

DE EXCEPTIE VAN NIET-NAKOMING

door

Prof. J.H. HERBOTS

K.U. Leuven

INHOUDSTAFEL

§ 1. ALGEMEENHEDEN	380
a) Een vorm van eigenrichting	380
b) Geschiedenis	380
c) Het dubbel gelaat van de exceptie: tijdelijk drukkingsmiddel en definitieve waarborg	382
d) Enac en ontbinding	382
e) Grondslag	383
f) Rechtsvergelijking	383
g) Het Weense koopverdrag	384
h) Aanvullend recht	386
i) Overeenkomsten met de overheid	386
§ 2. CHECKLIST VAN DE TOEPASSINGSVOORWAARDEN	387
a) Checklist	387
b) Een toepassing in het huurrecht	394
§ 3. VERWANTE RECHTSFIGUREN	396
a) Schuldvergelijking	396
b) Retentierecht	397
c) Ter afronding	400

§1. Algemeenheden

a) *Een vorm van eigenrichting*

1. De evolutie van een primitieve samenleving naar een moderne Staat wordt gekenmerkt door de geleidelijke overgang van clanieke wraakneming — de eigenrichting — naar een rechtsordening die door de overheid wordt gehandhaafd. Op de vraag of men zichzelf recht mag verschaffen wordt algemeen ontkennend geantwoord. Het verbod zijn eigen rechter te zijn is volgens het Hof van Cassatie een algemeen rechtsbeginsel(1). Nochtans kan de eigenrichting niet volledig naar de rechtshistorie worden verwezen en zijn er nog diverse restverschijnselen van aan te wijzen. Eén ervan is de **exceptio non adimpleti contractus** (verder afgekort als *enac*).

2. De *exceptio* is het **tijdelijk verweermiddel** — een schild, geen zwaard — dat een contractant de mogelijkheid biedt de nakoming van de eigen verbintenissen uit te stellen, zolang de wederpartij in gebreke blijft. Deze *exceptio* is gemeen aan alle synallagmatische rechtsverhoudingen en steunt op de band die tussen de wederzijdse verbintenissen bestaat. De *exceptio* is een vorm van eigenrichting: zonder tussenkomst van de rechter mag de contractant overgaan tot het opschorten van de uitvoering van de eigen verbintenissen ten einde op de wederpartij druk uit te oefenen.

3. De *excipiens* moet zich niet tot de rechter wenden om toelating te krijgen zijn verbintenis op te schorten. De *enac* wordt nochtans dikwijls voor de rechtbank opgeworpen hetzij omdat de *excipiens* de voorzorg neemt zich te dekken, hetzij omdat de tegenpartij die beweert minstens gedeeltelijk haar eigen verbintenissen te hebben uitgevoerd, tegen hem een vordering instelde hetzij tot uitvoering, hetzij tot ontbinding of verbreking(2) van de overeenkomst, hetzij in schadevergoeding.

b) *Geschiedenis*

4. De uitdrukking komt niet uit het Romeins recht. Postglossatoren lijken ze wel gepuurd te hebben uit een tekst van Justinianus'

(1) Cass., 24 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1053; *Pas.*, 1976, I, 1014. Zie DIRIX, E., „Eigenrichting in het privaatrecht”, in *Liber Amicorum Jan RONSE*, Story-Scientia, 1986, 597.

(2) Zie Fr. Cass., 28 april 1982, *J.C.P.*, 1982, ed. G., IV, 240; Reims, 11 juli 1979, *J.C.P.*, 1980, ed. G., IV, 178.

wetboek (2,3,21, in fine). Bij het ontstaan van de theorie speelde het weinig-evangelisch gezegde van de kanonisten een grote rol: *non servanti fides non est fides servanda*. Voor de kanonisten is de niet-nakoming van het gegeven woord zondig; anders is het wanneer diegene waaraan men zijn woord gegeven heeft, zijn eigen verbintenis aan zijn laarzen lapt: men moet zijn woord niet getrouw zijn jegens iemand die zijn beloftes inslikt. Dit beginsel kwam in het kerkelijk recht terecht, en daarna, door toedoen van de glossatoren, in het burgerlijk recht(3).

Het eigenaardige, schrijft CARBONNIER, is dat vanaf de zestiende eeuw de regel wegdeemstert. Wellicht vond men haar te moralistisch en niet juridisch genoeg; of vond men dat de moraal al te gemakkelijk voorwendsels verschaffen kan voor chicane. Trouwens zo moreel is de regel niet: er bestaat een hele literatuur gewijd aan de goede trouw die zelfs aan een laaghartige vijand verschuldigd is (de stoïcijnen; het boek „De officiis” van Sint Ambrosius; Hugo DE GROOT, *De jure belli ac pacis*, Boek 3, Hoofdst. 19, nrs. 13).

5. Vanaf het einde van de 19de eeuw herleefde de theorie in ons land, en na 1900 in Frankrijk (onder invloed van het B.G.B.). De rechtsgeleerden pijnigden hun hersenen om een grondslag te vinden voor de theorie. De ideeën die gediend hadden om een uitleg te verschaffen voor artikel 1184 B.W. doken ook hier op: vermoede wil (stilzwijgende voorwaarde), oorzaak (in de zin die CAPITANT voorstond), de contractuele goede trouw, enz.

Tot in 1914 (het jaar waarin het proefschrift van CASSIN verscheen, dat nog altijd een basiswerk is) aarzelde de Franse rechtspraak om de *exceptio non adimpleti contractus* — die formulering kende men nog niet in de Franse rechtspraak — toe te passen buiten de gevallen die uitdrukkelijk in de wetteksten bepaald waren.

