

OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN (1977-1982)

door

Jacques H. HERBOTS
Gewoon Hoogleraar aan de
K.U.Leuven

Dominique CLARYSSE
Assistente aan de
K.U.Leuven

en
Joz. WERCKX
Assistent aan de K.U.Leuven

INHOUD

Titel I

DE KOOP

Hoofdstuk I

KENMERKEN, BESTANDELEN EN GELDIGHEIDSVEREISTEN

Afdeling 1

Kenmerken en Bestanddelen

- 2. Begrip — 3. Eigendomsoverdracht —
- 4. Uitgestelde eigendomsoverdracht —
- 5. Eigendomsoverdracht en levering —
- 6. Verkoop van eens anders zaak — 7.
- Prijs — 8. Handgeld. Voorschot. Boete-
beding — 9. Internationale koop

Afdeling 2

Geldigheidsvereisten

§ 1. Toestemming

A. Overeenstemming. Aanbod en Aan-
vaarding

- 10. Wederzijdse toestemming — 11.
- Aanbod — 12. Verkoopbelofte — 13.
- Wederzijdse koopbelofte. Koopcompro-
mis — 14. Aanvaarding

B. Algemene voorwaarden

- 15. Probleemstelling — 16. Toepasse-
lijkheid. Aanvaarding — 17. Uitdrukke-
lijke aanvaarding — 18. Stilzwijgende
aanvaarding — 19. Afwijkende bedin-
gen — 20. Geldigheid — 21. Bewijs —
- 22. Algemene voorwaarden. Gebruiken.

C. Gebreken in de toestemming

1. Dwaling

- 23. Dwaling omtrent de persoon van de
medecontractant — 24. Substantiële
dwaling — 25. Verschoonbare dwaling
— 26. Nietigverklaring en schadeherstel
— 27. Bewijs

2. Bedrog (28-29)

§ 2. Bekwaamheid (30-32)

§ 3. Voorwerp en oorzaak

- 33. Roerend of onroerend voorwerp —
- 34. Oorzaak. Begrip — 35. Gebrek aan
oorzaak — 36. Concubinaat

Hoofdstuk II

BEWIJS EN INTERPRETATIE

- 37. Bewijs — 38. Interpretatie

In het volgende nummer van dit tijdschrift wordt dit overzicht van rechtspraak verder gezet met de volgende overeenkomsten: huur (gemeenschappelijke huur, handelshuur, pacht, leasing), aanneming en pand.

Hoofdstuk III

DE GEVOLGEN VAN DE KOOP

Afdeling 1

Modaliteiten van de verbintenissen uit een koop (39-44)

40. Potestatieve voorwaarde — 41. Op-schortende voorwaarde — 42. Ontbin-dende voorwaarde — 43. Eigendomso-verdracht bij authentieke-akte-verlij-ding — 44. Aankoop ten name van een vennootschap in oprichting

Afdeling 2

Plichten van de verkoper

§ 1. De levering

45. Begrip en aard van de leveringsplicht — 46. Handelsrechtelijke sanctie bij niet-levering — 47. Omvang van de leve-ringsverbintenis. Levering van het toe-behoren — 48. Omvang van de leve-ringsplicht. Informatieplicht — 49-50. Omvang van de leveringsplicht. Het le-veren van een conforme zaak — 51. Plicht tot leveren van een conforme zaak. Plicht tot vrijwaren voor verbor-gen gebreken. Onderscheid — 52. Non-conformiteit van het geleverde. Sanctie — 53. Plaats van de levering — 54-55. Tijdstip van de levering — 56. Levering van stookolie

§ 2. Vrijwaring voor uitwinning

57. Vrijwaringsplicht. Algemeen — 58. Eigen daad — 59. Daad van derden — 60. Geen opgave bij de koop van een bezwarende last — 61. De koper kent de bij de verkoop niet opgegeven bezwa-rende last — 62. Exoneratie van de vrij-waring voor uitwinning. Erfdienstbaar-heid.

§ 3. Vrijwaring voor verborgen gebre-ken

63. Wettelijke regeling — 64. Geen vrij-waring voor zichtbare gebreken — 65. Verborgen gebrek. Begrip — 66-67. Ge-brek van een „verkochte zaak” — 68. Bewijs — 69-72. Korte tijd — 73-76. De beroepsverkoper — 77-79. Exoneratie-

bedingen — 80. Vervanging — 81. Sa-menloop — 82. Rechtstreekse vordering — 83. Sanctie — 84. Schadevergoeding

Afdeling 3

Plichten van de koper

§ 1. Afhaling en aanvaarding

85. Afhaling. Ontbinding — 86. Aan-vaarding

§ 2. Betaling van de prijs (87-94)

88. Sanctie bij wanbetaling — 89. Inte-resten — 90. Schuldenaar van de prijs — 91. Wijze van betaling — 92. De beta-ling bij levering onder rembours — 93. Plaats van betaling. Bevoegde rechter — 94. Nietige betaling

§ 3. Additionele plichten

95. Conventionele plicht niet verder te verkopen — 96. Professionele verplich-ting van de koper van tweedehandswa-gens — 97. Eerbiediging van de rechten van derden (huurder, titularis van een zakelijk recht) — 98. Medewerking aan contractbreuk van verkoper

Hoofdstuk IV

NIETIGHEID EN ONTBINDING VAN DE KOOP

Afdeling 1

Nietigheid (99-100)

100. Benadeling

Afdeling 2

Ontbinding (101-105)

104. Rechterlijke bevoegdheid I.P.R. — 105. Recht van wederinkoop

Hoofdstuk V

AAN BIJZONDERE REGELS ON-DERWORPEN KOOPOVEREEN-KOMSTEN

Afdeling 1

Overdracht van schuldvordering

106. De overdracht inter partes — 107. De overdracht t.o.v. de derden — 108.

Gevolgen van de overdracht voor de schuldenaar — 109. Overdracht van schulden — 110. Overdracht van een betwist recht. Naasting — 111. Verkoop van aandelen

Afdeling 2

Overdracht van een handelszaak (112-117)

113. Intersten op de prijs — 114. Vrijwaring voor uitwinning. Niet-mededingingsplicht — 115-116. Niet-concurrentiebeding — 117. Bewijs van het voldongen karakter

Afdeling 3

Verkoop op afbetaling

118. Begrip — 119. Eigendomsvoorbehoud — 120. Geen winstoogmerk — 121. Voorschot — 122. Recht van de koper op afbetaling om van de koop af te zien. Vormvoorwaarde — 123. Verkoop op afbetaling en wisselrecht — 124. Bevoegdheid

Afdeling 4

Verkoop van dieren

125. Actiemogelijkheden van de koper — 126. De leveringsplicht

Afdeling 5

Openbare verkoping

§ 1. Roerende goederen (127)

§ 2. Onroerende goederen (128-131)

131. Veiling

Afdeling 6

Verkoop van een tot een failliete boedel behorend onroerend goed (132)

Afdeling 7

Verkoop van een onroerend goed dat geheel of ten dele aan een minderjarige toebehoort (133)

Titel II

DE LENING

Hoofdstuk I

DE BRUIKLENING

134. Begrip — 135. Bewijs — 136. Teruggaveplicht — 137. Aansprakelijkheid van de uitlener voor verborgen gebreken — 138. Retentierecht van de bruiklener

Hoofdstuk II

DE VERBRUIKLENING EN DE LENING OP INTEREST

139. Begrip — 140. Algemene geldigheidsvereisten — 141. Lening tussen concubinerenden — 142. Indexatieclausules — 143. Straf-, schade- en boetebeding — 144. Ontbindend beding — 145. Terugbetaling — 146. Lening op afbetaling

Titel III

BEWAARGEING EN SEKWESTER

Hoofdstuk I

BEWAARGEING

147. Begrip. Het bijzondere geval van de gekoelde opslagplaats — 148-151. De bewaar- en teruggaveplicht van de bewaarnemer — 152. Bewaarneming door een commissionnair-expediteur — 153. Bewaarneming door een receptienatie — 154-156. Aan wie teruggeven? Wat? Wanneer? — 157. Quasi-delictuele aansprakelijkheid van de bewaarnemer — 158. De bewaarplicht van de werkgever — 159. Bewaargeving uit noodzaak. Retentierecht. Zaakwaarneming. Samenloop — 160. Hotelbewaargeving — 161.

De vestiaire-cases — 162. Garagisten — 163-164. Car-wash — 165. Samenloop — 166. Parkeercontract — 167. Exoneratieclausules

Hoofdstuk II

SEKWESTER

168-170. Het gerechtelijk sekwester

Titel IV

KANSCONTRACTEN

171. Begrip — 172. Spel en weddenschap — 173-177. Contract van lijfrente — 173. Begrip. Koop op lijfrente. Benadeling — 174. Geldigheidsvoorwaarde. Er moet een kans zijn — 175. Indexatie van de lijfrente — 176. Wanbetaling — 177. Verkoop op lijfrente. Vermomde schenking

Titel V

DE LASTGEVING

178. Begrip — 179. Anonimiteit van de lastgever — 180. Bekrachtiging — 181. Kosteloosheid — 182. Vermindering van het loon van de lasthebber — 183. Vereniging zonder rechtspersoonlijkheid. Lastgever — 184. Uitdrukkelijke en bijzondere lastgeving. Lastgeving in algemene bewoordingen uitgedrukt — 185. Bewijs — 186. Stilzwijgende lastgeving — 187. Interpretatie — 188. Onbestaande lastgeving — 189. Schijnmandaat — 190. Rechtshandeling door de lasthebber verricht binnen de grenzen van zijn bevoegdheid — 191. Aansprakelijkheid van de lasthebber — 192. Interesten — 193. Vergissingen van de lasthebber — 194. Plaatsvervanging. Onderlastgeving — 195. Lasthebber tegenpartij van de lastgever — 196. Notaris — 197. Advocaat — 198. Gerechtsdeurwaarder — 199. Makelaar in onroerende

goederen — 200. Kwalificatie van de overeenkomst — 201. Herroeping — 202. Faillissement van de lastgever

Titel VI

DE DADING

Hoofdstuk I

BEGRIP (203-207)

204-207. Een betwisting

Hoofdstuk II

ALGEMENE GELDIGHEIDSVEREISTEN

208. Toestemming — 209. Dwaling — 210. Rekenfout — 211. Bedrog — 212. Toekomstige gevolgen — 213. Voorwerp van de dading — 214. Dadingen blijven beperkt tot hun voorwerp — 215. Onderhoudsuitkering na echtscheiding — 216. Bevoegdheid van de ouders om een dading te sluiten — 217. Lastgeving. Bewijs — 218. Dubbele raming in expertise-verslag.

Hoofdstuk III

GEVOLGEN VAN EEN DADING

219. Tegenwerpelijke aan de verzekeraar van de dading gesloten tussen slachtoffer en aansprakelijke derde — 220. Ontbinding wegens wanprestatie — 221. Schuldvernieuwing — 222. Eerherstel van een gefailleerde

Titel VII

DE BORGTOCHT

223. Afwezigheid van oorzaak. Dwaling over de oorzaak. Wilsgebrek — 224. Borgstelling door een echtgenoot — 225. Het civiel of commercieel karakter van de borgtocht — 226. Het „accessoir” karakter van de borgtocht. Geen bewarend beslag mogelijk — 227. Aard

van de hoofdschuld — 228. De initieel onbekende schuldeiser — 229. Omvang van de borgtocht — 230. De hoofdelijke en ondeelbare borgtocht — 231. Gevolgen van een solidaire en ondeelbare borgtocht tussen de borgen onderling — 232. De beëindiging van de borgtocht-

verbintenis — 233. Bewijs — 234. Borgtocht en wisselrecht — 235. Borgtocht en garanties op eerste aanvraag — 236. De curator van de schuldenaar kan geen vordering instellen tegen de borg — 237. Wettelijk en gerechtelijk opgelegde borgsom

1. Wie reeds jaren voor een overzicht van rechtspraak zorgt, wordt getroffen door het feit dat in de gepubliceerde rechtspraak dikwijls rechtsvragen aan bod komen waarvan de oplossingen in het positieve recht reeds verworven zijn. Ook in Frankrijk werd dit opgemerkt. „On s'étonne de l'encombrement des Cours: c'est qu'il leur faut rejurer cent fois des questions qui paraissent les mieux résolues. Il serait intéressant de savoir pourquoi tant de procès 'montent' jusqu'à la Cour de cassation, qui sont jugés d'avance — est-ce entêtement de chicane, particularités de chaque cas, espoir d'un revirement ou dédain des solutions de la jurisprudence?” (Rémy, Ph., „Contrats spéciaux”, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1982, 158). De redacties van de verschillende vaktijdschriften zouden kieskeuriger moeten zijn bij de opname van de te publiceren uitspraken. *In der Beschränkung zeigt sich der Meister.*

Anderzijds zijn er interessante, soms afwijkende, uitspraken die niet gepubliceerd worden. Een voorbeeld voor mij hiervan was de toevallig ontdekte constante rechtspraak in het Antwerpse over de uitzetting van huurders die nochtans van een wettelijk verlengde huurovereenkomst genoten (Zie Herbots, J., „Sabotage van de wettelijke huurverlenging?”, *R. W.*, 1982-83, 2051-2058). Er ligt hier een opdracht en een verantwoordelijkheid voor de correspondenten van de vaktijdschriften in de verschillende rechtbanken. Dit net van correspondenten zou wellicht met meer militaire nauwkeurigheid moeten uitgebouwd worden.

TITEL I

DE KOOP

HOOFDSTUK I

KENMERKEN, BESTANDDELEN EN GELDIGHEIDSVEREISTEN

AFDELING 1

KENMERKEN EN BESTANDDELEN

2. BEGRIP — De koop-verkoop is een meerzijdige rechtshandeling ten bezwarende titel. Het is een wederkerige overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om een zaak te leveren, en de andere om daarvoor een prijs te betalen (art. 1582 B.W.). Het is een consensuele overeenkomst die tot stand komt door de wederzijdse overeenstemming van de koper en de verkoper omtrent de zaak waarvan de eigendom wordt overgedragen en omtrent de prijs die als vergoeding voor die eigendomsoverdracht dient betaald te worden. Het verlijden van de notariële akte is geen vereiste voor

de geldigheid en de volkomenheid van de koopovereenkomst van een onroerend goed, zodat het niet-verlijden van een dergelijke akte, zelfs als voor het verlijden een termijn zou gesteld zijn in de overeenkomst of door een beweerde gewoonte, de verkoper het recht niet geeft de overeenkomst voor onbestaande te houden (Gent, 12 oktober 1979, *R. W.*, 1979-80, 2935).

3. EIGENDOMSOVERDRACHT — De koopovereenkomst leidt tot eigendoms-overdracht. De koper verkrijgt van rechtswege, als bij toverslag, de eigendom ten aanzien van de verkoper, zodra er overeenkomst is omtrent de zaak en de prijs, hoewel de zaak nog niet geleverd en de prijs nog niet betaald is (art. 1583 B.W.).

In tegenstelling tot het Nederlandse recht dat de eigendomsoverdracht beschouwt als een verplichting van de verkoper (Boek VII, art. 7.1.2.1. N.N.B.W.; zie ook Pitlo, A., *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, III a, Benoemde Overeenkomsten*, Arnhem, Gouda Quint, 1979, 16-18 en *Compendium Bijzondere Overeenkomsten*, van Wijngaarden, M.A. en van Zeven, C.J. (ed.), Deventer, Kluwer 1976, 12-14) is de overdracht van de eigendom van de verkochte zaak in ons recht een wezenselement van de koopovereenkomst. De overdracht gebeurt als het ware automatisch. De eigendomsoverdracht geschiedt op het ogenblik dat de koop-verkoop tot stand komt, dit wil zeggen op het tijdstip dat men een akkoord over de prijs en de zaak bereikt. Dit is ook zo, wanneer het gaat om een verkoop met beding van wederinkoop (Cass., 27 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 255, *Arr. Cass.*, 1978-79, 269 en *Bull. Bel.*, 1979, 1860; Bergen, 24 juni 1981, *Pas.*, 1981, II, 125). De overeenkomst waarbij de eigenaars van een perceel grond aan hun medecontractant het recht verlenen het zand in die grond te ontginnen tegen een vaste prijs, is, al naargelang, een koop of een huur. Het is een koop wanneer geen persoonlijk gebruiks- en genotsrecht wordt verleend, maar wel het exclusieve recht om de eigendom te verwerven van het zand dat bedolven is in de grondeigendom van de verkopers. De levering van het zand heeft plaats op het ogenblik dat het uit de grond wordt gehaald en door deze scheiding een roerend goed wordt (Brussel, 24 april 1979, *Rev. Gén. Enr. Not.*, 1981, 179, noot).

4. UITGESTELDE EIGENDOMSOVERDRACHT — Niettegenstaande de regel van artikel 1583 B.W. en het bestaan van een akkoord over de zaak en de prijs, kan de eigendomsoverdracht zich op een later tijdstip situeren, hetzij uit kracht van de wet, hetzij uit kracht van een conventioneel beding. Bij verkoop van soortgoederen geschiedt de eigendomsoverdracht bij de individualisering, de levering of een andere vorm van identificatie (Kh. Turnhout, 8 september 1981, *R. W.*, 1983-84, 598, noot). Zodoende kan de verkoper, nadat bij een verkoop van vervangbare zaken de koopwaren geïndividualiseerd zijn door telling of meting, deze niet meer laten vervangen. De koop betrof in dit geval „dark red meranti” hout (Cass., 19 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 238, noot en *Arr. Cass.*, 1979-80, 229, noot). Bij een verkoop die

alternatieve zaken tot voorwerp heeft, gebeurt de eigendomsoverdracht op het ogenblik van de keuze; bij een verkoop van een toekomstige zaak pas bij het ontstaan van die zaak.

Wanneer de eigenaar het gehuurde pand aan zijn huurder verkoopt en in het koopcompromis bedongen staat dat de koper totdat de akte van verkoop verleden is, de maandelijkse huurprijs dient te betalen, telkens te vervallen de eerste van iedere maand bij voorafbetaling, hebben partijen met dit beding een uitstel van eigendomsoverdracht willen vastleggen (Rb. Turnhout, 25 november 1976, *Turnhouts Rechtsl.*, 1977-78, 81). Overeenkomstig artikel 1156 B.W. interpreteerde de rechtbank hier het beding over de door de koper te betalen huurprijs. De vraag naar de eigendomsoverdracht was van belang omdat er in het huis brand uitgebroken was door een kortsluiting aan de achterkant van een ijskast.

Het beding dat de eigendom wordt overgedragen bij het ondertekenen van de authentieke akte is een conventioneel uitstel van de eigendomsoverdracht (Bergen, 12 november 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 177, noot) en geen uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde (contra: Rb. Brugge, 15 oktober 1979, *T. Not.*, 1980, 149, noot en *Rev. Not. B.*, 1980, 598).

Het tijdstip van de eigendomsoverdracht wordt ook verlegd bij verkoop met beding van eigendomsvoorbehoud. Daarbij wordt overeengekomen dat de koper geen eigenaar wordt van de verkochte en hem onmiddellijk geleverde zaak, dan op het ogenblik van volledige betaling (t'Kint, Fr. en Coppens, P., „La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente”, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, (887), 889). Het pactum reservati domini geldt volkomen inter partes, maar de werking ervan wordt lam gelegd zodra er samenloop is van de verkoper met één of meer andere schuldeisers. Een loutere inpandgeving van de handelszaak doet een dergelijke samenloop niet ontstaan, onder meer daar er geen economische reden bestaat de pandhouder te beschermen en zijn pand te vrijwaren voor elementen van de handelszaak die na de inpandgeving de handelszaak komen vervolledigen. Een verkoper is bijgevolg gerechtigd de waren — in dit geval zink — terug te nemen vóór het faillissement krachtens een beding van eigendomsvoorbehoud bedongen vóór de verdachte periode (Kh. Brussel, 10 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 46).

5. EIGENDOMSOVERDRACHT EN LEVERING — Bij handelskopen wordt, behoudens andersluidend beding, de eigendom op de koper overgedragen op het tijdstip van de levering van de goederen. Bij de verkoop C. en F. gaat de eigendom van de goederen en het risico over op de koper bij de inscheping (Kh. Luik, 14 november 1980, *B.R.H.*, 1981, 370).

Een C.I.F.-verkoop impliceert doorgaans dat de levering geschiedt door het overhandigen van een document dat de goederen dekt. De overeenkomst met het beding „cash on delivery documents against payment” en „basis of price: C.I.F. Osaka” is geen C.I.F.-verkoop. De letters C.I.F. betekenen enkel dat de vrachtkosten en de verzekeringspremie in de verkoopprijs

begrepen zijn. Maar de levering en de eigendomsoverdracht moesten plaats vinden in Osaka op het tijdstip van de betaling van de verkoopprijs (Scheidsr. Uitspr., 29 december 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 134). In deze zaak verzond de Antwerpse diamantbank onder dekking van een luchtvrachtbrief een pakket met 146,80 Karaat geslepen diamanten naar Osaka „af te leveren aan Teramura & Co enkel tegen betaling van 221.725,65 U.S.-dollar — nazicht vóór betaling is niet toegelaten”.

Bij een verkoop F.O.B. gaan eigendom en risico's over op de koper op het ogenblik waarop de goederen aan de zeevervoerder zijn afgegeven. Deze afgifte voltrekt zich, volgens de Antwerpse Usantiën, op het ogenblik waarop de goederen op de blauwe steen zijn aangebracht en de strengen zich strekken rond de lading bij het aan boord brengen van de vracht (Kh. Antwerpen, 5 september 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 186 en *Eur. Vervoerr.*, 1978, 395). Wanneer de lading met een kraan boven het ruim van het schip gehesen is, zijn de goederen aan de zeevervoeder afgeleverd en de risico's zijn overgegaan op de F.O.B.-koper. Tussen haakjes mag hier misschien opgemerkt worden dat de Nederlandse vertalingen in de *Rechtspraak der haven van Antwerpen* te wensen overlaten.

Een Italiaanse vennootschap sloot een internationale koop met een Belgische P.V.B.A. omtrent een partij glas. Het transport hiervan vertrouwde de verkoopster via een Italiaanse firma toe aan een Belgische N.V. Gewaarschuwd omtrent het faillissement van de koopster, gaf de verkoopster vervolgens opdracht aan het transportbedrijf niet te leveren en het glas op te slaan in haar eigen magazijnen. De curator van de gefailleerde koopster stelt dat het opslaan van de goederen in de magazijnen van het transportbedrijf als levering dient beschouwd te worden en de goederen derhalve verworven zijn door de koopster. De Rechtbank van Koophandel te Turnhout aanvaardt deze stelling niet. Uitgaande van de factuur met de vermelding „levering op fabriek” zou kunnen afgeleid worden dat de overdracht ginds moest plaats hebben. Artikel 1604 B.W. verstaat onder levering de overdracht van de verkochte zaak in de macht en in het bezit van de koper. Bij vervangbare zaken, welke enkel en alleen door de soort aangeduid zijn, heeft de eigendomsoverdracht plaats op het ogenblik dat de zaken aan de koper of aan diens lasthebber afgegeven worden, dus op het ogenblik van de werkelijke overgave van de zaak zoals bepaald in artikel 1606 B.W. Een dergelijke overdracht heeft *in casu* nooit plaats gevonden. Toen het transportbedrijf de goederen trachtte af te leveren, waren de magazijnen van de koopster gesloten. Uiteindelijk, na het bericht dat niet geleverd mocht worden, werden de goederen opgestapeld in de magazijnen van de vervoerster. Er is geen aflevering geweest, besluit de rechtbank, zodat de koopster nooit in de macht en het bezit van de goederen is gekomen (Kh. Turnhout, 8 september 1981, *R.W.*, 1983-84, 598, noot).

6. VERKOOP VAN EENS ANDERS ZAAK — Juist omdat de eigendomsoverdracht een essentieel element is van de koop en, behoudens andersluidende

wettelijke of conventionele bepaling, van rechtswege plaats heeft op het moment van wilsovereenstemming over de prijs en de zaak, kan de verkoop van een anders zaak zich niet realiseren (Bergen, 24 juni 1981, *Pas.*, 1981, II, 125).

Zulke verkoop is nietig (art. 1599 B.W.), althans wanneer hij gebeurt buiten weten en zonder toestemming van de ware eigenaar. De nietigheid is relatief en kan alleen door de koper of diens rechthebbenden gevorderd worden, niet door de ware eigenaar. Deze wordt beschermd door artikel 1165 B.W., dat de koop in kwestie elk gevolg te zijnen opzichte ontnemt. De *verus dominus* kan wel zijn eigendom revindiceren, maar hiertegen kan de koper te goeder trouw van een lichamelijk roerend goed zich eventueel verdedigen binnen de perken van de artikelen 2279 en 2280 B.W. (Kh. Verviers, 12 maart 1979, *Jur. Liège*, 1979, 322).

De koper te goeder trouw, niet wetende dat de zaak een ander toebehoorde, kan aanspraak maken op schadevergoeding. Bovendien, moet de verkoper te kwader trouw van andermans onroerend goed alle door de koper gedane uitgaven met betrekking tot dat goed, zelfs uit weelde of tot verfraaiing, vergoeden (artt. 1599 en 1635 B.W.).

De medeëigenaar van een onverdeelde zaak die deze alleen en integraal verkoopt, verkoopt eens anders zaak voor wat zijn onverdeeld aandeel te boven gaat (Kh. Verviers, 12 maart 1979, *gecit.*; zie ook Bergen, 12 november 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 177, noot en Bergen, 24 juni 1981, *gecit.*). In dit geval had de man vóór zijn faillissement een handelszaak, het hotel-restaurant „L'Ecurie”, waarvan hij samen met zijn vrouw medeëigenaar was, verkocht. Daarna was hij met de Noorderzon — en met het geld — vertrokken. Man en vrouw waren van goederen gescheiden, en een echtscheidingsprocedure was ingeleid.

7. PRIJS — Een tweede essentieel bestanddeel van de koop is de overeenstemming over de prijs die de ene partij zich verbindt te betalen voor de eigendomsoverdracht van een zaak door de andere partij. Vereist wordt dat er een reële prijs bedongen en betaald wordt, zoniet heeft men te maken met een schenking (artt. 893-894 B.W.). Maar ook al is de overeengekomen prijs bij de verkoop van een onroerend goed lager dan de werkelijke waarde ervan, dan wil dit nog niet zeggen dat de koop noodzakelijk gepaard gaat met een gedeeltelijke schenking, tenzij met zekerheid een *animus donandi* bij de verkoper wordt aangetoond (Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 183, noot). De prijs moet trouwens niet uitsluitend uit een geldsom bestaan die in één keer wordt neergeteld. Bij de zogenaamde vervreemdingen „à fonds perdus” wordt het kapitaal dat vervreemd wordt, in het vermogen van de vervreemder niet vervangen door een andere kapitaalswaarde, maar door een inkomen, bijvoorbeeld een lijfrente of een vruchtgebruik. De verkoop met voorbehoud van het recht van bewoning behoort niet tot deze soort vervreemdingen en valt dan ook buiten het toepassingsgebied van artikel 918 B.W. (Luik, 4 november 1977, *Jur. Liège*, 1978, 97 en *Rev. Not. B.*, 1979, 477, noot F.L.).

Wanneer bij de verkoop van gas de levering gebeurt in „gratis” ter beschikking gestelde gasflessen, ondubbelt deze overeenkomst zich niet in een koop en een lening. Het kosteloze karakter van een lening is immers niet te verenigen met het gedrag van een handelaar wiens activiteiten steeds winst beogen (Luik, 8 januari 1981, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 134, noot). De prijs moet bepaald zijn, of althans bepaalbaar. Partijen zelf kunnen de prijs vaststellen of de bepaling ervan overlaten aan een derde (artt. 1591 en 1592 B.W.). Een op een later tijdstip te bepalen prijs is geen prijs, en vóór dat tijdstip kan er geen verkoop bestaan, tenzij de prijs berekenbaar is aan de hand van gegevens die niet van de wil van partijen afhangen. Dit is niet het geval wanneer wordt overeengekomen dat de prijs van de te kopen auto zal afhangen van de omstandigheid dat de residuele waarde van de modellen 1976 al of niet sterk zou worden aangetast of beïnvloed door verbeteringen aangebracht aan de nieuwe modellen die op het autosalon in januari 1978 zullen worden voorgesteld. Zulk criterium is geen objectief element, maar een subjectief gegeven, afhankelijk van de loutere appreciatie van de betrokkenen (Rb. Antwerpen, 7 januari 1982, *R.W.*, 1984-85, 678, noot).

8. HANDGELD. VOORSCHOT. BOETEBEDING — Het geven van handgeld naar aanleiding van het sluiten van een overeenkomst is een courant gebruik dat echter vaak voor uiteenlopende uitlegging vatbaar is. Het kan gewoon bedoeld zijn als een voorschot, als afkorting dus op de globaal te betalen koopprijs. Het kan echter ook in de bedoeling van de partijen liggen zich de mogelijkheid voor te behouden vooralsnog van de overeenkomst af te zien: de gever van het handgeld, door het te laten behouden; de ontvanger van het handgeld door het dubbele bedrag terug te geven.

Wat moet men evenwel denken van het geval waarin een huis verkocht werd, en daarbij ten titel van handgeld door de koper honderd duizend frank moest betaald worden, wetende dat indien de bedongen betalingen van hetzij de prijs, hetzij het handgeld in contanten niet tijdig gebeurden, de overeenkomst zou ontbonden worden en het handgeld, gegarandeerd door een orderbrief, rehtens en onverminderd andere schadevergoeding, volledig aan de verkoper zou toekomen? Zulk handgeld, aldus het Hof van Beroep van Luik, is een schadebeding dat evenwel door zijn exorbitant en onevenredig karakter tot een nietig boetebeding is verworpen (Luik, 29 februari 1980, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 375, noot).

Hoe dan ook, het achterhalen van de betekenis van het handgeld blijft in wezen een interpretatieaangelegenheid van de wil van de partijen. En wanneer er geen ernstige aanduidingen zijn in een andere richting moet het geven van handgeld uitgelegd worden in de betekenis die het doorgaans in de zakenpraktijk heeft, met name die van het betalen van een voorschot (Rb. Nijvel, 10 juni 1981, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 378, noot).

De vordering tot teruggave van het betaalde voorschot is slechts mogelijk nadat vooraf de ontbinding van de koopovereenkomst wordt gevraagd (Vred. Brugge, 26 juni 1981, *R.W.*, 1982-83, 2284).

9. INTERNATIONALE KOOP — Een internationale koop in de zin van de Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken is een koopovereenkomst betreffende roerende lichamelijke zaken aangaan tussen partijen die hun vestiging hebben op het grondgebied van verschillende Staten, hetzij wanneer de overeenkomst met zich meebrengt, dat de zaak ten tijde van het sluiten van de overeenkomst of daarna vervoerd wordt van het grondgebied van een Staat naar dat van een andere Staat, hetzij, wanneer de handelingen die het aanbod en de aanvaarding vormen, zijn verricht op het grondgebied van verschillende Staten, hetzij, wanneer de aflevering van de zaak moet geschieden op het grondgebied van een andere Staat dan die waar de handelingen die het aanbod en de aanvaarding vormen, zijn verricht (art. 1). Veelal worden de regels van deze eenvormige wet rechtstreeks toegepast. Zo vestigde de Rechtbank van Koophandel te Brussel de aandacht van de partijen, een Duitse verkoper en een Belgische koper van 3.000 plastic zakjes met zoodiertjes, op het feit dat hun overeenkomst een internationale koop uitmaakte, waarop het zowel door de Bondsrepubliek Duitsland als door België — de respectievelijke vestigingsplaatsen van de partijen — geratificeerde verdrag houdende eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepassing vond en beval de heropening van de debatten om de partijen toe te laten over hun geschil te concluderen in het licht van deze uniforme wet (Kh. Brussel, 10 april 1981, *B.R.H.*, 1982, 198; *adde* Kh. Brussel, 1 juni 1981, *B.R.H.*, 1982, 262, noot Watte, N.).

Juister is evenwel dat de Belgische rechtscolleges de eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken op een koopovereenkomst slechts mogen en kunnen toepassen als die rechtscolleges de uniforme wet hebben toepasselijk verklaard krachtens de regels van het Haags Verdrag van 15 juni 1955 over de toepasselijke wet op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (Kh. Brussel, 2 september 1981, *B.R.H.*, 1982, 546).

Partijen kunnen overeenkomen welke wet het koopcontract beheerst. Indien dit niet uitdrukkelijk gebeurde, mag de rechter hun vermoedelijke wil daaromtrent opsporen. Aldus besliste de Vrederechter van Zaventem, op grond van het feit dat de in het Duits gestelde bestellingsbevestiging van de Duitse verkoopster en eveneens de facturen zonder protest aanvaard werden door de Belgische koper, evenals op grond van het feit dat de overeenkomst in de zetel van de verkoopster diende uitgevoerd te worden, dat partijen het recht van de Duitse Bondsrepubliek als het op hun overeenkomst toepasselijk recht hadden aangenomen (Vred. Zaventem, 21 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 662, noot Erauw, J.). Tot de toepassing van het Duitse recht had de Vrederechter ook kunnen besluiten door toepassing van artikel 3 van het Haagse Conflictenverdrag in verband met de internationale koop van roerende lichamelijke zaken dat bepaalt dat van toepassing is de interne wet van het land waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik waarop hij het order ontvangt (Erauw, J., „In het labyrinth van de

internationale koop-verkoop'' (noot onder Vred. Zaventem, 21 mei 1982), *R.W.*, 1982-83, (664), nr. 3).

AFDELING 2

GELDIGHEIDSVEREISTEN

§ 1. Toestemming

A. Overeenstemming. Aanbod en aanvaarding

10. WEDERZIJDSE TOESTEMMING — De koop-verkoop is een consensuele overeenkomst. Zij komt tot stand door de wederzijdse toestemming van de verkoper en de koper omtrent het te koop gestelde goed en omtrent de koopprijs. Meer nog, het bestaan van de overeenkomst vereist het akkoord van beide partijen omtrent alle punten die in de gegeven omstandigheden essentieel blijken te zijn (Rb. Turnhout, 17 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 1092, noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 371, noot A.C.). De besteller van een B.M.W. 316, kleur Phönix, weigerde de afhaling van de hem voor levering door de verkoper aangeboden, anderskleurige B.M.W. Hij wordt gedagvaard wegens contractbreuk en tot schadevergoeding. De kleur Phönix maakte voor de koper echter een essentieel bestanddeel van de koop uit en tussen partijen bleek geen consensus omtrent de aankoop van een andere dan de bestelde doch niet leverbare B.M.W. tot stand gekomen te zijn (Rb. Mechelen, 15 december 1981, *R.W.*, 1983-84, 530, noot).

De wilsovereenstemming is dus een wezenlijk bestanddeel van het koopcontract, bij ontstentenis waarvan geen volwaardige koop-verkoop tot stand komt (Brussel, 25 juni 1980, *R.W.*, 1982-83, 360 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 110). Zij komt tot uiting in het samentreffen van een aanbod en de aanvaarding ervan. De ondertekening door koper en verkoper van een bestelbon maakt de koop-verkoop perfect (Rb. Luik, 11 juni 1981, *Jur. Liège*, 1982, 10, noot François, P.).

11. AANBOD — Het aanbod tot kopen of verkopen is een wilsuiting die gestalte geeft aan een eenzijdige rechtshandeling van zodra men aanneemt dat de pollicitant door de inhoud ervan gebonden is gedurende de vooropgestelde of althans gedurende een redelijke termijn (cf. Cass., 18 december 1974, *Pas.*, 1975, I, 425 en *Arr. Cass.*, 1975, 460; Cass., 9 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1127, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1132 en *T. Aann.*, 1981, 146, noot Senelle, M.; Cass., 9 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1139).

Met zulk aanbod tot kopen of verkopen moeten zowel de eenzijdige niet aanvaarde koopbelofte als de eenzijdige niet aanvaarde verkoopbelofte gelijkgesteld worden (Scheidsr. Uitspr., 30 juni 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 478, noot F.L.).

Opdat een koopaanbod een werkelijke pollicitatie zou uitmaken moet het voldoende precies zijn en de bestanddelen van de beoogde koop bevatten.

Het moet met andere woorden toelaten het te kopen goed te identificeren en dient de geboden prijs vast te stellen (Kh. Marche-en-Famenne, 16 november 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 33 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 365). Een geschrift m.b.t. de verkoop uit de hand van een onroerend goed in medeëigendom, niet ondertekend door alle deelgerechtigde eigenaars, is geen titel van een voldongen koop. Het is enkel het bewijs van de eenzijdig aangegane verbintenis door, en van de bereidheid van, de ondergetekende deelgerechtigde het huis te verkopen indien ook de overige medeëigenaars daarin toestemmen. Het geschrift werd niet opgesteld om een onmiddellijke en definitieve eigendomsoverdracht van het geheel of van onverdeelde delen in het onroerend goed te realiseren, maar vormt een eerste fase in de onderhandelingen die moeten leiden tot een werkelijke verkoop, wanneer in een tweede fase de overige deelgerechtigden deze verbintenis mee onderschrijven (Gent, 6 januari 1977, *Res et Jura immobilia*, 1978, 223 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 152).

12. VERKOOPBELOFTE — Het geschrift met de vermelding „onderhavige verkoopbelofte is eenzijdig”, is een overeenkomst. Het is weliswaar geen wederkerige overeenkomst en ook geen koopovereenkomst, maar een contract *sui generis*, te weten een contractbelofte waarbij alleen de verkoper een verbintenis aangaat, met name te verkopen als de begunstigde de verleende koopoptie licht (Kh. Tongeren, 18 mei 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 28).

Het geschrift ondertekend door de contractanten waarin de eerste partij verklaart niet te verkopen, maar zich te verbinden tot een verkoop en de tweede partij slechts als begunstigde van deze verbintenis aangeduid wordt, bevat een overeenkomst die echter geen wederkerige verkoopbelofte of compromis is die als kooptitel kan gelden (Scheidsr. Uitspr., 30 juni 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 478).

Telkens werd vastgesteld dat de verkoopbelofte waarbij een koopoptie wordt verleend, een eenzijdige overeenkomst is en geen verbintenis door eenzijdige wilsuiting of aanbod. Het is een contractbelofte waarbij één van de partijen zich verbindt te contracteren met de andere partij, die dit aanvaardt. Dit moet ook het uitgangspunt geweest zijn van de Rechtbank van Koophandel van Brussel toen ze besliste dat het ondertekenen door een klant van een bestelbon waarvan de algemene verkoopsvoorwaarden op de keerzijde stipuleerden dat de ondertekening van de bestelbon door een klant de verkoper niet bindt en het koopcontract slechts tot stand komt door het uitdrukkelijk akkoord van de verkoper met de gedane bestelling, een eenzijdige koopbelofte is. Bijgevolg kan de klant deze belofte niet intrekken door de bestelling op te zeggen. Wel laat zulk beding toe dat de klant, wil hij zekerheid bekomen omtrent de inzichten van de verkoper, deze laatste in gebreke stelt binnen een redelijke termijn stelling te nemen (Kh. Brussel, 26 januari 1977, *B.R.H.*, 1977, 549).

De geldigheid van een verkoopbelofte als overeenkomst veronderstelt de

wilsovereenstemming van de partijen over alle punten die in de gegeven situatie essentieel zijn. Vaak maakt de duur van een verkoopbelofte een wezenlijk element van dit contract uit. Wanneer die in de verkoopbelofte vooropgezette termijn van drie maanden verstreken is, houdt de verkoopbelofte op gevolgen te hebben, zelfs wanneer ze werd toegekend aan een vastgoedagent die belast bleef met het aantrekken van een koper tegen een prijs die lager was dan die vermeld in de belofte (Rb. Turnhout, 17 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 1092, noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 371, noot A.C.). Men begrijpt die uitspraak niet goed. Er was toch uitdrukkelijk gestipuleerd dat de duur van de optie gold tot de verkoop was geschied?

Tevens moet de verkoopbelofte de koopprijs vermelden, wil het lichten van de erdoor verleende koopoptie een volwaardige verkoop tot stand brengen (Rb. Brussel, 6 april 1982, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 363).

Wanneer de optienemer het lichten van de optie bij deurwaardersexploot laat betekenen aan de optiegever, blijft deze betekening zonder gevolg en ontstaat er geen koop, indien de overeenkomst uitdrukkelijk stelde dat de koopoptielichting diende te gebeuren door de betaling van de prijs (Rb. Brussel, 6 april 1982, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 363).

Niet altijd weten de rechtscollages de juiste aard van een verkoopbelofte te reveleren of deze te onderscheiden van een aanbod. Zo moest het Hof van Beroep van Brussel zich uitspreken over een document dat als kooptitel werd ingeroepen, doch alleen ondertekend was door de zogenaamde verkopers. Enerzijds kan het document als verkoopbelofte, niet als verkoop in de zin van artikel 1589 B.W. worden gekwalificeerd. Dit wetsvoorschrift vereist immers een wederzijdse toestemming van beide partijen, waar het geschrift *in casu* enkel door de „verkopende” echtgenoten was ondertekend. Anderzijds, zo vervolgt het Hof, wordt de bepaling van artikel 1589 B.W. uitgelegd in de zin van een „eenzijdige verbintenis *sui generis*”, die geen voltrokken verkoop meebrengt, welke slechts ontstaat vanaf de lichting van de optie en voor zover er een wederzijds akkoord bestaat tot kopen en verkopen. Bij een eenzijdige verkoopbelofte is de belover slechts gehouden de verkoopbelofte uit te voeren, indien de begunstigde de wil uitdrukt het goed te verkrijgen en door de uitoefening van het optierecht de verkoopbelofte omzet in een volwaardige verkoopsovereenkomst. De optie wordt slechts gelicht en de verkoopbelofte wordt volmaakt vanaf het ogenblik waarop de houder van de optie de uitvoering vraagt van de eenzijdige verkoopbelofte en aan de belover zijn wil te kennen geeft het goed effectief te willen kopen tegen de prijs in de verkoopbelofte bedongen. Zodoende besluit het Hof dat het document slechts kan worden uitgelegd in de zin van een unilateraal aanbod vanwege de „verkopende” echtelieden waarop geen aanvaarding is gevolgd vanwege de *would-be*-koper, die zijn wil tot kopen niet kenbaar heeft gemaakt, noch zijn optierecht heeft uitgeoefend (Brussel, 25 juni 1980, *R.W.*, 1982-83, 360 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 110).

13. WEDERZIJDSE KOOPBELOFTE. KOOPCOMPROMIS — Bij de verkoop van een onroerend goed gaat men courant over tot het opstellen van een geschrift dat de tussen de betrokkenen bereikte koopovereenkomst vastlegt. In wezen is dit geschrift vaak een, zij het niet door een openbaar ambtenaar opgestelde, kooptitel. Soms houdt het slechts een wederzijdse belofte tot kopen en verkopen in, wat echter evenzeer geldt als koop wanneer er wederzijdse toestemming is over de zaak en de prijs (art. 1589 B.W.). Zo'n tussen partijen volmaakt gesloten koopcontract geeft aan elke partij het recht tot het bekomen van een authentieke kooptitel, welke binnen twee maanden moet overgeschreven worden op het bevoegde hypotheekkantoor (Rb. Neufchâteau, 28 juni 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 721, noot Bourguignon, Ph.). Weigert een partij aan de authentieke akteverlijding mee te werken, zo kan men hem daartoe dagvaarden. In elk geval dient het eerste geschrift, bij ontstentenis van een authentieke akte, binnen vier maanden ter registratie worden voorgelegd. Wie zich wil laten vertegenwoordigen bij de akteverlijding moet zijn mandataris bij authentieke volmacht delegeren. Krachtens artikel 2 Hyp. W. biedt een onderhandse volmacht aan een partij niet de mogelijkheid zich te laten vertegenwoordigen bij het verlijden van een authentieke akte die moet worden overgeschreven in het register van de hypotheekbewaarder. Zij kan evenwel aan de gevolmachtigde de bevoegdheid verlenen om de prijs te innen van een verkoop waarvoor een dergelijke akte is opgemaakt (Cass., 14 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 193, en *Arr. Cass.*, 1978, 206).

14. AANVAARDING — Opat dat een aanbod tot kopen of verkopen zou uitgroeien tot een koop-verkoop behoeft het een aanvaarding. Deze laatste gebeurt meestal uitdrukkelijk maar kan ook op een stilzwijgende doch zekere wijze geschieden.

Er werd beslist dat de mondelinge bestelling door de koper slechts rechtsgevolgen kreeg door de schriftelijke bestellingsbevestiging van de verkoopster, vermits de algemene voorwaarden dit uitdrukkelijk zo bepaalden (Vred. Zaventem, 21 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 622, noot Erauw, J.).

Een voorbeeld nu van een stilzwijgende aanvaarding. Een P.V.B.A. Manhay Recreation Park had een precies aanbod gedaan tot inkoop van de handelszaak van een vennootschap die een pretpark uitbaatte, op voorwaarde dat deze vennootschap een gerechtelijk akkoord zou bekomen. De betrokkenen tekenden reeds een voorlopige exploitatieovereenkomst en even later homologeerde de Rechtbank het gerechtelijk akkoord. De ondertekening van het voorlopig uitbatingscontract werd als een zekere, zij het stilzwijgende, aanvaarding van het koopaanbod in hoofde van de in falings verkerende vennootschap beschouwd, zodat op dat ogenblik een verkoop met weliswaar voorwaardelijke verbintenissen was ontstaan krachtens welke de vennootschap betaling van de koopprijs van de pollicitant, inmiddels koper, kon vorderen (Kh. Marche-en-Famenne, 16 november 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 33 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 365).

B. Algemene voorwaarden

15. PROBLEEMSTELLING — Het bezigen van algemene voorwaarden is een courante praktijk bij koop-verkoopovereenkomsten. De betwistingen die zich hieromtrent voor de rechtscolleges aandienen, zijn veelal terug te voeren tot een tweevoudige vraagstelling. De eerste betreft de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden op de tussen partijen gesloten koopovereenkomst en situeert zich in de problematiek van het consensualisme. De tweede betreft de geldigheid van de toepasselijke algemene voorwaarden en situeert zich in de problematiek van de wilsautonomie.

16. TOEPASSELIJKEID. AANVAARDING — Opdat algemene verkoop- of koopvoorwaarden deel zouden uitmaken van een welbepaalde koopovereenkomst dient dit in de bedoeling te liggen van de betrokken partijen voor wie het dan als wet zal gelden. De partijen moeten, met andere woorden, in de toepasselijkheid van de voorwaarden op hun overeenkomst hebben toegestemd en erover een wilsovereenstemming hebben bereikt. Bij betwisting stelt zich bijgevolg de vraag of de partijen de algemene voorwaarden hebben aanvaard, hetzij op uitdrukkelijke, hetzij op impliciete maar zekere wijze. Het bewijs hiervan rust op de schouders van die contractspartij die zich op de algemene voorwaarden beroept (Kh. Namen, 20 januari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 314; Kh. Brussel, 7 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 273). In laatstgenoemd geval werden 30.000 lampen gekocht. Daarvan zond de koper er 6.415 terug, krachtens de clause „return privilege” in zijn algemene voorwaarden opgenomen. Dit beding komt erop neer dat de koop gesloten wordt onder de schorsende voorwaarde dat de koper op zijn beurt de waar zal verkopen.

17. UITDRUKKELIJKE AANVAARDING — Beslist werd dat wanneer een klant een bestelbon ondertekent waarvan de keerzijde de algemene verkoopsvoorwaarden vermeldt, deze ondertekening, al dan niet onder akkoordverklaring met de voorwaarden op keerzijde, de aanvaarding van die condities impliceert (Vred. Brussel, 23 december 1981, *T. Vred.*, 1982, 289; Kh. Brussel, 26 januari 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 197). Zelfs het enkel aannemen door de koper van een factuur met de algemene verkoopsvoorwaarden op de rugzijde houdt de aanvaarding ervan in (Kh. Namen, 30 oktober 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 163, noot). Dat de koper zelf gebruik heeft willen maken van de van hem uitgaande algemene voorwaarden moet het voorwerp niet uitmaken van een specifieke vermelding bij de contractsluiting (Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396).

Wat de inhoud van die bedingen betreft: in het geval voor de vrederechter te Brussel werd bepaald dat elke ondertekenaar van een bestelbon zich hoofdelijk verbindt voor de rechtspersoon waarvoor hij handelt. In het geval voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel bepaalden de algemene verkoopsvoorwaarden dat de ondertekening van een bestelbon de verkoper

niet verbindt en het contract slechts tot stand komt door het uitdrukkelijk akkoord van de verkoper met de door de klant gedane bestelling. Addertjes onder het gras!

Wanneer zowel het order als de orderbevestiging verwijzen naar de algemene leverings- en betalingsvoorwaarden waarvan een artikel mondelinge overeenkomsten tussen koper en vertegenwoordigers van de verkoopster voor ongeldig houdt en de koopster protesteerde tegen de factuur, die anders dan bij de bestelling was overeengekomen, in D.M. was opgemaakt en betaalbaar gesteld, is deze grief ongegrond nu blijkt ten eerste dat zowel het order als de orderbevestiging de prijs uitdrukken in D.M., en ten tweede dat de munt van de factuur met deze van de bestelling overeenstemt, ondanks hetgeen eventueel mondeling bedongen werd tussen verweerder en de vertegenwoordiger van eiseres (Kh. Brussel, 10 april 1981, *B.R.H.*, 1982, 198). De rechtbank achtte overigens de eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken op de koop toepasselijk.

Door de koper niet uitdrukkelijk aanvaarde algemene voorwaarden op de rugzijde van een factuur zijn geen schriftelijke overeenkomst of geen schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst in de zin van artikel 17 Europees Executieverdrag, waarbij partijen van wie minstens één haar woonplaats heeft in het gebied van een verdragsluitende Staat een gerecht van een verdragsluitende Staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn of zullen ontstaan en welk gerecht uitsluitend bevoegd is (Kh. Brussel, 2 september 1981, *B.R.H.*, 1982, 546).

18. STILZWIJGENDE AANVAARDING — Volgens de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen mag men niet als regel stellen dat een overeenkomst slechts van het gemeen recht afwijkende voorwaarden bevat, wanneer zij door alle partijen uitdrukkelijk zijn aanvaard. In vraag was de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden der Expéditeurs van België (Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468, noot I.V.). Maar er zijn wel rechtbanken die het loutere stilzwijgen of het zonder meer passief blijven van een partij als een aanvaarding bestempelen. Ten onrechte, want toestemmen vergt een actief optreden. Het zou niet mogen afgeleid worden uit een zich afzijdig houden. In geval van algemene koop- of verkoopsvoorwaarden die niet uitdrukkelijk door de andere partij aanvaard zijn, mag het stilzwijgen niet als een aanvaarding of berusting beschouwd worden dan voorzover het stilzwijgen omstandig is: dit impliceert dat andere elementen of eventueel de afwezigheid van andere factoren het stilzwijgen als aanvaarding of berusting bevestigen (Kh. Brussel, 2 september 1981, *B.R.H.*, 1982, 546). Vandaar dat het aangewezen is op zoek te gaan naar omstandigheden die het stilzwijgen kleuren en na te gaan of de verkoper of de koper kennis had of redelijkerwijze moest hebben van het bestaan van algemene voorwaarden.

In haar vonnis van 3 maart 1978 (*B.R.H.*, 1979, 468, noot I.V.) nam de

Rechtbank van Koophandel te Antwerpen de zienswijze van de Rechtbank van Koophandel te Brussel (23 mei 1972, *B.R.H.*, 1973, 3) over waar zij overwoog dat een handelaar steeds moet informeren naar de inhoud van de algemene voorwaarden die zijn medecontractant door middel van een duidelijke verwijzing bedingt en dat de systematische verwijzing in alle briefwisseling naar de algemene voorwaarden, tussen handelaars die jarenlang in handelsrelatie stonden en die vertrouwd waren met transport en verzending en in België gevestigd waren, ertoe geleid heeft dat deze voorwaarden, bij gebrek aan enig protest, stilzwijgend maar ondubbelzinnig werden aanvaard als deel uitmakende van het contract dat partijen verbond. In beroep werden deze elementen onvoldoende geacht om tot een zekere aanvaarding te besluiten (Antwerpen, 31 januari 1979, *onuitg.*). In laatstgenoemd arrest worden te hoge eisen gesteld voor een stilzwijgende aanvaarding.

Zodoende zou de vermelding „algemene verkoopsvoorwaarden op keerzijde” op een orderbevestiging door de verkoper volstaan om de aandacht van de koper erop te vestigen dat de algemene verkoopsvoorwaarden een bestanddeel vormen van de gesloten koopovereenkomst (Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396). Deze kennis is niet voorhanden wanneer de algemene verkoopsvoorwaarden in eerder minuscule letters aangeplakt hangen binnen in het magazijn van een ververij en niet voorkomen op het bij de bestelling afgegeven leveringsticket (Kh. Namen, 20 januari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 314).

Het Hof van Beroep te Brussel besliste tot het gebonden zijn door de koper aan de algemene verkoopsvoorwaarden, daar deze ervan kennis moet nemen wanneer ernaar verwezen wordt op de rugzijde van de bestelbon en de facturen. Wanneer diegene die de factuur ontvangt, niet het bewijs levert dat hij geprotesteerd heeft tegen de clausules die op deze factuur vermeld staan, is hij erdoor gebonden (Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591, noot F.L.).

Afwezigheid van protest duidt op een stilzwijgende aanvaarding van de facturen met inbegrip van de op de voorzijde ervan op zeer duidelijke wijze vermelde verkoopsvoorwaarden (Antwerpen, 21 september 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 139).

Het feit dat de koper op geen enkel ogenblik protesteerde tegen de bestelingsconfirmatie met de daaropvermelde verkoopsvoorwaarden noch tegen de hem na levering toegezonden facturen, hoewel al deze bescheiden in het Duits waren opgesteld, laat vermoeden dat hij de inhoud ervan begrepen en aanvaard heeft (Vred. Zaventem, 21 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 662, noot Erauw, J.).

De regel dat het niet reageren door een handelaar op een ontvangen factuur neerkomt op een stilzwijgende aanvaarding is niet absoluut. Deze regel bevat slechts een interpretatie die berust op de handelsgebruiken en mag dan ook niet veralgemeend worden. De factuur zelf is geen bron van verbintenissen, evenmin als het stilzitten van een handelaar automatisch het

bewijs is van een gehouden zijn tot de uit de factuur blijkende verbintenis. De rechter mag nagaan of het stilzwijgen door een andere beweegreden is ingegeven dan door een berusten en aanvaarden (Kh. Luik, 29 januari 1982, *Jur. Liège*, 1982, 304).

De hoedanigheid van handelaar van een of van beide partijen evenals de regelmaat van de betrekkingen tussen koper en verkoper zijn criteria die de kwalificatie van het stilzwijgen als een aanvaarding van de algemene voorwaarden vergemakkelijken. Dit is het geval voor de verkoopsvoorwaarden welke afgedrukt stonden op de achterzijde van de facturen die verstuurd werden aan geregelde klanten — tevens handelaars (Vred. Namen, 26 oktober 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 213).

Een koper plaatste een bestelling onder de door hem gebruikte algemene koopvoorwaarden. De verkoper leverde onder de door hem gebezigde algemene verkoopsvoorwaarden. De „battle of the forms” noemen de Amerikaanse juristen dit probleem. De Rechtbank van Koophandel te Brussel achtte de algemene koopvoorwaarden van de koper toepasselijk daar zij het eerst de gemeenschappelijke wil van de partijen zouden vertolken gezien de passiviteit van de leverancier ten opzichte van de bestelling. Het feit dat deze leverancier een door een aangestelde van de koper ondertekende leveringsbon met zijn voorwaarden erop kon voorleggen veranderde daaraan niets. Meer nog, gezegde rechtbank oordeelde dat de voorwaarden die de eerste transactie beheersten, blijven gelden voor de daarop volgende verrichtingen tussen dezelfde handelsvennootschappen omtrent telkens dezelfde goederen. Zoniet had de leverancier uitdrukkelijk moeten reageren en verklaren dat de volgende bestellingen door andere voorwaarden zouden beheerst worden (Kh. Brussel, 26 september 1979, *B.R.H.*, 1979, 549).

19. AFWIJKENDE BEDINGEN — Een handige stelregel bij het beantwoorden van de toepasselijkheidsvraag van algemene koop- of verkoopsvoorwaarden is ervan uit te gaan dat deze slechts kunnen ingeroepen worden voor zover er door bijzondere bedingen niet wordt van afgeweken (Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396). Dit laatste wijst immers erop dat er geen akkoord bestond over de inhoud van een bepaalde clausule tussen de algemene voorwaarden. Zo stond in de algemene voorwaarden te lezen dat een laattijdige levering slechts dan recht geeft op schadevergoeding, wanneer daaromtrent een speciale overeenkomst werd aangegaan, met andere woorden wanneer het de verkoper belieft! Er was een welbepaalde leveringsdatum afgesproken. Deze datum werd door de verkoper evenwel niet in acht genomen. Hij werd tegen zijn zin gedwongen schadevergoeding te betalen. De rechter oordeelde dat een bijzonder beding (leveringsdatum) een beding in de algemene voorwaarden (exoneratieclausule) ongedaan had gemaakt. Het Hof van Cassatie had op deze interpretatie niets aan te merken (Cass., 3 februari 1978, *Pas.*, 1978, I, 664, noot en *Arr. Cass.*, 1978, 663).

Partijen kunnen in de verkoopsovereenkomst de algemene koop-verkoops-

voorwaarden verduidelijken en specificeren. Aldus bepaalden de algemene verkoopsvoorwaarden dat „de leveringstermijnen zo nauwkeurig mogelijk nageleefd worden, doch niet kunnen gegarandeerd worden. Wegens een te late levering kan een order dus niet worden geannuleerd, noch schadevergoeding verlangd worden”. Onder leveringstermijn stond met de hand ingevuld „plus minus drie weken, doch principieel zo snel mogelijk”. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen oordeelde dat de partijen door de geschreven vermelding van „leveringstermijn plus minus drie weken” het gedrukte beding wat strikter hebben willen stellen, en dat het hier dan ook niet gaat om een vrijblijvende, tot niets verbindende streeftermijn (Rb. Antwerpen, 22 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 2041).

20. GELDIGHEID — Op de vraag naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden op een gesloten koopovereenkomst volgt de vraag naar de geldigheid van de in die algemene voorwaarden vervatte bedingen en clausules. Deze zijn van uiteenlopende aard en inhoud en kunnen binnen de grenzen van de openbare orde en de goede zeden vrijelijk door de partijen bepaald worden. In de hier aangehaalde rechtspraak hadden zij onder meer betrekking op:

- aansprakelijkheidsbeperkingen (Cass., 3 februari 1978, *Pas.*, 1978, I, 644, noot en *Arr. Cass.*, 1978, 633; Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591, noot F.L.; Rb. Antwerpen, 22 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 2041; Kh. Brussel, 13 september 1978, *J.T.*, 1979, 165, noot Eeckhout, J.; Kh. Bergen, 11 juli 1978, *B.R.H.*, 1979, 100; Kh. Namen, 20 januari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 314). In het geval voor de Rechtbank van Koophandel te Bergen had een meubelfabrikant zich geëxonereerd voor de vrijwaring voor alle verborgen gebreken, en had bedongen dat de meubelen zouden geacht worden aanvaard te zijn zodra ze de fabriek verlieten. Dit nam de rechtbank niet;
- bevoegdheidsattributies (Antwerpen, 21 september 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 139; Arrondrb. Tongeren, 26 maart 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 125, noot Vandeurzen, A.; Kh. Brussel, 26 september 1979, *B.R.H.*, 1979, 549; Kh. Hasselt, 14 december 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 197; Kh. Namen, 12 mei 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 437; Kh. Brussel, 26 januari 1977, *B.R.H.*, 1977, 549);
- hoofdelijkheid van de verbintenissen (Vred. Brussel, 23 december 1981, *T. Vred.*, 1982, 289);
- terugzendingsbeding (Kh. Brussel, 23 maart 1976, *B.R.H.*, 1977, 273);
- schade-, boete- en strafbedingen (Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396; Kh. Namen, 30 oktober 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 163, noot; Kh. Namen, 22 januari 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 213; Vred. Zaventem, 21 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 662, noot Erauw, J.; Vred. Namen, 3 december 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 214, noot Moreau-Margrève, I.; Vred. Namen, 26 oktober 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 213). De

aangehaalde noot van Prof. Moreau-Margrève geeft een bondig en klaar overzicht van onze rechtspraak m.b.t. de strafbedingen. Ze bevat eveneens de wensen voor een dringende wettelijke regeling.

Als algemene bedenking over de geldigheid van algemene koop-verkoopsvoorwaarden werd vooropgesteld dat zij moeten verzoenbaar zijn met de algemene inhoud van een koopcontract en dat zij dienen te beantwoorden aan het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten (Kh. Bergen, 11 juli 1978, *B.R.H.*, 1979, 100).

21. BEWIJS — Beslist werd dat het exemplaar van een koopovereenkomst voorgebracht door de verkoper en waarop, anders dan op het exemplaar van de koper, de vermelding voorkomt „de koper verklaart zich akkoord met aan de achterzijde vermelde verkoopsvoorwaarden” een begin van schriftelijk bewijs is en een feitelijk en aanvaardbaar vermoeden levert dat tussen de partijen de bevoegdheid van de rechtbanken bij overeenkomst werd bedongen (Kh. Hasselt, 14 december 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 197). Het bewijs te leveren van handelsverbintenissen gebeurt meestal soepeler. De op een koop toepasselijke algemene voorwaarden kunnen dan ook genoegzaam bewezen worden door een aangenomen factuur (art. 25 W. Kh.; Kh. Namen, 30 oktober 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 163, noot).

22. ALGEMENE VOORWAARDEN. GEBRUIKEN — Overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die het gebruik aan de verbintenis, volgens de aard ervan toekent (art. 1135 B.W.). Gebruiken zijn te onderscheiden van algemene koop- of verkoopsvoorwaarden, ook al kunnen deze laatste gebruikelijke bedingen gaan uitmaken waarmee een overeenkomst kan aangevuld worden al zijn ze niet uitdrukkelijk gestipuleerd. Algemene voorwaarden maken deel uit van een overeenkomst krachtens de partijwil. Het gebruik, daarentegen, waarvan men spreekt als in een bepaald milieu met betrekking tot bepaalde overeenkomsten een bepaalde handelswijze of gedragslijn algemeen en bij herhaling wordt gevolgd en waarbij op de naleving ervan wordt gerekend, maakt deel uit van de overeenkomst krachtens de wet en voorzover de partijen het tegendeel niet hebben bedongen. Dat ook in dit kader de partijwil de contractinhoud bepaalt, illustreert de cassatieoverweging die het irrelevant acht of een gebruik een contractueel gebruik is dan wel een gewoonte die zich buiten elke contractuele verhouding opdringt. In beide gevallen mogen partijen contractueel ervan afwijken, tenzij een regel van openbare orde zulks zou verbieden (Cass., 16 februari 1979, *B.R.H.*, 1979, 396, noot Hansen, O.).

Het voorwerp van de betwisting betrof wat genoemd wordt de bijvoerkosten (cargo handling charges; preshipment charges, frais de rapprochement). Het zijn de kosten die verband houden met het aanbrengen van de koopwaar onder takel van de scheeps- of walkranen, nadat de goederen voorafgaandelijk door de verkoper in de perimeter van het schip gebracht werden (en niet

tot op de „blauwe steen”, de uiterste rand van de kade). De statuten van de Antwerpse Scheepsvaartvereniging bepalen dat de bijvoerkosten ten laste van de zeevervoerder vallen. Het Hof van Beroep stelde dat die statuten niet tegenstelbaar zijn aan een Pakistaanse zeevervoerder. De Scheepsvaartvereniging heeft geen reglementeringsbevoegdheid; zelfs indien het om gebruiken of gewoonten gaat, zijn die niet van dwingend recht. In casu had de zeevervoerder zijn wil om te contracteren uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de uitsluiting van bestaande gebruiken en gewoonten.

Dat bij de verkoop van wol aan een draadspinnerij de in de overeenkomst vastgestelde leveringstermijnen slechts indicatief zijn, en verlengd of verkort kunnen worden naargelang de noodwendigheden van de handel, merkte de feitenrechter als een gebruik aan (Brussel, 16 juni 1981, *Rev. Prat. Soc.*, 1981, 145).

Volgens artikel 9.2 van de eenvormige wet op de internationale koop van lichamelijke roerende goederen zijn de contractanten gebonden door de gewoonten (*les usages*) die redelijke mensen van gelijke hoedanigheid in dezelfde omstandigheden als van toepassing op hun overeenkomsten plegen te beschouwen. De Rechtbank van Koophandel te Brussel oordeelde dat de verkooptussen het Italiaanse bedrijf Montanara en de Belgische personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ets. Bellanca Fruits onder toepassing viel van deze eenvormige wet en dat de partijen, beiden handelaars van fruit en verse groenten op het internationale vlak en beiden gevestigd in een E.E.G.-lidstaat, krachtens genoemd artikel gebonden waren door de Gedragscode voor fruit, groenten en verse en eetbare jonge vruchten (Kh. Brussel, 1 juni 1981, *B.R.H.*, 1982, 262, noot Watte, N.).

C. Gebreken in de toestemming

1. DWALING

23. DWALING OMTRENT DE PERSOON VAN DE MEDECONTRACTANT — Toen de kopers van een salon weigerden de overeenkomst uit te voeren en de verkoper hen dagvaardde tot betaling van het conventionele strafbeding dat forfaitair de schade vaststelde die hij leed in geval van annulering van de bestelling door de kopers, beweerden deze laatsten onder andere dat de koop nietig was omwille van een substantiële dwaling in hunnen hoofden opens de identiteit van de verkoper. Zij hadden, beweerden ze, de aankoop verricht in een zaak „Euro Salons” genaamd, terwijl de eigenaar van die zaak en dus de ware verkoper de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid „Fauteuils Henri” was. Artikel 1110 B.W. bepaalt dat dwaling geen oorzaak van nietigheid is, wanneer zij alleen de persoon betreft met wie men bedoelde te handelen, tenzij de overeenkomst hoofdzakelijk uit aanmerking van deze persoon is aangegaan. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik oordeelde dat dit wetsartikel geen toepassing kon vinden daar de kopers volledig in gebreke bleven aan te tonen dat zij

gedwaald hadden omtrent de identiteit van de verkopende partij en evenmin het bewijs leverden dat deze dwaling substantieel was in de zin dat ze niet gecontracteerd zouden hebben, mochten ze de echte identiteit van de verkoper gekend hebben. Bovendien stond op de bestelbon, zij het in klein lettertype en in de linker-bovenhoek, de juridische identiteit van de verkoper vermeld en hadden de kopers tijdens de opeenvolgende briefwisseling zonder protest kennis genomen van de identiteit van de verkoper (Rb. Luik, 11 juni 1981, *Jur. Liège*, 1982, 10, noot François, P.).

24. SUBSTANTIELE DWALING — Geen toestemming is geldig, indien zij alleen door dwaling is gegeven (art. 1109 B.W.). Maar dwaling is alleen dan een oorzaak van nietigheid van een overeenkomst, wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt (art. 1110 B.W.), dit wil zeggen de dwaling nopens elke hoedanigheid van het contractsvoorwerp die de betrokken partij op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst als essentieel beschouwde en waarvan zij het sluiten van de overeenkomst afhankelijk wilde maken (Cass., 31 oktober 1966, *R.W.*, 1967-68, 1117). Met andere woorden, een hoedanigheid van het contractsvoorwerp is substantieel als het een partij ertoe heeft aangezet te handelen of te contracteren zodanig dat, was die hoedanigheid er niet geweest, die partij de overeenkomst niet zou gesloten hebben (Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1979, 185. *Adde*: Gent, 30 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2525 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 441, noot A.C.; Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375).

Aldus kan bij de aankoop van een afgelegen en op de buiten gelegen villa het bestaan van een voor die villa liggend grasplein een essentiële hoedanigheid uitmaken van het door de kopers gekochte goed. De kopers kwamen even vóór het verlijden van de notariële akte te weten dat het grasveld aan een derde toebehoorde en zodoende niet in de aankoop begrepen was, en ze weigerde tot de authentieke akte over te gaan. Het hof nam in aanmerking dat het grasveld nagenoeg het enige min of meer uitgestrekte en rechtvormige deel van het gekochte goed was, een uitzicht bood op de weg en de esthetische waarde van de villa verhoogde (Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1979, 185). In feite hadden de contractanten niet het zelfde voorwerp op het oog. Een wilsovereenstemming kon er dus niet zijn.

Wanneer de koper de aankoop van een perceel „bouwgrond” beoogt en de verkoper, zoals blijkt uit zijn publiciteit, ook altijd bouwgrond heeft willen verkopen, bestaat er bij de koper op het ogenblik van het sluiten van de koop een dwaling omtrent een substantiële hoedanigheid van de gekochte grond die dit later niet blijkt te zijn, tenzij de verkoper bewijst dat de grond op het ogenblik van de verkoop werkelijk bouwgrond was (Gent, 30 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2525 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 441, noot A.C.). De notaris moet de verkoper de schade vergoeden die deze door de nietigverklaring van de koop lijdt.

De dwaling over de prijs van het gekochte goed „is slechts een substantiële

dwaling wanneer die prijs de determinerende voorwaarde van het contract uitmaakt'' (Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375). Die formulering kan tot verwarring aanleiding geven. In beginsel wordt een dwaling omtrent de waarde van de transactie (de prijs dus) niet in aanmerking genomen, behalve in de uitzonderlijke gevallen waarin men zich op benadeling kan beroepen.

De authenticiteit van kunstwerken is een delicate aangelegenheid. Wanneer komt vast te staan dat de koper zich een collectie oude schilderijen wil aanschaffen en dat hij bij de verkoper herhaaldelijk erop aandringt de authenticiteit van de schilderijen gegarandeerd te zien, dan is het bewijs geleverd dat de vooropgestelde authenticiteit de drijvende factor is bij de wilsvorming van de koper en zijn toestemming determineerde. De schilderijen in kwestie waren verre van authentiek en de koop werd nietigverklaard op grond van substantiële dwaling (Brussel, 5 november 1980, *J.T.*, 1981, 77). Het betrof hier een koop tussen twee particulieren, een Chileen en een Australiër.

25. VERSCHOONBARE DWALING — Niet elke dwaling omtrent de zelfstandigheid van het contractsvoorwerp is van aard om als toestemmingsgebrek de koop op losse schroeven te zetten. Vereist wordt dat zulke dwaling verschoonbaar is.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel, die uitspraak diende te doen over de aankoop op een kunstveiling van twee, zoals later bleek, verkeerdelijk aan Valerius de Saedeleeer toegeschreven doeken, oordeelde dat de koper geen substantiële dwaling kon inroepen, daar de authenticiteit van een schilderij een hoedanigheid is, die een kandidaat koper tijdens de vóór de veiling gehouden tentoonstelling kan nagaan (Kh. Brussel, 13 september 1978, *J.T.*, 1979, 165, noot Eeckhout, J.). In de catalogus stond trouwens een exonerationclausule afgedrukt.

Toen de verkopers na het verlijden van de notariële verkoopakte substantiële dwaling inriepen, omdat uit de akte bleek dat samen met het in de voorlopige verkoopsovereenkomst aangeduide woonhuis, tevens het aanpalend perceel grond als contractsvoorwerp stond beschreven, en zij dit laatste nooit hadden willen verkopen, verwierp de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik het ingeroepen toestemmingsgebrek op grond van de onverschoonbaarheid ervan. De rechtbank overwoog dat het ondertekenen van een verkoopakte een belangrijke rechtshandeling is, die van de contractanten een minimum aan aandacht vereist. Het is niet aan te nemen dat de verkopers niet zouden gereageerd hebben op het verschil in oppervlakte bij de lectuur vóór de ondertekening van de authentieke akte, als ze een beetje oplettendheid aan de dag hadden gelegd. De gevestigde rechtsleer en rechtspraak houden immers slechts rekening met de „toelaatbare dwaling'' als koopvernietigend toestemmingsgebrek, dit wil zeggen die dwaling waarvan ieder normaal oplettend en voorzichtig man het slachtoffer kan zijn (Rb. Doornik, 27 februari 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 223, noot Coipel, M.). Dit

vonnis roept niet alleen kritiek op omdat de dwaling en het onverschoonbaar karakter ervan beoordeeld worden op het ogenblik van het verlijden van de notariële akte, terwijl het appreciatietijdstip zich situeert bij de contractsluiting, te weten bij de koop-verkoopconsensus, vaak vastgesteld in een zogenaamde „voorlopige koopovereenkomst” (Cfr. Rb. Namen, 2 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 306). Bovendien, en anders dan het vonnis voorhoudt, wordt het verschoonbaar karakter van de dwaling niet langer *in abstracto*, maar *in concreto* beoordeeld. Als referentiepunt geldt niet de *bonus pater familias* van het aansprakelijkheidsrecht. Wel dienen de persoonlijke eigenschappen van de errans in acht genomen. De vraag luidt dan of een redelijk persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden gedwaald zou hebben (Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375 cf. Coipel, M., noot onder Rb. Doornik, 27 februari 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, (224), 226). De dwaling van de koper omtrent het karakter van bouwgrond van het gekochte perceel achtte het Hof van Beroep te Gent verschoonbaar omdat, enerzijds, de verkoper in zijn publiciteit steeds gewag had gemaakt van bouwgrond en de notaris, anderzijds, in de notariële akte te kort was geschoten aan zijn verplichting om, overeenkomstig artikel 44, § 5 Stedebouwwet, melding te maken van de verklaring van de verkoper, hetzij dat voor het goed een bouwvergunning is uitgereikt of een stedenbouwkundig attest dat laat voorzien dat een dergelijke vergunning zou kunnen worden verkregen, hetzij, bij gebreke van die vergunning of dat attest, dat geen verzekering kan worden gegeven omtrent de mogelijkheid om op het goed te bouwen of daarop enige vaste of verplaatsbare inrichting op te stellen die voor bewoning kan worden gebruikt (Gent, 30 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2525 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 441, noot A.C.).

De dwaling van de koper die het voor de villa gelegen grasperk in de koop begrepen dacht, werd verschoonbaar geacht, gezien de plaatselijke ligging en het gebrek aan door de verkoper gegeven informatie, zodat de koper zich het gekochte goed niet anders kon voorstellen dan zoals het zich vertoonde, dit wil zeggen met een van het aanpalend bouwland onderscheiden grasplein dat ongetwijfeld de esthetische waarde van de villa verhoogde (Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1979, 185).

De niet verschoonbare dwaling maakt een fout uit in hoofde van de errans die het risico ervan draagt. Zij tast de geldigheid van de koopovereenkomst niet aan (Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375) en kan afgeleid worden uit het feit dat de beweerde errans zich niet of onvoldoende informeerde (Kh. Marche-en-Famenne, 16 november 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 33 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 365).

26. NIETIGVERKLARING EN SCHADEHERSTEL — De nietigverklaring van een koop die volgt uit een toestemmingsdeficiëntie wegens verschoonbare, substantiële dwaling is relatief. Een door dwaling aangetaste overeenkomst is immers niet van rechtswege nietig; zij levert slechts grond op tot een vordering tot nietigverklaring, indien deze vordering wordt ingesteld binnen de tien jaar van de dag waarop de dwaling wordt ontdekt.

De nietigverklaring leidt tot het herstel van de zaken in hun oorspronkelijke toestand en dus tot teruggave. Bovendien kan de verkoper veroordeeld worden tot schadevergoeding wanneer diens quasi-delictuele aansprakelijkheid komt vast te staan ten gevolge van zijn fout bestaande uit een ontoereikende voorlichting van de koper met betrekking tot een door deze laatste substantieel geachte hoedanigheid van de gekochte zaak (Luik, 20 december 1978, *Jur. Liège*, 1979, 185). Het voorschot van een half miljoen moet teruggestort worden met interesten, alsook de betaalde registratierechten, eveneens met interesten.

