OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1974-1980)

VERBINTENISSEN

door

Robert KRUITHOF
Gewoon Hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen (U.I.A.)
Buitengewoon Docent aan de Vrije Universiteit Brussel (V.U.B.)

INHOUD

Inleiding

Het begrip verbintenis

1. Onderscheid tussen juridische verbintenis, morele verplichting en natuurlijke verbintenis — 2.-3. Natuurlijke verbintenis. Omvorming in een burgerlijke verbintenis — 4. Onderscheid tussen verbintenissen en zakelijke rechten

Deel I

DE BRONNEN VAN DE VERBINTENISSEN

Hoofdstuk I

DE VERBINTENIS DOOR EENZIJDIGE WILSUITING

5-6. Controverse over het bestaan van deze bron van verbintenissen

Hoofdstuk II

DE OVEREENKOMSTEN

Afdeling I

Het begrip contract

7. Onderscheid tussen contract en verbintenis — 8. Onderscheid tussen contract en wet — 9. Onderscheid tussen contract en *gentlemen's agreement*

Afdeling II

De basisbeginselen van de contractenleer

10. Inleiding — 11. Wilsautonomie — 12. Bindende kracht der overeenkomsten — 13. Bindende kracht der overeenkomsten – Uitzonderingen — 14. Bindende kracht der overeenkomsten – Uitzonderingen – Eenzijdige opzegging *ad nutum* — 15. Bindende kracht der overeenkomsten – Uitzonderingen – Imprevisieleer — 16. Bindende kracht der overeenkomsten – Uitzonderingen – Vermindering van het loon van de mandataris en van de tussenpersonen in het algemeen

Afdeling III

De totstandkoming van de overeenkomsten

A. De toestemming

a. *Ontbreken van wilsovereenstemming*

17. Ontbreken van toestemming – Kloosterlingen — 18. Ontbreken van toestemming – Geestesziekte — 19. Ontbreken van toestemming – Andere toepassingen — 20. Wilsovereenstemming over de hoofdbestanddelen of over alle bestanddelen van het contract

b. *Precontractuele aansprakelijkheid*

21. *Culpa in contrahendo* – Algemeen — 22. *Culpa in contrahendo* – Onderhandelingen en voorstellen niet gevolgd door een contract — 23. *Culpa in contrahendo* – Relatief nietige overeenkomst – Bijkomende schadeloosstelling — 24. *Culpa in contrahendo* – Relatief nietige overeenkomst – Behoud van het contract met schadeloosstelling — 25. *Culpa in contrahendo* – Absoluut nietige overeenkomst – Schadeloosstelling — 26. *Culpa in contrahendo* – Rechtsgeldige overeenkomst – Schadeloosstelling — 27. *Culpa in contrahendo* – Fout van een derde

c. *Voorstel, aanbod en contractbelofte*

28. Voorstel en aanbod – Onderscheid – Criterium — 29. Voorstel en aanbod – Onderscheid – Toepassingen — 30-31. Aanbod – Bindende kracht — 32. Contractbelofte

d. *Aanvaarding*

33. Uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding — 34. Stilzwijgende aanvaarding van standaardbedingen – Algemeen — 35. Voorafgaandelijke kennis van standaardbedingen — 36. Loutere verwijzing naar standaardbedingen — 37. Mogelijke kennis van standaardbedingen — 38. Stilzwijgende aanvaarding van standaardbedingen (vervolg) — 39. Stilzwijgende aanvaarding van standaardbedingen – Gebruikelijke standaardbedingen

e. *Vertegenwoordiging*

40. Algemeen

f. *Simulatie of veinzing*

41. Algemeen

g. *De gebreken in de toestemming*

1° *Dwaling*

42. Verhinderende dwaling – Dwaling omtrent de oorzaak van de overeenkomst — 43. Essentiële dwaling – Algemeen — 44. Essentiële dwaling – Toepassing – Kwijting voor saldo van rekening — 45. Essentiële dwaling – Aanverwante vorderingen — 46. Onverschoonbare dwaling – Juridische grondslag — 47. Onverschoonbare dwaling – Rechtsdwaling — 48. Onverschoonbare dwaling – Kwijting voor saldo van rekening — 49. Onverschoonbare dwaling – Uitvoering van het contract — 50. Conventionele regeling van het dwalingsrisico — 51. Dwalingsrisico – Toepassing – Kwijting voor saldo van rekening — 52. Dwaling – Sanctie – Relatieve nietigheid – Aanpassing van het contract — 53. Dwaling – Bewijs

2° *Bedrog*

54. Begrip bedrog — 55. Bedrieglijke verzwijging — 56. Leugenachtige verklaringen en bedrieglijke verzwijgingen – Toepassingen — 57-58. Achterhaalbaar bedrog — 59. Toelaatbaar bedrog – *Dolus bonus* en *dolus malus* — 60. Hoofdbedrog – Toepassingsgevallen — 61. Bedrog uitgaande van een derde

3° *Geweld*

62-63. Geoorloofde en ongeoorloofde dwang

4° *Benadeling*

64. Begrip — 65. Benadeling – Grond voor vernietiging van het contract — 66. Theorie van de gekwalificeerde benadeling

B. Voorwerp

67. Voorwerp moet in handel zijn — 68. Voorwerp moet bepaald of bepaalbaar zijn — 69-70. Voorwerp moet bepaald of bepaalbaar zijn – Partijbeslissing — 71. Voorwerp moet bestaan – Toekomstige zaken — 72. Geoorloofd voorwerp – Dwingende wetsbepalingen die al of niet de openbare orde raken — 73-74. Ongeoorloofd voorwerp – Bedingen die de huwelijksvrijheid beperken — 75. Ongeoorloofd voorwerp – Exploitatie van kansspelen — 76. Ongeoorloofd voorwerp – Vrije beroepen – Architect — 77. Ongeoorloofd voorwerp – Overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap — 78. Ongeoorloofd voorwerp – Sociaal recht — 79. Ongeoorloofd voorwerp – Arbitrage — 80. Ongeoorloofd voorwerp – Andere toepassingsgevallen

C. Oorzaak

81. Noodzakelijk bestaan van een oorzaak — 82. Noodzakelijk bestaan van een oor-

zaak (vervolg) – Kwijting voor saldo van rekening — 83. Ongeoorloofde oorzaak – Buitenechtelijke verhouding — 84. Ongeoorloofde oorzaak – Andere toepassingen — 85. Ongeoorloofde oorzaak – Moet deze gemeen zijn aan beide partijen? — 86. De rechtsspreuk *„Nemo auditur ...''* — 87-88. De rechtsspreuk *„In pari causa ...''*

Afdeling IV

De gevolgen van het contract

A. De gevolgen tussen de partijen

a. *De interpretatie van het contract*

89. De artikelen 1156-1164 B.W. – Raadgevingen of rechtsregels? — 90. Gemeenschappelijke bedoeling der partijen (art. 1156 B.W.) — 91. Gemeenschappelijke bedoeling der partijen (art. 1156 B.W.) – Extrinsieke omstandigheden — 92. Gemeenschappelijke bedoeling der partijen (art. 1156 B.W.) – Kwalificatie van de overeenkomst — 93-94. Interpretatie ten nadele van degene die bedongen heeft (art. 1162 B.W.) — 95. Restrictieve interpretatie van bedingen die van het gemeen recht afwijken — 96. Andere interpretatieregels

b. *De aanvulling van het contract*

97. Algemeen — 98. Wet — 99. Gebruiken — 100. Billijkheid

c. *De uitvoering te goeder trouw van het contract*

101. Niet de ,,letter'', maar de ,,geest'' van het contract — 102-103. Verplichting tot loyale samenwerking — 104. Marginaal toetsingsrecht van de rechter – Rechtsverwerking — 105. Marginaal toetsingsrecht van de rechter – Standaardbedingen

d. *De contractuele aansprakelijkheid*

1° *Contractuele fout*

106. Samenloop contractuele en aquiliaanse aansprakelijkheid — 107. Aansprakelijkheid van de uitvoeringsagent jegens de medecontractant van zijn opdrachtgever — 108. Aansprakelijkheid van een contractant jegens derden — 109. Bewijslast — 110. Inspannings- en resultaatsverbintenis — 11-112. Zorgvuldigheidscriterium

2° *De vreemde oorzaak*

113. Begrip — 114. De onmogelijke nakoming van de verbintenis — 115. De onmogelijke nakoming van de verbintenis (vervolg) – Standpunt van het Hof van Cassatie — 116. Niet-toerekenbaarheid van de niet-nakoming aan de schuldenaar — 117. Bewijs van de vreemde oorzaak — 118. Aansprakelijkheid van de debiteur voor zijn aangestelden en uitvoeringsagenten — 119. Gevolgen der vreemde oorzaak

3° *Exoneratiebedingen*

120. Bevrijdingsbeding – Vrijwaringsbeding – Onderscheid — 121. Bevrijdingsbedingen – Principiële geldigheid — 122. Bevrijdingsbedingen – Bedrog en zware fout — 123. Bevrijdingsbedingen – Bedingen die iedere betekenis aan de verbintenis ontnemen — 124. Bevrijdingsbedingen – Wettelijke verbodsbepalingen

4° *Oorzakelijk verband tussen fout en schade*

125. Algemeen

e. *Bijzondere regels betreffende wederkerige overeenkomsten*

126. Theorie van het risico — 127. *Exceptio non adimpleti contractus* – Draagwijdte en juridische grondslag — 128. *Exceptio non adimpleti contractus* – Aanverwante vorderingen — 129. *Exceptio non adimpleti contractus* – Toepassingsgebied — 130. *Exceptio non adimpleti contractus* – Toepassingsvoorwaarden — 131. Ontbinding wegens wanprestatie – Toepassingsgebied — 132. Ontbinding wegens wanprestatie – Voorafgaande ingebrekestelling — 133-134. Ontbinding wegens wanprestatie – Tussenkomst van de rechter — 135. Ontbinding wegens wanprestatie – Gevolgen — 136. Uitdrukkelijk ontbindend beding wegens wanprestatie – Geldigheid — 137. Uitdrukkelijk ontbindend beding – Draagwijdte — 138. Uitdrukkelijk ontbindend beding – Interpretatie

B. De gevolgen voor derden

139. Betrekkelijkheid der contracten – Beginsel — 140-141. Theorie van de derdemedeplichtigheid — 142. Rechtstreekse vordering — 143. Beding ten behoeve van een derde – Begrip — 144. Beding ten behoeve van een derde – Nieuw recht in hoofde van een bepaalbare derde — 145. Beding ten behoeve van een derde – De wil om voor een derde te bedingen — 146. Beding ten behoeve van een derde – Gevolgen

Hoofdstuk III

DE RECHTSFEITEN

Afdeling I

Zaakwaarneming

147-148. Inzicht andermans belangen te behartigen — 149-150. Vrijwillig karakter van het optreden — 151. Noodzakelijk karakter van het optreden

Afdeling II

Onverschuldigde betaling

152-153. Onverschuldigd karakter van de gedane betaling — 154. Dwaling in hoofde van de *solvens* — 155. Omvang van de terugbetaling — 156. Bijzondere wetgeving

Afdeling III

Vermogensverschuiving zonder oorzaak

157. Vereisten – Afwezigheid van een geldige juridische oorzaak – Contract — 158. Vereisten – Afwezigheid van een geldige juridische oorzaak – Eigen wil van de verarmde — 159. Vereisten – Afwezigheid van een geldige juridische oorzaak – Wet — 160. Vereisten – Subsidiair karakter van de vordering

Deel II

DE GEVOLGEN DER VERBINTENISSEN

Hoofdstuk I

ALGEMENE GEVOLGEN

Afdeling I

Dwanguitvoering

A. Ingebrekestelling

161. Reden van bestaan en draagwijdte van het beginsel — 162. Uitzonderingen — 163. Vorm

B. Uitvoering in natura

164. Algemeen — 165. Dwangsomregeling — 166. Art. 1144 B.W.

C. Uitvoering bij wijze van equivalent

167. Berekening van vervangende schadevergoeding — 168. Tijdstip van berekening vervangende schadevergoeding — 169. Moratoire interesten — 170. Gerechtelijke interesten — 171. Anatocisme

D. Schadebeding en boetebeding

172. Geldigheid – Overdreven bedingen – Cassatierechtspraak — 173. Geldigheid – Overdreven bedingen – Lagere rechtspraak — 174. Geldigheid – Overdreven bedingen – Geen vergoeding van potentiële schade — 175. Geldigheid – Overdreven bedingen – Leasingovereenkomsten — 176. Geldigheid – Overdreven bedingen – Verzekeringscontracten — 177. Geldigheid – Art. 1023 Ger.W. — 178. Geldigheid – Andere regels — 179. Matigingsrecht van de rechter — 180. Toekenning van respijttermijnen — 181. Kritiek

Afdeling II

Waarborgen tot behoud van het vermogen van de schuldenaar

A. De zijdelingse vordering

182. Algemeen

B. De Pauliaanse vordering

183. Begrip — 184. Voorwaarden – Nadeel voor de schuldeiser — 185. Voorwaarden – Bedrog van de schuldenaar — 186. Voorwaarden – Medeplichtigheid van de derde — 187. Gevolgen

Hoofdstuk II

BIJZONDERE GEVOLGEN VAN BEPAALDE VERBINTENISSEN

Afdeling I

Verbintenissen met meerdere subjecten

188. Samengevoegde verbintenissen — 189. Hoofdelijke verbintenissen — 190. Hoofdelijke en ondeelbare verbintenissen — 191. Verbintenissen *in solidum*

Afdeling II

Verbintenissen met modaliteiten

A. De verbintenissen onder voorwaarde

192. De opschortende voorwaarde — 193. De opschortende en de ontbindende voorwaarde — 194. De potestatieve voorwaarde

B. De verbintenissen met tijdsbepaling

195. Algemeen — 196. Termijn van respijt – Toepassingsgebied art. 1244, lid 2 B.W. — 197. Termijn van respijt (vervolg)

Deel III

HET TENIETGAAN VAN VERBINTENISSEN

Hoofdstuk I

NAKOMING VAN VERBINTENISSEN

198. Betaling aan een ander dan de schuldeiser — 199. Inbetalinggeving — 200-201. Betaling per cheque, postcheque, overschrijvingsorder of ander papier — 202. Plaats van betaling — 203. Aanbod van betaling en consignatie — 204. Toerekening van betalingen

Hoofdstuk II

BETALING MET SUBROGATIE

205. Conventionele subrogatie — 206. Wettelijke subrogatie — 207. Wettelijke subrogatie – Art. 1251, 1° B.W. — 208. Wettelijke subrogatie – Art. 1251, 2° B.W. — 209. Wettelijke subrogatie – Art. 1251, 3° B.W. — 210. Gevolgen

Hoofdstuk III

SCHULDVERNIEUWING

211. Novatie en overdracht van schuldvordering — 212. Novatie door verandering van schuld — 213. Novatie door verandering van schuldenaar — 214. Inzicht om tot novatie over te gaan

Hoofdstuk IV

SCHULDVERGELIJKING

215. Algemeen — 216. Wettelijke compensatie – Vereisten — 217. Wettelijke compensatie – Rechten van derden — 218. Gevallen waarin compensatie uitgesloten is

Hoofdstuk V

KWIJTSCHELDING VAN SCHULD

219. Algemeen

HET BEGRIP VERBINTENIS

1. ONDERSCHEID TUSSEN JURIDISCHE VERBINTENIS, MORELE VERPLICHTING EN NATUURLIJKE VERBINTENIS — In *juridische* zin is een *verbintenis* de rechtsband krachtens welke een persoon (de schuldenaar) aan een andere persoon (de schuldeiser) een prestatie (een geven, doen of laten) verschuldigd is. Het gaat hier m.a.w. om een in rechte afdwingbare verplichting.

De *zedelijke verplichting* is degene die uitsluitend haar grondslag vindt in de moraal en waaraan het recht geen waarde hecht. Het naleven van fatsoensnormen is hier een voorbeeld van.

De *natuurlijke verbintenis* situeert zich tussen de louter morele verplichtingen en de juridische verbintenissen. Het gaat hier om gewetensplichten. De nakoming ervan is in rechte niet afdwingbaar, dit in tegenstelling tot de juridische verplichtingen. Toch is de natuurlijke verbintenis een bron van rechtsgevolgen. Zij wordt immers in rechte erkend, wanneer ze vrijwillig, geheel of gedeeltelijk uitgevoerd wordt of wanneer de schuldenaar belooft haar na te komen. Doet zich dat voor, dan wordt de natuurlijke verbintenis als het ware omgevormd in een juridische verplichting. Of nog, hetgeen in uitvoering van een natuurlijke verbintenis betaald werd, kan niet als onverschuldigd worden teruggevorderd (zie art. 1235, lid 2 B.W.). Kortom, een natuurlijke verbintenis is niet opeisbaar, wél uitvoerbaar (zie Kluyskens, A., *De verbintenissen,* Gent, 1931, nr. 2).

Hieraan moet nog worden toegevoegd dat volgens sommigen de natuurlijke verbintenis niets anders is dan een *„une obligation civile dégénérée"* (Domat), *d.w.z. een met een gebrek behepte civielrechtelijke verbintenis.* Als voorbeeld haalt men het geval aan van de verjaarde schuld die de schuldenaar vrijwillig toch voldoet of belooft te zullen voldoen. Hetzelfde geldt wanneer een burgerlijke verbintenis die aan betrekkelijke nietigheid blootstaat, vrijwillig wordt uitgevoerd. Deze opvatting wordt thans door velen verworpen, daar de oorspronkelijke burgerlijke verbintenis hier blijft bestaan. Alleen verzaakt de debiteur in het eerste geval aan zijn recht de verjaring in te roepen en bevestigt hij in het tweede geval de relatief nietige overeenkomst (zie De Page, III, 76-77; Van Ommeslaghe, P., „Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations", *R.C.J.B.,* 1975, 625; Cass., 16 juni 1950, *Arr. Cass.,* 1950, 649; Cass., 25 september 1970, *Arr. Cass.,* 1971, 78, Concl. Adv. Gen. P. Mahaux en *R.C.J.B.,* 1972, 5, noot Linsmeau). Volgens de heersende mening slaat de natuurlijke verbintenis dus uitsluitend op *gewetensplichten.* Maar kan men dan niet stellen dat degene die een verjaarde schuld betaalt omdat hij dit een gewetensplicht acht, een natuurlijke verbintenis nakomt?

2. NATUURLIJKE VERBINTENIS – OMVORMING IN EEN BURGERLIJKE VERBINTENIS — Alleen de vrijwillige, gehele of gedeeltelijke nakoming van een natuurlijke verbintenis of de belofte om dit te zullen doen, heeft tot gevolg dat de gewetensplicht in een echte juridische verbintenis wordt omgezet. De loutere *erkenning*

door de schuldenaar dat in zijn hoofde een natuurlijke verbintenis bestaat, is niet voldoende (zie en vgl. De Page, III, nr. 63; L. Raucent, ,,Examen de jurisprudence (1973-79). Les libéralités et les successions'', *R.C.J.B.*, 1980, 262-63; Brussel, 12 maart 1975, *Rev. Not. B.*, 1975, 571; *Pas.*, 1975, II, 141; *J.T.*, 1975, 314). In feite gaat het hier in zekere zin om een toepassing van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting (zie *infra*, nrs. 5 e.v.).

Wanneer een natuurlijke verbintenis wordt omgevormd in een burgerlijke, is het *bewijs* van die verbintenis onderworpen aan de regels van gemeen recht (Brussel, 12 maart 1975, *Rev. Not. B.*, 1975, 571; *Pas.*, 1975, II, 141; *J.T.*, 1975, 314).

3. NATUURLIJKE VERBINTENIS – OMVORMING IN EEN BURGERLIJKE VERBINTENIS – TOEPASSINGEN — In talrijke gevallen wordt het verschaffen van *levensonderhoud* als de nakoming van een natuurlijke verbintenis beschouwd. De ,,feitelijke vader'' die aan zijn buitenechtelijk kind, waarvan de afstamming niet bewezen is (niet erkend kind) of niet bewezen mag worden (overspelig of bloedschennig kind), vrijwillig — dus niet op grond van een wettelijke onderhoudsverplichting — een steungeld betaalt, zet aldus een natuurlijke verbintenis in een burgerlijke om en kan derhalve tot het verder betalen van dit onderhoudsgeld veroordeeld worden (zie Baeteman, G. en Gerlo, J., ,,Overzicht van rechtspraak (1975-1980). Personen- en familierecht'', *T.P.R.*, 1981, 917). Een interessante toepassing hiervan is te vinden in het arrest van het Hof van Cassatie van 6 juni 1975 (*Arr. Cass.*, 1975, 1066, noot Tillekaerts en *R.C.J.B.*, 1976, 283, noot F. Rigaux). Een vrouw die tijdelijk gescheiden was van haar echtgenoot, had in concubinaat geleefd met een ongehuwde man, van wie ze drie kinderen had gekregen, die als wettige kinderen werden ingeschreven en door de echtgenoot niet ontkend waren geworden. Na verloop van tijd wordt toch de echtscheiding uitgesproken en ook aan het concubinaat komt een einde. De feitelijke vader had zich inmiddels vrijwillig verbonden in het onderhoud van de drie kinderen bij te dragen. Daar hij deze verbintenis niet nakomt, vordert de vrouw in rechte dit onderhoudsgeld. De vordering wordt ingewilligd op grond van de overweging dat de feitelijke vader zijn gewetensplicht in een burgerlijke verbintenis heeft omgezet. Deze verbintenis druist niet in tegen de openbare orde of de goede zeden, daar deze niet tot doel had de overspelige betrekkingen te belonen of voort te zetten (zie ook Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence (1970-75). Personnes'', *R.C.J.B.*, 1978, 397 e.v.).

Een kind heeft tegen zijn ouders geen vordering tot het bekomen van een *bruidschat* (art. 204 B.W.). Het gaat hier echter wél om een natuurlijke verbintenis die door de ouders in een burgerlijke kan worden omgezet (R.v.St., 9 juni 1970, *Arr. R.v.St.*, 1970, 575; zie ook Baeteman, G. en Gerlo, J., *l.c.*, 916).

Beweerd wordt dat in hoofde van de man die een einde maakt aan een concubinaat van een zekere duur en met een zekere stabiliteit, het bestaan kan worden erkend van een natuurlijke verbintenis om verder in te staan voor de *bestaanszekerheid van de concubine* (zie Rigaux, F., ,,Les effets juridiques du concubinage: vers une libéralisation de la jurisprudence belge?'', *R.C.J.B.*, 1976, 299; Baeteman, G. en Gerlo, J., *l.c.*, 918).

Betalingen en aankopen die *grootouders* vrijwillig hebben verricht ten behoeve van hun kleinkinderen, zonder dat er voor hen een alimentatieplicht bestond, zijn te beschouwen als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis, en kunnen derhalve niet op de ouders verhaald worden (Vred. Deurne, 14 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2818; zie ook Rb. Brussel, 15 maart 1978, *R.W.*, 1979-80, 2660).

In de lijn van de rechtspraak aangehaald in het vorige overzicht (*T.P.R.*, 1975, 767) zijn de beslissingen waarin het *buitenwettelijk ouderdomspensioen* dat door de werkgever aan de werknemer wordt toegekend ter vergoeding van bewezen diensten, bestempeld wordt als de nakoming van een natuurlijke verbintenis (Brussel, 21 januari 1970, *Rev. Prat. Soc.*, 1970, 117; Brussel, 3 januari 1974, *R.W.*, 1974-75, 671).

Vanuit verbintenisrechtelijk standpunt is er geen bezwaar tegen om contractueel niet voorziene *eindejaarspremies* e.d. die door de werkgever aan al zijn werknemers of aan een gedeelte daarvan worden toegekend ter vergoeding van bewezen diensten, te beschouwen als de nakoming van natuurlijke verbintenissen. Arbeidsrechtelijk ligt het vraagstuk echter anders (zie en vgl. Discart, A., ,,Het recht van de werknemers op gratificaties'', *R.W.*, 1972-73, 1511-1516; Vandervennet, D., ,,Het recht van de werknemers op gratificaties'', *R.W.*, 1972-73, 1701-1706; Lamal, N., ,,Prime de fin d'année et obligation naturelle'', *T.S.R.*, 1973, 103-107; Van Honsté, V., ,,Beschouwingen over het begrip 'loon''', *R.W.*, 1976-77, 789 e.v. Van Langendonck, J., ,,Het recht van de R.S.Z. op bijdragen en op eindejaarspremies'', *R.W.*, 1977-78, 1864-65; Magrez, M. en Magrez-Song, G., ,,L'évolution de la notion de rémunération en droit de la sécurité sociale'', *R.C.J.B.*, 1979, 515-516; Arbh. Brussel, 20 juli 1973, onuitg., *A.R.*, nr. 1234; Arbh. Brussel, 23 oktober 1975, *J.T.T.*, 1976, 68; Arbh. Brussel, 8 januari 1976, *T.S.R.*, 1977, 154).

4. ONDERSCHEID TUSSEN VERBINTENISSEN EN ZAKELIJKE RECHTEN — Het is hier uiteraard niet de plaats om diep in te gaan op het zo omstreden onderscheid tussen verbintenissen en zakelijke rechten. In beide gevallen gaat het om vermogensrechten. Zakelijke rechten hebben een bepaalde zaak tot voorwerp; het voorwerp van de verbintenissen is veel ruimer, nl. een prestatie die kan bestaan in een geven, doen of laten. De zakelijke rechten zijn limitatief opgesomd door de wetgever; t.a.v. verbintenissen kan omwille van het principe van de wilsautonomie echter geen sprake zijn van een *numerus clausus*. Zakelijke rechten kenmerken zich door het daaraan verbonden volgrecht en het recht van voorrang; deze karakteristieken zijn vreemd aan de uit verbintenissen voortspruitende persoonlijke vorderingsrechten. Zakelijke rechten zijn absoluut, d.w.z. tegenstelbaar *erga omnes;* verbintenissen daarentegen relatief, zij gelden slechts *inter partes*. Het valt derhalve niet te loochenen dat, ondanks de vele aanrakingspunten, er een fundamenteel verschil blijft bestaan tussen zakelijke rechten en verbintenissen (zie Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *Zakenrecht*, I/A, Antwerpen, 1974, 41-64). Het is dan ook terecht dat het onderscheid door de rechtspraak regelmatig wordt beklemtoond.

Wanneer een recht volgens overeenkomst vastgesteld wordt, niet ten behoeve van een erf of een bepaalde persoon, doch van een gemeente en haar inwoners, en dit in het algemeen belang, is het geen zakelijk recht, doch stemt het overeen met een persoonlijke verbintenis, waarvan de voorwaarden in de tussen partijen gesloten overeenkomst bepaald zijn (Cass., 16 september 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 67; zie ook Derine, R., Van Neste, F. en Vandenberghe, H., *o.c.*, I/A, 60-61).

Wanneer een erf ingesloten wordt ten gevolge van de gehele of gedeeltelijke verkoop van een goed dat een toegang tot de openbare weg had, zonder dat de uit deze insluiting ontstane toestand uitdrukkelijk in de akte van verkoop werd geregeld, verwerft de verkrijger van dit erf, als toebehoren ervan, overeenkomstig artikel 1615 B.W., een recht van overgang over één of meer van de andere percelen van bedoeld goed. Dit recht van overgang is van contractuele oorsprong. Wanneer dit contractueel recht van overgang echter door verjaring is vervallen, zodat dit erf geen toegang tot de openbare weg meer heeft, mag de eigenaar ervan een recht van overgang vorderen overeenkomstig de artikelen 682 e.v. B.W. In dit laatste geval gaat het om een zakelijk recht (Cass., 3 oktober 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 125, met conclusie Adv. Gen. Mahaux).

De vordering wegens burenhinder heeft een persoonlijk en geen zakelijk karakter (zie Cass., 20 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1121; zie ook Hansenne, J., ,,Examen de jurisprudence (1970 à 1975). Les Biens'', *R.C.J.B.*, 1977, 119-120).

DEEL I

DE BRONNEN VAN VERBINTENISSEN

HOOFDSTUK I

DE VERBINTENIS DOOR EENZIJDIGE WILSUITING

5. CONTROVERSE OVER HET BESTAAN VAN DEZE BRON VAN VERBINTENISSEN — Volgens artikel 1370 B.W. zijn er vier bronnen van verbintenissen, nl. de overeenkomsten, de quasi-contracten, de burgerrechtelijke misdrijven en oneigenlijke misdrijven en tenslotte, de wet. Een belangrijk gedeelte van de Belgische rechtsleer en rechtspraak is echter van oordeel dat er een vijfde bron van verbintenissen bestaat, nl. de verbintenis door eenzijdige wilsuiting (zie b.v. De Page, III, nrs. 51-54; Van Ryn, J., ,,L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial'', in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Brussel, 1963, II, 953-963; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 629-633; Van Damme, J., *Verbintenissenrecht*, Brussel, V.U.B., 1976, 21-36; Dirix, E. en Van Oevelen, A., ,,Kroniek van het verbintenissenrecht'', *R.W.*, 1980-81, 2367-2371; *contra:* Coipel, M., ,,La théorie de l'engagement par volonté unilatérale, *R.C.J.B.*, 1980, 65-92 en de vele verwijzingen aldaar). Van een overeen-

komst is bij de verbintenis door eenzijdige wilsuiting geen sprake. Dit moet benadrukt worden, daar het onderscheid tussen eenzijdige verbintenissen en eenzijdige contracten niet steeds goed wordt ingezien (raadpleeg hierover Cass., 28 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1016 met concl. van Proc. Gen. F. Dumon; *infra*, nr. 7).

In het arrest van 18 december 1974 heeft het Hof van Cassatie in een welbepaald geval de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting in duidelijke bewoordingen erkend (*Arr. Cass.*, 1975, 460; *J.T.T.*, 1975, 53, met concl. Adv. Gen. H. Lenaerts; zie ook Cass., 20 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 862; *R.W.*, 1977-78, 1871, met concl. Adv. Gen. H. Lenaerts; Cass., 3 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 876; *cf.* Lagasse, A., noot onder Rb. Hasselt, 27 mei 1958, *T.S.R.*, 1958, 130). Het ging hier om de vraag of een door de werkgever aan zijn werknemers uitgekeerde eindejaarspremie als loon te beschouwen is, daar slechts in dat geval de premie in aanmerking komt voor de berekening van de sociale zekerheidsbijdragen. In artikel 2 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, wordt het begrip ,,loon'' omschreven als ,,het loon in geld waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever''. Men is het erover eens dat eindejaarspremies en soortgelijke gratificaties tot het loon behoren wanneer de werknemer er recht op heeft ingevolge de arbeidsovereenkomst of op grond van een algemeen, bestendig en vast gebruik in de onderneming. In het genoemde arrest besliste het Hof van Cassatie dat zo'n premie ook loon is, ,,wanneer de werknemers hun recht daarop ontlenen ... aan ... een eenzijdige, door de werkgever aangegane verbintenis''. Het Hof voegde daar aan toe dat zo'n eenzijdige verbintenis geen schenking is en derhalve niet onderworpen is aan de door de artikelen 931 en 932 B.W. gestelde vormen (*ibid.*, 462).

Het feit dat het Hof van Cassatie in latere arresten (Cass., 20 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 862; Cass., 3 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 872) een eindejaarspremie als loon kwalificeert omdat het gaat om een tegenprestatie van arbeid die ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst wordt verricht en voor deze kwalificatie niet langer vereist ,,dat de toekenning ervan door de partijen bedongen is of dat de werkgever daartoe een eenzijdige verbintenis heeft aangegaan of verplicht is ingevolge de wet, een collectieve arbeidsovereenkomst of een gebruik'', doet niets af aan de principiële erkenning dat een verbintenis door eenzijdige wilsuiting in ons recht kan bestaan.

Het cassatiearrest van 18 december 1974 heeft tot een controverse aanleiding gegeven. P. Van Ommeslaghe ziet in het arrest een algemene erkenning van de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting: ,,Soulignons que l'arrêt va extrêmement loin: la Cour n'apporte aucune restriction ni aucune limite à la possibilité de s'engager par volonté unilatérale'' (*l.c.*, 631). Procureur-Generaal F. Dumon daarentegen, poogt de draagwijdte van de beslissing te minimaliseren: ,,Het arrest neemt uitsluitend stelling t.a.v. een welbepaalde en strikt omschreven toestand... Het Hof neemt gewis geen stelling over de eenzijdige verbintenissen in het algemeen. ... Men kan dus bezwaarlijk oordelen dat het Hof stelling genomen heeft over de rechtsgevolgen van echte eenzijdige verbintenissen en dus

van al de eenzijdige verbintenissen" (concl. voor Cass., 28 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1019).

Uit een recent arrest van het Hof van Cassatie blijkt dat de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting wel degelijk deel uitmaakt van ons positief recht en dus dat P. Van Ommeslaghe het bij het rechte eind heeft (Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1132 en *T. Aann.*, 1981, 146, noot M. Senelle). Het ging hier om een Ministeriële Omzendbrief inzake aan aannemers toe te kennen vergoedingen wegens de prijsstijging van de olieprodukten. In deze omzendbrief werden aan de Diensthoofden van het Departement van Openbare Werken richtlijnen gegeven om met dat doel bijakten bij de lopende contracten met de aannemers op te stellen. Een aannemer die geen prijsaanpassing had bekomen, beweerde dat de Minister door de Omzendbrief een verbintenis door eenzijdige wilsuiting jegens alle betrokken aannemers had aangegaan; het ging hier met andere woorden om een bindend aanbod vanwege de Minister. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de bindende kracht van een aanbod haar grondslag vindt in een door een eenzijdige wilsuiting aangegane verbintenis en dat het in beginsel zeer wel mogelijk is dat de betrokken Minister door een omzendbrief zo'n verbintenis zou aangaan. Daar de feitenrechter echter soeverein over het bestaan en de draagwijdte van zo'n wilsuiting oordeelt en het Hof van Beroep te Antwerpen terzake had beslist dat de betrokken Minister niet de wil had gehad om zich jegens de aannemers te verbinden, oordeelde het Hof dat het cassatiemiddel niet kon worden aangenomen (in dezelfde zin Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1139; zie en vgl. ook Rb. Turnhout, 22 april 1977, *T. Aann.*, 1977, 99; Rb. Brussel, 16 februari 1978, *T. Aann.*, 1978, 98, noot M.-A. Flamme; noot P. De Vroede onder Kh. Brussel, 17 maart 1978, *B.R.H.*, 1980, 174-175).

6. CONTROVERSE OVER HET BESTAAN VAN DEZE BRON VAN VERBINTENISSEN (vervolg) — De vraag of het wenselijk is om de verbintenis door eenzijdige wilsuiting als vijfde bron van verbintenissen te erkennen, is zeer omstreden. Het is hier niet de plaats om diep op deze discussie in te gaan. Ik beperk me daarom tot enkele kanttekeningen.

Soms gaat achter de discussie of er in ons verbintenissenrecht plaats is voor deze theorie, een conflict schuil over een andere rechtsvraag. Een typisch voorbeeld hiervan is het aanbod. Reeds vele decennia wordt geredetwist over de juridische grondslag van de verplichting van de pollicitant om zijn aanbod open te houden gedurende de daarin voorziene termijn of, bij ontbreken daarvan, gedurende een redelijke termijn. In feite is het discussiepunt hier echter veeleer of de aanbieder *steeds* verplicht is zijn aanbod gestand te doen. Het is evident dat de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm vervat in artikel 1382-1383 B.W. de appreciatievrijheid van de rechter terzake groter maakt — zij het dan ten koste van de rechtszekerheid — dan de toepassing van de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsverklaring (zie hierover De Page, II, nrs. 516 e.v.; Coipel, M., *l.c.*, 80-85; Van Ommeslaghe, P., *l.c.*, 489).

Het komt ook regelmatig voor dat over de rechtsregel als dusdanig geen meningsverschil bestaat, maar dat betwist wordt of de theorie van de verbintenis door

eenzijdige wilsuiting daarvoor *in casu* wel de meest geschikte juridische grondslag vormt. Zo meent J. Ronse dat deze theorie voor de wisselverbintenis niet aangewezen is, daar vereist is een neergeschreven wilsverklaring die moet voleindigd worden door kennisgeving aan een tegenpartij en wel in algemene regel samen met de afgifte van de titel waarin zij belichaamd is. Deze auteur geeft terzake daarom de voorkeur aan de overeenkomsttheorie aangevuld met de leer van de toerekenbare schijn (Ronse, J., *Wisselbrief en orderbriefje,* in *A.P.R.*, I, 1972, nrs. 65 e.v. en de verwijzingen; zie ook Coipel, M., *o.c.*, 74 e.v.).

Ook wordt er regelmatig op gewezen dat aan de theorie geen behoefte bestaat, daar voor de desbetreffende rechtsproblemen *sui generis* oplossingen bestaan of uitgewerkt kunnen worden (zie Coipel, M., *o.c.*, 74 en 89). Te denken valt hier o.m. bij het beding ten behoeve van een derde aan de verbintenis van de belover jegens de derde-begunstigde en bij de zaakwaarneming aan de verbintenissen van de zaakwaarnemer jegens de meester van de zaak (zie in dit verband ook De Page, II, nr. 667; Van Damme, J., *o.c.*, 30). Daar staat echter tegenover dat algemene verbintenisrechtelijke oplossingen de voorkeur moeten genieten boven *sui generis* regelingen die maar al te vaak tot eindeloze controversen aanleiding geven (zie ook Van Ryn, J., *o.c.*, 961-963).

Een ander argument tegen de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsverklaring is dat zij vaak niet bij machte is een volledige juridische grondslag te bieden voor de daarvoor in aanmerking komende rechtsfiguren. Zo stelt men m.b.t. het beding ten behoeve van een derde vast dat de leer geen verklaring biedt voor de regel dat de verbintenis van de belover jegens de derde ongedaan wordt gemaakt door de herroeping van het beding door de stipulant (zie en vgl. Coipel, M., *o.c.*, 74; De Page, II, nr. 667).

Tenslotte merkt men op dat het niet denkbaar is dat iemand buiten zijn weten schuldeiser zou worden, zoals de theorie impliceert. Zeer ernstig is deze kritiek niet, daar dit niet zo uitzonderlijk is in ons verbintenissenrecht en daar de schuldeiser niet verplicht is zijn rechten te laten gelden. Integendeel, niets belet hem afstand te doen van zijn recht, b.v. door een eenzijdige wilsverklaring (zie en vgl. De Page, III, nr. 52; Coipel, M., *o.c.*, 70, noot 44; Van Ommeslaghe, P., ,,Rechtsverwerking en afstand van recht'', *T.P.R.*, 1980, 2 e.v.; Bocken, H., ,,Verslag Afdeling Privaatrecht Vereniging Vergelijkende Studie Recht België en Nederland'', *R.W.*, 1979-80, 1569. Zie en vgl. i.v.m. de kwijtschelding als eenzijdige verbintenis Kh. Nijvel, 30 oktober 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9737 en *De Verz.*, 1977, 533; De Page, III, nr. 674; Van Ommeslaghe, P., *l.c.*; 5 en 10-11; *infra,* nr. 219).

Uit het voorgaande blijkt dat er geen onoverkomelijke, principiële bezwaren zijn tegen de verbintenis door eenzijdige wilsverklaring in ons recht. Blijft echter de vraag of dit *de lege lata* wenselijk is, gezien het stilzwijgen van de wet. Ongetwijfeld is dit een hinderpaal. Toch dient te worden vastgesteld dat de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting in feite slechts een toepassing is van de theorie van de wilsautonomie, het beginsel waarop ons verbintenissenrecht in belangrijke mate rust. Zo revolutionair is de erkenning van deze leer dus niet.

Hoe dan ook, de erkenning van de leer door het Hof van Cassatie opent interes-

sante perspectieven. Immers, de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsverklaring kan niet alleen een belangrijke verklarende functie hebben en een gefundeerde rechtstheoretische grondslag verschaffen aan tal van bestaande en erkende verbintenissen, maar zij kan ook een rechtsscheppende rol vervullen als autonome bron van nieuwe verbintenissen (zie en vgl. Coipel, M., *l.c.*, 71 e.v. en 88; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2371).

HOOFDSTUK II

DE OVEREENKOMSTEN

AFDELING I

HET BEGRIP CONTRACT

7. ONDERSCHEID TUSSEN CONTRACT EN VERBINTENIS — Een contract of overeenkomst is — volgens de traditionele rechtsleer en rechtspraak — het samentreffen van twee of meer wilsuitingen met het oog op het doen ontstaan, wijzigen of uitdoven van één of meer verbintenissen.

De termen *,,contract''* en *,,overeenkomst''* worden tegenwoordig als synoniemen gebruikt. De zienswijze dat een contract slechts een soort overeenkomst zou zijn, nl. de wilsovereenstemming met het oog op het doen ontstaan van één of meer verbintenissen (*cf.* art. 1101 B.W.), is achterhaald.

Tussen de begrippen *,,contract''* en *,,verbintenis''*, daarentegen, bestaat een fundamenteel verschil. Een contract kan verbintenissen *scheppen,* kan m.a.w. een bron van verbintenissen zijn, maar *is* geen verbintenis. Een verbintenis is immers elke in rechte afdwingbare verplichting (zie *supra,* nr 1). Er zijn trouwens andere bronnen van verbintenissen dan de overeenkomsten, zoals de burgerrechtelijke delicten en quasi-delicten of de quasi-contracten (*cf.* Cass., 10 april 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 882).

Er moet dan ook een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen een *eenzijdig contract* en een verbintenis door eenzijdige wilsuiting of, zo men wil, een *eenzijdige verbintenis*. Een contract is eenzijdig wanneer partijen zich *niet* over en weer jegens elkaar verbinden, maar wanneer slechts één van hen één of meer verbintenissen jegens de ander aangaat. M.a.w., een eenzijdig contract is een *meerzijdige rechtshandeling* die slechts in hoofde van één der partijen één of meer verbintenissen in het leven roept (zie art. 1102 en 1103 B.W.). Het gaat hier dus om een contract, hetgeen een akkoord of wilsovereenstemming tussen partijen impliceert. Daar ligt precies het verschil met de eenzijdige verbintenis, vermits we in dit laatste geval te doen hebben met een *eenzijdige rechtshandeling* (zie Cass., 28 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1016, met Concl. Eerste Adv.-Gen. F. Dumon; zie ook Antwerpen, 4 december 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, nr. 22458; Kh. Brussel, 29 oktober 1970, *De Verz.*, 1974, 297). De rechtsgeldigheid van eenzijdige contracten staat buiten kijf, die van eenzijdige verbintenissen wordt betwist (zie *supra,* nrs. 5 en 6).

8. ONDERSCHEID TUSSEN CONTRACT EN WET — Het artikel van een *begrotingswet,* dat een tussen de Staat en een particulier gesloten overeenkomst bekrachtigt, ontneemt aan deze overeenkomst haar contractueel karakter niet. De bepaling houdende die bekrachtiging maakt een akte van hoge administratieve voogdij uit en is geen wetsbepaling waarvan de schending aanleiding tot cassatieberoep kan geven. De feitenrechter interpreteert een aldus bekrachtigde overeenkomst dan ook soeverein voor zover hij noch de bewijskracht (art. 1319-1322 B.W.) noch de wettelijke gevolgen (art. 1134 B.W.) ervan miskent (Cass., 30 januari 1976, *Arr. Cass.,* 1976, 632, met concl. Eerste Adv. Gen. F. Dumon).

9. ONDERSCHEID TUSSEN CONTRACT EN GENTLEMEN'S AGREEMENT — Een contract impliceert de bedoeling in hoofde van de partijen *juridische gevolgen* in het leven te roepen. Bij een *gentlemen's agreement* ontbreekt deze bedoeling. Het is een rechtens vrijblijvende of onverbindende afspraak. Partijen binden zich wel moreel, maar niet in rechte. Op een *gentlemen's agreement* kan derhalve als overeenkomst geen rechtsvordering worden gebaseerd (De Page, II, nr. 447, p. 410-411; Cass., 2 december 1875, *Pas.,* 1876, I, 37; zie ook Hardenberg, L., ,,De rechtens vrijblijvende afspraak'', *W.P.N.R.,* 1976, nr. 5359, p. 507-516). Wanneer partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur aanvullen met een *gentlemen's agreement* waarin aan de werknemer de waarborg wordt verleend dat deze arbeidsovereenkomst minimum vijf jaar zal duren, miskent de rechter artikel 1134, lid 1 B.W. — m.a.w. de bindende kracht van de arbeidsovereenkomst — wanneer hij beslist dat de werknemer *recht* heeft op de eerbiediging door de werkgever van die minimum duur van vijf jaar (Cass., 11 januari 1978, *Arr. Cass.,* 1978, 561, noot J.V.).

ADELING II

DE BASISBEGINSELEN VAN DE CONTRACTENLEER

10. INLEIDING — In het vorige overzicht (*T.P.R.,* 1975, 442 e.v.) werd nogal uitgebreid aandacht besteed aan de algemene evolutie inzake de vier beginselen die als het ware de hoeksteen van ons contractenrecht vormen, nl. de wilsautonomie, het consensualisme, de overeenkomst als wet der partijen en de uitvoering te goeder trouw. Om die reden kunnen we ons nu beperken tot de bespreking van een aantal typische rechterlijke uitspraken. Opgemerkt dient evenwel dat de beginselen van het consensualisme en van de uitvoering te goeder trouw van het contract besproken worden respectievelijk in de derde en vierde afdeling van dit hoofdstuk (nrs. 33 e.v. en 101 e.v.) en dat ook een aantal beperkingen van de contractsvrijheid ter sprake komen bij de analyse van de rechtspraak over voorwerp en oorzaak (*infra,* nrs. 72 e.v. en 83 e.v.). Hier komen alleen toepassingsgevallen van de principes wilsautonomie en bindende kracht van de overeenkomsten aan bod.

11. WILSAUTONOMIE — De wilsautonomie betekent dat, mits inachtneming van de openbare orde, de goede zeden en de overige gebiedende rechtsregelen,

partijen vrij zijn om al dan niet te contracteren en ook vrij de inhoud van hun overeenkomsten mogen bepalen.

Alhoewel de perken die wetgever en rechtspraak aan deze vrijheden stellen, steeds belangrijker worden (voor enkele algemene beschouwingen zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 442 e.v.; zie ook *infra*, nrs. 72 e.v.) en ook de praktijk van de standaard- en toetredingscontracten een belangrijke feitelijke aantasting van het beginsel van de wilsautonomie vormt (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 444 e.v.), blijft de contractsvrijheid in de rechtspraktijk toch de hoofdregel. De toepassingen van dit beginsel in de rechtspraak van de laatste jaren zijn dan ook *legio*.

Zo beslist de feitenrechter wettig dat bij overeenkomst mag worden afgeweken van de *gewoonte* volgens welke, in de haven van Antwerpen, de door de inlader gedane kosten om de goederen tot aan het schip te brengen, ten laste van de vervoerder zijn, nu geen enkele dwingende rechtsregel zulks verbiedt. Irrelevant hierbij is of het ingeroepen gebruik een contractueel gebruik is, dan wel een gewoonte die zich buiten elke contractuele verhouding opdringt, vermits in beide hypothesen partijen contractueel ervan mogen afwijken (Cass., 16 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 717; over het onderscheid tussen gebruik en gebruikelijk beding, zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 461 e.v. en *infra*, nrs. 39 en 99).

Hoewel in de regel, gelet op het feit dat de *overdracht van een huur* een overdracht van schuldvordering is, de overdrager het pand niet in goede staat moet leveren doch in de staat waarin het zich bevindt, belet niets de overdrager, huurder van het pand, en de overnemer, bij de ingebruiknemeing van het pand door de overnemer, overeen te komen dat de overdrager het goed moet herstellen in de staat waarin hij het bij het begin van de huur heeft ontvangen (Cass., 3 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2645).

Ten onrechte beweert de eigenaar van een *duwboot* dat hij zijn aansprakelijkheid t.a.v. de eigenaar van de duwbak mag beperken overeenkomstig de Belgische wet onder voorwendsel dat de partijen de Belgische nationaliteit bezitten en het scheepvaartongeval in België heeft plaatsgevonden, wanneer de duwovereenkomst uitdrukkelijk verwijst naar de Rotterdamse Havenduwconditiën van 1962, die niet enkel de aansprakelijkheid regelen maar ook de aansprakelijkheidsgrens bepalen. Immers, daar artikel 273 Belgisch W.Kh. niet tot het dwingend recht behoort, mogen de partijen conditiën toepasselijk verklaren die van die wetsbepaling afwijken (Antwerpen, 10 oktober 1979, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 272).

De contractuele inkorting van de driejarige *verjaringstermijn* inzake verzekeringen is geoorloofd en bindt derhalve de partijen (Rb. Luik, 10 januari 1973, *De Verz.*, 1974, 175; Kh. Brussel, 8 oktober 1974, *B.R.H.*, 1974, 580; Rb. Luik, 13 september 1979, *Jur. Liège*, 1979, 395; zie ook Cass., 25 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 702; Cass., 8 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 886; *R.P.D.B.*, *Compl.* III, V° *Assurances terrestres, Contrat en général*, nr. 388).

De verzekerde of zijn rechthebbende die jegens een verzekeraar recht op een betaling laat gelden, moet, in beginsel, krachtens artikel 1315 B.W. en artikel

870 Ger.W., niet enkel de schade bewijzen en de gebeurtenis die die schade heeft veroorzaakt, maar tevens dat het aangevoerde schadegeval door het verzekeringscontract was gedekt. Daar de wettelijke regels inzake de *bewijslast* van een verbintenis niet van dwingend recht zijn, mogen partijen daar echter van afwijken door b.v. aan de verzekeraar de verplichting op te leggen het bewijs te leveren dat het aangevoerde schadegeval niet door de verzekeringswaarborg wordt gedekt (Cass., 20 april 1978, *Arr. Cass.*, 1977-78, 958; zie ook De Page, III, nr. 736; Storme M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, nrs. 56 e.v.).

Het staat de partijen in een overeenkomst betreffende de *verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen* vrij te bedingen dat de verzekeraar m.b.t. de aan het slachtoffer betaalde vergoedingen, recht op verhaal heeft tegen de verzekerde, indien het alcoholgehalte in het bloed van de verzekerde 1,50 pro mille overtrof op het ogenblik van de feiten (Cass., 23 december 1977, *Arr. Cass.*, 1977-78, 509).

Hetzelfde geldt voor de clausule waarin bepaald wordt dat de *verzekeraar* een *verhaalsrecht* op de verzekeringnemer bezit, wanneer een motorrijtuig dat aan de reglementering op de technische controle onderworpen is, niet voorzien is van een op het ogenblik van het ongeval geldig schouwingsbewijs, zelfs wanneer er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de niet-nakoming van genoemde verplichting en het ongeval (zie Cass., 23 juni 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 1014; Rb. Bergen, 9 november 1973, *De Verz.*, 1975, 161; Rb. Luik, 25 februari 1974, *De Verz.*, 1975, 165 en *Jur. Liège*, 1974-75, 27; Rb. Gent, 29 oktober 1974, *De Verz.*, 1975, 181; zie ook Cass., 29 maart 1974, *De Verz.*, 1975, 169, noot S.; Gent, 13 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9751; *cf.* Brussel, 24 oktober 1977, *J.T.*, 1978, 9).

Ook mogen partijen van een contract betreffende de verplichte verzekering inzake motorrijtuigen overeenkomen dat de rechtsregeling vervat in de gelijknamige wet van 1 juli 1956 ook van toepassing is op een aanvullende verzekering waarbij de dekking van de verzekeraar wordt uitgebreid ,,tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekeringnemer, zijn echtgenoot en kinderen die bij hem inwonen, in hun hoedanigheid van bestuurder of van burgerrechtelijk aansprakelijke voor de bestuurder van een rijtuig dat aan een derde toebehoort en dat occasioneel bestuurd wordt, zelfs indien het aangeduide voertuig in gebruik zou zijn'' (Cass., 10 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1114).

Als in een *ongevallenverzekering* bedongen is dat wanneer het ongeval de dood van de verzekerde tot gevolg heeft, de begrafenis niet zonder de toestemming van de verzekeraar mag plaatshebben, strekt de daaraan verbonden vervalclausule de partijen tot wet (Scheidsr. Uitspr., 17 januari 1974, *R.W.*, 1974-75, 2994).

De overeenkomst tussen de getroffene van een verkeersongeval en de voor het ongeval aansprakelijke dader of zijn verzekeraar om de herstellingskosten van het voertuig op een forfaitair bedrag vast te stellen dat niet hoger mag zijn dan het bedrag van de factuur van de in het deskundigenverslag vermelde reparateur en de betaling afhankelijk te stellen van de overlegging van de gekwiteerde factuur van de reparaties is een wettige dading (Cass., 29 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1031; *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9577, noot Vernimmen, G.).

Artikel 42 Arbeidsovereenkomstenwet schrijft voor dat de *kwijting voor saldo van rekening* door de werknemer afgegeven op het ogenblik dat de overeenkomst een einde neemt, niet betekent voor de werknemer dat hij van zijn rechten afziet. Dit artikel verklaart evenwel niet ongeldig de afstand van dergelijke afspraken die de werknemer, benevens de kwijting voor saldo van rekening, tegelijkertijd uitdrukkelijk doet (*cf.*, Cass., 10 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 793; *J.T.T.*, 1976, 290 met concl. Adv. Gen. Lenaerts).

Uiteraard belet niets de partijen die een *bediendencontract* verbraken, een nieuwe arbeidsovereenkomst af te sluiten of om een aannemingsovereenkomst aan te gaan (Arbh. Brussel, 15 januari 1976, *T.S.R.*, 1976, 281).

Krachtens het beginsel van de wilsautonomie zijn overeenkomsten waarbij de door de werkgever in acht te nemen wettelijke *opzeggingstermijn* verlengd wordt, geldig en dus bindend. Dit is b.v. het geval wanneer de werkgever aan een arbeider belooft de voor bedienden geldende opzeggingstermijn te zullen toepassen (Arbh. Luik, 17 december 1974, *Jur. Liège*, 1975-76, 34).

Partijen kunnen overeenkomen dat de toekenning tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van *eindejaarspremies*, kerstgratificaties, een dertiende maand of soortgelijke voordelen voor de werkgever geen verplichting inhoudt zulke voordelen ook in de toekomst toe te kennen en dat de werknemer derhalve daarop geen verworven recht voor de toekomst kan doen gelden (Cass., 3 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 872).

Hoewel de schuldenaar niet kan eisen dat het *retentierecht* waarop de schuldeiser zich kan beroepen, door een andere waarborg wordt vervangen, beslist de rechter niettemin wettig dat de retentie geen bestaansreden meer heeft, zo de partijen overeengekomen zijn dat de uitvoering van de verbintenis — *in casu* de betaling van een som geld — waarvoor de retentie bestaat, anders zal worden gewaarborgd, nl. door afgifte van dat bedrag aan een derde met opdracht voor die derde het aan de schuldeiser te overhandigen zodra de rechter definitief beslist heeft dat het hem verschuldigd is (*cf.* Cass., 17 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 725 en de noot; voor een ander toepassingsgeval i.v.m. een retentierecht zie Brussel, 23 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 83).

Geen enkele bepaling van de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende *concessies van alleenverkoop*, gewijzigd bij de wet van 13 april 1971, verbiedt dat partijen in hun overeenkomst een *uitdrukkelijk ontbindend beding* opnemen (Cass., 19 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 984; *B.R.H.*, 1980, 443, noot F. Maussion).

Ingevolge artikel 6 van de wet van 10 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van *architect* is de uitoefening van het beroep van architect onverenigbaar met dat van aannemer van openbare of private werken. Met deze bepaling heeft de wetgever, in het belang zowel van het beroep van architect als van de opdrachtgevers, het ontwerpen van en het toezicht op het werk willen losmaken van de uitvoering ervan. Om die reden zijn, in beginsel, clausules in een aannemingsovereenkomst die beogen de architect vrij te stellen van zijn aansprakelijkheid inzake het ontwerpen en het toezicht op het werk absoluut

nietig. Niets verhindert daarentegen partijen om de aansprakelijkheid van de aannemer — die meestal beperkt is tot de loutere uitvoering van het werk — te verzwaren door hem ook bepaalde taken op te leggen die tot de normale opdracht van de architect behoren, zoals de bodemstudie, de funderingen en de betonberekeningen. Dergelijke bedingen zijn geldig ingevolge de contractsvrijheid, daar zij de desbetreffende aansprakelijkheid van de architect niet wegnemen of verminderen, maar enkel de aansprakelijkheid van de aannemer jegens de opdrachtgever verzwaren (Cass., 26 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1977-78, 635; Cass., 21 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 84; zie ook Flamme, M.-A., noot onder Cass., 27 september 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 542-543).

De *genaamde of benoemde contracten* zijn deze die uitdrukkelijk — al weze het vaak bij suppletieve rechtsregels — in het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel of in een andere wet geregeld zijn. Niets verhindert partijen echter om *onbenoemde of ongenaamde overeenkomsten* in het leven te roepen, mits vanzelfsprekend geen dwingende rechtsregels miskend worden. Voor enkele toepassingen inzake *sui generis* contracten, zie Cass., 27 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1158; Corr. Brussel, 24 april 1974, *J.T.*, 1975, 263, noot Dermine, L.; Rb. Brussel, 17 januari 1977, *J.T.*, 1977, 440; Vred. Luik, 22 december 1977 en Rb. Luik, 29 januari 1979, *Pas.*, 1979, III, 5.

Wanneer een onroerend goed verkocht wordt en de koopprijs o.m. bestaat in een *lijfrente,* kunnen partijen, daarbij afwijkend van artikel 1978 B.W., overeenkomen dat de niet-tijdige betaling door de koper van één enkele rentetermijn de verkoper het recht geeft de ontbinding van het contract te vorderen met behoud van de reeds vervallen en betaalde rentetermijnen. Het in deze regeling vervatte strafbeding achtte de rechtbank niet strijdig met de artikelen 6 en 1131 B.W. (Rb. Luik, 20 april 1977, *Jur. Liège,* 1976-77, 277; zie ook De Page, V, nr. 345 E; wat boetebedingen betreft zie *infra,* nrs. 172 e.v.).

Vaak worden in een contract clausules opgenomen om de partijen te beschermen tegen waardeschommelingen van de munt (zie Schoentjes-Merchiers, Y., *De waardebeveilingsbedingen in het recht van de landen van de Europese Economische Gemeenschap,* Brussel, 1968, 499 p.). Daartoe behoren ook de bedingen die een aanpassing aan de index der kleinhandelsprijzen voorzien. In enkele recente uitspraken wordt nogmaals bevestigd dat deze clausules in beginsel geldig zijn, daar het beginsel van het monetair nominalisme uitgedrukt in artikel 1895 B.W. de openbare orde niet raakt en de wetten op de wettelijke en gedwongen koers van het bankbiljet restrictief geïnterpreteerd dienen te worden (zie Brussel, 25 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 142; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22435; Rb. Verviers, 6 oktober 1979, *Jur. Liège,* 1980, 75; Rb. Dendermonde, 10 april 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22434; zie ook Cass., 1 maart 1945, *Pas.*, 1945, I, 128; Schoentjes-Merchiers, Y., *o.c.*, 155 e.v.; Dubaere, J., ,,Het principe van het monetair nominalisme'', *Jura Falc.*, 1978-79, 76).

Voor enkele toepassingen van het beginsel van de wilsautonomie in het *internationaal privaatrecht,* zie Cass., 4 september 1975, *Arr. Cass.*, 1975-76, 20; Rb. Tongeren, 18 maart 1976, *B.R.H.*, 1976, 501; Cass., 21 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 705; Bergen, 15 december 1976, *Pas.*, 1977, II, 147.

12. BINDENDE KRACHT DER OVEREENKOMSTEN — Het burgerlijk wetboek laat toe — zo schrijft R. Vandeputte — dat ieder zijn schuldvorderingen en schulden tot stand brengt door het aangaan van contracten. Maar wie zijn toestemming eenmaal heeft gegeven, is onherroepelijk gebonden. De rechtszekerheid vereist dat de contractuele band een stevige is (*De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs,* Brussel, 1977, 30-31; zie ook Vandeputte, R., ,,Enkele beschouwingen betreffende de bindende kracht van de overeenkomst'', in *Liber Amicorum J. Van Houtte,* II, Brussel, 1975, 1023-1035).

Zeer talrijk zijn de beslissingen waarin toepassing wordt gemaakt van het beginsel dat ook de rechter de bindende kracht van de geldig gesloten overeenkomsten moet eerbiedigen, zelfs al acht deze het contract of het contractsbeding onlogisch, ongewenst of strijdig met de billijkheid.

Zo beriep een feitenrechter zich ten onrechte op de *economische zwakheid* van een partij om deze te ontslaan van een beding krachtens hetwelk de arbeidsovereenkomst in geval van huwelijk van de werknemer een einde zou nemen. Het Hof van Cassatie onderstreepte dat economische zwakheid op zichzelf geen grond tot nietigheid van een contract uitmaakt en niet als een wilsgebrek kan worden beschouwd (Cass., 2 mei 1969, 834; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 477-478 en 483 e.v.; *infra,* nrs. 62-63).

Zelfs wanneer de niet-toepassing van een contractueel beding *geen schade* berokkende aan de contractant die er zich op beroept, dan nog mag de rechter de toepassing ervan niet weigeren. Zo zag het Hof van Beroep te Gent één van haar arresten vernietigd, omdat het aan een verzekeraar het recht ontzegd had zich op een contractueel verval wegens een laattijdige ongevallenverklaring te beroepen, onder voorwendsel dat de verzekeraar ingevolge de laattijdigheid toch niet werd benadeeld (Cass., 8 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 886).

De rechter die weigert rekening te houden met een prijsherzieningsclausule in een aannemingsovereenkomst op grond dat dit beding slechts in het contract is ingevoegd in de vorm van een verwijzing naar een typeovereenkomst en dat deze verwijzing bovendien verloren staat te midden van een reeks technische bepalingen, schendt artikel 1134, lid 1 B.W. (Cass., 16 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 672; vgl. Kh. Dendermonde, 9 januari 1979, *T. Aann.*, 1979, 291, noot Y. Nauwelaerts).

De verbindende kracht van een overeenkomst waarbij een *erfdienstbaarheid van doorgang* wordt gevestigd, wordt miskend door de rechter die deze erfdienstbaarheid *uitbreidt* ten voordele van een *ander erf* van de eigenaar van het heersend erf en dit recht verzwaart door er een andere bestemming aan te geven (Cass., 3 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 665).

Wanneer in het *huurcontract* van een onroerend goed aan de huurder toelating wordt verleend bepaalde verbouwingswerken uit te voeren en aan de verhuurder het recht wordt gegeven om ,,*bij het einde van het huurcontract*'' te kiezen voor de verwijdering ervan op kosten van de huurder, of ze, tegen betaling van een vergoeding, te behouden, wordt de bindende kracht van dit contract miskend door de rechter die verklaart dat de verhuurder te laat gekozen heeft voor de verwijde-

ring van de werken, nu de kennisgeving ervan *acht dagen vóór het verstrijken van het huurcontract* is geschied (Cass., 20 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 122). Zie i.v.m. de beslissing van een rechter waarbij de *herstellingskosten* aan een villa op een andere wijze verdeeld worden tussen verhuurder en huurder dan in het huurcontract was overeengekomen: Cass., 12 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 293. Voor een toepassing i.v.m. de hernieuwing van een handelshuurovereenkomst, zie Cass., 5 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 934; zie ook Vred. Verviers, 29 oktober 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 127.

Wanneer een *verzekeringsovereenkomst* bepaalt dat de verzekeraar een verhaal heeft op de verzekerde als deze zich op het ogenblik van het ongeval in staat van *dronkenschap* bevindt en de overeenkomst dronkenschap omschrijft als de omstandigheid dat uit het medisch onderzoek blijkt dat het alcoholgehalte in het bloed 1,5 pro mille overtreft op het ogenblik van de feiten, wordt art. 1134, al. 1, B.W. geschonden door het vonnis, dat beslist dat het begrip dronkenschap moet worden begrepen in de zin van het strafrecht, met name als een dusdanige invloed van de drank dat degene die deze invloed ondergaat niet de bestendige *controle over zijn handelingen* heeft (vgl. Cass., 23 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 509 en de noot; zie ook nog Cass., 24 april 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 916.

Als tussen de burgerlijke partij, slachtoffer van een ongeval, en de in de rechten en verplichtingen van de dader gesubrogeerde *verzekeraar* een overeenkomst is gesloten, waarbij iedere partij de verbintenis aangaat de beoordeling van de *deskundigen* te aanvaarden en van elke voorziening daartegen af te zien, dan schendt het vonnis dat gerechtsdeskundigen in deze zaak benoemt, art. 1134, lid 1 B.W. (Gent, 16 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 313). Voor enkele andere toepassingen i.v.m. verzekeringsovereenkomsten, zie Cass., 17 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 234; Cass., 25 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 104; Cass., 20 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 962.

Artikel 8 van een contract van *lening op afbetaling* bepaalde dat, indien de geldopnemer twee termijnen achter staat en zijn verplichtingen niet nakomt, de geldopnemer, een maand nadat hij bij aangetekend schrijven in gebreke is gesteld zijn achterstallige betalingen te voldoen, het voordeel van de tijdsbepaling verliest en de wederpartij, tot wanneer de verbintenissen van de geldopnemer zullen nagekomen zijn, het recht heeft de onmiddellijke betaling van alle nog verschuldigde bedragen te eisen. De geldopnemer wordt nadat hij twee termijnen ten achter stond en een maand nadat hij bij aangetekend schrijven in gebreke was gesteld zijn achterstallige betalingen te voldoen, gedagvaard. Op de inleidingszitting bewijst de geldopnemer de intussen tot drie gestegen achterstallige termijnen na de dagvaarding te hebben betaald. De rechter die oordeelt dat deze laattijdige betaling ,,een te geringe achterstand'' is om de eis tot onmiddellijke betaling van alle nog verschuldigde bedragen te rechtvaardigen, miskent de bindende kracht van genoemde contractsbepaling (Cass., 23 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 614).

Minder streng lijkt echter volgende uitspraak van ons Hof van Cassatie: de bindende kracht van een overeenkomst waarbij wordt bepaald, dat een *eigendom* moet worden *omheind* met een ,,haag met drie rijen prikkeldraad en bovendien tot

op een hoogte van één meter met ijzerdraad Ursus'', wordt niet geschonden door de rechter die van oordeel is dat het plaatsen van een levende haag met het doel van deze overeenkomst strookt en dat zodoende dit doel verwezenlijkt is (Cass., 10 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 305).

In een op 8 november 1971 door het Arbeidshof te Luik gewezen arrest wordt het beding in een overeenkomst tussen een werkgever en een handelsvertegenwoordiger krachtens hetwelk de werkgever zich het recht voorbehoudt de door haar bediende te bezoeken sector te wijzigen of om 't even welke verandering op te leggen en zulks zonder schadeloosstelling, *nietig* verklaard. Het Hof steunt deze beslissing op het argument dat de clausule strijdig is met het in het arbeidsrecht bestaande beginsel van een ,,virtuele openbare orde'' op grond waarvan de rechtbanken ,,de clausules kunnen vernietigen waarbij kennelijk alle voordeel aan één kant blijkt te zijn''. Het Hof van Cassatie heeft dit arrest vernietigd op grond van de overweging dat het Arbeidshof de bindende kracht van de overeenkomst had miskend, daar genoemde clausule geen dwingende bepaling van de wet van 30 juli 1963 tot instelling van het statuut van de handelsvertegenwoordigers schendt (Cass., 12 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 423; *contra:* François, L., *Sanctions civiles en droit du travail belge,* Liège, 1962, 92-98).

De verbindende kracht van een overeenkomst wordt niet miskend door de rechter die aan die overeenkomst het gevolg toekent dat zij, volgens de *uitlegging* die hij eraan geeft, wettelijk tussen de partijen heeft (zie o.m. Cass., 16 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 309 (aansprakelijkheidsverzekering); Cass., 13 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 443 (aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen); Cass., 19 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 466 (verkoop van vier winkels); Cass., 27 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1163 (aansprakelijkheidsverzekering); Cass., 18 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 675 (contractuele erfdienstbaarheid van overgang); Cass., 3 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 280 (aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen — brengt de huurder van een auto (,,renting'') een nieuw motorvoertuig in het verkeer?); Cass., 8 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 295 (art. 35 algemene voorwaarden modelverzekeringspolis burgerrechtelijke aansprakelijkheid motorrijtuigen); Cass., 3 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 667 (contractueel verleend indelvingsrecht); Cass., 10 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 699 (opdracht definitieve lastgeving tot verkoop in huurovereenkomst); Cass., 3 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 777 (huurcontract); Cass., 10 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 794 (vennootschapscontract); Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 85 (contract overdracht onderneming); Cass., 10 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 299 (handelshuurovereenkomst); Cass., 15 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 712 (overdracht handelshuurovereenkomst); Cass., 2 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 908 (overeenkomst tussen ziekenhuis en geneesheer-diensthoofd); Cass., 26 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1019 (reglement van medeëigendom); Cass., 25 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1123 (handelshuurovereenkomst); Cass., 19 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 225 (bouwovereenkomst); Bergen, 24 januari 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9839 (niet nakoming van ongevals-aangifteverplichting krachtens verzekeringsovereenkomst); zie ook *infra,* nr. 90 en de verwijzingen aldaar).

Bij de *verkoop* van een auto (Mercedes-Benz) waren partijen overeengekomen dat de officiële verkoopprijs ten tijde van de levering van de wagen betaald zou moeten worden. De koper zou echter het recht hebben de koop te verbreken, indien deze prijs meer dan 5 % hoger zou liggen dan de kataloogprijs ten tijde van de contractssluiting. Daar dit laatste het geval was, zegt de koper het contract eenzijdig op. De verkoper beweert dat de koper contractbreuk pleegde daar hij, d.i. de verkoper, zich bereid had verklaard slechts een prijsverhoging van 5 % in rekening te brengen. Op grond van art. 1134, lid 1 B.W. geeft de burgerlijke Rechtbank te Namen de koper gelijk (11 april 1975, *Jur. Liège,* 1974-75, 267). M.i. houdt de rechtbank zich hier te zeer aan de letter van het contract. De bedoeling van de partijen was de bescherming van de koper tegen prijsverhogingen van meer dan 5 %. Welnu, *in casu* bedroeg die 5 %. M.a.w. de rechter had hier de artikelen 1156 en 1134, lid 3 B.W. kunnen toepassen.

Wanneer, enerzijds, volgens de *algemene verkoopsvoorwaarden* vertraging in de levering geen recht geeft op schadevergoeding, behoudens bijzondere overeenkomst dienaangaande, en, anderzijds, de partijen bij de bestelling een bepaalde datum voor de levering hebben bedongen, kan de rechter, zonder dat hij de bindende kracht van de algemene verkoopsvoorwaarden miskent, beslissen dat de partijen door die bijkomende clausule van de algemene verkoopsvoorwaarden zijn afgeweken en dat dan ook schadevergoeding wegens vertraging in de levering kan worden gevorderd (Cass., 3 februari 1978, *Arr. Cass.,* 1978, 663; zie ook Brussel, 23 maart 1978, *J.T.,* 1978, 396; Brussel, 15 april 1971, *T. Aann.,* 1975, 269, noot M.-A. Flamme; Arbh. Brussel, 19 december 1973, *T.S.R.,* 1974, 262; vorig overzicht, *T.P.R.,* 1975, 497).

De eigenaar van een apotheek verkoopt deze laatste aan een coöperatieve vennootschap. De *arbeidsovereenkomst* met de door hem tewerkgestelde apotheker zegt hij op. Deze laatste, na onderhandelingen, verzaakt aan een opzeggingsvergoeding van zijn werkgever in ruil voor een nieuwe arbeidsovereenkomst voor de duur van 8 maanden met de aankopende vennootschap. Deze apotheker kan naderhand op deze rechtsgeldige overeenkomst niet terugkomen (Arbh. Luik, 24 mei 1973, *T.S.R.,* 1974, 134; voor een ander interessant toepassingsgeval inzake arbeidsrecht, zie Arbh. Brussel, 12 januari 1977, *T.S.R.,* 1977, 89).

Een partij die *een vordering indient,* sluit als zodanig *geen contract* met de tegenpartij. Zij moet in de gedinginleidende akte enkel het voorwerp van de vordering vermelden, waarop het verweer van de tegenpartij betrekking zal hebben. De wet verbiedt de rechter daarbuiten uitspraak te doen (art. 1138, 2°, Ger. W.). De grief waarbij aan de rechter wordt verweten dat hij over niet gevorderde zaken uitspraak heeft gedaan, kan derhalve niet op art. 1134, lid 1 B.W. steunen (*cf.* Cass., 13 juni 1975, *Arr. Cass.,* 1975, 1090 en de noot met de verwijzingen).

13. BINDENDE KRACHT DER OVEREENKOMSTEN - UITZONDERINGEN — Artikel 1134, lid 2 B.W. bepaalt dat contracten herroepen kunnen worden met wederzijdse toestemming van de partijen en op de gronden door de wet erkend.

Deze uitzondering op het beginsel overeenkomst-wet doelt uiteraard vooral op de

verschillende manieren waarop overeenkomsten kunnen tenietgaan zoals de herroeping, de ontbinding, en de nietigheid van contracten.

Nadat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door één der partijen rechtsgeldig is opgezegd, kunnen beide partijen vóór het verstrijken van de opzeggingstermijn nog *een einde* aan de overeenkomst *maken* met hun *wederzijdse toestemming (mutuus dissensus). In casu* ging het om een werkgever die op 26 januari 1973 zijn werknemer eenzijdig had opgezegd met inachtneming van een termijn van één maand. Enkele dagen later kwamen partijen echter schriftelijk overeen dat de arbeidsovereenkomst op 1 februari een einde zou nemen (Cass., 10 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 177; zie ook Arbh. Brussel, 23 november 1973, *R.W.*, 1973-74, 1902; Arbh. Brussel, 5 februari 1974, *J.T.*, 1974, 375; Arbh. Luik, 24 maart 1975; *Pas.*, 1975, III, 46.

Indien twee jaar verlopen zijn tussen de ondertekening van een contract voor de plaatsing van een verwarmingsinstallatie en het ogenblik van de dagvaarding van de opdrachtgever door de aannemer zonder dat eerstgenoemde ooit werd aangemaand, moet deze houding — volgens de Rechtbank van Koophandel te Brussel — uitgelegd worden als een wederzijdse opzegging van het contract (18 oktober 1977, *B.R.H.*, 1978, 200).

Niets verhindert partijen ook om een overeenkomst door een andere te vervangen. Zo werd een bouwovereenkomst met wederzijdse toestemming der partijen beëindigd. Overeengekomen werd dat de aannemer het door de opdrachtgever betaalde voorschot onder aftrek van een bepaald bedrag zou terugbetalen. Nu krachtens de nieuwe overeenkomst slechts één verbintenis overblijft, nl. de betaling van een geldsom, kan de wanbetaling niet tot ontbinding, maar alleen tot gedwongen uitvoering leiden (Gent, 12 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2220).

Artikel 1134, lid 2 B.W. doelt echter ook op specifieke wettelijke beschikkingen die de rechter de bevoegdheid verlenen om overeenkomsten te wijzigen of aan te passen. In dit verband kan men b.v. verwijzen naar art. 1244, lid 2 B.W. (termijnen van respijt); naar de Handelshuurwet van 30 april 1951, die bijzondere voorschriften bevat voor de herziening van de huurprijs na iedere triënnaal, wanneer er zich nieuwe omstandigheden hebben voorgedaan (art. 6; *cf.* Vred. Verviers, 29 oktober 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 127) of voor de vaststelling van de nieuwe huurvoorwaarden bij wettelijke verlenging wanneer partijen niet tot een akkoord komen (art. 18); naar de bepalingen nopens de aanpassing van de pachtprijs in de wet van 14 mei 1955 betreffende de erfpachten; naar de tijdelijke huurwetten die aan de Vrederechter de bevoegdheid verlenen om, in bepaalde gevallen, naar billijkheid de huurprijs te verhogen (art. 2, § 2 wet van 23 december 1980); naar de wet van 9 juli 1957 nopens de verkoop op afbetaling en zijn financiering waarin overdreven bevonden bedingen en lastenpercentages mogen verminderd worden (art. 17, 19 § 2, 19 quinquies, 19 octies § 2); enz.

Overeenkomsten tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge toestemming, of na de overschrijving van hun echtscheiding op grond van bepaalde feiten, waarin *onderhoudsuitkeringen* worden geregeld, zijn in beginsel geldig en vallen derhalve onder toepassing van art. 1134, lid 1 B.W. (zie en vgl. Cass., 14

november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 331; Cass., 4 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 263 en *R.C.J.B.*, 1979, noot M. Th. Meulders-Klein; Cass., 17 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 319; Baeteman, G. en Gerlo, A., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 849 e.v., 873 e.v.; Bax, M. en Willekens, H., ,,Personen- en familierecht (1979-1980) (2e deel)'', *R.W.*, 1981-82, 166-167; Vred. Etterbeek, 15 juni 1978, *T. Vred.*, 1978, 274; Vred. Merksem, 4 december 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 210; Vred. Verviers, 26 januari 1979, *Jur. Liège*, 1979, 320). Artikel 301, § 3 B.W. houdt in dat de Vrederechter deze overeenkomsten in geval van echtscheiding op grond van bepaalde feiten mag veranderen of aanpassen, o.m. indien zich ingrijpende wijzigingen in de toestand van de uitkeringsgerechtigde of de uitkeringsplichtige hebben voorgedaan (*cf.* Dirix en Van Oevelen, *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2379). Opgemerkt dient nog dat overeenkomsten tussen al dan niet gescheiden ouders m.b.t. de onderhoudsverplichting jegens hun kinderen geen regeling mogen inhouden waarin *ten nadele* van die kinderen afgeweken wordt van de artikelen 203 en 303 B.W. Dergelijke afspraken die de rechten van de kinderen belemmeren of beperken zijn immers strijdig met de openbare orde (zie en vgl. Cass., 7 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 19; Cass., 10 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 191; Cass., 21 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 823 en *R.C.J.B.*, 1976, 136, noot J.P. Masson; Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2165, noot J. Pauwels; Baeteman, G. en Gerlo, A., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 875 e.v. en de verwijzingen). Zoals E. Dirix en A. Van Oevelen terecht opmerken, kan men dit probleem ook op grond van artikel 1165 B.W. oplossen: het wettelijk recht op onderhoud van een kind kan niet in het gedrang worden gebracht door overeenkomsten waaraan hij vreemd is (*o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2379).

14. BINDENDE KRACHT DER OVEREENKOMSTEN – UITZONDERINGEN (vervolg) – EENZIJDIGE OPZEGGING AD NUTUM — De eenzijdige opzegging van een contract is slechts uitzonderlijk geldig, daar één der partijen hier zijn wil opdringt aan de andere, hetgeen in strijd is met het grondbeginsel van artikel 1134 B.W.

Het recht op eenzijdige verbreking van een overeenkomst is onbetwistbaar wanneer er een uitdrukkelijke wetsbepaling bestaat, zoals art. 2004 B.W. (lastgeving), art. 1794 B.W. (aanneming; zie Levintoff, C. en Foriers, P.-A., ,,De la réalisation *(sic)* unilatérale du contrat d'entreprise par le maître de l'ouvrage'', *T. Aann.*, 1977, 20-50), art. 32 Arbeidsovereenkomstenwet, enz.

Ook al rept het contract, waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon met een *openbare dienst* belast wordt, met geen woord over opzegging, toch heeft de overheid die de *concessie* heeft toegekend het recht om — en dit omwille van de aard van dat contract — de concessie van die openbare dienst in te trekken op grond van overwegingen van openbaar belang (Cass., 31 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1159; zie ook Orianne, P., *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, 1961, nrs. 9, 10, 11, 79, 303 en 308 en de verwijzingen).

Rechtsleer en rechtspraak zijn tevens van oordeel dat alle voor onbepaalde duur aangegane contracten eenzijdig kunnen worden opgezegd. De openbare orde, meer bepaald de bescherming van de individuele vrijheid, rechtvaardigt deze

regel (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 449, nr. 8; *adde:* Cass., 22 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 327; Kh. Luik, 13 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 133).

Omstreden blijft het probleem of een vergoeding verschuldigd is in de gevallen waarin een contract op geldige wijze eenzijdig werd opgezegd. Zo is er de vraag of een beoefenaar van een *vrij beroep*, zoals een advocaat, geneesheer of architect, in geval van eenzijdige verbreking van het contract door de cliënt, niet alleen voor al de reeds verrichte arbeid en gedane uitgaven moet worden vergoed, maar ook recht heeft op het inkomen dat hij bij die aanneming nog had kunnen verdienen (*cf.* art. 1794 B.W.; De Page, II, nr. 460bis, 443-434). Alhoewel artikel 4 van het deontologisch reglement uitgevaardigd door de Orde der architecten hierop een bevestigend antwoord geeft en bepaalt dat architecten aanspraak kunnen maken op de helft van de desbetreffende honoraria, besliste de Rechtbank van Koophandel te Verviers dat het feit dat architecten thans een ,,vrij beroep'' uitoefenen en winst niet het hoofdmotief is van hun optreden meebrengen dat zij geen enkel recht kunnen laten gelden op gehele of gedeeltelijke vergoeding van diensten die zij niet gepresteerd hebben (Kh. Verviers, 12 oktober 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 125; in dezelfde zin: Kh. Luik, 19 september 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 21; Rb. Verviers, 1 maart 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 251; Hannequart, Y., *Le droit de la construction*, Brussel, 1974, nr. 569; zie in dezelfde zin voor geneesheren en advocaten: De Page, II, 434).

De Rechtbank van Koophandel te Gent heeft zich uitgesproken voor de stelling dat een voor *onbepaalde duur* gesloten contract slechts opgezegd kan worden mits inachtneming van een redelijke opzeggingstermijn of, bij ontbreken daarvan, mits de uitkering van een daarmee gelijkstaande vergoeding (Kh. Gent, 9 april 1975, *J.T.*, 1975, 511; zie ook Kh. Luik, 13 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 133). Herinneren wij er aan dat anderen van mening zijn dat de eenzijdige verbreking van deze overeenkomsten slechts recht geeft op schadevergoeding, indien de opzegging gebeurt op een wijze strijdig met het in artikel 1134, lid 3 B.W. tot uitdrukking gebrachte beginsel van de uitvoering te goeder trouw der contracten (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 449; *adde:* Antwerpen, 4 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 456 (verbreking was ,,onverwacht, onvoorzienbaar en ontijdig''); *infra*, nr. 102).

15. BINDENDE KRACHT DER OVEREENKOMSTEN – UITZONDERINGEN (vervolg) – IMPREVISIELEER — Volgens de imprevisieleer gaat een overeenkomst teniet of mag deze door de rechter worden aangepast, indien na het totstandkomen van het contract zich abnormale en onvoorziene omstandigheden voordoen die de verbintenis van één der partijen in zeer belangrijke mate verzwaren, zij het niet onmogelijk maken. Te denken valt aan een ernstige verstoring van het contractuele evenwicht door o.m. een oorlogs- of aanverwante toestand of een plotse en belangrijke devaluatie of opwaardering van een munteenheid (voor een opsomming van een reeks andere gebeurtenissen die tot de hier bedoelde situaties kunnen leiden, zie Royer, S., ,,Pacta sunt servanda en verandering van omstandigheden in het privaatrecht'', *R.M.T.*, 1972, 519 e.v.).

Vooral in de jaren vlak na de eerste en vlak vóór de tweede wereldoorlog werd

vaak heftig gediscussieerd tussen voor- en tegenstanders van de imprevisieleer. Uiteindelijk haalden de tegenstanders het in ons land op grond van het argument dat geldig gesloten overeenkomsten bindend zijn voor de partijen en de rechter. Dit betekent dat de schuldenaar slechts van zijn verbintenis bevrijd kan verklaard worden, wanneer de onvoorziene en abnormale gebeurtenissen overmacht opleveren, d.w.z. de uitvoering van de verbintenis niet alleen ernstig bemoeilijken, maar werkelijk onmogelijk maken (zie De Page, II, nrs. 467 C en 573 e.v. en de talrijke verwijzingen aldaar).

De grillige economische ontwikkelingen in de jongste jaren liggen ongetwijfeld ten grondslag aan de hernieuwde belangstelling voor deze problematiek (voor de rechtsleer zie o.m. Vandeputte, R., *o.c.*, 31 en 183 e.v.; Huys, M. en Keutgen, G., ,,L'autonomie de la volonté face à l'imprévision et aux réglementations en matière de prix et de contrats de louage'', in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Brussel, 1978, 346-362; Van Mullem, J., ,,L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations'', *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1978, 65-75; Deceuninck, P., ,,Juridische argumentatie van de theorie van de onvoorziene omstandigheden'', *Jura Falc.*, 1978-79, 83-97; Van Ommeslaghe, P., ,,Les clauses de force majeure et de l'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux'', *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1980, 7-59; Philippe, D., noot onder Kh. Brussel, 16 januari 1979, *J.T.*, 1980, 459-462; Abbeloos, W., noot onder Rb. Gent, 21 april 1976, *T. Aann.*, 1980, 3 e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2376-2383).

Wat de rechtspraak betreft, moet vooral de aandacht worden gevestigd op een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel waarin de imprevisieleer uitdrukkelijk wordt goedgekeurd (16 januari 1979, *J.T.*, 1980, 458; *B.R.H.*, 1979, 225). Het ging hier om een projectontwikkelaar die — m.h.o. op de oprichting van een groot detailhandelscentrum — t.o.v. de eigenaar van een terrein een dubbele verbintenis had aangegaan: in de eerste plaats had hij er zich toe verbonden de betrokken percelen binnen 12 maanden ofwel aan derden te verkopen ofwel, mocht dat niet lukken, zelf aan te kopen; de tweede verbintenis hield in dat de percelen binnen 24 maanden bebouwd zouden worden, hetzij door de kopers die de projectontwikkelaar zou aantrekken, hetzij door hemzelf. Beide verbintenissen werden niet nagekomen. Ter verontschuldiging roept de projectontwikkelaar het argument in dat de nieuwe Wet van 29 juni 1975 betreffende de handelsvestigingen de oprichting van een groot detailhandelscentrum op korte termijn bijzonder moeilijk maakt. De rechtbank oordeelde dat deze omstandigheid geen rechtvaardiging opleverde voor de niet-nakoming van de eerste verbintenis. De projectontwikkelaar had een beleidsfout gemaakt door niet voldoende fondsen vrij te maken voor de eigen aankoop van de betrokken percelen. De Rechtbank besliste daarentegen, op grond van de imprevisieleer, dat de schuldenaar voor de niet-nakoming van de tweede verbintenis, nl. de verplichting tot bebouwing binnen 24 maanden, niet aansprakelijk kon worden gesteld, daar de wet van 29 juni 1975 zo'n tijdrovende machtigingsprocedure voor de vestiging van handelscentra instelt dat de naleving van de contractuele termijn *onmogelijk* was geworden. Is dit vonnis interessant door de principiële erkenning van de

imprevisieleer, dan moet tegelijkertijd toch de vraag worden gesteld of die theorie hier wel wordt toegepast. Immers, door vast te stellen dat de nieuwe wetgeving de tijdige nakoming van de tweede verbintenis ,,onmogelijk'' had gemaakt, past het rechtscollege in feite de overmachtsleer toe (vgl. Philippe, D., *o.c.*, 461-462; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2382; zie ook *infra*, nrs. 114-115).

Opgemerkt dient evenzeer dat in enkele andere rechterlijke beslissingen de imprevisieleer duidelijk wordt verworpen. Zo besliste de Arbeidsrechtbank te Charleroi dat een gemeente niet gerechtigd is om zonder opzegvergoeding een einde te stellen aan een arbeidsovereenkomst met een bewaker, in dienst genomen om toezicht te houden op een in aanbouw zijnde school, indien om onvoorziene administratieve en budgettaire redenen de bouw voor enige tijd wordt geschorst (Arbrb. Charleroi, 7 november 1978, *T.S.R.*, 1979, 84). Evenzo werd beslist dat de rechter de in een contract tussen een verzekeraar en een als lasthebber van de schadelijder optredende garagehouder overeengekomen kostprijs van de aan het beschadigde motorrijtuig uit te voeren herstellingen, niet mag wijzigen op grond van onvoorziene prijsstijgingen (Vred. Luik, 22 december 1977 en Rb. Luik, 29 januari 1979, *Pas.*, 1979, III, 5).

16. BINDENDE KRACHT DER OVEREENKOMSTEN – UITZONDERINGEN (vervolg) – VERMINDERING VAN HET LOON VAN DE MANDATARIS EN VAN DE TUSSENPERSONEN IN HET ALGEMEEN — De discussie over de vraag of de rechter de bevoegdheid bezit om het contractueel overeengekomen loon van de lasthebber of van een andere tussenpersoon tot redelijke proporties te herleiden wanneer er een wanverhouding bestaat met de geleverde prestaties, is in een nieuw stadium getreden door het arrest van het Hof van Cassatie van 6 maart 1980 (*Arr. Cass.*, 1979-80; *R.C.J.B.*, 1982, 519, noot E. Dirix; zie hierover ook Sterckx, D., ,,Le mandat malgré lui ou la rançon perdue'', *Rev. Not. B.*, 1980, 281 e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2371 e.v.).

De feiten in deze zaak kunnen als volgt worden samengevat. M. Paris geeft aan de P.V.B.A. Lorge opdracht een onroerend goed te verkopen. Als loon wordt overeengekomen dat de mandataris het verschil zal ontvangen tussen de verkoopprijs en 490.000 Fr. In minder dan 7 dagen slaagt de P.V.B.A. Lorge erin een koper te vinden voor de prijs van 750.000 Fr., zodat deze lasthebber een bedrag van 260.000 Fr. op zak kan steken. Het Hof van Beroep van Bergen vermindert dit bedrag echter tot 5 % van de verkoopprijs, d.i. 37.500 Fr. (Bergen, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 532). De lasthebber stelde een voorziening in cassatie in wegens schending van artikel 1134, lid 1 B.W.

Het probleem werd aldus in principiële bewoordingen aan het Hof van Cassatie voorgelegd. In zijn conclusie herinnert Eerste Advocaat-Generaal R. Charles aan de arresten van het Hof van Cassatie van 17 januari 1851 (*Pas.*, 1851, I, 314) en van 28 november 1889 (*Pas.*, 1890, I, 27). In eerstgenoemd arrest steunt het Hof de matigingsbevoegdheid van de rechter op de overweging dat lastgeving in beginsel kosteloos is en dat, hoewel een loon kan worden bedongen, uit de ontstaansgeschiedenis van het Burgerlijk Wetboek duidelijk blijkt dat deze belo-

ning slechts een vergoeding, maar nooit een winst mag zijn, zodat de rechter het bedongen loon mag verminderen tot hetgeen hij billijk acht. In het tweede arrest wordt er nog een ander argument aan toegevoegd, nl. dat wanneer de overeengekomen vergoeding de werkelijke prestatie van de lasthebber zou overtreffen, dit een verbintenis zonder oorzaak zou zijn. De Eerste Advocaat-Generaal adviseert deze rechtspraak te handhaven.

Het Hof van Cassatie heeft dit advies gevolgd. In het systeem van het Burgerlijk Wetboek — aldus het Hof — is het mandaat van nature kosteloos. Krachtens een bijzondere overeenkomst kan weliswaar een loon worden bedongen, maar uit de wordingsgeschiedenis van ons Burgerlijk Wetboek blijkt toch dat dit loon bedoeld is als een billijke vergoeding voor de bewezen diensten. De opstellers van het Burgerlijk Wetboek hebben dan ook niet willen afwijken van de traditionele regel dat de rechter toezicht mag uitoefenen op het loon van de lasthebber. Integendeel, zij hebben deze regel willen bekrachtigen. Het feit dat heden ten dage het mandaat over het algemeen bezoldigd wordt, volstaat niet — steeds volgens het Hof — om hiervan af te wijken zelfs niet indien het mandaat een daad van koophandel zou zijn aan de zijde van de lasthebber. Besluit: het valt binnen de bevoegdheid van de rechter het overeengekomen loon voor de uitvoering van het mandaat te verminderen, indien hij vaststelt dat dit loon buiten verhouding is met de belangrijkheid van de bewezen diensten. In dezelfde zin: Kh. Brussel, 24 juli 1975, *B.R.H.*, 1976, 220; Vred. Grâce-Hologne, 3 februari 1979, *Jur. Liège*, 1979, 415; *contra:* Rb. Hoei, 16 april 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 60; Kh. Brussel, 20 februari 1970, *R.C.J.B.*, 1977, 5, noot A. De Bersaques.

Het lijdt m.i. geen twijfel dat dit arrest weinigen geheel zal bevredigen. In de eerste plaats is de hele redenering i.v.m. het mandaat als vriendendienst en de daaraan verbonden kosteloosheid irrelevant t.a.v. lasthebbers die in de uitoefening van een beroep optreden. Zij sluiten wederkerige contracten ten bezwarende titel, geen contracten ten kosteloze titel. Vlijmscherp heeft H. De Page de zienswijze van het Hof gehekeld: ,,On n'imagine pas anachronisme présenté d'une manière plus naïve et plus charmante. Il suffit de songer aux mandataires professionnels (qui, de nos jours, sont *la règle*) pour apprécier toute la saveur du mandat ,,acte de désintéressement et de générosité'' et ,,office de l'amitié''. N'insistons pas.'' (*Traité*, IV, nr. 431; zie ook Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, 2375; Sterckx, D., *o.c.*, 281 en 286).

In de tweede plaats schept het arrest van het Hof van Cassatie discriminatie tussen de bezoldigde lastgeving en de andere contracten ten bezwarende titel. De misbruiken die het arrest terecht beoogt te beteugelen, zijn immers niet beperkt tot het mandaat, maar bestaan in talloze andere gevallen. De zeer specifieke motivering van het arrest biedt de feitenrechters geen middel om aan die andere mistoestanden paal en perk te stellen. Men kan aan die maatschappelijke realiteit niet blijven voorbijgaan. Wil of kan het Hof van Cassatie dit algemeen probleem niet aan dan moet de wetgever tussenbeide komen en aan de rechter de bevoegdheid verlenen om in uitzonderlijke omstandigheden de overeenkomst te wijzigen (zie Paulus, C. en Boes, R., *Lastgeving* in *A.P.R.*, Gent, 1978, 118; De Page, IV, 426; Vandeputte, R., *o.c.*, *Liber Amicorum Baron J. Van Houtte*, 1030

e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, 2376 en de verwijzingen). Persoonlijk ben ik van oordeel dat zo'n wettelijke tussenkomst niet nodig is. Het gewenste resultaat kan ook bekomen worden langs een erkenning van de theorie van de gekwalificeerde benadeling (wanverhouding tussen de *bedongen* prestaties ten gevolge van misbruik van omstandigheden; zie *infra*, nr. 66) en op grond van het marginaal toetsingsrecht van de rechter krachtens het beginsel dat contracten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gelegd (wanverhouding tussen de *werkelijk geleverde* prestaties; *infra*, nrs. 104-105).

Tenslotte enkele opmerkingen. In de eerste plaats dient te worden aangestipt dat het Hof van Cassatie in dit arrest het argument dat wanneer de overeengekomen vergoeding de effektief door de mandataris geleverde prestatie overtreft, dit een verbintenis *zonder oorzaak* zou zijn, niet meer vermeldt. Terecht m.i., daar de heersende rechtsleer en rechtspraak in ons land van oordeel zijn dat het begrip oorzaak slechts een rol speelt bij de *totstandkoming* van een overeenkomst en niet bij de *uitvoering* van rechtshandelingen (zie Van Ommeslaghe, P., ,,Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne'', *R.C.J.B.*, 1970, 335 e.v.; Brussel, 15 november 1973, *B.R.H.*, 1974, 135; Rb. Brussel, 6 november 1979, *J.T.*, 1980, 373; zie ook *infra*, nr. 127). In geval van wanverhouding tussen de *bedongen* prestaties ligt het probleem anders: daar gaat het wel degelijk om de situatie bij de totstandkoming van het contract (*cf.* theorie van de gekwalificeerde benadeling, *infra*, nr. 66).