De Belgische rechtsleer en rechtspraak aanvaardde het beginsel van de exceptie van niet-nakoming veel vlugger dan in Frankrijk het geval was. Sinds het einde van de 19de eeuw werd de uitdrukking „*exceptio non adimpleti contractus*” gebruikt. Sindsdien wordt regelmatig een

(3) CARBONNIER, *Précis de droit civil*, nr. 167; PLANIOL en ESMEIN, *Traité*, VI, nrs. 438; BEUDANT-LAGARDE, VIII, nrs. 773; CASSIN, *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, proefschrift Parijs, 1914; HUET, A., „Exception d'inexécution” ou „*exceptio non adimpleti contractus*”, *Juris-Classeur Civil*, 1985, App. Artikel 1184, nr. 7.

beroep gedaan op de regel. Het Hof van Cassatie beschouwt hem als een algemeen rechtsbeginsel(4).

c) *Het dubbel gelaat van de exceptie: tijdelijk drukkingsmiddel en definitieve waarborg*

6. Wezenlijk levert de enac een *tijdelijk* drukkingsmiddel: tijdelijk schort de excipiëns zijn eigen verbintenissen op. De doelstelling bestaat erin de uitvoering van de verbintenis van de tegenpartij te bekomen. Die finaliteit mag niet uit het oog verloren worden voor een goed begrip van de enac. Een contractant neemt een afwachtende houding aan, die hem later zal toelaten definitief stelling te nemen. Maar het Hof van Cassatie bevestigde ook dat de enac door een schuldeiser kan tegengeworpen worden aan de curator van het faillissement van de schuldenaar. Het Hof preciseerde dat die regel geldt zelfs wanneer de niet-nakoming van de verbintenis definitief is(5). Dit is het andere gelaat van de exceptie. In werkelijkheid kan de enac aldus een *permanent* verweermiddel worden. Het betreft dan één van die mechanismen uit het verbintenissenrecht die aan een persoon bij samenloop een bevoorrechte situatie kan verschaffen, zelfs bij afwezigheid van een voorrecht in de eigenlijke zin van het woord(6).

d) *Enac en ontbinding*

7. Er zijn twee verschilpunten tussen de enac en de vordering tot ontbinding aan te wijzen: a) de enac is een zuiver defensief middel. De debiteur neemt geen initiatief. Hij beperkt er zich toe de uitvoering van zijn verbintenis te weigeren wanneer de schuldeiser dit hetzij in der minne, hetzij in rechte vordert; b) de gevolgen van de enac zijn tijdelijk. De overeenkomst is slechts opgeschort: de schuldeiser die eerst afgepoeierd wordt, zal later voldoening verkrijgen, van zodra hij zijn eigen verbintenissen heeft uitgevoerd. Een voorbeeld: Primus verleent aan Secundus voor de duur van drie jaar de exclusiviteit voor de verkoop van boten. Laatstgenoemde verbindt er zich toe negen

(4) Het is een geval van amplificerende inductie. Zie hierover SILANCE, L., „Un moyen de combler les lacunes en droit: l'induction amplifiante”, in: *Le problème des lacunes en droit* (ed. PERELMAN, Ch.), 1968, 489-512; PERELMAN, Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1976, 75, nr. 40;; GHESTIN, J. en GOUBEAUX, G., *Traité de droit civil. Introduction générale*, L.G.D.J., 1983, nr. 449.

(5) Cass., 13 september 1973, *Pas.*, 1974, I, 30; *R.C.J.B.*, 1974, 352, noot STENGERS; *R.W.*, 1973-1974, 997.

(6) Zie VAN OMMESLAGHE, P., „Les sûretés issues de la pratique et l'autonomie de la volonté”, *Les sûretés* (colloquium U.L.B., oktober 1983), Feduci, Parijs, 1984; *T.P.R.*, 1984, 212, nr. 26.

boten per jaar te verkopen. Na het eerste jaar waarin geen enkele boot verkocht wordt, stelt Primus een einde aan de overeenkomst en verleent de exclusiviteit aan een derde. De rechter besliste dat Primus het recht had zijn verbintenis om de exclusiviteit te eerbiedigen mocht opschorten, zodat hij een derde mocht toelaten de boten te verkopen. Maar Primus had het recht *niet* om de exclusiviteit te verlenen aan een derde, daar dit de ontbinding van de overeenkomst met Secundus impliceert(7).

e) *De grondslag*

8. Het Hof van Cassatie heeft er onlangs aan herinnerd dat de grondslag van de exceptie van niet-nakoming gevonden wordt in de gedachtengang volgens welke de wederzijdse prestaties in beginsel gelijktijdig uitgevoerd moeten worden en, volgens de bedoeling der partijen, nauw met elkaar verbonden zijn(8). De grondslag wordt dus niet gezocht in de theorie van de oorzaak, zoals de Franse rechtspraak het graag doet. Artikel 1134, derde lid B.W. mag echter ook ingeroepen worden als grondslag.

f) *Rechtsvergelijking*

9. In Nederland heeft de Hoge Raad pas in een arrest van 30 juni 1978 gesteld dat het beginsel van de exceptie van niet-nakoming ook buiten de *uitdrukkelijk in de wet omschreven* gevallen kan toegepast worden(9).

In de Duitse, Zwitserse, Oostenrijkse — *die Einrede des nicht erfüllten Vertrags* —, Italiaanse — *eccezione di inadempimento* —, Luxemburgse wetboeken, en ook in het Nieuwe Nederlandse B.W. is de regel met een algemene draagwijdte opgenomen(10). Men vindt de algemene regel ook in het ontwerp Beneluxverdrag m.b.t. de niet-nakoming van verbintenissen en in de „Principles of European contract law”, het ontwerp van de commissie onder leiding van O.

(7) Fr. Cass., 15 januari 1973, *D.*, 1973, 473, noot GHESTIN; *Gaz. Pal.*, 1973, 2, 495.

(8) Cass., 7 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-1979, 661; Cass., 12 september 1975, *Arr. Cass.*, 1974, 36; Cass., 14 september 1973, *Pas.*, 1974, I, 31; *R.C.J.B.*, 1974, 352 met noot STENGERS; *R.W.*, 1973-1974, 997; Cass., 18 maart 1971, *Pas.*, I, 669. Cfr. Cass., 26 april 1945, *Pas.*, I, 184; 24 april 1947, *Pas.*, I, 174; 23 februari 1956, *Pas.*, I, 652; DE BERSAQUES, noot onder Cass., 24 april 1974, *R.C.J.B.*, 1949, 125.

