3 zou kunnen worden geïnterpreteerd als zouden contracten die niet noodzakelijkerwijs plechtige contracten zijn, wat hun geldigheid betreft, in plechtige contracten worden omgezet.

De vraag rijst of dat wel de bedoeling van de steller van het voorontwerp is.

#### Ontworpen artikel 5.37

De uitdrukking “veroorzaakt door” in het derde lid is inadequaat.

Men schrijve: “Bedrog, geweld of misbruik van omstandigheden, te wijten aan een derde die medeplichtige is van een contractspartij of aan ...”.

#### Ontworpen artikel 5.38

Het eerste lid is slecht geredigeerd.

Voorgesteld wordt de woorden “een element dat voor haar doorslaggevend is geweest om het contract te sluiten” te vervangen door de woorden “een element dat haar ertoe heeft gebracht het contract te sluiten”.

#### Ontworpen artikel 5.39

De formulering van het eerste lid doet rechtsonzekerheid ontstaan. Daar het begrip “bedrog” per definitie een vorm van intentionaliteit bevat<sup>4</sup> – zoals in de bespreking van het artikel trouwens wordt bevestigd – is het niet relevant te stellen dat bedrog enkel een nietigheidsgrond vormt wanneer de kunstgrepen van de medecontractant “opzettelijk (...) aangewend” zijn. Aldus lijkt de intentionaliteit, naast het bedrog, een extra voorwaarde te zijn om de nietigheid te kunnen verkrijgen.

De bepaling moet worden herzien zodat alle onduidelijkheid hierover wordt weggenomen.

#### Ontworpen artikel 5.45

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 5.45, 2°, wordt naar artikel 5.492/1 van het Burgerlijk Wetboek verwezen.

Een dergelijke bepaling bestaat echter niet. De steller van het voorontwerp lijkt te willen verwijzen naar artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek, zoals uit de Nederlandse tekst blijkt.

Het dispositief moet dienovereenkomstig worden verbeterd, waarbij overeenkomstig algemene opmerking 3 nader wordt aangegeven dat het om het oude Burgerlijk Wetboek gaat.

---

<sup>4</sup> Zie in het bijzonder P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, dl. I, Bruylant, 2010, p. 247, nr. 149.

### Ontworpen artikel 5.55

De restrictie van het begrip “ongeoorloofd” tot louter de gevallen die in strijd zijn met de openbare orde of met een dwingende “wetsbepaling”, is niet gerechtvaardigd. Ook een verordeningsbepaling of een ongeschreven regel kan een dwingend karakter hebben. De bepaling moet dus worden herzien.

Een andere mogelijkheid zou zijn dat in een inleidende bepaling wordt bepaald dat het woord “wet”, overal waar het voorkomt, verwijst naar elke geschreven of ongeschreven rechtsregel die op de situatie in kwestie toepasselijk is. In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking 2.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het ontworpen artikel 5.59.

### Ontworpen artikel 5.56

De oorzaak wordt ontoereikend gedefinieerd.

De steller van het voorontwerp zou de betekenis van de term zoals die in de bespreking van het artikel wordt verduidelijkt, als volgt moeten verwoorden: “Onder oorzaak worden de beweegredenen verstaan die ertoe hebben geleid dat elke partij heeft ingestemd met het contract, en die, indien ze niet identiek zijn, op zijn minst door alle partijen gekend zijn of zouden moeten zijn”.

### Ontworpen artikel 5.57

Doordat de mogelijkheid om een contract zonder oorzaak te sluiten in de tekst van de ontworpen bepaling beperkt wordt tot de gevallen die “de wet toelaat”, beantwoordt de ontworpen bepaling niet met zekerheid aan de bedoeling die wordt weergegeven in de bespreking van het artikel, waarin wordt verwezen naar het standpunt van de huidige rechtsleer en de huidige rechtspraak.

Volgens de huidige rechtsleer en de huidige rechtspraak is het geoorloofd te bepalen dat een contract kan worden gescheiden van zijn oorzaak wanneer dat niet bij wet is verboden. Een contract dat van zijn oorzaak is gescheiden, is echter niet hetzelfde als een contract zonder oorzaak, en in voorkomend geval kan men zich afvragen of de oorzaak geoorloofd is ondanks de overeengekomen abstractie ervan.

De ontworpen bepaling zou beter worden herzien zodat ze die nuances ten behoeve van de rechtszekerheid weergeeft.

### Ontworpen artikel 5.60

De idee, vertolkt door de ontworpen bepaling, dat een gebrekkig contract buiten de gevallen waarin de wet voorziet geldig blijft indien uit het doel van de regel en uit de omstandigheden “kennelijk” blijkt dat de sanctie van de nietigheid ongeschikt zou zijn, leidt tot een ongerechtvaardigde onzekerheid.