In de tweede plaats dient er nog op te worden gewezen dat het Hof van Cassatie geen uitspraak heeft gedaan over de vermindering van het loon van *andere tussenpersonen* dan mandatarissen. Er weze aan herinnerd dat het grootste gedeelte van de Belgische rechtspraak en rechtsleer van oordeel is dat hier geen uitzondering op art. 1134, lid 1 B.W. kan geduld worden. Dit heeft er toe geleid dat over de vraag of een contract als lastgeving dan wel als aanneming van werk moet worden gekwalificeerd, talrijke betwistingen zijn. Meer en meer rechters en auteurs schijnen geneigd de kwalificatie aanneming te weerhouden wanneer de tussenpersoon vooral een reeks materiële handelingen moet stellen (zie en vergelijk o.m. Brussel, 15 november 1973, *B.R.H.*, 1974, 135, Kh. Brussel, 31 mei 1977, *B.R.H.*, 1977, 638; Paulus, C. en Boes, *o.c.*, p. 19, nr. 28; Schoentjes-Merchiers, Y., ,,Overzicht van rechtspraak (1966-1971). Bijzonder en afwijkend handelsrecht'', *T.P.R.*, 1973, p. 666-67, nr. 79).

Melding moet hier ook gemaakt worden van het feit dat de tussenpersoon in heel wat gevallen reeds wegens *niet-nakoming* van zijn contractuele verbintenissen kan veroordeeld worden (Antwerpen, 8 februari 1977, *T. Aann.*, 1978, 196, noot A. Pellegrin; Kh. Brussel, 31 mei 1977, *B.R.H.*, 1977, 638; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 448).

Ook gebeurt het regelmatig dat rechtbanken contracten met tussenpersonen vernietigen wegens *ongeoorloofde oorzaak*, m.n. wanneer de tussenpersoon een hoog loon heeft bedongen in ruil voor onbetekenende verbintenissen zijnerzijds (Antwerpen, 28 juni 1978, *B.R.H.*, 1979, 529; Kh. Brussel, 24 juli 1975, *B.R.H.*, 1976, 220, Rb. Hasselt, 15 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 2725; cf. Kh. Antwerpen, 18 oktober 1976, *B.R.H.*, 1979, 148; O.H., ,,Het probleem van de

bemiddeling inzake verkoop en overdracht van handelszaken en onroerende goederen'', *B.R.H.*, 1979, 540-51; zie ook *infra*, nrs. 66 en 84).

AFDELING III

DE TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMSTEN

A. De toestemming

a. *Ontbreken van wilsovereenstemming*

17. ONTBREKEN VAN TOESTEMMING – KLOOSTERLINGEN — De vraag of de *animo contrahendae obligationis* voorhanden is, werd gesteld m.b.t. kloosterlingen die in het onderwijs of elders zijn tewerkgesteld. Door tot de kloosterorde toe te treden, verbindt de geestelijke er zich toe de bevelen van zijn religieuze oversten uit te voeren. Het is dus de kloostergemeenschap die beslist of de kloosterling al dan niet in de betrokken onderwijsinrichting tewerkgesteld zal worden. Wanneer deze een onderwijsfunctie waarneemt, rijst dan ook de vraag op grond van zijn persoonlijke toestemming, dan wél omwille van het door zijn oversten gegeven bevel. Kortom, sluit de kloosterling wel een arbeidsovereenkomst met de inrichtende macht van de onderwijsinstelling?

De Raad van State heeft gemeend deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Volgens dit rechtscollege veronderstelt een arbeidsovereenkomst contractuele betrekkingen tussen partijen die ,,niet bestaan wanneer men onder obediëntie staat'' (*R.v.St.*, 25 oktober 1961, *Arr. R.v.St.*, 1961, nr. 8883). Dit arrest heeft kritiek uitgelokt. Het zou immers impliciet de burgerlijke onbekwaamheid van kloosterlingen erkennen. ,,Het is duidelijk — zo schrijft R. Verstegen terecht — dat de kloostergelofte geen enkele vorm van burgerlijke onbekwaamheid voor gevolg kan hebben. Onbekwaamheid volgt uit de wet, nooit uit private overeenkomsten'' (,,Arbeidsovereenkomsten voor geestelijken: een knoop die moeizaam wordt ontward'', *T.S.R.*, 1978, 499; zie ook Arbrb. Doornik, 13 februari 1973, *J.T.T.*, 1974, 288). Maar zelfs op het loutere vlak van de toestemming is de stelling onaanvaardbaar. Een kloosterling treedt vrijwillig tot de kloosterorde toe en kan daar ook weer op elk ogenblik uittreden. Hij verbindt er zich vrijwillig toe de door zijn oversten gegeven bevelen uit te voeren. Hij voert vrijwillig de hem opgedragen arbeidstaak uit. Niets verhindert dus de kloosterling vrijwillig een arbeidsovereenkomst aan te gaan met de inrichtende macht van een onderwijsinstelling. In dit verband kan ook de uitspraak van het Hof van Cassatie van 31 mei 1974 aangehaald worden waarin terecht beslist wordt dat het feit dat een architekt onderworpen is aan een deontologische code of plichtenleer de door artikel 1108 B.W. vereiste vrije toestemming niet belet (*Arr. Cass.*, 1974, 1078 en *T. Aann.*, 1976, 118, noot Demetser, F.).

Daarmee is de gestelde vraag — nl. of de kloosterling een arbeidsovereenkomst sluit — echter niet beantwoord. Het feit dat hij een arbeidsovereenkomst *kan* sluiten, betekent immers nog niet dat hij dat ook werkelijk *doet*. Het loutere feit dat hij een onderwijsfunctie waarneemt, bewijst niet dat hij een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten. Is derhalve niet wettig gemotiveerd, het arrest dat niet

vaststelt hoe, wanneer, onder welke voorwaarden en met wie als tegenpartij, de kloosterling een arbeidscontract heeft aangegaan (Cass., 21 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 331). En rechtvaardigt zijn beslissing niet wettig, het Arbeidshof dat niet vaststelt dat de kloosterling — tewerkgesteld in de door zijn kloostergemeenschap ingerichte psychiatrische instelling — met een nieuwe vrije toestemming een eigenlijke arbeidsovereenkomst met de kloosterorde heeft aangegaan om bepaalde arbeid in bepaalde voorwaarden tegen een bepaald loon te verrichten (Cass., 5 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 483). En uit de loutere vaststelling dat de kloosterling vrijwillig tot de kloosterorde is toegetreden kan het Arbeidshof niet wettig afleiden dat de kloosterling de toevertrouwde leeropdracht ter uitvoering van een arbeidsovereenkomst heeft vervuld (Cass., 11 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 38). Het is immers niet uitgesloten dat de in de onderwijs inrichting ingezette kloosterling op het ogenblik van de verlening van de opdracht geen arbeidsovereenkomst sluit, ook niet met de inrichtende macht, maar eenvoudig, trouwens overeenkomstig zijn plicht tot gehoorzaamheid — die voortspruit uit zijn kloostergeloften —, de onderwijstaak vervult die zijn kloosteroverheid hem opdraagt (Cass., 21 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 328).

Willen arbeidsrechtelijke colleges o.m. aan uitgetreden kloosterlingen de voordelen van het arbeids- en sociaal zekerheidsrecht toekennen — en daar valt toch veel voor te zeggen —, dan zullen zij het bestaan van een afzonderlijke toestemming voor een arbeidsovereenkomst in hoofde van deze kloosterlingen moeten vaststellen. Zoniet is een wetswijziging wenselijk (zie over deze problematiek verder nog: Verstegen, R., *l.c.*, 496-507 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; Verstegen, R., *Geestelijken naar Belgisch recht,* Berchem, Kluwer, 1977, 36 e.v.; Jamoulle, M., ,,Examen de jurisprudence (1975 à 1977). Contrat de travail'', *R.C.J.B.*, 1978, 561 e.v.; zie ook *infra,* nr. 139).

Opmerkelijk is tenslotte nog dat de rechtspraak zich op dit punt blijkbaar soepeler toont om het bestaan van een arbeidsovereenkomst aan te nemen, wanneer het gaat om sportoefenmeesters en publieke vrouwen (zie Jamoulle, M., *l.c.*, 565 e.v. en de verwijzingen aldaar).

18. ONTBREKEN VAN TOESTEMMING - GEESTESZIEKTE — Wanneer een geesteszieke op het ogenblik dat hij voor een notaris een verkoopakte ondertekent, niet onbekwaamverklaard is en de onbekwaamverklaring later niet meer kan plaatsgrijpen omwille van het overlijden van betrokkene, kan de koop slechts vernietigd worden indien bewezen wordt dat betrokkene op het ogenblik van de sluiting van het contract krankzinnig was. Het bewijs dat de oorzaak van de onbekwaamverklaring kennelijk bestond ten tijde dat het contract werd gesloten, volstaat dus niet. M.a.w. *in casu* dient artikel 504 B.W. te worden toegepast en niet artikel 503 B.W. (Rb. Marche-en-Fammene, 8 augustus 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 36; *contra*: De Page, II, Nr. 364, p. 336; zie ook nog Arbrb. Brussel, 16 januari 1978, *J.T.T.*, 1978, 281; *J.T.T.*, 1979, 47, noot J. Eeckhout).

In de rechtspraak en de rechtsleer wint de stelling veld dat de gezondheid van geest, nodig voor een geldige toestemming, ten aanzien van beschikkingen om niet strenger moet worden geïnterpreteerd. Een wijziging in of verzwakking van

de ,,wilsklaarheid'' op het ogenblik van de rechtshandeling zou reeds voldoende zijn om de vernietiging te bekomen op grond van artikel 901 B.W. (zie Swennen, L., noot onder Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1960-1961 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. *Adde* : Bergen, 14 september 1976, *Pas.*, 1977, II, 121, noot; Bergen, 20 juni 1979, *Pas.*, 1979, II, 130). Ook neemt de recente rechtspraak aan dat het bewijs van ,,habituele'' toestand van geesteszwakheid hier volstaat, tenzij de tegenpartij kan aantonen dat de rechtshandeling in een heldere tussenperiode werd gesteld (Cass., 24 februari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, I, 587; zie ook Swennen, L., *l.c.*, 1961 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

19. ONTBREKEN VAN TOESTEMMING – ANDERE TOEPASSING — Totale afwezigheid van toestemming werd door de burgerlijke rechtbank te Luik vastgesteld in volgende situatie. Een man gaat op 30 april 1974 een hypothecaire lening aan bij de verzekeringsmaatschappij X, lening waarvoor het huis van zijn ouders als waarborg dient. Dit huis hadden zijn ouders tegen brand verzekerd bij Y, een andere verzekeringsmaatschappij. Op 2 mei 1974 wordt dit verzekeringscontract verlengd voor een periode van 10 jaar. Enkele dagen later biedt een verzekeringsagent van de firma X zich bij de eigenaars van de woning aan. Deze ondertekenen een document dat de verzekeringsagent hen voorlegt en waarvan zij denken dat het betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van de verlenging van het brandverzekeringscontract met de firma Y. In werkelijkheid hadden zij een tweede brandverzekeringscontract voor de duur van 20 jaar met de firma X ondertekend! Zoals gezegd, besliste de burgerlijke rechtbank te Luik dat het tweede verzekeringscontract wegens het ontbreken van de toestemming van de eigenaars van het huis nietig was (21 mei 1979, *Jur. Liège*, 1979, 433, noot P.H.). Terecht m.i., daar de eigenaars in het geheel niet de bedoeling hadden door de ondertekening van het document met om het even wie — d.w.z. noch met de firma Y, noch met de firma X — een contract te sluiten. Het lijkt me dan ook minder aangewezen om hier van een verhinderende dwaling te spreken (vgl. Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2387-2388; zie ook *infra*, nr. 194).

Het loutere feit dat een contract is opgesteld in een *taal* die de medecontractant niet begrijpt, betekent niet noodzakelijk dat deze partij niet heeft toegestemd of dat het contract door een wilsgebrek is aangetast (zie Rb. Brussel, 27 oktober 1978, *Pas.*, 1978, III, 68; De Page, I, 47, voetnoot 2; vgl. Cass., 30 april 1942, *Pas.*, 1942, I, 103; Gent, 27 maart 1901, *Pand. Pér.*, 1903, 675; Brussel, 17 december 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9666; Pol. Hasselt, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10229; zie ook *infra*, nrs. 37 en 44).

20. WILSOVEREENSTEMMING OVER DE HOOFDBESTANDDELEN OF OVER ALLE BESTANDDELEN VAN HET CONTRACT — Rechtspraak en rechtsleer zijn het er over eens dat van een contract geen sprake kan zijn, indien tussen partijen geen wilsovereenstemming over alle *essentiële elementen* van de overeenkomst bestaat (De Page, *o.c.*, II,. nr. 496; Limpens, J., e.a., *La vente*, Brussel, 1960, nrs. 56 e.v.; Brussel, 16 juni 1970, *T.Aann.*, 1973, 154, noot M. Denève: Brussel, 14

januari 1972 en Rb. Brussel, 24 juni 1970, *T.Aann.*, 1980, 187, noot M. Denève).

Wat is echter essentieel en wat is van bijkomstig belang? Bepaalde bestanddelen zijn natuurlijk in elk contract van een bepaald type essentieel: men denke bv. aan de zaak en prijs in een koopcontract. Dit criterium is echter niet voldoende, daar de wilsautonomie ons contractenrecht beheerst. Nagegaan moet worden wat de partijen als essentieel hebben vooropgesteld. Het is dus mogelijk dat partijen aan een bestanddeel dat op zichzelf van bijkomstige aard is — b.v. de leveringstermijn in een koopcontract of het bekomen van een lening bij de aanneming van bouwwerken of bij de aankoop van een verwarmingsinstallatie — een essentieel karakter hebben verleend (Kh. Brussel, 21 september 1976, *B.R.H.*, 1976, 520; zie ook Van Damme, J., *o.c.*, 76; Rb. Brussel, 24 juni 1970 en Brussel, 14 januari 1972, *T.Aann.*, 1980, 187; Rb. Luik, 29 maart 1973, *Jur. Liège*, 1972-73, 253; noot M. Denève; zie ook Wilms, W., ,,Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek'', *R.W.*, 1980-81, 496-497).

Betwist is echter het antwoord op de vraag of een geldig contract gesloten is wanneer partijen het wél eens zijn geworden over de hoofdbestanddelen van de overeenkomst, maar een akkoord op *secundaire punten* ontbreekt. Volgens een belangrijk deel van rechtspraak en rechtsleer bestaat dan geen contract (zie De Page, II, nr. 496; Luik, 15 mei 1972, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8887). De tegenovergestelde mening wint de jongste jaren echter veld (zie Van Ommeslaghe, P., *l.c.*, 491-492; Aubert, J.-L., *Notions en rôles de l'offre et de l'acceptation du contrat*, Paris, 1970, nrs. 228 e.v.; Kh. Brussel, 3 november 1975, *B.R.H.*, 1976, 524; zie ook noot M. Denève, *T.Aann.*, 1980, 197).

In een aantal gevallen zal het hier om een schijnprobleem gaan. Inderdaad, indien men tot de slotsom komt dat het de bedoeling van partijen was dat de overeenkomst slechts tot stand zou komen op het ogenblik dat een akkoord over die bijkomstige elementen bereikt was, gaat het in werkelijkheid om essentiële elementen (*cf.* Kh. Brussel, 21 november 1976, *B.R.H.*, 1976, 520; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 492). Is dat niet het geval, m.a.w. wilden de partijen contracteren ondanks hun meningsverschil t.a.v. die bijkomstige punten, dan moet artikel 1135 B.W. toegepast worden, krachtens hetwelk overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (Kh. Brussel, 3 november 1975, *B.R.H.*, 1976, 514; Van Oevelen, A. en Dirix, E., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2289-2290; vgl. noot M. Denève, *l.c.*, 200 e.v.). Tenslotte is het ook mogelijk dat het om een zgn. raam- of rompcontract gaat (zie *infra*, nr. 70 *in fine*).

Deze regels dringen zich m.i. ook op wanneer partijen gebruik hebben gemaakt van *tengenstrijdige standaardbedingen* (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 457-458). Derhalve, indien de algemene voorwaarden, volgens de bedoeling van de partijen, een essentieel bestanddeel van de overeenkomst vormen, dan kan men slechts tot het besluit komen dat de tegenstrijdige clausules voor gevolg hebben dat geen wilsovereenkomst bereikt is en dat dus geen contract totstand is gekomen (Brussel, 16 juni 1970, *T.Aann.*, 1973, 154, noot M. Denève). Blijkt dat partijen

toch wilden contracteren — hun bedoeling kan b.v. blijken uit de gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst —, dan leidt het ontbreken van een akkoord over de algemene voorwaarden tot de slotsom dat, op grond van artikel 1135 B.W., de niet geregelde rechtsverhoudingen beheerst worden door de regels van het gemeen recht (zie en vgl. Van Damme, *o.c.*, 77; Kh. Charleroi, 21 april 1977, *T.Aann.*, 1978, 136, noot Ph. Flamme; Arrondrb. Namen, 20 januari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 260; Kh. Luik, 29 oktober 1975, *B.R.H.*, 1976, 646, noot N. Watté; Bosmans, M., ,,Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)'', *J.T.*, 1981, 24).

b. *Precontractuele aansprakelijkheid*

21. CULPA IN CONTRAHENDO - ALGEMEEN — De belangstelling van rechtspraak en rechtsleer voor de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid is ook tijdens de in dit overzicht besproken periode groot gebleven (zie vooral Vanwijck-Alexandre, M., ,,La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contracts'', *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 17-83 en de vele verwijzingen; Cornelis, L., ,,Le dol dans la formation du contrat'', *R.C.J.B.*, 1976, 38 e.v.).

Het gaat om het herstel, op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W., van de tijdens de precontractuele faze aan de wederpartij veroorzaakte schade.

Men maakt hierbij een onderscheid naargelang partijen het al dan niet eens zijn geworden. Er is sprake van precontractuele aansprakelijkheid *sensu stricto* wanneer partijen uiteindelijk de beoogde overeenkomst *niet* hebben gesloten. Men denke bv. aan het op arbitraire gronden afbreken van vergevorderde onderhandelingen die bij de wederpartij de gewettigde hoop op een contract hebben gewekt (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 454-455).

De theorie van de precontractuele aansprakelijkheid geldt echter eveneens wanneer partijen wél tot een overeenkomst zijn gekomen (*culpa in contrahendo sensu lato*). Het gaat hier vooral om fouten begaan ter gelegenheid van de totstandkoming van nietige contracten. Ook wordt thans in ruime kring erkend dat de *culpa in contrahendo* beteugeld kan worden, indien de benadeelde partij schadevergoeding verkiest boven de vernietiging van het contract (*infra*, nr. 24) en zelfs wanneer een rechtsgeldige overeenkomst is totstandgekomen (*infra*, nr. 26).

Kortom, alle inbreuken op de bij de contractsvorming in acht te nemen zorgvuldigheid kunnen op deze grond beteugeld worden.

Daar het hier de sanctionering betreft van fouten begaan tijdens de precontractuele periode, dienen de artikelen 1382 en 1383 B.W. te worden toegepast (zie Vanwijck-Alexandre, *l.c.*, 24 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 28). Het is mij dan ook niet duidelijk waarom het Hof van Cassatie bij de nietigverklaring van een koop wegens een aan de koper te wijten fout de regels van contractueel aansprakelijkheidsrecht, m.n. de artikelen 1149 en 1151 B.W., toepast op de vordering tot schadevergoeding ingesteld door de verkoper (Cass., 6 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 917).

Terloops weze opgemerkt dat er ook een *post-contractuele aansprakelijkheid* bestaat die eveneens op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. gesanctioneerd wordt (voor enkele toepassingen zie Brussel, 3 mei 1976, *Pas.*, 1977, II, 81; Vred. St. Niklaas, *T.Vred.*, 1976, 216).

22. CULPA IN CONTRAHENDO - ONDERHANDELINGEN EN VOORSTELLEN NIET GEVOLGD DOOR EEN CONTRACT — Hoeft het nog te worden herhaald dat de aan een aanbod voorafgaande besprekingen en onderhandelingen in beginsel geen verbintenissen scheppen in hoofde van de partijen? Zij voeren deze op de wijze die zij verkiezen en hebben het recht erop ieder moment naar eigen goeddunken een einde aan te maken. Van dit recht mogen zij echter geen misbruik maken. De in de precontractuele faze begane fouten kunnen op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W. gesanctioneerd worden.

Meestal bestaat de fout er hier in het bij de wederpartij gewekte vertrouwen op foutieve wijze — opzettelijk of door nalatigheid — te hebben beschaamd (zie Vanwijck-Alexandre, M., *l.c.*, 23 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 22).

Maakt zich aldus schuldig aan een *culpa in contrahendo*, degene die onderhandelingen voert met het uitsluitende doel aan de wederpartij vertrouwelijke gegevens te ontfutselen (Cass. fr., 7 maart 1972, *Bull. Civ.*, 1972, IV, nr. 83; zie ook Cass. fr., 19 januari 1977, *D.S.*, 1977, Jur., 593, noot J. Schmidt; Cass. fr., 11 juli 1978, *Bull. Civ.*, 1978, IV, nr. 199).

Onder deze hoofding kan ook volgende *casus* gebracht worden. Een ingenieur had een reeks studie-overeenkomsten met de Belgische Staat afgesloten. Bedongen was steeds dat bij overlijden van de ingenieur de contracten van rechtswege ontbonden zouden worden. De ingenieur staat op een bepaald ogenblik zijn lopende overeenkomsten met de Staat af aan een studiebureau, een P.V.B.A. die hij samen met enkele medewerkers heeft opgericht. Enkele jaren later overlijdt de ingenieur. Niettemin laten diensten van het Ministerie van Openbare Werken bepaalde aan de overleden ingenieur toevertrouwde werken verder door het studiebureau uitvoeren. Gedurende 14 maanden laat het Ministerie de brieven van het studiebureau waarin de regularisatie van de toestand gevraagd wordt, onbeantwoord. Dan meldt het Ministerie dat de aangepaste overeenkomsten nog slechts door de Minister ondertekend moeten worden. Opnieuw verlopen 9 maanden vooraleer het studiebureau van het Ministerie het bericht ontvangt dat geen contract zal worden gesloten en dat derhalve geen honoraria verschuldigd zijn voor de door het Ministerie gedurende 28 maanden gevraagde en door het studiebureau verstrekte diensten. Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat, ondanks het ontbreken van de Ministeriële handtekening, een overeenkomst tot stand was gekomen en het Ministerie derhalve op die grond de genoemde honoraria verschuldigd was aan het studiebureau. Het Hof voegde er aan toe dat, zelfs in de veronderstelling dat geen contract gesloten was, deze honoraria toch aan het studiebureau verschuldigd waren, daar het Ministerie zich aan een ernstige *culpa in contrahendo* had schuldig gemaakt die op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W. gesanctioneerd diende te worden (Brussel, 28 september 1979, *T.Aann.*, 1980, 221; zie ook Brussel, 16 juni 1970, *T.Aann.*, 1973, 155,

noot M. Denève; Flamme, M.-A. en Ph., ,,Le contrat d'entreprise (1966-1975)'', *J.T.*, 1976, 342-343).

23. CULPA IN CONTRAHENDO – RELATIEF NIETIGE OVEREENKOMST – BIJKOMENDE SCHADELOOSSTELLING — Alhoewel men in sommige gevallen de relatieve nietigverklaring kan beschouwen als een vorm van sanctionering van bij de contractsvorming begane fouten — men denke b.v. aan de vernietiging van een contract wegens bedrog of geweld uitgaande van de medecontractant —, lijdt het niettemin geen twijfel dat dit middel in een aantal gevallen geen of onvoldoende bescherming biedt aan de contractspartij die het slachtoffer is geworden van een *culpa in contrahendo*. Schadeloosstelling op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W. biedt dan een — reeds lang door rechtspraak en rechtsleer erkende — oplossing (zie Vanwijck-Alexandre, M., *l.c.*, 52 en de aldaar in voetnoten 122 e.v. vermelde rechtsbronnen).

Begaat een fout de werkgever die een dame voor onbepaalde tijd in dienst neemt als ,,gérante'' van een winkel zonder haar er van op de hoogte te brengen dat hij geen hernieuwing heeft aangevraagd van het betrokken handelshuurceel. Naast vernietiging wegens essentiële dwaling, kan het slachtoffer van de dwaling derhalve schadevergoeding bekomen op grond van artikel 1382 e.v. B.W. (Arbh. Bergen, 20 november 1978, *J.T.T.*, 1979, 118).

Ook de volgende zaak had betrekking op een essentiële dwaling. Een dame had Louis XV-meubelen aangekocht waarvan de verkoper de authenticiteit uitdrukkelijk had gewaarborgd. Enkele jaren later beslist de dame, omwille van de hoge prijzen die betaald worden voor dit soort goederen, de meubelen weer door te verkopen. Zij ontdekt dan dat het hier om geraffineerde ,,kopies'' gaat. Zij eist en bekomt niet alleen de vernietiging van de koop wegens dwaling, maar ook schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. Inderdaad, de Rechtbank van Koophandel te Brussel komt tot het besluit dat de verkoper een fout had begaan: ,,la prétendue ignorance du vendeur est le fruit de sa négligence car le défaut d'ancienneté était de ceux qu'il était possible de découvrir, dans des circonstances normales, par un professionnel averti, au cours de l'examen que tout antiquaire doit effectuer''. De schade die vergoed moet worden is gelijk aan de winst die de verkoop van de meubelen aan de dame zou opgeleverd hebben, indien deze authentiek waren geweest (Kh. Brussel, 24 juni 1975, *B.R.H.*, 1976, 131; zie ook Van Oevelen, A. en Dirix, E., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2292; Gent, 30 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2525; Kh. Verviers, 21 december 1976, *B.R.H.*, 1977, 233; *infra*, nr. 45).

Opdat zo'n vordering op grond van artikel 1382 B.W. ingewilligd zou worden, is echter vereist dat het slachtoffer het bewijs levert van de door hem geleden schade. Derhalve, wanneer de verkoop van een onroerend goed vernietigd werd op grond van het feit dat de verkoper bedrieglijk de bezetting van de grond door pachters verborgen had gehouden, en vaststaat dat de koper de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien hij van die bezetting kennis had gekregen, terwijl de koper anderzijds niet doet gelden dat hij door de sluiting van de nietigverklaarde overeenkomst de kans op een andere soortgelijke koop heeft verloren, vermag de

rechter wettelijk daaruit af te leiden, dat de koper de winst, die eventueel door aankoop, verkaveling en wederverkoop van de grond kon worden opgebracht, in het onderhavige geval niet zou hebben gemaakt, zelfs niet buiten elke geheimhouding vanwege zijn tegenpartij, en dat hij derhalve geen recht heeft op vergoeding voor derving van dergelijke winst of winstkansen (Cass., 2 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 963; *R.W.*, 1974-75, 45, noot en *R.C.J.B.*, 1976, 34, noot L. Cornelis).

Voor een ander toepassingsgeval inzake *bedrog*, zie Bergen, 18 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 71, noot J.S.; zie ook Cass., 6 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 168.

Voor een toepassingsgeval i.v.m. een inbreuk op de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen (,,Wet Breyne''), zie Brussel, 23 november 1976, *T.Aann.*, 1979, 243 noot C. Leonard.

24. CULPA IN CONTRAHENDO – RELATIEF NIETIGE OVEREENKOMST – BEHOUD VAN HET CONTRACT MET SCHADELOOSSTELLING — Het is mogelijk dat een contract vernietigbaar is — b.v. wegens een wilsgebrek —, maar dat de partij die deze nietigheid vermag in te roepen, de voorkeur geeft aan het behoud van het contract gekoppeld aan een schadevergoeding op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. (zie De Bersaques, A., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1964, 283-284; Vanwijck-Alexandre, M., *l.c.*, 71-72; Brussel, 14 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 271; zie ook Cass. fr., 14 maart 1972, *D.S.*, 1972, Jur., 653, noot J. Ghestin; Cass. fr., 4 februari 1975, *D.S.*, 1975, Jur., 405, noot G. Gauray).

Het praktisch belang van deze constructie kwam duidelijk aan het licht in een vonnis van de Tribunal de Grande Instance te Brest van 5 november 1974 (*D.S.*, 1975, Jur., 295, noot J. Schmidt). Een man, die een huis wil laten bouwen, gaat een lening aan bij een bank. Deze financieringsinstelling verzuimt echter de man ervan op de hoogte te stellen dat de aan de lening gekoppelde levens- en invaliditeitsverzekering door de Caisse nationale de prévoyance is geweigerd. Integendeel, de bank wekt bij de man de indruk dat deze garantie wél werd bekomen. Wanneer de ontlener later 100 % werkonbekwaam wordt, verneemt hij de waarheid. Wellicht zou hij de vernietiging van de lening wegens dwaling of bedrog hebben bekomen, maar dan zou de bouw van zijn huis in het gedrang gekomen zijn. Daarom geeft hij er de voorkeur aan om vergoeding van de door de fout ontstane schade te eisen. De rechter willigde deze eis in en besliste dat de bank zelf de nog resterende afbetalingen moest dragen.

25. CULPA IN CONTRAHENDO – ABSOLUUT NIETIGE OVEREENKOMST – SCHADELOOSSTELLING — Kan de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid ook toegepast worden wanneer de gesloten overeenkomst absoluut nietig is? Of ontneemt het adagium *Nemo censetur ignorare legem* het slachtoffer hier elk recht op schadevergoeding?

Wijlen A. De Bersaques heeft terecht opgemerkt dat genoemd adagium geen burgerrechtelijke draagwijdte heeft. Bovendien kan het feit toch niet ontkend worden dat grote groepen in onze maatschappij niet op de hoogte zijn van het

bestaan van talrijke wetsbepalingen en dat hen daarvan moeilijk een verwijt kan worden gemaakt. Men mag het dan ook niet euvel duiden dat zij vertrouwen stellen in hun medecontractant en van hem verwachten, gezien zijn beroepsdeskundigheid, dat hij hen een geldig contract voorstelt (De Bersaques, A., ,,L'indépendance de l'architecte vis-à-vis de l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise'', *R.C.J.B.*, 1970, 500 e.v.; zie ook Vanwijck-Alexandre, M., *l.c.*, 60). Anders is het natuurlijk wanneer het contract een ongeoorloofde (externe) oorzaak heeft en beide partijen een oogmerk strijdig met de openbare orde of de goede zeden nastreefden of, tenminste, dat de medecontractant daar van op de hoogte was. Hier zal de toepassing van het adagium *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* echter reeds tot de gewenste oplossing leiden (*cf.* Vanwijck-Alexandre, M., *l.c.*, 60).

Dat ook de rechtspraak niet afkerig staat tegenover deze ontwikkeling, blijkt uit de volgende beslissingen.

Alleen zaken die in de handel zijn, kunnen het voorwerp van overeenkomsten uitmaken (art. 1128 B.W.). Een verkoop van runderen, voor menselijk verbruik bestemd en opgefokt met hormonale substanties moet om die reden, krachtens artikel 1 van het K.B. van 28 mei 1973, absoluut nietig worden verklaard. Kan de verkoper bovendien, op grond van de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid, verplicht worden de koper te goeder trouw schadeloos te stellen? Het antwoord luidt bevestigend, volgens de Rechtbank van Koophandel te Luik, indien deze een fout heeft begaan. *In casu* kon de koper dit bewijs niet leveren, daar de verkoper zelf niet wist dat de beesten hormonaal waren bewerkt (Kh. Luik, 22 oktober 1974, *B.R.H.*, 1975, 540, noot R. De Backer; *contra* : De Page, IV, nr. 80 *in fine*).

Quid indien een aannemingsovereenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend bepaalt dat aan de aannemer de keuze van een architect wordt overgelaten? Zoals men weet is dit strijdig met artikel 4, lid 1 en artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en het beroep van architect. Volgens de Rechtbank van eerste aanleg te Luik dient hier aan de opdrachtgever elke schadevergoeding te worden geweigerd op grond van het adagium *Nemo censetur ignorare legem* (Kh. Luik, 7 april 1967, *Pas.*, 1967, III, 130; *R.C.J.B.*, 1970, 491, noot A. De Bersaques). Het Hof van Beroep te Brussel, daarentegen, oordeelde dat de aannemer wél aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade veroorzaakt aan de opdrachtgevers, leken ter zake, door de vernietiging van het contract. De aannemer wist of behoorde te weten dat het contract nietig was, de opdrachtgevers niet (zie Brussel, 18 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 74; *T.Aann.*, 1980, 321, noot P. Rigaux; Brussel, 23 november 1972, *T.Aann.*, 1973, 178, noot G. Bricmont en J.M. Philips). Zie ook Rigaux, P., ,,De la construction 'clé sur porte' '', *J.T.*, 1979, 225; Flamme, M.A. en Ph., ,,Chronique de jurisprudence et de doctrine, Le contrat d'entreprise (1966-1975)'', *J.T.*, 1976, 341).

Een tot het openbaar domein behorende weide werd door de N.M.B.S. ,,verpacht'' aan een landbouwer. Daar tot het openbaar domein behorende onroerende goederen slechts in concessie kunnen worden gegeven of de ,,bezetting'' ervan kan worden toegestaan, maar deze goederen niet verpacht mogen worden, be-

weerde de pachter dat de N.M.B.S. een *culpa in contrahendo* had begaan. In een niet gepubliceerd vonnis van 31 december 1974 willigde de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel deze vordering in. Het Hof van Cassatie verbrak deze uitspraak echter. Het Hof steunde zijn beslissing op de overweging dat het bestreden vonnis uit de enkele vaststelling dat een pachtovereenkomst werd gesloten niet wettelijk kon afleiden dat de N.M.B.S. met *culpa in contrahendo* had gehandeld door haar medecontractant nopens zijn uit de overeenkomst voortspruitende rechten in dwaling te brengen, daar de betrokken overeenkomst uitdrukkelijk bepaalde dat de N.M.B.S. zich het recht voorbehield de huurceel te allen tijde om dienstredenen te verbreken mits een vooropzeg van drie maanden (Cass., 1 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 130).

26. CULPA IN CONTRAHENDO – RECHTSGELDIGE OVEREENKOMST – SCHADELOOSSTELLING — Zelfs wanneer een contract rechtsgeldig is en dus niet voor vernietiging in aanmerking komt, is toepassing van de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid mogelijk (zie Vanwijck-Alexandre, M., *o.c.*, 72 e.v. en de verwijzingen aldaar in de voetnoten 197 en 200; Kh. Brussel, 25 augustus 1971, *B.R.H.*, 1973, 295).

Het meest bekende voorbeeld hiervan is de sanctionering van het incidenteel bedrog op grond van artikel 1382 B.W. (zie Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107, Concl. Adv. Gen. Krings; *cf. infra*, nr. 54).

Een firma wil een pers naar Stavanger in Noorwegen laten vervoeren en wint dienaangaande inlichtingen in bij een agentschap van de N.M.B.S. Haar wordt medegedeeld dat de vrachtprijs hoogstens 54.155 BF zal bedragen. In het geschreven contract wordt echter slechts vermeld dat het transport tegen het ,,goedkoopste tarief'' zal geschieden. Dit blijkt 76.076 BF te zijn. De opdrachtgever meent dat door het opgeven van verkeerde inlichtingen het personeelslid van de N.M.B.S. zich schuldig heeft gemaakt aan een *culpa in contrahendo*. De Rechtbank van Koophandel te Kortrijk weigert echter de gevraagde schadeloosstelling — het verschil in prijs — toe te kennen, daar de desbetreffende tarieven gepubliceerd worden in het Staatsblad en het publiek geacht wordt deze te kennen (7 mei 1974, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9378; voor kritiek op dit vonnis, zie Wilms, W., ,,Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek'', *R.W.*, 1980-81, 502; zie ook Kh. Brussel, 17 februari 1977, *B.R.H.*, 1977, 624; Rb. Brussel, 20 november 1979, *J.T.*, 1980, 564).

Wanneer een huis verkocht wordt als zijnde mondeling verhuurd en achteraf blijkt dat de huurder in het bezit is van een geregistreerde huurceel, begaat de verhuurder een *culpa in contrahendo*. Wanneer de koper daardoor verplicht wordt de conventionele opzeggingsregeling te volgen, waardoor zijn ingenottreding aanzienlijke vertraging oploopt, kan hij daarvoor schadevergoeding bekomen (Brussel, 14 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 271).

27. CULPA IN CONTRAHENDO – FOUT VAN EEN DERDE — Uit een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel blijkt dat bij de vorming van een contract

ook derden een fout kunnen begaan die door de artikelen 1382 en 1383 B.W. gesanctioneerd wordt.

De feiten kunnen als volgt samengevat worden. In de door een bekende petroleummaatschappij gelanceerde publiciteitscampagne voor de verkoop en plaatsing van een centrale verwarming in particuliere woningen werd bij het publiek de indruk gewekt dat de betrokken onderneming de verwarmingsketel en brander leverde en ook de volledige installatie ervan op zich nam. In werkelijkheid werden de toestellen verkocht en geplaatst door zelfstandige verdelers. Die verwarring bij het publiek werd nog versterkt doordat een aangestelde van de petroleummaatschappij zich samen met de zelfstandige installateur bij de klanten aanbood. Bovendien gebruikte de installateur op zijn briefpapier het embleem van de petroleumfirma. In de door de rechtbank beoordeelde zaak slaagde de aangestelde van de petroleumfirma er voorts in om de klant te overhalen twee voorschotten van respectievelijk 26.294 en 20.000 BF te betalen aan de installateur, alhoewel dit — gezien de financiering nog niet was goedgekeurd — geen enkele zin had. Enige tijd later ging de betrokken installateur failliet. De Rechtbank van Koophandel te Brussel beliste terecht dat de petroleumfirma, op grond van de artikelen 1382 en 1383 B.W., jegens de koper aansprakelijk is voor het verlies van de twee betaalde voorschotten, daar door de schuld van deze firma een verkeerde indruk bij de koper werd gewekt en daar de aangestelde van de firma de betaling van de twee voorschotten ten onrechte aan de koper had opgedrongen (Kh. Brussel, 15 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 263).

c. *Voorstel, aanbod en contractbelofte*

28. VOORSTEL EN AANBOD – ONDERSCHEID – CRITERIUM — Een aanbod is een door één der partijen voorgesteld ontwerpcontract, waarin al de onontbeerlijke elementen voor het sluiten van de overeenkomst aanwezig zijn, zodat de andere partij alleen nog toe te stemmen heeft, zonder iets te moeten preciseren, om het contract tot stand te brengen (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 451; zie ook Kh. Brussel, 3 november 1975, *B.R.H.*, 1976, 514; Rb. Doornik, 13 januari 1976, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9663).

Een voorstel dat een bepaalde modaliteit van de te sluiten overeenkomst niet regelt, kan niettemin als een aanbod worden bestempeld, indien deze aangelegenheid door de wet of een gebruik wordt geregeld. *In casu* ging het om de leveringstermijn bij een verkoop (Kh. Brussel, 3 november 1975, reeds aangehaald; art. 1135 B.W.; zie ook *supra*, nr. 20).

29. VOORSTEL EN AANBOD – ONDERSCHEID – TOEPASSINGEN — In de vrijwillige openbare verkopingen bij opbod van een onroerend goed komt de verkoopovereenkomst pas tot stand op het ogenblik dat de verkoper instemt met het bod door de laatste bieder. De enkele toewijzing door de notaris — die niet door de verkoper gemachtigd was tot het afsluiten van de overeenkomst — is derhalve niets meer dan de authentieke vaststelling van het hoogste bod door de laatste aanbieder (Antwerpen, 20 maart 1979, *T.Not.*, 1979, 182; zie ook Cass., 13

januari 1966, *Pas.*, 1966, I, 613; Antwerpen, 20 oktober 1976, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, nr. 22213).

Of een door de verzekeringsnemer ingevuld verzekeringsvoorstel al dan niet een aanbod is, hangt af van de omstandigheden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, p. 452, nr. 11). Het standpunt van de burgerlijke rechtbank te Luik dat het hier steeds om een voorstel zou gaan, kan niet worden onderschreven (12 maart 1975, *De Verz.*, 1975, 817, noot H.B.).

30. AANBOD - BINDENDE KRACHT — De vraag of een aanbod de pollicitant verbindt is in tweeërlei opzicht belangrijk. In de eerste plaats betekent een bevestigende beantwoording dat bij aanvaarding van het aanbod door de wederpartij het contract gesloten is en dus partijen tot wet strekt. In de tweede plaats betekent het bindend verklaren van een aanbod dat de pollicitant niet meer vrij is het op ieder moment naar eigen goeddunken in te trekken.

Wat het eerst punt betreft is men het er over eens dat een aanbod — in tegenstelling tot een voorstel — de pollicitant bindt. Derhalve, wanneer de verzekeraar van een bij een autoongeval betrokken automobilist aan de tegenpartij een vergoedingskwitantie aanbiedt van 11.111 fr. en deze laatste die aanvaardt, is een contract gesloten (Kh. Brussel, 2 januri 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9654; zie ook Brussel, 13 juni 1974, *De Verz.*, 1974, 815).

De nadruk moet er echter op worden gelegd dat formalisme hier uit den boze is. Waar het werkelijk op aan komt is immers de wilsovereenstemming tussen partijen. Dit komt duidelijk tot uiting in een interessant vonnis van de Burgerlijke Rechtbank te Ieper van 20 juni 1973 (*R.W.*, 1974-75, 1444). Op grond van de bepalingen van de Pachtwet betreffende het recht van voorkoop van de pachter hadden eigenaars van een landeigendom, die de — bewezen — bedoeling hadden het te verkopen tegen 440.000 BF per hectare, per vergissing bij deurwaardersexploot aan de pachters een aanbod gedaan om het goed in zijn geheel voor 440.000 BF te verkopen. Een tiental dagen later worden de pachters door middel van een tweede deurwaardersexploot op de hoogte gebracht van de werkelijke draagwijdte van het aanbod. Een week later aanvaarden de pachters het aanbod en preciseren dat de prijs deze is die in het oorspronkelijke aanbod werd vermeld, nl. 440.000 BF voor het ganse goed. De Rechtbank besliste terecht dat geen overeenkomst tot stand was gekomen, daar partijen het niet eens waren over de prijs. Inderdaad, de discrepantie tussen de wil en de wilsverklaring van de eigenaars bestond niet meer vanaf het ogenblik dat aan de pachters het tweede deurwaardersexploot betekend was. Moeilijker zou het probleem geweest zijn, indien de pachters het eerste aanbod aanvaard hadden *vooraleer* de rectificatie hen medegedeeld was. Dan rijst de vraag of de eigenaars al dan niet gebonden zijn door hun eerste wilsverklaring, daar hierdoor bij de pachters het vertrouwen werd gewekt dat zij werkelijk bereid waren het gehele goed tegen de prijs van 440.000 BF te verkopen (zie hierover o.m. Van Gerven, W., *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Dillemans, R. en Van Gerven, W., (ed), Antwerpen, Standaard, 1969, 301 e.v.; Limpens, J., ,,Wil en wilsverklaring'', in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, Gent, 1965, 679 e.v.; *infra*, nr. 43 e.v.).

31. AANBOD – BINDENDE KRACHT (vervolg) — De discussie over de vraag of de pollicitant verplicht is zijn aanbod open te houden gedurende de daarin voorziene tijdsspanne of, bij ontbreken daarvan, gedurende een redeljke termijn, is in een nieuw stadium getreden door de principiële erkenning door het Hof van Cassatie van de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting (Cass., 18 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 460; Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1132, *T.Aann.*, 1981, 146, noot M. Senelle; Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1139). Met name in de twee laatst genoemde arresten wordt zonder meer gesteld dat ,,de bindende kracht van een aanbod haar grondslag vindt in een door een eenzijdige wilsuiting aangegane verbintenis'' (voor een bespreking van deze rechtspraak en van de theorie van de verbintenis door eenzijdige wilsuiting in het algemeen, zie *supra*, nrs. 5 en 6).

Deze belangrijke ontwikkeling dient te worden toegejuicht. Vooral voor de deelnemers aan het handelsverkeer zal deze duidelijke uitspraak van het hof grotere rechtszekerheid scheppen.

De belangrijkste moeilijkheid in de praktijk zal wellicht de beantwoording zijn van de vraag of de pollicitant wel de bedoeling heeft gehad om zich juridisch te binden. In geval van betwisting zal de aanbieder dit inzicht natuurlijk ten stelligste ontkennen. In dit soort gevallen zal de *vertrouwensleer* — het feit dat alle voor de sluiting van het contract onontbeerlijke elementen in het aanbod aanwezig zijn, wekt veelal de gewettigde indruk bij de bestemmeling dat de pollicitant de bedoeling heeft om zich eenzijdig tot het openhouden van dit aanbod te verbinden — wellicht uitkomst kunnen bieden (zie en vgl. Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 489; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2371; Coipel, M., *l.c.*, 80-85; Vanwijck-Alexandre, M., *o.c.*, 40 e.v.).

32. CONTRACTBELOFTE — De contractbelofte is geen verbintenis door eenzijdige wilsuiting, maar een overeenkomst waarbij één der partijen zich verbindt om met de andere een contract te sluiten waarvan de hoofdbedingen zijn vastgesteld. Zo verbindt de eenzijdige verkoopbelofte de belover onherroepelijk tot uitvoering van de verkoop, indien de begunstigde zijn wil te kennen geeft het goed te kopen, voor zover de partijen de wil hebben om zich te verbinden en het eens zijn over de verkochte zaak en over de door de begunstigde te betalen prijs (zie Cass., 9 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 522; zie ook Vred. Beringen, 11 oktober 1972, *T.Vred.*, 1974, 81).

Dat een contractbelofte andere rechtsgevolgen heeft dan een aanbod, blijkt uit volgend geval. In de algemene verkoopsvoorwaarden op de bestelbon van een handelaar in fotocopieëermachines kwam de bepaling voor dat de ondertekening van een bestelbon door een aspirant-koper nog niet betekende dat een koop gesloten was. Vereist was een uitdrukkelijke aanvaarding van de bestelling door de verkoper. Op 16 september 1975 ondertekende aspirant-koper H. zo'n bestelbon. Twee maanden later was hij nog steeds niet in het bezit van een document waaruit de expliciete aanvaarding van de bestelling door de verkoper bleek. De koper zegt daarop de bestelling op. De Rechtbank van Koophandel te Brussel beslist dat H. niet gerechtigd was aan de door hem gedane koopbelofte eenzijdig

een einde te amken. Daar er een contract gesloten was, had hij de handelaar in gebreke moeten stellen (Kh. Brussel, 26 januari 1977, *B.R.H.*, 1977, 549). Indien de rechtbank tot de bevinding was gekomen dat het hier niet om een koopbelofte, maar om een aanbod ging, zou de aspirant-koper zijn aanbod — na het gedurende een redelijke termijn te hebben opengehouden — zonder meer hebben mogen intrekken. Een ingebrekestelling zou dan niet nodig geweest zijn.

d. *Aanvaarding*

33. UITDRUKKELIJKE OF STILZWIJGENDE TOESTEMMING — In een rechtsstelsel als het onze waar het consensualisme één van de grondbeginselen van het contractenrecht is (*cf. supra*, nr. 10), is het niet verwonderlijk dat voor de toestemming, op een aantal uitzonderingen na, geen pleegvormen vereist zijn. De aanvaarding kan dan ook in de regel uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 458 en de verwijzingen; *adde* : Cass., 17 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, I, 224; Bergen, 27 juni 1977, *Pas.*, 1978, II, 29).

Beslist werd dat de ondertekening van een bestelbon waarvan op de keerzijde de algemene contractsvoorwaarden staan afgedrukt, een *uitdrukkelijke aanvaarding* van die voorwaarden inhoudt (Kh. Brussel, 26 januari 1977, *B.R.H.*, 1977, 549). Ook de plaatsing van zijn handtekening op een inschrijvingsformulier van een paardenrijschool betekent dat men de daarop voorkomende exoneratiebedingen uitdrukkelijk aanvaardt (Brussel, 22 december 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9990 en *De Verz.*, 1977, 107; Brussel, 15 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9694).

Veel meer problemen rijzen in de praktijk t.a.v. de *stilzwijgende aanvaarding*. Stellen de rechtbanken hiervoor strenge voorwaarden, dan komen de vereisten voor een snel en veilig rechtsverkeer aldra in het gedrang; nemen zij daarentegen een stilzwijgende toestemming gemakkelijk aan, dan geeft dat onvermijdelijk aanleiding tot misbruiken, Doet dit laatste zich voor, dan kan een ingrijpen van de wetgever noodzakelijk blijken. Een bekend voorbeeld hiervan is de zgn. ,,gedwongen verkoop''. Vroeger kwam het regelmatig voor dat bepaalde firma's ongevraagd goederen aan huis bestelden met het bericht, dat bij gebrek aan terugzending van de koopwaar binnen een bepaalde termijn de consument geacht werd impliciet het aanbod tot kopen te hebben aanvaard. De aarzelende en tegenstrijdige houding van een aantal rechtscolleges t.o.v. deze handelspraktijk, heeft geleid tot de invoering van artikel 51 Handelspraktijkenwet dat bepaalt: ,,Het is verboden iemand, zonder dat deze eerst hierom heeft verzocht, enig produkt te doen geworden hem uitnodigend dit produkt te verwerven tegen betaling van zijn prijs of anders naar de verzender, zelfs kosteloos, terug te zenden ... In geen geval is de geadresseerde verplicht de produkten terug te geven of te betalen, zelfs wanneer het gaat om een stilzwijgend vermoeden van aankoop''.

In heel wat rechtspraak wordt onderlijnd dat het *louter stilzitten* van de wederpartij in de regel niet als aanvaarding mag worden geïnterpreteerd. Anders is het wanneer in de *gegeven omstandigheden* het stilzwijgen niet anders kan worden uitgelegd dan in de zin van een toestemming. Men spreekt in dit verband van een

,,omstandig stilzwijgen''. Zo besliste het Hof van Cassatie b.v. dat de afstand van een recht om zich te beroepen op de nietigheid van een handeling jegens een medecontractant weliswaar stilzwijgend kan geschieden, maar dan op voorwaarde dat hij afgeleid wordt uit daden die met zekerheid aantonen dat degene die ze gesteld heeft, inderdaad de bedoeling heeft gehad afstand te doen van het recht om zich op die nietigheid te beroepen en deshalve ook kennis heeft gehad van het gebrek van die handeling (Cass., 20 december 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 472; Arbh. Bergen, 17 december 1973, *T.S.R.*, 1974, 586; Kh. Brussel, 18 oktober 1977, *B.R.H.*, 1978, 200; zie ook Bergen, 4 maart 1975, *B.R.H.*, 1975, 243; Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 90; Cass., 26 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1019; Vred. Bergen, 16 juni 1976, *J.T.*, 1977, 47; Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1266; vgl. Kh. Brussel, 21 december 1976, *B.R.H.*, 1977, 427).

Het probleem van de stilzwijgende toestemming komt ook aan de orde bij de vraag of de verzekeraar die zich in een WAM-verzekeringscontract een recht van verhaal tegen de verzekeringsnemer en andere verzekerden heeft voorbehouden in geval het ongeval door een grove fout van de bestuurder veroorzaakt werd, dit beding mag tegenwerpen aan de bestuurder van het voertuig die in deze overeenkomst geen partij was. Op de theorie van het beding ten behoeve van derden kan hier geen beroep worden gedaan, daar het hier niet om een voordeel, maar om een nadeel gaat voor die derde, *in casu* de verzekerde bestuurder (art. 1119 en 1165 B.W.; *contra*: Rb. Luik, 28 november 1977, *Pas.*, 1978, III, 2; zie ook *infra*, nr. 143). Het Hof van Beroep te Gent besliste in een arrest van 25 februari 1974 dat de bestuurder gebonden is door de bepalingen van de verzekeringsovereenkomst, omdat hij zich stilzwijgend bij die overeenkomst heeft aangesloten door achter het stuur van het voertuig plaats te nemen. Het Hof van Cassatie bekrachtigde deze zienswijze: ,,door het in het verkeer brengen van een motorrijtuig dat ... door de eigenaar-verzekeringsnemer is verzekerd, de bestuurder met de hem betreffende bedingen van de vezekeringsovereenkomst instemt zowel wat betreft de verplichtingen die hem deswege ten laste vallen als wat de voordelen betreft die hem daaruit ten goed komen'' (Cass., 28 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 401, noot E.K.; *R.C.J.B.*, 1978, 142, noot S. Fredericq; zie ook Gent, 13 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9751). Alhoewel de oplossing ongetwijfeld redelijk en billijk te noemen is, moet toch worden toegegeven dat de toestemming van partijen hier toch in ruime mate op een fictie berust, daar de bestuurder niet-verzekeringnemer meestal zelfs geen kennis heeft genomen van deze bedingen.

Beslist werd dat voor harddrijverijen met paarden (,,sulky'') en andere sportmanifestaties, waarbij zelfs in normale omstandigheden een buitenmatig gevaar voor ongevallen bestaat, dient aangenomen te worden dat onder de deelnemers een stilzwijgende overeenkomst is afgesloten, krachtens dewelke zij elkaar vrijstellen van enige uit een ongeval voortvloeiende aansprakelijkheid voor andere fouten dan voor de zware fout of de fout voortspruitende uit de miskenning van het spelreglement of van een sportgewoonte (Rb. Turnhout, 7 februari 1973, *R.W.*, 1973-74, 1169; zie ook Pol. Namen, 1 oktober 1971, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8772). Het lijdt m.i. geen twijfel dat ook hier de veronderstelde toestemming

grotendeels op een fictie berust. Deze vraag kan dan ook beter beantwoord worden op de algemene risico-aanvaardingsleer (zie Geelhand, N. en Verbeeck, Ph., ,,Risico-aanvaarding, een nieuwe uitsluitingsgrond van extra-contractuele aansprakelijkheid?'', *R.W.*, 1980-81, 1497 e.v.).

Al te kras is de uitspraak van de burgerlijke rechtbank te Turnhout dat ,,de zieke of gewonde, zelfs in bewusteloze toestand, dient te worden geacht vrijwillig toegestemd te hebben in de dringende verzorging die hij nodig heeft, alsmede in het dringend vervoer naar en de opneming in het dichtsbijgelegen ziekenhuis (Rb. Turnhout, 27 februari 1974, *R.W.*, 1975-76, 1516; *R.G.A.R.*, 1974, nr. 930). Beter is dan ook de uitspraak dat de bewusteloze zieke of gewonde het recht op vervoer put uit een beding te zijnen behoeve, opgenomen in de overeenkomst tussen de ambulancedienst en de Belgische Staat in het raam van de wet van 8 juli 1964 (Antwerpen, 6 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 1892; *infra*, nr. 144).

34. STILZWIJGENDE AANVAARDING VAN STANDAARDBEDINGEN – ALGEMEEN — In het vorige overzicht (*T.P.R.*, 1975, 459) werd melding gemaakt van de principiële stellingname van het Hof van Cassatie dat standaardbedingen, zelfs wanneer zij van het gemene recht afwijken, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend aanvaard kunnen worden (Cass., 11 december 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 369; zie ook Cass., 9 februari 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 187, noot R. De Smet; Cass., 17 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 224; Laenens, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1981, 96 e.v.).

Er kan slechts sprake zijn van een stilzwijgende aanvaarding van deze bedingen, indien de medecontractant er *kennis* van heeft genomen of er redelijkerwijze kennis van kon nemen (*infra*, nrs. 35 e.v.). Daarna dient te worden nagegaan of de bestemmeling die bedingen ook heeft *aanvaard* (*infra*, nrs. 38 e.v.). Beide elementen, kennis en aanvaarding, geven aanleiding tot betwistingen in de rechtsleer en rechtspraak.

35. VOORAFGAANDELIJKE KENNIS VAN STANDAARDBEDINGEN — De kennis of mogelijke kennis van de algemene bedingen moet aan de contractsluiting voorafgaan (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 460-461 en de verwijzingen. *Adde*: Vred. Bergen, 28 juni 1976, *T.Vred.*, 1977, 133).

Om die reden neemt een groot gedeelte van de rechtspraak en de rechtsleer aan dat de algemene bedingen die voor het eerst opduiken in een factuur of leveringsbon en de oorspronkelijke overeenkomst wijzigen of aanvullen, in beginsel geen deel uitmaken van dat contract (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 461 en de verwijzingen. *Adde*: Gent, 23 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2430; Kh. Antwerpen, 11 oktober 1977 en Antwerpen, 6 juni 1979, *De Verz.*, 1979, 485, noot Van Den Brande, G.; Rb. Antwerpen, 26 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1311, noot J. Laenens; Kh. Verviers, 17 juni 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 15; Luik, 11 maart 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 28; Kh. Brussel, 26 september 1979, *B.R.H.*, 1979, 549; vgl. Kh. Brussel, 31 oktober 1977, *B.R.H.*, 1979, 194).

Natuurlijk staat het de contracterende partijen vrij de oorspronkelijke overeenkomst te wijzigen of aan te vullen door een nieuwe overeenkomst. De factuur is

echter in beginsel een geschreven *bevestiging* door één van de partijen van het bestaan en de inhoud van het contract en is bedoeld als bewijsmiddel. Men kan dan ook — in de regel — niet aannemen dat de stilzwijgende aanvaarding van de factuur impliceert dat beide partijen de bedoeling hebben geuit t.a.v. de daar voor het eerst opduikende afwijkende algemene bedingen een schuldvernieuwing of *novatie* tot stand te brengen (zie Rb. Brussel, 23 december 1974, *B.R.H.*, 1975, 213, noot; Kh. Charleroi, 16 januri 1975, *B.R.H.*, 1976, 116; Kh. Brussel, 20 februari 1975, *B.R.H.*, 1975, 349; zie ook Luik, 11 maart 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 281; Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375, Bosmans, M., *l.c.*, 20-21; vgl. Gent, 18 oktober 1978, *R.W.*, 1979-80, 591; *contra*: Kh. Brussel, 6 augustus 1973, *Rev. Not. B.*, 1974, 41).

36. LOUTERE VERWIJZING NAAR STANDAARDBEDINGEN — Het is evident dat bij ontbreken van elke verwijzing naar de algemene bedingen deze in de regel geen deel uitmaken van het contract (zie echter wat de gebruikelijke bedingen betreft, *infra*, nr. 39). Van deze regel heeft de Rechtbank van Koophandel te Brussel in het vonnis van 14 september 1978 toepassing gemaakt. Een voorlopig verzekeringscontract gaat aan de eventuele totstandkoming van een definitieve verzekering vooraf en moet op zichzelf worden beschouwd. Het is dan ook ten onrechte dat de verzekeraar van oordeel is dat op die voorlopige verzekering de algemene voorwaarden van de modelpolis toepasselijk zijn, indien daarvan bij de sluiting van het voorlopige contract niet over gerept is. Het feit dat de verzekeringsmakelaar van die bedingen op de hoogte was, verandert niets aan deze toestand (*B.R.H.*, 1979, 155).

De rechtspraak blijft verdeeld over de vraag of aan de voorwaarde van kennis of mogelijke kennis voldaan is, wanneer de tekst zelf van de algemene voorwaarden niet aan de wederpartij is medegedeeld, maar deze laatste er van op de hoogte is gesteld dat hij deze bedingen kan inzien op de griffie van een rechtbank, op de Kamer van Koophandel, op de zetel van de beroepsvereniging, dat hij deze kan vinden in de Bijlagen van het Staatsblad of dat hem op uitdrukkelijk verzoek daarvan een exemplaar zal worden opgestuurd

Zo besliste de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen dat de loutere verwijziging op alle handelsdocumenten naar de Algemene Voorwaarden van de Expediteurs van België — waarvan de tekst zelf niet afgedrukt was — volstaat, wanneer de beide in België gevestigde handelaren vertrouwd zijn met de transport- en verzendingshandel en wanneer zij reeds jaren handelsrelaties met elkaar onderhouden. Instemmend citeert de rechtbank bovendien de niet gepubliceerde uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel van 20 maart 1970 en het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 23 mei 1972 (*Rechtspr. Antw.*, 1973, 3), waarin gesteld wordt dat de bestemmeling de plicht heeft de tekst te vragen van de algemene voorwaarden die zijn medecontractant door middel van een duidelijke verwijzing bedingt (Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468, met instemmende noot I.V.; zie ook Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2283-84). Evenzo besliste het Hof van Beroep te Brussel in een niet gepubliceerd arrest van 14 maart 1979 dat de op de gas- en electrici-

teitsleidingen aangesloten abonnee de kosten moet betalen verbonden aan het wegens niet-betaling van de rekening afsluiten van die leidingen, daar het reglement, dat de abonnee in de burelen van de maatschappij mocht inkijken en waarnaar het contract uitdrukkelijk verwees, dit bepaalde. M. Bosmans keurt deze beslissing goed: ,,si le cocontractant signe de tels contrats sans prendre connaissance de leur contenu réel, il doit subir les conséquences de son imprudence'' (*l.c.*, 19, nr. 6; zie ook de rechtspraak aangehaald door Van den Brande, G., ,,Omtrent de toepassing van de algemene voorwaarden van de commissionairs-expediteurs van België'', *De Verz.*, 1979, (495), 497).

Het is m.i. duidelijk dat deze rechtspraak misbruiken in de hand werkt. Wanneer de opsteller van de algemene bedingen immers weet dat het merendeel van zijn medecontractanten er in feite geen kennis van zal nemen, is de verleiding groot om het laken nog meer naar zijn kant te trekken, m.n. door zijn eigen verbintenissen te minimaliseren en die van de wederpartij te maximaliseren. Daarom gaat mijn voorkeur naar de rechtspraak die een loutere verwijzing naar algemene contractsvoorwaarden niet voldoende acht (Antwerpen, 13 september 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 58; Antwerpen, 6 juni 1979, *De Verz.*, 1979, 493; Antwerpen, 8 november 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 62; zie ook Antwerpen, 30 maart 1977, *R.W.*, 1976-77, 2421; Antwerpen, 31 januari 1979, aangehaald door I.V., *o.c.*, *B.R.H.*, 1979, 475; Bergen, 29 mei 1978, *De Verz.*, 1980, 755; Kh. Antwerpen, 2 april 1979, *Eur. Vervoerr.*, 1979, 933; Van den Brande, G., *l.c.*, 498-499 en de talrijke verwijzingen).

37. MOGELIJKE KENNIS VAN STANDAARDBEDINGEN — De eis dat de wederpartij kennis heeft genomen of kennis behoorde te nemen van de standaardbedingen leidt tot moeilijkheden wanneer de algemene voorwaarden niet goed leesbaar waren, niet onmiddellijk zichtbaar waren of in een vreemde taal waren opgesteld.

Men neemt meestal aan dat het volstaat dat de algemene bedingen in *duidelijke letters* afgedrukt staan op de *keerzijde van bestelbonnen* en andere handelsdocumenten. Anders is het echter wanneer de letters *minuskuul* of *onduidelijk* zijn (zie en vgl. Brussel, 2 febuari 1977, *J.T.*, 1977, 477; *Rev. Not. B.*, 1977, 591; Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396; Arrondrb. Brussel, 5 november 1974, *B.R.H.*, 1974, 541; Rb. Antwerpen, 26 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1311; Rb. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 275; Kh. Tongeren, 9 september 1976, *B.R.H.*, 1978, 70; Kh. Antwerpen, 7 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 1657; Kh. Brussel, 26 september 1979, *B.R.H.*, 1979, 549; Vred. Bergen, 28 juni 1976, *T. Vred.*, 1977, 133; zie ook De Smet, R., ,,La force obligatoire des 'conditions générales' en matière commerciale'', *R.C.J.B.*, 1974, 203; Bosmans, M., *l.c.*, 19).

Wat de *aangeplakte* algemene voorwaarden betreft, toont de rechtspraak zich soms nogal streng. Zo besliste de Rechtbank van Koophandel te Namen dat een klant niet geacht wordt kennis te hebben genomen van de tien algemene bedingen die in nogal kleine letters in een ververij op een bord aan de muur aangeplakt waren (Kh. Namen, 20 januari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 314; zie ook Vred. Aarlen, 14 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 192). De rechtbank te Leuven

oordeelde dat het uithangen van een eenvoudig bord onvoldoende is, daar ze aan de aandacht van de cliëntele kan ontsnappen bij het betreden van het parkeerterrein (Kh. Leuven, 9 februari 1979, *R.W.*, 1979-1980, 1551, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10193). Daar staat echter tegenover dat in twee andere vonnissen werd beslist dat de personeelsleden van de N.M.B.S. geacht worden kennis te hebben genomen van het duidelijke exoneratiebeding dat op een goed zichtbare plaats op het parkeerterrein is aangebracht (Vred. Antwerpen, 13 januari 1971, *R.G.A.R.*, 1973, nr. 9051; Vred. Brussel, 8 oktober 1971, *R.G.A.R.*, 1973, nr. 9050). Op zijn minst bevreemdend is het vonnis van de Burgerlijke Rechtbank te Aarlen van 3 oktober 1979 waarin beslist wordt enerzijds dat een bedrijf waar kledingstukken gereinigd worden daaraan krachtens art. 6 van de in de handelszaak aangeplakte algemene voorwaarden de beste zorgen moet besteden, en anderzijds dat de toepassing van art. 20 van diezelfde algemene voorwaarden, op grond waarvan de aansprakelijkheid van het bedrijf beperkt wordt tot 50% van de aankoopwaarde van het betrokken kledingsstuk, uitgesloten is vermits niet bewezen is dat de klant kennis heeft genomen van de in kleine letters gedrukte aangeplakte algemene bedingen (Rb. Aarlen, 3 oktober 1979, *Jur. Liège*, 1980, 172).

De wederpartij wordt niet geacht kennis te hebben genomen van de algemene bedingen die in een voor hem *onbegrijpelijke taal* zijn opgesteld, tenzij de opsteller er op mocht vertrouwen dat hij deze taal wél machtig was (zie en vgl. Kh. Namen, 25 juli 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 126; Kh. Verviers, 10 februari 1976, *Jur. Liège*, 1977-78, 69; Kh. Brugge, 27 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 625; Kh. Antwerpen, 7 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 1657; zie ook Bosmans, M., *l.c.*, 19).

De vraag kan gesteld worden of men niet verder moet gaan en rekening behoort te houden met het feit dat intellectueel minder ontwikkelde mensen, de doorsneeburger of zelfs geroutineerde juristen soms grote moeite hebben om de juiste draagwijdte van heel wat standaardbedingen te begrijpen. Interessant in dit verband is dat de Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen blijkbaar meent dat deze vraag soms bevestigend dient te worden beantwoord. *In casu* moet aangenomen worden — aldus het vonnis —, dat de koper, een landbouwer die niet gewoon was dergelijke transacties af te sluiten, de juiste betekenis van het bevoegdheidsbeding niet begrepen heeft (Rb. Antwerpen, 26 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1311, noot J. Laenens; vgl. Vred. Verviers, 5 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 143).

Kennis van de algemene bedingen mag verondersteld worden, wanneer partijen regelmatige handelsbetrekkingen onderhouden en één der partijen daarbij in alle handelsdocumenten stelselmatig naar zijn algemene contractsvoorwaarden verwijst (zie o.m. Antwerpen, 30 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 1510; Brussel, 7 december 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9952; Brussel, 13 april 1978, niet gepubliceerd, aangehaald door Bosmans, M., *l.c.*, 22; Gent, 18 oktober 1978, *R.W.*, 1979-80, 591; Kh. Brussel, 3 mei 1976, *B.R.H.*, 1977, 421; Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468, noot I.V.).

38. STILZWIJGENDE AANVAARDING VAN STANDAARDBEDINGEN (vervolg) — Kende of behoorde de wederpartij de algemene contractsvoorwaarden te kennen, dan moet nog worden aangetoond dat hij deze ook heeft aanvaard.

Vaak wordt aangenomen dat de bestemmeling de algemene bedingen stilzwijgend heeft aanvaard, indien hij — bijzondere omstandigheden buiten beschouwing gelaten — er *niet uitdrukkelijk of stilzwijgend tegen heeft geprotesteerd* (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 459. *Adde:* Brussel, 14 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 165 en *B.R.H.*, 1977, 255; Antwerpen, 17 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 2287; Gent, 18 oktober 1978, *R.W.*, 1979-80, 591; Kh. Tongeren, 9 september 1976, *B.R.H.*, 1978, 70; Vred. Deurne, 16 februari 1972, *T. Vred.*, 1974, 21; zie ook de rechtspraak aangehaald door Van den Brande, G., *l.c.*, 500; Brussel 2 februari 1977, *J.T.*, 1977, 472 en *Rev. Not. B.*, 1977, 591; Kh. Charleroi, 16 januari 1975, *B.R.H.*, 1976, 116; Kh. Antwerpen, 20 januari 1975, *Eur. Vervoerr.*, 1975, 393).

Men kan moeilijk loochenen dat deze rechtspraak soms de indruk wekt dat het *louter stilzwijgen* als toestemming geldt (zie ook Bosmans, M., *l.c.*, 19). Welnu, dit is niet voldoende. Vereist is immers een *,,omstandig stilzwijgen''*, d.w.z. een stilzwijgen dat niet anders uitgelegd kan worden dan in de zin van een toestemming. M.a.w. het stilzwijgen geldt als toestemming wanneer de begeleidende omstandigheden iedere andere uitleg uitsluiten (zie ook Desmet, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1974, 196; zie *supra*, nr. 33). Dat deze regel ook voor de aanvaarding van standaardbedingen geldt, wordt trouwens in een aantal vonnissen en arresten uitdrukkelijk bevestigd (Brussel, 1 juni 1973, *Eur. Vervoerr*, 1973, 730; Luik, 11 maart 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 281; Kh. Verviers, 28 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 245; Kh. Antwerpen, 7 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 1657; zie ook Brussel, 3 juni 1976, *T. Aann.*, 1977, 1, noot J. Wéry en M. Menestret; Rb. Leuven, 9 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1551; Bosmans, M., *l.c.*, 19 en de aldaar vermelde rechtspraak; Vred. Luik, 8 maart 1979, *De Verz.*, 1980, 139 (ten onrechte beslist deze rechter dat de vraag of een exoneratiebeding in een parking aanvaard werd, beantwoord moet worden in het licht van de houding van de betrokken partij op het ogenblik dat het beding effect moet sorteren, *in casu* na een ongeval, en niet op het ogenblik dat betrokkene de parking binnenreed); zie tenslotte ook de rechtspraak aangehaald door Van den Brande, G., *l.c.*, 490).

39. STILZWIJGENDE AANVAARDING VAN STANDAARDBEDINGEN – GEBRUIKELIJKE STANDAARDBEDINGEN — In het vorige overzicht werd het onderscheid benadrukt tussen de rechtsgebruiken, waarnaar in de artikelen 1135 en 1160 B.W. wordt verwezen, en de bestendig gebruikelijke bedingen, dit zijn de bedingen die de betrokken partijen in een zekere soort overeenkomsten plegen op te nemen en die hun bindende kracht aan de wil van de partijen ontlenen (*T.P.R.*, 1975, 461-462; zie ook *infra*, nr. 99).

Het loutere feit dat partijen bepaalde algemene contractsvoorwaarden in een vroegere overeenkomst hebben opgenomen, schept nog niet het vermoeden dat zij diezelfde voorwaarden ook in een later contract hebben willen inlassen. Betwistbaar is dan ook volgende uitspraak van de Rechtbank van Koophandel te

Brussel. Een ondernemer had bepaalde handelswaren besteld bij een andere firma. Op de keerzijde van de bestellingsbrief waren de algemene voorwaarden van de koper vermeld. Op de leveringsbon stonden echter de algemene bedingen van de verkoper. Niettemin oordeelde de rechtbank dat de verkoper de contractsvoorwaarden van de koper stilzwijgend had aanvaard. De rechter ging echter nog verder en besliste dat de daarna door de koper telefonisch gedane nieuwe bestellingen ook onderworpen waren aan diens algemene bedingen en dat deze weer stilzwijgend door de verkoper waren aanvaard, alhoewel deze opnieuw in zijn leveringsbonnen melding had gemaakt van zijn afwijkende algemene bedingen (Kh. Brussel, 26 september 1979, *B.R.H.*, 1979, 549; vgl. Bosmans, M., *l.c.*, 22-23; i.v.m. tegenstrijdige algemene bedingen zie ook *supra*, nr. 20).

Anders is het echter indien partijen de algemene bedingen *stelselmatig* in hun vroegere overeenkomsten hebben opgenomen en er geen aanwijzingen zijn dat zij daar in een later contract van hebben willen afwijken (zie en vgl. Brussel 10 november 1977, onuitg. *A.R.*, 1368; Kh. Antwerpen, 3 maart 1975, *R.W.*, 1975-76, 1510; Kh. Brussel, 23 mei 1972, *Rechtspr. Antw.*, 1973, 3; Arrondrb. Brussel, 5 november 1974, *B.R.H.*, 1974, 541; Kh. Tongeren, 9 september 1976, *B.R.H.*, 1978, 70; Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468).

Het onderscheid tussen rechtsgebruiken en de in een *bepaalde bedrijfstak* bestendig gebruikelijke bedingen wordt in de rechtspraak niet altijd duidelijk naar voor gebracht (zie bv. Antwerpen, 31 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 1240, noot J. Herbots, i.h.b. 1244).

e. *Vertegenwoordiging*

40. ALGEMEEN — Vermits ons recht het beginsel van het consensualisme huldigt, mag de wil der partijen zich uiten door tussenkomst van vertegenwoordigers (Dekkers, R., *Handboek van Burgerlijk recht*, II, nr. 41).

Onder eigenlijke vertegenwoordiging verstaat men dat een persoon, de vertegenwoordiger, een rechtshandeling stelt in naam en voor rekening van een andere persoon, de vertegenwoordigde, die daardoor rechtstreeks verbonden is jegens de derde en waardoor de vertegenwoordiger zelf niet verbonden is. M.a.w. bij vertegenwoordiging komen de rechtsgevolgen van de handeling tot stand in hoofde van een andere persoon, nl. de vertegenwoordigde, dan de persoon die de handeling heeft verricht (de vertegenwoordiger). De vertegenwoordigingsbevoegdheid kan steunen op de wet, al dan niet geactualiseerd door een rechterlijke beslissing (wettelijke en gerechtelijke vertegenwoordiger), of op een rechtshandeling (b.v. lastgeving) (zie Van Gerven, W., *Algemeen Deel*, 473 e.v.).

Wanneer een vertegenwoordiger, b.v. het orgaan van een rechtspersoon, in eigen naam handelt zonder dat de wederpartij bij het aangaan van de overeenkomst op de hoogte is van de vertegenwoordiging, ontstaan de rechten en verplichtingen enkel in hoofde van de handelende persoon (Ronse, J., *e.a.*, ,,Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen'', *T.P.R.*, 1978, 742). Derhalve werd terecht beslist dat de huurovereenkomst door de zaakvoerder van een P.V.B.A. in eigen naam gesloten, zij het voor rekening van zijn vennootschap,

alleen de zaakvoerder persoonlijk bindt (Rb. Luik, 29 november 1973, *Rev. Prat. Soc.*, 1976, 62). Bekrachtiging door de vertegenwoordigde vervangt echter de ontbrekende bevoegdheid van de vertegenwoordiger met terugwerkende kracht. De onbevoegd verrichte rechtshandeling wordt dan *ab initio* aan de vertegenwoordigde toegerekend (Ronse, J., *l.c.*, 742-743; Rb. Brussel, 26 juli 1974, *Rev. Prat. Soc.*, 1974, 195; *Rev. Not. B.*, 1975, 415; Antwerpen, 20 oktober 1976, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, nr. 222213).

Een persoon is gebonden door de rechtshandelingen die door een onbevoegd vertegenwoordiger verricht zijn wanneer de wederpartij rechtmatig mocht vertrouwen op diens bevoegdheid ingevolge een schijn die aan de fout (zie Cass., 13 januari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 473; Rb. Brussel, 3 juni 1976, *T. Aann.*, 1977, 3) of, volgens sommige auteurs en rechtscolleges, althans aan het gedrag van de vertegenwoordigde toe te rekenen is (zie Van Gerven, *o.c.*, 218 e.v. 498 e.v.; Ronse, J., *l.c.*, 743-45).

Beslist werd dat een verzekeringnemer zich op een polis mag beroepen die is ondertekend door een agent van de verzekeraar, alhoewel die zijn bevoegdheden heeft overschreden, indien de verzekerde niet op de hoogte was en ook niet op de hoogte behoorde te zijn van de beperkingen van de bevoegdheid van de verzekeringsagent (zie Kh. Antwerpen, 11 juni 1976, *B.R.H.*, 1975-76, 285).

Een bank nam aan dat een persoon die bevoegd was om namens een handelaar bestellingen op te nemen, facturen uit te schrijven en volledig op te treden in diens naam en voor diens rekening, eveneens de bevoegdheid bezat om een rekening op naam van die firma te openen. De firma beweerde echter later dat betrokkene ,,een eenvoudig handelsagent of zelfstandig vertegenwoordiger'' was die deze bevoegdheid ten ene male miste. De Rechtbank van Koophandel te Brussel besliste dat de bank op de door de firma gewekte schijn mocht vertrouwen dat betrokkene deze vertegenwoordigingsbevoegdheid wél bezat en oordeelde derhalve dat de door de schijnvertegenwoordiger gestelde rechtshandeling aan de firma toegerekend diende te worden (11 december 1974, *R.W.*, 1974-75, 2036).

f. *Simulatie of veinzing*

41. ALGEMEEN — Simulatie of veinzing is voorhanden wanneer partijen naar buiten de schijn wekken een bepaalde rechtshandeling te hebben verricht (de schijnbare overeenkomst), terwijl zij in het geheim afspreken, door middel van tegenbrieven, dat de naar buiten blijkende handeling niet zal gelden (geheime of verborgen overeenkomst). De geheime overeenkomst wil dus de gevolgen van de openlijke rechtshandeling teniet doen of ze althans wijzigen (zie Van Gerven, W., *o.c.*, 308; Cass., 14 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 875).

In tegenstelling tot simulatie veronderstelt wetsontduiking dat partijen een rechtshandeling verrichten waarvan zij al de gevolgen aanvaarden; zij impliceert echter dat de partijen de wettelijke voorschriften afwenden van het doel waarvoor de wetgever ze uitvaardigde. Partijen slagen er aldus in de toepassing van een wettelijke bepaling, waaraan zij normaal dwingend onderworpen zijn, te omzeilen door middel van een objectief geoorloofde handelwijze en een doeleinde te

verwezenlijken dat de maatschappelijke orde afkeurt (zie Van Damme J., *o.c.*, 152; Van Gerven, W., *o.c.*, 201 e.v.; Van Ommeslaghe, P., ,,Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi'', *R.C.J.B.*, 1976, 336-350; Cass., 6 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1082; Cass., 17 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 675; Cass., 9 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1131; zie voor een bespreking van dit arrest: Scailteur, C., ,,Fraude et habile application de la loi fiscale'', *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1977, nr. 22174; Cass., 28 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1303).

Op het vlak van de gevolgen van de simulatie dient een onderscheid te worden gemaakt al naargelang men te doen heeft met de rechtsverhouding tussen partijen en de situatie van derden. Krachtens artikel 1321 B.W. geldt tussen partijen de werkelijke rechtshandeling. De bewijsvoering is dan onderworpen aan de bepalingen van de artikelen 1341 e.v. B.W., tenzij de werkelijke overeenkomst strijdig is met de openbare orde of de goede zeden. Artikel 1321 B.W. stelt echter dat tegenbrieven niet werken tegenover derden. Derden mogen m.a.w. op de schijnhandeling afgaan. Zij zijn niet verplicht zulks te doen. Zo zij menen hierbij belang te hebben, mogen zij ook de schijnhandeling miskennen en zich beroepen op de werkelijk gewilde rechtshandeling. Alle bewijsmiddelen zijn daarbij toegelaten (zie De Page, II, nrs. 626 e.v.; Van Damme, J., *o.c.*, 152-153; Brussel, 28 juni 1976, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 302; *Rev. Not. B.*, 1977, 198; Bergen, 9 september 1975, *Pas.*, 1976, II, 98; Brussel, 7 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 191; Rb. Luik, 9 mei 1977, *Jur. Liège*, 1979, 153).

Een interessante toepassing van deze beginselen werd gemaakt in een arrest van het Hof van Cassatie van 21 juni 1974. Een apotheker en zijn echtgenote hadden hun apotheek en het gebouw waarin deze gevestigd was, overgedragen aan hun schoonzoon voor respectievelijk 200.000 en 600.000 BF. De werkelijke totaalwaarde bedroeg echter meer dan 1.500.000 BF. Wanneer de moeder overlijdt, beweren enkele andere kinderen dat er sprake is geweest van een onrechtstreekse en vermomde schenking en eisen hiervan de inbreng of de inkorting. Maar de koper en zijn schoonvader werpen op dat de in de akten vermelde prijzen — om fiscale redenen? — niet met de werkelijkheid overeenstemmen en tonen aan dat er op zijn minst 1.500.000 BF betaald werd. Het Hof van Beroep te Gent geeft hen gelijk, maar dit arrest wordt door het Hof van Cassatie verbroken. Vooreerst legt het Hof er de nadruk op dat de andere kinderen — die hier als derden beschouwd moeten worden — de veinzing door alle middelen van recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, mogen bewijzen. Alle bewijsmiddelen staan hen derhalve ter beschikking om aan te tonen dat de beweerde verkopingen in werkelijkheid — geheel of gedeeltelijk — een vermomde schenking inhouden. Maar mogen de betrokken contractspartijen zelf tegen deze derden aanvoeren dat de akten geveinsd zijn? Mogen zij met andere woorden ten overstaan van derden tot het bewijs toegelaten worden dat hogere dan de in de akten vermelde prijzen werden overeengekomen en betaald? Hierop antwoordt het Hof dat derden, krachtens artikel 1321 B.W., gerechtigd zijn enkel de schijnbare akte te erkennen, met het gevolg dat de in de akte betrokken partijen het bewijs van de door hen ingeroepen veinzing jegens deze derden niet eens mogen leveren. Derhalve komt het Hof van Cassatie tot de slotsom dat het Hof van Beroep te Gent door de contractspartijen

toe te laten ten overstaan van derden, *in casu* de andere kinderen van de erflater, het bewijs te leveren van de veinzing, meer bepaald dat de werkelijke prijs 1.500.000 BF in plaats van 800.000 BF bedroeg, artikel 1321 B.W. heeft geschonden (Cass., 21 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1169; *R.C.J.B.*, 1975, 256 met kritische noot M. Van Quickenborne).

g. *De gebreken in de toestemming*

1° *Dwaling*

42. VERHINDERENDE DWALING – DWALING OMTRENT DE OORZAAK VAN DE OVEREENKOMST — Het onderscheid tussen het ontbreken van elke toestemming en de *verhinderende dwaling* is hierin gelegen dat in het eerste geval één of meerdere partijen niet toegestemd hebben en dat in het tweede geval partijen hun toestemming wél hebben gegeven, maar dat er van een echt samentreffen van wilsuitingen, van echte *wilsovereenstemming* geen sprake is (zie ook boven nrs. 17 e.v.; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 435 e.v.). De *essentiële dwaling* houdt in dat er weliswaar wilsovereenstemming bestaat, maar dat één van de partijen ten gevolge van een waanvoorstelling zijn toestemming heeft gegeven. De *bijkomende dwaling*, tenslotte, is de vergissing die geen beslissende invloed op de toestemming der betrokken partij heeft uitgeoefend.

Wat de verhinderende dwaling betreft, wordt gewoonlijk een onderscheid gemaakt tussen de dwaling omtrent de aard van de overeenkomst *(error in negotio)*, de dwaling omtrent het voorwerp van de overeenkomst *(error in corpore)* (vgl. Vred. Dinant, 21 juni 1974, *T. Vred.*, 1975, 33) en de dwaling omtrent de oorzaak van de overeenkomst *(error in causa)*.

Met name deze laatste soort dwaling is de jongste jaren, door de heropleving van de *causa*-leer (zie Van Ommeslaghe, P., noot onder Cass., 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326), weer in de belangstelling gekomen. Volgens M. Van Quickenborne zou het in geval van dwaling omtrent de *interne oorzaak* beter zijn om te spreken van een verbintenis met een valse oorzaak, in de zin van artikel 1131 B.W. Gaat het daarentegen om een dwaling omtrent de *externe oorzaak*, d.w.z. de beslissende beweegreden voor het stellen van de rechtshandeling, dan staan we voor een verhinderende of essentiële dwaling. Op het stuk van de sanctie, moet dit onderscheid volgens genoemde auteur, tot geen verschillen leiden: in beide gevallen volstaat de relatieve nietigheid (noot onder Cass., 5 november 1976, *R.C.J.B.*, 1979, 143 e.v.).

M.b.t. tot de externe oorzaak is het bijzonder moeilijk om een onderscheid te maken tussen de verhinderende dwaling en de essentiële dwaling, daar onder ,,zelfstandigheid van de zaak'' in de zin van artikel 1110 B.W., volgens het Hof van Cassatie, ieder element moet worden verstaan dat de partij er hoofdzakelijk toe *bewogen* heeft het contract aan te gaan, zodanig dat zonder dit element het contract niet zou zijn gesloten (Cass., 31 oktober 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 301; Cass., 3 maart 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 829). Genoemde uitdrukking duidt dus op ieder element dat voor het sluiten van de overeenkomst bepalend is geweest, m.a.w. dat de impulsieve en determinerende *oorzaak* van het contract is geweest

(zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 465 en de verwijzingen. *Adde:* Matthijs en Baeteman, *o.c.*, *T.P.R.*, 1966, 107; *Les Novelles, Droit civil,* IV/1, nr. 647; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 353 e.v., i.h.b. nrs. 17 en 18. Op het eerste gezicht vertoont het maken van genoemd onderscheid geen praktisch belang, daar de sancties voor de verhinderende en de essentiële dwaling dezelfde is, nl. de relatieve nietigheid (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 464-465). Toch is dat niet helemaal waar, daar men wel voorhoudt — m.i. weliswaar ten onrechte — dat de theorie van de overschoonbare dwaling beperkt is tot de essentiële dwaling en niet geldt voor de verhinderende dwaling (zie *infra,* nr. 46).

Tenslotte moet er nog op worden gewezen dat de hiervoor uiteengezette zienswijze tot gevolg heeft dat de stelling dat een dwaling omtrent de beweegredenen een bijkomende, invloedloze dwaling is en derhalve geen grond voor vernietiging van het contract oplevert, op zijn minst genuanceerd moet worden, in die zin dat deze regel niet geldt voor de *determinerende* beweegredenen.

43. ESSENTIELE DWALING – ALGEMEEN — Het begrip zelfstandigheid van de zaak in artikel 1110 B.W. dient niet zozeer in objectieve zin te worden verstaan, maar heeft eerder — en dit op grond van de theorie van de wilsautonomie — een subjectieve en psychologische betekenis en draagwijdte. De bedoeling van de partijen zal telkens *in concreto* onderzocht moeten worden. Dit beginsel wordt in talrijke vonnissen en arresten toegepast. Enkele typische gevallen zullen hier worden vermeld.

Wanneer de koper de aankoop van een perceel bouwgrond op het oog heeft gehad, en wanneer ook de verkoper altijd bouwgrond heeft willen verkopen, zoals in zijn publiciteit trouwens werd aangekondigd, bestaat er bij de koper op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst een dwaling omtrent de substantiële hoedanigheid van het gekochte goed, m.a.w. een essentiële dwaling, indien blijkt dat het perceel geen bouwgrond was, d.w.z. grond, als zodanig aangemerkt door de bevoegde overheid, waar hoe dan ook gebouwd mag worden met alleen de beperking dat het voorgelegde bouwplan door de bevoegde overheid wordt goedgekeurd (Gent, 30 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2525).

Ook een onjuiste voorstelling van het *resultaat* dat een overeenkomst kan opleveren, kan, volgens een belangrijk gedeelte van de rechtspraak en rechtsleer, een essentiële dwaling zijn in de zin van artikel 1110 B.W. Ziehier een interessante toepassing van deze leer. Tijdens de onderhandelingen i.v.m. de overname van een bedrijf verklaart de aspirant-overnemer uitdrukkelijk dat hij daartoe slechts bereid is mits de chirografaire schuldeisers van hun schuldvorderingen afzien ten belope van 80% van de waarde ervan. In de uiteindelijke overeenkomst stond echter dat deze schuldeisers zouden betaald worden ten belope van het bedrag dat zou worden vastgesteld in het homologatievonnis van het gerechtelijk akkoord. De overnemer verkeerde in de stellige overtuiging dat dit 20% zou zijn, maar in werkelijkheid bleek het 25% te zijn. De Rechtbank van Koophandel te Verviers besliste dat de verkeerde voorstelling in hoofde van de overnemer van het bedrijf van het resultaat van de overname-overeenkomst een essentiële dwaling is die de vernietiging van dit contract rechtvaardigt (Kh. Verviers, 21 december 1976,

J.T., 1977, 345; *B.R.H.*, 1977, 233. Zie ook De Page, I, nr. 39, *infine*, p. 51-52; Ripert en Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, II, nr. 199; zie ook Hellema, A.W., *Dwaling omtrent toekomstverwachtingen*, Deventer, 1972). Grote voorzichtigheid is hier echter geboden, daar achter een dwaling omtrent het verwachte resultaat vaak een dwaling omtrent de waarde schuil gaat. Zoals men weet is een dwaling omtrent de waarde van een zaak geen essentiële, maar een bijkomende dwaling en geeft aan degene die het slachtoffer van zo'n vergissing wordt, geen recht op vernietiging van het contract (zie Rb. Mechelen, 21 januari 1975, *R.W.*, 1977-78, 1649; Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375).

Bij de aankoop van een lastoestel kan de ,,automatiserende'' functie van het toestel de voornaamste drijfveer van de koper geweest zijn. Wanneer blijkt dat het verkochte toestel deze eigenschap niet bezit, kan de koop wegens essentiële dwaling vernietigd worden (Kh. Tongeren, 22 januari 1976, *B.R.H.*, 1976, 236).

De burgerlijke rechtbank te Luik oordeelde dat de dwaling in hoofde van de koper van een stuk bouwgrond omtrent de stevigheid van de ondergrond, waardoor de bouw van de geplande woning 715.000 BF kostte i.p.v. 600.000 BF. de vernietiging van het contract niet rechtvaardigde, daar bij de totstandkoming van het contract niet gebleken was dat partijen hieraan een wezenlijk belang hebben gehecht (Rb. Luik, 4 januari 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 171).

Wanneer de koper van een villa dacht dat de tuin voor het huis — grootte 200 m² — in de koop begrepen was, dan wanneer deze tuin in werkelijkheid aan een derde toebehoorde, is er sprake van een essentiële dwaling die tot vernietiging van de koop kan leiden (Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1979, 185).

Een dame had antieke Louis XV-meubelen aangekocht waarvan de verkoper de authenticiteit had gewaarborgd. Wanneer zij deze meubelen enkele jaren later op haar beurt wil verkopen, blijkt dat deze niet authentiek zijn, maar nagemaakt werden ten tijde van Napoleon III. De Rechtbank van Koophandel te Brussel willigde de vordering tot nietigverklaring van de koop wegens dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak in (24 juni 1975, *B.R.H.*, 1976, 131; zie ook *supra*, nr. 23 en *infra*, nr. 45).

44. ESSENTIELE DWALING – TOEPASSING – KWIJTING ,,VOOR SALDO VAN REKENING'' — Talrijk zijn de vonnissen en arresten waarin de vraag aan de orde wordt gesteld of een kwijting voor saldo van rekening wegens essentiële dwaling vernietigd kan worden.

Een gehomologeerde overeenkomst over de vergoeding van de lichamelijke schade veroorzaakt door een arbeidsongeval blijft een overeenkomst, ook al is voor het bestaan ervan de plechtige vorm der bekrachtiging door de Arbeidsrechtbank vereist. Hieruit volgt o.m. dat een dergelijke overeenkomst in geval van *wezenlijke dwaling* vernietigd kan worden op grond van de artikelen 1109 e.v. B.W. (zie Arbrb. Hasselt, 15 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 2230 en *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9548, noot J. Van Molle: Arbrb. Namen, 29 oktober 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 86; Corr. Charleroi, 14 juli 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9664 — hier was in feite echter veeleer sprake van bedrog).

Bij zo'n overeenkomst is de vergissing omtrent de al dan niet consolidatie der letsels een essentiële dwaling, wanneer de getroffene het contract zeker niet zou hebben ondertekend indien hij van zijn werkelijke toestand op de hoogte was geweest (zie Cass., 5 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1100; Arbh. Antwerpen, 16 maart 1977, *J.T.T.*, 1978, 215; zie ook Glansdorff, F., ,,La transaction et les vices du consentement'', *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9667; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2389-90).

Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat de tussen een werknemer van Griekse nationaliteit en de wetsverzekeraar totstandgekomen vergoedingsovereenkomst wegens dwaling vernietigd d ende te worden, daar de Griekse arbeider, die slechts een zeer geringe kennis van de Franse *taal* bezat, ervan overtuigd was dat de vergoedingskwitantie slechts tot bewijs diende van de betaling van een voorschot van de hem toekomende vergoeding (Brussel, 17 december 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9666; zie ook Pol. Hasselt, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10229; *supra*, nrs. 19 en 37). Maar ontbreekt de toestemming hier niet volledig?

45. ESSENTIELE DWALING – AANVERWANTE VORDERINGEN — Dat advocaten en rechtscolleges het niet altijd gemakkelijk hebben om een duidelijk onderscheid te maken tussen essentiële dwaling, niet-conforme levering, verborgen gebreken, e.d.m. is bekend. De karakterisering van de conclusies van partijen door de Rechtbank van Koophandel te Tongeren ,,dat met een aantal rechtsfiguren gegoocheld werd'' (Kh. Tongeren, 22 januari 1976, *B.R.H.*, 1976, 238) is dan ook in heel wat andere zaken evenzeer toepasselijk (zie b.v. Vred. Louveigné, *Jur. Liège*, 1976-77, 255; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 470-71).

Wanneer bij de verkoop van Louis XV-meubelen de authenticiteit ervan gewaarborgd wordt, kan de koper de vernietiging van de koop wegens verborgen gebreken vorderen zo naderhand blijkt dat de meubelen niet authentiek zijn. Eiser maakt dan ook een fout wanneer hij de uitvoering van de overeenkomst vordert wegens niet-nakoming van de leveringsverplichting. Immers, de geleverde meubelen zijn wel degelijk die welke beide partijen bij de contractssluiting op het oog hadden, maar zij vertonen een verborgen gebrek. Vernietiging van het contract wegens een essentiële dwaling is hier ook mogelijk (zie Kh. Brussel, 24 juni 1975, *B.R.H.*, 1976, 131; vgl. ook Rb. Antwerpen, 29 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 680; Van Damme, J., *o.c.*, 106-107; Herbots, J. en Stubbe-Pauwels, A.-M. ,,Overzicht van rechtspraak (1969-74). Bijzondere contracten, *T.P.R.*, 1975, 943; *supra*, nrs. 23 en 43).