Ook de verkoper kan schade lijden door de nietigverklaring van de overeenkomst. In het geding dat voorlag in het Hof van Beroep te Gent betrof de verkoper dan ook de instrumenterende notaris in de zaak, aan wie het toekwam ervoor te zorgen dat de rechtsgeldigheid van de voorlopige koopovereenkomst nooit betwist zou kunnen worden. De notaris, die op verzoek van de verkoper op actieve wijze is opgetreden bij het tot stand komen van de koop, moet beide partijen op precieze wijze voorlichten over de inhoud van de overeenkomst, ook wat het voorwerp ervan betreft, en zorgen dat voldaan werd aan de in dat verband door de Stedebouwwet gestelde verplichtingen. Nu hij dit niet gedaan heeft en door zijn verzuim ertoe heeft bijgedragen dat de koper in dwaling werd gebracht nopens de hoedanigheid van het verkochte perceel, dient hij in te staan voor de schade die de verkoper ten gevolge van de nietigverklaring van het koopcontract oploopt (Gent, 30 maart 1979, *R. W.*, 1979-80, 2525 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 441, noot A.C.).

Omwille van het in een openbaar ambtenaar gestelde vertrouwen, is een notaris, belast met het verlijden van een authentieke koopakte, met uitsluiting van de verkoper, aansprakelijk ten aanzien van de koper, wanneer de akte, die de wil van de partijen vertolkt, een dwaling betreffende de beschrijving van het verkochte goed inhoudt (Brussel, 14 maart 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 430, noot J.B.). Ook de vastgoedagent die het koopcompromis opstelt zonder duidelijk het voorwerp van de wilsovereenstemming te omschrijven, begaat een fout, maar die wordt opgeslorpt door die van de notaris die de authentieke akte verlijdt.

27. BEWIJS — Opdat de verschoonbare dwaling tot de nietigheid van een koopovereenkomst zou leiden, vergt zij het bewijs dat zij de zelfstandigheid zelf van de zaak of een substantieel geachte hoedanigheid ervan betreft. Zulk feit is bewijsbaar met behulp van alle rechtsmiddelen, getuigen en vermoedens inbegrepen (Luik, 20 december 1978. *Jur. Liège*, 1979, 185).

Met betrekking tot het bewijs van het al dan niet verschoonbaar karakter van de ingeroepen dwaling ging de Rechtbank van Koophandel te Charleroi terecht van de regel uit dat een dwaling moet vermoed worden verschoonbaar te zijn, en dat wie zich op de onverschoonbaarheid beroept, dit dient aan te tonen (Kh. Charleroi, 1 maart 1979, *J.T.*, 1980, 375). Vaak wordt het bewijs van de substantiële aard van de dwaling niet toegelaten

omdat de rechter oordeelt dat zij sowieso niet verschoonbaar is (Rb. Doornik, 27 februari 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 223, noot Coipel, M.).

2. BEDROG

28. FRAUS OMNIA CORRUMPIT, ook in het contractuele domein. Bedrog is een oorzaak van nietigheid van een overeenkomst, wanneer de kunstgrepen die door een van de partijen werden gebezigd, van die aard zijn dat de andere partij zonder de kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan (art. 1116, eerste lid B.W.; Kh. Brussel, 29 juni 1979, *Pas.*, 1979, III, 46 en *B.R.H.*, 1979, 592).

Bedrog veronderstelt bedrieglijke kunstgrepen die, naargelang de omstandigheden, bestaan uit een enscenering, leugens of een stilzwijgen. Zij moeten een beslissend karakter vertonen zodat zonder die kunstgrepen de andere partij niet zou gecontracteerd hebben. Om een overeenkomst op grond van bedrog nietig te verklaren is geenszins vereist dat de auteur van het bedrog uit die overeenkomst een aanzienlijk voordeel heeft gepuurd (Brussel, 5 november 1980, *J.T.*, 1981, 77 en Bergen, 18 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 71, noot J.S.).

De overnemers van een vennootschap bekloegen zich erover dat de organen van de overdragende vennootschap het gebrek aan rentabiliteit van de overgedragen onderneming wegens de beroepsonbekwaamheid van de directeur van deze onderneming had verzwegen. Het Hof van Beroep van Luik wees in haar arrest van 13 januari 1977 evenwel erop dat een private deskundige de overnemers had uitgelegd waarom aan het beroepsrendement van de directeur moest getwijfeld worden door hen aan te zetten de modaliteiten van zijn loon te wijzigen, hetgeen, duidelijk op hun aanvraag en aanwijzingen gebeurde op de vooravond van de overdracht. Uit deze vaststelling evenals uit het feit dat niet aangetoond is dat het stilzwijgen zou gepaard gegaan zijn met misdadige arglistigheden en leugenachtige verklaringen leidt het Luikse Hof af dat het bedrog niet bewezen is. Het Hof van Cassatie stelt voorop dat het stilzwijgen van een partij, bij het sluiten van een overeenkomst, in bepaalde omstandigheden, bedrog kan uitmaken in de zin van artikel 1116 B.W., wanneer het betrekking heeft op een feit wegens hetwelke de andere partij, indien zij ervan op de hoogte ware geweest, tegen minder bezwarende voorwaarden zou hebben gecontracteerd (Cass., 8 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1189, *Pas.*, 1978, I, 1156, *R.W.*, 1978-79, 1777, *J.T.*, 1978, 544 en *R.C.J.B.*, 1979, 525, noot Masson, J.P.).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven beaamt dat het louter stilzwijgen nog geen bedrog uitmaakt. Tevens is vereist dat het stilzwijgen te kwader trouw gebeurt en dat de medecontractant niet is te kortgesloten in zijn verplichting om zelf de nodige informatie te verzamelen (Rb. Leuven, 16 februari 1982, *T. Not.*, 1982, 143, noot).

Na op 26 april 1977 een occasie Renault 6 TL, bouwjaar 1971, te hebben aangekocht, laat de koper de verkopende garagist bij aangetekende brief

weten dat het voertuig zo ernstig verroest is dat het onbruikbaar is. Een expert stelt vast dat de garagist op de aangetaste plekken een laag *undercoating* aanbracht, en knoopt hieraan de bedenking vast dat dit gebeurde niet zozeer om de desastreuse toestand te camoufleren dan wel om een wagen die de sporen van de jaren vertoont een mooier uitzicht te geven. De koper vordert de nietigverklaring van de overeenkomst en schadevergoeding. Ten aanzien van de nietigheidseis overweegt de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat de garagehouder het gebrek van het voertuig moest kennen en dat hij, in plaats van zijn cliënt hieromtrent in te lichten, de onderkant van het voertuig met een dikke deklaag besmeerde. Zulke bewuste dissimulatie van de werkelijkheid is een bedrieglijke kunstgreep ten einde de koper te doen geloven in een niet bestaand iets of ten einde een bestaand iets te verbergen. Zulke handelswijze valt niet goed te praten als een gewone handelspraktijk, een *dolus bonus*, daar de gespecialiseerde handelaar, door een mogelijke breuk ten gevolge van de verroeste onderdelen, de koper en alle andere weggebruikers een groot risico laat lopen (Kh. Brussel, 29 juni 1979, *Pas.*, 1979, III, 46 en *B.R.H.*, 1979, 592).

Diezelfde rechtbank weerlegde de bewering van de verkoper dat de koper het gebrek had moeten opmerken. Het oordeelde dat een kandidaat koper niet verplicht kan worden de wagen aan een technische controle te onderwerpen. Bovendien zou de koper allicht niet ontdekt hebben wat tijdens de wettelijke technische controle — weliswaar tot verwondering van de expert (!) — niet eens aan het licht was gekomen. Daarmee werd de vraag aangeraakt in welke mate de eigen fout van de bedrogene het bedrog in hoofde van de bedrieger kan opheffen. Het cassatiestandpunt ter zake is gekend: wanneer, blijkens de soevereine vaststellingen van de rechter, het bedrog tot de toestemming heeft geleid, kan de onvoorzichtigheid of zelfs de grove en onverschoonbare nalatigheid van het slachtoffer van het bedrog door de medecontractant niet worden ingeroepen; bedoelde onvoorzichtigheid of nalatigheid heeft niet tot gevolg 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, concl. Adv. Gen. Krings, *R.W.*, 1977-78, 933, *J.T.*, 1978, 362 en *R.C.J.B.*, 1980, 32, noot Matthijs, J).

29. Een Belgisch wisselagent was persoonlijk aandeelhouder in de Franse besloten burgerlijke vennootschap „La Lieutenante”. Deze maatschappij was opgericht met een startkapitaal van 60.000 Franse frank ten einde een meer dan 364 hectaren groot domein in Frankrijk aan te kopen, te verkavelen en de loten ervan te verkopen. De wisselagent weet een oudere dame te overhalen tot de aankoop van een vijfvijftigduizendste deel in één van zijn aandelen in „La Lieutenante” en laat zich door haar, gezien het ondeelbaar karakter van de aandelen, tot volmachtdrager aanduiden. De hele onderneming was op zijn minst dubieus te noemen. Drie jaar later vordert de koopster de nietigverklaring van de overeenkomst, de terugbeta-

ling van de koopprijs en schadevergoeding. Zij beklagt zich erover dat de verkoper handelend vanuit de geloofwaardigheid die zijn titel van wisselagent hem verleent, gebruik heeft gemaakt van haar onwetendheid en onervarenheid, om haar tot de aankoop te bewegen. Haar middelen zijn bedrog, precontractuele fout in hoofde van de verkoper en, subsidiair, substantiële dwaling in eigen hoofde. De eerste rechter grondde de nietigverklaring op het bedrog daarin gevolgd door het Hof van Beroep te Bergen. Een wisselagent, die onderworpen is aan een wettelijk statuut en aan een corporatieve tucht die van aard is het cliënteel vertrouwen in te boezemen, moet blijk geven van voorzichtigheid en van een voorbeeldige rechtschapenheid bij het adviseren van beleggers. Dit is des te meer vereist bij handelelingen die hem privaatief een aanzienlijk voordeel bezorgen en waarbij een belangentegenstelling tussen hemzelf en zijn gewone cliënteel bestaat. De koopster was zo'n trouwe klant die een zo zeker mogelijke belegging zocht voor haar klein kapitaal. Het Hof stelt vast dat de verkoper zich van een maquette bediende van het te exploiteren domein en dat hij het stilzwijgen bewaarde omtrent de geringheid van het kapitaal, het besloten karakter en de schuldenlast van de maatschap evenals omtrent het feit dat de uitvoering van het maatschappelijk doel nog niet voor de deur stond. Toch beloofde hij de koopster reeds voor het eerste jaar een groot rendement van haar participatie en wekte hij bij haar de indruk dat zij door een deelneming *ipso facto* onverdeelde medeëigenares zou worden van 6 hectaren domeingrond. Door het gebruik van demonstratiemateriaal, de valse beloften en het verzwijgen, aldus het Hof, werd van de realiteit een zodanig abusievelijke voorstelling gegeven, dat de koopster, ware ze correct ingelicht, nooit tot zo'n onzekere transactie zou zijn overgegaan (Bergen, 18 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 71, noot J.S.).

Zowel het Hof van Beroep te Bergen als de Rechtbank van Koophandel te Brussel veroordeelden de verkopers voor het door hen gepleegde hoofdbedrog tot schadeherstel. Beide rechtscolleges wezen op de bijzondere verplichtingen van die verkopers die voortvloeide uit de hun eigen beroepswerkzaamheid. Het Hof van Beroep te Bergen overwoog nog dat het mechanisme van de nietigverklaring op zich het verlenen van schadevergoeding niet rechtvaardigt. Maar omwille van de kwade trouw van de verkoper is diens bedrog niet alleen te beschouwen als een gebrek in de toestemming, doch is het eveneens een burgerlijk misdrijf, met name een precontractuele fout die op basis van artikel 1382 B.W. de veroordeling tot het betalen van schadevergoeding rechtvaardigt.

§ 2. Bekwaamheid

30. Wie de wet het niet verbiedt, kan kopen of verkopen. Met deze woorden specificeert artikel 1594 B.W. de algemene regel van artikel 1123 B.W. dat eenieder contracten kan aangaan, indien hij daartoe door de wet niet onbekwaam is verklaard. De onbekwamen van gemeen recht zijn in dezelfde

mate onbekwaam wat het kopen en verkopen aangaat. Deze materie kent echter ook specifieke gevallen van onbekwaamheid. Zij staan neergeschreven in de artikelen 1595, 1596 en 1597 B.W. of in aparte wetten. Men mag de onbekwaamheid *stricto sensu* evenwel niet gelijk schakelen met de talrijke omstandigheden van pseudo-onbekwaamheid waarbij het een rechtspersoon aan bevoegdheid ontbreekt om eigenmachtig te kopen of te verkopen.

Volgens artikel 1596 B.W. mogen een aantal personen noch zelf, noch door tussenpersoon, bij een openbare verkoping kopers worden, op straffe van nietigheid van de koop. De achterliggende gedachte is dat de belangentegenstelling verhindert dat eenzelfde persoon in tweeërlei hoedanigheid bij eenzelfde akte optreedt wanneer deze hoedanigheden, gezien de te beschermen belangen, onverzoenbaar zijn. Er is echter geen tegenstelling van belangen tussen een gefailleerde en de curator (Bergen, 17 november 1976, *Pas.*, 1977, II, 142 en *Rev. Not. B.*, 1977, 66). De onbekwaamheid van artikel 1596 B.W. treft onder meer de lasthebbers wat betreft de goederen met de verkoop waarvan zij belast zijn. Aangenomen werd nochtans dat bij overeenkomst hiervan kon afgeweken worden, in het bijzonder wanneer de lastgever bepaald heeft tegen welke prijs mag worden verkocht, ervan uitgaande dat in zulk geval aan het mandaat een einde is gekomen (Gent, 16 mei 1976, *Pas.*, 1977, II, 15). Maar het Hof van Cassatie oordeelde dat het verbod van artikel 1596 B.W. niet alleen bij verkopeningen bij opbod, maar ook bij verkopeningen uit de hand geldt, en dat het volle uitwerking heeft, zelfs als de lastgever de verkoopprijs heeft vastgesteld; deze enkele omstandigheid impliceert niet dat er een einde kwam aan de lastgeving (Cass., 24 september 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 585). Artikel 1596 B.W., noch artikel 1591 Ger. W. — dit laatste voorschrift verbiedt de notaris bij uitvoerend beslag op onroerend goed de curator van de beslagene als bieder of opbieder aan te nemen — vinden toepassing op de curator die een hoger bod doet bij de gedwongen verkoop van een tot de faillissementsmassa behorend onroerend goed, vermits hij alsdan niet handelt als vertegenwoordiger van de gefailleerde, maar wel als vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers in de bekommernis om voor deze laatsten een zo gunstig mogelijke prijs te bekomen (Bergen, 17 november 1976, *gecit.*).

Tussen echtgenoten kan geen koopcontract worden aangegaan (art. 1595 B.W.). Toch kan de echtgenoot, gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen, het aandeel van de andere echtgenoot in een of meer goederen inkopen, maar slechts op een openbare verkoping of met machtiging van de rechter (art. 1549, tweede lid B.W.). Trouwens onder dezelfde voorwaarden kan iedere echtgenoot het aandeel inkopen dat de andere echtgenoot bezit in een goed dat onverdeeld tussen hen is (art. 1595, eerste lid, 4° B.W.). Er is geen rechterlijke machtiging vereist als de verkoop openbaar gebeurt. De inkoopmogelijkheid bestaat echter niet meer voor gescheiden echtgenoten (Rb. Antwerpen, 11 december 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 478, noot). In dit geval was een villa in geding van meer dan 1 ha,

met park, verwarmde zwemkom, manège met paardenstallen, enz. Een openbare verkoop drong zich op om uit onverdeeldheid te treden.

31. Als hoofd van de gemeenschap vermocht de man onder gelding van het vroegere wettelijk stelsel van de gemeenschap van goederen deze te vreemden zonder medewerking van zijn vrouw; de vrouw was, na de ontbinding van de gemeenschap, geen derde ten aanzien van de akten van de man die geen vaste dagtekening hadden. Zodoende is de rechtsopvolger van de vóór het verlijden van de authentieke koopakte overleden vrouw gebonden door de onderhandse verkoopovereenkomst die gesloten werd door de man alleen, voorzover geen bedrog ingeroepen wordt (Antwerpen, 27 juni 1979, *T. Not.*, 1979, 335 en *Limb. Rechtsl.*, 1980, 7). Diezelfde bevoegdheid om, als hoofd van de gemeenschap, een goed behorende tot de gemeenschap alleen te verkopen, kan de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg, rechtdoende in kort geding in de loop van een echtscheidingsprocedure, beperken door de man bij voorlopige maatregel te verplichten de eventuele verkoop openbaar te laten geschieden en zijn echtgenote een gedeelte van de opbrengst ter beschikking te stellen (Cass., 14 oktober 1977, *R. W.*, 1977-78, 1430). Immers in het kader van een echtscheidingsprocedure heeft de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg de bevoegdheid voorlopige maatregelen te treffen die de belangen van de echtgenoten beschermen tot een gebeurlijke definitieve regeling van hun wederzijdse rechten. Zodoende kan aan de echtgenote, die een persoonlijk onroerend goed bij onderhandse verkoopovereenkomst heeft verkocht, verbod opgelegd worden de notariële akte te verlijden, vooraleer de koper de koopprijs heeft betaald aan de instrumenterende notaris, die de gelden voor rekening van beide echtgenoten moet beheren tot de gebeurlijke vereffening - verdeling van de bestaande huwgemeenschap of om 't even welke andere verrekening (Voorz. Rb. Kortrijk (Kort ged.), 14 januari 1982, *T. Not.*, 1982, 79, noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 295).

Het nieuwe huwelijks(vermogens)recht, zo wordt beweerd, heeft de beide echtgenoten onbekwaam gemaakt. Dit komt vooral tot uiting in de gevallen waarin een gezamenlijk handelen van man en vrouw vereist wordt. Zo kan de ene echtgenoot zonder de instemming van de andere niet onder bezwaren de titel beschikken over de rechten die hij bezit op het onroerend goed dat het gezin tot voornaamste woning dient. Als dusdanig moet beschouwd worden het eigen onroerend goed van de vrouw dat jarenlang het gezin, bestaande uit vader, moeder en het gemeenschappelijk kind, huisvestte en dat de vrouw vrijwillig heeft verlaten, terwijl man en kind er bleven wonen. De man weigerde met de verkoop in te stemmen, reden waarom de vrouw de rechtbank om machtiging tot verkoop verzocht. De staat van behoefte die ze inriep was voor de rechter geen geldige machtigingsgrond, wel een element bij de beoordeling; de machtiging werd gewijzigd op grond van het risico dat het kind onterfd zou worden door de moeder die met de opbrengst van de verkoop vooral beoogde in haar onderhoud te voorzien (Bergen, 18 oktober 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 343, noot).

Dezelfde vereisten worden gesteld ten aanzien van de huisraad dat aanwezig is in het goed dat het gezin tot voornaamste woning dient, op straffe van nietigheid van de verkoop op verzoek van de andere echtgenoot en onverminderd de toekenning van schadevergoeding (art. 216 en 224, § 1 B.W.). Kopers moeten zich in dit geval op voldoende wijze verzekeren of de vereiste instemming is verleend, en kunnen artikel 2279 B.W., dat bezit als titel geldt met betrekking tot de roerende goederen, niet in hun voordeel invoeren (Rb. Bergen, 14 september 1979, *Rev. Dr. Fam.*, 1980, 90).

De machtiging die een echtgenoot op grond van artikel 1420 B.W. kan verkrijgen om alleen een gemeenschappelijk onroerend goed te verkopen, wordt niet verleend indien de andere echtgenoot een wettige reden opgeeft om zich tegen de geplande verkoop te verzetten. Als wettige reden geldt alleen die welke steunt op het gezinsbelang (Brussel, 26 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2257, noot).

32. Indien een echtgenoot in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, en geen lasthebber heeft aangesteld of geen wettelijke vertegenwoordiger heeft, kan de andere echtgenoot aan de Rechtbank van Eerste Aanleg vragen om in zijn plaats te worden gesteld voor de uitoefening van al zijn bevoegdheden of een gedeelte ervan (art. 220, § 2 B.W.). Aldus verkreeg de echtgenote de toelating in de plaats van haar echtgenoot de nodige bevoegdheden uit te oefenen in het kader van een verkaveling en de verkoop van loten, waartoe haar echtgenoot zich eertijds had verbonden (Rb. Brussel, 28 december 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 453, noot; vgl. art. 1420 B.W.).

Een medeëigenaar van een goed dat onverdeeld aan verscheidene personen toebehoort, kan weliswaar eigenmachtig over zijn aandeel beschikken, maar is niet bekwaam het goed integraal te verkopen. Als daad van beschikking is zulke verkoop slechts geldig als hij gebeurt met medewerking van alle medeëigenaars (art. 577bis, §§ 4 en 6 B.W.). Hieruit volgt dat wanneer de verkoop van een onverdeeld, aan meerdere personen toebehorend goed, gebeurt met tussenkomst van een lasthebber, deze laatste door alle medeëigenaars moet gemandateerd zijn (Bergen, 24 juni 1981, *Pas.*, 1981, II, 125).

De bekrachtiging door de overige eigenaars van de door één medeëigenaar gesloten koop heft de nietigheid van deze overeenkomst op, op voorwaarde dat de koper, die door die ratificatie gevrijwaard wordt voor uitwinning, niet vooraf de nietigverklaring heeft gevorderd (Bergen, 12 november 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 177, noot).

§ 3. Voorwerp en oorzaak

33. ROEREND OF ONROEREND VOORWERP — Zowel roerende als onroerende zaken kunnen het voorwerp uitmaken van een koop, althans voor zover ze in de handel zijn en geen bijzondere wetsbepalingen de vervreemding

ervan verbieden (art. 1598 B.W.). In gedingen omtrent koopcontracten werden de volgende uitspraken genoteerd m.b.t. de kwalificatie roerend/onroerend goed.

Delfstoffen maken deel uit van de ondergrond en zijn omwille van hun incorporatie, evenals beplantingen en bouwwerken, onroerend uit hun aard. Deze kwalificatie belet niet dat het in een groeve bedolven zand door de partijen als ontgonnen kan beschouwd worden. De verkoop van zulk zand, roerend door anticipatie, is bijgevolg niet onderworpen aan artikel 1 Hypotheekwet (Brussel, 24 april 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 179, noot). Anderzijds kunnen van hun aard uit roerende zaken door bestemming onroerend zijn. Een eerste categorie betreft zaken die als zodanig nodig en nuttig zijn voor landbouw-, nijverheids-, handelsexploitatie of voor de gewone dienst van het huis. Een tweede categorie heeft de blijvende verbinding als criterium, waaronder voorwerpen die tot meerder gemak en tot veiligheid van de bewoners dienen en onafscheidbaar zijn verbonden met het onroerend goed en waarbij de materiële aanhechting het inzicht van de eigenaar zonder twijfel openbaart. Een bijkomend criterium is mogelijkerwijze de gebeurlijke waardevermindering van losgemaakte voorwerpen, die op zichzelf, zonder aanhechting hun functioneel karakter verliezen. Geprefabriceerde kasten en keukenstoelen zijn door hun constructie en door hun specifieke aanhechtingsmethode, alsmede door hun stijl en kleur, en door het feit dat zij niet zonder beschadiging kunnen verwijderd worden, onroerende goederen door bestemming van de tweede categorie (Rb. Hasselt, 3 maart 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 71, bevest. Antwerpen, 1 april 1980, *onuitg.*). Roerende goederen uit hun aard kunnen geen onroerende goederen door bestemming worden als de eigenaar ervan geen eigenaar is van het onroerend goed waarvoor ze bestemd worden. De verwarmingsinstallatie (radiatoren en ketel van de centrale verwarming) van de huurder van een onroerend goed kan dan ook door bestemming niet onroerend zijn en maakt geen deel uit van de verkoop van de verhuurde eigendom (Rb. Leuven, 16 februari 1982, *T. Not.*, 1982, 143, noot).

34. OORZAAK. BEGRIP — Het Hof van Cassatie had geen oor naar de voorziening die het Hof van Beroep te Antwerpen verweet het persoonlijke motief van de verkoper, te weten zijn recht om in het verkochte goed twee plaatsen te blijven bewonen en de verbintenis van de koper om deze twee plaatsen bewoonbaar te maken, als oorzaak zelf van de verkoop te hebben bestempeld. Een koopovereenkomst is een wederkerig contract, zodat alle door de koper aangegane verbintenissen samen de oorzaak van de door de verkoper toegestane eigendomsoverdracht vormen (Cass., 13 maart 1981, *R.W.*, 1982-83, 1049, noot). Betreffende het begrip „oorzaak” in een wederkerige overeenkomst, zie Van Ommeslaghe, P., „Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, noot bij Cass., 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 328-367. Het staat aan de feitenrechter vrij te oordelen of een tekortkoming door één van partijen in

een wederkerig contract aan sommige van haar contractuele verbintenissen, voldoende zwaar is om de ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen.

Met andere woorden, de oorzaak van een wederkerige verbintenis is de wil een tegenprestatie te bekomen voor het zelf aangegane engagement. Het begrip oorzaak dekt evenwel niet de beweegredenen die een partij tot contracteren aanzetten, tenzij deze motieven op het ogenblik van de contractsluiting tot het contract gaan behoren en beide partijen hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend beaamen dat de motieven zelf een voorwaarde van het contract zijn gaan uitmaken. Daartoe volstaat het niet dat een partij kennis heeft van het nagestreefde motief. Vereist is dat de zwaarwichtigheid en de juridische impact van de beweegreden genoegzaam door de tegenpartij is onderkend of door deze niet kan ontkend worden en dat dezelfde partij haar, zij het stilzwijgend, als contractonderdeel heeft aanvaard (Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591, noot F.L. en Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 183, noot D.).

Benevens de aankoop op 11 juli 1980 van een appartement kwamen partijen overeen dat de verkoopster tegen 1 oktober volgend en tot de oplevering van het verkochte appartement de kopers een hoekappartement ter beschikking zou stellen voor een huurprijs van 15.000 frank. Deze bij bijzondere overeenkomst door de verkoopster opgenomen verbintenis vormde een voorwaarde, die voor de kopers van het appartement mede de essentie van de koopovereenkomst betekende, zonder welke geen consensus tussen partijen over de koop-verkoop zou zijn tot stand gekomen. Daar de verkoopster op 30 augustus 1980 het hoekappartement verkocht en zichzelf zodoende in de onmogelijkheid stelde haar bijkomende verbintenis na te leven, vervolgden de kopers terecht de ontbinding van het koopcontract en de terugbetaling van hun voorschot (Rb. Mechelen, 19 januari 1982, *R.W.*, 1983-84, 937).

35. GEBREK AAN OORZAAK — Een verbintenis, aangegaan zonder oorzaak, kan geen gevolg hebben. Het is een geldigheidsvereiste van een rechtshandeling, waarvan het bestaan moet beoordeeld worden op het ogenblik dat de rechtshandeling wordt gesteld (Bergen, 17 maart 1981, *Rev. Not. B.*, 1981, 436, noot De Valkeneer, R.). Zo oordeelde een koper van informatieapparatuur, die beweerde zich tot de koop te hebben laten overhalen, omdat de verkoper zijn personeel in het gebruik en de bediening van de apparatuur zou opleiden. Daar de leverancier evenwel zulke verbintenis nooit op zich had genomen en daar de beweegreden van de koper niet als oorzaak in de hoger aangestipte betekenis kon weerhouden worden, werd het verweer van de koper van de hand gewezen en de vordering tot betaling van de verkoper gegrond verklaard (Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591, noot F.L.).

De nietigheid van een overeenkomst bij ontstentenis van oorzaak is een relatieve nietigheid die vatbaar is voor bekrachtiging, bijvoorbeeld door een

gedeeltelijke betaling verricht na het tot stand komen van het contract (*ibidem*).

36. CONCUBINAAT — Een koopovereenkomst kan, nader beschouwd, een vermomde schenking zijn. Zo „verkocht” een man een huis aan zijn concubine. Na vijftien jaar krijgt hij blijkbaar spijt en wil hij de nietigverklaring van de overdracht bekomen, inroepend dat de verkoop een schenking vermomde, die nietig zou zijn krachtens de artikelen 1131 en 1133 B.W., en inroepend dat de overeenkomst zelfs als overdracht ten bezwaren de titel nietig was, want ingegeven door een ongeoorloofde en onzedelijke oorzaak. Het Hof van Beroep te Bergen verklaarde de vordering ontvankelelijk en oordeelde dat het adagium *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* het leveren van het bewijs van de vermomming en van de immoraliteit niet in de weg kan staan. De „verkoper” slaagde echter noch in het ene, noch in het andere. Zelfs als de prijs die in de akte gestipuleerd is, lager ligt dan de werkelijke waarde van het verkochte goed, mag niet zo maar vermoed worden dat er een gedeeltelijke schenking gebeurde. De bedoeling van de verkoper om een schenking te doen moet duidelijk aangetoond worden. Dit was hier niet het geval. Met betrekking tot de beweerde onzedelijkheid werd niet bewezen dat de partijen bij de verkoopakte van 1955 uitdrukkelijk of stilzwijgend toegaven dat het determinerend motief, met name de ongeoorloofde verhouding, een voorwaarde van de overeenkomst uitmaakte (Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 183).

HOOFDSTUK II

BEWIJS EN INTERPRETATIE

37. BEWIJS — De authentieke akte levert een volledig bewijs op van de overeenkomst die erin is vervat. De notariële akte is bij de onroerende verkopen de meest courante authentieke akte. Doch authentiek is elke akte die in de wettelijke vorm is verleden voor een *ratio locis ac materiae* bevoegde openbare ambtenaar. Bijgevolg is de verwervingsakte van een onroerend goed opgemaakt door commissarissen van een comité van aankoop een authentieke akte. Weliswaar is de formele redactie van dergelijke akten niet onderworpen aan de voorschriften van de Organieke Wet Notariaat, maar dit belet niet dat de opstellers ervan zich aan die voorschriften kunnen inspireren ten einde duisterheden en dubbelzinnigheden in de tekst en de vorm te voorkomen (Bergen, 17 maart 1981, *Rev. Not. B.*, 1981, 436, noot De Valkeneer, R.).

Onderhandse akten die wederkerige overeenkomsten bevatten zijn slechts geldig voor zover zij opgemaakt zijn in zoveel originele exemplaren als er

partijen zijn die een onderscheiden belang hebben en voor zover elk origineel vermeldt hoeveel er zijn opgemaakt. Dit artikel 1325 B.W. is enkel toepasselijk op onderhandse geschriften, bestemd om wederzijdse overeenkomsten vast te stellen. Het kan geen toepassing vinden wanneer het een geschrift betreft, dat wordt ingeroepen om het bestaan te rechtvaardigen van een buitengerechtelijke bekentenis (Brussel, 25 juni 1980, *R. W.*, 1982-83, 360).

Zolang de oorspronkelijke, authentieke of onderhandse titel bestaat, leveren afschriften alleen bewijs op van wat voorkomt in die titel, waarvan de vertoning altijd kan worden gevorderd. Bestaat de originele titel niet meer, dan leveren de afschriften bewijs op naargelang de in artikel 1135 B.W. gemaakte onderscheiden. Het afschrift kan ook een relevant element zijn indien de titel die tot schriftelijk bewijs diende, verloren is gegaan buiten de wil van de schuldeiser om en laatstgenoemde ertoe gerechtigd is het bewijs van de verbintenis waarop hij zich beroept te leveren met getuigen en vermoedens (art. 1348, 4^o B.W.). In casu kon de notaris het hem toevertrouwde origineel van een koopcompromis niet meer voorleggen, maar enkel het fotografisch afschrift dat met het origineel eensluidend was verklaard. De rechter die dit vaststelt, beslist dat de titel die tot schriftelijk bewijs van de overeenkomst diende, verloren is gegaan buiten de wil van de betrokken partij om, en kan uitgaande van het afschrift op grond van vermoedens, waarvan hij de bewijswaarde zelf op onaantastbare wijze beoordeelt, aannemen dat de aangevoerde overeenkomst bestond (Cass., 8 mei 1980, *R. W.*, 1981-82, 252).

Op handelsgebied is de bewijislevering aan minder rigoureuze eisen onderworpen en kan vrijer geschieden. Zodoende is het er toegelaten een beroep te doen op getuigen en vermoedens zelfs tegen en boven de inhoud van een geschreven stuk, al is de rechter niet verplicht het getuigenbewijs toe te laten, wanneer de feiten pertinent en relevant zijn. Trouwens de vrije bewijsvoering kan niet ertoe leiden dat de zekerheid die een geschreven overeenkomst inhoudt, zonder beperkingen teloor zou gaan (Kh. Luik, 26 april 1982, *Jur. Liège*, 1982, 307).

Handelsverbintenissen uit een koop kunnen bewezen worden door een aangenomen factuur, onverminderd de overige bewijsmiddelen die door het Wetboek van koophandel zijn toegelaten (art. 25, tweede lid W. Kh.). Men is het niet eens of dit wetsartikel een wettelijk weerlegbaar vermoeden inhoudt ten aanzien van alle handelsovereenkomsten, dan wel, buiten het geval van een koop, slechts een feitelijk weerlegbaar vermoeden vestigt. De Rechtbank van Koophandel van Luik wees erop dat men, zelfs wanneer ervan uitgegaan wordt dat de bewijsregels in koophandelszaken op alle handelingen tussen handelaars toepassing vinden, zich in rechte toch strenger moet opstellen zo het niet gaat om een bewijs van wilsovereenstemming bij het sluiten van een overeenkomst, maar om een vermoeden van erkenning, op het gebied van de onrechtmatige daad, van het bestaan van een fout, van haar toerekenbaarheid, het causaal verband en van het bestaan

en de omvang van de schade (Kh. Luik, 29 januari 1982, *Jur. Liège*, 1982, 304). Pompinstallaties werden gemonteerd *in casu*, en vóór de voorlopige oplevering werd schade vastgesteld. De schade werd hersteld en hiervoor werd een factuur opgestuurd. Daar kwam geen reactie op.

38. INTERPRETATIE — Tweetalig opgestelde algemene verkoopvoorwaarden moeten, zowel in de ene als in de andere taalversie, zonder beperking kunnen begrepen worden. Zijn ze onderling strijdig, dan moet men ze als niet geschreven beschouwen, vermits in dergelijk geval een overeenkomst dient geïnterpreteerd te worden tegen wie heeft bedongen (art. 1162 B.W.; Kh. Brussel, 11 februari 1981, *T.B.H.*, 1984, 216). Kon de wil der partijen niet achterhaald worden? De verkoper is verplicht duidelijk te verklaren waartoe hij zich verbindt. Een duister of dubbelzinnig beding wordt tegen hem uitgelegd (art. 1602 B.W.; Brussel, 18 mei 1976, *J.T.*, 1979, 220, noot Rigaux, P. en Roche, Ph. en Rb. Turnhout, 23 juni 1977, *Turh. Rechtsl.*, 1977-78, 30).

Deze interpretatieregel werd gevolgd toen de verkopers naar aanleiding van de verkoop van een perceel bouwgrond op een meerwaardebelasting werden getraceerd. Zij wensten deze te verhalen op de kopers zich beroepend op de notariële akte die stipuleerde dat de belastingen en taksen geheven door Staat, Provincie en Gemeente, van welke aard ook, en verschuldigd op de verkoop van het perceel, ten laste van de kopers waren. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen wees de vordering af en zei voor recht dat de verkopers gehouden zijn tot de meerwaardebelasting van artikel 67, 7° W.I.B. onder meer, omdat de akteclausule omwille van zijn duister- of dubbelzinnigheid tegen de verkoper diende uitgelegd te worden (Rb. Mechelen, 14 april 1981, *R.W.*, 1982-83, noot Van Oevelen, A.).

Artikel 1602, 2° lid B.W. wijkt af van het gemeenrechtelijk voorschrift dat duistere bedingen uitgelegd worden ten nadele van wie bedongen heeft en ten voordele van wie zich verbonden heeft. Het kan geen toepassing vinden op een uitzonderlijke clausule zoals een prijsvermindering in geval van betaling vóór de vervaldag, die eerder ten gunste van de koper is bedongen (Brussel, 30 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 420).

DE GEVOLGEN VAN DE KOOP

AFDELING 1

MODALITEITEN VAN DE VERBINTENISSEN UIT EEN KOOP

39. Van zodra een wilsovereenstemming wordt bereikt over de zaak en de prijs komt een koopovereenkomst tot stand. Deze kan worden aangegaan hetzij eenvoudig, hetzij onder een opschortende of onder een ontbindende voorwaarde. De gevolgen ervan worden geregeld naar de algemene beginselen van de overeenkomsten (art. 1584, eerste en derde lid B.W.). Ondanks deze tekst kan niet het contract zelf, maar wel de daaruit voortvloeiende verbintenissen aan bepaalde modaliteiten worden onderworpen. Aldus kan het bestaan van de verbintenissen afhankelijk gesteld worden van een voorwaarde of kan de uitvoering ervan nader geregeld worden door een tijdsbepaling.

40. POTESTATIEVE VOORWAARDE — Een potestatieve voorwaarde doet de uitvoering van de overeenkomst afhangen van een gebeurtenis die de ene of de andere van de contracterende partijen vermag te doen plaatshebben of te verhinderen (art. 1170 B.W.). Een verbintenis, aangegaan onder een potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt, is nietig (art. 1174 B.W.). Van dit laatste voorschrift maakte de Rechtbank van Koophandel te Brussel handig gebruik in het geding omtrent de bestelbon tot aankoop van een kopieermachine die de afgevaardigde beheerder van een vennootschap ondertekende „onder voorbehoud tot januari 1976”. De Rechtbank redeneerde dat er geenszins een koop was gesloten daar de libellerings „onder voorbehoud ...” niet anders kan uitgelegd worden dan in de zin dat er pas sprake zal zijn van een koop als de vennootschap zulks voor de gestelde termijn zou bevestigen. *In casu*, hangt de verbintenis uitsluitend af van de wil van de vennootschap — de contracterende partij —, een zuiver potestatieve voorwaarde, zodat deze overeenkomst nietig en onbestaande is (Kh. Brussel, 26 maart 1979, *R.W.*, 1980-81, 935).

41. OPSCHORTENDE VOORWAARDE — In een „koopovereenkomst” omtrent onderdelen van een zelfbouw-woning kwamen de twee volgende clausules voor. Vooreerst was er bepaald dat de koper zich ervan vergewist had dat hij op zijn eigendom mocht bouwen en een architect de opdracht zou geven de aanvraag tot bouwvergunning in te dienen. In de tweede plaats was er bedongen dat de koper de verkoper zou op de hoogte stellen van zodra hij de bouwvergunning bekomen had, waarna de verkoper de bestelling zou inschrijven als zijnde „principeel uitvoerbaar”. Deze twee bedingen moeten samen gelezen worden zodat blijkt dat de overeenkomst gesloten werd in hoofde van de koper onder de „opschortende voorwaarde” van het bekomen van een bouwvergunning (Antwerpen, 13 november 1979,

B.R.H., 1980, 193). De overeenkomst tot aankoop van een prefab-villa, onder de opschortende voorwaarde van het bekomen van een bouwvergunning, komt niet tot stand indien de bouwvergunning niet wordt bekomen (*Rb. Nijvel*, 12 maart 1980, *T. Aann.*, 1982, 36).

Bij overeenkomst van 25 januari 1980 koopt verweerster een hefkraan van eiseres voor 3.262.000 frank onder het beding dat de bestelling slechts gevolg heeft ingeval eerstgenoemde partij een bouwvergunning verleend krijgt. Daarna sluiten partijen op 21 april een nieuwe koop omtrent dezelfde hefkraan, ditmaal voor de prijs van 3.390.000 frank. Wanneer de verkooptster de koopster uitnodigt tot de inbezitneming van de kraan, weigert de koopster dit omdat de werken op de werf waarvoor de hefkraan moest dienen haar niet werden toevertrouwd. De Rechtbank van Koophandel te Luik wijst de stelling van verweerster af als zou ook de tweede koop afhankelijk gesteld zijn van de uitdrukkelijk in de eerste overeenkomst gestipuleerde opschortende voorwaarde. Zowel de letter, de geest als de ganse kontekst van het op 21 april 1980 gesloten contract evenals het gedrag van de partijen wijzen geenszins op een voorwaardelijk engagement. De hefkraan diende, naar de koopster wist, medio september uit Frankrijk geëxporteerd te worden om vervolgens eind september geleverd te worden. Mocht de koopster zich toch het recht hebben voorgehouden de aankoop te bevestigen of te annuleren, dan had ze de beslissing daaromtrent tijdig moeten meedelen en had ze niet moeten wachten daarvan gewag te maken op het ogenblik van het leveringsaanbod. Bovendien kan men niet aannemen dat de verkooptster gebonden is door een overeenkomst die haar een dwingende leveringstermijn oplegt, wijl de koopster het voordeel zou genieten van een vrijheid vrijwel gelijk aan een louter potestatieve voorwaarde, daar zij zonder mededelingsplicht, zonder rechtvaardigingsgrond en zonder een te respecteren termijn, haar verbintenissen zou kunnen ongedaan maken (*Kh. Luik*, 26 april 1982, *Jur. Liège*, 1982, 307).

Een koop gesloten met een „return privilege — of terugzendingsbeding” komt neer op een koop gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de koper op zijn beurt de waar zal verkopen (*Kh. Brussel*, 7 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 273).

De verbintenis uit een koopovereenkomst onder opschortende voorwaarde heeft slechts uitwerking bij de vervulling van deze voorwaarde, zodat de verkoper, hangende deze voorwaarde, eigenaar blijft van de door hem aldus verkochte zaken en alsdan ook niet tot levering ervan verplicht is (*Gent*, 5 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2721). Eens gerealiseerd werkt de voorwaarde evenwel retroactief terug tot op de dag waarop de verbintenis werd aangegaan (art. 1179 B.W.; *Kh. Marche-en-Famenne*, 16 november 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 33 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 365).

42. ONTBINDENDE VOORWAARDE — Hangende de ontbindende voorwaarde, bestaat de verbintenis uit een koop en heeft de koop volledige uitwerking totdat de toekomstige en onzekere gebeurtenis zich voordoet. Wanneer,

evenwel, de ontbindende voorwaarde, waarvan de verbintenis afhankelijk is gesteld, tot stand komt, kan uit de gegevens van de zaak en uit de handelswijze van de partijen blijken dat deze de ontbinding niet wensen. Partijen kunnen aldus, na verloop van de vooropgestelde termijn voor het ondertekenen van de notariële akte, zich bereid tonen om het verlijden ervan ook na die datum te laten gebeuren (Rb. Brugge, 15 oktober 1979, *T. Not.*, 1980, 149, noot en *Rev. Not. B.*, 1980, 598).

43. EIGENDOMSOVERDRACHT BIJ AUTHENTIEKE-AKTE-VERLIJDING — Bij de meeste verkopen uit de hand van onroerende goederen vermeldt het verkoopcompromis een termijn (maximum vier maanden) binnen welke de authentieke akte dient te worden verleden, en wordt er gestipuleerd dat de betaling evenals de overdracht van de eigendom, het genot en de lasten en taksen m.b.t. het verkochte goed slechts geschieden bij het ondertekenen van de notariële akte. Blijkbaar hebben sommige rechtscolleges terzake een kwalificatieprobleem. Aldus werd geoordeeld dat zulke verkoop onmiddellijk is geschied, maar gesloten is onder een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde; dat wanneer de voorwaarde zich realiseert, de daarvan afhankelijk gemaakte verbintenis met retroactiviteit verdwijnt, zodat ze verondersteld wordt nooit bestaan te hebben (Rb. Brugge, 15 oktober 1979, *T. Not.*, 1980, 149 en *Rev. Not. B.*, 1980, 598).

Daartegenover staat de interpretatie volgens welke partijen met zo'n bepaling geen onzeker gebeuren (voorwaarde) op het oog hadden, waarvan zij het ontstaan van een recht of verbintenis wilden doen afhangen, maar, integendeel, het verlijden van de authentieke koopakte en de verbintenis tot betalen van de prijs aan een welbepaalde tijdsbepaling hebben gekoppeld. De partijen wilden zodoende enkel de uitvoering van de wederzijdse verbintenissen uitstellen, verbintenissen die wel degelijk reeds ontstaan zijn daar er, gezien het akkoord over de zaak en de prijs, een volmaakte koop is gesloten (Bergen, 12 november 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 177, noot). Alles bij mekaar genomen is het een kwestie van interpretatie van de bedoelingen van de partijen.

44. AANKOOP TEN NAME VAN EEN VENNOOTSCHAP IN OPRICHTING — Wie in naam van een vennootschap in vorming en vooraleer deze de rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, in enigerlei hoedanigheid een verbintenis heeft aangegaan, is tenzij anders werd overeengekomen, daarvoor persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk, indien de vennootschap de verbintenis niet op zich heeft genomen binnen twee maanden na haar oprichting of indien de vennootschap niet is tot stand gekomen binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis (art. 13bis Vennootschappenwet). De Rechtbank van Koophandel van Marche-en-Famenne schetst de controversie omtrent de uitleg die aan dit wetsvoorschrift in de rechtsleer gegeven wordt en nam hierin stelling naar aanleiding van de inkoop door een promotor van een op te richten personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid van het

handelsfonds van een in faling verkerende naamloze vennootschap. Volgens de ene strekking betekent dit voorschrift dat de promotor slechts gehouden is onder opschortende voorwaarde van niet-overname van de verbintenis door de opgerichte vennootschap uiterlijk twee jaar en twee maanden na het ontstaan van de verbintenis. De andere strekking beweert dat diezelfde promotor vanaf het ontstaan van de verbintenis door deze gebonden is en blijft zolang een regelmatige overname door de opgerichte vennootschap niet de retroactieve substitutie van de schuldenaar met zich meebrengt. De rechtszekerheid inroepend, verkoos voornoemde Rechtbank de tweede interpretatie (Kh. Marche-en-Famenne, 16 november 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 33 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 365).

AFDELING 2

PLICHTEN VAN DE VERKOPER

§ 1. De levering

45. BEGRIP EN AARD VAN DE LEVERINGSPLICHT — De levering is de overdracht van de verkochte zaak in de macht en het bezit van de koper (art. 1604 B.W.; Cass., 21 september 1978, *Pas.*, 1979, I, 107, *Arr. Cass.*, 1978-79, 95 en *J.T.*, 1979, 163; Kh. Turnhout, 8 september 1981, *R.W.*, 1983-84, 598, noot).

De verplichting in hoofde van de verkoper de verkochte zaak te leveren is een resultaatsverbintenis (Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377 en *Ing. Cons.*, 1981, 224, noot Vandenberghe, G. en Rb. Namen, 2 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 306). Toch werd geoordeeld dat wie de conformiteit van het geleverde betwist na de aanvaarding de bewijslast draagt (Kh. Luik, 18 juni 1982, *T.B.H.*, 1983, 298, noot J.L.). De verbintenis een *conforme* zaak te leveren is inderdaad een inspanningsverbintenis (Ghestin, J., *Conformité et garanties dans la vente*, Parijs, 1983, nr. 190, p. 166).

Indien een auto voor een bepaalde prijs met levering op een bepaalde datum is verkocht met het beding dat, in geval van wijziging van de catalogusprijs of van de belasting deze worden gefactureerd zoals ze op de dag van levering van kracht zijn, met vermogen evenwel voor de koper de bestelling te vernietigen als de verhoging van de prijs zonder belasting meer dan vijf procent zou bedragen, kwijt de verkoper zich van zijn leveringsverplichting door op de leveringsdatum de auto aan te bieden tegen de overeengekomen prijs verhoogd volgens de inmiddels ingetreden stijging van de catalogusprijs. Door de weigering de verhoogde prijs te betalen heeft de koper eenzijdig verkozen de overeenkomst niet uit te voeren, wat door de verkoper werd aanvaard, hetgeen blijkt uit de omstandigheid dat hij de wagen aan een derde heeft doorverkocht. De verkoper houdt staande dat hij schriftelijk medio augustus 1976 aan de koper liet weten dat de wagen ter beschikking stond, maar dat er een prijsverhoging was ingetreden. Na de verkoop op 9 september aan een derde, liet de koper de verkoper per deurwaardersex-

ploot aanmanen de wagen te leveren. Het antwoord van de verkoper werd genoteerd door de gerechtsdeurwaarder. De betwisting draait grotendeels rond de interpretatie van die feiten (Brussel, 20 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2754).

Wanneer koper en verkoper in afwijking van de door de verkoper gebezigde verkoopsvoorwaarden overeenkomen dat de verkoper instaat voor het aan huis bestellen van het gekochte toestel tegen een prijssupplement, is de verkoper jegens de koper aansprakelijk voor de schade veroorzaakt aan het toestel tijdens het transport ervan (Cass. fr., 12 februari 1979, *Eur. Vervoerr.*, 1982, 60).

46. HANDELSRECHTELIJKE SANCTIE BIJ NIET-LEVERING — Een koop van houten balken werd gesloten tussen twee in houthandel gespecialiseerde vennootschappen. De Rechtbank van Koophandel gaf de koper gelijk die, bij foutieve niet-naleving door de verkoper, de overeenkomst op eenzijdige wijze, zonder beroep op de rechtbank, als ontbonden beschouwde, vervolgens een andere verkoper zocht voor de houten balken waar hij nood aan had en uiteindelijk van de eerste verkoper die in gebreke bleef, schadevergoeding vorderde (Kh. Namen, 25 februari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 619). In het burgerlijk recht is zo'n efficiënte aanpak niet mogelijk.

47. OMVANG VAN DE LEVERINGSVERBINTENIS. LEVERING VAN HET TOEBEHOREN — De verplichting om een zaak te leveren strekt zich uit tot haar toebehoren en tot alles wat voor haar blijvend gebruik bestemd is (art. 1615 B.W.). Het recht op vrijwaring, dat de eerste koper bezit t.a.v. zijn verkoper is een toebehoren van de zaak die de eerste koper doorverkoopt aan de tweede koper, zodat deze rechtstreeks tegen de eerste verkoper een recht op vrijwaring bezit, zonder dat het nodig is dat de tweede koper de eerste koper aanspreekt en deze dan zelf die eerste verkoper zou moeten betrekken (Cass., 5 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 382, *Pas.*, 1981, I, 398, *R.W.*, 1981-82, 886, noot, *T. Not.*, 1982, 22, noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 108).

48. OMVANG VAN DE LEVERINGSPLICHT. INFORMATIEPLICHT — De Rechtbank van Koophandel te Luik besliste dat een verkoper van een voertuig tekort komt aan zijn leveringsplicht wanneer hij de koper niet inlicht omtrent het verschil in lengte tussen het geteste en het geleverde model, terwijl dit verschil het beoogde gebruik van het voertuig onmogelijk maakt. Het betrof de aankoop van een Toyota Crown Break van 1971 uit te rusten als een lijkwagen. Het geleverde model kon evenwel geen normale lijkist bevatten, daar waar dit voor het geteste model van 1970 wel het geval was. De verkoper, die wist dat het geleverde model van 1971 korter was, voldeed niet aan zijn verplichtingen door dit verschil te verzwijgen en kwam daardoor tekort aan zijn leveringsplicht (Kh. Luik, 10 juni 1980, *Jur. Liège*, 1980, 310).

Ook de Rechtbank van Koophandel te Brussel sprak zich uit over de omvang van de leveringsplicht. Eiser, een technisch onderlegde koper van een computersysteem, beweerde dat de leveringsplicht van de verkoper zich niet beperkt tot het leveren van het gekozen systeem, maar daarenboven het op punt stellen van het systeem omvatte, als noodzakelijk accessorium van de koop. Hij beweerde dat de verkoper ertoe gehouden was een computersysteem te leveren dat geschikt was om de bewerkingen uit te voeren die werden opgegeven in het lastenboek, daar hij zich contractueel ertoe verbonden had de in het lastenboek bedongen prestaties te eerbiedigen. De rechtbank overwoog dat eiser over een dienst „organisatie en behandeling van informatie” beschikt, bestaande uit 45 man; dat eiser, die technisch onderlegd was, alle nodige informatie had kunnen halen uit de uitgevoerde demonstraties en proefnemingen, en dat eiser volkomen onafhankelijk van de verkoper het systeem gekozen had. De rechtbank oordeelde dat de verkoper aan zijn leveringsplicht, die voor hem een resultaatsverbintenis uitmaakt, voldeed, maar dat het op punt stellen van het systeem een inspanningsverbintenis is omdat dit afhankelijk is van vreemde factoren, zoals de prestaties van de koper die de programmatie voor zijn rekening nam. Bijgevolg moet de koper bewijzen dat de verkoper tekort kwam en dat het gekochte systeem door deze tekortkoming niet of moeilijk kan gebruikt worden om het doel te realiseren waarvoor het bestemd was (Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377 en *Ing. Cons.*, 1981, 224, noot Vandenbergh, H. Vgl. Kh. Brussel, 21 april 1981, *J.T.*, 1983, 292).

Wanneer bij de verkoop van elektronisch materiaal de verkoper zich alleen verbonden heeft tot de levering van de gekochte zaak, omvat de leveringsplicht niet de taak het personeel van de koper in te wijden in het gebruik van het materiaal. Deze opleiding is geen essentieel element van de overeenkomst, wanneer het aangekochte materiaal door een normaal bevoegd personeel kan gebruikt worden en de koper de apparaten kende vermits hij een demonstratie ervan bijgewoond had (Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591, noot F.L.).

49. OMVANG VAN DE LEVERINGSPLICHT. HET LEVEREN VAN EEN CONFORME ZAAK — De verbintenis tot leveren verplicht de verkoper er niet alleen toe de verkochte zaak formeel te leveren; hij moet een zaak leveren die overeenstemt met de verkochte zaak (Rb. Namen, 2 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 306). Dit geldt zowel voor soortzaken als voor bepaalde zaken (Kh. Luik, 1982, *T.B.H.*, 1983, 298, noot J.L.; De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1972, nr. 92, blz. 126). Sanctie is de ontbinding van de overeenkomst wegens foutieve uitvoering en/of de veroordeling van de verkoper tot schadevergoeding. In het geval dat in Namen beslecht werd betrof het de verkoop van drie vaarzen „die kalveren en melk moesten voortbrengen” (geen vet te fokken beest dus). Uit het deskundig verslag blijkt dat de dieren bij de verkoop in goede gezondheid verkeerden. Door de intense stress die de arme dieren te verduren hadden

tijdens het contractueel afgesproken transport door de verkoper naar de woonplaats van de koper, avorteerden twee varzen. De twee zieke dieren moesten geslacht worden. De verkoop van deze twee werd ontbonden; de veekoopman moest er de prijs van terugstorten en daarenboven 49.567 fr. schadevergoeding betalen. De leveringsplicht impliceert immers de levering van een conforme zaak, en in dit geval vloede de niet-conformiteit voort uit de wijze waarop het transport van de verkochte dieren gebeurde.

50. Bij de verkoop van een occasiewagen, een Volvo 144 van 1972, voor 115.000 frank, betaalde de koper een voorschot en ontving een ontvangstbewijs waarop vermeld stond „Volvo 144 - 1971”. De koper protesteerde hiertegen en eiste de levering van een Volvo 144 van 1972. De rechter besliste dat de verkoper verplicht was een Volvo van het jaar 1972 te leveren. Wanneer het voorwerp van de koop-verkoop een bepaalde zaak is, kan de koper niet gedwongen worden een andere zaak te aanvaarden (art. 1243 B.W.). De levering van een ander voertuig dan hetgene dat het voorwerp van de overeenkomst uitmaakte, is een tekortkoming aan de verplichting tot leveren (Kh. Brussel, 10 maart 1977, *B.R.H.*, 1977, 664).

In een gelijkaardig geval deed de Vrederechter van het derde kanton te Brugge uitspraak. Bij de verkoop van een nieuwe auto aan verweerder, nam eiseres de oude Ford Taunus Coupé, bouwjaar 1974, van de koper over. Bij de levering stelde eiseres vast dat deze Taunus van het bouwjaar 1972 was. De rechter stelde duidelijk dat het ter zake gaat om de non-conformiteit van het geleverde voorwerp met het verkochte. Door een Taunus van het bouwjaar 1972 te leveren in plaats van eentje van het bouwjaar 1974, is verweerder tekort gekomen aan zijn leveringsplicht (Vred. Brugge, 22 december 1972, *R.W.*, 1979-80, 1517).

Bij de levering van 4.277 vesten vertoonden 371 vesten een belangrijke slijtage ter hoogte van de mouw. Een expert werd aangesteld en kwam tot de conclusie dat deze schade te wijten was aan de normale schokken die tijdens het transport werden opgelopen. De schade zou minder erg geweest zijn, of niet bestaan, indien de vesten niet samengeperst waren in de vrachtwagen en de aanhangwagen, indien er een vrije ruimte gelaten was tussen de vesten en de wand van de voertuigen, en indien de vesten overtrokken waren met een plastieken hoes. Het Hof van Beroep te Brussel veroordeelde de verkoper zowel omwille van zijn verplichting om de vesten te leveren, overeenstemmend met de verkochte vesten, als omwille van zijn fout of de fout van zijn aangestelde wegens het gebrekkig pakken en inladen van de vesten (Brussel, 9 november 1977, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 10079).

Wanneer genoegzaam blijkt dat de partijen tussen elkaar een grond als zandgroeve hebben verhandeld, moet die grond een voldoende zandgehalte bevatten om een economisch verantwoorde zandontginning mogelijk te maken. Is dit niet het geval, dan beantwoordt de geleverde grond niet aan de verkochte grond (Gent, 5 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2721).

Na aankoop van tweede keus koud gewalst plaatijzer bekloeg de Israëliëse

koper zich bij de verkoper over de conformiteit van het in Antwerpen met bestemming Israël verscheepte plaatijzer. In betwisting is alleen een tweede bestelling van 382 ton. De kwaliteit was gespecificeerd als „ST 12-03 et mieux légèrement huilée, triée par format et épaisseurs, emballage papier plus enveloppe métallique”. Het contract stelde dat de gekochte goederen waren nagekeken en aanvaard op 15 december 1981, de dag van de contract-sluiting, toen het plaatijzer zich nog in de werkplaatsen van de verkoper bevond, en dat latere bezwaren niet zouden aanvaard worden. Bij verkoop van een soortzaak is de aanvaarding in de werkplaats echter zinloos zolang de koopwaar niet geïndividualiseerd werd. Het betrof een F.O.B.-verkoop waarbij de overeenkomst moet uitgevoerd worden in de inschepingshaven. De levering, de eigendomsoverdracht, de risico-overgang, evenals de aanvaarding, geschiedde in principe op de blauwe boordsteen van de Antwerpse kade. Voormelde contractsbepaling ontnemt de F.O.B.-koper evenwel, ook na de aanvaarding in de werkplaatsen, niet het recht de conformiteit van de geleverde goederen na te gaan na de ontlading ter bestemming, indien de aard van de verpakking bij het verschepen dergelijke controle verhindert. De F.O.B.-koper moet in de vertrekhaven de kisten of de dozen niet openen (Heenen, *Vente et commerce maritime*, 1952, nr. 321). Aldus besliste terecht de Rechtbank van Koophandel te Luik. Anderzijds ging het hier om een „verkoop op type”, waarbij het type het referentiepunt is in geval van contestatie. Alsdan moeten, anders dan bij een verkoop op monster, de verbintenissen van de verkoper ruimer beoordeeld worden, gezien de minder precieze specificatie van de aangekochte waren. Monsters worden op geregelde tijdstippen in deskundige verslagen vastgelegd en neergelegd in beurzen en kamers van koophandel. Types (bijvoorbeeld een bepaald nummer voor weefdraad) zijn qua kwaliteit en vorm voldoende gekend door de kooplui). Verkoop op type zou dus meer mogelijkheden bieden tot afwijking in de levering dan bij verkoop op monster. De rechtbank stelt een deskundige aan om te bepalen of er inderdaad gewalst plaatijzer tweede keus, kwaliteit ST 12-03, en beter geleverd werd (Kh. Luik, 18 juni 1982, *B.R.H.*, 1983, 298, noot J.L.).

51. PLICHT TOT LEVEREN VAN EEN CONFORME ZAAK. PLICHT TOT VRIJWAREN VOOR VERBORGEN GEBREKEN. ONDERSCHIED — Er bestaat een onderscheid tussen de leveringsplicht en de plicht tot vrijwaren voor verborgen gebreken (Kh. Luik, 18 juni 1982, *T.B.H.*, 1983, 298, noot J.L.). De verplichting tot leveren omvat de overdracht van de verkochte zaak in de macht en in het bezit van haar nieuwe eigenaar, terwijl de plicht tot vrijwaren voor verborgen gebreken erin bestaat het nuttig gebruik van de zaak te waarborgen.

De verkoper die een zaak levert die niet in overeenstemming is met de verkochte zaak, komt tekort aan zijn leveringsplicht (Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 95, *Pas.*, 1979, I, 107, noot en *J.T.*, 1979, 163). Het betrof hier een aankoop van Joegoslavisch plaatijzer. De verkoper

leverde echter Russisch plaatijzer. Dit werd door de Duitse douane in beslag genomen wegens illegale invoer. De koper vorderde de kosten terug die hij diende te maken naar aanleiding van die inbeslagneming. Het Hof van Cassatie bekrachtigde het arrest van het Hof van Beroep te Brussel dat de verkoper veroordeelde tot betaling van de kosten.

Het Hof van Cassatie toonde wel aan dat er een zeker verband bestaat tussen de verplichting een zaak te leveren die conform is aan de verkochte zaak en de verplichting tot vrijwaring voor verborgen gebreken. Het Hof zegt immers dat een gebrek aan conformiteit, dat pas na het gebruik van het materiaal kan opgemerkt worden, een verborgen gebrek is in de zin van artikel 1641 B.W.

Briqueteries Mécaniques de l'est kocht isolatiemateriaal van de vennootschap Argex voor de steenoven gefabriceerd door een derde. Het gebruikte isolatiemateriaal brokkelde af wegens een ontoereikende graad van mechanische weerstand. Terzake verweet eiseres in cassatie het Hof van Beroep te Luik dat het in haar arrest de rechtsvordering tegen verweerster die het isolatiemateriaal had geleverd voor de steenoven, beschouwde als een vordering gegrond op de vrijwaring voor verborgen gebreken van de verkochte zaak en geenszins als een vordering gegrond op de afwijking van de geleverde zaak van de verkochte zaak, dit is gegrond op een zichtbaar gebrek van die zaak. Eiseres had in haar conclusie, genomen in hoger beroep, gesteld dat verweerster ertoe gehouden was „een koopwaar te leveren overeenstemmende met het gebruik dat de koper dacht ervan te maken ... welke kwaliteit slechts kon worden nagegaan na de bouw van de steenoven”. Volgens het Hof van Cassatie impliceert deze zinsnede niet dat eiseres haar rechtsvordering beweerde te gronden op een zichtbaar in plaats van een verborgen gebrek waarmee het gebruikte materiaal behept was, en beantwoordt een afwijking „qua conformiteit”, die slechts na het gebruik van het materiaal kan worden nagegaan, aan het begrip van verborgen gebrek in de zin van artikel 1641 en volgende B.W. (Cass., 19 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1314, *Pas.*, 1980, I, 1295, *R.W.*, 1981-82, 940, noot en *J.T.*, 1980, 616). Het lijkt er dus op dat een „verborgen niet-conformiteit” gelijk gesteld wordt met een verborgen gebrek, met het gevolg dat de korte termijn van artikel 1648 B.W. geëerbiedigd moet worden. De vraag naar de conformiteit zou dus niet meer kunnen gesteld worden na de aanvaarding (zie Kh. Brussel, 19 oktober 1976, *B.R.H.*, 1977, 546, waarin het ging om de koop van duplexkarton, waarna triplexkarton geleverd werd zoals bleek uit het deskundig verslag).

52. NON-CONFORMITEIT VAN HET GELEVERDE. SANCTIE — Bij gebrek aan levering, en dus ook in geval van een leveringsaanbod van goederen die niet aan het voorwerp van de koopovereenkomst beantwoorden, kan de koper, overeenkomstig artikel 1184 B.W., ofwel de uitvoering van de overeenkomst, ofwel de ontbinding ervan vorderen, met schadevergoeding, zoals in het bijzonder wat de koopovereenkomsten betreft ook bepaald is in de

artikelen 1610 en 1611 B.W. (Vred. Brugge, 26 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 2284).

De normale sanctie voor de tekortkoming aan de leveringsplicht en dus ook voor de levering van een met de verkochte niet overeenstemmende zaak, is de ontbinding van de koop-verkoop wegens wanprestatie in hoofde van de verkoper. Dit neemt niet weg dat schadevergoeding de ontbinding vervangt of aanvult. In bepaalde gevallen is het immers aangewezen de ontbindings-sanctie niet toe te passen. Aldus werd bij een overname-koop, die volgens de bestelbon te beschouwen was als een onderdeel van de koopovereenkomst betreffende een nieuwe wagen, en die aanzien werd als de betaling van een voorschot, enkel schadevergoeding gevorderd en toegekend wegens de niet-conforme levering (Vred. Brugge, 22 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 1517).

Zo ook bij de aankoop van een als lijkwagen te gebruiken voertuig toen de verkoper een korter model leverde. Deze tekortkoming aan de leveringsplicht werd gesanctioneerd door de verkoper de kosten van de aanpassingswerken aan het geleverde voertuig ten laste te leggen (Kh. Luik, 10 juni 1980, *Jur. Liège*, 1980, 310).

Bij de aankoop van salonmeubels beweerden de kopers dat de meubels die de verkoopster tot levering aanbood niet overeenstemden met de gekochte meubels, levering die zij dan ook weigerden. Op grond hiervan vorderden zij de terugbetaling van het voorschot en schadevergoeding. De Vrederechter te Brugge repliceerde evenwel dat zulke terugbetaling en schadevergoeding slechts het gevolg kunnen zijn van de vooraf bekomen ontbinding van de koopovereenkomst, welke niet gevorderd was. Zodoende blijft de overeenkomst bestaan en mist de vordering elke grond (Vred. Brugge, 26 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 2284). Zo'n formalisme is niet meer van deze tijd.

Na ontbinding van de koopovereenkomst gesloten tegen overname door de verkoopster van de oude wagen van de koper en waarbij het geleverde voertuig van een ander bouwjaar was, werd koper's vordering tot teruggave van het voorschot en diens aanspraak op schadevergoeding wel ingewilligd (Kh. Brussel, 10 maart 1977, *B.R.H.*, 1977, 664).

Overwegend dat de verkoper tekort komt aan zijn leveringsplicht, zelfs al vertoont de zaak geen gebrek, wanneer hij niet een zaak levert die „in alle opzichten” overeenstemt met de bestelde waar, stelt de Rechtbank van Koophandel te Brussel voorop dat deze vordering moet worden ingesteld vóór elke aanvaarding, vermits de aanvaarding de erkenning van de regelmatigheid van de levering impliceert (Kh. Brussel, 19 oktober 1976, *B.R.H.*, 1977, 546).

53. PLAATS VAN DE LEVERING — De levering moet geschieden op de plaats waar het verkochte goed zich ten tijde van de koop bevond, indien daaromtrent niets anders is overeengekomen (art. 1609 B.W.).

Het Hof van Beroep te Brussel deed in dit verband twee uitspraken in

verband met de Inco-terms, internationale regels voor de interpretatie van handelstermen.

In een eerste geval ging het om de verkoop van 524 ton stalen staven van de Belgische firma Sidmetal aan de Engelse firma Senior. De goederen werden beschadigd tijdens de reis van Antwerpen naar de Engelse haven Goole. De beschadiging was te wijten aan een slechte stuwning van de goederen. Het Hof stelt vast dat de oorspronkelijke bedoeling van partijen was een C.I.F.-verkoop te sluiten, maar Senior verlangde dat Sidmetal zich daarenboven belastte met het vervoer van de waren van de aankomsthaven in Engeland naar de opslagplaatsen van Senior. Het Hof moest beslissen hoe de verkoop nu moest gekwalificeerd worden, als C.I.F.-verkoop of als verkoop franco-entrepôt. Het belangrijke verschil tussen beide is dat bij een C.I.F.-verkoop het risico van de verkoper op de koper overgaat vanaf het inladen in de vertrekhaven. Het Hof besliste hier dat het om een C.I.F.-verkoop ging, waarbij een afzonderlijke clause met betrekking tot het vervoer gevoegd werd, zonder dat deze clause de aard van de overeenkomst wijzigt. Partijen hadden immers aanvankelijk een C.I.F.-verkoop gesloten, en uit geen enkel element blijkt dat Senior met die bijkomende clause de aard van de overeenkomst wou wijzigen, noch dat Sidmetal met een wijziging zou instemmen (Brussel, 28 oktober 1980, *B.R.H.*, 1981, 282, kritische noot Wolfcarius). Volgens de auteur van de noot zou het echter niet om een C.I.F.-koop gaan, en zou het verkeerd zijn te besluiten dat het bijkomend transport te land waarmee de verkoper zich belast had, slechts een accessorium van de C.I.F.-koop zou zijn. Ongetwijfeld kan een C.I.F.-koop gedeeltelijk een vervoer te land bevatten, maar dan gepaard met een rechtstreeks cognossement. Men zou hier eerder staan voor een verkoop met levering ter bestemmingshaven. Volgens Wolfcarius zou het hier een verkoop te land betreffen, waarbij de specificatio gebeurde op het ogenblik dat de verkoper, *die in het bezit zou gebleven zijn van het cognossement*, de waren overdroeg aan de vervoerder te land in Engeland, die hij ermee belastte de goederen naar de opslagplaatsen van de koper te brengen op diens kosten. Het is op dat ogenblik dat de koper eigenaar zou geworden zijn en dat de risico's op hem zouden overgedragen zijn.

Het is opmerkelijk dat in de noot nergens gerefereerd wordt naar de Inco-terms. Partijen hadden zich veel last bespaard door dit wel te doen. Men loopt toch regelrecht naar de moeilijkheden door enerzijds in de bestelbon te refereren naar de C.I.F.-koop (prijsbepaling per ton c.i.f. U.K.-port), en anderzijds te bepalen dat de verkoper zal instaan voor het vervoer van de bestemmingshaven naar de opslagplaatsen van de koper, en dit op kosten van de koper. Door die panachering wordt het ogenblik waarop het risico overgaat betwifelbaar. De juridische adviseurs van partijen — indien er waren — zijn knoeiers.

Er werd afgesproken dat de goederen leverbaar waren „franco fabriek van de verkoper”. Maar per telex vraagt de koopster haar verkoper om de aangekochte goederen te vervoeren van Bulgarije naar Brussel. Het Hof

stelt dat dergelijke vervoerovereenkomst slechts een accessorium is van de oorspronkelijk gesloten overeenkomst. Als de goederen tijdens het vervoer beschadigd worden, zijn de kosten niet voor de koper, tenzij hij ze te zijnen laste nam (Brussel, 9 november 1979, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10079).

54. TIJDSTIP VAN DE LEVERING — Partijen mogen zelf het tijdstip van de levering bepalen. Bij gebrek aan overeenkomst daaromtrent, is het gemeen recht van toepassing. Veelal zijn de gebruiken doorslaggevend.

Een verkoper die eigenaar blijft van de goederen, welke bij overeenkomst onder opschortende voorwaarde werden verkocht, is niet verplicht te leveren zolang de voorwaarde niet is vervuld (Gent, 5 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 2721).

Een leverancier die de talrijke ingebrekestellingen, die hem eraan herinnerden dat hij zonder uitstel moest leveren, onbeantwoord laat en vervolgens de door hemzelf vastgestelde leveringstermijn niet respecteert, is verantwoordelijk voor een laattijdige levering, zelfs wanneer geen leveringstermijn werd bedongen (Kh. Brussel, 27 oktober 1978, *T. Aann.*, 1979, 311). Hij zal de vertragingsboete moeten betalen waartoe de koper, een algemeen aannemer, veroordeeld werd.

55. Naar aanleiding van een bestelling *de dato* 30 december 1970 werd gestipuleerd dat de levering zo snel mogelijk moest gebeuren, met name binnen een termijn van ongeveer zes maanden. De levering geschiedde zo snel mogelijk, op 1 september 1971: er was dus een vertraging van drie maanden, die tot twee maanden kan herleid worden, rekening houdend met de jaarlijkse vakantie van de firma. De algemene verkoopsvoorwaarden bevatten evenwel een clause volgens welke de termijnen van de levering in de mate van het mogelijke zouden worden nageleefd, maar dat het niet naleven ervan de koper geen recht geeft op schadevergoeding, noch op de ontbinding van het contract, noch hem het recht kan geven zich aan zijn verplichtingen uit de overeenkomst te onttrekken. Het Hof van Beroep te Brussel beslist dat deze algemene verkoopsvoorwaarden de koper binden (zie hoger, Brussel, 2 februari 1977, *Rev. Not. B.*, 1977, 591, noot F.L.).

In een analoge aangelegenheid stond in de algemene verkoopsvoorwaarden vermeld dat een vertraging in de levering alleen recht geeft op schadevergoeding als dienaangaande een bijzondere overeenkomst werd gemaakt. Naar aanleiding van een bestelling van een slaapkamer waren partijen een bepaalde datum voor de levering overeengekomen. De Rechtbank van Koophandel te Mechelen veroordeelde de verkoper tot schadevergoeding en ontbond de overeenkomst omdat de bestelling laattijdig geleverd werd, overwegende dat de verkoper duidelijk afstand deed van e algemene verkoopsvoorwaarden door te vermelden „levering: eind september, begin oktober” en dat tengevolge van deze vermelding de verkoper zich ertoe verbond binnen de gestelde termijn te leveren. Het Hof van Cassatie was het met deze zienswijze eens (Cass., 3 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 663 en *Pas.*, 1978, I, 644).

Op 9 oktober 1974 werd een verkoopovereenkomst gesloten betreffende een wagen. Deze keer bepaalden de algemene verkoopsvoorwaarden: „leveringstermijnen worden zo nauwkeurig mogelijk nageleefd, doch kunnen niet worden gegarandeerd. Wegens een te late levering kan een order dus niet worden geannuleerd, noch schadevergoeding verlangd worden”. Onder leveringstermijn is met de hand ingevuld „plus minus drie weken, doch principieel zo snel mogelijk”. De wagen was slechts beschikbaar op 26 november 1974, maar reeds voordien had de koper formeel afgezien van de overeenkomst. De verkoper eist nu de ontbinding van de overeenkomst ten nadele van de koper en de betaling van de schadevergoeding. Verweerder, de koper, vraagt de teruggave van het betaalde voorschot en schadevergoeding. De eerste rechter (Vred. Antwerpen, 28 april 1975) verklaarde de hoofdeis ongegrond en de tegeneis van de koper gedeeltelijk gegrond. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen overweegt dat de koper de auto niet besteld zou hebben, indien hij geweten had dat de wagen pas op 26 november 1974 beschikbaar zou zijn. De vermelding „leveringstermijn plus minus drie weken, maar principieel zo snel mogelijk”, wekte bij de koper de hoop dat de termijn korter dan drie weken zou zijn. Nu blijkt echter dat de koper meer dan zeven weken moest wachten. De rechtbank oordeelt dat partijen door de geschreven vermelding van „leveringstermijn plus minus drie weken”, het gedrukte beding wat strikter hebben willen stellen, en dat het hier dan ook niet gaat om een vrijblijvende, tot niets bindende streeftermijn, zoals eiser in hoger beroep laat uitschijnen. Het hoger beroep van eiser wordt derhalve verworpen (Rb. Antwerpen, 22 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 2041).