(9) Hoge Raad, 30 juni 1978, *N.J.*, 1978, nr. 693. In Nederland maakt de enac deel uit van wat men ginds de opschortingsrechten noemt. Daaronder rekent men ook de onzekerheidsexceptie en de retentierechten. Een variante van de enac is het recht van „stoppage in transitu”.

(10) Zonder op deze plaats hierover verder te kunnen uitwijden, volstaat het op te merken dat de regel niet meer geldt in het internationaal publiek recht; ook niet in het Europese recht.

LANDO en U. DROBNIG. Het is eveneens een algemeen beginsel van de *lex mercatoria*(11).

10. De Common law kent de uitdrukking niet. Maar de uitvoering van een overeenkomst moet in beginsel gelijktijdig door beide partijen gebeuren. Dit vindt men met name verwoord in de *Sale of goods Act*. (1.28) m.b.t. de koop van roerende goederen. Een contractant kan de uitvoering van zijn verbintenis weigeren (*suspension of performance*) wanneer de tegenpartij zijn verbintenis niet zou nakomen. De regel kent echter een aantal uitzonderingen. In een aantal gevallen worden contractuele verbintenissen als onafhankelijk van elkaar beschouwd, zodanig dat een partij zijn verbintenis moet uitvoeren, zelfs wanneer de andere dit niet doet. Schadevergoeding vorderen is dan de enige uitweg. Een voorbeeld: de verplichting van de huurder om de huurprijs te betalen wordt als onafhankelijk beschouwd van de verbintenis van de verhuurder om herstellingen uit te voeren(12). Anderzijds heeft een contractant in de Common law het recht om eenzijdig een contract te ontbinden op grond van wanprestatie. Hij moet niet vooraf naar de rechter lopen. Hij kan dit zelfs doen, wanneer hij gegronde redenen heeft om te vrezen dat de tegenpartij zijn verbintenissen niet zal nakomen (*anticipatory breach*). Dat is dus veel kordater dan het invoeren van de exceptie van niet-nakoming. Het maakt definitief een einde aan het contract.

g) *Het Weense Koopverdrag*

11. Het Weense Koopverdrag van 1980, dat in de plaats van de LUVI het komende wereldrecht inzake internationale koop van roerende goederen zal vormen, bevat zowel de *exceptio non adimpleti contractus* als de *exceptio timoris*(13). Dit laatste bedoelt het volgende: „Ik schort mijn verbintenis op, omdat ik verwacht dat ge Uw verbintenis niet zult nakomen”. Het Weense Koopverdrag maakt een duidelijk onderscheid tussen enerzijds de tijdelijke enac gegrond op de verwachte niet-nakoming door de medecontractant (art. 71), en anderzijds de ontbinding die verklaard wordt op grond van de verwachte niet-nakoming (art. 72).

(11) Zie de scheidsrechterlijke uitspraak van het Arbitragehof van de I.C.C., zaak nr. 3540, 1980, *Chunet*, 1981, 914, noot DERAÏNS.

(12) DAVID, R. en PUGSLEY, D., *Les contrats en droit anglais*, Parijs, L.G.D.J., 1985, 291.

(13) Zie HERBOTS, J.H., *De transnationale koopovereenkomst (met documentatiemap)*, Acco, Leuven, 1991; KRITZER, A.H., *Guide to practical applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, 1988.

Artikel 71 van het Weense Koopverdrag (CISG) van 1980 bepaalt m.b.t. de *exceptio timoris*:

(1) Iedere partij kan de nakoming van zijn verplichtingen opschorten, wanneer het na het sluiten van de overeenkomst duidelijk wordt dat de andere partij een wezenlijk deel van zijn verplichtingen niet zal nakomen om reden van:

(a) een ernstig tekort in zijn mogelijkheden om zijn verbintenissen uit te voeren of in zijn kredietwaardigheid; of

(b) zijn gedrag in de voorbereiding van de uitvoering van de overeenkomst of in de uitvoering van de overeenkomst.

(2) Indien de verkoper de zaken reeds verzonden heeft vóór de in de voorgaande paragraaf opgegeven redenen blijken, mag hij zich tegen de overhandiging van de zaken aan de koper verzetten, zelfs indien de koper een document in handen heeft dat hem het recht geeft afgifte ervan te bekomen. De voorliggende paragraaf heeft slechts betrekking op de rechten van koper en verkoper op de zaken(14).

(3) Iedere partij die de nakoming van zijn verplichtingen opschort, hetzij vóór of na het verzenden van de zaken, moet hiervan onmiddellijk kennis geven aan de andere partij en moet zijn verplichtingen blijven nakomen, indien de andere partij een afdoende waarborg geeft dat hij zijn verbintenissen zal nakomen(15).

Artikel 72 bepaalt over de „anticipatory breach”:

(1) Wanneer het, vóór de datum van de uitvoering van de overeenkomst, duidelijk is dat een partij een wezenlijke tekortkoming zal begaan, mag de andere de overeenkomst ontbonden verklaren.

(2) De partij die voornemens is de overeenkomst ontbonden te verklaren moet dit, indien zij hiervoor over de nodige tijd beschikt, aan de andere partij berichten, in redelijke voorwaarden om haar toe te laten een afdoende waarborg te geven dat zij haar verbintenissen zal nakomen.

(3) De bepalingen van de voorgaande paragraaf zijn niet van toepassing indien de andere partij verklaarde dat zij haar verbintenissen niet zou nakomen(16).

Artikel 73 tenslotte luidt:

(1) Wanneer ingeval van overeenkomst strekkende tot opeenvolgende afleveringen, een tekortkoming met betrekking tot één aflevering

(14) Het betreft hier de zogenaamde „stoppage in transitu”.

(15) Eigen vertaling. Verg. artikel 73 LUVI.

(16) Verg. artikelen 48 en 76 LUVI.

een wezenlijke tekortkoming uitmaakt met betrekking tot die aflevering, mag de andere partij de overeenkomst ontbonden verklaren met betrekking tot die aflevering.