Wanneer de verkoper plaatijzer uit Rusland levert, terwijl partijen uitdrukkelijk overeengekomen zijn dat uit Joegoslavië afkomstig plaatijzer moet worden geleverd, schiet de verkoper in zijn leveringsverplichting tekort. De rechter dient derhalve niet vast te stellen dat de vordering binnen de door artikel 1648 B.W. voorziene ,,korte termijn'' werd ingesteld, daar genoemde wetsbepaling betrekking heeft op de regeling verborgen gebreken en niets te maken heeft met de leveringsverplichting (Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 95; zie ook Kh. Brussel, 19 oktober 1976, *R.R.H.*, 1977, 546).

Op 15 juni 1976 verkoopt A aan B een tweedehands auto merk Volvo bouwjaar 1972. De auto die aan de koper geleverd wordt, dateert echter van 1971. De Rechtbank van Koophandel te Brussel beslist dat de verkoper tekortgeschoten is in zijn leveringsverplichting, alhoewel de verkoper beweerde dat hij de auto geleverd had die de koper had gezien en gekocht (Kh. Brussel, 10 maart 1977, *B.R.H.*, 1977, 664). Wanneer de verkoper de waarheid spreekt, is er m.i. geen tekortkoming in de leveringsverplichting, daar de overeengekomen auto werd afgeleverd. Ook is er normaliter geen verborgen gebrek, daar het verkeerd opgegeven bouwjaar de wagen niet ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe de koper het bestemt. Blijft dus slechts de vernietiging wegens essentiële dwaling (zie Dermine, L., ,,La garantie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion'', *J.T.*, 1975, 149 e.v.).

46. ONVERSCHOONBARE DWALING - JURIDISCHE GRONDSLAG — De draagwijdte van de dwalingsleer wordt in belangrijke mate beperkt door de theorie van de onverschoonbare dwaling. Meerdere keren heeft het Hof van Cassatie beslist dat de onverschoonbare dwaling, d.i. de vergissing die geen redelijk mens zou begaan, geen gebrek is in de toestemming in de zin van de artikelen 1109 en 1110 B.W. en derhalve niet tot grondslag kan dienen voor de in artikel 1117 van hetzelfde wetboek bedoelde vordering tot nietigverklaring (Cass., 6 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 133, noot R.H.; Cass., 28 juni 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1321; Cass., 10 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 871; Cass., 13 februari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 705; Cass., 20 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 960, *R.W.*, 1978-79, 1489 en *R.C.J.B.*, 1980, 210, noot M. Fontaine; zie ook Van Quickenborne, M., *l.c.*, 139-140).

Klaarblijkelijk dient de juridische grondslag van deze leer, volgens het Hof van Cassatie, gezocht te worden in een interpretatie van de artikelen 1109, 1110 en 1117 B.W.: degene die een onverschoonbare dwaling begaat, dwaalt niet in de zin die in deze wetsbepalingen aan het begrip dwaling wordt gehecht. Er is geen wilsgebrek en derhalve geen grond voor vernietiging van de overeenkomst. Op het vlak van de rechtspraktijk heeft deze opvatting twee belangrijke gevolgen. In de eerste plaats dient het begrip onverschoonbaarheid niet in het licht van artikel 1382 B.W. te worden omschreven, maar in functie van de wilsleer. De schuld dient *in concreto* en niet *in abstracto* te worden beoordeeld. ,,Pour apprécier le caractère inexcusable de l'erreur — zo schrijft M. Coipel — il ne faut pas prendre pour type de comparaison le bon père de famille du droit de la responsabilité mais tenir compte de données personnelles à l'errans'' (,,L'erreur de droit inexcusable'', *R.C.J.B.*, 1978, 213; in dezelfde zin: Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375; Sacé, J., noot onder Bergen, 19 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 269). In de tweede plaats leidt deze opvatting tot het besluit dat de leer van de onverschoonbare dwaling niet geldt t.a.v. de verhinderende dwaling, daar deze niet bedoeld wordt in de artikelen 1110 en 1117 B.W. (Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 437-438; Van Damme, J., *o.c.*, 120).

Men kan de onverschoonbare dwaling echter ook koppelen aan de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid. Wanneer de vergissing van de dwalende partij

aan zijn eigen onaandachtzaamheid of onzorgvuldigheid te wijten is, begaat deze een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 B.W. Hij heeft immers aan de totstandkoming van het contract niet alle zorgen van een goed huisvader besteed. Deze fout kan worden gesanctioneerd door het behoud, ondanks het wilsgebrek, van het contract (Zie Kruithof, R., noot onder Rb. Dendermonde, 10 oktober 1969 en 18 september 1970, *R.W.*, 1971-72, 635 e.v.; zie ook De Page, I, 61). Deze oplossing biedt m.i. enkele belangrijke voordelen. In de eerste plaats brengt deze leer meer eenheid in de rechtsregeling van de totstandkoming van het contract. De theorie van de precontractuele aansprakelijkheid wordt reeds toegepast in vele situaties, o.m. onderhandelingen en voorstellen die niet gevolgd worden door een contract, relatief nietige overeenkomsten, incidenteel bedrog, en — althans volgens sommigen — absoluut nietige contracten en gekwalificeerde benadeling (zie supra, nrs. 21 e.v. en *infra,* nrs. 54 en 66). Waarom zou de zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 B.W. in al die situaties geëerbiedigd moeten worden, en bij de dwaling niet? Het is m.i. dus wenselijk dat bij de contractsvorming steeds dezelfde zorgvuldigheidsnorm toegepast wordt. Trouwens de al te stricte toepassing van de wilsleer leidt tot mistoestanden. Met subjectieve factoren mag niet te veel rekening worden gehouden. Het moderne rechtsverkeer — dat snel en veilig moet verlopen — eist een correctie van de wilsleer door de *vertrouwensleer*. Ook biedt de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid het voordeel dat de onverschoonbare *verhinderende dwaling* gesanctioneerd kan worden. Een vierde argument ten voordele van de precontractuele aansprakelijkheidsleer is dat zij niet op een *fictie* berust. Beweren dat degene die een onverschoonbare dwaling begaat niet dwaalt, stemt niet met de werkelijkheid overeen. Betrokkene heeft zich wel degelijk vergist, maar het recht kan er, omwille van zijn onzorgvuldig optreden, geen rekening mee houden. Een laatste argument betreft de *bewijslastregeling*. Hij die de vernietiging van het contract wegens dwaling vordert, draagt de bewijslast. Beweert men dat de onverschoonbare dwaling geen wilsgebrek is, dan moet eiser aantonen dat zijn vergissing verschoonbaar was. Welnu, veelal wordt het tegendeel aangenomen: degene die beweert dat de dwaling onverschoonbaar is draagt daarvan de bewijslast (Dabin, J., ,,Erreur inexcusable et nullité des conventions'', in *Etudes de droit civil,* 1947, 50; Coipel, M., *l.c.,* 213). Aanvaardt men de toepassing van artikel 1382 B.W. in deze, dan zal de bewijslast wél rusten op de verweerder.

Hoe dan ook, de theorie van de onverschoonbare dwaling vult een belangrijke leemte in ons verbintenissenrecht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de rechtbanken er regelmatig een beroep op doen (zie Antwerpen, 4 mei 1977, *R.W.*, 1978-79, 501; Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège,* 1979, 185; Kh. Doornik, 7 mei 1974, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9378).

47. ONVERSCHOONBARE DWALING - RECHTSDWALING — In haar testament vermaakt een oude dame het beschikbaar gedeelte van haar erfenis aan haar twee kleinzonen. In het testament staat verder dat indien één van de kleinkinderen aan zijn deel verzaakt, dit de andere kleinzoon zal toekomen. Na het overlijden van de grootmoeder beslist één van de twee kleinzonen, Freddy, het hem toekomende

legaat te verzaken, in de overtuiging dat zijn deel dan ten goede zal komen van zijn vader, de enige zoon van de overledene. Twee juristen, de raadsman-advocaat van zijn vader en de notaris die de akte opmaakte, hebben Freddy in die zin geadviseerd. Achteraf blijkt dat Freddy het slachtoffer is geworden van een rechtsdwaling: de verzaking aan zijn legaat kwam niet zijn vader, maar zijn broer ten goede. Freddy vordert de vernietiging van de eenzijdige rechtshandeling die de verzaking is op grond van rechtsdwaling. Het Hof van Beroep te Luik wees deze eis af daar de vergissing onverschoonbaar was. De voorziening in verbreking werd door het Hof van Cassatie verworpen. Daarbij werd o.m. overwogen dat ,,door te oordelen dat de onverschoonbare en op zichzelf niet onoverkomelijke dwaling van eiser niet verschoonbaar en onoverkomelijk wordt omdat zij in het onderhavige geval eveneens begaan werd door de juridische raadslieden, ingevolge de onachtzaamheid of de vergissing van deze laatsten, het arrest van eiser geen nauwlettendheid en voorzichtigheid eist die groter zijn dan die welke men normaal van een redelijk mens kan verwachten'' (Cass., 10 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 871; *R.C.J.B.*, 1978, 198, noot M. Coipel).

Deze uitspraak is in de ogen van velen te streng. ,,Mag een burger ... niet aannemen dat advocaten en notarissen, die specialisten in de materie schijnen te zijn, hem juridisch advies kunnen geven? En wanneer hij dat advies heeft ingewonnen, mag onze brave burger dan niet denken dat hij al het mogelijke heeft gedaan om te handelen als een wijs en voorzichtig man? Hoe is een dergelijke jurisprudentiële houding tegenover de gewone man te verklaren in de psychologie van onze hoven, die toch dagelijks de dwalingen in rechte van gediplomeerde en gespecialiseerde rechters moeten rechtzetten? Is dit niet het ,,dura lex, sed lex'' in al zijn verschrikking? Het grote onrecht van de wrede spreuk: ,,Stultis non succurritur'', ,,De dwazen worden niet geholpen''? (Stevens, J., ,,Hoe gemeen is het gemene recht?'', *R.W.*, 1979-80, 1617).

Niet minder kritisch is M. Coipel. Onder de hoofding ,,Qui a peur de l'erreur de droit?'' stelt hij de vraag of het diepe wantrouwen van de rechtspraak om de rechtsdwaling als grond van vernietiging van het contract vast te stellen, in feite niet neerkomt op een onrechtstreekse toepassing van de rechtspraak *Nemo censetur ignorare legem*. ,,On peut dire — aldus de auteur — que le système juridique fonctionne sous l'hypothèse de la connaissance du droit par les gens... La méfiance à l'endroit de l'erreur de droit tient donc de l'instinct de conservation'' (*l.c.*, 217-218; *cf. supra*, nr. 25).

L. Raucent heeft opgemerkt dat de verwerping van het legaat door Freddy in feite een schenking was. Deze schenking was aangetast door een wilsgebrek, m.n. een dwaling omtrent de persoon van de begiftigde, hetgeen — volgens de auteur — ongetwijfeld een voldoende grond voor vernietiging van het contract is (,,Examen de jurisprudence (1973-1979) Les libéralités et les successions'', *R.C.J.B.*, 1980, 292). Maar dan rijst weer de vraag of ook deze dwaling wel verschoonbaar was.

48. ONVERSCHOONBARE DWALING – KWIJTING VOOR SALDO VAN REKENING — Eén eis tot vernietiging van een vaststellingsovereenkomst zal vaak afgewezen worden wegens het *onverschoonbaar* karakter van de begane vergissing.

Een interessante toepassing hiervan werd gemaakt door de Arbeidsrechtbank te Hasselt (15 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 2230; *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9548, kritische noot J. Van Molle). Op weg naar zijn werk was een minderjarige arbeider onder een goederentrein terechtgekomen en overleden. De wetsverzekeraar sluit een zestal weken later met de ouders van het slachtoffer een overeenkomst over de uit te keren vergoeding. Deze vergoedingsovereenkomst werd door de bevoegd rechtbank gehomologeerd. Enkele tijd later blijkt echter uit een strafrechtelijk onderzoek, dat de jongen wellicht zelfmoord heeft gepleegd. De wetsverzekeraar vorderde daarop de vernietiging van de vergoedingsovereenkomst wegens essentiële dwaling. De rechtbank besliste dat de dwaling niet bewezen was, daar het niet absoluut vaststond dat de jongen zelfmoord had gepleegd. Zelfs indien de zelfmoord bewezen was, aldus het rechtscollege, was de dwaling van de wetsverzekeraar onverschoonbaar, daar deze de afhandeling van het ongeval maar had moeten uitstellen tot een kopij van het strafdossier beschikbaar was (zie ook Bergen, 19 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 257, noot J. Sacé; Kh. Brussel, 2 januari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9654). Het Arbeidshof te Antwerpen bevestigde deze uitspraak op grond van de overwegingen dat van een goed ingerichte verzekeringsmaatschappij mag worden verwacht dat zij beschikt over buitendiensten die, bij de aangifte van een dodelijk ongeval waaraan belangrijke financiële tussenkomsten verbonden zijn, in staat zijn om een snel en degelijk onderzoek in te stellen omtrent de juiste toedracht van de feiten, dat de raadpleging van een strafdossier hiertoe geen noodzakelijk gegeven is en dat de dwaling die hier voortvloeit uit het feit dat, zonder enig onderzoek, verstrekkende beslissingen werden genomen op grond van summiere gegevens van de ongevalaangifte, onverschoonbaar is. Het cassatieberoep tegen deze uitspraak werd verworpen (Cass., 13 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 705).

Anderzijds besliste het Arbeidshof te Antwerpen dat de dwaling van het slachtoffer van een arbeidsongeval omtrent de al dan niet consolidatie der letsels verschoonbaar was, daar betrokkene bij de ondertekening van de overeenkomst redelijkerwijze niet kon weten dat zijn gezondheidstoestand onstabiel was en zou verergeren (Arbh. Antwerpen, 16 maart 1977, *J.T.T.*, 1978, 215).

49. ONVERSCHOONBARE DWALING – UITVOERING VAN HET CONTRACT — Een electriciteitsverdelingsmaatschappij had, wegens een slechte organisatie van haar diensten, gedurende een aantal jaren te lage rekeningen gestuurd aan een klant, een grootwarenhuis. Wanneer de fout ontdekt wordt, eist de electriciteitsmaatschappij de betaling van de op grond van het electriciteitsverbruik nog verschuldigde bedragen. De Rechtbank van Koophandel te Brussel wijst deze vordering af op grond van de overweging dat de begane vergissingen onverschoonbaar zijn (Kh. Brussel, 19 februari 1975, *J.T.*, 1975, 552, noot J.P. Coppée; zie ook Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 2389).

In dit vonnis komt dus de vraag aan de orde of de theorie van de onverschoonbare

dwaling alleen geldt bij de totstandkoming van contracten, of ook bij de tenuitvoerlegging ervan. De genoemde rechtbank meent hierop bevestigend te moeten beantwoorden. In zijn noot onder dit vonnis betoogt J.P. Coppée echter terecht dat deze leer niet veralgemeend mag worden. *In casu* ging het trouwens veeleer om het rechtzetten van een materiële vergissing dan om een wilsgebrek. Inderdaad, partijen waren het eens over het toe te passen tarief. Daar het rechtzetten van een berekeningsfout de rechten van de wederpartij niet wezenlijk aantast, is er dus alle reden om art. 1368 Ger. W. zonder meer toe te passen.

In beroep werd de uitspraak van de Rechtbank van Koophandel te Brussel terecht herzien. Het Hof van Beroep besliste dat de electriciteitsverdeler een contractuele fout had begaan door jarenlang onjuiste fakturen aan de klant te sturen. Daar deze laatste geen schadevergoeding had gevorderd, was het Hof echter niet bij machte deze fout te sanctioneren. De eis van de electriciteitsverdeler werd dan ook ingewilligd (Brussel, 6 juni 1977, *J.T.*, 1977, 608; zie ook Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 170; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 514-516; Luik, 10 april 1972, *B.R.H.*, 1976, 229 met noot; zie ook *infra*, nr. 154).

50. CONVENTIONELE REGELING VAN HET DWALINGSRISICO — In het voorgaande overzicht werd de stelling verdedigd dat partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen overeenkomen dat het dwalingsrisico door één van hen zal worden gedragen. In dit verband werd o.m. verwezen naar een clausule die vaak bij de veiling van kunstvoorwerpen wordt bedongen, nl. dat het risico dat de in de cataloog beschreven schilderijen en beeldhouwwerken niet authentiek zijn, geheel voor rekening van de koper komt (*T.P.R.*, 1975, 469).

Men heeft beweerd dat we hier in feite staan voor een toepassing van de theorie van de onverschoonbare dwaling, m.a.w. een dwaling die een redelijk en normaal voorzichtig man, gelet op zijn kennis en op de omstandigheden, niet zou begaan (Van Damme, J., *o.c.*, 123; De Page, II, 63, vgl. Cass., 6 januari 1944).

Het probleem met deze laatste redenering is dat zij in ruime mate op een fictie berust. Immers, volgens het Hof van Cassatie, is een onverschoonbare dwaling, geen wilsgebrek (zie *supra*, nr. 16). Welnu, het treffen van een contractuele regeling van het dwalingsrisico, sluit het bestaan van een vergissing helemaal niet uit. Het is natuurlijk mogelijk dat b.v. de koper door zo'n clausule aan de authenticiteit van een kunstwerk dat geveild wordt, gaat twijfelen. En wie twijfelt, dwaalt niet (vgl. Numann, E.J., ,,Aantasting van vaststellingsovereenkomsten wegens dwaling'', in *Non sine causa*, Zwolle, 1979, 286). Maar dat hoeft niet zo te zijn. Het is zeer goed mogelijk dat de koper, ondanks de genoemde clausule, ervan overtuigd blijft dat het om een authentiek kunstwerk gaat — en daar als kenner ook goede redenen voor heeft — en dat toch achteraf blijkt dat hij zich vergist heeft. Dan is weliswaar een essentiële en verschoonbare dwaling voorhanden, maar levert deze — gezien de contractuele regeling van het dwalingsrisico — geen grond op voor vernietiging van het contract. De theorie van de onverschoonbare dwaling schept hier dus verwarring en is bovendien overbodig (vgl. Cass., 2 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 7; Kh. Brussel, 13 september 1978, *J.T.*, 1979, 165, noot J. Eeckhout).

51. DWALINGSRISICO – TOEPASSING – KWIJTING VOOR SALDO VAN REKENING — Daar een vaststellingsovereenkomst tot doel heeft betwistingen omtrent bepaalde feiten voor de toekomst uit te bannen, is het begrijpelijk dat de rechtspraak niet geneigd is al te gauw een dwalingsactie terzake in te willigen. M.n. dient zo'n vordering te worden afgewezen wanneer de vergissing betrekking heeft op feiten waaromtrent het *dwalingsrisico* uitdrukkelijk of stilzwijgend door partijen in het contract is geregeld of, zo men wil, is ,,verdisconteerd'' (zie Dirix, E., ,,De kwijting 'voor saldo van rekening''', noot onder Arbrb. Brussel, 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 198).

Bij de uitvoering van graafwerk veroorzaakt een aannemer op het eerste gezicht slechts geringe schade aan een naburig pand. De eigenaar aanvaardt de betaling van een som van 4.032 BF ,,ter vergoeding van alle schadelijke gevolgen, huidige en toekomende, gekende en ongekende''. Enige tijd later stelt men vast dat de graafwerken de stabiliteit van het pand ernstig hebben aangetast. Beslist werd dat de aangehaalde vermelding in de kwitantie het dwalingsrisico niet op de eigenaar legt wat betreft de op het ogenblik van de contractssluiting voor de eigenaar onvoorzienbare schade (zie Cass., 10 november 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 248; zie ook Dirix, E., *l.c.*, 199 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Niets belet partijen echter ook voor de totaal onvoorzienbare schade het dwalingsrisico conventioneel te regelen (zie Corr. Gent, 14 november 1975 en Gent, 22 maart 1976, *De Verz.*, 1976, 489; vgl. Cass., 30 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 767; Cass., 26 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 122; Dirix, E., *l.c.*, 199).

52. DWALING – SANCTIE – RELATIEVE NIETIGHEID – AANPASSING VAN HET CONTRACT — De verhinderende en de essentiële dwaling worden gesanctioneerd door de relatieve nietigheid van het contract. Ten onrechte wordt nog steeds door sommige rechtscolleges in dit verband de ontbinding of de verbreking (,,rescision'') van de overeenkomst uitgesproken (Arbrb. Namen, 29 oktober 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 86).

Tot een aanpassing van de overeenkomst mag de rechter *niet* overgaan. Een belangrijke uitzondering op deze regel is de zgn. ,,leer van de onvoorziene omstandigheden'' (,,théorie des sujétions imprévues'') in het raam van de aannemingsopdrachten voor rekening van de Staat (zie Flamme, M.-A., *Traité théorique et pratique des marchés publics*, II, Brussel, 1969, nrs. 927 e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2380-81). Volgens deze regeling kan bij de aanneming van werk tegen vaste prijs tijdens de uitvoering van het contract toch tot een *prijsaanpassing* worden overgegaan, wanneer de aannemer af te rekenen krijgt met moeilijkheden die de lasten van de aanneming aanzienlijk verzwaren, op voorwaarde dat deze moeilijkheden onvoorzienbaar waren ofschoon zij reeds *bestonden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst* en mits de aannemer geen verwijt kan worden gemaakt (Brussel, 2 juni 1975, *T. Aann.*, 1976, 214, noot C. Van Buggenhout; Rb. Antwerpen, 25 september 1975, *T. Aann.*, 1976, 316, noot P. Mathei; Rb. Gent, 31 maart 1976, *T. Aann.*, 1979, 256, noot R. Moors; Rb. Gent, 21 april 1976, *T. Aann.*, 1980, 3, noot W.

Abbeloos). De juridische grondslag van deze theorie is niet erg duidelijk (zie Flamme, M.-A., *o.c.*, 610 e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, 2381).

53. DWALING - BEWIJS — Artikel 1341 B.W. is niet van toepassing, wanneer een partij wegens dwaling de vernietiging van de aangegane overeenkomst vordert. Het bewijs van de dwaling als wilsgebrek kan door alle rechtsmiddelen worden geleverd (zie Cass., 28 maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 834; Kh. Verviers, 21 december 1976, *J.T.T.*, 1977, 345; De Page, I, nr. 44; III, nr. 713, D).

2° *Bedrog*

54. BEGRIP - BEDROG — Bedrog als wilsgebrek is de opzettelijk door één der contracterende partijen veroorzaakte verkeerde voorstelling van de werkelijkheid die de wederpartij tot contracteren heeft bewogen (hoofdbedrog) of deze er althans toe gebracht heeft contractsvoorwaarden te aanvaarden die hij, zonder het bedrog, zeker niet zou hebben goedgekeurd (tussenbedrog). Hoofdbedrog wordt, op grond van artikel 1116 B.W., met relatieve nietigheid gesanctioneerd; de beteugeling van het tussenbedrog geschiedt door de toekenning van schadeloosstelling op grond van artikel 1382 B.W. (voor toepassingen inzake incidenteel bedrog zie o.m. Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107; Cass., 8 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1977-78, 1189).

Bedrog is dus een opzettelijk verwekte dwaling. De dwaling van een partij ten gevolge van het bedrog van de wederpartij is echter niet alleen *qua* oorsprong, maar ook m.b.t. de gevolgen niet de dwaling bedoeld in artikel 1110 B.W. (Cass., 24 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1063; Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 107). Dit laatste houdt o.m. in dat een essentiële dwaling niet vereist is voor de vernietiging van een contract wegens bedrog (Cass., 24 mei 1974, reeds aangehaald) en dat de theorie van de onverschoonbare dwaling niet zonder meer toepasselijk is op het bedrog (zie Cass., 23 september 1977, reeds aangehaald; zie *infra*, nrs. 57 e.v.).

55. BEDROG - BEDRIEGLIJKE VERZWIJGING — Bedrog bestaat uit een psychologisch element, het inzicht de wederpartij te misleiden, en een materieel element, de gebruikte kunstgrepen. Of, met andere woorden, *kunstgrepen* door een partij bij het sluiten van een contract gebezigd leveren bedrog op, indien de *bedoeling* ervan was de andere partij ertoe te brengen de overeenkomst aan te gaan die deze zonder de kunstgrepen niet zou gesloten hebben of de overeenkomst *anders* te sluiten dan deze zonder de maneuvers zou gedaan hebben (vgl. Cass., 24 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1063).

De vraag of het materieel element een positief handelen vereist dan wel ook kan bestaan in een *verzwijging* heeft het Hof van Cassatie in beginsel bevestigend beantwoord. In een arrest van 28 april 1961 had het Hof reeds aangenomen dat de verzwijging die gepaard gaat met leugenachtige verklaringen, een kunstgreep kan uitmaken in de zin van artikel 1116 B.W. (Cass., 28 april 1961, *Pas.*, 1961, I, 925, noot R.H.; zie ook Bergen, 18 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 71, noot J.S.). In het arrest van 8 juni 1978 beslist het Hof nu dat het stilzwijgen van een partij bij

het sluiten van een overeenkomst in bepaalde omstandigheden bedrog kan zijn in de betekenis die daaraan in artikel 1116 B.W. wordt gehecht. Uit dit arrest blijkt ook dat de regel niet alleen geldt voor hoofdbedrog, maar ook voor tussenbedrog (Cass., 8 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1977-78, 1189; *R.C.J.B.*, 1979, 525, noot J.P. Masson; zie ook Cass. fr., 15 januari 1971, *Bull. civ.*, 1971, 25; Rb. Brussel, 28 december 1976, *Res et Jura Immobilia*, 1977, 275; *J.T.*, 1977, 190; *Pas.*, 1979, III, 62).

Door deze uitspraken zijn echter niet alle problemen opgelost, daar het Hof van Cassatie in het laatstgenoemde arrest duidelijk stelt dat de verzwijging *in bepaalde omstandigheden* bestempeld kan worden als een list, maar nalaat die omstandigheden te preciseren.

Wellicht biedt het onderscheid tussen *stilzwijgen* en *verzwijgen* hier een aanduiding. Stilzwijgen is gewoon niet spreken; men verschaft bepaalde informatie niet omdat men deze zelf niet kent of omdat men niet weet dat deze van belang is voor de wederpartij. Het is mogelijk dat betrokkene *behoorde* te weten dat bepaalde inlichtingen voor de oordeelsvorming van de wederpartij van wezenlijke betekenis waren. Dan kan zijn stilzwijgen een precontractuele fout opleveren, maar geen bedrog in de zin van artikel 1116 B.W. (vgl. noot J.S. onder Bergen, 18 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 71; zie ook Wilms, W., ,,Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek'', *R.W.*, 1980-81, 490 e.v.). Verzwijgen, daarentegen, is het *opzettelijk* niet zeggen van iets dat men behoort te zeggen, daar men weet dat de betrokken informatie van belang is voor de beslissing van de wederpartij.

Men gaat dus m.i. te ver, indien men stelt dat ,,on se tait — douleusement — lorsqu'on sait ou qu'on *doit savoir* que si on parlait, le contrat ne serait pas conclu'' (De Page, I, nº 50, voetnoot 4; Pol. Namen, 24 april 1974, *Jur. Liège*, 1973-74, 302; *T. Vred.*, 1974, 257; Pol. Namen, 7 maart 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9665). Inderdaad, door het behoren te weten met het weten gelijk te stellen, laat men de eis van het *opzet* vallen en past men de door het Hof van Cassatie afgewezen rechtsspreuk *Culpa lata dolo aequivaletur* toe (Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 113).

Volgens het Hof van Beroep te Bergen dient voor de beoordeling van de omstandigheden waarin een verzwijging bedrog kan opleveren, rekening te worden gehouden met de bijzondere plichten van loyauteit, eerlijkheid en nauwgezetheid waartoe de verzwijgende partij uit hoofde van haar beroep — *in casu* een wisselagent — gehouden is (Bergen, 18 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 71, noot J.S.).

56. LEUGENACHTIGE VERKLARINGEN EN BEDRIEGLIJKE VERZWIJGINGEN – TOEPASSINGEN — Kan een arbeidsovereenkomst wegens bedrog vernietigd worden, wanneer de werknemer bij de contractssluiting door de werkgever uitdrukkelijk gevraagde gegevens verzwegen heeft?

Het Arbeidshof te Brussel besliste dat de vrouw die bij haar aanwerving haar zwangerschap verbergt en verzwijgt, zich schuldig maakt aan bedrog. Wanneer

vaststaat dat de werkgever haar niet in dienst zou hebben genomen, indien hij haar werkelijke lichaamstoestand had gekend, is vernietiging van het contract gerechtvaardigd, volgens het hof (Arbh. Brussel, 17 mei 1974, *J.T.*, 1974, 532; vgl. Arbh. Brussel, 3 juni 1971, *J.T.T.*, 1972, 276; Arbh. Brussel, 22 oktober 1973, *Jura Falc.*, 1981-82, 281; Arbrb. Doornik, 16 juni 1972, *Jura Falc.*, 1981-82, 292; Arbrb. Gent, 18 mei 1981, *J.T.T.*, 1981, 300). Voorheen was reeds beslist geworden dat de bewering gehuwd te zijn, daar waar in feite een concubinaatsrelatie aanwezig was, bedrog kan opleveren (Wrr. Brussel, 21 januari 1947, *T.S.R.*, 1948, 207). In verband met deze uitspraken kan de vraag worden gesteld of het psychologisch element van het bedrog hier steeds aanwezig was: had betrokkene de bedoeling de wederpartij te misleiden of beoogde zij enkel de bescherming van haar recht op privacy?

Anderzijds oordeelde het Arbeidshof te Antwerpen dat de verzwijging door een werknemer bij zijn indiensttreding van het feit dat hij universiteitsstudies heeft verricht en dat hij ongeveer een jaar bij een andere onderneming tewerkgesteld is geweest — tewerkstelling die op een normale wijze beëindigd werd —, geen grond tot vernietiging van de arbeidsovereenkomst oplevert, daar niet bewezen werd dat de andere partij, indien zij hiervan op de hoogte was geweest, niet of tegen minder bezwarende voorwaarden zou hebben gecontracteerd (Arbh. Antwerpen, 4 juni 1981, *J.T.T.*, 1982, 295; vgl. Arbh. Antwerpen, 14 januari 1981, *Jura Falc.*, 1981-82, 282).

De Arbeidsrechtbank te Kortrijk besliste dat het verzwijgen bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschiktheid van 30% hoofdbedrog kan opleveren die de toepassing van artikel 1116 B.W. rechtvaardigt (Arbrb. Kortrijk, 13 oktober 1981, *Jura Falc.*, 1981-82, 294; zie ook Werkrr. Brussel, 27 juni 1963, *T.S.R.*, 1963, 320).

Bij deze en soortgelijke vragen — b.v. i.v.m. godsdienstige, politieke of syndikale affiliatie — rijst het probleem of hierbij geen inbreuk wordt gepleegd op fundamentele rechten en vrijheden die door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens worden beschermd. Zo kan m.i. moeilijk ontkend worden dat in sommige van de hierboven genoemde rechterlijke beslissingen inbreuk wordt gepleegd op het door artikel 8 E.V.R.M. geregelde recht op bescherming van het privé-leven (wat zwangerschap betreft, zie ook art. 36 Arbeidsovereenkomstenwet). Wellicht biedt een wetgevend initiatief de meeste garanties voor een snelle en politiek bevredigende regeling van deze problematiek.

57. ACHTERHAALBAAR BEDROG — Hierboven werd uiteengezet dat een onverschoonbare dwaling, d.i. een dwaling die geen redelijk mens zou begaan, geen wilsgebrek is in de zin van de artikelen 1109 en 1110 B.W. (*supra*, nr. 46). Geldt hetzelfde ook voor het bedrog? M.a.w., verliest de bedrogene het recht op vernietiging van de overeenkomst, indien hij — als redelijk mens — het bedrog had moeten achterhalen?

In het vorige rechtspraakoverzicht werd het standpunt verdedigd dat het Hof van Cassatie in het arrest van 6 mei 1971 deze vraag blijkbaar bevestigend had beantwoord (*T.P.R.*, 1975, 474; Cass., 6 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 881;

R.C.J.B., 1972, 244, noot J. Declerck-Goldfracht). Het ging hier om de aankoop van een aan een kalkmijn grenzend domein door een stroman van de eigenaar van het kalkbedrijf. De koper had aan de verkoper verzwegen dat de ondergrond van zijn domein een rijke kalklaag bevatte. Het Hof van Beroep te Luik wees de eis tot vernietiging van de koop wegens bedrog af, daar de koper, die het advies van experts had ingewonnen, wel op de hoogte moest geweest zijn van de aanwezigheid van de kalklaag, ,,tenzij in geval van nalatigheid of onbekwaamheid''. De voorziening in verbreking werd door het Hof van Cassatie afgewezen, daar het Hof van Beroep had vastgesteld dat de koper niet misleid was geworden. Dit betekent m.i. dat, naar het oordeel van het Hof van Beroep te Luik en het Hof van Cassatie, bedrog geen wilsgebrek is in de zin van artikel 1116 B.W., indien de misleiding van de wederpartij te wijten is aan diens eigen nalatigheid, m.a.w. indien de door het bedrog veroorzaakte dwaling door geen redelijk mens zou zijn begaan (vgl. Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 164; zie ook Cass., 8 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1189).

In het voorgaande overzicht werd deze rechtspraak bekritiseerd, daar op deze wijze wél de nalatigheid van de bedrogene wordt gesanctioneerd, maar de opzettelijke fout van de partij die het bedrog heeft gepleegd, onbeteugeld blijft (*T.P.R.*, 1975, 474; in dezelfde zin Declerck-Goldfracht, J., *o.c.*, 275 e.v.; zie ook conclusies Adv. Gen. Krings voor Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 112).

Uit recente rechtspraak van het Hof van Cassatie is gebleken dat ofwel bovengenoemde interpretatie van het arrest van 6 mei 1971 onjuist is, ofwel dat het Hof op zijn vroegere zienswijze is teruggekomen.

58. ACHTERHAALBAAR BEDROG (vervolg) — Op 23 oktober 1957 werd een contract gesloten waarbij de groep de Hemptinne een participatie nam in de kort voordien door Lodewikus, Noordermeer e.a. opgerichte N.V. Gentse Dok- en Scheepsbouwwerven. Luidens deze overeenkomst moest de groep de Hemptinne o.m. Lodewikus vrijwaren tegen alle vorderingen vanwege derden ter zake de volstorting van zijn inbrengen, naarmate en in de mate van de afstand van de aandelen door Lodewikus. De vennootschap werd nog geen jaar later failliet verklaard. De groep de Hemptinne stelde kort daarop een eis tot vernietiging in van bovengenoemde overeenkomst wegens bedrog. Bovendien werd schadevergoeding gevorderd van Lodewikus en cs. Het bedrog dat aan verweerders werd verweten had betrekking op de overwaardering van het actief van de vennootschap ten belope van een bedrag van 5.000.000 BF en de onderwaardering van het passief voor een bedrag van meer dan 1.600.000 BF. De Burgerlijke Rechtbank te Gent willigde deze vordering gedeeltelijk in op grond van tussenbedrog. Ook het Hof van Beroep te Gent kende aan de groep de Hemptinne schadevergoeding toe wegens incidenteel bedrog, alhoewel het arrest vaststelde dat de Hemptinne en cs. ,,op onverschoonbare wijze nalatig zijn geweest en risico's hebben genomen''.

De voorziening in cassatie tegen het arrest van het Hof van Beroep te Gent werd verworpen. Wat de onverschoonbaarheid betreft van de door de bedrogenen

begane vergissing besliste het Hof van Cassatie: ,,Overwegende dat, wanneer, blijkens de soevereine vaststellingen van de rechter, het bedrog tot de toestemming heeft geleid, de onvoorzichtigheid of zelfs de grove en onverschoonbare nalatigheid van het slachtoffer van het bedrog door de medecontractant niet kan worden ingeroepen; dat bedoelde onvoorzichtigheid of nalatigheid niet tot gevolg heeft dat het bedrog op zijn beurt verschoond zou worden en geen aanleiding zou kunnen geven tot vernietiging van de overeenkomst of tot schadevergoeding'' (Cass., 23 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, (107) 117 en de concl. Adv. Gen. Krings i.h.b. 113-114; *R.C.J.B.*, 980, 32, noot J. Matthijs; zie ook Cass., 6 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 168; Cass., 29 mei 1980, *J.T.*, 1980, 653).

Uit dit arrest blijkt derhalve dat het Hof van Cassatie in duidelijke bewoordingen de stelling afwijst dat bedrog geen wilsgebrek is in de zin van artikel 1116 B.W., indien de door het bedrog in hoofde van de wederpartij verwekte dwaling door geen redelijk mens zou zijn begaan. De theorie van de onverschoonbare dwaling geldt dus niet voor het bedrog als wilsgebrek. De juridische grondslag van deze regel dient — als we ons mogen steunen op de conclusie van Advocaat-Generaal Krings — te worden gezocht in het adagium *Fraus omnia corrumpit* (*o.c.*, p. 112-113; zie ook Declerck-Goldfracht, J., *o.c.*, 275-276).

Het is verheugend dat het Hof van Cassatie duidelijk de stelling heeft afgewezen — dit in tegenstelling met het arrest van 6 mei 1971 — dat de nalatige bedrogene de gevolgen van het bedrog moet dragen, terwijl de bedrieger al de vruchten van zijn bedrog mag plukken. Maar daarmee is tegelijkertijd de kritiek aangegeven waaraan dit nieuwe arrest blootstaat: waarom wordt de fout van de partij die het bedrog heeft gepleegd wél beteugeld, maar ontbreekt elke sanctionering van de — mogelijkerwijze zelfs zware — fout van het slachtoffer van het bedrog? Waarom valt men van het ene uiterste in het andere? Dit klemt des te meer, indien men ervan uitgaat dat incidenteel bedrog — en daar ging het hier toch om — slechts beteugeld kan worden op grond van artikel 1382 B.W. en de toepassing van de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid in geval van fout van dader en slachtoffer *normaliter* leidt tot gedeelde aansprakelijkheid.

De eenzijdigheid van de in het besproken arrest toegepaste regel brengt mee dat getwijfeld mag worden aan de *rechtvaardigheid* van de gegeven oplossing. Maar er is meer. Ook de *rechtszekerheid* wordt er door in het gedrang gebracht. In een noot onder dit arrest schrijft J. Matthijs terecht het volgende: ,,... il faut maintenir une indispensable sécurité dans les relations juridiques. Chaque contractant est tenu d'apporter à la conduite de ses affaires un minimum de discernement et d'attention, et de veiller avec soin à la défense de ses intérêts. Sans doute, faut-il apprécier la réceptivité de la victime du dol *pro subiecta materia*, avoir égard aux circonstances de chaque espèce... Mais il ne faut pas aller jusqu'à encourager l'insouciance et la légèreté de certains contractants, leur ignorance impardonnable ou leur négligence grossière, autrement la stabilité des conventions dépendrait souvent d'une attente réalisée ou de déceptions éprouvées par la suite'' (Matthijs, J., ,,Des effets de la négligence ou de l'imprudence de la victime du dol'', *R.C.J.B.*, 1980, 45-46; wat de toepassing van de vertrouwensleer hier betreft vgl. men Wilms, W., ,,De botsing der systemen in het Belgische verbin-

tenissenrecht. Naar een structurele analyse voor de 'goede trouw'", *Jura Falc.*, 1980-81, 16 en Matthijs, J., *l.c.*, 46-47).

Slechts de theorie van de *precontractuele aansprakelijkheid* biedt m.i. een evenwichtige oplossing voor het vraagstuk (*cf.* David-Constant, S., *o.c., J.T.*, 1977, 652). Zowel de fout van de partij die het bedrog gepleegd heeft moet gesanctioneerd worden, als de eventuele nalatigheid of onvoorzichtigheid van het slachtoffer van het bedrog. Terecht merkt A. Van Oevelen op dat een afweging van de wederzijdse precontractuele fouten zich hier opdringt. En deze auteur geeft duidelijk aan hoe dat kan gebeuren: ,,Aangezien de rechter inzake onrechtmatige daad de meest aangepaste vorm van schadeloosstelling kan kiezen, kan hij, naargelang het geval, hetzij de overeenkomst in stand houden en alleen schadevergoeding toekennen, hetzij de overeenkomst nietig verklaren en geen of slechts gedeeltelijke schadevergoeding toewijzen" (*o.c., R.W.*, 1979-80, 166).

59. TOELAATBAAR BEDROG – DOLUS BONUS EN DOLUS MALUS — In zijn reeds genoemde conclusie voor het arrest van het Hof van Cassatie van 23 september 1977 wijst Advocaat Generaal Krings op het onderscheid tussen *dolus bonus* en *dolus malus*. De *dolus bonus* is in feite geen bedrog. Het zijn geen listen, geen eigenlijke leugens of zeer lichte leugens die in de handel normaal worden geduld, en vooral, er is geen bedoeling om de tegenpartij te bedriegen. Juist omdat *dolus bonus* geen bedrog is, is het toelaatbaar en mag het slachtoffer zijn eigen nalatigheid, lichtzinnigheid of lichtgelovigheid niet inroepen. Doch zodra men te doen heeft met *dolus malus,* worden listen gebruikt met de bedoeling de tegenpartij om de tuin te leiden, en kan dit leiden tot vernietiging van het contract en/of schadevergoeding (*l.c.*, 111, 112 en 113; zie ook Kh. Brussel, 29 juni 1979, *Pas.*, 1979, III, 46).

Uit het voorgaande blijkt reeds dat het begrip *dolus bonus* niet erg duidelijk is. Als geen listen gebruikt worden en de bedoeling om de wederpartij te bedriegen ontbreekt, waarom spreekt men dan nog van *dolus?* En wat wordt dan bedoeld met ,,geen eigenlijke leugens of zeer lichte leugens"?

In werkelijkheid gaat het om leugens en overdrijvingen die in het handelsverkeer zo *gebruikelijk* geworden zijn, dat men ze zonder meer toelaatbaar acht. Het criterium dat de leugens zo grof zijn, dat eenieder het leugenachtig karakter ervan zonder moeite kan vaststellen, klopt niet helemaal, daar wij allen regelmatig verstrikt geraken in de geraffineerde leugentjes van de handelsreclame.

Het toelaatbaar karakter van de *dolus bonus* betekent m.i. dat degene die er zich aan schuldig maakt, *geen fout* begaat in de zin van artikel 1382 B.W.

60. HOOFDBEDROG – TOEPASSINGSGEVALLEN — ,,Dans le but de donner un aspect plus sain à une voiture portant les traces de son âge" liet een handelaar in tweedehands auto's de ernstige roestplekken van een Renault 5 TL overschilderen. De Rechtbank van Koophandel te Brussel liet zich echter niet misleiden en vernietigde de koop van deze wagen wegens hoofdbedrog (Kh. Brussel, 29 juni

1979, *Pas.*, 1979, III, 46; *B.R.H.*, 1979, 592; zie ook Dermine, L., ,,La garantie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion'', *J.T.*, 1975, 150-151).

Vergoedingskwitanties worden regelmatig wegens bedrog betwist. Blijkbaar niet zonder reden, als men sommige gevallen uit de rechtspraak onderzoekt. Zo werden verschillende vergoedingskwijtingen wegens bedrieglijke manœuvers vernietigd, daar de verzekeringsagent geheel onaangekondigd en in het gezelschap van de verzekeringsgeneesheer, een bezoek had gebracht aan de benadeelde en deze — door ziekte of verwondingen verzwakt, onvoldoende op de hoogte van zijn rechten en/of in een staat van behoeftigheid verkerend — zich tot het ondertekenen van het betrokken stuk had laten verleiden (zie b.v. Brussel, 18 oktober 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9667; Corr. Charleroi, 14 juli 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9664; Pol. Namen, 24 april 1974, *T. Vred.*, 1974, 257, *Jur. Liège*, 1973-74, 302; Pol. Namen, 7 maart 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9665, *Jur. Liège*, 1974-75, 238; Glansdorff, F., ,,La transaction et les vices du consentement'', *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9667 en de verwijzingen aldaar; Dirix, E., *l.c.*, *R.W.*, 1981-82, 199-200).

61. BEDROG UITGAANDE VAN EEN DERDE — Krachtens artikel 1116 B.W. komt alleen het bedrog uitgaande van de mede-contractant in aanmerking voor de vernietiging van het contract. Het door een derde gepleegde bedrog rechtvaardigt deze sanctie niet, tenzij de medecontractant daaraan medeplichtig is geweest of de derde als vertegenwoordiger van de wederpartij is opgetreden. De juridische grondslag van de hoofdregel ligt hierin dat er geen reden bestaat om de belangen van de onschuldige medecontractant op te offeren aan die van de bedrogene. Deze laatste wordt immers voldoende beschermd door de vordering waarover hij op grond van artikel 1382 B.W. tegen de derde beschikt. Bovendien moet men er rekening mee houden dat de overeenkomst wél vernietigd kan worden, wanneer de bedrogene het slachtoffer is geworden van een essentiële dwaling. Bij hoofdbedrog zal dit vaak het geval zijn. Deze regeling is niet zo onredelijk als wel wordt beweerd (zie De Page, I, nr. 52).

Toch dient te worden vastgesteld dat de regeling in de verzekeringssector tot voor kritiek vatbare situaties kan leiden. Immers, zowel verzekeringsmakelaars als verzekeringsagenten hebben geen vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het door deze tussenpersonen gepleegde bedrog — en dat blijkt wel eens voor te komen — zal in vele gevallen dus niet tot vernietiging van het verzekeringscontract leiden. Reeds vele malen is deze situatie bekritiseerd geworden, maar de verzekeringsmaatschappijen zijn niet geneigd het statuut van de verzekeringsagenten op dit punt aan te passen (zie Vandeputte, R., *Inleiding tot het verzekeringsrecht*, Antwerpen, 1978, 183 e.v.).

In de gegeven omstandigheden is het te begrijpen dat sommige rechters het door verzekeringsagenten gepleegde bedrog toch aan de verzekeringsmaatschappij toerekenen en tot vernietiging van het verzekeringscontract besluiten (Vred. Grâce-Hologne, 17 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 271; zie ook Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 163; De Page, I, 68-69).

62. GEOORLOOFDE EN ONGEOORLOOFDE DWANG — Geweld rechtvaardigt als wilsgebrek de vernietiging van het contract wanneer volgende voorwaarden vervuld zijn:

1) het kwaad waarmee gedreigd is moet van *fysische, materiële* of *morele* aard zijn;

2) het geweld moet *determinerend* geweest zijn bij het geven van de toestemming; indien het geweld de medecontractant er slechts toe gebracht heeft minder gunstige contractsvoorwaarden te aanvaarden, hebben we te doen met *incidenteel geweld;*

3) het kwaad waarmee gedreigd is, moet *nakend* zijn zodat het een onmiddellijke vrees doet ontstaan;

4) het kwaad waarmee gedreigd is, moet *aanzienlijk* zijn, d.w.z. indruk maken op een redelijk persoon, zij het dat rekening moet worden gehouden met leeftijd, geslacht en stand van het slachtoffer;

5) het geweld moet *onrechtmatig* zijn, d.w.z. dat het niet voortvloeit uit de normale uitoefening van een recht of uit normale sociale, economische of andere gezagsverhoudingen.

Ook tijdens de door dit overzicht bestreken tijdsperiode heeft de laatste toepassingsvoorwaarde de meeste betwistingen uitgelokt, m.n. in de arbeidssector. Het ging meestal om gevallen waarin een werkgever zijn werknemer bedreigde met onmiddellijk ontslag wegens dringende redenen of zelfs met strafrechtelijke vervolgingen, om hem er toe te brengen zelf ontslag te nemen zonder opzegvergoeding of met een kleine opzegvergoeding.

Een aantal rechtscolleges hebben zonder meer beslist dat indien de werknemer in die omstandigheden ,,vrijwillig'' ontslag neemt, dit ontslag nietig is omdat het afgedwongen werd onder morele dwang (Arbh. Antwerpen, 15 maart 1976, *J.T.T.*, 1977, 330; Arbh. Brussel, 19 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 381; Arbrb. Brussel, 28 september 1972, *T.S.R.*, 1973, 36; zie ook Wrr. Ber. Brugge, 12 december 1969, *T.S.R.*, 1970, 82).

Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze terecht afgewezen in het arrest van 7 november 1977. Overwegende — aldus het Hof — dat morele dwang de geldigheid van de wil slechts aantast in zoverre hij onrechtvaardig (lees: onrechtmatig? R.K.) of ongeoorloofd is; dat de enkele omstandigheid dat een werknemer ontslag neemt, omdat de werkgever dreigt hem zoniet ontslag te geven wegens een dringende reden en te dien einde een rechtsvordering tegen hem in te stellen, niet als zodanig geweld kan opleveren in de zin van de artikelen 1109 en volgende van het Burgerlijk Wetboek'' (*Arr. Cass.*, 1978, 289; zie in dezelfde zin Arbh. Luik, 11 december 1975, *R.W.*, 1977-78, 522; Arbrb. Verviers, 15 november 1978, *T.S.R.*, 1979, 359; *J.T.T.*, 1979, 301; vgl. Arbrb. Charleroi, 21 juni 1976, *J.T.T.*, 1977, noot T. Claeys en H. Scheyvaerts; voor een bespreking van deze rechtspraak raadplege men ook Van Oevelen, A. en Dirix E., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2292-2294).

Deze uitspraak is gerechtvaardigd, daar dreigen met op zichzelf geoorloofde rechtsmiddelen of geoorloofde rechtsuitoefening om voordelen te bekomen die niet onwettelijk zijn, als dusdanig geen geweld oplevert in de zin van de artikelen 1109 e.v. B.W.

63. GEOORLOOFDE EN ONGEOORLOOFDE DWANG (vervolg) — Anders is het echter indien *misbruik* gemaakt wordt van op zichzelf geoorloofde rechtsmiddelen of gezagsverhoudingen. Rechtsmisbruik moet ook hier beteugeld worden. Dit is b.v. het geval wanneer men een economische machtspositie of een rechtsmiddel aanwendt om abnormale voordelen af te dwingen. De gebruikte drukkingsmiddelen zijn dan ongeoorloofd (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 476 e.v.).

Een interessante toepassing van deze uitzonderingsregel werd gemaakt door het Hof van Beroep te Brussel in het arrest van 7 februari 1980. Een bankbediende had geld verduisterd van cliënten van de bank waar hij was tewerkgesteld. Het misdrijf werd ontdekt en de bediende en zijn echtgenote werden bij de werkgever ontboden. Samen ondertekenden zij een overeenkomst waarin zij zich hoofdelijk jegens de bank verbonden tot terugbetaling van de verduisterde gelden. Dit contract werd pas gesloten nadat de werkgever gedreigd had tegen de man een klacht bij het Parket in te dienen. Wanneer de vrouw enkele jaren later in een echtscheidingsprocedure verwikkeld raakt, besluit zij de vernietiging van het met de bank gesloten contract wegens geweld te vorderen. Het Hof van Beroep willigde deze eis in, daar de bedreiging klacht neer te leggen tegen de bankbediende als drukkingsmiddel tegen die man wél, maar tegen zijn vrouw niet rechtmatig was. Immers, op deze wijze werd op haar druk uitgeoefend om een abnormaal voordeel te bekomen d.w.z. een voordeel waarop de bank normaliter geen aanspraak kon maken, daar geenszins bewezen was dat de vrouw aan de strafbare handelingen van haar echtgenoot had deelgenomen of er voordeel uit had gehaald (Brussel, 7 februari 1980, *Pas.*, 1980, II, 55; *J.T.*, 1980, 282; zie ook Dirix, E. van Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2392-2393).

4° *Benadeling*

64. BEGRIP — Benadeling veronderstelt dat de *economische waarde* van de door de partijen aangegane wederkerige verbintenissen ongelijk is (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 74 en de aldaar aangehaalde bronnen). Deze omschrijving verklaart waarom van benadeling slechts sprake kan zijn bij *contracten ten bezwarende titel;* contracten ten kosteloze titel bevatten immers geen wederkerige prestaties. Anderzijds is de benadeling bij *kanscontracten* in principe uitgesloten, vermits hier de kans precies de plaats inneemt van de effectieve gelijkwaardigheid van de wederkerige prestaties (zie Van Damme, J., *o.c.*, 142).

Terecht besliste de Burgerlijke Rechtbank te Luik dat een bij een paardenkoers afgesloten weddenschap niet wegens benadeling vernietigd kan worden, daar de kans op winst of verlies een wezenskenmerk van zo'n overeenkomst vormt. Er is ook geen sprake van verrijking zonder oorzaak, daar de juridische rechtvaardiging van de vermogensverschuiving in het kanscontract gelegen is (Rb. Luik, *Jur. Liège*, 1975-76, 20).

Volgt uit het voorgaande ook dat vernietiging van een verkoop van een onroerend goed wegens benadeling van de verkoper voor meer dan zeven twaalfden (*cf.* art. 1674 B.W.) uitgesloten is, wanneer de prijs in een lijfrente bestaat? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend, tenzij de overlevingskansen van de persoon op wiens hoofd de lijfrente stond op het ogenblik van de contractssluiting, zo gering waren dat de verkoper zelfs in het meest gunstige geval voor meer dan zeven twaalfden benadeeld zou zijn (zie Brussel, 27 januari 1971, *Pas.*, 1971, II, 128, *Rev. Not. B.*, 1974, 229; Brussel, 25 januari 1978, *J.T.*, 1978, 384; Rb. Dendermonde, 16 februari 1972, *R.W.*, 1973-74, 1331; zie ook De Page, IV, nr. 342; Simont, L., en De Gavre, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1976, 380-381).

65. BENADELING – GROND VOOR VERNIETIGING VAN HET CONTRACT — Krachtens artikel 1118 B.W. is benadeling slechts een grond voor vernietiging van het contract wat betreft bepaalde overeenkomsten (b.v. benadeling van de verkoper van een onroerend goed voor meer dan zeven twaalfden, art. 1674 e.v. B.W.) of bepaalde personen (b.v. niet-ontvoogde minderjarigen, art. 1305 B.W.). In beginsel is benadeling — hoe groot ook — dus geen grond voor vernietiging van een contract, ook niet wegens inbreuk op de openbare orde (zie Cass., 12 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 423).

Wanneer een niet-ontvoogde minderjarige alleen een rechtshandeling stelt die, om rechtsgeldig te zijn, het optreden van zijn wettelijke vertegenwoordiger behoeft, zonder dat verdere tussenkomsten — b.v. van de familieraad — vereist zijn, dan is deze handeling slechts vatbaar voor vernietiging in geval van benadeling. Dezelfde oplossing geldt voor de rechtshandeling die de ontvoogde minderjarige stelt zonder de daarvoor noodzakelijke — en voldoende — machtiging van zijn curator te hebben ontvangen (art. 1305 B.W.; Vandeputte, R., *o.c.*, 75-76; De Page, I, nr. 22 en 27). Onder benadeling wordt hier niet alleen verstaan de wanverhouding tussen de bedongen prestaties (intrinsieke benadeling), maar ook de onevenredigheid tussen de aangegane verbintenis waarvoor een normale tegenprestatie werd beloofd, en de algemene vermogenstoestand van de minderjarige (extrinsieke of functionele benadeling) (Rb. Aarlen, 27 mei 1979, *Jur. Liège*, 1979-80, 133; De Page, I, nr. 23).

Uit het voorgaande volgt dat verbreking wegens benadeling niet mogelijk is, wanneer de minderjarige handelingsbekwaam was om de betrokken rechtshandeling te stellen. Derhalve kan een door een niet-ontvoogde minderjarige rechtsgeldig afgesloten arbeidsovereenkomst — en dat impliceert de uitdrukkelijke of stilzwijgende machtiging van zijn ouders of voogd (art. 43 Arbeidsovereenkomstenwet) — niet wegens benadeling worden verbroken (Dirix, E., en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2393; *contra:* Arbrb. Verviers, 14 februari 1979, *J.T.T.*, 1979, 337).

66. THEORIE VAN DE GEKWALIFICEERDE BENADELING — Van gekwalificeerde benadeling spreekt men, wanneer de duidelijke en gewichtige wanverhouding die tussen de wederzijdse prestaties bestaat, haar oorsprong vindt in de uitbuiting door de ene contractspartij van de ondergeschikte positie — zwakte, gebrek aan

kennis of ervaring, lichtzinnigheid, enz. — van de wederpartij (zie De Bersaques, A., ,,La lésion qualifiée et sa sanction'', *R.C.J.B.*, 1977, 10-37).

Volgens een belangrijk gedeelte van de rechtsleer en rechtspraak heeft een overeenkomst die in zo'n omstandigheden is totstandgekomen een ongeoorloofde oorzaak en is derhalve absoluut nietig (art. 1131 en 1133 B.W.; zie De Bersaques, A., *l.c.*, 23-27 en de aldaar aangehaalde rechtsbronnen). In het Cassatiearrest van 21 september 1961 werd deze theorie impliciet goedgekeurd, althans niet afgewezen (*Pas.*, 1962, I, 92).

In het arrest van 25 november 1977 stelt het Hof van Cassatie ,,dat het louter bestaan van een wanverhouding tussen de prestaties van de in een overeenkomst betrokken partijen ,,in se'' niet impliceert dat de oorzaak van die overeenkomst bij een of beide partijen ongeoorloofd is'' (*Arr. Cass.*, 1978, 343). Terecht leggen E. Dirix en A. Van Oevelen er de nadruk op dat het Hof door deze zorgvuldig gekozen bewoordingen blijkbaar de mogelijkheid heeft willen openlaten voor een sanctionering van de theorie van de gekwalificeerde benadeling op grond van de artikelen 1131 en 1133 B.W. (*o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 168).

In het vorige overzicht (*T.P.R.*, 1975, 479-480) werd er reeds op gewezen dat een belangrijk deel van de rechtsleer en rechtspraak de ongeoorloofde oorzaak een minder gelukkig gekozen grondslag vindt voor de theorie van de gekwalificeerde benadeling. Wat hier beteugeld moet worden zijn veeleer de aangewende middelen — het misbruik maken van de ondergeschikte positie van de wederpartij —, dan het door de uitbuitende partij beoogde doel, m.n. de verwezenlijking van een gunstige transactie. Daarbij komt nog dat het hier om een wilsgebrek of een fout gaat en niet zozeer om een inbreuk op de openbare orde of de goede zeden. Absolute nietigheid is dan ook niet de meest aangepaste sanctie om het onrechtmatig gedrag van de uitbuitende partij te sanctioneren. In afwachting van een wetswijziging is een sanctionering van de gekwalificeerde benadeling op grond van de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid — artikel 1382 B.W. — dan ook meer aangewezen (zie Kh. Brussel, 20 februari 1970, *R.C.J.B.*, 1977, 5, noot A. De Bersaques; zie ook Van Oevelen, A., en Dirix, E., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2294-2296; Van Gerven, W., ,,Variaties op het thema misbruik'', *R.W.*, 1979-80, 2485-2486).

Er zijn echter ook nog heel wat rechtscolleges die de voorkeur geven aan een beteugeling op grond van de artikelen 6, 1131 en 1133 B.W. Zo verklaarde de Rechtbank van Koophandel te Brussel wegens gekwalificeerde benadeling de overeenkomst absoluut nietig waarbij een garagehouder ten overstaan van een petroleummaatschappij de verbintenis had aangegaan gedurende 20 jaar 17.000 liter benzine per maand aan te kopen en bij gebreke een vergoeding van 0,25 BF per liter te betalen, met als tegenprestatie de ter beschikkingstelling van pompen en de toekenning van een korting van 0,16 BF per liter (Kh. Brussel, 16 april 1974, *B.R.H.*, 1974, 229; zie ook Antwerpen, 28 juni 1978, *B.R.H.*, 1979, 529; Kh. Brussel, 24 juli 1975, *B.R.H.*, 1976, 220; noot Swennen, L. onder Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1954; *supra*, nr. 16 *in fine*).

B. Voorwerp

67. VOORWERP MOET IN DE HANDEL ZIJN — Artikel 1128 B.W. bepaalt dat alleen zaken die in de handel zijn het voorwerp kunnen uitmaken van verbintenissen. Goederen die tot het openbaar domein behoren zijn niet in de handel. Zij kunnen niet in huur gegeven worden en kunnen dus ook niet het voorwerp van een handelshuur zijn (Cass., 4 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 486; zie Vandeputte, R., *o.c.*, 80 en de verwijzingen aldaar).

Moet worden nietig verklaard, omwille van het feit dat de overeenkomst slaat op een voorwerp buiten de handel, de verkoop van stieren, voor menselijke consumptie bestemd en behandeld met hormonen (Kh. Luik, 22 oktober 1974, *B.R.H.*, 1975, 540, noot R. Debacker).

68. VOORWERP MOET BEPAALD OF BEPAALBAAR ZIJN — Naar luid van artikel 1129 B.W. moet de verbintenis een zaak tot voorwerp hebben, die minstens ten aanzien van de soort bepaald is. De draagwijdte van deze bepaling is dat de partijen moeten weten waartoe zij zich verbinden. M.a.w. het voorwerp van het contract en van de verbintenissen moet bepaald of bepaalbaar zijn.

Bij het ontbreken van een akkoord tussen partijen omtrent de vaststelling van de door de werkgever aan de bediende te betalen *bezoldiging* kan dus tussen hen geen geldige arbeidsovereenkomst bestaan (Cass., 2 oktober 1968, *Arr. Cass.*, 1969, 132; Arbrb. Verviers, 9 februari 1978, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10072, noot N. Simar).

Hierboven werd reeds de vraag behandeld of de in een onderwijsinrichting tewerkgestelde *kloosterling* een arbeidsovereenkomst heeft gesloten (*supra*, nr. 17). In dit verband dient nog vermeld te worden dat het Hof van Cassatie in het arrest van 11 september 1974 o.m. oordeelde dat ,,voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet alleen vereist is dat arbeid wordt verricht ingevolge een uit vrije wil aangegane verbintenis, maar dat die verbintenis het verrichten van *bepaalde arbeid* tot voorwerp moet hebben''. (*Arr. Cass.*, 1975, 38; vgl. Jamoulle, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 295; R. Verstegen, *o.c.*, *T.S.R.*, 1978, 498). In de verdere discussie over dit probleem is dit aspekt niet vaak meer aan de orde gekomen, daar de feitenrechters de betrokken arbeid nauwkeurig omschreven (zie b.v. Gent, 18 juni 1975, aangehaald door Verstegen, R., *o.c.*, *T.S.R.*, 1978, 499).

Is het voorwerp van een verbintenis voldoende bepaalbaar wanneer partijen overeenkomen voor de precisering van de prestatie een *derde persoon* aan te stellen of te zullen aanstellen? Wanneer de partijen een wel bepaalde derde in het contract aanwijzen, luidt het antwoord zonder meer bevestigend. Wanneer de partijen echter overeenkomen dat de prijs b.v. bepaald moet worden door ,,een deskundige'', is het Hof van Cassatie van oordeel dat het contract aanwijzingen moet bevatten nopens de modaliteiten van de prijsberekening (Cass., 5 juni 1953, *Arr. Cass.*, 1973, 83; *cf.* art. 1592 B.W.). Het Hof van Beroep te Gent besliste in dit verband dat de verbintenis tot het verkopen op termijn tegen een prijs die door een — zo nodig door de Vrederechter te Dendermonde aan te duiden — des-

kundige zal worden bepaald, ter zake van onroerende goederen niet nietig is wegens het ontbreken van een bepaalde of bepaalbare prijs, ook al zijn in de overeenkomst geen grondslagen voor de schatting opgegeven. Immers, onroerende goederen hebben een marktwaarde, die op elk ogenblik op grond van objectieve en algemeen gebruikelijke grondslagen bij benadering kan worden vastgesteld (Gent, 25 april 1974, *R.W.*, 1974-75, 426; zie ook Rb. Dendermonde, 17 januari 1973, *R.W.*, 1973-74, 387; Simont, L. en De Gavre, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 369-370).

69. VOORWERP MOET BEPAALD OF BEPAALBAAR ZIJN - PARTIJBESLISSING — Onder partijbeslissing verstaat men de beslissing van een partij aan welke daartoe door een meerzijdige rechtshandeling (overeenkomst of statuten) de bevoegdheid is verleend om de inhoud van de rechten en plichten van de andere partij te bepalen of te wijzigen (Ronse, J., ,,Marginale toetsing in het privaatrecht'', *T.P.R.*, 1977, 212; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 481; zie ook Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 455-457). De in uitvoering van een overeenkomst genomen partijbeslissing kan door de rechter getoetst worden op grond van de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden ten uitvoer gelegd (art. 1134, lid 3 B.W.).

Vroeger kwam het vaak voor dat in arbeidsovereenkomsten aan de werkgever de bevoegdheid werd verleend om de arbeidsvoorwaarden in het algemeen of bepaalde arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Een typisch voorbeeld hiervan waren de clausules in overeenkomsten met handelsagenten waarin de werkgever zich het recht voorbehield de toegewezen sector te wijzigen. In beginsel werden deze clausules geldig verklaard (zie Cass., 10 februari 1971, *T.S.R.*, 1971, 14; Cass., 12 december 1973, *R.W.*, 1973-74, 2255; Arbh. Brussel, 7 februari 1973, *T.S.R.*, 1973, 179; Arbh. Luik, 25 augustus 1973, *J.T.T.*, 1974, 257; Arbrb. Luik, 18 november 1976, *J.T.T.*, 1977, 94; Arbrb. Brussel, 14 februari 1977, *J.T.T.*, 1978, 109).

Gezien de misbruiken waartoe deze bedingen blijkbaar aanleiding gaven, beslisten een aantal rechtscolleges dat de toekenning van een *discretionaire bevoegdheid* op dit stuk aan de werkgever tot gevolg heeft aan de verbintenis een louter *potestatief* karakter te verlenen, zodat het beding — krachtens artikel 1174 B.W. — nietig is (zie o.m. Arbh. Antwerpen, 4 februari 1977, *J.T.T.*, 1978, 108; *R.P.D.B.*, v° *Contrat de travail et contrat d'emploi, Complément,* III, nr. 272; Claeys, T. en Swennen, R., ,,Les modifications unilatérales des contrats de louage de travail'', *J.T.T.*, 1974, 54). Overtuigend is deze redenering niet, daar de zgn. potestatieve voorwaarde hier niet afhangt van de wil van de schuldenaar, maar van die van de schuldeiser. Bovendien gaat het niet om een louter potestatieve voorwaarde, vermits de werkgever dit recht te goeder trouw moet uitoefenen (art. 1134, lid 3 B.W.) en derhalve onder toezicht van de rechtbanken handelt (zie Ronse, J., *l.c.*, 217 e.v.; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 456; Wrr. Ber. Antwerpen, 21 maart 1963, *T.S.R.*, 1964, 47; Arbh. Brussel, 23 november 1974, *J.T.T.*, 1975, 156; Scheidsr. Uitspr., 28 maart 1975, *T.S.R.*, 1976, 167; Claeys, T. en Swennen, R., *l.c.*, 54; vgl. ook Bourgeois, R. en Van

Put, R., ,,La révision unilatérale du contrat de louage de travail'', *T.S.R.*, 1970, 295). Hoe dan ook, deze discussie heeft grotendeels een historisch karakter gekregen nu artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 uitdrukkelijk bepaalt dat ,,het beding waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen nietig is'' (zie ook *infra*, nr. 194).

70. VOORWERP MOET BEPAALD OF BEPAALBAAR ZIJN – PARTIJBESLISSING (vervolg) — Ook in *aannemingscontracten* komt deze rechtsfiguur regelmatig voor. Zo besliste de Burgerlijke Rechtbank te Luik dat een garagehouder, behoudens afwijkende overeenkomst, gerechtigd is wanneer een autovoertuig aan hem voor gebruikelijk onderhoud en herstelling is toevertrouwd, te bepalen welke normale werken uitgevoerd moeten worden en welke prijs daarvoor betaald moet worden. Rechterlijke controle kan plaats grijpen op grond van de regel dat de garagehouder dit recht te goeder trouw moet uitoefenen (art. 1134, lid 3 B.W.) (Rb. Luik, 17 december 1979, *Jur. Liège*, 1980, 199; zie ook Flamme, M.-A. en Flamme, Ph., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 337; Denève, M., noot onder Rb. Brussel, 24 juni 1970 en Brussel, 14 januari 1972, *T. Aann.*, 1980, 197).

De vrijheid van sommige beoefenaars van *vrije beroepen* in de vaststelling van hun *honoraria* kan ook beschouwd worden als een toepassing van de partijbeslissingstheorie (Vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 482; Ronse, J., *l.c.*, 215-216; Vred. Luik, 21 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 39 (geneesheer). Minder gelukkig lijkt de oplossing van het Hof van Beroep te Bergen dat de rechter de honoraria van een architect dient te bepalen, ,,à défaut de loi, de règlement obligatoire ou d'usage'' (Bergen, 6 mei 1975, *Pas.*, 1976, II, 39). Zie i.v.m. een *bevoegdheidsbeding*: Arrondrb. Brussel, 20 september 1976, *B.R.H.*, 1957, 508.

Interessant is het voorstel van J. Ronse om, zoals in de Bondsrepubliek Duitsland, aan de rechter een marginale inhoudscontrole van standaardbedingen in *toetredingscontracten* toe te kennen op grond van de partijbeslissingsleer. Volgens deze auteur zijn ,,de door de sterkere partij opgelegde algemene bedingen van dezelfde aard als partijbeslissingen. Als zodanig zijn zij ... verbindend. Maar ingeval bepaalde clausules daarvan *kennelijk* indruisen tegen de eisen van goede trouw of redelijkheid kan de rechter ze onverbindend verklaren'' (*o.c.*, 217). Alhoewel het door de auteur beoogde doel ongetwijfeld toe te juichen is, zou ik toch enig voorbehoud willen maken. De toepassing van de partijbeslissingsfiguur impliceert dat de toetredende partij als het ware aan zijn wederpartij de toelating zou gegeven hebben om het contract aan te vullen (en te wijzigen?). Welnu, deze toestemming is er m.i. in de regel niet.

Tenslotte dient hier te worden herinnerd aan het onderscheid tussen de partijbeslissing en de raam- of rompovereenkomst. In een raamovereenkomst wordt een bindende afspraak gemaakt tussen partijen wat de hoofdzaken betreft. Partijen komen voorts overeen dat de praktische en juridische uitwerking en de nadere detaillering van de raam- of rompovereenkomst door één of meerdere aanvullende overeenkomsten zal geschieden. De aanvulling van het contract gebeurt hier dus niet door de beslissing van één der partijen, maar vereist een wilsover-

eenstemming tussen beide partijen (zie in dit verband Van der Werf, H.G., *Overeenkomstenrecht. Inleiding tot het aangaan, vastleggen en uitvoeren van obligatoire overeenkomsten,* Arnhem, 1981, 34; Vanwijck-Alexandre, M., *o.c., Ann. Fac. Dr. Liège,* 1980, 34 e.v.; Leroy, M., ,,Le contrat-cadre'', *T. Aann.,* 1978, 253 e.v.; Schiepers, M., ,,Enkele aspekten in verband met de toepassing en de evolutie van de raamkontrakten'', *Doc. Fin.,* 1981, 106 e.v.; De Neve, M., noot onder Rb. Brussel, 24 juni 1970, en Brussel, 14 januari 1972, *T. Aann.,* 1980, 200 e.v.).

71. VOORWERP MOET BESTAAN - TOEKOMSTIGE ZAKEN — In beginsel moet het voorwerp van het contract en van de verbintenissen bestaan. Volgens artikel 1130, lid 1 B.W. kan een zaak die nog niet bestaat, maar die vatbaar is om in de toekomst te bestaan, het voorwerp van een contractuele verbintenis uitmaken. Dit voorwerp moet natuurlijk ook bepaald of bepaalbaar zijn (art. 1129 B.W.).

Derhalve kan zekerheid worden gesteld tot waarborg van voorwaardelijke of toekomstige schulden, onder het enkele voorbehoud dat zij bepaald zijn of kunnen worden op het tijdstip van de zekerheidstelling. Toekomstige schuldvorderingen zijn voldoende bepaald of kunnen voldoende bepaald worden, indien de overeenkomst waarbij de zekerheid wordt gesteld, het mogelijk maakt ze te bepalen en indien blijkens de gegevens van de zaak de schuldvorderingen werkelijk die zijn welke partijen hadden willen waarborgen (zie Cass., 28 maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 833; *R.W.*, 1974-75, 339, met noot; zie ook Brussel, 23 februari 1973, en Cass., 7 januari 1972, *R.C.J.B.*, 1974, 211, met noot Simont, L. en Bruyneel, A.; *R.W.*, 1973-74, 1054, noot A. Bruyneel; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, 454-455; Limpens, A., in *R.P.D.B.*, v° *Cautionnement*, nrs. 39-49).

De clausule in de huurovereenkomst van een televisietoestel dat de huurder alle tegenwoordige en toekomstige belastingen verschuldigd voor dit toestel zal moeten betalen, beantwoordt aan de vereisten van de artikelen 1129 en 1130 B.W. (Luik, 28 januari 1974, *Jur. Liège*, 1973-74, 297).

72. GEOORLOOFD VOORWERP - DWINGENDE WETSBEPALINGEN DIE AL OF NIET DE OPENBARE ORDE RAKEN — Het onderscheid tussen imperatieve rechtsregels die de openbare orde raken en dwingende wetsbepalingen die slechts de bescherming van particuliere belangen beogen, wordt door het Hof van Cassatie regelmatig toegepast. Het belang van het onderscheid ligt vooral op het vlak van de sancties: in het eerste geval is het contract dat het wettelijk voorschrift miskent, absoluut nietig: in het tweede staat de nietigheid uitsluitend ter beschikking van de beschermde persoon; deze kan daar dan ook aan verzaken, zij het niet in de overeenkomst zelf, maar later. Wanneer deze verzaking precies kan plaats vinden, is echter niet in het algemeen te beantwoorden; dit antwoord moet gehaald worden uit de interpretatie van de desbetreffende wet (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 32 e.v. en de verwijzingen aldaar; Van Ommeslaghe, P., *o.c., R.C.J.B.*, 1975, 464-465; zie ook Matray, L. en Martens, P., ,,Arbitrage en openbare orde'', *T.P.R.*, 1979, 219 e.v.).

Zo besliste het Hof van Cassatie dat de artikelen 1678 en 1680 B.W. — die betrekking hebben op de vernietiging van de verkoop van een onroerend goed ingeval van benadeling van de verkoper voor meer dan zeven twaalfden — dwingende wetsbepalingen zijn die slechts privé-belangen beschermen, zodat de partijen van deze bescherming kunnen afzien wanneer de *betwisting* reeds is ontstaan (Cass., 11 januari 1980, *R.W.*, 1980-81, 252).

De dwingende bepalingen van de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies strekken ertoe in alle gevallen aan de concessiehouder het recht te verzekeren zich te beroepen op de bescherming van de Belgische wet, tenzij hij daarvan heeft afgezien in een overeenkomst *na het einde van het contract* waarbij de concessie is verleend (Cass., 28 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1303).

Artikel 48 van de Pachtwet van 4 november 1969, waarin wordt voorgeschreven dat de eigenaar het verpachte goed slechts mag verkopen nadat hij de pachter de gelegenheid heeft gegeven zijn recht van voorkoop uit te oefenen door hem een kennisgeving te doen die geldt als aanbod van verkoop, is een dwingende wetsbepaling die de openbare orde niet raakt; de pachter kan, derhalve, wettig afzien van een beroep op de ongeldigheid van de kennisgeving, wegens het feit dat ze niet door alle eigenaars is gedaan, wanneer hij deze onregelmatigheid met name vóór de verkoop aan een derde heeft vastgesteld (Cass., 27 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 997; zie ook Cass., 27 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1158).

De bepalingen van artikel 14, 1e lid, Handelshuurwet hebben een dwingend karakter, maar raken de openbare orde niet (Cass., 18 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 916; zie ook Cass., 6 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 760; Vred. Luik, 14 september 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 231).

Krachtens artikel 6 Arbeidsovereenkomstenwet zijn alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren (zie Cass., 12 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 423; Cass., 11 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2037, met conclusie Adv.-Gen. Lenaerts; Arbrb. Brussel, 28 januari 1974, *J.T.T.*, 1974, 154; Arbrb. Dinant, 4 oktober 1977, *J.T.T.*, 1977, 365).

De bepalingen van de artikelen 38, § 1, 2 en 3, en 40 wet 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen en van de artikelen 5 en 9 wet 24 december 1976 betreffende het behoud van de tewerkstelling raken de essentiële belangen van de Staat of bepalen, in het privaatrecht, de juridische grondslagen waarop de economische orde van de samenleving berust en raken derhalve de openbare orde (Cass., 10 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 299; zie ook Cass., 28 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 117).

De bepalingen van de Arbeidsongevallenwet raken, volgens het Hof van Cassatie, de openbare orde. Dat dit niet zo evident is, blijkt uit de interessante conclusies van het openbaar ministerie vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 26 februari 1975 (*Arr. Cass.*, 1975, 729; zie ook Cass., 9 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 861; Cass., 9 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 870).

73. ONGEOORLOOFD VOORWERP – BEDINGEN DIE DE HUWELIJKSVRIJHEID BEPERKEN — Aan de jarenlange discussie over de geldigheid van bedingen waarbij de huwelijksvrijheid van één der contractpartijen rechtstreeks of onrechtstreeks beperkt wordt, wil maar geen einde komen.

In het arrest van 2 mei 1969 besliste het Hof van Cassatie dat ,,het beding van een arbeidsovereenkomst voor bedienden, volgens hetwelk deze overeenkomst eindigt met het huwelijk van een der partijen, kan indruisen tegen de openbare orde en de goede zeden, en derhalve nietig zijn krachtens artikel 6 van het Burgerlijk Wetboek, maar dat dergelijk beding, wanneer het onder meer als oorzaak heeft het huwelijk te bevorderen of door de noodwendigheden van de bediening geboden is, bedoelde wetsbepaling niet schendt'' (Cass., 2 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 834).

In het voorgaande rechtspraakoverzicht (*T.P.R.*, 1975, 483-484) werd er reeds op gewezen dat de betekenis van deze rechtspraak in belangrijke mate beperkt werd door de bij wet van 21 november 1969 ingevoerde regel, dat in arbeidsovereenkomsten de bedingen nietig zijn waarbij bepaald wordt dat het huwelijk of het moederschap een einde maakt aan het contract (nu: art. 36 Arbeidsovereenkomstenwet van 1978). Genoemde cassatierechtspraak blijft niettemin haar betekenis behouden voor andere contracten dan arbeidsovereenkomsten (*cf.* vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 485; *infra*, nr. 74).

De jongste jaren heeft de discussie zich vooral toegespitst op de vraag of de in artikel 31, § 2 van het statuut van het personeel van het gesubsidieerd katholiek onderwijs vervatte beperkingen van de huwelijksvrijheid al dan niet geldig zijn. Deze bepaling luidt als volgt: ,,De persoonlijke en gezinstoestanden die onverenigbaar zijn met de wetten van de christelijke moraal of de wetten van de katholieke kerk ernstig schenden, beëindigen van rechtswege elke verbintenis zonder opzegging en zonder vergoeding'' (zie de in het vorig overzicht reeds aangehaalde rechtspraak, *T.P.R.*, 1975, 484-485; wat het in 1977 totstandgekomen nieuwe statuut en reglement van het personeel van het katholiek onderwijs betreft, zie Rimanque, K., *De levensbeschouwlijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beschouwingen*, Brussel, Bruylant, 1980, II, 922 e.v.).

Deze regeling houdt niet alleen een beperking in van de vrijheid om al dan niet te huwen — b.v. hertrouwen van een gescheiden man of vrouw —, maar bevat ook een restrictie van de vrije keuze van de toekomstige partner — b.v. huwelijk met een gescheiden persoon of met een uitgetreden priester.

De hier aan de orde zijnde vraag is bijzonder moeilijk te beantwoorden, daar men geconfronteerd wordt met een conflict van grondrechten. De betrokken werknemer kan zich immers beroepen op de huwelijksvrijheid (zie art. 12 E.V.R.M.) en de bescherming van zijn privé- en gezinsleven (zie art. 8 E.V.R.M.), terwijl de inrichtende macht de godsdienstvrijheid en de vrijheid van onderwijs kan inroepen. Juist omdat dit probleem de grondvesten van de Belgische samenleving raakt, is het begrijpelijk dat rechtspraak en rechtsleer het met grote omzichtigheid hebben benaderd (zie en vergelijk o.m. Vandermeulen, G., ,,Arbeidsovereen-

komsten en huwelijksbeperkingen'', *R.W.*, 1974-75, 321-324; Reyntjens, F., ,,De keerzijde van de sollicitatiemedaille: ontslag omwille van feiten uit het privé-leven'', *A.A.*, 1975, 93 e.v.; Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., ,,Overzicht van rechtspraak (1964-1974). Personen- en familierecht'', *T.P.R.*, 1976, 346-348; Franck, H., *Condition résolutoire, stabilité de l'emploi et libertés fondamentales*, Luik, 1979, 135 p.; Rimanque, K., *o.c.*, nrs. 415 e.v.; wat de rechtspraak betreft, raadplege men, naast de in het vorige overzicht aangehaalde uitspraken (*T.P.R.*, 1975, 484-485): Arbh. Brussel, 19 juni 1972, *J.T.T.*, 1975, 298, noot R. Verstegen; Arbh. Luik, 28 november 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 275; Arbh. Bergen, 29 juni 1975, *J.T.T.*, 1975, 217; Arbh. Antwerpen, 7 mei 1976, *T.S.R.*, 1976, 276, *R.W.*, 1976-77, 1249, noot J. De Jonghe en M. Rigaux; Arbrb. Bergen, 10 juni 1971, *T.S.R.*, 1971, 165; Arbrb. Mechelen, 4 september 1973, *R.W.*, 1974-75, 499; Arbrb. Mechelen, 18 december 1973, *R.W.*, 1974-75, 502, noot T.; Arbrb. Gent, 12 april 1974, *R.W.*, 1974-75, 1956, noot; Arbrb. Hasselt, 14 juni 1976, *T.S.R.*, 1976, 509, noot H. Goorden). Elke belangenafweging impliceert hier onvermijdelijk een fundamentele politieke keuze. In onze — op de scheiding der machten gebaseerde — parlementaire democratie komt het m.i. veeleer de wetgever dan de rechtspraak toe dit soort conflicten te beslechten.

Het Hof van Cassatie heeft een antwoord gezocht niet in een afweging van genoemde grondrechten, maar in de reeds aangehaalde wetsbepaling dat huwelijksbedingen in arbeidsovereenkomsten nietig zijn. Dit gebeurde in de arresten van 8 december 1976 en van 12 januari 1977. In het eerste geval ging het om een uit de echt gescheiden leerkracht die het voornemen kenbaar maakte te hertrouwen. Prompt beriep de inrichtende macht van de onderwijsinrichting zich op het genoemde artikel 31, § 2 van het personeelsstatuut om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst zonder opzegtermijn of opzegvergoeding. In de tweede zaak werd de arbeidsovereenkomst van een leerkracht die in het huwelijk was getreden met een gescheiden persoon op dezelfde grond beëindigd door de inrichtende macht. In beide gevallen oordeelde het Hof van Cassatie dat de wetsbepaling die de bedingen nietig verklaart waarbij bepaald wordt dat het huwelijk van de werknemer een einde maakt aan de overeenkomst, een *algemene draagwijdte* bezit en dat artikel 31, § 2 van het personeelsstatuut van het Katholiek onderwijs dan ook nietig is in zoverre het — zoals in de aanhangige gevallen — betrekking heeft op het huwelijk of het nieuwe huwelijk van de leerkracht (Cass., 8 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 399; *Pas.*, 1977, 394 met concl. Eerste Adv.-Gen. F. Dumon; Cass., 12 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 530 met concl. Eerste Adv.-Gen. F. Dumon. In dezelfde zin: Cass., 25 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1276; Cass., 26 november 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 377; Arbrb. Doornik, 28 april 1978, *J.T.T.*, 1979, 104; *contra*: Arbh. Antwerpen, 20 december 1977, *T.S.R.*, 1978, 66, noot H. Goorden). Het Hof volgde daarmee het advies van Advocaat Generaal F. Dumon die genoemde wetsbepaling als volgt omschreef: ,,Elk beding in de overeenkomst dat bepaalt dat het huwelijk daaraan zonder vergoeding een einde maakt is nietig. Zulke clausule is nietig, ongeacht het bij de wet geoorloofde huwelijk dat bedoeld wordt: eerste, tweede of

derde huwelijk ... , huwelijk na echtscheiding, huwelijk met een uit de echt gescheiden persoon ... om het even. Er wordt generlei onderscheid gemaakt en er kan dus geen gemaakt worden in de toepassing van de wetsbepaling. Evenmin is er een onderscheid ten aanzien van de beweeggrond of de reden die de partijen ertoe hebben gebracht te bedingen dat het huwelijk aan de overeenkomst een einde zal maken. Of het nu met het doel zij het huwelijk of het gezinsleven te bevorderen of ze te vergemakkelijken, of met het doel huwelijken te voorkomen die door een bepaalde zedeleer of religieuze doctrine veroordeeld worden, doet weinig ter zake. De clausule is altijd nietig" (*Arr. Cass.*, 1977, 535; zie over deze arresten ook Verstegen, R., „Huwelijksvrijheid en katholiek onderwijs: een keerpunt", *R.W.*, 1976-77, 1953-1960; Franck, H., „Contrat d'emploi et liberté de mariage. Deux arrêts récents de la Cour de cassation", *J.T.T.*, 1977, 149-151).

Heeft het Hof van Cassatie t.a.v. ontbindende huwelijksbedingen in arbeidsovereenkomsten een duidelijke — en m.i. juiste — stelling ingenomen, dan zijn daarmee nog niet alle problemen van de baan. Immers, is het ontbindend beding ook nietig wanneer het ingeroepen wordt tegen iemand die een buitenechtelijke betrekking onderhoudt? Juist omdat hier van een huwelijk geen sprake is, kan artikel 36 Arbeidsovereenkomstenwet ter zake geen oplossing bieden (*contra*: Arbrb. Brussel, 26 november 1975, *J.T.*, 1976, 330); om dezelfde reden kan de werknemer zich hier niet beroepen op artikel 12 E.V.R.M. Blijft alleen artikel 8 E.V.R.M., dat het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven waarborgt. Terecht merken M. Bax en H. Willekens op dat in geval van de toepassing van het ontbindend beding op een leraar die feitelijk gescheiden leefde van zijn echtgenote en een strafrechtelijke veroordeling had opgelopen wegens onderhoud van bijzit, de werknemer zich niet meer op artikel 8 E.V.R.M. kon beroepen daar de buitenechtelijke verhouding door de strafrechtelijke veroordeling een publiek gegeven was geworden (*o.c.*, *R.W.*, 1981-82, 67-68; vgl. Arbh. Gent, 9 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1458; *J.T.T.*, 1980, 60; *T.S.R.*, 1979, 156, noot H. Demeester). De vraag wordt daardoor beperkt tot het geval dat de buitenechtelijke verhouding geen misdrijf is. Hoe de rechtspraak het conflict tussen het recht op *privacy* enerzijds en godsdienst- en onderwijsvrijheid anderzijds zal oplossen kan nog niet met zekerheid worden voorspeld, alhoewel het cassatiearrest van 2 mei 1969 en de verschillende conclusies van Advocaat-Generaal Dumon wijzen in de richting van de geldigheid van het ontbindingsbeding in deze gevallen (zie ook Arbh. Gent, 9 mei 1979, reeds aangehaald; *anders*: Arbh. Brussel, 24 november 1977, *J.T.T.*, 1978, 63).

74. ONGEOORLOOFD VOORWERP – HUWELIJKSBEDINGEN (vervolg) — Huwelijksclausules komen niet alleen voor in arbeidscontracten, maar ook in andere rechtshandelingen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 485).

Ziehier een toepassingsgeval. In een huwelijkscontract werd bedongen dat de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik zou verkrijgen op het aan de overledene toebehorende deel van de gemeenschap, maar dat aan dit recht een einde zou komen in geval de overlevende echtgenoot opnieuw in het huwelijk zou treden.

Het Hof van Beroep te Bergen achtte dit huwelijksbeding niet strijdig met de openbare orde of de goede zeden, daar ,,elle ne tend évidemment pas à exercer une pression morale sur le survivant pour qu'il demeure dans le veuvage'' (Bergen, 27 januari 1976, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1976, nr. 22067, noot). Dit arrest sluit aan bij de beslissing van het Hof van Cassatie van 2 mei 1969, dat de geldigheid van zo'n beding beoordeeld moet worden in het licht van het *causa*-begrip (*Arr. Cass.*, 1969, 834).

75. ONGEOORLOOFD VOORWERP – EXPLOITATIE VAN KANSSPELEN — Het is vaststaande rechtspraak dat overeenkomsten met het oog op de inrichting en exploitatie van kansspelen strijdig zijn met de openbare orde en de goede zeden, tenzij het gaat om de organisatie van spelen ,,waarmee de behendigheid en geoefendheid van het lichaam gemoeid zijn'' voorzover de ingezette bedragen laag zijn (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 485 en de verwijzingen; *adde*: Rb. Luik, 19 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 20; Kh. Verviers, 28 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 141).

Op deze algemene regel heeft de wetgever een belangrijke nieuwe uitzondering mogelijk gemaakt. In het K.B. van 13 januari 1975 ter uitvoering van de wet van 22 november 1974 is de lijst opgenomen van de speelapparaten waarvan de exploitatie toegelaten is. Hiertoe behoren o.m. toestellen zoals ,,Bingo's'' en ,,Flippers'' (zie Gent, 27 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1381, noot; Kh. Verviers, 9 november 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 157). Vóór het van kracht worden van deze nieuwe regeling werden overeenkomsten betreffende de exploitatie van deze kansspelen vaak strijdig verklaard met de openbare orde en de goede zeden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 485-486; *adde*: Luik, 5 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 137; Rb. Antwerpen, 3 mei 1973, *R.W.*, 1974-75, 1397; vgl. Kh. Dendermonde, 16 februari 1976, *R.W.*, 1975-76, 2377).

De nietigheid van de arbeidsovereenkomst kan niet worden ingeroepen t.a.v. de rechten van de werknemer die voortvloeien uit de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet wanneer arbeid verricht wordt in speelzalen (art. 14 Arbeidsovereenkomstenwet; zie ook Arbh. Luik, 27 februari 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 10).

76. ONGEOORLOOFD VOORWERP – VRIJE BEROEPEN – ARCHITECT — Krachtens artikel 6 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en het beroep van architect is het uitoefenen van het beroep van architect onverenigbaar met dat van aannemer van openbare en private werken. Door deze onverenigbaarheid in het leven te roepen heeft de wetgever, in het belang van het beroep van architect en van het belang van de opdrachtgever, het ontwerpen van en het toezicht op het werk enerzijds en de uitvoering anderzijds van elkaar willen losmaken. Derhalve zijn overeenkomsten strijdig met genoemde wetsbepaling absoluut nietig wegens inbreuk op de openbare orde (zie Cass., 18 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 516; Cass., 26 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 665).

De clausules in een aannemingsovereenkomst waarin bedongen wordt dat de architect door de aannemer zal worden aangewezen en deze laatste de honoraria

van de architect zal betalen, zijn strijdig met bovengenoemde dwingende wetsbepaling van openbare orde (zie Brussel, 19 september 1975, *Res et Jura Immobilia*, 1976, 9; Brussel, 18 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 74; Rb. Luik, 7 april 1967, *R.C.J.B.*, 1970, 491, noot A. De Bersaques; Rb. Brussel, 4 april 1974, *J.T.*, 1974, 588; Kh. Verviers, 8 juli 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 240; zie ook de niet gepubliceerde rechtspraak aangehaald door Flamme, M.-A. en Ph., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 341). Ook het beding in een aannemingscontract dat de architect ,,in gemeenschappelijk overleg'' door aannemer en opdrachtgever aangewezen zal worden, werd om die reden absoluut nietig verklaard (Brussel, 23 november 1972, *T.Aann.*, 1973, 177 en *Rev. Not. B.*, 1974, 46). De vraag of deze regels ook gelden wanneer het gaat om de levering van een ,,sleutelklare'' woning, wordt betwist (zie en vgl. Brussel, 18 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 74; Rigaux, P., ,,De la construction 'clé sur porte' '', *J.T.*, 1979, 224; Flamme, M.-A. en Ph., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 341).

Een bestek kan de aansprakelijkheid van de aannemer, die meestal beperkt is tot de loutere uitvoering van het werk, verzwaren en hem bepaalde taken opleggen die tot de normale opdracht van de architect behoren, zoals de bodemstudie, de funderingen en de betonberekening. Zo'n beding is geldig, indien het de desbetreffende aansprakelijkheid van de architect niet opheft of beperkt (Cass., 26 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 635).

Het beding in het verkoopcontract van een stuk bouwgrond waarbij de verkoper aan de koper de verplichting oplegt een bepaalde architect — *in casu* de echtgenoot van de verkoopster — te belasten met het ontwerpen van en het toezicht op het bouwwerk, is onwettig, daar het inbreuk pleegt op de vrijheid van de opdrachtgever om een architect naar eigen keuze aan te duiden (Rb. Brussel, 28 december 1976, *Pas.*, 1979, III, 62).

77. ONGEOORLOOFD VOORWERP - OVEREENKOMST OVER EEN NIET-OPENGEVALLEN NALATENSCHAP — De door artikel 1130, lid 2 B.W. verboden overeenkomst over een toekomstige nalatenschap is ieder contract waardoor louter eventuele rechten op een niet-opengevallen nalatenschap of een bestanddeel ervan worden toegekend, gewijzigd of afgestaan.

Deze wetsbepaling zou beter haar plaats vinden in het gedeelte van het Burgerlijk Wetboek dat aan het erfrecht is gewijd (Vandeputte, R., *o.c.*, 80). Daar de desbetreffende rechtspraak uitvoerig wordt behandeld in het rechtspraakoverzicht erfenissen, hoeft er hier niet op te worden ingegaan (Dillemans, R., Puelinckx-Coene, M. en Verstraete, J., ,,Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Erfenissen'', *T.P.R.*, 1978, 74 e.v.; *adde*: Bergen, 11 oktober 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, nr. 22515).

78. ONGEOORLOOFD VOORWERP - SOCIAAL RECHT — Het is niet de bedoeling hier alle uitspraken te vermelden waarin bedingen nietig werden verklaard die strijdig zijn met dwingende rechtsregels die al of niet de openbare orde raken. Slechts enkele typische gevallen worden vermeld.

Inzake arbeidsovereenkomsten is een scheidsrechterlijke afspraak die is tot-

standgekomen vóór het geschil was ontstaan, van rechtswege nietig (zie Rb. Aarlen, 16 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 202; Matray, L. en Martens, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1979, 218; art. 13 Arbeidsovereenkomstenwet; art. 1678, lid 2 Ger.W.). Aangezien een beroepsvoetballer beschouwd moet worden als een werknemer in dienstverband, houdt dit in dat het arbitragebeding om eventuele betwistingen aanhangig te maken bij een commissie van de Koninklijke Belgische Voetbalbond nietig is, zo dit beding vóór het ontstaan van het geschil door een verwijzing naar de statuten van de voetbalfederatie tot stand is gekomen (Arbrb. Hasselt, 24 juni 1974, *R.W.*, 1975-76, 372).

Het beding waarbij de werknemer in een arbeidsovereenkomst in algemene bewoordingen afstand doet van iedere uitvinding die hij tijdens zijn dienstperiode doet, moet worden uitgelegd in verband met de functie waarvoor hij in dienst is genomen. Interpreteert men de clausule in de zin dat de werknemer ook afstand doet van uitvindingen ten aanzien van activiteiten die geen verband met de dienstverhuring, dan is het beding nietig (zie Rb. Leuven, 4 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 823; Remouchamps, L., *Octrooien*, in *A.P.R.*, nrs. 426 e.v.).

