OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1961-1964)

VERBINTENISSEN (*)

door

Jacques MATTHYS
Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent
Hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Brussel

en

Gustaaf BAETEMAN
Rechter in de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel
Docent aan de Vrije Universiteit te Brussel

INHOUD

Voorafgaande beschouwingen (1-2).

DEEL I

DE BRONNEN VAN DE VERBINTENISSEN.

Hoofdstuk I. **De rechtshandelingen** (3-86).

Afdeling I. **De overeenkomst** (3-86).

§ 1. *Beginselen van de leer der overeenkomsten* (3-23).

3. Basisbeginselen. — 4. De wilsautonomie. — 5. Waarborgovereenkomst. — 6-9. Bedingen tot vrijstelling van aansprakelijkheid. — 10-12. De overeenkomst-wet — Algemene draagwijdte. — 13. Vermindering van het loon van de mandataris en van de tussenpersoon in het algemeen. — 14. Omschrijving van het probleem. — 15. De Franse rechtspraak. — 16. De Nederlandse rechtspraak. — 17-18. De Belgische rechtspraak en rechtsleer. — 19. Besluit. — 20-21. De eenzijdige opzegging *ad nutum*. — Probleemstelling. — 22-23. Bijzondere wettelijke regelingen.

§ 2. *De indeling van de overeenkomsten* (24).

24. Draagwijdte.

§ 3. *De totstandkoming van de overeenkomsten* (25-85).

A. De Partijen (25-27).

25. Probleemstelling. — 26. Bekwaamheid. — 27. Bevoegdheid.

B. De Toestemming (28-34).

28. Ontstaan en bestanddelen. — 29-30. Samenbestaan van de wilsuitingen. — De voorbesprekingen. — 31-32. Het aanbod. — 33-34. De aanvaarding.

(*) Dit overzicht omvat de rechtspraak die gepubliceerd is sedert 1961 tot en met 1964, ongeacht de datum van de uitspraak.

C. Enkele bijzonderheden betreffende de toestemming en haar gevolgen bij zekere overeenkomsten (35-47).

35. De overeenkomsten tussen niet-aanwezigen. — 36-38. Vernemingstheorie — Ontvangsttheorie. — 39. Het vraagstuk in het vergelijkend recht. — 40. De contractbelofte. — 41. Rechtsgeldigheid. — 42. De openbare aanbestedingen. — Algemene beschouwingen. — 43-44. Het arrest van het hof van cassatie van 3 november 1960. — 45. Het arrest van het hof van beroep te Brussel van 5 oktober 1960. — 46-47. De wet van 4 maart 1963.

D. De Wilsgebreken (48-86).

I. De dwaling (48-65).

48. Algemene beschouwingen. — 49. Feitelijke dwaling en rechtsdwaling. — 50. *Error communis facit jus.* — 51-52. Hoofdzakelijke dwaling. — 53-54. Hoofdzakelijke dwaling bij verkoop van tweedehands-autovoertuigen. — 55. Hoofdzakelijke dwaling bij verkoop van bouwterreinen. — 56-57. Onverschoonbare dwaling. — 58. Bewijs en sanctie van de hoofdzakelijke dwaling. — 59. Hoofdzakelijke dwaling en tekortkomingen bij levering. — 60-61. Hoofdzakelijke dwaling en vrijwaring tegen uitwinning. — 62-63. Hoofdzakelijke dwaling en vrijwaring wegens verborgen gebreken. — 64-65. Dwaling omtrent de persoon.

II. Het bedrog (66-75).

66. Algemene beschouwingen. — 67. Hoofdbedrog. — 68-69. Bedrieglijke verzwijging. — 70-72. Bedrieglijke verzwijging in het verzekeringsrecht. — 73. Incidenteel bedrog. — 74. Bewijs van het hoofdbedrog. — 75. Sanctie van het hoofdbedrog.

III. Het geweld (76-80).

76-78. Algemene beschouwingen. — 79-80. Toepassingen.

IV. De benadeling (81-86).

81-82. Algemene beschouwingen. — 83. Sanctie. — 84-86. Omstandige of gekwalificeerde benadeling.

VOORAFGAANDE BESCHOUWINGEN

1 – De verbintenis is de *rechtsband* waardoor één of meer bepaalde personen ten opzichte van één of meerdere andere verplicht worden iets te geven, te doen of niet te doen. Vanuit het standpunt van de schuldeiser, is deze rechtsband een persoonlijk recht of vorderingsrecht. Dit vorderingsrecht en de verbintenis zijn derhalve twee aspecten van éénzelfde werkelijkheid.

De bronnen, of oorzaken die de kracht hebben om rechtsverbintenissen te doen ontstaan (Kluyskens, A., *De Verbintenissen*, nr. 3), worden op grond van de art. 1101 en 1370 B.W. ingedeeld in vijf soorten : de contracten, de oneigenlijke contracten, de misdrijven, de oneigenlijke misdrijven en de wet. Deze indeling wordt over het algemeen verworpen als onlogisch en als terminologisch onjuist. Feitelijk zijn er maar twee manieren om zich te verbinden : ofwel gebeurt het vrijwillig ofwel onvrijwillig. Zo komt de volgende, veel ruimere, indeling tot stand. Enerzijds zijn er de *rechtshandelingen*, waaronder gerekend moeten worden alle wilsuitingen bestemd om rechtsgevolgen te hebben; zij het de uiting

van twee samenlopende wilsuitdrukkingen, de wilsovereenstemming, waarvan het contract het type is, of zij het de eenzijdige wilsuiting. Aan de andere kant zijn er de *rechtsfeiten*, waaronder niet alleen vallen de zuiver materiele feiten, zonder enige wilsinhoud, doch ook die daden welke in een zekere mate gewild zijn maar niet wat bepaalde rechtsgevolgen betreft. Die opvatting van het begrip rechtsfeit omvat alsdan de oneigenlijke contracten, de misdrijven, de oneigenlijke misdrijven en soms ook de verbintenissen ontstaan uit kracht van de wet. Dit onderscheid van de bronnen der verbintenissen beantwoordt grotendeels aan wat in de voorafgaande bepalingen van titel III, Boek III, B.W., werd neergelegd (Carbonnier, J., *Droit civil, Les Obligations*, II, 2, Paris, blz. 300-301; — Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil, Les Obligations*, II, 1 nr. 21, blz. 24, nr. 336, blz. 297).

2 – Het contract is het wilsakkoord dat het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van een recht tot gevolg heeft. De verbintenis is een rechtsband, die kan ontstaan door een contract. Het verschil tussen contract en verbintenis is duidelijk : het eerste is een oorzaak, het andere een gevolg. Toch worden in het B.W. beide begrippen zeer dikwijls verward : zo wordt de verbintenis bepaald in art. 1101 B.W. dat handelt over het contract. Dezelfde verwarring bestaat voor de gevolgen van de verbintenissen, voor de bewijsregeling, enz. (zie De Page, II, 2e dr., nr. 443, blz. 402-403; — Renard, Cl., *Nov., Dr. Civ.*, IV, 1, nr. 63, blz. 78-79).

Art. 1101 B.W. maakt insgelijks onderscheid tussen contract en overeenkomst : het contract heeft tot gevolg het ontstaan of de overdracht van rechten; de overeenkomst, meer algemeen, slaat ook op de wilsovereenstemming waardoor een recht gewijzigd of opgeheven wordt. De overeenkomst duidt de *genus* aan, waarvan het contract een *species* is. Dit onderscheid heeft weinig of geen zin, en heeft evenmin praktische gevolgen : dezelfde rechtsregels worden toegepast op overeenkomsten en contracten, en het burgerlijk wetboek maakt herhaaldelijk gebruik van beide benamingen de ene voor de andere. In de Belgische rechtsleer wordt dit onderscheid niet meer gehandhaafd (zie De Page, II, 2e uitg. nr. 447; — Renard, Cl., *Nov., Dr. Civ.*, IV, 1 nr. 70).

Deze gegevens hebben hun weerslag op onderhavig overzicht. In een eerste deel worden de bronnen van de verbintenissen behandeld : enerzijds de rechtshandelingen, nl. de contracten en de eenzijdige rechtshandelingen, en anderzijds de rechtsfeiten, te weten de zaakwaarneming, de vermogensverschuiving zonder oorzaak, de onverschuldigde betaling en de aansprakelijkheid uit overeenkomst. (De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt in een afzonderlijk overzicht behandeld). In een tweede deel wordt de verbintenis als dusdanig onderzocht, eerst naar de verhouding schuldeiser-schuldenaar, vervolgens als ekonomische waarde. In een derde deel wordt het teniet gaan besproken.

DEEL I

DE BRONNEN VAN DE VERBINTENISSEN

HOOFDSTUK I

DE RECHTSHANDELINGEN

AFDELING I

De overeenkomst

§ 1. — Beginselen van de leer der overeenkomsten

3 – Basisbeginselen. — Volgens De Page zijn er vier beginselen die de overeenkomsten beheersen : de wilsautonomie, het consensualisme, de overeenkomst-wet, en de uitvoering te goeder trouw (II, 2de uitg., nr. 461). Ongetwijfeld is de wilsautonomie het voornaamste beginsel. De vrijheid van de enkeling geeft in de eerste plaats uitleg voor het bestaan zelf van het contract, want het is in de individuele wilsuiting dat het contract zijn verbindende kracht vindt. Vervolgens geeft dit beginsel een verantwoording van de overeenkomst. En tenslotte heeft het technische-juridische gevolgen : de contractuele vrijheid en de eerbied voor de wil (art. 1134 B.W., art. 1374 N.B.W.). Alzo beheerst het beginsel van de wilsautonomie de algemene zin van het verbintenissenrecht, en overkoepelt het zowel het tot stand komen als de uitvoering van de overeenkomsten (Marty, G., et Raynaud, P., II, 1, nr. 30-36).

4 – De wilsautonomie. — Op grond van het beginsel van de wilsautonomie hebben de enkelingen het recht om, buiten ieder toezicht van de overheid of van de wet, over het even wat overeenkomsten te sluiten. Ze bedingen vrij de inhoud ervan, de rechten, de verplichtingen, de modaliteiten, doch met inachtneming van de openbare orde en de goede zeden (art. 6 B.W.). De wetsbepalingen betreffende de overeenkomsten zijn dan ook van aanvullend recht (Renard, Cl., *Nov., Dr. Civ.*, IV, 1, nr. 78-79).

De toepassing van dit beginsel vereist evenwel een nauwkeurige ontleding van de gesloten overeenkomst. In twee bijzondere gevallen werd dit door de rechtspraak bevestigd, nl. met betrekking tot de draagwijdte van de waarborgovereenkomsten en de bedingen tot vrijstelling van aansprakelijkheid.

5 – Waarborgovereenkomst. — De geldigheid van een waarborgovereenkomst wordt bevestigd door een arrest van het hof van cassatie van 7 september 1962 (*J.T.*, 1962, 6248; *R.W.*, 1962-63, 645; *Pas.*, 1963, I, 32). De burgemeester van de stad Gent had een betoging van het Katholiek Vlaams Hoogstudentenverbond toegelaten. Vooraf had hij door de

voorzitter van het Verbond een verklaring laten ondertekenen waarbij deze op zich nam de stad te vrijwaren „tegen elke vordering uit hoofde van schade aan personen en goederen, ...". Door de betogers werd een ruit gebroken. De rechtbank van eerste aanleg te Gent (27 juni 1962, *J.T.*, 1962, 10; *R.G.A.R.*, 1962, 6886, met noot R.O. Dalcq) was van oordeel dat de Stad Gent zich niet van haar wettelijk vermoedde aansprakelijkheid mocht ontdoen, op grond van de overweging dat het decreet van 10 Vendémiaire, jaar IV van openbare orde was. Doch het cassatiearrest heeft dit vonnis verbroken. Het hof van cassatie bevestigt wel dat, gezien de openbare orde, de stad niet kan vrijgesteld worden van haar verplichting de schade te vergoeden die aan derden berokkend werd door samenscholingen op haar grondgebied, maar tevens stipt het aan dat dezelfde openbare orde geenszins verbiedt dat een derde zich zou verbinden de stad te waarborgen voor de geldelijke gevolgen van veroordelingen uitgesproken op grond van het decreet of meer in het algemeen op grond van de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid (Limpens, J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.C.J.B.*, 1964, 467-468, nr. 1; — Noot N.S., *Pas.*, 1963, I, 39).

Dergelijke waarborgovereenkomsten worden overeenkomsten tot vrijstelling van aansprakelijkheid, wanneer de derde partij wordt bij de overeenkomst en ze aanvaard heeft (Mazeaud H. et L., et Tunc, A., III, nr. 2569; — Hannequart, Y., *Ann. Fac. Dr. Liége*, 1959, 140, par. 6).

6 – Bedingen tot vrijstelling van aansprakelijkheid. — De principiële geldigheid van vrijstellingsbedingen — zij het ter zake aansprakelijkheid uit overeenkomst of zij het voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — wordt door de Belgische rechtspraak en rechtsleer algemeen aanvaard (zie o.m. De Page, II, 2e dr., nr. 1058; — Van Rijn, J., *Les clauses de non-responsabilité*, *R.G.A.R.*, 1931, nr. 703; — Lehrer, J., *Des clauses d'irresponsabilité*, *R.G.A.R.*, 1962, nr. 6800). De draagwijdte van deze bedingen werd verduidelijkt in enkele zeer belangrijke arresten van het hof van cassatie.

In geval van bedrog wordt de nietigheid ervan uitgesproken; anders zou het mogelijk zijn ongestraft een vrijwillig kwaad aan de medecontractant te berokkenen. In een arrest van 3 april 1959 (*Pas.*, 1959, I, 773; *R.C. J.B.*, 1960, 207, met noot G. Van Hecke) wordt, voor beide soorten van aansprakelijkheid, daarmee gelijkgesteld : de opzettelijke tekortkoming. In het geval dat aan het hof werd voorgelegd, had een aannemer een beding tot vrijstelling voor verborgen gebreken in het aannemingscontract opgenomen; welnu uit de vermoede kennis van het gebrek van het geproduceerde goed wordt de kwade trouw afgeleid.

In het arrest van 25 september 1959 (*Pas.*, 1960, I, 113, met advies van advokaat-generaal P. Mahaux; *J.T.*, 1960, 114, met noot J. J. Rothier; *R.W.*, 1960-61, 1669; *R.G.A.R.*, 1960, nr. 6574, met noot R. O. Dalcq; — Renard, Cl., Graulich, P., et David, S., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1962, blz. 221-222; *Jur. Anv.*, 1960, 198; *R.W.*, 1959-60, 1255, en opm.) en

in dat van 5 januari 1961 (*Pas.*, 1961, I, 483; *R.G.A.R.*, 1961, nr. 6739) worden in dezelfde zin twee beginselen, met zeer verdragende gevolgen, duidelijk omlijnd.

7 – a) Buiten de gevallen dat de wet er anders over beslist of dat de aangegane verbintenis erdoor zou teniet worden gedaan, mogen de contractanten op voorhand overeenkomen dat de schuldenaar niet zal gehouden zijn voor de fouten noch zelfs voor de opzettelijke tekortkomingen van hun aangestelden. Dit ligt in de lijn van vroegere arresten (Cass., 13 november 1924, *Pas.*, 1925, I, 18; — Cass., 28 juni 1928, *Pas.*, 1928, I, 211). Maar in het eerste besproken arrest verantwoordt het hof deze oplossing alleen door aan te merken, dat de regels betreffende de aansprakelijkheid voor de fouten van aangestelden niet van openbare orde zijn. In zijn advies geeft advokaat-generaal P. Mahaux (*Pas.*, 1960, I, 115) verdere verduidelijkingen. Ontslag van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor eigen bedrog is niet mogelijk, anders zou ongestraft vrijwillig nadeel aan een ander kunnen berokkend worden. Deze reden geldt evenwel niet wanneer het gaat om het bedrog van de aangestelde. Door een beding tot vrijstelling wordt in het akkoord tussen partijen eenvoudig afgeweken van het vermoeden van fout bij de keuze van of bij het toezicht over de aangestelden. Dergelijke vrijstelling is niet minder wettelijk als de verzekering tegen de gevolgen van de fouten, zelfs de vrijwillige, van de aangestelden. Opheffing van aansprakelijkheid uit overeenkomst wegens eigen bedrog is niet mogelijk, omdat in werkelijkheid elke verbintenis tegenover de wederpartij zou kunnen teniet gedaan worden, naar goeddunken van de schuldenaar. Deze reden kan niet gelden voor het bedrog van de aangestelden, want het beding tot opheffing betekent enkel ofwel dat de waarborg van de schuldenaar in gemeenschappelijk overleg tussen partijen beperkt is, ofwel dat dergelijk bedrog van de aangestelde een vreemde bevrijdende oorzaak is (Zie ook : Hrb. Brussel, 19 januari 1962, *Jur. Comm. Brux.*, 1962, 119).

8 – b) Voorheen was de rechtspraak betreffende de gelijkstelling van de grove tekortkoming met bedrog eerder verdeeld. In de meeste uitspraken van de feitenrechters werd ze wel aanvaard (zie de aangehaalde beslissingen, o.m. door Lehrer, J., *R.G.A.R.*, 1962, 6800-4, *in fine*). In zijn merkwaardige mercuriale *Bedrog en grove schuld op het stuk van niet-nakoming van contracten* (*R.W.*, 1957-58, 65-80; *J.T.*, 1957, 601 e.v.) heeft procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt deze gelijkstelling bestreden. Ze is niet verantwoord op grond van de traditie, en ze is evenmin terug te vinden in de rechtspraak van het hof van cassatie. Ook in sociale noodwendigheden kan ze geen steun vinden.

Beide boven aangehaalde arresten zijn daarom nog van veel groter belang waar ze de geldigheid bevestigen van de contractuele vrijstelling van aansprakelijkheid bij grove tekortkoming van de schuldenaar. Juridisch wordt aldus de gelijkschakeling van grove tekortkoming en bedrog duide-

lijk ontkend. Insgelijks wordt de spanwijdte van het begrip openbare orde beperkt ten voordele van de wilsautonomie en wordt de doeltreffendheid van bedingen tot opheffing van aansprakelijkheid verhoogd. Of dit sociaal wenselijk is, kan betwist worden. Dat voormelde beslissingen op het stuk van de principes verreikend zijn, blijkt uit de sterk uiteenlopende beoordelingen (*Voor* : Rothier, J. J., *J.T.*, 1960, 118; — Dalcq, R. O., *R.G.A.R.*, 1961, nr. 6574; — Van Hecke, G., *R.C.J.B.*, 1960, 222, en nota 55; — *Anders* : Dabin, J., *R.C.J.B.*, 1960, 14-22).

9 – Wat de praktische en sociale weerslag moge wezen van de versoepeling der opheffingsbedingen, toch moet er op gewezen worden dat de wettelijkheid van die bedingen onderworpen blijft aan drie beperkingen : de wet (Hrb. Brussel, 11 april 1961, *Jur. Comm. Brux.*, 1962-56), de noodzakelijkheid dat de overeenkomst haar verbindende inhoud zou behouden, en tenslotte dat geen bedrog van de schuldenaar kan geduld worden. De twee laatste beperkingen laten de rechtbanken toe een streng toezicht op deze vrijstellingsbedingen uit te oefenen, om elk misbruik in hoofde van de bevoordeelde contractant te bestrijden. Daarvan zijn voorbeelden te vinden in de rechtspraak. Ten andere op grond van art. 1162 B.W. moeten deze bedingen geïnterpreteerd worden tegen de partij die bedongen heeft (zie o.m. Luik, 25 februari 1960, *Pas.*, 1961, II, 1; Hrb. Antwerpen, 29 februari 1960, *J.P.A.*, 1961, 56; — Hrb. Verviers, 26 oktober 1961, *Pas.*, 1961, III, 100; *Jur. Liège*, 1961-62, met nota M.H.; — Gent, 13 februari 1962, *R.W.*, 1962-63, 547 en advies adv. gen. J. Matthys; — Brussel, 23 januari 1964, *R.W.*, 1963-64, 1476; — zie ook Limpens, J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.C.J.B.*, 1964, nr. 69-71, blz. 507).

Het bedrog van de schuldenaar is de enige fout die door haar zwaarwichtigheid de vrijstellingsbedingen kan ontzenuwen. Maar zullen andere uitgesproken fouten daarmee niet gelijkgesteld worden om de geldigheid van die bedingen in de weg staan, en zal daarbij geen beroep gedaan worden op het vermoeden van kwade trouw bij zekere professionele verkopers? (Zie voor de *culpa in contrahendo* Luik, 3 april 1962. *J.T.*, 1963, 62, met noot R. O. Dalcq).

Herinneren we er tenslotte aan dat de Franse rechtspraak en rechtsleer over het algemeen het bedrog en de zware schuld gelijk stellen (zie o.m. Tunc, A., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1961, blz. 487, nr. 10).

10 – De overeenkomst-wet. — Algemene draagwijdte. — Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan tot wet. Zij kunnen niet herroepen worden dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend (art. 1134 B.W.). De rechter mag in geen geval, zonder reden, het bestaan zelf van een voor hem ingeroepen overeenkomst ontkennen (Cass., 5 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 489) of de gevolgen van een overeenkomst, die niet gewijzigd werd door partijen, opheffen (Cass., 15 januari 1960,

Pas., 1960, I, 546; *R.W.*, 1960-61, 885). De verbindende kracht van de gesloten overeenkomst wordt vastgesteld op grond van de gebezigde duidelijke bewoordingen, en de rechter is gehouden deze te eerbiedigen zoals de termen van een wettekst. Zo mag de rechter geen kennis nemen van een geschil, waarvan het bestaan zelf door de overeenkomst van partijen uitgesloten werd (Cass., 11 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 808). Wanneer de overeenkomst een vervaltermijn voor het instellen van rechtsvorderingen voorziet (nl. zes maanden na de voorlopige oplevering van de uitgevoerde werken) wordt de overeenkomst miskend, indien de rechter het ingaan van die termijn op een later tijdstip bepaalt op grond van tussen partijen gevoerde onderhandelingen. Immers uit die omstandigheid volgt niet dat aan die termijn verzaakt werd, of dat het instellen van de vordering door overmacht of bij gebrek aan tijd onmogelijk werd gemaakt (Cass., 8 september 1960, *Pas.*, 1961, I, 32; *R W.*, 1961-62, 203; — in dezelfde zin : Gent, Verenigde kamers, 27 juni 1963, *Pas.*, 1964, II, 99). De rechter kan een partij vanzelfsprekend niet zonder meer van de uitvoering van een verbintenis ontslaan : hiervoor zou hij de nietigheid van de overeenkomst moeten uitspreken, ofwel moeten vaststellen dat die partij een geldige reden van het tenietgaan of van de schorsing van de overeenkomst aanvoert, of dat de bevrijdende oorzaak in de overmacht ligt (Cass., 13 juni 1963, *Pas.*, 1963, I, 1078). Daarom mag de rechter evenmin een wijziging aanbrengen aan de betiteling van de overeenkomst (Brussel, 23 februari 1960, *Pas.*, 1960, II, 213), of ambsthalve een contractuele bepaling vervangen door een andere (Rb. Brussel, 19 januari 1961, *J.T.*, 1961, 391).

Ook blijven de rechtbanken gebonden door de gevolgen van de wilsautonomie van partijen, indien deze zich in de loop van het geding doet gelden door bijkomende of nieuwe overeenkomsten. Terecht besliste het hof van beroep te Gent (17 december 1959 *Pas.*, 1961, II, 177), dat het akkoord gesloten ten overstaan van een deskundige, aangesteld door de rechtbank bij tussenvonnis, alhoewel afwijkend van de van het vroegere contract door de rechtbank gegeven interpretatie, verbindend is voor partijen en geenszins in strijd met de openbare orde noch met het gezag van het gerechtelijk gewijsde.

11 – In geen geval mag de rechter de draagwijdte van duidelijke bedingen van een overeenkomst wijzigen, of aan die bedingen hun gebruikelijke zin ontzeggen, omdat ze in strijd zijn met de billijkheid. Deze ondubbelzinnige stelling van het hof van cassatie (Cass., 3 februari 1950, *Pas.*, 1950, I, 380) werd hernomen door een arrest van het hof van beroep te Brussel (23 februari 1960, *Pas.*, 1960, II, 243, hoger aangehaald) en door een arrest van het hof van beroep te Luik (26 juni 1961, *Pas.*, 1962, II, 98). In het laatste geval ging het om een betwisting over de draagwijdte van een contractueel beding, waardoor, in afwijking van het gemeen recht, alleen de aannemer ter uitsluiting van de opdrachtgever aansprakelijk was voor elk ongeval of elke schade die zich kon voordoen bij de uit-

voering. Duidelijk verwoord, kon dit beding geen aanleiding geven tot interpretatie.

12 – Tenslotte kan de rechter niet de verbintenissen wijzigen die voortvloeien uit zogenaamde toetredingscontracten, die overeenkomsten zijn waarbij de ene partij zonder meer de door de tegenpartij opgelegde voorwaarden aanvaardt (Dekkers, R., *Handboek*, II, nr. 105). Terecht wordt in enkele vonnissen aangemerkt, dat de rechter alleen zou kunnen tussen komen wat betreft de uitvoering te goeder trouw (Rb. Brussel, 24 december 1957, en Rb. Brussel, 24 februari 1959, *Bull. Ass.*, 1960, blz. 291, met noot M.G., aangehaald door Limpens, J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.C.J.B.*, 1964, nr 2, 469).

13 – VERMINDERING VAN HET LOON VAN DE MANDATARIS EN VAN DE TUSSENPERSONEN IN 'T ALGEMEEN. — Het is voornamelijk bij het onderzoek van het vraagstuk van de vermindering of herziening van het loon der tussenpersonen in 't algemeen en van de mandatarissen in het bijzonder, dat zeer duidelijk de draagwijdte van het beginsel van de overeenkomstwet getoetst kan worden. Het loont dan ook de moeite een overzicht te geven van de verschillende voorgestane oplossingen. Deze taak werd in grote mate vergemakkelijkt door de overzichtelijke studie van de professoren E. en G. Van Dievoet, (*Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires. Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Brussel, 1963, II, 911 e.v.)

14 – OMSCHRIJVING VAN HET PROBLEEM. — Naar de opvatting van de heren van Dievoet is het dank zij de historisch gegroeide traditie dat de rechtbanken het loon van de tussenpersonen mogen verminderen. Zo die mogelijkheid bestaat en aanvaard wordt, zij het onder voorbehoud dan lijkt dit te wijten aan de bijzondere gegevens van het probleem, die verschillend zijn van de contracten in t' algemeen. Het gaat hier immers om het akkoord over het loon voor de uitvoering van een opdracht, waarvan de omvang vooralsnog niet bekend is. Tevens bevindt zich één van de partijen, de kliënt-opdrachtgever, meestal in voor hem minder gunstige omstandigheden. Tenslotte handelt de tussenpersoon veelal met kennis van zaken, wat integendeel niet het geval is voor de lastgever (Van Dievoet, E. en G., *Mél. Dabin*, II, 912-913).

15 – DE FRANSE RECHTSPRAAK. — De Franse rechtspraak, bijgetreden door de rechtsleer, aanvaardt de vermindering door de rechtbank van het loon van alle tussenpersonen en zaakgelastigden (en dit dus niet alleen in geval van lastgeving). Dit recht van toezicht en herziening door de rechtbanken vond ingang ingevolge een arrest van het hof van cassatie van 13 mei 1884 (*D.*, 1885, I, 21). Meestal worden hiervoor twee gronden ter rechtvaardiging aangevoerd : in de eerste plaats wordt aangenomen dat de overeengekomen vergoeding voor zover ze de werkelijke prestatie van de tussenpersoon overtreft, een verbintenis zonder oorzaak is (zie

Capitant, H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4de uitgave door L. Julliot de la Morandière, 1964, blz. 528); — in de tweede plaats wordt opgeworpen dat dit toezicht verantwoord is doordat de lastgeving principieel een contract is om niet (art. 1986 B.W. en *a contrario* art. 1999, 2e lid, B.W.; — Cass., 29 januari 1867, *D.P.*, 1867, I, 53).

16 – De nederlandse rechtspraak. — Indien het loon van de lasthebber bedongen werd door de partijen of uit het gebruik kan worden afgeleid, heeft de rechter geen matigingsrecht. Alleen in gevallen van zeer buitensporige geldelijke vergoedingen zou de overeenkomst nietig kunnen verklaard worden, als zijnde in strijd met de goede zeden. Is de vaststelling van het loon overgelaten aan de lasthebber, dan oefent de rechter steeds toezicht uit gezien het vereiste van de goede trouw (zie : Asser's *Handleiding*, III[3], 3de uitg., door P. W. Kamphuizen, blz. 732). Dit geldt ook voor de overeenkomsten tot het verrichten van diensten (*ibid.*, blz. 349, o.m. voor de honoraria van dokters).