Enerzijds bestaat er twijfel over de vraag of het woord “kennelijk” op het doel van de regel dan wel op de omstandigheden slaat. In zoverre het op het doel van de regel betrekking heeft, is het ongeschikt aangezien het doel van de regel er in rechte al dan niet in bestaat dat het contract al dan niet moet worden gehandhaafd.

Volgens de bespreking van het artikel wordt met de term “kennelijk” het uitzonderlijke karakter van het beoogde geval onderstreept, maar zodra het doel van een regel duidelijk is, wordt daaraan afbreuk gedaan indien het bovendien “kennelijk” moet zijn om in acht te worden genomen, afgezien van de rechtsonzekerheid die ontstaat doordat die extra eigenschap vereist wordt.

Anderzijds valt moeilijk in te zien dat, indien het doel van de geschonden regel erin bestaat dat het contract gehandhaafd blijft, die handhaving daarenboven afhangt van bepaalde omstandigheden, tenzij men enkel de gevallen op het oog heeft waarin de handhaving van het contract slechts in bepaalde omstandigheden zou beantwoorden aan het doel van de geschonden regel.

Indien dat de bedoeling is van de steller van het voorontwerp, dient het tweede lid veeleer als volgt te worden geredigeerd:

“Het contract blijft evenwel geldig in de gevallen die door de wet zijn bepaald of wanneer uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de nietigheidssanctie, gezien het doel van de geschonden regel, kennelijk ongeschikt zou zijn.”

### Ontworpen artikel 5.61

De weergave van de opvatting dat een regel van openbare orde in hoofdzaak alleen de bescherming van het algemeen belang mag beogen, hoort thuis in de bespreking van het artikel en niet in een wetsbepaling. In ieder geval zal de regel in kwestie, zelfs al is hij gunstig voor particuliere belangen, enkel van openbare orde zijn als de bescherming van die belangen zelf onder de openbare orde valt.

Bijgevolg wordt voorgesteld in het eerste lid de woorden “, namelijk in hoofdzaak de bescherming van het algemeen belang beoogt” weg te laten.

Een vergelijkbare opmerking geldt voor het tweede lid met betrekking tot de woorden “, namelijk in hoofdzaak de bescherming van een particulier belang beoogt”.

Wat dat tweede lid betreft, wordt de aandacht van de steller van het voorontwerp bovendien gevestigd op het feit dat er ook andere gevallen van relatieve nietigheid bestaan dan die welke aan de orde zijn in de ontworpen bepaling. Bij wijze van voorbeeld kan verwezen worden naar het ontworpen artikel 5.35, eerste lid, alsook naar het ontworpen artikel 5.57, eerste lid.

Ook een derde geval is mogelijk wanneer de schending van de regel, gelet op de strekking ervan, een relatieve nietigheid met zich brengt. Dat is bijvoorbeeld zo wanneer het voorwerp van het contract onbepaald of onbepaalbaar is, welk geval momenteel niet opgenomen is in het voorontwerp terwijl het beter wel zo zou zijn.

Teneinde te voorzien in alle gevallen, en indien dat de bedoeling is wordt voorgesteld de woorden “, namelijk in hoofdzaak de bescherming van een particulier belang beoogt. Enkel de beschermde persoon kan zich erop beroepen.” te vervangen door de woorden “en, behalve de gevallen waarin de wet voorziet in een dergelijke nietigheid, wanneer de schending van de regel, gelet op de strekking ervan, een relatieve nietigheid met zich brengt. Enkel de persoon tot bescherming van wie die regel strekt, kan zich daarop beroepen.”

#### Ontworpen artikel 5.62

1. Het ontworpen artikel 5.62, tweede lid, bepaalt dat de nietigverklaring van een contract kan voortvloeien uit een akkoord van de partijen.

In de bespreking van het artikel staat:

“Een minnelijke nietigverklaring veronderstelt dat de nietigheidsgrond daadwerkelijk bestaat. Bij gebreke daarvan zou ze moeten worden geherkwalificeerd als opzegging door wederzijdse toestemming van de partijen.”

Ter wille van de rechtszekerheid en de duidelijkheid dient het ontworpen dispositief aldus aangevuld te worden dat daaruit uitdrukkelijk naar voren komt dat de nietigverklaring enkel kan voortvloeien uit een akkoord van de partijen in het geval dat een de nietigheidsgrond bestaat.

2. In het derde lid heeft het begrip “onwerkzaamheid” geen feitelijke juridische betekenis.

Het verdient de voorkeur het te vervangen door de uitdrukking “zonder gevolg”.

Dezelfde opmerking geldt voor het hele voorontwerp (bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 5.79 (“is onwerkzaam” wordt “blijft zonder gevolg”), 5.97 en 5.112 (“Onwerkzaam derdenbeding” wordt “Derdenbeding dat zonder gevolg blijft”).