(2) Indien een tekortkoming van een partij om haar verbintenis na te komen met betrekking tot één aflevering aan de andere partij goede gronden levert om te besluiten dat een wezenlijke tekortkoming zal plaats hebben met betrekking tot toekomstige afleveringen, mag zij de overeenkomst voor de toekomst ontbonden verklaren op voorwaarde dat zij dit doet binnen een redelijke termijn.

(3) Een koper die de overeenkomst ontbonden verklaart met betrekking tot één aflevering mag ze, op hetzelfde ogenblik, ontbonden verklaren met betrekking tot afleveringen die reeds gedaan werden of toekomstige afleveringen indien deze afleveringen om reden van hun samenhang niet zouden kunnen gebruikt worden voor het doel dat door partijen in aanmerking genomen werd op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst(17).

h) *Aanvullend recht*

12. De enac hoort tot het suppletieve recht. Partijen kunnen eraan verzaken of kunnen het beroep erop regelen(18). Aldus verbieden sommige huurovereenkomsten de huurder een beroep te doen op de enac, met name wanneer de verhuurder verplicht is een aantal dienstverleningen te verrichten, zoals dat het geval is in grote onroerende complexen. Die clause wordt opgedrongen door de financiële instellingen die de vorderingen op de huurprijs overnemen als waarborg, en die betwistingen die hun waarborg in het gedrang zouden brengen, willen voorkomen.

De enac kan immers tegengeworpen worden aan de cessionaris door de gecedeerde schuldenaar(19).

i) *Overeenkomsten met de overheid*

13. In beginsel kan de medecontractant van het Bestuur zich, overeenkomstig het gemene recht, beroepen op de enac wanneer de

(17) Verg. artikel 75 LUVI.

(18) VAN OMMESLAGHE, P., *T.P.R.*, 1984, 213, nr. 29; KRUIHOF, R., „Contractuele aansprakelijkheidsbedingen”, *T.P.R.*, 1984, 235. Contra m.b.t. standaardbedingen STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen*, 292.

(19) Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36; zie noot STENGERS, *R.C.J.B.*, 1974, 365-366; Rb. Luik, 26 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1979, 113; SIMONT, DE GAVRE en FORIERS, „Examen de jurisprudence (1976-1980)”, „Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.*, nr. 59; VAN OMMESLAGHE, P., *La transmission des obligations*, 503; Cass. 27 september 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 511 met noot MERCHIERS, Y.

overheid op schuldige wijze haar contractuele verbintenissen niet nakomt. Op dit beginsel wordt echter vrij algemeen een uitzondering gemaakt voor het geval dat door het inroepen van de exceptie de continuïteit van de openbare dienst in het gedrang zou worden gebracht(20).

§2. Checklist van de toepassingsvoorwaarden

a) Checklist

14. De uitoefening van de niet-uitvoeringsexceptie is onderworpen aan een aantal toepassingsvoorwaarden. Zij zullen hierna achtereenvolgens bekeken worden.

1. Bestaat er een verbintenis ten laste van de excipiens?

15. Een eerste voorwaarde spreekt voor zich: de enac veronderstelt dat er een verbintenis ten laste van de excipiens bestaat. Opgemerkt moet worden dat, in de wederzijdse contractuele verhouding, de excipiens een gecedeerde debiteur, en de tegenpartij een cessionaris kan zijn(21).

2. Is de opschorting van zijn verbintenis door de excipiens niet strijdig met de goede trouw?

16. Er wordt nu vrij algemeen aanvaard dat artikel 1134, derde lid, een autonome tekst is die aan iedere contractant bijzondere verplichtingen oplegt bij de uitvoering van de overeenkomst. Aldus mag de enac niet ingeroepen worden in omstandigheden die strijdig zijn met de goede trouw(22). Een voorbeeld: hoewel door de tegenpartij de verjaring niet ingeroepen kan worden tegen de excipiens, kan de rechtsverwerking(23) de opschorting toch in de weg staan. Nog een voorbeeld: indien de excipiens zelf verantwoordelijk is voor het

(20) D'HOOGHE, D., „Overeenkomsten met de overheid”, in: *De overeenkomst vandaag en morgen* (STORME, MERCHIEERS en HERBOTS editors), Kluwer, 1990, 161.

(21) Cass., 27 september 1984, *R.C.J.B.*, 1987, 511, met noot MERCHIEERS, Y.

(22) SIMONT, L. en DE GAVRE, J., „Examen de jurisprudence (1969-1975). Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.*, 1977, nr. 124; DE PAGE, II, nr. 866, A, 3°, b; VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence sur les obligations”, *R.C.J.B.*, 1975, 614; LAMINE, L., *het retentierecht*, Kluwer, 1982, nrs. 122v.; Cass., 18 maart 1971, *Pas.*, 1971, I, 667.

(23) Het arrest van het Hof van Cassatie van 17 mei 1990 lijkt de toepassing van de rechtsverwerking niet uit te sluiten. Het Hof stelt enkel dat de rechtsverwerking *niet als een algemeen rechtsbeginsel* kan worden beschouwd (zie echter Cass., 16 november 1990 inzake Bekro t. Auto's Raymond, onuitgeg.), en dat de toepassing ervan dient te kaderen binnen art. 1134, derde lid B.W.

achterwege blijven van de uitvoering door de tegenpartij, kan hij geen beroep doen op de enac. Dit noemt men schuldeisersverzuim.

3. Heeft de excipiens een *niet betwiste* schuldvordering op de eiser?

17. De schuldvordering van de excipiens moet onbetwist zijn (*une créance certaine*). Hierover bestaat er soms enige dubbelzinnigheid in de rechtspraak (bv. wanneer een huurder de huurprijs weigert te betalen omdat de verhuurder de nodige herstellingen niet uitvoert). Wanneer de excipiens de herstelling van een goed kan vorderen (zoals bv. een huurder) moet zijn vordering **bewezen** worden, eventueel aan de hand van een deskundig verslag. Indien bewezen, is die schuldvordering van een herstelling uiteraard niet betwist. Op de verweerder die een beroep doet op de enac weegt daarenboven de bewijslast dat de tegenpartij haar verbintenissen niet nakwam. *Reus excipiendo fit actor*.