17 – De Belgische rechtspraak en rechtsleer. — In tegenstelling met wat het geval is voor onze noorder- en zuiderburen, bestaat er in de Belgische rechtspraak en rechtsleer geen duidelijke toestand. Aanvankelijk werd de Franse rechtspraak gevolgd; eerst om de vermindering te motiveren op grond van de principiële kosteloosheid van de lastgeving (Cass., 17 januari 1851, *Pas.*, 1851, I, 314), en later ook bij ontstentenis van oorzaak (Cass., 28 november 1889, *Pas.*, 1890, I, 27). Lange tijd bleef dit de gevestigde rechtspraak. In de laatste decennia is daarin evenwel verandering gekomen. Het begon met de omschrijving van de juiste draagwijdte van de lastgeving : ze kan slechts een rechtshandeling tot voorwerp hebben (Rb. Brussel, 13 mei 1933, *P.P.*, 1933, nr. 219, blz. 361), en alleen dan kan eventueel vermindering van het loon plaats hebben; dat van de andere tussenpersonen valt buiten toepassing van die regel (Hrb. Luik, 20 mei 1960, *Jur. Liège*, 1959-60, 299, met noot M.H.). Later wordt de tussenkomst van de rechtbanken ter zake betwist, niet enkel in de rechtsleer (De Page, V, nr. 431; — Dekkers, *Handboek*, II, nr. 1294; — De Backer, R., *J.T.*, 1948, 80), maar ook in de rechtspraak (zie o.m. Luik, 21 juni 1949, *R.C.J.B.*, 1951, 48; —Hrb. Brussel, 30 maart 1951, *Jur. Comm. Brux.*, 1951, 199; — Rb. Nijvel, 9 november 1959, *Rec. jur. trib. Niv.*, 1960, 125; — Hrb. Brussel, 27 maart 1959, *Jur. Comm. Brux.*, 1959, 159); wat niet belet dat een aantal beslissingen de traditionele stelling getrouw blijven. In de besproken periode komt die verdeeldheid van de rechtspraak nog steeds tot uiting : door een vonnis van de rechtbank te Luik (17 februari 1960, *Jur. Liège*, 1959-60, 231; — Rb. Luik, 6 juli 1961, *Jur. Liége*, 1961-62, 36, met noot M.H.) en door een arrest van het hof van beroep te Luik van 13 mei 1964 (*Jur. Liège*, 1964-65, 1). wordt het loon van een verkoopagent van onroerende goederen verminderd; maar de rechtbank van koophandel van Brussel (9 oktober 1961, *Jur. Comm. Brux.*, 1962, 37) verwerpt die zienswijze.

18 – Alhoewel de rechtsleer de vermindering van de loonvergoedingen aanvaardt wordt toch naar meer afdoende en algemene rechtsgronden gezocht.

1) Prof. J. Fally, in zijn nota over „*La réductabilité du salaire du mandataire*" onder het arrest van het hof van beroep te Luik van 21 januari 1949 (*R.C.J.B.*, 1951, 55), verwerpt het ontbreken van oorzaak als grond van de vermindering. Hij stelt daarentegen voorop dat de rechter naar billijkheid moet oordelen op grond van de benadeling. Deze opvatting van de billijkheid schijnt niet overeen te stemmen met deze die in ons recht algemeen aanvaard wordt. (De Page, I, 3e dr., nr. 13).

2) Prof. A. De Bersaques heeft twee andere grondslagen voorgesteld. Zijn eerste stelling is dat bij iedere overeenkomst, en meer in 't bijzonder bij verhuring van diensten en lastgeving, de verbintenis van de ene partij (bv. van de verhuurder) nietig is op grond van de ongeoorloofde oorzaak, wanneer deze aan zijn mede-contractant verplichtingen oplegt die buiten verhouding zijn met die welke hij zelf aangaat en dit met uitbuiting van de zwakheid, van het gemis aan ondervinding, van de onwetendheid, van de nalatigheid of van de behoeften van die medecontractant (nota onder het vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, 12 januari 1953, *Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?*, *R.C.J.B.*, 1954, 186 e.v.). Tegen die zienswijze werd aangevoerd dat de verschillende aangehaalde misbruiken eerder middelen zijn om een bepaald doel te bereiken dan wel oorzaken van een verbintenis, en dat ze als dusdanig niet als strijdig met de goede zeden mogen worden aangezien (Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence*, 1953-1956, *R.C.J.B.*, 1956, nr. 4, 201). Toch dient er op gewezen te worden dat het hof van cassatie in een recent arrest van 21 september 1961 (*Pas.*, 1962, I, 91), impliciet, zij het ook op een ander domein, deze theorie van de gekwalificeerde benadeling aanvaard heeft.

In een latere bijdrage heeft Prof. A. De Bersaques voorgesteld dat de omschreven benadeling als fout zou worden aangemerkt, vermits ze in strijd is met de goede zeden, en meer bepaald in strijd met de eerlijkheid die bij de vorming van de overeenkomsten moet voorzitten. Aldus zou die benadeling een misbruik van recht zijn of nog duidelijker een quasi-delictuele fout (zie de nota onder het vonnis van de werkrechtersraad van beroep te Brugge 29 maart 1957, *La notion des bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant*, *R.C.J.B.*, 1958, nr. 212, 194 e.v.). Doch ook tegen deze zienswijze worden een aantal opwerpingen geformuleerd : hoe zal hier de samenloop geregeld worden van de contractuele aansprakelijkheid en deze die volgt uit onrechtmatige daad, en hoe kan uitgelegd worden dat een regelmatig aangegane overeenkomst toch vernietigd of gewijzigd zal worden? (zie Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence* 1956-59, *R.C.J.B.*, 1960, nr. 6 e.v., 340 e.v.).

19 – Besluit. — Welke ook de traditie moge zijn en het belang van een oplossing voor de omschreven benadeling, toch wil het ons voorkomen

dat de door de rechtspraak aanvaarde loonverminderingen juridisch niet verantwoord zijn : er bestaat immers geen bijzondere reden om precies voor deze soort overeenkomsten van verhuring van diensten af te wijken van het algemeen beginsel van de overeenkomst-wet. Het is wel waar dat sommige bedongen lonen overdreven zijn, zodat de rechtspraak die de vermindering aanvaardt, sociaal verantwoord is; doch dat geldt niet alleen voor deze overeenkomsten. De feitelijke beoordeling kan trouwens zeer uiteenlopend zijn. Om die redenen lijkt enkel een tussenkomst van de wetgever een einde te kunnen stellen aan de bestaande verdeeldheid van de rechtspraak en bij machte om een afdoende oplossing te geven aan de vraagpunten, (Zie Dekkers, *Handboek*, II, nr. 1294; — Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence*, 1956-59, *R.C.J.B.*, 1960, nr. 9, 342).

20 – De eenzijdige opzegging ad nutum. — Probleemstelling. — De overeenkomsten kunnen niet herroepen worden dan met de wederzijdse toestemming van de partijen of op de gronden door de wet erkend (art. 1134, 2e lid, B.W.).

Het gaat om ontbinding van de overeenkomst, wanneer de partijen het eens zijn om aan de overeenkomst een einde te stellen vóór de overeengekomen tijd verlopen is of vooraleer haar voorwerp verwezenlijkt is; dit akkoord valt, als nieuwe overeenkomst, onder toepassing van art. 1134 B.W. Een ontbinding kan ook tot stand komen indien bij de ondertekening van het contract aan een van de partijen het recht wordt toegestaan gebeurlijk de ontbinding te verwezenlijken vóór het contract normaal een einde neemt, (De Page, II, 2e dr., nr. 762).

Slechts uitzonderlijk wordt voor bepaalde contracten, een eenzijdige opzegging door de wet toegelaten; dit is nl. het geval bij lastgeving — maar enkel ten voordele van de lastgever — (art. 2003-2004 B.W.), en ook bij aldien het gaat om een overeenkomst van onderneming (art. 1794 B.W.), om een huur van een handelshuis — enkel in het voordeel van de huurder — (art. 3, 3e lid, van de wet van 30 april 1951), om een arbeids- of bediendenovereenkomst (respectievelijk art. 19 van de wet van 10 maart 1900, en art. 12 van de wet van 7 augustus 1922) en tenslotte wanneer het een overeenkomst van vennootschap betreft die voor onbepaalde tijd werd aangegaan (art. 1869 B.W.).

De laatste drie soorten overeenkomsten zijn gekenmerkt door hun onbepaalde duur. De eventuele eenzijdige ontbinding, die afbreuk doet aan de handelszekerheid, wordt gerechtvaardigd door de noodzakelijke vrijwaring van de individuele vrijheid. Bij analogie wordt voor alle partijen de mogelijkheid tot eenzijdige opzegging uitgebreid tot alle overeenkomsten met onbepaalde duur. De rechtsleer is overwegend in die zin (zie o.m. De Page, II, 2e dr., nr. 763, blz. 729; — Dekkers, R., noot onder het arrest van het hof van beroep te Gent van 16 januari 1956, *De la rupture des contrats à durée illimitée*, *R.C.J.B.*, 1957, nr. 10 e.v. 319; Mazeaud, H., L., et J., *Leçons de droit civil*, II, nr. 110, 2°; — Savatier,

R., *Cours de droit civil*, II, nr. 564; — Planiol, M., et Ripert G., et Boulanger, J., *Traité de droit civil*, II, nr. 2979; — Asser's *Handleiding*, III, 2 – 1, 287 en 296, die het vraagstuk nochtans onder het oogpunt van de uitvoering beschouwen — *Anders* : Beudant-Lagarde, *Cours de droit civil*, VI, nr. 305, 1°), evenals trouwens de rechtspraak. In de besproken periode wordt de heersende zienswijze gedeeld door de volgende beslissingen : Hrb. Brussel, 1 maart 1962, *Jur. Comm. Brux.*, 1962, 297; — Hrb. Brussel, 12 juli 1962, *Jur. Comm. Brux.*, 1962, 301; — Luik, 24 december 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 186).

21 – Indien het beginsel van de eenzijdige opzegging algemeen aanvaard wordt, toch moet de opzegging zelf gepaard gaan met een redelijke opzeggingstermijn; tenzij het gaat om een mandaat of dat partijen het uitdrukkelijk voorzien hebben dat geen termijn vereist is (Brussel, 24 juni 1963, *J.T.*, 1964, 24) — (zie De Page, II, 2e dr., nr. 763, B, 721; — Dekkers, R., *R.C.J.B.*, 1957, 321, nr. 15-16; — Luik, 24 december 1962, *Jur. Liège* 1962-63, 186). Maar de rechtspraak is het niet eens over de vraag of, misbruik van recht of ernstige redenen niet te na gesproken, een eenzijdige opzegging zonder inachtneming van een redelijke termijn aanleiding kan geven tot schadeloosstelling. Sommige vonnissen houden voor, dat de eenzijdige opzegging zonder vergoeding zou stroken met de wil van partijen : de onbepaalde duur van hun contractuele verhoudingen zonder nadere aanduiding van het einde van hun overeenkomst zou duidelijk wijzen op de uitsluiting van elke vooropzeg of vergoeding (Hrb., Brussel, 14 oktober 1958, *Jur. Comm. Brux.*, 1958, 344; — Hrb. Brussel, 12 juli 1962, *Jur. Comm. Brux.*, 1962, 301). Door andere uitspraken wordt een vergoeding toegekend, zo het blijkt dat de opzegging willekeurig of zonder ernstige redenen geschied is (zie Luik, 24 december 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 186; — Brussel, 3 februari 1960, *J.T.*, 1960, 506, met noot; *Jur. Anv.*, 1960, 397; *Jur. Comm. Brux.*, 1960, 279, en de noot van R. Deb).

Bij gebrek aan een duidelijke algemene wettelijke regeling menen we echter, met Prof. Dekkers, dat, zo er geen ernstige redenen voorhanden zijn, de eenzijdige opzegging moet gepaard gaan met een termijn van vooropzeg en dat in geen geval misbruik van recht kan geduld worden. De duur van de handelsbetrekkingen en de billijkheid rechtvaardigen, op grond van de beginselen vervat in de art. 1135 B.W. en 1134 B.W. (1374, al. 3, N.B.W.) de eenzijdige ontbinding maar ook de toekenning van een schadeloosstelling (Gent, 16 januari 1956, R.*C.J.B.*, 1957, 311, met noot van Prof. R. Dekkers, nr. 17-20, 322-324; — Brussel, 9 juni 1959, *Rec. gén.* 1961, nr. 20393; — Voor Nederland, C. Asser's *Handleiding*, door Rutten, III, 2, 1, blz. 296, en aangehaalde rechtspraak).

22 – Bijzondere wettelijke regelingen. — In de besproken periode is een wettelijke regeling ingevoerd geworden voor het geval dat het meest tot geschillen aanleiding gaf, nl. de eenzijdige beëindiging van de

voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop (zie de wet van 27 juli 1961, *B.St.* van 5 october 1961, blz. 7518). De wet van 27 juli 1961 verleent een bijzondere bescherming aan sommige zelfstandige tussenpersonen, te weten de handelaars die *voor onbepaalde tijd* houder zijn van een concessie van alleenverkoop binnen de grenzen van een bepaald gebied (Fredericq, L. en S., *Beginselen van Belgisch Handelsrecht*, I., nr. 132, aanhangsel).

Deze wet is vanzelfsprekend niet van toepassing op concessies van alleenverkoop ontbonden vóór het van kracht worden van de wet (Brussel, 24 juni 1963, *J T.*, 1964, 24).

Beide partijen hebben het recht om zonder tussenkomst van de rechter, eigenmachtig een einde te stellen aan de overeenkomst, hetzij mits inachtneming van een redelijke opzeggingstermijn, hetzij mits betaling van een billijke schadevergoeding. Wanneer partijen het niet eens zijn over de duur van de opzegging (Brussel, 5 april 1963, *J.T.*, 1963, 356, met noot van G. Bricmont) of over de vergoeding die de voordelen van de opzeggingstermijn vervangt, zal de rechter uitspraak doen „naar billijkheid, eventueel met inachtneming van de gebruiken (art. 2, 2e lid)". Samenvattend kan gezegd worden dat de concessiehouder recht heeft op vergoeding, wanneer de concessiegever de overeenkomst verbreekt zonder dat partijen het eens zijn over de opzeggingstermijn, of nog wanneer de concessiehouder een einde maakt aan de overeenkomst wegens een zware fout van de concessiegever. Van zijn kant heeft de concessiegever aan wie geen grove tekortkoming kan ten laste gelegd worden recht op vergoeding, wanneer de concessiehouder de overeenkomst verbreekt zonder akkoord over de opzeggingstermijn of nog wanneer de concessiehouder een zware fout heeft begaan (Fredericq, L. en S., I, nr. 132. 4 — Bricmont, G., et Gysels, R., *Le contrat de vente exclusive*, Hfst. II, 40 e.v.). Er kan geen aanspraak gemaakt worden op morele schade (Hrb. Brussel, 8 maart 1963, *J.T.*, 1963, 5-18, met noot G. Bricmont). Doch de concessiehouder, en hij alleen, heeft recht op een bijkomende vergoeding voor alle eventuele nadelige gevolgen in de gevallen voorzien door art. 3 van de wet, nl. wanneer, buiten elke fout van de concessiehouder, de concessiegever de overeenkomst verbreekt om andere redenen dan grove tekortkomingen vanwege de concessiehouder ofwel wanneer de concessiehouder de overeenkomst beëindigt wegens grove tekortkomingen van de concessiegever. Deze vergoeding heeft o.m. betrekking op : verlies van kliënteel, gebeurlijke meerwaarde van de kliënteel (Hrb. Brussel, 11 februari 1965, *J.T.*, 1965, 250, met noot G. Bricmont), gemaakte kosten, afdankingsvergoedingen aan personeel. Beide vergoedingen, de billijke en de buitengewone, kunnen samen toegekend worden (Rb. Antwerpen, 3 mei 1963, *R.W.*, 1964-65, 542).

23 – Bij de wet van 30 juli 1963 werd het statuut van de handelsvertegenwoordigers geregeld. De overeenkomst van de handelsvertegenwoordiger wordt, tot bewijs van het tegendeel, aangezien als een arbeidsovereenkomst

voor bedienden (art. 2). Bij de beëindiging van de overeenkomst, hetzij door de werkgever zonder dringende reden, hetzij door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden, heeft deze laatste recht op een *uitwinningsvergoeding* voor de klienteel die hij heeft aangebracht. Deze vergoeding is alleen verschuldigd na minstens één jaar tewerkstelling en is gelijk aan drie maanden bezoldiging, te vermeerderen met één maand bij het ingaan van elke bijkomende vijfjaarlijkse dienstperiode bij dezelfde werkgever (art. 15 van de wet — zie Troclet, L. E., et Patte, M., *Statut juridique des représentants de commerce*, II, V^e^ deel, Hfst. 132).

§ 2. — De indeling van de overeenkomsten

24 – DRAAGWIJDTE. — Naargelang van het ingenomen standpunt, worden in de rechtsleer verschillende soorten overeenkomsten onderscheiden. Ze worden hier niet nader onderzocht (zie o.m. Dekkers, *Handboek*, II, nr. 13 e.v.; — Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. Civ.*, IV, 1, 88).

Toch mag de draagwijdte van die indelingen niet miskend worden, o.m. ten aanzien van de rechtsgevolgen verbonden aan een bepaalde omschrijving van de tussen partijen gesloten overeenkomsten. Dit wordt duidelijk aangetoond door een arrest van het hof van beroep te Gent van 28 juni 1961 (*R.W.*, 1961-62, 842, met advies van advokaat-generaal J. Matthys) : de verhoudingen tussen een weverijbedrijf en een firma die, tegen een bepaalde prijs en over lange termijn, geregeld het verdelen, het verven en het appreteren van zijn weefsels verzekert, worden omschreven als zovele facetten van één enkele, doorlopende, ondeelbare overeenkomst, met zelfde voorwaarden. Op grond daarvan kan de firma bij niet-betaling van het maakloon steeds de afgifte weigeren van de goederen in haar bezit en deze *exceptio non adimpleti contractus* is tegenstelbaar aan de curator van het faillissement van de weverij (art. 1612 B.W. en art. 570 H.W.).

Wat de onbenoemde of innominaatovereenkomsten betreft, besliste het hof van cassatie (21 september 1962, *Pas.*, 1963, I, 96), dat wanneer dergelijk contract samengesteld is uit verschillende benoemde overeenkomsten, en aldus een zelfstandig voorkomen heeft, dit niet kan beletten dat de rechter op grond o.m. van de gemeenschappelijke bedoeling van partijen mag aannemen dat ieder van de benoemde overeenkomsten onderworpen blijft aan de eigen vaststaande regels zo een van partijen haar verbintenissen niet uitvoert (het betrof de overdracht van een apotheek gepaard met een dienstcontract ten voordele van de overlater : de eenzijdige verbreking van dit dienstcontract geeft wel recht op schadeloosstelling maar laat de overdracht bestaan).

De juridische omschrijving van de overeenkomst is evenwel van groter belang voor de interpretatie.

Toch verbindt de juridische kwalificatie die partijen eraan gegeven hebben niet de rechter : hij mag nader omschrijven en zelfs de kwali-

ficatie veranderen (Cass., 16 maart 1922, *Pas.*, 1922, I, 200; — Cass., 23 maart 1946, *Pas.*, 1946, I, 240; — Brussel, 9 januari 1960, *J.P.A.*, 1960, 203; — voor de juridische aard van de feiten die aan de basis liggen van een rechtsvordering : Cass., 6 januari 1961, *Pas.*, 1961, I, 491). Aan de andere kant, oefent het hof van cassatie toezicht uit op de door de rechter aangenomen kwalificatie van de overeenkomst op grond van de feitelijke gegevens die hem werden voorgelegd.

Bestaat er geen wettelijke omschrijving van de overeenkomst, dan kan er vanzelfsprekend ook geen sprake zijn van schending van de wettelijke bepaling (Cass., 22 januari 1940, *Pas.*, 1940, I, 22; — De Page, II, 2e dr., nr. 566 A.).

§ 3. — De totstandkoming van de overeenkomsten

A. *DE PARTIJEN.*

25 – Probleemstelling. — De overeenkomst vereist de toestemming van twee of meer partijen. Dus is het van belang te weten wie eigenlijk partij is bij de overeenkomst, vermits ze enkel de partijen verbindt (d.i. de betrekkelijkheid der overeenkomsten : art. 1165 B.W., zie verder).

Twee reeksen problemen kunnen hieromtrent rijzen : deze in verband met de vertegenwoordiging, en deze met betrekking tot de bekwaamheid en de machten van een persoon.

De vertegenwoordiging brengt met zich dat de vertegenwoordiger optreedt uit naam en voor rekening van een ander, met dien verstande echter dat de verrichte handeling rechtstreeks voor de vertegenwoordigde gevolgen heeft. De eigenlijke vertegenwoordiging veronderstelt, dat de vertegenwoordiger zijn hoedanigheid bekend maakt en tevens aanduidt voor wie hij handelt. Dergelijke gevallen van vertegenwoordiging zijn trouwens zeer talrijk : ze vinden hun oorsprong in een overeenkomst, de lastgeving (art. 1984 e.v. B.W.), of in de wet (nl. de vertegenwoordiging van onbekwamen, minderjarigen, gerechtelijke onbekwaamverklaarden of wettelijk geïnterdiceerden). Ook de rechtspersonen worden vertegenwoordigd, en wel door de organen die door de rechtspersonen handelen en optreden (De Page, I, 3e dr., nr. 508).

Gans verschillend is de rechtstoestand bij zogenaamde oneigenlijke vertegenwoordiging, nl. het geval van de commissionnair (zie Fredericq, L., en S., I., nr. 110 e.v.) en dat van de naamlening (zie Dekkers, II, nr. 1265) : deze personen handelen immers uit eigen naam, en zowel de medecontractant als de derden zijn ervan onwetend dat gehandeld wordt voor rekening van een lastgever. Juridisch is de tussenpersoon alleen partij bij het aangaan van de overeenkomst doch is hij niet degene die er uiteindelijk de voor- of nadelen zal van dragen (zie Marty, G., et Raynaud, P., II, 1, nr. 79).

26 – Bekwaamheid. — Een overeenkomst, zoals elke rechtshandeling veronderstelt een wilsuiting, uitgedrukt door een persoon die bekwaam is (genots- en handelingsbekwaam) en die tevens over de nodige bevoegdheid beschikt. De bekwaamheid is de juridische geschiktheid van een persoon zelf, terwijl zijn bevoegdheid afhangt van de rechtstoestand van zekere goederen. Zo is de minderjarige volgens de wet onbekwaam, terwijl de gehuwde vrouw thans wel handelingsbekwaam is doch veelal niet over de nodige bevoegdheid beschikt over haar goederen ingevolge het huwelijksgoederenrecht (zie Marty, G., et Raynaud, P., I, nr. 7912).

Voor een volledige studie over de bekwaamheid kan verwezen worden naar het werk van Prof. Cl. Renard (*Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 2104 e.v.). De sanctie van de miskenning van de regels betreffende de handelingsbekwaamheid is de betrekkelijke nietigheid van de gesloten overeenkomst : dit is o.m. het geval voor de door een verkwister gesloten overeenkomsten die zijn inkomsten overtreffen en bij de toevoeging van een gerechtelijk raadsman heeft verborgen voor zijn medecontractant (Rb. Luik, 11 april 1962, *Jur. Liège* 1961-62, 284; — Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 2918-2954.)

De ontzetting uit het recht deel te nemen aan het beheer van een naamloze vennootschap als beheerder of gevolmachtigde, bij toepassing van art. 123 *sexies* S.W., is geen bijkomende straf, maar wel een maatregel van burgerlijke aard ten behoeve van de openbare veiligheid (Bekaert, H., *Handboek voor de studie en praktijk van het Belgisch Strafrecht*, nr. 512). Terecht heeft het hof van beroep te Brussel (3 februari 1960, *Pas.*, 1960, II, 214; *Rev. prat. Soc.*, 1962, met noot J. 't Kint) beslist dat die veroordeelden niet behoren tot de onbekwamen opgesomd in art. 1124 B. W. Deze maatregel kan gelijkgesteld worden met die welke voorzien is bij K.B. nr. 22 van 24 october 1934 (art. 1 en 2), dat o.m. aan gefailleerden verbod oplegt deel te nemen aan het beheer van vennootschappen of aandelen. Het hof spreekt daarom tegenover de derde-medecontractant niet de nietigheid uit van de gesloten verkoop (zie voor de toepassing van het K.B. van 1934 in dezelfde zin Fredericq, L., *Traité de droit commercial belge*, VII, nr. 71, die verwijst naar een arrest van het hof van cassatie van 19 februari 1940, *Pas.*, 1940, I, 56). De rechtspraak blijft nochtans verdeeld over de weerslag van die maatregel (zie 't Kint, J., *Rev. prat. Soc.*, 1962, 104).

27 – Bevoegdheid. — De partijen of hun vertegenwoordigers moeten niet enkel de nodige bekwaamheid hebben om de overeenkomst te sluiten, maar moeten tevens ook handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheid.

Ieder bekwaam persoon kan vrij deelnemen aan het rechtsverkeer. Doch uitzonderlijk is het zo dat een persoon slechts beperkte bevoegdheid bezit en zelfs dat hij voor handelingen betreffende bepaalde goederen, onderworpen aan een bijzondere beheersregeling, geen de minste bevoegdheid heeft. Dit is in ons recht o.m. het geval voor de vrouw die gehuwd

is onder het wettelijk huwelijksvermogenstelsel (zie daarover Baeteman, G., et Lauwers, J. P., *Devoirs et Droits des époux*, nr 132 e.v.; — Delva, W., en Baert, G., *Personen- en Familierecht. Overzicht van Rechtspraak* 1960-63, *T.P.R.*, 1964, nr. 46). Een zekere handelingsonbevoegdheid bestaat ook voor de erfgenaam die een nalatenschap aanvaardt onder voorrecht van boedelbeschrijving : hij mag alleen de roerende goederen verkopen, en dit bij openbare verkoop en bij opbod (art. 805 B.W.).

Deze rechtstreekse beperkingen van bevoegdheid zijn eerder uitzonderlijk. Ze komen meer voor bij de vertegenwoordiging, in welk geval de machten van de vertegenwoordiger geregeld zijn in de met de vertegenwoordigde gesloten overeenkomst, meestal een lastgeving (zie Dekkers, *Handboek*, II, nr. 1260 e.v.), of rechtstreeks of onrechtstreeks vastgesteld zijn door de wet b.v. die van de ouders (art. 373, 374, 384, 386 B.W., vervangen bij art. 19, nr. 1, 2, 3 en 4 van de nog niet in voege getreden wet van 8 april 1965 betreffende de Jeugdbescherming), van de voogd, enz...

De belangrijkste toepassing van het begrip *bevoegdheid* vinden we echter bij de rechtspersonen. In principe hebben de rechtspersonen dezelfde bekwaamheid als de fysische personen, en dit bij het stellen van alle handelingen voor zover die niet uitgesloten zijn omwille van de natuur van een rechtspersoon (Cass., 17 mei 1962, *Pas.*, 1962, I, 1054; *R.C.J.B.*, 1964, 72, met noot van P. Van Ommeslaghe). Ze kunnen alleen optreden door de tussenkomst van natuurlijke personen, die, naargelang van de juridische vorm van de rechtspersoon, beheerders of zaakvoerders zijn. Deze organen, die uit naam van de rechtspersoon handelen verbinden de rechtspersoon slechts geldig wanneer zij de nodige bevoegdheid hebben om dit te doen en wanneer ze blijven binnen de perken van de hen toegekende bevoegdheid (Cass., 2 november 1962, *Pas.*, 1963, I, 364; *R.W.*, 1963-64, 711, *Rev. prat. Soc.*, 1963, 88; *Rev. fisc.*, 1963, 65, met opm.). De rechtspersoon is dus niet verbonden door daden gesteld buiten het voorwerp dat in de statuten werd bekendgemaakt, en noch de rechtspersoon noch de derden ten opzichte van de rechtspersoon kunnen daaruit rechten putten of tot verbintenissen gehouden zijn. Zoals Prof. J. Ronse het reeds vroeger aanstipte gaat het voor de rechtspersoon niet om een vraag van bekwaamheid, maar wel van toerekening van de daden van zijn organen. In hoofde van de organen zelf, gaat het echter om een vraag van bevoegdheid (zie ook Fredericq, L., en J., I, nr. 540; — Van Ryn, J., *Principes de droit commercial*, I, nr. 364; — Cass., 31 mei 1957, *Pas.*, 1957, I, 1176; *R.C.J.B.*, 1958, 286, met noot van P. Van Ommeslaghe; — Cass., 28 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 878; — Cass., 20 november 1962, hoger aangehaald; — Ronse, J., *Overzicht van Rechtspraak* (1960-63), *Vennootschappen*, nr. 13 e.v., *T.P.R.*, 1964, 80 e.v.).