Op 16 maart 1979 bestelde eiser bij verweerder een auto Lada Break GL 1500. De bestelbon door beide partijen ondertekend, vermeldt „te leveren eind 14 dagen”. Verweerder betwist niet dat hij een voorschot ontving. Bij aangetekend schrijven van 1 juni 1979 stelde de koper de verkoper in gebreke en verleende een bijkomende leveringstermijn van een week, te rekenen vanaf 1 juni 1979. Op 11 juni begaf de koper zich naar de garage van de verkoper om zijn auto af te halen, maar hoewel de wagen reeds aangekomen was, kon de koper hem niet leveren, daar de autopapieren nog niet in zijn bezit waren. De Rechtbank van Koophandel te Leuven gaat in op de eis van de koper en spreekt de ontbinding van de koop van 16 maart 1979 uit, alsmede een schadevergoeding van 15.000 fr. voor genotsderving (Kh. Leuven, 14 augustus 1979, *R.W.*, 1979-80, 1878, noot Stuyck, J.).

Indien een verkoper belooft bepaalde hoeveelheden beton te leveren bij opeenvolgende telefonische oproepen en hij voor de eerste leveringen over een termijn van achtenveertig uur wenste te beschikken, is deze termijn van achtenveertig uur een maximum voor de volgende leveringen, te meer daar de leverancier beloofde de meeste zorg te zullen besteden aan de uitvoering van de overeenkomst. De koper is in zulke omstandigheden gerechtigd de *exceptio non adimpleti contractus* in te roepen wat de betaling van het reeds

geleverde beton betreft en de ontbinding lastens de verkoper van de koop met schadevergoeding te vorderen (Kh. Brussel, 25 februari 1975, *T. Aann.*, 1978, 59).

Partijen kwamen overeen dat de kopers het genot en het gebruik van de privatieve delen van een onroerend goed zouden bekomen vanaf de voorlopige oplevering die plaats zou vinden door de afgifte van de sleutels na de integrale betaling van de koopprijs. De kopers konden zich op geen enkel voorwendsel of motief, hoe gegrond ook, beroepen om zich aan de betaling te onttrekken of om deze te verdagen. In geval van laattijdige betaling zou de opleveringstermijn met eenzelfde aantal dagen verlengd worden. De kopers stellen een vordering in wegens laattijdige levering, maar verliezen het pleit. Partijen bij een wederkerige overeenkomst ten bezwarende titel vermogen immers vrij de tijdsorde te bepalen volgens welke zij hun respectievelijke verbintenissen behoren uit te voeren (Bergen, 20 december 1981, *Pas.*, 1981, II, 101).

56. LEVERING VAN STOOKOLIE — Het is niet prettig te ervaren dat de bestelde hoeveelheid stookolie het inhoudsvermogen van de vergaarbak overtreft en het surplus in de wijnkelder terecht komt. Gesteld voor de aansprakelijkheidsvraag, overwoog het Hof van Beroep te Brussel dat de koper het bestelde behoorlijk in ontvangst moet nemen en dat, als een klant een welbepaalde hoeveelheid mazout besteld heeft, de leverancier in beginsel contractueel aansprakelijk is voor het vervoer van de stookolie tot de plaats van de levering en voor de levering van de bestelde hoeveelheid, terwijl de koper over de uitvoering van de levering toezicht moet houden (Brussel, 3 mei 1979, *R. W.*, 1980-81, 2738, noot). Een leverancier dient zich te houden aan de bestelde hoeveelheid en is niet verplicht eerst de inhoud van de vergaarbak van de koper te peilen bij het overtanken. Hij mag erop vertrouwen dat de tank voldoende inhoudsvermogen en lege ruimte biedt voor de bestelde hoeveelheid (Kh. Verviers, 9 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 159). Gebeurt de levering van stookolie evenwel op geregelde tijdstippen door dezelfde leverancier en naargelang de behoefte van de klant, d.w.z. op bestelling van deze laatste zonder bepaling van de hoeveelheid, dan is de leverancier aansprakelijk voor de schade die werd aangericht bij de levering, tot bewijs van het tegendeel (Rb. Mechelen, 9 februari 1982, *R. W.*, 1982-83, 2560, noot).

Ook het Hof van Beroep te Antwerpen liet de bewijslast rusten op de eiser. Deze bestelde 2.000 liter stookolie bij zijn gewone leverancier. De ochtend van de levering annuleert hij zijn bestelling en verlaat hij met gerust gemoed zijn woning. De tankwagen, reeds van zes uur 's morgens op ronde vertrokken, bereikt de woning van eiser als zesde leveringsplaats van de dag. De bestuurder, die niet meer op de hoogte gesteld kon worden van de annulatie, pompt de bestelde hoeveelheid over. De mazout komt echter grotendeels terecht in de kelders en de voortuin. Kostbare wijnen en tuinbeplanting worden vernield en de tuingrond doordrenkt. De geclaimde schade bedraagt

258.738 frank. De beweerde foutieve levering werd volgens het Hof in casu voorafgegaan door een foutieve bestelling van eiser. Diens fout bestaat erin, enerzijds 2.000 liter stookolie te bestellen wetende dat de tank nog bijna vol is en, anderzijds, de bestelling laattijdig te annuleren. Deze twee verwijten doen het Hof besluiten dat de eiser te kort is geschoten aan zijn verplichting de levering in ontvangst te nemen in de overeengekomen voorwaarden, met name wat de hoeveelheid en de plaats betreft, wat de enige fout is in oorzakelijk verband met de schade (Antwerpen, 5 april 1982, *De Verz.*, 1982, 389, noot R.B.).

§ 2. Vrijwaring voor uitwinning

57. VRIJWARINGSPLICHT. ALGEMEEN — De verkoper is jegens de koper gehouden tot vrijwaring van het ongestoord bezit van de verkochte zaak (art. 1625 B.W.). Niet alleen de eerste koper; ook een tweede koper heeft een rechtstreekse vordering in vrijwaring tegen de eerste verkoper. Zodoende kan een tweede koper de eerste verkoper onmiddellijk aanspreken zonder dat het nodig is dat hij de eerste koper zou aanspreken die dan zelf zijn verkoper zou moeten dagvaarden. De verkoper is immers verplicht de zaak te leveren, en luidens artikel 1615 B.W. strekt deze verplichting zich uit tot haar toebehoren. Het recht op vrijwaring dat de eerste koper bezit tegen zijn verkoper, is zulk toebehoren van de zaak die de eerste koper doorverkoopt aan de tweede koper. Dit is constante rechtspraak (zie Limpens, J., *La vente en droit belge*, Brussel, 1960, 150; De Page, H., *Traité élémentaire*, IV, 1972, 138). Het Hof van Cassatie herinnert eraan door een cassatiemiddel te verwerpen waarin die rechtspraak uit het oog was verloren. De feiten waren de volgende, voorzover men ze uit het onverteerbare cassatiemiddel kan begrijpen: i) de naamloze vennootschap H. verkoopt schieffers (d.i. schalie) aan de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. die eigenaar zou worden van zodra de schieffers uit hun kommen zouden verwijderd zijn; ii) de koper verkocht op zijn beurt nagenoeg een jaar later 20.000 ton schlamm (d.i. het bezinksel dat overblijft na het breken van ertsen) aan de naamloze vennootschap S. en de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid G.; iii) de naamloze vennootschap H. verkocht aan een derde uit de schiefferkommen verwijderde schlamm na het faillissement van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H. Het Hof van Beroep te Antwerpen besluit hieruit dat de naamloze vennootschap H. door de tweede verkoop het eigendomsrecht door de eerste koper overgedragen aan de naamloze vennootschap S. en de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid G. heeft geschonden. De voorziening door de eerste verkoper dat hij wel jegens de eerste koper, maar niet jegens de kopers van de eerste koper gehouden was tot vrijwaring wegens uitwinning werd door het Hof van Cassatie niet gevolgd (Cass., 5 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 382, *Pas.*, 1981, I, 398, *R.W.*, 1981-82, 886, noot, T. Not., 1982, 22, noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 108).

Eerder reeds in de onderzochte periode had het Hof van Beroep te Brussel beslist dat, in geval van opeenvolgende kopen, de laatste koper niet alleen een vorderingsrecht wegens uitwinning voor eigen daad heeft tegen zijn verkoper, maar ook rechtstreeks de oorspronkelijke verkoper in vrijwaring kan roepen of diens rechtsopvolgers ten algemene titel, en dit op grond van artikel 1615 B.W. (Brussel, 24 april 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 179, noot).

Een verkoper is niet gehouden de koper te vrijwaren in toepassing van de artikelen 1625 en volgende B.W. voor een uitwinning die voortvloeit uit een overeenkomst die hijzelf en de koper met bedrieglijke benadeling van de rechten van een derde hebben gesloten (Cass., 18 juni 1981, *Pas.*, 1981, I, 1205, *R.W.*, 1982-83, 357, noot en *J.T.*, 1981, 684). Hiermee bleef het Hof van Cassatie op zijn reeds eerder ingenomen standpunt (Cass., 20 november 1964, *R.W.*, 1964-65, 1979 en *Pas.*, 1965, I, 284; Cass., 30 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 538, *R.W.*, 1964-65, 1552 en *R.C.J.B.*, 1966, 77, noot Dabin, J.). Het wees de voorziening af van eisers die door ruil een landeigendom hadden verkregen van wijlen de moeder van de verweerder in cassatie. Laatstgenoemde was pachter van het goed, en vorderde wegens miskenning van zijn recht van voorkoop de indeplaatsstelling. Het bestreden vonnis gaf hem gelijk. Eisers stelden dat de vordering van de pachter tot indeplaatsstelling zowel tegen de kopers als de verkoopster is gericht; dat die vordering in zoverre ze tegen de verkoopster is gericht door schuldvermenging teniet is gegaan op het ogenblik dat de pachter in kwestie de nalatenschap van zijn moeder, de verkoopster, heeft aanvaard en dat de vordering tot indeplaatsstelling niet tegen de kopers kan worden ingesteld wanneer de pachter in zijn hoedanigheid van erfgenaam die de nalatenschap van de verkoper heeft aanvaard, gehouden is tot de vrijwaringsverplichting van de verkoopster jegens de kopers. Het luidt zo ritmisch: *Qui doit garantir, ne peut évincer!* Maar het Hof van Cassatie overwoog enerzijds dat de algemene rechtverkrijgenden niet gebonden zijn door een rechtshandeling van hun rechtsvoorganger wanneer zij zich tegen die akte kunnen beroepen op een hun door de wet toegekend *eigen recht waaraan die akte afbreuk doet*, en anderzijds dat een verkoper niet gehouden is de koper te vrijwaren met toepassing van de artikelen 1625 en volgende B.W. voor een uitwinning die voortvloeit uit een overeenkomst die de partijen met *bedrieglijke* benadeling van de rechten van een derde hebben gesloten. De kopers die nu de exceptie van vrijwaring inroepen, hebben met de moeder van de pachter — de verkoopster — een overeenkomst gesloten die de pachter voor schut zette. Maar men mag dit arrest niet verkeerd verstaan. Indien een pachter de erfgenaam wordt van de verkoper, mag hij een koper die te goeder trouw is niet gedeeltelijk uitwinnen door op zijn pachtrechten te staan. *Qui doit garantir, ne peut évincer.*

58. EIGEN DAAD — Bij overeenkomst verleenden de eigenaars van een perceel grond het zandwinningsrecht erop aan hun medecontractant die

eigenaar werd van het ontgonnen zand. Nadien werd dit recht meermaals overgedragen. De actuele titularis beriep zich tegen de rechtsopvolgers ten algemene titel van de perceeleigenaars op uitwinning voor eigen daad, toen laatstgenoemden aan een derde vier ton zand hadden verkocht. Het Hof van Beroep te Brussel achtte de uitwinning inderdaad voltrokken, maar nochtans niet volledig, daar de geschatte hoeveelheid in de grond aanwezig zand de vier ton ver te boven ging. Het besliste dat de uitgewonnen koper moest vergoed worden volgens de geschatte waarde op het ogenblik van de uitwinning (Brussel, 24 april 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 179, noot). De vrijwaringsverplichting van de verkoper voor de uitwinning, die het gevolg is van een eigen daad, is nagenoeg steeds aan de orde bij overeenkomsten tot overdracht van een handelszaak. Voor de desbetreffende rechtspraak zij dan ook verwezen naar deze rubriek verderop in dit overzicht.

59. DAAD VAN DERDEN — De verplichting van de verkoper de koper te vrijwaren voor uitwinning voor een daad van een derde geldt onder voorwaarde dat:

- 1° het gaat om een rechtsstoornis; een feitelijke stoornis volstaat niet;
- 2° de stoornis haar oorzaak vindt in een feit dat vóór de verkoop reeds bestond;
- 3° de stoornis voltrokken is.

De verkoper moet de koper dus niet vrijwaren voor een feitelijke stoornis door derden. Zodoende is de verkoper niet gehouden tot vrijwaring voor het lawaai, komende uit de naburige gebouwen. Geen enkele verkoper is in staat om een dergelijke plicht op zich te nemen, vermits hij derden niet ertoe kan verplichten zich hieraan te houden (Brussel, 26 april 1978, *Res et Jura Immobilia*, 1979, 65).

60. GEEN OPGAVE BIJ DE KOOP VAN EEN BEZWARENDE LAST — De koper kan zich in de regel slechts beklagen over het bestaan van een last die de verkochte zaak bezwaart, indien deze last bij de verkoop niet werd opgegeven (art. 1626 B.W.).

Zo werd een onroerend goed in 1956 verkocht onder verplichting van de kopers aan de verkoopster Maria Tielens haar leven lang kosteloze inwoon in dat huis te verschaffen. Acht jaar later wordt het goed doorverkocht aan een gesticht van de zusters van de H. Vincentius a Paulo „voor vrij en onbelast”. In deze verkoopakte wordt geen melding gemaakt van het recht van bewoning, doch staat bedongen dat het gesticht dadelijk de eigendom en het genot van de tuin zou bekomen en ten laatste vanaf één juni negentienhonderd vijfenzeventig de eigendom, het genot en het bezit van het huis. Het gesticht laat na grove herstellingen uit te voeren aan het pand dat door de bevoegde overheid onbewoonbaar verklaard en gesloopt wordt. Daar de uitvoering *in natura* van het recht van bewoning niet langer mogelijk is, vordert de eerste verkoopster als equivalent betaling van

schadevergoeding van het gesticht dat de eerste kopers in vrijwaring roept. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Haaselt veroordeelt de eerste kopers om het gesticht te vrijwaren voor de betaling van een schadevergoeding aan Maria Tielens. Het Hof van Cassatie stelt vast dat het aangevochten vonnis, zonder hieromtrent te worden bekritiseerd, oordeelt dat het gesticht, als rechtsverkrijgende onder bijzondere titel, het bestaan moet erkennen van het geldig aan de eerste verkoopster toegestane zakelijk recht van bewoning; dat het stelt dat de eerste kopers van rechtswege verplicht zijn het gesticht te vrijwaren voor de lasten die de eerste verkoopster op die zaak heeft en die bij de koop niet werden opgegeven; dat indien het recht van bewoning door het gesticht was nageleefd *in natura*, de eerste koper haar dit naleven zouden moeten vergoed hebben en dit laatste evenzeer opgaat nu het gesticht gehouden is tot uitvoering bij equivalent (Cass., 26 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 266, *Pas.*, 1980, I, 269 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 101, noot A.C.).

61. DE KOPER KENT DE BIJ DE VERKOOP NIET OPgegeven BEZWARENDE LAST — Men kan de vraag stellen of de persoonlijke wetenschap van de koper, dat een last het door hem gekochte goed bezwaart, niet voldoende is om de verplichting tot vrijwaring op te heffen wanneer de last niet bij de verkoop werd opgegeven. Ons Hof van Cassatie zegt van niet (Cass., 30 maart 1860, *Pas.*, 1860, 156). Na de verkoop van een onroerend goed, het „Domaine de Berchuwé”, vroeg de koper de ontbinding van de verkoop wegens de gedeeltelijke uitwinning van de verkochte zaak, wegens het bestaan van een pachtovereenkomst. Hij steunt op artikel 1636 B.W. dat de mogelijkheid tot ontbinding van de verkoop verleent als er een gedeeltelijke uitwinning bestaat, en wanneer het uitgewonnen deel in verhouding tot het geheel zo belangrijk is, dat de koper zonder het uitgewonnen gedeelte niet zou gekocht hebben. De koper beweert dat de persoonlijke wetenschap die hij bij de koop kon of moest hebben omtrent het bestaan van een last, niet volstaat om de vrijwaring uit te sluiten, bij gebrek aan een uitdrukkelijke verklaring van de partijen. Het Hof van Cassatie overweegt dat er vóór de verkoop reeds een overeenkomst bestond op grond waarvan de huurder op het domein aan visvangst deed. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen besliste dat het hier om een landpacht ging. Het Hof van Cassatie bevestigt de uitspraak van de feitenrechter door te beslissen dat dergelijke huur die een pand bezwaart, bij de verkoop aan een derde, een last voor de verkrijger is. Het Hof beklemtoont dat de koper zich in de regel alleen over het bestaan van een last die de verkochte zaak bezwaart, kan beklagen, als deze last bij de verkoop niet werd opgegeven. Het bestreden arrest stelt echter vast, zonder dienaangaande bekritiseerd te worden, dat de koper duidelijk van het bestaan van de pacht op de hoogte was, vermits hij regelmatig contact had met de pachter, vermits de pachter aan de koper voor de aankoop een associatie had voorgesteld om op het litigieuze goed aan visteelt te doen, vermits in het zogenaamde koopcompromis melding werd

gemaakt van de huur en van de aard ervan, en vermits eiser, ingevolge zijn beroep van viskweker en als voorzitter van de Belgische viskwekers, moest weten dat de huur van een onroerend goed om er aan visteelt te doen, een landpacht is. Het blijkt dus dat de koper niet alleen persoonlijk op de hoogte was van het bestaan en van de aard van de last, maar dat daarenboven deze last door de verkoper bij de verkoop behoorlijk werd opgegeven. Het Hof van Cassatie bevestigt de uitspraak van de feitenrechter, zodat de eis van de koper niet wordt ingewilligd (Cass., 3 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 628, *Pas.*, 1977, I, 604, *R.W.*, 1977-78, 567, *T. Not.*, 1978, 21, noot en *Rev. Not. B.*, 1977, 443). Eens te meer moet de aandacht erop gevestigd worden dat men zich hoeden moet om blindelings de résumés van rechterlijke uitspraken (de „kopjes” of de „hoedjes”) te vertrouwen. Aldus zou men op basis van het hoedje in het Tijdschrift voor Notarissen geneigd zijn te denken dat de koper zich niet kan beklagen over het bestaan van een last die het verkochte goed bezwaart, wanneer uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat de koper wel wist dat op het goed een last bestond, met name een pacht. Dit zou een verkeerde interpretatie zijn. Het Hof van Cassatie zegt duidelijk dat in de koopovereenkomst — het compromis — melding werd gemaakt van de pacht.

Na de verkoop van een onroerend goed stelde de koper een vordering in tot schadevergoeding wegens een gedeeltelijke uitwinning van het hem verkochte goed. De uitwinning bestond in een bebouwing van het land door een pachter, die er niet aan dacht ermee te stoppen. Het Hof van Beroep te Brussel kende schadevergoeding toe aan de koper. De verkoper, eiser in cassatie, stelt dat de verkoper, bij een in de koopakte verzwegen uitwinningsgrond, geen vergoeding wegens uitwinning verschuldigd is, indien de koper op het moment van de verkoop die uitwinningsgrond kende. Door toch een vergoeding aan de koper toe te kennen, hoewel hij op de hoogte was van de uitwinningsoorzaak, schendt het Hof van Beroep volgens de verkoper artikel 1626 B.W. Het Hof van Cassatie overweegt dat het bestreden arrest vaststelt dat het verkochte goed bezwaard was met een in de koopakte verzwegen pachtovereenkomst, die een gedeeltelijke, voor passende vergoeding vatbare uitwinning uitmaakt, en artikel 1626 B.W. niet geschonden heeft door te beslissen dat een vergoeding wegens uitwinning verschuldigd is wanneer de uitwinningsgrond in de koopakte verzwegen is, ongeacht de omstandigheid dat de koper op het moment van de verkoop die uitwinningsgrond al dan niet kende (Cass., 13 maart 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 779, *Pas.*, 1981, I, 760, *R.W.*, 1981-82, 1902, noot en *R.C.J.B.*, 1983, 358, noot Gerard, Ph.).

62. EXONERATIE VAN DE VRIJWARING VOOR UITWINNING. ERFDIENSTBAARHEID — Partijen kunnen door bijzondere overeenkomsten, de wettelijke vrijwaringsplicht uitbreiden of beperken; zij kunnen zelfs overeenkomen dat de verkoper tot geen vrijwaring is gehouden, althans voor zover de uitwinning niet volgt uit zijn eigen daad (artt. 1627 en 1628 B.W.). Er

werden in de onderzochte periode twee soorten vragen gesteld omtrent die clausules: hoe moeten de concrete clausules geïnterpreteerd worden? Zijn het geen stijlclausules die als ongeschreven mogen beschouwd worden? De inspecteurs van de dienst Openbare Werken van Brussel gaven opdracht aan de kopers van een onroerend goed bepaalde werken uit te voeren. Deze werken moesten uitgevoerd worden krachtens de bouwvergunning die aan de vroegere eigenaars werd afgeleverd, omdat deze beslist hadden het interieur en de voorgevel van het onroerend goed te veranderen. De bouwvergunning bevatte de uitdrukkelijke voorwaarde dat op elke verdieping een veiligheidsdeur moest geplaatst worden, die ingeval van brand een half uur aan het vuur kon weerstaan. De vorige eigenaars hadden aan deze voorwaarden nog niet voldaan. De kopers eisen nu dat de verkopers hen vrijwaren en de werken laten uitvoeren. De verkopers beroepen zich op een clausule, waarin staat: „Het onroerend goed wordt verkocht in de staat waarin het zich bevindt, met alle actieve en passieve, zichtbare en onzichtbare, voortdurende erfdienstbaarheden waarmee het belast is. Alle kosten, risico's en gevaren die daaruit voortvloeien, zijn ten laste van de verkopers”. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel beslist dat het beding van uitsluiting van waarborg in verband met erfdienstbaarheden, niet slaat op de gedeeltelijke uitwinning waarvan de kopers het slachtoffer zijn tengevolge van de verplichting om bepaalde werken uit te voeren, vermeld in een aan de verkopers afgeleverde bouwvergunning (Rb. Brussel, 28 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9009).

De kopers van een bouwgrond troffen hierop een riool aan en vorderen van de verkoopster schadevergoeding wegens uit te voeren werken en wegens minderwaarde van hun bouwgrond. Zij baseren zich hierbij op artikel 1638 B.W. dat stelt dat, indien een onroerend goed bezwaard is met niet-zichtbare erfdienstbaarheden die niet zijn opgegeven en die zo gewichtig zijn dat er reden is om te vermoeden dat de koper niet zou hebben gekocht ingeval hij die gekend had, laatstgenoemde de ontbinding van het contract kan vorderen, tenzij hij verkiest met schadevergoeding genoegen te nemen. Het Hof van Beroep te Antwerpen verwerpt de vordering omdat de riool duidelijk valt onder de kwalificatie „bouwwerken” die gebezigd werd in de algemene voorwaarden van de verkoopakte bedingende „dat aangaande de aard van de bodem en de materialen of bouwwerken die zich daarin kunnen bevinden, de verkoopster niets waarborgt”, zodat alle middelen van de eisers falen. Het Hof van Cassatie overweegt evenwel dat het arrest, door dit te beslissen, in het onzekere laat of het oordeelt dat de riool slechts een gewoon in het beding bedoeld „bouwwerk” is, waarbij het dan het omstandig betoog van de eisers nopens het kenmerk van niet-zichtbare erfdienstbaarheid van die riool niet in acht neemt, dan wel dat, ook al is de riool een niet-zichtbare erfdienstbaarheid, ze als zodanig voldoende in de verkoopakte werd opgegeven door het beding dat wijst op het mogelijk bestaan van bouwwerken (Cass., 28 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 952, *Pas.*, 1980, I, 936, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 384 en *R.C.J.B.*, 1983, 223, noot

Fagnart, J.-L.). Er wordt derhalve gecasseerd omwille van de dubbelzinnige motivering.

De koop van een in een verkaveling gelegen lot werd ontbonden, nadat de verkavelingsvergunning door de Raad van State was nietig verklaard. De grond kon door de verkoper immers niet als bouwgrond ter beschikking van de koper worden gesteld. Ten onrechte, overwoog de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout, beroept de verkoper zich op het klassieke beding dat „het eigendom wordt verkocht in de staat waarin het zich thans bevindt met al zijn rechten en erfdienstbaarheden waarmee het zou kunnen bevoor- en benadeeld wezen, ...”, ten einde zich uitdrukkelijk te vrijwaren voor het bestaan van erfdienstbaarheden, inclusief de publieke erfdienstbaarheden die voortvloeien uit bouwverordeningen of gewestplannen. Zulk beding is in feite een stijlclausule die geenszins van aard is om te doen slikken dat men slechts akkerland heeft verkocht in plaats van bouwgrond (Rb. Turnhout, 14 september 1981, *Turnh. Rechtsl.*, 1982, 16).

§ 3. Vrijwaring voor verborgen gebreken

63. WETTELIJKE REGELING — De verkoper is gehouden tot vrijwaring van de koper voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak, die deze ongeschikt maken tot het gebruik waartoe men ze bestemt, of die dit gebruik zodanig verminderen dat de koper, indien hij de gebreken gekend had, de zaak niet of slechts voor een mindere prijs zou gekocht hebben. De verkoper moet niet instaan voor de gebreken die zichtbaar zijn en die de koper zelf heeft kunnen waarnemen.

Voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak, die de verkoper kent, moet hij de koper steeds vrijwaren; voor de verborgen gebreken, die de verkoper niet gekend heeft, moet hij alleen instaan als het tegendeel niet conventioneel in een exoneratieclausule werd bedongen. Bij andere dan verkopen die op rechterlijk gezag geschieden, bezit de koper een rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken, die hij moet instellen binnen een korte tijd, al naar de aard van de koopvernietigende gebreken en de gebruiken van de plaats waar de koop is gesloten. Deze rechtsvordering houdt voor de koper een keuze in: ofwel geeft hij de zaak terug tegen terugbetaling van de prijs, ofwel behoudt hij de zaak tegen de terugbetaling van een door deskundigen vastgesteld gedeelte van de prijs. Bovendien kan de koper aanspraak maken op schadevergoeding die, alnaargelang de verkoper al dan niet kennis had van de verborgen gebreken, alle geleden schade dan slechts de door de koop veroorzaakte kosten vergoedt (artt. 1641 tot en met 1649 B.W.).

De artikelen 1641 tot 1649 B.W. volstaan niet langer, spijt het baanbrekend werk van de rechtspraak. Een ingreep van de wetgever is noodzakelijk geworden. Een hervorming van het recht van de koop (en van de aanneeming) op het gebied van de sancties van de niet-conforme levering of van de verborgen gebreken dringt zich op. De rechtspraak kan het niet langer alleen rooien (Ghestin, *o.c.*, nr. 338-339).

64. GEEN VRIJWARING VOOR ZICHTBARE GEBREKEN — De vrijwaringsplicht van de verkoper voor verborgen gebreken van de verkochte zaak geldt alleen voor de verborgen gebreken, niet voor de zichtbare gebreken (art. 1642 B.W.). Een gebrek is zichtbaar als het ontdekt kan worden door een aandachtig onderzoek dat een omzichtig iemand instelt bij het behartigen van zijn zaken (Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309). Algemener: een zichtbaar gebrek is een gebrek dat de koper naar aanleiding van de levering had kunnen of had moeten opmerken.

Bij de zichtbare gebreken speelt de vrijwaringsverbintenis niet, omdat het feit dat de koper bij de levering de zaak niet geweigerd heeft, doet vermoeden dat hij het gebrek niet beschouwde als een koopvernietigend gebrek en dat hij zodoende de zaak aanvaard heeft, hoewel ze was behept met een gebrek. De aanvaarding dekt bijgevolg de zichtbare gebreken (Antwerpen, 19 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1475, noot en *B.R.H.*, 1980, 316).

Na de verkoop van een aanhangwagen vordert de koper de ontbinding van de verkoop en schadevergoeding op grond van verborgen gebreken, omdat tijdens de reis naar Italië de wielas brak, wat schade veroorzaakte aan de aanhangwagen en aan de auto. Uit de expertise bleek echter dat eiser de wagen zwaarder belast had dan toegelaten was. Hij was te licht voor het doel waarvoor hij aangekocht werd, met name het vervoer van koopwaren, — bestemming die gekend was door de verkoper. De Rechtbank van Koophandel te Luik besliste dat de lichtheid van de aanhangwagen voldoende opvallend was om geen verborgen gebrek (in de functionele zin) uit te maken. Vermits het gaat om een zichtbaar gebrek, wordt de vordering van eiser ongegrond verklaard (Kh. Luik, 16 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 97).

Een gebrek wordt maar als verborgen beschouwd als de koper er rechtmatig mocht onwetend van zijn. Pothier schreef het reeds. Om te weten of de koper het bestaan van het gebrek had kunnen kennen, doet de rechtspraak beroep op drie criteria: enerzijds de technische bevoegdheid van de koper, die normalerwijze af te leiden is uit zijn beroep; anderzijds de aard van het gebrek en de omstandigheden waarin de koper het goed kon keuren voor de goedkeuring bij de levering; tenslotte de aard van het verkochte goed (bv. occasiekopen).

Ofschoon belangrijk, volstaat de technische bevoegdheid van de koper nochtans niet om de hem verplichte vrijwaring uit te schakelen. Zelfs voor een professioneel koper wordt een gebrek als verborgen beschouwd, indien het onmogelijk was het te bespeuren bij de levering.

De rechtspraak toont zich zeer inschikkelijk voor de niet professionele koper. Aldus is het niet gebruikelijk zich bij het aanschaffen van een wagen te laten bijstaan door een expert.

65. VERBORGEN GEBREK. BEGRIP — Opdat er sprake kan zijn van een koopvernietigend gebrek moet het gebrek verborgen zijn, de nuttigheid van de verkochte zaak schaden, een zekere ernst vertonen en bestaan op het moment van de verkoop.

Constructiefouten zijn fouten die reeds bij de verkoopovereenkomst aanwezig zijn, zij het in de kiem (Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 197, noot Van Cauwelaert, W.). Zij vormen dan ook verborgen gebreken (Cass., 28 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 794, *R.W.*, 1980-81, 2319 en *J.T.*, 1981, 240, noot Fallon, M.).

Dat stelde ook het Hof van Beroep van Gent vast toen enige maanden na de aankoop van een personenwagen Lancia Fulvia de motor defect raakte en het deskundigenonderzoek uitwees dat de krukas gebroken was ten gevolge van een constructiefout. De regels van de artikelen 1641 tot 1648 B.W. moesten bijgevolg toepassing vinden (Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132).

De rechtspraak in handelszaken lijkt duidelijk gewonnen te zijn voor een functionele interpretatie van het begrip „verborgen gebrek”. Sinds 1971 besliste het Hof van Cassatie (het arrest *Berry Wiggins*, Cass., 18 november 1971, *R.C.J.B.*, 1973, 609) dat de sancties die gelden bij de verkoop van een zaak die behept is met een verborgen gebrek, eveneens van toepassing zijn bij de aankoop van een zaak die ongeschikt is voor het gebruik waarvoor de koper haar bestemd had, en waarvan de verkoper weet had. Dit geldt ook wanneer de zaak niet aangetast is door een intrinsiek gebrek. De Rechtbank van Koophandel te Luik stelt dat het niet nodig is dat het verborgen gebrek intrinsiek is aan de verkochte zaak. Het bestaan van een koopvernietigend gebrek kan voortvloeien uit het enkel feit dat de aangekochte zaak niet geschikt is om de bestemming te realiseren waartoe de koper haar bestemd had en waarvan de verkoper weet had (Kh. Luik, 16 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 97).

Deze functionele opvatting van het begrip „verborgen gebrek” wordt in 1978 door het Hof van Cassatie bevestigd wanneer het stelt dat de verplichting tot vrijwaring voor verborgen gebreken tot doel heeft de koper het nuttig bezit van de gekochte zaak te waarborgen (Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 95, *Pas.*, 1979, I, 107 en *J.T.*, 1979, 163). Een nuttig bezit is immers onmogelijk als de gekochte zaak niet de door de koper voorziene bestemming kan realiseren. Deze cassatie-opvatting mocht reeds afgeleid worden uit een enige dagen eerder gewezen arrest, toen het Hof geen kritiek uitte op de feitenrechter die een beroepsverkoper van een occasiewagen, in de door de koper gekende staat waarin hij zich bevond, toch tot vrijwaring voor verborgen gebreken veroordeelde omdat de gebreken van het voertuig zo grof waren dat men in het geheel beschouwd, moest besluiten dat het voertuig totaal ongeschikt was voor het normaal gebruik (Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 52, *Pas.*, 1979, I, 60 en *R.W.*, 1978-79, 1909).

In 1980 bevestigt het Hof van Cassatie nogmaals de functionele opvatting, en benadrukt het Hof dat het gebrek niet noodzakelijk intrinsiek de gekochte zaak moet aantasten, opdat er sprake zou zijn van een verborgen gebrek. Het betrof isolatiemateriaal dat geleverd werd om een steenoven te fabriceren. Het brokkelde af; de graad van mechanische weerstand bleek ontoereikend. Het volstaat dat het gebrek de verkochte zaak ongeschikt maakt tot

het gebruik waartoe de koper, naar de verkoper wist, ze bestemde. Meer nog: het Hof besliste dat een afwijking „qua conformiteit” die slechts na het gebruik van de verkochte zaak kan worden nagegaan, aan het begrip van verborgen gebrek in de zin van de artikelen 1641 en volgende B.W. beantwoordt (Cass., 19 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1314, *Pas.*, 1980, I, 1295, noot, *R.W.*, 1981-82, 940, noot en *J.T.*, 1980, 616).

Het Hof van Beroep van Bergen, ten slotte, stelt in dezelfde optiek dat het verborgen gebrek van de verkochte zaak, dat de verkoper tot vrijwaring noopt, het gebrek is waarvan de koper zichzelf niet kan vergewissen en waarvan het bestaan door geen enkele omstandigheid bij de inbezitneming wordt onthuld; het kan echter ook het gebrek zijn dat de zaak niet intrinsiek aantast maar deze wel ongeëigend maakt voor het gebruik dat de koper, zoals de verkoper wist, ermee beoogde (Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309).

66. GEBREK VAN EEN „VERKOCHTE” ZAAK — Zoals het uit het vorig overzicht reeds mocht blijken (*T.P.R.*, 1980, nr. 29, p. 538 en nrs. 248 en 249, p. 655-656), lijkt de rechtspraak het onderscheid tussen koop en aanneming onbelangrijk te vinden in verband met verborgen gebreken.

In de zaak *Cras* waren de feiten als volgt. Een garage had in een auto een L.P.G.-installatie gemonteerd. In dit voertuig brak brand uit. Een expert stelde vast dat de oorzaak van de brand gelegen was in de verkeerde plaatsing in de benzineafsluiting, of in het verbindingsstuk tussen de benzinepomp en de benzineafsluiting. De expert verklaarde dat ten gevolge van de verkeerde plaatsing, de kleinste lek brandgevaar betekende, vermits de benzine op de stroomverdelers kon terechtkomen (Cass., 6 mei 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 162, noot Fallon, M.). Het Hof van Cassatie past op dit vlak de regels van de verborgen gebreken toe. Nochtans gaat het hier niet om een zuivere verkoopovereenkomst. Het betreft hier immers een gebrek in de plaatsing, zodat het eigenlijk om een aanneming gaat. Op het vlak van de verborgen gebreken wordt de kloof tussen een verkoopcontract en een aanneming overbrugd. In beide gevallen wordt een economische waarde geleverd: ofwel een goed, ofwel een prestatie. In beide gevallen is het best mogelijk dat de verkrijger ontevreden is. Is dit het geval, dan is het geleverde, hetzij een goed, hetzij een prestatie, gebrekkig (Fallon, M., „*La Cour de Cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation*”, *R.C.J.B.*, 1979, 164-182).

Toen een bouwheer zich bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel beklagde over een gebrek aan de tegelvloer van zijn woonkamer, herinnerde deze Rechtbank aan de cassatierechtspraak dat de definitieve oplevering de verborgen gebreken niet dekt en stelde zij vast dat het *in casu* ging om een gemengd contract, deels een verkoop, deels een aanneming. De ingeroepen gebreken waren niet inherent aan de tegels; het betrof hier eerder een gebrek in de plaatsing van die tegels. De Rechtbank stelde vast dat er te kwade trouw schade werd veroorzaakt, zodat de verkoper, respectievelijk de

aannemer, zich niet op een exonerationclausule konden beroepen. De Rechtbank stelde wel duidelijk dat het onbelangrijk was of het om een verkoop, dan wel om een aanneming ging (Rb. Nijvel, 18 april 1978, *J. T.*, 1978, 419, kritische noot van J. Veldekens). Het gebrek vloeide voort uit het feit dat er geen cement als bindmiddel was gebruikt in het zand dat als „chape” moest dienen. Dit getuigt van kwade trouw. Het lijkt echter wel dat de rechtbank de vereiste van de korte termijn voor het instellen van de vordering uit het oog verloren is. Negen jaren na de oplevering kan niet meer geklaagd worden over een gebrek dat niet de stevigheid van het gebouw in het gedrang brengt.

Het Hof van Beroep te Brussel overwoog op haar beurt ten aanzien van een aannemingsovereenkomst dat in de mate waarin het contract tussen partijen een zuiver koop-verkoopcontract zou zijn, appellante een vordering wegens verborgen gebreken kon instellen en dat, zelfs indien het contract als koop-verkoop zou moeten gekwalificeerd worden — *quod non* — de vordering ook op grond van artikel 1641 en volgende B.W. ontvankelijk zou zijn (Brussel, 31 oktober 1979, *R. W.*, 1981-82, 892).

Gezien zulke rechtspraak hoeft het niet te verwonderen dat verweerders in cassatie het middel van eiseres, volgens welk de gebrekkige waterdichtheid van het dak een euvel is dat aanleiding kan geven tot de tienjarige aansprakelijkheid wanneer dat gebrek op min of meer korte tijd het goed ongeschikt kan maken voor zijn bestemming, bij gebrek aan belang onontvankelijk noemde, vermits de beslissing wettelijk verantwoord was op grond van artikel 1641 B.W. Het Hof van Cassatie repliceerde vrijblijvend dat op grond van de vaststellingen van het arrest niet kon worden nagegaan of de beslissing wettelijk verantwoord was met toepassing van artikel 1641 B.W.

Het Hof van Beroep te Brussel had in hetzelfde bestreden arrest de vordering gegrond verklaard van drie eigenaars die hun appartementen aankochten na de voltooiing van de werken in het flatgebouw, omdat het Hof het bestaan van het verborgen gebrek aangetoond achtte, vermits op het moment van de aankoop het gebrek in de kiem aanwezig was ofschoon de schadelijke gevolgen pas later waren ontstaan. Eiseres in cassatie beweerde dat de omstandigheid dat op het moment van de verkoop het gebrek in kiem aanwezig was, enkel impliceert dat het gebrek op het moment van de verkoop bestond, doch geenszins dat het een verborgen gebrek was zoals vereist om aanleiding te geven tot vrijwaring door de verkoper, daar deze drie eigenaars hun appartement aankochten nadat de eerste klachten omtrent het insijpelende regenwater waren geuit. Deze eerste klachten omtrent het insijpelen, aldus het Hof van Brussel, waren evenwel niet van aard om tot het bestaan van verborgen gebreken te besluiten en nog veel minder om de ernst ervan te beoordelen. Dit was wel het geval na de vaststellingen door een technisch adviseur enkele jaren na de kwestieuze aankopen van de appartementen. Ook dit kon het Cassatiehof beamen (Cass., 11 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 186 en *Pas.*, 1980, I, 200).

Het Hof van Beroep te Gent, tenslotte, wist het vraagstuk van de verborgen

gebreken bij een aannemingsovereenkomst te ontwijken door de overeenkomst omtrent de ruwbouw van een appartement in een flatgebouw onder verbintenis om het bouwwerk zowel in zijn privaatieve als in zijn gemene delen te voltooien, als een koopovereenkomst te kwalificeren, ook al moest één appartement nog gedeeltelijk worden afgewerkt; met betrekking tot het onvoltooide gedeelte werd gesproken van een verkoop van een toekomstige zaak (Gent, 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2183 en *T. Aann.*, 1979, 133, noot Abbeloos, W.). Bij notariële akte dd. 23 juni 1956 kochten de echtgenoten D. een afgewerkt appartement in een flatgebouw, alsook een tweede appartement, waarvan enkel de ruwbouw was beëindigd en de voltooiing zou geschieden door de promotor-verkoper. Van in den beginne deden zich verscheidene gebreken voor, waarvan sommige door de kopers zelf werden hersteld, terwijl andere gebreken, zoals de niet-waterdichtheid van de kelder, jaren bleven aanslepen, zonder dat hiervoor klachten of opmerkingen werden geuit. Eerst acht jaar na de verkoop dagvaarden de kopers in kortgeding teneinde de gebreken tegensprekelijk te laten vaststellen. De deskundige erkent in zijn verslag dat bepaalde gebreken niet meer konden worden gecontroleerd, doch stelt toch een schaderaming vast. In eerste aanleg wordt dit bedrag toegekend. In hoger beroep wordt het vonnis echter hervormd en wordt de eis integraal afgewezen, omdat hij werd ingesteld buiten de korte termijn van artikel 1648 B.W.

67. Men kent de verschillende zienswijzen die verdedigd worden nopens de aard van de bouwcontracten:

- a. Indien de opdrachtgever zowel grond als bouwmaterialen levert, neemt men aan dat het gaat om een aanneming, aangezien de aannemer enkel zijn arbeid levert (Flamme en Lepaffe, *Le contrat d'entreprise*, 1966, nr. 19; Bricmont, G., *La responsabilité des architectes et entrepreneurs*, 1971, nr. 4; Hannequart, Y., *Le droit de la construction*, 1974, nr. 5);
- b. Indien de aannemer — naast zijn arbeid — ook de grond en de materialen levert, dan gaat het om een verkoop, al opteert Van Hecke voor een gemengd contract (De Page, IV, 874; Delvaux, A., *Traité Juridique des Bâtitseurs*, nr. 25 in fine; Flamme en Lepaffe, *o.c.*, 21; Bricmont, *o.c.*, nr. 5; Hannequart, *o.c.*, nr. 12 en nr. 53; contra: Van Hecke, G., *R. C. J.B.*, 1959, 105). Dat het om een verkoop gaat is de stelling van het Hof in het besproken geval, waarin de verkoper zowel de grond (in medeëigendom) levert als de materialen. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde in een vroeger arrest (Brussel, 22 juni 1966, *J.T.*, 1966, 615) dat het eerder om een gemengd contract ging;
- c. Indien de grond niet door de aannemer geleverd wordt, maar laatstgenoemde slechts zijn arbeid en de materialen levert, dan worden uiteenlopende stellingen naar voren gebracht.
 - (i) volgens oudere auteurs die *a contrario* redeneren op artikel 1711 B.W. gaat het om een verkoop;

- (ii) volgens Van Hecke betreft het een gemengde overeenkomst, zodat de regels van beide contracten moeten gecombineerd worden. Tegen deze zienswijze kunnen ernstige argumenten worden aangevoerd (Bricmont, *o.c.*, nr. 9, p. 19; Hannequart, *o.c.*, nr. 57);
- (iii) de meeste hedendaagse auteurs beschouwen dat het om een overeenkomst van aanneming gaat (De Page, IV, nr. 873; Flamme en Lepaffe, *o.c.*, nr. 20; Delvaux, *o.c.*, nr. 25, p. 42; Bricmont, *o.c.*, nr. 9).

68. BEWIJS — De koper die een vordering tot ontbinding baseert op verborgen gebreken, is ertoe gehouden het bewijs te leveren van de verborgen gebreken die hij inroept, evenals het bewijs van de ernst van hun aard, om zich met succes te kunnen beroepen op artikel 1641 B.W. De rechtspraak maakt het de koper evenwel niet moeilijk en toont zich inschikkelijk bij het aanvaarden van de bewijsmiddelen (Ghestin, *o.c.*, nr. 12).

In een geval voor het Hof van Beroep te Luik was de „zwanehals” van een aanhangwagen bezweken. Het Hof overweegt dat het bewijs van de verborgen gebreken kan voortvloeien uit het feit dat de verkoper gratis de aanhangwagen in kwestie hersteld heeft (Luik, 25 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 26). Het gebrek van een zaak is een feit waarvan het bewijs door alle middelen, getuigenissen en vermoedens inbegrepen, mag geleverd worden. Bij de brand van een televisietoestel had de eerste rechter op grond van getuigenverhoren besloten dat de brand werd veroorzaakt door een verborgen gebrek van het toestel. Het Hof van Beroep te Brussel besliste naar aanleiding van dit geval dat de rechter uit het geheel van de getuigenissen gewichtige, bepaalde en overeenstemmende vermoedens met betrekking tot het bestaan van een verborgen gebrek kan afleiden, die als volwaardig bewijs gelden, zolang de verkoper geen andere duidelijk aanwijsbare oorzaak kan bewijzen, met name overmacht, toeval, vreemde oorzaak (Brussel, 8 februari 1979, *R.W.*, 1970-80, 2933).

Het bewijs kan niet geleverd worden door een niet-tegensprekelijke expertise. Dergelijke expertise is niet tegenstelbaar aan de tegenpartij vermits de opdracht van de expert in dat geval op eenzijdige wijze wordt bepaald door degene die hem aanstelt (Kh. Luik, 18 juni 1980, *Jur. Liège*, 1980, 311). Ook een expertise uitgevoerd met miskennis van de vormvereisten opgelegd door § 18 van de Gebruikscodex voor fruit, groenten en eetbare vruchten om de rechten van de verdediging van de verkoper veilig te stellen, is ongeldig (Kh. Brussel, 1 juni 1981, *B.R.H.*, 1982, 262, noot Watte, N.).

Toch kan een eenzijdig uitgevoerde expertise als een vermoeden gelden omwille van de omstandigheden waarin ze werd uitgevoerd (Brussel, 30 maart 1979, *J.T.*, 1980, 373).

69. KORTE TIJD — Krachtens artikel 1648 B.W. moet de vordering op grond van koopvernietigende gebreken binnen een korte tijd ingesteld

worden (Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 95, *Pas.*, 1979, 107 en *J.T.*, 1979, 163; Cass., 11 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 186 en *Pas.*, 1980, I, 200; Cass., 19 juni 1980, *Pas.*, 1980, I, 1295, noot, *R.W.*, 1981-82, 940 en *J.T.*, 1980, 616; Bergen, 24 juni 1976, *Pas.*, 1980, II, 99; Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132; Gent, 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2183; Brussel, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2933; Brussel, 28 juni 1979, *J.T.*, 1979, 594; Brussel, 31 oktober 1979, *R.W.*, 1981-82, 892; Antwerpen, 19 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1475, noot en *B.R.H.*, 1980, 316; Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309; Rb. Namen, 12 april 1978, *Pas.*, 1978, III, 32 en *J.T.*, 1978, 527; Rb. Brussel, 3 december 1980, *T. Aann.*, 1981, 257).

De vordering tot herstel van een tekortkoming aan de leveringsplicht is niet onderworpen aan de vereiste waarvan sprake in artikel 1648 B.W. (Cass., 21 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 95, *Pas.*, 1979, 107 en *J.T.*, 1979, 163). In laatstgenoemd geval was bij de verkoop van dikke platen uitdrukkelijk bedongen dat ze van Joegoslavische herkomst zouden zijn. In feite waren ze van Russische oorsprong en werden ze om die reden in beslag genomen door de Duitse douane. Het Hof stelt dat, in verband met de tegenvordering over de tekortkomingen van eiseres aan haar leveringsverplichting, het arrest van het Hof van Beroep te Brussel derhalve niet moest vaststellen dat de rechtsvordering van verweerster was ingesteld binnen de korte tijd waarvan sprake is in artikel 1648 B.W., dat helemaal niets te maken heeft met de sanctie op deze leveringsverplichting, en ook niet moest antwoorden op de conclusie, die derhalve geen bestaansreden had, waarin eiseres aanvoerde dat deze rechtsvordering niet binnen een korte tijd was ingesteld.

70. De feitenrechter beoordeelt op soevereine wijze binnen welke termijn de koper de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken moet instellen nadat deze aan het licht zijn gekomen (Cass., 11 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 186, *Pas.*, 1980, I, 200). Hetzelfde zou gelden voor de vaststelling van het vertrekpunt van de korte termijn (Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309).

In laatstgenoemd geval had Paepe een pas gebouwd huis gekocht in 1972. Vier jaar later raakte de rioleringsbuizen verstopt. Om hieraan te verhelpen liet de verkoper, die zelf het huis gebouwd had, een bijkomende put graven waarin het teveel aan af te voeren water kon overlopen. Tevergeefs. Een jaar later geraakte de riolering weerom verstopt, en nu liet de koper er geen gras over groeien en vroeg onmiddellijk in kortgeding de aanstelling van een deskundige. Deze stelde de gebrekkige aanleg van de septische put vast. In 1979 dagvaardde de koper de verkoper op grond van artikel 1641 e.v. B.W. Het Hof oordeelde terecht dat deze artikelen inderdaad van toepassing waren, en niet artikel 1792 B.W. met betrekking tot de tienjarige aansprakelijkheid vermits het de verkoop van een voltooid gebouw betrof. Het besliste dat de vordering nog tijdig werd ingesteld vermits de koper onmiddellijk bij het zich openbaren van het verborgen gebrek de aanstelling vroeg van

een deskundige aan de voorzitter van de rechtbank, en drie maanden na de neerlegging van het verslag dagvaardde.

Anders verging het de koper van een (in 1970 gekocht) nagenoeg afgewerkt appartement, die over waterinsijpeling kloeg. Terecht verklaart de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat artikel 1792 B.W. niet van toepassing is. De koper had zijn vordering echter in ondergeschikte orde gesteund op artikel 1641 B.W. Uit briefwisseling tussen partijen blijkt dat de koper zich reeds lange jaren bekloeg over de gebreken; de vordering werd echter pas in 1979 ingesteld. Dit wordt laattijdig bevonden. Gelukkig voor de koper had hij zich in meer ondergeschikte orde gesteund op de contractueel overeengekomen garantie voor de kwaliteit van de dakwerken. In zover gesteund op deze contractuele aansprakelijkheid werd de vordering tijdig ingesteld (Rb. Brussel, 3 december 1980, *T. Aann.*, 1981, 257).

Bij die beoordeling moet men rekening houden met alle omstandigheden, zoals de aard van de verkochte goederen, de aard van het gebrek en het moment waarop de koper het gebrek had kunnen ontdekken. Dit besliste het Hof van Beroep te Brussel in een geval waar het ging om de verkoop van 3.518 stuks kaas „Pecorino”. De poëtisch aangelegde raadsheren leren ons dat het hier gaat om „*un fromage de brebis, de fabrication très ancienne, dont Pline et Varron chantèrent les louanges*”. De kaas werd geleverd op 26 juni 1976. De koper zegt dat de kaas door een gebrek was aangetast, daar hij vochtig was en dergelijke kaas droog en hard moet zijn. Hij roept een koopvernietigend gebrek in om de vordering van de verkoper tot betaling van de prijs te doen afwijzen. Het Hof overweegt dat het hier ging om de verkoop van erg bederfelijke goederen, zodat de eventuele gebreken kort na de levering moesten geconstateerd en aangeklaagd worden. Het feit dat elk stuk kaas ingepakt was verhindert de koper niet de kwaliteit van de kaas te controleren. De enige aantoonbare klacht van de koper is een aangetekend schrijven van 27 augustus 1976, twee maand na de levering. Het Hof overweegt dat de vordering niet ontvankelijk is omdat de koper te laat klacht heeft ingediend. Daardoor is het immers onmogelijk na te gaan of de goederen verloren gingen door een gebrek of door een andere oorzaak. Het was die zomer snikheet in België (Brussel, 28 juni 1979, *J.T.*, 1979, 594).

71. Op 23 juni 1956 werd de ruwbouw van een appartement (gelijkvloers) gekocht. Op 28 oktober 1964 dagvaardden de kopers de verkoper om de gebreken en de daaruit voortvloeiende schade op tegenspraak te laten vaststellen. Het Hof van Beroep te Gent besliste dat het instellen van een vordering op grond van koopvernietigende gebreken meer dan acht jaar na de verkoop en de ingebruikneming van de appartementen, laattijdig was, te meer daar uit het deskundigenverslag bleek dat de gebreken reeds jaren voordien aan het licht waren gekomen, en verschillende gebreken niet meer te controleren waren, vermits ze door de koper zelf hersteld waren, wat op zich al een aanvaarding inhoudt (Gent, 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79,

2183 en *T. Aann.*, 1979, 133, noot Abbeloos, W.). Dit arrest werd hoger reeds besproken. Appellant en zijn echtgenote hadden de flatgebouwen, die vervolgens aan derden in delen werden verkocht, voor eigen rekening opgericht op grond, die hun eigendom was; de overeenkomst met geïntimeerden aangegaan is geen aannemingsovereenkomst, ook al moest met betrekking tot één appartement, op datum van het verlijden van de notariële akte, nog een gedeelte van de constructie worden afgewerkt; wat betreft het niet voltooide gedeelte, wordt gesteld dat het een verkoop van een toekomstige zaak betrof. Terecht wordt gesteld dat de verhouding tussen partijen van louter contractuele aard is en beheerst wordt door de artikelen 1641 e.v. B.W.

Bij de aankoop van buizen had de koper, de Brusselse intercommunale voor waterbedeling, bedongen dat de verkoper aansprakelijk zou zijn gedurende één jaar vanaf de inontvangstneming voor wat verloren zou gaan ten gevolge van een gebrek aan kwaliteit of van een fabricagefout. *In casu* vertoonde de goederen pas zes jaar na de verkoop gebreken. Om te ontsnappen aan de door hemzelf bedongen clause, beweert de koper dat de overeenkomst een aanneming was. De rechtbank stelt echter vast dat het een verkoop was waarop de bovenvermelde clause toepassing vindt. Partijen hebben door een conventioneel beding de duur van de „korte termijn” vastgesteld (Rb. Namen, 12 april 1978, *Pas.*, 1978, III, 32 en *J. T.*, 1978, 527). Zulke clause die de aanvang en de duur van de korte termijn vastlegt, is in principe geoorloofd (Bergen, 24 juni 1976, *Pas.*, 1980, II, 99).

In december 1975 werd een personenwagen Lancia Fulvia aangekocht waarvan de motor op 18 juli 1976 defect raakte. Op 8 januari 1977 wordt de verkoper gedagvaard. Uit het deskundig onderzoek, bevolen in kort geding op 30 september 1976, blijkt dat het defect te wijten is aan een gebroken krukas, en dat deze breuk het gevolg is van een constructiefout. Het Hof van Beroep te Gent beslist dat het gaat om een verborgen gebrek en dat bijgevolg artikel 1648 B.W. moet toegepast worden. Als beginpunt van de „korte tijd” wordt 18 juli 1976 genomen. Het Hof beslist dat de vordering niet laattijdig werd ingediend, omdat men rekening moet houden met het feit dat eiser, de koper, nog een minnelijke schikking heeft voorgesteld. De verkoper roept volgens het Hof ten onrechte in dat de „korte termijn” van artikel 1648 B.W. bij overeenkomst werd beperkt tot zes maand. Om dit te staven verwijst hij naar een model van zijn „waarborgbepalingen”, waarin gestipuleerd is dat de verkoper aansprakelijk zal zijn gedurende de eerste zes maanden na de verkoop. Het Hof stelt echter vast dat er twee modellen bestaan en dat op het eerste model een termijn van zes maand bepaald is, op het tweede model een termijn van twaalf maand. Daarenboven kunnen dergelijke waarborgbepalingen de koper niet binden als de verkoper niet kan bewijzen dat de koper ermee instemde dat deze clauses op hun overeenkomst van toepassing zouden zijn (Gent, 13 november 1978, *R. W.*, 1970-80, 132).

Het leek het Hof van Beroep te Brussel evident dat steeds een korte termijn

in acht genomen wordt wanneer de koper, die tijdig, dit is bij het verschijnen van de gebreken, klachten uit, het instellen van de vordering uitstelt in de hoop dat een minnelijke regeling tot stand zal komen (Brussel, 31 oktober 1979, *R.W.*, 1982-82, 892).

72. Na de brand van een televisietoestel op 3 oktober 1973 stelt de koper van het toestel een deskundige aan op 9 november 1973. Het Hof van Beroep te Brussel bekrachtigt de uitspraak van de eerste rechter, die de verkoper had aansprakelijk gesteld op grond van verborgen gebreken. In beroep beweert de verkoper dat de vordering laattijdig werd ingesteld. Het Hof aanvaardt dit niet. Er verliep immers slechts een maand tussen de feiten en de — weliswaar eenzijdige — aanstelling van een deskundige. Men moet bij de beoordeling van de termijn rekening houden met de tijd die nodig is om het gebrek vast te stellen. Bovendien mag de „korte termijn niet te eng geïnterpreteerd worden, vermits het juridisch niet gegrond is te eisen dat wie een verborgen gebrek ontdekt, onmiddellijk een vordering zou instellen en zich hals over kop in een geding zou storten. Dat zou schadelijk zijn voor het algemeen belang dat vereist dat het gerecht pas tussenkomt als een regeling in der minne niet meer mogelijk blijkt”. Het Hof van Beroep te Brussel beslist dan ook dat de „korte termijn” pas begint te lopen van zodra vaststaat dat een minnelijke regeling uitgesloten is (Brussel, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2933).

Na de verkoop van een motorboot en trailer, dient de koper een vordering in tot ontbinding van de overeenkomst op grond van verborgen gebreken. Het Hof van Beroep te Antwerpen stelt vast dat het voorwerp van de overeenkomst met verborgen gebreken was behept en dat deze gebreken reeds aan het licht waren gekomen voor 16 juni 1977, en ten laatste, voor wat de trailer betreft, op 8 juli 1977. Het Hof overweegt dat niet kan aanvaard worden dat een dagvaarding van 24 maart 1978 betekend is binnen een korte tijd na het ontdekken van de gebreken, of zelfs in de meest ruime zin, na het afspringen van de onderhandelingen. De vordering van de koper wordt dan ook niet ingewilligd (Antwerpen, 19 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1475, noot en *B.R.H.*, 1980, 316). De koper had reeds bij de eerste vaart vastgesteld dat de boot volstrekt niet „vaarbaar” noch technisch in orde was, zoals uitdrukkelijk gewaarborgd werd door de verkoper. Tien dagen na de koop stelt hij per brief de verkoper op de hoogte van de vastgestelde gebreken en tekortkomingen en enkele dagen later dient hij klacht in bij de politie, waarop de verkoper beloofde alles onmiddellijk in orde te maken. Dan nam de koper de boot mee op vakantie in Duitsland, maar de trailer begaf het onderweg. Dat was juli 1977. In maart 1978 wordt gedagvaard. Aangezien het bestaan van verborgen gebreken bij de lectuur van het arrest vaststaat lijkt, menselijkerwijze gesproken, de beslissing over de laattijdigheid hardvochtig. Het essentiële doel van de korte termijn is inderdaad te vinden in de noodzakelijkheid het bewijs te bewaren (Ghestin, *o.c.*, nr. 25, p. 39).

73. DE BEROEPSVERKOPER — Ter bescherming van de koper heeft de rechtspraak een constructie uitgewerkt op grond waarvan de beroepsverkoper en de fabrikant gehouden zijn tot een resultaatsverbintenis. Indien het verkochte goed met een gebrek behept is, wordt een beroepsverkoper vermoed kennis van dit gebrek gehad te hebben. In afwijking van artikel 2268 B.W. rust een vermoeden van kwade trouw op hem. Dit is een vermoeden *juris tantum*, een vermoeden dat de beroepsverkoper kan afweten door het bewijs te leveren van zijn onoverwinnelijke onwetendheid (Cass., 9 oktober 1980, *J.T.*, 1981, 70, noot Vander Elst, R. en *Res et Jura immobilia*, 1982, 107; Cass., 28 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 794, *R.W.*, 1980-81, 2319, *J.T.*, 1981, 240, noot Fallon, M. en *R.C.J.B.*, 1983, 223, noot Fragnart, J.-L.; Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 52, *Pas.*, 1979, I, 60 en *R.W.*, 1978-79, 1909; Cass., 22 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 868 en *Pas.*, 1977, I, 860; Cass., 6 mei 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 162, noot Fallon, M.; Gent, 30 maart 1981, *Pas.*, 1981, II, 95; Brussel, 30 maart 1979, *J.T.*, 1980, 373; Brussel, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2933; Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132; Luik, 25 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 26; Rb. Nijvel, 18 april 1978, *J.T.*, 1978, 419; Kh. Brussel, 29 juni 1979, *B.R.H.*, 1979, 592; Kh. Antwerpen, 24 november 1978, *B.R.H.*, 1979, 595; Kh. Brussel, 13 september 1978, *J.T.*, 1979, 165, noot Eeckhout, J. en Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 197, noot Van Cauwelaert, W.).

De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen bevestigde dit door te stellen dat fabrikanten en gebruikelijke verkopers geacht worden de gebreken van de goederen die zij verkopen te kennen. Dit vermoeden geldt niet voor een gelegenheidsverkoper, die naar aanleiding van de overdracht van een handelszaak, tevens aan de overnemer een gedeelte van de huisraad verkoopt, waaronder een verwarmingsstoestel, dat naderhand door een verborgen gebrek blijkt aangetast (Kh. Antwerpen, 24 november 1978, *B.R.H.*, 1979, 595).

De Burgerlijke Rechtbank te Leuven nuanceert verder. Alleen op de fabrikant en de gespecialiseerde verkoper rust een vermoeden van kwade trouw. Een verkoper die alle soorten zaken verkoopt, en niet gespecialiseerd is in het goed dat door een gebrek was aangetast, wordt niet vermoed te kwader trouw te zijn, vermits hij de zaken niet zelf fabriceert, en alleen aangewezen is op de vakkennis en de degelijkheid van de fabrikant (Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 197). Sommige vonnissen en arresten uit de besproken periode beslissen niet zo genuanceerd, en maken alleen een onderscheid tussen een beroepsverkoper en een fabrikant enerzijds en een gelegenheidsverkoper anderzijds.

Dit blijkt een degelijke bescherming voor de koper. Volgens het gemeen recht wordt de goede trouw verondersteld, en wie de kwade trouw inroept, moet dit bewijzen. Hier geldt het tegenovergestelde: de verkoper moet bewijzen dat hij niet te kwader trouw is (Van Cauwelaert, W., „Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper”, *R.W.*, 1980-81, 199-220).

Op een verkoper die tevens fabrikant is, rust ongetwijfeld een resultaatsverbintenis om de goederen zonder gebrek te leveren. Hij is verplicht de nodige maatregelen te treffen om alle mogelijke gebreken te ontdekken. Wanneer het bestaan van een gebrek bewezen is, en wanneer de verkoper niet kan aantonen dat het hem *absoluut onmogelijk* was om het gebrek te kennen, moet hij instaan voor alle schadelijke gevolgen die uit het bestaan van het gebrek voortvloeien (Cass., 6 mei 1977, *R.C.J.B.*, 1979, 162 en *R.W.*, 1977-78, 657).

Het volgend geval werd hoger reeds besproken. Een installateur-leverancier had een L.P.G.-gasinstallatie geplaatst en deze had gedurende maanden, tot de dag van het ongeval, normaal gefunctioneerd. Een brand werd veroorzaakt door een benzinelek aan de benzineafsluiter of aan de leiding die gaat van de benzinepomp naar de benzineafsluiter, leiding die steeds onder druk staat. Er was geen andere uitleg voor de ramp. Ten gevolge van de verkeerde plaatsing van de benzineafsluiter houdt elk lek dat zich in de afsluiter of de leiding voordoet het gevaar in dat de benzine op de stroomverdeler terecht komt en brand doet ontstaan. De rechter ten gronde veroordeelde de installateur-leverancier om de schade die geleden werd door de eigenaar van de wagen te vergoeden. De verkeerde plaatsing van de benzineafsluiter is een gebrek van de geleverde gasinstallatie. Elk lek, hoe dit ook is ontstaan, is gevaarlijk. Het Hof van Cassatie bevestigt dat de verkoper, wanneer hij een fabrikant is of een gespecialiseerde verkoper, verplicht is de zaak zonder gebrek te leveren en daartoe alle nuttige maatregelen moet nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen. De enige mogelijkheid om aan die aansprakelijkheid te ontsnappen, is het bewijs van „de absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek”.

74. De plafonnering van een aantal verkochte appartementen stortte in. De verkopers, specialisten terzake, waren tevens de bouwers van de appartementen. Het Hof van Cassatie bevestigde de uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen van 23 december 1975, waarin beslist werd dat het instorten van de plafonnering na korte tijd op verschillende plaatsen in verschillende appartementen, wijst op een gebrek dat de verkopers, gespecialiseerde ondernemingen, hadden moeten kennen, en waarvan ze de kopers op de hoogte hadden moeten stellen. De verkopers hebben een fout begaan, namelijk een gebrek aan toezicht, en uit dit foutief gedrag wordt afgeleid dat ze niet mogen inroepen dat ze volkomen onwetend waren van het gebrek (Cass., 22 april 1977, *Pas.*, 1977, I, 860).

In dit geval was vooral een cassatie-technische vraag over de ontvankelijkheid van een middel aan de orde. Menis had een onroerend goed gekocht van drie vennootschappen; dit goed was voor rekening van deze drie vennootschappen gebouwd door een andere vennootschap en door De Beuckelaer, de eiser in cassatie, die de stukadoorswerken uitvoerde. Korte tijd na de aankoop is, zoals gezegd, een groot stuk muurbekleding afgevalen en de koper heeft een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen

de verkopers en de aannemers. De verkopers hebben van hun kant De Beuckelaer in vrijwaring opgeroepen. De drie verkopers werden door het Hof van Beroep veroordeeld om de koper schadeloos te stellen; het Hof heeft De Beuckelaer veroordeeld om de verkopers te vrijwaren tegen de veroordelingen die zij hebben opgelopen, en de vordering van de koper tegen de aannemer afgewezen. Noch de verkopers, noch de kopers hebben zich in cassatie voorzien. De Beuckelaer daarentegen heeft een cassatieberoep ingesteld zowel jegens de koper als jegens de verkopers. Het kwam erop neer te beslissen in hoeverre de eiser zich in cassatie kon voorzien niet alleen tegen zijn veroordeling tot vrijwaring van de verkopers, doch ook tegen de veroordeling van de verkopers jegens de koper. Deze vraag was het onderwerp van een middel van niet-ontvankelijkheid dat door een verweerder, de koper, werd opgeworpen. Beslist werd dat eisers' voorziening tegen de veroordeling van de drie verkopers niet ontvankelijk was, omdat deze beslissing en de beslissing tot veroordeling van De Beuckelaer tot vrijwaring van de verkopers niet onsplitsbaar waren (art. 31 Ger. Wb.): de koper kon het arrest tegen de drie verkopers ten uitvoer leggen, zelfs indien later werd beslist dat De Beuckelaer niets verkeerd had gedaan en niet verplicht was de verkopers te vrijwaren tegen de opgelopen veroordelingen.

75. Een fabrikant wordt vermoed de gebreken van zijn goederen te kennen. Aan de gevolgen van dit vermoeden kan hij alleen ontsnappen door het bewijs te leveren van zijn onoverwinnelijke onwetendheid. Het Hof van Beroep te Brussel deed uitspraak over een geschil met betrekking tot de verkoop van een onderdeel van een koelinstallatie. De verkoper blijft in gebreke om zijn onoverwinnelijke onwetendheid te bewijzen. Het Hof overweegt dat het onmogelijk is aan te nemen dat de verkoper niet wist dat de geleverde verdampers niet van de vereiste kwaliteit is (Brussel, 30 maart 1979, *J.T.*, 1980, 373).

Een beroepsverkoper kan het vermoeden van kwade trouw dat op hem rust weerleggen door te bewijzen dat in weerwil van alle redelijke voorzorgsmaatregelen, het onmogelijk was het gebrek te ontdekken. Het Hof van Beroep te Gent sprak zich aldus uit naar aanleiding van een constructiefout in een auto. Het Hof overweegt dat het bouwen van auto's een reeds lang gekende techniek is, zodat een normaal toezicht op de constructie en oordeelkundig opgevatte en uitgevoerde testen het gebrek aan het licht hadden moeten brengen. Er kan dus geen sprake zijn van een onoverwinnelijke dwaling, vermits de verkoper niet kan bewijzen dat het hem absoluut onmogelijk was het gebrek te ontdekken (Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132).

Voor het Hof van Beroep te Luik vordert een koper van een aanhangwagen 741.339 fr. schadevergoeding van de fabrikant-verkoper voor de schade die ontstond ten gevolge van een verborgen gebrek aan de aanhangwagen. Er rust een vermoeden van kwade trouw op de verkoper. Deze kan niet bewijzen dat het gebrek noodzakelijkerwijze aan zijn aandacht moest

ontsnappen, hoewel hij de grootste oplettendheid aan de dag legde. Bijgevolg moet de verkoper met toepassing van artikel 1645 B.W. alle schade vergoeden die de koper ten gevolge van het gebrek geleden heeft. Dit is zelfs het geval wanneer de koper het niet nodig acht de ontbinding van de overeenkomst of de terugbetaling van een gedeelte van de prijs te vorderen (Luik, 25 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 26).

Van een fabrikant wordt verwacht dat hij geen zaken die gebreken vertonen in de handel zou brengen. Gebeurt dit toch, dan geldt het vermoeden dat de verkoper het gebrek kende of moest kennen (Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 197).

Een kandidaat-koper van een occasiewagen is niet verplicht het voertuig dat hij wenst te kopen aan een technische controle te onderwerpen. Hij hoeft zelfs niet de stevigheid van de carrosserie uit te testen, met eenvoudige werktuigen als een hamer of een schroevendraaier, om verborgen gebreken op te sporen.

Het is daarentegen de taak van de verkoper, althans indien het om een gespecialiseerde verkoper gaat, om zijn cliënt in te lichten over de verborgen gebreken waarmee het voorwerp van de koop behept is. De verkoper mag in geen geval proberen de gebreken te verbergen (Kh. Brussel, 29 juni 1979, *B.R.H.*, 1979, 592).

Elke fabrikant of beroepsverkoper moet die veiligheidscontrole en kwaliteitscontrole uitvoeren die men van hem kan verwachten, rekening houdend met zijn kennis, zijn uitrusting, en het technisch personeel waarover hij beschikt (Van Cauwelaert, W., „Verborgen gebreken bij koop: actiemogelijkheden voor de koper”, *R.W.*, 1980-81, 199-210).

76. Een ongeval deed zich voor als gevolg van de explosie van een warmwatertoestel. Het toestel was op de dag van het ongeval acht jaar oud. Het glazen omhulsel van dit toestel spatte uiteen, met als gevolg dat een meisje haar linkeroog verloor en zware neurologische letsels opliep. Een deskundige kwam tot de conclusie dat de explosie geschiedde ten gevolge van het begeven van een ijzeren spiraal, waardoor de gloeidraad loopt. De gloeidraad kwam dan in contact met het water, waardoor een luchtbel gevormd werd die het glazen lichaam zozeer onder druk zette dat dit ontplofte. Het gaat hier om een gebrek dat enkel bij de fabricage kan worden voorkomen. De Duitse fabrikant was echter failliet zodat hij niet kon gedagvaard worden. De firma bestond niet meer en er waren geen gelden meer beschikbaar voor de niet-bevoorrechte schuldeisers. De koper dagvaardde daarom diegene die het apparaat geplaatst had en de invoerder ervan. De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen overweegt naar aanleiding van dit geschil dat de verantwoordelijkheid van een fabrikant, een invoerder en een installateur verschillend is. Van een invoerder of een installateur kan men niet verwachten dat ze een zodanig onderzoek zouden instellen dat ze zouden kunnen vaststellen dat voor een bepaald toestel de gloeidraad langer zal standhouden dan de spiraal rond de gloeidraad. Van een handelaar-verkoper kan

evenmin een dergelijk doorgedreven onderzoek worden verwacht. Wel kan van hem worden verwacht dat hij de werking van het apparaat onderzoekt, dat hij nagaat of het toestel voldoet aan de gebruikelijke veiligheidsnormen, en dat hij het zelf een tijd in gebruik neemt om te proberen de zwakke kanten ervan te vinden. De Rechtbank beslist hier dat de onoverwinnelijke onwetendheid kan afgeleid worden uit het feit dat het verborgen gebrek aan het licht kwam na langdurig gebruik van het toestel (Kh. Antwerpen, 24 november 1978, *B.R.H.*, 1979, 595).

In het vonnis wordt zonder blikken of blozen gesproken van quasi-delictuele aansprakelijkheid tussen koper en verkoper. Eigenaardig genoeg wordt er in dit vonnis met geen woord gerept over de korte termijn van artikel 1648. De eerste verkoper die geen beroepsverkoper is moet voor de schade niet opdraaien, vermits niet bewezen wordt dat hij het gebrek (de bedenkelijke toestand van de spiraal) kende. Dat spreekt voor zich.

Wat de beroepsverkoper (de installateur van het warmwatertoestel) en de invoerder betreft, neemt de rechtbank ten onrechte de onoverwinnelijke onwetendheid aan: „overwegende dat ter zake tweede en derde verweerders *geen enkele moeilijkheid hebben om hun algehele onwetendheid te bewijzen van het gebrek* (cursivering door mij), terwijl, wat de voorzorgsmaatregelen betreft, niet mag verwacht worden dat de invoerder of installateur zou overgaan tot een dergelijk doorgevoerd onderzoek dat zij voor een bepaald toestel kunnen vaststellen dat de gloeidraad een langduriger bestaan zal hebben dan de spiraal die de draad omhult; dat van de verkopers-handelaars hoogstens kan verwacht worden dat zij de werking van het apparaat nagaan, dat zij onderzoeken of het voldoet aan de gebruikelijke normen van de veiligheid, dat gebeurlijk kan verwacht dat zij één van deze apparaten een tijdlang in gebruik nemen, of trachten de zwakke punten van een dergelijk toestel op te sporen om na te gaan of een onvoorzichtige gebruiker zich aan bepaalde gevaren blootstelt, doch dat al deze onderzoeksverrichtingen nooit aanleiding zullen geven tot het ontdekken van het feit dat de spiraal van zwakkere constructie is dan de daardoor lopende gloeidraad, nadat het verwarmingstoestel acht jaar in handen is van een gebruiker; dat het aangeklaagde gebrek enkel bij de fabricatie kan voorkomen worden en dienvolgens deze voorzorgsmaatregelen enkel rusten kan op de fabrikant”.

77. EXONERATIEBEDINGEN — De rechtspraak neigt naar een grotere bescherming van de koper, onder meer door de toepassing van exoneratieleclausules te beperken. Bovendien dient benadrukt dat enkel de verkoper die de verborgen gebreken van de door hem verkochte zaak niet kende zich contractueel kan onttrekken aan zijn vrijwaringsverplichting.

Zo had de verkoper van meubelen in zijn algemene verkoopsvoorwaarden bepaald dat hij niet aansprakelijk zou zijn voor om het even welk gebrek. De Rechtbank van Koophandel te Bergen stelt dat dergelijke voorwaarden onrechtvaardig zijn. De Rechtbank overweegt dat de algemene verkoopsvoorwaarden verzoenbaar moeten zijn met de normale inhoud van een

verkoopovereenkomst. De algemene verkoopsvoorwaarden moeten beantwoorden aan het principe volgens hetwelk overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd (Kh. Bergen, 11 juli 1978, *B.R.H.*, 1979, 100). De Rechtbank van Koophandel te Turnhout bevestigt dat een professioneel verkoper, *in casu* van tweedehandswagens, zich niet kan vrijtekenen van verantwoordelijkheid voor verborgen gebreken (Kh. Turnhout, 27 oktober 1977, *R.W.*, 1977-78, 2087, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 137).