De beantwoording van de gestelde vraag kan afhangen van een interpretatie van de overeenkomst. Een voorbeeld hiervan geeft ons het cassatiearrest van 18 november 1988. Er stelde zich daar een voorafgaande vraag m.b.t. de interpretatie van een huurovereenkomst. De rechter oordeelde dat het de bedoeling van de partijen geweest was de uitvoering van de huurovereenkomst te doen afhangen van een voorwaarde, met name de voorafgaande herstellingen door de verhuurder van de in de plaatsbeschrijving opgesomde gebreken(24).

4. Is de schuldvordering *eisbaar*?

18. Om ontvankelijk te zijn moet de exceptie ingeroepen worden door de titularis van een eisbare schuldvordering. Dit is noodzakelijk, maar voldoende.

De enac impliceert dat de contractuele verbintenissen gelijktijdig uitgevoerd moeten worden (*Erfüllung Zug um Zug; — trait pour trait*). De exceptie kan dus niet door een partij ingeroepen worden, indien het eisen van de prestatie van de tegenpartij bij contract naar een later ogenblik verschoven werd, bv. door het verlenen van een termijn. Dit is het geval wanneer een partij aan de andere verwijt haar bepaalde zekerheden niet geleverd te hebben, terwijl deze pas gele-

(24) Cass., 18 november 1988, *R. W.*, 1989-1990, 324, met een bijdrage van STORME, M.E., „*De exceptio non adimpleti contractus* als uitlegvraag. Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen, meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestatie en bewijslast.”

verd moesten worden na de uitvoering door die partij van haar eigen verbintenissen(25).

Uitzondering: Exceptio timoris

19. Hoger werd gewag gemaakt van de „anticipatory breach of contract” in de Common law en het Weense Koopverdrag. Wanneer de vordering van de excipiens nog niet eisbaar is, omdat aan de tegenpartij krediet gegeven werd, maar reeds vaststaat dat de tegenpartij haar verbintenissen niet zal uitvoeren, zou hij ook in ons recht een exceptie moeten kunnen opwerpen die gelijk op de enac en die de *exceptio timoris* zou kunnen genoemd worden (de onzekerheidsexceptie). VAN WYCK-ALEXANDRE pleitte er terecht voor(26). De rechter heeft uiteindelijk het laatste woord om uit te maken of de schuldeiser geen misbruik maakte van dit recht.

5. De schuldvordering moet niet vaststaand (precies in geld bepaalbaar) zijn.

20. Bepaalde uitspraken hebben ten onrechte gesteld dat het niet voldoende is dat de vordering van de excipiens eisbaar zou zijn; ze zou ook precies in geld bepaalbaar moeten zijn (*liquide*). Dit berust op een verwarring tussen de wettelijke schuldvergelijking en de enac (zie verder nr. 37).

6. Het moet niet noodzakelijk een essentiële verbintenis zijn die niet nagekomen werd door de medecontractant van de excipiens. De niet-nakoming moet ook geen bijzondere graad van ernst vertonen.

21. Het kan strijdig zijn met de goede trouw al zijn verbintenissen op te schorten om reden van kleine tekortkomingen van de andere partij. Het is nodig, zegt het Hof van Cassatie, dat de andere partij „manque gravement aux engagements essentiels”(27). Het Hof herinnert aan dit beginsel ter gelegenheid van een geding m.b.t. een arbeidsovereenkomst. Een arbeider was ernstig tekort gekomen aan zijn verbintenissen door aan een staking deel te nemen. De stelling

(25) Cass., 5 mei 1971, *Pas.*, I, 804. Zie VAN OMMESLAGHE, P., *T.P.R.*, 1984, 210, nr. 23; LAMINE, L., *a.w.*, nr. 117 v. STORME, M.E., formuleert de voorwaarde liever op negatieve wijze: de *excipiens* mag niet verplicht zijn voorafgaandelijk te presteren. De Duitsers spreken hier van „Vorleistungspflicht” (B.G.B., §320; GUHL, Th., *Obligationenrecht*, nrs. 21-23); de Nederlanders van „voorleveringsplicht”.

(26) VAN WYCK-ALEXANDRE, M., *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme*, Luik, 1982, nr. 208, 453.

(27) Cass., 8 december 1960, *Pas.*, 1965, I, 382.

van de werkgever ACEC — de excipiens — wordt verworpen, volgens welke de rechter er zich mee moest vergenoegen vast te stellen of de niet-nakoming „op gevoelige wijze” het evenwicht verbroken had tussen de wederzijdse verbintenissen der partijen. De rechter ten gronde moet, volgens het Hof, integendeel een ernstige tekortkoming aan essentiële verbintenissen vaststellen. Dit doet hij op onaantastbare wijze.

Ten onrechte wordt in dit arrest een ernstige tekortkoming geëist. Het werd reeds gezegd dat een peulschil geen enac kan rechtvaardigen. Maar de rechtsleer aanvaardt dat in beginsel elke niet-nakoming een beroep op de enac rechtvaardigt, zowel een lichte tekortkoming, als een inbreuk op een „niet-essentiële” verbintenis(28). CASSIN stelt terecht dat de enac mag ingeroepen worden „si minime que soit le vice ou l'insuffisance d'exécution démontré par le défendeur. C'est ici qu'intervient heureusement le principe de la bonne foi”.

De afwezigheid van strijdigheid met de goede trouw werd reeds als toepassingsvoorwaarde vermeld. Daarenboven — maar dit is logisch een andere zaak waarop verder teruggekomen wordt — moet er een evenredigheid bestaan tussen de twee gevallen van niet-nakoming.

Het is dus niet noodzakelijk dat een zogenaamde essentiële verbintenis op ernstige wijze niet zou nagekomen zijn. Om het even welke contractuele verbintenis komt in aanmerking.