De tussen een griffier en een gerechtsdeurwaarder gesloten arbeidsovereenkomst is absoluut nietig wegens inbreuk op artikel 1 K.B. nr. 87 van 5 februari 1935 betreffende de cumulatie inzake openbare ambten en bedieningen (Arbh. Luik, 15 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 27).

Geen enkele wetsbepaling van dwingend recht of van openbare orde verbiedt partijen overeen te komen dat de opzegtermijn welke door de werkgever nagekomen moeten worden jegens de bedienden, ook op de handarbeiders zullen worden toegepast (Arbh. Brussel, 7 januari 1977, *R.W.*, 1976-77, 2663).

Ongeoorloofd is echter iedere overeenkomst inzake opzeggingstermijn vóór de beëindiging van het bediendencontract, ongeacht het feit dat die overeenkomst een langere termijn vaststelt dan de bij wet bepaalde minimumtermijn (Cass., 8 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 166).

Het beding in een overeenkomst tussen de v.z.w. die een kliniek exploiteert en een geneesheer krachtens hetwelk deze laatste nooit zou mogen worden afgedankt tenzij om ernstige redenen en na beslissing van de hogere geestelijke overheid, is nietig wegens inbreuk op artikel 1780 B.W., dat bepaalt dat men zijn diensten slechts voor een tijd of voor een bepaalde onderneming kan verbinden (Cass., 31 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 287; Brussel, 17 september 1973, *Pas.*, 1974, II, 29; vgl. R.P.D.B., *Complément*, III, v° Contrat de travail et contrat d'emploi, nr. 532; *contra*: Arbrb. Charleroi, 7 oktober 1975, *T.S.R.*, 1976, 112).

79. ONGEOORLOOFD VOORWERP – ARBITRAGE — Het beding waarbij aannemer en opdrachtgever overeenkomen de geschillen die tussen hen kunnen ontstaan, te laten beslechten door de architect die de leiding van de werken heeft, is nietig wegens het belang dat deze architect kan hebben bij de oplossing van het geschil (Rb. Brussel, 20 maart 1970, *T.Aann.*, 1973, 75, noot A. Delvaux).

De overeenkomst tussen de verzekeraar van degene die een ongeval heeft veroorzaakt en het slachtoffer daarvan, onder alle voorbehoud inzake de aansprakelijk-

heid voor dit ongeval, medische experts aan te stellen om op onherroepelijke wijze de duurtijd en de graad van tijdelijke en definitieve arbeidsongeschiktheid van het slachtoffer te bepalen, is een *sui generis* contract — en geen dading of scheidsrechterlijk beding. Zo'n contract is rechtsgeldig en bindt de partijen overeenkomstig artikel 1134 B.W. (Corr. Brussel, 24 april 1974, *J.T.*, 1975, 263, noot L. Dermine; *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9291).

Indien de contracterende partijen trachten in een arbitrageovereenkomst imperatieve wetten te ontduiken, is deze overeenkomst ongeldig. Is het alleen in die hypothese dat een arbitraal beding in verband met een concessie van alleenverkoop nietig is of zijn deze bedingen steeds strijdig met de alleenverkoopwet wanneer zij totstandgekomen zijn vóór de beëindiging van de exclusiviteitsovereenkomst? Deze vraag wordt uiteenlopend beantwoord: zie en vgl. Luik, 12 mei 1977, *J.T.*, 1977, 710, noot G. Keutgen en M. Huys; Matray, L. en Martens, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1979, 220-221 en de verwijzingen.

80. ONGEOORLOOFD VOORWERP - ANDERE TOEPASSINGSGEVALLEN — De *afspraak tussen twee mededingers* met betrekking tot de openbare aanbesteding van een openbaar werk, om de winst van de aanneming te verdelen indien het werk aan één van beiden wordt toevertrouwd, is in strijd met de regels van de openbare aanbesteding ten voordele van openbare besturen, daar zij tot doel heeft één der gegadigden in de mogelijkheid te stellen zijn offerte minder scherp te stellen en aldus de vrije prijsvorming belemmert ten nadele van de overheid, die verplicht is het werk aan de laagste aanbieder te gunnen (Gent, 2 april 1976, *R.W.*, 1975-76, 2634, noot; zie art. 7 Wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten).

Een *niet-concurrentiebeding* in een contract waarbij een handelszaak wordt overgedragen, is niet noodzakelijk nietig wegens inbreuk op de vrijheid van handel, zo het wel een begrenzing in de tijd maar niet in de ruimte bevat. Dit althans is de mening van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, wanneer het om een handelsactiviteit gaat voor dewelke de plaats van uitvoering zonder belang is (7 december 1976, *B.R.H.*, 1977, 517; zie ook Antwerpen, 13 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 2008, noot H. Swennen).

De overeenkomst waarbij een privé-detective zich verbindt tot het *afluisteren van privé-gesprekken* door middel van afluisterapparatuur in de woning van het slachtoffer geplaatst door de opdrachtgever, is strijdig met de goede zeden wegens inbreuk op het recht op bescherming van het privé-leven (zie Rb. Brussel, 6 april 1976, *Pas.*, 1976, III, 51 met conclusies openbaar ministerie; *cf.* art. 8 E.V.R.M.).

De Burgerlijke Rechtbank te Brussel moest uitspraak doen in een interessante zaak. Een echtpaar was gewikkeld in een procedure van *echtscheiding* met wederzijdse toestemming. Op een bepaald ogenblik wordt een contract ondertekend tussen schoonvader en schoonzoon waarin de vader er zich toe verbindt geen gebruik te maken van zijn gezag over zijn dochter om de echtscheiding te verhinderen, op voorwaarde dat zijn schoonzoon de ontleende 325.000 BF volgens bepaalde modaliteiten terugbetaalt. Later wordt de schuld van de schoon-

zoon verminderd op voorwaarde dat deze met een kerkrechtelijke procedure instemt. De rechtbank verklaarde beide overeenkomsten strijdig met de goede zeden, daar zij de vrijheid van de schoonzoon aantasten om al dan niet uit de echt te scheiden (Rb. Brussel, 11 april 1978, *Pas.*, 1979, III, 6).

Op grond van artikel 1895 B.W. wordt aangenomen dat in geval van *muntontwaarding* de schuldenaar slechts de numerieke geldsom moet betalen in muntspeciën die gangbaar zijn op het ogenblik van de betaling. Het staat echter vast dat artikel 1895 B.W. geen imperatieve bepaling is. De *indexclausule*, d.i. het beding dat het bedrag der schuld laat schommelen in verhouding tot een bepaalde index, vormt daarenboven geen inbreuk op de wetten op de wettelijke en gedwongen koers. Immers, zo'n clausule heeft niet tot gevolg dat de bankbiljetten voor hun nominaal bedrag ter betaling geweigerd worden (Brussel, 27 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 443; zie voorts Schoentjes-Merchiers, Y., *De waardebeveiligingsbedingen in het recht van de landen der Europese Economische Gemeenschap*, Brussel, 1868, 155 e.v.). De Vrederechter te Oostende oordeelde dat de indexclausule in een handelshuurovereenkomst, volgens dewelke een stijging of daling van het basiscijfer met 2,5 punten automatisch een verhoging of een daling van de huurprijs veroorzaakt, geldig is voorzover zij strekt tot behoud van de koopkrachtwaarde, maar onwettelijk is in de mate dat het gaat om een vermomde huurherziening (11 maart 1975, *T.Vred.*, 1977, 78).

Bedingen van *onvervreemdbaarheid* zijn in beginsel strijdig met het beginsel — van openbare orde — dat het goederenverkeer vrij moet zijn. Uitzonderlijk acht men deze clausule geldig, indien zij beperkt zijn in de tijd en ingegeven door een wettig belang van de vervreemder, de verkrijger of een derde (zie De Page, V, nr. 907; Rb. Luik, 29 september 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 107; Rb. Brussel, 6 mei 1980, *J.T.*, 1980, 745). Zo werd de schenking van een onroerend goed met onvervreemdbaarheidsbeding geldig verklaard, daar het de bedoeling van de partijen was dat de clausule slechts zou gelden tijdens het leven van de schenker en het beoogde te verhinderen dat deze nog tijdens zijn leven de betrokken woning met derden zou moeten delen (Luik, 16 december 1971, *Pas.*, 1972, II, 45; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1971, nr. 21853).

Het is onwettig om door een *dading* uitwerking te geven aan een absoluut nietige rechtshandeling (Brussel, 23 oktober 1975, *Rev. Not. B.*, 1976, 86). Maar is het ook onwettig om door een dading te verzaken aan een vordering tot absolute nietigverklaring van een rechtshandeling? Het antwoord luidt in beginsel bevestigend, maar de dading kan in dat geval slechts vernietigd worden wanneer de rechter de nietigheid van de oorspronkelijke rechtshandeling heeft vastgesteld (zie en vgl. Rb. Luik, 17 april 1970, en 1 oktober 1971, *Rev. Not. B.*, 1972, 26, noot F. Laine, gew. Luik, 27 februari 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 193 en *J.T.*, 1974, 102; Herbots, J., en Stubbe-Pauwels, *o.c. T.P.R.*, 1975, 1172; Simont, L. en De Gavre, J., *o.c.*, R.C.J.B., 1976, 489-490; zie ook *infra*, nr. 83).

In bepaalde streken van Wallonië wordt in pachtovereenkomsten — krachtens een oude gewoonte — een *„chapeau"* bedongen. Het gaat hier om een vergoeding die de intredende pachter dient te betalen aan de uittredende pachter of de eigenaar, enkel om bij voorkeur boven anderen het goed in gebruik te mogen

nemen. De geldigheid van dit soort ,,drempelvergoeding'' of ,,sleutelgeld'' wordt betwist. De tendens bestaat om de ,,chapeau'' die de eigenaar van de nieuwe pachter bedingt, nietig te verklaren daar deze in strijd is met de wettelijke beperkingen inzake de vaststelling van de pachtprijs (zie Bergen, 8 maart 1976, *J.T.*, 1976, 352; Vred. Tubize, 24 april 1973, *T.Vred.*, 1973, 290, noot F. Heilier; Vred. Doornik, 24 december 1974, *T.Vred.*, 1975, 202; Rb. Dinant, 15 december 1977, *Rec. Enr. Not.*, nr. 22338, met noot *Jur. Liège*, 1977-78, 164). Volgens het Hof van Beroep te Luik mag een ,,chapeau'' echter wel door de uittredende pachter bedongen worden van de nieuwe pachter, ,,car il se peut que ce dernier ait renoncé à faire valoir un droit au renouvellement du bail et aux bénéfices qu'il aurait pu en tirer: le chapeau serait alors une contrepartie de cette renonciation'' (Bergen, 8 maart 1976, *J.T.*, 1976, 352; zie ook Brussel, 12 april 1977, *J.T.*, 1978, 436; Rb. Nijvel, 16 mei 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 485, noot H. Closon; zie voorts Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 167 en de verwijzingen. *Contra*: Rb. Dinant, 15 december 1977, *Rec. Enr. Not.*, 1979, nr. 22338).

Algemeen wordt aanvaard dat de *tienjarige aansprakelijkheid van architecten en aannemers* bedoeld in de artikelen 1792 en 2270 B.W. van openbare orde is, vermits ze de bescherming beoogt niet alleen van de belangen der eigenaars, maar ook van de openbare veiligheid (Kh. Veurne, 7 september 1977, *T.Aann.*, 1978, 128, noot M. Colpaert; zie Delva, W., ,,Over de juridische natuur van de tienjarige aansprakelijkheid van de architecten en aannemers'', *T.P.R.*, 1964, 33).

Het beding in een contract dat het bedrag van de schuldvordering met 10 % verhoogd wordt in geval de schuldenaar *failliet* wordt verklaard, is strijdig met het beginsel van de gelijkheid tussen de schuldeisers en met de openbare orde. De clausule is derhalve absoluut nietig (Kh. Verviers, 15 december 1975, *Jur. Liège*, 1976-77, 212).

C. Oorzaak

81. NOODZAKELIJK BESTAAN VAN EEN OORZAAK — In een arrest van 5 november 1976 bevestigt het Hof van Cassatie de reeds in een uitspraak van 13 november 1969 geformuleerde regel, dat de geldigheid van iedere rechtshandeling — éénzijdige zowel als meerzijdige — onderworpen is aan het bestaan van een oorzaak, tenzij in de gevallen waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden (Cass., 5 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 268; *R.W.*, 1977-78, 440, noot J. Thielemans; *R.C.J.B.*, 1979, 131, noot M. Van Quickenborne; Cass., 13 november 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 261; *R.C.J.B.*, 1970, 326, noot P. Van Ommeslaghe; zie ook Cass., 6 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 11; Bergen, 31 januari 1979, *Pas.*, 1979, II, 43, noot J.S.; Kh. Antwerpen, 5 april 1974, *R.W.*, 1975-76, 1458).

Het Hof van Cassatie heeft in deze beslissing geen omschrijving gegeven van het begrip ,,*oorzaak*''. Zoals men weet wordt in rechtsleer en rechtspraak in dit verband vaak een onderscheid gemaakt tussen de *interne* of *objectieve* oorzaak van de rechtshandeling, d.i. het onmiddellijke doel of de bestaansreden van de rechtshandeling, en de *externe* of *subjectieve* oorzaak, d.i. de achterliggende

persoonlijke beweegredenen van de partijen. De interne oorzaak zou gebruikt worden om een antwoord te geven op de vraag naar het noodzakelijk bestaan van een oorzaak en ter omschrijving van het begrip ,,valse oorzaak'', terwijl de externe oorzaak gehanteerd zou worden bij de beantwoording van de vraag of de oorzaak van de rechtshandeling strijdig is met de openbare orde of de goede zeden. M.a.w. het begrip oorzaak zou in artikel 1131 B.W. twee verschillende betekenissen hebben. Dit onderscheid heeft het Hof van Cassatie in bovengenoemde arresten blijkbaar van de hand gewezen, daar men in beide gevallen tot de slotsom kwam, dat de oorzaak van de rechtshandeling — afstand van de rechten op een erfenis — ontbrak en dit op grond van een dwaling omtrent de persoonlijke, doorslaggevende beweegreden (zie over dit alles Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 328 e.v. en *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 457 e.v. en de vele verwijzingen). Alhoewel deze zienswijze juist is — anders: vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 491 —, moet toch worden opgemerkt dat hierdoor niet steeds grotere duidelijkheid in deze materie wordt bereikt. Zo is het onderscheid tussen rechtshandeling zonder oorzaak, rechtshandeling met een valse oorzaak, dwaling omtrent de oorzaak van de verbintenis, essentiële dwaling omtrent de beweegredenen en bijkomende dwaling omtrent de motieven er niet gemakkelijker door geworden (vgl. Coipel, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, 207 env.; zie ook *supra*, nr. 42).

In bovengenoemde arresten beslist het Hof van Cassatie nog dat een oorzaak voor een rechtshandeling noodzakelijk is, tenzij de *wet* de geldigheid van de *abstracte rechtshandeling* erkent. Betekent dit dat door een rechtsgewoonte of door de wil van de partijen aan een rechtshandeling geen abstract karakter kan worden verleend? Totnutoe werd veelal aangenomen dat het vereiste dat de rechtshandeling een oorzaak moet hebben, niet van openbare orde is. Dit betekent dat de sanctie de relatieve nietigheid is (zie Brussel, 2 februari 1977, *J.T.*, 1977, 472, *Rev. Not. B.*, 1977, 591) en dat partijen van de wettelijke regeling mogen afwijken (zie De Page, *L'obligation abstraite*, Brussel, 1957, 175 e.v.; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 361 e.v. en *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 458-459; Van Lier, ,,Les garanties dites à première demande ou abstraites'', *J.T.*, 1980, 350 e.v.; *anders*: Coipel, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, 208). In verband met abstracte verbintenissen zie ook nog Cass., 30 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 832 (wisselbrief); Brussel, 27 september 1978, *B.R.H.*, 1979, 268 (borgtocht).

Een verbintenis is niet noodzakelijk zonder oorzaak, indien de oorzaak niet is aangeduid (art. 1132 B.W.; Rb. Brussel, 5 november 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9655).

82. NOODZAKELIJK BESTAAN VAN EEN OORZAAK (vervolg) – KWIJTING VOOR SALDO VAN REKENING — Een W.A.M.-verzekeraar keert aan het slachtoffer van een door zijn verzekerde veroorzaakt verkeersongeval een bedrag uit met het oog op een definitieve schadevergoeding. Het slachtoffer tekent een kwijtschrift voor saldo van rekening. Achteraf komt vast te staan dat het ongeval niet aan de schuld van de verzekerde te wijten is. Kan de verzekeraar dan de uitgekeerde vergoeding

terugvorderen, daar de jegens het slachtoffer aangegane verbintenis zonder oorzaak is?

Een gedeelte van de rechtspraak heeft gemeend deze vraag bevestigend te moeten beantwoorden (Rb. Brussel, 12 maart 1970, *De Verz.*, 1970, 881, met noot R.B.; *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8518; Vred. Deurne, 24 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 1851, noot C. *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8884). Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze terecht verworpen. De regeling tussen de verzekeraar en de benadeelde ontleent haar oorzaak niet aan de onderliggende verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer, maar berust op een eigen oorzaak. Deze oorzaak is de bedoeling van de verzekeraar en de benadeelde om het schadegeval definitief te regelen (Cass., 2 juni 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 931; zie ook Cass., 18 oktober 1979, *De Verz.*, 1980, 133; zie voorts de rechtspraak aangehaald door Dirix, E., noot onder Arbrb. Brussel, 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 198).

83. ONGEOORLOOFDE OORZAAK – BUITENECHTELIJKE VERHOUDING — Alhoewel blijkbaar geen principiële waarde meer gehecht mag worden aan het onderscheid tussen interne en externe oorzaak (*supra*, nr. 81), is deze distinctie in de praktijk toch nog nuttig om het traditionele verschil tussen ongeoorloofd voorwerp en ongeoorloofde oorzaak te verduidelijken. Bij wederkerige contracten is de *interne* oorzaak van de verbintenis van de ene partij het voorwerp van de verbintenis van de wederpartij (vgl. Cass., 29 september 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 121). De gevallen waarin de interne oorzaak strijdig is met de openbare orde en de goede zeden, zijn reeds behandeld onder de hoofding „ongeoorloofd voorwerp" (*supra*, nrs. 72 e.v.).

Een overeenkomst is absoluut nietig wegens een ongeoorloofde *externe* oorzaak, wanneer de doorslaggevende beweegreden of één van de determinerende motieven die één of beide partijen tot contracteren hebben bewogen, strijdig is met de openbare orde of de goede zeden. In deze gevallen is enkel de oorzaak, niet het voorwerp ongeoorloofd.

Wat deze laatste groep gevallen betreft, komen in rechtspraak en rechtsleer vooral contracten aan de orde die gesloten werden tussen personen die in concubinaat leven. In een groot aantal vonnissen en arresten werd de regel bevestigd dat een overeenkomst tussen personen die buiten het huwelijk geslachtsbetrekkingen onderhouden of onderhouden hebben, een ongeoorloofde oorzaak heeft en derhalve absoluut nietig is, indien één der determinerende motieven ervan is geweest het doen ontstaan, het in stand houden of het vergoeden van die buitenechtelijke sexuele relatie (Cass., 23 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1098; Brussel, 16 oktober 1972, *T.Not.*, 1976, 65; Brussel, 13 maart 1973, *T.Not.*, 1974, 264; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, nr. 21821; Brussel, 6 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1260; Brussel, 14 oktober 1975, *J.T.*, 1975, 713, noot G. Bricmont en M. Humblet; Brussel, 7 december 1976, *Rec. Enr. Not.*, 1978, nr. 22187; *Rev. Not. B.*, 1977, 300, noot N. Jeanmart; Bergen, 9 september 1975, *Rec. Enr. Not.*, 1978, nr. 22239; Luik, 27 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 89; Antwerpen, 23 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 211; Gent, 9 januari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2079; Rb. Luik, 2 november 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 299; Rb. Brussel, 14 fe-

bruari 1974, *Rev. Not. B.*, 1975, 599; Rb. Luik, 7 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 107; Rb. Hasselt, 13 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2164; Arbrb. Doornik, 27 oktober 1978, *J.T.T.*, 1979, 103; Vred. Borgloon, 17 januari 1979, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 82; wat de rechtsleer betreft, zie o.m. Vandenberghe, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, Leuven, 1970, 112 e.v.; Jeanmart, N., *Les effets civils de la vie en commun en dehors du mariage*, Brussel, 1975, 48 e.v.; Jeanmart, N., ,,La vie en commun hors mariage'', in *Feitelijke scheiding – Feitelijk samenleven*, Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (ed.), Gent, 1978, 70 e.v.; Bax, M., ,,Kroniek Personen en Familierecht (1977-79)'', *R.W.*, 1979-80, 1687 e.v.; Baeteman, G. en Gerlo, J., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 785 e.v.; Raucent, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 269-270).

Uit het voorgaande volgt dat alleen wanneer het bestaan van bovengenoemde immorele doorslaggevende drijfveer bewezen is, het contract een ongeoorloofde oorzaak heeft. In beginsel zijn overeenkomsten tussen concubinerenden dus geldig (zie o.m. Cass., 13 november 1953, *Arr. Cass.*, 1954, 167; Cass., 23 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1098; Brussel, 6 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1260; Antwerpen, 23 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 211; Rb. Luik, 2 november 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 299; Rb. Luik, 7 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 107).

Heeft een dading waarin verzaakt wordt aan een vordering tot absolute nietigverklaring van een legaat aan een bijzit een ongeoorloofde oorzaak? Het Hof van Beroep te Luik meent dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, zo partijen niet essentieel tot doel hadden te verzaken aan de nietigverklaring of uitwerking te bezorgen aan het legaat, maar wel om een geding ter vermijden waardoor de goede naam van de *de cujus* en zijn familie in opspraak zou gebracht worden (Luik, 27 februari 1973, *J.T.*, 1974, 102; *Jur. Liège*, 1973-74, 193; zie ook *supra*, nr. 80). Erg overtuigend is deze uitspraak niet, want men kan toch niet ontkennen dat één van de determinerende beweegredenen voor het sluiten van de dading was te verhinderen dat een legaat, dat wellicht een ongeoorloofde oorzaak had, vernietigd zou worden (zie Herbots, J. en Stubbe-Pauwels, A.-M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1975, 1162).

Op degene die beweert dat het contract een ongeoorloofde oorzaak heeft, rust de *bewijslast* dat één van de doorslaggevende beweegredenen het ontstaan, het instandhouden of het vergoeden van de buitenechtelijke sexuele relatie was. De feitenrechter beoordeelt op soevereine wijze het bestaan van dergelijke beweegreden (Cass., 23 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1098; zie ook Cass., 5 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 519). Zo werd beslist dat het loutere feit dat iemand een cheque van 20.000 BF aan de exploitant van een bar overhandigt ter betaling van geconsumeerde dranken, nog niet bewijst dat de betrokken overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak had (Vred. Messancy, *Jur. Liège*, 1977-78, 104).

Terwijl vroeger het bewijs van het bestaan van het al dan niet overspelig concubinaat vaak aanvaard werd als vermoeden — *juris tantum* — dat een schenking tussen concubinerenden een ongeoorloofde oorzaak had (zie nog Brussel, 13 maart 1973, *Rec. gen. Enr. Not.*, 1974, nr. 21821), blijkt de heersende rechtspraak zich daar nu niet meer mee tevreden te stellen. Het specifieke bewijs wordt

geëist dat de schenking tot doel had de buitenechtelijke geslachtsbetrekkingen te bevorderen of te vergoeden (zie Brussel, 6 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1260; Brussel, 7 december 1976, *Rev. Not. B.*, 1977, 300, noot N. Jeanmart; Luik, 24 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 81; Luik, 27 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 89; Antwerpen, 23 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 211; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1688).

Op de bijzit rust derhalve niet de bewijslast dat het contract een geoorloofde oorzaak had, b.v. vergoeding voor bewezen diensten, vergoeding voor berokkende schade, tegemoetkoming in geval van behoeftigheid van de bijzit en haar of zijn eventuele kinderen, e.d.m. Dat het contract geldig is, wanneer de bijzit dit bewijs toch levert, spreekt vanzelf. Derhalve, indien bewezen is dat een legaat tot doel had ,,d'empêcher sa concubine de vivre dans la misère'', dan heeft deze rechtshandeling een geoorloofde oorzaak (Rb. Luik, 7 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 107; zie ook Brussel, 6 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1260; vgl. Antwerpen, 23 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 211). Evenzo is geldig het legaat aan een bijzit omwille van de zorgen die deze aan de oude en ziekelijke moeder van de testator heeft verstrekt (Rb. Luik, 7 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 107; zie ook Luik, 27 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 89). En louter affectieve betrekkingen tussen niet in concubinaat levende personen en tussen wie geen buitenechtelijke sexuele betrekkkingen bewezen zijn, laten uiteraard niet toe te besluiten dat de tussen partijen gesloten wederkerige overeenkomst ten bezwarende titel een ongeoorloofde oorzaak heeft (Rb. Hasselt, 13 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2164; *cf.* Cass., 5 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 519, noot W.G.).

Het lijdt geen twijfel dat de bewijsregeling — bewijzen i.v.m. beweegredenen zijn immers moeilijk te leveren en te beoordelen — een grote appreciatievrijheid aan de rechter geeft en hem vaak de mogelijkheid biedt om tot het door hem gewenste resultaat te komen. Zoals men weet, heerst bij rechters — zoals bij de meeste andere bevolkingsgroepen — geen eensgezindheid dienaangaande.

84. ONGEOORLOOFDE OORZAAK - ANDERE TOEPASSINGEN — De lening toegestaan aan een persoon om hem de mogelijkheid te bieden zich verder over te geven aan *spelen en weddenschappen*, heeft een ongeoorloofde oorzaak. De lening toegestaan *na afloop* van het spel om de speler in staat te stellen zijn speelschulden te betalen, is daarentegen geoorloofd (Kh. Verviers, 28 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 141; De Page, V, nr. 300).

De overeenkomst i.v.m. de exploitatie van *gemeubelde kamers* voor buitenechtelijke geslachtsbetrekkingen is strijdig met de goede zeden (Luik, 22 november 1979, *Jur. Liège*, 1980, 1).

Het feit dat tussen de prestaties van de partijen in een overeenkomst een *wanverhouding* bestaat, sluit niet in dat de oorzaak van die overeenkomst aan de zijde van één of van beide partijen ongeoorloofd is (Cass., 25 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 343; zie i.v.m. de theorie van de gekwalificeerde benadeling *supra*, nr. 66).

De verzekering van *smokkelwaar* heeft een ongeoorloofde oorzaak, wanneer partijen hiermee beogen de belastingfraude in de hand te werken en haar risico's (verbeurdverklaring en geldboeten) uit te sluiten (zie Scheidsr. Uitspr., 9 juni 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 230, noot E. Dirix).

Een *gesimuleerde overeenkomst* is absoluut nietig, wanneer zij tot doel heeft een wetsbepaling die de openbare orde raakt, te ontduiken (Brussel, 28 juni 1976, *Rev. Not. B.*, 1977, 198; *cf. supra*, nr. 41).

Een verkoopsovereenkomst tussen twee geneesheren m.b.t. een röntgenstraaltoestel en waarin duidelijk verwezen wordt naar de in het vooruitzicht gestelde benoeming van de koper als *radioloog* in het ziekenhuis waar de verkoper hoofdgeneesheer is, en naar de verwerving van diens cliënteel, heeft een ongeoorloofde oorzaak (zie Rb. Mechelen, 21 januari 1975, *R.W.*, 1977-78, 1649; *cfr.* art. 18, lid 2, K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst).

85. ONGEOORLOOFDE OORZAAK – MOET DEZE GEMEEN ZIJN AAN BEIDE PARTIJEN? — Dient een overeenkomst absoluut nietig te worden verklaard, indien slechts in hoofde van één der partijen de determinerende beweegreden of één van de doorslaggevende motieven strijdig is met de openbare orde of de goede zeden?

Wat de eenzijdige contracten betreft — b.v. een schenking — wordt hierop meestal bevestigend geantwoord (Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 342 en de verwijzingen). Hetzelfde geldt voor de eenzijdige rechtshandelingen, zoals een testamentaire beschikking (Van Ommeslaghe, P., *l.c.*, 343 en de verwijzingen). Anders is het voor de wederkerige contracten ten bezwarende titel. Een bevestigende beantwoording van de vraag zou betekenen dat de partij die een geoorloofd doel nastreefde ook steeds gesanctioneerd zou worden. Dit wordt als onrechtvaardig ervaren en daarom nemen rechtsleer en rechtspraak in ons land veelal aan dat de ongeoorloofde doorslaggevende beweegreden *gemeen* moet zijn aan beide partijen om tot nietigheid te kunnen besluiten (over de juridische grondslag van deze regel, zie *infra*, nr. 86). Maar wat moet daar onder worden verstaan? Volstaat de *loutere kennis* in hoofde van de wederpartij of vereist men iets meer, nl. de *bedoeling mee te werken* aan de verwezenlijking van het ongeoorloofde oogmerk? Rechtspraak en rechtsleer zijn verdeeld op dit punt (zie Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 342-343 en 355-357; De Bersaques, A., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 24 en 26 en de verwijzingen).

Het Hof van Beroep te Brussel — zich kennelijk inspirerend op bovengenoemde studie van Van Ommeslaghe — is van oordeel dat de doorslaggevende beweegredenen in hoofde van elk der partijen slechts in aanmerking komen voorzover zij zijn ,,entrés dans le champ contractuel'' op het ogenblik van de contractsvorming. En het Hof lichtte toe: ,,il faut que les deux parties aient admis, soit expressément, soit tacitement, que ces mobiles soient une condition même de la convention''. De loutere kennis volstaat daar niet voor. Nodig is dat ,,le caractère déterminant de ce mobile et son efficacité juridique soient connus ou ne puissent être ignorés par l'autre partie et aient été acceptés, fût ce tacitement, comme éléments du contrat'' (Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591; zie Van

Ommeslaghe, P., *l.c.*, 356-357; zie ook Vred. Etterbeek, 9 mei 1977, *T.Vred.*, 1979, 75).

86. DE RECHTSSPREUK „NEMO AUDITUR..." — De rechtsspreuk *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* betekent in het raam van het contractenrecht hoofdzakelijk dat een contractspartij de *uitvoering* van een met de openbare orde of goede zeden strijdige overeenkomst niet in rechte mag vorderen. Het adagium geldt evenzeer voor overeenkomsten met een onwettig voorwerp als voor contracten waarvan de externe oorzaak ongeoorloofd is (zie Cass., 24 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 98 (het Hof vermeldt het adagium niet, maar steunt de regel op art. 1131 B.W.); Rb. Doornik, 14 april 1972, *Revue juridique du Hainaut*, 1972, 37; Arbrb. Verviers, 9 februari 1978, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10072; Vred. Doornik, 24 december 1974, *T. Vred.*, 1975, 202; *cf.* Rouen, 2 oktober 1973, *Rev. Not. B.*, 1976, 104).

Het adagium mag echter — volgens een groot gedeelte van de rechtsleer en rechtspraak — niet ingeroepen worden tegen de contractspartij die zich op het ongeoorloofd karakter van voorwerp of oorzaak van de overeenkomst beroept om de *absolute nietigheid* te eisen van de overeenkomst en zich zodoende aan zijn verbintenissen te onttrekken (zie Cass., 19 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1008; Brussel, 16 oktober 1972, *T. Not.*, 1976, 65; Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1978, nr. 22239; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 467). Wanneer dit juist is, kan men de regel *Nemo auditur...* niet inroepen ter verrechtvaardiging van het standpunt dat de eis tot nietigverklaring door de partij die een ongeoorloofd oogmerk nastreefde, afgewezen moet worden, wanneer de wederpartij niet de bedoeling had mee te werken aan de verwezenlijking van het ongeoorloofd oogmerk of daarvan zelfs niet op de hoogte was (zie *supra*, nr. 85; De Page, *Traité*, I, nr. 94, p. 133).

De vraag rijst echter of de voorgaande regel nog zonder meer geldt sinds het Hof van Cassatie in het arrest van 8 december 1966 de *facultatieve* toepassing door de rechter van de rechtsspreuk *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* heeft erkend (*Arr. Cass.*, 1967, 450; *infra*, nr. 87). De rechter kan de eis tot teruggave van het in uitvoering van een ongeoorloofde overeenkomst gepresteerde weigeren in te willigen. Doet de rechter dit, dan betekent zulks in feite dat hij de gehele of gedeeltelijke *uitvoering* van een absoluut nietige overeenkomst bekrachtigt. Erkent men de faculatieve toepassing van het adagium *Nemo auditur...* op de eis tot absolute nietigverklaring van het contract, dan betekent dit eveneens dat de rechter in feite gemachtigd is te beslissen of deze overeenkomsten al dan niet uitgevoerd moeten worden (vgl. Van Gerven, W. *Algemeen Deel*, Antwerpen, 1969, nr. 132, p. 424; Luik, 16 oktober 1969, *Pas.*, 1970, II, 9; zie ook Brussel, 22 januari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2098). Maar dan rijst onmiddellijk een nieuwe vraag: wordt hierdoor geen afbreuk gedaan aan artikel 1131 B.W., dat bepaalt dat ongeoorloofde overeenkomsten geen gevolgen kunnen hebben?

87. DE RECHTSSPREUK „IN PARI CAUSA..." — De rechtsspreuk *„In pari causa turpitudinis cessat repetitio"* houdt in dat de rechter de *terugvordering* afwijst

van hetgeen in uitvoering van een met de openbare orde of goede zeden strijdige overeenkomst werd gepresteerd. In het arrest van 8 december 1966 had het Hof van Cassatie deze regel erkend, maar tevens laten verstaan dat het hier om een voor de rechter facultatieve en dus niet verplichte norm gaat (*Arr. Cass.*, 1967, 450 en de conclusie van Procureur-Generaal R. Hayoit de Termicourt).

In veel duidelijkere bewoordingen heeft het Hof van Cassatie dit bevestigd in het arrest van 24 september 1976: ,,Overwegende dat, zo de rechter kan weigeren de terugvordering in te willigen, hetzij omdat hij van oordeel is dat het aldus aan een van de contractanten toegekende voordeel de preventieve rol van de sanctie van absolute nietigheid, door artikel 1131 van het Burgerlijk Wetboek gesteld, in het gedrang zou brengen, hetzij nog omdat hij meent dat de sociale orde vereist dat een van de medecontractanten zwaarder moet worden getroffen, hij echter niet verplicht is dit te doen vermits het adagium *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* geen verplichte norm is'' (*Arr. Cass.*, 1977, 100).

In dit arrest heeft het Hof van Cassatie ook duidelijk gesteld, dat de terugvordering het *normaal gevolg* is van de door artikel 1131 B.W. gestelde nietigheid en dat deze eis door de rechter op grond van de artikelen 1235 en 1376 B.W. ingewilligd kan worden (*Arr. Cass.*, 1977, 100; Brussel, 16 oktober 1972, *T. Not.*, 1976, 65; Rb. Dinant, 15 december 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22338, noot; Vred. Doornik, 24 december 1974, *T. Vred.*, 1975, 202). Dit betekent dat de toepassing van het adagium *In pari causa...* de *uitzondering* op de regel vormt.

Uit het hierboven aangehaalde citaat blijkt voorts dat het Hof van Cassatie de toepassing van genoemde rechtsspreuk in *twee gevallen* verantwoord acht: 1° wanneer de rechter oordeelt dat de teruggave de *preventieve uitwerking* van de nietigheidssanctie in het gedrang zou brengen; 2° wanneer de rechter oordeelt dat de sociale orde vereist dat één der partijen strenger gestraft moet worden (*repressieve uitwerking* van de nietigheidssanctie) (zie ook Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, nr. 22239; Vred. Doornik, 24 december 1974, *T. Vred.*, 1975, 206-207).

Tenslotte is genoemd arrest van het Hof van Cassatie belangrijk omdat het de rechtsspreuk toepast op een overeenkomst strijdig met de *openbare orde — in casu* de wetgeving inzake de bevoorrading in textielprodukten —, daarmee terecht de stelling afwijzend dat het adagium alleen zou gelden voor overeenkomsten die inbreuk plegen op de *goede zeden* (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 495-496; zie ook Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 467-469 en de vele verwijzingen; anders: Vred. Doornik, 24 december 1974, *T. Vred.*, 1975, 206).

88. RECHTSSPREUK ,,IN PARI CAUSA...'' (vervolg) — Een man had een reeks schenkingen aan een vrouw gedaan met het oog op het instandhouden van hun buitenechtelijke sexuele relatie. Wanneer na verloop van tijd hun verhouding toch afgebroken wordt, eist de man de teruggave van de geschonken goederen, daar de betrokken overeenkomsten strijdig waren met de goede zeden. De Burgerlijke Rechtbank te Brussel willigde deze eis in (14 februari 1974, *Rev. Not. B.*, 1975, 559). Het Hof van Beroep te Brussel meende echter, op grond van het adagium *In*

pari causa turpitudinis cessat repetitio, de vordering tot teruggave te moeten afwijzen, vermits anders ,,le partenaire ayant usé de procédés déloyaux'' niet gestraft zou zijn (Brussel, 14 oktober 1975, *J.T.*, 1975, 713, noot G. Bricmont en M. Humblet).

Sommige auteurs zijn blijkbaar zo geschrokken van het feit dat rechters door de toepassing van het *adagium* op schenkingen aan bijzitten, deze laatsten een zekere bescherming kunnen verlenen ten koste van het wettige gezin, dat zij zonder meer voorstellen de rechtsspreuk niet toepasselijk te verklaren op contracten ten kosteloze titel (zie Bricmont, G. en Humblet, M., *l.c.*, 713-714; Baeteman, G. en Gerlo, J., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 786-787; Raucent, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 270-271).

Zo'n radicale maatregel lijkt noch nodig, noch wenselijk. Inderdaad, er werd reeds op gewezen dat de toepassing van het adagium slechts uitzonderlijk kan zijn (*supra,* nr. 87). De rechter zal met name moeten nagaan of de preventieve of repressieve uitwerking van de nietigheidssanctie de weigering van de vordering tot teruggave noodzaakt. C. Renard, E. Vieujean en Y. Hannequart citeren trouwens verschillende gevallen waarin de toepassing van de rechtsspreuk op schenkingen aan bijzitten gewettigd voorkomt. Zo schrijven zij: ,,En cas de concubinage, la répétition pourrait être refusée, s'il apparaissait que le concubin a précisément tenté de se servir de la menace de la perte des avantages matériels pour retenir une compagne qui voudrait rompre. L'intentement de l'action en nullité ne pourrait alors être interprété comme marquant la volonté d'anéantir le passé, mais bien comme dénonçant une nouvelle manœuvre illicite exclusive de tout repentir'' (Les Novelles, *Droit civil,* IV, 1, nr. 1196ter; *anders:* Bricmont, G. en Humblet, M., *l.c.*, 713-714 en de aldaar aangehaalde Franse rechtsleer).

AFDELING IV

DE GEVOLGEN VAN HET CONTRACT

A. De gevolgen tussen partijen

a. *De interpretatie van het contract*

89. DE ARTIKELEN 1156-1164 B.W. - RAADGEVINGEN OF RECHTSREGELS? — Dienen de in de artikelen 1156 tot en met 1164 B.W. vermelde interpretatieregels beschouwd te worden als gewone raadgevingen aan de rechter of vormen zij werkelijke rechtsregels met een suppletief karakter? Gaat het hier slechts om richtlijnen voor de rechter, dan kan de schending van deze bepalingen niet tot cassatie leiden. Immers, het Hof van Cassatie neemt slechts kennis van beslissingen in laatste aanleg die voor het hof worden gebracht *wegens overtreding van de wet* of wegens schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen (art. 608 Ger. W.).

Gedurende vele jaren hebben de heersende rechtsleer en rechtspraak in ons land aangenomen dat de bepalingen van de artikelen 1156 tot en met 1164 B.W.

slechts aanbevelingen voor de rechter bevatten en geen rechtsregels waarvan voor het Hof van Cassatie de schending kan worden ingeroepen (Cass., 22 mei 1868, *Pas.*, 1868, I, 380 (m.b.t. art. 1156, 1157, 1158, 1160 en 1162 B.W.); Cass., 18 november 1915, *Pas.*, 1915-16, I, 494 (m.b.t. art. 1157, 1158 en 1163 B.W.); Cass., 7 augustus 1925, *Pas.*, 1925, I, 386 (m.b.t. art. 1156 B.W.); Cass., 9 oktober 1964, *Pas.*, 1965, I, 132 (m.b.t. art. 1162 B.W.); De Page, H., *Traité*, II, nr. 565, p. 551; Dekkers, R., *Handboek*, II, nr. 109, p. 64).

In zijn Mercuriale van 1 september 1978 stelt Procureur-Generaal F. Dumon de vraag of de traditionele leer van het Hof van Cassatie niet aan herziening toe is en of men niet moet beslissen ,,dat, hoewel de rechter zeer vrij is om in de hem voorgelegde gevallen al dan niet toepassing te maken van de artikelen 1156 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, hij, ... geen uitleggingsmethodes mag aanwenden welke bij die artikelen worden verboden, of zelfs dat hij evenmin de toepassing ervan mag weigeren wanneer uit zijn vaststellingen volgt dat hij ze had moeten toepassen. Dan kunnen genoemde artikelen evenwel niet langer meer beschouwd als gewone raadgevingen, doch vormen zij werkelijke rechtsregels met een suppletief karakter'' (Dumon, F., ,,De motivering van vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten'', *Arr. Cass.*, 1978-79, 38-39).

Een grondige bespreking van deze problematiek valt uiteraard buiten het bestek van een overzicht als het onderhavige. Ik moge dan ook volstaan met enkele kanttekeningen. Vooreerst dient vastgesteld dat de traditionele leer toch wel erg radikaal is: zonder meer vaststellen dat een hele reeks bepalingen in het Burgerlijk Wetboek geen wetten zijn, maar aanbevelingen aan de rechter, zonder dat daarvoor in de wetteksten zelf of in de wetsgeschiedenis duidelijke aanwijzingen te vinden zijn, doet toch de vraag rijzen of de rechterlijke macht hier haar bevoegdheden niet te buiten is gegaan. In de tweede plaats kan men moeilijk ontkennen dat heel wat inrepretatieregels vervat in artikel 1156 e.v. B.W. toepassingen zijn van het beginsel van de wilsautonomie, de grondslag van ons contractenrecht. Tot nader order is die theorie van de wilsautonomie geen aanbeveling, maar een fundamenteel rechtsbeginsel dat de rechters moeten eerbiedigen (*supra*, nrs. 10-11). F. Dumon schrijft terecht dat overeenkomstig de traditionele leer het Hof van Cassatie de beslissing niet zou kunnen censureren van een rechter die, in strijd met het bepaalde van artikel 1156 B.W., zou zeggen dat hij zich altijd aan de letterlijke betekenis van de woorden moet houden en die dientengevolge zou beslissen dat hij het daarbij houdt om de zin en de draagwijdte van een hem voorgelegde akte te bepalen (*o.c.*, 38). Dat gaat toch te ver.

Het Hof van Cassatie is voor deze kritiek niet ongevoelig gebleken. Dit bleek vooreerst t.a.v. de draagwijdte van artikel 1162 B.W., dat bepaalt dat in geval van twijfel de overeenkomst uitgelegd wordt ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft. In een arrest van 29 januari 1975 overwoog het Hof van Cassatie reeds dat ,,nu de rechter niet aanneemt dat de draagwijdte van het beding voor twijfel vatbaar is, hij artikel 1162 van het Burgerlijk Wetboek niet hoefde toe te passen'' (Cass., 29 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 616; zie ook Cass., 23 december 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 526). Beslissen dat de rechter in een bepaald geval deze bepaling niet hoeft

toe te passen is moeilijk te verenigen met de leer dat het hier slechts om een raadgeving voor de rechter zou gaan (Dumon, F., *l.c.*, 38). Ook verschillende vooraanstaande auteurs verdedigden de stelling dat artikel 1162 B.W. — in tegenstelling tot de andere bepalingen van de artikelen 1156-1164 B.W. — geen richtlijn maar een rechtsregel bevat (Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 501; Vandeputte, R., *o.c.*, 105). Het Hof van Cassatie hakte de knoop definitief door in het arrest van 22 maart 1979: in geval van twijfel over de zin of over de draagwijdte van een overeenkomst, d.w.z. als uit de gegevens uit of buiten de akte niet kan worden opgemaakt wat de zin of de draagwijdte van die overeenkomst is, *moet* het contract, krachtens artikel 1162 B.W., door de rechter worden uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft (*Arr. Cass.*, 1978-79, 860). En het Hof voegde daaraan toe dat artikel 1162 B.W. een wettelijke bepaling is in de zin van artikel 608 Ger. W. waarvan de schending tot cassatie kan leiden *(ibid.)*.

Mag uit het voorgaande worden afgeleid dat ook de andere in de artikelen 1156-1164 B.W. vervatte interpretatieregels suppletieve wetsbepalingen zijn of geldt het hier een uitzonderlijke regeling voor artikel 1162 B.W., zoals P. Van Ommeslaghe en R. Vandeputte beweren? M.i. heeft het Hof van Cassatie deze vraag impliciet beantwoord in het arrest van 27 april 1979. Hierin stelt het Hof duidelijk dat ,,de rechter *verplicht is* krachtens artikel 1156 van het Burgerlijk Wetboek de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen na te gaan'' (*Arr. Cass.*, 1978-79, 1025). Daar het merendeel van de overige interpretatieregels beschouwd kunnen worden als toepassingen van artikel 1156 B.W. en daar artikel 1160 B.W. in het verlengde ligt van artikel 1135 B.W., lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de artikelen 1156 tot en met 1164 B.W. suppletieve rechtsregels zijn waarvan de schending door de rechter tot cassatie kan leiden.

Nu de traditionele leer blijkbaar verlaten is, blijven er toch nog een aantal belangrijke problemen. De twee voornaamste zijn m.i.: ten eerste, bestaan er nog andere interpretatieregels dan deze die in de artikelen 1156-1164 B.W. worden opgesomd? en ten tweede, in welke volgorde dienen de interpretatieregels te worden toegepast? Wat dit laatste betreft kan de lezing worden aanbevolen van Boré, J., ,,Un centenaire: le contrôle par la Cour de Cassation de la dénaturation des actes'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1972, nr. 117, p. 304-305; zie ook Dirix, E., en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2393-2396).

90. GEMEENSCHAPPELIJKE BEDOELING DER PARTIJEN (art. 1156 B.W.) — In ons recht primeert in beginsel de werkelijke wil op de wilsverklaring (zie o.m. Dumon, F., ,,De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten'', *Arr. Cass.*, 1978-79, 1 e.v. en i.h.b. nrs. 25 e.v., Causin, E., ,,L'interprétation des contrats écrits vue à travers le contrat d'assurance'', *De Verz.*, 1980, 257, e.v.). Daarom bepaalt artikel 1156 B.W. dat men in de overeenkomsten moet nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich te houden aan de letterlijke betekenis van de woorden. Deze regel beheerst de wijze waarop de rechter overeenkomsten dient te interpreteren (zie o.m. Cass., 18 september 1975, *Arr.*

Cass., 1976, 88; Cass., 10 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 299; Brussel, 29 november 1973, *J.T.*, 1979, 339; Gent, 6 januari 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22374; Rb. Dendermonde, 12 maart 1975; *T. Not.*, 1975, 248; Vred. Spa, 26 juli 1979, *Pas.*, 1975, III, 21; zie ook Brussel, 18 mei 1976, *J.T.*, 1979, 220, noot P. Rigaux en P. Roche).

Bij de interpretatie van een overeenkomst dient de rechter het beginsel overeenkomst-wet te eerbiedigen (*cf.* art. 1134, lid 1 B.W.; zie Matthijs, J. en Baeteman, G., *o.c.*, *T.P.R.*, 1966, 236 e.v.). De verbindende kracht van een overeenkomst wordt echter niet miskend door de rechter die aan een overeenkomst het gevolg toekent dat zij, volgens de interpretatie die hij er, overeenkomstig de gemeenschappelijke bedoeling der partijen, aan geeft, wettelijk tussen die parijen heeft (zie *supra*, nr. 12, en de vele verwijzingen aldaar; *adde*: Cass., 28 maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 833; Cass., 27 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1163; Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 375; Cass., 28 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 623; Cass., 29 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 250; Cass., 26 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1120; Cass., 10 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 299).

Wanneer in een verzekeringspolis een bijzonder getypt beding en een daarmee strijdige gedrukte bepaling in de algemene voorwaarden voorkomen, dient de voorkeur te worden gegeven aan het bijzondere beding, daar dit de duidelijke bedoeling van de partijen weergeeft (Scheidsr. Uitspr., 17 december 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 441; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 497).

Voorzover hij de bewijskracht van de akte niet miskent, beoordeelt de feitenrechter soeverein de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen (Cass., 5 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 268; Cass., 9 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 156. Zie ook Dumon, F., *l.c.*, p. 54 e.v., nrs. 37 e.v.; Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 860).

De rechter die oordeelt dat door een forfaitair schadebeding, dat enkel bedoeld werd voor de vertragingsschade, ook de schade wegens meerkosten ingevolge voltooiing van de werken door derden wordt gedekt, geeft een interpretatie van het boetebeding die niet te verenigen is met de bewoordingen van de akte waarin dit is opgenomen en miskent aldus de bewijskracht van deze akte (Cass., 3 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 155; *T. Aann.*, 1979, 407, noot K. Ver Berne).

De bewijskracht van de akten wordt echter niet miskend door de rechter die, zonder de bewoordingen van een uit te leggen akte te miskennen, zich op extrinsieke omstandigheden beroept, om de werkelijke draagwijdte te bepalen welke de partijen aan de akte hebben willen geven (Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 375; Cass., 2 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 908).

91. GEMEENSCHAPPELIJKE BEDOELING DER PARTIJEN (art. 1156) – EXTRINSIEKE OMSTANDIGHEDEN — De bevoegdheid van de rechter om een overeenkomst uit te leggen is niet beperkt tot de interpretatie van de bewoordingen welke de partijen hebben gebruikt in het contract tot vaststelling van die overeenkomst (Cass., 18 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 88). M.a.w. naast de bewoordingen van het contract zelf mag de rechter een beroep doen op *extrinsieke omstandigheden* om

de werkelijke draagwijdte te bepalen die partijen aan de overeenkomst hebben willen geven (zie Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 375; zie ook Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 860). Derhalve, wanneer de rechter de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen dient op te sporen, mag hij eveneens rekening houden met de kontekst van de overeenkomst, de begeleidende omstandigheden en meer in het bijzonder de wijze waarop de overeenkomst werd uitgevoerd (Bergen, 6 april 1976, *J.T.*, 1976, 425; zie ook Kh. Antwerpen, 11 oktober 1977, *De Verz.*, 1979, (485) 488; Vred. Schaarbeek, 6 maart 473, *T. Vred.*, 1974, 74).

In een verzekeringspolis werd bedongen dat de dekking van rechtswege en zonder aanmaning geschorst zou worden vanaf de vervaldag als de premie niet uiterlijk op de vijftiende dag na de vervaldag betaald was. Door de draagwijdte van de overeenkomst te bepalen aan de hand van de feitelijke uitvoering ervan, en door de elementen op te sommen waaruit volgt dat, niettegenstaande de termen van het beding, de werkelijke bedoeling van de partijen is geweest de schorsing van de dekking pas te laten intreden na ingebrekestelling en zulks vanaf de ingebrekestelling, maakt de rechter toepassing van artikel 1156 B.W. (Gent, 8 januari 1975, *R.W.*, 1976-77, 1319 en Cass., 30 april 1976, *R. W.*, 1976-77, 1313).

92. GEMEENSCHAPPELIJKE BEDOELING VAN DE PARTIJEN (art. 1156 B.W.) – KWALIFICATIE VAN DE OVEREENKOMST — Daar de feitenrechter de werkelijke bedoeling van de partijen dient te achterhalen, is hij uiteraard niet gebonden door de juridische kwalificatie die deze partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven.

Zie i.v.m. de kwalificatie van een *parkingcontract:*
Rb. Brussel, 24 oktober 1973, *J.T.*, 1974, 339; Vred. Oostende, 12 oktober 1976, *R.W.*, 1977-78, 2033;

— van een *leasingovereenkomst:*
Kh. Nijvel, 28 september 1972 en Brussel, 9 januari 1976, *B.R.H.*, 1976, 345, noot I.V.; Cour sup. Gr. Duché Luxembourg, 25 mei 1977, *J.T.*, 1977, 692, noot J.P. Mousel;

— van een *verhuiscontract:*
Brussel, 5 januari 1976; *Pas.*, 1976, II, 186; *Rev. Not. B.*, 1976, 315; Brussel, 21 januari 1976, *Pas.*, 1976, II, 203;

— van een overeenkomst tussen een *kliniek* en een *geneesheer:*
Arbh. Brussel, 31 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 183;

— van een zgn. *rentingcontract:*
Rb. Luik, 9 november 1976, *De Verz.*, 1977, 341; Brussel, 13 mei 1976 en Cass., 3 november 1977, *De Verz.*, 1977, 349, noot S., zie ook Kh. Oudenaarde, 2 maart 1976, *De Verz.*, 1977, 323;

— van een contract i.v.m. het exploiteren van een *steengroeve:* Brussel, 24 april 1979, *Pas.*, 1979, II, 93; *J.T.*, 1980, 374; zie ook De Page, IV, nr. 484 en de verwijzingen; Vred. Neufchâteau, 6 juli 1973, *T. Vred.*, 1976, 295;

— van een *,,bruiklening'' van een autovoertuig:*
Bergen, 10 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 14;

— van een *koopoptie:*
Brussel, 12 mei 1976, *Res et Jura Immobilia,* 1976, 273;
— van een overeenkomst gesloten tussen een *filmbedrijf* en een *actrice:*
Arbrb. Antwerpen, 22 maart 1972, *R.W.*, 1974-75, 1142;
— van een overeenkomst waarbij een *filiaalhoudster* als zelfstandige mandataris wordt aangesteld:
Arbh. Antwerpen, 9 november 1976, *T.S.R.*, 1977, 280;
— van een contract waarbij de *huurders van een handelspand* dit verder mogen gebruiken om hen in de gelegenheid te stellen een ander pand te zoeken:
Cass., 25 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1123;
— van een *scheidsrechterlijk beding:*
Luik, 21 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 25;
— van een *vervoercontract:*
Luik, 22 november 1977, *Jur. Liège,* 1977-78, 225;
— van een *brouwerijcontract:*
Brussel, 25 mei 1973, *R.W.*, 1974-75, 530.

Daar de feitenrechter door de kwalificatie die hij aan de overeenkomst geeft, beslist welke suppletieve en dwingende rechtsregels op de betrokken overeenkomst toepasselijk zijn, is zijn beslissing aan het toezicht van het Hof van Cassatie onderworpen (zie Dumon, F., *l.c.*, nr. 20).

93. INTERPRETATIE TEN NADELE VAN DEGENE DIE BEDONGEN HEEFT (art. 1162 B.W.) — In geval van twijfel over de zin of de draagwijdte van een overeenkomst, d.w.z. als uit de gegevens in of buiten de akte niet kan worden opgemaakt wat de zin of de draagwijdte van die overeenkomst is, moet het contract, krachtens artikel 1162 B.W., door de rechter worden uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft (Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 860, zie ook Bergen, 11 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 131; Brussel, 15 april 1971, *T. Aann.*, 1975, 269, noot M.-A. Flamme). Uit de door het Hof van Cassatie gekozen formulering blijkt dat artikel 1162 B.W. slechts kan worden toegepast door de rechter wanneer de andere in de artikelen 1156 e.v. B.W. vermelde interpretatieregels geen uitkomst bieden (zie ook Cass., 29 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 616).

Hij die zich in een overeenkomst ertoe verbonden heeft de door een partij geleden schade te vergoeden, is in het raam van artikel 1162 B.W., de partij die — m.b.t. dat beding — zich verbonden heeft, terwijl de andere partij bedongen heeft (Cass., 27 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1022). Degene die in een overeenkomst het voordeel van een beding tot vrijstelling van aansprakelijkheid geniet, is, m.b.t. dat beding, in het raam van artikel 1162 B.W., de partij die bedongen heeft, terwijl de andere partij zich verbonden heeft (Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 860; Cass., 7 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 23).

Uit deze laatste beslissing blijkt dat artikel 1162 B.W. niet noodzakelijk betekent dat de interpretatie ten voordele van de schuldenaar moet geschieden. In een exoneratiebeding gaat het immers om de aansprakelijkheid van de debiteur.

Artikel 1162 B.W. houdt hier dus in dat het beding ten voordele van de schuldeiser moet worden uitgelegd.

Uit dit laatste arrest kan ook een belangrijk argument geput worden voor de stelling dat toetredingscontracten geïnterpreteerd moeten worden ten voordele van de toetredende partij. Immers, deze algemene bedingen zijn opgesteld in het voordeel van de partij die ze heeft geredigeerd. Deze partij is dus degene die bedongen heeft en de toetreder is degene die zich verbonden heeft (*cf.* vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 501-503; zie ook *Kh.* Brussel, 23 april 1974, *B.R.H.*, 1974, 244, i.h.b. 250; Vred. Bergen, 28 juni 1976, *T. Vred.*, 1977, 133; Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 54, nr. 62; Herbots, J. ,,Interpretatievoorschriften voor handelsovereenkomsten en standaardbedingen. Een werkdocument van Unidroit'', *R.W.*, 1977-78, 2433 en 2442).

94. INTERPRETATIE TEN NADELE VAN DEGENE DIE BEDONGEN HEEFT (art. 1162 B.W.) (vervolg) — Het beding in een huurcontract dat alle herstellings- en onderhoudswerken, zowel grote als kleine en welke de oorzaak en de kosten ervan mogen zijn, ten laste zijn van de huurder zonder dat deze de terugbetaling ervan kan bekomen, moet desgevallend tegen de verhuurder geïnterpreteerd worden. Dit betekent, aldus de Vrederechter te Grivegnée, dat dit beding niet van toepassing is op de herstellingen die noodzakelijk geworden zijn door een gebrek in de bouw (19 maart 1975, *T. Vred.*, 1975, 225).

Maakt een juiste toepassing van artikel 1162 B.W. de rechter die beslist dat bedingen tot vrijstelling van aansprakelijkheid restrictief moeten worden uitgelegd en met name moeten worden geïnterpreteerd, in geval van twijfel, ten nadele van de partij in wiens voordeel het exoneratiebeding is gestipuleerd. Dit houdt in dat een in algemene bewoordingen opgesteld beding van niet-aansprakelijkheid zo moet geïnterpreteerd worden dat de aansprakelijkheid voor grove fout niet uitgesloten is (zie Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 860; Cass., 7 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 23; vgl. ook Brussel, 7 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 259).

Daar uit het beding in een aannemingscontract dat de afgewerkte gevelelementen vergeleken zullen worden met de neergelegde monsters, niet met zekerheid kan worden afgeleid of het openbaar bestuur dan wel de aannemer de monsters voor de uitvoering van het werk moest bezorgen, dient op grond van artikel 1162 B.W. deze contractsbepaling te worden geïnterpreteerd in het voordeel van de aannemer (Advies Hoog Comité van Toezicht, 9 maart 1972, *T. Aann.*, 1975, 63 noot Ph. Mathei).

95. RESTRICTIEVE INTERPRETATIE VAN BEDINGEN DIE VAN HET GEMEEN RECHT AFWIJKEN — Talrijk zijn de rechterlijke beslissingen waarin de regel wordt toegepast dat bedingen die van het gemene recht afwijken, restrictief moeten worden uitgelegd. Vooral t.a.v. exoneratiebedingen, uitdrukkelijk ontbindende bedingen en boetebedingen wordt regelmatig beroep gedaan op deze interpretatieregel (zie o.m. Cass., 22 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 860 (exoneratiebeding); Brussel 14 februari 1974, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9398, noot J.L. Fagnart

(exoneratiebeding); Brussel, 15 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9644 (exoneratiebeding); Bergen, 28 februari 1979, *Pas.*, 1979, II, 68 (uitdrukkelijk ontbindend beding); Brussel, 7 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 259 (exoneratiebeding); Rb. Oudenaarde, 21 november 1964, *T. Aann.*, 1975, 280, noot A. Moreels (waarborgclausule); Kh. Brussel, 5 oktober 1973, *B.R.H.*, 1974, 238 (boetebeding); Kh. Brussel, 23 april 1974, *B.R.H.*, 1974, 244 (boetebeding); Kh. Brussel, 24 september 1975, *B.R.H.*, 1976, 1 (expertiseovereenkomst); Rb. Gent, 22 maart 1972 en Gent, 22 maart 1974, *T. Aann.*, 1977, 266, noot R. Moors (conventionele inkorting van verjaringstermijn); Kh. Antwerpen, 25 april 1974, *Rechtspr. Antw.*, 1974, 175 (verzekeringscontract); Kh. Charleroi, 20 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 244 (boetebeding).

De juridische grondslag van de regel is niet erg duidelijk. Soms wordt verwezen naar artikel 1162 B.W. (zie Cass., 22 maart 1979, aangehaald; Brussel, 7 november 1979, aangehaald; Brussel, 15 mei 1975, aangehaald; *Novelles, Droit civil,* IV/2, nrs. 559-560); anderen roepen de vermoedelijke wil van de partijen in (zie Cass., 22 maart 1979, aangehaald); nog anderen steunen deze regel op de overweging dat een afstand van recht niet vermoed wordt (zie Cornelis, L., ,,Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation'', *R.C.J.B.*, 1981, 215 en de verwijzingen; zie i.v.m. afstand van recht nog Cass., 7 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 661 en de aldaar op p. 662 in voetnoot 4 vermelde rechtspraak; *adde:* Cass., 26 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1079); zeer vaak wordt echter niet de minste aanduiding i.v.m. de juridische grondslag van de regel gegeven (zie b.v. Kh. Antwerpen, 25 april 1974, *Rechtspr. Antw.*, 1974, 175; Kh. Brussel, 24 september 1975, *B.R.H.*, 1976, 1; Rb. Oudenaarde, 21 november 1964, *T. Aann.*, 1975, 280, kritische noot A. Moreels; Kh. Antwerpen, 30 juni 1970, *T. Aann.*, 1976, 40).

Kan men stellen, op grond van de regel dat van het gemeen recht afwijkende bedingen eng moeten worden uitgelegd, dat niet kan worden aangenomen in het geval van een in algemene bewoordingen geformuleerd exoneratiebeding dat partijen ook de aansprakelijkheid voor zware fout hebben willen beperken of uitsluiten? Zeer vaak wordt immers beweerd dat een beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid voor zware fout *expressis verbis* dient te beschieden (zie de talrijke verwijzingen bij Cornelis, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1981, 215, voetnoot 98).

In het arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 1979 wordt deze opvatting grotendeels goedgekeurd. ,,Overwegende — aldus het Hof — dat het arrest — van het Hof van Beroep te Bergen van 15 september 1977 (R.K.) — door vast te stellen, enerzijds, dat wegens de algemene bewoordingen van het beding tot vrijstelling van aansprakelijkheid niet kan worden aangenomen dat de partijen uitzonderlijk het geval van een grove fout in aanmerking hebben willen nemen en door erop te wijzen, anderzijds, dat de van het gemeen recht afwijkende bedingen een restrictieve draagwijdte hebben, beslist dat een bepaling van een overeenkomst volgens welke een partij zich mag vrijstellen van de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken, in geval van grove fout vanwege die partij nochtans enkel dan toepassing kan vinden, wanneer deze vrijstelling uitdrukkelijk in die contractuele bepaling voorkomt of daaruit noodzakelijk voortvloeit; Overwegende

dat het arrest bijgevolg, zonder de bewijskracht van de akten of de regels inzake het aangaan van de overeenkomsten of de verbindende kracht van de overeenkomsten te miskennen, zijn beslissing regelmatig motiveert en wettelijk verantwoordt'' (*Arr. Cass.*, 1978-79, 864-865). Opgemerkt dient evenwel dat het Hof van Cassatie de stelling nuanceert door te beslissen dat het beding van niet-aansprakelijkheid voor zware fout ofwel uitdrukkelijk moet zijn bedongen ofwel *noodzakelijk uit het* — algemener geformuleerde — *contractueel beding moet voortvloeien*. Dit laatste zal m.i. b.v. het geval zijn wanneer in het beding de aansprakelijkheid beperkt of uitgesloten wordt voorzover dit wettelijk toegelaten is. Daar een exoneratiebeding voor een zware persoonlijke fout geldig is, volgt noodzakelijkerwijze uit zo'n contractsbepaling dat deze aansprakelijkheid daaronder valt.

Alhoewel de door het Hof van Cassatie geformuleerd beperking belangrijk is, meen ik dat men wellicht nog wat verder moet gaan. Krachtens artikel 1156 B.W. komt het er bij de interpretatie op aan de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen te achterhalen. Wanneer een schriftelijk contract werd gesloten blijkt die bedoeling meestal uit de tekst zelf van die overeenkomst. Enkel wanneer de gebruikte bewoordingen niet klaar of duidelijk zijn of wanneer die bewoordingen wel duidelijk zijn maar door andere omstandigheden — b.v. andere clausules of extrinsieke omstandigheden — twijfel rijst omtrent de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, is er reden tot interpretatie. Welnu, in het merendeel der gevallen zijn de in standaard- en toetredingscontracten voorkomende algemene exonetatiebedingen klaar en duidelijk geformuleerd: de aansprakelijkheid wordt beperkt of opgeheven in de mate dat dit wettelijk toegelaten is (*cf.* art. 1157 B.W.: contract moet eerder geïnterpreteerd worden in een zin waarin het geldig is dan in een zin waarin het nietig zou zijn; *infra,* nr. 96). De rechter komt derhalve aan zijn motiveringsplicht tekort, indien hij geen juridisch aanvaardbare uitleg geeft waarom hij deze bedingen op een andere wijze meent te moeten interpreteren. Kortom, de rechter mag een overeenkomst slechts uitleggen indien zij niet duidelijk is en een uitlegging vereist (Cass., 22 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 229). Bovendien miskent de feitenrechter de bewijskracht van de geschreven akte, indien hij een daarin vervat beding op een van de normale, gebruikelijke betekenis afwijkende wijze interpreteert en dit niet voldoende motiveert (art. 1319, 1320 en 1322 B.W.; *cf.* Dumon, F., *o.c., Arr. Cass.*, 1978-79, p. 29 e.v., nrs. 21 e.v.

In wezen gaat het hier echter om een andere vraag: hoe kan de rechter paal en perk stellen aan de al te vergaande exoneratiebedingen in toetredingscontracten? Sinds het Hof van Cassatie in het arrest van 25 september 1959 de principiële *geldigheid* heeft erkend van bedingen waarbij de aansprakelijkheid voor zware fout wordt beperkt of uitgesloten (*Arr. Cass.*, 1960, 86), is een belangrijk middel weggevallen om deze misbruiken te beteugelen. Daarna heeft men gepoogd het probleem langs de *toestemmingsvereiste* op te lossen: de uitdrukkelijke toestemming zou voor deze bedingen vereist zijn, vermits deze voorwaarden afwijken van het gemeen recht. Het Hof van Cassatie verwierp deze zienswijze echter terecht in het arrest van 11 december 1970 door te beslissen dat de toestemming

van een partij, behalve andersluidende wetsbepaling, niet slechts uitdrukkelijk doch ook stilzwijgend tot uiting kan komen en deze partij bindt (Cass., 11 december 1970, *Arr., Cass.,* 1971, 369). Nu poogt men hetzelfde doel te bereiken langs de interpretatie van deze exoneratieclausules en, als ik het arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 1979 goed begrepen heb, blijkbaar met meer succes. De vraag is echter of de opstellers van toetredingscontracten ook deze klip niet zullen weten te omzeilen door een lichte aanpassing van hun algemene voorwaarden... (vgl. Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c., R.W.,* 1980-81, 2463-2464).

Tot slot weze hier nog opgemerkt dat de hier besproken regeling er ook toe leidt dat een in algemene bewoordingen opgesteld exoneratiebeding de partij in wiens voordeel het werd bedongen, in de regel slechts bevrijdt m.b.t. zijn *contractuele aansprakelijkheid* en niet voor zijn buitencontractuele aansprakelijkheid (zie Brussel, 25 mei 1975, *R.G.A.R.,* 1977, nr. 9694; *contra:* Fagnart, J.L., *Examen de jurisprudence 1955-1966,* nr. 6; voor een ander geval zie Rb. Luik, 8 maart 1973, *T. Aann.,* 1973, 207, noot J.L. Fagnart). Ook dit is m.i. niet evident. Om dezelfde reden werd beslist dat het exoneratiebeding in een parking ten voordele van de rechtspersoon die de parking exploiteert, niet mag worden ingeroepen door diens aangestelde (Luik, 6 mei 1975, *Jur. Liège,* 1975-76, 57). De vraag is echter of deze aangestelde wel aansprakelijk kan gesteld worden voor een ,,contractuele fout'' (zie *infra,* nr. 107).

96. ANDERE INTERPRETATIEREGELS — Men moet het contract interpreteren *Potius ut valeat quam ut pereat,* d.w.z. eerder in een zin waarin het geldig is dan in een zin waarin het nietig zou zijn (zie Herbots, J., ,,Interpretatievoorschriften voor handelsovereenkomsten en standaardbedingen. Een werkdocument van Unidroit'', *R.W.,* 1977-78, 2433). Derhalve, indien een beding voor tweeërlei interpretatie vatbaar is en één daarvan de clausule herleidt tot een verbintenis onder een louter potestatieve voorwaarde vanwege de schuldenaar, die krachtens artikel 1174 B.W. nietig is, dan moet de voorkeur worden gegeven aan de andere uitleg. Het gaat hier om een toepassing van artikel 1157 B.W., dat bepaalt dat wanneer een beding voor tweeërlei zin vatbaar is, men het veeleer moet opvatten in de zin waarin het enig gevolg kan hebben, dan in die waarin het geen gevolg kan teweegbrengen (Bergen, 12 november 1979, *Rec. Gen. Enr. Not.,* 1980, nr. 22489; Rb. Brussel, 27 november 1975, *Pas.,* 1976, III, 44; zie ook Arrondrb. Brussel, 20 september 1976, *B.R.H.,* 1976, 508 (bevoegdheidsbeding); Rb. Hasselt, 21 december 1976, *R.W.,* 1977-78, 1976 (,,strafclausule'').

Artikel 1157 B.W. heeft echter een ruimere draagwijdte. Dit blijkt b.v. uit het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 20 november 1971 (*B.R.H.,* 1975, 409). De feiten kunnen als volgt worden samengevat. Een persoon koopt een tweedehandsauto voor de prijs van 40.000 BF met een waarborg van drie maanden ,,op alle constructiefouten erkend door de bouwer''. Na enkele dagen blijkt een herstelling van de wagen reeds noodzakelijk. Kort daarop loopt het voertuig een motorbreuk op die te wijten is aan het monteren van een zuigerkop van een motor 1200 CC op de 1500 CC-motor van de auto. Of het gebrek te wijten is aan

de herstelling dan wel reeds bestond op het ogenblik van de verkoop is niet duidelijk. In dit laatste geval rijst de vraag of het waarborgbeding uitkomst biedt voor de koper. De verkoper beweert van niet, daar het beding wijst op een fabricagefout. Het Hof van Beroep wijst deze interpretatie af: ,,Een constructiefout 'op het niveau van de bouwer' kan niet bedoeld geweest zijn want dergelijke waarborg ware zinledig en inhoudsloos geweest vermits de wagen drie jaar oud was en het ondenkbaar was dat nog dergelijke constructiefouten zouden aan het licht treden. Als men enige betekenis aan het beding wil geven moet het geïnterpreteerd worden als een verzekering dat de wagen, op de sleet na, in goede staat verkeerde''.

Artikel 1161 B.W. bepaalt dat alle bedingen in een overeenkomst uitgelegd moeten worden het ene door het andere, zodat elke clausule wordt opgevat in de zin die uit de gehele overeenkomst voortvloeit. Dit betekent in hoofdzaak dat men bij de interpretatie van een contract een beding niet uit zijn context mag halen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 500-501; Kh. Brussel, 5 oktober 1973, *B.R.H.*, 1974, 238; Arbh. Brussel, 7 januari 1977, *T.S.R.*, 1977, 38).

Hoe algemeen ook de bewoordingen zijn waarin een overeenkomst is gesteld, toch omvat zij alleen die zaken waaromtrent het blijkt dat partijen bedoelden te contracteren (art. 1163 B.W.; zie Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377).

b. *De aanvulling van het contract*

97. ALGEMEEN — Krachtens artikel 1135 B.W. kan een overeenkomst meer rechtsgevolgen in het leven roepen dan uit de wilsovereenstemming van de partijen voortvloeien. Genoemd wetsartikel bepaalt immers dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitgedrukt is, maar ook tot alle gevolgen die door de wet, het gebruik of de billijkheid aan de verbintenis, volgens de aard ervan worden toegekend.

98. WET — Een contract werd gesloten tussen de Belgische Radio en Televisie en een bekend Vlaams politicus i.v.m. een interview. Na de uitzending vervolgt de politicus de B.R.T. wegens contractbreuk, m.n. zou door het verknippen van beeld- en woordband van het afgenomen interview een bepaalde *politieke tendens of stelling* tot uitdrukking zijn gebracht. Zich beroepend op de regel dat een overeenkomst niet alleen verbindt tot hetgeen daarin is uitgedrukt, maar ook tot de daaraan door wet of gebruik gehechte gevolgen, voerde de politicus aan dat inbreuk was gepleegd op artikel 28 van de wet van 18 mei 1960 houdende Organisatie van de Instituten der Belgische Radio en Televisie, dat bepaalt dat ,,de nieuwsuitzendingen worden gehouden in een geest van strenge objectiviteit'', evenals op ,,de voorschriften, gebruiken en aanbevelingen'' inzake radio- en televisieberichtgeving, luidens dewelke de betrokken journalisten geen eigen standpunt mogen innemen of de indruk mogen wekken de weergegeven standpunten aan te kleven. De eis van de politicus werd afgewezen, daar genoemde wet en gebruiken niet verbieden dat in reportages ,,politieke tendensen of stellingen'' tot uiting worden gebracht, zoals de politicus beweerde, maar enkel voorschrij-

ven dat de objectiviteit geëerbiedigd dient te worden (zie Cass., 12 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 62; voor een andere toepassing zie Cass., 6 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1102).

Naar luid van artikel 20, lid 2 van de Gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract (vgl. art. 39 § 1, lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet), behelst de vergoeding wegens opzegging niet alleen de wedden, maar ook de verdiensten verworven krachtens de overeenkomst. Volgens het Hof van Cassatie is het dubbel vacantiegeld een krachtens de overeenkomst verworven verdienste in de zin van genoemd artikel 20, lid 2, daar de Wetten en de Koninklijke Besluiten betreffende de Jaarlijkse Vacantie aan de werkgever de *wettelijke verplichting* opleggen om aan de ,,bediende die vakantie neemt, benevens het normaal loon voor die periode van het jaar, een bijkomend vakantiegeld te betalen, dat berekend wordt op basis van het loon en van de duur van de diensten''. Het Hof steunt deze beslissing op artikel 1135 B.W. (Cass., 22 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1057; Cass., 4 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 402; Cass., 19 maart 1975, *T.S.R.*, 1975, 167, noot A.T.; Van Honste, V., ,,Beschouwingen over het begrip 'loon''', *R.W.*, 1976-77, 782 e.v.).

99. GEBRUIKEN — Het is wenselijk om nogmaals het onderscheid te benadrukken tussen gebruiken en gebruikelijke bedingen of m.a.w. tussen rechtsgebruiken en feitelijke gebruiken (*cf.* Cass., 26 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 717 waar sprake is van gewoonte en contractueel gebruik).

In de artikelen 1135 en 1160 B.W. wordt verwezen naar de gebruiken als *autonome, aanvullende rechtsbron*. M.a.w. zelfs indien de partijen noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend naar de gebruiken verwezen hebben, zijn deze toepasselijk. Die wetteksten steunen op het *postulaat* dat partijen aangaande die gebruiken niet onwetend konden zijn en leiden daaruit af dat partijen, door die gebruiken niet uit hun overeenkomst uit te sluiten, de wil hebben gehad er zich in hun contract naar te schikken (*cf.* Cass., 29 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 874). Nog anders uitgedrukt: de gebruiken maken deel uit van de overeenkomst krachtens het *wettelijk vermoeden* dat dit overeenkomt met de bedoeling van de partijen. Partijen moeten er zich in werkelijkheid echter noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend over hebben uitgelaten. ,,Bornons-nous à dire — zo schrijft De Page — que les usages qui existent dans une matière régie par une convention s'incorporent *de droit* à celle-ci. Sinon l'article 1135 n'aurait aucun sens'' (*Traité*, I, nr. 187, p. 283). Kortom, het gaat hier om *rechtsgebruiken*.

Hier ligt ook het fundamentele verschil met de *gebruikelijke bedingen*. Deze ontlenen hun bindende kracht niet aan artikel 1135 B.W., maar uitsluitend aan artikel 1134 B.W., m.a.w. louter en alleen aan de wil van de partijen. Opdat een gebruikelijk beding deel zou uitmaken van het contract, moet derhalve het bewijs worden geleverd dat partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend deze clausule werkelijk hebben aanvaard (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 461-462). Kortom het gaat hier om een *feitelijk gebruik* (*cf.* Cass., 17 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 224; zie ook Leclercq, J.F., ,,Usages civils et commerciaux'', *J.T.*, 1973, 157 e.v.).

Juist omdat het in de artikelen 1135 en 1160 BW. gaat om een autonome

rechtsbron, komen daar slechts de gebruiken voor in aanmerking die in een bepaalde streek het karakter vertonen van een regel die door allen erkend wordt als zijnde toepasselijk op dergelijke overeenkomsten, behoudens strijdig beding (zie Cass., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 217, noot R.H. en *Arr. Cass.*, 1947, 171; *cf.* Cass., 17 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 224; Bergen, 6 april 1976, *Pas.*, 1977, II, 71 en *J.T.*, 1976, 425; Kh. Verviers, 3 juni 1976, *B.R.H.*, 1978, 609, noot N. Watté). Dit laatste houdt in dat een rechtsgebruik geen aanvullende bron van verbintenissen is, wanneer de overeenkomst uitdrukkelijk of impliciet dit gebruik als zodanige bron heeft geweerd (Cass., 3 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 872; Arbh. Brussel, 22 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 1779). De uitdrukkelijke mededeling door een der partijen dat verdere contracten met haar slechts kunnen aangegaan worden met uitsluiting van de toepassing van de bestaande gebruiken, belet dan ook dat deze gebruiken bestanddeel zouden worden van zo'n latere overeenkomst (Antwerpen, 29 juni 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 153).

Ziehier enkele gevallen waarin een rechtsgebruik als bron van verbintenissen weerhouden werd:

— Aan een tussenpersoon bij de verkoop van auto's dient, bij gebreke aan een overeenkomst tussen partijen, een commissieloon te worden betaald volgens de gebruiken van de plaats waar de verrichtingen hebben plaatsgehad (Brussel, 21 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 194);

— Indien de contracterende partijen bij de verkoop van stoffen niets overeengekomen zijn t.a.v. de leveringsdatum, dient de gebruikelijke leveringstermijn in acht genomen te worden (Kh. Brussel, 3 november 1975, *B.R.H.*, 1976, 514);

— Het is een vaststaand gebruik dat scheepsagenten die zich bezighouden met de bevoorrading van schepen, als lasthebbers van de reders optreden. Derhalve kan de leverancier bij wie een scheepsagent waren heeft besteld, zich enkel richten tot de reder, zelfs indien de scheepsagent zijn hoedanigheid van mandataris niet heeft bekendgemaakt en hij tegen de facturatie op zijn naam niet heeft geprotesteerd (Kh. Brussel, 2 november 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 392);

— De verplichting van de restauranthouder om de door een klant in de vestiaire in bewaring gegeven mantel te bewaken en terug te geven steunt, volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, op artikel 1135 B.W., wanneer partijen dienaangaande niets overeengekomen zijn (Rb. Brussel, 14 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9932). Wellicht doelt de rechtbank hier op de gebruiken als aanvullende bron van verbintenissen (zie Cornu, G., ,,Jurisprudence française en matière de droit civil, Contrats spéciaux'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1975, 559-560 en de verwijzingen).

Het bestaan van een rechtsgebruik werd echter afgewezen in volgend geval. Een brouwer beweerde dat, krachtens een handelsgebruik, de eigendom van de flesjes waarin bier geleverd wordt, de eigendom blijven van de brouwer. De koper van het bier zou de flesjes tegen betaling huren. Het Hof van Beroep te Bergen wees deze zienswijze af, daar het hier niet ging om een gebruik dat in de betrokken streek het karakter vertoonde van een regel die door allen erkend wordt als zijnde toepasselijk op de verkoop van bier in flessen (Bergen, 6 april 1976, *Pas.*, 1977, II, 71; *J.T.*, 1976, 425).

Men heeft wel beweerd dat de Algemene Voorwaarden der Expediteurs van België het karakter van een rechtsgebruik in de zin van artikel 1135 B.W. verkregen hebben. Als argumenten roept men o.m. in de grote publiciteit die aan deze algemene voorwaarden gegeven wordt doordat zij worden vermeld of dat ernaar verwezen wordt op alle documenten die uitgaan van de leden van de Federatie der Expediteurs van België, doordat zij zijn gepubliceerd in de Bijlagen van het Staatsblad en doordat zij bekend zijn aan al diegenen die vertrouwd zijn met de expeditiesector, en dan in het bijzonder te Antwerpen. De rechtspraak schijnt echter niet geneigd te zijn deze zienswijze te aanvaarden (zie Brussel, 17 juni 1966, *J.T.*, 1966, 633; *Jur. Comm. Brux.*, 1967, 140; Brussel, 2 november 1972, *Eur. Vervoerr.*, 1973, 323; Brussel, 1 juni 1973; *Eur. Vervoerr.*, 1973, 730; Kh. Brussel, 15 juni 1964, *Jur. Comm. Brux.*, 1967, 132; zie ook G. Van den Brande, noot onder Kh. Antwerpen, 11 oktober 1977 en Antwerpen, 6 juni 1979, *De Verz.*, 1979, 502-503). Opgemerkt dient evenwel dat de Rechtbank van koophandel te Verviers wél van mening is dat het hier om een gebruik gaat in de zin van de artikelen 1135 en 1160 B.W. (Kh. Verviers, 3 juni 1976, *B.R.H.*, 1978, 609, noot N. Watté).

Beslist werd nog dat het tot de gebruiken van Antwerpen behoort dat de verhandelingen tussen gespecialiseerde handelaars in bouw- en meubelhout geschieden met inachtneming van de Algemene Voorwaarden die ,,met opname van de vigerende gebruiken werden opgesteld en goedgekeurd door de algmene vergadering van de afdeling ,,hout'' van de kamer van koophandel te Antwerpen, en tevens goedgekeurd en bekend gemaakt door het centraal bestuur'' (Kh. Antwerpen, 2 maart 1973, *B.R.H.*, 1975, 436).

Voor andere standaardvoorwaarden zie o.m. Bergen, 29 mei 1978, *De Verz.*, 1980, 755; Kh. Brussel, 7 december 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10067).

100. BILLIJKHEID — Volgens het Hof van Beroep te Brussel sluit het feit dat een vertraging in de uitvoering van een aannemingscontract geen aanleiding kan geven tot de toepassing van een boetebeding bij gebrek aan een ingebrekestelling, niet uit dat deze vertraging een contractuele tekortkoming betekent, daar een overeenkomst ook verbindt tot de gevolgen die daaraan door de billijkheid worden toegekend. Derhalve kan de aannemer onmogelijk de toepassing eisen van de in zijn voordeel spelende clausule van herziening voor ,,salarissen'' en ,,materialen'', indien deze vertraging aan hem te wijten is (Brussel, 15 april 1971, *T.Aann.*, 1975, 269, noot M.-A., Flamme).

Kan de rechter de bijdrage die in de voorafgaande overeenkomst tussen echtgenoten in het raam van een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming m.b.t. het onderhoud en de opvoeding van de kinderen ten laste van *één* van de ouders bepaald is, verhogen wanneer vaststaat dat de andere ouder, gelet op zijn vermogen en op het bedrag van die bijdrage, niet in de mogelijkheid verkeert aan die kinderen het levensonderhoud en de opvoeding te geven waarop ze recht hebben? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend en de rechter die in die omstandigheden beslist dat het bedrag van de verhoogde bijdrage zal schommelen volgens het indexcijfer van de consumptieprijzen, miskent de dwin-

gende kracht van de overeenkomst der partijen niet, maar verleent aan die overeenkomst alle gevolgen die door de *billijkheid* aan de verbintenis worden toegekend (Cass., 21 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 823 en *R.C.J.B.*, 1976, 136 met noot van J.P. Masson. Zie ook Meulders-Klein, M.T., ,,Les effets du divorce par consentement mutuel et le principe de la convention-loi. Etendue et limites'', *R.C.J.B.*, 1979, 484 e.v.; Baeteman, G., en Gerlo, J., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 875 e.v.). Voor een andere toepassing, zie Bergen, 11 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 131.

c. *De uitvoering te goeder trouw van het contract*

101. NIET DE ,,LETTER'', MAAR DE ,,GEEST'' VAN HET CONTRACT — Het beginsel dat overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht, betekent in de eerste plaats dat de contractspartijen hun verbintenissen veeleer naar de ,,geest'' d.i. de werkelijke gemeenschappelijke bedoeling, dan naar de ,,letter'' van het contract moeten uitvoeren (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 505).

Talrijk zijn de rechterlijke uitspraken waarin deze regel toegepast wordt. Hierna volgen enkele voorbeelden.

De caféhouder die er zich contractueel toe verbonden heeft uitsluitend dranken van een welbepaalde brouwer in zijn café te slijten, komt zijn verbintenis niet te goeder trouw na, indien hij op de parking van de drankgelegenheid een frituur in een ,,caravan'' opent en daar dranken van een andere brouwer verkoopt (Vred. Verviers, 30 september 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 215).

Tussen de aankoop en de levering van een nieuw motorvoertuig verlopen vaak enige weken of zelfs maanden. Wanneer de verkoper het oude voertuig van de koper heeft overgenomen, zal de koper tijdens die periode als een goed huisvader voor het behoud van die oude wagen moeten zorgen (art. 1137 B.W.). Handelt echter niet te goeder trouw de handelaar die eist dat de koper het koetswerk van zijn zes jaar oude wagen, die aan slijtage toe te schrijven normale roestplekken en krassen vertoont, geheel hernieuwt (Kh. Verviers, 13 januari 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 38).

De Belgische Staat pleegt inbreuk op de goede trouw door de betaling van een ,,vertragingsboete'' te eisen, wanneer de vertraging in de uitvoering van het werk slechts betrekking heeft op kleine onvolmaaktheden en het contract niet nauwkeurig de omstandigheden omschrijft waarin de vertraging de eis tot betaling van de boete rechtvaardigt (vgl. Luik, 18 mei 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 57).

Indien een fysische persoon zijn onderneming overdraagt aan een pas opgerichte vennootschap die zijn beroepsactiviteiten voortzet, pleegt hij inbreuk op de eisen van de goede trouw zo hij er niet voor zorgt dat de voor een periode van 10 jaar afgesloten verzekeringscontracten door die vennootschap worden overgenomen (Kh. Luik, 18 juni 1975 en Luik, 19 november 1976, *De Verz.*, 1977, 797, noot V.H.).

In een overeenkomst waarbij een handelszaak wordt overgedragen wordt zowel aan de verkoper als aan de koper binnen bepaalde zones een concurrentieverbod

opgelegd. Volgens de Rechtbank van Koophandel te Bergen kunnen partijen elkaar niet verwijten hun respectieve verbintenissen niet te goeder trouw te zijn nagekomen, zo de ene partij in de verboden zone gedurende slechts één dag die handelsactiviteit op een kermis heeft uitgeoefend en de andere partij reclame heeft gemaakt in een krant die gratis in de verboden zone wordt verspreid (17 december 1974, *B.R.H.*, 1975, 252).

Voor andere toepassingsgevallen zie o.m. Luik, 4 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 185 (dading); Brussel, 21 juni 1974, *Rev. Prat. Soc.*, 1974, 263 (beding in de statuten van een vennootschap).

De eigenaar van een apotheek verkoopt deze aan een coöperatieve vennootschap. Hij stuurt een verbrekingsbrief aan de apotheker die hij tewerkstelt. Deze laatste, na onderhandelingen, verzaakt uitdrukkelijk aan een opzeggingsvergoeding van zijn werkgever mits de nieuwe exploitant van de apotheek hem een nieuw bediendencontract toestaat voor de duur van 8 maanden. Dit gebeurt. Deze bediende kan naderhand op de overeenkomst niet terugkomen, daar — volgens het Arbeidshof te Luik — ook in het sociaal recht het beginsel van de uitvoering te goeder trouw geëerbiedigd moet worden (24 mei 1973, *T.S.R.*, 1974, 134). M.i. gaat het hier echter veeleer om een toepassing van de regel dat geldig gesloten overeenkomsten de partijen tot wet strekken (art. 1134, lid 1 B.W.; *supra*, nr. 12).

102. VERPLICHTING TOT LOYALE SAMENWERKING — Terecht maken de hoven en rechtbanken regelmatig gebruik van de regel dat de door de overeenkomst tussen partijen ontstane bijzondere vertrouwensrelatie hen een samenwerkingsplicht oplegt (zie hierover ook David-Constant, S., ,,Des vivants et des morts dans le droit des obligations'', *J.T.*, 1977, 651). De objectieve maatstaf van redelijkheid en billijkheid wordt hierbij gehanteerd.

Zo is het duidelijk dat wanneer bij de *verkoop van een onroerend goed* bedongen is dat de eigendomsoverdracht slechts zal plaatshebben bij de ondertekening van de authentieke akte, de verkopers het contract niet te goede trouw uitvoeren wanneer zij die ondertekening steeds weer uitstellen (vgl. Rb. Brugge, 15 oktober 1979, *T.Not.*, 1980, 149).

De Belgische Staat sluit met een *aannemer* een contract i.v.m. het aanleggen van een electrische installatie. Daar de goedgekeurde aanbesteding een rekenkundige materiële vergissing bevat, sluiten de partijen een aanvullend contract waarin die vergissing verbeterd wordt. Naderhand beweert de Staat dat de bijakte strijdig is met artikel 33 K.B. van 14 oktober 1964 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat, dat bepaalt dat de aannemer zich niet kan beroepen op fouten of leemten die in zijn inschrijving zouden voorkomen. Volgens de Rechtbank belet deze bepaling echter enkel een wijziging van de inschrijving, doch niet een verbetering van een materiële vergissing. De aanvullende akte stemt derhalve overeen met het principe dat geldig gesloten overeenkomsten te goeder trouw moeten worden geïnterpreteerd en uitgevoerd (Rb. Turnhout, 27 juni 1972, *T.Aann.*, 1978, 165, noot W. Abbeloos).

Een man wordt door een correctionele rechtbank strafrechtelijk aansprakelijk

gesteld voor een verkeersongeval. Dientengevolge wordt hij samen met zijn *W.A.M.* verzekeraar veroordeeld tot het betalen van een bepaalde schadevergoeding aan het slachtoffer van het verkeersongeval. Uiteraard worden de dader en zijn verzekeraar *in solidum* aansprakelijk gesteld. De verzekeraar tekent beroep aan tegen de beslissing van de correctionele rechtbank, maar stelt de verzekeringnemer daarvan niet op de hoogte. Deze laatste gaat niet in beroep. In beroep wordt het bedrag van de schadeloosstelling verminderd. Het gevolg daarvan is dat de dader alleen aansprakelijk blijft voor het verschil tussen de in eerste aanleg en in beroep vastgelegde schadevergoedingen. De dader stelt daarop een vordering in tegen de verzekeraar. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de verzekeraar, die er zich toe verbonden had het patrimonium van de verzekerde te beschermen tegen aansprakelijkheidsvorderingen i.v.m. schade veroorzaakt door het betrokken motorvoertuig, zijn verbintenissen niet te goeder trouw was nagekomen door geen rekening te houden met de rechtmatige belangen van de verzekerde. Met andere woorden, door de verzekerde niet tijdig in te lichten over het aangetekende hoger beroep, had de verzekeraar niet overeenkomstig de objectieve goede trouw gehandeld; hij was tekort geschoten in zijn contractuele samenwerkingsverplichting (Cass., 22 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1977-78; *R.C.J.B.*, 1980, 322, noot P.-H. Delvaux).

Wanneer partijen in een huurovereenkomst afspreken dat *onderhuur* slechts met de goedkeuring van de verhuurder kan plaatsvinden, maakt de verhuurder inbreuk op zijn verplichting het contract te goeder trouw uit te voeren door stelselmatig en onder allerlei voorwendselen zijn instemming te weigeren. De houding van de verhuurder was *in casu* des te laakbaarder, daar de huurder wegens gezondheidsredenen het huis diende te verlaten (Vred. Verviers, 30 juni 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 278; *Res et Jura Immobilia*, 1973, 121; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 507).

De *eenzijdige verbreking* van een voor onbepaalde duur afgesloten agentuurovereenkomst dient te goeder trouw te geschieden. Bij gebrek aan een opzegtermijn, dient derhalve een opzeggingsvergoeding te worden toegekend, wanneer, zoals *in casu*, de overeenkomst onverwacht, ontijdig en derhalve foutief wordt opgezegd (Antwerpen, 4 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 456; zie ook Antwerpen, 23 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 722; Kh. Brussel, 12 mei 1980, *J.T.*, 1980, 693 (plotse beëindiging kredietopening); *supra* nr. 14).

Handelt niet te goeder trouw, de *garagehouder* die een wagen regelmatig onderhoudt, maar nalaat de in het onderhoudsinstructieboekje vermelde werkzaamheden uit te voeren, zelfs indien de eigenaar van de wagen — een doorsnee autogebruiker die van autotechniek niet op de hoogte is — hierom niet uitdrukkelijk heeft gevraagd (Vred. Brussel, 4 juli 1977, *T.Vred.*, 1980, 35).

De Heer C. verhuurt zijn woning en draagt de hierin gevestigde handelszaak, een kapperssalon, over aan de Heer A. De overeenkomst bevat een *niet-concurrentieverplichting* in hoofde van de verkoper voor een periode van 9 jaren en binnen een straal van 5 km. Zes jaar later koopt A. een huis enkele straten verder en vestigt er zijn kapperssalon. C. beslist om zijn huis opnieuw te betrekken en er opnieuw een kapperssalon — op naam van zijn dochter — te openen. A. vervolgt C. in rechte

wegens inbreuk op het niet-concurrentiebeding. De Rechtbank van Koophandel te Luik beslist — zich beroepend op het beginsel dat een contract te goeder trouw moet worden uitgevoerd — dat het niet-concurrentiebeding in de bedoeling van de partijen slechts zou gelden voorzover de overnemer van de handelszaak het betrokken handelspand zou betrekken. Nu dat niet meer het geval is, kan hij zich derhalve niet meer op deze clausule beroepen (Kh. Luik, 9 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1979, 125). Of deze zienswijze juist is, kan worden betwijfeld, daar de concurrentie van C. ernstige schade aan A. kan berokkenen en het beding zonder meer spreekt van een duurtijd van 9 jaar.

Voor de uitvoering te goeder trouw van een *partijbeslissing*, zie *supra*, nrs. 69 en 70.