3. Het derde lid is bovendien slecht gesteld en schept daardoor rechtsonzekerheid.

Beter schrijve men:

“Tenzij het contract bij authentieke akte is vastgesteld, kan elke partij bij een contract die de nietigheid kan vorderen, op eigen risico, de andere partijen schriftelijk ervan in kennis stellen dat zij het contract nietig acht, met opgave van de nietigheidsgrond. Dezelfde mogelijkheid wordt geboden aan iedere derde die een nietigheid kan vorderen; in dat geval wordt de kennisgeving naar alle partijen bij het contract gestuurd. In ieder geval blijft de kennisgeving zonder gevolg als de aangevoerde nietigheidsgrond niet blijkt te bestaan.”

#### Ontworpen Artikel 5.64

1. De woorden “uit vrije wil kan handelen” in het tweede lid stemmen niet overeen met een precieze juridische situatie en scheppen onzekerheid. De bevestiging is een eenzijdige rechtshandeling die onderworpen is aan alle geldigheidsvoorwaarden waaraan een dergelijke handeling moet voldoen.

Zo lijkt ook het vereiste van een bevestiging met kennis van zaken slecht geformuleerd.

Als zulks de bedoeling is van de steller van het voorontwerp zou dat lid bijgevolg gesteld kunnen worden als volgt:

“De bevestiging kan alleen geschieden als de bevestigende partij op voorhand in kennis is gesteld van de nietigheidsgrond van het contract. Als die nietigheidsgrond voortkomt met de handelingsonbekwaamheid van een partij, kan de bevestiging van de handeling in kwestie door die partij bovendien alleen geschieden na het einde van de handelingsonbekwaamheid.”<sup>5</sup>

2. De verwijzing naar de rechten van derden in het derde lid is onnauwkeurig en inadequaat en schept rechtsonzekerheid. De tekst dient aldus herzien te worden dat hij in overeenstemming is met de bespreking van het artikel, waaruit blijkt dat hier slechts wordt bedoeld op de andere personen die gerechtigd zijn om een vordering tot nietigheid in te stellen.

3. Het spreekt voor zich dat een contract slechts opnieuw kan gesloten worden met inachtneming van de wet. Het tweede zinsdeel van het vierde lid is bijgevolg nutteloos en mag weggelaten worden.

---

<sup>5</sup> Het spreekt weliswaar voor zich dat de bevestigende partij handelingsbekwaam moet zijn, gelet op het ontworpen artikel 5.129 (gelezen in samenhang met het ontworpen artikel 5.31), maar gelet op de bijzondere situatie van de minderjarigen in het geval waarvan sprake is in de ontworpen tekst, wordt het verkieselijk geacht hun situatie specifiek te regelen door gewag te maken van het vereiste van handelingsbekwaamheid.

### Ontworpen artikel 5.67

1. Aangezien het contract verplicht is voor de partijen en het geschrift waarin het op regelmatige wijze wordt vastgelegd als bewijs daarvan geldt, mag de interpretatie van een contract er niet toe leiden dat er een betekenis aan gegeven wordt die onverenigbaar is met dat geschrift.

Het is niet noodzakelijk, en het mag niet vereist worden, op straffe van het afzwakken van de bewijskracht van de handeling, dat die onverenigbaarheid “kennelijk” moet zijn. Het volstaat dat ze met zekerheid vastgesteld wordt.

2. De loutere verwijzing naar “de omstandigheden waarin het geschrift is opgesteld” lijkt in tegenspraak te zijn met de, verder in herinnering gebrachte, regel volgens welke de uitlegger zich kan baseren op de uitvoering die aan het contract gegeven wordt als omstandigheid, die niets uit te staan heeft met het geschrift waarin het wordt vastgelegd, op basis waarvan de gemeenschappelijke en werkelijke bedoeling van de partijen aan het licht gebracht kan worden.

3. De bepaling moet dus herzien worden in het licht van die opmerkingen.

### Ontworpen artikel 5.70

Met betrekking tot het derde lid wordt verwezen naar algemene opmerking 1.

### Ontworpen artikel 5.71

Aangezien de herkwalificatie een verrichting is die te maken heeft met de interpretatie van het contract, zoals daarop wordt gewezen in de bespreking van het artikel, lijkt het niet gerechtvaardigd om de mogelijkheid daartoe te beperken tot louter de gevallen die in de ontworpen bepaling vermeld worden.

Bovendien laat het zich aanzien dat het tweede geval dat aldus vermeld wordt, namelijk indien zou blijken dat de kwalificatie “onverenigbaar is (...) met dwingendrechtelijke regels of regels van openbare orde”, eerder verband houdt met de conversie van de nietige handelingen dan met de herkwalificatie van het contract.

De bepaling zou herzien moeten worden.