Een koper van twee schilderijen van Valeer De Saedeleer (de ene voor 630.000 fr., de andere voor 214.000 fr.) betwist de authenticiteit ervan. Het blijkt inderdaad een vervalsing te zijn. Hij dagvaardt de eigenaar van het ene schilderij, en de galerijuitbater, zelf eigenaar van het tweede schilderij, en eist de ontbinding van de verkoop. De galerijhouder verschuilt zich achter de algemene verkoopsvoorwaarden en achter een bijzondere clause afgedrukt in de veilingscatalogus waarin vermeld stond dat de schilderijen verkocht werden in de toestand waarin ze zich bevonden op het ogenblik van de toewijzing; hij voert aan dat de voorafgaande tentoonstelling van de te veilen stukken het publiek in de gelegenheid stelde zich van de staat en de aard van de te koop gestelde schilderijen te vergewissen, zodat nadien geen enkele klacht nog kon worden aangenomen. Daardoor exonereerde de verkoper zich van alle aansprakelijkheid. *In casu* acht de Rechtbank van Koophandel te Brussel de exonerationeclausule van toepassing, maar stelt zij duidelijk dat de exonerationeclausule niet geldig zou zijn indien de verkoper het gebrek aan authenticiteit gekend had, vermits de verkoper zich niet kan vrijtekenen van zijn aansprakelijkheid voor gebreken van de verkochte zaak, waarvan hij niet ontwetend is (Kh. Brussel, 13 september 1978, *J.T.*, 1979, 165, noot Eeckhout, J., zie ook Trigeaud, J.-M., „L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art (étude critique)”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, 55).

Men kan het met dit vonnis niet eens zijn. Enerzijds scheert het twee hoedanigheden van de galerij-uitbater over dezelfde kam: de hoedanigheid van eigenaar van één van de schilderijen en de hoedanigheid van tussenpersoon. Anderzijds wordt de mogelijke kwade trouw van de verkopers niet ernstig genoeg genomen (zie over de vrijwaringsplicht voor kunstvoorwerpen Ghestin, *o.c.*, nrs. 41, 44, 64 en 136).

De verkoper van een zaak „in de staat waarin deze zich bevindt, door de koper gekend”, is in de regel geen vrijwaring verschuldigd voor verborgen gebreken, terwijl de koper door zulke clause de mogelijkheid van verborgen gebreken aanvaardt (Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 52, *Pas.*, 1979, I, 60 en *R.W.*, 1978-79, 1909).

Het Hof van Beroep te Gent mocht niettemin oordelen dat beroepsverkopers die met kennis van zaken een voertuig verkochten waarvan de gebreken „zo grof” zijn dat men, in het geheel beschouwd, moet besluiten dat het „totaal ongeschikt is voor het normaal gebruik”, niettegenstaande voormelde clause, wél vrijwaring verschuldigd zijn en de koper de mogelijkheid van dergelijke gebreken niet heeft aanvaard. Door te oordelen dat ten

deze „een opgekalfaterd wrak werd geleverd dat alleen nog de schijn van een voertuig vertoonde en waarmede het levensgevaarlijk was te rijden, en dat de kwetsieuze clause de verkopers niet ontslaat van de algemene en dwingende regel van de goede trouw”, maakt de rechter geen toepassing van de regeling van dwaling of bedrog, doch wil alleen beduiden dat de gebreken het voertuig totaal „ongeschikt maken voor het gebruik waartoe men het bestemt”, zoals door artikel 1641 B.W. is bepaald, en dat een verkoop in zulke omstandigheden van kwade trouw getuigt.

78. Een verkoper van gymnastiekmateriaal verbond zich ertoe tegenover de koper gedurende tien jaar alle constructiefouten van het door hem verkochte materiaal, die geen verband houden met de normale slijtage ervan, te herstellen, en de schadelijke gevolgen van de gebreken te vergoeden ten belope van 3.500.000 fr. Na een ongeval met de desbetreffende toestellen besloot het Hof van Beroep te Bergen dat de verkochte toestellen aangetast waren door verborgen gebreken. Het Hof meent echter dat de verkoper de schadelijke gevolgen slechts moet vergoeden ten belope van 3.500.000 fr. Voor het Hof van Cassatie roept de koper in dat die clause tot beperking van de aansprakelijkheid niet geldig is. Het Hof van Cassatie overweegt dat reeds voor het Hof van Beroep was gebleken dat de verkoper kennis had gekregen van de gebreken, weliswaar na de verkoop van de toestellen, maar toch vóór het ongeval waarover het geding handelt. De gebreken waren immers aan het licht gekomen bij ongevallen met soortgelijke toestellen, die aan andere schoolinrichtingen verkocht werden. De verkoper kan niet bewijzen dat hij de koper daarvan op de hoogte stelde. Het Hof oordeelt dat de verkoper bijgevolg te kwader trouw is; wie te kwader trouw is en schade veroorzaakt kan zich niet beroepen op een clause tot vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid (Cass., 28 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 2319; *Pas.*, 1980, I, 794, *J.T.*, 1981, 240, noot Fallon, M. en *R.C.J.B.*, 1983, 223, noot Fagnart, J.-L.).

Wanneer de koper afstand doet van het recht gebreken in te roepen waarvan hij op de hoogte is, exonereert hij daardoor de verkoper van zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken. Een koper had in 1972 een drietal klachten naar zijn verkoper gezonden met betrekking tot gebreken aan geleverde liften. Bij overeenkomst van 3 april 1973 verklaarden de partijen dat ze geen aanspraken zouden laten gelden, dat ze geen verplichtingen meer hadden, en dat ze van elk recht afstand deden. Het Hof van Beroep te Antwerpen had beslist dat de aansprakelijkheid van de verkoper gedekt was door de overeenkomst die de partijen in april 1973 hadden gesloten. Voor het Hof van Cassatie werpt de koper op dat dit gebrek zo fundamenteel is dat het gebouw waarin de liften geplaatst zijn niet meer aan zijn bestemming beantwoordt en dat de veiligheid van het gebouw in gevaar komt. Volgens de koper kan een verkoper zich niet vrijstellen van zijn aansprakelijkheid voor dergelijke gebreken. Het Hof van Cassatie bekrachtigt de uitspraak van de rechter ten gronde door te stellen dat partijen door een overeenkomst

een einde kunnen stellen aan hun wederzijdse rechten en plichten (Cass., 8 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1177 en *Pas.*, 1979, I, 1152).

In het besproken geval van het verkochte huis met de gebrekkige riolering stond in de verkoopakte: „les bâtiments sont transmis dans leur état actuel, les acquéreurs déclarent bien les connaître”. Het Hof van Beroep te Bergen besliste dat men hier niet met zekerheid uit kon afleiden dat partijen werkelijk de bedoeling hadden de verkoper te ontlasten van zijn verplichting tot vrijwaring (Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309).

79. Uit artikel 1643 B.W. volgt dat een verkoper zich alleen kan exoneren van zijn aansprakelijkheid voor verborgen gebreken als hij die gebreken niet kent. Een beroepsverkoper wordt echter geacht de gebreken van zijn toestellen wel te kennen. Indien een beroepsverkoper goederen verkoopt die aangetast zijn door verborgen gebreken, welke schade veroorzaken, dan kan hij zich niet beroepen op een exonatieclausule, tenzij hij kan bewijzen dat hij niet te kwader trouw was (Cass., 28 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 2319, *J.T.*, 1981, 240, noot Fallon, M., *Pas.*, 1980, I, 794 en *R.C.J.B.*, 1983, 223, noot Fagnart, J.-L.).

Bij de verkoop van een occasiewagen had de verkoper een clausule in het contract ingelast, krachtens welke de auto verkocht werd „in de staat waarin hij zich bevindt, door de koper gekend”. Het Hof van Cassatie overweegt dat dergelijke clausule wel een gelegenheidsverkoper kan vrijstellen, maar niet noodzakelijk een beroepsverkoper van een voertuig waarvan de gebreken „zo grof” zijn dat men moet besluiten dat het voertuig ongeschikt is voor het normaal gebruik ervan. Men mag dan ook niet ervan uitgaan dat de koper de mogelijkheid van dergelijke gebreken heeft aanvaard (Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 52, *Pas.*, 1979, I, 60 en *R.W.*, 1978-79, 1909. Vgl. Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309).

Ook al moet een beroepsverkoper geacht worden de gebreken te kennen van de zaken van zijn handel, behoudens het bewijs van onoverwinnelijke dwaling, toch moet dit vermoeden enigszins minder streng toegepast worden op een beroepsverkoper van tweedehandswagens omdat hij geen kennis kan hebben van al de ongevallen en mishandelingen waaraan de door hem aangekochte voertuigen kunnen onderworpen geweest zijn. Dit neemt niet weg dat het Hof van Beroep te Gent overweegt dat te grote laksheid op dit gebied uit den boze is. Ook diegene die zijn beroep ervan maakt occasiewagens te verkopen, moet de daarvoor nodige kennis en ervaring bezitten, minstens in staat zijn na te gaan of een wagen geaccidenteed is, en/of het merk bepaalde zwakke punten of gebreken vertoont. Ook zulke verkoper kan zich bijgevolg niet exoneren door de clausule dat het voertuig wordt verkocht in de staat waarin het zich bevindt, gekend door de koper (Gent, 30 maart 1981, *Pas.*, 1981, II, 95).

80. VERVANGING — Clausules die de vrijwaring voor verborgen gebreken

beperken tot het vervangen van de stukken die met een gebrek behept zijn, met uitsluiting van alle schadevergoeding, zijn geldig en op zichzelf niet strijdig met de openbare orde. Ze mogen echter niet worden toegepast wanneer degene die er zich op beroept, weet had van het gebrek. Ze mogen derhalve niet worden ingeroepen door een beroepsverkoper, tenzij hij zijn onoverwinnelijke onwetendheid kan bewijzen (Brussel, 30 maart 1979, *J.T.*, 1980, 373). Een autoverkoper had zijn vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken contractueel beperkt tot zes maanden of 15.000 kilometer, en tot het gratis leveren en plaatsen van mechanische onderdelen. Het Hof van Beroep te Gent beslist dat dergelijke clausule niet kan worden ingeroepen door een beroepsverkoper die het vermoeden van kwade trouw dat op hem rust, niet kan weerleggen door aan te tonen dat het gebrek in weerwil van alle redelijke voorzorgsmaatregelen onmogelijk was te ontdekken (Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132).

Als rechtsvergelijkend toemaatje bij de behandeling van de vrijwaringsverplichting voor verborgen gebreken van de beroepsverkoper, moet erop gewezen worden dat alhoewel het artikel 1645 in het Belgische Burgerlijk Wetboek en in de Franse Code civil in dezelfde termen geredigeerd zijn en dezelfde oorsprong kennen, zij niet langer eenzelfde betekenis hebben en niet langer eenzelfde wet uitmaken. Anders dan artikel 1645 B.W., wordt de beroepsverkoper naar de bepaling van artikel 1645 C.c., zoals het in Frankrijk geïnterpreteerd wordt en waarmee de Belgische rechter rekening moet houden, op een niet weerlegbare wijze vermoed kennis te hebben gehad van de gebreken van de door hem geleverde zaak (Cass., 9 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 159, concl. adv.-gen. Krings, *R.W.*, 1981-82, 1471, *R.C.J.B.*, 1982, 8, noten Van Compernelle, J. en Rigaux, F., *J.T.*, 1981, 70, concl. adv.-gen. Krings (uittreksels), noot Vander Elst, R. en *Res et Jura Immobilia*, 1982, 107). Een Franse vennootschap had een Belgische koper een stoomstookoven (*chaudière à vapeur*) geleverd samengesteld uit „ballons”. De eerste geleverde „ballon” is behept met een verborgen gebrek: geleidelijk verschijnen er barstjes in. Volgens het toepasselijke verdrag van Den Haag van 15 juni 1955 (goedgekeurd door de wet van september 1962) was de koop beheerst door het recht van het land waar de verkoper zijn gebruikelijke verblijfplaats had bij de bestelling, met name het Franse recht. Wars van elk juridisch chauvinisme stelt het Hof van Cassatie in dit belangrijk principe-arrest enerzijds dat de rechter ten gronde de regels van het toepasselijke vreemde recht moet opzoeken en er de inhoud van moet bepalen, en anderzijds dat hij die regel (zelfs als die woordelijk dezelfde is als de Belgische wettekst) moet uitleggen zoals die in de rechtspraak van het betrokken land uitgelegd wordt.

81. SAMENLOOP — Vooraleer de sanctie te behandelen moet duidelijk gesteld worden dat de vordering op basis van koopvernietigende gebreken beheerst wordt door artikel 1641 en volgende B.W. De vordering kan niet gegrond zijn op artikel 1382, 1383 of 1384 B.W., wanneer de verhouding

tussen partijen van louter contractuele aard is (Gent, 24 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2183). Daarmee reageren de rechtbanken terecht tegen gedingpartijen die zelf weinig overtuigd van de tijdigheid van hun vordering gebaseerd op koopvernietigende gebreken, secundair de extra-contractuele aansprakelijkheidstoer opgaan. Wanneer een eiser zich alleen beklaagt over het niet naleven van een overeenkomst vindt artikel 1382 evenmin als artikel 1384 B.W. toepassing (Luik, 28 april 1977, *Jur. Liège*, 1977, 57). Het is niet te geloven dat de Hoven van Beroep nog altijd dit beginsel moeten in herinnering brengen.

82. RECHTSTREEKSE VORDERING — Het bovenstaand beginsel blijft gelden wanneer een onderkoper zich tot een voorgaand verkoper keert. Het is de contractuele vordering die hij kan en moet instellen (Dalcq en Glansdorff, noot onder Cass., 7 december 1973, *R.C.J.B.*, 1976, 20; Ghestin, *o.c.*, nr. 332; Durry, G., „La nature nécessairement contractuelle de l'action intentée par l'acquéreur d'un objet contre le fabricant qui ne lui avait pas vendu directement", *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, 135).

Het Hof van Beroep te Gent stelde vast dat er een koop-verkoopovereenkomst werd gesloten omtrent een voertuig waarvan de motor defect raakte ten gevolge van een constructiefout, zijnde een verborgen gebrek. Deze verkoop, vervolgde het Hof, behelst de overdracht van alle aan de zaak verbonden rechten en rechtsvorderingen zodat de koper van de wagen de contractuele rechtsvordering inzake verborgen gebreken rechtstreeks mag instellen tegen de exclusieve verdeler van dat automerk die de wagen had verkocht aan de verkoper (Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132).

83. SANCTIE — Wanneer er een verborgen gebrek bestaat heeft de koper volgens artikel 1644 B.W. de keuze om ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen (*actio redhibitoria*), zodat de koper de prijs terugbetaald krijgt en de gekochte zaak moet teruggeven, ofwel een *actio aestimatoria* (*actio quanti minoris*) in te stellen, zodat de koper de gekochte zaak mag behouden en een deel van de prijs terugbetaald krijgt.

Het Hof van Beroep te Gent veroordeelde op 25 november 1976 een verkoper tot het betalen van een schadevergoeding van 42.439 fr., wegens de verkoop van een occasiewagen die behept was met een verborgen gebrek. De aankoop prijs van de auto bedroeg 46.000 fr. Voor het Hof van Cassatie betoogde eiser, de verkoper, dat het Hof van Beroep ten onrechte geoordeeld had dat de koper, hoewel hij bijna de integrale koop prijs terugkreeg, de wagen niet moest teruggeven. De verkoper zegt dat het Hof van Beroep de teruggave van een deel van de prijs of van de gehele prijs, verwart met een schadevergoeding. Het Hof van Cassatie overweegt dat artikel 1644 een duidelijke keuze laat aan de koper: ofwel de zaak teruggeven en zich de prijs laten terugbetalen, ofwel de zaak behouden en een gedeelte van de prijs terugkrijgen, welk gedeelte door een deskundige zal bepaald worden. Voor het Hof van Beroep werd de betaling van een door een deskundige bepaald

bedrag gevorderd ten titel van schadevergoeding, waaruit blijkt dat de koper opteerde voor de tweede mogelijkheid van artikel 1644 B.W. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de beslissing van het Hof van Beroep artikel 1644 B.W. niet schendt, omdat het Hof een bedrag toekende dat door een deskundige was vastgesteld. Het Hof van Cassatie is daarenboven van oordeel dat het Hof van Beroep de terugbetaling van een gedeelte van de prijs op het oog had (art. 1644 B.W.), en niet de betaling van een schadevergoeding (artt. 1645 en 1647 B.W.), ondanks het feit dat het Hof van Beroep van een schadeloosstelling spreekt (Cass., 15 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 52, *Pas.*, 1979, I, 60 en *R.W.*, 1978-79, 1909).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven herinnert eraan dat de toepassing van artikel 1644 B.W. veronderstelt dat: a) het gebrek zodanig is dat het normale gebruik van de zaak erdoor onmogelijk wordt; b) het gebrek verborgen is; c) het gebrek een zekere ernst vertoont en d) het gebrek bestond op het ogenblik van de koop of althans in de kiem aanwezig is. Bij de verkoop van een friteuse die behept was met een constructiefout, oordeelde de rechtbank dat deze vier voorwaarden vervuld waren, zodat de koper, de eiser, de toepassing kon vragen van één van de twee mogelijkheden van artikel 1644 B.W. De rechtbank stelt hier duidelijk dat alleen de koper een keuze heeft, niet de verkoper. De koper mag echter geen andere vorm van rechtsherstel eisen dan de twee genoemde mogelijkheden; zo mag hij bijvoorbeeld niet de vervanging eisen, of de herstelling, behalve indien de partijen daaromtrent een akkoord hebben gesloten. *In casu* had de verkoper een vervanging vooropgesteld, maar de Rechtbank oordeelt dat de koper daarmee geen genoegen hoeft te nemen en terecht de ontbinding kan vorderen (Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 197, noot Van Cauwelaert, W.).

Ook volgens het Hof van Beroep te Bergen komt het de koper toe een optie te nemen tussen de door artikel 1644 B.W. geboden vorderingen. Hij heeft echter geen andere rechten en kan dus geen herstellingen eisen. Zelfs de rechter kan de verkoper in plaats van een gedeeltelijke teruggave van de prijs niet het presteren van werk opleggen zonder het risico te lopen diens noodzakelijke verbintenissen te verzwaren (Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309).

Een klein gebrek geeft geen aanleiding tot de ontbinding van de overeenkomst. Na op plan een flat gekocht te hebben in de buurt van de Louisalaan te Brussel, stelde de koper een *actio redhibitoria*, en in ondergeschikte orde, een *actio quanti minoris* in tegen de verkoper wegens geluidshinder. Het lawaai waarover hij klaagt komt vooral van buiten: ventilatoren op het dak van een naburig gebouw, nachtclub „Le Fashion”. Ten onrechte, stelt het Hof, argumenteert hij dat de verkoper hem hierop attent had moeten maken. Wat de insonorisatie betreft: dubbele ramen van minstens 22 mm. lijken voldoende. Er moet gekeken worden naar de klasse van het onroerend goed, dat gelegen is in een wijk die niet als „de haut standing” mag beschouwd worden, en in 1969 voor een prijs gebouwd werd van 12.000 fr.

per m² wat ver beneden de prijs van een appartement „de grand luxe” ligt. Het betrof een flat van gemiddelde kwaliteit, en de koper kon niet eisen dat de akoestische isolatie ideaal zou zijn. Wel wordt een vergoeding van 100.000 fr. toegekend voor geluiden die afkomstig zijn van afvoerbuizen die komen van het hoger gelegen appartement en van de afwezigheid van een absorberende vloerbedekking in de hoger gelegen keuken (Brussel, 26 april 1978, *Res et Jura Immobilia*, 1979, 65).

84. SCHADEVERGOEDING — De omvang van de schadevergoeding waarop de koper van een met een verborgen gebrek behepte zaak aanspraak kan maken is afhankelijk van de kennis in hoofde van de verkoper van die gebreken. Indien de verkoper de gebreken van de zaak niet gekend heeft, is hij slechts gehouden tot teruggave van de prijs, en tot schadevergoeding aan de koper van de door de koop veroorzaakte *kosten*. Indien de verkoper daarentegen de gebreken van de zaak gekend heeft, dit wil zeggen te kwader trouw was, is hij niet alleen gehouden tot teruggave van de prijs die hij ervoor ontvangen heeft, maar bovendien tot vergoeding van *alle* schade aan de koper. Hetzelfde geldt voor de fabrikant en de beroepsverkoper die niet erin slagen het vermoeden van kwade trouw dat op hen weegt, te weerleggen (Brussel, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2933; Luik, 25 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 26 en Gent, 13 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 132).

Deze vergoeding kan onder meer bestaan uit een schadeloosstelling voor het feit dat de koper gedurende een bepaalde tijd het gebruik van zijn zaak moet missen (Rb. Leuven, 16 november 1979, *R.W.*, 1980-81, 197 en Kh. Brussel, 29 juni 1979, *B.R.H.*, 1979, 592 en *Pas.*, 1979, III, 116). Naast zulke genotsdervingsvergoeding vorderden kopers bovendien vergoeding van de transportkosten verschuldigd aan een derde waarop men bij gemis aan de gebrekkige eigen aanhangwagen een beroep moest doen of nog van de schade die men leed aan de tweede wagen die, nu de gebrekkige auto in de enige garage stond, buiten op straat diende gelaten (Luik, 25 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 26 en Kh. Brussel, 29 juni 1979, *B.R.H.*, 1979, 592 en *Pas.*, 1979, III, 46).

De schadevergoeding kan herstelkosten omvatten die de koper diende te betalen om zijn wagen, die met een verborgen gebrek behept was, te laten herstellen, evenals de stallingskosten die de koper moest betalen ten gevolge van het gebrek. De verkoper kan ook gedwongen worden de nutteloos betaalde verkeersbelasting te vergoeden (Kh. Turnhout, 27 oktober 1977, *R.W.*, 1977-78, 2087).

Het Hof van Beroep te Bergen besliste in het hoger besproken geval van het verkochte huis met de gebrekkige riolering terecht dat de koper weliswaar geen schadevergoeding kon vorderen van de verkoper, die op het ogenblik van de verkoop nog geen beroepsaannemer van bouwwerken was, maar dat hij wel de kosten voor het in orde brengen van de riolering in mindering van de reeds betaalde koopprijs mocht terugvorderen (Bergen, 24 november 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 309).

§ 1. Afhaling en aanvaarding

85. AFHALING. ONTBINDING — De afhaling door de koper is de tegenhanger van de levering door de verkoper. Het behoort de koper de zaak, die de verkoper hem aanbiedt zoals hij dat moest doen, in ontvangst te nemen (Antwerpen, 5 april 1982, *De Verz.*, 1982, 389, noot R.B.). Een koper weigert echter terecht de hem door de verkoper aangeboden zaak af te halen, indien deze niet beantwoordt aan wat de koper besteld heeft (Rb. Mechelen, 15 december 1981, *R.W.*, 1983-84, 530, noot). Blijft de koper in gebreke het gekochte volgens de in de overeenkomst bepaalde voorwaarden af te halen, dan kan de verkoop ontbonden worden.

Bij een koop van een stereo-installatie had de koper de prijs betaald, zodat het verschuldigde aan de zijde van de verkoper bestond in de levering van het verkochte goed. De koper weigerde evenwel het gekochte af te halen, zodat de verkoper overeenkomstig artikel 1254 B.W. de koper had dienen aan te manen de gekochte waar weg te halen, aanmaning die echter niet gebeurde. Zodoende is de koop ingevolge artikel 1657 B.W. van rechtswege ontbonden, stelt de rechtbank in een eigenaardige redenering, wat voor gevolg heeft dat de koper die zijn verbintenis niet nakwam gehouden is schadevergoeding te betalen aangezien hij niet gedwongen kan worden het gekochte voorwerp af te halen (Rb. Mechelen, 19 januari 1982, *R.W.*, 1983-84, 1027, noot). Van het niet-verrichten van de aanmaning dan maar besluiten tot de automatische ontbinding van de overeenkomst is een logische kattesprong. In werkelijkheid lijkt een stereo-installatie niet te vallen in het toepassingsgebied van artikel 1657 B.W. (zie hierover: Van Ommeslaghe, P., „La sanction de l'inexécution du contrat”, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau (ed.), 1984, nrs. 14 en 33).

Toen de koper van boter deze niet tijdig kwam afhalen, zag de verkoper zich genoodzaakt om deze boter zo snel mogelijk door te verkopen, daar het ging om verderfelijke waren. De verkoper kreeg slechts een vrij lage prijs. Op hem rust de bewijslast van de door hem geleden schade, met name het prijsverschil tussen de in de eerste overeenkomst bedongen prijs en de lage prijs die hij uiteindelijk nog voor zijn boter kreeg. Het ging hier om een niet geringe vergoeding van 280.000 U.S.-dollar, vermeerderd met de gerechtelijke interesten (Cass., 11 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1064 en *Pas.*, 1978, I, 1035). Geoordeeld werd dat het arrest a quo die regel niet miskent, als hij de vergelijkingspunten, die de foutieve koper aanneemt om te bewijzen dat die prijs abnormaal was, verwerpt als zijnde niet ter zake dienend en niet overtuigend.

De koper die de goederen niet aanvaardt, houdt ten onrechte voor dat het niet opportuun of noodzakelijk was de goederen te verkopen in een periode waarin de marktprijs een dieptepunt had bereikt. De verkoper is immers gerechtigd de niet aanvaarde goederen te verkopen. Bovendien bestond de

mogelijkheid dat de marktprijs nog zou dalen, wat de koper zeker niet ten goede zou komen, zodat de verkoop in het belang van de koper zelf dient beschouwd te worden (Arbitragekamer voor koffie te Antwerpen, 22 juni 18977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 55). Het betrof een koop van 120 ton Arabica-koffie uit Burundi die in Dar Es Salam moest ingescheept worden.

86. AANVAARDING — De aanvaarding door de koper houdt in dat de uitvoering door de verkoper van zijn verbintenissen beantwoordt aan wat overeengekomen werd. De aanvaarding dekt de zichtbare gebreken. Ze bevestigt de conformiteit van de geleverde met de verkochte zaak, de juiste hoeveelheid, het juiste gewicht, enz. De koper heeft er belang bij zo spoedig mogelijk te reageren, zoniet kan de eventueel stilzwijgende aanvaarding hem tegengeworpen worden.

De Rechtbank van Koophandel te Luik deed uitspraak over een geschil naar aanleiding van de koop van een aanhangwagen Mercedes. Op 13 september 1976 kocht eiser een lichte aanhangwagen van verweerder. Op 22 oktober klaagt hij de kwaliteit van de fabricatie aan. Het blijkt echter dat hij de aanhangwagen gebruikte voor zwaarder werk dan dat waarvoor de aanhangwagen bestemd was. Het Hof overweegt dat de lichte constructie duidelijk te merken was bij de levering, temeer daar eiser een eenvormigheidsattest ontving waarop vermeld stond dat de nuttige lading van het voertuig ongeveer 1.000 kg. bedroeg, en dus duidelijk weet had van de mogelijkheden van de aanhangwagen. Vermits eiser bij de levering niet protesteerde tegen de beperkte mogelijkheden van de aanhangwagen, die nochtans duidelijk zichtbaar waren, is er aanvaarding geweest. De koper van de aanhangwagen wordt derhalve in het ongelijk gesteld (Kh. Luik, 16 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 97).

De aanvaarding dekt de zichtbare gebreken. Dit werd nog maar eens bevestigd in een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen. In hetzelfde arrest werd gesteld dat bij de aankoop van een boot het meenemen ervan op vakantie een duidelijke daad van aanvaarding is, zodat daarna geen vordering tot ontbinding van de koop meer kan worden ingesteld op basis van gebreken die duidelijk zichtbaar waren (Antwerpen, 19 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1475).

Ditzelfde principe werd bevestigd door het Hof van Beroep te Luik. Op 15 december 1972 werden goederen geleverd en pas op 10 oktober 1974 werd de verkoper ingebreke gesteld wegens het niet nakomen van zijn leveringsplicht. Het Hof overweegt dat de vordering laattijdig werd ingesteld en dat bovendien een gebrekkige levering gedekt wordt door de aanvaarding (Luik, 20 december 1979, *Jur. Liège*, 1980, 89).

In een geval waarover de Rechtbank van Koophandel te Brussel zich uitsprak, werd niet betwist dat de levering laattijdig was: het materiaal werd pas geleverd op 25 juni 1976, daar waar de levering volgens het contract had dienen te geschieden op 16 juni 1976. Maar vermits de verkoper niet werd ingebrekegesteld, was de laattijdige levering in zijn hoofde geen

tekortkoming op basis waarvan de ontbinding van de verkoop kon worden uitgesproken. Eiser heeft de goederen aanvaard bij de levering van 25 juni 1976. Hoewel de contractueel overeengekomen termijn overschreden werd, verzet de goede trouw er zich tegen dat men zich hierop voor het eerst beroept meer dan twee jaar nadat de levering aanvaard werd, met name op 6 juli 1978. Wanneer de koper niet bij de levering of onmiddellijk daarna protesteert tegen de tekortkoming aan de leveringsplicht van de verkoper, is er aanvaarding (Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377).

De aanvaarding kan stilzwijgend geschieden. Bij het ontvangen van de factuur van de aangekochte goederen, protesteerde de koper niet, noch met betrekking tot de kwaliteit, noch met betrekking tot de conformiteit van de aangekochte goederen. Het Hof overweegt dat het aanhoudend stilzwijgen na de ontvangst van een factuur, vooral als het gaat om bederfelijke eetwaren, impliceert dat de koper de goederen aanvaard heeft (Brussel, 28 juni 1979, *J.T.*, 1979, 594).

Maar het beding, dat de verkochte goederen geacht worden aanvaard te zijn van zodra ze de fabriek verlaten, beantwoordt niet aan het beginsel van de uitvoering te goeder trouw. De algemene verkoopvoorwaarden moeten immers verzoenbaar zijn met de normale inhoud van een verkoopsovereenkomst (Kh. Bergen, 11 juli 1978, *B.R.H.*, 1979, 100).

Het gebrek aan protest door de koper bij de levering, dat te interpreteren is als een aanvaarding van het geleverde, belet weliswaar dat de koper de ontbinding vordert op grond van niet-conforme levering, maar verhindert niet de vordering tot ontbinding op grond van verborgen gebreken (Bergen, 24 juni 1976, *Pas.*, 1980, II, 99; Rb. Nijvel, 18 april 1978, *J.T.*, 1978, 419).

§ 2. Betaling van de prijs

87. De hoofdplichting van de koper bestaat in het betalen van de prijs op de dag en op de plaats bij de koop bepaald (art. 1650 B.W.). Het betalen van de prijs kan nooit als een opschortende voorwaarde van een koopovereenkomst beschouwd worden, daar de koper tot de betaling verplicht is krachtens de verkoop zelf (Rb. Antwerpen, 7 januari 1982, *R.W.*, 1984-85, 678, noot). Het valt immers moeilijk te begrijpen dat de opschortende voorwaarde van een overeenkomst zou bestaan in de uitvoering van een verbintenis die uit dat contract voortvloeit.

Bij een wederkerige overeenkomst ten bezwarende titel staat het de partijen vrij de volgorde te bepalen volgens welke hun respectievelijke verbintenissen dienen uitgevoerd te worden en dergelijke afspraak strekt hun tot wet. Het beding „l'acquéreur ne peut sous aucun prétexte et pour aucun motif si plausibles qu'ils paraissent, se soustraire à un paiement ni le retarder. Le paiement sera fait, en pareil cas, sous réserve de ses droits éventuels”, regelt slechts de privé-belangen van de contractanten en is noch tegen de openbare orde, noch tegen de goede zeden (Bergen, 2 april 1981, *Pas.*, 1981, II, 101). Is de prijs in Belgisch geld te betalen en verwijst de overeenkomst tevens

naar de wisselkoers Belgische frank - U.S.-dollar, dan beveiligd zulke clause de partijen alleen tegen een eventuele devaluatie van de Belgische frank en niet van de dollar (Brussel, 23 maart 1978, *J.T.*, 1978, 396). Tot zekerheid van de betaling van de koopprijs bezit de verkoper van een onroerend goed een voorrecht dat hem ook drie jaar interesten en de verkoopkosten waarborgt (art. 27, 1° en art. 87 Hyp. W.). Dit voorrecht behoudt de verkoper door de overschrijving van de authentieke titel, ook al werd de authentieke inschrijving te dien gelegenheid slechts voor de hoofdsom genomen (Brussel, 20 december 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 8 en *Rev. Not. B.*, 1979, 140, noot F.L.).

88. SANCTIE BIJ WANBETALING — Laat de koper na binnen de afgesproken termijn te betalen dan heeft de verkoper het recht, overeenkomstig de artikelen 1184 en 1654 B.W., de ontbinding van de overeenkomst te bekomen. Bovendien kan de verkoper gerechtigd worden het gestorte voorschot te behouden, dit ten titel van schadevergoeding (Scheidsr. Uitspr., 23 februari 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 385, noot Taymans, J.-F.). In de noot wordt met het oog op de registratierechten het fiscale belang van het beroep op een scheidsrechterlijke uitspraak onderstreept.

89. INTERESTEN — De koper is benevens de prijs verplicht interesten hierop te betalen, indien de verkochte en geleverde zaak vruchten of andere inkomsten oplevert. De rechter kan terecht beslissen dat de overnemer van een onverdeeld aandeel in een onroerend goed (een handelszaak) vanaf het lichten van de optie tot overneming van het onverdeeld aandeel van verweerder tot aan de voldoening van de overnameprijs de wettelijke interest verschuldigd is, wanneer hij, in afwezigheid van enige betwisting daaromtrent, het bewijs dat het overgenomen goed vruchten of andere inkomsten heeft opgeleverd, vindt in het feit dat de overnemer vanaf het tijdstip van de optielichting het volledig genot van dat goed heeft gehad (Cass., 15 september 1978, *Pas.*, 1979, I, 59 en *Arr. Cass.*, 1978-79, 50).

Een handelszaak is een zaak die, globaal overgedragen en geleverd, vruchten of andere inkomsten oplevert. Bij de verkoop ervan moet de interest berekend worden aan de wettelijke rentevoet vanaf de datum waarop de koopprijs in de factuur werd vastgesteld (Kh. Marche-en-Famenne, 19 februari 1979, *B.R.H.*, 1980, 132).

Een onroerend goed is niet vruchtdragend door het enkele feit dat het vatbaar is voor verhuring. Daartoe moet het op het ogenblik van de verkoop zelf verhuurd zijn (Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 183, noot D.).

Bij laattijdige betaling heeft de verkoper recht op de conventionele nalatighedsinteresten. Aldus is de koper gehouden tot de kosten veroorzaakt door de invordering van de onbetaald gebleven facturen, forfaitair begroot volgens de in de algemene verkoopvoorwaarden gestipuleerde interestberekening (Vred. Zaventem, 21 mei 1982, *R.W.*, 1982-83, 622, noot Erauw, J.).

90. SCHULDENAAR VAN DE PRIJS — De koper is schuldenaar van de prijs. De handelaar, evenwel, die waren bestelt en die de verkoper verzoekt deze waren te leveren aan een derde en vraagt de factuur op te maken op naam van deze derde die hij aanwijst, blijft samen met deze derde schuldenaar van de prijs. Tot deze conclusie kwam de Rechtbank van Koophandel te Brussel door, bij ontstentenis van enige *animus novandi*, aan deze operatie de kwalificatie delegatie mee te geven (Kh. Brussel, 8 september 1976, *B.R.H.*, 1977, 551). De delegatie door de delegataris aanvaard, brengt nochtans *ipso iure* schuldvernieuwing tot stand, zodat slechts één schuldenaar meer, de gedelegeerde, gehouden is jegens de schuldeiser (art. 1275 B.W.). Hier kan dan ook slechts sprake zijn van „onvolmaakte” delegatie (cfr. Vandeputte, R., *De overeenkomst. Haar bestaan, haar uitvoering en verdwijning. Haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 290 e.v.). Trouwens, de enkele aanwijzing door de koper van een persoon die in zijn plaats moet betalen brengt geen schuldvernieuwing mee (art. 1277 B.W.).

91. WIJZE VAN BETALING — De loutere afgifte, door de koper, van een cheque aan de bankier van de verkoper dooft de betalingsverplichting van eerstgenoemde niet uit. Dit gebeurt maar door de terbeschikkingstelling van de verkoper van het bedrag van zijn schuldvordering. De cheque is voor hem slechts een middel om de betaling te effectueren.

Het hof dat stelt dat de bankier van de verkoper, door het aanvaarden van de cheque en door de afgifte van de waardepapieren (*bons de bétail*), noodzakelijkerwijze erkend heeft dat deze bons betaald zijn en vandaar dat de schuld tussen de koper en de verkoper uitgedoofd is, begaat een juridische fout (Cass., 23 september 1982, *J.T.*, 1983, 64. Vgl. Rb. Namen, 19 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 309).

92. DE BETALING BIJ LEVERING ONDER REMBOURS — Het is gebruikelijk dat een rembourszending slechts afgeleverd wordt tegen onmiddellijke betaling op het tijdstip van de aanbieding. Nochtans schept zulke levering maar een vermoeden *juris tantum* van betaling bij de overhandiging. In weerwil van de vermelding „tegen remboours” op de facturen kan het bewijs van niet-betaling door alle middelen geleverd worden, zo onder meer uit de ontvangst zonder protest van het rekeninguittreksel waarin de onbetaalde facturen zijn opgenomen evenals uit de onbeantwoord gebleven aangetekende en omstandige aanmaningen tot betaling (Antwerpen, 17 november 1976, *B.R.H.*, 1977, 270).

93. PLAATS VAN BETALING. BEVOEGDE RECHTER — De plaats van betaling kan richtinggevend zijn voor de vaststelling van de bevoegde rechter. Artikel 5, 1° van het Europees Executieverdrag van 27 september 1968 (wet van 13 januari 1971, *B.S.*, 31 maart 1971) stelt dat ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst de verweerder die een woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, in een andere verdragslui-

tende Staat kan opgeroepen worden voor een rechtbank van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet uitgevoerd worden. Beslist werd dat inzake koop-verkoop de in aanmerking te nemen verbintenis, de verbintenis om de prijs te betalen is. Het Hof van Beroep te Antwerpen stelde, in toepassing van artikel 59 van de eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (Haags Verdrag van 1 juli 1964, wet 15 juli 1970, *B.S.*, 14 januari 1971), dat die betaling geschiedt in de plaats van vestiging van de verkoper of bij gebreke hiervan in diens gewone verblijfplaats (Antwerpen, 30 november 1977, *R.W.*, 1979-80, 1045, noot Laenens, J.).

Bij een C.I.F.-verkoop moet de betaling gebeuren op de plaats van bestemming; gebeurt de betaling tegen afgifte van de zaak of van documenten, dan dient de betaling verricht te worden op de plaats van afgifte (art. 59 Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken). Van zodra dan ook komt vast te staan dat het verkochte in Italië diende geleverd te worden en de prijs betaalbaar was bedongen C.I.F.-Cremona, is Cremona in Italië de plaats van afgifte van de documenten aan koopster (Kh. Brussel, 2 september 1981, *B.R.H.*, 1982, 546).

94. NIETIGE BETALING — Betalingen gedaan door de schuldenaar voor vervallen schulden na datum van staking van betalingen en vóór het faillissement, kunnen worden vernietigd indien zij geschied zijn, aan de zijde van degenen die van de schuldenaar hebben verkregen of die met hem hebben gehandeld, met wetenschap dat hij had opgehouden te betalen (art. 446 Faillissementswet). Vereist wordt dat wie de betaling ontving van de schuldenaar wist dat laatstgenoemde opgehouden had te betalen en vervolgens dat door de betaling nadeel werd berokkend aan de massa. De rechter behoudt een discretionaire bevoegdheid zulke betalingen nietig te verklaren. Dit laatste is niet aangewezen, wanneer de betalingen gebeurden met het oog op een mogelijke hervatting van leveringen en niet om de verkoper een buitengewoon voordeel te verlenen ten aanzien van andere schuldeisers, kortom, gebeurden in het kader van een *bona fide* uitvoering van de overeenkomst (Kh. Brussel, 10 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 46).

§ 3. Additionele plichten

95. CONVENTIONELE PLICHT NIET VERDER TE VERKOPEN — Overeenkomstig artikel 1134 B.W. is de koper gehouden tot elke verbintenis waartoe hij zich bij de koopovereenkomst engageert. Bovendien is hij niet alleen verbonden tot hetgeen uitdrukkelijk in de overeenkomst is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend (art. 1135 B.W.).

Zo ontzegden de kopers van een woonhuis zich het recht om, gedurende tien jaar, het goed geheel of gedeeltelijk te vervreemden zonder de uitdrukkelijke en geschreven machtiging van de verkoopster. Bij overtreding van deze

verbintenis zouden de kopers ertoe gehouden zijn aan de verkoopster een som te betalen gelijk aan twintig procent van de in de akte bepaalde koopprijs. Alhoewel het voor de hand ligt dat deze sanctie toepasselijk is als de kopers overgaan tot een vrijwillige vervreemding met miskenning van de vereiste machtiging, kan zij ook toepassing vinden bij een gedwongen verkoping. Met name als de kopers vrijwillig en met kennis van zaken een houding aannemen die moet leiden tot een gedwongen vervreemding van het goed, terwijl daarbij de ontduiking van de sanctie wordt beoogd. In dit geval vervolgde de kredietmaatschappij de gedwongen gerechtelijke verkoping bij uitvoerend beslag op onroerend goed nadat de tegenover haar solidair gehouden en inmiddels uit de echt gescheiden echtgenoten-leners niet langer hun verplichting tot terugbetaling naleefden (Gent, 27 april 1979, *R.W.*, 1980-81, 2484, *T. Not.*, 1981, 245 en *Rev. Not. B.*, 1982, 58).

Wanneer de eigenaar van een sociale woning, die zich jegens de Nationale Maatschappij van de Kleine Landeigendommen verbond de woning niet te verkopen gedurende dertig jaar tenzij met het voorafgaandelijk en geschreven akkoord van deze maatschappij, zonder die toestemming de woning verkoopt aan een koper die niet beantwoordt aan de door de maatschappij gestelde voorwaarden, is hij ertoe gehouden de schade te vergoeden die die koper lijdt omdat de authentieke akte niet kan verleden worden (Rb. Nijvel, 10 juni 1981, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 378, noot).

96. PROFESSIONELE VERPLICHTING VAN DE KOPER VAN TWEEDEHANDSWAGENS — Het gebeurt blijkbaar nogal eens dat handelaars in tweedehandswagens niet volledig afbetaalde voertuigen overnemen. Zo'n koop geschiedt meestal louter aan de hand van de boordbescheiden van het voertuig. Het niet opvragen door de autohandelaar-koper van de occasiewagen van de oorspronkelijke aankoopfactuur, zodat hij in kennis wordt gesteld van de aanvankelijke aankoopmodaliteiten, is geen verzuim dat met de algemene erkende regels of plichten van zijn handel of beroep strijdig is (Kh. Dendermonde, 19 april 1977, *B.R.H.*, 1982, 354, noot, bevest. Gent, 29 september 1980, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10766/77). Het Hof van Beroep te Luik oordeelde daarentegen dat de garagist-koper tekort schoot aan de voorzichtigheidsnorm in de uitoefening van zijn beroep door zich de factuur die de eigendomstitel van de wagen uitmaakt, niet te laten voorleggen door de verkoper. Deze norm beoogt te vermijden dat de beroepspersoon, op de hoogte van ongeoorloofde praktijken van personen die een financiering genoten, hieraan zijn medewerking zou verlenen (Luik, 3 maart 1981, *B.R.H.*, 1982, 566).

97. EERBIEDIGING VAN DE RECHTEN VAN DERDEN (HUURDER; TITULARIS VAN EEN ZAKELIJK RECHT) — In welbepaalde situaties moet de koper de rechten van derden op het aangekochte goed gedogen en respecteren.

Aldus is de koper van een verhuurd huis gehouden tot het naleven van een tevoren bestaande huurovereenkomst in zover deze vaste datum heeft. Is

deze voorwaarde niet vervuld, dan is de enkele omstandigheid dat de verkrijger van het onroerend goed *het bestaan van een huurovereenkomst kende*, niet van aard hem tot de nakoming ervan te verplichten. Slechts in zover de koper contractueel kennis heeft gekregen van de huurovereenkomst, ook al heeft die geen vaste datum, door een clausule die hem verplicht het bestaande huurcontract te respecteren, is hij tot naleving gehouden. Dit is niet het geval wanneer de notariële koopakte alleen bepaalt dat „wat aangaat het gebruik koper gehouden is zich op eigen kosten te ontmengelen met de tegenwoordige huurder” (sic), het ontstaan noch de aard en modaliteiten van de huurovereenkomst nader omschrijft en nergens de koper de plicht oplegt de bestaande huurovereenkomst na te leven (Vred. Heist-op-den-Berg, 25 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 2167).

Het recht van gebruik en bewoning is een onvervreemdbaar zakelijk recht waarvan de vestiging overeenkomstig artikel 1 Hypotheekwet onderworpen is aan de hypothecaire publiciteit wil ze tegenstelbaar aan derden zijn. Derden met een concurrerend zakelijk recht kunnen de niet overschrijving echter alleen in hun voordeel inroepen voor zover zij te goeder trouw zijn. De koper van een onroerend goed die op het ogenblik van de koop *weet dat het bewoond wordt*, wordt niet te kwader trouw geacht, daar hij niet noodzakelijk de juiste juridische grondslag van de bewoning kent (Vred. Aarlen, 20 juni 1980, *Jur. Liège*, 1981, 158, bevest. Rb. Aarlen, 21 oktober 1980, *onuitg.*).

98. MEDEWERKING AAN CONTRACTBREUK VAN VERKOPER — Een caféhouder had, in een met een brouwerij gesloten contract van borgstelling, jegens de brouwerij een verplichting van bierafname op zich genomen en had zich ertoe verbonden deze verplichting bij verkoop van de handelszaak aan de koper op te leggen. De notariële akte waarbij het onroerend goed en de handelszaak werd verkocht, vermeldde deze bierafnameplicht niet. De koper ontving echter na het ondertekenen van het compromis, maar vóór het verlijden van de notariële akte een kopie van het borgstellingscontract en de erin opgenomen verbintenissen. Door de ondertekening van de notariële akte heeft de koper wetens en willens of bewust, in volkomen kennis van al de omstandigheden eigen aan het geval, meegewerkt aan de door de verkoper begane contractbreuk, waardoor hij wordt geacht medeplichtig te zijn aan deze contractbreuk en te hebben gehandeld met bedrieglijke schending van de rechten van de brouwerij (Cass., 21 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 1961, *Pas.*, 1978, I, 951 en *T. Not.*, 1979, 241; Brussel, 30 september 1976, *R.W.*, 1978-79, 1973).

NIETIGHEID EN ONTBINDING VAN DE KOOP

AFDELING I

NIETIGHEID

99. De nietigheid treedt nooit van rechtswege in, ook niet als ze de miskenning van een openbare orde-voorschrift sanctionneert. Steeds is de tussenkomst van een rechter vereist ten einde de nietigheid uit te spreken. Zolang dit niet is gebeurd, sorteert de door nietigheid aangetaste handeling gevolgen. De rechter kan de nietigheid slechts uitspreken als de wettelijke vereisten daartoe aanwezig of vastgesteld zijn. Toen eenzelfde onroerend goed — met name de kliniek Saint-Remi in Molenbeek — bij onderscheiden onderhandse overeenkomsten aan onderscheiden kopers was verkocht, trof de eerste koper met de verkoper een dading en deed hij tegen vergoeding afstand van zijn rechten. Het vonnis dat vervolgens de hoedanigheid van eigenaar in hoofde van de tweede koper in rechte erkent, heeft zelfs niet op impliciete wijze de eerste overeenkomst wegens nietigheid ongedaan gemaakt, noch ontbonden (Rb. Brussel, 5 april 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 49, noot). Het betrof hier een ingewikkeld geschil tussen nonnen en geneesheren.

De geldigheid van een koop wordt als dusdanig niet aangetast door de miskenning van een recht van voorkoop. De titularis van dit recht, *in casu* de pachter, kan immers vragen ofwel in de plaats van de koper te worden gesteld, ofwel een schadevergoeding ten laste van de verkoper ten bedrage van 20%. In laatstbedoeld geval blijft de koper eigenaar. In het eerste geval moet de koper zich tegen de verkoper keren. In geen geval is de verkoper gerechtigd de koop zonder meer te verbreken (Gent, 12 oktober 1979, *R. W.*, 1979-80, 2935).

In geval van niet-naleving door de verkopers van hun verplichting, opgelegd bij artikel 56, § 2 Stedebouwwet, een aantal meldingen in de overeenkomst op te nemen, kunnen de rechtbanken op vordering van de koper diens eigendomsverkrijging vernietigen (art. 65, § 4 Stedebouwwet; Rb. Turnhout, 23 juni 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 30). Opdat ze ontvankelijk weze, zou zulke vordering evenwel het voorwerp moeten uitmaken van een zekere publiciteit, hetzij bij wijze van inschrijving op de kant van de overschrijving van de verkrijgingstitel, hetzij, waar dit laatste niet voor handen is, door overschrijving van de gedinginleidende of vorderingbevatende akte (Rb. Turnhout, 17 maart 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 28).

De termijn voor annulatieberoep bij de afdeling administratie van de Raad van State telt 60 dagen. Voor wie op de openbare verkoping door de Commissie van Openbare Onderstand aanwezig was en de nietigverklaring ervan wil vorderen, gaat deze termijn in op de dag van de verkoping (R. v. St., 16 februari 1979, *Arr. R. v. St.*, 1979, 186).

100. BENADELING — Benadeling is in regel geen grond tot vernietiging van een koop, ook niet wanneer de werkelijke waarde van de verkochte zaak merkkelijk verschilt van de bedongen prijs. Hierop zijn enkele uitzonderingen te noteren. Onder andere in het kader van de bescherming van (onbekwame) minderjarigen. Het bedingen van een te geringe prijs speelt ook een bijzondere rol bij de verkoop van onroerende goederen.

Een zeventienjarige in de Duitse Bondsrepubliek gestationeerde Belgische milicien kocht van een wapenbroeder tegen 42.000 frank zonder B.T.W. diens geaccidenteerde wagen die hij enkele dagen voordien had geleend en in prak gereden. Als minderjarige koper verzocht hij de nietigverklaring van deze koop op grond van benadeling. Dit verzoek werd ingewilligd omdat de koopprijs samen met de vereiste herstellingen aan de auto ten belope van 67.500 frank de totale kost voor een vijf jaar oude wagen op ongeveer 116.000 frank bracht, omdat het maandelijks inkomen van de minderjarige in die periode slechts 17.000 frank bedroeg en omdat ten slotte de koop werd ondertekend in verdacht lijkende omstandigheden (Rb. Aarlen, 17 mei 1979, *Jur. Liège*, 1980, 133).

Een verkoop van een onroerend goed kan vernietigd worden wegens benadeling voor meer dan zeven twaalfden. Het bewijs van zulke benadeling kan, luidens artikel 1678 B.W. niet geleverd worden dan door een verslag van drie deskundigen, die een enkel gemeenschappelijk proces-verbaal moeten opmaken, en slechts een enkel advies, bij meerderheid van stemmen, mogen uitbrengen. Deze drie deskundigen worden ambtshalve benoemd, tenzij de partijen zich omtrent de benoeming van alle drie gezamenlijk verstaan hebben (art. 1680 B.W.). Beide wetsartikelen zijn dwingende bepalingen die evenwel slechts privé-belangen beschermen. De partijen kunnen bijgevolg van deze bescherming afzien, maar niet vooraleer de betwisting ontstaan is. De afstand in de verkoopakte zelf zou bijgevolg onwettig zijn en zonder effect (Cass., 11 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 549, *R.W.*, 1980-81, 252, *T. Not.*, 1980, 332, *Rev. Not. B.*, 1981, 268 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 107, noot A.C.). Het onroerend goed moet geschat worden volgens zijn staat en zijn waarde op het ogenblik van de koop (art. 1675 B.W.). Als waarde moet de normale verkoopwaarde van het onroerend goed worden geraamd, zonder in de prijs andere waarden te betrekken (Gent, 8 januari 1982, *Credoc*, afl. november 1982, 4).

Als kanscontract is de verkoop op lijfrente principieel niet vernietigbaar wegens benadeling. Nochtans, wanneer het op het ogenblik van de koop zou vaststaan dat de verkoper niet lang genoeg meer zou leven opdat de geactualiseerde waarde van de lasten door de kopers te dragen tot op de dag van het overlijden van de verkoper, minstens vijf twaalfden zou zijn van de door de partijen in de koopakte geschatte waarde van het goed, ook al is deze laatste minder dan de werkelijke waarde, kan artikel 1674 B.W. en volgende B.W. toepassing vinden (Rb. Brussel, 13 juli 1973, bevest. Brussel, 25 januari 1978, *J.T.*, 1978, 384, noot).

AFDELING 2
ONTBINDING

101. In geval van foutieve niet-uitvoering van verbintenissen uit een koopovereenkomst kan de partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd de andere partij noodzaken de overeenkomst uit te voeren wanneer dit ten minste nog mogelijk is. Zij kan echter ook de ontbinding van de koop vorderen (Vred. Brugge, 26 juni 1981, *R. W.*, 1982-83, 2284). De titel over de koop-verkoop in het Burgerlijk Wetboek geeft tal van oorzaken van ontbinding op en artikel 1658 vermeldt de ontbinding van de koop door de uitoefening van het recht van wederinkoop. Naar het gemeen verbintenissenrecht is de tegenpartij gerechtigd aanspraak te maken op de ontbinding van de overeenkomst, met schadevergoeding, hetzij door een beroep te doen op het stilzwijgend ontbindend beding, hetzij door zich te beroepen op een conventioneel gestipuleerd uitdrukkelijk ontbindend beding. Over de redactie van de uitdrukkelijk ontbindende bedingen in de praktijk, zie: U.C.L. Colloquium, *La rédaction des conditions générales contractuelles*, Story, 1984, 87 e.v.

Een voorafgaande ingebrekestelling is niet vereist wanneer de uitvoering van de koopovereenkomst onmogelijk is geworden, bijvoorbeeld als de verkoper de zaak inmiddels verkocht heeft aan een derde (Gent, 12 oktober 1979, *R. W.*, 1979-80, 2935).

Ofschoon de rechter kan oordelen dat de tekortkoming van de andere partij onvoldoende is om de koop te zijnen laste te ontbinden (Kh. Brussel, 18 februari 1980, *B.R.H.*, 1980, 377 en *Ing. Cons.*, 1981, 224), is zijn tussenkomst in geval van het *pactum commissorium* steeds een *must*, uitgezonderd het geval van de verkoper van roerende zaken die de ontbinding van rechtswege en zonder aanmaning kan laten plaats hebben indien de koopwaar niet tijdig is afgehaald (art. 1657 B.W.; Cass., 11 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1035 en *Arr. Cass.*, 1978, 1064).

Het recht om de ontbinding van de koop-verkoop op grond van artikel 1184 B.W. te vorderen is aan geen korte verjaringstermijn onderworpen (Gent, 12 oktober 1979, *R. W.*, 1979-80, 2935), en kan uitgeoefend worden zolang ze vòòr de faillietverklaring van de in gebreke gebleven schuldenaar is ingeleid. Artikel 546 Faillissementswet dat het recht van de verkoper van roerende zaken tot ontbinding, in geval van faillissement, niet aanneemt, is van stricte interpretatie en bedoelt slechts de vorderingen in ontbinding na de faillietverklaring ingeleid (Luik, 22 maart 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 249). De vordering van de niet betaalde verkoper van een onroerend goed tot ontbinding van de koop kan niet worden ingesteld ten nadele van de ingeschreven schuldeiser, noch ten nadele van de onderverkrijger of ten nadele van derden, verkrijgers van zakelijke rechten, nadat zijn voorrecht is teniet gegaan of vervallen (art. 28 Hyp. W.). Maar is dit voorrecht regelmatig bewaard gebleven, dan verhindert ook de inschrijving van de wettelijke hypotheek ten voordele van de faillissementsmassa geenszins de uitoefening van het recht op ontbinding van de koop (Brussel, 28 juni 1978,

102. Indien er geen uitdrukkelijk ontbindend beding is voorzien, is de minnelijke ontbinding van een koop tijdens de verdachte periode een nietige inbetalinggeving (art. 445, lid 3 Faillissementswet; Antwerpen, 17 april 1980, *B.R.H.*, 1981, 519) of een vernietigbare handeling (art. 446 Faillissementswet; Gent, 29 oktober 1979, *B.R.H.*, 1980, 464, noot). Volgens het genoemde artikel 445, derde lid Faillissementswet zijn nietig en zonder gevolg ten aanzien van de boedel, wanneer zij gedaan zijn door de schuldenaar sedert het door de rechtbank bepaalde tijdstip waarop hij opgehouden heeft te betalen, onder meer alle betalingen voor vervallen schulden die anders dan in geld of handelseffecten zijn gedaan. Het Hof van Beroep te Luik hanteerde dit wetsvoorschrift om de minnelijke ontbinding van de verkoop van een Mercedes, die de gefailleerde aan de verkoper toestond een paar dagen voordat hij failliet werd verklaard, nietig en zonder gevolg te verklaren omdat ze tot doel had één van de schuldeisers ten nadele van de boedel te bevoordelen. De verkoper betoogt in zijn cassatievoorziening dat de minnelijke ontbinding van een verkoop niet tot doel heeft de verbintenissen van die verkoop te voldoen, doch wel de gevolgen van dat contract met terugwerkende kracht teniet te doen, zodat de ontbinding geen door artikel 445 Faillissementswet gewraakte handeling is, te meer daar de koop in kwestie onder de ontbindende voorwaarde dat de gefailleerde een financiering zou krijgen werd gesloten, en de weigering van die financiering het uitdrukkelijk ontbindend beding van rechtswege toepassing deed vinden. De gefailleerde was dus nooit eigenaar geworden van het voertuig, zodat de teruggave ervan geen betaling of handeling tot overdracht van eigendom kon uitmaken. Het Hof van Cassatie overwoog dat in de regel, de ontbinding van een verkoop tijdens de verdachte periode vóór de faillietverklaring de wederzijdse verbintenissen van de partijen doet tenietgaan en dat ze dus niet één van de handelingen is die volgens artikel 445 Faillissementswet nietig en zonder gevolg zijn ten aanzien van de boedel. Niettemin kan de rechter nagaan wat de partijen bij de ontbinding werkelijk hebben gewild en kan hij onderzoeken of, wegens de omstandigheden van de zaak, die ontbinding, op het moment dat ze heeft plaats gehad, in werkelijkheid niet een van de in artikel 445 vermelde handelingen uitmaakte. De beslissing van het Hof van Beroep te Luik werd dus wettig geoordeeld (Cass., 14 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 436).

103. De Arbitrale Kamer van Granen en Zaden deed uitspraak over rijst die verkocht werd volgens C.I.F.-contract Nr. 2 voor rijst en gebroken rijst. De verkoper bood de koper een cognossement aan waaruit moest blijken dat de goederen binnen de bedongen termijn verscheept waren. Achteraf kwam aan het licht dat een gedeelte van de lading na het verstrijken van die termijn was verscheept, zodat het cognossement met betrekking tot dat

gedeelte geantidateerd was. Daar het cognossement moet gedagtekend worden op de dag waarop de hele partij in het zeeschip is geladen, kan de koper, die de verkoopprijs betaald heeft, de ontbinding van de hele overeenkomst vorderen, op voorwaarde dat hij eerst de verkoper aansprakelijk heeft gesteld en hem de plaats heeft meegedeeld waar de goederen weer ter beschikking van de verkoper worden gesteld (Arbitrale kamer van Granen en Zaden, 18 augustus 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 129).

Gezien de noodwendigheden, eigen aan commerciële middelen, moet men bij de handelskoop van soortwaren — *in casu* ettelijke kubieke meters planken en balken — aan de koper, die zich het slachtoffer weet van een tekortkoming door de verkoper aan zijn verbintenis om te leveren, het recht toekennen op eigen risico elders te kopen. Deze substitutiemogelijkheid staat juridisch gelijk met het recht tot onmiddellijke, eenzijdige koopontbinding met behoud van alle aanspraken op vergoeding van de meerkost door de nieuwe aankoop teweeggebracht. *A posteriori* beoordeelt de rechtbank de ernst van de beweerde tekortkoming en valideert zij desgevallend kopers handelswijze (Kh. Namen, 25 februari 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 619).

De leverancier van een partij glas, die op de hoogte gebracht van het feit dat zijn koper geen activa meer bezat, de koopwaar niet leverde, maar het liet opslaan in de magazijnen van de aangestelde commissionair-expediteur, vordert terecht dat de gesloten koop als ontbonden moet beschouwd worden, nu het overduidelijk is dat de koper zijn koopverbintenissen niet zal nakomen en dus, zoals expliciet bepaald in artikel 76 van de eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende en lichamelijke zaken, een wezenlijke tekortkoming zal begaan (Kh. Turnhout, 8 september 1981, *R.W.*, 1983-84, 598, noot).

De vordering tot ontbinding van de koop kan niet gesteund worden op een zogenoemd uitdrukkelijk ontbindend beding, wanneer de koopovereenkomst bij laattijdige betaling alleen maar de onmiddellijke opeisbaarheid van het verschuldigd gebleven saldo van de verkoopprijs voorschrijft. Deze clausule maakt daarentegen wel een beroep op de vordering in ontbinding wegens niet betaling (art. 1654 B.W.) mogelijk. Automatisch wordt het contract van kredietopening ontbonden, maar niet de koop. Die twee contracten moeten van elkaar onderscheiden worden (Brussel, 28 juni 1978, *Pas.*, 1978, II, 111, *Rev. Not. B.*, 1978, 552, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 290, noot en *Res et Jura immobilia*, 1979, 223).

De verkoper die op grond van de artikelen 1184 en 1654 B.W. ten nadele van de niet betalende koper de ontbinding vordert, verliest daardoor niet zijn aanspraken die gegrond zijn op een conventioneel boetebeding (Rb. Neufchâteau, 28 juni 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 721).

104. RECHTERLIJKE BEVOEGDHEID. I.P.R. — Een in Frankrijk gelegen onroerend goed werd verkocht tussen in België gedomicilieerde partijen.

Het Hof van Beroep te Antwerpen stelde dat de vordering in ontbinding van de koop gebracht moest worden voor de rechter van de woonplaats van de verweerder of van één van de verweerders. Wanneer artikel 629, 1^o Ger. W. de rechter van de plaats van de ligging van het goed exclusief bevoegd verklaart, dan betreft dit slechts de eisen tot opvordering of bevestiging van zakelijke rechten op onroerende goederen, en niet de vorderingen die hoofdzakelijk schadevergoeding of de terugbetaling van voorschotten tot voorwerp hebben, ook al vinden zulke vorderingen hun oorzaak in de ontbinding van de koopovereenkomst (Antwerpen, 31 oktober 1978, *T. Not.*, 1979, 49 en *Rev. Not. B.*, 1979, 484; Antwerpen, 22 november 1978, *T. Not.*, 1979, 54, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 312, noot en *Rev. Not. B.*, 1979, 483).

105. RECHT VAN WEDERINKOOP — Behalve op grond van de oorzaken van ontbinding, die aan alle overeenkomsten gemeen zijn, kan de koop ook ontbonden worden door de uitoefening van het recht van wederinkoop (art. 1658 B.W.). Het recht van wederinkoop is een (ontbindend) beding waarbij de verkoper zich voorbehoudt de verkochte zaak terug te nemen, tegen de teruggave van de oorspronkelijke prijs en tegen vergoeding onder meer van de wettig gemaakte koopkosten.

Zoals bij een gewone verkoop is ook bij een verkoop gesloten onder de ontbindende voorwaarde van wederinkoop de eigendomsoverdracht essentieel (Cass., 27 oktober 1977, *Pas.*, 1978, I, 255 en *Bull. Bel.*, 1979, 1860). De geldigheid van een beding van wederinkoop is niet onderworpen aan de vaststelling van een termijn tijdens welke het recht van wederinkoop dient te worden uitgeoefend daar die termijn van rechtswege beperkt is tot een periode van vijf jaren (Rb. Namen, 25 september 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 130). Deze termijn, wettelijk dan wel conventioneel vastgelegd, is trouwens van strenge toepassing en kan door de rechter niet verlengd worden (art. 1661 B.W.).

Het is daarentegen wel vereist dat het beding van wederinkoop dezelfde zaak betreft en dat door de uitoefening ervan de verkoper in zijn oorspronkelijke vermogenstoestand wordt hersteld. Dit was blijkbaar niet het geval toen de Provincie Antwerpen enkele kleiputten in het Boomse aankocht die na demping zouden opgenomen worden in een bouwzone en waarbij de verkoper het recht van wederinkoop had bedongen omtrent een deel van de alzo gerecupereerde bouwterreinen. De prijs zou bepaald worden in functie van de totale kosten van de uitgevoerde operaties. Het Hof van Beroep te Antwerpen was van oordeel dat hier geen recht van wederinkoop in de zin van de artikelen 1659 en volgende B.W. voorhanden was en dat de Ontvanger der Registratierechten de zogeheten wederinkoop terecht had geregistreerd aan het evenredige overdrachtrecht van 12,5 procent op de werkelijke waarde van de teruggekochte goederen (die hoger ligt dan de terugkoop-prijs (Antwerpen, 22 november 1978, *T. Not.*, 1979, 54, *Rev. Not. B.*, 1979, 483 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 312, noot).

Wanneer de verkoper van drank tevens de flessen levert waarvan de koper de prijs moet betalen, en dezelfde koper de mogelijkheid heeft om deze prijs terugbetaald te krijgen van de verkoper zo hij hem de flessen terugbezorgt, dan is zo'n overeenkomst omtrent de verpakking geen bewaargeving en evenmin een bruiklening, maar wel een verkoop die gepaard gaat met een bijkomende belofte tot wederinkoop van de flessen tegen dezelfde prijs indien de koper dit wenst (Bergen, 6 april 1976, *Pas.*, 1977, II, 71). Het is duidelijk dat het in dit geval niet gaat om een clause van wederinkoop in de zin van artikel 1658 B.W., met name dus niet om een ontbindend beding. Het is geen recht dat de verkoper voor zichzelf bedingt, maar een belofte die hij richt tot de koper.

HOOFDSTUK V

AAN BIJZONDERE REGELS ONDERWORPEN KOOPOVEREENKOMSTEN

AFDELING 1

OVERDRACHT VAN SCHULDVORDERING

106. DE OVERDRACHT INTER PARTES — De overdracht van een schuldvordering komt *solo consensu* tot stand. In de verhouding tussen overdrager en overnemer is de overdracht aan geen enkele vormvoorwaarde onderworpen. Artikel 1689 B.W. dat bepaalt dat de levering tussen overdrager en overnemer geschiedt door afgifte van de titel, beperkt zich tot de leveringsplicht en houdt geen geldigheidsvereiste van de overdracht in (Bergen, 27 juni 1977, *Pas.*, 1978, II, 29).

Een schuldvordering ontstaat uit een beroeps-, handels- of burgerlijke bedrijvigheid en die gewoonlijk door een factuur wordt vastgesteld, mag afgestaan worden door endossement van deze factuur of van een voor eensluidend verklaard afschrift ervan. Het endossement is slechts geldig indien het ten bate van een bank of van een door de Koning erkende kredietinrichting geschiedt. Zijn facturen, die aldus door endossement kunnen overgedragen worden, de stukken waaruit een schuldvordering blijkt ten laste van een ziekenfonds, zelfs indien zij de vorm hebben van een brief uitgaande van een handelsvennootschap en niet van een geneesheer, gericht aan het ziekenfonds.

De overdracht van zulke schuldvordering is niet strijdig met artikel 1410, § 2, Ger. W., indien zij plaats heeft in een systeem waarin een derde betaalt. Dit houdt in dat de zieke het bedrag van de medische prestaties niet zelf betaalt, doch dat de betaling door het ziekenfonds rechtstreeks aan de verzorgingsverstrekker gebeurt (Kh. Brussel, 2 maart 1982, *Bank Fin.*, 1982, 675).

Op het ogenblik waarop de overdracht van een schuldvordering tegenstelbaar wordt aan de gecedeerde schuldenaar houdt de rechtsband tussen de overdrager en de overgedragen schuldenaar op te bestaan. Vanaf dat tijdstip is de overnemer de enige titularis van de overgedragen schuldvordering en kan de cedent niets ondernemen dat de uitoefening van de rechten van de overnemer beïnvloedt. Alleen de endossataris kan, vanaf het endossement en de betekening ervan aan de schuldenaar, nog over de schuldvordering beschikken (Kh. Luik, 18 mei 1982, *J.T.*, 1982. 760).

107. DE OVERDRACHT T.O.V. DE DERDEN — Uit artikel 1690 B.W. volgt dat de overnemer het bezit ten opzichte van derden, waaronder de gecedeerde schuldenaar, eerst verkrijgt op de datum waarop de betekening van de overdracht aan de schuldenaar gebeurt of waarop de schuldenaar de overdracht in authentieke akte aanneemt (Brussel, 3 mei 1976, *Pas.*, 1978, II, 6). Derden in de zin van artikel 1690 B.W. zijn diegenen die vreemd bleven aan de overdracht van de schuldvordering en die te dien opzichte beweren rechten te hebben welke door de overdracht dreigen miskend of beperkt te worden (Brussel, 20 februari 1981, *J.T.*, 1981, 304).

De niet naleving van artikel 1690 B.W. en dus de niet tegenstelbaarheid van de overdracht kan evenwel slechts ingeroepen worden door derden te goeder trouw. Vandaar de overweging dat de overdracht van de schuldvordering, bij ontstentenis van het vervullen van één van de formaliteiten voorgeschreven door artikel 1690 B.W., minstens vereist dat de gecedeerde schuldenaar impliciet maar zeker het bestaan van de overdracht heeft aanvaard of erkend (Luik, 8 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 115, noot P.H. en *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 134, bevest. Cass., 4 maart 1982, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 129, noot Coppens, P. en *J.T.*, 1983, 48). De publicatie in de Bijlage tot het Belgische Staatsblad van de kapitaalsverhoging door inbreng van een bedrijfstak met inbegrip van schuldvorderingen kan echter niet volstaan om de zekere kennis van de overdracht in hoofde van de gecedeerde schuldenaar aan te tonen (ibidem; vgl. Cass., 22 februari 1952, *Pas.*, 1952, I, 367; Cass., 3 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 1; Cass., 18 januari 1968, *Pas.*, 1968, I, 634 in het bijzonder Cass., 29 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 837; Cass., 12 oktober 1967, *Pas.*, 1968, I, 204 en Cass., 7 september 1972, *R.C.J.B.*, 1974, 5).

De door artikel 1690 B.W. vereiste betekening of aanvaarding van de overdracht belangt de openbare orde niet aan, en geldt slechts voor gewone schuldvorderingen die alleenstaand en bij akte van overgang overgedragen worden. Deze gemeenrechtelijke vormvereiste vindt geen toepassing ten aanzien van die schuldvorderingen welke wegens hun aard aan een bijzonder regime zijn onderworpen wat hun overdracht betreft (Kh. Gent, 27 januari 1976, *B.R.H.*, 1979, 410). Zodoende is de overdracht van een door een factuur vastgestelde schuldvordering door het loutere feit van het endossement van de factuur tegenstelbaar (art. 16 Wet Inpandgeving Handelszaak), ook aan de gecedeerde schuldenaar, die een derde is in de zin van

deze wet. Het feit dat het endossement hem niet betekend is geworden door middel van een ter post aangetekend schrijven, heeft niet voor gevolg dat de schuldenaar niet gehouden is te betalen (Brussel, 14 oktober 1981, *B.R.H.*, 1982, 218, noot). De rechtsleer was hierover verdeeld. De stelling dat de overdracht van de schuldvordering tegenstelbaar is aan de gecedeerde schuldenaar zowel als aan andere derden door het loutere feit van het endossement van de factuur beantwoordt aan de noodzakelijkheid van de praktijk.

Zo ook is noch de betekening ex artikel 1690 B.W., noch de kantmelding ex artikel 5 Hyp. W. vereist opdat de overdracht door endossement van een in de grosse geïncorporeerde hypothecaire schuldvordering aan order en van de eraan verbonden hypothecaire zekerheid aan derden tegenstelbaar zou zijn. Beide formaliteiten verliezen in dit geval hun nut daar de schuldenaar op voorhand, in de leningsakte, de overdracht heeft aanvaard, en derden die door de inschrijving kennis dragen van de hypotheek, noodzakelijk kennis moeten opdoen van de mogelijkheid deze hypotheek zonder kantmelding over te dragen, nu de schuldvordering in de hypotheekakte zelf, zich aan order voordoet en artikel 5 Hyp. W. evenmin van openbare orde is (Kh. Gent, 27 januari 1976, *B.R.H.*, 1979, 410, bevest. Gent, 22 december 1978, *B.R.H.*, 1979, 413, noot Galaude, H.). In haar commentaar op dit laatste arrest merkt H. Galaude terecht op dat derde niet zonder meer kennis kunnen krijgen van het orderbeding in de registers van de Hypotheekbewaarder, daar zulke publiciteit niet verplicht is voorgeschreven; het is bijgevolg aangewezen artikel 5 Hyp. W. toch een openbare orde karakter toe te schrijven (Galaude, H., „Tegenstelbaarheid aan derden van de overdracht van hypothecaire schuldvorderingen aan order” (noot onder Gent, 22 december 1978), *B.R.H.*, 1979, 417-419. Galaude merkt op: „Op basis van een hypothecair getuigschrift, dat de orderclausule niet zal vermelden, kan een oorspronkelijke hypothecaire schuldeiser een schijnbare kredietwaardigheid voorhouden aan zijn handelsrelaties die slechts bij een doorgedreven onderzoek de werkelijke toestand zouden ontdekken. Enkel door de voorlegging van de grossen te eisen zouden derden volledige zekerheid kunnen krijgen over het feit of zij effectief te doen hebben met een werkelijke hypothecaire schuldeiser. De mogelijkheid van bedrog en misleiding bestaat des te meer daar het endossement nooit een bewezen vaste datum heeft. Wie kan in deze omstandigheden nog gewagen van een zeker en betrouwbaar grondkrediet?”

De tegenstelbaarheid van schuldvorderingen, overgedragen naar aanleiding van de inbreng in een onderneming van een bedrijfstak, zijnde de overdracht van een handelszaak, is afhankelijk van de formaliteiten voorgeschreven door artikel 1690 B.W. (Luik, 8 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 115, noot P.H. en *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 134, bevest. Cass., 4 maart 1982, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 129, noot Coppens, P. en *J.T.*, 1983, 48).

De niet-tegenstelbaarheid van de overdracht van een schuldvordering kan ook volgen uit een andere wetsbepaling dan artikel 1690 B.W. Aldus is de

betaling door overdracht van schuldvordering verricht 10 dagen vòòr of tijdens de verdachte periode nietig en niet tegenstelbaar aan de failliete massa, overeenkomstig artikel 445 Faillissementswet. De overnemer is dienvolgens aan de curator de gelden verschuldigd hem door de gecedeerde schuldenaar betaald (Bergen, 27 juni 1977, *Pas.*, 1978, II, 29).

108. GEVOLGEN VAN DE OVERDRACHT VOOR DE SCHULDENAAR — De overdracht van schuldvordering verandert in wezen niet de situatie van de gecedeerde schuldenaar. Zij kan hem zeker niet benadelen. Met uitzondering in welbepaalde gevallen van de schuldvergelijking, kan de overgedragen schuldenaar tegen de overnemer van de schuldvordering alle excepties invoeren die ontstaan zijn vòòr de overdracht en die hij kon laten gelden tegen de overdrager, waaronder de *exceptio non adimpleti contractus* (Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36, *R.W.*, 1973-74, 997, *J.T.*, 1973, 634, *B.R.H.*, 1975, 429 en *R.C.J.B.*, 1974, 352, noot Stengers; Luik, 7 januari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 193).