Een contractant dient zoveel mogelijk de schade waarvoor zijn wederpartij moet instaan, te beperken, Deze *schadebeperkingsplicht* tussen contractanten steunt op het beginsel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd (zie hierover Dirix, E., noot onder Rb. Hasselt, 26 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2928 en de verwijzingen aldaar). Een wettelijk voorbeeld hiervan is te vinden in artikel 17 Verzekeringswet dat bepaalt dat ,,de verzekerde al het nodige dient te doen om de schade te voorkomen of te beperken'' (zie o.m. Cass., 22 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 607; *R.W.*, 2619; Kh. Brussel, 1 december 1978, *B.R.H.*, 1979, 345, noot P. Van der Meersch; *De Verz.*, 1980, 107, noot J.R.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2439-2441). In dit verband dient ook melding te worden gemaakt van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 15 januari 1980, waarin beslist werd dat een beroepsvoetballer die niet meewerkt aan zijn hertransfer naar een andere club, niet tekortschiet in zijn schadebeperkingsplicht t.o.v. zijn club (15 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2910). Evenzo werd i.v.m. de slechte uitvoering van werken aan een zwembad beslist, dat de aansprakelijke aannemer aan de opdrachtgever, de Stad Brussel, niet kan verwijten de door de deskundige noodzakelijk geachte werken niet onmiddellijk te hebben laten uitvoeren, waardoor de omvang van de door de wanprestatie veroorzaakte schade in belangrijke mate zou zijn beperkt, indien de contractbreker zich niet bereid had verklaard de daarvoor noodzakelijke geldmiddelen aan de Stad Brussel voor te schieten, (Brussel, 8 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.068; zie voorts nog Brussel, 6 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2829; Gent, 18 november 1971, *B.R.H.*, 1975 (409) 412).

103. VERPLICHTING TOT LOYALE SAMENWERKING (vervolg) — In een interessante studie over de ,,goede trouw'' schrijft W. Wilms o.m. het volgende: ,,De totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst veronderstelt een geest van samenwerking en loyaliteit tussen de contractspartijen. Zij mogen er m.a.w. op vertrouwen dat de medecontractant bij de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst mede oog heeft voor hun belangen, en, meer bepaald, dat de medecontractant de nodige zorgvuldigheid aan de dag legt in het streven om hun contractsdoel te verwezenlijken'' (Wilms, W., ,,De botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht. Naar een structurele analyse voor de 'goede trouw''', *Jura Falc.*, 1980-81, 15-16). En in een andere studie voegt deze auteur

er aan toe: ,,Indien men inderdaad bedenkt dat artikel 1134, derde lid, B.W. bepaalt dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, mag redelijkerwijze worden aanvaard dat deze goede trouw *a fortiori* tevens aanwezig moet zijn bij het aangaan van de overeenkomsten'' (Wilms, W., ,,Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek'', *R.W.*, 1980-81, 500; zie ook Antwerpen, 13 februari 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 413; Rb. Turnhout, 27 juni 1972, *T.Aann.*, 1978, 165).

Inhoudelijk is tegen deze zienswijze niets in te brengen. De vraag is echter of deze oplossing de *lege lata* geheel op artikel 1134, lid 3, B.W. gesteund kan worden. In deze wetsbepaling is immers enkel sprake van de ,,*uitvoering*'' van het contract, en niet van de totstandkoming. De juridische grondslag van de regel dat ook bij de vorming van een overeenkomst partijen te goeder trouw moeten handelen, moet m.i. dan ook veeleer gezocht worden in de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid — gesteund op de artikelen 1382 en 1383 B.W. — en in de theorie van de wilsgebreken (vgl. De Bersaques, A., ,,La lésion qualifiée et sa sanction'', *R.C.J.B.*, 1977, 28 e.v.).

104. MARGINAAL TOETSINGSRECHT VAN DE RECHTER - RECHTSVERWERKING — Vermeldenswaard zijn de pogingen in de rechtsleer om ook in ons land de figuur *rechtsverwerking* ingang te doen vinden (zie o.m. Van Ommeslaghe, P., ,,Rechtsverwerking en afstand van recht'', *T.P.R.*, 1980, 1-57; Bocken, H., ,,Verslag van de afdeling privaatrecht Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland'', *R.W.*, 1979-80, 1569-1572; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2411-2443). Rond dit begrip worden de gevallen gegroepeerd waarin iemand de mogelijkheid ontzegd wordt zich op een recht te beroepen, omdat hij zich voorheen gedragen heeft op een wijze die niet te verzoenen is met de uitoefening van dit recht (Bocken, H., *o.c.*, 1569). De goede trouw kan in het contractenrecht als één van de juridische grondslagen van deze theorie dienen (dit is m.n. in Nederland het geval; zie Aaftink, H.A.M., ,,Rechtsverwerking en afstand van recht'', *T.P.R.*, 1980, 63 e.v.).

Deze theorie impliceert dat de rechter de bevoegdheid bezit om in uitzonderlijke omstandigheden aan de titularis van een contractueel recht het recht tot uitoefening van zijn recht te ontzeggen, *in casu* omdat betrokkene dit door zijn eigen optreden zou hebben ,,verwerkt''. Zoals men weet, staat de Belgische rechtspraak echter zeer huiverig tegen zo'n marginaal toetsingsrecht van de rechter — of zo men wil, de beperkende werking van de goede trouw — en dit omwille van het beginsel dat overeenkomsten de partijen — en dus ook de rechter — tot wet strekken. Maar kan men niet stellen dat ook contractuele rechten misbruikt kunnen worden? En kunnen deze misbruiken niet het best gesanctioneerd worden op grond van de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd? (*cf.*, De Bersaques, A., ,,L'abus de droit en matière contractuelle'', *R.C.J.B.*, 1969, 522 e.v.).

In feite vindt men trouwens regelmatig toepassingen van deze leer, zij het dan dat de term rechtsverwerking daarbij niet wordt gebruikt. Zo besliste het Hof van Beroep te Antwerpen dat een aannemer zijn recht op schadeloosstelling wegens

het foutief verbreken van de aannemingsovereenkomst door de opdrachtgever had verloren, daar hij drie maanden had laten voorbijgaan alvorens te reageren en hij zich al die tijd niet meer op de bouwwerf had vertoond, zodat hij zichzelf van de mogelijkheid had beroofd om tot gehele of gedeeltelijke uitvoering van het werk over te gaan (Antwerpen, 26 januari 1978, *T.Aann.*, 1978, 227, noot H. Gevaert; zie ook Kh. Brussel, 18 oktober 1977, *B.R.H.*, 1978, 200; Vred. Turnhout, 14 februari 1978, *Res et Jura Immobilia*, 1978, 129; zie verder de rechtspraak aangehaald door Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2442-2443).

105. MARGINAAL TOETSINGSRECHT VAN DE RECHTER – STANDAARDBEDINGEN — Ook in de afgelopen jaren is in de rechtsleer gepleit om aan de rechter de bevoegdheid te geven al te eenzijdige bedingen in toetredingscontracten opzij te zetten (zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, nr. 70, p. 508).

Zo beweert J. Ronse dat de door de sterkere partij opgelegde algemene bedingen van dezelfde aard zijn als partijbeslissingen, d.w.z. beslissingen van een partij, aan welke daartoe door een overeenkomst de bevoegdheid is verleend, om de inhoud van de rechten en plichten van de andere partij te bepalen of te wijzigen (zie ook *supra*, nr. 70). M.a.w. de tot het contract toetredende partij heeft als het ware aan de opsteller van de algemene contractvoorwaarden toestemming gegeven om ook zijn rechten en verplichtingen nader vast te stellen. Dit contractueel verkregen recht moet de opsteller van de algemene bedingen echter te goeder trouw uitoefenen. Ingeval bepaalde clausules kennelijk indruisen tegen de eisen van goede trouw en redelijkheid kan de rechter ze dan ook, op grond van artikel 1134, lid 3, B.W., onverbindend verklaren (Ronse, J., ,,Marginale toetsing'', *T.P.R.*, 1977, 216-217).

W. Van Gerven meent dat kennelijk onredelijke standaardbedingen beteugeld kunnen worden als een misbruik van contractsvrijheid op grond van de theorie van de gekwalificeerde benadeling. De auteur ziet hierin een *culpa in contrahendo* die door artikel 1382 B.W. gesanctioneerd kan worden (Van Gerven, W., ,,Variaties op het thema misbruik'', *R.W.*, 1979-80, 2487-2489).

Deze laatste oplossing geniet mijn voorkeur, daar de toepassing van de theorie van de partijbeslissing in belangrijke mate op een fictie berust: heeft de toetredende partij immers die bedoeling wel? Bovendien leidt deze theorie ertoe dat het niet onontbeerlijk is dat de algemene bedingen vóór de contractssluiting ter kennis worden gebracht van de toetredende partij. Wat de opvatting van Van Gerven betreft, lijkt mij een al te sterke binding aan de theorie van de gekwalificeerde benadeling overbodig: op grond van artikelen 1382 en 1383 B.W. kan elke *culpa in contrahendo* beteugeld worden. Telkens wanneer het opleggen aan de wederpartij van een standaardbeding kennelijk indruist tegen de algemene zorgvuldigheidsverplichting, kan de rechter zo'n beding op genoemde rechtsgrond — misbruik van contractsvrijheid — onverbindend verklaren.

Hoe dan ook, de rechtspraak durft zo'n radicale stap nog niet aan. Zo nu en dan doet een rechtbank een stap in die richting (zie en vgl. Kh. Bergen, 11 juli 1978, *B.R.H.*, 1979, 100; Vred. Verviers, 5 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 143,

Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 23), maar de meerderheid blijft de oude, vertrouwde wegen bewandelen. De ontwikkelingen in de andere West-Europese landen tonen echter aan dat men niet blind kan blijven voor deze problematiek (zie Hondius, E., *Standaardvoorwaarden: Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktbedingen en overheidstoezicht daarop*, Deventer, 1978).

a. *De contractuele aansprakelijkheid*

1° *Contractuele fout*

106. SAMENLOOP CONTRACTUELE EN AQUILIAANSE AANSPRAKELIJKHEID — Lange tijd heeft het Belgische Hof van Cassatie het standpunt ingenomen dat tussen contracterende partijen de samenloop van de contractuele en de extra-contractuele aansprakelijkheidsvorderingen in bepaalde omstandigheden mogelijk is (zie Cass., 28 maart 1889, *Pas.*, 1889, I, 161; Cass., 13 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 115; Cass., 18 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 1066).

In twee recente arresten blijkt ons hoogste gerechtshof de thesis van de ,,cumul'' echter te hebben laten varen, of althans haar toepassingsgebied zeer sterk te hebben beperkt. Het gaat om de arresten van 4 juni 1971 (*Arr. Cass.*, 1971, 989) en van 7 december 1973 (*Arr. Cass.*, 1974, 395 met conclusie Adv.-Gen. P. Mahaux). Deze beslissingen hebben veel kommentaren uitgelokt (zie o.m. Herbots, J., ,,De nalatige stuwadoor'', *R.W.*, 1973-74, 1600; Fagnart, J.L., ,,La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution'', *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9317; Fallon, M., ,,Le concours des actions en responsabilité: tâtonnements et certitudes de la Cour de cassation en Belgique'', *Eur. Vervoerr.*, 1974, 534 e.v.; Limpens-Meinertzhagen, A., ,,Relativité des contrats et concours de responsabilités'', *T.Aann.*, 1975, 181 e.v.; *Rechtspr. Antw.*, 1975, 103 e.v.; Van Ryn, J., ,,Responsabilité aquilienne et contrats'', *J.T.*, 1975, 505 .v.; Rasir, R., ,,Cumul de la responsabilité contractuelle et aquilienne'', *J.T.*, 1976, 164; Dalcq, R.O. en Glansdorff, F., ,,Responsabilité aquilienne et contrats'', *R.C.J.B.*, 1976, 12 e.v.; Vandenberghe, H., Van Quickenborne, M. en Hamelink, P., ,,Overzicht van Rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)'', *T.P.R.*, 1980, 1445 e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2454 e.v.; zie ook noot W.G. onder Cass., 16 mei 1974, *Pas.*, 1974, I, 967; Herbots, J., ,,Samenloop contractuele en delictuele aansprakelijkheid'' in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Vandenberghe, H. (ed.), Antwerpen, 1979, 133 e.v.; Herbots, J., ,,Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten'', *T.P.R.*, 1980, 1055 e.v.; Cass., 3 december 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 417; Cass., 15 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 62; Cass., 16 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 72).

In het eerste arrest van 4 juni 1971 sloot het Hof de aansprakelijkheid op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. tussen contractspartijen uit, daar de feitenrechter had vastgesteld dat het geschonden recht ,,alleen aan het door partijen gesloten contract zijn ontstaan en zijn bestaansvoorwaarden te danken had en ... de opgelopen schade enkel aan de tekortkoming ... aan de uit dat contract voort-

vloeiende verbintenissen te wijten was''. Het Hof was nog duidelijker in het arrest van 7 december 1973. Het besliste daarin immers dat een uitvoeringsagent van de medecontractant — die ter zake door het Hof geassimileerd werd met die contractant — enkel extra-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld ,,indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis doch van een iedereen opgelegde verplichting en indien de fout een andere dan louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt''.

Het is vooral dit laatste arrest dat tot heel wat meningsverschillen heeft geleid. Met betrekking tot het *foutbegrip* menen sommigen dat het arrest voor een buitencontractuele aansprakelijkheidsstelling van de medecontractant — evenals van diens aangestelde of uitvoeringsagent — vereist dat de fout *niet alleen* een inbreuk is op een contractuele verplichting, *maar ook* een miskenning inhoudt van de zorgvuldigheid die eenieder dient in acht te nemen (in deze zin o.m. Herbots, J., *o.c.*, *R.W.*, 1973-74, 1602; Van Ryn, J., *o.c.*, *J.T.*, 1975, 505-506). Volgens anderen eist het Hof daarentegen dat de fout geen schending van een contractuele verplichting vormt, *maar enkel* een inbreuk is op de algemene zorgvuldigheidsverplichting, m.a.w. de fout moet geheel vreemd zijn aan de uitvoering van het contract (zie o.m. Rasir, R., *l.c.*, 164; Dalcq, R.O. en Glansdorff, F., *l.c.*, 30-31; Fredericq, S. en Kruithof, R., ,,La responsabilité professionnelle du fait des produits'' in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1978, 123; Vandenberghe, H., e.a., *o.c.*, 1459-1460). Indien deze laatste zienswijze juist is — en alles wijst daarop, tenzij het Hof zich vergist zou hebben in de redactie van de tekst van het arrest hetgeen toch weinig waarschijnlijk is —, dan heeft ons Hof van Cassatie de stelling van de ,,cumul'' opgegeven.

Zelfs indien deze analyse niet zou overeenstemmen met de opvatting van het Hof, dan moet toch worden toegegeven dat de tweede voorwaarde voor de samenloop, nl. het voorhanden zijn van *buitencontractuele schade*, een nieuwe en belangrijke hinderpaal voor de thesis van de ,,cumul'' betekent. Maar ook op dit punt worden bovengenoemde arresten van het Hof van Cassatie uiteenlopend geïnterpreteerd. Volgens J. Van Ryn en andere auteurs heeft het Hof alleen willen zeggen dat uitsluitend de contractuele aansprakelijkheidsregeling geldt, wanneer de geleden schade bestaat in het *verlies van een voordeel dat het slachtoffer enkel van het contract mocht verwachten*. Men spreekt in dit verband van ,,louter contractuele schade'' of van ,,intrinsieke contractuele schade'' (voor meer bijzonderheden zie Van Ryn, J., *l.c.*, 506; Herbots, J., *o.c.*, *R.W.*, 1973-74, 1603-1604. Zie ook Van Ryn, J., ,,Le concours des responsabilités contractuelles et délictuelles'', *R.C.J.B.*, 1957, 308-309; Herbots, J., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1083; Cousy, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid. Rechtsvergelijkend onderzoek*, Brussel, 1978, nr. 229). De vraag is echter of het Hof de thesis van Van Ryn wel heeft overgenomen. Immers, in het arrest van 7 december 1973 wordt als eis gesteld dat de fout ,,een *andere* dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt''. De Franse tekst is nog duidelijker: ,,si cette faute a causé un autre dommage que celui résultant seulement de la

mauvaise exécution du contrat'', en het Hof sluit de extra-contractuele vordering *in casu* uit, daar de feitenrechter niet had vastgesteld ,,dat de verweten fout en de door die fout veroorzaakte schade *vreemd* zijn aan de uitvoering van het vervoercontract''. In het arrest van 4 juni 1972 had het Hof zich trouwens reeds in even algemene bewoordingen geuit. Uit deze beslissingen blijkt dus geenszins dat het Hof van Cassatie de nieuwe notie ,,louter contractuele schade'', in de zin van het verlies van het voordeel dat het slachtoffer enkel van het contract mocht verwachten, heeft bekrachtigd. Integendeel, de algemene bewoordingen door het Hof gebezigd, geven veeleer de indruk te verwijzen naar het klassieke schadebegrip zoals dat in de artikelen 1149 e.v. B.W. wordt omschreven.

Ook volgens veel tegenstanders van de ,,cumul''-theorie is een aquilische vordering tegen de medecontractant niettemin mogelijk, indien de contractuele fout tegelijkertijd een strafrechtelijke inbreuk is. In deze hypothese dient de burgerlijke vordering *ex delicto* immers voor de strafrechter te kunnen worden gebracht (burgerlijke partijstelling). ,,Het zou immers — zo wordt beweerd — strijdig zijn met de openbare orde dat een contractuele vordering de strafrechter onbevoegd maakt om kennis te nemen van de burgerlijke rechtsvordering'' (noot W.G. onder Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1044 en de talrijke verwijzingen; zie ook Dalcq, R.O. en Glansdorff, F., *l.c.*, 32-33). H. Vandenberghe merkt echter op dat deze rechtvaardiging voor de ,,cumul'' wegvalt, indien men aanneemt dat de strafrechter wél bevoegd is om kennis te nemen van een *actio ex contractu* voortspruitend uit een strafrechtelijk delict (*o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1462 en de verwijzingen; zie ook Rutsaert, J., ,,La responsabilité civile contractuelle du prestataire de service en droit privé'', *De Verz.*, 1977, 225).

Daar de problematiek van de samenloop zeer uitvoerig behandeld werd in het ,,Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)'' dat H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne en P. Hamelink in dit tijdschrift publiceerden (*T.P.R.*, 1980, 1445 e.v.), hoef ik er hier niet verder op in te gaan. Volledigheidshalve vermeld ik echter nog wat recente rechtspraak die in bovengenoemd overzicht — dat de rechtspraak tot 1978 bestrijkt — niet aan bod is gekomen:

— een vordering op grond van artikel 1382 e.v. B.W. is toelaatbaar wanneer de contractuele wanprestatie ook een strafrechtelijk misdrijf uitmaakt (Brussel, 7 juni 1979, *J.T.*, 1979, 694; Arbrb. Brussel, 21 april 1975, *Pas.*, 1975, III, 47; Rb. Brussel, 28 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9909);

— het verlies van een bij de post aangetekende zending zet wel de contractuele maar niet de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Posterijen op het spel (Kh. Brussel, 15 december 1976, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9816; de samenloop wordt ook afgewezen in Luik, 28 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 57; Vred. St. Gillis, 13 juli 1978, *T.Vred.*, 1979, 82).

107. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE UITVOERINGSAGENT JEGENS DE MEDECONTRACTANT VAN DE OPDRACHTGEVER — Daar deze problematiek uitvoerig behandeld is in het reeds genoemde rechtspraakoverzicht van H. Vandenberghe,

M. Van Quickenborne en P. Hamelink, (*T.P.R.*, 1980, 1468 e.v.) kan ik ook hier mij beperken tot enkele hoofdlijnen.

Een uitvoeringsagent is een persoon of een firma die door de schuldenaar (hierna: hoofdschuldenaar) van een contractuele plicht belast wordt met de gehele of gedeeltelijke uitvoering van die verplichting. Tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent wordt daartoe in de regel een overeenkomst gesloten, m.n. een arbeidsovereenkomst of een aannemingscontract. In de eerste hypothese zal de uitvoeringsagent de *aangestelde* van de hoofdschuldenaar zijn; in de tweede betreft het een *onderaannemer*, een van de hoofdschuldenaar onafhankelijke uitvoeringsagent (zie Vandenbergh, H. e.a., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1468).

Begaat de uitvoeringsagent een fout, dan kan hij daarvoor contractueel aansprakelijk worden gesteld jegens zijn opdrachtgever. Gaat het om een werknemer, dan geldt m.n. artikel 18 Arbeidsovereenkomstenwet, terwijl een onderaannemer onderworpen is aan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling die van kracht is voor aannemingsovereenkomsten (art. 1782 e.v. B.W.), behoudens contractuele afwijkingen.

De fout van de uitvoeringsagent kan natuurlijk ook de aansprakelijkheid meebrengen van de hoofdschuldenaar jegens de hoofdschuldeiser. Aard en strekking van het desbetreffende contract zullen daarbij van beslissende betekenis zijn. Het komt echter regelmatig voor dat de hoofdschuldenaar in de hoofdovereenkomst elke aansprakelijkheid afwijst voor de niet-uitvoering van het contract die te wijten zou zijn aan een lichte, zware of zelfs opzettelijke fout van zijn uitvoeringsagent. Zo'n beding is geldig, zo hierdoor niet elke zin aan de verbintenis wordt ontnomen (zie Cass., 25 september 1959, *Arr. Cass.*, 1960, 86).

Juist omdat zoveel schuldenaars heden ten dage voor de nakoming van hun contractuele verbintenissen op uitvoeringsagenten beroep doen en bovengenoemde exoneratiebedingen in de desbetreffende standaardcontracten schering en inslag zijn, dreigen de hoofdschuldeisers in de kou te komen staan. Een contractuele vordering tegen de hoofschuldenaar hebben ze niet omwille van het niet-aansprakelijkheidsbeding; een contractuele vordering tegen de uitvoeringsagent ontbreekt, daar overeenkomsten slechts gevolgen hebben tussen de contracterende partijen en de uitvoeringsagent een derde is t.a.v. de hoofdovereenkomst (zie art. 1119 en 1165 B.W.; uitzondering moet natuurlijk gemaakt worden voor het geval de hoofdschuldeiser geniet van een beding dat te zijnen behoeve zou gestipuleerd zijn in het contract tussen de hoofdschuldenaar en de uitvoeringsagent). Het is dan ook niet verwonderlijk dat zij gepoogd hebben de uitvoeringsagenten rechtstreeks als derden op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W. te dagvaarden. Lange tijd hebben de rechtbanken deze vorderingen erkend (zie de rechtspraak aangehaald door Vandenberghe, H., e.a., *l.c.*, 1471; *adde*: Kh. Antwerpen, 18 februari 1971, *R.W.*, 1975-76, 1266). Geleidelijk aan werd deze rechtspraak echter meer en meer bekritiseerd, daar de hoofdschuldeiser door de rechtstreekse dagvaarding van de uitvoeringsagent in feite meer rechten verkreeg dan hij normaal uit de hoofdovereenkomst kon putten (zie m.n. Kh. Antwerpen, 27 oktober 1970, *Rechtspr. Antw.*, 1970, 381; Vandenberghe, H. e.a., *o.c.*, 1474). Het Hof van Cassatie heeft deze kritiek kennelijk gegrond

geoordeeld, daar het in het reeds genoemde arrest van 7 december 1973 beliste „dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die de vervoerder in zijn plaats stelt om het vervoercontract geheel of gedeeltelijk uit te voeren, ten aanzien van de uitvoering van het contract en ten opzichte van de medecontractant van de vervoerder, *geen derde* is". Dit betekent dat de uitvoeringsagent jegens de hoofdschuldeiser slechts aansprakelijk kan worden gesteld op grond van de artikelen 1382 e.v. B.W., indien de gepleegde fout en de berokkende schade geheel vreemd zijn aan het door de hoofdschuldeiser met de hoofdschuldenaar gesloten contract (Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 395, met conclusie P. Mahaux; zie ook de *supra*, nr. 106 vermelde kommentaren op dit arrest; zie voorts Cass., 15 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 62; *R.C.J.B.*, 1978, noot Dalcq, R.O. en Glansdorff, F.). Hieruit volgt dat ingeval van niet-nakoming van de hoofdovereenkomst wegens een fout van de uitvoeringsagent de hoofdschuldeiser noch over een contractuele noch over een extra-contractuele vordering tegen die uitvoeringsagent beschikt. Het komt er dus nu voor de hoofdschuldeiser op aan in geen geval nog een beding in de hoofdovereenkomst te aanvaarden waarin de hoofdschuldenaar elke aansprakelijkheid voor zijn uitvoeringsagent afwijst.

Hoe men deze cassatierechtspraak ook moge beoordelen, de lagere rechtscolleges passen haar meestal trouw toe (zie de talrijke uitspraken aangehaald door Vandenberghe, H., e.a., *l.c.*, 1473. *Adde*: Antwerpen, 25 juni 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 203; Antwerpen, 30 juni 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 209; Antwerpen, 28 april 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 155; Kh. Antwerpen, 9 december 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 168; Kh. Antwerpen, 31 januari 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 369; vgl. Brussel, 3 januari 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1974-75, 310; Kh. Antwerpen, 18 februari 1971, *R.W.*, 1975-76, 1266).

108. AANSPRAKELIJKHEID VAN EEN CONTRACTANT JEGENS DERDEN — De vraag waar het hier om gaat is of een derde die schade lijdt doordat een persoon zijn contractuele verplichtingen jegens zijn medecontractant niet nakomt, schadevergoeding van de veroorzaker kan bekomen, en zo ja of het hier een contractuele dan wel een extra-contractuele aansprakelijkheid betreft.

Het eerste punt dat hier opgehelderd kan worden is dat het beginsel van de relativiteit der contracten (119 en 1165 B.W.) meebrengt dat zo'n schadelijder zich zeker niet kan beroepen op de contractuele aansprakelijkheidsregeling, daar hij geen contractspartij, maar derde is. Om dezelfde reden is een exoneratiebeding aan de derde-schadelijder niet tegenstelbaar (Kh. Brussel, 27 juni 1977, *B.R.H.*, 1978, 219). De problematiek wordt aldus herleid tot een vraag van buitencontractuele aansprakelijkheid. De behandeling van deze materie hoort dan ook veeleer thuis in het rechtspraakoverzicht aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, waarnaar de lezer gaarne verwezen wordt (zie *T.P.R.*, 1980, 1463 e.v.). Ik moge mij hier dan ook beperken tot de hoofdlijnen en enkele aanvullende gegevens.

Rechtspraak en rechtsleer zijn het er over eens dat een contractuele wanprestatie tot aquiliaanse aansprakelijkheid jegens derden leidt, wanneer de contractuele tekortkoming, onafhankelijk van het contract, een onrechtmatige daad oplevert.

De contractuele fout is hier dus ,,een gans toevallig en bijkomend element'' van de onrechtmatige daad (zie Brussel, 12 januari 1966, *Pas.*, 1966, II, 4; Kh. Brussel, 27 juni 1977, *B.R.H.*, 1978, 219). Zo wordt algemeen erkend dat het op de markt brengen van een produkt dat gebrekkig is door een aan de fabrikant toerekenbare fout, onafgezien van een mogelijke contractuele tekortkoming van die producent, een fout oplevert in de zin van de artikelen 1382 en 1383 B.W. (zie Vandenberghe, H., e.a., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1464 en de verwijzingen; *adde*: Brussel, 12 november 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9177). De vraag is echter of de opeenvolgende kopers van het betrokken produkt de fabrikant extra-contractueel aansprakelijk kunnen stellen. Immers, rechtspraak en rechtsleer erkennen unaniem dat niet alleen de onmiddellijke afnemer van het produkt van de fabrikant, maar ook alle latere kopers over een rechtstreekse vordering *ex contractu* beschikken tegen de producent en de opeenvolgende vroegere verkopers van het met een verborgen gebrek behepte produkt (zie Cousy, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel, 1978, 257 e.v. en de verwijzingen; Kruithof, R., ,,De produktenaansprakelijkheid in de levensmiddelensector'', in *Levensmiddelenrecht*, Kruithof, R. e.a. (ed.). Brussel, 1979, 283-284). Dit zou er op neer komen dat deze kopers een contractuele en een extracontractuele aansprakelijkheidsvordering kunnen ,,cumuleren'' en dit is, zoals we gezien hebben (*supra*, nr. 106), sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 7 december 1973 bijzonder onwaarschijnlijk geworden (vgl. Kh. Brussel 28 februari 1973 en Brussel, 26 september 1974, *B.R.H.*, 1975, 325 (daar de latere eigenaars van gebouwen over de rechtstreekse contractuele vordering van artikel 1792 B.W. beschikken tegen architect en aannemer, zijn zij geen ,,derden'' en verliezen zij hun vorderingsrecht krachtens art. 1382 e.v. B.W.)). Anderzijds lijdt het geen twijfel dat de werknemers van de koper die het slachtoffer worden van het gebrekkige produkt derden zijn en een vorderingsrecht *ex* artikel 1382 e.v. B.W. hebben tegen de producent (Brussel, 12 november 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9177).

Op grond van het relativiteitsbeginsel der contracten (art. 1165 B.W.) kan men in het algemeen stellen dat het gedrag dat contractbreuk oplevert, extracontractuele aansprakelijkheid uitsluit, wanneer dit, bij ontstentenis van het contract, niet onrechtmatig is. J. Limpens heeft echter voorgesteld — en zijn standpunt heeft de steun van rechtspraak en rechtsleer gekregen (zie Vandenberghe, H., e.a., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1467 en de verwijzingen; Dalcq, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, Brussel, 1967, I, nrs. 403 e.v.) — dat het bestaan van een contract tot een zekere uitbreiding van de algemene zorgvuldigheidsverplichting kan leiden (Limpens, J., ,,Responsabilité du contractant envers les tiers du chef de la violation du contrat'', *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1954, speciaal nummer, p. 102).

In dit verband mag de aandacht worden gevestigd op een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 4 juni 1974 (*T.Aann.*, 1976, 77, noot J.L. Fagnart). Een architect had van de Commissie voor Openbare Onderstand te Quaregnon de opdracht gekregen om plannen te maken voor de bouw van een tehuis voor bejaarden. Hij doet dit maar overlijdt op het ogenblik dat de ruwbouw is aanbesteed. De C.O.O. betaalt aan zijn erfgenamen het nog verschuldigde ereloon uit en ontslaat hen van elke aansprakelijkheid. Daarop sluit de C.O.O.

een contract met een andere architect. Deze ontdekt niet dat in de plannen van de eerste architect ernstige fouten en leemten voorkomen. Deze komen tijdens de werken aan het licht en noodzaken een stillegging van die werken gedurende méér dan 5 maanden. De C.O.O. vervolgt de tweede architect wegens contractbreuk — het niet voldoende controleren van de plannen van de eerste architect —, die prompt de erfgenamen van de eerste architect in vrijwaring roept. Zoals J.L. Fagnart terecht opmerkt hebben zowel de eerste als de tweede architect een contractuele fout begaan waarvoor zij — in beginsel — *in solidum* aansprakelijk kunnen worden gesteld t.o.v. de C.O.O. De beslissing van het Hof van Beroep waarbij de tweede architect tot integrale schadevergoeding wordt veroordeeld, komt dan ook gegrond voor. De betrokken schuldenaar wordt dan, op grond van artikel 1251, 3° B.W., gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser tegen de eerste architect. Daar de C.O.O. de erfgenamen van de eerste architect echter van iedere aansprakelijkheid had ontslagen, bood deze subrogatie de tweede architect geen uitkomst. Daarom wellicht vorderde hij rechtstreeks schadevergoeding van de erfgenamen van de eerste architect. Om een contractuele vordering kon het niet gaan, daar de twee architecten dienaangaande geen overeenkomsten hadden gesloten, zodat alleen artikel 1382 B.W. overbleef. Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat zelfs indien de eerste architect een fout had begaan, het oorzakelijk verband tussen die fout en de schade door de fout van de tweede architect verbroken was. Fagnart merkt terecht op dat deze uitspraak een miskenning inhoudt van de door het Hof van Cassatie erkende equivalentieleer (*l.c.*, 82). De oplossing dient m.i. dan ook elders te worden gezocht, m.n. in het aquiliaans foutbegrip: nagegaan moet worden of de door de eerste architect begane fout een zuiver contractuele fout is, dan wel ook een fout is in de zin van de artikelen 1382 en 1383 B.W. In het eerste geval dient de vordering van de tweede architect te worden afgewezen, in het tweede ingewilligd (vgl. Flamme, M.-A., ,,Du devoir de surveillance de l'architecte et des clauses d'exonération de sa responsabilité'', *R.C.J.B.*, 1974, 528-531).

109. BEWIJSLAST — Artikel 870 Ger.W. stelt op algemene wijze dat ,,iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert''. Bijgevolg dient de partij die de uitvoering van een verbintenis vordert het bestaan ervan te bewijzen en dient degene die beweert bevrijd te zijn het bewijs te leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht (art. 1315 B.W.).

Derhalve dient de verzekerde die jegens zijn verzekeraar een recht op betaling laat gelden, overeenkomstig artikel 1315, lid 1 B.W., niet enkel de schade te bewijzen, doch ook de gebeurtenis die deze schade heeft veroorzaakt en moet hij daarenboven aantonen dat die gebeurtenis bepaald werd in het verzekeringscontract, d.w.z. dat het aangevoerde schadegeval door genoemd contract was gedekt (Cass., 20 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 958). Vermits de wettelijke bepalingen inzake de bewijslast van een verbintenis niet van openbare orde zijn, mogen partijen daarvan echter afwijken door b.v. de verzekeraar bij overeenkomst te verplichten tot het bewijs van het bestaan van een geval dat niet gedekt wordt door

de waarborg en dat hij inroept (Cass., 20 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 958). Alhoewel artikel 1315, lid 1 B.W. vereist dat hij die de uitvoering van een verbintenis vordert het bestaan ervan moet bewijzen, wordt door heel wat rechtbanken blijkbaar aangenomen dat degene die zonder schriftelijk bewijs een vervoeropdracht aanvaardt en daarbij niet te kennen geeft dat hij ze niet persoonlijk zal uitvoeren, als vervoerder en niet als commissionair - verzender moet beschouwd worden. Het gevaar bestaat inderdaad dat, bij gebrek aan een schriftelijk bewijs, de hoedanigheid van vervoerder steeds zou worden betwist. Het is daarbij zonder belang dat hij als afzender in de vrachtbrief vermeld wordt en dat deze vrachtbrief de effectieve vervoerder vermeldt (Kh. Antwerpen, 24 oktober 1973, *Rechtspr. Antw.*, 1974, 83; zie ook Brussel, 24 januari 1969, *Eur. Vervoerr.*, 1969, 937 en 943).

110. INSPANNINGS- EN RESULTAATSVERBINTENIS — De resultaatsverbintenis is deze waarbij de schuldenaar er zich toe verplicht een welbepaald resultaat te bereiken. Een inspanningsverbintenis daarentegen legt aan de schuldenaar enkel de verplichting op een bepaalde inspanning te leveren of bepaalde middelen aan te wenden om een resultaat te bereiken, maar de debiteur belooft niet dat hij daarin ook zal slagen.

Dit onderscheid is om drie redenen van groot belang. In de eerste plaats biedt het de mogelijkheid om de inhoud en de draagwijdte van de door de schuldenaar aangegane verbintenis nader te bepalen, hetgeen uiteraard van wezenlijke betekenis is om uit maken of deze debiteur zijn verbintenis al dan niet is nagekomen (in dezelfde zin: Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 168-169 en de verwijzingen). In de tweede plaats is het onderscheid van belang inzake de bewijslastverdeling. Hebben we te doen met een resultaatsverbintenis dan zal de schuldeiser bij wanuitvoering het bestaan van de verbintenis en het uitblijven van het beloofde resultaat moeten bewijzen; op de debiteur rust dan de plicht het bewijs te leveren van overmacht of toeval (zie hieromtrent Cass., 10 december 1953, *Pas.*, 1954, I, 290; Cass., 26 november 1954, *Pas.*, 1955, I, 271). Staan we daarentegen voor een inspanningsverbintenis, dan rust de bewijslast nagenoeg volledig op de schuldeiser: hij moet het bestaan van de verbintenis bewijzen en de wanuitvoering door het gebrek aan zorg in hoofde van de schuldeiser (zie hieromtrent Cass., 26 februari 1962, *Pas.*, 1962, I, 723). De derde reden waarom het onderscheid belangrijk is betreft de overmachtsleer. Alleen voor de resultaatsverbintenissen dienen de strenge vereisten van deze leer in acht genomen te worden (*infra*, nr. 113 e.v.). Voor de inspanningsverbintenissen geldt enkel het zorgvuldigheidscriterium van de goede schuldenaar (vgl. Wilms, W., *o.c.*, *Jura Falc.*, 1980-81, 25-26).

Ook in de besproken periode hebben onze hoven en rechtbanken veelvuldig gebruik gemaakt van het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Het is onbegonnen werk om deze hier allemaal te vermelden. Ik moge mij dan ook beperken tot de opsomming van een reeks typische uitspraken.

Tot een *resultaatsverbintenis* zijn gehouden:

1° de *restauranthouder* m.b.t. de teruggaveverplichting van de kledingsstukken

die de gasten hem toevertrouwen (Rb. Brussel, 14 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9932; zie ook Kh. Brussel, 14 september 1976, *B.R.H.*, 1976, 534); hetzelfde geldt voor het *modehuis* dat een vestiaire ter beschikking stelt van het cliënteel (Kh. Brussel, 23 juli 1976, *B.R.H.*, 1976, 529). Vgl. C. Caenepeel, noot onder Kh. Antwerpen, 15 september 1970, *R.W.*, 1970-71, 620;

2° de *garagehouder* m.b.t. de teruggaveverplichting van de aan hem voor herstellingswerken of voor schoonmaak toevertrouwde wagens (Brussel, 22 maart 1976, *B.R.H.*, 1976, 217; Rb. Luik, 8 maart 1973, *T.Aann.*, 1976, 207, noot J.L. Fagnart; Kh. Verviers, 6 december 1973, *Jur. Liège*, 1974-75, 159; Rb. Kortrijk, 22 januari 1974, *R.W.*, 1974-75, 2227; Kh. Bergen, 5 september 1974, *B.R.H.*, 1975, 417; Rb. Brussel, 20 januari 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9974; Rb. Luik, 26 september 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 123; *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9973, noot F. Glansdorff; Vred. Luik, 21 februari 1980, *J.T.*, 1980, 392; zie ook Kh. Luik, 8 maart 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 36; *contra*: Rb. Charleroi, 19 februari 1976, *De Verz.*, 1977, 617; Vred. St. Joost-ten-Node, 9 april 1980, *De Verz.*, 1980, 487, noot R. Bogaert);

3° de exploitant van een *parking met waakdienst* m.b.t. de verplichting tot teruggave van het in bewaring gegeven motorvoertuig (Brussel, 22 juni 1972, *B.R.H.*, 1976, 97; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 515). Anders is het natuurlijk wanneer het niet om een bezoldigde bewaargeving gaat, maar om de huur van een parkeerplaats;

4° het *wasserijbedrijf* dat de gewassen stukken in goede staat aan de klant dient terug te geven (Vred. Aarlen, *Jur. Liège*, 1977-78, 144);

5° de *bouwpromotor* die met de volledige uitvoering van een gebouw is belast (Brussel, 31 mei 1978, *Res et Jura Immobilia*, 1979, 203; Rb. Hoei, 5 november 1979, *Jur. Liège*, 1979-80, 235);

6° het *reisbureau* dat als *tour-operator* een reis inricht en als dusdanig er zich tegen betaling van een bepaalde prijs toe verbindt een geheel van prestaties te leveren, zoals vervoer, logies, maaltijden enz. Zijn aansprakelijkheid komt derhalve in het gedrang wanneer hij zijn klanten in een hotel van vierde kategorie onderbrengt, terwijl een eerste klas hotel beloofd was (Kh. Brussel, 5 mei 1975, *B.R.H.*, 1976, 19 en *Eur. Vervoerr.*, 1976, 146; zie ook Vred. Brussel, 3 maart 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10065; Vred. Brussel, 17 maart 1977, *De Verz.*, 1977, 651 en *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10008, noot M. Delacroix; Vanacht, M. en Thiery, M., ,,De aansprakelijkheid van de tour-operator'', *R.W.*, 1974-75, 2305 e.v.). De reisagent die enkel als tussenpersoon of bemiddelaar optreedt, is echter niet aansprakelijk voor de niet-uitvoering of slechte uitvoering van de reis (Kh. Brussel, 5 mei 1975, *B.R.H.*, 1976, 19; *contra*: Vred. Brussel, 17 maart 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10008, kritische noot M. Delacroix);

7° de *ambulancedienst* die een zieke vervoert naar het hospitaal (Rb. Turnhout, 27 februari 1974, *R.W.*, 1975-76, 1516 bev. door Antwerpen, 6 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 1892 en *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9934); zie voor andere gevallen van *bezoldigd personenvervoer*: Brussel, 5 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 392; Rb. Brussel, 20 juni 1974, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9397;

8° de *posterijen* die t.o.v. de afzender de verbintenis aangaan het aan hen toevertrouwde aangetekende poststuk ter bestemming af te leveren (Kh. Brussel, 15 december 1976, *Eur. Vervoerr.*, 1977, 307 en *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9816).

Zijn daarentegen gehouden tot een *inspanningsverbintenis*:

1° de *advocaat* bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt (Brussel, 10 mei 1979, *Pas.*, 1979, II, 103, i.h.b. 115, 2e kolom; zie ook Brussel, 1 juni 1979, *Pas.*, 1979, II, 120; Rb. Luik, 14 november 1977, *De Verz.*, 1978, 215; vgl. Rb. Luik, 26 juni 1980, *J.T.*, 1980, 563);

2° de *geneesheer* bij de medische behandeling van zijn patiënt (zie Luik, 14 maart 1979, *Jur. Liège*, 1979, 417; zie ook Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1038, noot W.G.; Glesener, A., ,,Des médecins et des juristes'', *J.T.*, 1974, 561; vgl. Gent, 5 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 1013; Rb. Brussel, 8 maart 1978, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10024 en *Pas.*, 1980, III, 5 (waarin ten onrechte de eis wordt gesteld dat de geneesheer een zware fout moet begaan hebben);

3° de *inrichter van een vacantiekamp* voor geestelijk gehandicapte kinderen wat de veiligheid der kinderen betreft (Antwerpen, 24 november 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9696);

4° de *exploitant van een speeltuin* wat de veiligheid der kinderen betreft (zie Pol. Charleroi, 9 november 1973 en Corr. Charleroi, 18 november 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9644, noot J.L.);

5° de *inrichter van een paardensportkamp* t.o.v. van de deelnemers in geval van een door een paard veroorzaakt ongeval (*cf.* Brussel, 15 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9693, noot J. Libouton; zie ook i.v.m. de inrichting van een *sportwedstrijd*: Cass. fr., 18 november 1975, *D.*, 1976, I.R., 95; vgl. Cass. fr., 16 april 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9767);

6° de *beroepsvoetballer* die er zich toe verbonden heeft gedurende drie seizoenen in de ploeg van een club op te treden, wat betreft de waarde van de sportprestaties (Rb. Antwerpen, 22 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1136);

7° de *computerleverancier* wat het opstellen en het ontwikkelen van de *software* betreft, d.w.z. het opstellen en het ontwikkelen van de programmatuur (Kh. Brussel, 2 februari 1976, *B.R.H.*, 1976, 222; Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377; zie ook Moorkens, D., ,,Contractuele problemen bij de aanschaf van een computer'', *Jura Falc.*, 1981-82, 261). De levering van de *hardware* of apparatuur, daarentegen, is een resultaatsverbintenis (Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377; Moorkens, D., *l.c.*, 261; zie ook Vandenberghe, G., ,,De aansprakelijkheid van de computerconstructeur'', *R.W.*, 1978-79, 75 e.v.);

8° de *commissionair-expediteur* staat niet in voor de goede uitvoering van de contracten die hij voor rekening van zijn opdrachtgever sluit en gaat dus zeker geen resultaatsverbintenis aan. Hij is derhalve niet aansprakelijk voor de schade die de vervoerder of de stuwadoor met wie hij gecontracteerd heeft, veroorzaakt hebben, tenzij hij een notoir onbekwame vervoerder of stuwadoor heeft gekozen

en aldus een persoonlijke fout heeft begaan (Antwerpen, 19 november 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 148);

9° de *makelaar in onroerende goederen* die de opdracht heeft gekregen een aspirant-koper te vinden voor een onroerend goed en de daarin ondergebrachte handelszaak (Brussel, 24 juni 1975, *Rev. Not. B.*, 1976, 348; Antwerpen, 8 februari 1977, *T.Aann.*, 1978, 194, noot A. Pelegrin; Rb. Brussel, 10 juni 1976, *Pas.*, 1976, III, 69). Het is dan ook niet helemaal duidelijk waarom het Hof van Beroep te Brussel in het arrest van 24 juni 1975 aan de makelaar de bewijslast oplegt dat hij zijn taak naar behoren heeft vervuld (*Rev. Not. B.*, 1976, 348);

10° de *privé-detective* die er zich toe verbonden heeft de echtgenote van de opdrachtgever te schaduwen (Vred. Brugge, 20 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2673);

11° de *wisselagent of bankier* die er zich toe verbonden heeft reischeques in bewaring te houden in afwachting dat deze in omloop worden gebracht (Kh. Luik, 25 november 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 127);

12° de *hotelier* wat de veiligheid van zijn gasten betreft (Rb. Antwerpen, 4 oktober 1973, *De Verz.*, 1974, 615);

13° de *verzekeringsmakelaar* m.b.t. zijn verbintenissen ten overstaan van de verzekerde (zie Kh. Brussel, 9 augustus 1973, *J.T.*, 1974, 623, noot E. Marchal);

14° degene die er zich toe verbonden heeft een zeeschip te slepen, daar de *sleper* niet het resultaat belooft dat het gesleepte schip de bestemmingshaven zal bereiken, maar er zich enkel toe verbindt zijn trekkracht tegen een vaste prijs of voor een bepaalde tijdsduur te verhuren (Scheidsr. Uitspr. 28 augustus 1974, *Rechtspr. Antw.*, 1974-75, 239).

Niet steeds is het duidelijk of we met een inspannings- dan wel met een resultaatsverbintenis te doen hebben. Ziehier een voorbeeld. Een aannemer had in opdracht van de Belgische Staat op een spoorwegoverweg betonplaten geplaatst. Eén van deze betonplaten was losgekomen en veroorzaakte ernstige schade aan een vrachtwagen. Aansprakelijk gesteld op grond van artikel 1384, lid 1 B.W. jegens het slachtoffer, vordert de Belgische Staat het bedrag van de schadevergoeding op zijn beurt van de aannemer. Het Hof van Beroep te Gent besliste dat de aannemer niet aansprakelijk is, daar de Belgische Staat niet bewezen heeft dat het loskomen van de betonplaten te wijten is aan een fout in de uitvoeringswerken door de aannemer en dat het zelfs niet uitgesloten is dat een conceptiefout er aan ten grondslag ligt (Gent, 21 mei 1973, *T.Aann.*, 1976, 242, noot P. Libert). De eis in cassatie van de Belgische Staat wegens miskenning van de regels inzake bewijslast werd onontvankelijk verklaard (Cass., 8 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 317; zie i.v.m. aanneming van werk ook de verwijzingen bij Van Oevelen, A. en Dirix, E., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2301; Flamme, M.A. en Ph., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 345 e.v.; *adde*: Rb. Gent, 21 april 1976, *T.Aann.*, 1980, 3, noot W. Abbeloos).

111. ZORGVULDIGHEIDSCRITERIUM — Dat ons recht in beginsel — er zijn uitzonderingen (zie *infra*, nrs. 113 en 118) — een op het schuldbegrip gefundeerd contractueel aansprakelijkheidssysteem huldigt, lijdt geen twijfel. Maar wat

behelst hier het begrip ,,schuld'' of ,,fout''? Men aanvaardt doorgaans dat het in artikel 1137 B.W. voor een welbepaalde verbintenis geformuleerde criterium als algemene regel geldt voor de contractuele aansprakelijkheid. Dit artikel luidt: ,,De verbintenis om voor het behoud van de zaak te zorgen verplicht hem die ermee belast is, daaraan alle zorgen van een goede huisvader te besteden, onverschillig of de overeenkomst een van de partijen of beide partijen gemeenschappelijk tot nut strekt. Deze verplichting is meer of minder uitgestrekt wat betreft bepaalde contracten, waarvan de gevolgen te dien opzichte worden vastgesteld in de titels die daarop betrekking hebben''.

Over de vraag of de schuldenaar een *culpa levis in abstracto* of *culpa levis in concreto* moet hebben begaan, heeft het Hof van Cassatie onlangs in een interessant arrest stelling gekozen. De feiten kunnen als volgt worden samengevat. Bij een vliegtuigongeluk juist onder de top van de Mont Blanc komt J.T. om het leven. Het ongeval was te wijten aan een verkeerde beoordeling door de piloot van de positie van het vliegtuig. De nabestaanden van J.T. eisen integrale schadevergoeding van Air India op grond van artikel 25 van het Verdrag van Warschau van 12 oktober 1929 tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationaal luchtvervoer, krachtens hetwelk integrale schadevergoeding o.m. verschuldigd is wanneer het ongeval te wijten is aan een daad of een nalatigheid van een ondergeschikte van de vervoerder welke plaatsvond ,,hetzij met de bedoeling schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met de wetenschap dat schade waarschijnlijk het gevolg zou zijn ...''. Beoordeelt men het gedrag van de piloot *in abstracto*, dan had hij wellicht een fout begaan, daar hij *normalerwijze* had moeten weten dat zijn vergissing waarschijnlijk fatale gevolgen zou hebben; gaat men daarentegen uit van de *culpa in concreto*, dan had hij geen fout begaan in de zin van de genoemde verdragstekst, daar de piloot *in feite niet wist* dat schade waarschijnlijk het gevolg zou zijn van zijn roekeloosheid. Het Hof van Beroep te Brussel gaf de voorkeur aan de beoordeling van de fout *in concreto* en wees de schadeeis af. In de voorziening in cassatie werd o.m. gesteld dat het Hof van Beroep artikel 25 van het Verdrag van Warschau had geschonden ,,nu het genoemd artikel 25 geen afwijking inhoudt van het beginsel van artikel 1137 van het Burgerlijk Wetboek, volgens welke elke contractuele fout *in abstracto* en niet *in concreto* moet beoordeeld worden, of, met andere woorden, objectief en niet subjectief''. Het Hof van Cassatie besliste dat artikel 1137, lid 1 B.W. inderdaad de algemene regel vastlegt dat de contractuele fout *in abstracto* moet worden beoordeeld, maar dat het tweede lid van deze wetsbepaling uitzonderingen voor bepaalde contracten mogelijk maakt. Welnu, artikel 25 van het Verdrag van Warschau is zo'n uitzondering en rechtvaardigt derhalve de beoordeling *in concreto* van het gedrag van de betrokken piloot (Cass., 27 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 595; *Pas.*, 1977, I, 574, met conclusie Proc. Gen. Delange; zie ook Rutsaert, J., *o.c.*, *De Verz.*, 1977, 221; vgl. over de algemene vraag ook Vandeputte, R., *o.c.*, 168).

De regels inzake contractuele aansprakelijkheid worden niet geschonden door de feitenrechter die de fout, welke in de uitvoering van een aannemingscontract door een garagehouder is begaan, beoordeelt op grond van het criterium van de

uitvoering volgens de regels van de kunst of conform de vakkundige techniek. Volgens het Hof van Cassatie beoordeelt het Hof van Beroep te Brussel aldus wettelijk de contractuele fout ,,aan de hand van het criterium van een goed garagist'' (Cass., 25 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 263). Uit dit arrest blijkt o.m. dat het zorgvuldigheidscriterium ook weer niet te abstract moet worden geïnterpreteerd: men moet het gedrag van de schuldenaar in de uitoefening van zijn vak vergelijken met dit van een zorgvuldig debiteur die tot *dezelfde beroepscategorie* behoort (zie ook Vandeputte, R., *o.c.*, 168).

112. ZORGVULDIGHEIDSCRITERIUM (vervolg) — De jongste jaren worden veel processen gevoerd tegen *brandstofleveranciers* die niet hebben verhinderd dat het stookoliereservoir van de klant overloopt. Wanneer de klant geen bepaalde hoeveelheid stookolie heeft besteld maar de brandstofleverancier opdraagt de voorraad aan te vullen, zal de leverancier meestal aansprakelijk gesteld worden voor het overlopen van de vergaarbak. Deze moet de nodige voorzorgsmaatregelen maar treffen (zie Kh. Verviers, 9 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 159; Kh. Brussel, 22 december 1976, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9832; Rb. Marche-en-Famenne, 25 november 1976, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10192). Minder eensgezindheid bestaat er in geval de klant een welbepaalde hoeveelheid stookolie heeft besteld. Volgens sommigen kan dan in de regel zowel aan de klant als aan de leverancier een fout verweten worden (zie Antwerpen, 21 oktober 1975, *De Verz.*, 1976, 429; Rb. Brussel, 17 december 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9586); anderen beweren echter dat de leverancier dan geen schuld treft, daar hij er op mocht vertrouwen dat het reservoir voldoende plaats bood voor de door de klant bestelde hoeveelheid (Rb. Charleroi, 2 oktober 1975, *J.T.*, 1976, 137 en *De Verz.*, 1976, 191; Rb. Brugge, 26 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 1447); nog anderen beweren dat alleen de leverancier, behoudens bewijs van overmacht, aansprakelijk is, daar hij de levering niet heeft uitgevoerd volgens de regels van de kunst en de werkwijze van een zorgvuldige stookolieleverancier (Vred. Tielt, 24 mei 1973, *R.W.*, 1974-75, 1451).

Wat de *onverschoonbare dwaling* bij de uitvoering van een contract betreft, zie *supra*, nr. 49.

M.b.t. de *advies- en begeleidingsplicht* van professionele raadslieden en andere beroepshalve tot adviesverlening gehouden personen, zie Wilms, W., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 505 e.v. en de referenties.

2° *De vreemde oorzaak*

113. BEGRIP — De door de heersende rechtspraak en rechtsleer verdedigde overmachtsleer kan omschreven worden als de leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid. Volgens deze opvatting is er slechts sprake van overmacht of toeval, wanneer de omstandigheid die als vreemde oorzaak ter bevrijding van de debiteur wordt ingeroepen, de nakoming van diens verbintenis volstrekt onmogelijk maakt en de schuldenaar terzake geen enkele fout treft. In het arrest van 9 december 1976 heeft het Hof van Cassatie deze leer in volgende bewoordingen nogmaals bevestigd: ,,... de overmacht die de schuldenaar van de verplichting tot schade-

vergoeding bevrijdt, is de gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt tot de nakoming van zijn verbintenissen en die, wat haar totstandkoming betreft, aan geen fout van de schuldenaar is te wijten'' (*Arr. Cass.*, 1977, 404).

Daartegenover staat de zgn. *schuldleer*, die in ons land o.m. door J. Heenen en A. Lagasse verdedigd is geworden (Heenen, J., ,,La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeur'', *R.C.J.B.*, 1957, 87-98; Lagasse, A., in *Rev. Banque*, 1960, 798 e.v. Zie ook Kruithof, R., ,,Werkstaking en overmacht'', *T.P.R.*, 1965, 540 e.v.). Volgens deze opvatting is de niet-nakoming van de verbintenis aan overmacht te wijten, wanneer de schuldenaar ter bereiking van het overeengekomen resultaat alles heeft gedaan wat een zorgvuldig debiteur in de gegeven omstandigheden zou hebben gedaan. De contractuele aansprakelijkheid steunt dus uitsluitend op de fout in de zin van artikel 1137 B.W. (*culpa levis in abstracto*). M.a.w. overmacht begint waar schuld ophoudt. Het praktisch belang van deze theorie bestaat hierin dat de als overmacht te weerhouden omstandigheid voor de schuldenaar niet noodzakelijk geheel onvoorzienbaar of onvermijdbaar moet geweest zijn en de nakoming van de verbintenis niet noodzakelijk onmogelijk behoeft te hebben gemaakt. Daarenboven, ook de eis dat de debiteur zich niet aan de minste fout mag hebben schuldig gemaakt, wordt niet weerhouden. Het enige criterium is of de niet-nakoming van de contractuele verbintenis al dan niet te wijten is aan een fout die een goed schuldenaar van dezelfde categorie en geplaatst in dezelfde extrinsieke omstandigheden niet zou hebben begaan. Dit betekent niet dat aan de vraag of nakoming van de verbintenis al dan niet onmogelijk is geworden, geen enkele waarde meer wordt gehecht. De beantwoording van deze vraag, zoals trouwens de antwoorden op de vragen of de als overmacht ingeroepen omstandigheid onvoorzienbaar en onvermijdbaar was, kunnen immers belangrijke elementen zijn voor de beantwoording van de eigenlijke vraag, nl. of de debiteur al dan niet schuld treft (zie over dit alles Kruithof, R., ,,Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering'', in *Hulde René Dekkers*, Brussel, 1982, 281 e.v.; voor een juiste toepassing van deze opvatting, zie Kh. Antwerpen, 2 december 1974, *R.W.*, 1974-75, 1060).

Er is echter nog een derde overmachtstheorie. Volgens deze leer dient de schuldleer te worden aangevuld met het risico-beginsel. In de regel moet de schuldleer worden toegepast, maar in een aantal gevallen dient een risico-aansprakelijkheid in hoofde van de debiteur te worden weerhouden. M.n. wat de aansprakelijkheid betreft van de debiteur voor de door de schuld van zijn aangestelden en uitvoeringsagenten veroorzaakte schade, evenals t.a.v. de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de gebrekkige zaken waarvan de schuldenaar zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, dringt een erkenning van de risico-leer zich op. Ook de regel *Genera non pereunt* vindt in de risico-leer haar grondslag (zie Kruithof, R., *l.c.*, 301 e.v.; het risico kan ook rusten op de schuldeiser, Arbrb. Hasselt, 24 juni 1974, *R.W.*, 1975-76, 372; zie ook art. 1138 B.W.).

Uit het voorgaande — maar meer nog uit de hierna te bespreken rechtspraak — moge blijken dat het overmachtsbegrip in ons recht ,,une fausse idée claire'' is. Deze onzekerheid wordt in de hand gewerkt doordat het Hof van Cassatie in ons

land — in tegenstelling tot de Franse *Cour de Cassation* — soms geneigd is de desbetreffende vragen al te snel als feitenkwesties te bestempelen die tot de soevereine beoordelingsmacht behoren van de feitenrechter (zie o.m. Cass., 8 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 527; Cass., 9 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 405; zie over de algemene overmachtsproblematiek ook Van Ommeslaghe, P., ,,Les clauses de force majeure et d'imprévision dans les contrats internationaux'', *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1980, 7-59).

114. DE ONMOGELIJKE NAKOMING VAN DE VERBINTENIS — Volgens de traditionele overmachtsleer kan dus alleen een omstandigheid als overmacht of toeval weerhouden worden die de uitvoering van de verbintenis onmogelijk maakt. Zodra het er op aankomt dit begrip ,,onmogelijkheid'' nader te omschrijven, duiken de moeilijkheden echter op.

Tot degenen die een absolute of volstrekte onmogelijkheid noodzakelijk achten, behoort de Franse rechtsgeleerde P. Esmein. Deze schrijft dat de schuldenaar al zijn krachten moet inzetten voor de nakoming van zijn verbintenis; hij moet bereid zijn er zich financieel voor te ruïneren en er zijn gezondheid en leven voor in de waagschaal te leggen (Planiol, Ripert en Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, 1930, nr. 382, p. 532). Het begrip onmogelijkheid omvat in deze optiek enkel de fysische of materiële onmogelijkheid en de wettelijke onmogelijkheid.

Dat deze opvatting moeilijk houdbaar is, zullen weinigen nog in twijfel durven trekken. Het is dan ook niet te verwonderen dat rechtspraak en rechtsleer de absolute onmogelijkheid veelal hebben vervangen door het criterium van de *normale, menselijke of praktische onmogelijkheid* (zie De Page, II, nr. 602; Dekkers, II, nr. 121). Hoe ver men hier mag gaan is echter niet erg duidelijk (zie ook Vandeputte, R., *o.c.*, 183-184). Dit blijkt o.m. uit volgende rechterlijke uitspraken.

Om overmacht te vormen moet de *werkstaking* van de havenarbeiders te Gent geen volstrekt algemene staking zijn in die haven. Het volstaat dat zij dermate algemeen is dat, ondanks sporadische werkhervattingen, zij redelijk een hinderpaal vormt waaraan niet kan worden weerstaan. De staking moet evenmin onvoorzienbaar zijn geweest (Kh. Gent, 22 april 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 170; zie ook Kruithof, R., ,,Werkstaking en overmacht'', *T.P.R.*, 1965, 505 e.v.). Een staking in de productieafdeling van een staalfabriek kan echter niet als overmacht worden ingeroepen, indien uit de omstandigheden waarin het contract werd gesloten blijkt dat de goederen uit de bestaande voorraden zouden geleverd worden (Kh. Luik, 24 januari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 190).

Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat de langdurige *ziekte* van de exploitant van een benzinepompstation geen overmacht opleverde m.b.t. de niet-nakoming van diens verbintenis een bepaalde minimum hoeveelheid brandstoffen af te nemen, daar de rechter geen rekening kan houden met ,,difficultés qui ne sont pas insurmontables''. Inderdaad, de exploitant had een ander kunnen belasten met de verkoop van de brandstoffen in zijn pompstation (Brussel, 2 januari 1979, *Pas.*,

1979, II, 38 en *Rev. Not. B.*, 1980, 487; zie ook Kh. Charleroi, 16 september 1976, *T.Aann.*, 1978, 162).

Kort vóór de verscheping krijgt een bevrachter van de bevoegde autoriteiten in de V.S.A. *uitvoerverbod* en worden zijn vergunningen ingetrokken. Deze maatregelen werden genomen, daar de Amerikaanse autoriteiten nadere inlichtingen wensten over de juiste bestemming van de koopwaar, omwille van het feit dat zij de bevrachter ervan verdachten handel te drijven met Cuba. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat er hier overmacht (,,*fait du Prince*'') was: ,,dat een onverwachte beslissing van de bevoegde overheid, waarmede geen fout van de bevrachter verband kon houden, het inladen en het uitvoeren uit de U.S.A. volstrekt onmogelijk hadden gemaakt'' (Brussel, 2 december 1971, *Rechtspr. Antw.*, 1971, 214).

Het Hof van Beroep te Antwerpen besliste in het arrest van 15 april 1975 dat overmacht op een menselijke manier en rekening houdend met het geheel der omstandigheden beoordeeld moet worden. Geen overmacht is evenwel bewezen in het geval van het gemeerde schip waarvan de meerdraden bij een *onweer met windkracht van 40 knopen per uur* doorbreken, wanneer de bevoegde personen aan boord niet in de onmogelijkheid verkeerden om door aangepaste maatregelen het ongeval te vermijden (*R.W.*, 1975-76, 370).

Hevige mist op een vliegveld waardoor een vervoercontract niet kan worden uitgevoerd, kan overmacht opleveren (Vred. Brussel, 8 november 1974, *T.Vred.*, 1975, 141).

115. DE ONMOGELIJKE NAKOMING VAN DE VERBINTENIS (vervolg) – STANDPUNT VAN HET HOF VAN CASSATIE — In het arrest van 23 februari 1967 stelt het Hof van Cassatie duidelijk dat overmacht een ,,onoverkomelijk beletsel onderstelt''. Maakt derhalve geen overmacht uit, de omstandigheid die de uitvoering van het contract niet volkomen onmogelijk maakt, maar slechts moeilijker of kostelijker (Cass., 23 februari 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 797; zie ook Cass., 9 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 404; Arbrb. Charleroi, 7 november 1978, *T.S.R.*, 1979, 84).

De toepassing van dit criterium confronteerde het Hof van Cassatie echter enige jaren later met een moeilijk probleem (Cass., 10 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 288). De feiten kunnen als volgt worden samengevat. De fabriek en de burelen van een hoedenmaker waren door brand geheel vernield geworden. Deze omstandigheid riep de ondernemer in om de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers wegens overmacht als beëindigd te beschouwen. Eén werknemer was het hier niet mee eens, daar de brand de uitvoering van de arbeidsovereenkomst *tijdelijk en niet definitief onmogelijk* had gemaakt. Inderdaad, de werkgever had van zijn verzekeraar aanzienlijke vergoedingen ontvangen waarmee hij het bedrijf opnieuw had kunnen oprichten en zijn personeel opnieuw werk had kunnen verschaffen. Dit had hij echter niet gedaan. Toch besliste het Arbeidshof te Brussel dat het ongeval een einde had gemaakt aan de arbeidsovereenkomst en dat er geen rekening kon worden gehouden met de uitbetaalde verzekeringsvergoeding. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening in verbreking daar het Arbeidshof terecht uit bovengenoemde omstandigheden had kunnen afleiden dat

de verzekeringsuitkering ,,ten deze zonder invloed is op het bestaan van de vreemde oorzaak en op de rechtsgevolgen die ze heeft doen ontstaan in verband met de tussen de partijen bestaande overeenkomst''. Deze laconieke uitspraak licht niet toe waarom de verzekeringsuitkering zonder invloed is op de overmacht. M.i. dient men hier een beroep te doen op artikel 1137 B.W. en de vraag stellen of men van een goed schuldenaar van dezelfde kategorie, *in casu* een goed werkgever kan eisen dat hij de verzekeringsuitkering voor de heropbouw van zijn bedrijf zou gebruiken. Er valt m.i. heel wat voor te zeggen om deze vraag bevestigend te beantwoorden... Dit standpunt sluit aan bij hetgeen hierboven werd gesteld, nl. dat de vraag of de uitvoering van de verbintenis al dan niet onmogelijk is geworden slechts zin heeft in het licht van de eigenlijke vraag, nl. of de debiteur al dan niet een fout heeft begaan (*supra,* nr. 113).

116. NIET-TOEREKENBAARHEID VAN DE VERHINDERING AAN DE SCHULDENAAR — Zelfs indien de nakoming van de verbintenis volstrekt of praktisch onmogelijk blijkt te zijn, dan nog is de schuldenaar niet bevrijd, indien de omstandigheid die de nakoming verhindert, te wijten is aan of gepaard gaat met een fout in zijn hoofde en zonder dewelke de uitvoering van de verbintenis geheel of gedeeltelijk mogelijk zou zijn geweest. Hierop steunen de regels dat de vreemde oorzaak *onvoorzienbaar* en *onvermijdbaar* moet zijn geweest en dat de schuldenaar zich niet kan beroepen op een omstandigheid die aan zijn eigen *nalatigheid* of *onvoorzichtigheid* is te wijten.

Opvallend in dit verband is dat in rechtspraak en rechtsleer terzake vaak de stelling verdedigd wordt dat de debiteur niet de *minste schuld,* d.i. een *culpa levissima,* mag treffen, dan wanneer toch vrij algemeen aanvaard wordt dat de contractuele aansprakelijkheid steunt op de *culpa levis in abstracto* (zie b.v. De Page, II, nrs. 588 en 599, B; *supra,* nr. 111). In de hier besproken periode vindt men deze stelling o.m. terug in een vonnis van de Burgerlijke Rechtbank te Charleroi. Daarin wordt gesteld dat in geval van brand de huurder van het betrokken goed aansprakelijk is tenzij hij het bewijs levert ,,de l'absence de faute même 'la plus légère''' (Rb. Charleroi, 7 november 1973, *De Verz.,* 1975, 577, noot A.T.; *R.G.A.R.,* 1974, nr. 9174). Een juiste toepassing van de artikelen 1137, 1147 en 1148 B.W. wordt echter gemaakt in het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 2 december 1974 i.v.m. de diefstal van aan een natie toevertrouwde goederen. De Rechtbank stelt terecht dat de natie aan het behoud van de koopwaar alle zorgen van een goed huisvader moet besteden. De regels van de artikelen 1147 en 1148 B.W. mogen aan het principe van artikel 1137 B.W. geen afbreuk doen. Immers, een strenge interpretatie van het begrip overmacht ,,zou impliceren dat de schuldenaar zou moeten instaan, niet alleen voor zijn *culpa levis in abstracto,* maar ook voor zijn *culpa levissima,* de allerlichtste onoplettendheid die men zich kan indenken, zodat hij, in strijd met wat het contract hem eigenlijk oplegt, de uiterste nauwgezetheid zou moeten betrachten'' (*R.W.,* 1974-75, 1060).

De *beslissing van de Staat* om een agentschap waar weddenschappen afgesloten worden te sluiten, bevrijdt de werkgever niet wegens overmacht van zijn verbin-

tenissen jegens een in dat agentschap tewerkgestelde werknemer, indien de werkgever deze sluiting in het licht van de bestaande reglementering *behoorde te voorzien* (Arbrb. Brussel, 26 maart 1979, *J.T.T.*, 1980, 50).

Een onderaannemer kan zich niet op zijn *ziekte* als een geval van overmacht beroepen, wanneer die ziekte, overspanning door te hard werken, aan hemzelf te wijten is (Kh. Charleroi, 16 september 1976, *T. Aann.*, 1978, 162).

Verzakkingen veroorzaakt door een uitzonderlijke stijging van de grondwaterlaag tot op een nooit bereikt peil, en de instorting van het gewelf van de waterholte, zijn *onvoorzienbaar* en toe te schrijven aan een geval van overmacht (Luik, 30 mei 1974, *T. Aann.*, 1977, 286, noot A. Bondroit).

Een *windkracht* van 111 km per uur is *niet* zo uitzonderlijk en derhalve *onvoorzienbaar* dat een aannemer van bouwwerken er geen rekening had moeten of kunnen mee houden (Rb. Luik, 31 januari 1973, Luik, 19 juni 1974 en Cass., 8 januari 1973, *T. Aann.*, 1978, 279, noot M.A. Flamme).

Een *staking* die op het ogenblik van de contractssluiting onvoorzienbaar was, maar wél voorzienbaar was vooraleer het contract ten uitvoer gebracht moest worden, kan overmacht opleveren indien die staking een hinderpaal vormt waaraan niet kon worden weerstaan. Dit kan het geval zijn bij een algemene, niet erkende, wilde staking in de haven van Gent waarvan niemand de precieze duur kon voorzien (Kh. Gent, 22 april 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 170; zie ook Kruithof, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1965, 514 e.v.).

Een vervoerder kan *diefstal* zonder braak niet als overmacht inroepen, wanneer de gestolen goederen zich bevonden in een vrachtwagen die 's nachts zonder bewaking op de openbare weg geparkeerd stond (Brussel, 30 oktober 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9605).

De Burgerlijke Rechtbank te Nijvel besliste dat de schade berokkend aan een onroerend goed door een als overmacht te bestempelende *storm* en door een fout van de schuldenaar leidt tot een gedeeltelijke aansprakelijkheid van die debiteur (Rb. Nijvel, 23 april 1974, *Res et Jura Immobilia,* 1974, 279). Ten onrechte, daar de toepassing van de regel van de equivalentie der oorzaken meebrengt dat de debiteur voor het geheel dient aansprakelijk te worden gesteld (*infra,* nr. 125).

Wettelijk gerechtvaardigd is de beslissing die, na te hebben vastgesteld dat een ontbranding is ontstaan tijdens het vervoer van gasflessen, welke niet voldoende beveiligd waren tegen gasontsnapping, met een daartoe niet geschikt voertuig en op een gevaarlijke wijze, oordeelt dat de brand te wijten is én aan het gebrek van de vervoerde gasflessen én aan de fouten van de vervoerder welke worden gepreciseerd (Cass., 26 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 341).

117. BEWIJS VAN DE VREEMDE OORZAAK — De schuldenaar van een resultaatsverbintenis die overmacht als bevrijdingsgrond inroept, draagt daarvan de bewijslast (art. 1147 en 1315, al. 2 B.W.).

Verschillende keren heeft het Hof van Cassatie reeds beslist dat de debiteur het bewijs van de vreemde oorzaak niet noodzakelijk *rechtstreeks* moet leveren, nl. door het aantonen van de werkelijke oorzaak van de wanprestatie (*positief*

bewijs); het mag ook *onrechtstreeks* aangebracht worden, nl. wanneer de schuldenaar aantoont dat hem geen enkele fout verweten kan worden zodat de niet-uitvoering of de slechte uitvoering van de overeenkomst slechts aan overmacht of toeval te wijten kan zijn *(negatief bewijs)* (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 520-521 en de verwijzingen).

Ook tijdens de besproken periode zijn weer verschillende rechterlijke uitspraken te noteren waarin het negatief bewijs ter sprake is gekomen. Zo besliste het Hof van Beroep te Bergen terecht dat het voor het negatief bewijs niet volstaat dat aangetoond wordt dat de als overmacht ingeroepen brand te wijten *kan* zijn aan een oorzaak vreemd aan de huurder. Bewezen moet worden dat de brand *zeker en vast* niet aan een fout van de huurder te wijten is en dus noodzakelijkerwijze aan een vreemde oorzaak moet worden toegeschreven (Bergen, 9 december 1975, *Pas.*, 1976, II, 163). Evenzo, is aansprakelijk de commissionair bij wie koopwaar geconsigneerd is die door brand vernield wordt, wanneer hij niet bewijst aan welke vreemde oorzaak de brand te wijten is, noch aantoont dat die brand in geen geval door zijn fout veroorzaakt is (Luik, 12 maart 1975, *De Verz.*, 1978, 618, noot A.T.; in dezelfde zin Rb. Charleroi, 7 november 1973, *De Verz.*, 1975, 577, noot A.T.; Vred. Maaseik, 14 februari 1975, *De Verz.*, 1976, 687, noot A.T.). Anderzijds beslist een arrest wettelijk dat de huurder van een door brand vernield onroerend goed hiervoor niet aansprakelijk is en dus door overmacht bevrijd is, wanneer door een geheel van ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens bewezen wordt dat deze brand een oorzaak heeft die vreemd is aan de huurder en aan diens personeel (Cass., 30 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1124; zie ook Kh. Namen, 9 augustus 1973, *De Verz.*, 1978, 615).

Voor kritiek vatbaar is echter het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 22 maart 1976 waarin beslist wordt dat de diefstal van een aan een garagehouder toevertrouwde auto voor de garagehouder geen overmacht oplevert, indien deze garagehouder slechts bewijst dat hem geen fout te verwijten valt en hij alle nodige voorzorgsmaatregelen getroffen heeft om de diefstal te vermijden. Daar de omstandigheden waarin de diefstal had plaats gevonden onbekend gebleven waren, oordeelde het Hof dat de garagehouder het bewijs van de vreemde oorzaak niet geleverd had (Brussel, 22 maart 1976, *B.R.H.*, 1976, 217 dat het vonnis bevestigt van Kh. Brussel, 20 oktober 1970, *B.R.H.*, 1971, 190). De uitspraak is voor kritiek vatbaar, daar hier het positieve bewijs van overmacht geëist wordt.

118. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE DEBITEUR VOOR ZIJN AANGESTELDEN EN ANDERE UITVOERINGSAGENTEN — Steeds vaker worden in onze moderne samenleving de contractuele verbintenissen uitgevoerd door aangestelden en andere helpers van de debiteur (zie ook *supra*, nr. 107). De vraag is daarom belangrijk in welke omstandigheden de schuldenaar aansprakelijk gesteld kan worden voor de niet-uitvoering of de slechte uitvoering van zijn contractuele verbintenis die te wijten is aan een fout van zo'n uitvoeringsagent.

Uitgaande van de schuldleer kan men twee wegen op. Ofwel beweert men dat een tekortkoming ten gevolge van het optreden van een aangestelde of uitvoeringsagent slechts aan de schuldenaar kan worden toegerekend, indien de *debiteur*

persoonlijk een *fout* heeft begaan. Ofwel verdedigt men de stelling dat een persoonlijke fout in hoofde van de schuldenaar niet noodzakelijk is, maar dat het volstaat dat diens aangestelde of uitvoeringsagent schuld treft. Het onderscheid tussen beide opvattingen is belangrijk. Eist men een persoonlijke fout van de debiteur, dan zal deze in de regel vrijuit gaan wanneer hij kan bewijzen dat hij zijn helper goed heeft gekozen, hem nauwkeurige instructies heeft gegeven en de nodige controle op hem heeft uitgeoefend. Sluit men zich aan bij de tweede mening, dan is de schuldenaar aansprakelijk tenzij hij er in slaagt te bewijzen dat noch hijzelf noch zijn aangestelden en uitvoeringsagenten enige schuld treffen voor de wanprestatie.

Rechtspraak en rechtsleer nemen thans vrij algemeen aan dat de schuldenaar in beginsel aansprakelijk is voor de fouten van zijn aangestelden en uitvoeringsagenten. Men stelt daarbij dat artikel 1245 B.W., dat bepaalt dat de schuldenaar van een zekere en bepaalde zaak aansprakelijk is voor de beschadigingen die die zaak heeft ondergaan door zijn persoonlijke fout of ,,door die van de personen voor wie hij aansprakelijk is'', een algemene rechtsregel uitdrukt (zie De Page, II, nr. 592, p. 588; noot W.G. onder Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1039-1042; Dalcq, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, nr. 109; Dabin, J., noot onder Cass., 25 september 1959, *R.C.J.B.*, 1960, 24 e.v.; Concl. P. Charlier voor Luik, 13 april 1961, *J.T.*, 1962, 62; Rb. Kortrijk, 22 januari 1974, *R.W.*, 1974-75, 2227; Kh. Brussel, 10 juni 1975, *B.R.H.*, 1976, 91; zie ook Cass., 21 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1268; Antwerpen, 24 maart 1976, *J.T.*, 1976, 525; Antwerpen, 13 januari 1977, *T. Aann.*, 1978, 33, noot K. Ver Berne). Voor de huurder doet men daarbij ook een beroep op artikel 1735 B.W. (,,toedoen van huisgenoten'') (Brussel, 1 februari 1979, *Pas.*, 1979, II, 56 en *J.T.*, 1979, 267); voor de lastgeving steunt men de regel op artikel 1994 B.W. (de lasthebber is aansprakelijk voor hem die hij bij de uitvoering van zijn opdracht in zijn plaats heeft gesteld) (Cass., 24 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 576, noot W.G.).

Alhoewel in het merendeel van de zojuist aangehaalde rechtsbronnen impliciet aangenomen wordt dat het hier om een werkelijke risicoaansprakelijkheid gaat en de schuldenaar zijn aansprakelijkheid dus niet kan ontlopen door het bewijs te leveren dat hem geen persoonlijke fout treft, schrikken veel auteurs en rechtscolleges er blijkbaar voor terug zo'n regel klaar en duidelijk te formuleren. Maar er is meer. In het arrest van het Hof van Cassatie van 3 maart 1978 wordt inderdaad aangenomen dat in bepaalde omstandigheden de contractuele schuldenaar bevrijd is wanneer hij bewijst geen persoonlijke fout te hebben begaan. Het ging om een architect die voor bepaalde betonberekeningen i.v.m. de bouw van een zwemkom een beroep had gedaan op een gespecialiseerd studiebureau. De berekeningen klopten niet. Het Hof van Beroep te Brussel had de architect daar niet aansprakelijk voorgesteld. Het Hof van Cassatie overwoog dat de bepalingen van artikel 1792 B.W. en van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en het beroep van architect vereisen dat, bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de architect, steeds in feite wordt nagegaan of de keus van de door de architect geraadpleegde technicus naar algemene bekend-

heid al dan niet een goede keus was en, in ieder geval, of de door gezegde specialist begane fout van die aard was dat zij, gelet op de vakkennis van de architect, die trouwens een ingenieur kan zijn, al dan niet door hem kon worden ontdekt. Daar het Hof van Beroep dit niet onderzocht had, werd het arrest verbroken (Cass., 3 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 780).

Een keuze tussen de twee genoemde opvattingen is m.i. niet moeilijk. Het is niet wenselijk dat b.v. een aannemer die zijn verbintenissen met behulp van onderaannemers en aangestelden ten uitvoer brengt, in een gunstiger positie wordt geplaatst dan b.v. een loodgieter die zijn opdrachten persoonlijk uitvoert. Ook vanuit het standpunt van de schuldeiser is de keuze tussen beide theorieën evident: deze mag toch niet in een minder gunstige rechtspositie geplaatst worden louter en alleen omdat de schuldenaar voor de nakoming van zijn verbintenis beroep doet op arbeiders, bedienden of derden? Het beginsel uitgedrukt in artikel 1384, lid 3 B.W. behoort dus ook hier te gelden: de schuldenaar is aansprakelijk voor de niet-nakoming van zijn verbintenis die te wijten is aan een fout van zijn helper, zelfs indien de debiteur terzake geen persoonlijke fout treft.

119. GEVOLGEN DER VREEMDE OORZAAK — De vreemde oorzaak bevrijdt de schuldenaar van zijn verbintenis. Overmacht ontlast hem m.a.w. van de uitvoeringsplicht en van elke schadevergoedingsverplichting (art. 1147 en 1148 B.W.).

Gaat het om een *blijvende hinderpaal,* dan gaat de contractuele verbintenis teniet; in geval van een *tijdelijke hinderpaal* daarentegen wordt de uitvoeringsplicht voor de duur ervan geschorst, tenzij het contract door de vertraging elke betekenis verloren heeft (zie De Page, II, nr. 606).

Een typische toepassing van deze laatste regel is te vinden in het vonnis van de Vrederechter te Brussel van 8 november 1974 (*T. Vred.*, 1975, 141). De Heer Verlinden had een reiscontract met de N.V. Sunair gesloten voor een minitrip van 4 dagen naar Sorrento. Wegens hevige mist — een geval van overmacht — kan de afreis op de afgesproken datum niet doorgaan. De meeste reizigers vertrekken een dag later, wanneer de mist is opgetrokken, maar de Heer Verlinden meent dat het contract voor hem geen zin meer heeft. Wanneer men er rekening mee houdt dat twee van de drie overblijvende dagen in belangrijke mate aan heen- en terugreis moeten worden besteed, moet inderdaad worden toegegeven dat het verblijf te Sorrento wel uitermate kort is geworden. Terecht besliste de rechter dan ook dat het contract door overmacht was tenietgegaan.

Zo de ziekte van een werknemer zijn arbeidsovereenkomst in de regel slechts schorst, heeft zij niettemin het tenietgaan van dat contract voor gevolg, wanneer die ziekte de uitoefening van de tot dan toe vervulde functie totaal en definitief onmogelijk maakt (Arbh. Antwerpen, 9 november 1976, *T.S.R.*, 1980, 284, noot G. Helin).

3° *Exoneratiebedingen*

120. BEVRIJDINGSBEDING – VRIJWARINGSBEDING – ONDERSCHEID — Een *exoneratieclausule* is het beding in een overeenkomst waarbij één der partijen stipuleert niet aansprakelijk te zullen zijn jegens de wederpartij voor een voorval, waarvoor

zij anders volgens de regels van regelend recht wél aansprakelijk zou geweest zijn (zie Lafili, P., ,,Welke waarde hebben de exoneratieclausules in de relatie koper-verkoper?'', *Jura Falc.*, 1973-74, 109).

Door een *vrijwaringsbeding* daarentegen verbindt de ene partij zich ertoe de andere partij te vrijwaren voor de geldelijke gevolgen der veroordelingen die laatstgenoemde zou kunnen oplopen op grond van haar contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid. Door zo'n beding ontlast de schuldenaar zich dus niet van zijn aansprakelijkheid ten overstaan van de schuldeiser (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 519-520).

Daar waar de gemeente zich niet contractueel van haar aansprakelijkheid inzake ordehandhaving tegenover de burgers kan ontlasten, noch deze aansprakelijkheid aan derden — b.v. inrichters van een betoging — kan overdragen, kan zij zich daarentegen wel door derden laten vrijwaren voor de schadevergoeding waartoe zij mogelijkerwijze veroordeeld zou worden (Rb. Brussel, 18 maart 1976, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9729; zie Cass., 7 september 1962, *Pas.*, 1963, I, 32). Terloops weze opgemerkt dat gemeentebesturen steeds vaker de toelating tot betogen afhankelijk stellen van de ondertekening van vrijwaringsbedingen door de inrichters. Soms wordt zelfs van de inrichters die niet voldoende vermogend geacht worden — b.v. studenten —, geëist dat zij kapitaalkrachtige borgen — b.v. professoren — vinden. De vrijheid om te betogen van de minder gegoeden wordt daardoor m.i. op onrechtstreekse en betwistbare wijze beperkt.

Het beding van de basisakte voor de bouw van een flatwoning volgens hetwelk de mede-eigenaars aansprakelijk zijn voor niet-foutieve burenhinder verschaft slechts een eventueel recht van verhaal van de aansprakelijk gestelde promotor-bouwer tegen zijn kopers, maar verschaft geen rechten aan derden, m.n. naburen, tegen de mede-eigenaars en dit op grond van het beginsel *Res inter alios acta...* (Rb. Brussel, 22 september 1970, *T. Aann.*, 1978, 144).

Een aannemer kan er zich in een overeenkomst met een architect jegens de bouwheer en eventuele derden-slachtoffers toe verbinden dat hij zal instaan voor alle schade voortvloeiende uit een fout in de betonberekeningen en het onderzoek van bodem en funderingen, taken die normaal tot de opdracht van de architect behoren. Zo'n beding ontlast de architect niet van zijn aansprakelijkheid, maar maakt de aannemer medeaansprakelijk jegens bouwheer en derden, en dit krachtens een beding ten behoeve van derden (zie Cass., 26 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 635; zie ook Flamme, M.-A., noot onder Cass., 27 september 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 542-543).

121. BEVRIJDINGSBEDINGEN – PRINCIPIËLE GELDIGHEID — De principiële geldigheid van deze bedingen wordt niet in twijfel getrokken (zie Cornelis, L., ,,Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation'', *R.C.J.B.*, 1981, 200 en de verwijzingen naar de cassatierechtspraak).

Voor enkele recente toepassingen, zie Brussel, 22 december 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9990 (aansprakelijkheid rijschool en manègehouder t.o.v. ruiter); Brussel, 7 december 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9952 (aansprakelijkheid van

commissionairs-expediteurs); Kh. Brussel, 14 september 1976, *B.R.H.*, 1976, 534 (bewaargeving in vestiaire); Kh. Antwerpen, 15 januari 1979, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 457 (aansprakelijkheid van bewaarnemer van in Antwerpse haven opgeslagen goederen) Vred. Namen, 4 mei 1973, *Pas.*, 1974, III, 4 (aansprakelijkheid verhuurder inzake verplichting het verhuurde goed in goede staat te leveren; zie ook Brussel, 14 februari 1974, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9398, noot J.L. Fagnart (aansprakelijkheid internationaal personenvervoer per spoor).

122. BEVRIJDINGSBEDINGEN – BEDROG EN ZWARE FOUT — Dat een exoneratiebeding dat het bedrog van de schuldenaar dekt, nietig is, wordt in rechtsleer en rechtspraak niet betwist. De vraag is echter wat onder bedrog moet worden verstaan. Volgens R. Hayoit de Termicourt veronderstelt bedrog een opzettelijke schuld, d.w.z. dat de dader niet alleen het feit heeft gewild waaruit schadelijke gevolgen voor de schuldeiser zijn ontstaan, maar ook die gevolgen zelf (,,Bedrog en grove schuld op het stuk van de nietnakoming van contracten'', *R.W.*, 1957-58, 72). Volgens J. Dabin, daarentegen, volstaat het dat de tekortkoming zelf met opzet werd gepleegd (,,De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle'', *R.C.J.B.*, 1960, 17-18). In een recent arrest wekt het Hof van Cassatie de indruk de voorkeur te geven aan het standpunt van Hayoit de Termicourt, daar het Hof de opzettelijke fout omschrijft als de ,,daad die wetens en willens gesteld werd met het opzet schade te berokkenen'' (Cass., 15 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 851; *contra:* Antwerpen 14 december 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 215; zie ook Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 525-526; Nguyen Thanh-Bourgeais, D., ,,Contribution à l'étude de la faute contractuelle: la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1973, 496 e.v.).

Sinds het Cassatiearrest van 25 september 1959 lijdt het geen twijfel meer — zij het dat dit betreurd kan worden (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 171) — dat het adagium *Culpa lato dolo aequiparatur* niet meer tot ons positief recht behoort. Een beding van niet-aansprakelijkheid voor zware fout is dus in beginsel geldig (*Arr. Cass.*, 1960, 86; zie ook Brussel, 30 oktober 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9605; vgl. Antwerpen, 20 mei 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 129; Kh. Brussel, 7 mei 1974, *B.R.H.*, 1975, 261; contra: Kh. Brussel, 5 oktober 1973, *B.R.H.*, 1974, 238; Kh. Brussel, 30 november 1973, *Rechtspr. Antw.*, 1974, 153; wat het begrip zware fout betreft, zie Cornelis, L., ,,La faute lourde et la faute intentionnelle'', *J.T.*, 1981, 513 e.v.; Ronse, J., ,,La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif'', *Rev. Prat. Soc.*, 1979, 300-301; Velaers, J., ,,Het begrip 'zware fout' in het aansprakelijkheidsrecht en in het verzekeringsrecht'', *Jura Falc.*, 1980-81, 61 e.v.).

123. BEVRIJDINGSBEDINGEN – BEDINGEN DIE IEDERE BETEKENIS AAN DE VERBINTENIS ONTNEMEN — Bevrijdingsbedingen zijn tevens onwettig indien ze tot gevolg hebben dat het voorwerp zelf van de verbintenis teniet wordt gedaan, m.a.w. wanneer ze elke zin of betekenis daaraan ontnemen (zie Cass., 25 september 1959, *Arr. Cass.*, 1960, 86).

Beslist werd dat een beding in een huurovereenkomst dat de verhuurder ontlast van zijn aansprakelijkheid voor het niet-nakomen van de verbintenis het gehuurde goed in goede staat te leveren, het wezen van die overeenkomst niet aantast (Vred. Namen, 4 mei 1973, *Pas.*, 1974, III, 4).

Van het aan een wasserij toevertrouwd kostuum raakt de jas zoek. Krachtens de in het wassalon aangeplakte algemene contractsvoorwaarden zal de schadevergoeding in zo'n geval berekend worden op grond van de waarde van de jas en niet van de waardevermindering van het ganse kostuum. De Vrederechter te Aarlen besliste — daarbij wellicht een al te ruime toepassing makend van het criterium — dat dit exoneratiebeding elke werkelijke betekenis aan de verbintenis van de wasserij ontnam en derhalve ongeldig was (Vred. Aarlen, 14 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 192; voor een even betwistbare toepassing van de regel, zie Vred. Aarlen, 14 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1978-79, 39).

Het ontheffingsbeding wegens schade aan of verlies van de opgeslagen goederen, dat opgenomen is in de ,,Antwerpse voorwaarden voor opslag en behandeling van stortgoederen in vloeibare vorm'' en krachtens hetwelk de bewaarnemer enkel aansprakelijkheid treft indien bewezen wordt dat de schade of het verlies veroorzaakt werd door zijn opzet of door het opzet of de zware fout van zijn aangestelden, is niet van aard de verbintenissen van de bewaarnemer volledig uit te schakelen en is derhalve geldig (Kh. Antwerpen, 15 januari 1979, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 467).

Art. 44 van de Algemene voorwaarden der Belgische Expediteurs bepaalt dat de expediteur generlei verantwoordelijkheid op zich neemt uit hoofde van verliezen en/of schaden die het voorwerp van een verzekering kunnen uitmaken. Als die clausule zou betekenen dat de expediteur nooit aansprakelijk is voor manco of averij zou het beding nietig zijn, ,,daar het op een willekeurige vrijheid om de opgenomen verbintenissen niet uit te voeren zou neerkomen'' (Antwerpen, 11 januari 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1978-80, 166; voor een toepassing i.v.m. een verzekeringscontract, zie Luik, 9 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 97; Brussel, 7 december 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9952).

Wanneer bij het in bewaring geven van een auto door de bewaarnemer is bedongen dat hij niet aansprakelijk is voor eventuele beschadigingen van de wagen, dan ontneemt dit beding niet elke betekenis aan de bewaargevingsovereenkomst, daar de teruggaveverplichting blijft bestaan (Rb. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 275).

Volgens de Vrederechter te Schaarbeek is het beding waarbij een reisagentschap zich exonereert van elke aansprakelijkheid voor de in de reclamebrochure verstrekte gegevens die niet met de werkelijkheid mochten overeenstemmen, nietig wegens strijdigheid met de openbare orde. Dit wordt toegelicht door de verklaring dat het niet past dat reisagentschappen, die om hun bemiddeling betaald worden, toeristen naar een ver afgelegen land zouden sturen, zonder enige garantie te verstrekken of verantwoordelijkheid te aanvaarden (Vred. Schaarbeek, 30 september 1975, *T. Vred.*, 1977, 264; zie Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 36; zie ook Cass., 23 november 1911, *Pas.*, 1912, I, 556).

Uit deze enkele toepassingsgevallen blijkt dat dit criterium zeer uiteenlopend door de rechtspraak wordt geïnterpreteerd. Een onderzoek naar de juiste draagwijdte ervan dringt zich dan ook op (zie ook Cornelis, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1981, 207-208; Vandenberghe, H., e.a., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 1184; Bosmans, H., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 35-36).

124. BEVRIJDINGSBEDINGEN – WETTELIJKE VERBODSBEPALINGEN — Een beding van niet-aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een *verborgen gebrek van de verkochte zaak* is slechts geldig, wanneer de verkoper dat gebrek niet kende (zie art. 1643 B.W.). Rechtspraak en rechtsleer nemen sinds lang aan dat op fabrikant en professionele voortverkopers van een met een verborgen gebrek behept produkt een weerlegbaar vermoeden van kennis van dit gebrek rust. Betekent dit dat de door fabrikanten en beroepswederverkopers terzake gestipuleerde exoneratiebedingen nietig zijn, wanneer zij er niet in slagen dit tegenbewijs te leveren? Dit is een omstreden kwestie (zie Cousy, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid,* Brussel, 1978, 348 e.v.; Kruithof R., ,,De produktenaansprakelijkheid in de levensmiddelensector'', in *Levensmiddelenrecht,* Brussel, 1979, 281). De vraag werd bevestigd beantwoord door Luik, 19 januari 1977, *Jur. Liège,* 1976-77, 281; Kh. Turnhout, 21 mei 1975, *R.W.*, 1976-77, 2097 (fabrikant); Kh. Verviers, 10 februari 1976, *Jur. Liège,* 1977-78, 69 (althans wat de fabrikant betreft); Kh. Turnhout, 27 oktober 1977, *R.W.*, 1977-78, 2087 (beroepsverkoper van tweedehandswagens); zie ook Dermine, L., ,,La garantie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion'', *J.T.*, 1975, 148 e.v.). Het Hof van Beroep te Brussel besliste daarentegen dat het door een beroepsverkoper van tweedehands autovoertuigen gestipuleerde exoneratiebeding voor verborgen gebreken geldig was, vermits ,,il n'est pas démontré que l'appelante connaissait le vice caché du pneu arrière-droit du véhicule'' (13 juni 1974, *De Verz.*, 1974, 815). Het spreekt vanzelf dat indien de kwade trouw van de verkoper bewezen is, het exoneratiebeding nietig is (zie Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 52). Art. 1648 B.W. bepaalt dat de rechtsvordering voor verborgen gebreken van de verkochte zaak binnen een korte tijd moet worden ingesteld. Betekent de door een fabrikant of beroepsverkoper van een gebrekkige zaak bedongen inkorting van deze termijn, dat we voor een exoneratiebeding staan dat, gezien het op betrokkenen rustend vermoeden van kwade trouw, ongeldig is? Ook dit is een omstreden vraag (voor een bevestigende beantwoording zie Kh. Luik, 15 oktober 1974, *B.R.H.*, 1975, 335; zie in het algemeen: Cousy, H., *o.c.*, 342-343; Kruithof, R., *l.c.*, 283). De rechtspraak ontwijkt vaak het probleem door te stellen dat het niet om een inkorting van de termijn gaat, maar om een nadere omschrijving daarvan door partijen (zie b.v. Rb. Namen, 12 april 1978, *Pas.*, 1978, III, 32 en *J.T.*, 1978, 527).