### Ontworpen artikel 5.77

Met toepassing van het laatste lid kan de rechter, op verzoek van één van de partijen, “het contract geheel of gedeeltelijk beëindigen op een datum en volgens modaliteiten die (hij) vaststelt”.

Luidens de bespreking van het artikel mag die beslissing niet terugwerken tot op een datum die voorafgaat aan “de datum van wijziging van omstandigheden”.

Een dergelijke precisering moet opgenomen worden in de ontworpen bepaling.

### Ontworpen artikel 5.88

Het voornaamwoord “hij” of “zij” aan het begin van een zin verwijst naar het onderwerp van de voorgaande zin. In de laatste zin van het derde lid van de Franse tekst dient het woord “elle” bijgevolg vervangen te worden door het woord “celle-ci” of door de woorden “cette notification”.

Ter wille van de duidelijkheid schrijve men evenals in de laatste zin van de Nederlandse tekst “Die kennisgeving vermeldt ... (voorts zoals in het ontwerp)”.

Dezelfde opmerkingen gelden voor alle bepalingen van het voorontwerp waarin dezelfde fouten voorkomen.

Bovendien moeten in beide taalversies de woorden “die hem ten laste worden gelegd” vervangen worden door de woorden “die de schuldenaar ten laste worden gelegd”.

### Ontworpen artikel 5.91

Paragraaf 3 is niet erg geslaagd in zoverre daarin wordt gesteld dat het beding waarin een moratoire interest wordt vastgesteld “van overeenkomstige toepassing” is. De tekst dient aldus herzien te worden dat hij overeenstemt met de strekking van de bespreking van het artikel.

Dezelfde opmerking geldt voor alle bepalingen waarin de uitdrukking “van overeenkomstige toepassing” gebruikt wordt.

### Ontworpen artikel 5.98

De uitdrukking “teruggaan tot” heeft geen juridische betekenis.

Men schrijve: “ze heeft evenwel uitwerking op de datum van de tekortkoming...”.

### Ontworpen artikel 5.100

Bij de ontworpen bepaling wordt de mogelijkheid beperkt om het recht op een prijsvermindering te doen gelden in het geval van “een kwantitatief gedeeltelijke nakoming”. Luidens de bespreking van het artikel is men zo tegemoet willen komen aan bepaalde opmerkingen die geformuleerd zijn ter gelegenheid van de “publieke consultatie” waartoe het voorontwerp aanleiding heeft gegeven.

De term “kwantitatief” blijft evenwel vaag, aangezien de zaken die gekwantificeerd worden, kunnen variëren en kunnen verschillen van aard. Het voorontwerp bukt, meer in het algemeen, van begrippen die nopen tot een kwalitatieve beoordeling: bijvoorbeeld de veelvuldige verwijzing naar wat “redelijk” of “rechtmatig” is. De bepaling uit het Franse recht waarnaar in de bespreking van het artikel verwezen wordt, bevat geen dergelijke beperking.

De discriminatie die aldus ontstaat tussen de schuldeiser die een gedeeltelijke nakoming van kwantitatieve aard aanvaardt en de schuldeiser die een gedeeltelijke nakoming van kwalitatieve aard aanvaardt, lijkt bovendien moeilijk te rechtvaardigen.

Het zou bijgevolg de voorkeur verdienen te werken met een bepaling die gelijkloopt met die uit het Franse recht, zoals die wordt aangehaald in de bespreking van het artikel.

### Ontworpen artikel 5.103

1. Het lijkt logisch om [in het tweede lid], net zoals in het eerste lid van die bepaling, eveneens te preciseren dat het gaat om de onmogelijkheid een hoofdverbintenis na te komen, en dat de ontbinding zich alleen beperkt “tot het gedeelte van het contract dat aangetast is” indien die onmogelijkheid gedeeltelijk en definitief is “zonder dat zij toerekenbaar is aan de schuldenaar, voor zover het contract deelbaar is volgens de bedoeling van de partijen”, met inachtneming van de aard en de strekking ervan.

2. In het derde lid zou het woord “evenwel” ingevoegd moeten worden tussen de woorden “verloopt de risico-overdracht” en “volgens”.

### Ontworpen artikel 5.110

In het tweede lid schept het woord “onmiddellijk” verwarring ten aanzien van het laatste lid, waaruit blijkt dat het derdenbeding pas onherroepelijk wordt ten gevolge van de aanvaarding ervan.

De bepaling moet bijgevolg herzien worden.

### Ontworpen artikel 5.113

Het eerste en het tweede lid moeten worden geuniformeerd. In beide gevallen dient verwezen te worden naar “het ogenblik dat de vordering ingesteld wordt” in plaats van naar “op dat ogenblik”.

Het derde lid zou eveneens in die zin aangevuld moeten worden.