B. *DE TOESTEMMING.*

28 – ONTSTAAN EN BESTANDDELEN. — De toestemming bestaat in de ontmoeting van de overeenstemmende wilsuitingen van twee of meer

personen, waardoor tussen diezelfde personen een rechtsband ontstaat (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 156). De overeenkomst is immers een rechtshandeling en veronderstelt dus een wilsuiting; maar vermits het gaat om een wederzijdse handeling, zijn twee of meer wilsuitingen vereist, deze van degene die zich verbindt en deze van de schuldeiser die er voordeel uit haalt (zie nochtans de tekst van art. 1108 B.W.). De wilsuiting is in werkelijkheid het resultaat van een wilsoperatie die voor alles een intellectuele verrichting is : ze veronderstelt het bewust zijn van de verschillende bestanddelen van de handeling en het opzet ze te verwezenlijken door het sluiten van de overeenkomst. Die wil heeft echter slechts juridische waarde en gevolgen, wanneer hij veruiterlijkt wordt voor derden. Daarom wordt in de aangehaalde bepaling van Professor Cl. Renard zeer terecht gesproken van wilsuitingen of wilsverklaringen, d.w.z. een aan anderen kenbaar gemaakte overeenstemming. Het volstaat dus niet dat er een overeenstemmende wil zou bestaan : de wilsvorming van de betrokkenen moeten samenvallen en kenbaar gemaakt zijn.

Ons recht is principieel niet formalistisch, zodat die wilsuitingen uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen gebeuren; behalve dan voor de vormelijke en voor de zakelijke overeenkomsten, of bij afwijkende beslissing van partijen. Aan de andere kant wordt bij tegenstelling tussen de draagwijdte van de inwendige wilsvorming en de veruitwendiging ervan, voorrang gegeven aan de wilsvorming. Dat is o.m. van groot belang bij de interpretatie (art. 1156 B.W. — *Anders* : het Duitse recht, waarin de voorrang gegeven wordt aan de uitgebrachte wil. Zie daarover Rieg, A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil allemand et français*, Paris, 1961). Meteen kennen we de verschillende vraagstukken welke hierbij kunnen rijzen : de voorbesprekingen, het aanbod en de aanvaarding. Verder moeten ook enkele bijzondere moeilijkheden onderzocht worden in verband met het sluiten van overeenkomsten tussen niet aanwezige partijen, de contractbeloften en de openbare aanbestedingen.

29 – Samenbestaan van de wilsuitingen — De voorbesprekingen. — Het sluiten van overeenkomsten wordt meestal voorafgegaan door allerlei besprekingen, voorstellen en tegenvoorstellen, die de partijen niet verbinden. Het onderscheid tussen de eenvoudige vóórbesprekingen en het eigenlijk aanbod, zijnde een ontwerp van overeenkomst, is een feitenkwestie overgelaten aan het discretionair oordeel van de rechter (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 177). Soms is het zeer moeilijk dat onderscheid te maken. Toch is het van het grootste belang, want, op gevaar af alle handelsbetrekkingen onmogelijk te maken, moeten partijen tot op het ogenblik van het aanbod om een overeenkomst te sluiten volledige onderzoeks- en beslissingsvrijheid hebben; terwijl hij die een aanbod doet zich reeds verbindt, in afwachting van een mogelijke aanvaarding.

Dit probleem rijst o.m. in verband met de juiste draagwijdte van de openbare aanbesteding van werken en leveringen voor publiekrechtelijke rechtspersonen. Een vaste rechtspraak neemt aan dat de openbare aan-

besteding slechts een oproep tot aanbiedingen is en dat enkel de inschrijving door de belanghebbende ondernemer een werkelijk aanbod is. Het is immers pas na de aanvaarding van de voorstellen, o.m. van de prijs in de inschrijving door de organen van de publiekrechtelijke rechtspersoon, dat de overeenkomst tot stand komt (Brussel, 20 maart 1959, *Pas.*, 1960, II, 155; *R.C.J.B.*, 1961, 315, met noot A. Buttgenbach. Zie verder nr. 42. — Zie ook Vred. Luik, 22 juli 1907, *P.P.*, 1909, nr. 328; — Hrb. Luik, 16 februari 1910, *P.P.*, nr. 1248; — Hrb. Oostende, 15 december 1932, *P.P.*, 1933, nr. 36; — Brussel, 16 november 1929, *Pas.*, 1930, II, 164). Het zou anders zijn, moest het openbaar bestuur in het bestek de verbintenis aangaan in ieder geval de laagstbiedende de voorgestelde opdracht te gunnen : dan immers is er een vast aanbod en bestaat de contractuele band vanaf de inschrijving (Zie Buttgenbach, A., *R.C.J.B.*, 1961, 327).

Te oordelen naar enkele recente uitspraken is de beoordelings- en beslissingsvrijheid tijdens de voorbesprekingen niet onbeperkt. Want, naar algemeen wordt aangenomen, kan de partij, die de besprekingen heeft aangevat, een quasi-delictuele aansprakelijkheid ten laste worden gelegd, wanneer ze, vooraleer de overeenkomst voor te stellen, niet met afdoende zorgvuldigheid heeft onderzocht of die overeenkomst geen enkel gebrek vertoonde die haar nietigheid tot gevolg kon hebben (zie daarover A. De Bersaques, noot onder Luik, 3 april 1962, *R.C.J.B.*, 1964, 279, nr. 4 en de verwijzingen onder noot 9). Vervolgens wordt nu ook aangenomen dat voorbesprekingen, gevoerd in omstandigheden en op een wijze die de andere partij moeten doen geloven dat een overeenkomst zal tot stand komen, niet mogen afgebroken worden op een ongelegen ogenblik zonder geldige beweegredenen of zodanig dat de wederpartij geen passende maatregelen meer kan treffen (Hrb. Kortrijk, 11 april 1963, *R.W.*, 1964-65, 170; *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7364, met noot J. Scoriels; — Luik, 19 januari 1965, *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7423). Tenslotte komt de aansprakelijkheid in 't gedrang, van hem die het initiatief tot besprekingen heeft genomen wanneer hij wetens en willens, of door nalatigheid, de andere partij in dwaling brengt omtrent de te sluiten overeenkomst; o.m. wat betreft de rechten en de verplichtingen die er uit voortvloeien, in zake de voordelen of de lasten die ze zal meebrengen, of omtrent de gegevens die moeten toelaten deze te bepalen (Luik, 3 april 1962, *J.T.*, 1962-63, met noot R.O. Dalcq; *R.C.J.B.*, 1964, met noot A. De Bersaques; *Jur. Liège* 1962-63, 90. Zie ook Limpens, J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.C.J.B.*, 1964, nr. 17-18).

Dergelijke aansprakelijkheid bestaat ook wanneer de resultaten van de grondboringen foutief zijn, en dat deze gegevens medegedeeld werden aan de aannemers voor de berekening van de omvang van de uit te voeren werken; vooral dan wanneer de aannemers niet over de nodige tijd beschikken om controleboringen te laten doen (Brussel, 2e kamer, 17 december 1963, in zake Cie Pieux Frankignoul — Trabeka t. / Belgische Staat, niet gepubliceerd).

30 – In geen van die omstandigheden kan evenwel sprake zijn van contractuele aansprakelijkheid : op het ogenblik dat de aansprakelijkheid is ontstaan, is nog geen overeenkomst tot stand gekomen, en in ieder geval vindt de fout die de aansprakelijkheid met zich brengt niet haar oorsprong in de niet-uitvoering van een verbintenis uit overeenkomst (zie De Bersaques, A., *R.C.J.B.*, 1964, nr. 4, 279 — *Anders* : Von Ihering, R., *Oeuvres choisies*, II, blz. 1, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, die het bestaan aanneemt van een voorcontract, waarbij degene die de besprekingen aanvat zich *ipso jure* verbindt een geldige overeenkomst tot stand te brengen). Op de klassieke opvatting van de *culpa in contrahendo* kan evenmin beroep gedaan worden. Deze aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is immers verbonden aan de nietigheid van de overeenkomst met daarbij nog de schending van het stilzwijgend toegevoegd contract waarbij overeengekomen is dat de andere partij een geldige overeenkomst zou worden verschaft (zie art. 1599 B.W. — De Page, II, 2e uitg., nr. 556 e.v.). Toch wordt in de hoger aangehaalde beslissingen een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ten laste gelegd van hem die het initiatief heeft genomen tot de gesloten overeenkomst en die tijdens de vóórbesprekingen een fout heeft begaan, nl. door een valse toestand in het leven te roepen van aard om het gewettigd vertrouwen van de wederpartij te beschamen. Op grond van de zwaarwichtigheid en van het overduidelijk karakter van de aangerekende tekortkomingen, kan deze meer concrete en ruimere opvatting van de *culpa in contrahendo* wel aanvaard worden. Ze ligt niet enkel in de lijn van de moderne wetgevingen (zie Limpens J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.C.J.B.*, 1964, nr. 17, 477-478), maar stemt ook overeen met de algemene strekking om aan de rechter een ruimer toezicht te geven op het algemeen gedrag van de partijen bij het sluiten van een overeenkomst. Toch zal de rechter met grote omzichtigheid de houding moeten beoordelen van de verschillende partijen en de gevolgen van zijn eventuele tussenkomst moeten afwegen : hij moet rekening houden met de principiële onderzoeks- en beslissingsvrijheid van beide partijen en tevens met de eigen waakzaamheid die de beide partijen bij de verdediging van hun respectieve belangen behoren aan de dag te leggen (zie De Bersaques, A., *R.C.J.B.*, 1964, 287, nr. 15).

31 – Het aanbod. — Het aanbod is het voorstel om onder zekere voorwaarden een overeenkomst te sluiten, gedaan aan een of meer bepaalde personen of, meer algemeen, aan niet nader bepaalde personen. Om rechtsgeldig te zijn moet het aanbod *vaststaan*, d.w.z. duidelijk het inzicht laten kennen om zich te verbinden zo het aanvaard wordt. Tevens mag het aanbod *niet dubbelzinnig* zijn, wat niet belet dat het stilzwijgend kan gedaan worden. Tenslotte moet het *nauwkeurig* en *volledig* zijn, d.w.z. voldoende aanwijzingen bevatten betreffende de bestanddelen van de overeenkomst, zodat de overeenkomst door een eenvoudige aanvaarding

tot stand komt. Zo zal het aanbod zeker volledig zijn, wanneer niet alle voorwaarden en modaliteiten uitgewerkt zijn maar door de wet of de gewoonte geregeld worden. Ook kan tussen partijen eerst een gedeeltelijk akkoord tot stand komen over de hoofdbestanddelen van de overeenkomst, daarna vervolledigd door opeenvolgende aanvullende overeenkomsten (Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil*, II, 1, nr. 99-100).

Zoals boven reeds gezegd (nr. 29) is het soms moeilijk een onderscheid te maken tussen vóórbesprekingen en aanbod. Dit is insgelijks van belang om de rechtsgevolgen uiteen te houden die zeer verschillend zijn : immers het aanbod verplicht hem die het doet, zijn aanbod lang genoeg te handhaven, om de andere partij de tijd te gunnen het te onderzoeken en erop in te gaan. Vandaar een tweede bron van moeilijkheden : het afmeten van een voldoende lange tijdspanne. Veelal heeft de aanbieder zelf geen tijdslimiet gesteld en moet de rechtbank dit dan uitmaken. rekening houdend met : de aard van de zaak, de *omvang* van het aanbod, de verwijdering van partijen, de gebruiken en de omstandigheden (Dekkers, *Handboek*, II, nr. 90). Dit probleem werd aan de rechtbank van koophandel te Leuven voorgelegd in verband met het verzekeringscontract (Hrb. Leuven, 26 mei 1961, *R.W.*, 1961-62, 650; *R.G.A.R.*, 1962, nr. 6921; *Bull. Ass.*, 1962, 298, met noot R.V.G.). Op 3 september 1954 ondertekent een persoon een stuk, dat genoemd wordt : *Voorstel auto-moto en vervoer.* Dit stuk vermeldt de beschrijving van het te verzekeren voertuig, en ook dat de ondertekenaar verklaart kennis genomen te hebben van de algemene bepalingen van de polis en dat hij verlangt „dat huidig voorstel tot grondslag diene van het contract dat hij zich verbindt aan te nemen". Tenslotte wordt er bijgevoegd : „zonder verbintenis voor vervoerverzekering alvorens ondertekening". Terecht ontleedt de rechtbank op grond van de bijzondere omstandigheden de aldus omschreven verbintenis als een aanbod van de ondertekenaar, dat voor de verzekeringsmaatschappij verbindend wordt, wanneer het uit haar naam goedgekeurd en ondertekend is geworden (in dezelfde zin, Rb. Hoei, 29 maart 1961, *Jur. Liège*, 1960-61. 303, nr. 155). In 't algemeen wordt dergelijk verzekeringsvoorstel beschouwd als een onderdeel van de voorbesprekingen. Immers de toekomstige verzekerde wordt veelal aangesproken door de verzekeringsagent om een overeenkomst te sluiten; hij zal daarbij wel de toestand van het te verzekeren risico beschrijven en een vragenlijst van het verzekeringsvoorstel beantwoorden. Toch gaat hij daarom geen vaste verbintenis aan : daarvoor zal hij wachten tot hij de juiste voorwaarden kent, de prijs van de premie en zelfs de inhoud van de ontwerp-polis (zie Monette, F., De Villé, A., et André, R., *Traité des assurances terrestres*, I, nr. 220, 324; — in Frankrijk bepaalt art. 7 § 1 van de wet van 1930 op de verzekeringen uitdrukkelijk, dat het verzekeringsvoorstel noch de verzekeraar noch de verzekerde verbindt. Zie daarover Picard, M., en Besson, A., *Les assurances terrestres en droit français*, 1964, I, nr. 48). Veel zal daarom afhangen van de aard van de te sluiten verzekering (in de autoverzekering is het gewoonlijk de verzekerde die het initiatief neemt; wat meestal niet het geval

is voor de levens- en brandverzekering, waar de prospectie gebeurt door de agenten van de maatschappijen), en van de eigen omstandigheden van iedere zaak.

32 – In het hogervermeld geval, voorgelegd aan de rechtbank van koophandel te Leuven, beslist deze ook dat de kliënt zich ten onrechte reeds op 18 september 1954 tot een andere maatschappij heeft gewend : hij was sedert 3 september gebonden door zijn aanbod, en het feit dat hij tot 18 december 1954 in de onwetendheid verkeerde over het bestaan van de overeenkomst verandert daar volgens de rechtbank niets aan. Zij voegt er aan toe, dat de kliënt zich maar zekerheid had moeten verschaffen door de maatschappij aan te manen hem te laten weten of de overeenkomst gesloten was of niet. Deze zienswijze komt nochtans al te absoluut voor : ook het aanbod moet binnen een redelijke en normale tijdspanne gevolgd worden door de aanvaarding, d.w.z. na verloop van de tijd nodig om kennis te nemen van het aanbod, om het te onderzoeken, er met kennis van zaken over te beslissen en dan uiteindelijk de aanvaarding aan de wederpartij mede te delen. Die termijn wordt wel niet nader bepaald in het aanbod, en ook bestaan er ter zake geen ons bekende gewoonten, maar toch komt een termijn van meer dan drie maanden om zich te beraden over een eenvoudige verzekeringspolis in verband met de verplichte autoverzekering als overdreven voor, zoals trouwens ook de aanduiding om daaraan te verhelpen door een aanmaning. Zulks stemt trouwens niet overeen met de verhoudingen tussen partijen : ze onderstreept de machtspositie van de verzekeringsmaatschappij. Dit betekent nog niet dat de aanbieder zich niet al te vlug tot een andere maatschappij zou hebben gewend, maar om daarover te oordelen zouden meer feitelijke gegevens over de aard van het verzekerde risico moeten gekend zijn (zie Monette, F., De Villé, A., et André, R., *Traité des Assurances terrestres*, nr. 221, en de voetnoot sub 1).

33 – De aanvaarding. — Door de aanvaarding van het aanbod is de overeenkomst tot stand gekomen. De aanvaarding is een wilsverklaring, die, om doeltreffend te zijn, in volledige overeenstemming met het aanbod moet zijn, en omtrent de zaak die er het voorwerp van is, en omtrent de aard van de te sluiten overeenkomst, en omtrent haar modaliteiten (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, nr. 227 e.v.). Ze is aan geen enkele vorm onderworpen, en kan uitdrukkelijk gebeuren of voortvloeien uit het zogenaamd omstandig stilzwijgen. Het vastleggen van het ogenblik van de aanvaarding is eveneens van het grootste belang, omdat tot op dit ogenblik het aanbod geldig kan ingetrokken worden. Hiervan komen enkele duidelijke toepassingen in de rechtspraak voor.

Zo komt een verkoop normaal tot stand door het akkoord van partijen over voorwerp en prijs, maar partijen kunnen bijkomende bedingen opleggen omtrent de betaling van de prijs. Om de overeenkomst dan tot stand te brengen moeten partijen ook akkoord zijn over die modaliteiten.

Deze modaliteiten kunnen opgenomen zijn in een bestelbon, die in feite een koopaanbod is. Dergelijk aanbod kan ingetrokken worden zolang het niet aanvaard is, in al zijn onderdelen, de betalingsmodaliteiten inbegrepen (Brussel, 13 november 1961, *Pas.*, 1962, II, 283).

De toestemming tot het sluiten van een verzekeringscontract kan, overeenkomstig de gebruiken van het verzekeringswezen, tot stand komen door tussenkomst van een verzekeringsmakelaar : de voorgestelde overeenkomst gaat in vanaf de datum waarop deze laatste de voorlopige dekking van het risico verzekert en dit te meer wanneer hij zulks mededeelde aan de verzekeraar die daarmede instemde (zie Brussel, 13 februari 1963, *R.G.A.R.*, 1963, nr. 7146, met verwijzingen; *R.W.*, 1963-64, 256, arrest dat het vonnis bevestigt van de rechtbank te Antwerpen van 1 december 1960, *R.W.*, 1963-64, 266; — vgl. Cass., 30 maart 1939, *Pas.*, 1939, I, 184; *R.G.A.R.*, 1940, 3249). Zolang deze voorlopige dekking niet wordt ingetrokken blijft het contract bestaan, onafgezien van de omstandigheden dat de verzekeringspolis niet-ondertekend teruggestuurd werd en dat de verschuldigde premiën niet betaald geworden. Ook de kennisneming van een beding tot vrijstelling van aansprakelijkheid kan afgeleid worden uit de omstandigheden, en nl. uit de onthouding van elk protest door hem tegen wie het ingeroepen wordt (Hrb. Luik, 18 april 1962, *Jur. Liège*, 1961-62, 260).

34 – Met stilzwijgende aanvaarding kan eveneens worden gelijkgesteld het zogezegd omstandig stilzwijgen : de houding van de aanvaardende partij kan redelijkerwijze niet anders uitgelegd worden dan als een aanvaarding.

Een verkoper vraagt om het dubbel van de bevestiging van het bestellingsorder voor akkoord terug te zenden. De nalatigheid om aan dit verzoek te voldoen kan niet worden gelijkgesteld met een weigering of betwisting : aanvaarding en betaling van verschillende fakturen wijzen op het tegendeel (Hrb. St.-Niklaas, 23 september 1958, *R.W.*, 1959-60, 1084). Zoals Prof. De Page aanstipt, lijkt zulks slechts mogelijk, wanneer er tussen partijen een overeenkomst in uitvoering is, of wanneer er vroegere of aan gangzijnde handelsbetrekkingen tussen partijen bestaan (De Page, II, 2e uitg., nr. 547).

Het omstandig stilzwijgen wordt niet als aanvaarding aangezien bij een enige en uitzonderlijke rechtshandeling. Zo kan de stilzwijgende afstand van rechten door verzaking aan een contractueel beding niet afgeleid worden uit de enkele passiviteit of de afwachtende houding van een partij (Cass., 19 september 1963, *Pas.*, 1964, I, 62; *R.W.*, 1963-64, 1552). Ook de verzaking aan het inroepen van een nietigheid kan stilzwijgend gebeuren, maar veronderstelt een duidelijke wilsuiting, die wel door een mandataris kan gebeuren (Cass., 11 januari 1963, *Pas.*, 1963, I, 553).

Zelfs bij voortdurende overeenkomsten zijn de rechtbanken zeer omzichtig met het omstandig stilzwijgen en met de beoordeling van de

omstandigheden waaruit het afgeleid wordt, vooral, en terecht, wanneer één der partijen een overwegende positie in de onderlinge verhoudingen inneemt. Daarvan vinden we weer voorbeelden in verband met verzekeringscontracten. De verhoging van de verzekeringspremie door de verzekeraar kan slechts doorgevoerd worden met de toestemming van de verzekerde, maar uit de betaling van een of twee bijpremies kan die toestemming niet zonder meer afgeleid worden; daarenboven moet vaststaan dat de verzekerde zulks met kennis van zaken heeft gedaan (Vred. Louveigné, 18 februari 1960, *Jur. Liège*, 1961-62, 300, nr. 139). Die kennis van zaken kan afgeleid worden uit de omstandigheden of steunen op vermoedens. Wanneer de bijpremies geregeld zonder voorbehoud betaald worden op grond van een bijvoegsel aan een polis, dat aan de verzekerde werd toegezonden maar door hem niet teruggestuurd is geworden aan de maatschappij, moet de verzekerde geacht worden zijn toestemming gegeven te hebben en is de verzekeraar gehouden de aldus bepaalde bijkomende prestaties te leveren (Hrb. Brussel, 13 juli 1961, *R.G.A.R.*, 1962, nr. 6881).

Even omzichtig zijn de rechtbanken bij de beoordeling van de zogeheten stilzwijgende mandaten, gegeven om onderhandelingen te voeren in verband met leningen voor de aankoop van woningen. Dergelijke lastgeving is in beginsel onderworpen aan de gewone bewijsmiddelen, tenzij een zeker, vaststaand en algemeen gebruik in tegenovergestelde zin vaststaat (Rb. Gent, 11 maart 1960, *T.Not.*, 1960, 171).

Is laattijdig, en doet geen overeenkomst ontstaan, de aanvaarding door een verzekeringsmaatschappij van het aanbod om een verzekeringscontract te sluiten dat de aanbieder pas bereikt na de intrekking van het aanbod of na de verdwijning van het te verzekeren risico (Rb. Hoei, 29 maart 1961, *Jur. Liège*, 1960-61, 303, nr. 153).

C. *ENKELE BIJZONDERHEDEN BETREFFENDE DE TOESTEMMING EN HAAR GEVOLGEN BIJ ZEKERE OVEREENKOMSTEN.*

35 – De overeenkomst tussen niet-aanwezigen. — Hier gaat het om overeenkomsten waarbij de aanbieder de aanvaarding niet dadelijk verneemt. De partijen hebben geen rechtstreeks persoonlijk contact en zijn met elkaar in verbinding door briefwisseling, telegram of telefoon. In die gevallen zijn de vragen : is de overeenkomst werkelijk gesloten, zo ja wanneer en waar is ze tot stand gekomen? Aan de antwoorden op die vragen zijn een aantal praktische gevolgen verbonden, omdat erdoor bepaald worden : de eventuele herroeping of het verval van het aanbod, de beoordeling van de bekwaamheid van partijen, de volgorde van de totstandkoming van de overeenkomsten, het ogenblik waarop het aanbod gedaan werd aan verschillende personen, de van toepassing zijnde wetgeving en de gevolgen van de tussengekomen wetswijzigingen. Het ogenblik van de sluiting van de overeenkomst is ook weer van belang voor het vaststellen van de gevolgen van een eventuele muntontwaarding,

voor de overgang van het risico, en voor het ingaan van zekere wettelijke of contractuele termijnen (verjaring). De plaats bepaalt de territoriale bevoegdheid (art. 42 van de wet van 25 maart 1876), de vorm waarin de rechtshandeling in het internationaal privaatrecht mag worden verricht (*locus regit actum*), en wijst uit welke de bevoegde wetgeving is o.m. ter zake fiscale heffingen (zie Marty, R., et Raynaud, P., *Droit civ.*, II, 1, nr. 107).

Verschillende theoriën werden opgebouwd en toegepast : de theorie van de *wilsverklaring* (de overeenkomst ontstaat op het ogenblik en op de plaats waar de bestemmeling zijn aanvaarding heeft geuit, dus vóóraleer de aanbieder kennis heeft gekregen van de aanvaarding); de theorie van de *verzending* (de overeenkomst ontstaat op het ogenblik dat de bestemmeling zijn aanvaarding verzendt — zie bv. Zwitserland, art. 10, C.F.O., Engeland en de Verenigde Staten); de theorie van de *ontvangst* (de overeenkomst ontstaat op het ogenblik dat de aanvaarding de woonplaats van de sollicitant bereikt — zie bv. Italië, West-Duitsland); tenslotte de theorie van de *verneming* (de overeenkomst ontstaat op het ogenblik dat de aanbieder werkelijk kennis neemt van de aanvaarding (zie hierover Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 274-284). De principiële grondslag voor de eerste twee theorieën is dezelfde : de voorstanders oordelen dat de overeenkomst bestaat van zodra de overeenstemmende wilsuitingen *bestaan*. Ook de laatste twee theorieën hebben een gemeenschappelijk vertrekpunt : de overeenstemmende wilsuitingen moeten niet alleen bestaan doch er moet ook een werkelijke wilsovereenstemming zijn. De partijen kunnen zich natuurlijk uitspreken, ofwel kunnen hun inzichten afgeleid worden uit de omstandigheden, de gebruiken of de uitvoering van hun overeenkomst. Het is enkel wanneer geen van die aanwijzingen voorhanden is, dat één van de vermelde theorieën toegepast moet worden; ze zijn dus van aanvullend recht (De Page, II, 3e dr., nr. 538).

36 – Vernemingstheorie – ontvangsttheorie. — De Belgische rechtspraak en rechtsleer nemen doorgaans de vernemingstheorie aan, al naargelang van de omstandigheden verbeterd door de ontvangsttheorie. Om alle bedrog of willekeur tegen te gaan wordt verondersteld, dat door de aanbieder bij ontvangst van de aanvaarding kennis wordt genomen van de aanvaarding; tenzij hij het bewijs levert dat zulks niet het geval was door omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, zoals afwezigheid, ziekte, enz... Toepassingen voor de besproken periode zijn te vinden in de volgende vonnissen : Hrb. Verviers, 28 juni 1962, *J.T.*, 1963, 389; — Hrb. Brussel, 9 augustus 1962, *Jur. comm. Brux.*, 1963, 265 en opmerkingen; — Hrb. Brussel, 5 maart 1963, *Jur. Comm. Brux.*, 1963, 268. Zie voor de rechtsleer Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 288 e.v.

Voorheen werd door het hof van cassatie aanvaard, dat de tot standkoming van een overeenkomst tussen niet-aanwezige partijen een feitelijke kwestie was, overgelaten aan het oordeel van de rechter (Cass., 15 maart

1888, *Pas.*, 1888, I, 115; — Cass., 15 maart 1901, *Pas.*, 1901, I, 173). Prof. Cl. Renard leverde kritiek op deze zienswijze : indien het gaat om de inzichten van partijen te achterhalen is de zienswijze van het hof van cassatie juist, echter niet wanneer het gaat om de aanwending van een suppletieve rechtsregel (*Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 297).