Exoneratiebedingen in een luchttransportovereenkomst die strijdig zijn met art. 23 van het Verdrag van Warschau inzake het internationaal luchtvervoer zijn nietig (Kh. Brussel, 26 april 1975, en Brussel, 26 januari 1976, *B.R.H.*, 1976, 452; zie Schoentjes-Merchiers, Y., ,,Overzicht van rechtspraak (1972-1976). Bijzonder en afwijkend handelsrecht'', *T.P.R.*, 1979, 122).

4° *Oorzakelijk verband tussen fout en schade*

125. ALGEMEEN — Luidens artikel 1151 B.W. moet bij foutieve niet-nakoming van een contractuele verbintenis de door de schuldenaar verschuldigde schadevergoeding ,,alleen omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst''. Het Hof van Cassatie heeft verduidelijkt dat de schade een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de contractuele tekortkoming, wanneer zij een *noodzakelijk gevolg* is van het niet-uitvoeren van de overeenkomst (Cass., 24 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1101 zie ook Brussel, 17 december 1974, *De Verz.*, 1977, 371), m.a.w. indien zonder deze wanprestatie de schade zich niet zou hebben voorgedaan (zie De Page, III, nr. 110, p. 143). In feite betekent dit dat ook onrechtstreekse of middellijke schade voor vergoeding in aanmerking kan komen (De Page, *ibid.*).

Wanneer de schade haar oorzaak vindt in de fouten welke door beide partijen in een overeenkomst zijn begaan, kan de rechter één van deze partijen niet veroordelen tot volledige vergoeding van de door de andere partij geleden schade, zonder dat wordt vastgesteld hetzij dat de aansprakelijkheid krachtens een exoneratiebeding volledig op de eerste partij rustte, hetzij dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de fout die de tweede partij heeft begaan en de door haar geleden schade (Cass., 18 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 236).

Wanneer de schade echter haar oorzaak vindt in de samenlopende fouten die verscheidene partijen gepleegd hebben bij de uitvoering van hun verbintenissen uit overeenkomst en zonder één van deze fouten, de fouten van de andere partijen niet hadden kunnen volstaan om de schade te veroorzaken, is elke partij, in de regel, jegens het slachtoffer verplicht deze schade volledig te vergoeden; daartoe is niet vereist dat de rechter vaststelt dat het onmogelijk is de verhouding te bepalen waarin de fout van elke partij tot de schade bijgedragen heeft, of dat de partijen jegens het slachtoffer door één en dezelfde overeenkomst gebonden zijn (Cass., 15 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 661, met concl. Adv. Gen. F. Dumon, en *R.C.J.B.*, 1975, 229 met noot J.L. Fagnart; Cass., 8 november 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 300; Brussel, 26 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9529; zie ook Rb. Brussel, 7 maart 1968 en Brussel, 26 februari 1971, *T. Aann.*, 1973, 103, noot P. Rigaux; *infra*, nr. 191). Het gaat hier om een toepassing van de theorie van de equivalentie der oorzaken (zie ook Rutsaert, J., ,,la responsabilité civile contractuelle'', *De Verz.*, 1977, 236).

5° *Bijzondere regels betreffende wederkerige overeenkomsten*

126. THEORIE VAN HET RISICO — Wanneer in een wederkerig contract de verbintenis van één der partijen door overmacht of toeval tenietgaat (*supra*, nrs. 113 e.v.), dan is — in de regel — ook de wederpartij van haar verplichtingen bevrijd (voor enkele recente toepassingen, zie Rb. Brussel, 27 december 1974, *Res et Jura Immobilia*, 1975, 7; Vred. Brussel, 8 november 1974, *T. Vred.*, 1975, 141). Deze regel steunt op de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen in dit soort overeenkomsten. De *causa*-leer is hiervoor niet nodig en volgens velen zelfs niet ter zake (*infra*, nr. 127 en de verwijzingen; Bergen, 31 januari 1979, *Pas.*, 1979, II, 43, noot J.S.).

127. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – DRAAGWIJDTE EN JURIDISCHE GRONDSLAG — De *exceptio non adimpleti contractus* is de tijdelijke exceptie die een partij de mogelijkheid geeft de uitvoering van haar verbintenissen uit te stellen tot op het ogenblik dat de andere partij haar verbintenissen uitvoert of aanbiedt uit te voeren en voor zover die wanprestatie aan die partij te wijten is (Cass., 7 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 661). Een huurder die er zich over beklaagt dat het gehuurde goed ernstige herstellingen behoeft, mag dan ook de exceptie niet inroepen t.a.v. de betaling van de huurgelden, zo de verhuurder onmiddellijk nadat hij van de toestand op de hoogte werd gesteld, de centrale verwarming heeft vernieuwd, de voorgevels heeft laten herschilderen en het dak heeft laten herstellen (zie Cass., 7 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 661; voor enkele andere toepassingen zie Kh. Brussel, 25 februari 1975, *T. Aann.*, 1978, 59; Kh. Brussel, 27 oktober 1978, *T. Aann.*, 1979, 311; Vred. Borgerhout, 24 maart 1972, *T. Vred.*, 1975, 78; Vred. Brussel, 4 juli 1977, *T. Vred.*, 1980, 35).

De exceptie van niet-uitvoering, die gegrond is op de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen, is inherent aan de aard van het wederkerig contract (Cass., 12 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36). Uit dit cassatiearrest blijkt dus dat de juridische grondslag van deze exceptie dient te worden gezocht in de onderlinge afhankelijkheid van de wederzijdse verbintenissen. De *causa*-leer is hiervoor niet nodig en volgens velen zelfs niet ter zake, daar de oorzaak een vereiste is voor de geldige totstandkoming van een rechtshandeling en niets te maken heeft met de uitvoering ervan (Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 335; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2470; Bergen, 31 januari 1979, *Pas.*, 1979, II, 43, met noot J.S.; anders: Heurterre, P., ,,Overzicht van rechtspraak (1971-76). Voorrechten en hypotheken'', *T.P.R.*, 1978, 1171; zie ook Fagnart, J.L., ,,Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution'', *R.C.J.B.*, 1979, 15-16). Artikel 1134, lid 3 B.W., krachtens hetwelk overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, kan echter wél ter rechtvaardiging van deze regel worden ingeroepen (zie Fagnart, J.L., *l.c.*, 16 en de verwijzingen).

De exceptie is niet alleen een drukkingsmiddel op de medecontractant die zijn verbintenissen niet nakomt, maar beschermt de *excipiens* ook in geval die wanprestatie *definitief* dreigt te worden (zie Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, 1971, nr. 228). Vandaar dat aangenomen wordt dat de omstandigheid dat het in gebreke zijn van de medecontractant wegens faillissement, aan de andere partij het voordeel van de exceptie van niet-uitvoering niet ontneemt (Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36; Stengers, M.-L., *l.c.*, 364; zie ook Luik, 7 januari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 193; Bergen, 2 november 1976, *Pas.*, 1977, 132; Brussel, 7 december 1977, *J.T.*, 1980, 330).

128. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – AANVERWANTE VORDERINGEN — Is de *exceptio non adimpleti contractus* gebaseerd op de *juridische band* tussen de verbintenissen, dan steunt het *retentierecht* veeleer op een *materieel verband* tussen de schuldvordering en de teruggehouden zaak *(debitum cum re junctum)* (zie in dit verband Coppens, P., ,,Examen de jurisprudence (1974-79), Les

faillites et les concordats'', *R.C.J.B.*, 1979, 390 e.v.). Opgemerkt dient evenwel dat in bepaalde gevallen de vereisten voor de toepassing van zowel de *exceptio* als het retentierecht vervuld kunnen zijn. In die gevallen kan de houder van de zaak zich op beiden beroepen (zie Fagnart, J.L., *l.c.*, 22-23 en de verwijzingen; zie ook Cass., 7 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 153; Brussel, 23 juni 1975, *Pas.*, 1975, II, 83). Tot hetzelfde besluit komt men, indien men van oordeel is dat het retentierecht zowel kan steunen op de materiële band tussen vordering en zaak als op de juridische band tussen de verbintenissen waarvan één de afgifte van een zaak tot voorwerp heeft (zie b.v. Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1963, 73; Concl. Adv. Gen. Krings voor Cass., 7 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 156; Brussel, 7 december 1977, *J.T.*, 78, 330). ,,Dans le premier cas — zo schrijft J.-L., Fagnart terecht m.b.t. het geval dat er alleen een materiële band bestaat — tout le monde parlera de droit de rétention; dans l'autre — d.w.z. wanneer er zowel een juridische als materiële band voorhanden is — les uns verront le jeu de l'exception d'inexécution, et les autres un droit de rétention fondé sur la connexité juridique des obligations'' (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1979, 23). In deze gevallen is de vraag of we te doen hebben met de exceptie van niet-uitvoering of met het retentierecht dus veeleer een terminologische discussie (vgl. vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 528-529; Heurterre, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1978, 1172-1173; zie i.v.m. retentierecht ook *supra*, nr. 11).

De exceptie van niet-uitvoering en die welke gegrond is op de *schuldvergelijking* of compensatie verschillen fundamenteel van elkaar, aangezien de schuldvergelijking een wijze is waarop wederkerige verbintenissen geheel of ten dele tenietgaan, terwijl de *exceptio non adimpleti contractus* geen ander gevolg heeft dan de schorsing van de uitvoering van de verbintenissen van degene die zich erop beroept (Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36; *R.C.J.B.*, 1974, 352, noot M.-L. Stengers; zie ook Luik, 7 januari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 193; noot Huet onder Cass. fr., 3 juli 1965, *D.S.*, 1966, 310).

129. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – TOEPASSINGSGEBIED — In geval van overdracht van schuldvordering behoudt de gecedeerde schuldenaar t.a.v. de overnemer de *exceptio non adimpleti contractus* die hij aan de overdragende schuldeiser kon tegenwerpen (Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36; zie ook noot Stengers, M.-L., *R.C.J.B.*, 1974, 365-366; Rb. Luik, 26 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1979, 113).

De in de Arbeidsovereenkomstenwet opgesomde schorsingsgronden hebben geen limitatief karakter. De opschorting door de werknemer van de uitvoering van zijn verbintenissen m.h.o. op het doen eerbiedigen door de werkgever van diens contractuele verplichtingen is dienvolgens een geldige toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* (zie Arbh. Luik, 10 juni 1976, *J.T.T.*, 1976, 277). Betwist blijft echter de vraag of de werkgever gedurende de voorafgaande procedure tot erkenning van de dringende reden de exceptie van niet-uitvoering mag inroepen (vgl. Arbh. Gent, 17 april 1979, *T.S.R.*, 1979, 145; Arbh. Antwerpen, 11 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2867, noot D. Votquenne; Arbrb. Brussel, 1 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1177 en *T.S.R.*, 1979, 447, noot W.

Reynders; zie ook Dirix, E., en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2469 en 2472 e.v.).

130. ECXEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS – TOEPASSINGSVOORWAARDEN — De exceptie mag niet ingeroepen worden in omstandigheden die strijdig zijn met de *goede trouw*.

De exceptie is bijgevolg uitgesloten wanneer de niet-nakoming van de contractuele verplichting in hoofde van diegene tegen wie ze wordt ingeroepen, voortvloeit uit een fout van de *excipiens*. Aldus kan de huurster van een café dat uitgebrand is, zich t.o.v. de eigenaar die de betaling van huurgelden vordert, niet beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus* die zij grondt op de verplichtingen van de eigenaar vervat in artikel 1719 B.W., zo zijzelf voor de brand aansprakelijk was (Rb. Luik, 9 mei 1977, *Jur. Liège*, 1979, 153; voor een andere toepassing zie Rb. Brussel, 8 mei 1974, *Res et Jura Immobilia*, 1974, 197.

Wanneer de verkochte zaak door een verborgen gebrek is aangetast, kan de koper zich niet meer op de exceptie van niet-uitvoering beroepen zo de korte termijn tijdens dewelke de vordering wegens koopvernietigende gebreken moet worden ingesteld, verstreken is (Brussel, 28 juni 1979, *J.T.*, 1979, 594).

131. ONTBINDING WEGENS WANPRESTATIE – TOEPASSINGSGEBIED — In geval een contractspartij in de nakoming van haar verbintenissen tekortschiet, kan de wederpartij de gedwongen uitvoering *in natura* of bij wijze van equivalent eisen. Hebben we te doen met een wederkerig contract, dan kan de wederpartij echter — krachtens artikel 1184 B.W. — ook de ontbinding van de overeenkomst, eventueel met schadevergoeding, vorderen (zie Gent, 12 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2220; Kh. Verviers, 28 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 245).

De beantwoording van de vraag of artikel 1184 B.W. op alle wederkerige overeenkomsten toepasselijk is, heeft, zoals men weet, heel wat controversen uitgelokt.

Zo werd lange tijd beweerd dat de regeling niet geldt voor de *dading*, daar deze overeenkomst tot voorwerp heeft een bestaand geschil te beëindigen of een toekomstig geschil te voorkomen, en de toepassing van artikel 1184 B.W. de herleving van die betwisting ten gevolge zou hebben; m.a.w. het stilzwijgend ontbindend beding is strijdig met de aard zelf van de dading (De Page, V, nr. 526; Brussel, 19 oktober 1967, *Pas.*, 1968, II, 75; Kh. Brussel, 26 januari 1979, *T. Aann.*, 1979, 395). Het Hof van Cassatie heeft deze opvatting echter terecht afgewezen in het arrest van 6 april 1977 (*Arr. Cass.*, 1977, 844). Het Hof oordeelde dat de dading een wederkerig contract is en dat de artikelen 2044 tot 2058 B.W. geen enkele uitzondering bevatten op de regel van artikel 1184 B.W. Derhalve, wanneer één van de partijen haar verbintenis niet nakomt, mag de andere partij de ontbinding van de dading eisen en de oorspronkelijke betwisting aan de rechter voorleggen (zie ook Gheysen, G., *Dading*, in *A.P.R.*, Brussel, 1966, nrs. 332-333 en 338-341; De Gavre, J., *Le contrat de transaction*, Brussel, 1967, nr. 3).

Betwisting bestaat ook omtrent de vraag of een *arbeidsovereenkomst* op grond

van artikel 1184 B.W. door de rechter kan worden ontbonden, wanneer het gaat om zgn. *beschermde werknemers,* nl. de leden en kandidaten van de ondernemingsraad en van het comité voor gezondheid, veiligheid en verfraaiing van de werkplaats (zie hierover Arbh. Antwerpen, 11 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2867, noot D. Votquenne; Arbh. Brussel, 15 juli 1980, *T.S.R.*, 1980, 411; Arbrb. Brussel, 15 juli 1980, *T.S.R.*, 1980, 411; Arbrb. Brussel, 1 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1177 en *T.S.R.*, 1979, 447, noot W. Reynders; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2471-2474 en de vele verwijzingen aldaar).

132. ONTBINDING WEGENS WANPRESTATIE – VOORAFGAANDE INGEBREKESTELLING — De regels betreffende de ingebrekestelling zijn op de vordering tot ontbinding van toepassing (De Page, II, nr. 891; zie ook Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377).

De ingebrekestelling mag echter achterwege blijven, wanneer het contract wegens de schuld van de partij die zijn verbintenis niet heeft uitgevoerd zijn nut heeft verloren. Dit werd o.m. beslist in een geschil tussen een bouwheer en een architect: door het oneerlijke optreden van de architect — heimelijk doen verhogen van aanbestedingen met bedragen die hem uiteindelijk ten goede kwamen — was het noodzakelijk en onontbeerlijk vertrouwen voor het in stand houden van de contractuele banden tussen deze partijen verdwenen, zodat een ingebrekestelling alle nut had verloren en dus wettelijk niet meer vereist was (Cass., 24 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 707).

133. ONTBINDING WEGENS WANPRESTATIE – TUSSENKOMST VAN DE RECHTER — Het stilzwijgend ontbindend beding vereist in de regel (zie volgend nr.) de tussenkomst van de rechtbank. Deze oordeelt soeverein of de tekortkoming ernstig genoeg is om de gevorderde ontbinding te rechtvaardigen (Cass., 8 april 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 914; Cass., 12 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 293; zie ook Rb. Brussel, 10 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 2080; Kh. Charleroi 21 april 1977, *T. Aann.*, 1978, 136, noot Ph. Flamme).

Wanneer de huurder slechts 74.000 F. huurgeld betaald heeft, terwijl hij 120.000 F. verschuldigd was, hij in gebreke is gebleven het gehuurde te bemeubelen, hij de villa sedert jaren ledig en zonder onderhoud heeft laten staan en de tekortkomingen van de verhuurder onvoldoende ernstig waren om de huurder het recht te geven zich op de *exceptio non adimpleti contractus* te beroepen, is de wanprestatie van de huurder voldoende ernstig om de ontbinding van de huurovereenkomst te zijnen laste uit te spreken (zie Cass., 12 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 293; voor een andere toepassing inzake een huurovereenkomst, zie Rb. Brussel, 10 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 2080).

Als een makelaar in onroerende goederen, aan wie de opdracht werd gegeven een koper te vinden voor een onroerend goed en de daarin gevestigde handelszaak, na ingebrekestelling gedurende meer dan een jaar inactief blijft, rechtvaardigt zulks de ontbinding van het contract wegens wanprestatie (Brussel, 24 juni 1975, *Rev. Not. B.*, 1976, 348).

De zonder toestemming van de verpachter toegestane onderpacht van een weide

aan een voetbalclub en de schade veroorzaakt aan de grasmat, wettigen de ontbinding van het pachtcontract en het toekennen van een schadevergoeding (Vred. Ieper, 9 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 693; voor een andere toepassing inzake een pachtovereenkomst, zie Vred. Wetteren, 10 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 194).

Wanneer een koopakte vermeldt dat de prijs betaald moet worden uiterlijk zes maanden na het overlijden van de verkoper, en de koper iets meer dan drie weken te laat zijn schuld vereffent, is deze tekortkoming niet ernstig genoeg om de ontbinding van de koop te rechtvaardigen (Bergen, 28 april 1975, *Rev. Not. B.*, 1977, 551).

De partij die bij onderhandse akte een onroerend goed heeft gekocht, begaat echter een fout die de ontbinding van het contract rechtvaardigt, wanneer hij weigert — in strijd met het contract — de koop in een authentieke akte te bevestigen (Luik, 13 november 1974, *Jur. Liège,* 1974-75, 121).

134. ONTBINDING WEGENS WANPRESTATIE – TUSSENKOMST VAN DE RECHTER (vervolg) — In de jongste jaren is de vraag actueel geworden of de tussenkomst van de rechter onontbeerlijk is voor de toepassing van artikel 1184 B.W., dan wel of ontbinding door een eenzijdige verklaring van de partij jegens wie de contractbreuk gepleegd werd, erkend dient te worden (zie Van Ruymbeke, M., ,,Et si la résolution n'était plus judiciaire...'', *R.G.A.R.*, 1978, nrs. 9850 en 9876 en de vele verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer).

Zij die van oordeel zijn dat de partij die de wanprestatie van de tegenpartij vaststelt, eenzijdig mag overgaan tot de ontbinding van het contract zonder tussenkomst van de rechter, geven daarvoor als voornaamste argumenten de bevordering van een vlot rechtsverkeer en de traagheid van de gerechtelijke procedures. De tegenstanders beroepen zich daarentegen op de letter van de wet en op het gevaar van eigenrichting (zie Van Ruymbeke, M., *l.c.*, nr. 9850, p. 3 *recto* en *verso*).

Alhoewel de argumenten van degenen die de letterlijke toepassing van artikel 1184 B.W. voorstaan, belangrijk zijn, zijn zij toch niet beslissend. De rechtspraktijk toont immers dagelijks aan dat de verplichte voorafgaandelijke tussenkomst van de rechter tot veel moeilijkheden leidt. Men denke b.v. aan de moeilijke positie van een bouwheer die geconfronteerd wordt met een aannemer die de uitvoering van de werken steeds weer uitstelt of die de plannen op ernstige wijze miskent. Maanden of jaren moeten wachten op de uitspraak van de rechter vooraleer een andere aannemer met de uitvoering van die werken te kunnen belasten, is niet redelijk (zie Flamme, M.-A. en Ph., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 385). Ongetwijfeld vormt de tekst van artikel 1184 B.W. een hinderpaal voor de hier verdedigde opvatting. Vandaar dat de ontbinding zonder tussenkomst van de rechter *de lege lata* tot uitzonderingsgevallen beperkt moet blijven. P. Van Ommeslaghe geeft hiervan een aantal voorbeelden: gevallen van hoogdringendheid en die waarin de medecontractant uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft laten weten dat hij zijn verbintenissen niet zal uitvoeren; gevallen waarin de incompetentie of de kwade trouw van de wederpartij zo flagrant is, dat elke voortzetting

van de contractsverhouding zinloos is geworden; enz. (*o.c., R.C.J.B.*, 1975, 610). Ook het tweede argument van de aanhangers van de traditionele leer, nl. het gevaar van eigenrichting is uiteraard niet denkbeeldig. Dit probleem wordt echter in belangrijke mate opgelost doordat de rechter steeds een controle *a posteriori* kan uitoefenen: blijkt achteraf dat de ontbindingsverklaring niet gerechtvaardigd was, dan zal de betrokken contractspartij daarvoor aansprakelijk gesteld worden en zijn wederpartij geheel schadeloos moeten stellen.

Het is opmerkelijk dat in de jongste jaren in de rechtsleer steeds meer stemmen opgaan die pleiten voor deze erkenning van ontbinding zonder tussenkomst van de rechter (zie o.m. Vandekerckhove, M., ,,Kritische beschouwingen van een referendaris'', *B.R.H.*, 1968, 62 e.v.; Van Ommeslaghe, P., *o.c., R.C.J.B.*, 1975, 609, e.v.; Van Ruymbeke, M., *o.c.*, nr. 9876, p. 9 *verso* e.v.; Vandeputte R., *o.c.*, 271; Flamme, M.-A. en Ph., *o.c., J.T.*, 1976, 385-386). Ook in de rechtspraak zijn er reeds enkele uitspraken te vermelden die in die richting gaan (zie Gent, 15 december 1971, *B.R.H.*, 1972, 683; *T. Aann.*, 1973, 22, noot T. Delahaye; Brussel, 16 oktober 1975, *R.W.*, 1976-77, 295; zie ook Kh. Brussel, 18 oktober 1977, *B.R.H.*, 1978, 200). Het Franse recht is trouwens reeds geruime tijd in deze zin gevestigd (zie Van Ruymbeke, M., *o.c., R.G.A.R.*, 1978, nr. 9876, p. 1 en de verwijzingen).

De *lege ferenda* kan hier verwezen worden naar artikel 30 van het Benelux-Voorontwerp inzake niet-nakoming van verbintenissen waarin een bepaling voorkomt luidens dewelke iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een verbintenis uit een wederkerige overeenkomst aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding niet rechtvaardigt. Voorzover nakoming nog mogelijk is, ontstaat deze bevoegdheid tot ontbinding echter pas wanneer de schuldenaar in verzuim is (voor meer bijzonderheden, zie Van Ruymbeke, M., *o.c., R.G.A.R.*, 1978, nr. 9876, p. 8 *verso* e.v.; terloops weze opgemerkt dat dit ontwerp nog niet gepubliceerd werd en de goedkeuring ervan, om politieke redenen, weinig waarschijnlijk is geworden: zie Hansen, O., ,,Jaarverslag van de Benelux-Studiecommissie voor de Eenmaking van het recht voor 1979-80 en 1980-81'', *R.W.*, 1981-82, 567 en 1289).

Tenslotte dient nog te worden vermeld dat eenzelfde probleem bestaat bij de toepassing van artikel 1144 B.W., krachtens hetwelk de schuldeiser, ingeval de schuldenaar zijn verbintenis niet nakomt, gemachtigd kan worden om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van die schuldenaar. Ook hier rijst de vraag of de schuldeiser gerechtigd is om in bepaalde omstandigheden, zoals hoogdringendheid, zonder machtiging van de rechter de verbintenis op kosten van de debiteur door een derde te laten uitvoeren. Eenzelfde oplossing als voor de ontbinding van het contract dringt zich hier op (zie Van Ommeslaghe, P., *o.c., R.C.J.B.*, 1975, 606 e.v.; *cf.* Brussel, 23 november 1976, *T. Aann.*, 1979, 243).

Van Ommeslaghe stelt terecht vast dat in de rechtspraak en de rechtsleer niet altijd het verschil tussen beide gevallen duidelijk wordt ingezien: in artikel 1144 B.W. gaat het om een vorm van gedwongen uitvoering van de verbintenis; in 1184

B.W. om de ontbinding van een wederkerige overeenkomst (*l.c.*, 603-606; vgl. Gent, 15 december 1971, *R.W.*, 1971-72, 913).

135. ONTBINDING WEGENS WANPRESTATIE – GEVOLGEN — De ontbindig van een wederkerige overeenkomst geschiedt in beginsel *ex tunc*. De partijen worden derhalve in dezelfde toestand geplaatst als die waarin zij zich zouden bevinden indien zij niet hadden gecontracteerd, zodat de ontbonden overeenkomst voor deze partijen geen grondslag van rechten of verplichtingen kan zijn, hoewel schadevergoeding ten laste van de in fout zijnde partij kan worden gelegd (Cass., 24 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 707).

Deze regel kan bij faillissementen een belangrijke rol spelen, ondanks het feit dat artikel 546 Faillissementswet uitdrukkelijk bepaalt dat het recht tot ontbinding in geval van faillissement niet wordt aangenomen. Inderdaad, zo de vordering tot ontbinding werd ingeleid vóór het faillissement, geldt artikel 546 Faillissementswet niet en houdt de toepassing van de regel dat de ontbinding met terugwerkende kracht werkt in dat deze vordering kan worden tegengeworpen aan de failliete boedel. Zoals P. Coppens en 'T Kint terecht opmerken, kan deze regeling leiden tot ,,une certaine course à la résolution judiciaire, d'autant plus que le demandeur n'est pas déchu de son action parce qu'il connaissait l'état de cessation des paiements'' (,,Examen de jurisprudence (1974 à 1979). Les faillites et les concordats'', *R.C.J.B.*, 1979, 398; zie Brussel, 2 februari 1977, *J.T.*, 1977, 267 en *B.R.H.*, 1978, 111; Luik, 22 maart 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 249).

Hoewel de ontbinding in beginsel *ex tunc* geschiedt, geldt deze regeling niet wanneer de gedane prestaties niet voor teruggave vatbaar zijn. In die hypothese moet men twee situaties onderscheiden, al naargelang de andere partij hiervoor al dan niet een tegenprestatie heeft ontvangen. Werd een tegenprestatie ontvangen, dan geschiedt de ontbinding *ex nunc*. Men denke aan een overeenkomst met doorlopende prestaties, zoals een huurcontract of een arbeidsovereenkomst: het contract blijft als het ware bestaan voor de tijd dat partijen over en weer hun verbintenissen nagekomen zijn (zie Cass., 24 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 592). Anders is het, wanneer de door een partij gedane prestaties niet voor teruggave vatbaar zijn en de andere partij daarvoor geen tegenprestatie heeft geleverd. Dan zal een betaling in equivalent van de zaken of de diensten die genoten werden, noodzakelijk zijn (zie Cass., 27 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 707; zie ook i.v.m. een huurovereenkomst Rb. Aarlen, 12 februari 1974, *Jur. Liège*, 1975-76, 53 en i.v.m. een lijfrente Rb. Luik, 20 april 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 277).

136. UITDRUKKELIJK ONTBINDEND BEDING WEGENS WANPRESTATIE – GELDIGHEID — Krachtens het beginsel van de wilsautonomie is een uitdrukkelijk commissoir beding wettelijk toegelaten, tenzij de wetgever het verboden heeft of er het toepassingsgebied van beperkt heeft (zie De Page, II, nrs. 894, e.v.).

Daar geen enkele bepaling van de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, gewijzigd bij de wet van 13 april 1971, verbiedt dat partijen in hun overeenkomst

een uitdrukkelijk commissoir beding opnemen, is zo'n clausule geldig (Cass., 19 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 984 en *B.R.H.*, 1980, 443, noot F. Maussion).

Luidens artikel 13 van de Wet van 1 april 1976 betreffende de verticale integratie in de sector van de dierlijke produktie (*B.S.*, 1 mei 1976), dient het uitdrukkelijk ontbindend beding in het integratiecontract als nietig te worden beschouwd (zie Vanavermaete, P., ,,De wet van 1 april 1976 betreffende de verticale integratie in de sector van de dierlijke produkten'', *R.W.*, 1975-76, 2643 e.v.).

Voor andere wettelijke verboden en beperkingen, zie De Page, II, nr. 895.

Tenslotte een vraag: dient in de mate dat een uitdrukkelijk ontbindend beding als een echt ,,boetebeding'' en niet als een ,,schadebeding'' te beschouwen is, zo'n clausule op grond van artikel 6 B.W. absoluut nietig te worden verklaard? (zie *infra*, nrs. 172 e.v.).

137. UITDRUKKELIJK ONTBINDEND BEDING – DRAAGWIJDTE — Noch het stilzwijgend noch het uitdrukkelijk ontbindend beding ontnemen de partij t.o.v. wie de verbintenis niet werd nagekomen, het recht de wederpartij tot uitvoering te dwingen — hetzij *in natura*, hetzij bij wijze van equivalent (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 529 en de verwijzingen; *supra*, nr. 131; *adde:* De Page, II, nr. 897, 1°; Bergen, 24 november 1975, *Pas.*, 1977, II, 177). Eenmaal dat deze keuze gemaakt is, kan de betrokken partij daar echter niet meer op terugkomen. Derhalve, als de verkopers geopteerd hebben voor de ontbinding van de overeenkomst op grond van een uitdrukkelijk commissoir beding, zijn zij daarna niet meer gerechtigd om het saldo van de verschuldigde koopprijs, m.a.w. de gedwongen uitvoering *in natura*, te vorderen (Brussel, 5 oktober 1975, *J.T.*, 1976, 135).

138. UITDRUKKELIJK ONTBINDEND BEDING – INTERPRETATIE — Artikel 1184 B.W. biedt de contractspartij tegen wie een vordering tot ontbinding is ingesteld, een belangrijke bescherming, nl. de beoordeling door de rechter of de gepleegde wanprestatie ernstig genoeg is om de ontbinding, die toch een strenge sanctie is, te rechtvaardigen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in toetredingscontracten vaak van deze regeling wordt afgeweken. Gewoonlijk luidt het uitdrukkelijk ontbindend beding dan dat bij om het even welke schuldige tekortkoming of bij deze of gene wanprestatie van de betrokken — zwakke — contractspartij, het contract *van rechtswege* ontbonden zal zijn. In zo'n geval bezit de contractbreker niet meer de mogelijkheid van beroep op de rechter, zelfs als de tekortkoming vrij gering is of kan goedgemaakt worden. Velen achten dit onbillijk en menen dat b.v. met behulp van artikel 1134, lid 3 B.W. een einde aan deze misbruiken dient te worden gemaakt (zie o.m. De Page, II, p. 852, voetnoten 3 en 4; Vandeputte R., *o.c.*, 275-276; zie ook *supra*, nr. 105). De rechtspraak blijkt daar tot op heden echter niet bereid toe te zijn.

De rechtspraak poogt niettemin de draagwijdte van dit soort uitdrukkelijk ontbindende bedingen te beperken door de regel dat van het gemeen recht afwijkende bedingen *restrictief* moeten worden *geïnterpreteerd* (zie *supra*, nr. 95; zie ook

Borricand, ,,La clause résolutoire expresse dans les contracts'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1957, 433 e.v.).

Zo wordt aangenomen dat het beding waarbij partijen overeenkomen dat in geval van wanprestatie door één van hen de medecontractant de ontbinding kan vorderen, dezelfde betekenis heeft als het stilzwijgend ontbindend beding van artikel 1185 B.W., zodat de rechter de ernst van de tekortkoming dient te beoordelen en eventueel respijt kan verlenen (zie Cass., 28 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 1017; *R.W.*, 1964-65, 967; Bergen, 28 februari 1979, *Pas.*, 1979, II, 68). Eenzelfde betekenis werd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel toegekend aan volgend beding: ,,En cas de non respect d'une seule des clauses du présent avenant, l'auteur P.C.... se réserve le droit de dénoncer sans préavis le contrat existant entre lui et Bully F....'' (Kh. Brussel, 23 mei 1979, *Ing. Cons.*, 1979, 304). Deze rechtspraak komt er in feite op neer dat uitdrukkelijk bedongen moet worden dat in geval van contractbreuk de overeenkomst *van rechtswege* ontbonden zal zijn (vgl. ook nog Rb. Dendermonde, 21 maart 1975, *T. Not.*, 1976, 11).

Het uitdrukkelijk ontbindend beding heeft zonder inmorastelling van de medecontractant geen uitwerking, indien weliswaar bedongen is dat bij wanprestatie het contract van rechtswege ontbonden is maar nagelaten werd de partij ten voordele van wie het beding gestipuleerd werd van de aanmaningsvereiste vrij te stellen (Cass., 2 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 634; Bergen, 28 februari 1979, *Pas.*, 1979, II, 68).

Veel bescherming biedt deze rechtspraak de zwakke partij in toetredingscontracten echter niet, daar deze overeenkomsten veelal door ervaren juristen in zorgvuldig gekozen bewoordingen worden geredigeerd.

B. De gevolgen voor derden

139. DE BETREKKELIJKHEID DER CONTRACTEN – BEGINSEL — Het in artikel 1165 B.W. tot uitdrukking gebrachte beginsel van de relatieve werking der contracten, houdt in dat de *innerlijke uitwerkselen*, d.w.z. de rechten en verplichtingen die uit het contract voortspruiten, uitsluitend de contracterende partijen binden. Derden kunnen derhalve niet verplicht worden andermans contractuele verplichtingen na te komen. Evenmin kunnen derden, uitgezonderd in het geval van een beding ten behoeve van hen of van een aan hen toegekende rechtstreekse vordering, de uitvoering van een contractuele verbintenis waaraan zij vreemd zijn gebleven, vorderen (zie o.m. Cass., 14 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 705; *contra:* Rb. Luik, 28 november 1977, *Pas.*, 1979, II, 2).

Anderzijds kan niet ontkend worden — tenminste sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1909 (*Pas.*, 1909, I, 272) — dat een contract een *feit* is dat zich aan derden opdringt en dat door hen ook als dusdanig aan de contractspartijen tegengesteld kan worden (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 533; zie ook Cass., 29 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1072; Kruithof, R., ,,La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique'', *R.C.J.B.*, 1980, 99-100).

Het principe van de betrekkelijkheid der contracten brengt mee dat wanneer een *vertegenwoordiger,* b.v. het orgaan van een rechtspersoon, in eigen naam een contract sluit zonder dat de wederpartij van de vertegenwoordiging op de hoogte is, er slechts contractuele rechten en verplichtingen ontstaan in hoofde van de handelende persoon en niet van de rechtspersoon (zie o.m. Brussel, 12 november 1969, *R.W.*, 1969-70, 907; Rb. Luik, 29 november 1973, *Rev. Prat. Soc.*, 1976, 62; Ronse, J., en Van Hulle, K., *o.c.*, *T.P.R.*, 1978, 742). Wanneer vaststaat dat een verzekeringspolis ondertekend werd door een daartoe bevoegd agent van de verzekeraar, mag de verzekerde zich op deze polis tegen deze laatste beroepen. Interne beperkingen van de bevoegdheid van de verzekeringsagent kunnen aan de verzekerde die ze niet kende, niet tegengesteld worden (Kh. Antwerpen, 11 juni 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 285). De raming van de waarde van de verzekerde gebouwen en van het schadebedrag tijdens een expertise waaraan de verzekeraar van de huurder deelneemt, zonder daartoe behoorlijk, zelfs niet stilzwijgend gemachtigd te zijn door zijn cliënt, verbindt deze laatste niet (Brussel, 10 februari 1972, *De Verz.*, 1974, 419).

Om dezelfde reden (art. 1165 B.W.) bezit een opdrachtgever in de regel geen contractuele vordering tegen de uitvoeringsagenten van zijn medecontractant, zoals aangestelden en onderaannemers, noch omgekeerd (zie o.m. Cass., 15 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 62; Luik, 19 juni 1974, *T. Aann.*, 1978, 279, noot M.A. Flamme; Kh. Brussel, 22 juli 1977, *T. Aann.*, 1980, 22; Rb. Brussel, 13 maart 1978, *T. Aann.*, 1978, 263; Kh. Dendermonde, 9 januari 1979, *T. Aann.*, 1979, 291, noot Y. Nauwelaerts; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2443; voor een grondige analyse van de ganse problematiek zie Limpens, A., *o.c.*, *T. Aann.*, 1975, 183 e.v.; de vraag of de opdrachtgever over een buitencontractuele vordering tegen de aangestelden en uitvoeringsagenten van de wederpartij beschikt, werd reeds behandeld: *supra,* nr. 107).

Artikel 1165 B.W. impliceert dat in beginsel iedere derden-werking aan aansprakelijkheidsbedingen moet ontzegd worden. Zo besliste het Hof van Cassatie dat het beding in een koopakte dat het onroerend goed wordt overgedragen zonder enige waarborg wegens vergissingen in de opgegeven oppervlakte, slechts gevolgen heeft voor de contracterende partijen, *in casu* de verkoper en de koper, en, wegens het ontbreken van een beding te behoeve van derde, geen rechten toekent aan de expert aan wiens schuld de vergissing in de vermelde oppervlakte te wijten was (Cass., 27 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 125; en m.b.t. een notaris: Rb. Turnhout, 19 februari 1979, *T. Not.*, 1979, 247). Evenzo, wanneer een inlichtingskantoor of een bank aan haar cliënten inlichtingen verschaft over derden, met het beding dat zulks gebeurt onder de aansprakelijkheid van de cliënt en strikt vertrouwelijk, worden de rechten van derden die door verkeerde inlichtingen schade hebben geleden, hierdoor geenszins beperkt (zie Kh. Brussel, 27 juni 1977, *B.R.H.*, 1978, 219; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2446 en de referenties; in Nederland wordt een veel genuanceerder antwoord op deze vraag gegeven: zie en vgl. H.R., 25 maart 1966, *N.J.*, 1966, 279; H.R., 7 maart 1969, *N.J.*, 249; H.R., 12 januari 1979, *N.J.*, 1979, 362; voor een bespreking zie Afdeling Burgerlijk Recht Rijksuniversiteit Leiden,

,,Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden (1976-1979)'', *T.P.R.*, 1980, 954 e.v.).

Als feit mag een *exoneratiebeding* echter wel door een derde worden ingeroepen (Cass., 22 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 868). De feiten in deze zaak kunnen als volgt worden samengevat. De Heer M. koopt van drie bouwondernemingen een onroerend goed. Korte tijd na deze aankoop valt een groot stuk van de muurbekleding naar beneden. De drie verkopers worden aansprakelijk gesteld en tot schadevergoeding veroordeeld. Het in de verkoopakte opgenomen exoneratiebeding wordt niet toepasselijk geacht door de feitenrechten. De door de verkopers in vrijwaring geroepen aannemer van de stukadoorswerken, de Heer De B., wordt eveneens veroordeeld. De stukadoor gaat tegen deze beslissing in cassatie, daar hij van oordeel is dat het exoneratiebeding wél door het Hof van beroep had moeten worden toegepast. Verweersters in cassatie — de drie verkopers en de koper — beweren echter dat het middel onontvankelijk is, daar De B., in strijd met artikel 1165 B.W., zich beroept op de interne gevolgen van een overeenkomst waaraan hij geheel vreemd is. Het Hof van Cassatie beslist terecht dat het middel wél ontvankelijk is: ,,Overwegende — aldus het Hof — dat, zo een derde... de tenuitvoerlegging in zijn voordeel niet mag vorderen van de verbintenissen die uit een overeenkomst voortvloeien, artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek integendeel niet belet dat een derde bij een contract zich niet slechts op het bestaan van dit contract maar ook op de gevolgen welke het tussen de contracterende partijen heeft, mag beroepen, hetzij om de gegrondheid te staven van een vordering die hij tegen een van die partijen instelt, hetzij als verweermiddel tegen de vordering die een van die partijen tegen hem instelt'' (*l.c.*, 871; zie ook Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 175). M.a.w. de stukadoor mag de exoneratieclausule in de verkoopovereenkomst waarin hij geen partij is, als feit inroepen om te bewijzen dat de door één der contracterende partijen tegen hem ingestelde vrijwaringsactie ongegrond is.

Hierboven werd aandacht besteed aan de vraag of *kloosterlingen* wel *arbeidsovereenkomsten* sluiten met de inrichtende machten van de onderwijsinstellingen waarin zij worden tewerkgesteld (*supra*, nr. 17). Eén van de argumenten die de (gewezen) kloosterlingen inroepen tegen de Rijksdienst voor Werknemerspensioenen — die beweert dat er geen arbeidscontract is omdat de kloosterling op bevel van zijn religieuze oversten handelt —, is dat de tussen kloosterorde en kloosterling gesloten ,,religieuze toetredingsverbintenis'' voor die Rijksdienst een *res inter alios acta* is die aan derden — *in casu* de Rijksdienst — geen rechten kan verschaffen. Het Hof van Cassatie heeft dit argument terecht ongegrond verklaard, daar een ,,religieuze toetredingsverbintenis'' weliswaar als dusdanig rechten noch verplichtingen voor derden in het leven kan roepen, maar toch een feit uitmaakt dat tegen derden kan aangevoerd worden en waarop deze derden zich ook kunnen beroepen (Cass., 21 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 328).

Het beginsel van de relativiteit der contracten brengt mede dat een *boetebeding* niet toepasselijk is op degene die wegens derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk op grond van artikel 1382 B.W. aansprakelijk werd gesteld (Luik, 13 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 65).

De *huurder* van een appartement kan de uitvoering niet eisen van een beding in een contract gesloten tussen medeëigenaars van het appartementsgebouw — beding volgens hetwelk deze eigenaars zich verbinden er voor te zorgen dat tussen 20 uur 's avonds en 6 uur 's morgens zijzelf en hun huurders absolute rust zullen bewaren —, daar hij een derde is t.a.v. deze overeenkomst (Rb. Brussel, 30 maart 1976, *Rev. Not. B.*, 1976, 477).

Wanneer een *bouwpromotor* in de basisakte bedingt dat de kopers hem zullen vrijwaren voor aansprakelijkheid wegens overdreven burenhinder, verkrijgt de buur hierdoor geen recht tegen de kopers. Dit contract is voor hem immers *res inter alios acta*... (Rb. Brussel, 22 september 1970, *T. Aann.*, 1978, 144; zie ook Rb. Brussel, 18 april 1978, *J.T.*, 1978, 478).

Vanzelfsprekend kunnen derden zich niet meer beroepen op overeenkomsten waaraan zij vreemd zijn, wanneer deze contracten niet meer bestaan en de toestand die zij regelden verdwenen is (Cass., 19 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1114).

140. THEORIE VAN DE DERDE-MEDEPLICHTIGHEID — In het voorgaande rechtspraakoverzicht werd er op gewezen dat de vele opvattingen die in talloze publicaties in ons land over deze materie naar voren zijn gebracht, wellicht tot drie theorieën te herleiden zijn. Volgens een eerste theorie kan de derde slechts op grond van artikel 1382 B.W. veroordeeld worden, wanneer hij deelgenomen heeft aan andermans contractbreuk met het inzicht de benadeelde schuldeiser te schaden of met de bedoeling is opgetreden de schuldenaar te helpen contractbreuk te plegen (voor recente toepassingen, zie Luik, 13 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 66; Voorz. Kh. Antwerpen, 15 december 1977, *B.R.H.*, 1978, 436; Voorz. Kh. Kortrijk, 14 juni 1973, aangehaald door Flamme, M.-A. en Ph., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 40). Volgens een tweede opvatting is geen bijzonder bedrieglijk opzet in hoofde van de derde-medeplichtige vereist, maar volstaat het dat de derde desbewust en rechtstreeks heeft deelgenomen aan andermans opzettelijke contractuele wanprestatie. Vereist is dus niet dat de derde de debiteur tot contractbreuk heeft aangezet of verleid; noodzakelijk is echter wél dat hij daadwerkelijk en rechtstreeks aan die wanprestatie heeft meegewerkt en dat ook bewust heeft gedaan. Volgens een derde theorie, tenslotte, volstaat het reeds dat de derde welbewust andermans contractuele rechten heeft miskend, om zijn optreden als onrechtmatig te bestempelen. De aanhangers van deze laatste leer stellen dus niet de voorwaarde dat de derde daadwerkelijk en rechtstreeks aan andermans contractbreuk heeft deelgenomen, noch zelfs dat de debiteur wanprestatie heeft gepleegd (*T.P.R.*, 1975, 534 e.v.; voor meer bijzonderheden, zie Kruithof, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 101 e.v.).

Herhaaldelijk heeft het Hof van Cassatie de laatste van deze drie theorieën verworpen (Cass., 17 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 171; Cass., 3 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 252; Cass., 9 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 283; zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 536; zie ook Luik, 13 april 1972, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9199, noot J.P. Standaert; Antwerpen, 29 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 438, noot J. Stuyck; Voorz. Kh. Brussel, 21 oktober 1974, *B.R.H.*, 1976, 286; Voorz. Kh.

Brussel, 12 februari 1975, *B.R.H.*, 1976, 186 en *Ing. Cons.*, 1976, 329).
De hoop dat het Hof van Cassatie de controverse tussen de aanhangers van de eerste en de tweede theorie zou beslechten in het arrest van 21 april 1978 is jammer genoeg niet bewaarheid geworden (*Arr. Cass.*, 1978, 961; zie over dit arrest: Swennen, H., ,,Desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk is fout'', *R.W.*, 1978-79, 1937 e.v.; Kruithof, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 119-120; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2444-2445). De feiten in deze zaak kunnen als volgt worden samengevat. De brouwerij Martinas had zich, ten behoeve van de herbergierster Mevr. Feely, borg gesteld voor een lening van 1.000.000 BF. De tegenprestatie van Mevr. Feely bestond in een exclusieve bierafnameverplichting gedurende 10 jaar en de belofte in geval van overdracht van de handelszaak deze verplichting aan de koper op te leggen. Een half jaar later verkoopt Mevr. Feely het café aan de Heer Landuyt, haar gewezen echtgenoot, zonder dat het ,,verkoopcompromis'', d.i. de onderhandse koopakte, ook maar iets vermeldt over de overname van de exclusieve bierafnameverplichting. De brouwerij stelt daarop de Heer Landuyt zelf op de hoogte van deze verbintenis. Tevergeefs, want ook in de authentieke koopakte wordt over de bierafnameverplichting niet gerept. De Brouwerij Martinas stelt dan een vordering in tegen Mevr. Feely wegens contractbreuk en tegen de Heer Landuyt wegens derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. Beide vorderingen worden achtereenvolgens door de Rechtbank van Koophandel te Brussel en het Hof van Beroep te Brussel ingewilligd. Wat de derde-medeplichtigheid van Landuyt betreft, oordeelde bovenvermeld Hof dat deze een fout in de zin van artikel 1382 B.W. had begaan, ,,daar zijn ter zake bewust optreden, in volkomen kennis van al de omstandigheden eigen aan kwestieus geval, wel duidelijk betekent dat hij als medeplichtige van Mevr. Feely, in overeenstemming met haar en met bedrieglijke schending van de rechten van de Brouwerij Martinas heeft gehandeld'' (Brussel, 30 december 1976, niet gepubliceerd). Zoals men ziet, bekrachtigt het Hof van Beroep te Brussel hier de stelling dat het desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk een fout oplevert in de zin van artikel 1382 B.W. Met belangstelling werd dan ook uitgekeken naar de uitspraak van het Hof van Cassatie in deze zaak. De verwachtingen werden niet ingelost, daar het Hof, in het arrest van 21 april 1978, de voorziening in verbreking afwees op grond van de overweging dat de verschillende onderdelen van het enige middel feitelijke grondslag misten.
De rechtsonzekerheid die deze problematiek reeds zovele jaren kenmerkt, zal dus nog enige tijd voortduren.

141. THEORIE VAN DE DERDE-MEDEPLICHTIGHEID (vervolg) — In een reeds aangehaalde noot onder dit arrest heb ik de stelling verdedigd dat de tweede van de drie bovengenoemde theorieën de voorkeur verdient, m.a.w. het desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk dient te worden beschouwd als een fout in de zin van artikel 1382 B.W. (*R.C.J.B.*, 1980, 97 e.v.; in dezelfde zin Swennen, H., *l.c.*).
Vooraleer hier nader op in te gaan, moet worden onderstreept dat het Hof van Cassatie terecht de *derde theorie* heeft verworpen (zie de referenties in het vorige

nummer). Inderdaad, beslissen dat elke bewuste miskenning van andermans contractuele rechten onrechtmatig is in de zin van artikel 1382 B.W., ontneemt aan artikel 1165 B.W. elke betekenis. Ongetwijfeld, een contract is als feit tegenstelbaar *erga omnes,* maar hier gaat men veel verder. Deze leer legt immers aan derden de algemene juridische verplichting op om zich te onthouden van iedere bewuste inbreuk op andermans contractuele rechten. De hier bekritiseerde opvatting houdt niet alleen een verregaande aantasting in van de vrijheid van concurrentie en de vrijheid van handel, maar vormt ook een miskenning van de contractsvrijheid en het beginsel van de wilsautonomie. Inderdaad, juist omdat een contract zijn bindende kracht geheel ontleent aan de wil der contracterende partijen, heeft het in beginsel geen gevolgen voor derden, d.w.z. personen die zich niet hebben willen binden. De regel uitgedrukt in artikel 1165 B.W. is m.a.w. het gevolg van het beginsel dat A. Weill aldus heeft verwoord: ,,la liberté des uns ne peut enchaîner la liberté des autres'' (*Les obligations,* Paris, 1971, 57-58).

Maar kan men deze redenering ook niet inroepen tegen de theorie dat het *desbewust deelnemen* aan andermans wanprestatie onrechtmatig is? Het antwoord luidt m.i. ontkennend, daar de derde door de contractbreker rechtstreeks en met kennis van zaken een onmisbare hulp te verstrekken bij die wanprestatie misbruik maakt van zijn contractuele vrijheid en van het recht hem verleend door artikel 1165 B.W. Inderdaad, de derde maakt misbruik van zijn vrijheid daar hij in zijn rechtsbetrekkingen met de contracterende partijen, niet voldoende rekening houdt met de in artikel 1134, lid 1 B.W. uitgedrukte regel dat geldig aangegane contracten als wet voor de partijen gelden. Jean Dabin schreef het reeds op treffende wijze: ,,le tiers complice est en faute — non pour avoir lésé le droit du créancier —, mais pour avoir fourni au débiteur, par la conclusion du contrat qui contredit et détruit le premier, le moyen d'échapper à son obligation'' (J. Dabin, noot onder Cass., 30 januari 1965, *R.C.J.B.*, 1966, 93; zie ook Concl. Adv. Gen. F. Dumon voor Cass., 17 juni 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 937). Het is dus niet het feit zelf andermans contractuele rechten te hebben geschonden dat onrechtmatig is, maar de wijze waarop dit hier is gebeurt. M.a.w. de grondslag van de hier verdedigde opvatting ligt in de theorie van het rechtsmisbruik.

Maar dan rijst een nieuwe vraag: vereist de toepassing van de theorie van het rechtsmisbruik geen bijzonder bedrieglijk opzet in hoofde van de derde-medeplichtige? M.a.w. moet men dan niet de eerste theorie van de derde-medeplichtigheid goedkeuren, krachtens dewelke de derde slechts een fout maakt indien hij gehandeld heeft met het inzicht de schuldeiser te schaden of tenminste met de bedoeling de schuldenaar te helpen contractbreuk te plegen? Ook op deze vraag behoort het antwoord m.i. ontkennend te luiden, daar de theorie van het rechtsmisbruik niet zo restrictief moet worden uitgelegd. Inderdaad, uit het arrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1971 blijkt duidelijk dat boos opzet in hoofde van de rechtstitularis niet onontbeerlijk is voor de toepassing van de theorie van het rechtsmisbruik. Volgens het Hof is rechtsmisbruik immers reeds voorhanden wanneer men kennelijk de grenzen overschrijdt van een normale rechtsuitoefening (Cass., 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 31). De hier

verdedigde theorie van derde-medeplichtigheid is dus niet onverenigbaar met hetgeen het Hof van Cassatie terzake rechtsmisbruik leert, daar men kan stellen dat de derde die rechtstreeks en met kennis van zaken aan de contractbreuk van de schuldenaar deelneemt, het hem door artikel 1165 B.W. toegekende recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen overschrijdt van de uitoefening van dit recht door een zorgvuldig en voorzichtig persoon.

Tot slot dient hier nog de aandacht te worden gevestigd op twee andere uitspraken. De eerste betreft een verleiding tot contractbreuk. Een café-houder had er zich toe verbonden uitsluitend speeltuigen van zijn medecontractant in zijn café te plaatsen. Een andere leverancier verleidt hem echter tot contractbreuk, o.m. door de belofte hem te zullen vrijwaren voor de schade waartoe hij in voorkomend geval wegens wanprestatie zou veroordeeld worden. De herbergier wordt inderdaad tot schadeloosstelling veroordeeld. Op grond van het vrijwaringsbeding vordert hij dit bedrag terug van de leverancier die hem tot de contractbreuk had aangezet. Deze eis wordt echter afgewezen, daar het vrijwaringsbeding — volgens de Rechtbank van Koophandel te Tongeren — een ongeoorloofd karakter heeft, m.n. omdat het strijdig is met de juridische basisbeginselen van de economische orde van onze maatschappij (Kh. Tongeren, 30 november 1978, *B.R.H.*, 1979, 293). Volgens E. Dirix en A. Van Oevelen mag betwijfeld worden of zo'n beding inderdaad indruist tegen de economische openbare orde, daar hier slechts private belangen op het spel staan (*o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2445). M.i. is hier reden om het *Fraus omnia corrumpit* toe te passen.

De tweede rechterlijke uitspraak is van belang, zo men de leer aanvaardt dat het desbewust deelnemen aan andermans wanprestatie onrechtmatig is. Bij inbreuken op exclusiviteits- en verticale prijsregelingen kennen de producenten en importeurs die zo'n distributieregeling hebben ingevoerd, de leveranciers van de inbreukplegers meestal niet, daar deze laatsten hun bevoorradingswegen niet bekendmaken. Daar het bewijs van de contractbreuk en van de medeplichtigheid van de derde daaraan op de benadeelde schuldeiser rust, rijzen hier op het eerste gezicht ernstige bewijsproblemen. De rechtspraak toont zich echter vaak soepel. Zo leidt het Hof van Beroep te Bergen af uit de weigering van de ,,outsider'' om de identiteit van zijn leverancier bekend te maken, dat deze welbewust aan andermans contractbreuk heeft deelgenomen (Bergen, 12 november 1979, *Ing. Cons.*, 1980, 38). Een dergelijk vermoeden is niet gegrond, daar het niet uitgesloten is dat de inbreukpleger contractbreuk heeft gepleegd jegens zijn bevoorrader of dat hij slechts andermans contractuele rechten welbewust heeft miskend en dus niet heeft deelgenomen aan andermans wanprestatie (zie Kruithof, R., *De verticale prijsbinding van merkartikelen,* Brussel, 1973, 106-107). Een meer verantwoorde oplossing van dit probleem dient gezocht te worden in de medewerkingsplicht van de procespartijen bij de bewijsvoering, zoals die is uitgewerkt in de artikelen 870 en 871 Ger. W. (zie Kruithof, R., *o.c.*, p. 108).

142. RECHTSTREEKSE VORDERING — De rechtstreekse vordering is het vorderingsrecht dat toegekend wordt aan een persoon, die optreedt in eigen naam *(nomine proprio)* en voor eigen rekening, tegen de schuldenaar van zijn schul-

denaar. Doorgaans spruit de rechtstreekse vordering uit een uitdrukkelijke wettekst; soms is ze echter gegroeid uit de traditie en de rechtspraak (zie De Page, II, nrs. 712 e.v.; zie ook Nonet, Ph., ,,Action directe et inopposabilité des exceptions'', *Ann. Fac. Dr. Liège,* 1963, 61 e.v.). Alhoewel de rechtstreekse vordering een belangrijke uitzondering vormt op het beginsel van de relativiteit der contracten, wordt er in de artikelen 1121 e.v. en 1165 e.v. B.W. geen gewag van gemaakt.

Een typisch voorbeeld van een rechtstreekse vordering die op een uitdrukkelijke wettekst steunt, is artikel 1994, lid 2 B.W., krachtens hetwelk de persoon die door de lasthebber in zijn plaats is gesteld, door de lastgever rechtstreeks kan worden aangesproken. Dit althans is de visie van het Hof van Cassatie. In het arrest van 16 december 1977 besliste het Hof immers dat de lastgever hier geenszins de vordering uitoefent van zijn schuldenaar, de oorspronkelijke lasthebber, doch een persoonlijke en rechtstreekse vordering. Hieruit volgt dat de excepties die de in de plaats gestelde lasthebber tegen de oorspronkelijke lasthebber kan aanvoeren, door eerstgenoemde niet tegen de lastgever kunnen worden ingeroepen (Cass., 16 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 472; *R.C.J.B.*, 1981, 465 noot P.A. Foriers; zie ook Paulus, C. en Boes, R., *Lastgeving,* in *A.P.R.*, 1978, nr. 155, p. 98 en de verwijzingen aldaar; Antwerpen, 18 februari 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 229).

De onderverkrijger van een met verborgen gebreken behept goed bezit een rechtstreekse vordering tegen de oorspronkelijke verkoper. De draagwijdte van de rechten van de onderverkrijger worden echter bepaald door het koopcontract dat de oorspronkelijke verkoper heeft gesloten. De reden hiervoor is dat deze rechtstreekse vordering gekoppeld wordt aan artikel 1615 B.W., krachtens hetwelk de verplichting om een zaak te leveren zich uitstrekt tot haar toebehoren. De onderverkrijger kan dus niet meer rechten bezitten dan de oorspronkelijk koper (zie Brussel, 6 oktober 1976, *J.T.*, 1975, 696).

143. BEDING TEN BEHOEVE VAN EEN DERDE – BEGRIP — Onder beding ten behoeve van een derde verstaat men het beding waarbij een partij, de stipulant, in eigen naam en voor eigen rekening van een andere partij, de belover, een recht stipuleert ten gunste van een derde, die nochtans totaal vreemd is gebleven aan die overeenkomst.

Het is essentieel dat de stipulant bedingt in eigen naam *(proprio nomine)* en niet in andermans naam *(alieno nomine)*. Er kan dan ook geen sprake zijn van een derden-beding, indien een man als wettelijk beheerder van de eigen goederen van zijn echtgenote een brandverzekering afsluit (Gent, 25 november 1977, *De Verz.*, 1980, 537).

De artikelen 1121 en 1165 B.W. erkennen — mits inachtneming van bepaalde voorwaarden — de geldigheid van een beding *ten gunste* van een derde, niet van een beding ten nadele van een derde. Zoals men weet, heeft de vraag of de verzekeraar die zich in een WAM-verzekeringscontract een recht van verhaal tegen de verzekeringnemer en andere verzekerden heeft voorbehouden in geval het ongeval door een grove fout van de bestuurder veroorzaakt werd (dron-

kenschap, rijden zonder rijbewijs, enz.), dit beding mag tegenwerpen aan de bestuurder van het voertuig die in de overeenkomst geen partij was, tot veel controversen aanleiding gegeven (zie Fredericq, S., ,,L'opposabilité des dispositions du contrat d'assurance 'R.C. automobile' aux assurés autres que le preneur, en cas de faute lourde du conducteur'', *R.C.J.B.*, 1978, 145-162; *supra*, nr. 33). Ten onrechte heeft men om deze vraag bevestigend te kunnen beantwoorden, wel eens beroep gedaan op de theorie van het beding ten behoeve van een derde (Rb. Luik, 28 november 1977, *Pas.*, 1978, III, 2), daar het hier niet om een voordeel, maar om een nadeel gaat voor die derde (in dezelfde zin: noot E.K. onder Cass., 28 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 404; zie ook *supra*, nrs. 13 en 33).

Alhoewel een beding ten behoeve van derde het bestaan van een *hoofdovereenkomst* tussen stipulant en belover impliceert, wordt toch veelal een beroep gedaan op deze rechtsfiguur om het bijzonder legaat te kwalificeren dat een last ten voordele van een derde bevat (zie De Page, VIII, nrs. 1020 en 1027, B 1; Mazeaud, *Leçons de droit civil*, IV/2, nr. 1406). Toch zou het juister zijn om hier artikel 1121 B.W. slechts *per analogiam* toe te passen (zie Bergen, 28 maart 1979, *Pas.*, 1979, II, 74).

144. BEDING TEN BEHOEVE VAN EEN DERDE – NIEUW RECHT IN HOOFDE VAN EEN BEPAALBARE DERDE — Opdat het beding een belofte voor een derde zou uitmaken is vereist dat aan een bepaalde of bepaalbare derde een nieuw recht wordt toegekend. In dit verband rijzen vooral moeilijkheden i.v.m. bedingen ten voordele van erfgenamen en kinderen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 539-540).

De Heer J. Monnoyer sluit in 1926 een samenwerkingsovereenkomst met de P.V.B.A. Henrijean, waarbij hij er zich toe verbindt gebruik te zullen maken van zijn goede relaties, vooral in zeevaartkringen, om de firma Henrijean in staat te stellen als makelaar verzekeringscontracten af te sluiten. Als tegenprestatie zal de Heer Monnoyer een gedeelte van het makelaarsloon ontvangen. In 1954 wordt dit contract vervangen door een gelijkaardige nieuwe overeenkomst voor de duur van 25 jaar. In artikel 12 van deze nieuwe overeenkomst wordt bepaald dat indien de Heer Monnoyer mocht overlijden vóór het normale einde van het contract, zijn erfgenamen gedurende 5 jaar recht zullen hebben op 30 % van de makelaarslonen. Daar wordt aan toegevoegd dat indien zijn vrouw en/of minderjarige wettige kinderen tot de erfenis geroepen worden, deze termijn verlengd wordt hetzij tot het overlijden van de echtgenote zo de kinderen op dat ogenblik reeds meerderjarig zijn, hetzij tot de meerderjarigheid van het jongst kind zo zijn echtgenote voordien overlijdt. In 1972 overlijdt de Heer Monnoyer. Vastgesteld wordt dat hij zich tijdens zijn laatste levensjaren tevreden heeft gesteld met een veel lager percentage van het makelaarsloon dan in de overeenkomst van 1954 was bedongen. De firma beweert nu dat ook het makelaarsloon van de erfgenamen — echtgenote en kinderen — op dezelfde wijze verminderd moet worden, daar artikel 1122 B.W. bepaalt dat men wordt geacht bedongen te hebben voor zichzelf en zijn erfgenamen. De echtgenote en de kinderen menen echter dat artikel 12 van de overeenkomst van 1954 een beding ten behoeve van derden

inhoudt en dat zij dus recht hebben op 30% van het makelaarsloon. Het Hof van Beroep te Brussel besliste in het arrest van 13 november 1980 dat het hier wel degelijk om een derden-beding gaat (*J.T.*, 1981, 158). De vraag of de derden wel voldoende bepaald of bepaalbaar waren werd bevestigend beantwoord. De ingewikkelde motivering van het arrest terzake is m.i. echter overbodig, daar thans vrij algemeen wordt aangenomen dat de derden niet bepaald of bepaalbaar hoeven te zijn op het ogenblik dat het beding gestipuleerd wordt, maar op het ogenblik dat het beding effect dient te sorteren, *in casu* het overlijden van dhr. Monnoyer (zie De Page, II, nr. 673; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 539-540). De vraag of door het beding een nieuw recht aan de erfgenamen werd verleend en of dat inderdaad de bedoeling van de stipulant was geweest, werd bevestigend beantwoord door het Hof, daar bij ontbreken van het beding zijn erfgenamen gedurende maximum vijf jaar aanspraak hadden kunnen maken op een gedeelte van het makelaarsloon. Het beding verschafte hen dus een recht dat zij niet in de erfenis zouden hebben gevonden. Tenslotte wijst het Hof er op dat uit niets blijkt dat de Heer Monnoyer het beding ten behoeve van genoemde derden uitdrukkelijk of stilzwijgend zou hebben herroepen of gewijzigd.

De bepaalbaarheid van de derde-begunstigde kwam ook ter sprake in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 6 december 1977 (*R.W.*, 1977-78, 1892 *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9934). Een man, de Heer Frederix, komt met zijn personenwagen in een gracht terecht en verliest het bewustzijn. Omstaanders doen beroep op de ,,dienst 900'' en halen in afwachting van de komst van de ziekenwagen de Heer Frederix uit zijn auto. De Heer Frederix, geheel of gedeeltelijk bij bewustzijn gekomen, stapt zelf in de ambulatiewagen. De bestuurder en de begeleider nemen plaats in de stuurkabine en laten het slachtoffer alleen in de ,,sanitaire cel''. Tijdens de overbrengingsrit naar het ziekenhuis valt het slachtoffer uit de ziekenwagen en wordt overreden door een auto bestuurd door de Heer Van Looy. De oorzaak van de val blijft onopgehelderd. De vraag is of de exploitant van de ambulantiedienst voor het tweede ongeval aansprakelijk gesteld kan worden. De Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout (27 februari 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9301) en het Hof van Beroep te Antwerpen komen tot het besluit dat de Heer Frederix bij bewustzijn was toen hij in de ziekenwagen stapte en dat derhalve een vervoerovereenkomst tot stand gekomen is tussen hem en de exploitant van de ambulantiedienst. Daar de vervoerder een resultaatsverbintenis aangaat en deze *in casu* het bewijs van overmacht of toeval schuldig blijft, wordt hij aansprakelijk gesteld. Het Hof van Beroep voegt daaraan toe dat men tot hetzelfde besluit komt, indien men zou aannemen dat de Heer Frederix te versuft was om vrijwillig de ziekenvervoerovereenkomst aan te gaan. Dan zou hij genieten van het beding ten behoeve van de zieken en gewonden dat vervat is in de overeenkomst die de uitbater van de ambulantiedienst met de Belgische Staat heeft gesloten in het raam van de Wet van 8 juli 1964 op de medische spoedtussenkomst. Op de vraag of de derde-begunstigde hier wel voldoende bepaald of bepaalbaar is, antwoordt het Hof terecht bevestigend, daar de zieke of gewonde, ten voordele van wie de verbintenis gecreëerd is, bepaald is op het ogenblik van de oproep tot hulpverlening, althans op het moment dat de ziekenwagen bij hem komt om hem te vervoeren.

145. BEDING TEN BEHOEVE VAN EEN DERDE – DE WIL OM VOOR EEN DERDE TE BEDINGEN — Een beding ten behoeve van een derde impliceert dat de stipulant het inzicht heeft gehad om aan de derde niet alleen een feitelijk voordeel te verschaffen, maar tevens een eigen recht jegens de belover en dat deze laatste die verbintenis jegens de derde heeft aanvaard (zie De Page, II, nr. 654; Luik, 22 juni 1977, *J.T.*, 1977, 655; Arbh. Brussel, 25 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 595).

In het voorgaande overzicht werd er reeds op gewezen dat de clausule in de verkoopakte van een onroerend goed dat de koper de bestaande pacht- of huurovereenkomst dient te eerbiedigen, veelal als een beding ten gunste van de pachter of huurder wordt uitgelegd (*T.P.R.*, 1975, 541 en de verwijzingen). De Vrederechter te Maaseik meent zich bij deze rechtspraak aan te sluiten, wanneer hij beslist dat de houder van een jachtpacht tegenover de koper van een onroerend goed zijn jachtrecht kan laten gelden, wanneer de verkoper in de verkoopakte een beding heeft doen inlassen waarin uitdrukkelijk gewezen wordt op de bestaande jachtpacht (7 april 1972, *T. Vred.*, 1974, 111). Opgemerkt dient evenwel dat *in casu* in de verkoopakte weliswaar in duidelijke bewoordingen melding werd gemaakt van de jachtpacht, maar dat daarin aan de koper niet de verbintenis werd opgelegd die jachtpacht ook te eerbiedigen. Daar een beding ten behoeve van een derde niet vermoed wordt en de stipulant zonder twijfel de bedoeling moet hebben gehad om ten voordele van de derde te bedingen (Cass., 27 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 125), is deze uitspraak van de Vrederechter te Maaseik voor kritiek vatbaar (zie in deze zin Vred. Heist-Op-Den-Berg, 25 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 2167).

Om dezelfde reden — het ontbreken van het bewijs van het inzicht om voor een derde te bedingen — kan een met de meting van een onroerend goed belaste deskundige zich niet beroepen op het beding in de koopakte dat het goed verkocht wordt zonder enige waarborg in geval van vergissing in de vermelde oppervlakte (Cass., 27 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 125; zie ook i.v.m. de aansprakelijkheid van een notaris, Rb. Turnhout, 19 februari 1979, *T. Not.*, 1979, 247).

Bij een auto-ongeval overlijdt de Heer Z.D. enkele ogenblikken na zijn driejarig zoontje. Tevoren had de Heer Z.D. een levensverzekering afgesloten waarin hij dit zoontje als enige begunstigde had aangeduid. In de regel aanvaardt men dat in geval de begunstigde vóór de stipulant overlijdt, de erfgenamen van de begunstigde op het kapitaal van de levensverzekering aanspraak kunnen maken, daar dit met de bedoeling van de stipulant geacht wordt overeen te stemmen (*cf.* art. 1179 B.W.). Anders is het — zoals *in casu* — wanneer blijkt dat de stipulant één of meer erfgenamen van de begunstigde heeft willen uitsluiten (zie Rb. Luik, 29 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 107 en *De Verz.*, 1974, 719; noot H.B.; zie ook *R.P.D.B., Compl.*, III, v° *Assurances terrestres (contrats particuliers)*, nrs. 133, 157 en 64).

In het voorgaande rechtspraakoverzicht werd ingegaan op de controverse omtrent de vraag of de clausule in de WAM-verzekeringspolis krachtens welke de waarborg verleend wordt aan iedere houder of bestuurder van het verzekerde voertuig, al dan niet een beding ten behoeve van derde inhoudt (*T.P.R.*, 1975, 540-541). Terecht heeft het Hof van Cassatie nu beslist dat het feit dat de verzekeringnemer

wettelijk verplicht is deze personen te verzekeren, niet verhindert dat zo'n houder of bestuurder van het voertuig krachtens een beding ten behoeve van derde verzekerd is (Cass., 28 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 596; zie ook noot E.K. onder Cass., 28 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 403).

146. BEDING TEN BEHOEVE VAN EEN DERDE - GEVOLGEN — Het beding ten behoeve van een derde doet *onmiddellijk* (Antwerpen, 6 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 1982; *R.G.A.R.*, nr. 9934) een *rechtstreeks* recht ontstaan in hoofde van de beneficiant tegenover de belover. Derhalve, wanneer in een contract waarbij een handelszaak wordt overgedragen, bedongen is dat de overnemer de in die zaak tewerkgestelde werknemers in dienst zal nemen, verkrijgen deze personeelsleden een onmiddellijk en rechtstreeks recht tegen de overnemer. In voorkomend geval zal deze laatste dan ook rechtstreeks tegenover het personeelslid gehouden zijn tot betaling van de krachtens de sociale wetgeving verschuldigde opzegvergoeding (Arbh. Brussel, 25 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 595; zie ook Rb. Charleroi, 20 november 1975, *De Verz.*, 1979, 147 (begunstigde van een persoonlijke verzekering tegen lichamelijke ongevallen).

Zolang een beding ten behoeve van een derde door deze derde niet is aanvaard, bezit de stipulant het recht om het beding te *herroepen* (art. 1121 *in fine* B.W.). Derhalve mag de man die een levensverzekering ten voordele van zijn echtgenote heeft onderschreven, dit beding herroepen door een andere begunstigde aan te wijzen zolang zijn echtgenote het noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend heeft aanvaard (Rb. Luik, 12 maart 1975, *De Verz.*, 1975, 817, noot H.B.).

HOOFDSTUK III

DE RECHTSFEITEN

AFDELING I

ZAAKWAARNEMING

147. INZICHT ANDERMANS BELANGEN TE BEHARTIGEN — Zaakwaarneming is het vrijwillig en belangeloos, doch niet uit vrijgevigheid behartigen van andermans belangen, wanneer zulks nodig of — althans volgens een belangrijk deel van rechtspraak en rechtsleer — nuttig is.

Vereist is dus dat de zaakwaarnemer het inzicht heeft andermans belangen te behartigen, uit bereidwilligheid en met de bedoeling een ander tot nut te zijn. Er kan dan ook geen sprake zijn van zaakwaarneming, wanneer men onder het mom andermans zaak te beheren, in feite slechts het oogmerk heeft zijn eigen belangen te behartigen (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 718 en de verwijzingen).

In het voorgaande rechtspraakoverzicht werd melding gemaakt van het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 2 maart 1967 (*J.T.*, 1967, 632). Het ging hier om een aannemer die een werk had aangenomen voor rekening van de Staat, maar die deze opdracht niet kon uitvoeren zolang voorafgaandelijke werken door de

Nationale Waterverdelingsmaatschappij niet waren volbracht. Om verder uitstel te vermijden, voert de aannemer deze dringend noodzakelijke werken zelf uit. Het Hof van Beroep te Luik besliste dat zulks zaakwaarneming was en dat de aannemer de door hem gedane nuttige en noodzakelijke uitgaven mocht terugvorderen (zie *T.P.R.*, 1975, 721). Dit arrest werd door het Hof van Cassatie op procesrechtelijke gronden verbroken (Cass., 9 januari 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 450) en verwezen naar het Hof van Beroep te Brussel. In een interessante uitspraak heeft dit laatste Hof dan de op zaakwaarneming steunende eis afgewezen. Dit gebeurde op grond van de overweging dat de aannemer door de dringende herstellingswerken uit te voeren de belangen van de Nationale Waterverdelingsmaatschappij behartigd had, niet zozeer uit bereidwilligheid en met het inzicht een ander tot nut te zijn, maar wél omdat hij de uitvoering van zijn opdracht jegens de Staat niet wenste te onderbreken, m.a.w. omdat hij zijn eigen belangen op het oog had (Brussel, 12 oktober 1972, *T.Aann.*, 1976, 23, noot F. Glansdorff en M. Wagemans; zie ook *infra*, nr. 158).

Ook in een ander arrest van het Hof van Beroep te Brussel kwam deze problematiek aan de orde. Het ging hier om een Intercommunale die zelf aan zijn bouwvakarbeiders de bijkomende vergoeding voor vorstverlet had uitgekeerd en dit wegens het uitblijven van de tussenkomst van het Fonds voor Bestaanszekerheid. De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel had de op zaakwaarneming gegronde eis van de Intercommunale tegen het Fonds voor Bestaanszekerheid afgewezen, daar niet gehandeld was met het inzicht aan een ander een dienst te bewijzen. Het Hof van Beroep te Brussel sloot zich bij deze zienswijze aan (Brussel, 28 mei 1969, *T.Aann.*, 1976, 20, noot F. Glansdorff en M. Wagemans). Uit de feiten van deze zaak — zoals vermeld in het vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel — blijkt dat deze zienswijze goed te verdedigen is: „Il résulte des débats qu'elle (le gérant) courait en effet grand risque que ses ouvriers abandonnent son service, pour passer à celui d'entreprises dont les ouvriers ne se voyaient pas refuser les allocations dont question et de ne plus trouver de personnel ... C'est pour écarter ces dangers créés par l'attitude de la défenderesse, que la demanderesse versa à ses ouvriers des allocations intempéries-gel" (Rb. Brussel, 19 juni 1965, aangehaald door Glansdorff, F. en Wagemans, M., *l.c.*, 31, zie ook *infra*, nr. 158).

Uit deze beslissingen blijkt dat een gedeelte van de rechtspraak m.b.t. deze voorwaarde voor zaakwaarneming strenge eisen stelt (zie ook Cass. fr., 13 december 1978, *T.Aann.*, 1980, 237, noot F. Glansdorff). Vooral in de eerste van de twee besproken arresten is dit het geval (zie ook Glansdorff, F. en Wagemans, M., *l.c.*, 32). Het lijdt toch weinig twijfel dat de aannemer niet uitsluitend zijn eigen belangen op het oog had, toen hij de herstellingswerken uitvoerde. Had hij de werken niet uitgevoerd, dan zou hij zich immers wellicht tegenover zijn opdrachtgever, de Belgische Staat, op overmacht hebben kunnen beroepen, daar de vertraging in de uitvoering van zijn verbintenis dan aan een derde, nl. de Nationale Waterverdelingsmaatschappij, te wijten zou zijn geweest. Natuurlijk zou die vertraging ook hem moeilijkheden bezorgd hebben. Kortom, het is waarschijnlijker dat de aannemer *in casu* zowel zijn eigen belangen heeft willen vrijwaren als andermans zaak waarnemen. Welnu, de rechtspraak heeft in zo'n

situaties meestal niet geaarzeld zaakwaarneming aan te nemen (zie Glansdorff, F. en Legros, P., ,,La réparation du préjudice subi par l'auteur d'un acte de sauvetage'', *R.C.J.B.*, 1974, 72 en de verwijzingen).

148. INZICHT ANDERMANS BELANGEN TE BEHARTIGEN (vervolg) — Niet in alle gevallen waarin de vraag ter sprake komt of de betrokkene werkelijk het inzicht heeft gehad andermans zaak waar te nemen, toont de rechtspraak zich zo streng.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat de curator van een faillissement wiens mandaat nadien nietig wordt verklaard, beschouwd moet worden als zaakwaarnemer van het patrimonium van de gefailleerde. In die hoedanigheid kan hij dan de terugbetaling bekomen van zijn onkosten evenals de uitkering van zijn honorarium (Brussel, 6 maart 1975, *Pas.*, 1975, II, 125 met Concl. O.M.; zie ook *R.P.D.B.*, v° *Quasi-contrats*, nr. 14).

Ook bij de vraag wiens belangen de zaakwaarnemer beoogde te beschermen, toont de rechtspraak zich vaak zeer soepel. Zo neemt men veelal aan dat de meester van de zaak niet noodzakelijkerwijze alleen degene is die de zaakwaarnemer ter hulp is gesneld, maar evenzeer de persoon die aansprakelijk is voor de toestand waaraan verholpen moest worden of zelfs de verzekeraar van de bijgestane persoon (zie Luik, 3 april 1979, *Pas.*, 1979, II, 88; *J.T.*, 1979, 555 en *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, noot F. Glansdorff; zie ook Glansdorff, F. en Legros, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1974, 73 en de verwijzingen). De Franse auteur R. Bout schrijft hierover dat de rechtspraak blijkbaar geneigd is ,,à se satisfaire, chez le gérant, d'une intention altruiste, sans exiger qu'elle ait été concrètement destinée à celui qui joue le rôle de maître'' (*La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, 1972, 367). Deze auteur keurt deze ontwikkeling goed: ,,Nous avons vu combien cette faculté que se reconnaissent nos tribunaux de déterminer aussi librement la personne du maître est satisfaisante sur le plan de l'équité, tant elle permet de choisir, parmi les personnes intéressées par l'acte de gestion, celle qui offre le plus de garanties de solvabilité'' (*ibid.*).

149. VRIJWILLIG KARAKTER VAN HET OPTREDEN — Er is geen zaakwaarneming, wanneer hij die andermans belangen behartigt, daartoe wettelijk of contractueel gehouden was (zie Paulus, C., *Zaakwaarneming*, in *A.P.R.*, Brussel, 1970, nrs. 38-39).

De wet van 6 januari 1961 (art. 422*bis* en *ter* Sw.) heeft de vraag doen rijzen of er zaakwaarneming kan zijn, wanneer iemand een in gevaar verkerend persoon hulp biedt. Deze wet legt immers de verplichting op aan ieder burger om hulp te verlenen aan iemand die in groot gevaar verkeert, tenzij die hulpverlening de betrokken burger zelf of anderen in ernstig gevaar zou brengen.

Het lijdt weinig twijfel dat de rechtspraak deze netelige vraag tracht te ontwijken. Dit is b.v. het geval in een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel, van 20 februari 1970 (*R.C.J.B.*, 1974, 55, noot F. Glansdorff en P. Legros). Het ging hier om een verkeersongeval veroorzaakt door een meisje van 17 jaar die de auto van haar ouders uit de garage duwde met het oog op het schoonmaken van het voertuig. Zij had de controle over de wagen verloren, daar deze op een licht

hellend vlak geplaatst was. De huisbewaarster van het flatgebouw waarin zij woonde, werd door het voertuig verwond op het ogenblik dat deze — in een poging hulp te verlenen — trachtte het voertuig tegen te houden. De rechtbank willigde de eis tot schadevergoeding die de huisbewaarster tegen het meisje en haar ouders had ingesteld, op grond van artikel 1382 e.v. B.W., gedeeltelijk in: het meisje was onvoorzichtig geweest door geen hand op het stuur of bij de handrem te houden, haar ouders waren tekortgeschoten in de opvoeding van en het toezicht op hun minderjarige dochter en het slachtoffer had roekeloos gehandeld door te pogen het rijdende voertuig tegen te houden. De rechtbank besliste tevens dat gezien het subsidiair karakter van de eis gegrond op zaakwaarneming, deze vordering hier niet in aanmerking kwam. Mocht dat toch het geval zijn, aldus de Rechtbank, dan zouden de verschillende vereisten hier vervuld zijn. Ook op grond van zaakwaarneming zou de huisbewaarster slechts recht hebben op een gedeeltelijke schadevergoeding, daar zij zich schuldig had gemaakt aan ,,une imprudence grave''. In een niet gepubliceerd arrest van 30 juni 1971 werd deze beslissing door het Hof van Beroep te Brussel bevestigd (A.R. nr. 5694).

Interessant is ook de volgende zaak. Een ruitenwasser krijgt bij het vervullen van zijn dagtaak in een ziekenhuis een neerklappend venster op zijn hoofd. De ruit breekt gedeeltelijk en zijn hals raakt geklemd tussen de glasscherven. Twee geneesheren die getuigen zijn van het ongeval, trachten de ruitenwasser uit zijn netelige positie te bevrijden en zijn wonden te verzorgen. Eén van de geneesheren wordt daarbij zelf aan de hand gekwetst door een glasscherf. Deze laatste stelt een vordering op grond van zaakwaarneming in tegen de arbeidsverzekeraar van de ruitenwasser. De Rechtbank van eerste aanleg te Hoei wees deze eis af, daar de geneesheer niet de belangen van de arbeidsverzekeraar maar die van de ruitenwasser had behartigd, en daar hij een wettelijke verplichting was nagekomen. Het Hof van Beroep te Luik besliste echter dat de voorwaarden van zaakwaarneming hier ook t.a.v. de arbeidsverzekeraar vervuld waren, zonder verder in te gaan op de vraag of het optreden van de geneesheer wel vrijwillig was (Luik, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, noot F. Glansdorff, *Pas.*, 1979, II, 88 *J.T.*, 1979, 555).

In een belangrijke noot hebben F. Glansdorff en P. Legros gepoogd de door artikel 422*bis* en *ter* Sw. geschapen klip te omzeilen door te stellen dat het feit dat degene die andermans belangen behartigt zelf schade lijdt, bewijst dat hij ernstig gevaar liep en dus niet wettelijk verplicht was hulp te verlenen (,,La réparation du préjudice subi par l'auteur d'un acte de sauvetage'', *R.C.J.B.*, 1974, 72). Het argument is ingenieus en in vele gevallen overtuigend. Zo kan men in het geval van de huisbewaarster aannemen dat het ongeval bewijst dat zij zich aan een ernstig gevaar blootstelde en dus verder was gegaan dan de verplichting die artikel 422*bis* Sw. haar oplegde. Maar geldt hetzelfde ook voor de tussenkomst van de twee geneesheren? Uit de verwonding van de ene geneesheer blijkt dat er een risico aan zijn tussenkomst verbonden was, maar kan men — zoals de wet eist — hier spreken van een ,,ernstig gevaar voor zichzelf''? Een ontkennend antwoord dringt zich hier wellicht op (zie ook de door F. Glansdorff aangehaalde uitspraak in eerste aanleg in deze zaak van de burgerlijke rechtbank te Hoei en zijn

kommentaar daarop, noot onder Luik, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, p. 2 *recto* en *verso*).

Een tweede argument om artikel 422*bis* en *ter* Sw. te omzeilen is dat in de zaak van de geneesheren deze wel een wettelijke verplichting jegens de ruitenwasser nakwamen, maar niet jegens de arbeidsverzekeraar. Deze laatste kan zich dus niet op deze wetsbepaling beroepen om te stellen dat de voorwaarden van zaakwaarneming niet vervuld zijn (Glansdorff, F., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, p. 2 *verso*). Dit argument is niet overtuigend: de vraag is niet of de geneesheer door hulp te verlenen aan de ruitenwasser een wettelijke verplichting jegens de arbeidsverzekeraar nakwam, maar wél of de geneesheer *vrijwillig* de belangen van de arbeidsverzekeraar heeft behartigd. Op die laatste vraag luidt het antwoord ontkennend, daar hij wettelijk verplicht was de handelingen te stellen die ook de belangen van de verzekeraar dienden. Bovendien lost deze argumentering het probleem niet op voor wat de vraag betreft of de geneesheer op grond van zaakwaarneming schadevergoeding kan bekomen van de ruitenwasser zelf.

F. Glansdorff roept nog een laatste argument in, nl. dat een wettelijke verplichting zaakwaarneming slechts uitsluit wanneer het om een ambtsplicht of om een beroepsplicht gaat — zoals het geval is voor politieagenten, brandweerlieden, enz. —, m.a.w. de algemene hulpverleningsplicht van de artikelen 422*bis* en *ter* valt daar niet onder (*ibid.*). Alhoewel deze oplossing *de lege ferenda* wenselijk is, zie ik *de lege lata* de juridische grondslag ervan niet.

Tenslotte nog een opmerking. De artikelen 422*bis* en *ter* Sw. scheppen slechts een wettelijke hulpverleningsrecht aan *personen* die in groot gevaar verkeren. Er is dus geen moeilijkheid wanneer hulp verleend wordt om dieren of zaken te redden. Welnu, de huisbewaarster in de hierboven behandelde zaak had blijkbaar slechts de bedoeling te voorkomen dat de auto tegen de muur zou botsen; levensgevaar voor omstaanders was er klaarblijkelijk niet.

150. VRIJWILLIG KARAKTER VAN HET OPTREDEN (vervolg) — Luidens artikel 17 van de Verzekeringswet moet de verzekerde alles in het werk stellen om de door het verzekeringscontract gedekte schade te voorkomen of te beperken; en de door hem gemaakte kosten om de schade te beperken, zijn ten laste van de verzekeraar behalve indien zij, voor het geheel of voor een gedeelte, op onbedachtzame wijze werden gemaakt. Beslist werd dat in deze wetsbepaling de regels van artikel 1375 B.W. inzake zaakwaarneming worden toegepast (zie Cass., 22 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 607; zie ook Kh. Brussel, 1 december 1978, *B.R.H.*, 1979, 345, noot P. Van der Meersch en *De Verz.*, 1980, 107, noot J.R.). Toch kan men niet stellen dat de burgerrechtelijke bepalingen inzake zaakwaarneming hier rechtstreeks toepasselijk zijn, daar de verzekerde niet vrijwillig, maar ingevolge een wettelijke verplichting optreedt.

Van zaakwaarneming in de zin van de artikelen 1372 e.v. B.W. kan evenmin sprake zijn, wanneer iemand ingevolge een *contractuele verplichting* andermans belangen behartigt. Derhalve kan een echtpaar dat zich vrijwillig jegens vrienden verbonden heeft om hun hond gedurende hun afwezigheid bij te houden, zich niet op zaakwaarneming tegenover die vrienden beroepen, wanneer die hond aan een

derde schade heeft berokkend (Rb. Hasselt, 6 januari 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9489; voor een andere toepassing zie Kh. Antwerpen, 9 december 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 168).

151. NOODZAKELIJK KARAKTER VAN HET OPTREDEN — Daar ongevraagde diensten zelden welkom zijn, schept zaakwaarneming slechts verbintenissen in hoofde van de meester van de zaak, indien de tussenkomst van de derde niet alleen nuttig, maar ook noodzakelijk is (voor een geval waarin ongetwijfeld sprake was van een noodsituatie, zie Luik, 3 april 1979, *Pas.*, 1979, 555 en *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, noot F. Glansdorff).

Uit het voorgaande volgt dat zaakwaarneming in de regel niet gerechtvaardigd is, wanneer de meester zelf bij machte is zijn belangen te behartigen en *a fortiori* wanneer deze zich tegen de zaakwaarneming verzet (De Page, *o.c.*, II, nr. 1084, A, 2° en B, 2° en de verwijzingen aldaar; zie ook *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting Boek 6*, Den Haag, 1961, 710; *contra*: Glansdorff, F. en Wagemans, M., *o.c.*, *T.Aann.*, 1976, 30-31 en de verwijzingen). Derhalve kan degene die andermans wettelijke of contractuele verbintenissen nakomt, dan wanneer de schuldenaar zelf die verbintenissen weigert uit te voeren of zich zelfs verzet tegen betaling door die derde of derden in het algemeen, zich niet op zaakwaarneming tegenover die schuldenaar beroepen. Wel is het mogelijk dat de derde dan over een *actio de in rem verso* tegen de schuldenaar beschikt (*contra*: Glansdorff, F. en Wagemans, M., *ibid.*).

In de hierboven reeds besproken zaak van de Intercommunale die de door het Fonds voor Bestaanszekerheid verschuldigde vergoeding voor vorstverlet aan zijn werknemers had uitgekeerd, werd zaakwaarneming door de burgerlijke rechtbank te Brussel om deze reden afgewezen. Inderdaad, het Fonds voor Bestaanszekerheid was zeer wel in staat zijn eigen zaken te beredderen en deed dit ook, nl. door de uitkering van de desbetreffende vergoedingen te weigeren (Rb. Brussel, 19 juni 1965, onuitg., aangehaald door Glansdorff, F. en Wagemans, M., *l.c.*, 30). Het Hof van Beroep te Brussel bevestigde deze beslissing en nam deze motivering over (Brussel, 28 mei 1969, *T.Aann.*, 1976, 20).

Toch mag ook hier niet te ver worden gegaan. In uitzonderlijke omstandigheden is het inderdaad denkbaar dat zaakwaarneming ondanks het verzet van de ,,meester'' voorhanden is. Men denke aan de geneesheer die vergoeding vordert van de kosten gedaan met het oog op het redden van het leven van een persoon die zelfmoord poogde te plegen. Of dient het recht op zelfbeschikking van ieder mens hier te primeren? Zo ja, dan is hier niet alleen geen sprake van zaakwaarneming, maar begaat de geneesheer zelfs een onrechtmatige daad.

AFDELING II

ONVERSCHULDIGDE BETALING

152. ONVERSCHULDIGD KARAKTER VAN DE GEDANE BETALING — Uit de artikelen 1235, 1376 e.v. B.W. — zoals geïnterpreteerd door rechtspraak en rechtsleer

in ons land — spruit voort dat de terugvordering van hetgeen onverschuldigd betaald werd, slechts afhankelijk is van de vervulling van twee voorwaarden, nl. het voorhanden zijn van een *betaling* en het *onverschuldigd karakter* daarvan (zie Leclercq, J., ,,Réflexions sur un principe général de droit: la répétition de l'indû'', *J.T.*, 1976, 106).

Het onverschuldigd karakter van de verrichte betaling kan ,,absoluut'' of ,,objectief'' zijn, d.i. wanneer er hoegenaamd geen schuld was, of ,,relatief'' of ,,subjectief'', d.i. wanneer er wel een schuld bestaat, maar de *solvens* aan een ander heeft betaald dan aan de schuldeiser of omgekeerd, wanneer een ander dan de *solvens* de werkelijke schuldenaar is (*ibid.*, 107).

Tot de absolute of objectieve vorm van onverschuldigde betaling wordt ook de betaling gerekend waarvan het bedrag de werkelijke schuld overtreft. De *solvens* mag het teveel betaalde dus op grond van de artikelen 1235 en 1376 e.v. B.W. van de *accipiens* terugvorderen (*ibid.*, 107, nr. 14; Dekkers, R., II, nr. 307).

Dit laatste heeft men in Frankrijk — op grond van het arrest van de Cour de Cassation van 7 januari 1925 (*D.*, 1926, I, 224) — wel eens in twijfel getrokken, maar daar is men sinds het arrest van de Cour de Cassation van 17 juli 1939 (*D.H.* 1940, 15) op teruggekomen (Leclercq, J., *l.c.*, 107, nr. 14). Het is dan ook te betreuren dat in een arrest van het Hof van Beroep te Bergen naar deze achterhaalde opvatting verwezen wordt (Bergen, 12 februari 1980, *J.T.*, 1980, 412). Het ging hier om de terugvordering van het gedeelte van het honorarium van een landmeter dat overdreven geacht werd. De eerste rechter had deze eis ingewilligd, maar het Hof van Beroep te Bergen wees de vordering af. Uit de motivering van dit arrest blijkt echter niet duidelijk of de beslissing steunt op de overweging dat het betaalde honorarium contractueel verschuldigd was — m.a.w. dat er hier van onverschuldigde betaling geen sprake was —, dan wel op de grond dat hier weliswaar meer betaald werd dan contractueel verschuldigd, maar dat het teveel betaalde niet op grond van de artikelen 1235 en 1377 B.W. teruggevorderd kon worden.

153. ONVERSCHULDIGD KARAKTER VAN DE GEDANE BETALING (vervolg) — Wanneer een contract ontbonden of nietig verklaard wordt, moeten de partijen in beginsel in hun vorige toestand hersteld worden. Hetgeen in uitvoering van de ontbonden of vernietigde overeenkomst betaald werd, mag dan ook teruggevorderd worden op grond van de artikelen 1235 en 1376 e.v. B.W. (Rb. Dinant, 15 december 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22338, met noot; zie ook Leclercq, J., *l.c.*, 109 e.v.; zo nodig kan ook beroep gedaan worden op de *actio de in rem verso*: Rb. Brussel, 4 april 1974, *J.T.*, 1974, 588; *contra*: De Page, *o.c.*, II, nr. 817). Opgemerkt dient evenwel dat de rechter, op grond van het adagium *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, gerechtigd is, zij het niet verplicht, de vordering tot terugbetaling af te wijzen wanneer het contract absoluut nietig is wegens een inbreuk op de openbare orde of de goede zeden (*supra*, nrs. 87 en 88; zie ook Leclercq, J., *l.c.*, 110 e.v.).

Een verzekeraar keert een volledige schadevergoeding uit aan het slachtoffer van een — naar het oordeel van de verzekeraar — geheel aan de schuld van zijn

verzekerde te wijten ongeval. Het slachtoffer tekent een kwijtschrift voor saldo van rekening. Achteraf komt vast te staan dat het slachtoffer zelf geheel of gedeeltelijk voor het ongeval aansprakelijk is. Kan de verzekeraar dan het aan het slachtoffer betaalde als onverschuldigd terugvorderen? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend, indien de verzekeraar de betaling verricht heeft om definitief en forfaitair een einde te stellen aan de betwisting en derhalve impliciet het risico heeft aanvaard van een verkeerde beoordeling van het aansprakelijkheidsprobleem (zie Cass., 2 juni 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 931; Brussel, 30 maart 1971, *De Verz.*, 1972, 1075; Rb. Antwerpen, 27 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2226; zie ook Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 637 e.v.; *supra*, nr. 82 en de verwijzingen).