### Ontworpen artikel 5.120

Rekening houdend met wat in de bespreking van het artikel staat, vraagt de afdeling Wetgeving zich af of het niet verkieselijk zou zijn de ontworpen bepaling onder 2° te beginnen met de woorden “in de overige gevallen en onverminderd artikel 5.307, 4°”.

### Ontworpen artikel 5.128

Ter wille van de eenvormigheid verdient het de voorkeur de in het ontworpen artikel 5.128 opgenomen definitie af te stemmen op die welke is voorgesteld in het ontworpen artikel 5.4.

Bijgevolg moet het eerste lid gesteld worden als volgt:

“Een eenzijdige rechtshandeling is die waarmee een persoon uiting geeft aan zijn wil om rechtsgevolgen te doen ontstaan.”

### Ontworpen artikel 5.130

Aangezien er, naar luid van de bespreking van het artikel, geen andere “oneigenlijke contracten” zijn dan die welke opgesomd worden in het tweede lid van de ontworpen bepaling, is de in het eerste lid voorgestelde algemene definitie, die overigens gesteld is in ietwat bedenkelijke bewoordingen, nutteloos en schept ze, als dusdanig, rechtsonzekerheid aangezien ze de indruk zou kunnen wekken dat de opsomming die volgt slechts enuntiatief is, in tegenstelling tot de in de bespreking van het artikel aangegeven bedoeling.

Indien alleen het tweede lid behouden blijft, is de rechtszekerheid geheel gegarandeerd.

### Ontworpen artikel 5.133

Ter wille van de duidelijkheid moet de bepaling, overeenkomstig de in de bespreking van het artikel uitgedrukte bedoeling, zonder inhoudelijke wijzigingen gesteld worden als volgt:

“De zaakwaarnemer moet de door hem begonnen zaakwaarneming voortzetten, met inbegrip van alle gevolgen die zij inhoudt, en ze voltooien totdat de meester in staat is daarin zelf te voorzien”.

Hierdoor wordt vermeden dat de tekst gelezen wordt als zou de zaakwaarnemer hoofdelijk gehouden blijven tot de gevolgen van de zaak, zelfs nadat de meester in staat is daarin zelf te voorzien.

### Ontworpen artikel 5.138

De definitie van “ongerechtvaardigde verrijking” is onnodig onduidelijk en schept rechtsonzekerheid, in het bijzonder in zoverre er sprake is van verrijking of verarming waarvoor een “juridische rechtvaardiging ontbreekt”.

Uit de bespreking van het artikel blijkt dat het niet de bedoeling is dat begrip uit te breiden ten opzichte van het geldende recht en dat de uitdrukking “verrijking zonder oorzaak” door de uitdrukking “ongerechtvaardigde verrijking” wordt vervangen met het oog op de modernisering van de terminologie, zonder dat die nieuwe terminologie duidt op een inhoudswijziging.<sup>6</sup>

Ter wille van de rechtszekerheid dient de bepaling, overeenkomstig de in de bespreking van het artikel uitgedrukte bedoeling, herzien te worden onder verwijzing naar de “andere bronnen van verbintenissen” zoals opgesomd in het ontworpen artikel 5.3.

Men schrijve dus:

“Er is verrijking zonder oorzaak wanneer noch de verrijking, noch de correlatieve verarming steunen op een rechtshandeling, op een feit dat de buitencontractuele aansprakelijkheid in het geding brengt, op een regel die specifiek geldt voor onverschuldige betalingen of zaakwaarneming, of op de wet.”

---

<sup>6</sup> In dat opzicht wordt verwezen naar algemene opmerking 4.

### Ontworpen artikel 5.234

1. Voor zover in paragraaf 2, eerste lid, tweede zin, wordt gepreciseerd dat de passieve hoofdelijkheid die ontstaat uit een contract “enkel aanvaard [kan] worden als de bedoeling van [de] partijen zeker is”, wordt in de ontworpen bepaling een regel vastgelegd die voor alle contracten geldt. Behoudens een andersluidende bepaling, kan wilsovereenstemming stilzwijgend zijn op voorwaarde dat ze zeker is. Dat herhalen met betrekking tot de hoofdelijkheid wekt de indruk dat dit in de andere gevallen niet vanzelfsprekend zou zijn.

De nodeloze herhaling leidt dus tot rechtsonzekerheid en zou dan ook moeten worden vermeden, tenzij wordt gebruikgemaakt van een andere inleidende bepaling die op de volledige tekst betrekking heeft en die op dezelfde manier wordt gesteld als de bepaling die wordt gesuggereerd in algemene opmerking 1.

Een soortgelijke opmerking geldt voor het hele voorontwerp (zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 5.244, § 1, tweede lid).

2. Wat betreft het tweede lid van paragraaf 2, lijkt het onlogisch om de uitzondering op het beginsel van de hoofdelijkheid die geldt tussen ondernemingen te beperken tot de “zelfstandige” beroepsactiviteiten. De activiteit die een natuurlijke persoon uitoefent als onderneming, is per definitie een zelfstandige beroepsactiviteit.