37 – In een zeer belangrijk arrest van 16 juni 1960 heeft het hof van cassatie het ganse vraagstuk opnieuw onderzocht, en duidelijke richtlijnen gegeven (Cass., 16 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1190; *J.T.*, 1960, 557; *R.C.J.B.*, 1962, 301, met noot van Prof. J. Heenen; *Rev. Banq.*, 1961, 782, met noot van Prof. J. Heenen). De omstandigheden waren eenvoudig : een persoon ondertekent een akte van borgstelling en stuurt ze op naar de schuldeiser. Later komt hij op zijn houding terug en verklaart zijn aanbod van borgstelling in te trekken vooraleer de aanvaarding van de schuldeiser ontvangen te hebben. De schuldeiser betwist de geldigheid van deze intrekking en voert aan „dat, op grond van het eenzijdig karakter van de borgstelling, wanneer de schuldeiser het gebeurlijk aanbod ontvangt, deze overeenkomst tussen niet-aanwezigen tot stand komt zodra de schuldeiser uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn wil te aanvaarden kenbaar maakt, zonder dat daarenboven nog vereist zal zijn dat de aanbieder kennis moet hebben van die aanvaarding". Deze zienswijze wordt in zeer duidelijke bewoordingen verworpen door het hof van cassatie. De borgstelling, zoals alle overeenkomsten, veronderstelt voor haar totstandkoming niet alleen het samenbestaan van de wilsuitingen van partijen, maar ook hun wilsovereenstemming, d.w.z. het bewust zijn van hun akkoord over het voorwerp van het contract. Gaat het nu om niet-aanwezige partijen, dan is deze voorwaarde pas vervuld, wanneer de partij die zich borg stelt kennis had, of kon hebben, van de uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding van zijn aanbod door de schuldeiser. In tegenstelling met de vroegere rechtspraak wordt in dit arrest aangenomen, dat het ogenblik van de aanvaarding van het aanbod, buiten alle gegevens omtrent de inzichten van partijen, een rechtskwestie is, die derhalve aan het hof kan voorgelegd worden (J. Heenen, in de aangehaalde noot *R.C.J.B.*, 1962, nr. 6-9, 305-306). Ook heeft het hof van cassatie zich duidelijk uitgesproken voor de *ontvangsttheorie* : immers, het hof verwerpt de verzendingstheorie door iedere waarde te ontzeggen aan het middel, waarin beweerd werd dat het niet-onontbeerlijk is dat de aanbieder kennis zou hebben van de aanvaarding van zijn aanbod; terwijl het hof de vernemingstheorie uitschakelt door de toespeling op het feit dat de overeenkomst tot stand zou gekomen zijn indien de aanbieder had *kunnen* kennis hebben van de aanvaarding van zijn aanbod (zie Limpens J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence* (1960-63), *R.C.J.B.*, 1964, nr. 21, 481). Toch is dit belangrijk arrest, volgens Prof. J. Heenen, niet helemaal vrij van kritiek (zie *R.C.J.B.*, 1962, 306 e.v., nr. 10 e.v.). Het vereiste van de wederzijdse kennis van het akkoord over het voorwerp van het contract lijkt hem overdreven : het zou volstaan dat de acceptant zijn akkoord niet meer kan intrekken buiten het mede-

weten van de aanbieder. Verwacht deze een antwoord per brief, dan is de overeenkomst tot stand gekomen van zodra de aanvaarding is toegekomen op een ogenblik en op een plaats waarvan de acceptant kon verwachten dat ze de aanbieder zou bereiken. De ontvangst van de aanvaarding is trouwens overbodig wanneer de aanbieder eraan verzaakt heeft of wanneer hij eenvoudig geen antwoord verwacht (zie: Heenen, J., *R.C.J.B.*, 1962, nr. 13, 307).

38 – De ontvangsttheorie bezorgt niet alleen een oplossing aan het vraagstuk van het ogenblik waarop de overeenkomst tot stand komt, maar geeft ook een duidelijk antwoord op de vraag naar de plaats van de wilsovereenstemming : het contract komt in beginsel tot stand op de plaats waar de aanbieder de brief met de aanvaarding ontvangt. Partijen kunnen daar wel van afwijken, en een verschillende oplossing voorzien voor het ogenblik waarop en voor de plaats waar de overeenkomst zal gesloten zijn o.m. met het oog op de toepassing van de regel *locus regit actum* en van de regel betreffende de bevoegdheid *ratione loci*; maar dergelijke afwijkende regelingen liggen dan buiten de algemene gevolgen van overeenkomsten die per briefwisseling gesloten worden (zie Heenen, J., *R.C.J.B.*, 1962, nr. 20, 311, en de aangehaalde rechtspraak in de verwijzing 36). In de besproken periode nemen enkele vonnissen deze regeling aan (Hrb. Verviers, 28 juni 1962, *J.T.*, 1963, 389, en Hrb. Brussel, 9 augustus 1962, *Jur. Comm. Brux.*, 1963, 265). Reeds in een vonnis van 1 maart 1960 haalde de rechtbank van koophandel van Brussel (*Jur. Comm. Brux.*, 1960, 135) hetzelfde beginsel aan in verband met een overeenkomst gesloten per telefoon; maar de toepassing van het beginsel kwam de rechtbank als onmogelijk voor, omdat ze bij gebrek aan feitelijke gegevens, niet kon uitmaken waar precies het eindpunt gesteld werd achter de onderhandelingen, uitwisseling van voorstellen en tegenvoorstellen. Vermits daaromtrent twijfel bestond, nam de rechtbank aan dat de territoriale bevoegdheid moest bepaald worden met inachtneming van de regel : is bevoegd de rechtbank van de woonplaats van verweerder.

39 – Het vraagstuk in het vergelijkend recht. — De vernemingstheorie, al dan niet verbeterd door de ontvangsttheorie, wordt vrijwel algemeen aanvaard door de Nederlandse rechtsleer en rechtspraak (zie *Asser's Handboek*, III, 2, 1, door Rutten, L. E. R., 126-127; — H.R., 21 december 1933, *N.J.*, 1934, 368, met opmerkingen E.M.M.; — H.R., 19 november 1948, *N.J.*, 1949, nr. 86, met opmerkingen Ph. A.N.H.).

In Frankrijk heeft het hof van cassatie onlangs een arrest geveld, dat echter niet van aard is de in de Franse rechtspraak bestaande verwarring op te heffen (Cass. fr., 21 december 1960, *D.*, 1961, 417, met de noot van Prof. Ph. Malaurie; — Hébraud, P., et Raynaud, P., *Chronique de procédure civile, Rev. Trim. Dr. civ.*, 1961, nr. 12 A, 546; — 62ième Congrès des Notaires, *La formation du contrat, L'Avant-contrat*, 78-80). De rechtsleer is zeer verdeeld (voor een overzichtelijke opsomming : zie *Rép. Dalloz, Droit civil*, Tw. *Consentement*, nr. 65 e.v.). De

rechtspraak van het Franse hof van cassatie is gevestigd in de zin van de verzendingstheorie : het contract bestaat vanaf het ogenblik waarop de bestemmeling van het aanbod dit aanvaard heeft, of dan toch zeker vanaf het ogenblik dat hij de brief of het telegram met zijn toestemming aan de bevoegde post- of telegraafdienst heeft toevertrouwd (Cass. fr., 22 april 1955 en 22 juni 1955, *Sem, jur.*, 1955, nr. 9587). In het boven vermelde en meer recente arrest, trouwens in de lijn van vroegere arresten (Cass. fr., 20 juli 1954, *Sem. Jur.*, 1955, nr. 8775, met noot van Prof. Roblot) wordt de totstandkoming van de toestemming tussen niet-aanwezigen beschouwd als een feitenkwestie, waarvan de oplossing afhangt van de omstandigheden. De rechter oordeelt souverein wanneer hij, bij de verklaring van de wil van partijen, beslist dat bij het sluiten van een overeenkomst per briefwisseling de aanbieder zijn aanbod mag intrekken tot op het ogenblik van de ontvangst van de aanvaarding. In een breedvoerige nota onder dit arrest, meent Professor Ph. Malaurie dat in de rechtspraak van het Franse hof van cassatie onderscheid gemaakt wordt tussen twee vraagstukken in verband met overeenkomsten gesloten tussen niet-aanwezigen nl. dat van het ogenblik en dat van de plaats van de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten. Het ogenblik van de totstandkoming zou worden vastgesteld overeenkomstig de ontvangsttheorie : de herroeping van de aanvaarding of van het aanbod zouden mogelijk blijven zolang ze niet ter kennis zijn gebracht van de andere partij. De plaats van de totstandkoming en meteen ook de plaatselijke bevoegdheid van de rechtbank zouden om psychologische, geographische en sociale redenen, vastgesteld worden bij toepassing van de theorie van de wilsuiting. De juridische verantwoording van deze laatste opvatting klinkt echter zonderling. Hiervoor moet inderdaad terugwerkende kracht worden gegeven aan de totstandkoming van de overeenkomst : van zodra de aanvaarding de aanbieder bereikt vóór iedere intrekking van het aanbod, wordt de overeenkomst geacht gesloten te zijn op de plaats waar de aanvaarding opgestuurd werd. Of zulks met de onderstelde wil van partijen overeenstemt, valt te betwijfelen. Overigens hoe kan zulks verenigd worden met het recht van de aanbieder zijn aanbod in te trekken tot op het ogenblik van de ontvangst van de aanvaarding? De voorgestelde regeling is uiterst pragmatisch, en geeft zeker geen afdoende richtlijnen : denken wij hierbij slechts aan de tegenstrijdige oplossingen die daaruit moeten voortvloeien ter zake de toepassing van de regels van het internationaal privaatrecht. Toch keurt de meeste recente rechtsleer deze oplossing goed, zonder daarom de dualiteit van de oplossing over te nemen. Prof. G. Marty en J. Raynaud (*Droit civil*, II, 1, nr. 111) stellen voorop, dat de oplossing van de gestelde vraagstukken in de eerste plaats moet gezocht worden in de omstandigheden van de zaak, waaruit veelal het inzicht van partijen zal kunnen afgeleid worden. Beschikt men hiervoor niet over voldoende aanduidingen, dan moet gedacht worden aan de gebruiken. Als juridische leiddraad geven ze tenslotte hun voorkeur aan de uitingstheorie : de wil tot aanvaarden is immers het bijzonderste be-

standdeel. Is die kenbaar gemaakt, dan moeten daar alle gewone gevolgen aan verbonden worden. Eisen dat de wil daarenboven nog ter kennis zou gebracht zijn van de aanbieder betekent het willekeurig toevoegen van een bestanddeel aan de bestaande wilsuitingen en aan de overeenkomst. Hoe dan ook de Franse oplossingen zijn niet zeer duidelijk noch vaststaand, met al de nadelen daaraan verbonden. In Nederland, en in ons land door het uitvoerig arrest van het hof van cassatie van 16 juni 1960, zijn vaststaande oplossingen voorhanden die praktisch gesproken trouwens gelijkluidend zijn.

40 – De contractbelofte. — De contractbelofte is een overeenkomst waarbij één van de partijen zich t.o.v. de anderen verbindt, om met haar een contract te sluiten waarvan de hoofdbedingen voor beiden reeds vaststaan (Dekkers, *Handboek*, II, nr. 95). De contractbelofte staat dicht bij het aanbod : in beide gevallen heeft men de uiteindelijke sluiting van een overeenkomst op het oog (zie daarover de zeer genuanceerde beschouwingen van Prof. Cl. Renard, *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 433-436). Toch is er een fundamenteel verschil. Bij de contractbelofte gaat het werkelijk om een *voorcontract* (in de praktijk soms genoemd *compromis*, niet te verwarren met het scheidsrechterlijk beding) : immers er is een wilsovereenstemming, een voorwerp en een oorzaak; het aanbod integendeel is een eenzijdige wilsverklaring (zie *R.P.D.B.*, Tw. *Vente*, nr. 80). In werkelijkheid situeert de contractbelofte zich tussen de voorbesprekingen en het eigenlijke contract. Ze is vooral nuttig wanneer één van de partijen, of beide, om uiteenlopende redenen de overeenkomst niet wil of niet kan sluiten, maar zich de mogelijkheid om het later te doen wil voorbehouden. Zo zijn de gevallen die meestal voorkomen : de koop- en huuroptie, het voorkeurakkoord, en de kredietopening.

41 – Rechtsgeldigheid. — De rechtsgeldigheid van de contractbelofte wordt algemeen aanvaard (Cass., 7 oktober 1935, *Pas.*, 1935, I, 355).

In de besproken periode werd bovendien een zeer belangrijk cassatiearrest geveld, op 1 juni 1962 (*Pas.*, 1962, I, 1113), dat de koopoptie ontleedt als een eenzijdige belofte van verkoop, die hem die toegezegd heeft onherroepelijk verbindt de verkoop te verwezenlijken wanneer de rechthebbende de wil daartoe te kennen geeft. De prijs is er een wezenlijk bestanddeel van : dit element net als de andere bestanddelen van de verkoop, moet voldoende bepaald zijn opdat de eenvoudige kennisgeving van de wil nl. de keuze uit te oefenen voldoende zij om de eigenlijke overeenkomst tot stand te doen komen (Marty, G., et Raynaud, P., *Dr. civ.*, II, 1, nr. 114, met verwijzing naar het arrest van het Franse hof van cassatie, Req., 15 december 1922, *S.*, 1922, 1, 17, met de noot van Boucart). Meteen heeft het hof van cassatie in voormeld arrest een andere verregaande beslissing getroffen : om uit te maken of de verkoop, die tot stand gekomen is ingevolge de aanvaarding van de verkoopbelofte, een gift uitmaakt (door het verschil tussen het bedrag vermeld in de

verkoopbelofte en de werkelijke waarde) die aldus aanleiding zou kunnen geven tot inbreng of inkorting op grond van artt. 843 en 920 B.W., moet de werkelijke waarde van het goed bepaald worden op de dag waarop de verkoopbelofte gedaan wordt en niet op de dag waarop ze gelicht wordt. Het is immers op het ogenblik dat de verkoopbelofte gedaan werd, dat het onrechtstreeks voordeel het vermogen van de de cujus verlaat (De Page, *Traité*, IX, nr. 1212 e.v.) en het is dan ook op dat ogenblik dat de eventuele wil om te begunstigen moet beoordeeld worden (zie het aangehaalde arrest, *Pas.*, 1962, I, 1114). Toch heeft het contract zelf geen terugwerkende kracht; zo moet voor de beoordeling van gebeurlijke benadeling van meer dan zeven twaalfden, het onroerend goed geschat worden op grond van zijn waarde op het ogenblik van de verwezenlijking van de verkoop (Dekkers, *Handboek*, II, nr. 98 B; — Cass., 2 juli 1949, *Pas.*, 1949, I, 416).

De overeenkomst waarbij een wederkerige belofte gedaan wordt tot oprichting van een naamloze vennootschap, kan slechts rechtsgevolgen hebben wanneer ook de grond vereisten van het vennootschapscontract volledig geregeld zijn, en dat meer bepaald wat betreft het maatschappelijk kapitaal en het bedrag van de inbrengen van de vennoten. De wet laat de rechter niet toe op deze punten in het stilzwijgen van de partijen te verhelpen (Brussel, 24 december 1962, *Pas.*, 1964, II, 28).

Wat het voorkeursakkoord betreft, werd onlangs door het Franse hof van cassatie gesteld dat het een vermogensrechtelijk karakter heeft, zodat het kan overgedragen worden aan de erfgenamen van de rechthebbenden, behalve ander beding of inzicht van partijen (Cass. soc., 14 januari 1955, *Sem. Jur.*, 1961, nr. 12106, met noot van J. Ch. Laurent). Hetzelfde hof heeft echter onlangs beslist, dat, in principe, ook de rechtverkrijgenden ten persoonlijke titel door het voorkeursakkoord verbonden zijn, tenzij partijen er weer anders over beslissen door de verbintenis een zuiver persoonlijk karakter te geven (Cass. civ., 6 november 1963, *D.*, 1964, 119, met noot. Vgl. voor het Belgisch recht in dezelfde zin : De Visscher, J., *Le pacte de préférence*, blz. 79).

42 – De openbare aanbestedingen — Algemene beschouwingen. — Er moet wel niet nadrukkelijk gewezen worden op het economisch belang van de overheidsovereenkomsten (leveringen en werken voor rekening van de Staat, van parastatale organen, en van alle publiekrechtelijke rechtspersonen in 't algemeen). Voor de civilisten is het echter van belang na te gaan tot welke civielrechtelijke betwistingen de openbare aanbestedingen in de besproken periode aanleiding hebben gegeven.

Met het oog op de vrijwaring van de financiële belangen van de publiekrechtelijke rechtspersonen, werd een bijzondere procedure uitgedacht : de openbare aanbesteding, die strekt tot een objectieve keuze van de medecontractant van de administratie (Mast, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, nr. 73, blz. 65). Art. 21 van de wet van 15 mei 1846 bepaalt, dat de overeenkomsten uit naam van de Staat

worden aangegaan bij mededinging, met publiciteit en tegen vaste prijs. Een eerste algemeen *lastenkohier* (1) werd goedgekeurd op 18 mei 1933. Het K.B. van 5 october 1955 „tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat" heeft een algemeen *lastenkohier* opgelegd. Thans zijn het de wet van 4 maart 1963 en het K.B. van 14 october 1964 die het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat regelen. Het reeds vermeld art. 21 van de wet van 15 mei 1846 werd (o.m.) opgeheven, en in de plaats van de beide mogelijkheden die voorheen bestonden — de openbare aanbesteding en de onderhandse overeenkomst —, zijn de volgende wijzen tot sluiting van overheidsovereenkomsten gesteld: de openbare aanbesteding, de beperkte aanbesteding, de algemene of beperkte offerteaanvraag en de onderhandse overeenkomst (zie daarover Mast, A., *Supplement bij het Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 1-8; — de Grand Ry, A., en Flamme, M. A., *Praktische Kommentaar bij de reglementering van de overheidsovereenkomsten*, 2e uitgave; — Flamme, M. A., *La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat*, *J.T.*, 1964, 608; — Hainaut, J. P., et Joliet, R., *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, II, blz. 1 e.v.). Met deze wijzigingen moet rekening worden gehouden bij het onderzoek van de rechtspraak.

Algemeen wordt aangenomen, dat in de aanbestedingsprocedure twee duidelijk afgescheiden delen zijn. In het eerste deel van haar verloop is de aanbesteding zuiver administratief. De eenzijdige bestuurlijke beslissingen kunnen het voorwerp uitmaken van een beroep tot vernietiging voor de Raad van State. Overeenkomstig de theorie van de afscheidbare akten (*actes détachables*) is echter ook voor vernietiging vatbaar, de eenzijdige handeling die het contract voltooit (zie Mast, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, nr. 80, blz. 68-69). Maar door deze handeling, de aanvaarding van het aanbod door de toewijzing aan de aannemer (zie hoger nr. 29), wordt de aanbestedingsprocedure beëindigd en komt de burgerlijke overeenkomst tot stand. En alle betwistingen hieromtrent, en meer bepaald de vraagpunten betreffende de interpretatie en de uitvoering van het contract, vallen, overeenkomstig art. 92 van de Grondwet, uitsluitend onder de bevoegdheid van de gemeenrechtelijke hoven en rechtbanken (Mast, A., *l. c.*; — Wigny, P., *Droit administratif*, nr. 359, e.v.; — Cambier, C., *Principes du contentieux administratif*, I, 265; — Over de afscheidbare akten in het bijzonder, zie: Vauthier, M., *Analyse d'une construction juridique : les actes détachables en droit administratif*, *J.T.*, 1958, 418 e.v.; — Raad van State, 4e kamer, 11 februari 1964, *Arr. R. v. St.*, 1964, 134). Het is begrijpelijk dat uit die dualiteit van bevoegde rechtsmachten, en uit de verschillende standpunten en hun wederkerige inwerking, moeilijkheden moesten voortspruiten. De rechtspraak is thans wel eensgezind om aan te nemen dat —

(1) De term *lastenkohier* is geen keurig Nederlands. Het zou moeten zijn: *bestek*.

behoudens het geval van de vaste verbintenis om in ieder geval de laagste inschrijver aan te duiden als medecontract — de voorafgaandelijke bestuurlijke toewijzingsprocedure moet beschouwd worden als aanbod vanwege de ondernemer. Het is pas door de toewijzing dat daaraan door het openbaar bestuur een gevolg wordt gegeven, dat als een aanvaarding bestempeld wordt. Tijdens die voorafgaande procedure (die gaat tot en met de toewijzing), kan nochtans een van de eenzijdige bestuurlijke beslissingen, en dan vooral de eindbeslissing, onregelmatig zijn, hetzij omdat de laagste inschrijver niet werd aangeduid, hetzij omdat die laagste inschrijving onregelmatig was. Dit kan gebeurlijk uitgewezen zijn door een arrest tot vernietiging van de Raad van State. Welnu hetzelfde probleem is gerezen na de invoering van het algemeen lastenkohier bij K.B. van 5 october 1955, maar dan op andere gronden. Immers art. 35 § 1 van dit besluit bepaalde wel dat de administratie de aanbesteding moet toewijzen aan de inschrijver die de laagste offerte had gedaan, d.w.z. aan degene met het voordeligste aanbod; maar daarvoor was niet uitsluitend beslissend de laagste prijs, en steeds kon van de rangorde afgeweken worden door een beslissing van de Ministerraad of in hoogdringende gevallen door een beslissing van de Eerste-Minister. Tengevolge van de geldende rechtsopvattingen en vooral van de gerechtelijke beslissingen, die voor het rechtsgevoel weinig bevredigend waren, werd een bijzondere regeling uitgewerkt bij de wet van 4 maart 1963.

Deze verschillende oplossingen ten aanzien van de gevolgen bij miskenning van een regelmatig aanbod of van de goedkeuring van een onregelmatig aanbod, worden hierna onderzocht.

43 – Het arrest van het hof van cassatie van 3 november 1960. — Dit arrest (*Pas.*, 1961, I, 238) verwerpt het cassatieberoep tegen een arrest van het hof van beroep van Brussel, van 20 maart 1959 (*Pas.*, 1960, II, 155), dat zelf de bevestiging bevat van een niet gepubliceerd vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 14 mei 1957 (beide arresten werden, voorzien van een kritische noot van Professor A. Buttgenbach, gepubliceerd in *R.C.J.B.*, 1961, 314. Een gelijkluidend vonnis in een andere zaak, eveneens uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, op 22 november 1956, verscheen in *J.T.*, 1957, 317, met een noot van Professor M. A. Flamme.).

In het voorliggende geval werd de aanbesteding gedaan op grond van een bijzonder *lastenkohier*, waarin drie bedingen de aandacht weerhouden :

1. de inschrijvers zijn door hun voorstellen gebonden tot op het ogenblik waarop de beslissing, waarbij de naam van degene aan wie het werk wordt toegewezen, betekend wordt;

2. degene die de aanbesteding uitschrijft, mag ze steeds vernietigen;

3. de inschrijvers hebben geen verhaal en mogen geen schadevergoeding eisen wanneer een andere dan de laagste inschrijver wordt aan-

geduid; zo mag o.m. de laagste inschrijving verworpen worden wanneer er overdreven (lage) eenheidsprijzen voorzien zijn.

De laagste inschrijver kreeg de toewijzing, maar de beslissing tot goedkeuring door de uitschrijver, bevestigd trouwens door de voogdijoverheid, werd vernietigd door een arrest van de Raad van State van 9 maart 1956, echter na de uitvoering van de werken. Heeft de geweerde inschrijver geen recht op schadevergoeding?

Er is zeker geen contractuele fout in hoofde van de publiekrechtelijke persoon, vermits hof en rechtbank, in aansluiting bij een gevestigde rechtspraak (zie hoger nr. 29), van oordeel zijn dat de ganse procedure tot toewijzing aan de uitvoerder van de werken gelijkstaat met een aanbod. Er is geen overeenkomst, dus ook geen contractuele aansprakelijkheid. Overigens dergelijke aansprakelijkheid is in ieder geval uitgesloten door de bijzondere, hoger aangehaalde, bedingen van het lastenkohier; en dergelijke bedingen zijn geldig. Ook dient aangestipt, dat de vernietiging van de onregelmatige toewijzing door de Raad van State het gevolg is van de miskenning van een wezenlijk bestanddeel van de bestuurlijke procedure tot toewijzing. Maar dit neemt echter niet weg dat de burgerrechtelijke overeenkomst, die door de toewijzing ontstaan is, geldig is, en dat die overeenkomst blijft bestaan zolang de civiele rechtsmachten er niet anders over beslist hebben. De laagste regelmatige inschrijver kan de vernietiging van het contract, gesloten met de onregelmatige inschrijver, niet vragen : het is een *res inter alios acta* (Mast, A., *o.c.*, nr. 81, blz. 70; — Wigny, P., *Droit Administratif*, nr. 360, blz. 270).

44 – Is er een grond tot quasi-delictuele aansprakelijkheid? Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn op deze vraag bevestigend te antwoorden : immers door de beslissing van de Raad van State staat *erga omnes* vast, dat de administratie een fout gepleegd heeft. Gaat het echter om een fout die de toepassing van art. 1382 B.W. mogelijk maakt? Opdat dergelijke schuld zou bestaan zou, volgens rechtbank en hof, de inschrijver die schadeloosstelling eist moeten bewijzen dat, na het arrest tot vernietiging hem alleen en met zekerheid de opdracht zou zijn toegewezen. Dat is echter, op grond van de hoger aangehaalde bedingen omtrent de toewijzing, allesbehalve zeker. In de regel bestaat er trouwens, bij toepassing van het hogervermeld art. 21 van de wet van 1846, in hoofde van de laagste inschrijver geen verkregen recht om automatisch de toewijzing te krijgen (Rb. Brussel, 22 november 1956, *J.T.*, 1957, 317, met noot M. A. Flamme). In de rechtsleer werd dit ontbreken van een burgerlijk recht betwist. Sommige auteurs menen dat er wel een subjectief recht op de naleving van de voorgeschreven procedure bestaat : ze is immers een waarborg voor de inschrijvers van de regelmatigheid van de procedure (Flamme, M. A., *Les marchés de l'Administration*, nr. 118, blz. 115; — zie ook de noot in *J.T.*, 1957, 321,). Maar of dit waar is wanneer het gaat om een openbare aanbesteding, wordt betwijfeld (Hainaut, J. P., et Joliet, R., *Les contrats de travaux de fournitures de l'Administration dans le marché com-*

mun, I, nr. 353 blz. 256). Andere auteurs stellen voorop dat de regels van de openbare aanbesteding niet voorgeschreven zijn met het oog op de bescherming van individuele belangen, maar alleen en uitsluitend in het algemeen belang (de Grand Ry, *Les marchés de fournitures et de travaux publics*, nr. 105; — Hainaut, J. P. et Joliet, R., *o.c.*, I, nr. 348, blz. 251). Deze opvatting schijnt wel wat al te absoluut : de regels betreffende de aanbestedingen hebben niet alleen tot doel de bescherming van het belang van de administratie, maar ook de verwezenlijking van de gelijkheid der inschrijvers (Mast, A., *o.c.*, nr. 76, blz. 67). Ook is het niet mogelijk het openbaar belang volkomen te scheiden van het rechtmatig belang van de private personen, die een contract willen sluiten met de openbare besturen en die rekenen op een eventueel voordeel (Cambier, C., *o.c.*, I, 267). Hoe dan ook, in het besproken geval sluiten de geldige contractuele bedingen iedere causale band uit tussen de mogelijke fouten van het bestuur en de schade geleden door de geweerde inschrijver. Trouwens het bestaan van de schade zelf, morele of materiele, is evenmin zeker, of minstens niet bewezen. Alleen het onnodig verrichte studiewerk kan als een zekere schadepost aangemerkt worden. De *lucrum cessans* kan, door het onzeker karakter van het al dan niet toekennen van de aanneming, niet in aanmerking genomen worden (Mast, A., *o.c.*, nr. 81, blz. 70; — Flamme, M. A., *J.T.*, 1957, 321); in het besproken geval was iedere aanspraak op dit punt overigens contractueel uitgeschakeld.

45 – Het arrest van het hof van beroep te Brussel van 5 oktober 1960. — In deze zaak (*J.T.*, 1961, 317) werd de laagste inschrijver geweerd door het Wegenfonds; werd de administratieve procedure niet aangevochten voor de Raad van State; en is het zo dat de aanbesteding viel onder toepassing van de bepalingen van het algemeen *lastenkohier* opgenomen in het K.B. van 5 oktober 1955. Er werd alleen een burgerlijke vordering ingesteld, die uitsluitend gesteund was op artikel 1382 B.W. : het openbaar bestuur had de laagste inschrijver moeten aanduiden, en door dit niet te doen heeft het de rechten van die inschrijver miskend en is die inschrijver gerechtigd herstel van de geleden schade te vorderen?