154. DWALING IN HOOFDE VAN DE SOLVENS — De twistvraag of een vergissing in hoofde van de *solvens* als derde essentiële vereiste van de vergoeding wegens onverschuldigde betaling moet gesteld worden, heeft het Hof van Cassatie — zoals in het vorige rechtspraakoverzicht werd uiteengezet (*T.P.R.*, 1975, 722-723) — in het arrest van 17 september 1970 terecht ontkennend beantwoord. Inderdaad, het Hof besliste dat een vergissing slechts bewezen dient te worden, indien twijfel mogelijk is nopens het onverschuldigd karakter van de gedane betaling (*Arr. Cass.*, 1971, 47; zie ook Leclercq, J., *l.c.*, 112 e.v.).

De draagwijdte van deze beslissing blijken een aantal rechtbanken nog niet ten volle in te zien (zie b.v. Kh. Antwerpen, 5 mei 1972, *B.R.H.*, 1972; *Rev. Prat. Soc.*, 1973, 239, met noot; Arbrb. Antwerpen, 15 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 1902, noot L. Lamine).

Mag de rechter de terugvordering van het onverschuldigd betaalde weigeren, indien de betaling aan een *onverschoonbare vergissing* van de solvens te wijten was? De Arbeidsrechtbank te Dendermonde gaf hierop een bevestigend antwoord en wees dan ook een vordering van een werkgever tot terugbetaling van ten onrechte uitbetaald vakantiegeld af, daar, aldus de rechtbank, deze betaling het gevolg was van een onvergeeflijke dwaling van de werkgever omtrent de toe te passen wetsbepalingen (Arbrb. Dendermonde, 16 april 1975, *T.S.R.*, 1975, 323, noot A. Trine). Blijkbaar oordeelde de rechtbank dat een onverschoonbare dwaling geen dwaling is (*supra*, nr. 46) en dus dat de bestaansvoorwaarden voor de vordering wegens onverschuldigde betaling niet vervuld waren. Deze oplossing dient te worden afgewezen, daar —zoals gezegd — de dwaling geen afzonderlijke voorwaarde voor de terugvordering uitmaakt, maar alleen een probatoir karakter heeft. Indien het m.a.w. vaststaat dat de betaling niet verschuldigd was, dient de eis tot teruggave ingewilligd te worden, hoe grof de begane vergissing ook moge geweest zijn (in die zin: Trine, A., *l.c.*, 324-325; Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 2402; Leclercq, J., *l.c.*, 115; Kh. Brussel, 16 oktober 1973, *B.R.H.*, 1974, 7; vgl. Van Quickenborne, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1979, 151-152; *supra*, nr. 49).

155. OMVANG DER TERUGBETALING — Hij die iets ontvangen heeft zonder dat het verschuldigd was, moet — krachtens artikel 1378 B.W. — de interest slechts

teruggeven te rekenen van de dag der betaling indien hij te kwader trouw was. Derhalve moet het vonnis vernietigd worden dat beslist dat hij die het onverschuldigde kapitaal heeft ontvangen ook de interesten moet terugbetalen daar hij het genot van het kapitaal heeft gehad, wanneer dit vonnis niet vaststelt dat de ontvanger te kwader trouw was op de dag der betaling aan hem (zie Cass., 18 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 220).

156. BIJZONDERE WETGEVING — De beginselen van burgerlijk recht in verband met de terugvordering van het onverschuldigd betaalde, zijn in materies die door bijzondere wetgeving worden beheerst, slechts van toepassing voorzover die bijzondere wetgeving er niet uitdrukkelijk of stilzwijgend van afwijkt (zie Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 92 (belastingen); zie ook inzake sociale zekerheid Leclercq, J., ,,L'indû dans le droit de la sécurité sociale'', *T.S.R.*, 1975, 393 e.v. en 1976, 433 e.v.; vgl. Vred. Deurne, 14 december 1973, *T.Vred.*, 1975, 44 (onderhoudsgelden); Luik, 3 oktober 1973, *J.T.*, 1974, 100 (onteigening)).

AFDELING III

VERMOGENSVERSCHUIVING ZONDER OORZAAK

157. VEREISTEN – AFWEZIGHEID VAN EEN GELDIGE JURIDISCHE OORZAAK – CONTRACT — Een vermogensverschuiving is niet zonder oorzaak wanneer zij haar oorsprong vindt in een contractuele, wettelijke of natuurlijke verbintenis, of nog in de eigen wil van de verarmde (De Page, *o.c.*, III, 50 e.v.; Dirix, E., ,,Ongerechtvaardigde verrijking in drie-partijen-verhouding'', *T.P.R.*, 1981, 1024 e.v.).

In een bouwcontract komt een beding voor krachtens hetwelk de aannemer er zich toe verbindt de bouwheer te vrijwaren voor diens aansprakelijkheid jegens derden wegens fout of burenhinder. Een buurman lijdt schade en bekomt van de bouwheer een vergoeding op grond van artikel 544 B.W. In vrijwaring geroepen vergoedt de aannemer op zijn beurt de bouwheer. Daar de aannemer van oordeel is dat de schade ten dele te wijten is aan een gebrek in de bouw van een aan een derde toebehorend goed, stelt hij een *actio de in rem verso* in tegen de eigenaar van die constructie evenals tegen de aannemer die het gebouwd heeft. De vordering wordt afgewezen, daar het financieel nadeel dat de aannemer lijdt zijn juridische verrechtvaardiging vindt in het vrijwaringsbeding in het *contract* tussen bouwheer en aannemer (Brussel, 30 december 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10063, noot R.O. Dalcq; zie ook Dirix, E., *ibid.*, 1038-1039).

De Heer B. had 4.000.000 BF ontleend van een P.V.B.A. om zijn deel in het kapitaal van een N.V. te kunnen volstorten. Later betaalt B. dit bedrag terug aan de P.V.B.A. met geld dat hij op bedrieglijke wijze van diezelfde N.V. heeft ontvreemd. Door het Hof van Beroep te Antwerpen werd de vordering van de N.V. tegen de P.V.B.A., gegrond op vermogensverschuiving zonder oorzaak, ingewilligd. Het Hof van Cassatie verbrak deze uitspraak echter, daar de vermo-

gensverschuiving niet zonder oorzaak is, wanneer de ene partij verrijking stoelt op een juridisch feit dat het vermogensaccres rechtvaardigt; dat zulks ook geldt wanneer de verrijking steunt op een contract met een andere persoon dan deze die de verarming ondergaat. M.a.w. de verrijking van de personenvennootschap vindt haar oorzaak in de overeenkomst van lening (Cass., 7 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 905; zie ook Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2476-2477).

Indirekte verrijking, d.i. wanneer de vermogensverschuiving niet rechtstreeks plaatsvindt tussen verarmde en verrijkte, maar via het patrimonium van een derde, kwam ook te berde in het arrest van het Hof van Cassatie van 25 januari 1980. J. en T. V., twee vennoten in een P.V.B.A., hadden ten voordele van een bank hypotheek verleend op bepaalde persoonlijke eigendommen tot zekerheid van de betaling van de schulden van de P.V.B.A. Door de vrijwillige verkoop van twee woonhuizen die aan één van die vennoten toebehoorden, wordt op een bepaald ogenblik de maatschappelijke schuld jegens de bank gedelgd. Deze vennoot probeert nu van zijn medevennoot terugbetaling te bekomen van een gedeelte van het aan de bank uitgekeerd bedrag. Daar van subrogatie geen sprake is, grondt hij de eis op de vermogensverschuiving zonder oorzaak. De vordering wordt afgewezen, daar de overeenkomst met de bank de juridische rechtvaardiging biedt voor de verarming. Het argument van de verarmde dat enkel een contract tussen de verrijkte en de verarmde en niet een overeenkomst met een derde een vermogensverschuiving kan rechtvaardigen, wordt door het Hof van Cassatie terecht afgewezen (Cass., 25 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 608), daar een contract als feit tegenstelbaar is aan derden (*supra*, nr. 139; zie ook Dirix, E., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 1059 e.v.; vgl. Kh. Brussel, 20 november 1969, *T.Aann.*, 1973, 32, noot S. Gehlen).

158. VEREISTEN – AFWEZIGHEID VAN EEN GELDIGE JURIDISCHE OORZAAK – EIGEN WIL VAN DE VERARMDE — Hierboven werd reeds aandacht besteed aan het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 28 mei 1969 (*supra*, nr. 147). Het ging hier om een Intercommunale vereniging die de door het Fonds voor Bestaanszekerheid verschuldigde bijkomende vergoeding voor vorstverlet zelf aan zijn bouwvakarbeiders had uitgekeerd.

Er werd reeds op gewezen dat voorzover de door de Intercommunale tegen het Fonds voor Bestaanszekerheid ingestelde vordering tot terugbetaling gegrond was op zaakwaarneming deze niet werd ingewilligd. De Intercommunale eiste echter ook de terugbetaling van deze bedragen op basis van vermogensverschuiving zonder oorzaak. Het Hof van Beroep wees echter ook deze eis af en dit op grond van de overweging dat de vermogensverschuiving te wijten was aan de vrijwillige handeling van de verarmde (Brussel, 28 mei 1969, *T.Aann.*, 1976, 20, noot F. Glansdorff en M. Wagemans). De overweging van het hof dat de motieven die de Intercommunale tot deze vrijwillige handeling bewogen hebben, daarbij irrelevant zijn, is voor kritiek vatbaar. Inderdaad, beslissend is niet het al dan niet vrijwillig karakter van de door de verarmde gestelde handeling, maar wel het antwoord op de vraag welk oogmerk hij daarmee beoogde te verwezenlijken.

Handelde hij met milddadig inzicht, speculeerde hij met het oog op het bereiken van een bepaald resultaat of was zijn optreden in hoofdzaak bedoeld eigen belangen te behartigen, dan moet hem de *actio de in rem verso* ontzegd worden. Beoogde hij echter een ander doel, dan is vermogensverschuiving zonder oorzaak zeker niet uitgesloten (zie Glansdorff, F. en Wagemans, M., *l.c.*, 34-35; De Page, *o.c.*, III, 53-54). *In casu* beoogde de Intercommunale door de uitkering van deze vorstverletvergoedingen haar eigen belangen te dienen. Inderdaad, anders zouden de arbeiders hun werk opgezegd hebben en zou de Intercommunale geen andere werknemers in dienst hebben kunnen nemen, daar de andere werkgevers — onderworpen aan een andere reglementering — deze vergoedingen wél bezorgden aan hun werknemers (in deze zin: Glansdorff, F. en Wagemans, M., *ibid.*, 35).

Om zijn aansluiting te bekomen op het waterleidingsnet dient G. een rekening te betalen van meer dan 32.000 BF., zijnde de prijs voor de daartoe uit te voeren werken. Zijn buurman V. die enige tijd later ook aangesloten wordt op het waterleidingsnet, moet aan de intercommunale waterleidingsmaatschappij niet betalen voor het gedeelte van het net dat al op kosten van G. is aangelegd. Om V. toch tot een bijdrage in die kosten van aanleg te dwingen, stelt G. een *actio de in rem verso* tegen hem in. Deze eis wordt door de Vrederechter te Grâce-Hollogne verworpen, o.m. op grond van de overweging dat de vermogensverschuiving te wijten was aan de wil van de verarmde zelf, die door de aansluiting op het waterleidingsnet zijn eigen belangen beoogde te behartigen (26 maart 1974, *Jur. Liège*, 1973-74, 304 en *Jur. Liège*, 1974-75, 64; in dezelfde zin: De Page, *o.c.*, II, 1138, voetnoot 1, en III, 54; *anders*: Dekkers, R., II, 182, voetnoot 1).

Een aannemer krijgt opdracht van de Staat bepaalde werken uit te voeren. Deze taak kan hij echter niet aanvatten zolang de Nationale Waterverdelingsmaatschappij bepaalde werken niet heeft uitgevoerd. Om verder uitstel te vermijden beslist de aannemer deze werken zelf te volbrengen en de kosten daarvan op grond van zaakwaarneming en vermogensverschuiving zonder oorzaak van de Nationale Waterverdelingsmaatschappij terug te vorderen. Zoals gezegd (*supra*, nr. 147), werd zaakwaarneming door het Hof van Beroep te Brussel afgewezen, daar de aannemer niet uit bereidwilligheid en met het inzicht een ander tot nut te zijn, gehandeld had, maar opgetreden was omdat hij zijn opdracht jegens de Staat niet wenste te onderbreken. Men zou verwachten dat het Hof, vermits de aannemer niet het inzicht had de belangen van de Staat of van de Nationale Waterverdelingsmaatschappij te behartigen, de *actio de in rem verso* afgewezen zou hebben op grond van de overweging dat de aannemer opgetreden was met het oog op de behartiging van zijn eigen belangen. Toch willigde het Hof van Beroep te Brussel de vordering in, daar de aannemer ,,n'a été compensé par aucun avantage équivalent'' (Brussel, 12 oktober 1972, *T.Aann.*, 1976, 25). Hiermede sluit het Hof aan bij de mening van wijlen A. De Bersaques dat de *actio* ingewilligd moet worden in de mate van het verlies geleden door de in eigen belang handelende verarmde niet gecompenseerd wordt door een voordeel dat deze heeft genoten (noot onder Kh. Luik, 6 januari 1950, *R.C.J.B.*, 1951, 278 e.v. en noot onder Gent, 29 januari 1955, *R.C.J.B.*, 1957, 128-129; in dezelfde zin Glansdorff, F. en Wagemans, M., *l.c.*, 37).

159. VEREISTEN – AFWEZIGHEID VAN EEN GELDIGE JURIDISCHE OORZAAK – WET — De *actio de in rem verso* dient ook te worden afgewezen, wanneer de vermogensverschuiving haar rechtvaardiging vindt in de wet.

Zo kan de geneesheer die iemand ter hulp komt die in groot gevaar verkeert en daarbij zelf schade oploopt, deze schade niet op grond van vermogensverschuiving zonder oorzaak verhalen op de geholpen persoon of diens verzekeraar, in de mate dat die geneesheer krachtens artikel 422*bis* en *ter* Sw. wettelijk verplicht was die hulp te verlenen (zie Glansdorff, F. en Legros, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1974, 78-79; *contra* : de uitspraak van de burgerlijke rechtbank te Hoei aangehaald door F. Glansdorff, noot onder Luik, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, p. 2 *recto*; Dirix, E., *o.c.*, *T.P.R.*, 1981, 1039).

Degene die, zonder daartoe wettelijk verplicht te zijn, aan een behoeftige persoon hulp verleent, vermag zich te beroepen op de verrijkingsactie tegen de onderhoudsplichtige familieleden, zo ook de andere toepassingsvoorwaarden van deze vordering voorhanden zijn (zie Vred. Aarlen, 22 december 1978, *Jur. Liège*, 1980, 261).

Wanneer de verarmde over een andere vordering beschikte, maar hij deze door eigen nalatigheid heeft laten verjaren, vindt de vermogensverschuiving haar oorzaak in de wet (Rb. Brussel, 19 juni 1965, onuitg., aangehaald door Glansdorff, F. en Wagemans, M., *o.c.*, *T.Aann.*, 35). Voor deze regel beroept men zich echter meestal op het subsidiair karakter van de verrijkingsactie (*ibid.*; Cass., 11 september 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 36; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 648).

Voor een andere toepassing, zie Rb. Charleroi, 13 april 1972, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9203, noot.

160. VEREISTEN – SUBSIDIAIR KARAKTER VAN DE VORDERING — Alhoewel men in de rechtsleer het nut en de noodzaak van deze voorwaarde wel eens in twijfel heeft getrokken (zie De Bersaques, A., ,,Le caractère subsidiaire de l'action d'enrichissement sans cause'', *R.C.J.B.*, 1957, 120 e.v.), blijft de heersende rechtspraak beroep doen op de regel dat de *actio de in rem verso* moet worden ontzegd aan de eiser die nog over enige andere vordering beschikt om de vermogensverschuiving ongedaan te maken. Daar de controverse vooral een rechtstheoretisch karakter heeft, is tegen dit in de rechtspraktijk handige criterium geen ernstig bezwaar (zie ook *supra*, nr. 159).

Soms wordt over het hoofd gezien dat het subsidiair karakter van de verrijkingsactie niet alleen betekent dat deze vordering niet kan worden ingewilligd, wanneer de verarmde over een contractuele vordering of een vordering uit onrechtmatige daad beschikt, maar ook wanneer de eis kan gegrond worden op zaakwaarneming of onverschuldigde betaling (zie b.v. Rb. Antwerpen, 24 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 604; Vred. Aarlen, 22 december 1978, *Jur. Liège*, 1980, 261; zie ook Luik, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10195, noot F. Glansdorff).

Wanneer de verarmde over een andere vordering beschikte en hij deze door eigen nalatigheid heeft laten verjaren, belet het subsidiair karakter van de verrijkings-

actie er zich tegen dat die verarmde door deze vordering de gevolgen van zijn eigen nalatigheid ongedaan zou maken (Cass., 11 september 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 36). Terecht is opgemerkt dat in de hierboven besproken *casus* van de uitkering door een intercommunale vereniging aan bouwvakarbeiders van de door het Fonds voor Bestaanszekerheid verschuldigde vergoedingen voor vorstverlet (Brussel, 28 mei 1969, *T.Aann.*, 1976, 20; *supra*, nr. 158), deze regel toegepast had moeten worden. Inderdaad, de intercommunale had nagelaten subrogatoire kwitanties van de betrokken arbeiders te vragen. Op het ogenblik dat het proces gevoerd werd, was het daarvoor te laat, daar de vordering van die arbeiders tegen het Fonds voor Bestaanszekerheid verjaard was (Glansdorff, F. en Wagemans, M., *o.c.*, *T.Aann.*, 1976, 35-36; Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 2403; in eerste aanleg werd de regel wel toegepast: Rb. Brussel, 19 juni 1965, onuitg., aangehaald door Glansdorff, F. en Wagemans, M., *ibid.*, 35). Men kan hier m.i. ook beroep doen op de regel dat de vermogensverschuiving niet ongegrond is, daar de oorzaak ervan ligt in de wetsbepaling die de verjaringstermijn vaststelt (*supra*, nr. 159).

DEEL II

DE GEVOLGEN DER VERBINTENISSEN

HOOFDSTUK I

ALGEMENE GEVOLGEN

AFDELING I

DWANGUITVOERING

A. INGEBREKESTELLING

161. REDEN VAN BESTAAN EN DRAAGWIJDTE VAN HET BEGINSEL — Wil de schuldeiser de schuldenaar dwingen om zijn verbintenis na te komen, dan moet hij, in de regel, de debiteur eerst tot naleven van zijn plichten aanmanen, d.w.z. hij moet de schuldenaar op ondubbelzinnige wijze ter kennis brengen dat hij, de schuldeiser, uitvoering van de verbintenis eist. Deze aanmaning noemt men inmora- of ingebrekestelling.

De reden van bestaan van de aanmaningsvereiste is dat de schuldeiser zijn houding m.b.t. de opeisbaar geworden schuld duidelijk moet maken. Hij kan immers verschillende wegen bewandelen. R. Dekkers beschrijft het helder en kernachtig: „... ook al is de schuld opeisbaar, zal de schuldeiser ze daarom dadelijk opeisen? Zal hij de schuldenaar nog enig respijt gunnen? Zal hij zijn rechten laten rusten? Ze prijsgeven? Men weet het niet ... Inmorastelling neemt

alle twijfel weg, en wijst de schuldenaar erop, dat de schuldeiser zijn recht wil verwezenlijken'' (*o.c.*, II, nr. 328; zie i.v.m. afstand van recht Kh. Brussel, 18 oktober 1977, *B.R.H.*, 1978, 200).

Uit wat voorafgaat volgt dat inmorastelling principieel steeds vereist is, wanneer de schuldeiser zijn recht wil verwezenlijken. De schuldeiser moet de debiteur dus evenzeer ingebrekestellen wanneer hij compenserende schadevergoeding als moratoire schadeloosstelling wil bekomen (art. 1146 B.W.; Cass., 4 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 20; *R.W.*, 1975-76, 1561, noot H. Van Houtte; Brussel, 15 april 1971, *T.Aann.*, 1975, 269, noot M.A. Flamme); evenzeer bij gedwongen uitvoering *in natura* als bij gedwongen uitvoering bij wijze van equivalent (De Page, III, nr. 74; *contra*: Vred. Deurne, 6 december 1974, *T.Vred.*, 1976, 112); bij een eis tot ontbinding van een wederkerige overeenkomst (zie Cass., 2 mei 1964, *R.W.*, 1964-65, 873; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 602-603) evenzeer als wanneer b.v. een verzekeraar het verval van het contract nastreeft dat is bedongen voor het geval de verzekerde een van zijn verbintenissen niet heeft uitgevoerd (Cass., 9 april 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 921; *R.W.*, 1976-77, 926). Kortom, de eis van de ingebrekestelling beantwoordt aan een *algemeen rechtsbeginsel* (zie Cass., 9 april 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 921). De artikelen 1146, 1195, 1205, 1656, 1788, 1790, 1929, 1936, 1996 ... B.W. moeten dan ook slechts gezien worden als bepalingen waarin toepassing van dit beginsel wordt gemaakt (*ibid.*, voetnoot 2).

Het voorgaande geldt in ons recht ook voor de *verbintenissen met tijdsbepaling*. Op de vervaldag wordt de schuld wel opeisbaar, maar zij wordt daarom nog niet opgeëist door de schuldeiser: *dies non interpellat pro homine* (Cass., 25 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 337; Bergen 28 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 36, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, nr. 22168; *Rev. Not. B.*, 1977, 551; Kh. Antwerpen, 15 juli 1973, *T.Aann.*, 1975, 123; Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377).

Wanneer een overeenkomst een *boetebeding* bevat wordt de schuldeiser daardoor nog niet vrijgesteld van de verplichting de debiteur in gebreke te stellen (Cass., 20 mei 1948, *R.W.*, 1948-49, 9; Bergen, 17 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 22; zie ook Kh. Tongeren, 22 april 1976, *B.R.H.*, 1976, 365).

Een *uitdrukkelijk ontbindend beding* heeft zonder ingebrekestelling van de wederpartij geen uitwerking, indien weliswaar bedongen is dat bij wanprestatie het contract van rechtswege ontbonden is, maar nagelaten werd de partij ten voordele van wie het beding gestipuleerd werd van de aanmaningsvereiste vrij te stellen (Cass., 2 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 634; Bergen, 28 februari 1979, *Pas.*, 1979, II, 68).

162. UITZONDERINGEN — Is de verplichting om de debiteur in gebreke te stellen *algemeen* in hoofde van de schuldeiser die zijn recht wil realiseren, dan betekent dit nog niet dat er geen uitzonderingen op die regel zouden bestaan.

Volgens het Hof van Cassatie wordt op de algemene regel van de ingebrekestelling slechts uitzondering gemaakt in geval van schending van een verbintenis

iets niet te doen of, wat de verbintenissen van een andere aard betreft, als krachtens de overeenkomst van de partijen geen inmorastelling vereist is of uit het voorwerp of de aard van de verbintenis of uit andere door de rechter vastgestelde omstandigheden blijkt dat de uitvoering van de verplichting materieel onmogelijk is geworden of voor de schuldeiser geen nut meer heeft (zie o.m. Cass., 4 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 20; Cass., 9 april 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 921; Cass., 25 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 337).

De rechter die vaststelt dat een partij in een overeenkomst zich ten aanzien van de andere schuldig heeft gemaakt aan een tekortkoming die het noodzakelijk en onontbeerlijk vertrouwen voor het instandhouden van de contractuele banden tussen partijen heeft doen verdwijnen, leidt hier wettelijk uit af dat een ingebrekestelling die daardoor alle nut verloren heeft, niet wettelijk vereist is (Cass., 24 maart 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 707).

Minder overtuigend is de uitspraak van de burgerlijke rechtbank te Antwerpen i.v.m. een beroepsvoetballer die verzuimde naar de zomertrainingen te komen. De rechtbank oordeelde dat het feit dat in het contract de aanvangsdatum 15 juli was vermeld en het een algemeen en voor lieden van het vak gekende regel is dat er van begin augustus af voetbalwedstrijden zijn en vanzelfsprekend de trainingen vooraf moeten hervat worden, de toepassing rechtvaardigt van de regel *dies interpellat pro homine* (Rb. Antwerpen, 22 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1136, noot C. Caenepeel; vgl. Antwerpen, 15 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2910). Deze uitspraak is voor enige kritiek vatbaar, daar de rechter niet vaststelt dat door het niet bijwonen van de aanvangstrainingen de uitvoering van de verbintenis van de beroepsvoetballer hetzij materieel onmogelijk was geworden, hetzij voor de schuldeiser geen nut meer opleverde, terwijl zulks ook niet voortvloeit uit de aard noch uit het voorwerp van de contract.

163. VORM — De vorm van de ingebrekestelling stelt geen probleem wanneer partijen dienaangaande een contractuele regeling hebben getroffen of wanneer de debiteur bekent in gebreke gesteld te zijn (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 200; Vred. Hamoir, 28 november 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9541).

Buiten die gevallen geeft artikel 1139 B.W. blijkbaar een antwoord op de vraag hoe de ingebrekestelling moet geschieden. Volgens deze wetsbepaling is daarvoor een aanmaning of een andere daarmee gelijkstaande akte vereist. Onder aanmaning in de zin van voormelde bepaling verstaat men traditioneel een gerechtsdeurwaardersexploot. Thans wordt dit echter terecht betwist, daar artikel 1339 Ger.W. gewag maakt van een aanmaning bij aangetekende brief (Vandeputte, R., *o.c.*, 201). Dat een bevel, een beslag of een dagvaarding beschouwd moeten worden als ,,daarmee gelijkstaande akten'' wordt algemeen erkend (De Page, III, nr. 80; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 734 en de verwijzingen; *adde*: Cass., 24 april 1980, *J.T.*, 1980, 577; Vred. Luik, 5 maart 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 199).

In *handelszaken* wordt reeds sedert geruime tijd aanvaard dat ook een *gewone brief of een telegram* volstaat om de schuldenaar in gebreke te stellen. Op burgerrechtelijk vlak bestaat hier sinds lang onzekerheid over. In het vorige

overzicht werd reeds aangeduid dat een deel van de rechtspraak een steeds ruimere interpretatie geeft aan het begrip ,,gelijkstaande akte'' en ook in *burgerlijke zaken* een al dan niet aangetekend schrijven voldoende acht (*T.P.R.*, 1975, 734). Opmerkelijk is dat na het Hof van Beroep te Brussel (11 oktober 1965, *R.G.A.R.*, 1967, nr. 7865) nu ook het Hof van Beroep te Antwerpen zich bij deze ontwikkeling heeft aangesloten (Antwerpen, 21 november 1978, *Pas.*, 1979, II, 15; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, nr. 22543, met kritische noot).

Een formele uitspraak van het Hof van Cassatie behoeft men in deze materie wellicht niet te verwachten, daar het hier om een feitelijke vraag gaat die soeverein door de rechter ten gronde beoordeeld wordt (zie Cass., 7 juli 1921, *Pas.*, 1921, I, 435; Cass., 3 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1056; De Page, III, nr. 81 en de verwijzingen).

Persoonlijk sluit ik mij aan bij degenen die beweren dat de ingebrekestelling in burgerlijke en handelszaken niet aan formaliteiten onderworpen is. Waar het op aankomt is dat de schuldeiser op ondubbelzinnige wijze uiting geeft aan zijn wil zijn rechten te laten gelden. M.a.w. het volstaat dat hij in duidelijke bewoordingen de nakoming van de verbintenissen eist (zie De Page, III, 110-111; Vandeputte, R., *o.c.*, 201; Vred. Hamoir, 28 november 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9541).

Wat dit laatste betreft, toont de rechtspraak zich soms streng. Een brief waarin de *hoop* wordt uitgedrukt dat betaling zal plaatsgrijpen, volstaat niet. Ook gewoon *aandringen* op uitvoering is geen ingebrekestelling (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 734 en de verwijzingen). Moeilijkheden doen zich in dit verband vaak voor i.v.m. ongevalsaangiften. Zo besliste het Hof van Beroep te Brussel dat de aan het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds gerichte ongevalsaangifte met een vraag tot tussenkomst en een verzoek om het standpunt van dat fonds te kennen niet als een inmorastalling mag aangezien worden (Brussel, 11 oktober 1965, *Pas.*, 1966, II, 236). De burgerlijke rechtbank te Bergen oordeelde echter in een nagenoeg identieke zaak dat het hier om ,,soepele'' en ,,beleefde'' formuleringen ging die toch als een eis tot betaling en dus als een ingebrekestelling beschouwd moeten worden (Rb. Bergen, 27 januari 1976, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9684). Zeer ruim toont zich ook de Rechtbank van Koophandel te Brussel in het vonnis van 21 oktober 1975 (*B.R.H.*, 1976, 125): het definitief akkoord van partijen omtrent het bedrag van de schade, na het beëindigen van de expertiseverrichtingen, kan gelijkgesteld worden met een ingebrekestelling wanneer een regelmatige aangifte werd gedaan van de brand aan de verzekeringsmaatschappij. Vermelden we tenslotte nog het arrest van het Hof van Cassatie van 3 mei 1979 (*Arr. Cass.*, 1978-79) waarin een voorziening in cassatie afgewezen wordt tegen een arrest dat de ingebrekestelling van de verzekeraar uit een ongevalsaangifte binnen de termijn en naar de vormvereisten van de verzekeringsovereenkomst had afgeleid. Het Hof van Cassatie wijst er echter op dat de feitenrechter *in casu* had vastgesteld dat partijen contractueel waren overeengekomen dat de inmorastelling op deze wijze kon geschieden.

B. UITVOERING IN NATURA

164. ALGEMEEN — Het is vaststaande rechtspraak dat de gedwongen uitvoering *in natura* de voorkeur heeft op de gedwongen uitvoering bij wijze van equivalent. Deze regel geldt ook voor een verbintenis om iets te doen of niet te doen, alhoewel artikel 1142 B.W. in algemene bewoordingen stelt dat zo'n verbintenis wordt opgelost in schadevergoeding ingeval de schuldenaar haar niet nakomt. Het Hof van Cassatie alludeert op deze regel in het arrest van 23 december 1977 door te stellen dat ,,de artikelen 1142 en 1144 B.W. van het Burgerlijk Wetboek geenszins betekenen dat de schuldenaar van een verbintenis om iets te doen de vrije keus zou hebben tussen het uitvoeren van de verbintenis of het betalen van schadevergoeding'' (*Arr. Cass.*, 1978, 505; *R.W.*, 1978-79, 362, noot A. Van Oevelen).

Artikel 1142 B.W. betekent thans slechts dat de gedwongen uitvoering *in natura* van een verbintenis om iets te doen of niet te doen noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks door middel van fysieke dwang op de persoon van de schuldenaar mag geschieden. Rechtstreeks fysieke dwang uitoefenen is niet toegelaten krachtens het adagium: *nemo potest praecise cogi ad factum*; onrechtstreeks fysieke dwang is uitgesloten nu de lijfsdwang in burgerlijke zaken volledig is afgeschaft door de wet van 31 januari 1980 betreffende de dwangsom (zie Vandeplas, A., ,,Het einde van de lijfsdwang'', *R.W.*, 1979-80, 2079).

Volgens het Hof van Beroep te Brussel heeft de koper van een met verborgen gebreken behepte zaak niet alleen het recht om de *actio redhibitoria* en de *actio aestimatoria* (zie art. 1641 e.v. B.W.) tegen de verkoper in te stellen, maar mag hij ook kiezen voor de gedwongen uitvoering *in natura*, hetgeen *in casu* betekent dat de verkoper verplicht is de gebrekkige zaak snel te herstellen en aldus volledig geschikt te maken voor het gebruik waartoe de zaak bestemd is (Brussel, 6 oktober 1975, *J.T.*, 1975, 696). Deze oplossing wordt echter betwist (zie noot W. Van Cauwelaert onder Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 204 e.v. en de verwijzingen aldaar).

165. DWANGSOMREGELING — De dwangsom is een bijkomende veroordeling die aan de schuldenaar bij rechterlijke uitspraak wordt opgelegd ten einde door druk hem ertoe te brengen de tegen hem uitgesproken hoofdveroordeling na te komen (Ballon, G.L., ,,De nieuwe wet op de dwangsom'', *R.W.*, 1979-80, 2017; zie over de dwangsom in het algemeen: Ronse, J., ,,De dwangsom in het Belgische recht'', in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, *Jaarboek*, VIII, 1961-62, 107 e.v.; Storme, M., ,,De dwangsom'', *R.W.*, 1962-63, 1320 e.v.; Ballon, G.L., *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Gent, 1980, 110 p.).

Tot voor kort was een nagenoeg unanieme rechtspraak en rechtsleer van oordeel dat voor de dwangsom als dusdanig in ons recht geen plaats is. In het arrest van 24 januari 1924 gaf het Hof van Cassatie hiervoor de volgende overtuigende uitleg: ,,... aucune disposition légale ne permet au juge civil de sanctionner ses injonctions par de condamnations pécuniaires à titre de pure contrainte, peine privée ou menace; ... s'il le fait, il excède ses pouvoirs'' (*Pas.*, 1924, I, 151, met concl.

Proc. Gen. Terlinden). Deze rechtspraak werd echter in belangrijke mate ontkracht door de erkenning dat de rechter de bevoegdheid bezit om een veroordeling uit te spreken die per tijdseenheid of per overtreding van een bij vonnis gegeven gebod of verbod werd berekend, indien uit het vonnis blijkt dat de veroordeling strekt tot vergoeding van de schade die de schuldeiser in de toekomst bij gebeurlijke niet-nakoming van de verbintenis lijdt (zie o.m. Cass., 10 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975,, 873; *R.W.*, 1975-76, 413).

Deze toestand is fundamenteel gewijzigd nu de Wet houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, en van de Bijlage, ondertekend te 's Gravenhage op 26 november 1973, werd bekrachtigd en afgekondigd op 31 januari 1980 (*B.S.*, 20 februari 1980). In het Gerechtelijk Wetboek zijn hierdoor acht artikelen gewijd aan de dwangsom opgenomen (art. 1385*bis* tot 1385*nonies*).

Luidens artikel 1385*bis*, lid 1, Ger.W. kan de rechter, op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom, noch ten aanzien van vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten.

G.L. Ballon omschrijft de aard van de veroordeling tot een dwangsom kernachtig: ,,de veroordeling is accessoir, voorwaardelijk, zij is een pressiemiddel en geen schadeloosstelling en heeft een arbitrair karakter'' (*o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 2020). Wat het *accessoir* karakter betreft, stelt hij dat een dwangsom slechts kan worden opgelegd als bijkomende veroordeling bij een hoofdveroordeling, zonder welke zij niet kan bestaan of voortbestaan. De veroordeling tot een dwangsom is onder *opschortende voorwaarde* verleend: zij zal slechts verschuldigd zijn, zo de hoofdvordering niet of niet tijdig wordt nagekomen. De dwangsom is bedoeld als *drukkingsmiddel* op de schuldenaar, via zijn patrimonium. De dwangsom is *geen schadevergoeding*, maar een bijkomende straf of *sanctie*. Zij heeft een *arbitrair* karakter, daar de rechter haar vrij vaststelt. De enige leidraad voor de rechter bij de bepaling van de dwangsom is haar efficiëntie, nl. bekomen dat de debiteur de hoofdveroordeling nakomt. Tenslotte, de dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen, m.a.w. *de schuldeiser* (zie art. 1385*quater*).

Een grondige bespreking van deze wet is in een overzicht als dit niet op zijn plaats. Anderen hebben dit trouwens al op voortreffelijke wijze gedaan (zie o.m. Storme, M., ,,Een revolutionaire hervorming: de dwangsom'', *T.P.R.*, 1980, 222-240; Ballon, G.L., *Dwangsom* in *A.P.R.*, Gent, 1980; Ballon, G.L., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 2017-1036; Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 155 e.v.; Van Mullem, J., ,,Vers une légalisation de l'astreinte en droit belge?'', *J.T.*, 1977, 37 e.v.; Glansdorff, F., ,,La légalisation de l'astreinte en droit belge: la loi du 31 janvier 1980 portant approbation de la Convention Benelux du 26 novembre 1973'', *J.T.*, 1980, 312 e.v.; zie ook Rb. Luik, 2 juli 1980, *Jur. Liège*, 1980, 241, noot G. De Leval).

Toch enkele persoonlijke bedenkingen bij deze belangrijke rechtsontwikkeling:

— Men kan er zich slechts over verheugen dat deze wet aantoont dat pogingen tot eenmaking van het recht in Benelux-verband niet steeds gedoemd zijn te mislukken.

— In feite betekent de dwangsomregeling in talrijke gevallen dat de — zij het onrechtstreekse — gedwongen uitvoering *in natura* van verbintenissen om iets te doen of niet te doen evenzeer mogelijk is als van verbintenissen om iets te geven. Artikel 1142 B.W. wordt hierdoor ontkracht. Het is te betreuren dat de wetgever de tekst van deze wetsbepaling niet gewijzigd heeft. Belangrijker is echter dat de nieuwe regeling een belangrijke aantasting van de *persoonlijke vrijheid* van de schuldenaar mogelijk maakt. Men denke b.v. aan de toneelspeler die er zich toe verbonden heeft een aantal opvoeringen van een stuk te geven en die zich om artistieke of ethische redenen aan zijn verplichtingen wil onttrekken. Men kan slechts hopen dat de rechter het wapen van de dwangsom in die gevallen niet of met grote omzichtigheid zal hanteren.

— Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat het hier om een *private straf* gaat: de verbeurde dwangsom komt geheel ten goede aan de schuldeiser en dit bovenop de integrale schadeloosstelling. Gezien het feit dat de door de rechter bepaalde dwangsommen hoog kunnen zijn — hij bepaalt bedrag en modaliteiten immers vrij —, is het niet uitgesloten dat de schuldeiser op de niet-nakoming van verbintenissen gaat speculeren: niet-uitvoering brengt hem immers meer op dan uitvoering. Grote waakzaamheid van de zijde van de rechters is hier dan ook geboden. Als men de dwangsomregeling beschouwt als een pressiemiddel door middel van private boeten, zie ik ook niet goed in waarom de rechter die een hoofdveroordeling uitspreekt die de betaling van een geldsom inhoudt, daaraan geen dwangsom mag verbinden (art. 1385*bis*, lid 1 Ger.W.; *anders*: Ronse, J., *l.c.*, 107-108; vgl. Van Opstall, S.N., „De dwangsom in het Nederlandse recht", *Jaarboek van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1961-62, 134). Tenslotte dient in dit verband opgemerkt dat de dwangsomregeling sterk afwijkt van de rechtspraak inzake contractuele boetebedingen: een echt boetebeding is — in tegenstelling tot een schadebeding — verboden, daar het een private straf aan de debiteur oplegt (zie *infra*, nrs. 172 e.v.).

— Terecht m.i. merkt F. Glansdorff op dat de dwangsomregeling haar rechtvaardiging vindt in de miskenning door de schuldenaar van een rechterlijke beslissing. De verbeurde dwangsom zou dan ook aan de gemeenschap en niet aan de schuldeiser moeten ten goede komen. De schuldenaar wordt immers voldoende beschermd door het recht op integrale schadevergoeding (*o.c.*, *J.T.*, 1980, 313 en de verwijzingen; zie ook Ronse, J., *l.c.*, 117).

— De dwangsomregeling is in feite een boeteregeling en hoort dus thuis in het strafrecht. Het is m.i. te betreuren dat de garanties die het strafrecht en de strafprocedure aan de beklaagde bieden, hier niet nageleefd moeten worden. Vooral te betreuren is dat het hier om een voorwaardelijke geldboete gaat zonder minimum of maximum en dat de rechter niet hoeft te motiveren waarom hij aan de hoofdveroordeling een dwangsom verbindt of niet, en waarom hij haar op een

bepaald bedrag vaststelt bij voorkeur op een ander (zie wat dit laatste betreft Ballon, G.L., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 2022). Ook bestaat het gevaar dat de regel *ne bis in idem* miskend zal worden. Kortom, de ,,contempt of court''-procedure in de Angelsaksische landen is m.i. verre te verkiezen.

Men heeft de wet op de dwangsom een ,,revolutionaire hervorming'' genoemd (Storme, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, 222). Dat is juist. In velerlei opzichten breekt deze wetgeving met onze juridische tradities. De toekomst zal uitwijzen of men niet iets te ver is gegaan.

166. ARTIKEL 1144 B.W. — Krachtens artikel 1144 B.W. kan de schuldeiser ingeval een verbintenis om iets te doen niet ten uitvoer wordt gebracht, gemachtigd worden door de rechter om zelf de verbintenis te doen uitvoeren op kosten van de schuldenaar. De vraag of de schuldeiser gerechtigd is om in bepaalde omstandigheden, zoals hoogdringendheid, zonder machtiging van de rechter de verbintenis op kosten van de debiteur door een derde te laten uitvoeren, werd hierboven reeds onderzocht (*supra*, nr. 134).

Het moge hier dan ook volstaan melding te maken van een rechterlijke uitspraak waarin de hierboven verdedigde opvatting uitdrukkelijk werd toegepast (Kh. Brussel, 7 april 1977, *B.R.H.*, 1978, 635). Het ging om een aannemer van bouwwerken die aan een onderaannemer de opdracht had gegeven om in een appartementsgebouw twee electrisch te bedienen garagepoorten te installeren. Dit werk werd door de onderaannemer slecht uitgevoerd. Deze geeft zulks toe en belooft daaraan snel te zullen verhelpen. De werken waren dringend, daar het appartementsgebouw reeds bewoond werd. Wanneer de onderaannemer zijn belofte echter niet nakomt, stelt de hoofdaannemer hem in gebreke en eist dat de beloofde herstellingen binnen de drie dagen worden uitgevoerd. De onderaannemer reageert nog niet en drie weken later beslist de hoofdaannemer, overeenkomstig artikel 1144 B.W., de werken op kosten van de onderaannemer door een derde te laten uitvoeren. In het daaropvolgend proces tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer werpt laatstgenoemde o.m. op dat artikel 1144 B.W. hier niet toegepast mag worden, daar de hoofdaannemer geen machtiging van de rechtbank heeft bekomen. De Rechtbank van Koophandel te Brussel verwerpt deze zienswijze — terecht — in duidelijke bewoordingen: ,,... il faut admettre qu'en cas de manquement grave du sous-traitant et lorsque les circonstances commandent une solution rapide, qui ne permet pas d'attendre l'issue d'un procès, et dès l'instant que le sous-traitant a été mis en demeure de remédier aux malfaçons qu'il a commises et qui ont été constatées contradictoirement, l'entrepreneur principal puisse sans recours au juge faire exécuter les travaux par un tiers, aux frais du débiteur ... Qu'il s'agit là d'un mode d'exécution forcée, soumis a posteriori au contrôle du juge'' (*ibid.*, 638).

C. UITVOERING BIJ WIJZE VAN EQUIVALENT

167. BEREKENING VAN VERVANGENDE SCHADEVERGOEDING — De door een contractuele verbintenis gebonden schuldenaar die deze verbintenis niet uitvoert,

moet de schuldeiser volledig vergoeden, hetgeen zodanig berekend moet worden dat de vergoeding volstaat om het vermogen van de schuldeiser te herstellen alsof er geen verlies was geweest, dat wil zeggen, op grond zowel van het verlies dat hij heeft geleden als van de winst die hij heeft moeten derven (zie art. 1149 B.W.; Cass., 6 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1975, 640; De Page, III, nr. 105).

De rechter die interesten toekent op de schadevergoeding, schendt daardoor alleen niet de regel van artikel 1149 B.W. (Cass., 21 december 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 476).

De schade ten gevolge van een contractuele fout is door de rechter niet wettig *ex aequo et bono* geraamd, wanneer hij niet duidelijk uitlegt waarom de door partijen voorgestelde methode niet kan worden aangenomen en evenmin waarom hij die schade niet kan bepalen met vaststaande gegevens (Cass., 15 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1226; zie ook De Page, II, nr. 1026, 3°, p. 1070).

Wanneer een schuldenaar zijn door de Belgische wet beheerste verbintenissen te laat is nagekomen en hierdoor aan de schuldeiser schade is berokkend wegens de waardevermindering van de vreemde munt waarin de schuld was uitgedrukt, wordt de door de schuldenaar verschuldigde compenserende schadevergoeding berekend met inachtneming van de waardevermindering van deze munt op de wisselmarkt, vanaf de dag waarop de schuldenaar wettelijk verplicht was het overeengekomen bedrag terug te betalen tot de dag van de werkelijke betaling (zie Cass., 4 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 21; zie ook Antwerpen, 5 maart 1975, *Eur. Vervoerr.*, 1975, 367; Antwerpen, 15 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2910; Kh. Antwerpen, 3 mei 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 256).

168. TIJDSTIP VAN BEREKENING VAN VERVANGENDE SCHADEVERGOEDING — Wanneer de gedwongen uitvoering *in natura* niet mogelijk is, zal de schuldeiser zich tevreden moeten stellen met schadevergoeding. Onder voorbehoud van de toepassing van de artikelen 1150 e.v. B.W., heeft de schuldeiser recht op *integrale schadeloosstelling*. Te dien einde moet de rechter, om het bedrag ervan vast te stellen, zich plaatsen op de *dag van zijn beslissing* (Cass., 27 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1222).

De Belgische Staat had een opdracht gegeven aan een aannemer van bouwwerken. Door de schuld van de opdrachtgever liep de uitvoering van de werken vertraging op. Gerechtelijke deskundigen berekenden het bedrag van de daarvoor verschuldigde vergoeding. Het Hof van Beroep te Brussel besliste dat de aannemer recht had op een aanvullende vergoeding wegens de geldontwaarding — stijging van de kostprijs van de werken — na het ogenblik van het deskundigenverslag tot op de dag van de uitspraak van het arrest. Het cassatieberoep tegen deze beslissing werd afgewezen, daar voor de betaling van de vergoeding tot herstel van de schade voortkomend uit de vertraging in de uitvoering van de verplichtingen van één der contracterende partijen de rechter zich op de dag van zijn beslissing moet plaatsen. Het Hof van Cassatie voegde hier nog aan toe dat het Hof van Beroep hierdoor niet beslist had dat het monetair statuut of de waarde van de Frank als wettig betaalmiddel gewijzigd waren, maar enkel dat het bedrag van de aan de aannemer verschuldigde vergoeding, dat het in wettelijke munt

vaststelt, moest berekend worden met inachtneming van de werkelijke koopkracht van die munt op het bedoelde gebied, op de datum van zijn beslissing (Cass., 27 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1222; zie ook Van Mullem, J., ,,L'incidence des variations monétaires sur le droit des obligations'', *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1978, 57-149, i.h.b. 135 e.v.; Brussel, 26 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9529; Brussel, 20 oktober 1977, *J.T.*, 1978, 31).

Wat schulden in *vreemd geld* betreft, wordt deze regel reeds lang erkend (zie Schoentjes-Merchiers, Y., ,,Schadevergoeding voor laattijdige betaling van een vreemdgeldschuld na devaluatie van het vreemde geld'', *R.W.*, 1969-70, 1957 e.v. en de verwijzingen; Van Mullem, J., *l.c.*, 131 e.v.; zie ook Antwerpen, 15 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2910). Het vaak door schuldenaren te goeder trouw ingeroepen argument dat zij op grond van artikel 1150 B.W. slechts de ten tijde van de contractssluiting voorzienbare schade moeten vergoeden en de desbetreffende muntontwaarding onvoorzienbaar was, is heden ten dage niet overtuigend: de monetaire instabiliteit is in de huidige maatschappij zo groot geworden dat een schuldenaar er rekening mee moet houden (zie Schoentjes-Merchiers, Y., *l.c.*, 1959-1960; Brussel, 22 juni 1973, *R.W.*, 1974-75, 477).

Het staat partijen natuurlijk vrij om contractueel van deze regeling af te wijken. Zo beslisten de Vrederechter te Luik en de Rechtbank van eerste aanleg te Luik dat de afspraak, naar aanleiding van een verkeersongeval, tussen de verzekeraar van de aansprakelijke partij en een lasthebber van de aanspraakgerechtigde, betreffende de herstellingskosten van het voertuig van deze laatste, partijen bindt overeenkomstig artikel 1134 B.W. Derhalve mag geen rekening worden gehouden met prijsstijgingen tussen de dag waarop dit contract werd gesloten en de datum van de beslissing van de rechter (Vred. Luik, 22 december 1977 en Rb. Luik, 29 januari 1979, *Pas.*, 1979, III, 5).

169. MORATOIRE INTERESTEN — Een arrest van het Hof van Beroep te Brussel herinnert aan de regel dat artikel 1153, lid 1, B.W., krachtens hetwelk inzake verbintenissen tot het betalen van een geldsom de vergoeding wegens vertraging nooit in iets anders dan in de wettelijke interesten kan bestaan, uitsluitend toepasselijk is op verbintenissen waarvan het oorspronkelijk voorwerp in de betaling van een som geld bestaat. Deze bepaling geldt dus niet wanneer het om compenserende schadevergoeding gaat (Brussel, 20 oktober 1977, *J.T.*, 1978, 31 en *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9941; zie ook Cass., 13 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 782; Brussel, 30 mei 1978, *J.T.*, 1978, 633).

Artikel 1153, lid 1, B.W. raakt de openbare orde niet, zodat partijen ervan bij overeenkomst mogen afwijken. Men houde er echter rekening mede dat zo'n clausule een strafbeding kan zijn en derhalve een schadeloosstellend karakter moet hebben (Kh. Tongeren, 22 april 1976, *B.R.H.*, 1976, 365; zie ook Cass., 7 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 18; Brussel, 24 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 162; Kh. Charleroi, 23 juni 1977, *J.T.*, 1977, 573; Kh. Brugge, 26 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1303; wat het boetebeding betreft, zie *infra*, nrs. 172 e.v.).

Artikel 1153, lid 1, B.W. geldt niet, indien er *opzet* van de schuldenaar is. Dan

kan de moratoire interest dus de wettelijke interest te boven gaan (art. 1153, lid 4, B.W.). Vraag is ook hier wat onder opzet — in de Franse tekst is sprake van ,,dol'' — moet worden verstaan. In een arrest van het Hof van Beroep te Brussel wordt de opzettelijke weigering om het contract uit te voeren voldoende geacht (Brussel, 22 juni 1973, *R.W.*, 1974-75, 477, i.h.b. 486). Zoals men weet, menen velen echter dat kwaadwillig opzet vereist is, m.a.w. de schuldenaar moet het inzicht hebben gehad schade aan de crediteur te berokkenen (zie *supra*, nr. 122).

De vraag of organismen belast met de uitkering van *sociale zekerheidsprestaties* wegens vertraging in de uitbetaling overeenkomstig artikel 1153 B.W. veroordeeld kunnen worden tot het betalen van moratoire interesten, heeft aanleiding gegeven tot veel betwistingen: zie hierover Leclercq, J., ,,L'application des intérêts moratoires aux prestations sociales'', *J.T.T.*, 1980, 281-288 en 301-308 en de talrijke verwijzingen aldaar; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2450-2453. Met name werd betwist of artikel 1153 B.W. uitsluitend geldt voor burgerlijke rechten of ook voor politieke rechten. Het Hof van Cassatie heeft terecht geoordeeld dat genoemde wetsbepaling een algemene draagwijdte bezit: de verbintenis sociale zekerheidsuitkeringen te betalen — waarin noodzakelijk de erkenning van het subjectief, burgerlijk of politiek, recht op die uitkeringen besloten ligt — is een verbintenis die, in de zin van artikel 1153 B.W., alleen betrekking heeft op het betalen van een bepaalde geldsom, zodat, bij vertraging in de uitvoering, de bij die bepaling vastgestelde wettelijke interest verschuldigd is (Cass., 3 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 410; Cass., 19 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1161; zie ook Cass., 26 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1260).

Tenzij de wet of de overeenkomst dit anders bepalen, is de schadevergoeding voor vertraging slechts verschuldigd wanneer de schuldenaar weigert gevolg te geven aan de ingebrekestelling die de schuldeiser tot hem richt. Het louter feit dat de overeenkomst niet in de bedongen periode werd uitgevoerd is dus geen voldoende grond voor het toekennen van vertragingsschade (zie Cass., 25 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 337; Kh. Antwerpen, 15 juli 1973, *T.Aann.*, 1975, 123; Kh. Brussel, 21 oktober 1975, *B.R.H.*, 1986, 125; Kh. Tongeren, 22 april 1976, *B.R.H.*, 1976, 365; zie ook Brussel, 6 november 1975, *J.T.*, 1976, 81; Antwerpen, 21 november 1978, *Pas.*, 1979, II, 15; Brussel, 8 november 1979, *Pas.*, 1980, 1; De Page, III, nr. 85).

170. GERECHTELIJKE INTERESTEN — Gerechtelijke interesten zijn de interesten die door de rechter vanaf de *dagvaarding* worden toegekend tot op het ogenblik van de betaling. Zij zijn een voortzetting van de moratoire of de compenserende interesten (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 257-258; Brussel, 6 november 1975, *J.T.*, 1976, 81). Alhoewel gerechtelijke interesten niet kunnen worden toegekend voor de periode die de dagvaarding voorafgaat — anders, maar ten onrechte: vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 737 —, gebeurt het wel dat de rechter de *datum van het vonnis* als aanvangsdatum opgeeft. Hier is geen bezwaar tegen: de rechter kan inderdaad op soevereine wijze vaststellen dat het toegekende bedrag compenserende schadeloosstelling de schade integraal dekt tot op het tijdstip van zijn

uitspraak en dat derhalve slechts interesten verschuldigd zijn voor de periode nadien (zie Brussel, 30 mei 1978, *J.T.*, 1978, 633; Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 176).

171. ANATOCISME — Ingevolge artikel 1154 B.W. brengen interesten slechts interesten op — m.a.w. is kapitalisatie van interesten mogelijk —, zo dit in een bijzondere overeenkomst is bepaald of in een gerechtelijke aanmaning wordt gevorderd; bovendien kan deze overeenkomst of aanmaning slechts gevolgen hebben wanneer het gaat om reeds vervallen interesten die ten minste voor een gans jaar verschuldigd zijn; en tenslotte, de interesten die voortgebracht zijn door gekapitaliseerde interesten brengen op hun beurt slechts interesten op wanneer de overeenkomst of de aanmaning hernieuwd wordt en betrekking heeft op nieuw vervallen interesten die ten minste over een geheel jaar verschuldigd zijn (zie Cass., 7 september 1978, *Arr. Cass.*, 1979-79, 18; zie ook Cass., 30 januari 1896, *Pas.*, 1896, I, 79; Cass., 22 december 1938, *Pas.*, 1938, I, 405).

Een arrest verantwoordt zijn beslissing niet wettelijk, wanneer het zegt dat een dagvaarding de bij artikel 1154 B.W. vereiste aanmaning vormt, zonder vast te stellen:

a) of er op het ogenblik van die dagvaarding vervallen interesten waren, die ten minste over een geheel jaar verschuldigd zijn;

b) of de aanmaning ertoe strekte dat de vervallen interesten zelf interesten zouden opbrengen;

c) of de gerechtigde na de dagvaarding een aanmaning heeft gedaan of een evenwaardige handeling bij elke vervaldag van interesten die ten minste over een geheel jaar verschuldigd zijn (Cass., 7 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 18).

Volgens de Burgerlijke Rechtbank te Luik kan de overeenkomst waarvan in artikel 1154 B.W. sprake is, niet vervangen worden door een verbintenis door eenzijdige wilsuiting, zoals een schuldbekentenis uitgaande van de debiteur (Rb. Luik, 26 september 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 122).

Toestemming tot anatocisme kan niet op voorhand gegeven worden, d.w.z. wanneer de schuld ontstaat, doch slechts wanneer tot de kapitalisatie zal overgegaan worden, d.w.z. wanneer de interest verschuldigd is (Vandeputte, R., *o.c.*, 158; vgl. Rb. Luik, 20 september 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 122).

Volgens een vast gebruik *contra legem* blijven lopende rekeningen en deposito's in financiële instellingen buiten de toepassing van artikel 1154 B.W. (zie Cass., 27 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 129; Vred. Gembloux, 18 september 1979, *Jur. Liège*, 1980, 79).

D. SCHADEBEDING EN BOETEBEDING

172. GELDIGHEID – OVERDREVEN BEDINGEN – CASSATIERECHTSPRAAK — Wellicht om paal en perk te stellen aan de wijd verbreide praktijk van exorbitant hoge

boetebedingen — vooral in toetredingscontracten — heeft het Hof van Cassatie in het bekende arrest van 17 april 1970 beslist dat een strafbeding in strijd is met de openbare orde — artikel 6 en 1131 B.W. —, wanneer de feitenrechter oordeelt dat de bedongen som ,,geen vergoeding van schade kan zijn'', m.a.w. een private straf uitmaakt, of wanneer de schuldeiser speculeert op de wanprestatie van zijn medecontractant, m.n. wanneer — dankzij het strafbeding — de wanprestatie de schuldeiser meer voordeel oplevert dan de nakoming van de verbintenis door de schuldenaar (Cass., 17 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 754, concl. Adv. Gen. E. Krings).

In de daaropvolgende jaren heeft het Hof van Cassatie deze zienswijze herhaaldelijk bevestigd, zij het dat de tweede vernietigingsgrond — speculatie op de niet-nakoming — meestal niet herhaald wordt (zie o.m. Cass., 24 november 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 302; Cass., 1 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 601; Cass., 8 febrauri 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 624; Cass., 11 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 194; Cass., 17 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1973; Cass., 28 november 1980, *R.W.*, 1981-82, 1845 *cf.* Cass., 25 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979, 80, 612). E. Wymeersch heeft deze rechtspraak samengevat in de vuistregel: ,,strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet'' (*R.W.*, 1972-73, 2432).

In een arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd beslist dat indien de schuldenaar bij de contractssluiting van oordeel was dat een verhogingsbeding van 20 % overdreven was en aan de wederpartij een groter voordeel verschafte dan de potentiële schade, ze op dat moment had moeten protesteren, *quod non*, en dat derhalve de aanvaarding van het verhogingsbeding medebracht dat zij erdoor gebonden was (Brussel, 14 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 165). Het Hof van Cassatie verbrak deze beslissing terecht. Inderdaad, indien de als straf bedongen geldsom geen vergoeding van schade kan zijn, is het beding absoluut nietig. De aanvaarding van het boetebeding door de schuldenaar kan daar niets aan veranderen (zie Cass., 17 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1073).

Het is evident dat een strafbeding niet eisbaar is indien de niet-nakoming van de verbintenis niet aan de schuldenaar toe te rekenen is (Brussel, 10 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1579; vgl. Vred. Deurne, 14 december 1973, *T.Vred.*, 1975, 129 (betwistbare uitspraak); zie ook Wymeersch, E., ,,De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken''; *B.R.H.*, 1982, 439; Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, p. 41, nr. 53). Is de debiteur wél aansprakelijk voor de wanprestatie, dan is de geldig overeengekomen ,,boete'' verschuldigd, ongeacht het feit of de schuldenaar ,,ongelukkig en te goeder trouw'' is en ongeacht de zwaarte van de door hem begane fout (zie en vgl. o.m. Cass., 4 juni 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 989; Brussel, 24 december 1970, *Pas.*, 1972, II, 12; Kh. Gent, 24 april 1979, *R.W.*, 1980-81, 2484).

173. GELDIGHEID – OVERDREVEN BEDINGEN – LAGERE RECHTSPRAAK — De lagere hoven en rechtbanken hebben zich in grote meerderheid bij het Hof van Cassatie aangesloten. In o.m. volgende vonnissen en arresten werd een boetebeding nietig verklaard daar het bedrag ervan hoger lag dan een forfaitaire raming

van potentiële schade: Brussel, 17 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2439; Antwerpen, 17 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 270; Antwerpen, 20 juni 1977, *J.T.*, 1978, 62; Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1916; Luik, 7 februari 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 49; Antwerpen, 10 maart 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 178; Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2260; Brussel, 14 december 1979, *Rev. Not. B.*, 1980, 287; Brussel, 31 januari 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 291; Luik, 29 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 164; Kh. Verviers, 15 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 190; Rb. Brussel, 3 juni 1976, *T.Aann.*, 1977, 1, noot Wéry en Menestret; Kh. Dinant, 24 junuari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 246; Vred. Brussel, 11 juni 1975, *T.Vred.*, 1976, 50; Vred. Verviers, 5 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 143; Vred. St.-Gillis, 20 maart 1979, *J.T.T.*, 1979, 207; zie ook Luik, 14 mei 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 49; Kh. Brussel, 4 februari 1977, *B.R.H.*, 1978, 85, noot R. Debacker; Vred. Châtelet, 16 december 1976, *T.Vred.*, 1977, 200.

Talrijk zijn de beslissingen waarin het boetebeding geldig werd bevonden daar het rechtscollege oordeelde dat de bedongen som wél vergoeding van mogelijke schade dekte. Zie o.m. Luik, 26 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 145; Antwerpen, 19 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 159; Brussel, 22 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 167; Brussel, 2 januari 1979, *Pas.*, 1979, II, 38; Bergen, 6 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 60; Kh. Antwerpen, 20 januari 1975, *Eur. Vervoerr.*, 1975, 393; Rb. Hasselt, 21 december 19776, *R.W.*, 1977-78, 1976; Kh. Charleroi, 20 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 244; Kh. Dinant, 20 juni 1978, *J.T.*, 1978, 598; Kh. Brugge, 26 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1303; voor een nadere bespreking zie o.m. Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2467; Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 38 e.v.; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 444 e.v.). In heel wat van deze beslissingen wordt geoordeeld dat aan dit criterium voldaan is, wanneer het boetebeding de schuldeiser slechts de ten tijde van de contractsluiting door partijen *redelijkerwijze te voorziene schade* omvat (zie ook Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2260; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 433).

En in volgende rechterlijke uitspraken wordt toepassing gemaakt van de regel dat de schuldeiser door middel van het boetebeding niet mag speculeren op de niet-nakoming van de verbintenis door de debiteur, of m.a.w. de schuldeiser mag er niet op speculeren dat het boetebeding hem voordelen biedt die kennelijk groter zijn dan die welke voor hem uit de normale uitvoering van de overeenkomst zouden voortvloeien: Brussel, 17 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2439; Gent, 8 januari 1975, *R.W.*, 1976-77, 1319; Bergen, 17 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 22; Brussel, 24 maart 1976, *B.R.H.*, 1977, 259; Brussel, 22 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 167; Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2260; Rb. Hasselt, 21 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1976; Vred. Châtelet, 16 december 1976, *T.Vred.*, 1977, 200; zie ook Kh. Brussel, 18 december 1974, *B.R.H.*, 1977, 71; Gent, 22 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2602; Rb. Brussel, 30 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 169).

174. GELDIGHEID – OVERDREVEN BEDINGEN – GEEN VERGOEDING VAN POTENTIËLE SCHADE — Voor de beantwoording van de vraag of de als ,,straf'' bedongen

som al dan niet een forfaitaire raming is van potentiële schade die uit wanprestatie voortspruit, mag de rechter het boetebeding niet toetsen aan de *werkelijk geleden schade*. Ook de afwezigheid van enige reële schade doet op zichzelf niets af aan de geldigheid van het beding. Waar het op aankomt is dat de rechter zich plaatst op het ogenblik dat contractspartijen de overeenkomst sloten en *in concreto* nagaat welke de schade is die volgens het gemeen recht zou kunnen voortvloeien uit de gevallen van contractbreuk waarop het beding betrekking heeft (zie o.m. Luik, 2 maart 1972, *Jur. Liège*, 1972-73, 42; Luik, 14 mei 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 49; Luik, 26 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 145; Bergen, 17 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 22; Antwerpen, 10 maart 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 178; Gent, 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2113; Brussel, 2 januari 1979, *Pas.*, 1979, II, 38; Brussel, 17 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2446; Bergen, 6 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 60; Kh. Antwerpen, 14 januari 1971, *T.Aann.*, 1975, 127 (boetebeding door onderaannemer verschuldigd aan aannemer, zelfs indien aannemer uitstel bekomt van opdrachtgever); Kh. Brussel, 30 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 169; Kh. Brussel, 7 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 171; Kh. Dinant, 20 juni 1978, *J.T.*, 1978, 598; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 433 en 437-438; Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 178-179; Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 38; *anders*: Brussel, 6 november 1974, *T.Aann.*, 1978, 153, noot K. Ver Berne; Antwerpen, 9 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 234; Brussel, 15 januari 1976, *Res et Jura Immobilia*, 1976, 201; Brussel, 17 juni 1977, *Res et Jura Immobilia*, 1978, 193; Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1916; Antwerpen, 16 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 16; Gent, 22 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2600; Kh. Brussel, 30 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 169; Kh. Brussel, 7 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 171; Kh. Brussel, 27 oktober 1978, *T.Aann.*, 1979, 311; Vred. Nijvel, 12 februari 1975, *T.Vred.*, 1977, 110; vgl. ook Gent, 11 januari 1974, *R.W.*, 1975-76, 865; Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1916; Brussel, 14 december 1979, *J.T.*, 1980, 517, noot J.-F. Jeunehomme).

Dit is voorwaar in talrijke gevallen geen gemakkelijke opdracht, daar de wanprestatie veel vormen kan aannemen en zeer uiteenlopende schade kan veroorzaken. Het lijkt dan ook onvermijdelijk dat de feitenrechters — die hierover soeverein oordelen — deze potentiële schade op uiteenlopende wijzen evalueren. Het gevaar is zeker niet denkbeeldig dat het door rechters t.a.v. de geldigheid van boetebedingen gevoerde beleid hierdoor zeer verschillend zal zijn. Een enquête waaraan blijkbaar de meerderheid van de zittende magistraten hebben deelgenomen, schijnt dit te bevestigen (zie Maquet, N., ,,La clause pénale: quelques éléments de fait'', *B.R.H.*, 1980, 396-402). Dit verklaart wellicht ook waarom zoveel betwistingen rond deze problematiek rijzen en talloze rechterlijke uitspraken uitlokken.

Toch mag met E. Wymeersch worden aangenomen dat er zich een aantal situaties voordoen waarin de vraag duidelijk te beantwoorden is. Genoemde auteur vermeldt in dit verband het zgn. *non bis in idem*-geval. Hebben de partijen ten aanzien van dezelfde wanprestatie bedongen dat naast de gemeenrechtelijke schadevergoeding een boete verschuldigd zal zijn, dan lijdt het geen twijfel dat dit laatste beding ,,geen vergoeding van schade kan zijn'' en dus ongeldig is (zie

Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 429 en 433; zie ook Cass., 8 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 624).

Anders is het echter wanneer in een overeenkomst meerdere boetebedingen voorkomen die verschillende schadeposten dekken. Zo komt het vaak voor dat de moratoire interesten en de compensatoire interesten afzonderlijk in de overeenkomst onder de vorm van een percentage van de verschuldigde hoofdsom worden vastgelegd. De *non bis in idem*-regel geldt hier niet. Om dezelfde reden mag de schuldeiser naast het verhogingsbeding voor vertraging bijkomende schadevergoeding vorderen, overeenkomstig de gemeenrechtelijke wetsbepalingen, wegens niet-uitvoering of gedeeltelijke niet-uitvoering. Tenslotte is het mogelijk dat de verschillende schadeposten te wijten aan vertraging in de nakoming afzonderlijk begroot worden in de overeenkomst (zie hierover o.m. Cass., 3 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 155; *T.Aann.*, 1979, 407, noot K. Ver Berne; Brussel, 17 februari 1972, *Pas.*, 1972, II, 89; Luik, 5 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 17; Brussel, 24 maart 1976, *B.R.H.*, 1977, 259 en *R.W.*, 1976-77, 162; Brussel, 22 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 167; Luik, 19 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 18; Luik, 20 juni 1978, *J.T.*, 1978, 598; Brussel, 7 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1943; Brussel, 17 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2446; Brussel, 24 december 1980, *J.T.*, 1981, 245; Kh. Brussel, 6 augustus 1973, *Rev. Not. B.*, 1974, 41; *J.T.*, 1973, 639; Kh. Brussel, 6 mei 1977, *B.R.H.*, 1977, 416; Kh. Charleroi, 23 juni 1977, *J.T.*, 1977, 573, noot C. Van Ham; Kh. Charleroi, 20 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 244; Kh. Dinant, 24 januari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 256; Kh. Dinant, 20 juni 1978, *J.T.*, 1978, 598; Kh. Namen, 8 juni 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 412; Pol. Charleroi, 10 januari 1975, *T.Vred.*, 1977, 83; Vred. Luik, 22 september 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 135; zie ook Brussel, 14 april 1976, *B.R.H.*, 1977, 255; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 439-441 en de verwijzingen; vgl. Antwerpen, 9 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 234; Luik, 14 mei 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 49; Luik, 19 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 18; *anders*: Kh. Brussel, 18 december 1975 en 3 mei 1976, *B.R.H.*, 1977, 420, noot R. Debacker; Vred. Nijvel, 12 februari 1975, *T.Vred.*, 1977, 110).

Wanneer bewezen wordt dat de werkelijke schade groter is dan die voorzien in het boetebeding, dan is het evident dat het beding geoorloofd is (Antwerpen, 26 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 1137).

Wat de *voorzienbaarheid* van de schade betreft, zie vorig nummer.

Zoals in andere materies — men denke b.v. aan de evaluatie van de morele schade in geval van aantasting van de lichamelijke integriteit — is het niet ondenkbaar dat de rechtspraak een aantal andere richtlijnen zal uitwerken waaraan de meeste hoven en rechtbanken zich zullen houden. Zo schijnt de regel door veel rechtscolleges aanvaard te worden dat strafbedingen die bij wijze van een vast percentage zijn vastgesteld — b.v. verhogingsbedingen ten aanzien van facturen —, geoorloofd zijn wanneer het factuurbedrag laag is, maar ongeoorloofd worden wanneer het factuurbedrag hoog oploopt. Deze regel steunt op de overweging dat de kosten door de wanbetaling veroorzaakt in de regel niet recht evenredig stijgen met het bedrag van de vordering (zie Wymeersch, E., *l.c.*, 433-434 en 441 e.v.; Brussel, 1 februari 1971, *Pas.*, 1971, II, 147; Luik, 7 februari 1978, *Jur. Liège*,

1978-79, 49; Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2260; vgl. Bergen, 17 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 23; Antwerpen, 17 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 2287; Antwerpen, 8 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 2521; Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1916).

Een minder nauwkeurige toepassing van het door het Hof van Cassatie geformuleerde criterium dat een boetebeding slechts geldig is wanneer het om een forfaitaire raming van potentiële schade gaat, werd gemaakt door het Hof van Beroep te Gent. In een contract van verhuring van een juke-box was bedongen dat in geval de huurder tekortschoot in zijn verplichting, i.h.b. indien hij een ander toestel zou plaatsen, de verhuurder de keuze zou hebben tussen twee strafbedingen, met name 35 % van de waarde van het toestel of de onmiddellijke betaling van het saldo der huurtermijnen. Hieruit bleek, zo laat het rechtscollege verstaan, dat één van beide bedingen klaarblijkelijk niet de vergoeding van schade tot voorwerp kon hebben (Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2260). De redenering klopt niet, daar het best mogelijk is dat in beide gevallen de bedragen lager liggen dan de potentiële schade (in deze zin: Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 441).

175. GELDIGHEID – OVERDREVEN BEDINGEN – LEASINGOVEREENKOMSTEN — De beoordeling van de boetebedingen overeenkomstig de recente cassatierechtspraak hangt ook sterk af van de aard van de overeenkomst. Zo besteden rechtspraak en rechtsleer de jongste jaren veel aandacht aan deze problematiek met betrekking tot *leasingovereenkomsten* (zie Wymeersch, E., ,,De strafbedingen in leasingovereenkomsten'', *Bank. Fin.*, 1973, 441 e.v.; Delvoie, G., ,,Het strafbeding in financieringshuurcontracten'', *B.R.H.*, 1974, 519-522; Verougstraete, I., ,,Privaatrechtelijke aspecten van Finance Leasing in België'', *T.P.R.*, 1973, 757; Merchiers, Y., ,,Enkele nieuwe handelsovereenkomsten'', *T.P.R.*, 1979, 733 e.v.; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 443 e.v.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 2467-2468). Het gaat hier vooral om clausules waarin gestipuleerd is dat bij ontbinding wegens wanprestatie — meestal wegens niet-betaling van één of meer huurtermijnen — de lessor gerechtigd is het geleasde goed terug te nemen en daarenboven aanspraak kan maken op betaling van de reeds vervallen en nog te vervallen huurtermijnen. De regeling is zeer nadeling voor de lessee: hij verliest het gebruiksrecht op het goed, maar moet zijn verbintenissen volledig nakomen. De rechtspraak blijkt geneigd te zijn de bedingen nietig te verklaren, wanneer de lessor gerechtigd is betaling te eisen van alle resterende termijnen, maar geldig te achten wanneer het slechts om een deel van de nog overblijvende huurtermijnen gaat (zie en vgl. Antwerpen, 29 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1135; *B.R.H.*, 1979, 212; Kh. Oostende, 3 februari 1971, *Rev. Banque*, 1973, 547; Rb. Brussel, 21 november 1972, *T.Bank.*, 1975, 549; Rb. Brussel, 31 januari 1973, *B.R.H.*, 1973, 519; Kh. Brugge, 15 oktober 1974, *R.W.*, 1975-76, 43; Kh. Brussel, 29 januari 1974, *B.R.H.*, 1974, 39; Kh. Kortrijk, 10 juni 1980, *B.R.H.*, 1981, 87; zie ook nog inzake verhuring: Luik, 7 februari 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 49; Kh. Brussel, 30 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 169; inzake correspondentiekursussen: Vred. Verviers, 5 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 143).

176. GELDIGHEID – OVERDREVEN BEDINGEN – VERZEKERINGSCONTRACTEN — Verzekeringsovereenkomsten bevatten vaak bedingen krachtens dewelke de verzekeraar ontheven wordt van zijn verplichting het bedongen risico dat in vervulling gaat te dekken, in geval de verzekeringnemer tekortschiet in de nakoming van bepaalde verbintenissen (*vervallenverklaring*). Deze vervallenverklaringen vertonen veelal verwantschap met de *exceptio non adimpleti contractus* en het strafbeding (zie Vandeputte, R., ,,De lotsbestemming van de vervallenverklaring in de verzekering'', *R.W.*, 1977-78, 2049 e.v.). Wat dit laatste betreft, rijzen vaak betwistingen over de vraag of de clausule geldig is luidens dewelke de verzekeringspremies die reeds vervallen zijn of vervallen tijdens de periode van opschorting van de waarborg, verschuldigd blijven aan de verzekeraar. Beweerd wordt immers dat de verzekeraar wél aanspraak kan maken op het deel van de premie dat bestemd is voor werkingskosten en winsten, maar niet op het deel dat bestemd is om het risico van het schadegeval te compenseren, daar hij dit risico niet meer dekt en het hier derhalve niet kan gaan om vergoeding van potentiële schade (zie en vgl. Gent, 6 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 873; Rb. Luik, 30 november 1978, *De Verz.*, 1980, 673; Rb. Luik, 14 mei 1979, *De Verz.*, 1980, 681; Vred. Tienen, 17 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1829; *J.T.*, 1976, 648; Vred. Tienen, 17 november 1976, *De Verz.*, 1980, 667; Vred. Grâce-Hollogne, 22 maart 1977, *T.Vred.*, 1978, 230; Vred. Grâce-Hollogne, 6 maart 1979, *De Verz.*, 1980, 677; Vred. Fléron, 24 juni 1980, *De Verz.*, 1980, 703, noot A. De Maubeuge; Van Ruymbeke, M., ,,Du non-paiement de la prime d'assurance par l'assuré'', *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10204).

177. GELDIGHEID – ARTIKEL 1023 GER.W. — Krachtens artikel 1023 Ger.W. wordt ieder beding tot verhoging van de schuldvordering ingeval deze in rechte zou worden geëist, als niet-geschreven beschouwd.

De rechtspraak is van oordeel dat deze wetsbepaling beperkend moet worden geïnterpreteerd (Kh. Charleroi, 23 juni 1977, *J.T.*, 1977, noot C. Van Ham en *B.R.H.*, 1978, 244) en een verhogingsbeding op deze grond slechts nietig kan worden verklaard wanneer het specifiek het verweer in rechte bezwaart (zie Luik, 2 maart 1972, *J.T.*, 1972, 519; Brussel, 14 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 165; Kh. Gent, 4 oktober 1971, *R.W.*, 1971-72, 728; Kh. Gent, 28 december 1971, *R.W.*, 1972-73, 627; Kh. Antwerpen, 30 november 1973, *B.R.H.*, 1974, 143; zie ook Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, p. 39, nr. 49; Brussel, 21 februari 1974, *Res et Jura Immobilia*, 1974, 287; Antwerpen, 21 september 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 139). Slaat het schadebeding op de wanprestatie als dusdanig, dan valt het niet onder het verbod van artikel 1023 Ger.W. (Brussel, 17 februari 1972, *Pas.*, 1972, II, 89; Luik, 5 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 17; Antwerpen, 19 januari 1976, *R.W.*, 1976-77, 159; Brussel, 24 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 162; Brussel, 24 april 1976, *B.R.H.*, 1977, 255; Brussel, 7 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1943; Kh. Brussel, 6 augustus 1973, *J.T.*, 1973, 639; Kh. Antwerpen, 30 november 1973, *B.R.H.*, 1974, 143; zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 751; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 435; Kh. Dinant, 20 juni 1978, *J.T.*, 1978, 598).

Het is duidelijk dat artikel 1023 Ger.W. aldus gemakkelijk ontdoken kan worden en geen werkelijke bescherming biedt tegen de misbruiken waartoe boetebedingen in de praktijk vaak leiden (zie ook Wymeersch, E., ,,Toetsing van verhogingsbedingen'', *R.W.*, 1976-77, 137-138; Moreau-Margrève, I., ,,Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales'', *J.T.*, 1976, 638 e.v.).

178. GELDIGHEID - ANDERE REGELS — Terecht bekritiseerd is het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 4 februari 1977 waarin beslist wordt dat een boetebeding nietig is, daar de artikelen 1226 tot 1233 B.W. door de *artikelen 9 en 138 G.W.* werden afgeschaft. Luidens artikel 9 G.W. mag geen straf worden ingevoerd of toegepast dan uit kracht van een wet en artikel 138 G.W. bepaalt dat met ingang van de dag waarop de Grondwet uitvoerbaar wordt, alle daarmee strijdige wetten e.d.m. opgeheven zijn (*B.R.H.*, 1978, 85 kritische noot R. Debacker). Artikel 9 G.W. heeft immers enkel de bescherming van de burgers tegen het willekeurig optreden van de overheid (uitvoerende en rechterlijke macht) op het oog en is vreemd aan de betrekkingen tussen burgers onderling (zie Moreau-Margrève, I., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1972, 496; Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 179).

Een in een *wisselbrief* opgenomen verhogingsbeding dient voor niet geschreven te worden gehouden (Kh. Brussel, 22 juni 1976, *B.R.H.*, 1977, 30; Ronse, J., *Wisselbrief en oderbriefje* in *A.P.R.*, Gent, 1972, nr. 137).

Met betrekking tot de geldigheid van een boetebding in een *brouwerijcontract*, zie Antwerpen, 26 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 1137; Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, p. 56, nr. 74, *in fine*.

Betwist is de geldigheid van boetebedingen die met het *faillissement* eisbaar worden of die eisbaar worden wanneer later blijkt dat de curator de overeenkomst niet zal uitvoeren. Tegen deze bedingen wordt bezwaar gemaakt, omdat zij de gelijkheid tussen de schuldeisers zouden doorbreken (zie en vgl. Luik, 14 mei 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 49; Antwerpen, 8 juni 1977, *R.W.*, 1977-78,2521; Antwerpen, 29 januari 1979, *B.R.H.*, 1979, 212; Antwerpen, 27 mei 1980, *B.R.H.*, 1981, 91; Kh. Brugge, 6 december 1973, *R.W.*, 1974-75, 1192; Kh. Verviers, 15 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 190; Kh. Kortrijk, 10 juni 1980, *B.R.H.*, 1981, 87; Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 436-437; Coppens, P. en t'Kint, F., ,,Examen de jurisprudence (1974 à 1979). Les faillites et concordats'', *R.C.J.B.*, 1979, 342-343).

Artikel 13 van de wet van 1 april 1976 (*B.S.*, 1 mei 1976) betreffende de *verticale integratie in de sector van de dierlijke produktie* verbiedt boetebedingen.

179. MATIGINGSRECHT VAN DE RECHTER — Wanneer een strafbeding een echte boete oplegt en dus meer bedraagt dan de vergoeding van potentiële schade, is het absoluut nietig. Hetzelfde geldt wanneer de schuldeiser met het boetebeding speculeert op de niet-nakoming van de verbintenis door de schuldenaar. De rechter is in die gevallen dus niet bevoegd om het beding te matigen, d.w.z. te verminderen tot de potentiële schade. Het enige wat hij kan doen is aan de schuldeiser overeenkomstig de gemeenrechtelijke bepalingen terzake schadever-

goeding toekennen (zie Brussel, 25 oktober 1978, *Pas.*, 1979, II, 1; Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1978-79, 2260; Brussel, 31 januari 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 29; Wymeersch, E., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 139 en 1381 e.v.; *anders*: Kh. Brussel, 7 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 171; Van Gerven, W., ,,Matiging van verhogingsbedingen'', *R.W.*, 1976-77, 1379 e.v.). Zo het strafbeding daarentegen een schadebeding is in de betekenis die daaraan hierboven is gegeven, bezit de rechter evenmin een matigingsrecht, hoe klein de werkelijke schade ook moge wezen. Dan moet hij het verhogingsbeding zonder meer toepassen (art. 1134 en 1152 B.W.; Kh. Antwerpen, 20 januari 1975, *Eur. Vervoerr.*, 1975, 393; *supra*, nr. 174).

M.i. kan de rechter een boetebeding echter wél verminderen, wanneer er sprake is van gekwalificeerde benadeling. De rechter kan, maar moet dan niet matigen. Schadeherstel overeenkomstig artikel 1382 B.W. laat immers ook vernietiging van het boetebeding toe. Er weze echter aan herinnerd dat sommigen de beteugeling van de gekwalificeerde benadeling op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak steunen en dan is absolute nietigheid de enige mogelijke sanctie (zie *supra*, nr. 66; vgl. Bosmans, *o.c.*, *J.T.*, 1981, 40; Wymeersch, E., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1381 e.v.).

Krachtens artikel 1231 B.W. kan de straf door de rechter verminderd worden, indien de hoofdverbintenis gedeeltelijk werd uitgevoerd. Geldt deze regel ook voor verbintenissen om iets niet te doen? De Page is geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden, daar naar zijn oordeel de overtreding van een verbintenis om iets niet te doen wegens de aard van zo'n verbintenis ieder idee van gedeeltelijke uitvoering schijnt uit te sluiten (III, nr. 126, A). Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze terecht afgewezen in een geval waarin de huurder van een muziekapparaat er zich toe verbonden had gedurende een periode van 36 maanden geen andere muziekapparaten in gebruik te nemen en deze verplichting gedurende een gedeelte van die tijd was nagekomen. Het Hof oordeelde dat de feitenrechter in zo'n geval gerechtigd is het boetebeding te verminderen wegens gedeeltelijke uitvoering van de hoofdverbintenis (Cass., 25 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1204). In een noot onder dit arrest wordt de stelling van De Page echter goedgekeurd voor het geval het gaat om een verbintenis om iets te doen zonder beperking in de tijd (*ibid.*, 1205). Persoonlijk ben ik van oordeel dat steeds *in concreto* nagegaan dient te worden of de gedeeltelijke uitvoering al dan niet nut voor de schuldeiser heeft opgeleverd (zie Matthijs, J. en Baeteman, G., *o.c.*, *T.P.R.*, 1966, 283). Daar kan nog aan worden toegevoegd dat artikel 1231 B.W. niet toepasselijk is wanneer in het boetebeding iets anders is overeengekomen, m.n. wanneer gestipuleerd is dat de straf verschuldigd is in geval van gedeeltelijke niet-nakoming (zie Brussel, 20 december 1971, *Pas.*, 1972, II, 51; Antwerpen, 29 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1135; zie ook Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 448).

Volgens de Rechtbank van koophandel te Antwerpen is de rechter in geval van gedeeltelijke nakoming van de hoofdverbintenis niet meer gebonden door de wil van de partijen. De matiging van het boetebeding moet derhalve niet noodzakelijkerwijze proportioneel zijn tot de nakoming. M.a.w. de rechter is bevoegd

rekening te houden met het al dan niet overdreven karakter van de oorspronkelijk bedongen schadeloosstelling en deze verminderen tot een bedrag dat hij redelijk acht (Kh. Antwerpen, 30 november 1973, *B.R.H.*, 1974, 143). Deze rechtspraak is vatbaar voor kritiek: ofwel is het beding geldig en mag de rechter het verminderen voorzover de hoofdverbintenis is uitgevoerd (zie de tekst van art. 1231 B.W.), m.a.w. moet hij de wil de partijen eerbiedigen (*cf.* art. 1134 B.W.); ofwel is het overdreven, daar het een strafbeding is en geen schadebeding en dan dient hij het beding in zijn geheel nietig te verklaren (in dezelfde zin: Wymeersch, E., *o.c.*, *B.R.H.*, 1982, 448; vgl. Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 41; Kh. Dinant, 24 januari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 246).

Krachtens artikel 10 § 1, 19 § 2 en 19 *octies* § 2 van de Afbetalingswet van 9 juli 1957 heeft de rechter de bevoegdheid de boetebedingen die hij ,,overdreven of onverantwoord'' acht, ambtshalve te verminderen of de koper of lener er zelfs volledig van te ontslaan (voor toepassingen zie o.m. Gent, 24 mei 1973, *J.T.*, 1974, 231, noot; Antwerpen, 7 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1593; Gent, 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2113; Gent, 12 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2600; Rb. Hasselt, 21 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1976; Kh. Gent, 25 januari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1953; Vred. St.-Gillis, 20 maart 1979, *T.Vred.*, 1979, 262; vgl. Rb. Kortrijk, 28 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 1923). Deze wet geldt echter niet voor persoonlijke leningen bestemd voor beroepsgebruik, zodat in die gevallen het gemeen recht dient te worden toegepast (Gent, 22 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2600).

180. TOEKENNING VAN RESPIJTTERMIJNEN — Krachtens artikel 1244, lid 2 B.W. is de rechter bevoegd om niettegenstaande ieder andersluidend beding aan de schuldenaar te goeder trouw een gematigd uitstel van betaling te verlenen. De toekenning van een respijttermijn betekent geenszins dat de schuldenaar geen fout zou treffen en dus niet aansprakelijk zou zijn voor de niet-nakoming van zijn verbintenis. Uitstel van betaling belet dus niet de toepassing van een verhogingsbeding (Gent, 11 januari 1974, *R.W.*, 1975-76, 865; Brussel, 14 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 165; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 751-752).

181. KRITIEK — In de rechtsleer is heel wat lof en kritiek uitgebracht op de recente uitspraak van het Hof van Cassatie inzake boetebedingen (zie en vgl. o.m. Moreau-Margrève, M., ,,Une institution en crise: la clause pénale'', *R.C.J.B.*, 1972, 459 e.v.; Id., ,,Encore la clause pénale: nouvelle phase d'une crise'', *R.C.J.B.*, 1973, 311 e.v.; Wymeersch, E., ,,Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet'', *R.W.*, 1973-74, 2432 e.v.; Id., ,,Toetsing van verhogingsbedingen'', *R.W.*, 1976-77, 135 e.v.; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 530 e.v.; Stuyck, J., ,,Toetsing van verhogingsbedingen – Naar een betere bescherming tegen onereuze bedingen in standaardcontracten?'', *R.W.*, 1977-78, 545; Moreau-Margrève, I., ,,Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales'', *J.T.*, 1976, 637; Van Ryn, J., ,,Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil'', *J.T.*, 1980, 557 e.v.; Bosmans, M., *o.c.*, *J.T.*, 1981, 37 e.v. en 56 e.v.).

Een veel gehoorde kritiek is dat het onjuist is om strafbedingen enkel een schadevergoedende functie toe tekennen, zoals het Hof van Cassatie heeft beslist. Waarom mag zo'n clausule niet als echte boete, d.i. als dwangmiddel, gebruikt worden? De schuldeiser kan er immers groot belang bij hebben dat de schuldenaar de overeengekomen prestatie ook werkelijk en tijdig nakomt. Het boetebeding vervult m.a.w. een aangewezen dwangfunctie om die uitvoering *in natura* te bekomen. Uit de teksten van het Burgerlijk Wetboek en uit de voorbereidende stukken zou trouwens blijken dat het de bedoeling was aan het boetebeding een coërcitieve functie naast de indemniserende toe te kennen.

Om met dit laatste te beginnen. E. Wymeersch heeft aangetoond dat de wetsgeschiedenis eerder in een andere richting wijst (,,De betwistingen rond het strafbeding: Een stand van zaken'', *B.R.H.*, 1982, 430-432). Maar beslissend is dit tegenargument niet, daar het weinig twijfel lijdt dat de rechtspraktijk de dwangfunctie van het strafbeding in de loop der jaren steeds sterker is gaan benadrukken en de meeste hoven en rechtbanken daar lange tijd geen graten in hebben gezien. De overdreven boetebedingen in toetredingscontracten hebben echter vooral sinds het einde van de tweede wereldoorlog zo'n uitbreiding genomen dat een reactie niet kon uitblijven. In veel landen gebeurde dit eerst door de erkenning van een matigingsrecht in hoofde van de feitenrechter en later door een wettelijke reglementering van de toetredingscontracten. In ons land geschiedde — tot op heden — echter noch het een, noch het ander. Het Hof van Cassatie heeft dan in 1970 langs de hierboven aangeduide weg gepoogd aan de misbruiken inzake boetebedingen paal en perk te stellen. Maar daarmee is het Hof m.i. enerzijds te ver gegaan en anderzijds niet ver genoeg. Te ver, omdat er geen dwingende maatschappelijke behoefte bestaat om echte boetebedingen in onderhandelingscontracten zonder meer te verbieden. Anderzijds gaat men niet ver genoeg, daar de misbruiken waartoe toetredingscontracten onvermijdelijk leiden, niet alleen in boetebedingen tot uiting komen, maar ook in exoneratiebedingen, vervalclausules, uitdrukkelijk ontbindende bedingen, bevoegdheidsbedingen, enz., enz.

Er bestaat m.i. behoefte aan een regeling die de rechter een algemeen marginaal toetsingsrecht toekent. Op die grond zou de rechter vooreerst de bij het sluiten van de overeenkomsten reeds als kennelijk buitensporig te bestempelen boetebedingen opzij moeten kunnen zetten (*cf.* theorie van de gekwalificeerde benadeling, *supra*, nrs. 16 en 66); bovendien zou hij ook de op zichzelf niet onredelijke strafbedingen buiten werking moeten kunnen stellen, indien er een klaarblijkelijke wanverhouding bestaat tussen de overeengekomen boete en de werkelijk geleden schade. Dit laatste matigingsrecht kan men m.i. *de lege lata* reeds invoeren op grond van artikel 1134, lid 3 B.W., de uitvoering te goeder trouw (*cf.* art. 4 Ontwerp Boetebeding van de Benelux-Studiecommissie voor de eenmaking van het recht: ,,Op verlangen van de schuldenaar kan de rechter, indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, de werking van het boetebeding matigen zonder dat hij minder kan toekennen dan de op grond van de wet verschuldigde schadevergoeding'', zie ook art. 1231 C. civ. fr.; Moreau-Margrève, I., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 637 e.v.; Gent, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2260; zie ook Antwerpen,

29 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1135; Dirix, E. en Van Oevelen, A., *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 2466).

Juist omdat het hier werkelijk om een marginaal toetsingsrecht behoort te gaan, biedt deze regeling geen wezenlijke oplossing voor het probleem van de toetredingscontracten in het algemeen. Daarvoor dringt zich een wettelijk initiatief op (zie in het algemeen: Hondius, E.H., *Standaardvoorwaarden,* Deventer, 1978).

AFDELING II

WAARBORGEN TOT BEHOUD VAN HET VERMOGEN VAN DE SCHULDENAAR

A. DE ZIJDELINGSE VORDERING

182. ALGEMEEN — Krachtens artikel 1166 B.W. kunnen de schuldeisers alle rechten en vorderingen van hun schuldenaar uitoefenen, met uitzondering van die welke uitsluitend aan de persoon verbonden zijn. Ondanks deze ruime formulering is de draagwijdte van de zijdelingse vordering eerder beperkt. Dit is te wijten aan de strenge voorwaarden die de rechtspraak voor de uitoefening van deze vordering heeft gesteld en de beperkte gevolgen die deze *actio* heeft voor degene die ze instelt.

Eén van de voorwaarden voor het instellen van de vordering is dat de schuldenaar hetzij opzettelijk hetzij uit nalatigheid verzuimt zijn rechten te laten gelden. Derhalve kan de zijdelingse vordering van de verzekeraars van de eigenaars van een uitgebrande fabriek tegen de verzekeringsonderneming die met de huurder van de desbetreffende gebouwen een brandverzekeringsovereenkomst heeft gesloten, niet worden ingewilligd, indien de huurder geenszins passief is gebleven, maar zelf betaling van het verschuldigde saldo heeft geëist van zijn verzekeraar (Gent, 10 februari 1972, *De Verz.*, 1974, 419).

De vraag of de curator van een faillissement of de vereffenaar van een gerechtelijk akkoord met boedelafstand op grond van artikel 1166 B.W. als vertegenwoordiger van de schuldeisers de patrimoniale rechten van de gefailleerde debiteur of de schuldenaar in het gerechtelijk akkoord tegenover derden kan uitoefenen, wordt uiteenlopend beantwoord. Sommigen beweren — wellicht terecht — dat zij hiertoe krachtens een op de wet gesteund gerechtelijk mandaat gerechtigd zijn en artikel 1166 B.W. hier derhalve niet van node is (zie Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 692). Hoe dan ook, zelfs indien men artikel 1166 B.W. hier toepasselijk acht, zullen de voorwaarden voor het instellen van de vordering vaak niet vervuld zijn. Zo werd beslist dat een eis van de curator van een faillissement tegen de beheerders wegens fouten die deze laatsten jegens de onderneming zouden begaan hebben, niet op artikel 1166 B.W. gegrond kan worden, daar *in casu* de schuldenaar niet passief blijft vermits die curator juist namens de vennootschap tegen die beheerders optreedt (Bergen, 16 mei 1979, *Rev. Prat. Soc.*, 1979, nr. 6023).

De vordering, op grond van artikel 1166 B.W., mag door de schuldeiser niet in zijn persoonlijke naam en in zijn voordeel worden ingesteld, maar moet namens

de debiteur worden aangespannen. De veroordeling die hij verkrijgt en de daarop volgende betaling komen dan ook uitsluitend ten goede aan het patrimonium van die schuldenaar (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 357; Antwerpen, 16 maart 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 8).

In de regel zal een vordering van het slachtoffer van een ongeval tegen de verzekeraar van de aansprakelijke derde op een rechtstreekse vordering (verkeersongevallen) of op artikel 20, 9° Hypotheekwet steunen. In de uitzonderlijke gevallen waarin dit niet mogelijk is, zal soms artikel 1166 B.W. enige uitkomst bieden (zie Luik, 21 februari 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 161; zie ook De Page, III, nr. 199*bis*; Roland, S., ,,Les droits de la victime d'un accident vis-à-vis de l'assureur de la responsabilité civile de l'auteur du dommage'', *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 103 e.v. en i.h.b. 124-125).