Voorgesteld wordt om de woorden “vreemd is aan haar zelfstandige beroepsactiviteit” te vervangen door de woorden “vreemd is aan haar onderneming”, indien daarmee de bedoeling van de steller van het ontwerp wordt vertolkt.

### Ontworpen artikel 5.236

In de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, is het woord “afsplitst” vaag des te meer daar het niet duidelijk is op welk geval het betrekking heeft in de Franse versie van de bepaling (splitsing van het aandeel, splitsing van de verbintenis?).

De bepaling moet worden herzien teneinde de rechtszekerheid te waarborgen.

### Ontworpen artikel 5.242

De definitie van de verbintenis *in solidum*, zoals die wordt voorgesteld in de ontworpen bepaling, is niet duidelijk. Het begrip “gemeenschappelijk deel” van de verbintenissen lijkt immers niet als dusdanig te bestaan in ons recht.

Een definitie van de verbintenis *in solidum* kan nuttig zijn, maar de mogelijke bronnen van die verbintenis zouden moeten worden vastgesteld, zoals dat wordt gedaan voor de hoofdelijkheid, waarvan de verbintenis *in solidum* in zekere zin een variant is, de bijkomende gevolgen van de hoofdelijkheid buiten beschouwing gelaten.

Het feit dat dat begrip enkel gehanteerd wordt voor verbintenissen die betrekking hebben op het betalen van een geldsom, ligt ook niet voor de hand en zou dus op een deugdelijke wijze moeten worden gerechtvaardigd.

De bepaling moet bijgevolg worden herzien teneinde de rechtszekerheid te waarborgen.

#### Ontworpen artikel 5.243

In het tweede lid moet, naar analogie met het ontworpen artikel 5.239, tweede lid, worden gepreciseerd dat het gaat om de bijkomende gevolgen van de passieve hoofdelijkheid bedoeld in het ontworpen artikel 5.237.

#### Ontworpen artikel 5.244

Waarom actieve hoofdelijkheid alleen kan ontstaan uit een contract is niet duidelijk.

In dat verband wordt verwezen naar de bespreking van het artikel.

#### Ontworpen artikel 5.245

In paragraaf 3 geven de woorden “zo niet” niet de idee weer die in de betrokken zin zou moeten worden weergegeven.

De bepaling moet bijgevolg worden herzien.

#### Ontworpen artikel 5.248

Naar de letter verwijst het tweede lid van de ontworpen bepaling naar de overdracht van schuldvorderingen ingevolge een contract, m.a.w. de contractuele overdracht.

Volgens de bespreking van het artikel is dat niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp.

De bepaling zou bijgevolg zodanig moeten worden herzien dat ze uitdrukking geeft aan de idee dat, wanneer de niet-overdraagbaarheid van een schuldvordering volgt uit een contract, de in weerwil van dat verbod uitgevoerde overdracht niet aan de gecedeerde schuldenaar kan worden tegengeworpen indien de overnemer zich schuldig heeft gemaakt aan derde-medeplichtigheid.

### Ontworpen artikel 5.263

Het begrip exceptie “waarover de overdrager beschikte krachtens de overgedragen schuld” is vaag.

De rechtszekerheid zou beter worden gewaarborgd indien gepreciseerd zou worden dat de overnemer alle excepties die inherent zijn aan de overgedragen schuld en die de overdrager aan de gecedeerde had kunnen tegenwerpen op het ogenblik waarop deze laatste heeft ingestemd met de overdracht, alsook de later ontstane excepties die inherent zijn aan de schuld, aan de gecedeerde kan tegenwerpen.

De voorgestelde redactie is gebaseerd op die van artikel 1328 van de Franse Code civil, waarnaar trouwens wordt verwezen in de bespreking van het artikel.

### Ontworpen artikel 5.281

1. De uitdrukking “specifiek contract” is nodeloos nieuw.

Wat dat betreft wordt in artikel 1154 van het huidige Burgerlijk Wetboek, dat handelt over dezelfde aangelegenheid als de voorliggende bepaling, verwezen naar het begrip “bijzondere overeenkomst”.<sup>7</sup>

2. Voorts zou de verwijzing naar het begrip “specifiek contract”, zoals die in de tekst is opgenomen, de partijen de mogelijkheid bieden om het in zekere zin op voorhand eens te worden over een kapitalisering van de intresten zonder ingebrekestelling, voordat de interest voor een geheel jaar verschuldigd is. Dat is in elk geval een mogelijke uitlegging van de ontworpen bepaling.