In zijn arrest stelt het hof vast, dat de eisende onderneming noch de quasi-delictuele fout van het bestuur, noch het bestaan van schade, noch het oorzakelijk verband tussen fout en schade bewijst. Als fout had eiseres aangevoerd, de miskenning van de wettelijke verplichting opgelegd door art. 35 § 1 van het K.B. van 5 oktober 1955 : de aanbesteding moet toegewezen worden aan de inschrijver die de werkelijk laagste offerte heeft ingediend. Terecht stipt het hof aan dat uit dit voorschrift voor de laagste inschrijver geen enkel recht voortvloeit op automatische toekenning van de aanbesteding. Trouwens op grond van andere bepalingen van hetzelfde K.B. (nl. de art. 35 § 4 en 38) mag de Ministerraad of de Eerste-Minister afwijken van de vastgestelde rangorde. De meest gegronde beweegreden

om aan te tonen dat er geen recht op toewijzing bestaat, lijkt echter het tweede lid van art. 35 § 1 : de werkelijk laagste offerte wordt niet bepaald door de absolute cijfers alleen; de laagste offerte is de meest voordelige, wat de goedkeurende overheid een beoordelingsrecht laat op grond van allerlei overwegingen. Dit beoordelingsrecht moet wel regelmatig uitgeoefend worden, maar het feit alleen dat het bestaat sluit voor de laagste inschrijver elk automatisch recht op toewijzing uit. Ten overvloede stipt het hof aan dat de voorafgaandelijke bestuurlijke procedure slechts een aanbod is, dat op zichzelf geen rechten voor de aanbieder kan doen ontstaan : deze kunnen alleen ontstaan door de aanvaarding; overigens een gebeurlijke vordering zou dan van contractuele aard zijn en hier steunt eiseres haar vordering alleen op art. 1382 B.W. Onder de door haar geleden schade had eiseres vermeld : de gederfde winst, verschillende onkosten, en ook morele schade. Wat de winstderving betreft stelt het hof terecht vast, dat de eventuele winst die de toegewezen aanneming zou opgebracht hebben zelfs niet onder de vorm van een mogelijke schuldvordering in het vermogen van eiseres werd opgenomen, vermits dit zou insluiten dat eiseres werkelijk de toewijzing van de aanneming zou bekomen hebben, *quod non*. De gedane onkosten zijn uitsluitend voor rekening van de aanbieder, want volgens art. 37 van het K.B. kan hij alleen de ingediende stukken en voorwerpen terugvragen. Overigens, zegt het hof in een niet nader uitgewerkte overweging, is het een normaal risico voor elke inschrijver, die het trouwens vanzelf aanvaardt, zijn aanbod te zien verwerpen; dus kan zulks op zichzelf niet aan de oorsprong liggen van een door hem geleden schade.

46 – De wet van 4 maart 1963. — Van juridisch standpunt uit zijn de besproken arresten onaanvechtbaar : er is geen contractuele aansprakelijkheid, omdat er geen overeenkomst is; geen onrechtmatige daad, omdat er geen schending is van een burgerlijk recht, geen schade, noch oorzakelijk verband tussen fout en schade.

Toch vermogen die oplossingen niet het rechtsgevoel te bevredigen : immers de openbare besturen kunnen, tegen het algemeen belang in, omzeggens willekeurig de laagste of de regelmatige inschrijver uitschakelen, terwijl datzelfde onwettig optreden van het bestuur *erga omnes* vastgesteld kan zijn door een arrest tot vernietiging van de Raad van State. Deze arresten hebben veelal geen afdoende uitwerking, omdat de dag dat ze uitgesproken worden de onregelmatig gesloten contracten reeds geheel of gedeeltelijk uitgevoerd zijn. De vernietiging heeft immers alleen gevolgen, indien ze uitgesproken wordt vooraleer het contract wordt gesloten, of zo de Raad van State een handeling van de toezichthoudende overheid vernietigt waarvan het bestaan van de aanbesteding afhankelijk is (Mast, A., *o.c.*, nr. 81, blz. 70). Bovendien heeft het ontbreken van enige vergoeding in feite tot gevolg, dat elke afdoende uitwerking aan de vernietigingsarresten van de Raad van State ontzegd is. Wel moet toegegeven worden dat het even moeilijk is een behoorlijke schadeloosstelling

toe te kennen, vermits, zoals aangetoond, de *lucrum cessans* er niet kan in begrepen worden.

De rechtsleer heeft oplossingen voorgesteld. Prof. M. A. Flamme, heeft een hervorming van de procedure bepleit om een snelle tussenkomst van de Raad van State mogelijk te maken : het beroep bij de Raad van State zou de verdere toewijzingsprocedure schorsen (zie, *J.T.*, 1957, 322-323; — Buttgenbach, A., *R.C.J.B.*, 1961, 333). P. Wigny meent dat de nietigverklaring van de aanbesteding niet meer tussenbeide kan komen wanneer de werken of leveringen in uitvoering zijn of uitgevoerd werden : dat zou al te grote nadelen met zich brengen voor de medecontractanten te goeder trouw van het bestuur en ook voor de schatkist. Deze auteur stelt voor dat dan een vergoeding zou toegekend worden voor de gedane onkosten, echter niet voor het *lucrum cessans* (zie Wigny, P., *o.c.*, nr. 360, blz. 270). Prof. C. Cambier gaat nog een stap verder (*o.c.*, I, 265 e.v.). De staatsonderhorige die het slachtoffer is van een willekeurige maatregel, heeft recht op een vergoeding die verantwoord wordt door het beginsel van de gelijkheid van de Belgen ten aanzien van de lasten en opdrachten; wat grondig ingezien steunt op de billijkheid.

47 – Uiteindelijk is de wetgever opgetreden bij de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat. Deze overeenkomsten kunnen voortaan gesloten worden op één van de volgende vier manieren : openbare aanbesteding, beperkte aanbesteding, algemene of beperkte offertevraag, en onderhandse overeenkomst. Wanneer voor het sluiten van de overeenkomst wordt aangewend de openbare of beperkte aanbesteding, voorziet art. 8 § 1 dat de aanbesteding moet toevertrouwd worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft gedaan; en dit op straffe van schadevergoeding. Voor het vaststellen van de laagste offerte, moet het bestuur rekening houden met de aangeboden prijzen en met de overige berekenbare gegevens waarvan vaststaat dat zij de uitgaven van het bestuur zullen verhogen, alsook met de eventueel in het bijzonder *lastenkohier* bepaalde technische coëfficienten (art. 8, § 1, 2de lid). Het zogeheten recht op toewijzing van de laagste inschrijver is trouwens zeer betrekkelijk : de Minister kan afzien van het sluiten van de overeenkomst of de aanbesteding herbeginnen; hij mag ervan afwijken bij beslissing van de Ministerraad en bij hoogdringendheid van de Eerste-Minister; tenslotte ook op eigen initiatief binnen zekere grenzen vastgesteld bij K.B. (zie art. 8, § 2). Rekening houdend met al die bepalingen, verleent art. 8, § 1 geen werkelijk recht op de aanbesteding : dat zou alleen juist zijn indien de laagste inschrijver *in ieder geval* de aanbesteding moest krijgen. Het is immers zo, dat alleen wanneer de aanbesteding uiteindelijk toch doorgaat ze op straffe van schadevergoeding, naar de laagste regelmatige inschrijver moet gaan. In werkelijkheid komt dit in feite alleen neer op de erkenning van een recht op de regelmatigheid van de bestuurlijke procedure (zie daarover Hainaut, J. P., et Joliet, R., *o.c.*, II, nr. 444-447; — Flamme, M. A., *J.T.*, 1964, 649, nr. 45). Het

toekennen van deze vergoedingen behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken (zie Mast, A., *Supplement bij het Overzicht van het Belgisch Administratif Recht*, nr. 11, blz. 7). Het bedrag van de toe te kennen schadeloosstelling wordt overgelaten aan het oordeel van de rechter. Richtlijnen daaromtrent zijn alleen te vinden in de voorbereidende werken. De vergoeding kan, naargelang van de omstandigheden, niet enkel de gedane studieonkosten omvatten, maar ook de volledige ontbeerde winstderving. Deze staat nu meestal wel vast, omdat in de gegeven omstandigheden de uitgeschakelde inschrijver *moest* aangeduid worden. Door de onregelmatigheid van de toewijzing, heeft het bestuur immers verzaakt aan haar willekeurige toewijzingsbevoegdheid : ze was gehouden regelmatig te handelen (zie Hainaut, J. P., et Joliet, R., *o.c.*, II, nr. 459, blz. 65; — Flamme, M. A., *l. c.*).

Hiermee is een gedeeltelijke oplossing gegeven aan een belangrijk vraagstuk. Of ze algemeen bevredigend is, zal de tijd moeten uitwijzen. We menen dat er eerder zeldzaam beroep zal op gedaan worden, gezien de zeer uitgebreide afwijkingsmogelijkheden die ter zake aan de openbare besturen verleend zijn.

D. *DE WILSGEBREKEN.*

I. De dwaling

48 – Algemene beschouwingen. — Voor het bestaan van een geldige overeenkomst moet er niet alleen een toestemming bestaan : ze mag ook niet aangetast zijn door een gebrek.

De gebreken kunnen van zeer uiteenlopende aard zijn en een verschillende zwaarwichtigheid vertonen. De toestemming is volgens het burgerlijk wetboek gebrekkig, wanneer ze gegeven wordt ingevolge dwaling, of bekomen wordt door bedrog of geweld. Onder de wilsgebreken wordt ook de benadeling gerekend : deze kan wel niet als een wilsgebrek worden aangezien, maar traditioneel wordt aangenomen dat ze steunt op een onweerlegbaar vermoeden van gebrekkige toestemming (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 584).

De aantasting van de toestemming bij dwaling kan zodanig omvangrijk zijn dat ze de totstandkoming van de overeenkomst belet : er is dan eenvoudigweg geen toestemming (dwaling omtrent de aard van de overeenkomst, dwaling omtrent de eenzelvigheid van het voorwerp van de overeenkomst, en dwaling omtrent de oorzaak van het contract). Aan de andere kant zijn ook wilsgebreken mogelijk die niet op beslissende wijze de totstandkoming van toestemming beïnvloeden, of die een al te persoonlijk karakter vertonen (dwaling omtrent de beweegredenen, of omtrent de waarde van het voorwerp, of over de bijkomende hoedanigheden).

De eigenlijke dwaling is een valse of onjuiste voorstelling van de werkelijkheid. Er is geen overeenstemming tussen de werkelijke wil en de uitgedrukte wil (De Page, I, 3e dr., nr. 37). De dwaling is dan ook een

psychologisch feit, en de uitgedrukte wil heeft daarbij weinig of geen belang (in tegenstelling met het West-Duitse recht, zie Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil*, II, 1, nr. 121). Toch mag die fundamenteel individualistische opvatting niet — zoals reeds onderstreept — al te absoluut opgevat worden. Indien de dwaling niet beslissend of al te persoonlijk is, wordt er geen rekening mee gehouden : de rechtszekerheid van de maatschappelijke verhoudingen zou al te zeer in het gedrang worden gebracht. Tevens moet bij de beoordeling van het bestaan van dwaling rekening gehouden worden met de bedoeling van partijen en ook met hun zedelijkheid : een klaarblijkelijke zorgeloosheid ontzegt het recht om de dwaling in te roepen (onverschoonbare dwaling). Beide elementen stellen bij de beoordeling van de subjectieve opvatting van de wilsvorming objectieve en morele faktoren van begrenzing. Meteen kunnen trouwens bewijs- en interpretatievraagstukken rijzen.

49 – FEITELIJKE DWALING EN RECHTSDWALING. — Dwaling is mogelijk omtrent de feiten of kan een rechtsdwaling zijn. In het eerste geval gaat het om de verkeerde beoordeling van een feit, van een materiële hoedanigheid, of van de identiteit van een persoon; terwijl het bij rechtsdwaling gaat om een onjuiste beoordeling van een rechtspunt.

Op het eerste gezicht komt het inroepen van rechtsdwaling voor als iets ongewoon : niemand mag immers zijn onwetendheid van de wettelijke voorschriften inroepen om zich te onttrekken aan hun toepassing. Dat is zeker zo in zake strafrecht, en ook nog in 't algemeen. Maar bij rechtsdwaling gaat het om iets anders : ze bestaat niet in een zich onttrekken aan maar in een verkeerd toepassen van het recht ingevolge een onjuiste rechtsopvatting, die overigens kan slaan op het bestaan zelf van de overeenkomst, of die insgelijk is omtrent de aard of de uitgestrektheid van de rechten, ja zelfs omtrent het voorwerp van de overeenkomst (b.v. afstand van erfrechten op de blote eigendom, van een goed terwijl ze in werkelijkheid slaan op de volle eigendom).

De rechtspraak is vanzelfsprekend zeer omzichtig bij het beoordelen van rechtsdwaling : haar determinerend karakter moet met zekerheid vaststaan en ze mag niet slaan op één van de ondergeschikte bedingen van de overeenkomst of die moeten dienen om de operatie, die het voorwerp van de verbintenis uitmaakt, te verwezenlijken. (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 606).

De rechtsdwaling kan ook slaan op de rechtsregel, die de bepalende beweegreden is geweest van de overeenkomst : het meest voorkomende geval is dat van hem die zich verbindt een schade te vergoeden, waarvoor hij meent juridisch aansprakelijk te zijn (zie Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil*, II, 1, nr. 128). Onlangs heeft het Franse hof van cassatie hiervan een belangrijke toepassing gemaakt. Om de volledige uitwerking te verzekeren van het algemeen legaat vermaakt door een man ten voordele van zijn vrouw, had hun zoon de nalatenschap van de man, zijn vader, zuiver en eenvoudig verworpen : hij dacht dat zijn wettelijk voorbehouden

erfdeel een persoonlijk recht was zodat zijn kinderen niet tot die nalatenschap zouden geroepen worden. De rechter had aangenomen dat die rechtsdwaling bepalend was geweest voor de toestemming bij de verwerping van de nalatenschap, en het hof van cassatie keurde die zienswijze terecht goed (Cass. fr., 15 juni 1960, *Sem. Jur.*, 1961, nr. 12274, met noot van V. P. Voirin; *Rec. gén.*, 1962, nr. 20430, met opmerkingen).

Zo gezien, kan rechtsdwaling niet ingeroepen worden wanneer de verklaring van een rechtsregel omstreden is, hetzij dat er een uiteenlopende rechtspraak bestaat, hetzij dat er zich een ommekeer in de rechtspraak heeft voorgedaan (Marty, G., et Raynaud, P., *Dr. civ.*, II, 1, nr. 128). Anderzijds wordt om zeer begrijpelijke redenen, rechtsdwaling uitgesloten in geval van gerechtelijke bekentenis (art. 1356 B.W.) en bij dading (art. 2052 B.W.), de enige gevallen waarin het burgerlijke wetboek het heeft over de rechtsdwaling. Ter zake dading werd van deze regel een juiste toepassing gemaakt door de Vrederechter van het kanton Duffel, op 6 juli 1960 (*R.W.*, 1960-61, 441).

50 – Error communis facit jus. — De al of niet gelding van deze rechtspreuk in ons recht is zeer omstreden. De rechtsleer is zeer verdeeld (zie Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 783; — Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence*, 1956-1959, *R.C.J.B.*, 1960, nr. 33, blz. 355, naar aanleiding van een arrest van het hof van beroep te Gent van 27 mei 1957, *R.W.*, 1957-58, 1154; — *T. Not.*, 1958, blz. 15, dat de toepassing ervan verwerpt).

Zoals de hh. Limpens en Van Damme hebben aangetoond, stelt deze rechtspreuk het probleem van de mogelijke rechtsgevolgen van schijntoestanden, en dit meer in 't bijzonder wat betreft de bescherming van derden vaak slachtoffers van die toestanden. Onlangs werd die rechtspreuk ingeroepen door sommige personen, dragers van obligaties van de Kongolese openbare schuld, die aan de Belgische schatkist uitbetaling vroegen van de intresten en de hoofdsom van de door de ex-Belgische kolonie aangegane leningen ; wat geweigerd was door de nieuwe Republiek Kongo. Aanleggers steunden zich op de rechtspreuk *error communis facit jus* : volgens hen bestond er een algemeen verspreide dwaling nl. dat de leningen van de vroegere Belgische kolonie meteen aangegaan en minstens gewaarborgd waren door de Belgische Staat. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel (23 september 1964, *J.T.*, 1964, 600) verwierp deze zienswijze. De aanleggers beweerden immers dat de Belgische Staat *wetens en willens* verwarring had gesticht door verklaringen van zijn hoogste gezagdragers en door de wijze waarop die leningen door de Belgische bankinstellingen onder het publiek werden geplaatst. Zo gezien is er inderdaad geen dwaling, en zeker geen gemeenschappelijke dwaling. Overigens vroegen de aanleggers niet het behoud van een rechtshandeling die normaal moest nietig verklaard worden (zie Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 778 e.v.).

In de Franse rechtspraak wordt deze rechtspreuk wel aanvaard : gans de theorie van de schijnbare eigendom steunt op de begrippen goede

trouw en gemeenschappelijke dwaling. De hypotheek door een uit overspel geboren kind, toegestaan op het goed dat hem geschonken werd door de overspelige vader — welke schenking daarom nietig was — blijft geldig: de rechten van de derden, die te goeder trouw hebben gehandeld en dit ook al gezien een algemeen verbreide dwaling, vinden hun grondslag in de wet en niet in de oorspronkelijke rechten van de werkelijke of schijnbare eigenaar (Cass. fr., 3 april 1963, *Sem. Jur.*, 1964, II, 13502, met noot J. Mazeaud; *D.*, 1964, 1, met noot A. Planquerel).

51 – HOOFDZAKELIJKE DWALING. — Dwaling omtrent het voorwerp wordt slechts in aanmerking genomen wanneer ze een ernstig karakter heeft en in nauw verband staat met de overeenkomst : ze moet slaan op bepaalde bestanddelen van het contract. In het burgerlijk wetboek is er alleen sprake van dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt, en van zekere gevallen van dwaling betreffende de persoon (art. 1110 B.W. — art. 1358 N.B.W.).

Onder *zelfstandigheid van de zaak* wordt, niet alleen verstaan de stof of de eigen bijzondere hoedanigheden van de zaak, maar wel *elke mogelijke hoedanigheid, die voor het sluiten van de overeenkomst bepalend is geweest.* Het begrip zelfstandigheid is hier een *subjectief* begrip en dus kan de zelfstandigheid ook niet in alle gevallen op voorhand vastgesteld worden; wel integendeel : in ieder afzonderlijk geval moet daaromtrent in de eerste plaats het inzicht van partijen worden nagegaan. In deze opvatting kan de zelfstandigheid dan verband houden met de stoffelijke samenstelling van het voorwerp, of met de geschiktheid van de zaak tot het gebruik waarvoor ze bestemd wordt; maar meer in 't algemeen kunnen partijen hun overeenkomst insgelijks afhankelijk gemaakt hebben van een bepaalde — zij het dan ondergeschikte — hoedanigheid of voorwaarde, en zal de dwaling omtrent de zelfstandigheid dan alleen daar op slaan. Onwillekeurig wordt de problematiek omtrent de toestemming dan vermengd met deze betreffende de verklaring van diezelfde bestemming, en rijzen gebeurlijk bewijsvragen. Daar ook ligt overigens het onderscheid tussen de dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak en die omtrent de beweegredenen : deze laatste zijn vreemd aan het voorwerp waar de overeenkomst betrekking op heeft, maar slaan daarentegen ofwel op de bestaansreden van de overeenkomst of op het praktisch resultaat dat ervan verwacht wordt (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 646-650).

De dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak, subjectief opgevat, moet tevens *bepalend* zijn. Zulks betekent niet dat de dwaling in hoofde van beide partijen moet bestaan, maar toch dat de ene contracterende partij het overwegende belang gekend heeft of normalerwijze moest kennen dat de andere, de dwalende partij, aan het bestaan van de bepaalde hoedanigheid hechtte.

Ook hier kunnen zich weer moeilijke bewijsproblemen stellen. Ter zake de kennis van de nagestreefde hoedanigheid kan die bewijslast wel

enigszins verlicht worden door het algemeen vermoeden, dat een partij bij het sluiten van een overeenkomst steeds minstens de hoedanigheid nastreeft die normaal te vinden is bij overeenkomsten van dezelfde aard : iedere partij veronderstelt bij de overeenkomst te vinden wat, inachtgenomen de gewoonte, normaal is (art. 1135 B.W., — zie Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 681). Een dergelijk vermoeden kan ook afgeleid worden uit de bijzondere omstandigheden waarin de overeenkomst tussen partijen werd gesloten.

Dat de dwaling bepalend is geweest, moet echter met zekerheid bewezen zijn : de rechtszekerheid eist het. Ze moet trouwens bestaan op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst (Brussel, 9 april 1963, *Pas.*, 1964, II, 65).

52 – In de besproken periode vinden we hiervan een aantal toepassingen. Wanneer een persoon op een openbare verkoping twee magazijnen koopt en op zicht van de notariële aanplakbrieven meent dat deze magazijnen voorzien zijn van degelijke kelders, kan wanneer zulks niet het geval blijkt te zijn de nietigheid van de verkoop worden uitgesproken. Dwaling omtrent de zelfstandigheid, zegt de vrederechter van het kanton Beringen terecht (Vred. Beringen, 17 oktober 1958, *T. Vred.*, 1960, 256), veronderstelt dat de koper zich vergist heeft nopens deze hoedanigheden die tot het wezen zelf van de zaak behoren, die haar maken tot wat ze is, en die de koper bijzonder op het oog had toen hij ze aankocht. Het gezond zijn kan daarom beschouwd worden als behorend tot het wezen of de zelfstandigheid van een rund, dat gekocht wordt om het verder te houden; al werd gevonnist dat bij ziekte van het dier het in werkelijkheid gaat om een gebrek, of hoogstens om een dwaling betreffende een hoedanigheid die niet de nietigheid van de overeenkomst zou meebrengen (zie ook Vred. Virton, 25 juni 1959, *T. Vred.*, 1960, 103).

Een akkoord betreffende de vergoedingen die moeten uitgekeerd worden op grond van de wet op de arbeidsongevallen moet nietig verklaard worden, wanneer die vergoedingen betrekking hebben op niet-bestaande letsels (Vred. Antwerpen, 2 december 1959, en 6 april 1960, *J.T.*, 1960, 396).

Wanneer de huurder een terrein in huur heeft genomen om er waterkersbedden uit te baten, bestaat er hoofdzakelijke dwaling wanneer de uitbating onmogelijk blijkt door het ontbreken van water : dat is de bijzonderste hoedanigheid die partijen op het oog hadden. De hoge huurprijs bewijst dat de verhuurder die bijzondere bestemming kende en dat het niet ging om een gewone verhuring van een weide (Vred., Florennes, 21 juni 1960, *Jur. Liège*, 1963-64, 111).

De onwetendheid over het bestaan van een collectieve arbeidsovereenkomst kan niet de grondslag vormen van de vordering tot nietigverklaring van een arbeidsovereenkomst, vermits er geen hoofdzakelijke dwaling bestaat die de toestemming aantast (Werkr. R. Ber., Mons, 7 oktober 1961, *Pas.*, 1962, III, 81).

In een vonnis van 14 februari 1962 (*Jur. Liège*, 1961-62, nr. 148, blz. 301) stelt de rechtbank van eerste aanleg te Luik vast, dat de vraag of er wel hoofdzakelijke dwaling bestaat steeds hierop neerkomt : te weten of de koper zich ervan zou hebben onthouden de overeenkomst te sluiten indien hij de door hem aangehaalde dwaling had gekend. Deze aanwijzing zal inderdaad meestal volstaan, maar daarom toch niet steeds voldoening geven : is immers alleen van tel de hoofdzakelijke dwaling die bestaat en vaststaat op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst. Dezelfde zienswijze wordt gedeeld door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (18 maart 1960, *J.T.*, 1961, 136), die aanneemt dat de al te gebrekkige geluidsdemping van een appartement, in beginsel en naargelang van de omstandigheden, dwaling van de huurder over een hoofdzakelijk hoedanigheid van de gehuurde zaak kan tot gevolg hebben (Zie ook Rb. Brussel, 22 juni 1962, *J.T.*, 1963, 445).

De meeste beslissingen hebben echter betrekking op dwalingen die zich voordoen bij de koop- verkoop van tweedehands autovoertuigen en van bouwterreinen.

53 – HOOFDZAKELIJKE DWALING BIJ VERKOOP VAN TWEEDEHANDSAUTOVOERTUIGEN. — De vraag of het vaststellen van de onjuistheid van het bouwjaar of van andere gegevens (bv. van vroegere auto-ongevallen) voor tweedehands-auto's als een hoofdzakelijke dwaling kan worden aangezien, werd tijdens de besproken periode in uiteenlopende zin uitgewezen.

De juiste vermelding van het bouwjaar *kan* in beginsel een hoofdbestanddeel zijn voor de toestemming van de koper; maar dat is een feitelijke kwestie die in ieder afzonderlijk geval, op grond van de gegevens en van de omstandigheden van de zaak, moet opgelost worden. Er moet nagegaan worden of de koper zich werkelijk een wagen van het aangeduide bouwjaar heeft willen aanschaffen en of hij, bij afwezigheid of onjuistheid van de vermelding, *in concreto* de wagen niet zou gekocht hebben (in die zin : Hrb. Brussel, 5 april 1960, *Jur. Comm. Brux.*, 1960, blz. 373; — Hrb. Kortrijk, 14 januari 1961, *R.W.*, 1960-61, 1251; — Hrb. Verviers, 16 februari 1961, *Jur. Liège*, 1960-61, 291; — Hrb. Brussel, 26 februari 1963, *Jur. Comm. Brux.*, 1963, blz. 248). De louter verkeerde vermelding van het bouwjaar op de faktuur of op het kwijtschrift volstaat dus zeker niet; andere gegevens kunnen, bij afwezigheid van een uitdrukkelijk beding omtrent het bouwjaar — *quod plerumque fit* —, een belangrijke rol spelen bij de beoordeling : de bestemming van de aangekochte wagen (afzonderlijke wagen bestemd voor de zoon; wagen bestemd voor voortverkoop), de uitwendige gelijkvormigheid van de auto's van de aangeduide bouwjaren, het aantal kilometer dat werd gereden, de staat van het voertuig. Tevens, zo stipt de rechtbank van koophandel te Verviers aan in navolging van het hof van beroep te Luik (3 februari 1949, *Jur. Liège.*, 1948-49, 249), heeft het bouwjaar van een auto een meer afnemend belang naarmate de ouderdom van de wagen toeneemt. Tenslotte moet nu ook reke-

ning gehouden worden met het verplicht inschrijvingsboekje, dat vele nuttige gegevens omtrent de staat van de wagen bevat.

Dit alles neemt niet weg, dat de vermelding van het bouwjaar of van het feit dat de wagen al dan niet beschadigd werd door ongevallen als een wezenlijk bestanddeel van de overeenkomst kan worden aangezien. Onjuiste gegevens uitgaande van een beroepshandelaar in tweedehands-auto's, kunnen zelfs als bedrog bestraft worden (Luik, 18 oktober 1961, *Jur. Liège*, 1962-63, 2, en noot van M. H.). In tegenovergestelde zin werd nochtans geoordeeld door het hof van beroep te Montpellier : de nietigheid van een verkoop op grond van dwaling kan niet uitgesproken worden wanneer de dwaling enkel betrekking heeft op het feit dat de wagen enkele jaren vroeger beschadigd werd door een ongeval. De dwaling moet de wezenlijke hoedanigheden van de zaak, voorwerp van het contract, betreffen. Voor een kunstvoorwerp is dat het authentiek karakter of zijn oorsprong; voor een autovoertuig liggen die hoedanigheden in het gebruik dat de eigenaar ervan kan maken. Naar de zienswijze van het hof heeft de dwaling over de zelfstandigheid een *zuiver objectief* karakter. Het brengt mee, zoals trouwens aangestipt wordt in het arrest, dat wanneer de beschadigde wagen volledig hersteld werd, zijn werkelijke hoedanigheden daarom objectief niet verminderd zijn; misschien zelfs integendeel. Zo gezien, wanneer de wagen te goeder trouw verkocht wordt (niet als nieuw, en zonder bedrieglijke handelingen), heeft het ontbreken van de vermelding van vroegere ongevallen niet meer belang dan deze van de naam en de hoedanigheid van de vroegere eigenaar (Montpellier, 12 februari 1962, *D.*, 1962, blz. 641). Zonder die oplossing in feite te willen beoordelen, kunnen we de juridische redenering van het hof niet delen : art. 1110 van het burgerlijke wetboek heeft immers precies betrekking op de subjectieve zijde van het contract en *in casu* meer bepaald op de wil van de koper. De vaststelling van de zelfstandigheid op objectieve wijze, zoals door het hof gedaan, lijkt ons uitgesloten (zie Limpens, J., e.a., *R.P.D.B.*, Tw. *Vente*, nr. 385 e.v.).