7. Is de niet-nakoming van de verbintenis te wijten aan de fout van de tegenpartij?

22. De niet-nakoming van de verbintenis van de tegenpartij moet haar toerekenbaar zijn; ze is door haar schuld veroorzaakt of ze komt voor haar risico (in geval van een resultaatsverbintenis)(29). Indien het haar door overmacht onmogelijk is geworden haar verbintenis uit te voeren, dan is het drukkingsmiddel tegen haar zinloos: de debiteur is niet verantwoordelijk voor de niet-nakoming, en ze is niet meer mogelijk.

8. Bestaat er een juridische samenhang tussen de opgeschorte verbintenis en de eisbare?

23. De excipiens kan slechts met succes de enac opwerpen indien zijn

(28) PILLEBOUT, *a.w.*, 208; CASSIN, *a.w.*, 529.

(29) Cass., 7 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 654; *Arr. Cass.*, 1979, 52, Concl. advocaat-generaal E. KRINGS.

schuldvordering gegrond is op dezelfde rechtsverhouding als deze waarin zijn eigen verbintenis haar grond vindt.

Art. 6.1.6.A.1. van het nieuwe Nederlandse B.W. bepaalt:

„1. Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaats vindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.

2. Een zodanige samenhang kan onder meer worden aangenomen ingeval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan.”

Het Franse Hof van Cassatie vertolkte het beginsel correct als volgt: „L'interdépendance des obligations réciproques résultant d'un contrat synallagmatique, qui donne le droit à l'une des parties de ne pas exécuter son obligation quand l'autre n'exécute pas la sienne, suppose essentiellement des obligations dérivants d'un même contrat” (30). Helaas weet men dat de samenhang „un concept juridique, général, diffus et souple” is. „La connexité se ressent plus qu'elle ne se définit” (31).

24. Terecht betoogt VAN OMMESLAGHE dat een aantal overeenkomsten naar de bedoeling van partijen een onlosmakelijk geheel kunnen vormen, zodat de niet-nakoming van verbintenissen uit één van die overeenkomsten de opschorting kan rechtvaardigen van verbintenissen uit een andere (32). *In casu* ging het om de huur van een diepvriezer, gepaard met een overeenkomst voor het leveren van de waren die erin opgeslagen zouden worden. De enac betreft dus niet alleen de wederzijdse overeenkomsten, maar ook de wederzijdse rechtsbetrekkingen (33).

25. Met de stelling van de Hoge Raad in een arrest van 1978 waarin geen samenhang gevonden werd tussen de verplichtingen van de eigenaar om het gehuurde goed te herstellen en de verplichting van de huurder om de huurprijs te betalen, kan men het niet eens zijn.

(30) Fr. Cass., 17 mei 1938, *D.H.*, 1938, 419; HUET, *a.w.*, nr. 103.

(31) GABET-SABATIER, C., „Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations”, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1980, 39. Zie ook BOLZE, Chr., „L'unité du lien de connexité en droit des obligations”, *R. Recherche Jur. Dr. Prosp.*, nr. 2, 1988, 303-337.

(32) VAN OMMESLAGHE, P., „La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles”, *T.P.R.*, 1984, nr. 22.

(33) DE PAGE, H., *Traité*, II, nr. 866.

26. Ten onrechte vereist ABAS een bijzondere samenhang tussen de twee verbintenissen. Een onvoldoende samenhang vertoont volgens hem het geval waarin een huurder het onroerend goed gebruikt als handelspand in strijd met wat in de overeenkomst staat. Hij schrijft: „Beide verplichtingen vloeien voort uit dezelfde wederkerige overeenkomst. Deze constatering brengt nog niet met zich mee dat daarom tussen elk willekeurig samenstel van verplichtingen uit een zodanige overeenkomst een voldoende samenhang kan worden afgeleid om een beroep op de exceptio te wettigen. Er moet een speciaal verband bestaan tussen de verbintenis, in welke vervulling de één te kort schoot en die, welke nakoming de tegenpartij daarom wil opschorten”(34). In ons recht althans zou men ten onrechte de bijkomende voorwaarde van een „speciaal verband” tussen de verbintenissen eisen. Een gemeenschappelijke origine van de verbintenissen volstaat.

9. Is er een evenredigheid tussen de schade die het gevolg zal zijn van de opschorting en diegene die het gevolg is van de niet-uitvoering van de eisbare verbintenis?

27. De reactie van de excipiens zou geen rechtmatige tegenmaatregel meer zijn, indien ze niet evenredig zou zijn met de schade die veroorzaakt wordt door het in gebreke blijven van de medecontractant.

De rechtspraak eist een zeker evenwicht tussen aanval en verweer. Men begrijpe dit niet verkeerd. Er wordt niet vereist dat de verbintenissen van dezelfde aard zouden zijn, noch dat er gelijkheid zou zijn tussen de twee niet-nakomingen — dit in tegenstelling tot het „oog om oog, tand om tand” beginsel. Aldus oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Brugge ten onrechte dat de huurder slechts 30% van de huurprijs mocht weigeren te betalen, vermits het woonhuis voor 70% bewoonbaar was(35). Een proportionaliteit volstaat. Er moet geen precieze gelijkheid bestaan tussen de twee schadeposten (bv. bij een onbewoonbaarheid van 30%, een prijsvermindering van 30%).

Een voorbeeld

Dhr. Varenne, beroepsfilatelist, had van 1982 tot 1984 informatica-apparatuur gekocht van een vennootschap die er ook het onderhoud van verzorgde. In 1984 verkoelden hun betrekkingen. Varenne

(34) ASSER-ABAS, *Bijzondere overeenkomsten*, II, 1986, 28.