De overdracht van een schuldvordering heeft echter niet voor gevolg dat de met die schuldvordering samenhangende verplichtingen mee worden overgedragen (Cass., 17 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 557 en *R.W.*, 1972-73, 410, noot C.; Cass., 17 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 560 en *J.T.*, 1973, 584, noot Glansdorff, F.).

De Rechtbank van Eerste Aanleg van Luik deed op 26 oktober 1978 uitspraak in een geding dat op nagenoeg identieke feiten berustte als die welke voorlagen aan de in het vorig overzicht bekritiseerde cassatiearresten van 1972 en gaf hieraan de oplossing mee van het hoger aangehaalde cassatiearrest van 1973. Het betrof de verhuring van een diepvriezer gepaard gaande met een vaste maandelijkse afname door de huurder van diepvriesproducten. De huurprijs diende niet betaald te worden aan de verhuurder maar aan een financieringsmaatschappij, die daarom krachtens haar contract met de verhuurder in al diens ontstane of te ontstane rechten en vorderingen uit de huurovereenkomst gesubrogeerd werd. Als tegenprestatie voor de constante afname van de voedingswaren nam de verhuurder een gedeelte van de huurprijs voor zijn rekening. De verhuurder-leverancier wordt failliet verklaard en staakt alle leveringen. De huurder-koper stopt de betaling van de huurgelden en, gedagvaard door de financieringsmaatschappij, beroept hij zich op de exceptie van niet uitvoering. De Rechtbank te Luik oordeelde dat de huurovereenkomst en de koopovereenkomst van de voedingswaren, in de bedoeling van de partijen, één ondeelbare wederkerige relatie uitmaakte, zodat de huurder tegen de overnemer van de schuldvordering van de verhuurder (— de subrogatie werd afgewezen —) de exceptie van niet uitvoering kan tegenstellen en bijgevolg de betaling van de huurgelden mag stopzetten als zijn medecontractant, failliet verklaard, de toelevering van de diepvriesproducten staakt (Rb. Luik, 26 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 114). Zodoende ging de rechtbank in tegen de logische maar bekritiseerde rechtspraak zoals die in een vorig overzicht werd uiteengezet (*T.P.R.*, 1975, nr. 74, p. 976-978).

109. OVERDRACHT VAN SCHULDEN — De inbreng in een vennootschap, naar aanleiding van een kapitaalsverhoging, van een bedrijfstak komt neer op de overdracht van een universaliteit, d.w.z. van een geheel van goederen en rechten, waaronder de lopende kontrakten en de daaruit voortvloeiende schuldvorderingen en corresponderende schulden. Deze laatste zijn evenwel niet overdraagbaar tenzij met instemming van de schuldeiser van deze schulden in een *novatio* die de uitdoving van de oude verbintenis met zich meebrengt of in een *delegatio* die de aanbreng van een nieuwe schuldenaar vereist (Luik, 8 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 115, noot P.H. en *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 134 bevest. Cass., 4 maart 1982, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 129, noot Coppens, P. en *J.T.*, 1983, 48. Vgl. Kh. Tongeren, 26 januari 1978, *B.R.H.*, 1978, 645).

110. OVERDRACHT VAN EEN BETWIST RECHT. NAASTING — Hij tegen wie een betwist recht is overgedragen, kan zich daarvan door de overnemer doen bevrijden, mits hij hem de werkelijke prijs van de overdracht en de wettig gemaakte kosten vergoedt, samen met de interest te rekenen van de dag waarop de overnemer de prijs voor de door hem gedane overdracht betaald heeft (art. 1699 B.W.). Deze koopfiguur wordt meestal naasting genoemd. Verondersteld wordt de overdracht van een zaak, zijnde om 't even welk roerend of onroerend, zakelijk of persoonlijk recht, waaromtrent op het ogenblik van de overdracht ervan een geding ingeleid en hangende is en waarvan de grond betwist wordt (art. 1700 B.W.; Cass., 7 februari 1846, *Pas.*, 1846, I, 157). De tegenpartij in het proces kan zich dan van de overnemer van het betwiste recht bevrijden door hem de prijs en eventuele kosten te vergoeden die hij voor de verkrijging van het betwiste recht betaald heeft.

Het komt de souvereine feitenrechter toe uit te maken of een zaak al dan niet betwist is (Cass., 13 juli 1871, *Pas.*, 1871, I, 246). Dit belet het Hof van Cassatie niet controle uit te oefenen over de kwalificatie van een recht als een betwiste zaak.

Zo besliste het dat de naasting van een (betwist) recht dat enkel de bijzaak is van een niet betwist hoofdrecht, niet mogelijk is (Cass., 23 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 505, *Pas.*, 1978, I, 477, noot, *T. Not.*, 1979, 21 en *Rev. Not. B.*, 1979, 467). *In casu* werd bij overeenkomst van 17 februari 1972 de rechten tot verbreking van de huur met teruggave van het gehuurde goed en tot vergoeding wegens wederverhuring overgedragen door een vennootschap aan de consoorten V. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge in een vonnis van 30 juni 1976 wees de naasting van de N.V. Sarma van het eerste recht van de hand door vast te stellen dat dit recht op het tijdstip van de overdracht niet betwist was. Een vonnis van de Vrederechter van Brugge de dato 1 juni 1971, door de n.v. S. aanvaard, had immers ondubbelzinnig en definitief beslist dat de n.v. S. de plicht had het goed in zijn oorspronkelijke toestand af te leveren. De Rechtbank te Brugge wees bovendien de naasting van het recht op wederverhulingsvergoeding af, daar

dit, als accessorium van het bijgevolg niet betwiste hoofdrecht (tot huurverbreking met aflevering van het goed in zijn oorspronkelijke staat) het lot van het niet betwiste hoofdrecht moet volgen. Het Hof van Cassatie had hierop geen kritiek.

111. VERKOOP VAN AANDELEN — Aandelen zijn schuldvorderingen op een vennootschap. Het zijn waardepapieren waarin het recht op zodanige wijze in de titel geïncorporeerd zit, dat het door middel van het papier alleen kan uitgeoefend en overgedragen worden. De verkoop van zulke schuldvorderingen geschiedt buiten de vereisten van artikel 1690 e.v. B.W., doch is, onverminderd de gelding van het vennootschapsrecht en de vrije wil van de partijen, onderworpen aan het gemene verbintenissen- en kontraktenrecht. Zo kwam men bij de verkoop van een meerderheidsaandelenpakket overeen dat de verkopers de garantie op zich namen voor de volledigheid en de getrouwheid van de balansen. Dit is niets anders dan de uitdrukkelijke gemeenrechtelijke verplichting tot het leveren van een conforme zaak. Door een termijn toe te staan om een eventuele prijsaanpassing te bekomen hebben de verkopers aangenomen dat de inbezitneming geen aanvaarding impliceerde. Achteraf bleek dat op de balans geen provisies voor betaald verlof figureerden en dat zowel niet recupereerbare schuldvorderingen als een participatie in een reeds geliquideerde vennootschap behouden waren. De bedongen prijsaanpassing ten gevolge van deze onjuistheden werd evenwel afgewezen omdat zij zich niet binnen de twaalf maanden na de verkoop openbaarde of omdat zij niet onder de garantie viel. Onjuistheden, leidend tot een minderwaarde van de aandelen anders dan ten gevolge van de waardering van de balansposten, met een impact van minder dan vijf miljoen frank op het vermogen, waren immers buiten de waarborg gesloten (Brussel, 5 juni 1980, *J.T.*, 1981, 140 en *Rev. Prat. Soc.*, 1981, 208).

AFDELING 2

OVERDRACHT VAN EEN HANDELSZAAK

112. Als onlichamelijk roerend goed kan een handelszaak het voorwerp uitmaken van een overdracht ten bezwarende titel bij middel van een koopovereenkomst (Kh. Verviers, 12 maart 1979, *Jur. Liège*, 1979, 322 en Kh. Verviers, 19 juni 1980, *Jur. Liège*, 1980, 307, noot). Zulke overdracht wordt, gezien de handelszaak een feitelijke universaliteit van de haar constituerende bestanddelen uitmaakt, met betrekking tot de grond- en vormvereisten bepaald zowel door de handelszaak als een geheel als door elk van de samenstellende componenten (Delahaye, A., *De overdracht van een K.M.O.*, F.K.B.N. (ed.), Leuven, 1982, 21-33). Zodoende dient de overdracht van een schuldvordering in het kader van de overdracht van een handelszaak, te beantwoorden aan de formaliteiten voorgeschreven door

artikel 1690 B.W. (Cass., 4 maart 1982, *J.T.*, 1983, 48 en *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 129, noot Coppens, P.). Schulden zijn niet noodzakelijk begrepen in de overdracht van een handelszaak en blijven in beginsel zelfs ervan uitgesloten. Overigens is in het Belgische recht geen overdracht van schulden mogelijk, tenzij door novatie en met de toestemming van de schuldeiser. De overdracht van een handelszaak vormt hierop geen uitzondering (Kh. Tongeren, 26 januari 1978, *B.R.H.*, 1978, 645). Bij ontstentenis van enige specifieke wetgeving terzake, blijft de overdracht van een handelszaak en van haar bestanddelen beheerst door de regels van de koop en van het algemene verbintenissenrecht.

Een nadere reglementering bestaat wel omtrent de gerechtelijke verkoop van een handelszaak die aan onbekwamen toebehoort en die geschiedt in het kader van een aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving of naar aanleiding van een gerechtelijke verdeling. Alsdan geschiedt de verkoop van de handelszaak openbaar en ineens door een notaris of gerechtsdeurwaarder en volgens het plaatselijk gebruik. Een deskundige, op verzoek van één der partijen door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van de plaats van de hoofdvesting van de handelszaak aangewezen, schat de lichamelijke goederen die tot de verkochte handelszaak behoren, en deze goederen kunnen niet worden toegewezen voor een lagere prijs. Indien de prijs het geschatte bedrag niet bereikt, worden de onderscheiden bestanddelen van de handelszaak in het klein verkocht en zulks terstond of op een latere zitting (art. 1199 Ger. W.).

Dit vindt geen toepassing wanneer een schuldeiser, na inbeslagneming van de in zijn voordeel verpande handelszaak, deze te gelde wil maken. Daartoe behoeft hij niet alleen de geldigverklaring van het beslag, doch moet hij tevens de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel om machtiging verzoeken om het pand te verkopen, hetzij openbaar, hetzij uit de hand naar keuze van de voorzitter en door de persoon die deze aanwijst. De voorzitter kan de schuldeiser toelating verlenen om de handelszaak hetzij in haar geheel, hetzij bij delen te verkopen (art. 11 en 12 Wet Inpandgeving Handelszaak en art. 4, Titel VI, W. Kh.). Aldus verzocht een pandhoudende schuldeiser de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Aarlen om de geldigverklaring van zijn beslag en om machtiging tot verkoop van de handelszaak, zowel openbaar als uit de hand, hetzij in haar totaliteit, hetzij in detail. De voorzitter machtigde alleen tot de openbare verkoping. In beroep hiertegen beweerde de schuldeiser dat een openbare verkoping alle belanghebbenden zou schaden en verzocht hij alleen nog de machtiging tot verkoop uit de hand. Ondanks de tekst van artikel 5 van de wet van 5 mei 1972 op het handelspand werd dit beroep ontvankelijk verklaard en de schuldeiser werd gemachtigd uit de hand te verkopen (Luik, 18 december 1981, *Jur. Liège*, 1982, 131, noot De Leval, G.).

113. DE PRIJS OP INTERESTEN — De overnemer van een handelszaak moet de overeengekomen prijs betalen op het afgesproken tijdstip. Bij laattijdige

betaling is de koper bovendien interest op de koopsom verschuldigd, wanneer bij gebrek aan overeenkomst hieromtrent, de verkochte en geleverde zaak vruchten of andere inkomsten oplevert (art. 1652 B.W.). Een handelszaak brengt vruchten of andere inkomsten op, zodat de overnemer ervan verplicht is wettelijke interesten te betalen vanaf de vervaldag van de overnamesom tot het tijdstip van de voldoening van het kapitaal (Kh. Marche-en-Famenne, 19 februari 1979, *B.R.H.*, 1980, 132).

114. VRIJWARING VOOR UITWINNING. NIET MEDEDINGSPLICHT — Een koper is jegens de koper gehouden tot vrijwarring van het ongestoorde bezit van de verkochte zaak. Zelfs wanneer bij de koopovereenkomst dienaangaande geen regeling werd getroffen of wanneer de verkoper zich conventioneel van deze verplichting volledig heeft weten te exonereren, dan nog moet hij instaan voor de uitwinning die de koper ondergaat op het geheel of een gedeelte van de verkochte zaak en die volgt uit zijn eigen daad (artt. 1626, 1627 en 1728 B.W.).

Overeenkomstig dit gemeen recht is ook de overdrager van een handelszaak gehouden tot vrijwarring van de overnemer tegen uitwinning door een eigen daad zowel met betrekking tot de universaliteit die de handelszaak is als van de individuele bestanddelen ervan (Kh. Tongeren, 22 december 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 94; Kh. Verviers, 20 maart 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 133 en Kh. Brussel, 12 september 1980, *B.R.H.*, 1981, 214). Een van deze bestanddelen is het recht op cliënteel. Vandaar dat de contractuele verplichting tegen uitwinning die volgt uit een eigen daad van de overdrager van een handelszaak zich concretiseert in de verbintenis in hoofde van de overdrager zich te onthouden van mededinging. Deze verbintenis kan uitdrukkelijk bedongen worden. Maar ook al wordt zulks niet conventioneel vastgelegd, toch wordt ze bij de overdracht van een handelszaak steeds ondervestaan, vermits deze verbintenis het noodzakelijke corrolarium vormt van het overgedragen recht op cliënteel.

Dit impliceert dat de rechter bij stilzwijgen van het contract zelf de reikwijdte en de omvang van de niet-mededingingsverbintenis bepaalt. Dit was het geval toen de overdrager van een kruidenierszaak anderhalf jaar na de overdracht even verderop aan dezelfde straatkant een identieke winkel opende en de tekortkoming van de overdrager, volgens de rechtbank, erin bestond gedurende de periode van cliënteleschommelingen een analoge zaak binnen de cliëntelekring van de overgedragen zaak te hebben opgericht (Kh. Tongeren, 22 december 1977, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 94). De niet-mededingingsplicht werd aldus omschreven in functie van de aard van de overgedragen handelszaak en afgebakend in de tijd en in de ruimte.

115. NIET-CONCURRENTIEBEDING — De meeste overeenkomsten inzake de verkoop van een handelszaak voorzien zelf in een uitwinningsgarantie met betrekking tot de eigen daad van de overdrager en leggen dit vast in een niet-concurrentiebeding.

Het beginsel van vrijheid van handel en nijverheid verzet zich evenwel tegen een onbegrensde beperking van de mededinging. Een absoluut concurrentieverbod wordt derhalve ongeldig geacht. Vereist wordt dat de beperking begrensd wordt naar voorwerp, ruimte en tijd, zonder dat, op straffe van ongeldigheid, de desbetreffende clausule op elk van deze punten uitermate precieze aanduidingen moet bevatten. Er blijft hier een brede appreciatieruimte voor de rechter die vertrekkend vanuit de partijintenties zich dient op te stellen tussen enerzijds het openbare orde-beginsel en anderzijds de naleving van de in elk geval aan de overdrager opgelegde niet-mededingingsplicht.

116. Een kapster had haar salon overgelaten en aan de overneemster tevens voor een duur van negen jaar het onroerend goed verhuurd waarin de zaak was gevestigd. Overeengekomen werd dat de overdraagster zich zou onthouden van het direct of indirect exploiteren van een gelijkaardige handel gedurende negen jaar in een straal van vijf kilometer. Na zes jaar zegt de overneemster de huur op en verplaatst zij haar kapsalon naar een driehonderd meter verder gelegen pand. De overdraagster vestigt zich terug in haar niet meer verhuurd goed en opent er een kapsalon op naam van haar dochter. De rechtbank besliste dat het niet-concurrentiebeding enkel het salon in het verhuurde gebouw beschermde. Zoniet zou door overplaatsing van het kapsalon de straal van vijf kilometer telkens kunnen verlegd worden wat duidelijk niet de bedoeling was van de partijen. Dezen viseerden een welgeïdentificeerde zaak uitgebaat op een welbepaalde plaats (Kh. Luik, 9 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 125).

Een onbepaald mededingingsverbod in de tijd is niet te rechtvaardigen, enerzijds, omdat de doelmatigheid van de verplichting na een zekere termijn alle werkelijke kracht verliest, en anderzijds, omdat het algemeen beginsel van de vrijheid van handel zich tegen een dergelijke afstand van recht verzet (Kh. Leuven, 2 december 1980, *R.W.*, 1980-81, 2131, noot Neels, L.).

Dit houdt evenwel niet in dat een niet-mededingingsbeding zonder tijdsli-miet, als zijnde eeuwigdurend, zonder meer nietig is. Een clausule zonder tijdsaanduiding is vatbaar voor interpretatie wat de termijn betreft en kan door de rechter binnen geoorloofde perken worden vastgesteld (Kh. Luik, 20 maart 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 133). Voldoende is een termijn waarin de overnemer de gelegenheid heeft gehad om zich bij het publiek kenbaar te maken, zijn zaak volledig op te werken en het cliënteel aan zich te hechten (Kh. Leuven, 2 december 1980, *R.W.*, 1980-81, 2131, noot Neels, L.).

Eenzelfde houding dringt zich op m.b.t. een niet-mededingingsbeding zonder ruimtelijke begrenzing.

117. BEWIJS VAN HET VOLDONGEN KARAKTER — De verplichting van de verkoper de koper niet te storen in diens bezit van de verkochte zaak, is een verplichting om niet te doen; derhalve bestaat er een schending van deze

verplichting van zodra een feit plaats vond is, dat tegen deze verplichting ingaat, zonder dat ingebrekestelling vereist is. De Rechtbank van Koophandel te Brussel overwoog zodoende dat diegene, die een handelszaak — „Le Danube bleu” — overneemt en beweert een jaar later uitgewonnen te zijn door de persoonlijke daad van de cedent, en ten laste van deze laatste uitvoering van zijn vrijwaringsplicht vordert door betaling te eisen van schadevergoeding, het bewijs moet leveren dat de uitwinning, weze het gedeeltelijk, voltrokken is. *In casu*, bleef eiser in gebreke dat bewijs te leveren: met name bewees hij niet dat zijn zakencijfer sinds het openen door de cedent op minder dan 1 km van een aan het overgedragen vrijwel gelijkaardig restaurant — „Blauwe Donau” —, gevoelig gedaald zou zijn (Kh. Brussel, 12 september 1980, *B.R.H.*, 1981, 214). Er stond in de overeenkomst geen niet-concurrentiebeding. Toch lijkt deze uitspraak in de zaak van de Joegoslavische eethuizen bedenkelijk, gezien de kwade trouw van de verkoper.

AFDELING 3

VERKOOP OP AFBETALING

118. BEGRIP — Op grond van de aan de wetgevingen van de Lidstaten gemeenschappelijke beginselen is een koop op afbetaling van roerende lichamelijke zaken in de zin van artikel 13 van het Europees Executieverdrag van 27 september 1968 (EEX) een overeenkomst waarbij de prijs in meerdere betalingen voldaan wordt of waarmee een financieringsovereenkomst gepaard gaat.

Tot deze definiëring kwam het Europees Hof van Justitie van Luxemburg in haar antwoord op de prejudiciële vraag, haar gesteld door het Franse Hof van Cassatie, tot interpretatie van artikel 13 EEX, na te hebben voorop gezet dat gezien de begripsverscheidenheid van de afbetalingsverkoop ten gevolge van de door de diverse wetgevingen van de Lidstaten beoogde doelstellingen, het aangewezen was in het kader van het Executieverdrag het begrip autonoom te beschouwen en het een uniforme materiële inhoud eigen aan de communautaire orde mee te geven.

Het Hof voegde er echter aan toe dat artikel 14 van hetzelfde verdrag — luidens hetwelk de rechtsvordering van de verkoper tegen de koper op afbetaling slechts kan worden ingesteld voor de jurisdicties van de Staat, waar de verweerder zijn woonplaats heeft — een restrictieve interpretatie vergt. Dit gerechtelijk privilege mag slechts verleend worden aan die kopers die bescherming behoeven omwille van hun jegens de verkopers zwakkere positie; die, met andere woorden, private eindverbruikers zijn en niet door de aankoop op afbetaling een handels- of beroepsactiviteit uitoefenen (Europees Hof van Justitie, 21 juni 1978, *Jurisprudentie van het Hof van Justitie*, Franse uitgave, 1978, 1431, concl. Adv. Gen. Capotorti, F.).

119. EIGENDOMSVOORBEHOUD — Bij overeenkomst, die door de partijen

verkoop op afbetaling genoemd werd, bezorgde een brouwerij de uitbaters van een cabaret het nodige uitrustings- en exploitatiemateriaal. In feite betrof het een gewone koopovereenkomst met uitgestelde eigendomsoverdracht. En zulk eigendomsvoorbehoudsbeding is inzake roerende verkopen nog steeds niet tegenstelbaar aan derden, dus ook niet aan de beslagleggende ontvanger der directe belastingen (Brussel, 7 juni 1979, *Pas.*, 1979, II, 128 en *Bull. Bel.*, 1981, 2542).

120. GEEN WINSTOOGMERK — Bij de aankoop van een salon vermeldde de bestelbon enerzijds de prijs van het salon, te weten 64.000 frank, en anderzijds de betalingsmodaliteiten, zijnde een voorschot van 24.000 frank en drie maandelijks betalingen van respectievelijk 15.000, 15.000 en 10.000 frank. De totaliteit van de koopsom was dus in vier termijnen te voldoen. De Rechtbank van Eerste Aanleg van Luik achtte de Afbetalingswet evenwel niet van toepassing op deze overeenkomst omdat de verkoper geen lastenpercentage oplegde en geen onmiddellijk lucratief voordeel uit de aan de koper verleende betalingsfaciliteiten haalde. Artikel 2 Afbetalingswet sluit een toevallige of zonder winstoogmerk afgesloten verkoop op afbetaling immers buiten het toepassingsgebied van de wet (Rb. Luik, 11 juni 1981, *Jur. Liège*, 1982, 10, noot Francois, P.).

121. VOORSCHOT — Een verkoop op afbetaling in de zin van de wet van 9 juli 1957 (Afbetalingswet) is niet voltrokken zolang er geen voorschot betaald is van ten minste 15 procent van de contante koopprijs (art. 5 Afbetalingswet). De wetgever beoogde aldus de koper op afbetaling tot een voorafgaandelijke spaarinspanning aan te sporen en hem bewust te maken van de draagwijdte van zijn verbintenissen (Van den Bergh, J. en De Caluwé, A., *Afbetalingsovereenkomsten. Financieringshuur. Brouwerijovereenkomsten*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1975, nr. 965, p. 379-380).

Het betalen van een voorschot is een bestaansvoorwaarde van de overeenkomst. Het bewerkstelligt op zich zelf niet de eigendomsoverdracht, maar doet de verbintenissen van de partijen ontstaan. Bij ontstentenis ervan komt bijgevolg geen koopovereenkomst in de zin van de Afbetalingswet tot stand (Van Lier, H., „Les opérations à tempérament visées par la loi du 9 juillet 1957 (1957-1982). „Vingt-cinq ans après...”, *J.T.*, 1983, (53), nrs. 22 en 23).

Een verzekeringsmaatschappij die bij een verkoop op afbetaling het risico van niet-betaling verzekert en de overeenkomst overneemt kan, in beginsel, geen meerdere rechten doen gelden dan die welke de overdragende verkoper zelf bezat. Wanneer blijkt dat het voorschot van de overgenomen overeenkomst niet werd betaald, kan de financierder zodoende geen betaling vorderen van een bij gebrek aan verkoop op afbetaling onbestaande prijs (Vred. Gent, 16 november 1977, *T. Vred.*, 1979, 213, bevest. Rb. Gent, 29 september 1978, *onuitg.*).

122. RECHT VAN DE KOPER OP AFBETALING OM VAN DE KOOP AF TE ZIEN. VORMVOORWAARDE — De Afbetalingswet is niet wars van een streng formalisme. Zo moet een koopcontract in de zin van de Afbetalingswet in een afzonderlijk lid en in andere en vette lettertekens vermelden dat de koper, die een goed heeft aangekocht buiten het bedrijf van de verkoper, het recht heeft om zonder kosten af te zien van de koop mits hij de verkoper hiervan met een aangetekende brief verwittigt binnen zeven dagen na de dag waarop het voorschot betaald werd. Deze vermelding is voorgeschreven op straffe van nietigheid (art. 4, § 3 Afbetalingswet, toegevoegd bij art. 1 van de wet van 8 juli 1970).

Dit voorschrift indachtig werd nietigverklaard de koop op afbetaling van een cursus per briefwisseling voor medisch secretaris die weliswaar onder een hoofding in vette letters een afzonderlijke paragraaf wijdde aan de buiten de bedrijfszetel gesloten koop en uitdrukkelijk naar artikel 4, § 3 Afbetalingswet verwees, maar waarin het recht om van de koop af te zien op identieke wijze stond afgedrukt als het overige tekstgedeelte van het contract. Niet alleen de vermelding zelf maar ook de vermeldingswijze is dus gesanctioneerd met de nietigheid van de overeenkomst (Rb. Luik, 29 oktober 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 139, noot Cerexhe, E.).

123. VERKOOP OP AFBETALING EN WISSELRECHT — Bij de verkoop op afbetaling wordt vaak een beroep gedaan op handelseffecten om de afbetalingsverbintenissen te garanderen. De eigenheid van het wisselrecht en vooral het abstracte karakter van de wisselverhoudingen, waardoor excepties voortvloeiend uit de onderliggende contractuele relatie veelal op cambair niveau niet tegenstelbaar zijn, riskeren evenwel de door de Afbetalingswet opgebouwde reglementering te doorkruisen en zelfs te doorbreken.

Zo kochten de echtgenoten D. op afbetaling een constructiepakket voor een garagebox, waarbij hun zoon als solidaire borg optrad. Zij tekenden tevens een financieringsovereenkomst en accepteerden de naar aanleiding van de afbetalingsverkoop door de verkoper op hen getrokken wissel. Gevolg van dit alles was dat de verdere maandelijkse afbetalingen dienden te gebeuren aan de financieringsmaatschappij aan wie eveneens de wissel werd geëndosseerd. Even later voldoet vader D. de integrale koopprijs en de verkoper die zodoende dubbele betaling bekommt wordt correctioneel veroordeeld wegens oplichting. De financierder beroept zich niettemin op het abstracte karakter van zijn wisselvordering en vervolgt de consoorten D. in betaling.

Die vordering wees de Rechtbank van Koophandel te Namen af. Vooreerst, door, in navolging van cassatierechtspraak (Cass., 12 november 1976, *J.T.*, 1977, 388, noot Heenen, J. en *Rev. Banque*, 1977, 201, noot Ronse, J.), te herhalen dat de verweermiddelen geput uit de aan de wisselverhouding ten gronde liggende overeenkomst tegenwerpelijk blijven tussen rechtstreeks verbonden cambiaire partijen (leer van de formele wisselabstractie); vervolgens door aan te nemen dat de financieringsmaatschappij, *in casu*, zowel op het cambiaire vlak als op het vlak van de onderliggende overeen-

komst zulke rechtstreekse partij was. Bijgevolg aanvaardde de rechtbank de tegenstelbaarheid van het verweer van de familie D. die tegen de financierder de reeds aan de verkoper gedane betaling had ingeroepen (Kh. Namen, 11 augustus 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 426, noot Pouillet, Y.).

Deze uitspraak werd omwille van haar interpretatie van het begrip „rechtstreeks verbonden cambiaire partijen” in de rechtsleer op sterke kritiek onthaald (cf. Pouillet, Y., noot onder Kh. Namen, 11 augustus 1977, *Rev. Rég. Dr.*, en Van Lier, H., „Les opérations à tempérament visées par la loi du 9 juillet 1957 (1957-1982). „Vingt-cinq ans après...”, *J. T.*, 1983, (57), nr. 690). De motivering had eerder moeten gegrond zijn op de kwade trouw van de financieringsmaatschappij *in casu*.

De man die bij de aankoop op afbetaling van een nieuwe auto als hoofdelijke en ondeelbare borg fungeerde, tekende daartoe de op de koper getrokken wissel voor aval. Na faillietverklaring van de betrokken koper werd de borg in betaling gedagvaard. De rechter oordeelde, ervan uitgaande dat de borgtocht zich niet verder uitstrekt dan de perken waarin hij werd aangegaan (art. 2015 B.W.), dat de avalist die zich slechts voor het hoofdbedrag van de afbetalingskoop borg had gesteld, niet moest opdraaien voor de strafclausule en de bijkomende verwijlinteressen (Kh. Brussel, 17 mei 1977, *B.R.H.*, 1978, 640).

124. BEVOEGDHEID — Artikel 628, 8° Ger. W. verleent, al naargelang het kwantum van de vordering, de vrederechter of de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de koper de uitsluitende bevoegdheid kennis te nemen van een vordering betreffende een verkoop op afbetaling. De vraag of dit bevoegdheidsvoorschrift alleen geldt voor een verkoop op afbetaling waarop de wet van 9 juli 1957 toepasselijk is, dan wel voor elke verkoop op afbetaling, zelfs deze die buiten het toepassingsgebied van voornoemde wet valt, werd door de Burgerlijke Rechtbank te Luik in een vonnis van 23 april 1976 (*Jur. Liège*, 1975-76, 293) in ruime zin beantwoord omdat artikel 628, 8° Ger. W. niet tekstueel verwijst naar de Afbetalingswet (cf. *T.P.R.*, 1980, nr. 59, p. 556). Als gevolg van deze interpretatie werd een beding dat een andere rechtbank bevoegd maakte, niet toegepast.

In beroep werd deze uitspraak hervormd. Overwogen werd dat de bevoegdheidsregel zijn ontstaan vindt in artikel 22 Afbetalingswet en op judicair vlak het beschermingsmechanisme van deze wet vervolledigt; bovendien verwijzen de voorbereidende werken van de wet van 15 juli 1970 — wet die artikel 628, 8° Ger. W. wijzigde in de bedoeling het Ger. W. in overeenstemming te brengen met de afbetalingswetgeving — uitdrukkelijk naar de desbetreffende wetgeving van 1957 en 1965 (Luik, 20 december 1979, *Jur. Liège*, 1980, 89, noot G. de L.). Die motivering lijkt overtuigend. Het Hof van Cassatie doet dan ook aan litteralisme, wanneer het aanneemt dat uit de bepaling van artikel 628, 8° Ger. W. niet blijkt dat die bevoegdheidsregel uitsluitend geldt voor die verkopen op afbetaling of persoonlijke leningen op afbetaling welke onder de toepassing vallen van de wet van 9 juli 1957

tot regeling van de verkoop op afbetaling en van zijn financiering, aangevuld en gewijzigd bij de Wet van 5 maart 1965 (Cass., 12 februari 1982, *R.W.*, 1983-84, 19, noot Laenens, J.). Men vergelijke met het hoger aangehaald arrest van het Europees Hof van Justitie.

Op grond van artikel 563, lid 2 Ger. W. kan de vrederechter kennis nemen van een terugvordering met betrekking tot een koop op afbetaling — ongeacht het bedrag (Vred. Seraing, 5 februari 1982, *Jur. Liège*, 1982, 268).

AFDELING 4

VERKOOP VAN DIEREN

125. ACTIEMOGELIJKHEDEN VAN DE KOPER — Bij de aankoop van huisdieren zoals paarden, ezels, runderen en varkens beschikt de koper over tweeërlei soorten rechtsvorderingen. Enerzijds kan hij de nietigverklaring van de koop vorderen om redenen van gemeen recht, bijvoorbeeld omwille van een toestemmingsgebrek. Anderzijds kan hij de verkoper tot vrijwaring roepen op grond van artikel 1641 B.W., doch slechts voorzover deze actiemogelijkheid uitdrukkelijk is erkend door de wet van 25 augustus 1885, waarvan de toepassing wat betreft de dieren, de ziekten die als koopvernietigend worden aangemerkt en de termijnen binnen welke moet geageerd worden bij koninklijk besluit van 31 mei 1951 werden vastgelegd. Deze wetgeving verleent de koper enkel een actio redhibitoria, geen actio aestimatoria (art. 12, wet 25 augustus 1885) en draagt een exhaustief karakter. Gebreken andere dan daarin opgesomd ontzeggen de koper een vorderingsrecht, ook al gaat het om een ernstig en verborgen gebrek dat het dier ongeschikt maakt voor het gebruik waartoe het is bestemd. Zo werd een merrie aangekocht om bereden te worden door een veertienjarig meisje en om opgeleid te worden voor dressuur. De koper beweert achteraf dat het paard door nymphomanie is aangetast en vordert de nietigverklaring van de koop. Zijn eis wordt afgewezen omdat deze ziekte niet voorkomt op de lijst van genoemd koninklijk besluit, dat met uitsluiting van alle andere de gebreken opsomt die bij verkoop of ruil van paarden aanleiding geven tot de vordering van artikel 1641 B.W. (Vred. Louveigné, 8 februari 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 225 en *T. Vred.*, 1978, 175). Een zesjarige ruïn „Quicq” werd aangekocht als jumpingpaard, doch belandde al vlug na de levering in het Mechelse slachthuis nadat een veeartsenijkundig onderzoek had uitgewezen dat het paard leed aan ernstige „venale uremie” ingevolge verregaande nierinsufficiëntie, een ziekte die evenmin een valabel koopvernietigend gebrek uitmaakt (Vred. Wolvtem, 5 oktober 1978, *T. Vred.*, 1979, 16).

Wanneer huisdieren worden aangekocht om geslacht te worden voor verbruik, kan de koper de „vernietiging” van de overeenkomst vragen zowel op grond van de gebreken die zulke dieren tot de voeding onbruikbaar maken (art. 13, wet 25 augustus 1885, zoals geamendeerd door de wet van 3 juli 1894) als op grond van de bepalingen van het gemene recht mits de

regels eigen aan de ontbinding of nietigheid van de overeenkomsten worden nageleefd. Evenwel geldt de voorwaarde dat de nietigheidsvordering moet ingesteld worden binnen vijf dagen na de levering van het dier als ontvanke-lijkheidsvereiste voor de vordering in nietigverklaring op grond van dwa-ling. Bij aankoop van een stier die bestemd is voor slachting en waarvan het vlees totaal afgekeurd wordt voor menselijk verbruik, was de toestem-ming van de koper aangetast door dwaling (Antwerpen, 10 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 127, noot).

126. DE LEVERINGSPLICHT — Ook bij de verkoop van dieren omvat de leveringsplicht van de verkoper, naast de materiële overdracht van de verkochte zaak in de macht en in het bezit van de koper, het leveren van een conforme zaak (zie hoger). Elke tekortkoming aan die plicht kan leiden tot de ontbinding van de koop en/of de veroordeling van de verkoper tot het betalen van schadevergoeding. Een boer kocht drie beesten die nog dezelfde dag werden geleverd, maar waarvan twee kort daarop een mis-kraam hadden en uiteindelijk moesten geslacht worden. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen stelde vast dat de verkoper instond voor het transport van de dieren, dat de dieren waren bestemd om te kalven en om melk te geven, niet om vetgemest te worden, dat die dieren op het tijdstip van de aankoop gezond waren en dat de stress tijdens het transport de oorzaak was van de misgeboorten. De Rechtbank bevestigde het vonnis van de Vrederechter te Gembloux dat de verkoper beval de koopprijs terug te geven en hem veroordeelde tot schadevergoeding (Rb. Namen, 2 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 306).

AFDELING 5

OPENBARE VERKOPING

§ 1. Roerende goederen

127. Artikel 45 Handelspraktijkenwet verbiedt de openbare verkoping bij opbod of bij afslag van nieuwe, d.i. niet gebruikte, vervaardigde produkten. Het verbod kent evenwel enkele uitzonderingen. Bijvoorbeeld de openbare verkoop bij opbod van handgemaakte Oosterse tapijten, daar zij als kunst-werken kunnen beschouwd worden (Voorz. Kh. Hasselt (Kort ged.), 22 februari 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 23, noot Hanssen, M.). Bijvoorbeeld ook de openbare wijnverkoop door curatoren in het kader van een faillisse-ment. Dit is een verrichting in uitvoering van een gerechtelijke beslissing waarop de artikelen 44 en 45 Handelspraktijkenwet evenmin toepassing vinden (Voorz. Kh. Hasselt (Kort ged.), 17 maart 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 26).

Ten einde in overeenstemming met het Registratiewetboek te handelen, moet een notaris of gerechtsdeurwaarder een proces-verbaal opmaken van de door zijn ambt gehouden openbare verkopen van roerende goederen,

waarin elk toegewezen voorwerp onmiddellijk moet worden opgetekend met vermelding van de toewijzingsprijs. Dit geldt als grondslag voor de heffing van het evenredige registratierecht van 5 ten honderd (art. 77 W. Reg.). Wordt als toegewezen en vanuit fiscaal oogpunt als „verkocht” beschouwd, ieder roerend voorwerp waarvan het openbaar te koop stellen een openbaar aanbod opwekt, ongeacht wie het aanbod heeft gedaan en welke de modaliteiten van de verkoop zijn, en ongeacht of al dan niet toewijzing plaats heeft, tenzij de notaris of gerechtsdeurwaarder onmiddellijk na ontvangst en bekendmaking van de aanbiedingen (met luider stemme) verkondigt dat het te koop gesteld voorwerp „ingehouden” wordt en zulks in het proces-verbaal aantekent (art. 231 W. Reg.). Agenten van het Bestuur der Registratie en Domeinen — de ontvanger der Registratie moet door de notaris of gerechtsdeurwaarder van de geplande verkoping in kennis worden gesteld — kunnen steeds zulke verkopen bijwonen. Het proces-verbaal van hun bevindingen geldt als bewijs, tot het tegenbewijs (art. 234 W. Reg.). Het (authentiek) door de notaris of gerechtsdeurwaarder opgemaakte proces-verbaal van de roerende openbare verkoping — al is het geen voorwerp van een inschrijving wegens valsheid — kan echter niet als tegenbewijs gelden (Antwerpen, 4 september 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 96, noot A.C.).

Bij de publieke verkoping van kunstwerken heeft de commissionnaire-verkoper de verplichting het publiek objectief en juist in te lichten. Hij begaat dan ook geen fout door in de catalogus de lichte onvolkomenheden van de kunstwerken te beschrijven, die trouwens niet van aard zijn de waarde van de te koop gestelde zaken te verminderen. Ten opzichte van het publiek en de kopers wordt de commissionnaire die de openbare roerende verkoping organiseert of de eigenaar of de directeur van de veilingzaak als verkoper beschouwd. Zij zijn dan ook samen met de koper en de werkende ministeriële officier hoofdelijk gehouden jegens de kunstenaar of diens rechthebbenden tot betaling van het zogenaamde volgrecht (art. 3, wet 25 juni 1921) (Brussel, 8 november 1979, *Pas.*, 1980, II, 1 en Vred. Brugge, 18 februari 1980, *J.T.*, 1980, 495, noot Van Bunnin L.).

§ 2. Onroerende goederen

128. De verkoop van onroerende goederen toebehorend aan de Commissie voor Openbare Onderstand, thans het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, is onderworpen aan het advies van het college van burgemeester en schepenen en aan de machtiging van de provinciegouverneur. De verkoop geschiedt in het openbaar, tenzij de machtigingsakte de verkoop uit de hand toestaat (art. 47 C.O.O.-Wet; art. 76, § 1, O.C.M.W.-Wet; R. v. St., 19 oktober 1979, *Arr. R. v. St.*, 1979, 1051).

Onder de gelding van het oude artikel 76, 1° en 8° van de Gemeentewet besliste de Raad van State (19 februari 1975, *Pas.*, 1977, IV, 90) dat dit voorschrift geen toepassing vindt op de openbare verkoping van een bouw-

land door een Kerkfabriek. Toepasselijk is wel het nog steeds van kracht zijnde Koninklijk Besluit van 1 juli 1816 dat de verschillende bevoegdheden van de Gedeputeerde Staten betreffende de weldadigheidsinstellingen en de Kerkfabrieken regelt. Hieruit volgt dat de openbare verkoping van een onroerend goed door een Kerkfabriek onderworpen is aan de goedkeuring van de Bestendige Deputatie, die voorafgaandelijk de gemeenteraad om advies moet vragen. Dit advies is een substantiële vormvereiste waarvan de niet-naleving de beslissing van de Bestendige Deputatie ongeldig maakt. Bij een vrijwillige openbare verkoping bij opbod wordt de verkoopovereenkomst pas voltrokken door het akkoord door de verkoper of diens mandataris met het bod. De enkele toewijzing door de notaris, die niet bijzonder gemachtigd is tot het sluiten van de koopovereenkomst, voltrekt aldus niet het koopcontract. Het vormt slechts de notariële, authentieke vaststelling van het hoogste bod door de laatste aanbieder (Antwerpen, 20 maart 1979, *T. Not.*, 1979, 182, noot; Antwerpen, 20 oktober 1976, *Rev. Not. B.*, 1977, 500; Antwerpen, 27 oktober 1976, *Rev. Not. B.*, 1977, 503, noot R.D.V.).

Een overeenkomst waarbij partijen zich wederzijds de mogelijkheid ontzeggen om op te bieden voor een onroerend goed dat openbaar te koop wordt gesteld, is strijdig met de goede zeden. Het contract heeft een ongeoorloofde oorzaak en is hieromwille nietig (Gent, 3 januari 1980, *Res et Jura immobilia*, 1981, 189 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 105).

Wanneer er een onverenigbaarheid bestaat in hoofde van de notaris tussen zijn functie van persoonlijk raadsman en van gerechtelijk mandataris, belast met de openbare verkoping in omstandigheden die strijdig zijn met de belangen van zijn cliënt, dan moet die cliënt tijdig verzet aantekenen tegen de aanstelling van die notaris, overeenkomstig artikel 1033 Ger. W. Het Gerechtelijk Wetboek heeft echter niet voorzien in de mogelijkheid van verzet door de beslagene tegen de verkoop, wanneer het beslag geldig is uitgevoerd en de notaris overeenkomstig artikel 1580 Ger. W. is aangeduid. Zelfs in de veronderstelling dat de beslagene nog de opschorting van de verkoop kan vorderen na een eerste toewijzing gevolgd door een hoger bod, moet zulke vordering niet tegen de aangestelde notaris worden gericht maar tegen de betrokken partijen, met name alle schuldeisers aan wie het beslag gemeen is, alsook de koper en de opbieders (Beslagr. Brussel, 23 mei 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 146).

129. Ofschoon overbodig, kan de notaris in de verkoopvoorwaarden van een verkoping als bedoeld in artikel 1186 e.v. Ger. W. eraan herinneren dat de koper command kan verklaren of, beter uitgedrukt, dat hij een meester kan aanwijzen. Bovendien heeft eenieder bij dergelijke verkopeningen, overeenkomstig artikel 1592 Ger. W. het recht gedurende vijftien dagen na de toewijzing een hoger bod te doen. *In casu* werd na de oproeping van twee afzonderlijke loten, de massa van de kopen één en twee opgeroepen en na opbiedingen, onder de opschortende voorwaarde van afwezigheid van hoger bod binnen vijftien dagen, definitief toegewezen voor

2.820.000 frank aan de echtgenoten B-C die verklaarden deze aankoop te doen en te aanvaarden, koop één voor 1.820.000 frank voor eigen rekening en koop twee voor 1.000.000 frank voor rekening van de echtgenoten R-V die op de koop aanwezig waren en in het proces-verbaal van toewijzing verklaren te aanvaarden. Als gevolg hiervan maakte de notaris met het oog op het recht van hoger bod publiciteit met vermelding van de twee koopprijzen. Er volgde een hoger bod voor lot één. De Vrederechter van het kanton Mol achtte dit hoger bod ongeldig daar, in zijn ogen, enkel en alleen de massa werd toegewezen en het hoger bod dan ook deze massa diende te betreffen. Bij afwezigheid van een geldig hoger bod stelde hij dat de toewijzing definitief was geworden en geen nieuwe verkoopdag moest vastgesteld worden (Vred. Mol, 29 januari 1980, *R. W.*, 1980-81, 143, noot). De Burgerlijke Rechtbank te Turnhout hield er een andere mening op na en valideerde het hoger bod op koop één. Volgens deze zienswijze was er een commandverklaring gebeurd waarvan algemeen aanvaard wordt dat zij kan geschieden in het voordeel van één of meerdere personen en waarbij de toegewezen goederen kunnen gesplitst worden (Rb. Turnhout, 12 maart 1980, *R. W.*, 1980-81, 138, noot De Busschere, C. en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 53, noot A.C.). De commentaren op dit vonnis zijn het erover eens dat hier van „commandverklaring” geen sprake kon zijn. Een aanwijzing van een meester in de zin van artikel 1560 Ger. W. en artikel 139, 1° W. Reg. doet zich slechts voor indien de persoon, die zagezegd command verklaart, noch optreedt als lasthebber, noch als sterkmaker of zaakwaarnemer, maar wel als koper, dit wil zeggen als onmiddellijke en rechtstreekse verkrijger van de verkochte goederen. In het procesverbaal van toewijzing zelf duidde de kopers de personen aan voor wiens rekening zij een deel van de toegewezen goederen kochten. Voor het overige moet de uitspraak van de rechtbank te Turnhout bijgetreden worden. Er wordt voor recht gezegd dat regelmatig en tijdig een hoger bod werd gedaan op koop één. De publiciteit m.b.t. de mogelijkheid van hoger bod op koop één en koop twee afzonderlijk, was wettig. Een nieuwe verkoopdag diende te worden vastgelegd voor de veiling van lot één. Het beroep tegen de beschikking van de vrederechter was gegrond.

Wat het hoger bod betreft kan nog gewezen worden op de groeiende notariële praktijk waarbij, naar aanleiding van een openbare verkoping bij opbod van onderscheiden loten, in de verkoopvoorwaarden gestipuleerd wordt dat tengevolge van hoger bod op één van de loten ook de overige loten terug te koop worden gesteld, ofschoon, bij ontstentenis van een hoger bod, de toewijzing ervan als definitief moet bestempeld worden. Bepaalde rechtspraak heeft nochtans de rechtsgeldigheid van zulke clause aanvaard (Gent, 30 juni 1975, *T. Not.*, 1976, 89 en *Rev. Not. B.*, 1977, 75; Besl. agr. Brugge, 7 maart 1975, *T. Not.*, 1976, 85 en *Rev. Not. B.*, 1977, 75).

130. De exclusieve bierafnameverbintenis, door de eigenaar van de drankgelegenheid verplicht op te leggen aan de koper, mag niet in de verkoop-

voorwaarden van een uitvoerend onroerend beslag worden opgenomen, wanneer deze verbintenis een in verdere rang ingeschreven hypothecaire schuldeiser benadeelt. Deze bezit een zakelijk recht op het onroerend goed en moet geen waardevermindering door persoonlijke verbintenissen van zijn schuldenaar ondergaan (Beslagr. Bergen, 28 juni 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 261, noot).

131. VEILING — In de zin van artikel 1686 B.W. is een veiling de openbare verkoop bij opbod van een zaak, die aan verscheidene personen gemeenschappelijk toebehoort, aan een niet-deelgenoot, waarbij de prijs onder de eigenaars wordt verdeeld en deze laatsten bijgevolg uit onverdeeldheid treden. Indien er tussen de medeveilers een geschil rijst omtrent de openbare verkoopvoorwaarden, en dit in het kader van een gerechtelijke verdeling en vereffening, dient de rechter daarover te beslissen. De liquiderende notarissen kunnen zich niet in zijn plaats stellen en moeten, vooraleer tot de definitieve toewijzing over te gaan, de rechterlijke uitspraak daaromtrent afwachten (Voorz. Rb. Gent, 13 juni, *Rev. Not. B.*, 1980, 50, noot Watelet, P.).

Medeveilers kunnen, in geval van toewijzing aan één van hen bij de veiling, in het kader van een vereffening van een huwelijksgemeenschap en van een nalatenschap, van een niet gevoeglijk te verdelen onroerend goed, de ontbinding van de toewijzing en de herveiling wegens wanbetaling („*revente sur folle enchère*” klinkt zo mooi) niet vorderen. Zulke ontbinding is onverenigbaar met de inbreng van de schulden en hun betaling door verrekening, welke eigen zijn aan de verdeling waarmee, ten aanzien van de goederen, de veiling aan een deelgenoot moet worden gelijkgesteld (Cass., 18 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 324, *Pas.*, 1978, I, 310, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 31, noot en *Rev. Not. B.*, 1979, 394, noot F.L.). Een uitdrukkelijk beding in tegengestelde zin in de veilingsvoorwaarden is mogelijk.

AFDELING 6

VERKOOP VAN EEN TOT EEN FAILLIETE BOEDEL BEHOREND ONROEREND GOED

132. In de regel moet de verkoop van een onroerend goed dat deel uitmaakt van een failliete boedel openbaar gebeuren (Kh. Brussel, 16 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 99, noot; Kh. Brussel, 20 februari 1978, *Rev. Not. B.*, 1978, 549, noot F.L. en *J.T.*, 1978, 496; Kh. Namen, 9 mei 1978, *J.T.*, 1978, 729, noot Ledoux, J.-L.; Kh. Antwerpen, 14 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 129 en Kh. Aarlen, 16 augustus 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 42). De wetgever heeft zulks op dwingende wijze voorgeschreven in de artikelen 564 Faillissementswet en 1190 samen met 1193 Ger. W. Dienovereenkomstig mag de curator van een faillissement de onroerende goederen die tot een failliete boedel behoren niet verkopen dan nadat hij aan de rechter-commissaris

machtiging heeft gevraagd en gekregen; in dat geval wijst de rechter-commissaris een notaris aan door wiens ambtelijke tussenkomst de openbare verkoping zal geschieden ten overstaan van de vrederechter van het kanton waar de goederen gelegen zijn en op de wijze die gebruikelijk is voor de gewone openbare verkoping van onroerende goederen. Geleidelijk is zekere rechtspraak zich van deze wetgeving gaan distantiëren door de curatoren te machtigen een onroerend goed dat afhangt van de failliete boedel uit de hand te verkopen. Daarbij onderscheidde men niet steeds de gevallen waarin de curator slechts gemachtigd diende te worden tot het verlijden *qualitate qua* van de authentieke akte van een reeds vóór het faillissement aangegane koop of koopbelofte en de gevallen waarbij nog een koper diende gezocht te worden. De juridische benadering van elk van deze situaties is evenwel uiteenlopend (cfr. Ledoux, J.-L., noot onder Namen, 9 mei 1978, *J.T.*, 1978, 729-731). Veelal wordt uitgegaan van de vaststelling dat in de voorliggende gevallen de belangen van de failliete massa beter gediend zijn als de onroerende goederen uit de hand verkocht worden in plaats van openbaar. De argumenten die dergelijke vaststelling moeten staven zijn van diverse aard. Daarin speelt de bekomen prijs een grote rol. Vaak acht men de reeds in een compromis overeengekomen prijs veel gunstiger dan de onzekere afloop hieromtrent bij een openbare verkoping (Kh. Luik, 13 juli 1978, *Rev. Not. B.*, 1978, 557, noot De Ville-Schyns, F.; Kh. Antwerpen, 14 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 129; Kh. Namen, 9 mei 1978, *J.T.*, 1978, 729, noot Ledoux, J.-L. en Kh. Aarlen, 16 augustus 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 42).

De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen werd overtuigd van het voordeliger karakter van een onderhandse verkoop, niet alleen omdat de bekomen prijs volstond om de ingeschreven schuldeisers te voldoen, voor het faillissement een ruim bedrag opleverde en objectief beschouwd dus verre van ongunstig was, doch ook omdat het vlottere verloop van een onderhandse verkoop een mateloos aangroeien van het passief van de gefailleerde zou verhinderen en mogelijk maakte de B.T.W. te recupereren (Kh. Antwerpen, 14 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 129).

De Rechtbank van Koophandel van Brussel machtigde een verkoop uit de hand daar dit *casu quo* de enige oplossing was vooralsnog een rouwkoop of de ontbinding van de toewijzing te vermijden (Kh. Brussel, 20 februari 1978, *Rev. Not. B.*, 1978, 549, noot F.L. en *J.T.*, 1978, 496).

Ook artikel 497 Faillissementswet werd ingeroepen dat bepaalt dat curatoren met machtiging van de rechter-commissaris dadelijk kunnen verkopen de zaken die vatbaar zijn voor een spoedig bederf of voor een te verwachten waardevermindering. Dit artikel maakt geen onderscheid tussen roerende en onroerende goederen, welke laatste evenzeer een sterke waardedaling kunnen ondergaan. Zo'n dadelijke verkoop, ook al behoort er een onroerend goed tot de failliete boedel, veronderstelt een verkoop uit de hand, daar in zulk geval de termijnen van een openbare verkoping niet verenigbaar zijn met het dringend karakter van de verkoop (Kh. Brussel, 16 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 99, noot).

Dat de gefailleerde zelf met de verkoop uit de hand akkoord gaat of zich niet tegen het verzoek tot machtiging verzet is geen dienstig argument, daar hij onbekwaam is (Rens, J.L., *Bijzondere Rechtsplegingen*, in *Handboek voor Gerechtelijk Recht*, Fettweis, A. e.a. (ed.), V, Antwerpen, Standaard, 1979, nr. 114, p. 147; *contra*: Kh. Brussel, 16 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 99, noot en Kh. Antwerpen, 14 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 129). De Rechtbank van Koophandel te Aarlen zwichtte voor het argument dat de verkoop uit de hand de aankoop door de actuele uitbaters van de tot het faillissement behorende onroerende goederen mogelijk maakte, zodat deze zonder onderbreking konden verder exploiteren en zeker hun handel niet dienden stop te zetten (Kh. Aarlen, 16 augustus 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 42).

Spijts deze rechtspraak is de legaliteit ervan steeds betwist gebleven tot de wetgever deze evolutie ten slotte een wettelijke basis gaf. De wet van 18 februari 1981 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft bepaalde verkopen van onroerende goederen (*B.S.*, 28 februari 1981) verrijkte het genoemde wetboek met artikel 1193 *ter*. Datzelfde artikel werd door de wet van 10 maart 1983 tot wijziging van artikel 1193 *ter* van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de verkoop van onroerende goederen die tot een failliete boedel behoren (*B.S.*, 1 april 1983) reeds grondig geamendeerd.

Voortaan kan een curator aan de Rechtbank van Koophandel de machtiging vragen om de onroerende goederen die tot de failliete boedel behoren uit de hand te verkopen. Daartoe legt hij aan de rechtbank het door een notaris opgemaakt ontwerp van verkoopakte voor, onder opgave van de reden waarom de verkoop uit de hand geboden is. Bij het ontwerp wordt een hypotheccair getuigschrift gevoegd waarop de bestaande inschrijvingen en alle bezwarende overschrijvingen van een bevel of van een beslag betreffende de te verkopen onroerende goederen, eventueel vermeld staat. De ingeschreven en bevoorrechte schuldeisers moeten gehoord of bij gerechtsbrief behoorlijk opgeroepen worden. Zij kunnen van de rechtbank vorderen dat de machtiging om uit de hand te verkopen afhankelijk wordt gesteld van bepaalde voorwaarden, zoals een minimum-verkoopprijs.

De rechtbank verleent de machtiging, indien het belang van de gefailleerde massa zulks vereist en op eensluidend advies van de rechter-commissaris. Het vonnis zelf bepaalt uitdrukkelijk waarom de verkoop uit de hand het belang van de failliete boedel dient en kan de verkoop uit de hand, zoals reeds gezegd werd, afhankelijk stellen van een minimum-verkoopprijs. De verkoping moet overeenkomstig de door de rechtbank aangenomen ontwerpakte geschieden door de ambtelijke tussenkomst van de aangewezen notaris, die de prijs zal verdelen naar de regels inzake rangregeling. De door de Rechtbank van Koophandel verleende machtiging tot een verkoop uit de hand en het feit zelf van zulke verkoop brengt ten aanzien van de ingeschreven hypotheccaire en bevoorrechte schuldeisers die tijdens de procedure van machtiging werden gehoord of behoorlijk werden opgeroepen, van rechtswege overwijziging mee van de prijs (art. 1326 nieuw Ger. W.).

De formele motiveringsverplichting omtrent het belang dat de verkoop uit de hand voor de failliete boedel inhoudt, heeft voor gevolgd dat de criteria welke de vroegere rechtspraak hanteerde enigszins hun relevantie behouden. Een gedeelte van diezelfde rechtspraak blijkt nog om een andere reden relevant. Uit niets blijkt immers dat de nieuwe wetgeving ook die gevallen insluit waarin de gefailleerde een onroerend goed heeft verkocht bij onderhands geschrift en de curator het verlijden van de authentieke akte van deze verkoop vervolgt.

Hoe dan ook, de verkoop uit de hand van een tot een failliete boedel behorend onroerend goed is en blijft de uitzondering op de regel dat zulke verkopen openbaar moeten geschieden (*Parl. St.*, Kamer, 1981-82, nr. 24/3, 2).

AFDELING 7

VERKOOP VAN EEN ONROEREND GOED DAT GEHEEL OF TEN DELE AAN EEN MINDERJARIGE TOEBEHOORT

133. Bij de openbare tekoopstelling van een onroerend erfgoed verkeerde men in de mening dat er een belangentegenstelling bestond tussen de minderjarige erfgenamen, hun moeder-voogdes en hun toeziende voogd, een meerderjarige erfgenaam. Men verzocht de vrederechter de familieraad samen te roepen ten einde een voogd en toeziende voogd ad hoc te benoemen. Dit verzoek werd ongegrond verklaard. Bij belangentegenstelling tussen de minderjarigen en hun voogd wordt deze vervangen door de toeziende voogd (art. 420 B.W.), die de minderjarigen vertegenwoordigt bij de verkoopwerkzaamheden. De vereiste aanwezigheid van een vrederechter en diens bevoegdheden terzake vormen een bijkomende garantie voor de belangen van de minderjarigen (Vred. Gosselies, 14 december 1979, *Rev. Not. B.*, 1981, 203, noot Leclercq, J.-F.).

Daartegenover besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge (27 oktober 1981, *T. Not.*, 1982, 73, noot) dat, in geval de veiling van onroerende goederen waarin een minderjarige gerechtigd is, moet geschieden overeenkomstig de artikelen 839 B.W. en 1189 Ger. W. ten overstaan van de vrederechter, in aanwezigheid van de wettelijke vertegenwoordigers en, in voorkomend geval van de toeziende voogd, en in geval de voogd wegens tegenstrijdigheid van belangen met die van de minderjarige dient vervangen te worden door de toeziende voogd, er een bijzondere toeziende voogd moet worden aangesteld.

In Nederland behoeft de voogd de machtiging van de kantonrechter om de onroerende goederen van minderjarigen te verkopen. Het is evenwel niet vereist dat deze verkoop openbaar en ten overstaan van een vrederechter geschiedt. Terzake waren de goederen gelegen in België en is het Belgisch erfrecht van toepassing. De voogd verzocht om de verkoping uit de hand van de in België gelegen goederen en stelt voor aan zijn kinderen een onroerend goed gelegen in Nederland, waarvan de waarde hun erfdeel in de Belgische goederen equivaleert, te schenken. Onder voorwaarde van deze

voorafgaandelijke schenking wordt hem de machtiging tot verkoop uit de hand verleend (Rb. Dendermonde, 3 april 1980, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 116, noot en *Pas.*, 1980, III, 31).

Het is de ontvoogde minderjarige verboden zijn onroerende goederen te verkopen of te vervreemden zonder inachtneming van de vormen die aan de gewone niet-ontvoogde minderjarige zijn voorgeschreven. Hij moet bijgevolg door de familieraad worden gemachtigd, en de familieraad mag die machtiging niet verlenen dan uit hoofde van een volstreckte noodzakelijkheid of van een klaarblijkelijk voordeel (artt. 484 en 457 B.W.). *In casu* nam de familieraad dit klaarblijkelijk voordeel niet eens in overweging. Ze stelde eenvoudigweg vast dat „het gevraagde in het voordeel van de minderjarige mag beschouwd”. Dit volstaat niet. Men moet aanduiden waarin het klaarblijkelijk voordeel concreet bestaat (Rb. Kortrijk, 12 februari 1980, *T. Not.*, 1980, 272 en *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 338).

In geval van openbare verkoping van een onroerend goed dat toebehoort aan een ontvoogde minderjarige en zijn moeder, tevens zijn curator, werd geweigerd de openbare verkoopvoorwaarden goed te keuren en een verkoopdatum vast te stellen, zolang er, gezien de tegenstrijdigheid van belangen tussen de ontvoogde minderjarige en zijn curator, geen curator ad hoc was benoemd, die de ontvoogde minderjarige zou vertegenwoordigen bij de openbare verkoping (Vred. Willebroek, 18 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1375, noot De Busschere, C.).

De nietigheid van het proces-verbaal van toewijzing wegens de afwezigheid van de curator ad hoc is slechts relatief. De ontvoogde minderjarige, die met bijstand van haar curator ad hoc haar aandeel in de prijs ontving en gedurende meer dan 25 jaar na haar meerderjarigheid niet het minste protest uitte, terwijl ze weet had van de omstandigheden waarin de toewijzing gebeurde, heeft de tijdens haar minderjarigheid aangegane verbintenissen bekrachtigd en kan hierop niet meer terugkomen (Brussel, 16 maart 1982, *Rev. Not. B.*, 1982, 377, noot R.D.V.).

De nalatenschap van wijlen mevrouw C.M. werd aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving. De erfgenamen, waaronder een minderjarige, kregen van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge toelating het onroerend erfgoed openbaar te verkopen op grond van artikel 1189 Ger. W. Eenzelfde machtiging werd de erfgenamen verleend door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, nadat één der erfgenamen was overleden en men ook diens nalatenschap had aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving. Tot slot overlijdt een tweede erfgenaam, onder wiens erfgenamen weer een minderjarige is, zodat ook deze nalatenschap wordt aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving. Thans vragen de erfgenamen van C.M. andermaal, maar nu aan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, het onroerend goed openbaar te mogen verkopen. Volgens deze rechtbank heeft het geen zin de erfgenamen nog eens toelating te verlenen. Wanneer een beneficiair erfgenaam overlijdt, vindt zijn opvolger in de definitief aanvaarde beneficiaire nalatenschap naast zijn aandeel tevens de reeds verleende

rechterlijke machtiging om tot de openbare verkoping over te gaan. Dat de rechtsopvolger een minderjarige is, verandert hieraan niets (Rb. Kortrijk, 30 juni 1978, *T. Not.*, 1979, 337, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 197 en *Rev. Not. B.*, 1980, 405).

Wanneer een erfgenaam na de inlijning overlijdt en drie minderjarige kinderen nalaat, mag de openbare verkoping van erfgoederen voortgezet worden na machtiging van de rechtbank, ten overstaan van de bevoegde vrederechter en overeenkomstig de pleegvormen van het Ger. W. en de clausules van de algemene en bijzondere verkoopvoorwaarden waaronder de inlijning plaats vond (Rb. Turnhout, 4 juni 1980, *T. Not.*, 1980, 341, noot en *Rev. Prat. B.*, 1981, 167).

Er weze aan herinnerd dat sinds de invoeging van artikel 1193 *bis* Ger. W. ook in België de gerechtelijke verkoop uit de hand van onroerende goederen, toebehorend aan minderjarigen, wettelijk mogelijk is. De rechterlijke machtiging wordt verleend als het belang van de minderjarige het vereist. De machtiging van de familieraad of van de rechtbank moet uitdrukkelijk bepalen waarom de verkoop uit de hand het belang van de minderjarige dient. De rechtbank kan de personen die bij de akte partij zullen zijn, bevelen te verschijnen en kan de verkoop afhankelijk stellen van een minimum verkoopprijs. De verkoping geschiedt overeenkomstig de door de rechtbank aangenomen ontwerpakte, in tegenwoordigheid van de vrederechter en, in voorkomend geval, van de toeziende voogden, door de ambtelijke tussenkomst van de in de homologatie of machtiging aangewezene notaris.

DE LENING

HOOFDSTUK I

DE BRUIKLENING

134. BEGRIP — Bruikleen is essentieel een contract om niet (art. 1876 B.W.). Een vrouw beweerde het recht te hebben een huis te blijven bewonen krachtens een *huurovereenkomst* die haar terzelfdertijd vrijstelde van betaling van enig huurgeld of vergoeding, met andere woorden kosteloos. Dit kan natuurlijk niet. Wanneer het genot van een onroerend goed kosteloos wordt afgestaan staat men voor een bruiklening en niet voor een huurovereenkomst (Rb. Kortrijk, 8 mei 1979, *T. Not.*, 1980, 50, noot en *Rev. Not. B.*, 1980, 402; zie ook Luik, 23 juni 1982, *Res et Jura immobilia*, 1982, 287 en *Jur. Liège*, 1982, 349). In geval van bruikleen blijft de uitlener eigenaar van de uitgeleende zaak (art. 1877 B.W.). Hij heeft bijgevolg het recht ze te verkopen (zelfde vonnis).

135. BEWIJS — Wanneer de geleende zaak een waarde heeft van meer dan drieduizend frank, moet het bewijs van de bruiklening in principe door geschrift bewezen worden (art. 1341 B.W.). Deze regel lijdt evenwel uitzonderingen, o.a. wanneer het een lening tussen naaste bloedverwanten betreft. In een betwisting tussen een weduwe en haar schoonouders werd geoordeeld dat het bewijs van de bruiklening voortsproot uit de omstandigheid dat de schoonouders, waar zij het bestaan van een huurovereenkomst toegaven zonder echter een overeenkomst omtrent de prijs te kunnen bewijzen, impliciet toegaven dat zij akkoord waren om het genot en het gebruik van de zaak te verlenen aan hun schoondochter (Rb. Kortrijk, 8 mei 1979, *T. Not.*, 1980, 50, noot en *Rev. Not. B.*, 1980, 402).

136. TERUGGAVEPLICHT — De modaliteiten van deze verplichting worden geregeld in de artikelen 1888 en 1889 B.W. Bij bruikleen blijft de uitlener eigenaar van de geleende zaak zodat in geval van verlies het risico voor hem is. De lener zal evenwel dienen te bewijzen dat het verlies aan overmacht te wijten is, zo niet zal hij gehouden zij tot restitutie van de zaak of tot schadevergoeding. *In casu* kwam een springpaard „My Lord”, dat in bruikleen was gegeven, tijdens een proefrit ten val en het overleed nadien ten gevolge van een breuk van de wervelkolom. De eigenares van het paard vorderde op grond van artikel 1875 e.v. en artikel 1382 e.v. B.W. een schadevergoeding van 300.000 fr. voor het verlies van haar springpaard. Door de Rechtbank van Brussel werd de ontlener aansprakelijk geacht op grond van artikel 1880 B.W., doch het vonnis werd door het Brussels Hof van Beroep vernietigd (Brussel, 6 januari 1981, *R. W.*, 1981-82, 1492) omdat

de eigenares niet kon bewijzen dat de val en de dood van het paard aan een fout of onvoorzichtigheid van de bruiklener te wijten was, dat niet betwist werd dat de bruiklener een zeer ervaren ruiter was, die springpaarden bezat en kon hanteren, dat het ongeval gebeurde op een goed ingerichte renbaan met normale hindernissen, dat het springpaard in goede gezondheid was en niets toeliet te beweren dat het oververmoeid geweest zou zijn of op verkeerde of onhandige wijze geleid; daarbij overwoog het Hof tevens dat de bruiklener het dier tegen dit toeval niet had kunnen behoeden door zijn eigen zaak te gebruiken, vermits het precies de wil en het belang was van de eigenares dat het paard zou getraind worden en zou springen. Het Hof legt de bewijslast op de uitlener. Het is echter de lener die het preciese feit, dat overmacht uitmaakt, moet bewijzen. Die kan er zich niet van afmaken door alleen te bewijzen dat hij niets verkeerd heeft gedaan.

Een bruiklener die ten onrechte weigert de geleende zaak terug te geven begaat een fout. Deze fout is van contractuele aard; zij verplicht de bruiklener de schade te vergoeden die de uitlener geleden heeft (Brussel, 7 december 1977, *J.T.*, 1978, 330).

137. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE UITLENER VOOR VERBORGEN GEBREKEN — Wanneer de geleende zaak zodanige gebreken heeft dat zij aan hem die zich ervan bedient, schade kan veroorzaken, is de uitlener aansprakelijk, indien hij de gebreken kende en de lener daarvan niet op de hoogte heeft gebracht (art. 1891 B.W.). Op 8 juni 1972 reed Vincenzo A., vergezeld van een vriend, van Deinze naar Tessenderlo (120 km.) met een wagen die hij van zijn garagehouder in bruikleen had gekregen. Te Tessenderlo moest Vincenzo A. uitwijken voor een fietser. De wagen begon te slingeren en kantelde om. Beide inzittenden liepen verwondingen op. De arbeidsongeval-verzekeraar van hun werkgever werd gesubrogeerd in hun rechten. Uit het strafdossier bleek dat de auto geen remkracht meer vertoonde, dat het remoliepotje bijna geen olie meer inhield en dat de remolie niet door het omkantelen van de auto was leeggelopen. Het Hof van Beroep te Gent overwoog dat de aansprakelijkheid van de uitlener op grond van artikel 1891 B.W. van quasi-delictuele aard is, wegens de kosteloosheid van de bewezen dienst, en dat de lener de fout van de uitlener moet bewijzen. *In casu* werd dit bewijs niet geleverd. Het feit dat de garagehouder het remoliepeil niet gecontroleerd had, levert niet het bewijs van zijn kennis van het gebrek. Bovendien had de auto 120 km. afgelegd zonder problemen. Ook op grond van artikel 1384, eerste lid B.W. (aansprakelijkheid voor zaken die men onder zijn bewaking heeft) kan de garagehouder niet aansprakelijk gesteld worden. De ontlener had de auto immers onder zijn bewaking (Gent, 9 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 131, noot). Het is duidelijk dat er tussen de garagehouder en Vincenzo slechts sprake kan zijn van een contractuele aansprakelijkheid. Vincenzo moet bewijzen dat de garagehouder effectief het gebrek kende en dit niet meedeelde.

138. RETENTIERECHT VAN DE BRUIKLENER — Heeft de bruiklener een retentierecht op de geleende zaak? Deze vraag heeft reeds heel wat inkt doen vloeien. Het volgende voorbeeld komt uit de praktijk. De P.V.B.A. Impri-merie Marvan had een drukpers in bruikleen gekregen van de Presses Académiques Européennes. Na allerlei werken met deze machine te hebben uitgevoerd had de drukkerij Marvan een schuldvordering van ongeveer 2.000.000 frank op de Presses Académiques Européennes. Laatstgenoemde werd daarna failliet verklaard. De drukkerij hield de drukpers terug, zeggende dat zij er een retentierecht en een pandrecht op had. Haar aanspraak werd afgewezen. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde terecht dat de inpandgeving niet bewezen was. Even terecht werd het retentierecht verworpen: er was immers geen subjectieve of objectieve samenhang tussen de in bruikleen gegeven drukpers en de schuldvordering van de drukkerij. Dan volgt er een eigenaardige redenering. Het Hof roept de artikelen 1293, 2° en 1885 B.W. in om de bruiklener in alle gevallen een retentierecht op de in bruikleen gegeven zaak te ontfangen: deze artikelen verbieden de schuldvergelijking en dus ook, aldus het Hof, de *exceptio non adimpleti contractus* en het eigenlijk retentierecht. Er wordt wel gezegd dat partijen van deze regel kunnen afwijken (Brussel, 7 december 1977, *J.T.*, 1978, 330). Deze redenering moet verworpen worden. De artikelen 1293, 2° en 1885 B.W. laten de bruiklener niet toe de geleende zaak voor zich te houden *bij wijze van schuldvergelijking* met hetgeen de uitlener hem verschuldigd is. Zij spreken echter niet over het retentierecht of de *exceptio non adimpleti contractus*. Bovendien vermeldt artikel 1293, 2° B.W. ook de bewaarnemer. De bewaarnemer heeft nochtans wel een retentierecht op de in bewaring gegeven zaak, en dit retentierecht wordt hem door de wet uitdrukkelijk toegekend (art. 1948 B.W.). Als men de redenering van het Hof van Beroep te Brussel volgt zou de wetgever zich dus tegengesproken hebben. Welnu, men moet aannemen dat de wetgever dat niet gedaan heeft, en aannemen dat uit het verbod van schuldvergelijking niet voortvloeit dat het retentierecht (in de brede zin) verboden is (zie hierover Lamine, L., *Het retentierecht*, Antwerpen, 1982, nr. 169, p. 96-98); zie tevens Cousy, H., „De lening”, in *Bijzondere Overeenkomsten*, Herbots, J.H., (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, (299), 311: „goed begrepen hebben de artikelen 1293, 2° B.W. en 1885 B.W. enkel betrekking op schuldvorderingen van de lener op de uitlener, die vreemd zijn aan het behoud van de geleende zaak. Gaat het daarentegen om kosten door de lener gemaakt voor het behoud van de zaak, dan bestaat er geen reden om het retentierecht aan de lener te weigeren.”; anders Paulus, C., „Lening”, in *Lexicon van Privaatrecht, I. Gebruikelijke Contracten*, Brugge, Die Keure, 1981, nr. 159, p. 26: het voorrecht waarover de lener beschikt voor uitzonderlijke kosten moet ruimschoots volstaan).

DE VERBRUIKLENING EN DE LENING OP INTREST

139. BEGRIP — Een lening op intrest met mogelijkheid van vervroegde terugbetaling kan vermoed worden in een zogenaamde verkoop van aandelen met beding van wederinkoop. Dit werd beslist in een geval waar een vennootschap titels van aandeelhouders had gekocht waarbij de aandeelhouders-verkopers een recht van wederinkoop kregen binnen een periode van maximum vijf jaar terwijl zij alle rechten verbonden aan de verkochte aandelen verder konden blijven uitoefenen. Uit deze omstandigheden mocht terecht worden afgeleid dat de verkopers de eigendom van hun aandelen niet hadden overgedragen en dat de operatie *in casu* dus geen wederinkoop was (Cass., 27 oktober 1977, *Rev. Prat. Soc.*, 1979, 237).

140. ALGEMENE GELDIGHEIDSVEREISTEN — Er is geen reden om de machtiging van de familieraad aan te vragen, noch de homologatie van diens beraadslaging door de Rechtbank van Eerste Aanleg voor de minderjarige die onder wettelijk beheer van zijn ouders staat en een hypothecaire lening wenst aan te gaan om een onroerend goed aan te kopen (Rb. Kortrijk, 28 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 202). *In casu* had een niet-ontvoogde minderjarige, die om de aankoop van een eigendom te financieren een hypothecaire lening wenste aan te gaan in zijn naam een verzoekschrift ingediend tot homologatie van een familieraadsbeslissing waarbij hij gemachtigd werd een lening aan te gaan van 980.000 fr. mits hypotheekwaarborg. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk wees de minderjarige af, in een vonnis dd. 4 maart 1980 (*T. Not.*, 1981, 50) omdat hij als gewone minderjarige onbekwaam was om een rechtsvordering in te stellen, en zijn wettelijke vertegenwoordigers de procedure tot goedkeuring van een familieraadsbeslissing moesten vervolgen. Twee weken later werd dan een verzoekschrift opgemaakt in naam van de ouders tot homologatie van hogervermelde beslissing van de familieraad. Op 28 maart 1980 vonniste dezelfde kamer van de Rechtbank te Kortrijk (*Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 202) dat er eigenlijk geen reden was om de machtiging van de familieraad, noch de homologatie van deze beslissing aan te vragen voor een minderjarige die nog onder het wettelijk beheer van zijn ouders stond. Het verzoek van de ouders werd dan door de rechter uitgelegd als rechtstreeks strekkend tot het verkrijgen van de vereiste machtiging waarvan sprake in art. 1186 Ger. Wb.; gezien de voorgenomen handeling in het klaarblijkelijk voordeel was van de minderjarige, werd de machtiging dan ook verleend. In een andere zaak vonniste de Rechtbank te Kortrijk dat onmogelijk kon worden gezegd dat de lening die voor de minderjarige zou worden aangegaan, in zijn klaarblijkelijk voordeel zou zijn, wanneer de minderjarige zich tot maandelijkse afkortingen van 11.780 fr. verbond terwijl zijn maandelijkse netto-inkomen als stagiair-werkman amper een 3.000 tot 4.000 fr. per maand hoger lag en er met de inkomsten van de ouders geen rekening kon worden

gehouden, gezien de minderjarige de enige was die zich als hoofdschuldenaar verbond (Rb. Kortrijk, 1 april 1980, *T. Not.*, 1981, 52; in het hoedje wordt gesproken van weigering door de rechtbank van de homologatie van de door de familieraad gegeven machtiging; in het vonnis zelf is er van deze familieraad geen sprake).