54 – Het is zeer moeilijk in die zaken een algemene richtlijn te geven. Verschillende rechtsgronden zouden een vordering tot grondslag kunnen dienen : dwaling, bedrog, gebrekkige levering (wanneer het bouwjaar speciaal bedongen werd; zie Fredericq, *Droit commercial*, III, nr. 42, blz. 87; — *R.P.D.B.*, Tw. *Vente*, nr. 197), en verborgen gebreken (zie verder nr. 59, 60, 61, 62). Veel zal ook afhangen van de omstandigheden en dan vooral van het inzicht van partijen. Toch menen we enkele aanduidingen te kunnen geven. In de Belgische rechtspraak is er zeker een algemene strekking, om als beginsel voorop te zetten dat de vermelding van het bouwjaar een hoofdbestanddeel kan zijn bij tweedehandsverkoop (Hrb. Luik, 4 november 1946, *Jur. Liège*, 1946-47, 116; — Hrb. Luik, 28 januari 1949, *Jur. Liège* 1948-49, 196; — Luik, 3 februari 1949, *Jur. Liège*, 148-49, 249; — Hrb. Brussel, 22 december 1950, *Jur. Comm. Brux.*, 1952, 117; *R.C.J.B.*, 1953, 52; — Hrb. Brussel, 16 juni 1954 en 7 januari

1955, *Jur. Comm. Brux.*, 1955, 243; *R.C.J.B.*, 1956, 255; — Luik, 18 december 1956, *Jur. Liège*, 1956-57, 273; *Pas.*, 1957, II, 168; *R.C.J.B.*, 1960, 351).

Recente rechtspraak is eerder terughoudend : het is de koper die moet bewijzen dat het bouwjaar van de auto beslissend is geweest voor het geven van zijn toestemming, en uit de omstandigheden wordt dan veelal een negatief antwoord afgeleid. Moet deze strengheid veralgemeend worden, omdat in de handel in tweedehands voorwerpen het risico voor de koper is (zie Brussel, 28 oktober 1953, *J.T.*, 1954, 11; — Hrb. Gent, 23 februari 1954, *R.W.*, 1954-55, 622; — Hrb. St.-Niklaas, 29 januari 1957, *R.W.*, 1957-58, 775 — anders de opvattingen van Prof. Fredericq, L., *Traité*, III, nr. 83, blz. 154-155), en dat de inlichtingen die door de verkoper werden verstrekt, vooral omtrent het aantal gereden kilometers en de afwezigheid van vroegere ongevallen, geen waarborg betekenen tenzij ze uitdrukkelijk bedongen werden (zie Hrb. Brussel, 26 februari 1963, *Jur. Comm. Brux.*, 1963, 257)? Welke zal dan de toestand zijn van de gewone particulier, die geen bijzondere technische kennissen bezit en die zich wendt hetzij tot een garagehouder die tweedehandswagens verkoopt hetzij tot de profesionnele verkoper? Het wil ons voorkomen dat de juiste aanduiding van het bouwjaar, samen met de opgave van het aantal kilometers, de vermelding van vroegere ongevallen en het uiterlijk voorkomen, het geheel uitmaakt van de bestanddelen die de vaststelling van de prijs en meteen de toestemming van de koper zullen bepalen. De gewone koper vergelijkt, op grond van het aangeduide bouwjaar de gevraagde prijs, met de welgekende catalogussen van de automarkt of met de fiskale prijsschalen. De aanduidingen van het inschrijvingsboekje zijn niet steeds afdoend, o.m. niet voor de koper die zich voor de eerste keer een wagen aanschaft. Zonder meer preciese feitelijke gegevens, zou dus de loutere *verjonging* van de tweedehandsauto (o.m. door herschildering, verkeerde aanduiding van bouwjaar, wijziging van het aantal gereden kilometers, verberging van ongevallen) — volstaan als bewijs van de dwaling. Zo wordt de bewijslast binnen redelijke grenzen gehouden. Hiermee sluiten we aan bij de zienswijze van Meyers en de Grooth, die een recht tot vernietiging toekennen aan hem die gedwaald heeft doch die bij het contracteren aangewezen was op de goede trouw van de wederpartij : de wederpartij is beroepshalve beter geplaatst om de relevante fouten ter beoordeling van de risico's van de overeenkomst te doen kennen, en mag de haar bekende omstandigheden niet verzwijgen (zie de Grooth, G., *Over dwaling als wilsgebrek bij overeenkomsten in het Nederlandse recht*, *R.W.*, 1961-62, 2109).

55 – Hoofdzakelijke dwaling bij verkoop van bouwterreinen. — Aan dit vraagstuk heeft M. Donnay een bijzondere studie gewijd (Donnay, M., *Vente d'immeubles. Annulation pour vice de consentement. Résolution pour cause d'éviction ou pour vice caché*, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20186). Wanneer het gaat om de koop van een bouwterrein, kan achteraf blijken dat

dit terrein onmogelijk bouwgrond kan zijn : hetzij omdat de aard van de grond of de feitelijke toestand die reeds bestond op het ogenblik van het contract in normale omstandigheden de oprichting van een gebouw onmogelijk maken (bv. het bestaan van moerassen, van drijfzand, enz. — zie M. Donnay, *o.c.*, nr. 12, blz. 89; — Rb. Brugge, 6 februari 1952, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20187), hetzij omdat rechten van derden of van de gemeenschap de bouwplannen verhinderen (bv. de onmogelijkheid een bouwtoelating te bekomen, omdat het terrein zich bevindt op de strook voorzien voor een autosnelweg : Brussel, 9 juli 1953, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20189; — terrein gelegen in een groene zone aangeduid op een plan van aanleg : Nijvel, 23 oktober 1957, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20190; — de weigering van een bouwaanvraag, zelfs indien ze later toegestaan wordt : Luik, 17 mei 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 57; — zie nochtans verder nr. 56 en 60).

56 – ONVERSCHOONBARE DWALING. — Een andere beperking van het subjectief karakter van de dwaling, is te vinden in het correctief dat de rechtspraak heeft ingevoerd en dat gekend is als de *onverschoonbare dwaling*; d.i. de dwaling die niet door een ernstige reden kan uitgelegd worden en die geen redelijk mens overkomt (zie de noot R. H. onder Cass., 6 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 133).

Deze beoordeling hangt eens te meer af van de feitelijke gegevens van de zaak. Het moet in elk geval gaan om een duidelijk uitgesproken fout (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 689), zonder dat de onverschoonbare dwaling daarom kan omschreven worden als een gewichtige dwaling zonder *enige* verschoning (in die zin Prof. J. Dabin, *Erreur inexcusable et nullité des conventions, Etudes de Droit civil*, Brussel, 1947, nr. 13, blz. 48-49. Anders Limpens, J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence*, 1953-55, *R.C.J.B.*, 1956, 206, nr. 15. Voor Nederland Asser's *Handboek*, III, 2, 1 door L.E.M. Rutten, blz. 152 e.v.).

Bij onverschoonbare dwaling gaat het niet om toepassing van de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid (in die zin nochtans de vroegere rechtsleer, aangehaald door Renard, Cl., *Nov., Dr. Civ.*, IV, 1, nr. 688). In het arrest van 6 januari 1944 (*Pas.*, 1944, I, 133) schijnt het hof van cassatie te aanvaarden, dat het gaat om een risico dat de contractant loopt wanneer hij vrijwillig nalaat de beweegreden na te gaan die hij heeft om te contracteren. Zoals Prof. J. Ghestin (*La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, 1963, nr. 136 e.v.) menen wij dat de goede trouw van partijen het hoofdbestanddeel is in de theorie der dwaling; zodat het in strijd is met de goede trouw zich op zijn eigen nalatigheid te beroepen om zijn verbintenissen te ontlopen. Maar meteen moet eveneens rekening gehouden worden met de gebeurlijke kwade trouw van de medecontractant, vermits deze geen voordeel mag halen uit de lichtzinnigheid van het slachtoffer van de dwaling.

57 – In de rechtspraak van de laatste jaren zijn verschillende toepassingen te vinden van het begrip onverschoonbare dwaling. Bij het kopen

van een tweedehandsauto, kan de koper gemakkelijk het bouwjaar doen nagaan door de verkoopagent van het merk (Hrb. Brussel, 5 april 1960, *Jur. Comm. Brux.*, 1960, 379) of het zelf nagaan door het inschrijvingsboekje (Hrb. Verviers, 16 februari 1961, *Jur. Liège*, 1960-61, 294). Ook bij het kopen van bouwterrein is het inroepen van onverschoonbare dwaling mogelijk. Weliswaar is het de verkoper die er publiciteit mee maakt, die op het ogenblik van de verkoop de hoedanigheid van de bouwgrond moet waarborgen (Luik, 17 mei 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 73), maar toch zou men zich kunnen indenken dat ook de koper hier een normale bezorgdheid zou mogen aan de dag leggen. Desbetreffend kan men zich trouwens de vraag stellen of de aangehaalde zienswijze van het hof van beroep te Luik niet al te theoretisch is (zie Rb. Brugge, 7 januari 1952, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20191). De onverschoonbare dwaling in hoofde van de koper zou bv. kunnen afgeleid worden uit de persoonlijke kennis van de zichtbare of van de administratieve toestand van het goed. Het hof van beroep te Gent (13 januari 1962, *Pas.*, 1962, II, 102) heeft, in andere omstandigheden, van dergelijke gegevens gebruik gemaakt om de voorgewende dwaling als onverschoonbaar te aanzien. Om zich te verzetten tegen de openbare verkoop van onroerende goederen die niet in natura deelbaar waren doch met welke verkoop ze in eerste aanleg akkoord was, beroept appellante zich op dwaling. Volgens het hof is deze dwaling niet bewezen, maar zou ze in ieder geval onverschoonbaar zijn : appellante kent die goederen immers maar al te best, vermits ze in één van die goederen woont en weet of moest weten, dat er nog andere gerechtigden zijn.

58 – Bewijs en sanctie van de hoofdzakelijke dwaling. — Het bewijs van deze dwaling kan geleverd worden door alle rechtsmiddelen, getuigen en vermoedens inbegrepen (Cass., 8 mei 1905, *Pas.*, 1905, I, 214). Tijdens de besproken periode werd zulks met nadruk bevestigd door een arrest van het hof van cassatie : de beperkingen van art. 1341 B.W. zijn niet toepasselijk (Cass., 11 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 811; *R.W.*, 1959-60, 1937; — zie ook Brussel, 9 april 1963, *Pas.*, 1964, II, 65).

De sanctie van de hoofdzakelijke dwaling is, overeenkomstig art. 1117 B.W., de nietigheid van de gesloten overeenkomst (*l'annulation*). Het gaat enkel om de bescherming van de private belangen van het slachtoffer van de dwaling, zodat het dus een betrekkelijke nietigheid betreft (Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 64) die niet van ambstwege door de rechter mag worden ingeroepen (Cass., 5 april 1956, *Pas.*, 1956, I, 808). Hieromtrent worden zeer dikwijls vergissingen begaan in de rechtspraak : ofwel wordt de ontbinding (*résolution*) ofwel de herroeping (*résiliation*) uitgesproken (Voor die terminologie : zie De Page, II, 2e dr., nr. 876; Voor de Nederlandse terminologie : zie memorie van Toelichting betreffende het wetsontwerp tot invoering van de Nederlandse tekst van het Burgerlijk Wetboek, blz. 55). — Een juiste toepassing van art. 1117 B.W. is te vinden in de vonnissen van de vrederechter te Antwerpen

(2 december 1959 en 6 april 1960, *J.T.*, 1960, 396) en in het vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel (18 maart 1960, *J.T.*, 1961, 136). Ook verklaarde de rechtbank van koophandel te Brussel (22 december 1959, *Jur. Comm. Brux.*, 1960, 251) met reden ongegrond, wegens hoofdzakelijke dwaling, de vordering strekkende tot ontbinding van de verkoop van een valse Utrillo : deze eis, hetzij hij gesteund is op een tekortkoming aan de leveringsplicht hetzij hij gegrond is op een miskenning van de verplichting tot vrijwaring tegen uitwinning of wegens verborgen gebreken, veronderstelt het bestaan van een geldige overeenkomst en de niet-vervulling van zijn verplichtingen door de koper. De hoofdzakelijke dwaling daarentegen is een wilsgebrek dat de nietigheid van de overeenkomst meebrengt. Ten onrechte spreekt de rechtbank van koophandel te Verviers de herroeping (*résiliation*) uit (Hrb. Verviers, 16 februari 1961, *Jur. Liège*, 1960-61, 294), terwijl ook de vrederechter van het kanton Florennes (21 juni 1962, *Jur, Liège*, 1963-64, 111) de vordering tot herroeping van het huurcontract schijnt te aanvaarden alhoewel in werkelijkheid de nietigheid werd geëist.

De te goeder trouw zijnde medecontractant, die de nietigheid van de overeenkomst hoort uitspreken, kan recht hebben op vergoeding van de schade die de nietigheid hem berokkent. Daarvoor moet de dwaling het gevolg zijn van een fout, een nalatigheid of een onbekwaamheid. Is de dwaling ernstig, dan zal ze, als onverschoonbare dwaling, de opheffing van het recht tot nietigverklaring voor gevolg hebben (zie hoger nr. 34) (zie Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 756). Ook zal hierbij rekening moeten gehouden worden met de gebeurlijke feitelijke onmogelijkheid om het goed, dat het voorwerp was van de overeenkomst, volledig, zoals het was op het ogenblik van de verkoop, terug te geven aan de verkoper; dit o.m. na langdurig gebruik door de koper (bv. een auto die gedurende drie jaren gebruikt werd : Brussel, 7 maart 1963, *J.T.*, 1963, 401).

59 – Hoofdzakelijke dwaling en tekortkomingen bij levering. — De verkoper is gehouden de verkochte zaak te leveren; m.a.w. hij is gehouden een zaak te leveren die overeenstemt met degene die in het contract beschreven werd (art. 1243 en 1604 B.W.). Wanneer dit niet geschiedt, moet gedagvaard worden op grond van die tekortkoming aan de leveringsplicht en niet op grond van hoofdzakelijke dwaling. Hoofdzakelijke dwaling veronderstelt immers een waanvoorstelling bij partijen over een essentiële hoedanigheid van het voorwerp *op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst*, met als sanctie de *betrekkelijke nietigheid* van de overeenkomst (zie hoger nr. 51 en 58; — Brussel 9 april 1963, *Pas.*, 1964, II, 65); terwijl het niet leveren van een conform voorwerp is een tekortkoming aan de leveringsplicht *op het ogenblik van de uitvoering van de overeenkomst*. Er is dan ook geen sprake van enig verschil tussen de werkelijke wil en de uitgesproken wil, maar eenvoudigweg van niet-uitvoering van de overeenkomst met als sanctie haar ontbinding (Limpens,

J., et Van Damme, J., *Examen de jurisprudence* 1956-59, *R.C.J.B.*, 1960, nr. 30, blz. 352).

De juiste omschrijving van het ingeroepen middel — dwaling of gebrek in de levering — heeft groot belang, niet alleen gezien de hierboven aangehaalde verschillen, maar ook om een zeer belangrijke praktische reden : de niet overeenstemming van het geleverde met het verkochte mag niet meer opgeworpen worden na de aanvaarding, die overigens stilzwijgend kan geschieden (zie Brussel, 29 maart 1963, *Pas.*, 1964, II, 60). Dit onderscheid komt duidelijk tot haar recht in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Kortrijk (14 januari 1961, *R.W.*, 1960-61, 1251) : wanneer de levering van een wagen, die door eiser gezien en gekocht werd, door de werkelijke overgave van de zaak in de macht van de koper is geschied op de plaats en op het tijdstip door partijen overeengekomen, in de staat en met de identiteit waarin het voertuig zich tijdens de aankoop bevond, dan kan die behoorlijke levering geen grond tot ontbinding vormen.

60 – Hoofdzakelijke dwaling en vrijwaring tegen uitwinning. — Het onderscheid tussen hoofdzakelijke dwaling, die de nietigheid van de overeenkomst meebrengt, en vrijwaring tegen uitwinning, waarvoor de ontbinding als sanctie is voorzien is zeer duidelijk.

Uitwinning vloeit immers voort uit elk feit dat de koper geheel of gedeeltelijk de eigendom, of het genot, van de zaak ontneemt. De verkoper moet de koper vrijwaren tegen zijn eigen daad (wat hier van minder belang is) en tegen de daden van derden. Het veronderstelt dat een geldige overeenkomst werd gesloten en uitgevoerd, en ook dat het bestaan van een *recht* op de zaak, voorwerp van de overeenkomst, bevestigd wordt. Zo is meteen het onderscheid gemaakt met de vrijwaring wegens verborgen gebreken : want in dat geval is het de zaak zelf die aangetast is door een gebrek (toepassing : een bouwterrein waarop niet mag gebouwd worden ingevolge het bestaan van een erfdienstbaarheid; een bouwterrein ongeschikt voor die bestemming door een moerassige ondergrond) (De Page, IV, nr. 126; — *R.P.D.B.*, Tw. *Vente*, nr. 391 en 392).

Dwaling kan daarentegen alleen bestaan bij het sluiten van de overeenkomst, door een verschil tussen de werkelijke en de uitgedrukte wil. Er bestaan nog andere verschilpunten : de kennis bij de koper van een grond tot uitwinning schaft de vrijwaring niet af, maar bij dwaling zonder ernstige grond gaat het om een onverschoonbare dwaling. De rechtsvordering op grond van dwaling moet ingesteld worden binnen de tien jaren; de eis tot vrijwaring verjaart na dertig jaren (art. 2262 B.W.). Tenslotte is de sanctie gans verschillend : dwaling brengt de nietigheid mee; de volledige uitwinning van de koper echter is grond tot ontbinding van de verkoop met schadeloosstelling, terwijl de gedeeltelijke uitwinning wordt vergoed (maar is ze zo belangrijk, dat de koper zonder dat gedeelte niet zou gekocht hebben, dan mag de rechter ook de ontbinding uitspreken).

In veel gevallen is dat onderscheid niet zo duidelijk; integendeel : door dat derden op het verkochte goed zekere rechten bezitten kan de hoofdzakelijke hoedanigheid die partijen op het oog hadden, uitgeschakeld worden. Dan zal de koper de keuze hebben tussen beide vorderingen : ofwel de vordering tot nietigheid op grond van dwaling ofwel de vordering tot vrijwaring wegens uitwinning (zie daarover meer in het bijzonder : Donnay, M., *Vente d'immeubles. Annulation pour vice du consentement — Résolution pour cause d'éviction ou pour vice caché*, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20186, nr. 13, blz. 90).

61 – Tijdens de besproken periode zijn eens te meer beslissingen in de ene en de andere zin te vinden. Wanneer geen bouwvergunning kan bekomen worden ingevolge een plan van aanleg, bestaat er geen verborgen gebrek (zeker niet, want de zaak zelf is niet aangetast), maar begaat de koper van een *bouwterrein* een hoofdzakelijke dwaling (Rb. Nijvel, 23 october 1957, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20190; — in die zin ook : Luik, 17 mei 1962, *Jur. Liège*, 1962-63, 57). In dezelfde omstandigheden is het hof van beroep te Gent (13 juni 1961, *R.W.*, 1962-63, 659; *Rec. gén.*, 1963, nr. 20586, en opm.) van oordeel, dat het bijzonder plan van aanleg niet mag worden aangezien als erfdienstbaarheid uit de ligging van de plaats ontstaan of als wettelijke erfdienstbaarheid : het voorbestaan van bouwverbod komt neer op de aanspraak van een derde, die rechten laat gelden op het goed, zodat het neerkomt op een uitwinning van het ganse goed. De verkoper is verplicht tot vrijwaring en de koop-verkoop moet verbroken worden : er is geen sprake van verborgen gebrek en het is ook al niet nodig na te gaan of er hoofdzakelijke dwaling bestaat.

Een duidelijke richtlijn kan ter zake niet gegeven worden : alles zal afhangen van de feitelijke omstandigheden, van de bewijsmiddelen en van de wijze waarop de betwisting voor de rechtbank ingeleid wordt. Dat wordt duidelijk geillustreerd door de uiteenlopende oplossingen, hoger besproken. Meer betwistbaar is het vonnis van de rechtbank te Brugge (7 januari 1952, *Rec. gen.*, 1960, nr. 20191, met opmerkingen), die meent dat de vordering tot ontbinding van de koop van een perceel bouwgrond niet gegrond is omdat partijen vooraf de mogelijkheid tot bouwen hadden dienen na te gaan, en omdat zij deze door toedoen van de verkoper *post factum* bekomen hebben.

62 – Hoofdzakelijke dwaling en vrijwaring wegens verborgen gebreken. — Hoofdzakelijke dwaling veronderstelt dat de koper heeft willen handelen over een andere zaak dan deze die het voorwerp is van de overeenkomst. Daarentegen gaat het om waarborg wegens verborgen gebreken wanneer de verkochte zaak deze is die de koper heeft willen kopen maar dat ze een gebrek vertoont dat die zaak ongeschikt maakt tot het gebruik waartoe ze bestemd is, of die dit gebruik zodanig vermindert dat, had hij het gebrek gekend, de koper de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou hebben gekocht (art. 1641 B.W.; — zie Limpens, J.,

et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.C.J.B.*, 1964, nr. 28, blz. 484, en de verwijzingen naar de rechtsleer). Hoofdzakelijke dwaling heeft dus enkel betrekking op de subjectieve aspekten van de overeenkomst, terwijl bij vrijwaring wegens verborgen gebreken de economische weerslag van de overeenkomst onderzocht wordt (*R.P.D.B.*, Tw. *Vente*, nr. 385). De dwaling ligt immers in de wil van de koper, terwijl het gebrek van de zaak het voorwerp van de verkoop zelf aantast : juridisch gaat het dan ook om verschillende rechtsvorderingen (Cass., 23 november 1939, *Pas.*, 1939, I, 488, en het advies in tegengestelde zin van procureur-generaal Gesché; — Vranken, F., *A.P.R.*, Tw. *Koopvernietigende gebreken, Huisdieren*, nr. 291). Trouwens de vrijwaring kan alleen betrekking hebben op lichamelijke zaken, bestemd voor een materieel gebruik (*Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1 nr. 714).

Ook hier heeft het onderscheid duidelijke weerslag op de sanctie : dwaling brengt de nietigheid van de overeenkomst met zich terwijl vrijwaring wegens verborgen gebreken tot gevolg heeft ofwel de ontbinding van de verkoop met teruggave van de zaak of van de prijs ofwel de instandhouding van de overeenkomst mits betaling van schadevergoeding.

63 – Het meest belangrijke onderscheid met praktische weerslag ligt echter in de verjaring : de vordering tot nietigheid moet ingesteld worden binnen de tien jaren van de dag waarop de dwaling is ontdekt (art. 1304 B.W.), terwijl de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken door de koper moet worden ingesteld *binnen een korte tijd*, al naar de aard van de koopvernietigende gebreken en de gebruiken van de plaats waar de koop gesloten is (art. 1648 B.W.) want dit gebrek moet ten tijde van de koop bestaan (Dekkers, II, nr. 829). Verder dient nog gewezen op de bijzondere wet van 25 augustus 1885 betreffende de koopvernietigende gebreken in zake koop en ruil van huisdieren : de vrijwaring, waartoe de verkoper ingevolge art. 1625 en 1641 B.W. gehouden is, wordt immers beperkt tot de aangeduide ziekten en gebreken; ook zijn, op straffe van verval bijzondere termijnen gesteld voor het inleiden van de vorderingen (zie hierover Vranken, F., *A.P.R.*, Tw. *Koopvernietigende gebreken*; — *R.P.D.B.*, Tw. *Vices rédhibitoires*).

Een bouwterrein is aangetast door een verborgen gebrek, wanneer het wegens aanzienlijke uitgravingen niet kan gebruikt worden voor de beoogde bestemming, tenzij mits aanzienlijke versterking van de ondergrond die zoveel kost als de waarde van het terrein zelf (Rb. Brugge, 6 februari 1952, *Rec. gén.*, 1960, nr. 20187). In dezelfde zin werd nog aanvaard dat een bouwterrein, omwoeld door bombardementen, met een verborgen gebrek behept is (Rb. Luik, 11 januari 1960, *Jur. Liège*, 1960-61, 172; — Luik, 19 maart 1963, *Jur. Liège*, 1962-63, 274).

Bij de verkoop van tweedehandswagens levert de vermelding van een verkeerd bouwjaar geen grond op voor een vordering tot ontbinding wegens verborgen gebrek (Hrb. Brussel, 5 april 1960, *Jur. Comm. Brux.*, 1960, 373; — Kortrijk, 14 januari 1961, *R.W.*, 1960-61, 1259).

Toch kan de koper ook hier weer de keuze hebben tussen de vordering tot nietigheid op grond van hoofdzakelijke dwaling en de vordering tot ontbinding op grond van verborgen gebreken, nl. wanneer het niet bestaan van de hoofdzakelijke hoedanigheid, die partijen op het oog hadden, van aard is de zaak ongeschikt te maken voor het gebruik waarvoor ze bestemd was (Limpens, J., et Kruithof, R., *Examen de jurisprudence*, 1960-63, *R.J.C.B.*, 1964, nr. 29, blz. 485; — Planiol, M., et Ripert, G., *Traité de droit civil*, X, nr. 126; — Mazeaud, H. L., et J., *Leçons de droit civil*, nr. 989. — *Anders*: Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 716). De duidelijkste uitspraak in die zin is wel een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (18 maart 1960, *J.T.*, 1961, 136), waarin aangenomen wordt dat de onvoldoende geluidsdemping een hoofdzakelijke dwaling of een verborgen gebrek kan zijn, die ofwel de nietigheid of de ontbinding van de huurovereenkomst kan rechtvaardigen. Dit onderscheid kan zijn belang hebben in verband met de termijn voor het instellen van de vordering; tien jaren (art. 1304 B.W.) of een korte termijn (art. 1648 B.W.); want is de korte termijn verstreken dan kan nog steeds een vordering tot ontbinding worden ingesteld (Mazeaud, H., L., et J., *o. c.*, III, nr. 981; — Cass., 23 november 1939, *Pas.*, 1939, I, 488). In een niet grondig gemotiveerd arrest, ontkent het Franse hof van cassatie (19 juli 1960, *Gaz. Pal.*, 1960, 2, 217) deze mogelijkheid. Prof. J. Carbonnier (*Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1961, 333) verantwoordt dit arrest met er op te wijzen dat onder de vorderingen een zekere hierarchie bestaat en dat de regeling voorzien voor de bijzondere vordering toegepast moet worden wanneer ze afwijkt van de algemene. Maar hiertegen kan worden aangevoerd dat de wetgever twee rechtsvorderingen ter beschikking stelt van eenzelfde persoon, aan wie de keuze tussen beide vorderingen niet zonder meer mag ontzegd worden. Onze voorkeur gaat naar deze laatste zienswijze.

64 – Dwaling omtrent de persoon. — Dwaling betreffende de persoon met wie men bedoelde te handelen is enkel oorzaak van nietigheid van de overeenkomst, wanneer de overeenkomst hoofdzakelijk uit aanmerking van deze persoon is aangegaan (art. 1110, tweede lid B.W.). Hiervoor is niet noodzakelijk dat de dwaling betrekking heeft op de eenzelvigheid van de medecontractant: dit geldt alleen voor het huwelijk (art. 180 B.W. : een persoon wordt voor een andere genomen. Zie daarover Derine, R., *Het dwalingsgebrek in de toestemming tot het huwelijk*, *R.W.*, 1955-56, 1313 e.v.); de dwaling zal meer in 't algemeen de persoonlijkheid, het talent, de beroepsgeschiktheid, of bepaalde intellectuele of morele hoedanigheden van de medecontractant betreffen. Het moet echter bewezen zijn dat de toestemming tot de overeenkomst bepaald werd doordat men nu juist die bewuste persoonlijkheid of hoedanigheid van de medecontractant op het oog had.

Deze dwaling stelt zich vooral op het stuk van de contracten *intuitu personae* (Dekkers, II, nr. 27). Doch om het even welk contract kan *intuitu personae* aangegaan worden (De Page, I, 3e dr., nr. 40, en voetnoot 2).