(35) Cass., 18 november 1988, *R.W.*, 1989-90, 324.

verweet de vennootschap vertragingen en niet-conforme leveringen, terwijl de vennootschap opwierp dat Varenne de vervaldagen niet respecteerde m.b.t. de verschillende koop- en onderhoudscontracten. In juli 1984 werd een apparaat defect, maar de vennootschap weigerde bijstand te verlenen omdat nog 400.000 F. onbetaald bleef. Varenne dagvaardde in kort geding en vroeg onder verbeurte van een dwangsom een veroordeling om de apparatuur te herstellen. Hij wees op de relatief lage onbetaalde som in vergelijking met de 10 miljoen die de apparatuur gekost had, en anderzijds het grote gevaar dat zijn beroepsactiviteit leed. Het Hof van beroep van Toulouse veroordeelde de vennootschap om de computer te herstellen „*compte tenu des conséquences extrêmes que la suspension des prestations de maintenance peut avoir pour l'utilisateur d'un ensemble ordinateur contenant des données nécessaires à son activité*”(36).

Een tweede voorbeeld kan geleverd worden door het Franse cassatie-arrest van 9 oktober 1985. Een tandheelkundig chirurg werd geraadpleegd door een patiënt voor de plaatsing van een tandprothese. Hij vorderde betaling van zijn honorarium en van de kosten voor de vervaardiging van de prothese. De cliënt weigerde te betalen omdat de prothese niet aangepast was. De tandarts stelde voor haar bij te regelen. Na volharding van de cliënt in zijn weigering om te betalen, weigerde de tandarts om de prothese te plaatsen. Zijn vordering werd afgewezen en het Hof van Cassatie keurde dit vonnis niet af: „*le contrat conclu en vue de la pose d'une prothèse dentaire oblige le chirurgien dentiste à mener l'opération à son terme; celui-ci ne dispose d'aucun droit de rétention sur l'appareil qu'il s'est engagé à poser*”. Het Hof ontzegt de tandarts de mogelijkheid om een beroep te doen op de enac. Het betreft hier, terloops gezegd, een enac, geen retentierecht, omdat de prothese die weerhouden werd precies het voorwerp was van de hoofdverbintenis van de tandarts. Het beoordelen van de proportionaliteit is een feitenkwestie waarover de rechter ten gronde oordeelt op onaantastbare wijze.

10. Zal de opschorting geen onherstelbare schade toebrengen?

28. De voorlopige weigering van de excipiëns om zijn verbintenis uit te voeren mag nooit de uiteindelijke realisatie van de contractuele rechtsbetrekking onmogelijk maken. Een treffend voorbeeld vindt men in het huwelijksrecht: de ontrouw van de huwelijkspartner kan de andere toelaten de samenleving te weigeren, maar nooit hem of haar van hetzelfde laken een broek te maken en vreemd te gaan.

(36) Toulouse, 30 oktober 1985, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1986, 591, observ. MESTRE, J.

Lekken in het dak die te wijten zijn aan een gebrek aan onderhoud of herstel kunnen kostbare koopwaar die opgeslagen zijn in het gehuurde goed, beschadigen. Kan de debiteur van het onderhoud de uitvoering van zijn verbintenis opschorten? De opschorting mag de uitvoering niet, geheel of gedeeltelijk, voor altijd onmogelijk maken, besliste de rechtbank van eerste aanleg te Brugge in de I.M.A.T. zaak(37). De excipiens moet in staat blijven om zijn verbintenis uit te voeren. Hij mag geen definitieve schade veroorzaken. Dit zou indruisen tegen de doelstelling van de enac. In dezelfde zin werd geoordeeld dat de schuldeiser geen vervanging mag doorvoeren. De vervanging impliceert de ontbinding van het contract(38).

11. Is de tegenpartij op de hoogte van zijn verplichting?

29. De goede trouw eist van de schuldeiser, bv. de huurder, dat hij zijn schuldenaar verwittigt dat er hem iets te doen staat. Zo'n verwittiging vertoont trouwens het nut om achteraf de goede trouw van de excipiens duidelijk te maken. *Een formele ingebrekestelling* is echter niet vereist. Sommige uitspraken weigerden de enac goed te keuren wanneer de schuldenaar niet in gebreke gesteld werd door de excipiens. Aldus de Hoven van beroep te Luik en te Gent. Het Hof van Cassatie heeft zich hierover nog niet uitgesproken. De rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie kende een ommekeer in 1970. Het Hof stelde terecht, m.b.t. een onbenoemde synallagmatische overeenkomst, dat: „celui qui oppose l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est pas tenu à une mise en demeure préalable”(39).

Tot hier de voorgestelde *checklist* met elf punten.

b) Een toepassing in het huurrecht

30. Een materie waarin dikwijls een beroep wordt gedaan op de enac is het huurrecht(40). In beginsel kan volgens de Belgische rechtspraak de huurder de enac opwerpen indien de toepassingsvoorwaarden aanwezig zijn.

(37) Cass., 6 maart 1986, *R.C.J.B.*, 1990, 559, noot HERBOTS, J.H. Zie verder nr. 31.

(38) Cass., 7 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 654. Zie GHESTIN, J., noot onder Fr. Cass., 15 januari 1973, D., 1973, D. 476; DE VRIES, G.J.P., *Recht op nakoming en schadevergoeding*, 118-119; Verg. Cass., 24 april 1947, *R.C.J.B.*, 125.

(39) Fr. Cass., 27 januari 1970, *J.C.P.*, 1970, II, 16554, noot HUET; *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, 136, noot LOUSSOUARN.

(40) Zie Cass., 29 mei 1989, *R.C.J.B.* 1990, 533, noot HERBOTS, J.H.; Cass., 18 november 1988, *R.W.*, 1989-1990, 324, met een bijdrage van STORME, M.E.

De oplossing is dezelfde in Duitsland, maar niet in Engeland. De Franse rechtspraak terzake lijkt verdeeld; sommige recente cassatie-arresten van 1969 en 1973 zijn contra(41). De Nederlandse Hoge Raad verwierp die mogelijkheid, maar de Nederlandse rechtsleer is het hier niet mee eens.

Wanneer de huurder inroept dat de verhuurder zijn verbintenis tot onderhoud van het verhuurde goed niet naleeft, zijn de voorwaarden echter zelden vervuld.