Een ontvoogde minderjarige die een hypothecaire lening wenst aan te gaan, moet wel door de familieraad gemachtigd worden en deze beslissing moet gehomologeerd worden door de Rechtbank van Eerste Aanleg. Betwist is de vraag of de ontvoogde hiervoor nog de bijstand van de curator nodig heeft. In het vorig overzicht werd een vonnis van de Rechtbank van Kortrijk geciteerd dat stelde dat de bijstand van de curator overbodig was. Dezelfde opvatting wordt gehuldigd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen (Rb. Bergen, 10 mei 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 451, noot, *J. T.*, 1978, 510 en *Rev. Not. B.*, 1978, 546; zie over deze controverse: Paulus, C., o.c., nr. 25, p. 12).

De door het huwelijk ontvoogde minderjarige kan wel zonder machtiging van de familieraad en homologatie van de rechtbank met de hypothecaire lening betreffende een onroerend goed — eigendom van haar meerderjarige echtgenoot — dat als gezinswoning dienst doet, instemmen (cfr. art. 215 B.W.) (Rb. Bergen, 26 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 309).

141. LENING TUSSEN CONCUBINERENDEN — Concubinerenden kunnen elkaar geld lenen. Meteen rijst de vraag of deze overeenkomst strijdig is met (de wetten die) de openbare orde en de goede zeden (betreffen) overeenkomstig de artikelen 6 en 1131 tot 1133 B.W. Het Hof van Beroep te Luik oordeelde van niet, op voorwaarde dat de seksuele betrekkingen niet de doorslaggevende oorzaak zijn van de lening (Luik, 22 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 168 en *Rev. Prat. Soc.*, 1980, 179, noot P.C.). De vrederechter te Borgloon zag het anders. Hij verklaarde de vordering onontvankelijk van een man die van zijn bijzit geld geleend had om zijn vrouw onderhoudsgeld te betalen (Vred. Borgloon, 11 januari 1979, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 82).

142. INDEXATIECLAUSULES — Het beding dat indexatie voorzag van het ontleende kapitaal in verband met een hypothecaire lening werd door het Hof van Beroep te Brussel geldig beschouwd [Brussel, 27 oktober 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 380, noot, *J. T.*, 1979, 443 en *Pas.*, 1978, II, 142 (op deze vindplaats echter onder datum „25” oktober 1978)]. Tegen de geldigheid van het indexatiebeding werd ingeroepen dat het strijdig was met artikel 1895 B.W., dat het indruiste tegen de gedwongen koers van het geld als wettelijk betaalmiddel en dat het leidde tot de betaling van vermomde woekerinteressen. Er werd tevens opgeworpen dat banken en officiële kredietinstellingen geen indexatieclausules opnemen in hun contracten (*in casu* was de hypothecaire lening toegestaan door een particulier). Al deze argumenten werden door het Hof verworpen als niets terzake doende: het Hof bevestigde het recht van de contracterende partijen om via het indexa-

tiebeding te voorkomen dat het evenwicht in hun contractuele verhouding door een latere muntontwaarding zou verstoord worden. Het stelde tevens dat het hier niet ging om een interest, die de overeenkomst een woekerachtig karakter zou verlenen, maar om een aleatoire operatie ter behoud van de koopkracht van het kapitaal.

Tegen indexatieclausules werd ook aangevoerd dat ze strijdig zouden zijn met de artikelen 5, 13 en 14 van het K.B. nr. 225 van 7 januari 1936 over de hypothecaire leningen. Ook dit argument werd verworpen (Rb. Dendermonde, 10 april 1978, *T. Not.*, 1978, 349, noot en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 376, noot).

Het is duidelijk dat artikel 1895 B.W. geen hinderpaal kan zijn voor indexatieclausules in leningovereenkomsten. Dit artikel betreft immers niet de openbare orde (Rb. Verviers, 6 oktober 1979, *Jur. Liège*, 1980, 75). Wanneer een leenovereenkomst echter verlengd wordt, dan moet duidelijk blijken dat de partijen de bedoeling hadden de clause verdere gevolgen te laten hebben. In het tegenovergestelde geval speelt de twijfel in het voordeel van de schuldenaar (Rb. Dendermonde, 10 april 1978, hoger geciteerd).

143. STRAF-, SCHADE- EN BOETEBEDING — In de overeenkomst kan een schadebeding worden gestipuleerd. *In casu* bedroeg dit ongeveer 1/3 van de geleende som. Het Hof weigerde dit te laten betalen, daar een schadebeding ongeldig is wanneer het de schuldeiser bij niet-uitvoering van de overeenkomst door de schuldenaar, een onrechtmatige verrijking verzekert. Appellante maakte wel beschouwingen over de reële schade die een kredietinstelling lijdt door de fout van haar in gebreke blijvende ontleners, maar leverde niet het bewijs van de actuele schade ter waarde van 1/3 van de ontleende som (Gent, 26 september 1980, *R.W.*, 1981-82, 1026).

Volgend beding werd in een leningsakte opgenomen: „X kan dagelijks het gehele nog openstaande bedrag opeisen, ingeval de kopers en solidaire medeondertekenaars in gebreke blijven om de maandaflossing op haar vervaldag te voldoen. In geval van eisbaarheid erkennen kopers en solidaire medeondertekenaars dat zij eveneens een forfaitaire schadevergoeding zullen verschuldigd zijn welke gelijk is aan 10% van het nog openstaand saldo en van verwijlntresten berekend tegen 8% per jaar op het openstaande saldo”. In het kader van de betrokken lening hebben schadebeding en verwijlntresten dezelfde functie, namelijk de lener schadeloos stellen voor te late betaling, zo besliste de Vrederechter van Sint-Niklaas (Vred. Sint-Niklaas, 2 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 2285). *In casu* werd voormeld schadebeding overdreven bevonden: de uitleenster had uiteindelijk één jaar vroeger dan voorzien de volledige betaling van de som ontvangen; de leners hadden na de ingebrekestelling vrij spoedig alles ineens betaald; er ontstonden verwijlntresten van nog geen 2.000 fr., verwijlrente die in ruime mate gecupereerd werd door uitleenster die de volledige som een jaar vroeger dan voorzien kreeg.

Wanneer het reglement van kredietopening van een bank een clause bevat waardoor op het openstaande debetsaldo bij de afsluiting van krediet dezelfde intresten en provisies blijven als die overeengekomen voor de periode waarvoor de lening werd toegestaan, dan is die clause een geldige afwijking van artikel 1153 B.W. en zijn de alinea's 2 en 3 van artikel 1907 B.W. er niet op van toepassing (Gent, 22 mei 1980, *T. Bank*, 1980, 669).

144. ONTBINDEND BEDING — Het is partijen toegelaten een uitdrukkelijk beding in een leningsovereenkomst in te lassen (Gent, 8 november 1978, *R. W.*, 1978-79, 2828, noot; zie bespreking van dit arrest bij Paulus, C., *o.c.*, nr. 83, p. 39).

145. TERUGBETALING — De lener moet de geleende som (en de verschuldigde interesten) terugbetalen. Is de lener tevens handelaar en heeft hij zijn handelszaak reeds overgedragen vóór de afbetaling van zijn schulden, dan is hij daarvan nog niet bevrijd. Immers, schulden maken principieel geen deel uit van de handelszaak en zijn niet overdraagbaar (Kh. Tongeren, 26 januari 1978, *B.R.H.*, 1978, 645).

Het Hof van Beroep herinnert ons eraan dat het hoger beroep tegen een vonnis waarbij de erfgerechtigden van ontleners veroordeeld worden tot betaling van hoofdsom en interesten van leningen, ieder in verhouding tot hun erfdeel in de nalatenschap en in dezelfde mate tot de gerechtskosten, moet gericht worden tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van eiser in hoger beroep (Brussel, 2 maart 1979, *R. W.*, 1979-80, 448).

146. LENING OP AFBETALING — Valt de persoonlijke lening op afbetaling binnen de toepassing van de wet van 9 juli 1957, dan kan het lastenpercentage het wettelijk toegestane maximum niet overschrijden. *In casu* staat een lastenpercentage van 8,4% voor een lening van 100.000 fr., terugbetaalbaar over 60 termijnen, fel boven het aannemelijk maximum, zelfs afgezien van het feit dat de last niet degressief werd berekend.

Wanneer bij een persoonlijke lening op afbetaling, de schuldeiser de vervroegde terugbetaling eist vanwege de schuldenaars die in gebreke zijn de beloofde termijn te betalen, dient het bedrag van de nog te vervallen termijnen verminderd te worden met de toekomstige rente en beheerskosten. In het besproken geval werd ook een automatisch verhogingsbeding van 10% ingelast wat tot gevolg heeft dat een totale wanverhouding ontstaat tussen de gevraagde vergoeding en de omvang van de potentiële schade, zodat de beoogde schadeloosstelling elk vergoedend karakter verliest. De schuldenaar vroeg ook een termijn van respijt. Dit werd hem geweigerd, omdat hij sinds de dagvaarding tot betaling geen enkele poging heeft aangewend om maar één betaling uit te voeren waardoor hij bewijst niet te goeder trouw te zijn (Rb. Kortrijk, 28 september 1978, *R. W.*, 1978-79, 1923).

BEWAARGEING EN SEKWESTER

HOOFDSTUK I

BEWAARGEING

147. BEGRIP. HET BIJZONDERE GEVAL VAN DE GEKOELDE OPSLAGPLAATS — Bewaargeing is een contract — de wet spreekt over een handeling — waarbij men de zaak van een ander aanneemt, onder verplichting om die te bewaren en *in natura* terug te geven (art. 1915 B.W.). Er bestaat betwisting over de vraag of men nog over bewaargeing kan spreken indien de „bewaarnemer” ook nog andere verbintenissen aangaat, bijvoorbeeld de verbintenis om iets te doen.

Deze vraag diende behandeld te worden naar aanleiding van het stockeren door een gelatinefabrikant van meer dan 100 ton varkenszwoerd in een gekoelde opslagplaats. De vraag werd gesteld hoe de overeenkomst, aangaan tussen de eigenaar van de goederen en deze van de opslagplaats, moest gekwalificeerd worden. Huur van een gekoelde ruimte, bezoldigde bewaargeing of aanneming? De eerste rechter (Kh. Bergen, 30 november 1976) achtte de partijen gebonden door een bezoldigde bewaargeing die in hoofde van de bewaarnemer specifieke verplichtingen, bepaald door de aard van de opgeslagen goederen, doet ontstaan. Zonder de kwalificatieknoop door te hakken, zag de rechter in beroep twee verbintenissen in hoofde van de eigenaar van de opslagplaats: het verstrekken van koude en het bewaren van de hem toevertrouwde goederen, en vond de eerste verplichting even belangrijk als de tweede. De exploitant van een koelopslagplaats neemt de verbintenis op de hem toevertrouwde waren op voldoende lage temperatuur te bewaren, opdat ze bij het terughalen nog voor het beoogde gebruik geschikt zijn. Als vakman heeft hij de redelijk op te vatten plicht raad te geven. Hij moet de aangepaste temperatuur kiezen en een bewaring weigeren die hem van te lange duur lijkt. De bewaargever, daarentegen, mag hem geen waren toevertrouwen die niet langer voldoende vers zijn om te worden opgeslagen. De inontvangstneming zonder reserves van de varkenszwoerd door de uitbater van de gekoelde opslagplaats bewijst dat de reeds diepgevroren waren — afkomstig van twee onderscheiden Duitse leveranciers — *prima facie* in een goede staat verkeerde die hun bewaring toeliet. In elk geval moest hij zich hiervan vergewissen. Uit het feit dat het tien maanden later vastgestelde bederf zich van de buitenkant van de blokken naar binnen toe uitbreidde, leidt de als deskundige aangestelde dierenarts — op verzoekschrift aangesteld door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel — af dat het bederf het gevolg is van een accidentele stijging van de temperatuur gedurende de bewaring. Uit deze interessante zaak blijkt dat op de uitbater van een gekoelde opslagplaats een resultaatverbintenis weegt onbedorven waren terug te geven (Bergen, 29 mei 1978, *De Verz.*, 1980, 751).

148. DE BEWAAR- EN TERUGGAVEPLICHT VAN DE BEWAARNEMER — De bewaargeving houdt voor de bewaarnemer de verbintenis in om de in bewaring gegeven zaak te bewaren en *in natura* terug te geven (art. 1915 B.W.). De omvang van de bewaarplicht wordt op de eerste plaats bepaald door de aard van de in bewaring gegeven zaak en door wat de contractanten dienaangaande zijn overeengekomen. De voorschriften van de wetgever zijn hieromtrent grotendeels aanvullend van strekking. Deze verwacht van de onbezoldigde bewaarnemer niet dat hij, in uitvoering van het contract, met betrekking tot de bewaring van de zaak handelt als een normaal omzichtig en behoedzaam iemand. Wel wordt verwacht dat hij aan de bewaring van de hem toevertrouwde voorwerpen dezelfde zorg besteedt als hij aan de dag legt voor de bewaring van zijn eigen zaken (art. 1927 B.W.).

De aansprakelijkheid van een commissionair die de door hem in consignatie gehouden goederen in vlammen zag opgaan, werd onderzocht in het licht van artikel 1927 B.W. door de Rechtbank van Koophandel te Namen. Commissionair en bewaarnemer zijn wel geen synoniemen, maar toch past de rechtbank — en later het Hof van Beroep — de regels van de bewaargeving toe. Geoordeeld werd dat hij geen fout beging door de hem toevertrouwde goederen niet te hebben verzekerd. Hij wist immers dat de „bewaargever” de goederen reeds had verzekerd en had van hem geen opdracht gekregen in eigen naam en voor eigen rekening een verzekering aan te gaan (Van Ryn, *Droit Commercial*, III, nr. 1804). Is hij echter aansprakelijk voor de brand? De oorzaak van de brand bleef onbekend. Uit het verslag van de rijkswacht kwam alleen vast te staan dat de commissionair geen enkele fout had begaan en zich als een goed huisvader had gedragen bij de bewaking van de hem toevertrouwde zaken. De rechtbank te Namen verklaart de vordering tot het bekomen van schadevergoeding van de commitment ongegrond. Het Hof van Beroep te Luik daarentegen stelt terecht dat de bewaargeving als bezoldigd moet beschouwd worden indien er in het kader van een commissieovereenkomst, ten gunste van de bewaarnemer een aandeel in de bij de verkoop gemaakte winst werd bedongen. Het Hof beslist dat de commissionair geen precies geval van overmacht bewezen heeft en veroordeelt hem tot het betalen van de gevorderde schadevergoeding. Terecht, daar op de bezoldigde bewaarnemer een resultaatsverbintenis tot teruggave weegt. Tot hetzelfde resultaat komt men trouwens door toepassing van het algemeen verbintenissenrecht (artt. 1147, 1302 en 1315 B.W.) (Kh. Namen, 9 augustus 1973 en Luik, 12 maart 1975, *De Verz.*, 1978, 615, noot A.T.).

Het louter onderbrengen van ontscheepte koopwaar in een open hangar zou niet beantwoorden aan de zorgen die een commissionair-verzender als bewaarnemer, overeenkomstig voornoemd wetsartikel, aan de koopwaar verschuldigd is. Een deel van de 205 kartons motorzagen werd uit de kratten gestolen. Terecht wordt de commissionair-expediteur aansprakelijk gesteld. Die oplossing is echter gegrond op artikel 1928 (bezoldigde bewaargeving), en niet zoals het Hof het stelt, op grond van artikel 1927 B.W. (Antwerpen,

3 mei 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1978-80, 58 en *Eur. Vervoerr.*, 1981, 433). Toen door de ontploffing van een warmwatertoestel een in bewaring gegeven wagen werd beschadigd, werd aangenomen dat de bewaarnemer aan de bewaring van die wagen niet minder zorgen had besteed dan aan zijn eigen zaken (Gent, 16 juni 1980, *R. W.*, 1980-81, 2005, noot). Men heeft hier echter evenmin met een onbezoldigde bewaarneming te maken. Het betreft een garagist. Met een uiteraard bezoldigde overeenkomst van aanneming gaat een bewaarneming op accessoire wijze gepaard. Hierop is niet artikel 1927 B.W. van toepassing. De eerste rechter had die stelling nochtans aangenomen en de vordering in schadevergoeding als ongegrond afgewezen. Ook het Hof te Gent stelt dat op het louter contractuele vlak de garagist niet aansprakelijk kan gesteld worden. Zoals gezegd, kan men het hiermee niet eens zijn. Het Hof te Gent veroordeelt de garagist dan toch tot schadevergoeding maar op quasi-delictuele grondslag. Dit doende wordt eveneens de bal misgeslagen: tussen contractanten kunnen de artikelen 1382 e.v. B.W. slechts ingeroepen worden indien noch de fout, noch de schade zuiver contractueel zijn. *In casu* is in elk geval de schade louter contractueel, vermits de cliënt zich contractueel mocht verwachten aan de teruggave van een onbeschadigde wagen. (Zie voor het Franse recht: Durry, G., „La nature de la responsabilité d'un contractant qui endommage des biens appartenant à son cocontractant”, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1982, 145).

149. In een aantal door de wet opgesomde situaties moet de bewaarplicht van de bewaarnemer strenger worden opgevat en geldt het criterium van de *bonus pater familias*, de *reasonable man* uit de common law. Dit is het geval indien de bewaarnemer zichzelf heeft aangeboden om de zaak in bewaring te nemen; indien de bewaargeving uitsluitend in het belang van de bewaarnemer is geschied; indien tussen partijen uitdrukkelijk is overeengekomen dat de bewaarnemer voor om 't even welke schuld aansprakelijk zal zijn of nog, indien de bewaarnemer voor de bewaring bezoldigd wordt (art. 1928 B.W.). Alsdan is de bewaarnemer gehouden aan de bewaring die zorgen te besteden die de goede huisvader pleegt aan de dag te leggen en staat hij in voor zijn *culpa levis in abstracto* (Antwerpen, 2 december 1981, *R. W.*, 1982-83, 1388, noot en *Rechtspr. Antw.*, 1981-82, 474). Een wagen die in een bewaakte omheining geparkeerd stond werd gestolen. Het Hof stelt terecht enerzijds dat diefstal geen overmacht oplevert, maar anderzijds ook dat het onjuist is te beweren dat alleen diefstal met verzwarende omstandigheden de bewaarnemer kan bevrijden van zijn bewaarplicht en daaruit volgende verplichting tot teruggave. Met andere woorden diefstal *kan* overmacht opleveren. Dit moet beoordeeld worden in het licht van de zorg die de bewaarnemer aan zijn opdracht besteed heeft: was dit de zorg van een goed huisvader? *In casu* was dit volgens het Hof wel degelijk het geval, en staat men voor overmacht: de dief nam plaats in het voertuig en reed in de havenkom; dit kon redelijkerwijze niet worden vermoed door de bewaarnemer die bezwaarlijk een bewaking kan plaatsen langs de havenkom omdat

rederlijkerwijze aangenomen kan worden dat geen voertuig langs deze weg ontvreemd zal worden. Er kan de bewaarnemer dus geen fout aangewreven worden, omdat hij geen uitzonderlijke bewakingsposten heeft geplaatst langs de havenkom vanwaar hij geen indringers kon verwachten. Dit is uiteraard een feitenkwestie. Hoe dit ook zij, de bewaarnemer werd niet aansprakelijk gesteld. Het Hof van Beroep te Antwerpen stelt het als volgt: de bewaarnemer is op grond van artikel 1928 B.W. verplicht de hem toevertrouwde zaak goed te bewaren, zodat hij zelfs instaat voor zijn *culpa levis in abstracto*; dit is een inspanningsverbintenis. De verplichting tot teruggave is slechts het logische gevolg van deze hoofdverbintenis, vervat in artikel 1928 B.W., en is een resultaatsverbintenis. Men zou het wellicht beter zo kunnen stellen: bij niet-teruggave moet de bewaarnemer een geval van overmacht bewijzen. Daartoe volstaat niet dat hij een bepaald gebeuren, zoals diefstal of brand, inroept. Hij moet ook de kenmerken van de overmacht aantonen, met name het externe, onvoorzienbare en onweerstaanbare karakter van dat *prima facie* overmachtsgeval. En hier komt het abstracte criterium van de goede huisvader voor de propfen: om aldus aan te tonen dat dit *prima facie* overmachtsgeval (zoals *in casu* de diefstal) onweerstaanbaar was, moet hij dit aantonen in het licht van de maatregelen die door hem genomen werden en die overeenkomen met wat gebruikelijk is (en dus ook tot de contractuele verwachtingen hoort) in die bepaalde sector, voor dat bepaalde type van bewaargeving. Zoals gezegd is dit uiteraard een feitenkwestie, die tot de soevereine appreciatie van de rechter ten gronde behoort.

De bewaargeving moet als bezolgdigd beschouwd worden indien er in het kader van een commissiecontract, ten gunste van de bewaarnemer een *ristorno* werd bedongen van een gedeelte van de winst bij verkoop van de toevertrouwde voorwerpen aan derden⁴ (Luik, 12 maart 1975, *De Verz.*, 1978, 615, noot A.T.).

150. De verplichting de toevertrouwde zaak te bewaren is een inspanningsverbintenis. Een contractuele tekortkoming in hoofde van de bewaarnemer dient door de bewaargever te worden aangetoond. Een voorbeeld van zo'n fout van een bewaarnemer is het gebruik van hijstuigen die niet voorzien zijn van een „Fünkenfänger und Abgasreiniger“ in een magazijn waar jute en katoen is opgeslagen (Antwerpen, 14 mei 1980, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 375). De hele hamvraag bestaat erin hoe deze eerste verbintenis te combineren is met de resultaatsverbintenis tot teruggave van de in bewaring gegeven zaak (Brussel, 29 juni 1982, *J.T.*, 1982, 685; Rb. Brussel, 22 oktober 1979, *R.G.A.R.*, nr. 10403; Rb. Charleroi, 25 maart 1981, *De Verz.*, 1982, 129, noot R.B.). Op de bewaarnemer rust immers de uitslagverbintenis de zaak terug te geven, vrij van beschadigingen die aan zijn toedoen zouden te wijten zijn (Gent, 16 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 2005, noot). De beschadiging buiten zijn toedoen aan de in bewaring gegeven zaak komt voor rekening van de bewaargever (art. 1933 B.W.). Blijft de bewaarnemer

in gebreke het hem toevertrouwde te restitueren, dan wordt hij vermoed aansprakelijk te zijn. Alleen een door hem te bewijzen vreemde oorzaak, met name toeval of overmacht, kan hem bevrijden, voor zover — aldus een Luiks arrest, maar dit is een pleonasme — deze niet te wijten is aan zijn schuldige tekortkoming (Luik, 12 maart 1978, *R. W.*, 1978-79, 2430). Ziet men evenwel de verplichting tot teruggave slechts als het logische gevolg van de hoofdverbintenis tot het bewaren van de zaak (Antwerpen, 2 december 1981, *Rechtspr. Antw.*, 1981-82, 474 en *R. W.*, 1982-83, 1388, noot), dan zou hierbij een eventuele fout van de bewaarnemer moeten beoordeeld worden met inachtneming van de zorgplicht waartoe hij, al naargelang de toepasselijkheid van artikel 1927 B.W. en artikel 1928 B.W., gehouden is (vgl. Gent, 16 juni 1980, *R. W.*, 1980-81, 2005, noot). Qua bewijs zouden beide verbintenissen verknocht zijn. De bewaarnemer moet bewijzen waaraan het ligt dat hij niet kan teruggeven en bij die gelegenheid zal de bewaargever ertoe gebracht zijn te bewijzen dat de bewaringsplicht niet naar behoren werd vervuld (Vandeputte, R., *Overeenkomsten, II, Bijzondere overeenkomsten, A. Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Dillemans, R. en Van Gerven, W. (ed.), Antwerpen, Standaard, 1981, 240). Zodoende overwoog het Hof van Beroep te Antwerpen dat, ofschoon de bewaargever terecht aanvoerde dat diefstal geen overmacht oplevert, hij daardoor nog niet aantoonde dat de diefstal een fout impliceert van de zijde van de bewaarnemer. De bewering van dezelfde bewaargever dat alleen diefstal met verzwarende omstandigheden de bewaarnemer kan bevrijden werd door het Hof eveneens als onjuist van de hand gewezen (Antwerpen, 2 december 1981, *Rechtspr. Antw.*, 1981-82, 474 en *R. W.*, 1982-83, 1388, noot). In een ander geval luidde de stelling van het Hof van Beroep te Antwerpen: zonder te moeten ingaan op de discussie betreffende de verplichtingen ontstaan uit de bewaring en te onderzoeken of de restitutie-resultaatsverbintenis dan wel de bewaring-middelverbintenis het hoofdbestanddeel is van de verplichting die op de bewaarnemer rust, dient eerder onderzocht te worden welke *in concreto* de wijze geweest is waarop de bewaarnemer zich van zijn verplichtingen gekwetten heeft (Antwerpen, 28 november 1980, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 451. Adde: Antwerpen, 3 mei 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 58 en *Eur. Vervoerr.*, 1981, 433). Wanneer dit onderzoek naar de normen van de artikelen 1927 en 1928 B.W. gunstig uitvalt voor de bewaarnemer zou hij niet meer mogen veront-rust worden als hij ten gevolge van beschadiging of verlies van de zaak, deze niet kan teruggeven.

Men kan niet akkoord gaan met de aldus geformuleerde stelling. Indien immers de oorzaak van de beschadiging of het verdwijnen van de zaak onbekend bleef — men tast in het duister naar wat er gebeurd is —, zal het bewijs door de bewaarnemer dat hij in elk geval geen fout beging hem niet helpen. Beter is het, zoals hoger gezegd, de inspanningsverbintenis tot bewaken en de resultaatsverbintenis tot teruggave van de bewaarnemer te verbinden door van hem vooreerst een bewijs van een *prima facie* overmacht

geval te vereisen (wat hij niet leveren kan indien de oorzaak van het verdwijnen onbekend bleef); de tegenpartij kan dit dan ontkrachten door aan te tonen dat dit overmachtsgebeuren weerstaan had kunnen worden, indien de bewakingsmaatregelen en voorzorgen getroffen waren geweest die een goed huisvader treft.

151. Zoals reeds aangegeven en zoals onder meer blijkt uit artikel 1928, 4° B.W. kunnen de contractanten, buiten het geval van kwaad opzet, vrij een aansprakelijkheidsregeling uitwerken. *In casu* geschiedde de overslag van phenol onder toepassing van de Antwerpse voorwaarden voor opslag en behandeling van stortgoederen in vloeibare vorm, zodat de bewaarnemer enkel aansprakelijkheid trof voor verlies en/of schade die het gevolg was van eigen opzet of van opzet of zware fout van zijn aangestelden. Zulk exonerationebeding is niet van aard de verbintenissen van de bewaarnemer volledig uit te schakelen, en heeft volkomen uitwerking als de gelaedeerde niet het vereiste opzet of dito zware fout weet aan te tonen (Kh. Antwerpen, 15 januari 1979, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 467).

Aan de bewaarnemer werd het beroep op de vrijstellingsclausule in het contract ontzegd omdat de ontheffing alleen kon gelden voor de koopwaar die zich bevond op de contractueel overeengekomen plaats (Antwerpen, 14 mei 1980, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 375). De bewaarnemer moet de zaken bewaren op de overeengekomen plaats. Indien hij de goederen in een ander magazijn heeft opgeslagen, is hij verplicht dit aan de bewaargever mee te delen opdat deze een geldige verzekeringsovereenkomst zou kunnen sluiten. Goederen die opgeslagen worden op een andere plaats dan die welke in de polis wordt aangewezen, zijn niet gedekt door de verzekering.

152. BEWAARNEMING DOOR EEN COMMISSIONAIR-EXPEDITEUR — Beslist werd dat de commissionair-verzender, die voor rekening van zijn commitment goederen heeft ontvangen, gehouden is tot de verplichting van een bewaarnemer, te weten de bewaarplicht en de verplichting tot teruggave. Van deze laatste resultaatsverbintenis kan hij zich enkel bevrijden door het bewijs van overmacht of toeval te leveren (Kh. Brussel, 18 april 1980, *Eur. Vervoerr.*, 1982, 200). Daarin slaagde niet de commissionair-expediteur, die gelast was met de ontvangst, de inklaring en de verzending van 205 kartons motorzagen, en die, in afwachting van nog op te sturen documenten, deze koopwaar noodzakelijk in bewaring moest nemen tussen het ogenblik dat zij door het zeeschip afgeleverd werd en de inklaring. Hoewel niet bleek dat voor deze bewaarneming een afzonderlijke vergoeding werd bedongen, noch aan de commissionair opdracht gegeven werd bijzondere bewakingskosten aan de koopwaar te besteden en de commissionair dus slechts gehouden was door een verminderde zorgenplicht, werd hij toch aansprakelijk geacht nadat 30 kartons motorzagen uit een niet afgesloten hangar op de Antwerpse dokken waren gestolen. De *Stevedoring Company* heeft niet aangetoond dat de goederen in een afgesloten loods opgeslagen werden,

noch dat alle noodzakelijke voorzorgsmaatregelen werden genomen; er was geen sprake van een „behoorlijk” gesloten hangar, noch van een normale bewaking tijdens de diensturen en van een zondag-waak (Antwerpen, 3 mei 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 58 en *Eur. Vervoerr.*, 1981, 433).

153. BEWAARNEMING DOOR EEN RECEPTIENATIE — Men neemt aan dat er een rechtstreekse contractuele band bestaat tussen de cognossementhouders en de overeenkomstig de receptieclausule van de Antwerpse Scheepvaartvereniging voor rekening van die cognossementhouders door de scheepsagenten ambtshalve aangewezen receptienatie. Met laatstgenoemde term wordt het veembedrijf bedoeld dat de goederen in ontvangst neemt. Deze contractuele band situeert zich in het kader van een overeenkomst van aanneming waarbij de natie verplicht is in naam en voor rekening van de bestemmelingen de koopwaar uit de handen van de kapitein te ontvangen en vervolgens te bewaren, te bewaken naargelang de omstandigheden en ter beschikking te houden van de rechthebbende. Wanneer blijkt dat de goederen niet eens bewaard werden in een behoorlijk afgesloten magazijn, heeft de natie niet de nodige zorgen besteed aan de koopwaar die zij onder haar hoede heeft (Antwerpen, 28 november 1980, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 451). Ook volgens het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 31 januari 1978 is de receptienatie gebonden jegens de cognossementhouders door een contract van aanneming. Van zodra de natie evenwel de goederen ontvangen heeft van de zeevervoerder, is ze tevens bewaarneester ervan totdat de bestemmelingen ze komen weghalen. Als dusdanig is het veem aan de koopwaar de beste zorgen verschuldigd en moet het alles in het werk stellen om de koopwaar voor beschadiging te behoeden. Het is aansprakelijk wanneer balen sisal schade lijden door de regen. Dat de goederen zo snel gelost werden dat het tempo niet kon gevolgd worden, is geen verschoningsgrond (Kh. Antwerpen, 31 januari 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 369). Na het verhoor van tal van getuigen kwam de deskundige tot het besluit dat de koopwaar tijdens regenweer op een open voorkaai werd gelost, spijt het protest van de kapitein, aan wie wijs gemaakt werd dat dit te Antwerpen de gewoonte was. De receptienatie kon het lossingsritme niet volgen. Daardoor ontstonden vijf grote hopen sisal op de open voorkaai. Dit lijkt een fout bij de uitvoering van het aannemingscontract, en niet bij de bewaking ervan als bewaarner.

Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen „is de receptienatie gehouden aan de koopwaar de zorgen te besteden die zij aan de bewaring van haar eigen zaken besteedt, welke zorgverplichting strenger dient toegepast te worden als zij als bezoldigd bewaarner optreedt”. Zo’n formulering lijkt nergens op. De natie is volgens het Hof niet aansprakelijk voor brandschade als de koopwaar ondergebracht is in een in voortreffelijke staat van onderhoud gesloten loods, als een bewaking het ontstaan van de brand niet had kunnen verhinderen — er was in feite geen bewaking — en als de brand buiten het toedoen van de bewaarner ontstond als gevolg van een

uitwendige oorzaak (Antwerpen, 17 februari 1982, *Rechtspr. Antw.*, 1981-82, 155). Als oorzaken sluit de deskundige uit: sigarettenpeukjes, uitlaatensters van vorklifttractors. De brand lijkt het gevolg te zijn van de slechte algemene toestand van de leidingen. Maar de magazijnen zijn eigendom van de stad Antwerpen, die zich geëxonereerd heeft voor alle mogelijke schade. Men kan het met deze beslissing niet eens zijn. De bewaarnemer heeft geen overmacht bewezen.

De Rechtbank van Koophandel van Antwerpen stelt terecht dat de ontvangende natie gehouden is tot schadeloosstelling van de cognossementhouder voor beschadiging van de goederen, na lossing, op de kaai of onder afdak vóór de aftekening van het „laat-volgen”, tenzij bewezen wordt dat de schade door overmacht veroorzaakt werd. Als de cognossementhouder de goederen in ontvangst heeft genomen of laten nemen, en deze niet onmiddellijk weggehaald werden na aftekening van het laat-volgen, is de receptie-natie niet langer bewaarnemer en verblijven de goederen op de kade of onder afdak op risico van de bestemmingen (Kh. Antwerpen, 14 maart 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 238).

154. AAN WIE TERUGGEVEN? WAT? WANNEER? — De in bewaring gegeven zaak moet teruggegeven worden aan diegene die ze aan de bewaarnemer heeft toevertrouwd, aan hem in wiens naams de bewaring gedaan is, of aan hem die aangewezen is om ze terug te ontvangen (art. 1937 B.W.). Indien de zaak in bewaring gegeven is door de voogd en diens beheer of bestuur geëindigd is, kan zij slechts teruggegeven worden aan de persoon die door die voogd vertegenwoordigd werd (art. 1941 B.W.). Toen mevrouw J.W. overleed, liet zij na, zoals dat heet, als enige wettige en voorbehouden erfgename, haar minderjarige dochter onder voorbehoud van de erfrechten in vruchtgebruik toekomende aan haar overlevende echtgenoot. Deze laatste vertrouwde als wettelijke voogd de aan zijn dochter toekomende fondsen uit de nalatenschap toe aan een notaris die ze ten slotte op een rubriekrekening plaatste. Meerderjarig geworden vraagt de dochter de teruggave door de notaris van haar tegoeden door overschrijving ervan op een eigen bankrekening. De notaris weigert op dit verzoek in te gaan en voert aan dat hij daartoe de toestemming van de voogd en van de toeziende voogd nodig heeft, dat hem geen voogdijrekeningen zijn voorgelegd en dat de vader-voogd nog zekere aanspraken laat gelden op de aan hem toevertrouwde fondsen. Het Hof van Beroep van Brussel had geen oor voor deze argumenten en stelde de notaris aansprakelijk voor zijn tekortkoming aan de verplichting de door hem in bewaring ontvangen zaken terug te geven. De bewaargeving was eertijds gebeurd in naam van de pupil. Voor deze volstaat de enkele hoedanigheid van bewaargever opdat zij, eens meerderjarig geworden, de handelingsbekwaamheid heeft de teruggave te vorderen. Deze teruggave dient te gebeuren zonder toestemming van de respectievelijke voogden en zonder dat de notaris-bewaarnemer zich mengt in de patrimonieële verhouding tussen de voogd en pupil, te meer daar de bewaarnemer

van hem in wiens naam de zaak in bewaring gegeven is, niet het bewijs kan vorderen dat hij eigenaar is van die zaak (Brussel, 29 juni 1982, *J.T.*, 1982, 685).

Een zaak kan in bewaring gegeven worden door meer dan één persoon. M. was blote eigenaar van kasbons waarvan D. de vruchtgebruikster was. Beiden gaven deze kasbons in bewaring aan een financiële instelling. Deze laatste gaf verkeerdelijk de kasbons terug aan M., die ze verkocht. Na haar vergissing te hebben ingezien stelde de kredietinstelling een vordering in tegen M. om de waarde van de ten onrechte teruggegeven kasbons terug te krijgen. Wanneer er verschillende bewaargevers zijn, aldus het Hof van Beroep van Brussel, kan geen van hen de zaak in ontvangst nemen zonder de toestemming van de andere(n). Zolang er meerdere schuldeisers zijn van de teruggaveverbinde, is deze ondeelbaar en duldt zij geen enkele gedeeltelijke uitvoering ten voordele van één van de bewaargevers. De financiële instelling werd zodoende de bevoegdheid toegekend in rechte op te treden als bewaargeefster (Brussel, 23 juni 1980, *J.T.*, 1980, 640).

De teruggave moet gebeuren zodra zulks van de bewaarnemer gevorderd wordt, ook al is bij het contract een bepaalde tijd voor de teruggave vastgesteld (art. 1944 B.W.). Hij mag zich slechts aan zijn teruggaveplicht onttrekken wanneer de schuldeisers van de bewaargever in zijn handen beslag leggen op de in bewaring gegeven zaak (Brussel, 29 juni 1982, *J.T.*, 1982, 685). Zulk derdenbeslag was gedaan op een verzegelde omslag die een bank in gesloten bewaargeving was toevertrouwd. Deze bank, zo schrijft artikel 1543, eerste lid Ger. W. moet overeenkomstig haar verklaring van derde beslagene en op straf van veroordeling hiertoe, in handen van de gerechtsdeurwaarder afgifte doen van de sommen, bedragen en zaken die zij onder zich heeft, doch slechts tot beloop van de schuldvordering van de beslaglegger. De openbare orde-bepaling van artikel 1931 B.W. verbiedt echter de bewaarnemer te onderzoeken waarin de zaken, die in bewaring zijn gegeven, bestaan, wanneer die hem onder verzegelde omslag zijn toevertrouwd. De beslagrechter zag zich geroepen deze patstelling op te heffen. Hij beval dat de gerechtsdeurwaarder zou overgaan tot een voorafgaandelijke opening op tegenspraak van de gesloten omslag en dat de inhoud ervan ten belope van de nog openstaande schuld aan de gerechtsdeurwaarder zou overhandigd worden. Een notaris werd aangesteld om de niet vertegenwoordigde, niet verschijnende of weigerende partijen te vertegenwoordigen (Beslagr. Brugge, 22 december 1981, *R.W.*, 1981-82, 2746, noot Lanoye, L.). Wanneer de derde bewaarnemer de wederrechtelijke instructies van de bewaargever opvolgt en de afgifte van de goederen weigert uit te voeren, pleeft hij een feitelijkheid waarvan de rechter in kort geding de staking mag bevelen (Voorz. Kh. Antwerpen, 29 januari 1981, *B.R.H.*, 1982, 78, noot M.C.).

155. Het recht op teruggave is een persoonlijk recht dat voortvloeit uit het bewaargevingscontract en dat de titularis ervan kan tegenwerpen aan de

schuldeisers van de bewaarnemer. Zodoende vorderde een in de rechten van de bewaargever gesubrogeerde kredietverzekeringsmaatschappij de terug-gave van een in consignatie gegeven tractor, nadat de bewaarnemer een gerechtelijk akkoord met boedelafstand had verkregen. De vereffenaars hadden bij het verzilveren van het actief evenwel de tractor verkocht. Daar het teruggaverecht stoelde op de bewaargevingsovereenkomst en de eiseres, *in casu*, tevens eigenares was, komt de opbrengst van de verkochte tractor bij zaakvervanging toe aan de verzekeringsinstelling, ook al omdat de nog niet betaalde opbrengst nooit vermengd is geweest met de te liquideren boedel (Kh. Kortrijk, 7 juni 1977, *R.W.*, 1979-80, noot Braeckmans, H.).

156. Een notaris die bewaarnemer is van hem door een voogd namens zijn pupil toevertrouwde fondsen, is niet verplicht deze gelden normaal te laten renderen. De bewaarnemer heeft noch de hoedanigheid noch de plicht zich in de plaats te stellen van de voogd in het uitvoeren van diens taak. Hij had daartoe van de voogd geen opdracht gekregen en de notaris heeft door zijn louter optreden voor de partijen niet de bevoegdheid op eigen initiatief een bewaargeving om te zetten in een mandaat (Brussel, 29 juni 1982, *J.T.*, 1982, 685). Bij een commissieovereenkomst zijn de figuren lastgeving en bewaargeving in elkaar gestrengeld.

157. QUASI-DELICTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BEWAARNEMER — Het bestaan van een contractuele verhouding tussen de bewaargever en de bewaarnemer sluit niet elke quasi-delictuele aansprakelijkheid van deze laatste uit. Extracontractuele aansprakelijkheid blijft bestaan indien de niet nagekomen verbintenis niet louter uit het contract voortvloeit en de schade haar ontstaan en bestaansvoorwaarden niet louter in het contract vindt. Dit is het geval wanneer de schade aan de in bewaring gegeven zaak voortvloeit uit een gebrek van een eigen zaak van de bewaarnemer. In dat geval is er een tekortkoming aan de verplichting geen schade te veroorzaken door toedoen van de zaken die men onder zijn controle heeft (art. 1384, eerste lid B.W.). Deze tekortkoming identificeert zich niet met de tekortkoming aan de contractuele verplichting tot teruggave van een niet beschadigde zaak (artt. 1932 en 1833 B.W.), doch is het gevolg van de schending van de quasi-delictuele verbintenis. Ofschoon de beschadiging van de in bewaring gegeven wagen dus niet te wijten was aan een tekortkoming aan de zorgen en bewaarplicht van de bewaarnemer, toch werd diens aansprakelijkheid in aanmerking genomen omdat hij een gebrekkige zaak onder zijn toezicht had, te weten een warmwatertoestel dat ontploft was (Gent, 16 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 2005, noot). De uitspraak is, hoe men het ook draait, verkeerd: tussen de schadelijder en de schadetoebrenger bestaat er een overeenkomst. In beginsel zijn de regels van de onrechtmatige daad hier uitgesloten, zelfs indien men de interpretatie van het Ebes-arrest voorstaat die een beperkte samenloop aanvaardt, indien fout noch schade zuiver contractueel zijn. *In casu* is de schade zuiver contractueel, vermits ze eruit

bestaat dat de contractuele teruggave van de wagen — dat is precies een verbintenis van de bewaarnemer — niet nagekomen werd. Zie voor het Frans recht: Remy, Ph., „L'incendie d'une automobile chez le garagiste-réparateur”, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1982, 430.

158. DE BEWAARPLICHT VAN DE WERKGEVER — Op grond van artikel 13 van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, thans opgeheven en vervangen door artikel 20, 7° W. A.O. van 3 juli 1978, is de werkgever verplicht als een goed huisvader te zorgen voor het arbeidsgereedschap dat aan de werknemer toebehoort alsmede voor de persoonlijke voorwerpen welke door deze laatste in bewaring worden gegeven; in geen geval mag de werkgever dat arbeidsgereedschap of die persoonlijke voorwerpen weigeren terug te geven. Dit arbeidsrechtelijk voorschrift vindt geen toepassing in geval van diefstal van de motorfiets die een werkneemster binnen de fabriekomheining op een daartoe bestemde plaats heeft achtergelaten. Een motorfiets is geen arbeidsgereedschap en evenmin een persoonlijk voorwerp dat noodzakelijk verband houdt met de uitvoering van de arbeid. Het wetsartikel is trouwens dwingend recht en moet strict geïnterpreteerd worden. Voor de andere zaken, dan deze beoogd door de arbeidsovereenkomstenwet, mag men geen bewaargevingscontract aanwezig achten louter op grond van het feit dat de werkgever aan zijn personeel een ruimte ter beschikking stelt om hun voertuigen te plaatsen. Bewaargeving mag immers niet verward worden met het gedogen zekere zaken op een welbepaalde plaats achter te laten (*Arrondrb. Doornik*, 2 maart 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 951).

159. BEWAARGEVING UIT NOODZAAK. RETENTIERECHT. ZAAKWAAARNEMING. SAMENLOOP — Op 8 september 1970 vernielde een waarschijnlijk door kwaad opzet ontstane brand een grote partij jute balen die een scheepsagent, in uitvoering van zijn met de rederij gesloten overeenkomst, opgestapeld had op aanwijzing van de waterschout in magazijn 6 van de Scheldekaaien te Antwerpen. De jute was er opgeslagen ten gevolge van scheepsaverij van een Pakistaans schip en wegens de staking in de bestemmingshaven Dundee, alwaar de goederen dienden afgeleverd te worden aan de cognossementhouders. Deze laatsten stelden een schadevergoedingsvordering in tegen de scheepsagent, die zij als eigenaar of concessionaris van de loods verantwoordelijk achtten daar hij geen enkele voorzorgsmaatregel om brand te voorkomen, had getroffen. De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen voegde de 42 gedingen samen en wees de schade-eis af omdat er tussen de cognossementhouders en de scheepsagent geen contractueel rechtsverband bestond. Ook geen bewaargeving uit noodzaak die, zoals de gewone bewaargeving, de consensus van twee partijen behoeft, maar zich van deze onderscheidt door het gebrek aan keuze in hoofde van de bewaargever van zijn medecontractant met wiens bewaarneming hij wel instemt zoals in het toetredingscontract ook het geval is (*Kh. Antwerpen*, 9 decem-

ber 1975, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 168). Dit vonnis wordt gekenmerkt door een archaïsch woordgebruik, zoals: „de daarin gestelde eisen strekken ertoe verweersters in elk dier zaken afzonderlijk, solidairlijk zo niet gezamenlijk, minstens de ene bij gebreke aan de andere, tot betaling te horen en zien veroordelen”, enz. De beslissing in rechte is echter voorbeeldig: men vindt hier een toepassing van de leer van de samenloop van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid, zoals die sinds het Nalatige Stuwadoorsarrest uitgebreid werd naar de verhouding tussen opdrachtgever en onderaannemer toe. De scheepsagent en de natie zijn slechts de uitvoeringsagenten van de zeevervoerder, de rederij.

Eenzelfde redenering over de bewaarneming uit noodzaak volgde de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Luik in zijn overweging dat de bewaargeving uit noodzaak geen eenzijdige handeling uitmaakte, maar de toestemming van twee partijen veronderstelt ook al is de toestemming van de bewaargever gedwongen. *In casu* had een takeldienst, op politiebevel, verkeerd geparkeerde voertuigen naar haar eigen installaties versleept. Ze weigerde de teruggave aan de eigenaar zolang deze de versleppingskosten niet betaalde. De rechter oordeelde dat er geen bewaargeving uit noodzaak en ook geen andere contractuele band bestond tussen de takeldienst en de eigenaar. De takeldienst kan zich bijgevolg niet op een retentierecht beroepen (Voorz. Kh. Luik, 2 maart 1982, *B.R.H.*, 1982, 459 en *Jur. Liège*, 1982, 222). Dit is een interessante zaak. Er bestaat een contract tussen de stad Luik en een takeldienst om verkeerd geparkeerde voertuigen te verplaatsen. Zoals algemeen geweten is de vurige stede echter slecht bij kas; om die reden probeert begrijpelijkerwijze de takeldienst zich te doen betalen door auto-eigenaars. Artikel 4, 4, 2 van het K.B. van 1 december 1975 geeft aan de takeldienst geen rechtstreekse vordering tegen de verkeerd geparkeerde automobilist.

Een bewaargevingsovereenkomst (zoals die zou kunnen bestaan tussen een automobilist en bijvoorbeeld Touring-Wegenhulp) is er niet *in casu*, en evenmin een zaakwaarneming vermits de depannage niet gebeurde in het belang van de auto-eigenaar. Er is dus geen verbintenisrechtelijke verhouding tussen de auto-eigenaar en de takeldienst. De voorzitter in kortgeding beslist dan ook dat er van retentierecht in hoofde van de takeldienst geen sprake kan zijn. De wagen moest teruggegeven worden aan de eigenaar ervan.

De bewaargeving uit noodzaak is de bewaargeving waartoe men wordt gedwongen door enig ongeval, zoals brand, instorting, wanordelijkheden, plundering, schipbreuk of een andere onvoorziene gebeurtenis (artt. 1384 en 1949 B.W.). Het veronderstelt dat de bewaargever wordt beroofd van de vrijheid om niet in bewaring te geven en om een andere bewaarnemer te kiezen. Zodanige beroving van vrijheid wordt in concreto en op onaantastbare wijze door de feitenrechter beoordeeld (Cass., 19 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 312, *Arr. Cass.*, 1977, 315 en *R.W.*, 1977-78, 472).

Met uitzondering voor de bewijsregeling, is de bewaargeving uit noodzaak

aan dezelfde regels onderworpen als de vrijwillige bewaargeving (artt. 1950 en 1951 B.W.). Of de bewaargeving vrijwillig dan wel uit noodzaak is tot stand gekomen is in principe ter zake van de aansprakelijkheid van de bewaarnemer dan ook irrelevant (Gent, 16 juni 1980, *R. W.*, 1980-81, 2005, noot).

Het Hof van Beroep te Brussel overweegt dat de bewaring uit noodzaak deze is waartoe de bewaargever door enig ongeval of andere onvoorziene gebeurtenis wordt gedwongen; dit moet beoordeeld worden naar gelang de hoedanigheid van de personen en de omstandigheden. Weduwe Eugenie Thys bevond zich in die toestand toen zij, ingevolge een ongeval, op hooggevoerde leeftijd in een Brugse kliniek werd opgenomen; zij gaf zich rekenschap van het feit dat zij niet huiswaarts kon keren en haar vertrouwensman niet kon bereiken; aldus was ze van de nodige vrijheid en keus beroofd en deed beroep op haar werkvrouw en op de verweerder om de roerende bezittingen, verborgen in haar woning, in veiligheid te brengen. De omstandigheden lieten haar niet toe zich een geschrift als bewijs van de bewaargeving te verschaffen. Verweerder beweerde dat het om een schenking ging en verzetten zich tegen de teruggave aan de erfgenamen zich beroepend op artikel 2279 B.W. Het Hof kwalificeerde zijn bezit als dubbelzinnig en sloot aldus de toepassing van artikel 2279 B.W. uit. Maar eisers moesten nu hetzij hun eigendomsrecht bewijzen, hetzij het bestaan van een contractuele teruggevaplicht. Het Hof vond dat uit gewichtige, duidelijke en overeenstemmende vermoedens een bewaargeving kon afgeleid worden, met name uit de niet betwiste afgifte van de zaken aan verweerder, gevolgd door betalingen gedaan door deze persoon voor rekening van Eugenie Thys — lastgeving uitgevoerd met de in bewaring gegeven gelden — en uit het herhaaldelijk verzet van Eugenie Thys tegen het opmaken van een akte van schenking omdat zij oordeelde die zaken voor haar verdere leven — ze was ervan overtuigd dat ze honderd jaar zou worden — nodig te hebben (Brussel, 4 december 1978, *T. Not.*, 1979, 83).

160. HOTELBEWAARGEVING — Krachtens de tekst van artikel 1952 B.W. is de hotelhouder op grond van een bewaargeving uit noodzaak aansprakelijk voor beschadiging, vernieling of ontvreemding van zaken welke een gast die in het hotel zijn intrek neemt en er logeert, naar het hotel meebrengt.

Opdat de aansprakelijkheid van de hotelhouder in het gedrang zou komen is niet vereist dat de zaken van de gast aan de hotelhouder zijn toevertrouwd; het volstaat dat deze zich in het hotel bevinden (Kh. Brussel, 14 november 1980, *J. T.*, 1981, 196). Enkel de persoon die in het hotel logeert mag zich beroepen op de bewaargeving aan de hotelier en niet diegene die er enkel een eetmaal gebruikt (Cass., 19 november 1976, *Pas.*, 1977, 312, *Arr. Cass.*, 1977, 315 en *R. W.*, 1977-78, 472). In laatstgenoemd geval had ene Martha Sels in het restaurant, dat uitgebaat werd door een hotelhouder, gedineerd; haar bontmantel overhandigde ze aan de ober die zich met de mantel naar de gang naast het restaurant begaf waar hij een kelner vroeg

hem op de tafels in de feestzaal van de inrichting te leggen; na het eetmaal bleek de mantel te zijn verdwenen.

De rechter ten gronde verwierp haar vordering in schadevergoeding. Het lijkt dat de voorziening in cassatie niet de goede vragen stelde aan het Hof van Cassatie, zodat het verwerpingsarrest niet interessant is.

Ieder student in de rechten weet dat de hotelbewaargevingregels niet van toepassing zijn op voorwerpen die behoren aan een persoon die in het hotelrestaurant dineert, maar niet in het hotel overnacht. Een cassatiearrest dat dit nog eens moet herhalen is uiteraard niet interessant. Ten tweede moet het cassatiemiddel niet toegespitst worden op de vraag of het nu *in casu* om bewaargeving uit noodzaak ging of niet. Zoals het Hof van Cassatie wel moest antwoorden, betrof dit middel een feitenkwestie. Het vonnis ten gronde stelt inderdaad vast dat „uit de feiten blijkt dat Sels geenszins gedwongen was zich van haar mantel te ontdoen in de mate en op de wijze waarop ze dit heeft gedaan”. Bewaargeving uit noodzaak, als omschreven in de artikelen 1948 en 1949 B.W., veronderstelt dat de bewaargever werd beroofd van de vrijheid om niet in bewaring te geven en om een andere bewaarnemer te kiezen; deze vrijheidsberoving wordt *in concreto* en op onaantastbare wijze door de feitenrechter beoordeeld. De interessante vraag — die misschien wel tot cassatie had kunnen leiden — werd niet gesteld in de voorziening, met name of de overhandiging van een mantel aan een ober in een restaurant een resultaatsverbintenis doet ontstaan in hoofde van de restaurantuitbater of niet, en, in geval van bevestigend antwoord, op welke grondslag.

161. DE VESTIAIRE-CASES — Het staat nu eenmaal niet zich op de dansvloer of aan een feestdis te begeven met een mantel aan. Dans- en eetlustigen verschaffen zich dan ook de nodige bewegingsvrijheid door zich voorafgaandelijk van de meest hinderlijke kledingstukken te ontdoen en ze achter te laten in de vestiaire van de bezochte gelegenheid op risico af hun kledingstuk beschadigd of helemaal niet terug te vinden. Kan men ter zake spreken over een bewaargevingsovereenkomst met de daaruit voortvloeiende bewarings- en teruggaveverbintenissen? Zonder meer antwoordde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik hierop bevestigend, al moet gezegd dat de omstandigheden ietwat apart waren. Het betrof met name een privé-club, gelegen op de eerste verdieping en dus niet voor eenieder toegankelijk. Naast de deur en gescheiden door een gordijn van het restaurant, was er een ruimte ingericht om de mantels weg te brengen. De benaming van deze ruimte speelt volgens de Rechtbank geen rol, voor zover de door de exploitant gewilde inrichting duidt op een uitnodiging aan het adres van de gasten om zich van hun mantels te ontdoen. Een privé-club beoogt de bezoekers een gevoel van comfort, intimiteit en veiligheid te verschaffen. Het veronderstelt een stilzwijgende bescherming door de inbewaargeving van de achtergelaten voorwerpen. *In casu* achtte de Rechtbank de partijen gebonden door een stilzwijgende vrijwillige bewaargeving en de

uitbater aansprakelijk voor de tekortkoming aan zijn teruggaveverbintenis (Rb. Luik, 9 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1980, 333).

Een bezoeker van „Le Privé” had op oudejaarsavond zijn mantel laten opbergen in de vestiaire. Er hing aangeplakt dat de kledingstukken slechts ten belope van 10.000 frank verzekerd waren. Het Hof van Beroep te Luik onderzocht of de bewaargever deze aansprakelijkheidsbeperking kon laten gelden tegen de bezoeker. Het besloot dat het niet bewezen was dat de manteleigenaar kennis had van de juiste draagwijdte van de aansprakelijkheidsbeperking, en dat het nog minder zeker was dat de eigenaar zich door het achterlaten van een mantel stilzwijgend akkoord had verklaard met de clausule, te meer daar de bewaargeving op zulke plaats en met zulke drukte praktisch gezien noodzakelijk, indien niet gedwongen was (Luik, 11 maart 1981, *Jur. Liège*, 1982, 2, noot Doutrewe, M.).

Welk uitstaans de kwalificatie van bewaargeving uit noodzaak heeft met de vraag naar de geldigheid van de exoneratieclausule mag Joost weten. Daarentegen is het vaste rechtspraak dat voor de geldigheid van een exoneratieclausule vereist is vooreerst dat ze gekend, en ten tweede dat ze aanvaard is. De kennis van de exoneratieclausule is een feitenkwestie: *in casu* was een gedrukt aanplakbiljet in de vestiaire opgehangen, met het bedrag er in handschrift bij; het vestiaireticket refereerde ernaar zonder de tekst te hernemen. Dit was weinig zichtbaar en volgens het Hof onvoldoende. Men kan daarenboven opmerken dat de kennis van de exoneratieclausule moet bestaan op het ogenblik dat het hoofdcontract gesloten wordt. De nadien ontstane kennis baat niet meer (tenzij partijen uitdrukkelijk akkoord zouden gaan om een wijziging aan te brengen aan het contract).

Een restaurantuitbater en zijn cliënt zijn gebonden door een overeenkomst met voorwerp een eetmaal te verschaffen. Het is kunstmatig aan te nemen dat de partijen met betrekking tot de kledij van het cliënteel de bedoeling hadden bijkomstig een bewaargevingsovereenkomst te sluiten. Reëler is de verplichting van de exploitant de kledij te bewaken, vast te knopen aan artikel 1135 B.W. en deze verbintenis zijn oorzaak te laten vinden in het overeengekomen eetmaal, waarvan het een onontbeerlijk accessorium is. De uitbater die bij het binnenkomen de kledij in ontvangst neemt, is verplicht dezelfde kledij bij het vertrek terug te geven. Deze restitutieplichting is een resultaatsverbintenis (Rb. Brussel, 14 juni 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr 9932 en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1975, 559).

Maar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dinant ziet in het feit dat een restauranthouder of diens aangestelde een cliënt van zijn jas af helpt en deze aan een kapstok hangt, integendeel slechts een gewone beleefdheidshandeling die volkomen vreemd is aan het begrip bewaargevingsovereenkomst. Men acht de restauranthouder dan ook niet gebonden door een resultaatsmaar door een inspanningsverbintenis. Zodoende moet de cliënt die bewijst dat hij bij het binnenkomen van de zaak een mantel droeg, doch deze bij het vertrek niet meer terugvindt, een fout aantonen in hoofde van de restaurantexploitant (Rb. Dinant, 21 oktober 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77,

191). Het feit dat de restauranthouder de cliënt uit zijn jas helpt en deze weghangt kan inderdaad in sommige omstandigheden slechts hulpvaardigheid zijn. Ten onrechte maakt de rechtbank er een algemene regel van. *In casu* betrof het een restaurant van hoge standing. Het lijkt dat de onbenoemde en gemengde „restaurantovereenkomst” hier ook een bewaarneming inhoudt. Op de restaurateur weegt wel degelijk een resultaatsverbintenis tot teruggave. De door de kelner in ontvangst genomen mantel was *in casu* een authentieke *mouton doré* bontmantel, uit Spanje meegebracht. Na de maaltijd gaf de kelner een andere mantel terug: „un minable manteau qui n'avait que l'apparence d'être en mouton doré”. De restaurateur had zich — terloops gezegd — op het adagium „nemo auditur” beroepen, omdat de mantel het land zou binnengesmokkeld zijn zonder douanerechten te betalen. Terecht verwerpt de rechtbank deze weinig sympathieke exceptie.

De studenten van de universitaire faculteiten te Namen worden voor het binnengaan van de bibliotheek bij middel van een aanplakbordje verzocht mantels en boekentassen in de vestiaire te laten. Dit is volgens de vrederechter slechts een beleefd verbod ten einde boekendiefstallen te voorkomen. Dat de aangeduide vestiaire zonder toezicht was moesten de gebruikers ervan makkelijk kunnen vaststellen. Zelfs in de hypothese van een bewaargeving — *quod non* — werd de bewaringsplicht voldoende nageleefd als door een goed huisvader, daar een aparte ruimte werd ter beschikking gesteld en de bibliotheekgebruikers hun zaken niet in de gangen of voor diefstal nog gemakkelijker vatbare plaatsen dienden achter te laten (Vred. Namen, 1 juni 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 32). Dit laatste is onjuist. Indien het om een bewaargeving zou gaan, zou het criterium van de goede huisvader gebruikt moeten worden, gezien het om een aangeboden bewaargeving zou gaan, en zou de diefstal niet als overmacht kunnen beschouwd worden. Er zou een doelmatig toezicht ingericht moeten worden. De vraag is echter of er *in casu* een bewakingsplicht bestond in hoofde van de universiteit. De vrederechter aanvaardt dit niet. Men kan nochtans niet loochenen dat er hier een reëel probleem bestaat voor de studenten: ze moeten van de bibliotheek gebruik maken, en mogen begrijpelijkerwijze hun jassen en tassen niet meenemen. Er wordt zo al genoeg in de bibliotheken onvreemd! Maar ergens toch moeten ze hun jassen, mantels, paraplu's en boekentassen kunnen wegbergen. Juridisch-technisch gezien was er *in casu* trouwens geen sprake van een exonerationclausule. Stond men integendeel niet voor een aanbod tot bewaarneming?

162. GARAGISTEN — De overeenkomst waarbij een particulier zijn voertuig aan een garagist toevertrouwt om er de nodige herstellingen aan te doen, splitst zich op, enerzijds in een hoofdcontract van aanneming en anderzijds in een bijkomend contract van bewaargeving (Bergen, 25 maart 1980, *J. T.*, 1981, 196). Ook volgens de Rechtbank van Koophandel te Charleroi ontvouwt zulke contractuele relatie zich in een huur van werk als hoofdovereenkomst en in een bewaargeving als accessoir contract dat onderworpen is aan

de voorschriften van artikel 1921 e.v. B.W. (Kh. Charleroi, 25 maart 1981, *De Verz.*, 1982, 129, noot R.B.).

In het eerste geding veroorzaakte de garagist, in staat van dronkenschap en van zijn rijvergunning vervallen verklaard, een ongeluk met de door zijn cliënt ter herstelling toevertrouwde auto. Hij had de hele namiddag met die wagen rondgereden om persoonlijke boodschappen te doen. In elk geval legt de overeenkomst aan de garagist een bewaringsplicht op. Als bewaarner kan hij zich evenwel niet schuldig maken aan gebruiksdiefstal in de zin van artikel 461, tweede lid Sw. Zulk misdrijf veronderstelt immers dat de dader de zaak tegen de wil van de eigenaar heeft weggenomen en met het bewust voornemen de zaak aan het genot van de eigenaar te onttrekken om er tijdelijk gebruik van te maken.

In het tweede geding achtte men de garagist gebonden door een resultaatsverbintenis wat de bewaring van het voertuig betreft en moest hij het voertuig in goede staat teruggeven, tenzij hij het bestaan van een hem niet toerekenbare vreemde oorzaak aantoonde. Hieronder ressorteren niet alleen de gevallen van toeval en overmacht; maar eventueel ook de daad van een derde. Wat was er gebeurd? De garagist had de hem ter reparatie toevertrouwde auto geparkeerd in de nabijheid van een muur. Deze stortte na hevige regen in en beschadigde erg de wagen. Om zich vrij te pleiten beriep de garagist zich op een fout van de aannemers die voor zijn rekening en op zijn eigendom grondwerken verrichtte. Meer bepaald verweet hij zijn aannemer de muur niet te hebben gestut toen hij zijn werkzaamheden stopzette. Dit laatste gebeurde op politiebevel, daar de garagist niet de vereiste vergunning bleek te bezitten. Het stopzetten van de grondwerken door de aannemer was dus voldoende gerechtvaardigd. De garagist als opdrachtgever daarentegen beging een inbreuk op zijn contractuele verplichting de aannemer in de gelegenheid te stellen de werken uit te voeren en zich te onthouden van elke daad die van aard was om de aan de aannemer opgedragen werken te belemmeren of te vertragen. Van een niet aan de garagist toerekenbare fout van een derde kon dus geen sprake zijn. Integendeel door de wagen juist in de nabijheid van de muur en niet in zijn garage onder te brengen, kwam de garagist tekort aan zijn verbintenissen als bewaarner.

In een derde geding leidde het Hof van Beroep te Luik de verplichting van de garagist de hem ter herstelling toevertrouwde wagen aan de cliënt terug te geven en zijn aansprakelijkheid voor de tijdens zijn bewaring aan de auto aangerichte schade af uit artikel 1789 B.W. inzake de aannemingsovereenkomst. Dit artikel, aldus het Hof, laat de opdrachtgever het risico dragen voor het verlies van de zaak door toeval. Het zegt niets over de bewijslast. Overeenkomstig de algemene beginselen terzake moet de garagist, schuldenaar van de teruggaveverbintenis, wil hij zich bevrijden, het positief bewijs leveren dat de beschadigingen het gevolg zijn van een vreemde oorzaak. Het bewijs van een onberispelijk gedrag is in dit opzicht onvoldoende. *In casu* oordeelde het Hof dat de brand die de te herstellen auto gedeeltelijk

vernietigde verband hield met het feit dat de aangestelden van de garagist onvoldoende rekening hadden gehouden met de herhaalde waarschuwing van de cliënt voor oververhitting van sommige auto-onderdelen, wat als waarschuwingssignaal van de brand kon beschouwd worden (Luik, 27 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 235). Op de garagist-hersteller weegt een resultaatsverbintenis tot teruggave. De brand die veroorzaakt werd door een abnormale verhitting van de motor maakt geen overmacht uit; precies om die reden moest de wagen immers naar de garage.

163. CAR-WASH — Buiten de erkenning dat een car-wash-exploitant ertoe gehouden is een voertuig te wassen en het gewassen voertuig terug aan de eigenaar te laten, is er weinig eensgezindheid omtrent deze contractfiguur in de desbetreffende rechtspraak terug te vinden. Het begrip „car-wash” zelf impliceert het snel, mechanisch wassen tegen een zeer matige prijs. Een eerste discussiepunt betreft de kwalificatie van de contractuele relatie tussen de car-wash-uitbater en zijn cliënt. Meestal wordt uitgegaan van de aanneemingsovereenkomst (Rb. Luik, 26 september 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9973, noot Glansdorff, F.; Vred. Luik, 21 februari 1980, *J.T.*, 1980, 392, noot en *Jur. Liège*, 1980, 150, noot; Vred. Etterbeek, 15 december 1980, *J.T.*, 1981, 197; Rb. Charleroi, 19 februari 1976, *De Verz.*, 1977, 617, noot R.B. en Vred. Sint-Joost-ten-Node, 9 april 1980, *De Verz.*, 1980, 487, noot Bogaert, R.). Dit geldt gedeeltelijk ook voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (5^o Kamer) die het car-wash-contract kwalificeerde als een overeenkomst *sui generis* met verbintenissen waarvan de aard en de inhoud bepaald worden door het contractsvoorwerp en de gemeenschappelijke partijwil. Dit *sui generis*-contract is dan een combinatie van een aanneemings- en bewaargevingsovereenkomst (Rb. Brussel, 22 oktober 1979, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10403). De idee van bewaargeving zou evenwel te verwerpen zijn, daar het te wassen voertuig niet aan de car-wash-uitbater wordt toevertrouwd (Vred. Sint-Joost-ten-Node, 9 april 1980, *De Verz.*, 1980, 487, noot Bogaert, R. *Adde* Rb. Charleroi, 19 februari 1976, *de Verz.*, 1977, 617, noot R.B.). Men kan inderdaad moeilijk van een accessoire bewaargeving gewagen wegens de kortstondige duur van de automatische wasbeurt.

164. Een tweede discussiepunt betreft de vraag of de restitutieplicht van de car-wash-exploitant ja dan neen een resultaatsverbintenis is. Het antwoord is overwegend positief (Rb. Luik, 31 maart 1981, *Jur. Liège*, 1982, 5). De in aanmerkingneming van een resultaatsverbintenis wordt meestal gemotiveerd door de vaststelling dat de cliënt lijdzaam blijft en zijn voertuig alleen door de mechaniek van de wasinstallatie wordt voortbewogen (Rb. Brussel, 20 januari 1976, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9974; Rb. Luik, 26 september 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 9973, noot Glansdorff, F.; Rb. Brussel, 22 oktober 1979, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10403; Vred. Luik, 21 februari 1980, *J.T.*, 1980, 392, noot en *Jur. Liège*, 1980, 150, noot en Vred. Etterbeek, 15 december 1980, *J.T.*, 1981, 197).

Maar de Vrederechter van het Kanton Sint-Joost-ten-Node acht de car-wash-exploitant alleen gebonden door de verplichting de wagen zo goed mogelijk te wassen en geeft deze verplichting het predikaat inspanningsverbintenis mee (Vred. Sint-Joost-ten-Node, 9 april 1980, *De Verz.*, 1980, 487, noot Bogaert, R. *Adde* Rb. Charleroi, 19 februari 1976, *De Verz.*, 1977, 617, noot R.B.). De elfde Kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel oordeelde dat de car-wash-uitbater, ten gevolge van een door de contractanten gewilde afwezigheid van een andere dan oppervlakkige controle over de afrukbare accessoria en de voldoende waterdichtheid van deuren en ramen, geen aansprakelijkheid opneemt voor schade die zijn oorzaak vindt in een niet of weinig zichtbaar gebrek van de auto, zodat het wassen alleen een middelverbintenis impliceert, die de resultaatsverbintenis tot teruggave na de wasbeurt beperkt. De achteruitkijkspiegel werd *in casu* afgerukt door een krachtige borstel, en hierdoor werd het koetswerk beschadigd (Rb. Brussel, 22 november 1979, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10404, noot Glansdorff, F.).

De betere mening lijkt te zijn dat op de car-wash-uitbater een resultaatsverbintenis tot teruggave van een onbeschadigd voertuig weegt, dit wil dus zeggen dat de automobilist geen fout van de uitbater zal moeten bewijzen om schadevergoeding te bekomen. Op voorwaarde nochtans dat de automobilist zelf zijn wagen niet blijft besturen in de watertunnel, maar passief blijft. Dit eenvoudige criterium wordt zoals gezegd in de onderzochte rechtspraak gehanteerd: op de uitbater weegt een resultaatsverbintenis tot teruggave, wanneer de autobestuurder, die in de wagen blijft zitten, passief blijft (zie de aangehaalde vonnissen Rb. Brussel, 20 januari 1976 en 22 oktober 1979; Rb. Luik, 26 september 1977 en Vred. Luik, 21 februari 1980).

Wel moet hierbij onderstreept worden dat vooreerst vast moet staan dat de wagen zich in goede staat bevond vóór de mechanische wasbeurt begon. Aan de autobestuurder die schadevergoeding vordert, hoort het toe met alle middelen het bewijs van de initiële goede staat van zijn voertuig te bewijzen. Dit bewijs kan met vermoedens gebeuren en soms een aanvang nemen met het aantonen van een gebrek in de car-wash-inrichting of van een foutieve handeling van de aangestelde.

165. SAMENLOOP — De vijfde Kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel slaat de bal mis, wanneer gesteld wordt dat de car-wash-uitbater op grond van artikel 1382 of 1384 B.W. quasi-delictueel aansprakelijk is voor de schade aan het voertuig, wanneer die veroorzaakt werd hetzij door een gebrek eigen aan de inrichting, hetzij door een verkeerde handeling van de aangestelde die met de werking belast is (Rb. Brussel, 22 oktober 1979, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10404). Er bestaat immers een contractuele band tussen partijen; de fout en de schade zijn beide louter contractueel. De samenloop van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid is dan ook uitgesloten.

We zagen hoger dat ook het Hof van Beroep te Gent de theorie van de samenloop verkeerd toepaste (Gent, 16 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 2005).

166. PARKEERCONTRACT — In tegenstelling tot een garagecontract dat de bewaring van het voertuig tot doel heeft en waarbij de exploitant bewaarner is, is het parkingcontract een huurovereenkomst waarbij de uitbater een standplaats verstrekt aan de huurder om er een voertuig achter te laten gedurende een door de gebruiker bepaalde tijdspanne in functie waarvan de vergoeding meestal wordt vastgesteld. De Vrederechter te Oostende achtte zulk parkeercontract aanwezig tussen de N.M.B.S. en de eigenaar van een auto; laatstgenoemde had deze geplaatst op de grote ommuurde parkeerplaats in open lucht aan het station te Oostende — waarop weliswaar aan de uitgang controle wordt uitgeoefend — en hem daar geschamd terug aangetroffen. De eigenaar mocht noch kon normaal verwachten dat er dag en nacht voortdurend bewaking zou worden uitgeoefend en de geringheid van de te betalen vergoeding (30 frank per 24 uur) wees al evenmin op een dergelijke permanente, intensieve en praktisch bijna onmogelijke controle.

Het ging *in casu* niet om een eigenlijke bewaargeving, en daarenboven bleek uit de op het parkeerticket afgedrukte tekst dat de N.M.B.S. alle verantwoordelijkheid voor schade uitgesloten had (Vred. Oostende, 12 oktober 1976, *R.W.*, 1977-78, 2033).

In een geval dat door het Hof van Beroep te Antwerpen beoordeeld werd ging het om een bewaargeving: het voertuig werd in een bewaakte omheining geparkeerd. Desalniettemin werd het ontvreemd. Het Hof beschouwt deze diefstal als overmacht omdat de bewaarner geen indringers kon verwachten langs de havenkom en daarlangs dus geen bewakingsposten had geplaatst (Antwerpen, 2 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1388, hoger besproken).

167. EXONERATIECLAUSULES — Een probleem dat eigen is aan garagecontracten is dat de gebruikers van de garage zelf (door te manoeuvreren) schade kunnen aanrichten aan de wagens van andere gebruikers. Dit is praktisch door de bewaarner niet te voorkomen. Vandaar dat exoneratieclausules hier schering en inslag zijn.

De rechtbank te Luik stelt dat de bewaargever de plicht heeft zijn ticket te bekijken om er de eventuele exoneratieclausule te ontdekken en desgevallend af te zien er zijn wagen achter te laten (Rb. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1977, 275). Anderzijds moet het bord met de exoneratiefomule goed zichtbaar zijn; zo het niet goed zichtbaar is, is het beding nietig (Rb. Luik, 31 maart 1981, *Jur. Liège*, 1982, 5).

HOOFDSTUK II

SEKWESTER

168. HET GERECHTELIJK SEKWESTER — Het sekwester is de bewaargeving van een zaak, waarover geschil bestaat, in handen van een derde. Het kan bij overeenkomst worden bedongen of het kan bevolen worden door de rechter, in welk geval het gaat om een sekwestratie op rechterlijk bevel. De rechter kan het sekwester bevelen van roerende goederen die onder een schuldenaar in beslag genomen zijn, van een roerend of onroerend goed waarvan de eigendom of het bezit tussen twee of meer personen in geschil is, of nog, van zaken die een schuldenaar tot kwijting van zijn schuld aanbiedt. Ofschoon erkend wordt dat het voorschrift van artikel 1961 B.W. enuntiatief is, niet limitatief (Kort ged. Voorz. Arbrb. Verviers, 22 december 1981, *J.T.T.*, 1982, 73, noot Rommel, G.), en dat de rechter tot het sekwester kan beslissen telkens het, gelet op de omstandigheden, noodzakelijk blijkt een litigieuze zaak aan de partijen te onttrekken ten einde de rechtsoपlossing die zich later opdringt niet in het gedrang te brengen (Herbots, J.H., „De bewaargeving”, in *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Herbots, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, 281), toch is zulk sekwester als conservatoire en tijdelijke maatregel, uitzonderlijk van aard. Het mag dan ook slechts bevolen worden als daartoe gegronde motieven aanwezig zijn (Brussel, 8 februari 1977, *Rev. Prat. Soc.*, 1978, 189) en het gerezen geschil ernstig is (Kort ged. Voorz. Kh. Namen, 12 augustus 1982, 184, *Rev. Prat. Soc.*, 1982). Over de opportuniteit van de sekwestratie oordeelt de rechter soeverein (Kort ged. Voorz. Arbrb. Verviers, 22 december 1981, *J.T.T.*, 1982, 73, noot Rommel, G. en Kort ged. Voorz. Namen, 12 augustus 1982, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 184).