Hij die zich op deze dwaling beroept, moet niet alleen de dwaling bewijzen, maar moet ook nog aantonen dat de eenzelvigheid of de hoedanigheid van de medecontractant een overwegende rol heeft vervuld bij het totstandkomen van de overeenkomst en dat die medecontractant zulks wist of behoorde te weten. Het is de feitenrechter die dit uitmaakt en zijn beoordeling is soeverein (Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 743; — Cass., 5 april 1956, *Pas.*, 1956, I, 808).

65 – De dwaling omtrent de persoon kan ook slaan op sommige van zijn gebreken, die normaal niet mogen bestaan bij het verrichten van zekere rechtshandelingen. Een zeldzaam voorbeeld daarvan is te vinden in het arrest van het Franse hof van cassatie van 20 maart 1963 (*Sem. jur.*, 1963, nr. 13228, met de noot van Prof. P. Esmein). Een kasteel en het omliggende domein worden verkocht voor 40.000.000 FF. Na de koop-verkoop verneemt de verkoper dat zijn koper veroordeeld werd tot de verbeurdverklaring van al zijn tegenwoordige en toekomstige goederen, en dat zijn vermogen onder sekwester staat. Hij vreest niet-betaling en vordert de nietigheid van de verkoop, die uitgesproken wordt door het hof van beroep te Parijs (10 februari 1961, *D.*, 1962, *Somm.*, blz. 22). De voorziening in cassatie, gegrond op de overweging dat de dwaling over de gegoedheid van de koper niet kan beschouwd worden als een dwaling omtrent de persoon, wordt verworpen. Hier is er immers meer dan eenvoudige niet-gegoedheid : de verbeurdverklaring van al de tegenwoordige en toekomstige goederen betekent immers dat de koper in rechte onbekwaam is zijn schulden te betalen; de sekwester, of gebeurlijk een derde, zou het moeten doen en kan zich daar zonder meer aan onttrekken.

II. Het bedrog

66 – Algemene beschouwingen. — Bedrog is een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst, wanneer de kunstgrepen, door een van de partijen gebezigd, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk de overeenkomst niet zou hebben aangegaan (art. 1116 B.W.).

Er bestaat een zeker verwantschap tussen bedrog en dwaling : bedrog heeft steeds dwaling tot gevolg. Toch zijn die wilsgebreken zeer verschillend : bij bedrog kan elke vorm van dwaling de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg hebben, zij het dan dat de dwaling betrekking heeft op een niet-hoofdzakelijke hoedanigheid of op zuiver persoonlijke beweegredenen waarvoor de overeenkomst gesloten wordt (Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 848). Daarenboven dient te worden aangestipt, dat het bewijs van bedrog meestal gemakkelijker is dan dat van dwaling : de dwaling is immers zuiver subjectief, terwijl het bedrog het gevolg is van kunstgrepen die kunnen vastgesteld worden. Ook kunnen beoordelingsmoeilijkheden rijzen in verband met de bedrieglijke verzwijging (zie verder nr. 68).

De hier behandelde stof heeft alleen betrekking op het bedrog bij de totstandkoming van de overeenkomsten : er wordt ook nog over bedrog gesproken bij de uitvoering van de overeenkomsten (art. 1150 B.W.), ter zake van burgerlijke aansprakelijkheid, en in het Strafwetboek (art. 496 W.S.). De strafrechtelijk beteugelde handelingen vallen onder het burgerrechtelijk begrip, in zover ze de toestemming bepaald hebben; anders niet.

Voor bedrog is vereist dat er kunstgrepen zouden zijn, beweringen of verzwijgingen, die uitgaan van een van de partijen, met het opzet de andere te bedriegen, en dat die bedrieglijke handelingen determinerend waren voor de toestemming van de medecontractant (Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil*, II, 1, nr. 135-136; — Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 856-857, 901). Het bestaan van het bedrog is een feit, dat aan de beoordeling van de rechter is overgelaten net zoals in geval van burgerlijke aansprakelijkheid, staat de beoordeling van de onwettelijkheid van de middelen die door een partij werden aangewend om het bedrog te verwezenlijken onder toezicht van het hof van cassatie (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 896, 899).

67 – Hoofdbedrog. — Er kan geen sprake zijn van bedrog, wanneer een persoon, dank zij een regelmatig rechtsmiddel, buiten het toepassingsveld van een contract valt. Een persoon had zich verbonden al zijn verzekeringen te sluiten bij een bepaalde maatschappij; waar nu zijn echtgenote, gescheiden van goederen, een auto koopt, moet de autoverzekering niet bij die maatschappij aangegaan worden (Mons, 25 april 1959, *Pas.*, 1960, III, 13).

Het bestaan van dergelijk hoofdbedrog wordt aangenomen door de vrederechter van het kanton Flobecq (12 maart 1964, *T. Vred.*, 1964, 218), wanneer, om het sluiten van een landbouwverzekering te vergemakkelijken, de agent van de verzekeringsmaatschappij belooft verschillende hectaren grond te bezorgen aan de landbouwer ten einde de uitbating van zijn bedrijf te vergemakkelijken. De maatschappij is hier verantwoordelijk, zegt de vrederechter en de gesloten overeenkomst zonder voorwerp. Op deze twee laatste punten mist het vonnis zeker aan duidelijkheid. De sanctie van het bedrog is de nietigverklaring van de overeenkomst (zie verder nr. 75), en men kan zich ook de vraag stellen of de maatschappij wel vertegenwoordigd was bij het contract dat door de agent gesloten werd (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 921, 924 en de aangehaalde rechtspraak).

68 – Bedrieglijke verzwijging. — Doorgaans is de enkele verzwijging, zonder meer, geen kunstgreep in de zin van art. 1116 B.W., omdat ze dan een louter negatief feit is. Toch wordt bedrieglijke verzwijging algemeen als bedrog aangezien. Maar wanneer is verzwijging bedrieglijk? Daarover zijn in de besproken periode enkele belangrijke gerechtelijke beslissingen gevallen.

Op grond van de rekening-balans, opgemaakt door de beheerder van een vennootschap, wordt na lange besprekingen de overdracht verwezenlijkt van een aantal aandelen van een vennootschap. De beheerder wist echter dat in die rekening-balans enkele zeer belangrijke verbintenissen van de vennootschap — nl. gedisconteerde wissels voor een totaal bedrag van 2.500.000 F, meer dan het dubbel van kapitaal en reserves van de maatschappij — niet voorkwamen. Bovendien had de beheerder verklaard dat de feitelijke toestand van de vennootschap nog beter was dan de balans liet uitschijnen, alhoewel hij integendeel wist dat trekker en betrokkene van de gedisconteerde wissels herhaaldelijk in gebreke waren gebleven hun verplichtingen na te komen. Het hof van beroep te Brussel, bij arrest van 19 december 1959 (*Rev. prat. Soc.*, 1961, nr. 4943), stelt voorop, dat, waar de goede trouw de beheerders verplicht te spreken, het gedurende die lange besprekingen wetens en willens bewaren van een volledig stilzwijgen over die belangrijke schuld een verberging uitmaakt van de werkelijke toestand van de maatschappij, die tevens moest worden aangezien als een opzettelijke en bedrieglijke kunstgreep zonder dewelke de wederpartij haar toestemming niet zou gegeven hebben.

In een arrest van 21 februari 1961 (*Pas.*, 1961, II, 91; *R.G.A.R.*, 1962, nr. 6813; *Jur. Liège* 1961-62, 57) zegt het hof van beroep te Luik, dat de verzekerde, die op de preciese vraag naar het aantal en de ernst van de ongevallen veroorzaakt als gewone bestuurder, antwoordt dat er geen ongeval veroorzaakt is geworden in de loop van de twee voorgaande jaren, terwijl hij echter door een recent vonnis veroordeeld werd wegens het niet opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen en wegens dronkenschap aan het stuur, door die ernstige en vrijwillige verzwijging de verzekeringsmaatschappij bedrogen heeft over het belang van het te verzekeren risico. Door de nadruk te leggen op het bedrog, kan aangenomen worden dat art. 1116 B.W. de rechtsgrond van de vordering en van de beslissing is geweest, alhoewel de bewoordingen ook de toepassing van art. 9 van de wet van 11 juni 1874 zouden kunnen laten veronderstellen (zie verder nr. 70).

Een tweedehandswagen wordt, na een korte proefrit, aan een particulier verkocht voor de som van 2.700 N.F.F., Aan de koper wordt gezegd dat de wagen in 1955 gebouwd werd, en de kilometersteller wijst 30.167 Km aan. De mechanische onderdelen zijn voor enkele vervanging gedurende zes maanden, gewaarborgd. Na enige maanden gebruik, wijst een deskundig onderzoek uit, dat de versnellingsbak in zijn huidige staat onbruikbaar is, dat het werkelijke bouwjaar 1953 is en dat met de wagen ongeveer 70.000 Km. gereden werden. De eigenlijke waarde is 1.150 N.F.F. In tegenstelling met de rechtbank, die de ontbinding op grond van verborgen gebreken aangenomen had, spreekt het hof van beroep te Parijs in zijn arrest van 13 november 1962 (*Sem. jur.*, 1963, nr. 13154) de nietigheid van de verkoop uit op grond van bedrieglijke verzwijging, die slaat op wezenlijke bestanddelen van het contract, nl. het bouwjaar, de me-

chanische toestand en de prijs van het voertuig. De verkoper van tweedehandsauto's heeft een *positieve plicht van voorlichting* tegenover zijn klient, die klaarblijkelijk minder ervaren is; en dit o.m. betreffende het bouwjaar, het aantal gereden kilometers en in 't algemeen aangaande alle gegevens van aard om een ernstige waardering te beïnvloeden. In ieder geval heeft de beroepshandelaar in tweedehandsauto's niet het recht te verzwijgen dat de wagen verjongd werd door herschildering, door wijziging van de kilometerteller of door verkeerde aanduiding van het bouwjaar : opzettelijke verzwijging daaromtrent staat gelijk met bedrog (in dezelfde zin, maar dan voor de strafrechterlijke vervolging wegens bedrog : Luik, 18 oktober 1961, *Jur. Liège*, 1962-63, 2, met noot M.H.).

Bedrieglijke verzwijging brengt de nietigheid mee van het beding van de overeenkomst, waarbij de koper zich op eigen risico verbindt de gevolgen te dragen van een niet-zichtbare erfdienstbaarheid waarmede het goed bezwaard is : de verkoper kende immers het bestaan van die erfdienstbaarheid en wist dat de koper de overeenkomst niet zou gesloten hebben had hij ze gekend, omdat ze precies de verbouwingen uitsluiten die onontbeerlijk waren voor zijn nijverheid (*Cass.* fr., 16 mei 1961, *D.*, 1961, 545).

69 – De belangrijkste beslissing ter zake is echter het arrest van het hof van cassatie van 28 april 1961 (*Pas.*, 1961, I, 925, met noot R.H.), waarbij de voorziening verworpen wordt tegen het hoger besproken arrest van het hof van beroep te Brussel van 19 december 1959. In zijn noot stipt procureur-generaal R. Hayoit de Termicourt aan, dat, ingevolge dit arrest, het stilzwijgen als een schuldige kunstgreep beschouwd wordt, niet alleen wanneer het stilzwijgen vergezeld is van maatregelen om erin te doen geloven, maar ook wanneer het enkel leugenachtige verklaringen mochten zijn. In de rechtsleer wordt voorgehouden dat loutere verzwijging met bedrog dient gelijkgesteld te worden, wanneer de contractant het stilzwijgen bewaart terwijl hij de verplichting had te spreken, hetzij op grond van een wettelijke bepaling, hetzij ingevolge de bijzondere aard van het contract dat onderling vertrouwen tussen de partijen veronderstelt (zie de in de noot aangehaalde rechtsleer, nl. Beudant, VIII, nr. 238; — Demogue, R., *Traité des obligations en général*, I, nr. 358). In de rechtspraak zijn de hoger besproken arresten van het Franse hof van cassatie en van de hoven van beroep van Parijs en Luik in die zin.

Prof. De Page (I, 3e dr., nr. 50 en de voetnoten 4 en 5 op blz. 65) gaat nog een stap verder. Verzwijging bestaat in het gewild en heimelijk verhelen; het gekwalificeerde stilzwijgen — aldus te omschrijven in acht genomen de omstandigheden waarin het zich voordoet — moet gelijkgesteld worden met bedrog. Er bestaat geen neutraliteit noch onverschilligheid bij de partij wie het stilzwijgen ten laste gelegd wordt : er is in hoofde van die partij integendeel een berekende houding en het stilzwijgen krijgt een betekenis waardoor het rechtstreeks indruist tegen de eerlijkheid. *De omstandigheden* verplichten tot spreken. Doet de contrac-

tant die tot spreken gehouden is dat niet, dan bestaat er in zijn hoofde bedrieglijke verzwijging.

Marty, G., et Raynaud, P. (*Droit Civil*, II, 1, nr. 133) van hun kant leren, dat het begrip *kunstgrepen* zeer breed dient opgevat te worden, zodat daartoe zouden kunnen gerekend worden alle handelwijzen die van aard zijn de medecontractant te bedriegen, omdat ze een ongewoon immoreel of oneerlijk, bestanddeel bevatten. Volgens deze zienswijze kan de eenvoudige leugen of het louter stilzwijgen volstaan.

In acht genomen de huidige stand van wetgeving en rechtspraak moet evenwel voorbehoud gemaakt worden betreffende die twee laatste opvattingen : ze laten een te brede en ongecontroleerde beoordelingsmacht aan de feitenrechter. Het wil ons voorkomen dat het eenvoudig stilzwijgen niet voldoende is om als bedrieglijk te worden bestempeld. Er moeten concrete feiten bestaan, hetzij leugenachtige verklaringen, hetzij een klaarblijkelijk verzuim om de nodige en juiste inlichtingen te verschaffen alhoewel zulks door wettelijke of beroepsverplichtingen geboden is, die er op wijzen dat de ene contractant de andere met opzet heeft willen bedriegen.

70 – Bedrieglijke verzwijging in het verzekeringsrecht. — De bedrieglijke verzwijging die kan gelijkgesteld worden met bedrog, mag niet verward worden met de verzwijging waarvan sprake in art. 9 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen. Dit artikel luidt : „Elke verzwijging, elke valse verklaring vanwege de verzekerde, zelfs zonder kwade trouw, maakt de verzekering nietig, wanneer zij de raming van het risico vermindert of het voorwerp ervan verandert, zodat de verzekeraar, zo hij daarvan kennis had, niet tegen dezelfde voorwaarden zou hebben gecontracteerd".

Dit voorschrift staat ongetwijfeld in verband met de algemene leer der wilsgebreken : het verband betreft echter de dwaling en niet het bedrog, vermits enkele verzwijging volstaat. Maar art. 9 van de wet van 11 juni 1874 reikt veel verder dan het gemeen recht van de art. 1108 B.W. e.v. : niet de kwade trouw van de verzekerde wordt gesanctioneerd, maar wel het eenvoudig verbreken van het evenwicht tussen de wederkerige contractuele verplichtingen, onverschillig dan of zulks het gevolg is van vergetelheid, nalatigheid of verkeerde beoordeling. Er is hier dus een duidelijke uitbreiding van het gemeen recht ten voordele van de verzekeraar. (zie daarover Monette, F., de Villé, A., et André, R., *Traité des Assurances Terrestres*, I, nr. 322; — Cass., 21 maart 1957, *Pas.*, 1957, I, 875; en de noot van Prof. G. Wets onder dit arrest in de *R.C.J.B.*, 1958, 163 e.v.).

Om te voldoen aan art. 9 moet de verzekerde aan de verzekeraar een juiste en volledige beschrijving verschaffen van alle bestanddelen van het te verzekeren risico, zonder dat de verzekeraar tot enig nazicht gehouden is (Cass., 21 maart 1957, *Pas.*, 1957, I, 879). De verzekerde is immers het best geplaatst om het verzekerde risico te kennen, en hij alleen

kent alle omstandigheden die hem ertoe aanzetten een verzekering te sluiten. De verzekeraar van zijn kant beschikt niet over alle inlichtingsbronnen en kan ook niet alle mogelijke vragen stellen. De omgekeerde houding — de verzekeraar verplichten tot inlichting of navraag — zou ongetwijfeld het bedrog vanwege de verzekerde in de hand werken (Monette, F., de Villé, A., et André, R., *o. c.*, nr. 317).

71 – Hierover zijn enkele vermeldenswaardige beslissingen gevallen. De onnauwkeurige beschrijving van bij vroegere ongevallen opgelopen verminkingen sluit geen afdoende beoordeling van het verzekerde risico uit. Een klaarblijkelijke verzwijging wordt echter begaan door de verzekerde, die, op het voorstel van verzekering, nalaat te antwoorden op de vraag bij welke maatschappijen hij vroeger verzekerd was tegen de gevolgen van lichamelijke ongevallen, en die ontkennend antwoordt op de vraag of dergelijke verzekeringen ontbonden werden. Het vermoeden van verzwaring van het verzekerde risico wordt afgeleid eensdeels uit de ontbinding van deze vroegere verzekeringscontracten en anderdeels uit de weigering tot verzekering door een andere maatschappij die de volledige werkelijke toestand kende (Scheidsr. besliss. 14 september 1963, *Bull. Ass.*, 1964, 464, met noot R.V.G.).

Op de vraag of hij niet leed aan enige ziekte en of hij geen lichamelijk letsel had van aard hem te hinderen bij het besturen van een wagen of van aard zijn daartoe vereiste geschiktheden te verminderen, had de verzekerde er zich toe beperkt te antwoorden dat hij onlangs het rijbewijs bekomen had van Touring-Wegenhulp. Een later geneeskundig onderzoek wees echter uit, dat hij wel aan een ziekte leed die zijn fysische bebekwaamheid tot besturen verminderde. De rechtbank van koophandel te Brussel, bij vonnis van 18 maart 1960 (*Jur. Comm. Brux.*, 1960, 255; *Bull. Ass.*, 1960, 631), spreekt de nietigheid uit van het verzekeringscontract op grond van die verzwijging. Het feit dat de verzekeraar zijn verplichtingen is nagekomen jegens het slachtoffer, verandert daar niets aan. Al moge die bewering wel enigszins dubbelzinnig voorkomen, toch heeft de verzekeraar geen onverschoonbare fout begaan die hem verbiedt de nietigheid van het contract te vragen (Hrb. Brussel, 12 oktober 1962, *Jur. Comm. Brux.*, 1962, 327; — zie ook Luik, 21 februari 1961, *Pas.*, 1961, II, 91).

In een ander geval had de verzekerde ontkennend geantwoord op de vraag of hij vroeger nog betrokken was geweest bij autoongevallen, en had hij tevens de verklaring ondertekend dat hij geen enkele bijzondere omstandigheid verborgen hield welke hij had moeten mededelen. Maar juist na de ondertekening van het contract werd in graad van beroep, het vonnis bevestigd dat de verzekerde veroordeelde wegens dronkenschap aan het stuur, vonnis dat betrekking had op een vroeger ongeval. Anderzijds was er nog een andere vervolging aanhangig voor de rechtbank. Terecht werd het verzekeringscontract op grond van verzwijging nietig verklaard door het hof van beroep te Luik (27 maart 1961, *Jur. Liège*, 1960-61, 249; *Bull. Ass.*, 1962, 64).

72 – Het betwiste punt bij de beoordeling van de drie aangehaalde gevallen, is te weten in hoeverre de verzekeraar zelf de gegeven antwoorden moet nagaan en daarop moet reageren om de werkelijke toedracht van zaken te kennen. Zal, bij verzwijging door de verzekerde, het gemis aan navraag of een onvoldoende toezicht een onverschoonbare fout zijn vanwege de verzekeraar, die de instandhouding van het contract meebrengt? Prof. G. Wets meent dat het de verzekeraar enkel niet toegelaten is de verzwijging in te roepen wanneer hij van de juiste toedracht op de hoogte was, maar wel wanneer hij de werkelijkheid had moeten of gemakkelijk had kunnen kennen (*R.C.J.B.*, 1958, nr. 6 e.v., 175). Die mening komt ons echter al te absoluut voor. Om zich over deze vraag uit te spreken, moet rekening worden gehouden met alle bestanddelen van de grond tot nietigheid. De verzekeraar moet in de eerste plaats de verzwijging of de valse verklaring bewijzen, vervolgens aantonen dat hij het verzwegene niet kende, en tenslotte doen inzien dat de handelwijze van de verzekerde de raming van het risico verminderd heeft of het voorwerp ervan veranderde. Doch om nu precies na te gaan of de antwoorden van de verzekerde werkelijk invloed hebben gehad op de beoordeling van het verzekerde risico, moeten ook de houding en de reactie van de verzekeraar op de antwoorden nagegaan worden, en moet meer bepaald nagezien worden of hij het sluiten van de overeenkomst afhankelijk heeft gemaakt van de beantwoording der gestelde vragen. Deze zienswijze werd zeer duidelijk toegelicht in een arrest van het hof van beroep te Gent, van 20 februari 1959 (*R.G.A.R.*, 1959, nr. 6882). Op de vraag of er enige reden was die zijn geschiktheid tot het sturen van een auto verminderde, had een verzekerde ontkennend geantwoord, niettegenstaande hij tijdens zijn legerdienst veroordeeld was geworden om niet in staat te zijn geweest om te sturen. Op een andere vraag of hij nog betrokken was geweest bij andere ongevallen in de laatste drie jaren, had betrokkene geantwoord : „één ongeval, 690 F schade" daarbij niet vermeldende een veroordeling tot twee maanden ontzetting uit het recht te sturen. Verder beantwoordde de verzekerde een aantal vragen, maar liet hij een aantal andere vragen — die precies betrekking hadden op veroordelingen wegens dronkenschap, op het feit niet in staat te zijn geweest een autovoertuig te sturen, en op vroegere ontzettingen uit dit recht — onbeantwoord. Volgens het hof had dit de aandacht moeten trekken van de verzekeraar en hem moeten aanzetten bijkomende inlichtingen te vragen, al moest de verzekerde principieel die gegevens bezorgen. De houding van de verzekeraar bewijst in feite, dat hij de onderschrijving van de polis niet afhankelijk heeft gemaakt van de antwoorden die op de door hem gestelde vragen werden verstrekt.

De voorziening in cassatie werd verworpen bij arrest van het hof van cassatie van 21 oktober 1960 (*Pas.*, 1961, I, 195; *Bull. Ass.*, 1961, fiche Ass. DC nr. 22). In dit arrest wordt aangestipt, dat de beoordeling van de invloed van de verklaringen van de verzekerde op de raming van het risico een feitelijke kwestie is, die door alle bewijsmiddelen, vermoe-

dens inbegrepen, mag bewezen worden. Dergelijk vermoeden kon het hof van beroep vinden in het gemis aan reactie van de verzekeraar op de niet- of onvolledig beantwoorde vragen. Het hof van cassatie bevestigt die zienswijze in zijn arrest van 5 maart 1964 (*Pas.*, 1964, I, 723; *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7457). Wanneer, in een verzekeringsvoorstel, de latere verzekerde het gewicht-op-de-grond van een vrachtwagen van een welbekend merk op onjuiste wijze heeft aangeduid, zodat deze onjuistheid opvallend moest zijn voor een technisch onderlegd persoon van het verzekeringswezen en deze dan ook op het ogenblik van het sluiten van het verzekeringscontract duidelijk kennis had van de onvolledige vermelding, dan kan die onjuistheid niet aangezien worden als een verzwijging of valse verklaring zoals bedoeld bij art. 9 van de wet van 11 juni 1874 : ze vermindert immers in niets de raming van het verzekerde risico (zie verder ook nog nr. 74).

Deze arresten lijken ons redelijke beperkingen van de al bij al grote bescherming die de verzekeringsmaatschappijen genieten. Alles is hier een kwestie van feitelijke omstandigheden en van beoordeling van de handelwijze van partijen. De eisende partij zal er goed aan doen de verschillende mogelijkheden — hoofdzakelijke dwaling, bedrieglijke verzwijging, hoofdbedrog, incidenteel bedrog, en eenvoudige verzwijging — ter beoordeling voor te leggen aan de rechter.

Herinneren we tenslotte nog aan een arrest van het hof van beroep te Luik (21 december 1961, *Bul. Ass.*, 1961, 704), dat de nietigheid een betrekkelijk karakter toekent, zodat de verzekeringsmaatschappij verzaken kan van ze in te roepen. Dergelijke verzaking kan afgeleid worden uit de vrijwillig voortgezette uitvoering (Cass., 7 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1151).

73 – Incidenteel bedrog. — Alhoewel in de wet niet gerept wordt over incidenteel bedrog, en het bestaan ervan in de rechtsleer betwist wordt (zie o.m. De Page, I, nr. 51) of minstens aanleiding geeft tot allerlei beschouwingen (zie Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 906), wordt incidenteel bedrog wel aanvaard door de rechtspraak (Cass., 23 december 1926, *Pas.*, 1927, I, 113. Voor de Franse rechtspraak, die meer genuanceerd is : zie Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. Civ.*, IV, 1, nr. 910).

Het onderscheid tussen hoofdbedrog en incidenteel bedrog wordt als volgt gemaakt en verantwoord. Bij hoofdbedrog wordt de nadruk gelegd op de gevolgen van het bedrog voor de contractant die er het slachtoffer van is, en bij wie de verkeerde voorstelling gewekt werd door bedrieglijke handelingen. Hier gaat het dus om een werkelijk wilsgebrek dat de toestemming aantast. De meest aangewezen sanctie is het vorderen van de nietigheid van de overeenkomst, alhoewel het slachtoffer eraan kan verzaken en zich vergenoegen kan met schadevergoeding. De problemen liggen uitsluitend op contractueel vlak. Bij incidenteel bedrog echter gaat de aandacht veeleer naar de handelwijze van hem die de bedrieglijke handelingen verricht heeft. Ook worden de gevolgen ervan als minder ernstig aangezien : het incidenteel bedrog heeft enkel tot gevolg dat de

bedrogen contractant zwaardere voorwaarden heeft aanvaard dan normaal het geval zou geweest zijn zonder de bedrieglijke handelingen. De sanctie van deze burgerlijke aansprakelijkheid, op grond van art. 1382 B.W., zal daarom meestal bestaan in de toekenning van schadevergoeding, alhoewel nietigverklaring hier niet volledig moet uitgesloten worden (Renard, Cl., *Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 907).

Een zeer juiste toepassing werd gemaakt door de rechtbank van koophandel te Kortrijk (31 oktober 1959, *R.W.*, 1960-61, 906). Bij het sluiten van een overeenkomst betreffende cursussen per briefwisseling, heeft het Instituut van wie ze uitgaan laten doorschemeren dat het eveneens een actieve medewerking verzekert tot het bekomen van een passende betrekking. Zulks stemt niet helemaal overeen met de werkelijkheid. Had de medecontractant daarvan kennis gehad dan zou hij de gestelde voorwaarden niet aanvaard hebben, aangezien de door het Instituut medegedeelde cursussen en geleverde prestaties niet de voorgevende waarde hadden.

74 – Bewijs van het hoofdbedrog. — Zoals in geval van dwaling moet het bedrog bestaan op het ogenblik dat de overeenkomst gesloten wordt. Zo is het ook bij het verzekeringscontract : het bedrog moet bestaan op de dag dat de verklaringen afgelegd worden die dienen tot basis van de verzekeringspolis.

In een levensverzekeringspolis is een beding opgenomen luidens hetwelk de overeenkomst onbetwistbaar wordt van zodra zij, door betaling van de eerste premie, bestaan en werking heeft verkregen; behalve ingeval van bedrog. In de zaak die werd voorgelegd aan het hof van beroep te Gent (24 juni 1963, *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7342) was de eerste premie betaald. Daardoor, zegt het hof, krijgt de regel van de onbetwistbaarheid volle uitwerking : het voorbehoud *in geval van bedrog* moet, als uitzondering, beperkend worden uitgelegd : dergelijk beding sluit niet alleen de grove schuld van de verzekeringsnemer uit, maar brengt ook mee dat het bedrog moet bewezen zijn vooraleer verzwijgingen en valse verklaringen de nietigheid van de polis kunnen staven.

In zijn beoordeling van de bewijsmiddelen tot staving van dit bedrog, neemt het hof een onaanvechtbare houding aan wat betreft de bewijskracht van voorgelegde geneeskundige getuigschriften : alle stukken die, betreffende de meerderjarige patient-verzekeringnemer, geneeskundige- of medische behandelingen bevestigen, ziekten vernoemen, ze naar de klinische en objectieve verschijnselen beschrijven, de uitslagen van laboratoria-ontledingen vermelden, toegepaste therapieën en toegediende geneesmiddelen en tussenkomsten aangeven, en die aan de ene of de andere partij verschaft werden na zijn overlijden, moeten uit de debatten verwijderd worden. De auteurs van die stukken waren als behandelende geneesheren gehouden tot het beroepsgeheim, zelfs na het overlijden van hun patient, en ze hebben dit, door de overhandiging van de besproken stukken aan personen die er geen recht op hadden, geschonden. Zulks is strijdig met de openbare orde. De betrokkene had, toen hij nog

in leven was, hem van dit beroepsgeheim niet uitdrukkelijk of stilzwijgend ontslagen, en zijn ouders hadden al evenmin het recht het aan hun meerderjarige vooroverleden zoon verschuldigd beroepsgeheim te lichten.