Indien het de bedoeling is dat het contract enkel kan worden afgesloten voor interest die reeds voor een geheel jaar verschuldigd is, zou dat duidelijker moeten worden vermeld. Aldus zouden het geval van de ingebrekestelling en het geval van het contract op dezelfde wijze worden behandeld.

### Ontworpen artikel 5.297

In de bespreking van het artikel wordt een uiteenzetting gewijd aan een tweede lid dat evenwel niet in de tekst van het voorontwerp terug te vinden is.

---

<sup>7</sup> In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking 4.

### Ontworpen artikel 5.300

1. De definitie van het begrip “overmacht” zoals die wordt voorgesteld in paragraaf 1, eerste lid, beantwoordt niet aan het vereiste van de rechtszekerheid, aangezien ze voor uiteenlopende interpretaties vatbaar is.

Het valt met name niet met zekerheid uit te maken of, zoals in de eerste zin van dat lid lijkt te worden gesuggereerd, het volstaat dat de aangevoerde omstandigheid niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend om te worden gekwalificeerd als “overmacht”, dan wel of ze ook nog moet voldoen aan de criteria die worden opgesomd in de tweede zin van dat lid.

2. Anderzijds rijst de vraag of paragraaf 1, eerste lid, tweede zin, zoals die is geredigeerd, zo moet worden gelezen dat tegelijkertijd aan de drie criteria moet worden voldaan, dan wel aan slechts één van die criteria of nog op een andere wijze aan die criteria moet worden voldaan wat dat betreft, sluit de uitdrukking “wordt rekening gehouden met (...) en (...)” immers niet een uitlegging uit volgens welke tegelijkertijd aan de drie criteria moet worden voldaan.

Ter wille van de rechtszekerheid moet die bepaling op dat vlak dusdanig worden verduidelijkt dat ze ontegensprekelijk overeenstemt met de bedoeling van de steller ervan. Bovendien moet die bedoeling uitdrukkelijker worden omschreven in de bespreking van het artikel.

Voorts is het woord “extern” dat wordt gebruikt ter omschrijving van de gebeurtenis die als een geval van overmacht wordt aangevoerd, erg vaag en niet zo evident. Dat blijkt uit een aantal voorbeelden die in de bespreking van het artikel worden aangehaald. Het nut van dat begrip vindt bovendien geen unanieme erkenning binnen de rechtsleer. Een deel van die leer stelt dat de “externe” aard van de beschouwde gebeurtenis begrepen is in de voorwaarde volgens welke die gebeurtenis niet kan worden toegerekend aan de schuldenaar, gelet op het onvoorzienbare of onoverkomelijke karakter ervan.

Het gebruik van dat begrip leidt dus tot rechtsonzekerheid.

3. Tot slot is de vermelding in de bespreking van het artikel dat overmacht niet toepasselijk is op geldschulden, onverenigbaar met de definitie van overmacht die in de ontworpen tekst wordt gegeven en die geen dergelijke uitsluiting bevat. Het *fait du prince*, dat gelijkgesteld wordt met overmacht, kan het vereffenen van een geldschuld immers volstrekt onmogelijk maken. In de internationale handel zijn daarvan goede voorbeelden te vinden (deviezenregeling, embargo, enz.).

4. Kortom, de ontworpen bepaling moet worden herzien om rekening te houden met de voorgaande opmerkingen.

### Ontworpen artikel 5.309

Uit de ontworpen bepaling volgt, wanneer deze vergeleken wordt met het ontworpen artikel 5.88, derde lid, dat de schuldeiser van een contractuele verbintenis (of eventueel van een verbintenis die voortvloeit uit een eenzijdige rechtshandeling) en de schuldeiser van een verbintenis van een andere aard niet op dezelfde wijze worden behandeld. Het ontworpen artikel 5.309 bepaalt immers niet dat die laatste het recht op vervanging bij kennisgeving mag uitoefenen. Vergeleken met het ontworpen artikel 5.88, derde lid, kan het dus zo worden uitgelegd dat het die mogelijkheid uitsluit.

De rechtvaardigingsgronden voor het verschil in behandeling die in die uitsluitingsmaatregel vervat zijn, zijn niet duidelijk.

De bespreking van het ontworpen artikel 5.88, derde lid, dat afwijkt van de algemene regeling waarin het ontworpen artikel 5.309 voorziet, moet worden aangevuld om dat verschil in behandeling te rechtvaardigen.

### Ontworpen artikel 5.323

In de ontworpen paragraaf 3, derde lid, wordt de regeling vervat in artikel 1276 van het huidige Burgerlijk Wetboek gehandhaafd volgens welke de “delegataris”, indien de “gedelegeerde” insolvabel wordt na de delegatie, zijn verhaal op de “delegant” enkel behoudt als de overeenkomst dat “uitdrukkelijk” bepaalt.