Juist omwille van die karakteristieken — een bewarende maatregel die een einde neemt bij de beslissing ten gronde over het geschil — is het sekwester op rechterlijk bevel een geëigende maatregel die van de voorzitter in kort geding en, in geval van volstreekte noodzakelijkheid, zelfs bij eenzijdig verzoekschrift, kan gevorderd worden (art. 584 Ger. W.). *In casu* betrof de betwisting een bestand van microfiches. Het gaat hier om een zaak die zeer snel kan worden verborgen of gekopieerd, waardoor bij voorbaat elk effect aan een voorlopige maatregel zou kunnen worden ontnomen. Bijgevolg is hier plaats voor een beschikking op eenzijdig verzoekschrift. Men vergelijke met de *Anton Piller orders* in Engeland (zie Herbots, J., „Rechterlijk gebod en verbod in Engeland, in het bijzonder in het Contractenrecht”, *T.P.R.*, 1983, 1049-1109).

De voorzitter moet alsdan het spoedeisend karakter van het geval erkennen en moet, rechtsprekend in kort geding, zich onthouden van iedere beslissing over de rechtspositie van de partijen die de rechter ten gronde zou binden. Volgens de recente rechtspraak en rechtsleer is er urgentie zodra vrees voor ernstige schade of voor ernstige bezwaren een onmiddellijke beslissing wenselijk maakt. De subjectieve rechten van de partijen mogen dan door

de rechter in kort geding onderzocht worden, onder het voorbehoud dat geen maatregelen mogen bevolen worden die aan de partijen een definitieve en onherstelbare schade zouden berokkenen (Kort ged. Voorz. Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1139, noot Lemmens, P.). Het valt op dat in het kader van procedures op eenzijdig verzoekschrift het aangewezen zijn van het sekwester als de te bevelen maatregel met nog meer omzichtigheid wordt beoordeeld.

Opdat een sekwester over een zaak kan aangesteld worden is minstens vereist dat deze het voorwerp uitmaakt van een betwisting of van een belangentegenstelling. Ontslagen werknemers van een gesloten onderneming kunnen geen gerechtelijke sekwestratie vorderen van de productiegoederen en de voorraden van die onderneming, daar zij, geen eigenaars zijnde van de onderneming, geen rechten of aanspraken kunnen laten gelden ten opzichte van die zaken. Een sekwester kan dan ook niet bevolen worden tot loutere garantie van de betaling van hun schuldvorderingen (Kort ged. Voorz. Arrbr. Verviers, 22 december 1981, *J.T.T.*, 1982, 73, noot Rommel, G.). In een ander geval ontzegde men de bedrijfsbezettende werkneemsters van een gefailleerde vennootschap de hoedanigheid in de zin van artikel 17 Ger. W. om de aanstelling van een sekwester voor de stocks te vorderen. Zij beweren niet eigenaar te zijn van de betwiste waren en zij zijn evenmin de lasthebbers van de gefailleerde onderneming (Kort ged. Voorz. Kh. Bergen, 29 september 1978, *B.R.H.*, 1979, 165).

169. De redenen aangevoerd om de sekwestratie te horen bevelen omtrent nagenoeg alle aandelen van een vennootschap, werden door het Hof van Beroep te Brussel als onvoldoende beoordeeld omdat zodanige maatregel de normale werking van de onderneming zou dreigen te verstoren (Brussel, 8 februari 1977, *Rev. Prat. Soc.*, 1978, 189). Wanneer een vennootschap niet meer normaal kan beheerd worden, hetzij door de afwezigheid van een zaakvoerder, hetzij door de onenigheid tussen meerdere zaakvoerders die elke beslissing onmogelijk maakt, is het aanstellen van een sekwester om de vennootschap tijdelijk te beheren een mogelijk aangewezen maatregel. Dit is niet zo wanneer de zaakvoerder zijn opdracht kan uitvoeren en de eis tot het aanstellen van een sekwester enkel gesteund is op de volledige onenigheid tussen de vennoten waardoor een verdere samenwerking blijkbaar onmogelijk is geworden. De bestuurbaarheid van een vennootschap is immers totaal onafhankelijk van de verhouding tussen de vennoten die hun rechten moeten laten gelden binnen de algemene vergadering. Zelfs een permanente minderheidspositie van één van de vennoten heeft weinig of geen vat op de vennootschapswerking (Kort ged. Voorz. Kh. Antwerpen, 13 juli 1977, *B.R.H.*, 1979, 383 en *Rev. Prat. Soc.*, 1980, 64). De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Luik stelde, op eenzijdig verzoekschrift van de erfgenamen belast met het beheer van de onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap van wijlen de zaakvoerder en meerderheidsaandeelhouder van vier personenvennootschappen met be-

perkte aansprakelijkheid, over deze laatste een voorlopig sekwester-zaakvoerder aan met o.m. als taak de activa van de ondernemingen te vrijwaren (Voorz. Kh. Luik, 13 maart 1981, *Rev. Prat. Soc.*, 1981, 298).

170. Bij wet van 11 februari 1982 werden in Frankrijk een groot aantal ondernemingen genationaliseerd waaronder de *Compagnie de Saint-Gobain* die samen met haar twee filialen in het bezit was van 50,4% van de aandelen in de *Glaceries de Saint-Roch*. Het aandeelhouderssyndicaat van de *Compagnie de Saint-Gobain* vorderde bij eenzijdig verzoekschrift de sekwestratie van de door de groep Saint-Gobain gehouden aandelenparticipatie, sekwestratie die door de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Namen werd bevolen en waartegen de Saint-Gobain-groep derdenverzet aantekende. Op 1 juli 1982 dagvaardt het aandeelhouderssyndicaat ten gronde ten einde voor recht te horen zeggen dat de nationalisatie geen gevolgen heeft op het Belgisch grondgebied zodat de door de verzetdoeners gehouden aandelen verworven blijven door de particuliere aandeelhouders en zij alleen de eraan verbonden rechten kunnen uitoefenen. De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Namen achtte het derdenverzet ongegrond en oordeelde, zonder de rechter ten gronde te willen binden, dat de betwisting over de aandelen voldoende ernstig was om de sekwestratie te handhaven. Daardoor immers wordt voorkomen dat de belangen van de particuliere aandeelhouders op onherstelbare wijze zouden aangetast worden, mochten hun aanspraken later gerechtvaardigd blijken (Kort ged. Voorz. Kh. Namen, 12 augustus 1982, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 184, noot). Ook de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel beval, in het kader van een proces over derde medeplichtigheid aan contractbreuk, de handhaving van de door hem reeds eerder op eenzijdig verzoekschrift opgelegde maatregel van aanstelling van een gerechtelijk sekwester met machtiging tot inbewaarneming en medeneming van een microfiche leesapparaat en het bijhorende boekdata-microfiche bestand (Kort ged. Voorz. Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1139, noot Lemmens, P.). Tot slot nog dit. Een man bekloeg zich over de aanhoudende geluidstoornis afkomstig van de huisdieren van zijn geuur. Daar de behandeling ten gronde van zijn zaak nog enkele weken op zich kon laten wachten, wendde hij zich alvast tot de rechter in kort geding. In diens ogen was het toevoegen door de geuur aan zijn pluimveestapel van een tweede haan van een uiterst luidruchtige soort er blijkbaar te veel aan. Hij achtte dit een feitelijkheid waartoe hij geroepen was een einde te stellen en beval de sekwestratie van de haan (Brussel, 26 juni 1981, *J.T.*, 1982, 373).

KANSCONTRACTEN

171. BEGRIP — Een kanscontract is een wederkerige overeenkomst waarin de gelijkwaardigheid van de door elk van de partijen opgenomen prestaties gelegen is in de kans van winst of verlies, en de gevolgen met betrekking tot winst of verlies, hetzij voor alle partijen, hetzij voor een of meer van hen afhankelijk zijn van een onzekere gebeurtenis. Als dusdanig staan kanscontracten tegenover vergeldende overeenkomsten waarbij elke partij zich verbindt iets te geven of te doen, dat beschouwd wordt als gelijkwaardig met wat men haar geeft of voor haar doet.

Aleatoir zijn het verzekeringscontract en de archaïsche bodemerij, evenals spel en weddenschap en het contract van lijfrente. Alleen deze laatste twee vonden een nadere regeling in het Burgerlijk Wetboek (Boek III, Titel XII).

172. SPEL EN WEDDENSCHAP — De exceptie van spel volgt uit de regel dat de wet geen rechtsvordering toekent voor een speelschuld of voor de betaling van een weddenschap (art. 1965 B.W.). Ze mag niet verward worden met het ongeoorloofd (want strijdig met de openbare orde en de goede zeden) karakter van de oorzaak van overeenkomsten die de medewerking aan of de exploitatie van kansspelen beogen, noch met de toepassing van het adagium „*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”, ook al kunnen ze alle drie tot eenzelfde praktisch resultaat leiden (cfr. Brussel, 26 februari 1980, *R.W.*, 1982-83, 507; Kh. Luik, 27 februari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 272; Rb. Luik, 3 oktober 1981, *Jur. Liège*, 1981, 271; Vred. Sint-Gillis, 30 juni 1981, *R.W.*, 1982-83, 591 en Vred. Namen, 29 januari 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 158).

In het goed gemotiveerde vonnis van de vrederechter van het eerste kanton te Namen betreft het een geding tussen een caféuitbater en een speler op een elektrische Bingo-biljart, die een cheque van 32.910 fr. had uitgeschreven om zijn speelschulden te betalen. De door de speler opgeworpen exceptie van spel wordt aanvaard en de vordering onontvankelijk verklaard. Schrijnend kan men de morele en sociologische achtergrond van deze zaak wel noemen, als men aandacht heeft voor het verspeelde bedrag.

Voor de Rechtbank van Koophandel te Luik betrof het geding integendeel beroepsmensen, met name de plaatser van een juke-box Seeburg, een bingo Miss Americana en een flipper Supersonic en de herbergier, van wie 168.000 fr. gevorderd wordt aan huurgelden. De rechtbank verklaart de overeenkomst nietig op grond van een ongeoorloofd voorwerp, zijnde de flipper die als kansspel wordt bestempeld. De rechtbank steunt hierbij op de interpretatie die het Hof van Cassatie gaf van de wet van 22 november 1974 (die de wet van 24 oktober 1902 op de kansspelen, zoals reeds gewijzigd door de wet van 19 april 1963, aanvulde). Er lijkt wel een tegenstrijdigheid te bestaan met het K.B. van 13 januari 1975, genomen in uitvoering van

de wet van 22 november 1974, waarbij een aantal automatische kansspelen toegelaten worden (Cass., 19 oktober 1977, *J. T.*, 1978, 5 met besluiten van Advokaat-generaal Vélú).

De schadeëis (492.170 fr.) van een plaatser van automatische kansspelen tegen een herbergier op grond van verbreking van een alleenconcessieovereenkomst werd daarentegen door de Burgerlijk Rechtbank te Luik gegrond verklaard. De herbergier, verweerder, had tevergeefs de nietigheid van de overeenkomst opgeworpen. De rechtbank acht het niet bewezen dat de geplaatste toestellen niet horen tot de door het K.B. van 13 januari 1975 toegelaten automatische kansspelen. Ten onrechte stelt de rechtbank verder dat, zelfs al was het contract nietig, de herbergier dit niet vermocht met succes op te werpen omdat hij zelf in de „turpitudó” deelachtig was geweest, en wel gedurende meer dan drie jaar, en verder gaat met dergelijke toestellen in zijn herberg te exploiteren.

Een uitzondering op de zojuist geschetste regel vormen spelen en weddenschappen waarmee behendigheid en geoefendheid van het lichaam zijn gemoeid, waaronder wedlopen te paard ((art. 1666 B.W.). Een vordering tot betalen gegrond op een gewonnen weddenschap naar aanleiding van paardenrennen wordt zodoende wel in rechte erkend, al kan de rechter ook dan nog de exceptie van spel invoeren wanneer hij de betrokken sommen buitensporig acht (Luik, 2 december 1980, *Pas.*, 1981, II, 26, noot).

De echtgenoot-helper van een bloemiste verspeelde bij weddenschappen op paardenwedrennen in luttele tijd 167.265 frank. Aan het turfkantoor betaalde hij deze speelschuld door de afgifte van negen cheques, die evenwel op de onvoldoende geprovisioneerde bankrekening van zijn echtgenote waren getrokken. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen wees de vordering in betaling, ingesteld door de exploitante van het tierce-agentschap af, omdat vergeleken met het inkomen van de schuldenaar het verspeelde bedrag buitensporig diende geacht te worden. Het Burgerlijk Wetboek voorziet voor spelen en weddenschappen in een speciaal statuut waaraan noch de wetgeving van 26 juni 1963, noch die van 31 december 1925 enige afbreuk doen. Bijgevolg komt het de burgerlijke rechter toe los van alle administratief- of strafrechtelijke bepalingen de belangrijkheid van de spelinzet en van de gewonnen en verloren sommen te beoordelen.

In dezelfde zaak riep eiseres het voordeel van artikel 1667 B.W. in, met name dat de verliezer in geen geval kan terugvragen wat hij vrijwillig betaald heeft. De rechtbank ontszegde haar dit voordeel omdat het terugvragen van een betaalde speelschuld in de zin van dat wetsvoorschrift veronderstelt dat de verbintenis is uitgedoofd op één van de wijzen waarop verbintenissen tenietgaan en omdat de uitgifte van een cheque niet kan gelden als betaling (Rb. Namen, 19 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 309).

De weddenschap bij paardenrennen is een kanscontract waarbij de partijen een risico opnemen en waarbij de kans op winst en verlies in de structuur van de overeenkomst zelf zit ingebouwd. Wie bereid was zulk risico te lopen moet zich nadien niet komen beklagen over de verwezenlijking ervan en kan

op grond van geen enkele juridische titel schadevergoeding vorderen voor het geleden verlies, ook niet op grond van verrijking zonder oorzaak (Rb. Luik, 19 juni 1975, *Pas.*, 1977, III, 34). De eiser beroept zich op het reglement dat afgedrukt staat boven de kalender van de wedstrijden. Dit argument wordt verworpen omdat verweerder geen kennis had van die clause en er derhalve van geen toetredingscontract kan sprake zijn. Als men het vonnis goed begrijpt, wordt de vordering tot teruggave van het teveel betaalde van het hippisch agentschap afgewezen. Er was een fout gebeurd in de berekening van de inzet. Men heeft de indruk dat de rechtbank naast de kwestie antwoordt, of liever dat de advocaten een aantal irrelevante kwesties hebben opgeworpen waarop de rechtbank zich verplicht ziet te antwoorden.

Eigenaardig mag wel heten dat de meeste uitspraken die in deze afdeling besproken worden, afkomstig zijn uit het Waalse landsgedeelte. Een correlatie met de economische teloorgang ligt wellicht voor het grijpen.

173. CONTRACT VAN LIJFRENTÉ. BEGRIP. KOOP OP LIJFRENTÉ. BENADELING — Lijfrente is een rechtsverhouding waarbij de ene partij (de renteplichtige) jegens de andere (rentetrekker) periodiek een bepaalde geldsom moet betalen gedurende het leven van één of meer personen, meestal de rentetrekker(s) zelf. Deze verhouding kan ontstaan uit een overeenkomst, een testament of een vonnis.

Lijfrente kan om niet gevestigd worden bij schenking onder de levenden of bij testament. Alsdan moeten de bij de wet voorgeschreven vormen in verband met schenkingen en testamente in acht genomen worden (art. 1969 B.W.). Lijfrente kan ook onder bezwarende titel gevestigd worden (art. 1968 B.W.). Zo werd bijvoorbeeld een lijfrente gevestigd tegen afstand van een volledig handelsfonds van aankoop, verkoop, invoer en vertegenwoordiging van machines en materialen (Luik, 11 maart 1977, *Bull. Bel.*, 1978, 1205).

Indien de lijfrente gevestigd wordt onder bezwarende titel, verkrijgt de renteplichtige een bepaald kapitaal of onroerend goed tegen betaling van een lijfrente. Bij het sluiten van de overeenkomst is echter de juiste tegenwaarde, te weten de totale geldsom die de renteplichtige zal moeten betalen voor dit verkregen kapitaal of onroerend goed, onbekend. Deze tegenprestatie is afhankelijk van een onzekere gebeurtenis, met name de levensduur van de persoon op wiens leven de lijfrente gevestigd is. In die zin is artikel 1980, eerste lid te eng geformuleerd. Het is mogelijk dat één van beide partijen bij de uitvoering van dit contract een winst of verlies lijdt. Beide partijen nemen een risico, wagen een kans, zodat de voordelen, die eventueel voor één van de partijen uit de overeenkomst voortspruiten, niet kunnen beschouwd worden als schenkingen of legaten (Brussel, 25 januari 1978, *J.T.*, 1978, 384, noot).

Benadeling wijst op een discrepantie tussen de prestatiewaarden. Het is een in objectieve en kwantitatieve termen meetbaar criterium ter beoordeling

van de inhoud van een overeenkomst, hetgeen een bepaalde, verdacht geachte, subjectieve ingesteldheid van één van de contractanten doet vermoeden. Benadeling is geen algemene nietigheidsgrond. Ze levert slechts nietigheid op m.b.t. bepaalde contracten of personen, wanneer de wet daarin uitdrukkelijk voorziet.

Een kanscontract als niet vergeldende overeenkomst is in principe niet vernietigbaar wegens benadeling (Rb. Luik, 19 juni 1975, *Pas.*, 1977, III, 34), daar de ongelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties inherent is aan zulk contracttype. Het zou anders liggen mocht van meet af aan blijken dat de kansen ongelijk liggen. Dan is er benadeling en wordt het kanscontract tegen alle logica in met een vergeldende overeenkomst gelijkgesteld. De koop-verkoop op lijfrente is een kanscontract (art. 1964 B.W.). Ook al wordt ze onder bezwarende titel gevestigd, toch wordt ze gekenmerkt door een alea, met name door de onzekerheid nopens de levensduur van de persoon op wiens leven de lijfrente is gevestigd. Ze is bijgevolg in beginsel niet wegens benadeling vernietigbaar.

Daartegenover staat dat men bij verkoop van een onroerend goed het recht heeft de nietigheid van de verkoop te vorderen in geval van benadeling voor meer dan zeven twaalfden (art. 1674 B.W.). Zodoende, zou bij een verkoop van een onroerend goed op lijfrente de benadeling als nietigheidscategorie toch in acht moeten genomen worden wanneer het op de dag van de overeenkomst met zekerheid vaststond dat de persoon op wiens leven de rente werd gevestigd onvoldoende lang zou leven opdat de (op de verkoopdag geactualiseerde) waarde van de door de kopers-renteplichtigen te dragen lasten niet ten minste vijf twaalfde van de werkelijke waarde van het verkochte goed zouden uitmaken (Brussel, 25 januari 1978, *J.T.*, 1978, 384, noot). Zo verkocht een oude vrouw van bijna 77 jaar haar woning aan haar dochter en schoonzoon tegen betaling van een lijfrente op 4 december 1969. Op 6 maart 1971 overleed de oude vrouw. De erfgenamen stelden een vordering in tot vernietiging van de koop op grond van benadeling, die de rechters, bij ontstentenis van de zoëven vermelde omstandigheden, afwezen. Wel ging het volgens die rechters hier om een onrechtstreekse schenking. De oude vrouw voelde immers veel genegenheid voor haar dochter en schoonzoon van wie ze geregeld hulp kreeg (Brussel, 25 januari 1978, *J.T.*, 1978, 384, noot).

174. GELDIGHEIDSVORWAARDE. ER MOET EEN KANS ZIJN — Eigen aan het contract van lijfrente is het bestaan van een persoon op wiens leven de lijfrente wordt gevestigd en wiens levensduur het kanselement van de overeenkomst vormt. Deze persoon kan een ander dan de rentetrekker zijn. Maar een lijfrenteovereenkomst die gevestigd werd op het leven van iemand die overleden was op de dag waarop het contract is aangegaan, blijft zonder gevolg (art. 1974 B.W.). Met de dode wordt de stervende gelijkgesteld, zodat ook het contract waarbij de lijfrente gevestigd is op het leven van iemand die reeds was aangetast door de ziekte waaraan hij binnen de twintig

dagen na de dagtekening van het contract is overleden, zonder gevolg blijft (art. 1975 B.W.).

Aldus stelde een heer zijn appartement te koop en deed daartoe beroep zowel op een Luiks notaris als op een Brussels immobiliënkantoor. Bedoeling was te verkopen op lijfrente. De koper ondertekent de compromis te Brussel op 24 mei 1976 in het kantoor van de immobiliënsmaatschappij. Deze verzendt nog dezelfde dag twee exemplaren van de overeenkomst naar de notaris aangesteld door de koper. Op 18 juni 1976 wordt het lichaam van de verkoper in diens huis levenloos aangetroffen; zelfmoord door ophanging luidt de doodsoorzaak. De rechtsopvolgers van de verkoper gaan niet in op het verzoek van de koper de authentieke akte te verlijden en beroepen zich daarbij op artikel 1975 B.W. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel besliste allereerst dat de termijn van twintig dagen een aanvang neemt met ingang van de dagtekening van de akte zoals vermeld in de titel, zijnde 24 mei 1976, maar dat de rechtsopvolgers met alle rechtsmiddelen kunnen aantonen dat de dagtekening aangetast is door valsheid. Diezelfde rechtsopvolgers kunnen daarentegen geen beroep doen op artikel 1328 B.W. (vaste datum), vermits zij geen derden zijn. Of de partijen al dan niet op de hoogte waren van de ziekte van de rentetrekker doet er niet toe. De rechtbank besliste dat zelfdoding op zich geen ziekte is, ook al is die het gevolg van een aanslepende zenuwziekte, zodat ongeacht de datum van de contractsluiting artikel 1975 hoe dan ook geen toepassing kon vinden (Rb. Brussel, 1 september 1979, *J.T.*, 1979, 75 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 282).

175. INDEXATIE VAN DE LIJFRENT — Lijfrente kan worden gevestigd tegen een rentevoet die de contracterende partijen goedvinden te bepalen (art. 1976 B.W.). Niets belet bovendien dat de partijen het lijfrentebedrag koppelen aan de index en daartoe één of ander aanpassingsmechanisme in hun overeenkomst opnemen, al kan de vraag gesteld worden of de rechter en de wetgever hierover enige controle kunnen uitoefenen. In de hierna geschetste casussen blijkt dat de eerste zich daartoe kan geroepen voelen, terwijl de wetgever zich vooralsnog afzijdig houdt.

In een eerste geval werd overeengekomen dat in geval van een indexstijging van ten minste vijf punten het lijfrentebedrag met vijf procent zou verhoogd worden, dit opdat de rente eenzelfde koopkracht zou behouden als het oorspronkelijk bedrag. Zich steunend op de gemeenschappelijke en werkelijke bedoeling van de contractanten, eerder dan zich te houden aan de letter van de overeenkomst, werd geoordeeld dat de gebruikelijke indexatieclausule een ongelukkige weergave was van de partijintenties en de toepassing ervan zou leiden tot een buitenproportionele verhoging van de lijfrente. Een renteaanpassing in de juiste verhouding tot de index- en levensduurstijging leek dan ook aangewezen (Brussel, 3 januari 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 316). De overeenkomst werd door twee notarissen opgesteld, en de termen ervan zijn duidelijk. Onder mom van interpretatie hermaakt het Hof van Beroep

te Brussel hier het contract. De clause „vijf punten van de index — vijf procent van de rentetermijn” lijkt onrechtvaardig. Het Hof beslist er dan maar iets billikers van te maken. Men kan het wel begrijpen. Doch dit kan niet in ons huidige contractenrecht.

In het tweede geval vroeg men de rechter of de tijdelijke huurreglementering, zoals neergelegd in de herstelwetten van 30 maart en 24 december 1976, en die toepassing vond op de vergoedingen, in welke vorm ook, verschuldigd ingevolge welkdanige overeenkomst betreffende onroerende goederen, ook betrekking had op de koop op lijfrente van een onroerend goed, en de conventionele indexatie van de rente aan banden legde. Neen, luidde het antwoord. De lijfrente is een betalingswijze voor de eigendomsoverdracht en geen periodieke vergoeding voor het genot van een zaak. Het woord lijfrente werd trouwens tijdens de voorbereidende werken van de herstelwet geschrapt. Deze vindt dan ook geen toepassing op de betalingen van lijfrente en de indexatieclausules op lijfrente dienen te worden nageleefd zoals bedongen (Rb. Antwerpen, 8 februari 1978, *R. W.*, 1977-78, 2166). Het Hof van Beroep te Antwerpen deelde deze opvatting volkomen (Antwerpen, 27 juni 1979, *R. W.*, 1979-80, 2115).

176. WANBETALING — In het contract van lijfrente zit, per uitzondering op het algemeen contractenrecht, geen stilzwijgend ontbindend beding besloten. De enkele wanbetaling van de rentetermijnen geeft de persoon in wiens voordeel de lijfrente gevestigd is, niet het recht op de terugbetaling van het kapitaal of de teruggave van het door hem afgestane goed te vorderen; hij kan, zo vervolgt artikel 1978 B.W., slechts op de goederen van zijn schuldenaar beslag leggen en die doen verkopen, en doen bevelen dat uit de opbrengst van de verkoop een voldoende bedrag voor de uitkering van de termijnen wordt belegd bij een gespecialiseerde instelling. Deze bepaling van artikel 1978 B.W. is evenwel slechts aanvullend recht. Van zodra de verkoper van een onroerend goed op lijfrente zijn wil te kennen geeft zich te beroepen op het in de verkoopakte opgenomen ontbindend beding in geval van nietbetaling van een termijn wegens laattijdige storting, is de overeenkomst ontbonden (Fr. Cass., 7 oktober 1980, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 110, uittreksel).

Zo ook in België. De regel dat de enkele wanbetaling van de rentetermijnen bij een verkoop van een onroerend goed tegen vestiging van een lijfrente de verkoper niet het recht geeft om de ontbinding van het contract te vorderen, is niet van openbare orde. Het staat de partijen vrij zich te wapenen tegen een niet-nakoming door het stipuleren van een *uitdrukkelijk* ontbindend beding. Maar opletten is geblazen. Bij ontstentenis van een beding dat de ontbinding *van rechtswege* zal geschieden, wordt deze geregeld door artikel 1184, tweede en derde lid B.W. (Cass., 28 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 1017 en *R. W.*, 1964-65, 958). Artikel 1183 B.W., echter, dat het beginsel inhoudt van de wederzijdse restituties in geval van ontbinding van een overeenkomst, is niet toepasselijk op een lijfrentecontract, waarbij de prestaties opeenvolgend zijn.

177. VERKOOP OP LIJFRENT. VERMOMDE SCHENKING — Dat de verkoop op lijfrente een kanscontract is dat door de wetgever met het nodige wantrouwen wordt bejegend, bleek toen de kopers van een perceel grond tegen betaling aan de verkoopster — tante van de koopster en een notoire alcoholiste die nog geen twee maanden na de koop overleed — van een jaarlijkse lijfrente van 70.000 frank, van de bevoegde ontvanger te horen kregen dat zij naar aanleiding van dit overlijden en van de even voordien gesloten koop successierechten diende te betalen. Daartoe beriep de ontvanger zich op het wettelijk vermoeden dat het goed dat de overledene verkocht had met een beding in haar voordeel van een levenslang recht, voor de heffing van het successierecht, geacht wordt deel uit te maken van haar nalatenschap en als legaat te zijn verkregen door de kopers (art. 11 W. Succ.). De kopers argumenteerden dat de uitkering van een jaarlijks lijfrentebedrag door de partijen werd verkozen om de verkoopster die aan de drank was geraakt en al haar middelen hieraan spendeerde, een jaarlijks inkomen te verschaffen. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat deze bewering niet van aard was het wettelijk vermoeden te ontzenuwen en dat de kopers bijgevolg niet aantoonde dat de verkoop geen bedekte bevoordeling voor hen inhield, te meer daar de ziekte toestand van de verkoopster, gezien haar overdadig alcoholgebruik, zo ernstig was geworden dat haar overlijden kort na de verkoop te voorzien was en ook geschiedde (Antwerpen, 22 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1977, 283, noot).

Zulk vermoeden van schenking volgt ook uit het wetsartikel dat bepaalt dat de waarde in volle eigendom van de goederen die aan een erfgenaam in rechte lijn vervreemd zijn met last van een lijfrente, wordt toegerekend op het beschikbaar gedeelte, en het overschot, indien er een is, in de massa wordt ingebracht. Deze berekening en deze inbreng kunnen evenwel niet gevorderd worden door reservataire erfgenamen die in deze vervreemding hebben toegestemd (cfr. art. 918 B.W., zoals geamendeerd bij artikel 27 van de wet van 14 mei 1981 met betrekking tot het erfrecht van de langstlevende echtgenoot).

Een vervreemding aan een erfgenaam in rechte lijn, die geen vermoedelijk erfgenaam van de verkoper is op het ogenblik van de vervreemding, valt niet onder de toepassing van genoemd wetsartikel. En een analoge toepassing van artikel 911 B.W. door de koper als een tussenpersoon te beschouwen is hier uit den boze. Wat niet belet de vervreemding op gemeenrechtelijke basis aan te vechten op voorwaarde dat het karakter van verdoken of onrechtstreekse schenking ervan wordt aangetoond (Rb. Gent, 25 september 1978, *J.T.*, 1979, 57 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 173, noot).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel weigerde een beslissing van een familieraad te homologeren waarbij een voogdes de toelating kreeg een kostcontract te sluiten met een commissie van openbare onderstand, waarbij alle goederen waarvan voogdes en pupil in onverdeeldheid eigenaars waren, vervreemd werden.

De rechtbank berekent aan de hand van de sterftetafels van Guy Levie de prestatie van de commissie, met name 943.036 frank, terwijl de prestatie van de voogdes en van haar echtgenoot 2.213.842 frank bedraagt. De rechtbank bestempelt de geplande rechtshandeling als een zuivere schenking, en aangezien de schenking van de goederen van de pupil verboden is, wordt de homologatie geweigerd (Rb. Brussel, 17 januari 1977, *Pas.*, 1977, III, 19). Het kostcontract wordt inderdaad slechts als een contract ten bezwarende titel beschouwd, indien de hoegrootheid van minstens één der prestaties, en vandaar de gelijkwaardigheid van de wederzijdse prestaties, onzeker is. Bij gebrek aan een minimum aan gelijkwaardigheid tussen de kansen op winst en verlies van de partijen, wordt het een schenking.

DE LASTGEVING

178. BEGRIP — Door de lastgeving wordt aan de lasthebber de bevoegdheid toegekend de lastgever te vertegenwoordigen. De lasthebber is m.a.w. slechts een schim die na het stellen van de rechtshandeling van het toneel verdwijnt. Aldus heeft een derde een rechtstreekse vordering tegen de lastgever, wanneer de lasthebber binnen de perken van de lastgeving heeft gehandeld (Cass., 14 april 1978, *Pas.*, 1978, I, 912).

Lastgeving heeft alleen het stellen van rechtshandelingen tot voorwerp, en geen materiële daden. Een medecontractant die zich beperkt heeft tot het aanwerven van werknemers, en die aan de andere partij leiding en toezicht overlaat, is een lasthebber en geen onderaannemer (Kh. Luik, 23 mei 1978, *B.R.H.*, 1981, 491). Architecten zijn in beginsel geen lasthebbers van hun cliënten; ze zijn verbonden door een aannemingsovereenkomst (Brussel, 13 maart 1978, *J.T.*, 560).

Een dading kan aangegaan worden door een lasthebber (Arbh. Antwerpen, 18 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 1852, noot Paulus). Ook de opzegging van een huur en de bevestiging van de weigering van huurhernieuwing (Vred. Brussel, 20 februari 1981, *T. Vred.*, 1982, 239). Dat spreekt voor zich.

Een belastingplichtige kan een lasthebber aanstellen om zijn belastingaangifte te regelen. Het akkoord tussen de fiscus en de lasthebber bindt de lastgever, indien deze het bestaan van dwaling of bedrog niet bewijst (Brussel, 19 mei 1981, *Rev. Gén. Fisc.*, 1981, 254).

In een algemeen reglement van medeëigendom was bepaald dat de gerant een contractueel en onherroepelijk mandaat werd verleend om, zolang hij zijn functie uitoefende, in naam van alle medeëigenaars en met gebruik van hun naam, de nalatige medeëigenaar te dagvaarden. De gerant liet na de namen van de medeëigenaars te vermelden in de dagvaarding. De vrederechter verklaarde de vordering niettemin ontvankelijk: de gedagvaarde medeëigenaar wist wie de andere medeëigenaars waren (Vred. Brussel, 9 oktober 1970, *T. Vred.*, 1981, 5).

179. ANONIMITEIT VAN DE LASTGEVER — De verzender die als commissio-nair is opgetreden is er niet toe gehouden de identiteit van zijn mandant kenbaar te maken en de door deze laatste gesloten verzekeringspolissen voor te leggen (Antwerpen, 17 februari 1982, *Rechtspr. Antw.*, 1981-82, 155). We bevinden ons hier in het handelsrecht uiteraard.

180. BEKRACHTIGING — Wanneer de lasthebber van een werkgever een arbeidsovereenkomst voor bedienden beëindigd heeft zonder daartoe gemachtigd te zijn en de lastgever die rechtshandeling bekrachtigt, werkt die

bekrachtiging terug tot op de dag van de opzegging (Arbh. Brussel, 30 maart 1982, *J.T.T.*, 1982, 352).

181. KOSTELOOSHEID — De lastgeving is in principe kosteloos. Er kan natuurlijk het tegendeel bedongen worden (onder voorbehoud van de rechtspraak betreffende de vermindering van het loon van de lasthebber). Aldus is de functie van beheerder van een P.V.B.A. in principe onbezoldigd. De statuten van een P.V.B.A. voorzagen de mogelijkheid de beheerder een honorarium toe te kennen. De algemene vergadering had niets beslist. Toch kende de beheerder zich een vergoeding toe. Hij werd veroordeeld tot de teruggave van deze sommen aan de curator (Antwerpen, 13 april 1978, *Rev. Prat. Soc.*, 1978-79, 280).

182. VERMINDERING VAN HET LOON VAN DE LASTHEBBER — In het oude recht konden de rechters het loon van de lasthebber verminderen. Daarop blijft het Hof van Cassatie steunen om de rechter dit recht ook onder de huidige wetgeving toe te kennen. De enige fundering voor deze steeds volgehouden stelling is de kracht van de traditie (Cass., 6 maart 1980, *B.R.H.*, 1980, 306, *J.T.*, 1980, 372, *R.W.*, 1981-82, 422 en *Pas.*, 1980, I, 832). Het arrest werd gewezen op de eensluidende conclusies van het openbaar ministerie, waargenomen door Advocaat-generaal Charles. Het bevestigde een arrest van het Hof van Beroep te Bergen (Bergen, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 532). De lagere rechters volgen deze rechtspraak (Vred. Grâce-Hollogne, 13 februari 1979, *Jur. Liège*, 1979, 415; Arbrb. Namen, 3 mei 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 225). Zie hierover: Dirix, E., „La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition", *R.C.J.B.*, 1984, 522; Sterckx, D., „Le mandataire malgré lui ou la rançon perdue", *Rev. Not. B.*, 1980, 281).

183. VERENIGING ZONDER RECHTSPERSOONLIJKHEID. LASTGEVER — Een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid kan geen lasthebber aanstellen. Niets belet echter dat een persoon optreedt als lasthebber van de leden van deze vereniging, *in casu* ene Auto-motoclub D. Deze lastgeving kan blijken uit de statuten van de vereniging waarmee deze leden hebben ingestemd (Cass., 6 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 1688).

184. UITDRUKKELIJKE EN BIJZONDERE LASTGEVING. LASTGEVING IN ALGEMENE BEWOORDINGEN UITGEDRUKT — De *uitdrukkelijke* lastgeving, in de zin van artikel 1988 B.W., is anders dan in algemene bewoordingen uitgedrukt. Een lastgeving die enkel betrekking heeft op een of meer welbepaalde zaken van de lastgever, en dus uiteraard *bijzonder* is, mag in algemene bewoordingen worden uitgedrukt. Een bijzondere lastgeving is dus niet noodzakelijk een uitdrukkelijke lastgeving (Cass., 2 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 2159). Die begrippen worden dikwijls door mekaar gehaspeld. Een „bijzondere" lastgeving heeft slechts op één of meer welbepaalde rechts-

handelingen betrekking, bijvoorbeeld het sluiten van een dading. Het staat in tegenstelling tot een „algemene lastgeving”, die alle patrimoniale belangen van de lastgever betreft. Een lastgeving, in algemene bewoordingen uitgedrukt, sluit krachtens artikel 1988, eerste lid B.W. alleen daden van beheer in.

Om in een rechterlijke uitspraak te berusten moet de lasthebber beschikken over een bijzondere lastgeving (Cass., 13 maart 1978, *Pas.*, 1978, I, 786; Bergen, 10 juni 1981, *Pas.*, II, 117). De uitdrukkelijke lastgeving bedoeld in artikel 1988 B.W. veronderstelt niet noodzakelijk een geschreven volmacht (Antwerpen, 31 oktober 1978, *T. Not.*, 1979, 49).

185. BEWIJS — Een *derde* mag de lastgeving bewijzen met alle middelen, zelfs door vermoedens, ook wanneer de zaak de som of de waarde van 3.000 frank te boven gaat. In dat geval is de rechter ten gronde niet gehouden de precieze bewoordingen van de lastgeving weer te geven. Hij kan er zich toe beperken de draagwijdte van de lastgeving te omschrijven en binnen de perken van de door hem aangehaalde vermoedens is zijn beoordeling m.b.t. die draagwijdte soeverein (Cass., 12 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1044). Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie werd in de besproken periode nogmaals bevestigd (Cass., 18 december 1980, *R.W.*, 1981-82, 2098 en *J.T.*, 1981, 550), en door andere jurisdicties gevolgd (Brussel, 22 januari 1981, *R.W.*, 1981-82, 749). De huurder is aldus een derde t.o.v. de lastgeving waarbij de verhuurders aan een notaris volmacht zouden verleend hebben om een aanvraag tot huurhernieuwing in ontvangst te nemen.

De niet-inachtneming van de artikelen 1325 en 1326 B.W. kan door de lastgever niet worden ingeroepen tegen derden die te goeder trouw hebben gecontracteerd (Luik, 7 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 57).

De *partijen* moeten een geschrift opmaken wanneer het een zaak betreft die de som of de waarde van 3.000 frank te boven gaat. *In casu* betrof het een lastgeving gegeven aan een notaris om een onroerend goed te verkopen (Vred. Brugge, 16 maart 1981, *T. Not.*, 1981, 183). Over de morele onmogelijkheid om een geschrift op te stellen, zie de noot van L. Genet onder Rb. Luik, 13 september 1979, *Jur. Liège*, 1980, 297.

De vrederechter te Roeselare had gesteld dat de advocaat zich niet kan beroepen op het mandaat „ad litem” voor rechtshandelingen, zoals de opzegging van een pacht, die buiten de gerechtelijke procedure vallen. Het vonnis werd teniet gedaan. Wanneer het gaat om het bewijs van de lastgeving tegenover derden, *in casu* de bestemmeling van een opzeggingsbrief, kan het afgeleid worden uit het feit dat de lasthebber zich tegenover derden, zonder betwisting van hunnentwege als dusdanig gedraagt (Rb. Kortrijk, 29 juni 1982, *T. Not.*, 1983, 18).

186. STILZWIJGENDE LASTGEVING — Het stilzwijgend mandaat verschilt

van de uitdrukkelijke lastgeving door de wijze van wilsuitdrukking. Wie zich op een stilzwijgend mandaat beroept, is niet ontslagen het te bewijzen. Dit bewijs is niet geleverd wanneer het ingeroepen feit niet op zichzelf het bestaan van de toestemming tot het mandaat impliceert (Bergen, 4 januari 1982, *Rev. Not. B.*, 1982, 297).

Er kan geen stilzwijgende lastgeving aanvaard worden voor het sluiten van een dading. Wel zou in zo'n geval de lastgever de dading achteraf kunnen bekrachtigen (Pol. Luik, 6 april 1981, *Pas.*, III, 39 en *Bull. Ass.*, 1981, 831).

187. INTERPRETATIE — Krachtens artikel 1156 B.W. is de rechter verplicht de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen op te sporen. In een lastgevingsovereenkomst was bedongen dat de lasthebber alleen de bevoegdheid had liefhebbers voor een verkoop te zoeken, hen de plaats te laten bezichtigen, een onderhandse koopovereenkomst te tekenen en voorschotten op de koopprijs in ontvangst te nemen. De rechter ten gronde nam aan dat de lasthebber gerechtigd was de totale koopprijs in ontvangst te nemen, overwegende dat het bedrag van de voorschotten niet was bepaald en dat de inontvangstname van de totale koopprijs niet strijdig was met de bedoeling van de partijen. Het Hof van Cassatie vond hier geen graten in (Cass., 27 april 1979, *J.T.*, 1980, 372).

W. gaf aan P. het beheer over een verzekeringsportefeuille. De eerste rechter interpreteerde deze overeenkomst als een contract waarbij een vennootschap in deelneming werd opgericht. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat er geen *affectatio societatis* aanwezig was, zodanig dat men de overeenkomst moest beschouwen als een lastgeving. Het Hof van Cassatie bevestigde dit arrest (Cass., 31 maart 1977, *Rev. Prat. Soc.*, 1977-78, 120; Brussel, 17 september 1975, *Rev. Prat. Soc.*, 1977-78, 125).

188. ONBESTAANDE LASTGEVING — Wie voorhoudt lasthebber te zijn, terwijl hij dat niet is omdat de lastgever niet bestaat, begaat een fout. Hij moet de verbintenissen van de vermeende lastgever nakomen (Brussel, 8 juni 1978, *B.R.H.*, 1979, 145).

Om een onroerend goed te verkopen moet een makelaar een opdracht hebben. Hij is persoonlijk aansprakelijk voor het nadeel dat de koper ondervindt wanneer hij zijn mandaat te buiten gaat (Brussel, 23 februari 1977, *Res et Jura Immobilia.*, 1977, 243).

189. SCHIJNMANDAAT — Er is sprake van schijnvertegenwoordiging wanneer iemand door zijn schuld aan derden doet geloven dat de persoon die de betwiste rechtshandeling heeft verricht als lasthebber is opgetreden. *In casu* had een automobilist een voorlopige groene kaart ontvangen (bewijs van verzekering burgerlijke aansprakelijkheid) die de stempel van een verzekeringsmaatschappij droeg, en dit uit handen van een persoon die daartoe niet bevoegd was. De fout van de verzekeringsmaatschappij was dat

zij haar groene kaart(en) in de handen had gelaten van een onbevoegde. De maatschappij was verbonden t.a.v. de argeloze automobilist (Cass., 30 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1146). Vereist is wel dat de derde te goeder trouw en normaal voorzichtig is (Arbh. Brussel, 23 augustus 1977, *J.T.T.*, 1978, 72).

De theorie van het schijnmandaat is een toepassing van de burgerlijke aansprakelijkheid (Brussel, 17 februari 1982, *J.T.*, 1982, 313 en *Res et Jura Immobilia*, 1982, 141). In Frankrijk integendeel is de grondslag van het schijnmandaat het rechtmatig vertrouwen van de wederpartij en niet de schuld van de schijnverwekker. De recente Belgische rechtsleer is voor de Franse stelling gewonnen (Paulus, C., „Enkele facetten van lastgeving”, in *Bijzondere Overeenkomsten. Actuele problemen*, J. Herbots (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, 360-361).

Een persoon die de deskundige van de verzekeraar van de tegenpartij bij zijn hersteller van voertuigen laat komen, verwekt de schijn dat deze hersteller zijn mandataris is (Corr. Brussel, 6 maart 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10182).

190. RECHTSHANDELING DOOR DE LASTHEBBER VERRICHT BINNEN DE GRENZEN VAN ZIJN BEVOEGDHEID — Wanneer een lasthebber met een derde gehandeld heeft in naam van een lastgever en binnen de perken van zijn mandaat, beschikt de derde over een rechtstreekse vordering tegen de lastgever (Cass., 14 april 1978, *Pas.*, 1978, I, 912).

Verweerder had aan C. vee verkocht en kreeg daarvoor van zijn koper twee veebons. Hij ging met zijn bons naar eiseres, die zijn bank was. Deze crediteerde zijn rekening voor het bedrag van de bons, bood de bons zelf aan bij de bank Van L., die de bank van de koper was, en kreeg een cheque. Toen eiseres de cheque ter verrekening aanbod, werd haar bericht dat er geen dekking was. Zij debiteerde daarop de rekening van verweerder, maar het Hof van Beroep te Luik oordeelt dat zulks ten onrechte geschiedde. Het arrest wordt op grond van drie middelen gecasseerd. Het laatste middel betreft de verhouding tussen eiseres en verweerder. Eiseres, de bank, trad bij de hele verrichting op als lasthebber. Het bestreden arrest legt echter met schending van de artikelen 1984, 1989 en 1998-2000 B.W. de last van de kwalijke gevolgen ervan op haar, door te beslissen dat de bank weliswaar als lasthebber heeft gehandeld, doch dat door de afgifte van de bons tegen haar acceptering van de cheque een nieuwe rechtsverhouding, waarvan zij alleen de gevolgen draagt, tussen haar en de Bank Van L. is ontstaan (Cass., 23 september 1982, *R.W.*, 1984-85, 1601).

191. AANSPRAKELIJKHEID VAN DE LASTHEBBER — Advocaten en gerechtsdeurwaarders, belast met het stellen van rechtshandelingen binnen de wettelijk voorgeschreven termijnen, zijn bezoldigde lasthebbers. Op hen rust een resultaatsverbintenis. Om aan hun aansprakelijkheid te ontsnappen moeten zij een vreemde oorzaak bewijzen (Rb. Brussel, 23 december 1975, *Jur. Liège*, 1981, 63, noot Jeunehomme).

192. INTERESTEN — De lasthebber die gedurende tien maanden verzwijgt dat er een beletsel is voor de uitvoering van de lastgeving om aldus de hem toevertrouwde sommen te bewaren, begaat een fraude. Daarvoor wordt hij terecht veroordeeld tot het betalen van interesten op de te restitueren som (Cass., 5 februari 1981, *Pas.*, I, 609).

De regel van artikel 1996 B.W., op grond waarvan een rekenplichtige rente verschuldigd is op verduisterde bedragen te rekenen van de tijdstippen waarop hij elk bedrag had moeten storten of besteden, wordt nageleefd door het arrest van het Rekenhof dat, na erop te hebben gewezen dat de verduisteringen tussen 5 februari 1968 en 1 mei 1976 zijn gepleegd en dat de vaststelling van een gemiddelde datum vereist is wegens de omstandigheden van de zaak, een datum vaststelt die voor alle bedragen „gemiddeld” die van elke verduistering is, en aldus rekening houdt zowel met de verduisteringen welke vóór als met die welke na die datum zijn gepleegd (Cass., 2 oktober 1980, *R.W.*, 1981-82, 1217 en *Pas.*, 1981, I, 128, conclusies van Procureur-Generaal Dumon). Het betrof de zaak van de — voor de krijgsraad vervolgde — econoom van het Atheneum van Rösrath.

193. VERGISSINGEN VAN DE LASTHEBBER — De vergissing van de lasthebber, bijvoorbeeld een advocaat of een deurwaarder die een vonnis te laat betekent of doet betekenen, maakt geen overmacht uit in hoofde van de lastgever (Luik, 11 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, 9; Luik, 25 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 225 en *Pas.*, 1980, II, 71). In dezelfde zin werd reeds beslist door lagere jurisdicties (Rb. Brussel, 22 februari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1370).

194. PLAATSVERVANGING. ONDERLASTGEVING — De lastgever die krachtens artikel 1994, lid 2 B.W. de persoon aanspreekt die door de lasthebber in zijn plaats werd gesteld, oefent geenszins de vordering uit 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 aangevoerd kunnen worden (Cass., 16 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 2514 en *R.C.J.B.*, 1981, 465, noot Foriers, P.A.). Dit arrest verwerpt het cassatieberoep tegen: Antwerpen, 18 februari 1976, *Rechtspr. Antw.*, 1975-76, 229. De feiten vertonen een ingewikkeld beeld. Na de diefstal van goederen die per trein moesten vervoerd worden, staan in dit geding tegenover elkaar enerzijds de verzekeraar die gesubrogeerd werd in de rechten van de bestemmeling en anderzijds verschillende commissionaris-expediteurs.

Indien de lasthebber zich laat vervangen, mag de lastgever de persoon, die de lasthebber in zijn plaats heeft gesteld, rechtstreeks aanspreken. Dat de lastgever hierbij belang heeft, lijdt geen twijfel. Met een rechtstreekse vordering tegen de plaatsvervanger ontwijkt hij de samenloop met de schuldeisers van de lasthebber; alsook de excepties, welke de plaatsvervan-

ger tegen de lasthebber zou mogen opwerpen. De delicate rechtsvraag is hier nu hoe zich een rechtstreekse vordering laat rechtvaardigen. Foriers, die op de voorbereidende werken steunt, stelt dat de term „rechtstreekse vordering” van artikel 1994, lid 2 B.W. niet in zijn technische betekenis mag genomen worden. Stond het mandaat plaatsvervangend toe, dan kan die vordering als een verlengstuk van het mandaat doorgaan. Stond het mandaat geen plaatsvervangend toe, dan zou die vordering gegrond zijn op de eenzijdige wilsverklaring van de plaatsvervanger die op zich nam het oorspronkelijk mandaat uit te voeren.

Men vergelijkte met de (behalve in de beperkte hypothese van artikel 1753 B.W.) onbestaande mogelijkheid voor de gemeenrechtelijke verhuurder om een contractuele vordering in te stellen tegen een onderhuurder, en met de (sinds het Nalatige stuwadoor-arrest) zeer beperkte vorderingsmogelijkheden van de opdrachtgever tegen een onderaannemer, en — in omgekeerde richting — met de rechtstreekse vordering in vrijwaring voor uitwinning of verborgen gebreken van een onderkoper tegen de oorspronkelijke verkoper. In het besproken arrest ligt een reden temeer om nauwkeurig het onderscheid te maken tussen de kwalificatie aanneming of lastgeving.

195. LASTHEBBER TEGENPARTIJ VAN DE LASTGEVER — De lasthebber mag niet als tegenpartij van zijn lastgever optreden krachtens het rechtsbeginsel neergeschreven in artikel 1596 B.W. Elke handeling verricht in strijd met dit beginsel is nietig. Deze nietigheid is echter slechts relatief (Cass., 7 december 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 407).

196. NOTARIS — De notaris die een andere notaris opvolgt neemt de rechten en verplichtingen van zijn voorganger over. Aldus neemt hij het stilzwijgend mandaat over dat normaal aan een notaris toekomt (Antwerpen, 9 juni 1981, *T. Not.*, 1981, 279).

197. ADVOCaat — Een advocaat heeft twee verschillende hoedanigheden: raadsman en lasthebber van zijn cliënt. In deze laatste hoedanigheid is derden-beslag in zijn handen mogelijk (Rb. Verviers, 16 oktober 1981, *Jur. Liège*, 1981, 386, met noot).

Een advocaat die voor een rechtscollege optreedt als lasthebber moet van geen volmacht laten blijken (art. 440 Ger. W.). Dit wettelijk vermoeden is echter weerlegbaar (Cass., 9 februari 1978, *R.W.*, 1977-78, 31). Wanneer de lastgeving niet wordt tegengesproken kunnen de rechtbanken de advocaat alleen maar op zijn woord geloven (Luik, 7 maart 1978, *Jur. Liège*, 1979-80, 297; Arbh. Antwerpen, 4 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 1414). Dit is het mandaat *ad litem* van de advocaat.

Een advocaat kan echter ook van zijn cliënten een lastgeving van gemeen recht aanvaarden die vreemd is aan zijn taak van vertegenwoordiging in rechte (Rb. Luik, 5 februari 1979, *Jur. Liège*, 1979-80, 293). Een dergelijk

mandaat is bijvoorbeeld nodig om, in geval van opzegging van een werknemer wegens dringende redenen, de niet-inachtneming van de wettelijk voorgeschreven vormen te dekken (Arbh. Antwerpen, 20 oktober 1980, *R.D.S.*, 1981, 21).

198. GERECHTSDEURWAARDER — Een gerechtsdeurwaarder die drie dagen vóór de zitting voor dewelke hij een schuldenaar gedagvaard heeft, een cheque ontvangt voor het volledig gevorderd bedrag, kosten inbegrepen, en niets onderneemt om een veroordeling bij verstek te vermijden, begaat een beroepsfout; hij dient de registratiekosten te dragen die betrekking hebben op de tegen de schuldenaar uitgesproken veroordeling (Kh. Brussel, 18 januari 1978, *B.R.H.*, 1978, 224).

Een schuldenaar heeft het recht én zijn schuldeiser én diens lasthebber, *in casu* een gerechtsdeurwaarder, tot stopzetting van de aangevangen tenuitvoerlegging voor de bevoegde rechtsmacht te dagvaarden en, zo nodig, hun onderlinge verhouding te laten beoordelen. Deze handelwijze is wellicht ongebruikelijk, maar is daarom nog niet onrechtmatig (Gent, 2 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 1792).

199. MAKELAAR IN ONROERENDE GOEDEREN — Een makelaar in onroerende goederen is niet alleen verantwoordelijk voor door hem gepleegd bedrog, maar ook voor fouten in zijn beheer. Een makelaar was belast met het beheer van de goederen van een echtpaar dat in Afrika verbleef. Een huis werd verhuurd aan een buitenlandse familie. Deze familie betaalde de huur zeer onregelmatig en onvolledig. Er was geen geschreven huurcontract en geen plaatsbeschrijving opgesteld. Er was ook geen huurwaarborg gestort. De makelaar werd veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding (Brussel, 19 september 1979, *Res et Jura Immobilia.*, 1980, 69).

Wanneer niet betwist wordt dat een bezoldigde lastgeving gegeven werd aan een vastgoedagent voor de verkoop van een onroerend goed, worden partijen geacht de gewoonte aanvaard te hebben voor de vaststelling van het loon. Dit loon, dat *in casu* als niet overdreven bestempeld werd, is verschuldigd ook als de lastgever slechts medeëigenaar was van het verkochte goed (Luik, 4 november 1982, *Jur. Liège*, 1983, 151). Indien de koop van een onroerend goed nadien in wederzijds akkoord door de partijen verbroken wordt, kan de vastgoedagent die bij het sluiten van de koop tussenkwam, niet veroordeeld worden om aan de ex-koper het voorschot van 100.000 frank terug te storten dat hij ontving als lasthebber van de verkopers (Luik, 17 december 1981, *Jur. Liège*, 1983, 149).

200. KWALIFICATIE VAN DE OVEREENKOMST — De overeenkomst waarbij een agent de opdracht werd gegeven een koper te vinden is een gemengde overeenkomst van aanneming en lastgeving. De rechtbank kan het overeengekomen salaris verminderen (Kh. Brussel, 20 maart 1981, *B.R.H.*, 1982, 76). De Arbeidsrechtbank te Namen ziet er eenvoudigweg een lastgeving in.

Een vermindering van het afgesproken loon is mogelijk (Arbrb. Namen, 3 mei 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 225). In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen (Kh. Antwerpen, 28 oktober 1978, *B.R.H.*, 1979, 148), en het Hof van Beroep te Bergen (Bergen, 20 maart 1979, *B.R.H.*, 1979, 532). Het betrof in laatstgenoemd geval een bemiddeling bij de verkoop van een handelszaak. Een arrest van het Hof van Beroep te Luik kwalificeerde een dergelijke overeenkomst echter als een aanneming, zodat het loon niet kon verminderd worden (Luik, 18 juni 1981, *Jur. Liège*, 1981, 352).

201. HERROEPING — De regels inzake lastgeving worden toegepast op de agentuurovereenkomst. De lastgever kan eenzijdig en naar goeddunken de lastgeving herroepen. Hij kan echter van dit recht afstand doen door in de overeenkomst te bedingen dat herroeping slechts mogelijk is bij foutieve niet-nakoming van het contract en mits een opzegging, behalve in het geval van tekortkoming met betrekking tot het zakencijfer (Antwerpen, 13 februari 1980, *B.R.H.*, 1983, 351). De herroeping van de lastgeving kan stilzwijgend gebeuren; zij kan door vermoedens worden bewezen (Cass., 2 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 2159).

202. FAILLISSEMENT VAN DE LASTGEVER — Lastgeving eindigt door het kennelijk onvermogen, hetzij van de lastgever, hetzij van de lasthebber (art. 2003 B.W.). Voor de toepassing van deze bepaling wordt het faillissement met het kennelijk onvermogen gelijkgesteld. Dit is vaste rechtspraak. Zij werd tijdens de besproken periode nogmaals bevestigd (Kh. Brussel, 28 oktober 1980, *J.T.*, 1981, 29 en *B.R.H.*, 1981, 232, noot; Luik, 10 december 1980, *B.R.H.*, 1981, 485). Het faillissement van de vervoerder maakt aldus een einde aan het mandaat van de scheepsagent (Antwerpen, 19 januari 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 160).

DE DADING

HOOFDSTUK I

BEGRIJF

203. Dading is een contract waarbij partijen een gerezen geschil beëindigen of een toekomstig geschil voorkomen (art. 2044 B.W.). Het is een consensueel, wederkerig contract ten bezwarende titel. Aan de twee vereisten door de wet gesteld, namelijk een bestaand of toekomstig geschil en de bedoeling er een einde aan te stellen heeft de rechtspraak een derde toegevoegd: wederzijdse toegevingen (Cass., 8 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 1152; Cass., 15 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 210, noot en *Arr. Cass.*, 1979-80, 197, noot; Antwerpen, 18 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 372; Bergen, 19 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 257, noot Sace, J.; Luik, 15 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 286, noot Jeunehomme, J.F.; Arbh. Antwerpen, 19 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 1289; Rb. Doornik, 6 januari 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10676, noot; Corr. Charleroi, 28 november 1980, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10613, noot; Corr. Charleroi, 16 september 1983, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10780; Arbrb. Antwerpen, 14 juni 1982, *J.T.T.*, 1982, 377, noot; Kh. Brussel, 22 mei 1979, *J.T.*, 1979, 395, en *J.T.*, 1981, 10).

Een „toegeving” is een verzaking aan een recht, niet alleen door het slachtoffer, maar ook door de verzekeraar; het is in hoofde van laatstgenoemde niet het gewoon toestaan van een geldsom — het ongetwijfeld verschuldigde minimumbedrag. In de omstandigheden die eigen zijn aan elke zaak zal de feitenrechter aanstippen om welke reden de verbintenis van de verzekeraar een toegeving van zijnentwege uitmaakt (zie Glansdorff, F., noot onder Pol. Brussel, 28 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10373; zie ook Corr. Charleroi, 16 september 1983, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10780). De partijen bij een arbeidsovereenkomst, die de beëindigingsmodaliteiten van hun contractuele relaties regelen, gaan geen dading aan (Arbh. Brussel, 4 maart 1981, *J.T.T.*, 1981, 206). Een dading veronderstelt wederzijdse toegevingen en strikt genomen is de toegeving een verzaking aan zijn rechten en niet het eenvoudig feit iets te verlenen.

Welke benaming de partijen ook aan hun contract geven, de rechter oordeelt soeverein door na te gaan of de drie essentiële vereisten aanwezig waren in de gemeenschappelijk bedoeling van de contractanten (Luik, 4 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 185). In dit geval had Gérard in mei 1971 een stamp gekregen van een paard dat onder de bewaking stond van Siegelbaum, en was achttien dagen werkonbekwaam geweest. Tussen de raadsman van het slachtoffer en de verzekeraar van Siegelbaum was er tussen april en augustus 1972 briefwisseling geweest. Om „een punt te zetten achter de zaak” was Gérard akkoord „pour faire bref procès” om de zaak

te beëindigen met de betaling van 33.318 F. Hij weigerde echter de anticipatieve kwijting te ondertekenen omdat er gewag in gemaakt werd van een dading en van een definitief afzien van het instellen van een vordering, zelfs voor toekomstige schade. Op soevereine wijze waardeert de rechter dit akkoord, en interpreteert het als een dading, vermits partijen door wederzijdse toegevingen een betwisting beëindigde.

De overeenkomst die tot doel heeft een einde te stellen aan een bewarend beslag onder derden en tevens alle andere vorderingen van vergoedingen, uit welke hoofde ook — reeds bestaande of toekomstige —, volledig uitschakelt, is een dading (Antwerpen, 18 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 372).

In een zogenaamde „lettre-convention” werd als besluit geschreven: „ainsi est clôturé tout contentieux entre nos deux sociétés”. De brief werd beschouwd als een dading omdat hij tot doel had een gerezen geschil te beëindigen (Kh. Brussel, 22 mei 1979, *J.T.*, 1981, 10 en *J.T.*, 1979, 395, zie ook Bergen, 19 maart 1980, hoger aangehaald). Artikel 1325 B.W. met betrekking tot het nodige aantal originelen is niet van toepassing op de overeenkomsten die per briefwisseling gesloten worden. Artikel 2044, tweede lid, belet niet dat een dading bewezen wordt door middel van briefwisseling (Bergen, 18 februari 1981, *Pas.*, 1981, II, 69).

Wanneer de vakbond van een bediende en diens werkgever het geschil in verband met de duur van de opzeggingstermijn beëindigen door wederzijdse toegevingen, komt een dading tot stand (Arbh. Antwerpen, 23 februari 1976, *T.S.R.*, 1976, 383; voorziening in cassatie werd verworpen door Cass., 12 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1043, noot, *J.T.T.*, 1978, 5 en *Pas.*, 1978, I, 33, noot).

204. EEN BETWISTING — Een hoeve behoort aan vier medeëigenaars. Eén ervan gaat over kop. De curator wenst de onverdeelde rechten van de gefailleerde te gelde te maken en dagvaardt in verdeling van het onverdeeld onroerend goed. Het vonnis beveelt een deskundig onderzoek. Op basis hiervan bieden twee medeëigenaars aan de rechten van de gefailleerde over te nemen. Laatstgenoemde gaat hiermee akkoord. De curator richt een verzoekschrift aan de Rechtbank van Koophandel, die „de dading die een einde maakt aan de vordering om uit de onverdeeldheid te treden” homologeert (Kh. Namen, 28 april 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 505, noot J. Demblon). Het gaat hier echter niet om een dading, vermits er geen einde gesteld wordt aan een betwisting. De aankoop van niet-betwiste rechten voor een niet-betwiste prijs maakt geen dading uit. Het gaat hier natuurlijk om een koop. De curator had de verdeling *in natura* moeten vorderen, en had daarna de openbare verkoop van de toegekende gronden moeten nastreven.

205. Wordt ook als een geoorloofde dading aanzien: de handeling die erin bestaat twee prijzen voor de herstelling van een wagen op te geven in een

expertiseverslag na een verkeersongeval, en de eerste alleen toe te kennen als het werk uitgevoerd wordt bij de genoemde hersteller (Cass., 13 januari 1983, *Pas.*, 1983, I, 573; Rb. Luik, 24 mei 1983, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10914; Pol. Luik, 6 april 1981, *De Verz.*, 1981, 831 en *Pas.*, 1981, III, 4). Dit is het probleem van de zogenaamde „dubbele schatting” (zie verder nr. 218).

206. Schuldenaars zien in een kwijtschrift maar al te graag een dading om aan hun verplichtingen te ontsnappen. Een schuldenaar werd veroordeeld om de tegenwaarde in Belgisch geld van X Franse franken te betalen, op basis van de gunstigste notering van 7,35. Hiervoor was hem na de betaling van de som — niet aan de gunstigste koers echter — een kwijtschrift overhandigd. De schuldenaar zag hierin een dading, wanneer de schuldeiser nadien het verschil vordert. „Een gewoon boekhoudkundig document”, zei de beslagrechter te Doornik. Er werd niet verzaakt aan enig recht — daar had de schuldeiser geen redenen voor, er was een vonnis en er werd geen gerezen geschil beëindigd (Beslagr. Doornik, 18 januari 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10283).

Een werkgever gaf zijn werknemer een kwijting „pour solde de tout compte” en dit op het ogenblik waarop hun contract een einde nam, in overeenstemming met artikel 23 van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract, nu artikel 42 van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten. Later stelde de werknemer een vordering in voor een complementaire verbrekingsvergoeding en vakantiegeld. Het Hof van Cassatie zag in de kwijting geen dading (Cass., 15 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 210 en *Arr. Cass.*, 1979-80, 197, noot). Dergelijke kwijting levert niets meer op dan het bewijs van ontvangst van een bepaald bedrag (Herbots, J.H., „Dading” in *Bijzondere Overeenkomsten*, Herbots, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, (84), 286). Onder de opzeggingsbrief heeft de werknemer de vermelding „goed voor ontvangstmelding en voor akkoord” aangebracht gevolgd door zijn handtekening. Dat de werkgever hem dezelfde dag een tegenbrief heeft overhandigd waarin werd gepreciseerd dat hij verkoos geen enkele melding te maken in de opzeggingsbrief betreffende details van de redenen van de verbreking laat niet toe te oordelen dat de opzeggingsbrief een dading zou geworden zijn daar er geen verduidelijking werd gegeven betreffende de wederzijdse afstand van rechten der partijen, hetgeen de essentie zelf van zulk een contract is (Arbh. Bergen, 11 februari 1980, *Chroniques de droit social*, 1982, 12). De ratio legis van de bepaling van artikel 23 is de bediende ervoor te behoeden dat de ondertekening van een eenvoudig ontvangstbewijs door de werkgever zou worden uitgelegd als een afstand van alle rechten. Evenwel werd aan de vrijheid van een bediende om over zijn rechten te beschikken niet geraakt: een gehele of gedeeltelijke afstand blijft mogelijk (Dirix, E., „De kwijting voor saldo van rekening”, noot onder Arbrb. Brussel, 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, (190), 196). Als de kwijting dan ook inhoudt dat partijen elkaar van alle verdere verbintenissen bevrijden, is er toch een dading.

Wanneer zo'n kwijting niet aan alle vereisten van een dading voldoet dan wordt deze door sommige rechtspraak als het bewijs van de uitvoering van een dading gezien. Zo kan aan het vereiste van het dubbel geschrift worden ontkomen, daar artikel 1325 B.W. niet meer geldt zodra één van de partijen haar verbintenissen heeft uitgevoerd (Bergen, 19 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 257, noot Sace, J.; zie ook Dirix, E., *l.c.*, 191).

207. De overeenkomst afgesloten tussen de verzekeraar van de ongevalverwekker en het slachtoffer, waarbij aan geneesheren-deskundigen wordt opgedragen de aanvang van de schade en haar vergoeding te bepalen en de verzekeraar de ganse aansprakelijkheid van het ongeval aanvaardt, is een *sui generis* contract. Het gaat niet om een dading bij gebrek enerzijds aan een toegeving vanwege de schadelijder en anderzijds aan een oplossing van een bestaand of toekomstig geschil (Rb. Doornik, 6 januari 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10676).

De overeenkomst waarbij de verzekeraars en de verzekerde de deskundigen belasten met de vaststelling van het bedrag van de schade aangericht aan de verzekerde door een ongeval en dit met wederzijds akkoord op soevereine wijze en zonder mogelijkheid van verhaal, is geen dading maar een lastgeving (Kh. Luik, 27 november 1979, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10496, noot Fagnart, J.L.). In een geleerde noot (waarin nochtans niet het kleinste nederlandstalig commentaar, bijvoorbeeld met betrekking tot het bindend advies, geciteerd wordt) wijst Fagnart erop dat partijen bij zo'n overeenkomst geen wederzijdse toegevingen doen, geen geschil beëindigen, maar dat ze enkel beroep doen op een bepaald mechanisme om een feitelijk element vast te leggen dat aan de rechter die het geschil zal moeten beëindigen, zal worden voorgelegd. Het gaat hier inderdaad dus niet om een dading, maar een lastgeving is het ook niet. De deskundigen kregen immers niet de opdracht rechtshandelingen te stellen. Het is evenmin een expertise in de eigenlijke zin van het woord, vermits de deskundigen op soevereine wijze en zonder mogelijkheid van beroep, een feitenkwestie moeten beslechten; evenmin een overeenkomst tot aanstelling van scheidsrechters. Het is een onbenoemde overeenkomst aan dewelke artikel 1134 B.W. bindende kracht geeft.

In voorliggend geval was een transformator van een zinkelectrolysefabriek door een elektrisch defect beschadigd en gedurende de herstelling die meer dan twee maanden duurde, had de productie hier danig onder geleden. Bij overeenkomst tussen fabriek en verzekeringsmaatschappijen werden deskundigen aangeduid om de stoffelijke schade te schatten. Nadien stelde een verzekeraar een vordering tot schadevergoeding in tegen één van de deskundigen, omdat deze bij het schatten van de schade de richtlijnen niet gevolgd had die opgelegd waren in de verzekeringspolis en in de overeenkomst tot aanstelling van de deskundigen. De vordering wordt verworpen, maar duidelijk wordt het beginsel gesteld dat de rechtbank de bevoegdheid heeft om na te gaan of de deskundigen te werk gegaan zijn volgens de door de

partijen gewenste werkwijze. Zo niet kan de schatting door de deskundigen verworpen worden.

HOOFDSTUK II

ALGEMENE GELDIGHEIDSVEREISTEN

208. TOESTEMMING — In zoverre ondertekend door een ongeletterde — een Marokaan — is de dading niet geldig. De toestemming is immers niet bewezen (Rb. Brussel, 22 september 1982, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10918). De toestemming tot een overeenkomst kan gegeven worden doordat een partij het aanbod van een andere aanvaardt. Een „quittance anticipative” door de verzekeraar overhandigd aan de raadsman van de eisers (van schadevergoeding) is een aanbod tot het aangaan van een dading. Dit aanbod kan rechtsgeldig herroepen worden, indien niet bewezen is dat dit aanbod vóór de herroeping aan alle begunstigten ter kennis werd gebracht (Rb. Namen, 11 juni 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 1026).

De verzending door een verzekeringsmaatschappij van kwijtschriften voor schadeloosstelling is een aanbod om een dading te sluiten. Bij gebrek aan een vastgestelde termijn impliceert dit een redelijke termijn voor de aanvaarding ervan, waarvan de duur varieert volgens de aard van de zaak, de gebruiken en de omstandigheden. Hierover oordeelt de rechter ten gronde soeverein (Rb. Luik, 22 oktober 1980, *De Verz.*, 1982, 303; zie ook Pol. Namen, 12 juni 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10485, *T. Vred.*, 1982, 209 en *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 334).

209. DWALING — Een dading kan, overeenkomstig het gemeen recht, vernietigd worden wanneer er een dwaling is omtrent de persoon of het voorwerp, evenals in alle gevallen van bedrog of geweld (Luik, 15 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 286, noot Jeunehomme, J.F.).

Een dading kan niet vernietigd worden uit hoofde van dwaling omtrent het recht (art. 2052, lid 2 B.W.) (Luik, 15 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 286, noot Jeunehomme, J.F.). In dit verband heeft de rechtsdwaling geen verband met de subjectieve rechten waarover een partij de dading aangaat en water in haar wijn doet (— dit doet een feitelijke dwaling ontstaan —), maar wel met de rechtsregels die van toepassing zijn op de betwisting die de dading tot doel heeft te beëindigen of te voorkomen. De dwaling omtrent de omvang van een recht is evenwel geen dwaling betreffende de zelfstandigheid van de zaak, en een dwaling betreffende de omvang van de geleden schade is geen dwaling betreffende het voorwerp van de dading (Bergen, 19 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 257, noot Sace, J.). De zelfstandigheid van de zaak moet immers onderscheiden worden van de geldelijke waarde van de transactie. Om het te zeggen met de woorden van een Engelsman

die ons recht bestudeerde: „It is obvious that a mistake as to ‘substance’ will usually entail also a mistake as to value. Indeed it will nearly always be the mistake as to value which is the real reason for the plaintiff’s bringing his action. But not every mistake as to value can be allowed to be a ground of nullity without subverting the Code, which makes provision for a remedy for inadequacy of value, but only in very narrowly defined circumstances, and expressly excludes such a remedy in any other circumstances. The distinction which is drawn is between a mistaken valuation and a mistaken understanding of the facts upon which the valuation is based. If those facts can be categorised as relating to ‘substantial qualities of the thing’, there is *erreur sur la substance*. The *jurisprudence*, however, shows that this is an elastic test” (Nicholas, B., *French law of contract*, Butterworths, 1982, 86).

Volgens de Politierechter te Hasselt (afdeling Beringen) is de dwaling bewezen wanneer het slachtoffer in de dading geen normale schadevergoeding verkrijgt en dit rekening houdende met de gebruiken en/of wanneer zijn toestemming werd verkregen zonder de aanwezigheid van zijn advocaat en zeker wanneer het een vreemdeling betreft die de taal van zijn gesprekspartner onvoldoende machtig is (Pol. Hasselt, 3 april 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10229, noot en *Limb. Rechtsl.*, 1979, 159). Als de rechter hier stelt dat een dading kan worden vernietigd op grond van substantiële dwaling, wanneer het slachtoffer geen normale schadevergoeding verkrijgt rekening houdende met de gebruiken, kan de vraag worden gesteld wat er nog overblijft van de wettelijke regel (art. 2052 B.W.) die stelt dat „benadeling” geen aanleiding geeft tot nietigverklaring van een dading (zie bespreking van dit vonnis door Glansdorff, F., in een noot onder Pol. Brussel, 28 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10373).

Om tot nietigheid aanleiding te kunnen geven dient dwaling verschoonbaar te zijn (Rb. Hasselt, 29 juni 1981, *Limb. Rechtsl.*, 1982, 13; Rb. Doornik, 6 januari 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10676).

210. REKENFOUT — Een rekenfout in een dading moet verbeterd worden (art. 2058 B.W.). Ze heeft niet de nietigheid van de dading tot gevolg. Een rekenfout is een zuiver materiële vergissing, die de economie van de dading niet in het gedrang brengt; zij is het gevolg van een onoplettendheid (Vred. Hannuit, 25 november 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10422, noot F.G.; zie *T.P.R.*, 1980, nr. 298, p. 687).

211. BEDROG — De verzekeraar, die de verzekerde er vóór iedere gerechtelijke uitspraak weet van te overtuigen dat hij zich schuldig gemaakt heeft aan dronkenschap, maakt zich schuldig aan een intimidatiemanoeuvre, dat de toestemming van de verzekerde gebrekkig maakt. De verzekerde had er *in casu* in toegestemd de door de verzekeraar uitbetaalde sommen terug te betalen (Bergen, 3 oktober 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 57, noot Derenne, M.).

Het zwijgen van een partij bij het aangaan van de dading wordt in bepaalde gevallen als een bedrog beschouwd in de zin van artikel 1116 B.W., wanneer het betrekking heeft op een feit dat, ware het gekend geweest door de andere partij, laatstgenoemde in staat had gesteld onder minder nadelige voorwaarden te contacteren. *In casu* ging het om de listige kunstgrepen van een verzekeringsinspecteur die, om een slachtoffer van een verkeersongeval ertoe te brengen een dading in verband met zijn schade te sluiten, zich onthield om inlichtingen te verschaffen over de reële draagwijdte van zijn rechten, met name door de besluiten van de medische expertise niet nader te preciseren (Bergen, 14 januari 1981, *J.T.*, 1981, 384).