B. De pauliaanse vordering

183. BEGRIP — Krachtens artikel 1167 B.W. kunnen de schuldeisers in eigen naam opkomen tegen de handelingen die hun schuldenaar verricht heeft met bedrieglijke benadeling van hun rechten.

De uitoefening van deze vordering is aan vier voorwaarden onderworpen:

1° de schuldvordering van de schuldeiser moet ontstaan zijn vóór de gewraakte rechtshandeling van de debiteur;

2° de schuldeiser dient benadeeld te worden door de verarming van de schuldenaar;

3° de schuldenaar moet bedrieglijk handelen;

4° er dient medeplichtigheid te zijn in hoofde van een derde (zie o.m. Luik, 20 januari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 209).

Indien de vordering wordt ingewilligd, wordt de betwiste rechtshandeling niet tegenstelbaar verklaard ten overstaan van de schuldeiser die de eis heeft ingesteld.

184. VOORWAARDEN – NADEEL VOOR DE SCHULDEISER — Het nadeel voor de schuldeiser moet hierin bestaan dat hij door de betwiste handeling van de debiteur zijn rechten niet meer of niet meer ten volle kan uitoefenen. M.a.w. de gewraakte handeling moet de feitelijke insolvabiliteit van de schuldenaar veroorzaakt of verergerd hebben.

De verhuring door de schuldenaar van in beslag genomen onroerende goederen voor een termijn van 18 jaar en tegen een lage huurprijs is nadelig voor de betrokken schuldeiser. Inderdaad, er zal geen gegadigde gevonden worden om een normale prijs te betalen voor een onroerend goed waarover hij slechts achttien jaar later vrij zal kunnen beschikken en waarvan de lage huurprijs niet voor aanpassing of herziening vatbaar is (Rb. Gent, 5 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 1895; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, nr. 21822; zie ook Cass. fr., 6 april 1976, *Bull. civ.*, 1976, III, 168; Rb. Antwerpen, 13 april 1972 en Brussel, 3 april 1974, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, nr. 21920).

Er is verarming wanneer de debiteur een goed onttrekt aan de concrete vervol-

gingsmogelijkheden van zijn schuldeiser, zelfs indien de door hem gestelde daad, economisch, geen vermindering van het patrimonium teweeg brengt (Vandeputte, R., *o.c.*, 360). Er is derhalve verarming wanneer de schuldenaar drie auto's tegen een normale prijs verkoopt, daar een geldsom gemakkelijker aan de schuldeiser onttrokken kan worden (Bergen, 12 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 63; zie ook Limpens, J. en Kruithof, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1969, 263-264 en de verwijzingen; De Page, III, nr. 203).

Een schenking van een onroerend goed berokkent nadeel aan de rechten van de schuldeiser van de schenker, zelfs wanneer die schenking gebeurd is onder voorbehoud van vruchtgebruik. *In casu* stelde de rechter bovendien vast dat de venale waarde van dit vruchtgebruik onbetekenend was (Luik, 4 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 209; zie ook Cass. fr., 28 februari 1979, *J.C.P.*, 1978, IV, 139).

De inbreng van onroerende goederen in een vennootschap in ruil voor aandelen houdt een verarming in voor de schuldeisers van de inbrenger, wanneer die aandelen moeilijker te verhandelen zijn dan de onroerende goederen en de verkoopwaarde van die aandelen beduidend lager ligt dan die van de onroerende goederen (Cass. fr., 27 februari 1973, *Rev. Not. B.*, 1974, 157; zie ook Luik, 17 juni 1965, *J.T.*, 1965, 598, Concl. P. Charlier; Laga, H., ,,Rechtsvordering van de persoonlijke schuldeisers bij frauduleuze inbreng van hun schuldenaar in een vennootschap'', *Jura Falc.*, 1978-79, 237 e.v.).

185. VOORWAARDEN – BEDROG VAN DE SCHULDENAAR — Ten aanzien van de inhoud van het begrip Pauliaans bedrog zijn rechtsleer en rechtspraak sinds lang verdeeld. Volgens een eerste opvatting, ook wel de subjectieve opvatting genoemd, wordt hier onder bedrog verstaan het oogmerk om te schaden, de bedoeling de schuldeiser te benadelen. Het spreekt vanzelf dat deze eis een zware bewijslast legt op de schouders van de schuldeiser die de *actio Pauliana* instelt. Volgens een tweede opvatting, soms de objectieve opvatting genoemd, is er reeds sprake van bedrog van de schuldenaar wanneer deze wist dat hij door de betwiste rechtshandeling zich verarmde of zijn insolvabiliteit vergrootte en daardoor nadeel berokkende aan zijn schuldeiser. In de Belgische rechtsleer en rechtspraak blijkt deze laatste zienswijze de overhand te halen (zie De Luyck, E., ,,Het bedrog vanwege de schuldenaar en de derde medeplichtigheid in de *actio pauliana*. Een onderzoek van het Belgische en Franse recht'', *Jura Falc.*, 1978-79, 627 e.v. en de vele verwijzingen; Rb. Antwerpen, 13 april 1972 en Brussel, 3 april 1974, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, nr. 21920; Rb. Gent, 5 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 1895; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, nr. 21822).

Deze laatste opvatting heeft een aantal auteurs en rechtscolleges ertoe gebracht het criterium van de ,,abnormale handeling'' toe te passen. Dit betekent dat men moet onderzoeken of de gewraakte rechtshandeling kan uitgelegd worden door wettige motieven, dan wel of de omstandigheden waarmee de betrokken rechtshandeling omringd is, deze als verdacht doen overkomen. Is dit laatste het geval, dan ontstaat het vermoeden dat de debiteur met bedrieglijk opzet gehandeld heeft en dient deze laatste het tegenbewijs te leveren dat hij zich niet willens en wetens

verarmd heeft (zie De Luyck, E., *o.c.*, *Jura Falc.*, 1978-79, 635-636 en de verwijzingen aldaar).

Een interessante en duidelijke toepassing van deze leer maakte het Hof van Beroep te Bergen in het arrest van 12 maart 1980 (*Pas.*, 1980, II, 63, met noot). Het ging hier om de verkoop door een schuldenaar van drie auto's, waarvan één vrachtwagen. Het Hof stelt vast dat het bevreemdend is dat de koper, een dame, op twee dagen tijds plots de behoefte voelde zich deze wagens, die ze helemaal niet nodig had en die ze ook niet gebruikte, aan te schaffen. Abnormaal acht het Hof ook dat de koopster aan de verkoper toelating gaf om de voertuigen te blijven gebruiken en dat zij verklaarde de koop te hebben gesloten ten einde de verkoper financieel te helpen. Gezien het ,,abnormaal karakter'' van de transactie besliste het Hof dan ook dat de schuldenaar bedrieglijk gehandeld had en dit met medeweten van de derde, *in casu* de koopster.

186. VOORWAARDEN - MEDEPLICHTIGHEID VAN DE DERDE — Volgens een deel van de oudere rechtspraak moet er een bedrieglijke verstandhouding hebben bestaan tussen de schuldenaar en de derde, m.a.w. moet de derde gehandeld hebben met het inzicht de schuldenaar te helpen bij het organiseren van diens bedrog. Heden ten dage nemen rechtsleer en rechtspraak echter genoegen met een meer objectieve opvatting van de derde medeplichtigheid: het volstaat dat de derde op de hoogte was van het bedrog van de schuldenaar, d.w.z. dat hij op de hoogte was van het abnormaal karakter van de gewraakte rechtshandeling (Bergen, 12 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 63; zie ook De Luyck, E., *o.c.*, *Jura Falc.*, 1978-79, 642 e.v. en de verwijzingen; *supra*, nrs. 140-141). Het feit dat de derde daarvan op de hoogte *kon* zijn, volstaat echter niet (Rb. Antwerpen, 13 april 1972 en Brussel, 3 april 1974, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, nr. 21920). Het *behoren te weten* dient m.i. echter met het weten te worden gelijkgesteld (*cf.* Kruithof, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1980, 116-117).

Een persoon op wiens onroerende goederen een schuldeiser beslag heeft gelegd, verhuurt een drietal weken voor zijn faillissement een gehypothekeerd goed voor een termijn van 18 jaren tegen een lage prijs aan zijn ouders. Een voordelige verkoop van die goederen is daardoor niet mogelijk, hetgeen als een voor de schuldeisers nadelige verarming van het patrimonium van de schuldenaar te beschouwen is. Het bedrog van de debiteur werd bewezen geacht, daar hij daarvan op de hoogte was. De rechtbank oordeelde dat de ouders zich aan derde medeplichtigheid hadden schuldig gemaakt, daar zij, gelet op hun bloed- en aanverwantschap en het tijdstip van de verhuring, niet onwetend konden zijn van het bedrog (Rb. Gent, 5 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 1895; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, nr. 21822).

187. GEVOLGEN — De geslaagde *actio Pauliana* heeft tot gevolg de niet-tegenstelbaarheid van de betwiste rechtshandeling aan de schuldeiser die de vordering instelde. Tussen de contracterende partijen en ten aanzien van andere derden blijft de gewraakte rechtshandeling echter geldig (Van Damme, J., *o.c.*, 475-476; Van Gerven, W., *Algemeen Deel,* Antwerpen, 1969, 408-409).

Derhalve, zo de verhuring van een onroerend goed met bedrieglijke benadeling van de rechten van de hypothecaire schuldeiser op grond van artikel 1167 B.W. niet-tegenstelbaar wordt verklaard aan die schuldeiser, betekent dit dat laatstgenoemde die huurovereenkomst voor niet bestaande mag houden. Wanneer deze schuldeiser beslag op het onroerend goed heeft gelegd, kan hij dan ook toelating krijgen om het vrij van huur en gebruik te koop te doen stellen (zie Rb. Gent, 5 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 1895; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, nr. 21920).

Wanneer een koop op grond van de *actio Pauliana* niet tegenstelbaar wordt verklaard aan een schuldeiser, mag deze optreden alsof dat goed in het patrimonium van zijn debiteur is gebleven. Zulks is echter niet altijd mogelijk, b.v. wanneer de derde medeplichtige op zijn beurt het goed heeft vervreemd en de onderverkrijger zich niet aan schuldeisersbedrog in de zin van artikel 1167 B.W. heeft schuldig gemaakt. Dan zal de schuldeiser zich met een schadevergoeding moeten tevreden stellen (Bergen, 12 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 63; zie ook De Page, III, nr. 244, B; Vandeputte, R., *o.c.*, 364; De Luyck, E., *l.c.*, 646 e.v.).

HOOFDSTUK II

BIJZONDERE GEVOLGEN VAN BEPAALDE VERBINTENISSEN

AFDELING I

VERBINTENISSEN MET MEERDERE SUBJECTEN

188. SAMENGEVOEGDE VERBINTENISSEN — Wanneer meerdere personen schuldeiser of schuldenaar zijn van dezelfde verbintenis, dan zijn ze het, in beginsel, ieder slechts voor een deel. M.a.w., bij pluraliteit van schuldeisers of schuldenaren, is de splitsing van de verbintenis de regel (zie Cass., 5 december 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 434; Concl. Adv. Gen. Dumon voor Cass., 15 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 663-664). Men spreekt in dit verband van *samengevoegde verbintenissen* (Dekkers, R., *o.c.*, II, nr. 427).

De contractuele verbintenis aangegaan door echtgenoten die gehuwd zijn onder het stelsel van scheiding van goederen is een samengevoegde verbintenis, en dus deelbaar, indien geen hoofdelijkheid of ondeelbaarheid werd bedongen (Rb. Aarlen, 17 november 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 189).

Wanneer de ontlener van een geldsom het contract ondertekent zowel als zaakvoerder van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid als in zijn persoonlijke naam, staan we voor een samengevoegde verbintenis. Wanneer de p.v.b.a. failliet verklaard wordt, is de zaakvoerder slechts gehouden tot terugbetaling van de helft van de nog verschuldigde som (Rb. Brussel, 8 januari 1976, *Pas.*, 1976, III, 31).

189. HOOFDELIJKE VERBINTENISSEN — „Hoofdelijkheid wordt niet vermoed; zij moet uitdrukkelijk bedongen zijn. Deze regel lijdt alleen uitzondering in de gevallen waarin hoofdelijkheid bestaat van rechtswege, krachtens een bepaling

van de wet'' (art. 1202 B.W.). Een belangrijke toepassing van deze wetsbepaling werd gemaakt in het arrest van het Hof van Cassatie van 5 december 1975 (*Arr. Cass.*, 1976, 434; *R.W.*, 1976-77, 277, noot J. Herbots; *R.C.J.B.*, 1977, 469, noot J. Declerck-Goldfracht; *B.R.H.*, 1977, 676, noot J. Declerck).

De feiten kunnen als volgt worden samengevat: twee broers, Jules en Tillo V., hadden een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid opgericht waarvan ze beiden de enige vennoten en zaakvoerders waren. Om een kredietopening voor de vennootschap te bekomen, stonden de twee broers o.m. hypotheken toe op hun persoonlijke eigendommen. In de kredietakten werd niet vermeld dat de broers hoofdelijk met de vennootschap verbonden waren. Daar de firma met verlies werkte, zegde de bank in juni 1966 het krediet op en verzocht ze de gebroeders een deel van de met hypotheek bezwaarde goederen te verkopen om de zware schuld van de vennootschap te vereffenen. Jules V. verkocht daarop gehypothekeerde goederen die hem persoonlijk toebehoorden. Een maand later werd nog een krediet geopend ten voordele van de vennootschap en in deze akte werd wél melding gemaakt van hoofdelijkheid en ondeelbaarheid tussen de vennoten. Enige tijd later werd de vennootschap failliet verklaard. Daar Tillo V. aan zijn broer weigerde de helft van de door deze laatste met de opbrengst van de verkoop van de gehypothekeerde goederen betaalde schulden terug te betalen, dagvaardde Jules zijn broer Tillo.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk oordeelde dat de hoofdelijkheid tussen de broers uitdrukkelijk was *overeengekomen* en veroordeelde dan ook Tillo (niet gepubliceerd; zie Declerck-Goldfracht, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 474). Het Hof van Beroep te Gent hervormde echter dit vonnis op grond van de overweging dat de vermelding van hoofdelijkheid in de laatste kredietverleningsakte op een vergissing beruste en dat er dan ook geen sprake was van conventionele hoofdelijkheid in de zin van artikel 1202 B.W. (niet gepubliceerd; zie Declerck-Goldfracht, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 474). Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening in verbreking tegen dit arrest, daar het Hof van Beroep de bewijskracht van de desbetreffende akten niet had miskend (voor een kritische bespreking van deze uitspraak, zie Declerck, J., *o.c.*, *B.R.H.*, 1977, 684 e.v.; voor een ander toepassingsgeval zie Cass., 28 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1952).

Maar diende hier de regel niet te worden toegepast dat rechtens een vermoeden van hoofdelijkheid bestaat tussen *handelaars* die door eenzelfde contractuele verbintenis gebonden zijn? Het Hof van Beroep te Gent beantwoordde deze vraag ontkennend, daar de beide vennoten geen ,,handelaars'' waren. Ook op dit punt stelde het Hof van Cassatie het Hof van Beroep te Gent in het gelijk, daar genoemd vermoeden afwijkt van het beginsel dat de schuld onder de schuldenaars moet worden verdeeld, in die zin dat ieder van hen slechts zijn deel moet betalen, en dit vermoeden derhalve *restrictief* moet worden toegepast. De solidariteit tussen schuldenaars-handelaars mag dan ook niet worden uitgebreid tot schuldenaars die zelf geen handelaar zijn maar die ingevolge afzonderlijke hypotheekstellingen, tot eenzelfde contractuele verbintenis van hypothecaire waarborg gehouden zijn, zelfs indien die verbintenis — zoals *in casu* — tot waarborg strekt

van een tussen andere personen gesloten *handelsrechtelijke hoofdschuld*.

Hoe is het vermoeden van hoofdelijkheid tussen schuldenaars-handelaars te rijmen met artikel 1202 B.W. ? Dit probleem kan men niet oplossen door te stellen dat de uitdrukking ,,bepaling van de wet'' niet alleen slaat op een formele wetsbepaling, maar ook een verwijzing inhoudt naar een besluit of reglement genomen overeenkomstig de wet (zie Cass., 7 mei 1942, *Pas.*, 1942, I, 117). Immers, besluiten en reglementen in die zin zijn hier niet aan te wijzen. Wellicht dient de regel nog ruimer te worden geïnterpreteerd en wordt in artikel 1202 B.W. niet alleen verwezen naar wettelijke normen, maar tevens naar *gewoonteregels* en *algemene rechtsbeginselen* (zie Concl. Adv.-Gen. F. Dumon voor Cass., 15 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 664 en 672; Perilleux, J., ,,La solidarité et l'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle'', *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9519, voetnoot 28; Van Damme, J., *o.c.*, 504). Het vermoeden van hoofdelijkheid tussen schuldenaars-handelaars dateert uit de 17e eeuw en dient als een gewoonterechtelijke regel te worden beschouwd (zie Dumon, F., *ibid.*; Perilleux, J., *ibid.*; Van Damme, J., *ibid.*; zie ook Cass., 26 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 587; Brussel, 5 oktober 1975, *J.T.*, 1976, 135; Kh. Antwerpen, 11 juni 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 285; vgl. Declerck-Goldfracht, J., *o.c.*, 480 e.v. (schrijfster meent dat het hier behoort te gaan om een verbintenis *in solidum*). Over de vraag of het vermoeden van hoofdelijkheid *in casu* een vermoeden is in de zin van de artikelen 1329 e.v. B.W., zie noot 3 onder Cass., 26 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 588.

Op deze leer moet ook beroep gedaan worden om de regel te rechtvaardigen dat in geval van schade veroorzaakt door de *gemeenschappelijke fout* van een pluraliteit van daders, al deze daders hoofdelijk aansprakelijk zijn. Onder ,,gemeenschappelijke fout'' dient hier te worden verstaan, ,,de fout waarbij verscheidene personen tot het ontstaan van het schadeverwekkend feit wetens hebben samengewerkt''. De hoofdelijkheid steunt hier op het *algemeen rechtsbeginsel* dat ook in artikel 50 Sw. is neergelegd (zie Cass., 15 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 661; Concl. Adv. Gen. F. Dumon, *ibid.*, 675; zie ook Bergen, 16 mei 1979, *Rev. Prat. Soc.*, 1979, nr. 6023).

190. HOOFDELIJKE EN ONDEELBARE VERBINTENISSEN — Het onderscheid tussen hoofdelijke en conventioneel ondeelbare verbintenissen is vooral belangrijk ten aanzien van de erfgenamen van de schuldenaren. Gaat het om een hoofdelijke verbintenis dan worden zijn erfgenamen wel hoofdelijke schuldenaren, doch slechts tot beloop van hun deel in de nalatenschap. Was de erflater b.v. hoofdelijk schuldenaar van 12.000 BF., dan worden zijn vier erfgenamen hoofdelijk schuldenaars ieder van 3.000 BF. Hebben we daarentegen met een conventioneel ondeelbare verbintenis te doen, dan blijft de verbintenis zelfs tegenover de erfgenamen ondeelbaar. In het hierboven gegeven voorbeeld zou dat dus betekenen, dat ieder van de vier erfgenamen ondeelbaar schuldenaar is van 12.000 BF. (zie hierover Dekkers, R., *o.c.*, II, nrs. 452 en 453).

In artikel 5 van een contract wordt gezegd dat de schuldeiser krachtens de ,,hierboven'' bedongen hoofdelijkheid en ondeelbaarheid, betaling van de gehele

schuld kan eisen van de borg en, in geval van overlijden, van ieder van zijn rechtverkrijgenden. In het contract is echter ,,hierboven'' nergens sprake van hoofdelijkheid en ondeelbaarheid, en de borg heeft zijn handtekening laten voorafgaan door de vermelding ,,Goed voor persoonlijke ondeelbare borgtocht tot beloop van 3.400.000 BF.''. Op grond van de regel dat hoofdelijkheid niet wordt vermoed, maar uitdrukkelijk moet bedongen worden (art. 1202 B.W.), op grond van het feit dat de borg zich ook het voorrecht van uitwinning uitdrukkelijk had voorbehouden — wat hij als hoofdelijke borg niet zou hebben (art. 2021) — en op grond van de interpretatieregels neergelegd in de artikelen 1156 e.v. B.W. en in het bijzonder de artikelen 1162 en 1163 B.W., komt het Hof van Beroep te Antwerpen terecht tot de slotsom dat het hier om een ondeelbare en niet om een hoofdelijke verbintenis gaat (17 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1571; zie ook Kh. Tongeren, 14 juli 1976, *B.R.H.*, 1977, 24).

De regel dat hoofdelijkheid uitdrukkelijk bedongen moet worden, dient men niet letterlijk op te nemen. Zij komt er op neer dat vermits verbintenissen met meerdere subjecten in beginsel samengevoegde verbintenissen zijn, de rechter in twijfelachtige gevallen zich tegen de hoofdelijkheid moet uitspreken (zie Dekkers, R., *o.c.*, II, nr. 435; Vandeputte, R., *o.c.*, 126). Om dezelfde reden dient de bedoeling van de partijen om aan de verbintenis een ondeelbaar karakter te verlenen ,,zeker'' te zijn (vgl. Vred. Namen, 14 oktober 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 494, kritische noot E. Cerexhe).

Doorgaans aanvaardt men dat verbintenissen om iets te doen veelal als van nature ondeelbaar te beschouwen zijn. Dit geldt o.m. voor de uit een huurovereenkomst voortvloeiende verbintenis om van een huurgoed te genieten als een goed huisvader. Volgt uit het voorgaande dat in geval twee personen een huis huren, er sprake is van contractbreuk wanneer één van de huurders het huis verlaat? De Rechtbank van eerste aanleg te Brugge beantwoordt deze vraag ontkennend: ,,Het voorgaande belet geenszins dat soms één medeschuldenaar zich alleen in de mogelijkheid bevindt om de verbintenis praktisch uit te voeren, wanneer hij houder is van de zaak. Wanneer deze schuldenaar de verbintenis vrijwillig en behoorlijk uitvoert, bestaat er geen aanleiding tot ontbinding. Een dergelijke maatregel zou slechts gerechtvaardigd zijn, indien één der medeschuldenaren de uitvoering zou weigeren en die uitvoering *alleen gezamenlijk* zou kunnen plaatsgrijpen'' (29 oktober 1975, *T.Not.*, 1979, 116).

191. VERBINTENISSEN IN SOLIDUM — Er zijn verbintenissen die noch hoofdelijk noch ondeelbaar zijn en toch een verplichting van betaling *in totum* in het leven roepen. Men noemt ze meestal *in solidum* verbintenissen. Op twee punten verschillen deze verbintenissen van de solidaire verbintenissen: in de eerste plaats is hun bestaan niet afhankelijk van een duidelijke overeenkomst of een wetsbepaling (*cf.* art. 1202 B.W.); in de tweede plaats roepen de *in solidum* verbintenissen wél een verplichting in het leven waarbij verschillende personen ieder tot betaling van de gehele schuld gehouden zijn, maar zijn deze verbintenissen niet onderworpen aan de regels inzake de zgn. secundaire of bijkomende gevolgen der hoofdelijkheid, die in de artikelen 1205 tot 1207 en 1285 B.W. worden opgesomd

(zie Vandeputte, R., *o.c.*, 128 e.v.; Dumon, F., *o.c., Arr. Cass.*, 1974, 664 e.v.). De wording, de grondslag en de kenmerken van de verbintenissen in solidum werden uitvoerig onderzocht in studies van J.L. Fagnart, ,,L'obligation ,,in solidum'' dans la responsabilité contractuelle'', *R.C.J.B.*, 1975, 233 e.v. en J. Perilleux, ,,La solidarité et l'obligation in solidum dans la responsabilité contractuelle'', *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9519). Toepassing van de verbintenis *in solidum* wordt gemaakt in zeer uiteenlopende domeinen.

Wat dit laatste betreft, erkent het Hof van Cassatie sinds het arrest van 2 april 1936 dat, wanneer inzake buitencontractuele aansprakelijkheid een schade ten gevolge van de onderscheidene fouten van verscheidene daders is ontstaan — d.w.z. dat zonder het bestaan van elk van deze fouten de schade niet zou zijn ontstaan — de principes zelve van artikel 1382 B.W. elke dader verplichten de gehele schade te vergoeden. Bedoelde principes zijn de causaliteitsregels en de verplichting de volledige schade, door eigen schuld veroorzaakt, te vergoeden (*Pas.*, 1936, I, 209).

In het arrest van 15 februari 1974 heeft het Hof van Cassatie deze regel uitgebreid tot de contractuele aansprakelijkheid: ,,Overwegende dat, ook in geval van fout begaan in het vervullen van contractuele verplichtingen, wanneer een schade haar oorsprong vindt in de samenlopende fouten van verscheidene personen en wanneer zonder de fout van een van hen de fouten van ieder van de anderen niet zouden hebben volstaan om de schade te veroorzaken, elk van hen jegens het slachtoffer gehouden is de gehele schade te vergoeden'' (*Arr. Cass.*, 1974 (661) 677-678, met Concl. Adv. Gen. F. Dumon; zie ook Cass., 2 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 626; Rb. Luik, 28 november 1977, *Pas.*, 1978, III, 2; Limpens, J. en Kruithof, R., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1964, 533; Matthijs, J. en Baeteman, G., *o.c.*, *T.P.R.*, 1966, 298; *supra*, nr. 125). Deze regel geldt zowel wanneer de diverse fouten de schending uitmaken van verplichtingen die uit dezelfde overeenkomst zijn ontstaan, als wanneer ze de miskenning vormen van verbintenissen die uit verschillende contracten voortspruiten. Het is evenmin vereist dat de rechter in de onmogelijkheid zou verkeren om het aandeel te bepalen van eenieders fout in de veroorzaakte schade (zelfde arrest). Er weze echter aan herinnerd dat wanneer het gaat om een gemeenschappelijke contractuele fout, de regels van de hoofdelijkheid gelden (*supra*, nr. 189 *in fine*).

Op deze grond zijn reeds meermalen aannemer en architect of technisch expert *in solidum* aansprakelijk gesteld tegenover de bouwheer wegens de miskenning van hun respectieve contractuele verbintenissen, wanneer deze fouten geleid hebben tot één schade (zie o.m. Brussel, 26 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9529; Brussel, 25 april 1974, *T.Aann.*, 1976, 332, noot M. Driessen). Hetzelfde geldt voor de bouwpromotor en de aannemer (Rb. Brussel, 7 maart 1966 en Brussel, 26 februari 1971, *T.Aann.*, 1973, 103, noot P. Rigaux).

Over het verhaal van de *in solidum* veroordeelde schuldenaar die meer dan zijn aandeel betaald heeft, tegen zijn medeschuldenaars, raadplege men: Van Quickenborne, M., *Het regres van de in solidum veroordeelde schuldenaar*, Antwerpen, 1975, 153 p.; Van Quickenborne, M., ,,De verbintenis ,,in solidum'' in een impasse?'', *R.W.*, 1977-78, 2621-2648).

AFDELING II

VERBINTENISSEN MET MODALITEITEN

A. DE VERBINTENISSEN ONDER VOORWAARDE

192. DE OPSCHORTENDE VOORWAARDE — De verbintenis onder voorwaarde is de verbintenis waarvan de *uitvoering of de uitdoving* afhankelijk is van een toekomstige, doch onzekere gebeurtenis (zie Cass., 5 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 246, met concl. Adv. Gen. Lenaerts). Uit dit arrest blijkt dus dat de opvatting dat de opschortende voorwaarde een toekomstige en onzekere gebeurtenis is waarvan het *ontstaan* van een recht afhankelijk wordt gesteld, onjuist is (vgl. *Les Novelles, Droit civil*, IV/2, v° *La condition*, nrs. 1 e.v.). Daar dit belangrijke arrest van het Hof van Cassatie geveld werd na de in dit rechtspraakoverzicht aan de orde zijnde tijdsperiode zal er hier niet verder op worden ingegaan.

Wanneer een koopcontract van bouwelementen wordt gesloten met de bedingen enerzijds dat de koper zich ervan vergewist heeft dat er op zijn grond mag gebouwd worden, en anderzijds dat de koper de verkoopster zal inlichten zodra hij de bouwvergunning heeft bekomen waarna de bestelling als principieel uitvoerbaar zal worden ingeschreven, moeten deze bedingen, volgens het Hof van Beroep te Antwerpen, in hun geheel beschouwd, als een schorsende voorwaarde worden aangezien. Blijkt dat de bouwvergunning door de overheid wordt geweigerd, daar het perceel volgens het gewestplan in een natuurgebied is gelegen, dan vervalt ook het contract en moet de verkoper het betaalde voorschot aan de koper teruggeven (13 november 1979, *B.R.H.*, 1980, 193; zie ook Brussel, 21 november 1979, *J.T.*, 1980, 296). Deze uitspraak is m.i. voor enige kritiek vatbaar, daar de koper schuld trof, vermits hij er zich niet van had vergewist of hij wel een bouwtoelating kon bekomen (*culpa in contrahendo*) (*cf.* art. 1178).

Bij onderhandse akte wordt op 26 januari 1974 een perceel grond verkocht onder opschortende voorwaarden van afstand van voorkooprecht door de pachter van deze grond en van vergunning door de gemeente voor zandontginning. Daar deze voorwaarden pas op 7 juni 1975 vervuld waren, bleef de verkoper tot dat tijdstip eigenaar van de verkochte zaak en was hij voordien ook niet tot levering verplicht (Gent, 5 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2721; zie ook Rb. Charleroi, 9 juni 1976, *Rec. Gén Enr. Not.*, 1978, nr. 22289 (verkoop van een onroerend goed bij de voorlopige toewijzing op voorwaarde dat geen hoger bod wordt gedaan bij de definitieve toewijzing).

Een bouwheer sluit een contract met een architect i.v.m. een bouwprojekt onder de opschortende voorwaarde dat hij een aannemer bereid vindt om de bungalow te bouwen tegen een — gezien zijn financiële middelen — betaalbare prijs. Daar hij zo'n aannemer niet vindt, verzaakt de bouwheer aan zijn plannen en verkoopt het perceel grond. Daar de gestelde voorwaarde niet vervuld was, wees het Hof van Beroep te Brussel de eis van de architect — gebaseerd op de artikelen 1184 en 1784 B.W. — af (22 april 1976, *Res et Jura Immobilia*, 1976, 253).

In een onderhandse koopovereenkomst van een onroerend goed werd de eigendomsoverdracht afhankelijk gesteld van het verlijden van de notariële akte en van

de betaling van de koopprijs. Wat de betaling van de koopprijs betreft, kan hier geen sprake zijn van een opschortende voorwaarde, daar de voorwaarde — als toekomstige en onzekere gebeurtenis — vreemd moet zijn aan de rechten en verplichtingen die voor de partijen uit de overeenkomst voortspruiten. Ze is een louter toevallig element en maakt niet één van de constitutieve bestanddelen van de overeenkomst uit (*contra*: Kh. Brugge, 26 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2721; in de zin van de tekst: Gent, 28 maart 1968, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1970, nr. 21327; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 654; Denève, M., noot onder Rb. Brussel, 24 juni 1970 en Brussel, 14 januari 1972, *T.Aann.*, 1980, 198 zie ook Kh. Brussel, 21 september 1976, *B.R.H.*, 1976, 520, i.h.b. 523.

Het komt regelmatig voor dat koopcontracten en aannemingsovereenkomsten afhankelijk worden gesteld van het bekomen van een financiering door een bank. Al naargelang het geval zal het hier om een contract onder opschortende voorwaarde gaan — hetgeen betekent dat een contract gesloten werd — of om een voorwaarde waarvan de totstandkoming van het contract afhangt — hetgeen betekent dat er geen contract is zolang de voorwaarde niet vervuld is (zie hierover Denève, M., *o.c.*, *T.Aann.*, 1980, 199 en de verwijzingen aldaar; *adde*: Kh. Brussel, 7 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 64).

De artikelen 1168 en 1181 B.W. worden geschonden door de rechter die, nadat hij heeft vastgesteld dat een partij haar verbintenis tot betaling van een geldsom heeft doen afhangen van de voorwaarde dat haar eventuele schuldeiser iets welbepaalds uitvoert, deze partij tot betaling van die geldsom veroordeelt zonder inachtneming van deze voorwaarde (zie Cass., 10 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 189).

193. DE OPSCHORTENDE EN DE ONTBINDENDE VOORWAARDE — Het onderscheid tussen de verbintenis onder opschortende voorwaarde en de verbintenis onder ontbindende voorwaarde is niet altijd eenvoudig.

Kan men nog spreken van een opschortende voorwaarde, wanneer een aannemer in opdracht van een gemeenteraad werken uitvoert die nog moeten worden goedgekeurd door de toeziende overheid, zoals de Koning, de Provinciegoeverneur of de Bestendige Deputatie? Daar een dergelijke voorwaarde de uitvoering van de verbintenis niet opschort — de aannemer moet immers reeds met de uitvoering van de werken beginnen, alhoewel de toeziende overheid zijn goedkeuring nog niet heeft verleend —, lijkt het juister om hier van een ontbindende voorwaarde te spreken: de verbintenis wordt uitgedoofd indien de toeziende overheid goedkeuring weigert (in die zin: Dirix, E., noot onder Antwerpen, 4 mei 1977, *R.W.*, 1978-79, 879).

Het zgn. terugzendingsbeding (,,return privilege'' of ,,sale or return'') komt vaak voor in overeenkomsten met kleinhandelaars. Krachtens zo'n beding is de ,,koper'' gerechtigd de koopwaar die hij niet heeft doorverkocht terug te bezorgen aan zijn leverancier tegen terugbetaling van de koopsom. Over de aard van dit contract bestaat verschil van mening: sommigen spreken van bewaargeving, anderen van koop onder opschortende voorwaarde van wederverkoop aan derden, nog anderen van verkoopscommissie (zie hierover Limpens, J., *La vente*, nr. 42;

Coppens, P., ,,Examen de jurisprudence (1969 à 1974) Les faillites et les concordats'', *R.C.J.B.*, 1974, 432 en de verwijzingen). Wanneer de verkoper het recht heeft om de waren die de koper niet heeft doorverkocht, terug te eisen tegen terugbetaling van de koopprijs, kan men wellicht spreken van een koop onder de schorsende voorwaarde dat de koper op zijn beurt de waar doorverkoopt: indien de koper niet doorverkoopt, blijven de goederen de eigendom van de verkoper. Hebben we echter met een terugzendingsbeding te maken, dan is het wellicht beter om van een koop onder ontbindende voorwaarde te spreken: de koop is gesloten en de koopprijs is betaald, maar de koop wordt ontbonden indien de koper er niet in slaagt de gekochte goederen weder te verkopen en hij van het terugzendingsbeding gebruik wil maken (*anders*: Kh. Brussel, 7 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 273).

Iedere — opschortende of ontbindende — voorwaarde die met de goede zeden strijdig of door de wet verboden is, is nietig en maakt de overeenkomst die ervan afhangt, nietig (art. 1172 B.W.). Zoals men weet, heeft deze problematiek tot een hevige en langdurige controverse in rechtspraak en rechtsleer geleid m.b.t. ontbindende huwelijksbedingen in arbeidsovereenkomsten. Daar deze vraag elders reeds behandeld werd, volstaat hier een verwijzing: *supra*, nrs. 73 en 74 (zie nog i.vm. ontbindende voorwaarden in arbeidsovereenkomsten Vandermeulen, G., ,,De ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst'', *T.S.R.*, 1974, 465 e.v.; Arbh. Brussel, 25 juni 1976, *T.S.R.*, 1977, 150).

194. DE POTESTATIEVE VOORWAARDE — Een verbintenis onder opschortende voorwaarde is nietig wanneer de verwezenlijking van die voorwaarde louter afhangt van de wil van de *schuldenaar*. De oplossing is logisch, daar in dit geval de debiteur *in feite* zich tot niets heeft verbonden (art. 1174 B.W.; zie Brussel, 14 februari 1972, *T.Aann.*, 1975, 117, noot P. Rigaux).

Er kan zelfs geen sprake zijn van een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde, wanneer elke bedoeling ontbrak een verbintenis jegens de wederpartij aan te gaan en de schijn ook niet is gewekt dat aan de ander een recht werd toegekend, m.a.w. wanneer er geen *toestemming* is (Luik, 22 juni 1977, *J.T.*, 1977, 655).

Het verlenen van een optie tot aankoop wanneer de verkoper beslist het goed te vervreemden en dit ten laatste bij zijn dood, is geen verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde, maar onder een gemengde potestatieve voorwaarde. Na het verstrijken van de termijn — eindigend bij het overlijden van de debiteur — zijn de rechtsopvolgers van de eigenaar immers verplicht te verkopen, zo de wederpartij de optie licht (Gent, 25 april 1974, *R.W.*, 1974-75, 426; maar gaat het hier niet veeleer om een combinatie van een potestatieve voorwaarde met een tijdsbepaling?).

Een koopovereenkomst gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de koper de overeenkomst vóór een bepaald tijdstip bevestigt, houdt in dat de verbintenis van die koper louter afhangt van de wil van de schuldenaar en is dus nietig. Als koop is het contract dan ook niet geldig, maar het is niet uitgesloten dat de overeenkomst als een geldige verkoopbelofte gekwalificeerd moet worden (*cf.*

Brussel, 26 maart 1979, *R.W.*, 1980-81, 935; zie nog i.v.m. de interpretatie van een beding dat als een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde van de zijde van de schuldenaar kan geïnterpreteerd worden, Bergen, 12 november 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, nr, 22489; Rb. Brussel, 17 november 1975, *Pas.*, 1976, III, 44; *supra*, nr. 96).

De vraag of het beding in een arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, een verbintenis onder louter potestatieve voorwaarde van de zijde van de werkgever in het leven roept, heeft aanleiding gegeven tot heel wat rechtspraak. In de meeste gevallen ging het om een clausule waarbij de werkgever zich eenzijdig het recht voorbehoudt de arbeidsplaats van de werknemer of de prospectiesector van een handelsvertegenwoordiger te wijzigen. Zo'n *ius variandi* werd rechtsgeldig verklaard, wanneer de uitoefening ervan contractueeel afhankelijk is gesteld van economische omstandigheden of het belang van de onderneming. Dan is er immers veeleer sprake van een *gemengde* dan van een louter potestatieve voorwaarde. Een gemengde voorwaarde is een voorwaarde die tegelijk afhangt van de wil van één der partijen en van de wil van een derde of nog van bepaalde omstandigheden (zie Arbh. Brussel, 7 februari 1973, *J.T.T.*, 1974, 84; 25 augustus 1973, *J.T.T.*, 1974, 57; Arbh. Brussel, 23 december 1974, *J.T.T.*, 1975, 156; Arbrb. Brussel, 15 maart 1971, *J.T.T.*, 1971, 201; zie ook Arbrb. Brussel, 14 februari 1977, *J.T.T.*, 1978, 109 vgl. Cass., 15 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 544). Beslist werd echter dat de voorwaarde zuiver potestatief is, zo de werkgever bedingt dat hij de arbeidsvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen, wanneer hij zulks wenselijk acht en zonder de uitoefening van dit recht afhankelijk te stellen van economische omstandigheden of het belang van de onderneming (Arbh. Antwerpen, 4 februari 1977, *J.T.T.*, 1978, 108 en *T.S.R.*, 1977, 426; zie ook Claeys, T. en Swennen, R., ,,Les modifications inilatérales des contrats de louage de travail'', *J.T.T.*, 1974, 54). Deze rechtspraak is nu grotendeels achterhaald doordat artikel 25 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 uitdrukkelijk bepaalt dat ,,het beding waarbij de werkgever zich het recht voorbehoudt om de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen nietig is''.

Bij dit alles verliest men vaak uit het oog blijkbaar dat het bij het *ius variandi* gaat om een potestatieve voorwaarde van de zijde van de *schuldeiser*. Welnu, zelfs een louter potestatieve voorwaarde van de zijde van de schuldeiser heeft de nietigheid van de verbintenis niet tot gevolg. Een contractbelofte is daar een typisch voorbeeld van (zie Cass., 9 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 522; Bergen, 30 september 1975, *Pas.*, 1976, II, 106; *supra*, nr. 69).

Een *legaat* onder louter potestatieve voorwaarde is geldig, daar een testament steeds herroepbaar is (Brussel, 2 april 1974, *R.W.*, 1974-75, 173; zie Dillemans, R., *Testamenten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Dillemans, R., en Van Gerven, W. (ed.) VII, nr. 138).

B. DE VERBINTENISSEN MET TIJDSBEPALING

195. ALGEMEEN — De verbintenis met tijdsbepaling is de verbintenis waarvan de uitvoering of de uitdoving afhankelijk is van een toekomstige, doch zekere gebeurtenis.

Een schuld is met tijdsbepaling aangegaan en is geen voorwaardelijke schuld, als over de toekomstige gebeurtenis *zekerheid* bestaat, zelfs indien het tijdstip van de verwezenlijking hiervan niet gekend is (Cass., 17 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 914).

Een tijdsbepaling kan aan een verbintenis worden toegevoegd door partijen zelf (gewone tijdsbepaling), door de rechter (termijn van respijt) of door de wet (zie b.v. art. 455 B.W.).

196. TERMIJN VAN RESPIJT – TOEPASSINGSGEBIED ARTIKEL 1244, LID 2 B.W. — De termijn van respijt is het uitstel van betaling dat de rechter, op grond van artikel 1244, lid 2 B.W., kan toestaan aan een schuldenaar die ongelukkig en te goeder trouw is. Deze wetsbepaling raakt de openbare orde en vormt een belangrijke uitzondering op de regel dat een overeenkomst als wet geldt voor de partijen en de rechter (zie art. 1134 B.W.).

Tot voor kort werd vrij algemeen de regel aanvaard dat de rechter genadetermijnen kan verlenen in alle aangelegenheden, d.w.z. zowel voor contractuele als extra-contractuele schulden, tenware de wet die mogelijkheid uitdrukkelijk of expliciet uitschakelt (zie o.m. De Page, I, nr. 147; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 651-652; Van Oevelen, A. en Dirix, E., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2303). De vraag kan echter gesteld worden of het Hof van Cassatie deze zienswijze niet heeft afgewezen in het arrest van 13 september 1977 (*Arr. Cass.*, 1978, 45). Het ging hier om de voorziening in cassatie tegen een uitspraak van het Militair Gerechtshof waarin aan een persoon, die aansprakelijkheid was gesteld op grond van artikel 1386*bis* B.W., uitstel van betaling geweigerd werd, daar ,,artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek slechts betrekking heeft op de verbintenissen uit overeenkomst en terzake — aansprakelijkheid *ex* artikel 1386*bis* B.W. (R.K.) — dus niet toepasselijk is''. Het Hof van Cassatie verbrak dit arrest, daar artikel 1386*bis* B.W. zelf de rechter de bevoegdheid geeft om betaling van de naar billijkheid vastgestelde vergoeding in termijnen toe te staan. Belangrijk is hier echter dat het Hof van Cassatie daarbij uitdrukkelijk erkent ,,dat artikel 1244 van het Burgerlijk Wetboek alleen voor verbintenissen uit overeenkomst is geschreven'' (*ibid.*, 48). In zijn noot onder dit arrest nuanceert de annotator F.D. dit terecht als volgt: ,,Artikel 1244 ... maakt gewis deel uit van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, die geen betrekking hebben op de aansprakelijkheid buiten overeenkomst, doch wel op de verbintenissen uit overeenkomst; het is evenwel een toepassing, op dat laatste gebied, van een meer algemeen beginsel van billijkheid, dat gegrond is op een menslievendheidsgevoelen voor ongelukkige schuldenaars'' (*ibid.*, 46).

Of deze ontwikkeling weerslag zal hebben op de controverse of de rechter de bevoegdheid heeft om respijttermijnen toe te kennen aan de schuldenaar van

sociale zekerheidstermijnen, moet worden afgewacht. Zoals men weet, beweren sommigen dat uit artikel 28 van de wet van 27 juni 1969 betreffende de Rijksmaatschappelijke zekerheid en uit artikel 55 van het uitvoeringsbesluit van 28 november 1969, gewijzigd bij K.B. van 23 januari 1974, behoort te worden afgeleid dat het antwoord op deze vraag ontkennend moet luiden (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 160). De rechtspraak is echter in andere zin gevestigd (zie Arbh. Bergen, 25 juni 1976, *J.T.*, 1977, 76, concl. O.M. Ph. Gosseries en *J.T.T.*, 1977, 29; Arbh. Luik, 17 juni 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 202; Rb. Gent, 28 juni 1968, *R.W.*, 1969-70, 1349; zie ook Arbrb. Verviers, 1 april 1974, *Pas.*, 1974, III, 47; Arbrb. Doornik, 20 mei 1977, *J.T.*, 1977, 734; vgl. Arbh. Brussel, 13 juni 1975, *J.T.T.*, 1976, 56 (terugvordering van onverschuldigde pensioenuitkeringen).

Voor *wisselbrieven* en promessen mag de rechter geen uitstel van betaling verlenen (zie art. 74 en 77 Wisselbriefwet; Luik, 5 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 129).

Hetzelfde wordt veelal beslist t.a.v. *belastingsschulden* (Vandeputte, R., *o.c.*, 159; Rb. Brussel, 14 december 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, nr. 22465).

Wat betreft de bij het beëindigen van een arbeidsovereenkomst te betalen *opzeggingsvergoeding*, moet blijkbaar een onderscheid gemaakt worden naargelang deze verschuldigd is door de werknemer of de werkgever. Aan de werknemer kan overeenkomstig artikel 1244, lid 2 B.W. een genadetermijn worden toegekend, daar geen enkele wetsbepaling hiervan uitdrukkelijk of impliciet afwijkt (Steyaert, J., *Arbeidsovereenkomst*, Gent, 1973, nr. 876). De vraag of artikel 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, uitstel van betaling ten voordele van de werkgever al dan niet uitsluit, wordt verschillend beantwoord (zie en vgl. Arbrb. Luik, 19 mei 1971, *J.T.T.*, 1972, 6; Arbrb. Antwerpen, 15 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 1902, noot L. Lamine).

197. TERMIJN VAN RESPIJT (vervolg) — Hierboven werd de vraag reeds beantwoord of de toekenning van een respijttermijn door de rechter de schuldenaar van zijn aansprakelijkheid jegens de schuldeiser ontslaat (*supra*, nr. 180).

Het toegestane uitstel van betaling vervalt in de mate dat de schuld door *schuldvergelijking* tenietgaat (art. 1292 B.W.; Kh. Antwerpen, 3 mei 1973, en Antwerpen, 24 februari 1975, *R.W.*, 1975-76, 1905).

Voor procedurevragen i.v.m. de toekenning van respijttermijnen, zie o.m. Gent, 19 oktober 1978, *R.W.*, 1979-80, 1713; Arbrb. Verviers, 1 april 1974, *Pas.*, 1974, III, 47; Rb. Luik, 10 mei 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 34.

DEEL III

HET TENIETGAAN VAN VERBINTENISSEN

HOOFDSTUK I

NAKOMING VAN VERBINTENISSEN

198. BETALING AAN EEN ANDER DAN DE SCHULDEISER — Behoudens de in de wet voorziene uitzonderingen moet de betaling in handen van de schuldeiser zelf geschieden (art. 1239 e.v. B.W.).

Met de schuldeiser dient zijn lasthebber, zijn wettelijk vertegenwoordiger en zijn gerechtelijk gevolmachtigde gelijkgesteld te worden. In geval van betwisting moet degene die betaalde, aantonen — weliswaar met alle bewijsmiddelen — dat hij rechtsgeldig betaalde (Vandeputte, R., *o.c.*, 208-209). Derhalve, indien de schuldenaar beweert aan een lasthebber van de schuldeiser te hebben betaald, moet hij bewijzen dat die derde werkelijk door de schuldeiser gemachtigd werd om die betaling in ontvangst te nemen (Kh. Brussel, 17 december 1973, *B.R.H.*, 1974, 152; zie ook De Page, III, nrs. 423 en 426; *R.P.D.B.*, v° *Mandat*, nrs. 789 e.v.).

De huur is niet rechtsgeldig aan de verhuurder betaald, indien de betaling geschiedde in handen van iemand die geen macht had om voor hem te ontvangen en de verhuurder die betaling niet heeft bekrachtigd en er geen voordeel uit heeft getrokken (Cass., 6 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 429; art. 1239 B.W.).

199. INBETALINGGEVING — In beginsel kan de schuldeiser niet verplicht worden een andere zaak als betaling aan te nemen dan die welke hem verschuldigd is, al heeft de aangeboden zaak ook een gelijke of zelfs grotere waarde (zie art. 1243 B.W.). De schuldeiser is uiteraard gerechtigd om vrijwillig hiervan af te wijken en iets anders dan het verschuldigde als betaling te aanvaarden. Dit noemt men inbetalinggeving.

De vraag of inbetalinggeving schuldvernieuwing teweegbrengt of slechts een overeenkomst is over de manier van betalen, heeft reeds heel wat inkt doen vloeien (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 771 en de verwijzingen). Na het Hof van Beroep te Brussel (22 december 1967, *Pas.*, II, 126) heeft nu ook het Hof van Beroep te Bergen het standpunt van De Page aangenomen dat de inbetalinggeving ,,constitue simplement une convention quant aux modalités de payement, qui se superpose à l'obligation initiale, sans l'affecter, ni surtout l'éteindre, et qui — clause sous-entendue, mais évidente — laisse les droits résultant de cette obligation intacts si la dation en payement, exceptionnellement acceptée par le créancier, ne lui apporte pas toute la satisfaction qu'il est en droit d'en attendre'' (Bergen, 21 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 27; De Page, III, nr. 511).

200. BETALING PER CHEQUE, POSTCHEQUE, OVERSCHRIJVINGSORDER OF ANDER PAPIER — In de jongste decennia is het steeds gebruikelijker geworden om

geldschulden door bemiddeling van een financiële instelling of het Postcheckambt te betalen. Op grond van artikel 1243 B.W., dat bepaalt dat de schuldeiser niet genoodzaakt kan worden een andere zaak aan te nemen dan die welke hem verschuldigd is, wordt aangenomen dat de schuldeiser van een geldsom mag weigeren een cheque, postcheque, overschrijvingsorder of een ander papier met het oog op de betaling te aanvaarden (zie Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 370; zie ook Rb. Luik, 15 september, 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 21; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 771).

Wat loonuitkeringen in geld betreft, wordt deze regel bevestigd in artikel 5 Loonbeschermingswet: ,,De uitbetaling van het loon in geld moet gebeuren van hand tot hand. Met de schriftelijke instemming van de werknemer mag de uitbetaling evenwel gebeuren door toedoen van het Bestuur der posterijen, het Bestuur der postchecks, een bank, de Algemene Spaar- en Lijfrentekas, het Gemeentekrediet van België of de private spaarkassen beheerd volgens de bepalingen van het koninklijk besluit van 23 juni 1967''. Derhalve kan een werknemer niet verplicht worden een cheque, weze het een circulaire — d.i. een door de uitgevende bank gewaarborgde en gemakkelijk verzilverbare — cheque, te aanvaarden (Antwerpen, 28 april 1977, *T.S.R.*, 1977, 357; zie ook Stuyck, J., ,,Problemen omtrent de girale uitbetaling van het loon'', *T.S.R.*, 1977, 344-346 en de aldaar besproken rechtspraak). Geldt deze regel nog wanneer de uitbetaling in speciën door het toenemend aantal gewapende overvallen grote gevaren loopt? Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde in een specifiek geval dat zo'n noodtoestand niet voorhanden was, maar dat mocht zo'n toestand ontstaan de overheid behoorde in te grijpen. Zou desondanks de betaling in speciën wegens overmacht onmogelijk blijken, dan moest de werkgever aan zijn werknemers de keuze laten van financiële instelling. In ieder geval kan de werkgever dan niet eigenmachtig beslissen dat de werknemers een cheque van een welbepaalde financiële instelling moeten aanvaarden (Antwerpen, 28 april 1977, *T.S.R.*, 1977, 357).

De betaling door middel van bovengenoemde bescheiden heeft echter zo'n grote praktische voordelen, dat de *wetgever* in een aantal gevallen afwijkingen van de regel heeft doorgevoerd. Zo mogen, in de betrekkingen tussen handelaars optredend naar aanleiding van de uitoefening van hun handel, deze personen de betalingen of stortingen van tenminste 10.000 BF niet weigeren, die uitgevoerd worden door middel van een overschrijving of cheque (zie art. 3 K.B. nr. 56 van 10 november 1967 tot bevordering van het gebruik van giraal geld; zie ook Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 370). Vermeldenswaard is ook dat de wetten van 17 mei 1920 en 19 maart 1948 aan de Staat toelaten alle betalingen langs het Postchequeambt te doen.

Uiteraard kunnen partijen ook *contractueel* van de hoofdregel afwijken (Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 370). Partijen kunnen daartoe hun toestemming uitdrukkelijk of stilzwijgend verlenen (art. 5 Loonbeschermingswet vormt hierop een uitzondering). De wilsleer wordt m.i. echter enigszins geweld aangedaan, indien men beweert dat tussen handelaars een stilzwijgende wederzijdse toestemming bestaat om deze betalingsbescheiden aan te nemen, zelfs wanneer

de wetgever die verplichting niet oplegt (Vandeputte, R., *o.c.*, 221). Die toestemming kan uiteraard wel afgeleid worden uit de vermelding van een bank- of postchequerekening op briefpapier, facturen e.d.

201. BETALING PER CHEQUE, ENZ. (vervolg) — Eensgezind wordt aangenomen dat zowel in geval van verplichte als van vrijwillige aanvaarding door de schuldeiser van een cheque, postcheque, overschrijvingsorder of een ander papier met het oog op de betaling, die aanneming geschiedt onder voorbehoud van goede afloop. Minder eensgezindheid bestaat echter bij de beantwoording van de vraag op welk tijdstip zo'n betaling plaatsgrijpt.

Het Hof van Cassatie heeft in de jongste jaren herhaaldelijk beslist dat wanneer een schuld per cheque betaald wordt, deze schuld niet teniet gaat door het overhandigen van dit effect aan de schuldeiser, maar door het ter beschikking stellen aan de schuldeiser van het bedrag van zijn schuldvordering. M.a.w. betaling gebeurt niet op het ogenblik van de afgifte van de cheque aan de schuldeiser, maar op het tijdstip dat diens rekening gecrediteerd wordt of dat de verschuldigde som hem in speciën wordt overhandigd (zie Cass., 6 januari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 4411; Cass., 21 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 370; zie ook Rb. Marche-en-Famenne, 22 april 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 285; Arbrb. Dinant, 29 maart 1978, *J.T.T.*, 1979, 49; Vandeputte, R., *o.c.*, 221).

Het Franse Hof van Cassatie heeft t.a.v. deze vraag een ander standpunt ingenomen. Volgens dit Hof grijpt de betaling plaats op het ogenblik dat de schuldeiser het betalingsbescheid in ontvangst neemt (zie Cass. fr., 2 december 1968, *J.C.P.*, 1969, II, nr. 15775, noot Besson; Cass. fr., 17 mei 1972, D., 1973, 129, noot Gavalda; zie ook Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 672-673).

Dat voor de Franse opvatting wel wat te zeggen valt, moge blijken uit volgende *casus*. Krachtens een beding in een ongevallenverzekeringscontract wordt de dekking van het verzekerde risico geschorst, indien de premie niet tijdig betaald wordt. Wanneer de premie naderhand toch nog wordt betaald, wordt het risico opnieuw gedekt vanaf de dag volgend op die van de betaling. Een man die zijn verzekeringspremie niet had betaald, werd door zijn verzekeraar *in mora* gesteld. Op 16 september 1974 geeft de verzekeringsnemer opdracht aan zijn bank om de verschuldigde premie op de postchequerekening van de verzekeraar te storten. De bank voerde deze opdracht uit op 23 september 1974. Alhoewel het Postchequeambt de storting op die datum ontving werd de rekening van de verzekeraar pas op 25 september 1974 gecrediteerd. Op diezelfde dag werd de verzekerde het slachtoffer van een ongeval. De verzekeraar beweert de gevraagde vergoeding — 400.000 BF. — niet te moeten uitkeren daar het risico pas opnieuw gedekt werd vanaf 26 september 1974, d.w.z. de dag nadat de premie effectief betaald was. De rechtbank — in overeenstemming met de rechtspraak van ons Hof van Cassatie — gaf de verzekeraar gelijk (Rb. Marche-en-Famenne, 22 april 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 285; *contra*: Kh. Brussel, 25 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 225; Van Ommeslaghe, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 673-674).

Vermeldenswaard is tenslotte het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Verviers waarin beslist wordt dat de schuldenaar die zijn schuld betaalt door middel van het

Postchequeambt de schadelijke gevolgen moet dragen van de fouten die door deze instelling, als zijn mandataris, worden begaan (Arbrb. Verviers, 27 januari 1975, *Pas.*, 1976, III, 6).

202. PLAATS VAN BETALING — ,,De betaling moet in beginsel gedaan worden op de plaats die door de overeenkomst is aangewezen'' (art. 1247, lid 1 B.W.). De aanduiding in de overeenkomst van de plaats waar een verbintenis nagekomen moet worden, kan *uitdrukkelijk* of *stilzwijgend* geschieden. Wat dit laatste betreft houdt men in belangrijke mate rekening met de *aard van verbintenis en overeenkomst* en met de tussen partijen *gebruikelijke bedingen*. Overeenkomstig artikel 1135 B.W. dient terzake ook belang te worden gehecht aan de *rechtsgebruiken* (zie Brussel, 22 juni 1973, *R.W.*, 1974-75, 477 (verzekering); Brussel, 10 juni 1976, *B.R.H.*, 1977, 206 (exclusiviteitsovereenkomst); Kh. Verviers, 3 juni 1976, *B.R.H.*, 1978, 609 (exclusiviteitsovereenkomst); Kh. Brussel, 25 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 225 (handelsvertegenwoordiging); over het onderscheid tussen gebruik en gebruikelijk beding, zie *supra*, nr. 99). Indien de partijen geen schikking troffen betreffende de plaats van betaling, dient de in artikel 1247, lid 2 B.W. vervatte regeling te worden toegepast. Wat *geldsommen* betreft, dient de betaling dan te geschieden ten huize van de debiteur, m.a.w. geldschulden zijn dan *haalbaar* en niet draagbaar (zie b.v. Vred. Verviers, 1 april 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 247; Kh. Brussel, 30 mei 1974, *J.T.*, 1974, 676, noot G. Bricmont en J.-M. Philips). Terloops weze opgemerkt dat de plaats van betaling vaak nog van groot belang is om de bevoegdheid van de rechtbank *ratione loci* te bepalen (*cf.* de hierboven vermelde rechtspraak; zie ook Laenens, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1981, 62).

203. AANBOD VAN BETALING EN CONSIGNATIE — Eén van de weinige regelingen van het schuldeisersverzuim in ons recht is de procedure van aanbod van betaling en consignatie (art. 1257 -1263 B.W.; zie ook art. 1352-1357 Ger.W.). Deze regeling is echter zo ingewikkeld, dat in de praktijk vaak naar andere middelen wordt gegrepen. Zo is het bekend dat bij een betwisting tussen partijen de betwiste som vaak op de rekening van één van de raadslieden of zelfs op een gemeenschappelijke rekening van beide raadslieden wordt gestort, tot de rechter over het geschil uitspraak heeft gedaan. Wanneer partijen hiertoe in gemeenschappelijk akkoord overgaan, kan dat niet beschouwd worden als een aanbod van betaling en consignatie en zijn de artikelen 1257 e.v. B.W. niet van toepassing (zie Cass., 17 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 725).

204. TOEREKENING VAN BETALINGEN — Wanneer een schuldenaar verscheidene schulden van dezelfde aard heeft jegens eenzelfde schuldeiser of wanneer een schuld interest opbrengt, en de schuldeiser een betaling ontvangt die niet voldoende is om alle schulden of de gehele schuld te voldoen, rijst de vraag welke schuld of welk gedeelte van de schuld door die betaling gedelgd wordt. Deze toerekening van de betaling wordt geregeld in de artikelen 1253 tot en met 1256 B.W.

Bij toepassing van artikel 1253 B.W. komt het imputatierecht in de eerste plaats toe aan de schuldenaar die de betaling verricht. In artikel 1254 B.W. wordt dit recht echter beperkt: de schuldenaar moet eerst de interesten en dan pas de hoofdsom aanzuiveren. Uit deze bepaling wordt veelal de algemene regel afgeleid dat de toerekening steeds moet geschieden met inachtneming van de rechtmatige belangen van de schuldeiser. Derhalve, indien de schuldenaar tot twee ongelijke schulden gehouden is en indien hij een bedrag betaalt dat overeenstemt met de mindere schuld, kan hij dit niet toerekenen op de grotere schuld. De schuldeiser kan immers niet gedwongen worden een gedeeltelijke betaling te aanvaarden. Evenzo kan de schuldenaar een betaling niet toerekenen op een nog niet vervallen schuld, indien de tijdsbepaling in het voordeel van de schuldeiser bedongen is (De Page, III, nr. 488).

Een interessante toepassing van dit beginsel werd gemaakt in het vonnis van de Burgerlijke Rechtbank te Brussel van 27 januari 1978 (*J.T.*, 1978, 597, met noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22389). Het ging hier om een gedeelteljke betaling door een schuldenaar die twee geldschulden had jegens dezelfde schuldeiser en die beiden interesten opbrachten. Diende de toerekening eerst te gebeuren op de interesten van beide schulden en vervolgens op het kapitaal daarvan (*cf.* art. 1254 B.W.) of diende men integendeel eerst op de interesten van de eerste schuld te imputeren, vervolgens op het kapitaal van die eerste schuld, daarna op de interesten van de tweede schuld en ten slotte op het kapitaal van die tweede schuld (*cf.* art. 1257 B.W.)? Voor eerstgenoemde oplossing pleit het argument dat de zekerheden die voor het kapitaal zijn gesteld, de interesten veelal niet of slechts in mindere mate dekken. Op het eerste gezicht zou deze regeling dus gunstiger zijn voor de schuldeiser. Dat is wellicht de reden waarom de Burgerlijke Rechtbank te Brussel, zich beroepend op artikel 1254 B.W., in deze zin besliste (in dezelfde zin ook Huc, *Droit civil,* VIII, 114; Laurent, *Droit civil,* III, 59 e.v.; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, nr. 1258; Cass. fr., 25 november 1862, *D.*, 1863, 1, 19). Het nadeel van deze oplossing is echter dat zij betaling van een geldschuld door een derde sterk bemoeilijkt. Dat is de reden waarom in het Benelux-Voorontwerp inzake nakoming van verbintenissen een keuze tussen beide oplossingen aan het oordeel van de rechter is overgelaten (zie de toelichting bij art. 17 van het ontwerp; lees over het ontwerp in het algmeen, Van Opstal, S.N., ,,Ontwerp-Benelux-Overeenkomst inzake nakoming van verbintenissen'', *T.P.R.*, 1973, 697-739).

Wanneer de schuldenaar bij de betaling niet verklaard heeft welke schuld hij voldoet en de schuldeiser ook niet de imputatie gedaan heeft in de door de schuldenaar aangenomen kwijting (zie de art. 1253 en 1255 B.W.), zal men bij de toerekening de in artikel 1256 B.W. vervatte regels toepassen. De eerste regel is dan dat de betaling moet geïmputeerd worden op de schuld die de debiteur, onder alle vervallen schulden, het meeste belang had te voldoen. Geeft deze regel geen oplossing, dan moet de betaling toegerekend worden op de vervallen schuld en pas daarna op de niet vervallen schuld. De derde regel is dat bij schulden van gelijke aard de toerekening op de oudste geschiedt. Biedt ook dat geen oplossing, dan moet de imputatie gebeuren op alle schulden naar evenredigheid (voor enkele toepassingen zie Antwerpen, 15 juni 1977, *R.W.*, 1978-79, 1165; Kh. Brussel,

26 januari 1978, *B.R.H.*, 1978, 404; Vred. Grivegnée, 13 november 1974, *Res et Jura Immobilia*, 1976, 23; zie ook t'Kint, F., ,,L'application de l'article 445, alinéa 4 de la loi sur les faillites aux sûretés constituées en période suspecte en garantie du solde d'un compte courant'', *R.C.J.B.*, 1975, 89 e.v.).

HOOFDSTUK II

BETALING MET SUBROGATIE

205. CONVENTIONELE SUBROGATIE — Krachtens artikel 1250, 1° B.W. geschiedt indeplaatstelling bij overeenkomst, wanneer de schuldeiser, die betaling ontvangt van een derde persoon, hem doet treden in zijn rechten, rechtsvorderingen, voorrechten of hypotheken tegen de schuldenaar; deze indeplaatstel.ing moet uitdrukkelijk en gelijktijdig met de betaling geschieden.

De verzekeraar van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, die het slachtoffer van een ongeval schadeloos heeft gesteld en die krachtens overeenkomst in de rechten is getreden van dat slachtoffer tegen de voor het ongeval aansprakelijke derde, kan geen andere rechten uitoefenen dan die welke dit slachtoffer zelf tegen de aansprakelijke derde had kunnen laten gelden; deze laatste kan derhalve tegen de verzekeraar de verweermiddelen en excepties, met inbegrip van de exceptie van gewijsde, aanvoeren die hij aan de rechtsvordering van het slachtoffer had kunnen tegenwerpen (Cass., 26 april 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 926). Opgemerkt dient evenwel dat het hier een conventionele subrogatie *lato sensu* betreft, daar de verzekeraar niet andermans schuld, maar zijn eigen schuld betaalt.

Alhoewel in de rechtspraktijk in ons land als basis voor *factoring* vooral een beroep gedaan wordt op het endossement van de factuur (wet van 25 oktober 1919, gewijzigd door de wet van 31 maart 1958), biedt ook de conventionele subrogatie een valabele grondslag voor deze rechtsfiguur (zie hierover Braeckmans, H., *Factoring. Een juridische analyse*, Brussel, 1979, 175-191; Philippe, D., ,,La subrogation: support juridique du factoring en Belgique?'', *J.T.*, 1980, 233 e.v.).

206. WETTELIJKE SUBROGATIE — Artikel 5, lid 1 Hypotheekwet bepaalt o.m. dat de indeplaatsstelling in een schuldvordering waarvoor een hypotheek of een onroerend voorrecht bestaat, niet tegenstelbaar is aan derden, tenzij na vermelding in de rand van de inschrijving bij de bewaarder der hyptheken, hetgeen slechts verkregen kan worden mits voorlegging van een authentieke, notariële akte. De vraag of deze regel niet alleen geldt voor de conventionele, maar ook voor de wettelijke subrogatie, wordt door de heersende rechtsleer en rechtspraak bevestigend beantwoord (zie Cass., 19 mei 1977, I, 310; De Page, III, nr. 538; Bergen, 23 maart 1977, *Pas.*, 1977, II, 200; *contra*: Laurent, XXIX, nr. 236).

207. WETTELIJKE SUBROGATIE – ARTIKEL 1251, 1° B.W. — Krachtens artikel 1251, 1° B.W. geschiedt indeplaatsstelling van rechtswege ten voordele van hem die, zelf schuldeiser zijnde, een andere schuldeiser betaalt, die voorrang boven hem

heeft uit hoofde van zijn voorrechten of hypotheken. Deze regel steunt op de overweging — zoals A. Van Oevelen schrijft — dat iedere schuldeiser, zelfs een hypothecaire, er belang bij kan hebben de schuldeisers te betalen die voorrang boven hem hebben, om te verhinderen dat de gedwongen verkoop van goederen van de debiteur op een ongelegen ogenblik zou plaatsgrijpen (*o.c., R.W.*, 1979-80, 182). Zij dient dan ook de belangen van alle betrokkenen.

Voor de toepassing van deze regel is vereist dat de *solvens* zelf schuldeiser is en dat hij deze hoedanigheid reeds bezat vóór de betaling in handen van de schuldeiser die voorrang op hem heeft uit hoofde van een voorrecht of hypotheek. Veelal zal het gaan om twee schuldeisers van dezelfde schuldenaar, maar daarop bestaat wel een uitzondering: het volstaat immers dat de *solvens* het recht heeft om in samenloop te komen met de schuldeiser die hij betaalde, op de prijs van het onroerend goed dat bezwaard is met een voorrecht of een hypotheek (Bergen, 23 maart 1977, *Pas.*, 1977, II, 200; *J.T.*, 1977, 748; *Rev. Not. B.*, 1978, 91; zie ook De Page, III,, nr. 541; *R.P.D.B.*, v° *Obligations*, nr. 1324).

208. WETTELIJKE SUBROGATIE – ARTIKEL 1251, 2° B.W. — Krachtens artikel 1251, 2° B.W. geschiedt indeplaatsstelling van rechtswege ten voordele van de verkrijger van een onroerend goed, die de prijs van het verkregen goed besteedt tot betaling van de schuldeisers ten behoeve van wie dat goed met hypotheek was bezwaard.

In een korte maar duidelijke studie toont G.P. Nicolas aan dat deze regel haar volle waarde behoudt bij de vrijwillige verkoop van onroerende goederen, maar haar betekenis grotendeels heeft verloren zo het een gerechtelijke verkoop betreft (Nicolas, G.P., ,,La subrogation dans la vente judiciaire'', *Rev. Not. B.*, 1980, 171).

209. WETTELIJKE SUBROGATIE – ARTIKEL 1251, 3° B.W. — Krachtens artikel 1251, 3° B.W. geschiedt indeplaatsstelling van rechtswege ten voordele van hem die, met anderen of voor anderen tot betaling van een schuld gehouden zijnde, er belang bij had deze te voldoen.

De aannemer die er zich contractueel toe verbonden heeft de bouwheer te vrijwaren tegen eventuele vorderingen wegens burenhinder en die op die grond een schadevergoeding uitkeert, wordt niet overeenkomstig artikel 1251, 3° BW. van rechtswege gesubrogeerd in de gebeurlijke rechten van de bouwheer tegen andere medeveroorzakers van de geleden schade. Immers, hij is niet met anderen of voor anderen gehouden, zo hij niet persoonlijk aansprakelijk is op grond van de artikelen 544 en 1382 e.v. B.W. M.a.w. de aannemer wordt niet gesubrogeerd, daar hij slechts zijn eigen schuld heeft betaald (Brussel, 30 december 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10063 noot R.O. Dalcq). Daar ook de *actio de in rem verso* de aannemer hier geen uitkomst biedt — de oorzaak van zijn verarming is het vrijwaringsbeding —, kan hij zijn rechten slechts veilig stellen door een contractuele indeplaatstelling (*ibid.*).

Op een onroerend goed, waarvan A voor 55 % en B voor 45 % eigenaar waren, werd een hypotheek gevestigd tot zekerheid van de terugbetaling van een bedrag

dat voor 90 % aan A en voor 10 % aan B werd geleend. Het goed werd bij dadelijke uitwinning verkocht en de schuld werd met de opbrengst voldaan. Daar B hierdoor meer dan zijn aandeel in de schuld — 10 % van de lening — heeft betaald, wordt hij overeenkomstig artikel 1251, 3° B.W. van rechtswege gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser, met inbegrip van diens hypothecaire zekerheid (Antwerpen, 24 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 2087; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1976, nr. 22070).

Wat het verhaalsrecht betreft van de *in solidum* veroordeelde debiteur, op grond van artikel 1251, 3° B.W., leze men Van Quickenborne, M., *Het regres van de in solidum veroordeelde schuldenaar*, Antwerpen, 1975.

210. GEVOLGEN — Na een brand van een verhuurd gebouw wordt de eigenaar gedeeltelijk vergoed door de verzekeringsmaatschappij waarbij hij zijn gebouw tegen dat risico heeft laten verzekeren. Deze verzekeraar wordt dan gesubrogeerd in de rechten van de verhuurder tegen de huurder of diens verzekeraar overeenkomstig artikel 22 van de Verzekeringswet. Daar de eigenaar onvoldoende verzekerd was, zal hij de resterende schade trachten te verhalen op zijn huurder of, gemakkelijker nog, op diens verzekeraar op grond van de rechtstreekse vordering verleend door artikel 38 Verzekeringswet. Het is dan normaal dat de huurder of diens verzekeraar geconfronteerd wordt met schadevergoedingseisen van de eigenaar en de gedeeltelijk in diens rechten gesubrogeerde verzekeraar. In dat geval kan de verhuurder-eigenaar zijn rechten, voor wat hem nog verschuldigd blijft, uitoefenen bij voorkeur boven degene van wie hij slechts een gedeeltelijke betaling bekomen heeft, *in casu* zijn verzekeraar (art. 22, lid 3 Verzekeringswet dat steunt op art. 1252 B.W.; zie Gent, 10 februari 1972, *De Verz.*, 1974, 419, noot A.T.). Deze regel steunt op het adagium *Nemo contra se subrogasse censetur* (Vandeputte, R., *o.c.*, 236). Op dit punt bestaat er een belangrijk verschil met de cessie van een schuldvordering, daar de verkrijger in die hypothese naast de schuldeiser komt te staan (zie De Page, III, nrs. 552B en 554).

HOOFDSTUK III

SCHULDVERNIEUWING

211. NOVATIE EN OVERDRACHT VAN SCHULDVORDERING — Het belangrijkste verschil tussen novatie door verandering van schuldeiser en cessie van een schuldvordering ligt hierin dat bij novatie de oude schuldvordering tenietgaat en vervangen wordt door een nieuwe, terwijl bij cessie de schuldvordering als dusdanig behouden blijft maar overgedragen wordt aan een andere persoon. De overdracht van een schuldvordering kan bovendien geschieden zonder medewerking van de schuldenaar (*cf.* art. 1690 B.W.), terwijl voor novatie de toestemming van die debiteur onontbeerlijk is (zie De Page, III, nr. 564; Van Ommeslaghe, P., ,,La transmission des obligations en droit positif belge'', in Centre de droit des obligations U.C.L. (ed.), *La transmission des obligations*, Brussel, 1980, 130-131).

Het endossement van een factuur is geen novatie door verandering van schuldeiser, maar een overdracht van schuldvordering (Kh. Luik, 18 juni 1979, *Jur. Liège*, 1979, 413).

212. NOVATIE DOOR VERANDERING VAN SCHULD — Luidens artikel 1271, 1° BW. is er novatie door verandering van schuld, wanneer de schuldenaar een nieuwe schuld aangaat welke gesteld wordt in de plaats van de oude, die tenietgaat.

Behalve wanneer partijen anders overeenkomen, dient de wijziging van het voorwerp van de verbintenis wezenlijk te zijn. Het vermoeden dat de wil bestaat om te noveren ontbreekt trouwens wanneer het gaat om de wijziging van ondergeschikte punten (zie De Page, III, 580; Vandeputte, R., *o.c.*, 184 en 185-286; zie ook Kh. Charleroi, 16 januari 1975, *B.R.H.*, 1976, 116).

Schuldvernieuwing kan tot stand komen, wanneer de partijen bij een arbeidsovereenkomst de oorspronkelijk in de overeenkomst opgenomen loonbepalingen teniet doen en door nieuwe loonbepalingen vervangen, ook al blijven de andere bedingen van de arbeidsovereenkomst onveranderd (Cass., 28 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1137).

213. NOVATIE DOOR VERANDERING VAN SCHULDENAAR — Is de overdracht van een schuldvordering mogelijk zonder toestemming van de schuldenaar, dan is de *overdracht van een schuld* niet mogelijk zonder de instemming van de schuldeiser (voor enkele toepassingen zie Arbh. Antwerpen, 20 december 1976, *T.S.R.*, 1977, 144; Kh. Tongeren, 26 januari 1978, *B.R.H.*, 1978, 645; zie ook Van Ommeslaghe, P., *o.c., Transmission des obligations*, 142 e.v.; Keereman, E., „Het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst in geval van bedrijfsoverdracht", *T.S.R.*, 1978, 377 e.v. en de verwijzingen).

Een delegatieovereenkomst veronderstelt dat de delegant opdracht geeft aan zijn schuldenaar, de gedelegeerde, om zich persoonlijk en rechtstreeks te verbinden, tegenover de schuldeiser van de delegant om voor rekening van deze laatste een betaling te verrichten, welke verbintenis door gezegde schuldeiser, delegataris, aanvaard wordt (Kh. Brugge, 18 oktober 1973, *R.W.*; 1973-74, 882; zie Ronse, J., *Delegatieovereenkomst*, in *A.P.R.*, Brussel, 1954, nrs. 1 e.v.).

Wanneer de delegataris de delegant van zijn verbintenis ontslaat, is er *schuldverniewende delegatie. Gebeurt dit niet, dan is de gedelegeerde naast de delegant gehouden; men spreekt dan van eigenlijke delegatie*. De gebruikelijke uitdrukkingen volkomen en onvolkomen delegatie zijn af te raden (zie Ronse, J., *ibid.*; voor een toepassing, zie Kh. Brussel, 8 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 551).

Wanneer de gedelegeerde aldus een verbintenis aangaat jegens de delegataris, maar betaalt in handen van de delegant, is hij niet bevrijd jegens de delegataris en kan hij verplicht worden een tweede maal te betalen (Rb. Luik, 3 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 231).

Wanneer echter uit niets blijkt dat de zogenaamde *gedelegeerde een persoonlijke en rechtstreekse verbintenis* tot betaling jegens de zogenaamde delegataris op

zich heeft genomen, is er geen sprake van een delegatieovereenkomst. In dat geval moet de toestemming die de zogenaamde delegant aan de zogenaamde gedelegeerde geeft om aan de zogenaamde delegataris te betalen, beschouwd worden als aanwijzing van een *accipiens*, welke aanwijzing een louter lastgeving is (Kh. Brugge, 18 oktober 1973, *R.W.*, 1973-74, 882; zie Ronse, *o.c.*, nr. 62).

Krachtens artikel 1275 B.W. brengt een delegatie waarbij een schuldenaar aan de schuldeiser een andere schuldenaar geeft die zich tegenover de schuldeiser verbindt, geen schuldvernieuwing teweeg, indien de schuldeiser er niet duidelijk in heeft toegestemd dat hij zijn schuldenaar die de delegatie heeft gedaan, van zijn verbintenis ontslaat. Derhalve kan een verzekeraar, zelfs bij gebrek aan een akkoord van de verzekerde, aan een derde het beheer over zijn verzekeringsportefeuille toevertrouwen en de verzekeringspremies laten innen door die derde, zonder artikel 1275 B.W. te schenden. Immers, door aanwijzing van deze lasthebber is er geen schuldvernieuwing ontstaan t.a.v. de schuld van de verzekeraar in geval van schade (Cass., 6 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 310).

Indien de delegant niet tot de overeenkomst toetreedt, is er geen delegatie. Het contract tussen ,,gedelegeerde'' en ,,delegataris'' wordt *expromissio* genoemd, wanneer volkomen schuldenaarsvervanging plaatsgrijpt zonder medewerking van de oorspronkelijke schuldenaar en *adpromissio*, wanneer de ,,gedelegeerde'' zich naast de oorspronkelijke debiteur verbindt (Ronse, J., *o.c.*, nrs. 38 e.v.; De Page, III, nr. 561; *anders*: Van Ommeslaghe, *o.c.*, in *La transmission des obligations*, 148-149, die m.i. ten onrechte een *expromissio* ziet in het geval behandeld door Cass., 6 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 310).

214. INZICHT OM TOT NOVATIE OVER TE GAAN — Krachtens artikel 1273 B.W. wordt schuldvernieuwing niet vermoed; de wil om ze tot stand te brengen moet duidelijk uit de handeling blijken. Deze regel mag niet te eng worden geïnterpreteerd. Novatie moet niet uitdrukkelijk bedongen zijn; de toestemming daartoe kan ook stilzwijgend plaatsgrijpen. De regel dat schuldvernieuwing niet vermoed wordt, betekent geenszins dat schuldvernieuwing niet door vermoedens bewezen kan worden (De Page, III, 586; zie Kh. Charleroi, 6 maart 1974, *B.R.H.*, 1975, 337, noot). De wil om te noveren moet echter duidelijk vaststaan en kan niet uit vage veronderstellingen worden afgeleid. In geval van twijfel moet de rechter zich tegen novatie uitspreken. Dit geldt ook in handelszaken (zie De Page, III, 583 e.v.; vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 778; Brussel, 7 december 1977, *J.T.*, 1978, 330; Rb. Aarlen, 12 juni 1973, *Jur. Liège*, 1973-74, 109; Kh. Charleroi, 16 januari 1975, *B.R.H.*, 1976, 116; Kh. Brussel, 8 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 551; *supra*, nr. 35).

HOOFDSTUK IV

SCHULDVERGELIJKING

215. ALGEMEEN — De *exceptio non adimpleti contractus* en die welke gegrond is op schuldvergelijking verschillen fundamenteel van elkaar, daar schuldvergelij-

king een wijze is waarop verbintenissen geheel of ten dele tenietgaan, terwijl de exceptie van niet-uitvoering geen ander gevolg heeft dan de schorsing van de uitvoering van de verbintenis van degene die er zich op beroept (zie Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36; *R.C.J.B.*, 1974, 352, noot M.-L., Stengers; zie ook Luik, 7 januari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 193).

Schending van de wettelijke regels inzake schuldvergelijking raakt de *openbare orde* niet (Cass., 19 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978,79, 722; zie ook De Page, III, nr. 619, p. 620 e.v.; Beslagr. Gent, 11 oktober 1971, *R.W.*, 1973-74, 1551).

216. WETTELIJKE COMPENSATIE – VEREISTEN — De wettelijke schuldvergelijking veronderstelt dat twee personen op elkaar een effen en opeisbare schuldvordering bezitten waarvan het voorwerp bestaat uit vervangbare zaken van dezelfde aard (Vandeputte, R., *o.c.*, 294). Zijn deze voorwaarden verenigd, dan geschiedt de compensatie van rechtswege uit kracht van de wet, zelfs buiten weten van de schuldenaars (art. 1290 B.W.).

De wederkerige schuldvorderingen moeten tussen *dezelfde personen* bestaan. Ziehier een toepassing van deze regel. Een particulier geeft aan een aannemer opdracht de ruwbouw van een gebouw uit te voeren. Het contract bepaalt dat de prijs zal betaald worden aan de aannemer door de bouwpromotor handelend in hoedanigheid van lasthebber van de opdrachtgever. Wanneer de aannemer failliet gaat, beweert de bouwpromotor dat schuldvergelijking heeft plaatsgehad tussen de schuldvordering van de aannemer op de opdrachtgever en een schuldvordering van de bouwpromotor tegenover de aannemer. Terecht oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de schuldvorderingen niet tussen dezelfde personen bestonden en dat schuldvergelijking derhalve uitgesloten was (Rb. Brussel, 17 juni 1968, *B.R.H.*, 1975, 292).

Wettelijke compensatie vereist dat de schuldvorderingen *effen* zijn, d.w.z. dat het bestaan en het bedrag ervan vaststaan (voor een toepassing, zie Rb. Luik, 2 maart 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 204).

Bovendien moeten de twee schuldvorderingen *opeisbaar* zijn (voor een toepassing, zie Rb. Luik, 2 maart 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 204).

Tenslotte moeten de schuldvorderingen *vervangbare zaken van dezelfde soort* tot voorwerp hebben. In de praktijk betekent dit veelal dat het om geldschulden moet gaan.

217. WETTELIJKE COMPENSATIE – RECHTEN VAN DERDEN — Krachtens artikel 1298 B.W. heeft schuldvergelijking niet plaats ten nadele van de verworven rechten van een derde.

Dientengevolge zal schuldvergelijking niet geschieden tussen enerzijds de schuldvordering voortspruitende uit een factuur, uitgeschreven door een toekomstige gefailleerde en op regelmatige wijze aan een derde geëndosseerd, en anderzijds de schuldvordering die de debiteur van genoemde factuur op de gefailleerde bezit, doch die niet eisbaar was op het ogenblik van het endossement van die factuur (Kh. Gent, 6 november 1975, *B.R.H.*, 1976, 380; zie ook Van

Ommeslaghe, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, 698 e.v.; *cf.* art. 1295, lid 2 B.W.; Wymeersch, E., ,,Overdracht van vordering door endossement van de factuur en tegenwerpelijkheid van de excepties'', *R.W.*, 1980-81, 1105 e.v.; Kh. Leuven, 19 september 1972, *B.R.H.*, 1972, 615).

218. GEVALLEN WAARIN COMPENSATIE UITGESLOTEN IS — Luidens artikel 1293, 3° B.W. is schuldvergelijking uitgesloten in geval van een schuldvordering uit hoofde van *levensonderhoud* die verklaard is niet vatbaar voor beslag te zijn. Daar artikel 1410, § 2, 1° Ger.W. uitdrukkelijk bepaalt dat de gezinsbijslagen, onverminderd het in § 4 bepaalde, niet vatbaar zijn voor overdracht of beslag, kan betaling van de bijdragen voor het sociaal statuut aan de sociale verzekeringskas niet gebeuren via wettelijke, gerechtelijke of conventionele compensatie met de kinderbijslagen die verschuldigd zijn door de sociale verzekeringskas aan de zelfstandige (Arbrb. Brugge, 23 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2453; *cf.* Cass., 19 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 722). Rechtspraak en rechtsleer zijn van oordeel dat de regel vervat in artikel 1293, 3° B.W. niet strikt beperkt moet worden tot onderhoudsgelden, maar moet gelden voor alle in de artikelen 1408 en 1412 Ger.W. vermelde schuldvorderingen die niet in beslag kunnen worden genomen (zie Vandeputte, R., *o.c.*, 299).

Artikel 1293, 2° B.W. bepaalt dat schuldvergelijking uitgesloten is in geval van een eis tot teruggave van *iets dat in bewaring of bruikleen is gegeven* (zie ook art. 1885 B.W.; Brussel, 7 december 1977, *J.T.*, 1978, 330; voor een bespreking van dit arrest zie Coppens, P. en t'Kint, F., ,,Examen de jurisprudence (1974 à 1979). Les faillites et les concordats'', *R.C.J.B.*, 1979, 390 e.v.).

De *faillietverklaring* schakelt in principe vanaf die datum iedere compensatie uit, dit om de gelijkheid tussen de gewone schuldeisers te waarborgen (zie art. 444 en 561 Faill.W.; Kh. Verviers, 28 mei 1973, *B.R.H.*, 1975, 362). Een uitzondering op deze regel vormen de schuldvorderingen die voorvloeien hetzij uit eenzelfde wederkerig contract, hetzij uit wederkerige verhoudingen die eng verbonden of ondeelbaar zijn (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1975, 782 en de verwijzingen; *adde*: Cass., 7 december 1961, *Pas.*, 1962, I, 440; Rb. Brussel, 17 juni 1968, *B.R.H.*, 1975, 292). Aldus weerhield het Hof van Beroep te Bergen de verknochtheid i.v.m. een aannemingsovereenkomst tussen de vordering van de opdrachtgever wegens het niet voltooien van de bouw en de schuldvordering van de aannemer tot betaling van het saldo van de prijs der werken, daar ,,le droit de créance du coût des travaux n'a jamais existé dans le patrimoine du failli (d.i. de aannemer) que lié à son obligation de remplir ses propres engagements'' (Bergen, 2 november 1976, *Pas.*, 1977, II, 132; zie ook De Wilde, L., en Galaude, H., ,,Overzicht van rechtspraak (1969-1974). Faillissement en gerechtelijk akkoord'', *T.P.R.*, 1974, 818-819).

Krachtens artikel 445, lid 3 Faill.W. is de contractuele compensatie gesloten tijdens de verdachte periode, ongeldig (zie ook Leclercq, J.F., ,,Compensation légale et paiement en marchandises pendant la période suspecte ou les dix jours qui précèdent cette période'', *B.R.H.*, 1975, 141 e.v.). Het Hof van Beroep te Bergen moest dienaangaande in een interessante zaak uitspraak doen. Het ging

om een dagbladverkoper die failliet was gegaan. Een persagentschap dat hem boeken en tijdschriften had geleverd, had, zoals in die sector gebruikelijk is, kredietnota's gegeven met het oog op de teruggave van onverkochte goederen. De curator van het faillissement weigerde de compensatie tussen de schuldvordering en de schuld van het persagentschap en de rechter in eerste aanleg gaf hem gelijk. Dit betekende dat het persagentschap de kredietnota's integraal moest betalen en slechts recht had op de uitbetaling van een deel van zijn schuldvordering. Het Hof van Beroep oordeelde daarentegen dat een compensatie, alhoewel gesloten in de verdachte periode, geldig is ,,lorsqu'elle résulte d'un contrat régulièrement conclu avant la période suspecte et qu'elle en constitue la mise en œuvre régulière (Bergen, 28 maart 1977, *Pas.*, 1977, II, 203; zie ook De Wilde, L en Galaude, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1974, 820; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial belge*, IV, nr. 2726 en 2682; vgl. Bergen, 6 april 1976, *Pas.*, 1977, II, 71).

Wanneer de vereisten van de wettelijke schuldvergelijking niet voorhanden zijn, maar partijen deze vrijwillig in het leven hebben geroepen om de faillissementsregeling te ontduiken, is de compensatie ongeldig krachtens het adagium *Fraus omnia corrumpit* (zie Fredericq, L. en S., *Handboek van het handelsrecht*, II, 517; Coppens, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1979, 387-388 en de verwijzingen). Een toepassing hiervan is te vinden in het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 19 januari 1977 (*Jur. Liège*, 1976-77, 233). Tijdens de aan het faillissement voorafgaande verdachte periode had de gefailleerde een factuur opgemaakt van een levering aan een andere handelaar aan wie hij totdantoe nooit iets had verkocht, maar van wie hij wel regelmatig goederen had aangekocht. De transactie werd ongeldig verklaard, daar ,,la convention a constitué une dation en paiement de marchandises, qui devait avoir pour effet d'avantager l'appelante au détriment des autres créanciers par le biais d'une compensation conventionnelle que la loi prohibe'' (*ibid.*, 234).

HOOFDSTUK V

KWIJTSCHELDING VAN SCHULD

219. ALGEMEEN — ,,La nature juridique de la remise de dette est aujourd'hui, en doctrine, définitivement fixée. Cette nature juridique se caractérise par deux points: c'est un acte à titre gratuit; c'est un acte bilatéral''. Deze uitspraak van De Page (III, nr. 760) stemt niet, of niet meer overeen met de werkelijkheid, zoals uit de hierna besproken rechtspraak en rechtsleer zal blijken.

Om de eer van de familie te redden aanvaardt een rijke weduwe dat de andere schuldeisers van haar failliet verklaarde zoon bij voorrang boven haar uitbetaald worden. Het gevolg is dat alle andere schuldeisers integraal betaald worden en dat de weduwe slechts 40.000 BF. van de verschuldigde 16.532.830 BF. ontvangt. De weduwe laat nog een schuldbekentenis tekenen door haar zoon, maar enige tijd later gaat zij in op het verzoek van de curator van het faillissement om te verklaren dat haar schuldvordering als betaald mag worden beschouwd, dit om

het faillissement te kunnen afsluiten en eerherstel voor haar zoon mogelijk te maken. Bij haar overlijden beweren sommige erfgenamen van de weduwe dat de kwijtschelding van de schuld van haar zoon een schenking is die geïmputeerd moet worden op het beschikbaar gedeelte, waardoor legaten, o.m. aan de natuurlijke dochter van één van haar andere zoons, niet meer in aanmerking kunnen worden genomen. De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordeelde dat een kwijtschelding van schuld, zelfs zonder tegenprestatie, niet noodzakelijk als een schenking gekwalificeerd moet worden. *In casu* ontbrak volgens de rechtbank de *animus donandi*, daar de weduwe slechts de eer van de familie wilde redden. Het Hof van Beroep te Brussel bevestigde deze beslissing. Volgens het Hof was het hier echter twijfelachtig of de weduwe de schuld van haar zoon wel had kwijtgescholden. Zelfs indien op deze vraag een bevestigend antwoord moest gegeven worden, gezien de verklaring dat de schuld als betaald moest beschouwd worden, was er hier, aldus het Hof, geen sprake van een schenking, daar de schuldvordering onherroepelijk verloren was en dus iedere verrijking in hoofde van de begiftigde en iedere verarming in hoofde van de schenker ontbraken (Rb. Brussel, 23 maart 1972 en Brussel, 3 december 1975, *Rev. Not. B.*, 1976, 28). Uit deze rechtspraak blijkt dus dat een kwijtschelding van schuld niet noodzakelijk een rechtshandeling ten kosteloze titel moet zijn. Er zijn daar trouwens andere voorbeelden van te geven, zoals de kwijtschelding van schuld verleend door concordataire schuldeisers (zie ook de andere gevallen vermeld door Stengers, M.L., ,,Du caractère bilatéral de la remise de dette'', *Rev. Not. B.*, 1976, 512 e.v.; in dezelfde zin: Vandeputte, R., *o.c.*, 305; zie ook Kh. Nijvel, 30 oktober 1975, *B.R.H.*, 1976, 213; *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9737; *De Verz.*, 1977, 533).

Veelal wordt bij ons geleerd dat de kwijtschelding van schuld — behalve wanneer zij bij testamentaire beschikking wordt toegestaan — een *overeenkomst* is krachtens dewelke de schuldeiser en de schuldenaar erin toestemmen dat de schuld niet wordt betaald. In Nederland, daarentegen, wordt vaak aangenomen dat het hier om een eenzijdige rechtshandeling gaat (zie Asser-Rutten, *De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, 1981, 448 e.v.). De jongste jaren gaan ook bij ons stemmen op in die richting (zie Stengers, M.L., *o.c.*, *Rev. Not. B.*, 1976, 515 e.v.; Kh. Nijvel, 30 oktober 1975, *B.R.H.*, 1976, 213; *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9737; *De Verz.*, 1977, 533; vgl. Van Ommeslaghe, P., ,,Rechtsverwerking en afstand van recht'', *T.P.R.*, 1980, 10 e.v.). Het voornaamste bezwaar tegen deze opvatting is dat de schuldenaar er belang bij kan hebben om de verbintenis na te komen en dus met de kwijtschelding van zijn schuld helemaal niet gediend is. Men denke aan de jonge acteur of musicus, die wel zijn overeengekomen honorarium ontvangt, doch die van zijn verbintenis om op te treden ontslagen wordt en daardoor de mogelijkheid ontnomen wordt bekendheid te verwerven (zie Asser-Rutten, *ibid.*). Persoonlijk ben ik voorstander van een tussenoplossing: de schuldenaar die eenzijdig verzaakt of afstand doet van zijn schuldvordering doet een aanbod aan de schuldenaar. Dit aanbod schept in hoofde van de pollicitant, *in casu* de schuldeiser, twee verbintenissen door eenzijdige wilsuiting, nl. de verplichting het aanbod gedurende de daarin bepaalde termijn of bij ontbreken daarvan gedurende een redelijke periode open te houden en de verbintenis dat de aanvaar-

ding van het aanbod de schuld door kwijtschelding uitdooft. Er weze hier aan herinnerd dat het Hof van Cassatie in twee arresten van 9 mei 1980 de stelling bekrachtigd heeft dat de bindende kracht van een aanbod steunt op de verbintenis door eenzijdige wilsuiting (Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1132 en 1139; *supra*, nrs. 5 en 31). Terloops dient er nog op te worden gewezen, dat de rechtspraak snel besluit tot de stilzwijgende aanvaarding van de kwijtschelding door de debiteur (zie Stengers, M.L., *o.c., Rev. Not. B.*, 1976, 515; Van Ommeslaghe, P., *o.c., T.P.R.*, 1980, 11). In een arrest van 9 december 1969 besliste het Hof van Cassatie dat kwijtschelding van schuld stilzwijgend kan plaatshebben, mits de feitelijke omstandigheden waaruit zij afgeleid wordt dienaangaande geen twijfel laten bestaan (*Arr. Cass.*, 1970, 344).