Vandaag de dag staat dat vereiste in schril contrast met alle andere gevallen waarin een contractuele afwijking op de rechtsregel die normaliter wordt toegepast, alleen een vaste wil veronderstelt, ongeacht of die stilzwijgend of impliciet is.<sup>8</sup> De reden voor dat verschil in behandeling dat hier ongunstig is voor de “delegataris”, is niet duidelijk.

### Ontworpen artikel 5.327

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom de preciseringen die in het ontworpen artikel 5.325 worden gegeven met betrekking tot de borgen, niet *mutatis mutandis* worden overgenomen in het ontworpen artikel 5.327.

### Ontworpen artikel 5.339

Het is de onmogelijkheid om de verbintenis na te komen die in voorkomend geval toerekenbaar is aan de schuldenaar, en niet de niet-nakoming van de verbintenis.

De ontworpen tekst moet in die zin worden gecorrigeerd.

---

<sup>8</sup> Vgl. met de ontworpen paragraaf 3, eerste lid.

### Ontworpen artikel 5.341

Indien ervoor wordt gekozen om de regeling die in artikel 1302, tweede lid, van het huidige Burgerlijk Wetboek is vastgelegd voor de verbintenissen om iets te geven, *mutatis mutandis* uit te breiden tot de verbintenissen om iets te doen, lijkt er geen reden te zijn om diezelfde regeling niet uit te breiden tot de verbintenissen om iets niet te doen. Het arrest van het Hof van Cassatie waarnaar in de bespreking van het artikel wordt verwezen, heeft weliswaar betrekking op een verbintenis om iets te doen, maar is gesteld in algemene bewoordingen die geen dergelijke uitsluitingsmaatregel bevatten.

### Artikel 14

Artikel 14 moet als volgt worden gesteld:

“In artikel VI.83., 10° en 11°, van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 21 december 2013, worden de woorden ‘artikel 1184’ vervangen door de woorden ‘de artikelen 5.93 tot 5.99’”.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de artikelen 16, 21, 22, 23, 1°, 24, 26, 35 en 51 van het voorontwerp.

### Artikel 27

Wat betreft punt 2°, zijn het de woorden “in de artikelen 1226 tot en met 1233” die moeten worden vervangen door de woorden “in artikel 5.91”.

Een soortgelijke opmerking geldt voor de artikelen 28, 2°, en 33, 1°, van het voorontwerp.

### Artikel 54

Artikel 72 van de wet van 31 juli 2017 ‘tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake’ luidt als volgt:

“De Koning kan, in de vorm van een of meerdere boeken van een Burgerlijk Wetboek, de bepalingen van boek I en boek III van het Burgerlijk Wetboek, met inbegrip van diegene gewijzigd en ingevoegd door deze wet, codificeren, evenals de bepalingen die hieraan uitdrukkelijk of stilzwijgend wijzigingen aanbrengen tot aan het tijdstip van de codificatie.

Daartoe kan Hij:

1° de volgorde en de nummering van de te codificeren bepalingen veranderen en in het algemeen de teksten naar de vorm wijzigen;

2° de verwijzingen die voorkomen in de te codificeren bepalingen, met de nieuwe nummering overeenbrengen;

3° zonder afbreuk te doen aan de beginselen die in de te codificeren bepalingen vervat zijn, de redactie ervan wijzigen om ze onderling te doen overeenstemmen en eenheid in de terminologie te brengen.

De codificatie vervangt de bepalingen bedoeld in het eerste lid en treedt in werking op de dag van de bekrachtiging ervan bij de wet.”

Hoewel het voorliggende voorontwerp van wet inderdaad voorziet in een nieuw Burgerlijk Wetboek dat onder meer een boek 4 “Erfenissen, schenkingen en testamenten” omvat, wijst de afdeling Wetgeving de steller van het voorontwerp erop dat dit boek op dit ogenblik geen enkele bepaling bevat. Ondanks het voorliggende voorontwerp blijft de machtiging die bij artikel 72 van de wet van 31 juli 2017 is verleend, dus relevant.

### SLOTOPMERKING

In het algemeen moet erop toegezien worden dat de interne verwijzingen naar andere artikelen van het ontworpen Burgerlijk Wetboek correct zijn. De steller van het voorontwerp verliest herhaaldelijk uit het oog dat alle artikelen die boek 5 van het ontworpen Burgerlijk Wetboek vormen, aanvangen met het cijfer 5, gevolgd door een punt en het specifieke nummer van het artikel (zie bijvoorbeeld de ontworpen artikelen 5.21, 5.23, 5.25, 5.37, 5.44, 5.76, 5.77, 5.120, 5.121, 5.298, derde lid, 5.301, 5.305, 5.334, enz.).

Het hele dispositief moet dienovereenkomstig worden herzien.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ÉTAT –  
DE VOORZITTER VAN DE RAAD VAN STATE

Béatrice DRAPIER

Jacques JAUMOTTE