Zo heeft een verzekeraar, die aan het slachtoffer dat nog niet genezen is, een vergoedingskijwitschrift voorlegt, vervat in een tekst met talrijke gedrukte vermeldingen, wanneer alleen een provisie gevraagd was, de schade-lidder op een bedrieglijke wijze in dwaling gebracht (Pol. Brussel, 28 oktober 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10373, noot Glansdorff, F.).

Een overeenkomst tot minnelijke regeling die tussen de schaderegelaar en het slachtoffer van het verkeersongeval tot stand kwam, dient als nietig te worden beschouwd, wanneer blijkt dat het slachtoffer niet bekwaam was om met kennis van zaken een ernstige bespreking te voeren met de schaderegelaar — het slachtoffer was niet in het bezit van de stukken die haar raadsman had —, en wanneer de overeenkomst bovendien zonder tussenkomst van de raadsman van het slachtoffer werd aangegaan en ver beneden het bedrag lag waarop het slachtoffer aanspraak kon maken (Rb. Antwerpen, 19 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 2628, noot).

De Politierechter te Nijvel stelt dat een verzekeringsmaatschappij een sociale zending te volbrengen heeft en zich niet mag gedragen als een zuiver commercieel bedrijf dat er slechts op uit is winst te maken. Het zou dus uit den boze zijn slachtoffers dadingen voor te stellen die ze slechts gedeeltelijk zouden vergoeden. De verzekeringsmaatschappijen zouden aldus hun wettelijke taak niet vervullen (Pol. Nijvel, 6 april 1979, *Rev. Rég. Droit*, 1979, 932). Dit is voorwaar een radicale visie.

Na lectuur van het verslag van haar raadgevende geneesheer neemt een verzekeringsmaatschappij rechtstreeks contact met het slachtoffer zonder zijn verzekeraar te verwittigen met wie zij nochtans een briefwisseling onderhield en die belast was met de verdediging van de belangen van het slachtoffer. Dergelijke bemoeiingen maken een oneerlijke houding uit en deze kunstgreep vormt het bedrog dat de toestemming van de burgerlijke partij gebrekkig maakt (Corr. Charleroi, 16 september 1983, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10780).

212. TOEKOMSTIGE GEVOLGEN — Een overeenkomst, die aan het Hof te Brussel werd voorgelegd, had betrekking onder meer ook op de toekomstige gevolgen uit een verkeersongeval. Het slachtoffer had daarbij verzaakt aan alle toekomstige vorderingen „zelfs bij verslechtering van zijn gezondheids-toestand en zelfs indien uit de gegevens van de zaak zou blijken dat deze

verslechtering op het ogenblik waarop de dading werd gesloten wetenschappelijk niet kon worden voorzien". Later bleek de consolidatie van de breuk niet zo vlug te gebeuren en het slachtoffer stelde zich burgerlijke partij. De burgerlijke partijstelling werd ongegrond verklaard omdat duidelijk uit de bewoordingen van de overeenkomst bleek dat het slachtoffer aan elk verhaal in verband met toekomstige gevolgen had verzaakt (Luik, 15 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 286, noot Jeunehomme, J.F.).

Een overeenkomst werd gesloten tussen de verzekeringsmaatschappij van de aansprakelijke van een verkeersongeval en het slachtoffer Iddi Houm. Later verslechterde diens gezondheidstoestand en hij vroeg dan ook een complementaire vergoeding. Hij voerde daarbij aan dat hij noch lezen kon noch schrijven, en dat hij de overeenkomst had ondertekend zonder er zich rekenschap van te geven dat hij verzaakt had aan elke latere klacht; hij beweerde dus dat zijn toestemming gebrekkig was wegens dwaling. Het Hof te Luik leidde onder meer uit de wijze waarop de onderhandelingen verlopen waren af, dat het slachtoffer met volle kennis van zaken, zowel op medisch vlak als op vlak van begrip van de tekst, de litigieuze overeenkomst ondertekend had. Het Hof stelde dan ook dat gezien de overeenkomst opgesteld was in klare en duidelijke termen en gezien elk der partijen werd gewezen op de toekomstige gevolgen, er geen sprake kon zijn van dwaling of bedrog (Rb. Luik, 28 juni 1982, *Jur. Liège*, 1982, 354 en *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10917, met noot).

In dezelfde zin werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Charleroi gevonnis: „De bewoordingen van de overeenkomst tussen het slachtoffer van een ongeval en de verzekeraar van de aansprakelijke veroorzaker maken het niet mogelijk de draagwijdte ervan te beperken tot de bekende en voorzienbare schade ten tijde van de ondertekening, vermits de dading tot voorwerp heeft „het bekend en onbekend, huidig en toekomstig, voorzien en onvoorzien" nadeel, en het slachtoffer heeft verklaard dat „het afstand deed van alle huidige en toekomstige vorderingen op de verzekeraar en zijn verzekerde uit hoofde waarvan dan ook ...", welke afstand zich uitstrekt tot de mogelijke verergering van zijn gezondheidstoestand, zelfs die welke „wetenschappelijk niet voorzien kon worden" ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst". De rechtbank oordeelde dat een slachtoffer dat voormelde afstand heeft gedaan en bovendien verklaard heeft een kanscontract te sluiten, niet gerechtigd was om een wezenlijke dwaling aan te voeren die een wilsgebrek zou hebben gevormd (Rb. Charleroi, 20 september 1983, *De Verz.*, 1983, 655).

213. VOORWERP VAN DE DADING — Men kan een dading aangaan over een opzeggingsvergoeding en over de duur van een opzeggingstermijn zodra de opzegging werd gegeven (Cass., 12 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1043, noot, *J.T.T.*, 1978, 5 en *Pas.*, 1978, I, 33, noot: dit arrest verwerpt de voorziening tegen Arbh. Antwerpen, 23 februari 1976, *T.S.R.*, 1976, 383). De bepalingen betreffende het toepassingsgebied van de arbeidsongevallen-

wetgeving raken de openbare ord en zijn dus niet vatbaar voor dading (Arbh. Gent, 20 oktober 1977, *R.W.*, 1978-79, 474, noot).

Hoewel heel de wetgeving betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen een domein raakt waarin algemene belangen doorgaans de voorrang hebben op particuliere, houdt dit niet noodzakelijk in dat alle maatregelen die van deze wetgeving deel uitmaken, tot de openbare orde behoren. De bescherming en waarborg die aan een verkozen personeelsafgevaardigde verstrekt wordt, betreft eerder privé-aanbelangen; een werknemer kan dan ook in een dading afstand doen van de beschermingsvergoeding nadat hij ontslagen werd (Arbh. Antwerpen, 18 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 1852, noot Paulus, C.).

214. DADINGEN BLIJVEN BEPERKT TOT HUN VOORWERP — Artikel 2048 B.W. luidt als volgt: „Dadingen blijven beperkt tot hun voorwerp: wordt daarbij afstand gedaan van alle rechten, vorderingen en eisen, dan geldt zulks alleen voor hetgeen betrekking heeft op het geschil dat tot de dading aanleiding heeft gegeven”. Dadingen regelen slechts de geschillen die daarin zijn begrepen, hetzij partijen hun bedoeling in bijzondere of in algemene bewoordingen hebben uitgedrukt, hetzij die bedoeling als een noodzakelijk gevolg wordt afgeleid van hetgeen is uitgedrukt. Het is derhalve geenszins in strijd met de bedoeling van partijen, dat bewezen betalingen op facturen, die als niet verschuldigd in de dading werd opgenomen, in aanmerking worden genomen bij de eindafrekening tussen partijen (Antwerpen, 16 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2374).

Tussen de omnium-verzekeraar en de verzekeraar van de derde die de schade veroorzaakt had, werd een dading gesloten op grond waarvan de omnium-verzekerde de herstellingskosten van zijn voertuig terugbetaald kreeg. De eigenaar van het beschadigde voertuig vroeg dan aan de verzekeraar van de tegenpartij de betaling van een dervingsvergoeding. Terecht, want de omnium-verzekeraar is er niet toe gehouden een dervingsvergoeding te betalen aan zijn verzekerde (Vred. Hasselt, 14 maart 1978, *T. Vred.*, 1978, 289).

215. ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHEIDING — In het vorige overzicht (nr. 304) werd de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van bepaalde feiten onderzocht. In de hier besproken periode werd een arrest van het Hof van Beroep te Luik gepubliceerd dat handelt over een dading gesloten omtrent een onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming. Deze dading week af van de overeenkomst terzake in de notariële akte die was opgesteld vóór de eerste verschijning. De regels betreffende de echtscheiding bij onderlinge toestemming betreffen de openbare orde. De echtgenoten mogen er niet van afwijken (Luik, 3 juni 1976, *Rev. Not. B.*, 1978, 50, noot Van Laethem, E.).

216. BEVOEGDHEID VAN DE OUDERS OM EEN DADING TE SLUITEN — Een

dading door de ouders of één van hen aangegaan, namens een minderjarig kind betreffende vergoedingen voor een ongeval, is geen handeling die de ouders zonder rechterlijke machtiging mogen stellen. Het gaat hier immers niet om een daad van beheer, maar om een daad van beschikking. De omvang van de bevoegdheden, die artikel 389 B.W. tijdens het huwelijk en behoudens door de wet bepaalde uitzonderingen, aan één van de ouders verleent over de goederen van hun minderjarige kinderen betreft altijd het beheer, wat de bevoegdheid uitsluit om handelingen te stellen, die zoals de dading wezenlijk daden van beschikking zijn (Cass., 14 januari 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10484, noot, *Pas.*, 1981, I, 508 en *De Verz.*, 1981, 779; Corr. Charleroi, 28 november 1980, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10613, noot, voorz. in Cass. verworpen door Cass., 8 april 1981 in de noot vermeld; Pol. Namen, 12 juni 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 334, *T. Vred.*, 1982, 209 en *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10485, noot).

De formaliteiten voorzien door artikel 467 B.W. raken niet de Belgische internationale openbare orde (Rb. Brussel, 22 september 1982, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10918). *In casu* was het persoonlijk Marokkaans statuut toepasselijk dat bepaalt dat de wettelijke voogdij over de persoon en de goederen van een kind door de vader wordt uitgeoefend met uitsluiting van de moeder: de vader kon dan ook alleen, in naam van zijn minderjarige zoon, een dading sluiten zonder dat die onderworpen was aan de formaliteiten van artikel 467 B.W.

217. LASTGEVING. BEWIJS — De dading is een consensuele overeenkomst met het gevolg dat ze mondeling kan worden gesloten, ook door een lasthebber als deze daartoe een „bijzonder” mandaat, ongeacht de vorm, bekomen heeft. Artikel 2044, lid 2 B.W. bepaalt weliswaar dat een dading „schriftelijk” moet opgemaakt worden, maar deze bepaling is voorgeschreven met het oog op het „bewijs” van de overeenkomst en niet voor haar geldigheid. Een dading kan ook per briefwisseling aangegaan worden. In dit geval is artikel 1325 B.W. niet toepasselijk (Bergen, 19 maart 1980, *Rev. Not. B.*, 1980, 257, noot Sace, J.; Bergen, 18 februari 1981, *Pas.*, 1981, II, 69, noot; Arbrb. Antwerpen, 14 juni 1982, *J.T.T.*, 1982, 377, noot).

Het geschreven bewijs kan vervangen worden door de bekentenis van de partij tegen wie de dading wordt ingeroepen (Arbh. Antwerpen, 18 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 1852, noot Paulus, C.). Terecht werd evenwel beslist dat de tussen de werkgever en de vakbondsafgevaardigden (lasthebbers) gesloten dading niet kon worden bewezen aan de hand van een bekentenis, afgelegd door de lasthebbers. Daartoe moeten ze van de werknemer (lastgever) eerst bijzonder mandaat gekregen hebben om te bekennen.

Het gebeurt in de praktijk veelvuldig dat een vakbond met de werkgever een dading sluit, onder meer in verband met opzeggingsvergoedingen. In zo'n geval moet de vakbond daartoe „uitdrukkelijk” gemandateerd zijn (Arbh. Brussel, 14 september 1981, *R.W.*, 1983-84, 1011). Met uitdrukke-

lijk mandaat heeft de wetgever niet bedoeld dat het mandaat in een „schriftelijke” overeenkomst moet verleend zijn, maar wel dat er geen twijfel mag bestaan omtrent de intentie van de lastgever om ook daden van beschikking aan de lasthebber toe te vertrouwen (zie Paulus, C., „Enkele facetten van lastgeving”, in *Bijzondere Overeenkomsten*, Herbots, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980, (327), 346; Paulus, C., „Dading en lastgeving”, noot onder Arbh. Antwerpen, 18 september 1980, *R.W.*, 1980-81, (1856), 1857; contra: Pol. Luik, 6 april 1981, *De Verz.*, 1981, 831 en *Pas.*, 1981, III, 4: de bevoegdheid van een lasthebber om een dading te sluiten vereist een „schriftelijk” mandaat ofwel bekrachtiging door de lastgever).

Ofschoon het wel een algemeen erkend gebruik is dat de vakbonden als lasthebbers van hun aangeslotenen met de werkgever onderhandelen over geschilpunten onder meer betreffende de hoegrootheid van het loon, het verrichten van overuren enz., toch dient in elk bijzonder geval te worden nagegaan of de vakbonden door hun aangeslotenen gemachtigd waren om een dading aan te gaan (Arbh. Brussel, 14 september 1981, *R.W.*, 1983-84, 1011). *In casu* oordeelde het Hof dat noch uit de tekst van de overeenkomst tussen werkgever en vakbond, noch uit de aard van de overeenkomst, zelfs gelet op de slechts nadelige bedingen voor de rechthebbenden, kon worden afgeleid dat er zelfs stilzwijgend, lastgeving gegeven werd.

Een derde mag met alle middelen het bestaan van de lastgeving tot het aangaan van een dading bewijzen (Arbh. Antwerpen, 23 februari 1976, *T.S.R.*, 1976, 383; voorz. in Cass. verworpen door Cass., 12 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1043, noot, *J.T.T.*, 1978, 5 en *Pas.*, 1978, I, 33, noot). *In casu* bestond de dading hierin dat enerzijds de N.V. S, die de arbeidsovereenkomst met B, wiens jaarloon hoger lag dan 150.000 F., beëindigd had met uitbetaling van een vergoeding gelijk aan negen maanden loon, uiteindelijk ermede instemde nog een bijkomende vergoeding van vier maanden loon uit te keren, terwijl de L.B.C. anderzijds, bij wijze van „minnelijke schikking”, haar eerder gestelde eisen omtrent opzeggingsvergoedingen, uitwinningsvergoeding en vakantiegeld, reduceerde tot de voormelde vier maanden loon. De lastgeving van de L.B.C. wordt bewezen door de briefwisseling gevoerd tussen de sociale dienst V.E.V. en de L.B.C., waaruit blijkt dat de L.B.C., naar haar beweren na contact met haar lid, zich bij het aangaan van de dading als de lasthebber van B gedragen heeft. Het bewijs dat een mondelinge, uitdrukkelijke en bepaalde lastgeving tot het aangaan van een dading door B aan de L.B.C. gegeven werd, mag door de werkgever, de N.V. S, door alle middelen van recht geleverd worden.

Nog even herhalen om de zaken zeer duidelijk te stellen. Een bijzonder mandaat is een mandaat dat slechts betrekking heeft op één welbepaalde zaak of handeling of op een aantal welbepaalde zaken of handelingen. Een voorbeeld: de lastgeving tot het sluiten van een dading. Tegenover het bijzonder mandaat staat het algemeen mandaat, dat „alle” zaken van de lasthebber betreft. Het klassieke voorbeeld hiervan is het geval van de

persoon die voor lange tijd op reis vertrekt en voor de duur van zijn afwezigheid een ander belast met het behartigen van al zijn patrimoniale belangen. Nu is het wel mogelijk dat de partijen niet zeer duidelijk geweest zijn bij het omschrijven van de omvang van de lastgeving of dat zij slechts een mondelinge overeenkomst hebben gesloten en er zich nadien een betwisting voordoet. De rechter zal dan moeten trachten hun precieze bedoeling te achterhalen volgens de gewone interpretatieregels.

In de praktijk wordt dikwijls de term „bijzonder” mandaat verward met „uitdrukkelijk” mandaat, — uitdrukking die voorkomt in artikel 1988 B.W. Bepaald wordt dat de lasthebber slechts daden van beschikking kan stellen, indien hij daartoe een uitdrukkelijke lastgeving heeft gekregen. Deze formulering is niet zó gelukkig. Paulus laat inderdaad terecht opmerken dat de term „uitdrukkelijk” de indruk wekt dat, opdat de lasthebber ook daden van beschikking zou mogen stellen, hij hiertoe een uitdrukkelijke, dus schriftelijke lastgeving moet gekregen hebben, en het stellen van deze daden derhalve voor hem verboden is in geval van mondelinge of stilzwijgende lastgeving. Deze indruk is fout. Met „uitdrukkelijk” mandaat heeft de wetgever bedoeld dat er geen twijfel mag bestaan omtrent de intentie van de lastgever ook daden van beschikking aan de lasthebber toe te vertrouwen.

Artikel 2044 B.W. stelt dat dading schriftelijk moet worden aangegaan. De rechtspraak is het er over eens dat deze regel enkel het bewijs betreft en dat de dading kan bestaan onafhankelijk van elk geschrift. Het bewijs door geschrift mag vervangen worden door de bekentenis van de partij tegen wie de dading wordt ingeroepen.

218. DUBBELE RAMING IN EXPERTISE-VERSLAG — Het procédé dat erin bestaat in een document, dat als „procès-verbal d'expertise” bestempeld wordt, twee prijzen te bepalen voor een herstelling, met dien verstande dat de eerste en hoogste prijs slechts toegekend wordt indien het werk uitgevoerd wordt in de werkplaatsen van een met name aangeduid hersteller, maakt een geoorloofde dading uit. De bevoegdheid om die dading te sluiten kan aan een lasthebber gegeven worden, maar dit moet wel *uitdrukkelijk* geschieden, en met een geschrift bewezen worden (Pol. Luik, 6 april 1981, *Pas.*, 1981, III, 5). Indien het bewijs van die uitdrukkelijke lastgeving om een dading te treffen over de grootte van de schade niet geleverd wordt, kan er in geval het voertuig niet wordt hersteld geen toepassing worden gemaakt van de overeenkomst tussen de hersteller en de deskundige van de verzekeraar betreffende de „dubbele raming”. Bij gebreke aan dading over de schade moet het slachtoffer dan volledige vergoeding van zijn schade bekomen (Rb. Luik, 24 mei 1983, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10914). We zagen daarnet echter dat een uitdrukkelijke lastgeving niet noodzakelijk met een geschrift moet bewezen worden.

Het Hof van Cassatie stelt dat geen enkele wettelijke bepaling er zich tegen verzet dat partijen een dading sluiten en, vrij, in gemeenschappelijk overleg een forfaitair bedrag bepalen als herstellingskost, dat lager ligt dan de som

die bepaald wordt voor de effectieve herstelling van de schade aan het voertuig en voor het geval waarin de herstelling niet zou uitgevoerd worden in een met name aangeduide garage (Cass., 13 januari 1983, *Pas.*, 1983, I, 573).

HOOFDSTUK III

GEVOLGEN VAN EEN DADING

219. TEGENWERPELIJKHEID AAN DE VERZEKERAAR VAN DE DADING GESLOTEN TUSSEN SLACHTOFFER EN AANSPRAKELIJKE DERDE — Volgende feiten deden zich voor: een fietser wordt rakelings voorbijgereden door een vrachtwagen die zich aan een grote snelheid bezondigt. Door de luchtverplaatsing verliest de fietser het evenwicht en laat zich in de gracht vallen. Hij loopt verwondingen op en moet verzorgd worden. Zijn mutualiteit betaalt hem de wettelijke kwotiteiten uit van zijn medische uitgaven. Tussen enerzijds het slachtoffer van het verkeersongeval en anderzijds de werkgever van de aansprakelijke derde, alsook de verzekeraar van de werkgever, werd een dading gesloten. Later dagvaardde het slachtoffer en haar mutualiteit de aansprakelijke derde — de rokeloze chauffeur — en diens werkgever om de gevolgen van het ongeval te doen herstellen en de verleende sociale prestaties terug te vorderen. De vordering van het slachtoffer ten opzichte van de werkgever en de aansprakelijke derde werd afgewezen: tussen hen had de dading gezag van gewijsde; rechtspraak en rechtsleer zijn het er immers over eens dat de dading die gesloten wordt door een hoofdelijke medeschuldenaar, opgeworpen kan worden door de andere medeschuldenaars (art. 1208 B.W.). De vordering van de mutualiteit van het slachtoffer ten opzichte van werkgever en aansprakelijke derde daarentegen werd gegrond verklaard omdat de dading niet tegenwerpelijk was aan de mutualiteit die geen partij was bij het contract (Luik, 15 januari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 286, noot Jeunehomme, J.F.). De rechtspraak houdt dezelfde oplossing aan ten voordele van de wetsverzekeraar wanneer het slachtoffer en de aansprakelijke derde (of diens verzekeraar) een dading sluiten (Arbh. Antwerpen, 22 november 1978, *J.T.T.*, 1979, 294).

Maar door de Arbeidsrechtbank te Dinant werd ten onrechte in een andere zin beslist: de verzekerde die een dading aangaat met de aansprakelijke derde ontnemt zijn verzekeringsmaatschappij elk verhaal tegen die derde; hij is dan persoonlijk gehouden tot de terugbetaling van de schadevergoeding die hem is uitbetaald (Arbrb. Dinant, 5 januari 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 185).

De arbeidsongevallenverzekeraar kan overeenkomstig artikel 47 A.O.W. in de rechten treden van de getroffene of zijn rechthebbenden, wanneer hij de rechtsovereenkomst instelt die deze personen, overeenkomstig artikel 46, § 1

van dezelfde wet toekomt (d.w.z. vordering inzake burgerlijke aansprakelijkheid). Het is mogelijk dat het slachtoffer reeds een dading gesloten heeft met de aansprakelijke persoon. Deze dading is *niet* tegenwerpelijk aan de verzekeraar en doet geen afbreuk aan zijn rechten (Arbh. Antwerpen, 22 november 1978, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10173 en *J.T.T.*, 1979, 294; Arbrb. Charleroi, 18 oktober 1978, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10174).

220. ONTBINDING WEGENS WANPRESTATIE — Het „uitdrukkelijk” ontbindend beding mag in de dading worden opgenomen (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 562).

Het probleem stelt zich echter voor het „stilzwijgend” ontbindend beding. De Page is tegen de toepassing ervan: de dading is er om een geding te voorkomen; de wil dat dit voor altijd geschiedde, mag dus worden vermoed, maar het tegendeel blijft mogelijk. Daarbij komt, aldus De Page, dat partijen, vaak vooraleer tot een dading te komen, ingewikkelde moeilijkheden moesten oplossen, regelingen troffen of andere overeenkomsten afsloten zodat de ontbinding ervan overeenkomstig artikel 1184 B.W. niet in verhouding zou staan met de nadelen die eruit voortvloeien (zie rechtsleer geciteerd door Van Der Stichelen, P., noot onder Kh. Brussel, 16 januari 1979, *T. Aann.*, 1979, (398), 400). Dat moet dan maar uitdrukkelijk bedongen worden.

In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Brussel: de partij, slachtoffer van de wanuitvoering van de tegenpartij, kan alleen de gedwongen uitvoering van de dading vragen en niet de ontbinding. Dit bij gebreke van uitdrukkelijk ontbindend beding. Het in gebreke blijven van een partij bij de dading geeft de andere partij niet het recht om de vordering die door de dading werd gedoofd, te hervatten (Kh. Brussel, 26 januari 1979, *T. Aann.*, 1979, 395, noot Van Der Stichelen, P.).

Toch besliste in een zaak van verkoop van computers de Rechtbank van Koophandel van Brussel (9de Kamer) in 1979 terecht dat artikel 1184 B.W. wel van toepassing is op alle wederkerige overeenkomsten zonder uitzondering. Als dan één van de partijen zijn verbintenissen niet nakomt heeft de andere het recht de ontbinding van de dading te vragen en het oorspronkelijk geschil voor de rechter te brengen (Kh. Brussel, 22 mei 1979, *J.T.*, 1979, 395 en *J.T.*, 1981, 10). In het vonnis wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Cassatie van 6 april 1977 (zie vorig overzicht nr. 311, p. 699; adde: *J.T.T.*, 1978, 161 en *Pas.*, 1977, I, 836, noot; Arbrb. Brussel, 30 april 1981, *J.T.T.*, 1982, 97). Laatstgenoemd vonnis stelde dat de ontbinding wegens foutieve wanuitvoering uitgesproken moet worden door de rechter, die buiten het geval van een uitdrukkelijk *pactum commissorium* de ernst van de verweten tekortkoming mag beoordelen. Een onbenullige tekortkoming, *in casu* een vertraging van 15 dagen bij de betaling van een bedrag dat het voorwerp uitmaakte van een dading, rechtvaardigde niet de ontbinding ervan. Een gelijkaardig geval werd beoordeeld door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen. Daar luidde de redenering van de rechter als volgt:

niet-betaling, binnen de bedongen termijn, van het bedrag dat het voorwerp uitmaakt van een dading, wanneer de betalingsmodaliteit niet als essentiële bestaansvoorwaarde van de dading zelf bedongen is, doet de dading niet vervallen (Arbrb. Antwerpen, 14 juni 1982, *J.T.T.*, 1982, 377, noot).

221. SCHULDVERNIEUWING — De dading heeft een translatief gevolg met betrekking tot de betaling ten voordele van de schuldeiser, vermits de betaalde som uiteraard vreemd is aan de betwisting die beëindigd werd. In die mate heeft de dading een novatoir gevolg. Aldus heeft de dading voor gevolg de delictuele of quasi-delictuele grondverbintenis te wijzigen in een contractuele verplichting tot betalen van een geldsom.

Die nieuwe verbintenis valt onder toepassing van artikel 1153 B.W. dat de eisbaarheid van de nalatigheidsinteressen onderwerpt aan de aanmaning tot betalen gericht aan de schuldenaar, behalve in de gevallen waarin de wet die interesten van rechtswege laat lopen. Door enig rechtsgevolg toe te schrijven aan de inleidende dagvaarding van vóór de dading, stellende dat die dagvaarding de aanmaning inhield tot het betalen van de nalatigheidsinteressen, doet de eiser een deel van de betwisting herleven in weerwil van de aangegane verbintenis (Bergen, 24 juni 1980, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10445, noot F. Glansdorff).

222. EERHERSTEL VAN EEN GEFAILLEERDE — De gefailleerde die al de door hem verschuldigde sommen interesten en kosten, heeft voldaan, kan eerherstel verkrijgen (art. 586 Faill. W.). Het is mogelijk dat de gefailleerde met een aantal schuldeisers een dading aangaat, zodanig dat de in de dading vastgestelde bedragen aanzienlijk lager zijn dan de geverifieerde schuldvorderingen. Om eerherstel te bekomen mag de gefailleerde zich niet beperken tot de uitvoering van de aangegane dadingen: hij moet de volledige betaling aanbieden (Antwerpen, 18 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 1707, noot Vandeplass).

DE BORGTOCHT

223. AFWEZIGHEID VAN OORZAAK. DWALING OVER DE OORZAAK. WILSGEBREK — Het Hof van Beroep te Brussel moest oordelen over de vordering van de Bank Brussel Lambert tegen heer F. de Mérode die zich borg had gesteld voor de schulden van een wijnhandel en hiervoor aandelen had ontvangen, die ongeveer 20% van het kapitaal vertegenwoordigden. Zoals voor de Rechtbank van Koophandel poogt laatstgenoemde zich te bevrijden door voor te houden dat zijn toestemming gebrekkig was bij het aangaan van zijn verbintenissen, dat deze in elk geval voortvloeiden uit een valse oorzaak, en dat de bank bij het verlenen van krediet aan de wijnhandel onvoorzichtig was te werk gegaan en daardoor een schijn van kredietwaardigheid had gecreëerd op grond waarvan de borg zich had geëngageerd. Dit verweer wordt door het Hof niet aangenomen. Het arrest (Brussel, 27 september 1978, *B.R.H.*, 1979, 268, noot Foriers, P.-A.) bevestigt een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brussel (Kh. Brussel, 16 juni 1975, *T. Bank*, 1976, 298, noot Vélú, Sylvaine). Beide uitspraken zijn opmerkelijk. *The right stuff*. Over het algemeen wordt voorgehouden dat de door de schuldeiser aangesproken borg de excepties niet kan opwerpen die hun oorsprong vinden in zijn vroegere verhoudingen met de schuldenaar, alhoewel in die verhouding nochtans de oorzaak te vinden is van zijn verbintenis (De Page, H., *L'Obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, 47). In die zin, maar dan ook slechts in die zin, kan de borgtochtverbintenis abstract genoemd worden. Het wezenlijk doel van de borgtocht bestaat er immers in een zekerheid te verschaffen. De schuldeiser moet op beide oren kunnen slapen. Maar uiteraard spartelt een aangesproken borg steeds tegen als een karper aan een vislijn. Ook het argument dat hij een verkeerde gedachte had van de vermogenstoestand van de schuldenaar, voor wie hij als borg tekende, zal opgeworpen worden. Sommige Franse jurisdicties zijn er toch wel ingelopen, en aanvaardden een borgtocht nietig te verklaren wegens dwaling over de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar of over de waarde van de andere zekerheden die laatstgenoemde aan de schuldeiser gaf. Soms werd van afwezigheid van oorzaak of van valse oorzaak gesproken, de oorzaak zijnde de determinerende reden in de verhouding borg-hoofdschuldenaar, die de borg ertoe bracht met de schuldeiser een overeenkomst te sluiten. Terecht wordt deze rechtspraak afgewezen door de besproken uitspraken, precies omdat ze regelrecht ingaat tegen de aard zelf van de borgtocht in ons positieve recht. Iets helemaal anders zou de nietigverklaring zijn op grond van bedrog in hoofde van de schuldeiser, ten gevolge van een bedrieglijk samenspannen van schuldeiser en schuldenaar. Soms werd in Frankrijk zelfs geoordeeld dat een voor onbepaalde tijd aangegane borgtocht een einde kan nemen wegens de verdwijning van de oorzaak. Maar de oorzaak is een samenstellend element van

de overeenkomst dat in beginsel beschouwd moet worden op het ogenblik van de vorming van het contract. De verdwijning ervan heeft geen invloed op het bestaan van de overeenkomst. Iets anders zou bij een borgtocht voor onbepaalde duur de mogelijkheid van de opzegging door de borg zijn met een redelijke opzeggingstermijn.

Een andere hypothese is die waarin de schuldenaar reeds onvermogen was op het ogenblik dat de borg, voor wie dit verborgen was gehouden, tekende. In de Franse rechtspraak kan de borgtocht dan vernietigd worden. Men zegt er dat de opschortende voorwaarde van een later optredende insolventie van de schuldenaar steeds stilzwijgend bedongen werd. Indien die voorwaarde reeds aanwezig zou zijn bij het aangaan van de overeenkomst, zou het aleatoir karakter van de voorwaarde afwezig zijn. Maar de financiële toestand van de debiteur op het ogenblik dat het contract gesloten wordt kan veranderen en is geen essentieel element bij het sluiten van de borgtocht. Een borgtocht is trouwens geen kanscontract.

Men moet de oplossing van het Hof van Beroep te Brussel dus goedkeuren. Temeer, daar in de zaak F. de Mérode de borg trouwens op het ogenblik van het ondertekenen van de borgtocht 20% van het kapitaal van de vennootschap, voor wie hij zich borg stelde, verworven had, en later nog, wanneer de situatie van de vennootschap verslechterde, haar belangrijke voorschotten toestond. Indien er al dwaling was in hoofd van de borg, dan was die zeker toch onverschoonbaar.

In de besproken zaak komt dan nog een andere rechtskwestie aan bod, met name de aansprakelijkheid van de bankier die krediet geeft, maar dat is een ander verhaal. Een bank mag geen onverdiend krediet toestaan en aldus aan haar cliënt een schijn van welstand verschaffen, die van aard is om bij derden een verkeerde indruk te wekken over diens werkelijke solvabiliteit. De quasi-delictuele fout van de bankier kan onder meer bestaan in de verlening van krediet aan een handelaar die zijn betalingen gestaakt heeft, indien de bankier wist of behoorde te weten dat de toestand van de kredietnemer een onherstelbaar karakter had, of ook in het handhaven van krediet aan een onwaardig handelaar. Maar de handelwijze van de bankier moet met omzichtigheid beoordeeld worden. Enkel een gekarakteriseerde fout — beoordeeld naar de omstandigheden op het ogenblik dat het krediet verleend werd — kan weerhouden worden.

224. BORGSTELLING DOOR EEN ECHTGENOOT — Baron de Jacquier de Rosée, voorzitter, tevens lid van de raad van beheer en aandeelhouder, gehuwd onder het stelsel van de algehele gemeenschap, tekende als solidaire borg voor het aan zijn vennootschap verleende krediet. Nauwelijks vier maanden later wordt de vennootschap failliet verklaard en keert de kredietmaatschappij N.M.K.N. zich tegen de borg. Diens echtgenote vordert de nietigverklaring van de borgtocht op grond van de artikelen 224 en 1422 B.W., daarin gevolgd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel. Artikel 224 B.W. maakt mogelijk dat de persoonlijke zekerheden, door één

der echtgenoten gesteld en die de gezinsbelangen in gevaar brengen, op verzoek van de andere echtgenoot kunnen nietigverklaard worden, onverminderd de toekenning van schadevergoeding. Dat *in casu* de gezinsbelangen door de borgtocht in het gedrang waren gekomen, toonden de feiten, volgens de Rechtbank, overduidelijk aan. Het begrip „in gevaar brengen” van de gezinsbelangen is verwant aan het begrip benadeling, hoewel het minder nauwkeurig afgetekend is. Het vereist een appreciatie van de ernst en het belang van bijzondere risico's. *In casu* was het op financieel gebied desastreuze verleden van de baron voldoende om aan zijn nieuwe verbintenis de vereiste gevaarlijke aard te geven, aangezien een andere aanduiding — de weigering van borgstelling door de meest belangrijke aandeelhouders — erop leek te wijzen dat op dat ogenblik die verbintenis de vennootschap niet meer kon redden. De rechtbank onderzocht de objectieve toestand van de vennootschap niet, noch de oorzaken van de faling. Van het standpunt uit van de rechtszekerheid moet het gevaar van zo'n toezicht *a posteriori* onderstreept worden. Het is te verleidelijk financiële verrichtingen, die op het ogenblik dat ze gedaan werden wellicht goed overwogen waren of een ernstige tegenprestatie boden, achteraf te veroordelen omdat ze verkeerd afliepen. In het licht van artikel 224 B.W. wordt het gezin niet in enge zin verstaan, maar omvat alle kinderen die op erfrechtelijk of alimentair vlak beroep kunnen doen op de vermogensrechtelijke solidariteit van één van de echtgenoten.

Ten overvloede volgt de rechtbank nog een andere gedachtengang. En daarbij wordt dan de bal misgeslagen. Artikel 1422 B.W. verleent de Rechtbank van Eerste Aanleg de bevoegdheid, op verzoek van één der echtgenoten die bewijst dat hij een wettig belang heeft en onverminderd de rechten van derden te goeder trouw, elke handeling nietig te verklaren die de andere echtgenoot heeft verricht onder meer in strijd met de dwingende regels van het gemeenschappelijk bestuur van het gemeenschapsvermogen. De rechtbank schuift de borgtocht, gezien het onbezoldigd karakter ervan, onder de handelingen beheerst door artikel 1419 B.W. dat de toestemming van de andere echtgenoot vereist voor de geldigheid van een beschikking om niet onder de levenden door een echtgenoot over goederen die deel uitmaken van het gemeenschappelijk vermogen. Maar de borgtocht is geen schenking. De rechten van derden te goeder trouw, door dezen zelf te bewijzen, moeten gevrijwaard blijven. *In casu* had de kredietverlenende instelling van haar oorspronkelijke eis tot echtelijke medeondertekening van de borgstelling afgezien, wat in haar hoofde een fout was die haar goede trouw opheft.

Het verweer van de leningmaatschappij, als zou de borgtocht aangegaan zijn in het kader van de beroepswerkzaamheden van de borg, die alsdan gerechtigd is het gemeenschappelijk vermogen eigenmachtig te verbinden, werd bij gebrek aan bewijs van het noodzakelijk karakter van de bestuurs-handeling voor de beroepsuitoefening (art. 1417 B.W.) van de hand gewezen. Het is echter verkeerd te stellen dat indien de borgtocht (door de

rechtbank beschouwd als een rechtshandeling om niet) een „voor de beoepsactiviteit nuttige” daad van beheer zou uitgemaakt hebben, hij aan de nietigverklaring zou ontsnapt zijn (Rb. Brussel, 27 maart 1981, *J.T.*, 1981, 708, noot Gustin, J.M., *Rev. Not. B.*, 1982, 573, noot Sterckx, D. en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 353, noot A.C.).

In zijn noot stelt J.M. Gustin dat de derde, zelfs te kwader trouw, schadevergoeding kan vorderen van zijn „foutieve” medecontractant, die op quasi-delictueel vlak moet instaan voor de schade die zou voortvloeien uit de nietigverklaring van de borgtocht. Dit kan men betwijfelen. Het slachtoffer heeft er zelf om gevraagd.

225. HET CIVIEL OF COMMERCIEEL KARAKTER VAN DE BORGTOCHT — Al naargelang de omstandigheden draagt de borgtochtverbintenis een burgerdan wel een handelsrechtelijk karakter (Rb. Brussel, 4 november 1976, *B.R.H.*, 1979, 517, noot Van Houtte, H.). De aard van de borgtocht is afhankelijk van de aard van de gewaarborgde verbintenis (Kh. Tongeren, 20 november 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 84). De borgstelling door een niet-handelaar is evenwel van nature uit een burgerrechtelijke daad (Antwerpen, 4 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2879 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 16, noot).

Hieruit volgt dat, ofschoon de gegarandeerde verbintenis een commercieel karakter heeft, bijvoorbeeld omdat deze bedongen is tussen twee handelsvennootschappen, de garanderende borgtocht door een niet-handelaar toch van civielrechtelijke aard is (Antwerpen, 4 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2879 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 16, noot en Kh. Tongeren, 20 november 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 84).

Hoe dan ook, in wezen is de borgtocht een burgerrechtelijke overeenkomst. De commercialiteit door accessorium geldt hier niet. Alleen wanneer de borgtocht beantwoordt aan een objectieve daad van koophandel, opgesomd door artikel 2 W. Kh., is hij commercieel van aard (Meinertzhagen-Limpens, A., „De borgtocht”, in *Bijzondere overeenkomsten. Actuele problemen*, Herbots, J.H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1980 (363), 377-78).

226. HET „ACCESSOIR” KARAKTER VAN DE BORGTOCHT. GEEN BEWAREND BESLAG MOGELIJK — Het bijkomstig karakter van het borgtochtcontract ten opzichte van de hoofdovereenkomst komt volgens het Hof van Beroep te Antwerpen tot uiting in de regel dat de borg maar gehouden is indien de hoofdschuldenaar niet betaalt. Bedoeld werd allicht de subsidiaire gehoudenheid van de borg die zich niet hoofdelijk met de hoofdschuldenaar heeft verbonden en die geen afstand heeft gedaan van het voorrecht van uitwinning. Op de goederen van zo’n niet-hoofdelijke borg kan geen bewarend beslag gelegd worden, daar de borg, zolang de hoofdschuldenaar niet is uitgewonnen, aan de schuldeiser kan tegenwerpen, dat zijn schuldvordering ten opzichte van de borg niet zeker, eisbaar en vaststaand is. Verlof om bewarend beslag te leggen vergt juist een schuldvordering die zeker en

opeisbaar is, en die vaststaande is of vatbaar voor een voorlopige raming, luidens artikel 1415 Ger. W. (Antwerpen, 17 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1571).

227. AARD VAN DE HOOFDSCHULD — De borgstelling tot zekerheid van een toekomstige schuld is alleen mogelijk indien die schuld bepaald of bepaalbaar is op het ogenblik van de borgstelling. Toekomstige schulden zijn genoegzaam bepaald of bepaalbaar indien de overeenkomst die de zekerheid vestigt, toelaat deze te bepalen en indien men uit de omstandigheden kan afleiden dat het werkelijk die schulden zijn waarvoor men zekerheid heeft gesteld. Het plafonneren van de borgtochtverbintenis voor een toekomstige schuld is van aard de verplichting van de borg te bepalen of althans bepaalbaar te maken (Antwerpen, 4 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2879 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 16, noot).

228. DE INITIEEL ONBEKENDE SCHULDEISER — De overeenkomst van borgtocht is ongeldig wanneer de begunstigde schuldeiser en de gewaarborgde hoofdschuld onbepaald zijn. Dit besliste althans de Rechtbank van Koophandel van Marche (14 juli 1975, *Rev. Rég. Dr.*, 1976, 54, noot Cerehe, E.) naar aanleiding van de borgstelling door een bankinstelling ten belope van 300.000 frank voor een vervoerondernemer, die zulke borgtocht nodig had om een vergunning voor het internationaal transport verleend te krijgen. Deze borgstelling had slechts tot doel de algemene solvabiliteit van deze vervoerder te verzekeren. Zij was zonder voorwerp en bijgevolg nietig. Van een borgtocht voor een toekomstige schuld kon hier geen sprake zijn omdat de borg zich onmogelijk kan verbinden tegenover een onbepaalde hoofdschuldeiser. Het Hof van Beroep te Luik zag het anders. De borgtocht is een eenzijdig contract en geen enkele bepaling uit het Burgerlijk Wetboek vereist dat de borg op het ogenblik dat hij zich verbindt de identiteit van de begunstigde van zijn verbintenis kent. Het volstaat dat de borg weet waartoe en waarom hij zich verbindt en dat zijn verbintenis dus een geoorloofde oorzaak en voorwerp heeft. De borgtocht is bovendien autonoom. Dat de gegarandeerde hoofdverbintenis pas later ontstaat doet niet ertoe, vermits de uitvoering van de borgtochtverbintenis dan opgeschort blijft tot de hoofdschuld ontstaat (Luik, 17 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1980, 305). Men kan zich borg stellen voor de solvabiliteit van de debiteur, voor een bepaald bedrag, zonder dat de schuldeiser gekend is op het ogenblik van de borgstelling. Dit is constante rechtspraak.

229. OMVANG VAN DE BORGTOCHT — De artikelen 2011 tot 2020 B.W. hebben essentieel tot doel de borg te beschermen door de grenzen van zijn verbintenissen te preciseren (Luik, 17 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1980, 305). Nochtans zijn het de partijen zelf die in eerste instantie de omvang van de borgtochtverbintenis vastleggen.

Wanneer de schuldenaar en de schuldeiser in een rekening-courant-verhou-

ding staan, betreft een borgtocht „voor alle bedragen die verschuldigd kunnen zijn”, het debetsaldo van de rekening-courant en niet enkel de schulden, die ontstaan na de ondertekening van de borgtocht (Kh. Brussel, 4 november 1976, *B.R.H.*, 1979, 517, noot Van Houtte, H.).

Luidens artikel 2016 B.W. strekt de onbepaalde borgtocht voor een hoofdverbintenis zich uit tot al hetgeen bij de schuld komt. Daarin zit begrepen het bij strafbeding gevorderd bedrag in geval van niet-naleving van de gegarandeerde verbintenis, zeker wanneer de termen van de borgstelling zeer algemeen zijn geformuleerd (Brussel, 20 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2397).

230. DE HOOFDELIJKE EN ONDEELBARE BORGTUCHT — In zijn arrest van 17 mei 1977 ging het Hof van Beroep te Antwerpen in op de bewering van de geïntimeerde dat hij zich als borg slechts persoonlijk en ondeelbaar verbonden had, doch niet hoofdelijk. Een „persoonlijke” borgstelling is een term zonder juridisch belang, daar de borgtocht een persoonlijke zekerheid is. De ondeelbaarheid slaat ter zake slechts op het contract van borgstelling, dit is op de verhouding schuldeiser-borg en niet op de verhouding schuldenaar-borg. In het geval van één enkele borg heeft het beding van ondeelbaarheid slechts juridische betekenis zo de enige borg zou overlijden en zou worden opgevolgd door meerdere erfgenamen, die dan ondeelbaar gebonden in de plaats zouden treden van hun rechtsvoorganger. In geen geval zijn de juridische gevolgen van een ondeelbare borgstelling dezelfde als die van een hoofdelijke borgstelling. Deze laatste wordt niet vermoed, doch moet uitdrukkelijk bedongen zijn (art. 1202 B.W.). Dat de borg zich hoofdelijk had verbonden achtte men in die optiek onvoldoende bewezen, te meer daar de borg zijn handtekening op de overeenkomst liet voorafgaan door de geschreven vermelding „Bon pour caution personnelle indivisible ...”, waar de gedrukte voetnota in het contract voorschreef dat „La signature de la caution doit être précédée de la mention suivante écrite de sa main; Bon pour caution personnelle, solidaire et indivisible ...”, en deze uitsluiting van de hoofdelijkheid gesteund wordt op het feit dat de borg zich eveneens het voorrecht van uitwinning heeft voorbehouden. Zich hoofdelijk borg stellen en toch het voorrecht van uitwinning behouden is een juridische ongerijmdheid. De hoofdelijke borg onderwerpt zich immers naargelang de omstandigheden in vergelijking met de gewone borg slechts aan twee verplichtingen, met name afstand van voorrecht van uitwinning en afstand van het voorrecht van splitsting (Antwerpen, 17 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1571).

231. GEVOLGEN VAN EEN SOLIDAIRE EN ONDEELBARE BORGTUCHT TUSSEN DE BORGEN ONDERLING — Drie personen stelden zich solidair en ondeelbaar borg voor de kredieten door een bank toegestaan aan twee vennootschappen. Deze vennootschappen worden failliet verklaard. Een van de borgen, die tevens aan de bank titels in pand had gegeven, gaat op vervolging van

de bank over tot de verkoping van de in pandgegeven titels waarvan hij de opbrengst gebruikt om de gewaarborgde schuld gedeeltelijk aan te zuiveren. Daarbij bedong hij van de bank de subrogatie in al haar rechten en waarborgen tegen de andere hoofdelijke schuldenaars. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel veroordeelt de gefailleerde vennootschappen en de drie borgen solidaire tot betaling van het schuldsaldo. De pandverstrekkende borg vordert van dezelfde rechtbank de veroordeling van zijn medeborgen op solidaire wijze tot terugbetaling aan hem van twee derde van de opbrengst van de pandverzilvering. De rechtbank willigt deze eis in en het beroep hiertegen door de medeborgen wordt afgewezen. Een medeborg voorziet zich in cassatie: wanneer verscheidene personen zich hebben borg gesteld voor dezelfde schuldenaar en voor dezelfde schuld, heeft de borg die de schulden betaald heeft op de overige borgen verhaal „ieder voor zijn aandeel”. Deze regel verplicht de betalende borg zijn verhaalsvordering over de andere borgen te verdelen tot beloop van het aandeel van elke borg. Dezelfde regel belet dat de andere borgen hoofdelijk gehouden zijn tot terugbetaling van hetgeen door de ene borg betaald is geworden. De verplichting van die borg zijn verhaal te splitsen blijft bestaan wanneer een hoofdelijke borgtocht werd bedongen; zulk beding ontnemt de borgen alleen het voorrecht van uitwinning of het voorrecht schuldplitsing dat zij tegen de hoofdschuldeiser hadden kunnen invoeren. Zelfs wanneer de borg die betaald heeft bij conventionele subrogatie in de rechten treedt van de schuldeiser, wijzigt dit de betrekkingen tussen de borgen niet.

Het Hof van Cassatie, in navolging van Advocaat-Generaal Liekendael, maakt deze zienswijze tot de zijne en vernietigt het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 13 juni 1978. Het voegt eraan toe dat, ten deze, de toestand van de borg, met afwijking van artikel 2033, eerste lid B.W., onmogelijk voordeliger kan zijn ten aanzien van de medeborgen dan de toestand, vastgelegd in artikel 1214 B.W., van de schuldenaar van een hoofdelijke schuld die deze betaald heeft (Cass., 21 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 749, concl. Adv.-gen. Liekendael, *R.W.*, 1980-81, 717, noot, *T. Not.*, 1981, 16, noot en *R.C.J.B.*, 1983, 35, noot Van Quickenborne, M.).

De feiten van het geding waren de volgende. De bank Nagelmaekers verleent een krediet van 1.950.000 frank „gezamenlijk en hoofdelijk” aan twee vennootschappen. Ze eist als zekerheid enerzijds een in pandgeving van effecten door dhr. Israël Krauskopf, en anderzijds de verbintenis van drie borgen, met name dezelfde heer Krauskopf, dhr. Jones en mevr. Louckx. De borgtocht wordt „hoofdelijk en ondeelbaar” bedongen, met afstand van het voordeel van uitwinning, van verdeling, en datgene vervat in de artikelen 1253 en 2037 B.W. Over de betrekkingen tussen de borgen onderling werd niets overeengekomen. Ze verbonden zich niet tegenover elkaar. De zaken gingen echter slecht. De twee vennootschappen werden in staat van faillissement verklaard. De bank dagvaardde vooreerst Krauskopf, die beval de effecten te koop aan te bieden en de opbrengst ervan te gebruiken voor een gedeeltelijke betaling van de schuld. Hierdoor ging de borg

Krauskopf dus zelf over tot een — gedeeltelijke — betaling van de hoofdschuld. Met de bank kwam hij overeen dat ze hem bij die betaling zou subrogeren in al haar rechten en zekerheden tegen de andere solidaire borgen.

Vermits er 1.176.108 frank te betalen overbleef, dagvaardde de bank vervolgens de borgen. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel verklaarde die vordering gegrond, en tevens de regresvordering van Krauskopf tegen de andere borgen om die — en hier wringt het schoentje — hoofdelijk te veroordelen tot terugbetaling van $\frac{2}{3}$ van de verkoopprijs van de effecten. Het vonnis werd bevestigd door het Hof van Beroep. Dit arrest werd gecasseerd in zover de twee borgen *hoofdelijk* veroordeeld werden aan Krauskopf (intussen overleden en in het proces vervangen door de curator van zijn onbeheerde nalatenschap) de $\frac{2}{3}$ van het verzilverde pand, zijnde 887.747 frank terug te betalen. In een geleerde en historisch gefundeerde noot verklaart M. Van Quickenborne zich eens met de stelling van het Hof van Cassatie dat de borg die betaalde zijn regresvordering tegen de andere borgen moet verdelen, zelfs indien ze allemaal solidaire borgen waren, en zelfs indien hij in dit geval daarenboven nog door de schuldeiser conventioneel gesubrogeerd werd in zijn rechten; die subrogatie heeft geen invloed op de verplichting van de solidaire borg die betaald heeft om zijn regresvordering tegen de andere solidaire borgen te verdelen.

Zowel door de opeenvolgende rechters, als door partijen werd Krauskopf alleen in zijn hoedanigheid van borg beschouwd. Men zag over het hoofd dat hij eigenlijk ook pandgever was. Dit had invloed kunnen hebben op de verdeling van de schuld tussen enerzijds de pandgever (Krauskopf), en anderzijds de borgen (Krauskopf, Jones en Louckx). In dit geding werd het debat echter beperkt tot de vraag of het regres van de bepaalde borg verdeeld moet worden over de verschillende medeborgen of integendeel voor het geheel mag uitgeoefend worden tegen één van hen.

179. DE BEËINDIGING VAN DE BORGTUCHTVERBINTENIS — Naast de gemeenrechtelijke oorzaken van het tenietgaan van alle verbintenissen, toepasselijk op de borgtocht (art. 2034), somt de wet de aan de borgtocht eigen wijzen van tenietgaan op (artt. 1287, 1288, 2036-2038 B.W.). De borgtocht zou bijgevolg slechts op geldige wijze teniet gaan op een van die wettelijke wijzen. De medeondertekening door een tweede partij als borg op een reeds door een eerste partij als borg ondertekende borgtochtakte kan niet worden uitgelegd als een afzien of beëindiging van de borgstelling door de eerste ondertekenaar, daar het ontstaan en het tenietgaan van de borgstelling op uitdrukkelijke wijze dienen te geschieden, en niet uit vermoedens kunnen worden afgeleid, te meer dat de borgtocht niet beperkt is in tijd, noch in bedrag. De ondertekening door de tweede partij op de oorspronkelijke borgtochtakte zonder vermelding dat de borgtocht door de eerste ondertekenaar een einde had genomen of door de tweede was overgenomen of verdergezet, maakt duidelijk dat de borgtocht in hoofde van de eerste niet

is tenietgegaan. Anders had dit uitdrukkelijk in de akte moeten vermeld worden of had de schuldtitel moeten teruggegeven worden aan de eerste partij of vernietigd en had de nieuwe borgstelling bij afzonderlijke akte moeten opgesteld worden. Een gewone brief waarbij de eerste borg de wens uitdrukt niet meer als borg te worden beschouwd heeft bijgevolg geen rechtsgevolg (Brussel, 20 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2397).

Een van de specifieke beëindigingswijzen van de borgtocht is het ontslag van de borg, indien hij door toedoen van de schuldeiser niet meer in de rechten, hypotheke en voorrechten van de schuldeisers kan treden (art. 2037 B.W.). Voorwaarde is dat de borg door toedoen van de schuldeiser niet in de rechten, hypotheke en voorrechten van de schuldeiser kan treden of dat een fout, verzuim of nalatigheid door de schuldeiser is begaan waardoor aan de borg schade of nadeel wordt berokkend. *In casu* was de schuldeiser niet alleen een gewone chirografaire schuldeiser die op geen enkel ogenblik rechten, voorrechten of hypotheke had laten verloren gaan, maar is de faillietverklaring van de hoofdschuldenaar bovendien niet een „toedoen” van de schuldeiser waardoor de subrogatie onmogelijk zou geworden zijn (Brussel, 20 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2397).

De borgtochtverbintenis kan een einde nemen ten gevolge van schuldvernieuwing. Is een schuldvernieuwing de brief waarbij een borg ermee instemt voortaan ten persoonlijke titel het saldo van de schulden van de vennootschap jegens de bank op zich te nemen en akkoord gaat met een debitering van zijn rekening ten belope van het bedrag van het saldo van de schulden. Ten deze zijn alle constitutieve elementen voor een schuldvernieuwing aanwezig, nu de partijen bekwaam waren te contracteren. Er was een nog niet uitgedoofde borgtochtverbintenis; er ontstaat een nieuwe verbintenis, met name voortaan zelf voor de resterende vennootschapsschulden in te staan; er is een wezenlijke verandering aan de rechtsband evenals de *animus novandi*. Beide partijen, borg en bank, erkenden immers de noodzaak de rekening van de ontbonden vennootschap af te sluiten en er was de wens van de borg bij de bank een nieuwe kredietopening aan een verlaagde rentevoet te bekomen daar hij niet kon of niet wenste het door hem als borg verschuldigde onmiddellijk te betalen (Brussel, 6 november 1980, *B.R.H.*, 1981, 276, noot).

In de regel eindigt de borgtochtverbintenis bij het betalen door de hoofdschuldenaar van de verzekerde schuld. Voor de overname van een café bekwamen de overnemers een lening waarvoor een tweede maatschappij zich borg stelde. Aan deze laatste verleenden de caféhouders het exclusieve recht speelautomaten in het café te plaatsen zolang de huurceel duurde. In haar voordeel tekenden ze bovendien een orderbriefje ten bedrage van 100.000 frank. Een strafbeding van 100.000 frank sanctioneerde inderdaad de verbintenis van de caféhouders. De café-exploitanten dragen hun handelszaak over zonder aan de overnemers de exclusiviteitsverplichting op te leggen en betalen de leningsmaatschappij volledig terug. De vennootschap die borg was, vordert echter betaling van het geprotesteerde orderbriefje als

strafbeding voor de niet-naleving van de installatie-overeenkomst. De Rechtbank van Koophandel te Luik zag de verbintenis tot het betalen van 100.000 frank als de tegenprestatie door de caféhouders voor de borgstelling in hun voordeel, overwoog dat bij wederkerige overeenkomsten het verdwijnen van de door de ene partij opgenomen verbintenis het verdwijnen van de door de tegenpartij opgenomen overeenstemmende verbintenis met zich meebrengt, en concludeerde dat nu de borgtocht door het terugbetalen van de lening opgehouden had te bestaan ook de verbintenis van de caféhouders was vervallen (Kh. Luik, 4 februari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 227, noot François, P.). Men kan zich met de annotator van dit vonnis afvragen of hier de bijzondere regels van wederkerige contracten konden toegepast worden, en of de rechtbank de economische motieven van een verbintenis niet verwarde met haar juridische oorzaak. Het einde van de verbintenis van de borg zou niet het einde van de exclusiviteitsovereenkomst tot gevolg moeten hebben. De exclusiviteitsovereenkomst enerzijds, en de borgtocht (accessoir bij de lening) anderzijds, zijn twee verschillende contracten. Eigenaardig genoeg werd in dit geding de geldigheid van de strafclausule niet in vraag gesteld. Evenmin de strijdigheid met de openbare orde van de speelautomaten. Dat doet drie weken later dezelfde (maar anders samengestelde) kamer van de Rechtbank van Koophandel wel (zie Kh. Luik, 27 februari 1981, hoger aangehaald). Verder nog dit: het orderbriefje is, zoals men weet, een waardepapier dat in hoofdzaak slechts van de wisselbrief verschilt door dat het opgesteld is onder de vorm van een betalingsbelofte onderschreven door de uitgever die de hoofd- en eindschuldenaar is van de daarin geïncorporeerde wisselverbintenissen. De verbintenissen die uit het orderbriefje ontstaan, zijn wisselrechtelijke verbintenissen met dezelfde eigenschappen als diegene die uit de getrokken wisselbrief ontstaan (Ronse, J., o.c., nr. 2445). Ze zijn gekenmerkt door dezelfde abstractie. Het vonnis rept hier met geen woord over.

233. BEWIJS — Borgtocht wordt niet vermoed; hij moet uitdrukkelijk zijn aangegaan (art. 2015 B.W.; Antwerpen, 13 juni 1979, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 19, noot). Borgtocht kan dus nooit stilzwijgend worden gevestigd (Kh. Tongeren, 20 november 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 84).

De bewijsregeling omtrent borgtocht verschilt al naargelang hem een burgerrechtelijk of een handelsrechtelijk karakter wordt toegekend. Om te weten of men de bewijsvoering van het burgerlijk dan wel van het handelsrecht moet toepassen, dient men de aard van de te bewijzen rechtshandeling te beschouwen ten opzichte van diegene tegen wie dit bewijs moet worden ingebracht. Een rechtshandeling kan immers een gemengd karakter vertonen ten opzichte van elk van de betrokken partijen. Ten opzichte van een niet-handelaar is in elk geval een geschrift vereist waaruit het bestaan van de borgtocht zou kunnen afgeleid worden (Kh. Tongeren, 20 november 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 84). Inderdaad, als eenzijdige overeenkomst valt de borgtocht onder de toepassing van artikel 1326 B.W., althans

wanneer de borgtocht civiel van aard is (Antwerpen, 4 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2879 en *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 16, noot; zie Herbots, J., en Stubbe-Pauwels, A.M., „Overzicht van rechtspraak (1969-1974)”, *T.P.R.*, 1975, 1144; Herbots, J., en Herten, P., „Overzicht van rechtspraak (1960-1970)”, *T.P.R.*, 1973, 879). Dit wetsvoorschrift, dat zegt dat een onderhands biljet of een onderhandse belofte, waarbij een enkele partij zich tegenover de andere verbindt om haar een geldsom of een waardeerbare zaak te betalen, geheel met de hand van de ondertekenaar moet geschreven zijn, — of ten minste dat deze laatste, benevens zijn handtekening, met de hand een „goed voor” of een „goedgekeurd voor” moet geschreven hebben, waarbij de som of de hoeveelheid van de zaak voluit in letters is uitgedrukt, geldt niet wanneer de akte uitgaat van kooplieden. Het begrip „kooplieden” is ruim te interpreteren en kan niet begrepen worden in de zin van artikel 2 W. Kh. Zodoende zijn een beheerder en een belangrijk aandeelhouder van een vennootschap, die zich met een klaarblijkelijk winstmotief borg stellen voor de schulden van deze vennootschap als handelaars in de zin van artikel 1326, tweede lid B.W. te beschouwen, zodat zij de bescherming ervan niet kunnen invoeren (Rb. Brussel, 4 november 1976, *B.R.H.*, 1979, 517). De vereiste dat de borgtocht uitdrukkelijk wordt aangegaan (art. 2015 B.W.) sluit niet uit dat het bestaan ervan kan aange-toond worden door ernstige preciese en overeenstemmende vermoedens, waar dit bewijs naar gemeen recht is toegelaten (Rb. Neufchâteau, 6 februari 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 117, noot Pouillet, Y. *Contra*: Brussel, 20 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 2397). De term „wordt niet vermoed” duidt er gewoonweg op dat de borgstelling op een wettelijke wijze dient bewezen te worden. Een aanzet daartoe is het begin van bewijs door geschrift, te weten elke geschreven akte die uitgegaan is van diegene tegen wie de vordering wordt ingesteld, of van de persoon door hem vertegenwoordigd, en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt (art. 1347, tweede lid B.W.). Aangenomen werd dat het aval zonder aanduiding van de begunstigde, onwerkzaam op cambiaal vlak, een begin van bewijs door geschrift uitmaakt van de borgtocht gesteld in het voordeel van de hoofdschuldenaar op wie een wissel was getrokken door de hoofdschuld-eiser (Rb. Neufchâteau, 6 februari 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 117, noot Pouillet, Y.). Dit bijzondere geval wordt hieronder besproken.

234. BORGTOCHT EN WISSELRECHT — De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de borgtocht zijn niet op het aval toepasselijk, omdat de avalgever geen borg is maar een onafhankelijk schuldenaar, wiens rechten en verplichtingen door het wisselrecht worden bepaald. Met deze (nu constante) stellingname bevestigde het Hof van Cassatie het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 26 september 1979 dat inzonderheid artikel 2037 B.W. weigerde toe te passen op het aval (Cass., 3 april 1981, *R.W.*, 1982-83, 108 en *T.B.H.*, 1984, 182, noot W.E.). Als materieel zelfstandige verbintenis staat het aval inderdaad duidelijk in tegenstelling

tot de civielrechtelijke borgtocht. De regelen die in het Burgerlijk Wetboek zijn bepaald voor de borgtocht kunnen noch rechtstreeks, noch analogisch op het aval worden toegepast. In de regeling van de borgtocht is hoogstens stof tot vergelijking te vinden. De rechtsgevolgen van het aval worden uitsluitend door het wisselrecht bepaald (Ronse, J., o.c., nr. 1029).

Wanneer de schuldenaars van een borgtocht in eenzelfde akte aval geven en deze akte vanuit het oogpunt van het wisselrecht naar haar vorm beheerst wordt door de wet van de plaats van de ondertekening, dan geldt dit laatste niet noodzakelijk voor de borgstelling. Niets belet de rechter, bij ontstentenis van een wetskeuze door de partijen, op een akte die zowel een borgtocht als een aval bevat, — ten overstaan waarvan de regel *locus regit actum* respectievelijk facultatief en dwingend is —, onderscheiden wetten toe te passen, te meer wanneer dit toelaat de efficaciteit van de verbintenissen van de schuldenaars te vrijwaren (Brussel, 4 november 1976, *B.R.H.*, 1979, 517, noot Van Houtte, H.).

In geval van een geavaliseerde wisselbrief, neemt men aan dat aan de onwerkzame of verjaarde cambiaire vordering door de gemeenrechtelijke vordering gebaseerd op de onderliggende borgtocht kan gesubstitueerd worden, op voorwaarde althans dat het bestaan van de borgtocht is bewezen (Rb. Neufchâteau, 6 februari 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 117, noot Pouillet, Y. Cf. Antwerpen, 13 juni 1979, *Limb. Rechtsl.*, 1980, 19, noot). De feiten van het geding in het door Yves Pouillet besproken vonnis lagen als volgt. In de onmogelijkheid om zich met succes te kunnen keren tegen zijn schuldenaar, een onvermogen geworden vennootschap, stelt een schuldeiser een vordering in tegen een persoon die hij beweert borg te zijn van zijn schuldenaar. Om het bestaan van die borgtocht te bewijzen, steunt hij zich op een begin van geschreven bewijs en op ernstige, nauwkeurige en overeenstemmende vermoedens, met name de hoedanigheid van beheerder-stichter van de vennootschap en de wil van de schuldeiser om in de gegeven omstandigheden een persoonlijke zekerheid te vinden voor zijn schuldenaar met een twijfelachtige solvabiliteit. Het begin van geschreven bewijs ligt volgens de schuldeiser in: enerzijds de ondertekening „voor akkoord” van de verweerder, onderaan twee overzichten van rekeningen die de negatieve ontwikkeling van de situatie van de vennootschap vaststellen, en anderzijds in een aval „zonder aanwijzing van de geavalleerde” die verweerder plaatste op vijf wissels door de schuldenaar geaccepteerd. De vordering wordt door de Burgerlijke Rechtbank te Neufchâteau gegrond bevonden. Uitdrukkelijk erkent het vonnis dat een aval gegeven „zonder aanwijzing van de geavalleerde” ingeroepen kan worden door de schuldeiser-trekker als begin van geschreven bewijs van de borgtocht voor de hoofdschuld die bestond voordat de wisselverhouding ontstond. Rechtspraak en rechtsleer stellen heden echter dat aval van een wisselbrief en borgtocht voor een verbintenis twee wel onderscheiden types van zekerheden zijn met betrekking tot de opgenomen risico's. Een volgens het wisselrecht onwerkzame aval kan niet als borg veroordeeld worden voordat op zijn minst volgens artikel 2015

B.W. het bewijs geleverd werd dat de persoonlijke zekerheid de bedoeling had de hoofdvbintenis te garanderen. Bij ontbreken van vermelding van de geavalleerde wordt de trekker door de wet als geavalleerde aangewezen. Volgens de Belgische rechtspraak duldt die regel geen enkel tegenbewijs, zonder dat hierbij een onderscheid kan gemaakt worden tussen de verwijderde en de onmiddellijk verbonden partijen, en ongeacht derhalve of de wisselbrief werd verhandeld of integendeel door de trekker bewaard (Ronse, J., *Wisselbrief en orderbriefje*, I, nr. 959).

Een aval zonder aanwijzing van de geavalleerde gesteld op een geaccepteerde wisselbrief die aan eigen order van de trekker is getrokken, heeft bij gebreke van schuldeiser ten behoeve van wie het aval is gegeven, geen enkel wisselrechtelijk rechtsgevolg, zolang de trekker deze wisselbrief niet geëndosseerd heeft. De trekker kan derhalve de avalgever die zijn eigen wisselverbintenis waarborgt niet aanspreken uit de wisselbrief (Ronse, J., *o.c.*, nr. 968 e.v.).

Er zijn betwistingen ontstaan met betrekking tot de mogelijkheid van een *niet-wisselrechtelijk verhaal* van de trekker tegen de persoon die naar de vorm voor hem aval heeft gegeven, terwijl in werkelijkheid tussen partijen was bedoeld dat de avalgever voor de betaling van de acceptant zou instaan ten behoeve van de trekker. De betwisting is toegespitst op de vraag of het aval zonder aanwijzing van de geavalleerde kan gelden als begin van schriftelijk bewijs van een civiele borgtocht voor de betrokkene, in hoofde van de (naar de vorm voor de trekker verbonden) avalgever, ten behoeve van de trekker. Deze vraag wordt door de Rechtbank van Neufchâteau bevestigend beantwoord. Dit is constante rechtspraak, eigenlijk op billijkheid gebaseerd. De rechtsleer ontkent de mogelijkheid om het aval zonder aanwijzing van de geavalleerde als een begin van schriftelijke bewijs te laten gelden van een civiele borgtocht voor de betrokkene. De onderliggende borgtocht kan slechts bewezen worden door andere bewijsmiddelen, met uitsluiting van het op de wisselbrief gestelde aval waarvan de draagwijdte op dwingende wijze bij de wet zelf is vastgesteld (Ronse, J., *o.c.*, nr. 978).

235. BORGTOCHT EN GARANTIES OP EERSTE AANVRAAG — De betwiste bankwaarborg vertoont kenmerken van zowel borgstelling als lastgeving; zij heeft een „documentair” karakter, in de zin dat de bankier moet betalen zodra aan de voorwaarden om beroep te doen op de waarborg, bepaald in de waarborgakte, voldaan is, „zonder dat de bankier vooraf nog de gegrondheid moet onderzoeken van de grieven van de begunstigde van de waarborg”. De verplichtingen van de bankier jegens de begunstigde van de waarborg worden geregeld door de tekst van de waarborgakte, terwijl de verhoudingen tussen de bankier en zijn cliënt geregeld worden door de tekst van de waarborgopdracht (Kh. Brussel, 21 november 1979, *B.R.H.*, 1980, 140).

Het Hof van Beroep te Brussel diende recht te spreken over bankwaarborgen die werd verleend naar aanleiding van het toewijzen door de Syrische

overheid aan een Belgische onderneming van een studie voor de aanleg van een spoorlijn. Het Hof overwoog daarbij onder meer dat het woord „borgtocht” in plaats van het woord „waarborg” geen invloed heeft op de kwalificatie van de aangegane verbintenis; dat de loutere verwijzing naar artikel 2031 B.W. evenmin voor gevolg heeft dat de ondertekenaars van waarborgbrieven als borg zouden verbonden zijn, met name in subsidiaire orde, en dat de feitenrechter de werkelijke wil van de contracterende partijen moet beoordelen en hieraan de voorkeur moet geven, ook al houdt dit een herkwalificatie in van de akte (Brussel, 18 december 1981, *T. Bank*, 1982, 99).

Anders dan bij borgtocht bestond de persoonlijke zekerheid *in casu* in een toepassing van de zogenaamde garanties op eerste verzoek, waarbij een derde in het kader van een meer-partijen-verhouding de nakoming door de schuldenaar van de verbintenissen uit een koop- of aannemingsovereenkomst waarborgt. In tegenstelling tot de borgtochtverbintenis is de garantieverbintenis op eerste aanvraag eenzijdig en zelfstandig (Cfr. Herbots, J.H., „Een Antwerpse borgbrief is geen borgtocht”, *R.W.*, 1983-84, 1183-1191). Bovendien vertoont zij een quasi-abstract karakter. De waarborgsteller moet zijn garantieverbintenis nakomen op enkel verzoek van de begunstigde ervan, zonder dat deze moet aantonen dat zijn schuldenaar in gebreke is gebleven en zonder dat hem excepties kunnen tegengeworpen worden geput uit de contractuele band tussen de waarborgsteller en de schuldenaar van de gegarandeerde verbintenis of tussen deze laatste en zijn schuldeiser (Cfr. De Vroede, P., en Flamme, M., „De garanties op eerste verzoek”, *T.P.R.*, 1982, 365-386).

De geldigheid van deze aparte rechtsfiguur wordt niet langer betwist, ook al geeft ze aanleiding tot de nodige rechtspraak. Voor de bespreking en de analyse van deze rechtspraak verwijzen wij naar de hierboven geciteerde publicaties en de verwijzingen aldaar (ter vervollediging raadplege men nog Brussel, 25 februari 1982, *B.R.H.*, 1982, 349, noot; Antwerpen, 13 oktober 1982, *B.R.H.*, 1982, 643 en Voorz. Kh. Brussel, 6 april 1983, *Dall.*, 1982, 504).

236. DE CURATOR VAN DE SCHULDENAAR KAN GEEN VORDERING INSTELLEN TEGEN DE BORG — De borg gaat een verbintenis aan jegens de schuldeiser van een verbintenis en niet jegens de schuldenaar ervan. In geval van faillissement van deze laatste hebben de curatoren dan ook niet de hoedanigheid om de vordering tot betaling van het in de borgtocht bepaalde bedrag uit te oefenen, daar zij alleen tot taak hebben de gezamenlijke belangen van de schuldeisers in de massa te behartigen en het voormelde bedrag van de borgtocht niet in de massa van het faillissement kan worden begrepen. Zij kan niet door de gefailleerde worden opgevorderd maar uitsluitend door de schuldeisers zelf die de borgtocht bedongen tot zekerheid van hun schuldvordering.

Het Hof van Cassatie nam deze overweging uit het arrest van het Hof van

Beroep te Gent van 3 februari 1978 over en voegde eraan toe dat de curatoren alleen de gefailleerde en de massa van de schuldeisers vertegenwoordigen; dat zij derhalve alleen rechtsvorderingen kunnen uitoefenen die de gemeenschappelijke waarborg van de schuldeisers, bestaande uit het patrimonium van de gefailleerde, betreffen. De rechtsvordering van de curatoren tegen de borg strekt niet tot hersamenstelling, beveiliging of vereffening van het patrimonium van de gefailleerde, maar tot betaling van een geldsom die eventueel door de borg rechtstreeks aan de schuldeisers, voor wier schuldvordering de borgtocht is gesteld, verschuldigd is op grond van een eigen recht van deze laatste (Cass., 7 mei 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1149, *Pas.*, 1980, I, 1104 en *J.T.*, 1981, 326).

237. WETTELIJK EN GERECHTELIJK OPGELEGDE BORGSOM — Een erkende wisselagent moet zekerheid stellen bij de Nationale Bank van België voor rekening van de Deposito- en Consignatiekas (art. 71 W. Kh.). Deze zekerheid wordt bij voorkeur aangewend tot waarborg van de beroepsverbintenissen van de wisselagent, ook al zijn deze delictueel of quasi-delictueel van aard. De zekerheid mag eerst worden teruggehaald zes maanden nadat de wisselagent zijn beroepsuitoefening heeft gestaakt; nadien blijft de waarborg gelden zolang de zekerheid niet wordt teruggevraagd (Rb. Brussel, 1 februari 1979, *Pas.*, 1979, III, 15).

Op grond van artikel 10 Voorlopige Hechteniswet van 1874 kan de invrijheidstelling van de verdachte afhankelijk worden gemaakt van de verplichting om zekerheid te stellen, zulks tot waarborg van de verschijning van de verdachte bij alle proceshandelingen alsook van de uitvoering van de vrijheidsstraf. De Franse term „cautionnement” in deze zin is dubbelzinnig: het gaat niet om een persoonlijke borg, maar om een geldsom die tot zekerheid gestort en als het ware in pand gegeven wordt. Het gaat evenmin om een contract: het storten van een borgsom wordt door de wetgever of de rechter opgelegd. De waarborgsom wordt toegewezen aan de Staat, zodra gebleken is dat de verdachte zonder wettige reden van verschoning niet verschenen is bij enige proceshandeling of ter tenuitvoerlegging van het vonnis, niet-verschijning die wordt vastgesteld door het vonnis of arrest van veroordeling op vordering van het openbaar ministerie en dat telkens verklaart dat de zekerheid aan de Staat vervalt (art. 10, 11, 14-16 Voorlopige Hechteniswet; Cass., 5 februari 1980, *Pas.*, I, 661, noot).

De zekerheid wordt teruggegeven indien de verdachte bij alle proceshandelingen, alsook ter tenuitvoerlegging van het vonnis, verschenen is. Is de veroordeling voorwaardelijk, dan is het voldoende dat de verdachte bij alle proceshandelingen verschenen is (art. 13 Voorlopige Hechteniswet; Cass., 12 mei 1982, *R.D.P.*, 1982, 797). De teruggave is niet mogelijk wanneer het vonnis een gevangenisstraf uitspreekt waarvan het gedeelte zonder uitstel niet gedekt wordt door de voorlopige hechtenis (Cass., 9 mei 1978, *Pas.*, 1978, I, 1031).