75 – SANCTIE VAN HET HOOFDBEDROG. — Sanctie van het hoofdbedrog is de nietigverklaring van de overeenkomst. Alleen de contractant, van wie de toestemming behebt is met dit wilsgebrek, kan die vordering instellen. Het is dus een betrekkelijke nietigheid (zie Luik, 26 januari 1960, *J.T.*, 1960, 427; *Bull. Ass.*, 1960, 793).

De vordering verjaart door verloop van een termijn van tien jaren; termijn die begint te lopen van de dag waarop het bedrog is ontdekt (art. 1304 B.W.).

De belanghebbende kan ook een vordering instellen tot schadeloosstelling : deze vordering zal insgelijks verjaren door verloop van dezelfde termijn van tien jaren. Indien het bedrog uitging van een derde, geldt tegenover deze laatste het gemeen recht (zie Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 930 en de aangehaalde rechtsleer).

Vermits de sanctie bestaat in een betrekkelijke nietigheid, kan de rechtshandeling bevestigd of bekrachtigd worden : het moet uitgaan van de persoon, wiens toestemming door de bedrieglijke handeling werd aangetast, handelend met kennis van zaken (art. 1338 B.W.). De bevestiging kan niet slechts uitdrukkelijk gebeuren doch ook al stilzwijgend, en dit o.m. door verzaking aan de vordering tot nietigverklaring ingevolge vrijwillige uitvoering van de verbintenissen van het contract wel wetende dat er reden tot vernietiging bestaat. De verzaking aan de vordering eist dus een onbetwistbare wilsuiting daaromtrent, die niet kan afgeleid worden uit een zekere lijdzaamheid of een afwachtende houding (zie daarover in het algemeen : Cass., 11 januari 1963, *Pas.*, 1963, I, 552; — Cass., 19 september 1963, *R.W.*, 1963-64, 1552; *Pas.*, 1964, I, 62).

Zo besliste het hof van beroep te Luik, bij arrest van 21 februari 1961 (*Jur. Liège*, 1961-62, 57; *Pas.*, 1961, II, 91; *R.G.A.R.*, 1962, nr. 6813), dat de stilzwijgende verzaking aan de vordering tot vernietiging wegens bedrieglijke verzwijging niet vaststaat, wanneer de verzekeraar, enerzijds, op grond van de algemene voorwaarden die dit toelaten na ieder schadegeval de mogelijkheid inroept om het contract op te zeggen, en, anderzijds, duidelijk aan de raadslieden van verzekerde laat weten dat hij weigert tussenbeide te komen in de geldelijke regeling van het ongeval omdat er nietigheid is wegens bedrieglijke verzwijging. Uit dergelijke, weliswaar dubbelzinnige, gegevens kan in geen geval de verzaking aan die vordering afgeleid worden; verzaking die niet vermoed wordt doch die moet vaststaan en bewezen zijn (Zie ook Cass., 7 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1151).

III. Het geweld

76 – ALGEMENE BESCHOUWINGEN. — Zuivere fysische dwang is in werkelijkheid geen wilsgebrek : er kan immers geen sprake zijn van toestemming.

In ieder geval heeft de aldus tot stand gekomen overeenkomst geen geldige oorzaak.

Geweld kan enkel in aanmerking komen als wilsgebrek door de *vrees* die het doet ontstaan, en die dan op haar beurt de wederpartij ertoe aanzet de overeenkomst te sluiten. Die morele dwang bestaat in de bedreiging met een dadelijk en aanzienlijk kwaad, dat van fysische, geldelijke of zedelijke aard kan zijn. Algemeen veronderstelt dit geweld het gebruik van woorden of gebaren; het kan echter uitzonderlijk voortvloeien uit een onthouding (zie Renard, Cl., *Nov., Dr., civ.*, IV, 1, nr. 803).

77 – a) Opdat geweld als wilsgebrek zou kunnen gelden, moet het doorslaggevend zijn geweest bij het geven van de toestemming.

De wettelijke omschrijving is niet heel juist, wanneer in art. 1112 B.W. van een *dadelijk kwaad* wordt gesproken; wel moet het kwaad waarmede gedreigd wordt nakend zijn, zodat het een onmiddellijke vrees doet ontstaan. De keuze moet duidelijk gesteld zijn : ofwel het kwaad ondergaan, ofwel de overeenkomst sluiten.

Art. 1112 B.W. duidt tevens aan van welke aard dit kwaad moet zijn. Enerzijds moet het geweld van dien aard zijn, dat het op een redelijk mens moet indruk maken (art. 1112, eerste lid, B.W.), hetgeen een objectieve beoordeling (*in abstracto*) veronderstelt; anderzijds, zegt art. 1112, tweede lid, B.W., dat hierbij wordt gelet op de leeftijd, het geslacht en de stand van de personen, wat een subjectieve beoordeling is die trouwens meer overeenstemt met het begrip wilsgebrek. Op het eerste gezicht kunnen die aanwijzingen als tegenstrijdig voorkomen (zie in die zin : Marty, G., et Raynaud, P., *Droit civil*, IV, 1, nr. 143). Toch geloven we met Prof. Cl. Renard (*Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 106) dat dit niet het geval is. Art. 1112, eerste lid, B.W. wijst een algemeen beoordelingscriterium aan : van zodra de vrees ernstig is en van aard om in aanmerking genomen te worden door een redelijk mens, is de handeling die er uit voortvloeit aangetast door een wilsgebrek, zij het dan nog dat de verstandelijke ontwikkeling of het fysisch weerstandsvermogen zodanig is dat het de betrokken persoon niet had mogen beïnvloeden. Beantwoordt die persoon niet aan die algemene opvatting, dan kan zelfs een onbeduidende dwang in aanmerking worden genomen op grond van art. 1112, tweede lid, B.W.

Het geweld, zoals omschreven, is een oorzaak van nietigheid, al werd het gepleegd door een derde (art. 1111 B.W.), en zelfs wanneer het tegen andere personen gericht is (art. 1113 B.W.). Dit artikel geeft een opsomming van die derden, doch algemeen wordt aangenomen dat de opsomming niet beperkend is : het slachtoffer moet enkel het bewijs leveren van affectieve banden met die derden, zodat geweld tegen die derden van aard is zijn wil te beïnvloeden (Dekkers, II, nr. 54).

78 – b) Het geweld moet onrechtvaardig en onwettelijk zijn. Hier komt het vroegere delictuele karakter van dit wilsgebrek op de voorgrond. Het wilsgebrek bestaat niet wanneer de druk die werd uitgeoefend op de

wil of het verstand van de medecontractant het gevolg is, hetzij van bestaande normale gezagsverhoudingen, hetzij van het normaal gebruik van rechtsmiddelen.

Van de eerste gedachte is art. 1114 B.W. een illustratie : de vrees uit eerbied voor vader of moeder of een ander bloedverwant in de opgaande lijn, zonder dat enig geweld is gepleegd, is op zichzelf niet voldoende om het contract te vernietigen. Ook die opsomming is niet beperkend.

De tweede gedachte werd door de rechtspraak ontwikkeld : een verbintenis wordt niet vernietigd wanneer de uitgeoefende dwang haar oorsprong vindt in de bedreiging van de aanwending van normale rechtsmiddelen, of meer in 't algemeen van een recht. Doch zonder dat de uitgeoefende dwang de perken van het aangewende recht te buiten gaat, en op voorwaarde niet als misbruik van recht te worden aangezien.

Het bestaan van geweld is een feit, dat kan bewezen worden door alle rechtsmiddelen; de sanctie is de nietigheid van de overeenkomst, met mogelijke schadeloosstelling.

79 – Toepassingen. — Zoals in het verleden, zijn het de vereisten van onrechtvaardigheid en niet-wettelijkheid van het geweld die aanleiding hebben gegeven tot enkele interessante beslissingen.

De noodzakelijkheid van die beide vereisten, opdat het geweld een wilsgebrek zou zijn, wordt bevestigd door het hof van cassatie in zijn arrest van 21 januari 1960 (*Pas.*, 1960, I, 576). Trouwens ook nu zal het hof van cassatie steeds nagaan of de wettelijke bestanddelen van dit wilsgebrek, bepaald als ze zijn in art. 1111 e.v. B.W., voorhanden zijn in de gegevens die werden aangehouden en omschreven door de feitenrechter (Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 808 bis).

De vroegere rechtspraak, volgens dewelke er geen sprake kan zijn van geweld wanneer de uitvoering van de overeenkomst wordt nagestreefd met normale wettelijke middelen, wordt bevestigd bij een arrest van het hof van beroep te Luik van 8 februari 1962 (*Jur. Liège*, 1962-63, 96; *Pas.*, 1963, II, 142) : het beslag op de goederen van een schuldenaar is een gerechtvaardigd en wettelijk middel van tenuitvoerlegging.

Zoals aangestipt is het niet voldoende dat het rechtsmiddel naar de vorm regelmatig zij. Van wettelijke middelen kan misbruik gemaakt worden, en juist door dit misbruik van recht ontstaat dan het wilsgebrek. Een zeer duidelijk voorbeeld is daarvan te vinden in het arrest van het Franse hof van cassatie van 3 november 1959 (*Rev. prat. Not.*, 1961, 299; *D.*, 1960, *J*, 187, met noot G. Holleaux; *Gaz. Pal.*, 1960, 1, 16; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1960, 295). Een huis, sedert lange jaren door een oude weduwe bewoond, wordt openbaar verkocht. Deze vrouw, gehecht aan die woning, doet een grote geldelijke inspanning en krijgt het huis toegewezen. Onmiddellijk daarna krijgt ze het bezoek van een makelaar die haar voor de volgende keus stelt : ofwel doet ze een commandsverklaring in zijn voordeel, waarvoor ze 25.000 F ontvangt en het recht nog

twee jaar het huis te bewonen, ofwel, zo ze dit voorstel weigert, doet de makelaar dan een opbod en wordt ze na de uiteindelijke toewijzing onmiddellijk uitgedreven. De ongelukkige vrouw tekent de overeenkomst, doch bekomt voor het hof van beroep te Parijs de nietigheid. De makelaar dient cassatieberoep in, aanvoerende dat, zo het waar is dat hij druk heeft uitgeoefend op de vrouw die het huis kocht, hij dit toch gedaan had met een wettelijk middel. Het hof van cassatie antwoordt daarop zeer terecht, dat de makelaar wel het recht had een opbod te doen, maar daarom niet het recht had een commandsverklaring te eisen. Hij maakt dus misbruik van zijn recht tot opbod, wanneer hij dit recht gebruikt om commandsverklaring te bekomen, te meer daar er geen rechtstreeks verband bestaat tussen het recht waarvan hij dreigt gebruik te maken en de overeenkomst die hij wil zien tot stand komen. Alhoewel in wezen wettelijk, wordt het rechtsmiddel onwettelijk door het nagestreefde doel (zie Mazeaud, H., et L., *Chronique de Jurisprudence, Rev. trim. dr. civ.*, 1960, 296).

80 – Een eerder uitzonderlijke doch interessante toepassing van de vereiste onrechtvaardigheid van het gebruikte rechtsmiddel is te vinden in het arrest van het hof van beroep te Brussel van 11 september 1962 (*J.T.*, 1962, 548, met het advies van advokaat-generaal Baron van den Branden de Reeth; *Pas.*, 1964, II, 3). Een maatschappij bekomt in 1956 bij toepassing van een K.B. van 17 maart 1955, een vergunning tot invoer van kaas uit Finland, geldig tot 19 november 1959. De inklaring van een lading kaas, ter beschikking gesteld van het douaneagentschap op 8 november 1958, gebeurt op 10 november, datum waarop het K.B. van kracht wordt dat een aanzienlijke verhoging van invoerrechten voorziet en o.m. op kaas. De firma meent dat de bedoelde invoerrechten in de gegeven omstandigheden, niet verschuldigd zijn. De bevoegde dienst voor Contingentering en Vergunningen is niet alleen een andere mening toegedaan, doch neemt verschillende maatregelen : hij vraagt de onmiddellijke betaling van de verschuldigde rechten (376.765 F), zoniet zullen vervolgingen worden ingesteld; bovendien zal, bij niet-betaling, niet enkel de toekenning van verdere invoervergunningen worden geweigerd, maar zullen ook de reeds toegekende vergunningen geschorst worden. Daarop betaalt de firma de kwestieuze som, echter niet zonder het nodige voorbehoud gemaakt te hebben en tevens wijzende op de onregelmatigheid van de gewraakte handelwijze. Daarna stelt ze een vordering in tot terugbetaling, in hoofdorde omdat de som niet verschuldigd is en in ondergeschikte orde omdat de betaling gebeurde ten gevolge van dwang. Het hof, op eensluidend advies van het openbaar ministerie aanvaardt deze laatste grond : alle voorwaarden voor het bestaan van dit wilsgebrek zijn immers verenigd. In de eerste plaats is de betaling geschied onder de bedreiging van opschorting der toegekende en toekomstige invoervergunningen. Vervolgens was deze bedreiging ongetwijfeld van aard indruk te maken op de directie van de firma, vermits een groot deel van haar activiteit afhangt van die invoervergunningen en dat de intrekking ervan

op min of meer lange termijn het einde van de onderneming zou betekenen. Tenslotte gaat het ook om een onwettig geweld — en hier ligt het oorspronkelijk karakter van het arrest—: het bestuur streeft misschien wel een wettelijk doel na en mocht zeker gerechtelijke vervolgingen instellen om betaling te bekomen van de naar zijn zienswijze verschuldigde invoerrechten, maar de *middelen* (en wel de weigering van nieuwe invoervergunningen) die daarvoor aangewend worden, dienen in de gegeven omstandigheden als een misbruik van recht te worden beschouwd. Die middelen zijn hier willekeurig en wederrechtelijk, en geenszins verantwoord door het gewone normale motief, te weten de vrijwaring van de algemene belangen van de Belgische-Luxemburgse Economische Unie.

Ten slotte dient betreffende de verjaring van de vordering tot vernietiging enkel nog het arrest te worden aangestipt, van het Franse hof van cassatie van 19 april 1961 (*J.C.P.*, *Tableaux*, 1961, 82), waarbij bevestigd wordt dat het voor instellen van deze vordering de termijn van 10 jaren toepasselijk is.

IV. De benadeling

81 – Algemene beschouwingen. — De benadeling wordt onder de wilsgebreken besproken, op grond van de tekst van het B.W. die ze onder de wilsgebreken vermeldt en ook omdat traditioneel wordt aangenomen dat benadeling steunt op het onweerlegbaar vermoeden van een gebrekkige toestemming (Renard, Cl., *Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 584). We delen deze opvatting niet en wijden aan de benadeling slechts enkele algemene beschouwingen om onze zienswijze te verantwoorden, met aanduiding van enkele gerechtelijke beslissingen ter zake gewezen. Het probleem van de gekwalificeerde benadeling wordt afzonderlijk onderzocht.

Is benadeling een wilsgebrek, zoals art. 1118 B.W. het schijnt te laten veronderstellen? Benadeling bestaat in geldelijk verlies dat, bij het sluiten van een overeenkomst, voor één van de partijen voortvloeit uit de wanverhouding tussen het voordeel van de ten opzichte van die partij aangegane verbintenissen en de prestatie die ze zelf levert. Zo gezien kan er geen sprake zijn van een wilsgebrek, maar wel van een gebrek van de overeenkomst als dusdanig zijnde een gemis aan evenwicht tussen de prestaties, wat juist vereist wordt door de billijkheid. Dat is de objectieve opvatting van de benadeling, die dan ook niet kan beschouwd worden als een wilsgebrek. Datzelfde gemis aan evenwicht tussen de prestaties kan echter beschouwd worden als het bewijs dat de toestemming in de overeenkomst niet vrij was; en zo wordt door een subjectieve benadering, de benadeling als wilsgebrek verantwoord.

82 – Zoals Cerexhe (*Le problème de la lésion*, *Ann. dr. sc. pol.*, 1961, 151-164) en Prof. Cl. Renard, (*Nov.*, *Dr. civ.*, IV, 1, nr. 935) het onderstrepen, komen bij de oplossing van de problemen in verband met de

benadeling twee reeksen regels van morele en juridische aard met elkaar in botsing : aan de ene kant heeft men de wilsautonomie en de eerbied voor het gegeven woord, aan de andere kant de bescherming van de enkeling tegen zijn eigen hartstochten en de noodzakelijkheid van de inachtneming van de verdelende rechtvaardigheid en van de billijkheid in de contractuele betrekkingen. Al die regels zijn even onontbeerlijk voor het algemeen belang, welk standpunt ook er ten aanzien van de benadeling wordt ingenomen. Steeds zal *de* moeilijkheid erin bestaan een duidelijk beoordelingscriterium vast te leggen, dat meteen een vergelijk zou zijn van de toepassing van de hogervermelde beide reeksen regels. Tot op heden is men er niet in geslaagd. Wel zijn meer moderne wetgevingen die weg opgegaan, en is ook de rechtspraak in die zin geëvolueerd aangezien er sprake is van omstandige of gequalificeerde benadeling, d.w.z. dat het objectieve feit van de wanverhouding gemengd is met een vermoed wilsgebrek (zie verder nr. 84).

In het B.W. wordt benadeling in het algemeen slechts aangenomen ten aanzien van minderjarigen, tenzij de benadeling enkel het gevolg is van een toevallige en onvoorziene gebeurtenis (art. 1306 B.W.). De minderjarigen mogen alle soort benadeling inroepen en dit voor om het even welke overeenkomst (art. 1305 B.W.) : hun onbekwaamheid schept een algemeen vermoeden van gebrekkige wil, een gebrek dat in alle soorten benadeling tot uiting komt (Dekkers, II, nr. 61).

Is het slachtoffer meerderjarig, dan geldt de benadeling als rechtsgrond (tot vernietiging of vermindering van de contractuele verplichting) slechts voor bepaalde overeenkomsten en op voorwaarde dat ze aanzienlijk zou zijn (van meer dan 7/12 bij verkoop van een onroerend goed — art. 1674 B.W.; van meer dan 1/4 bij verdeling — art. 887 en 1079 B.W.; van meer dan 1/2 bij aanvaarding van een nalatenschap en ontdekking van een testament dat op het ogenblik van de aanvaarding onbekend was — art. 783 B.W.; en voor de vennootschap met leeuwenaandeel — art. 1855 B.W.). Latere wetten hebben de toepassing uitgebreid tot overdreven interest bij lening (art. 1907 *ter* B.W.), tot het bediendencontract (zie art. 6 van de wet van 7 augustus 1922), en tot de verkoop van zaden en meststoffen (benadeling van meer dan 1/4, art. 2 van het K.B. nr. 89 van 30 november 1939). In al die gevallen beschermt de wet slechts één van partijen en niet steeds dezelfde : bij de verkoop van een onroerend goed beschermt ze de verkoper; bij de verkoop van zaden en meststoffen, de koper (Dekkers, II, nr. 60).

83 – Sanctie. — Ook de sanctie verschilt naargelang van het geval : nu eens geeft benadeling aanleiding tot vernietiging (verkoop, verdeling, aanvaarding van nalatenschap), dan weer tot vermindering van de bedongen prestaties (bij de lening op interest, en de verkoop van zaden en meststoffen); wat trouwens niet belet dat traditioneel wordt aangenomen, dat de benadeelde persoon in dergelijke overeenkomst niet heeft kunnen toestemmen dan door vergissing of ten minste ingevolge morele dwang.

Hoe dan ook, zoals Prof. Cl. Renard (*Nov., Dr. civ.*, IV, 1, nr. 939) menen we, dat in de huidige stand van de wetgeving elke samenhang ontbreekt : de fundamentele opvatting van de benadeling is subjectief, wat bevestigd wordt doordat ze in het B.W. werd opgenomen onder de wilsgebreken, terwijl de verschillende gevallen van benadeling bij de wet voorzien *in se* en naar hun technische uitwerking (bepaling, werking en sanctie) objectief en trouwens nog verschillend geregeld zijn.

Dit ontbreken van iedere eenvormigheid belet dat in de huidige stand van zaken de bestaande vormen van benadeling zouden beschouwd worden als toepassingsgevallen van een wilsgebrek. Ze worden elk afzonderlijk besproken in de afzonderlijke overzichten van rechtspraak (Bijzondere contracten — Erfenissen).

84 – Omstandige of gekwalificeerde benadeling. — Zoals hoger reeds werd onderstreept, (nr. 18), schijnt ons hof van cassatie zich bij arrest van 21 september 1961 (*Pas.*, 1962, I, 91), zij het impliciet, uitgesproken te hebben voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling. Door dit arrest werd een vonnis verbroken van de rechtbank te Luik, van 28 oktober 1959, waarin, op grond van de omstandige benadeling, het beding van een contract werd nietigverklaard, waarbij eiser een maandelijkse vergoeding van 300 F toegewezen werd voor publiciteits- en bureelonkosten voor het geval één van partijen een einde zou stellen aan het mandaat door de uitvoering te beletten of door af te zien van zijn uitwerking gedurende minstens één jaar, hetgeen volgens de rechtbank er op neerkomt aan eiser een jaarlijks bruto inkomen van 720.000 F te verschaffen wanneer hij geen koper vindt. Dit enkele materiele gegeven volstaat niet, volgens het hof, om te aanvaarden dat eiser heeft gerekend op de onwetendheid of de nalatigheid van verweerder, en dat de overeenkomst derhalve een ongeoorloofde oorzaak heeft als strijdig met de goede zeden. Immers bij die zuiver mathematische vaststelling wordt geen rekening gehouden met de prestaties die eiser zelf moet verrichten in uitvoering van de overeenkomst, voorwerp van het geding. Meteen vinden we hier de bepaling terug van de omstandige benadeling, zoals die duidelijk omschreven werd door Prof. A. De Bersaques in zijn recente studie gewijd aan dit onderwerp (*L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion, Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, II*, 487-513).

Deze vooraanstaande verdediger van de *omstandige benadeling* wijst erop, dat met dit begrip de subjectieve opvatting van de benadeling, nog zeer levend is, zij het dan in een andere uitwerking. De omstandige benadeling bestaat wanneer een duidelijke, en gewichtige wanverhouding in de wederzijdse verbintenissen bestaat, die haar oorsprong vindt in de uitbuiting van de ondergeschikte positie van één van de partijen. De gedachte van benadeling ligt hier heel anders : ze wordt immers *objectief* vastgesteld en heeft in ieder geval geen dwaling voor gevolg; doch het vraagstuk dat door de vooropgezette regeling wordt opgelost wordt niet gesteld op het plan van de in het contract betrokken enkeling, maar op

het algemene morele plan : wat op de voorgrond treedt is de bestrijding van de oneerlijke handelwijze van hem die de benadeling veroorzaakt heeft door oneerlijke middelen en handelwijzen te gebruiken. De juridische grondslag en de sanctie van de benadeling zijn ook verschillend van deze naar de traditionele opvatting : de omstandige benadeling steunt op quasi-delictuele aansprakelijkheid ingevolge een misbruik van recht. De rechter zal derhalve een schadevergoeding kunnen toekennen, die de vorm kan aannemen van een vermindering van de overdreven verbintenis. (De Bersaques, A., *o.c.*, II, nr. 28, 513).

85 – Een recente toepassing van dit begrip is te vinden in het arrest van het hof van beroep te Brussel, van 15 mei 1963 (*J.T.*, 1963, 593). Een brouwerij staat aan een restaurateur een lening toe van 186.540 F, onder volgende voorwaarden : de hoofdsom en de interesten moeten geregeld afbetaald worden, enkel de dranken van deze brouwerij mogen verkocht worden, en de exploitatie dient voortgezet te worden tot op 31 januari 1965; bij voortijdige stopzetting van de activiteit zal de ontlener een vaste som moeten betalen, gelijk aan het bedrag van de lening. Na betaling van kapitaal en interesten, houdt de restaurateur in 1960 op met de exploitatie, en de brouwerij eist de toepassing van het strafbeding. In zijn arrest verklaart het hof dit beding nietig, na vastgesteld te hebben dat het „in aanzienlijke wanverhouding is, zowel met het risico aan de lening verbonden, als met de schade welke zou kunnen zijn voortgevloeid uit de niet- uitvoering van de verbintenis; zodat dit beding in werkelijkheid ontaardt in een speculeren, waarbij de uitlener eerder alle hoop stelt op de niet-uitvoering dan op de uitvoering van de verbintenis, vermits hij veel meer voordelen ontvangt in het eerste geval onder vorm van schadeloosstelling dan bij de normale uitvoering van de overeenkomst". Zonder daarbij de nadruk te leggen op de uitbuiting van de ondergeschikte positie — die in feite overduidelijk is — wordt hier de omstandige benadeling aanvaard : in hoofde van de uitlener stelt het hof een handelwijze vast, die onaanvaardbaar is. „Het strafbeding is hier niet een beding tot schadevergoeding wegens een contractuele inbreuk, maar enkel een verrijking zonder enige tegenprestatie van degene in wiens voordeel ze bedongen werd, zodat deze rekent op de onmogelijkheid of de uitzonderlijke moeilijkheid van de uitvoering van de verbintenis"; wat betekent dat die verbintenis een ongeoorloofde oorzaak heeft, als strijdig met de goede zeden.

86 – E. Vieujean meent dat op die wijze de algemene contractenleer ontwricht wordt : immers, zo de omstandige benadeling op grond van een oorzaak die strijdig is met de goede zeden de nietigheid van het contract meebrengt, waarom wordt dit dan ook niet aanvaard voor overeenkomsten gesloten onder dwang of geweld? Hetgeen volgens dhr. Vieujean gevaarlijk voorkomt is, dat in de ongeoorloofde oorzaak verschijnselen opgenomen worden die door het B.W. als wilsgebreken bestempeld

worden : de art. 1131 en 1133 mogen derhalve niet ingeroepen worden om de omstandige benadeling te beteugelen. Des te meer, dat ter zake ongeoorloofde contracten, men in ons geldend rechtsbestel de bescherming van de maatschappij op het oog heeft en niet de afzonderlijke bescherming van de partijen die betrokken zijn bij de gesloten overeenkomst. Het is niet het onwettelijk optreden van de enkeling tegenover de medecontractant dat beoordeeld wordt, maar wel het onwettelijk resultaat van de overeenkomst ten nadele van de maatschappij zelf. Of deze opvatting wel zo duidelijk afgelijnd is bij de omstandige benadeling, kan betwijfeld worden : ook daar wordt de bestrijding van oneerlijke handelwijzen op een algemeen plan gesteld.

In ieder geval is dhr. Vieujean akkoord om aan te nemen, dat de sanctie van art. 1382 B.W. zou toegepast worden op handelingen die omschreven worden als omstandige benadeling, net zoals bij incidenteel bedrog. Deze quasi-delictuele aansprakelijkheid heeft daarbij het voordeel, dat de vordering alleen wordt toegekend aan de benadeelde partij en dat ze niet noodzakelijk leidt tot de vernietiging van de overeenkomst: ofwel kan een schadeloosstelling worden toegekend ofwel een vermindering van de verplichtingen uitgesproken worden.

Terecht stelt dhr. Vieujean de vraag, of de quasi-delictuele aansprakelijkheid wel een afdoende oplossing kan geven wanneer het enkel gaat om vernietiging of vermindering van bijkomende bedingen, zoals, in het besproken geval, bij overdreven geachte strafbedingen. De toepassing van art. 1382 B.W. veronderstelt immers een fout, een schade en een oorzakelijk verband tussen beide. Welke is nu precies de oorzaak van de schade berokkend aan een schuldenaar die een overdreven schadevergoeding moet betalen : is het de fout van de schuldeiser die van de ondergeschikte positie van zijn schuldenaar gebruik heeft gemaakt om die overdreven schadevergoeding te bedingen, of ligt de fout bij de schuldenaar zelf die zijn verbintenissen niet nakomt en daardoor de vordering tot schadeloosstelling, voorzien door het strafbeding, doet ontstaan? (zie over dit alles : Vieujean, E., *Chronique de jurisprudence belge, Rev. trim. dr. civ.*, 1964, nr. 3, blz. 406-411).

(*Slot volgt*)