31. De feiten van het geding waren de volgende in de zaak IMAT. De verhuurders van een onroerend goed dat diende als opslagplaats dagvaardden de huurster, de vennootschap IMAT, tot ontbinding van de handelshuurovereenkomst om reden van het niet uitvoeren van de huurherstellingen. Aldus werden de goten niet hersteld; de daaruit ontstane vochtigheid heeft schade veroorzaakt. De huurster verweert zich door de enac op te werpen m.b.t. de herstellingen die voor rekening van de verhuurders waren. De tactiek van de huurster lijkt wel eigenaardig, want ze heeft de huurherstellingen niet uitgevoerd, maar toch steeds de huurprijs betaald. De rechtbank van eerste aanleg te Brugge verwerpt de enac. Het Hof van Cassatie kan zich hiermee akkoord verklaren.

In casu zijn inderdaad twee toepassingsvoorwaarden afwezig. Het verweer van de excipiens was niet evenredig met de schade veroorzaakt door de niet-nakoming door de verhuurders van hun verbintenis tot onderhoud van het gehuurde goed. Daarenboven heeft dat verweer een *definitieve* schade veroorzaakt.

32. In de zaak die aan de grond van het cassatiearrest van 18 november 1988 lag, hield de huurder staande dat hij nooit het appartement had kunnen betrekken wegens de nog uit te voeren herstellingen. Daags na de ondertekening van de huurovereenkomst en vóór de inbezitneming van het appartement door de huurder, werd een expertise op tegenspraak opgemaakt, waaruit blijkt dat het huurgoed een aantal zichtbare gebreken vertoonde. De rechtbank van eerste aanleg te Brugge oordeelt dat het de bedoeling van partijen is geweest de uitvoering van de huurovereenkomst te doen afhangen van een voorwaarde, te weten de voorafgaande herstelling door verweerder van de in de plaatsbeschrijving opgesomde gebreken. De

(41) Zie PILLEBOUT, J.F., *Recherches sur l'exception d'inexécution*, 1971, nr. 86. Zie echter een cassatiearrest van 1976 in tegenovergestelde zin.

rechtbank constateert dat de verhuurder die voorwaarde niet heeft vervuld. Het Hof van Cassatie stelt dat de huurder zich in die omstandigheden te goeder trouw kan beroepen op de exceptie van niet-uitvoering door verweerder van zijn verbintenissen.

§ 3. Verwante rechtsfiguren

33. De exceptie, het retentierecht en de compensatie hebben iets gemeen. **Deze rechtsfiguren zijn drie vormen van geoorloofde eigenrichting tot zekerheid.** De schuldeiser mag in die gevallen op eigen gezag optreden, zonder voorafgaande rechterlijke machtiging.

De eigenrichting reikt het verst bij schuldvergelijking: daar betaalt de schuldeiser zichzelf door de schuldvordering te compenseren met een eigen schuld.

a) *Schuldvergelijking*

34. Luidens artikel 1290 B.W. vindt compensatie plaats van rechtswege, zelfs zonder het medeweten van partijen, wanneer tussen hen wederzijdse schuldvorderingen bestaan die dezelfde vervangbare zaken tot voorwerp hebben, eisbaar zijn en prompt kunnen vereffend worden. De schuldvergelijking strekt benevens een vereenvoudiging van het betalingsverkeer — de betaling kan plaatsvinden „met gesloten beurzen” — ook tot zekerheid. Door te compenseren verkrijgt de schuldeiser ten belope van het bedrag van de eigen schuld integrale betaling en ontkomt hij zodoende aan de evenredige verdeling. De schuldeiser die zichzelf door compensatie betaalt, beschikt, zo schrijft DE PAGE, „d'un véritable privilège sans texte au regard des autres créanciers de ce débiteur”(42).

35. Compensatie is echter niet meer mogelijk na beslag, en *a fortiori* niet na faillissement. In Nederland en Duitsland daarentegen wordt meer recht gedaan aan de zekerheidsfunctie van de schuldvergelijking, die vooral vandoen is bij samenloop.

Op het verbod van compensatie na faillissement wordt vanouds

(42) De in het B.W. geregelde schuldvergelijking heeft een verband maar is niet te verwarren met de compensatieovereenkomsten. Zie FONTAINE, M., „Aspects juridiques des contrats de compensation”, *Dr. Prat. Com. int.*, 1981, 179-223. „Set-off” in het Engels recht; zie ELLINGTON, P., *Dr. Prat. Com. int.*, 1981, 225-228. In het Duitse recht „Aufrechnung”; zie ESSER, J., *Schuldrecht*, 4e uitg., MULLER, C.F., 1970, 164-176. In het Italiaanse recht „Compensazione”; zie TORRENTE, A., PESCATORE, G. en RUPERTO, C., *Codice Civile annotato*, 6de uitg., éd. Giuffré, 1973, 1168-1177.

echter uitzondering gemaakt voor de zogenaamde „samenhangende of verknochte” vorderingen. Dit is, zoals hoger reeds besproken m.b.t. de enac, het geval wanneer beide schuldvorderingen voortvloeien uit eenzelfde wederkerige overeenkomst of uit eenzelfde synallagmatische rechtsverhouding. De verklaring voor deze tegenwerpelijkheid is het nauwe verband tussen wederzijdse verbintenissen.

36. Niet vereist is dat de schuldvorderingen uit eenzelfde overeenkomst voortvloeien; het volstaat dat tussen beide een „nauwe samenhang bestaat”. In de recente rechtsleer en rechtspraak wordt dit vereiste vrij ruim geïnterpreteerd. Zo wordt bijvoorbeeld die samenhang ook aanwezig geacht wanneer de verbintenissen voortvloeien uit onderscheiden overeenkomsten die allen passen in eenzelfde raamovereenkomst of die een economisch geheel uitmaken. **Kortom: het volstaat dat er tussen de verbintenissen een objectief — en dus niet kunstmatig — verband bestaat dat beantwoordt aan de economische realiteit van de verhouding tussen de partijen**(43).

37. Een verwarring tussen schuldvergelijking en enac is de reden waarom soms ten onrechte het vaststaand karakter (*la liquidité*) — de uitdrukking in een welbepaalde geldsom — als toepassingsvoorwaarde voor de enac vereist wordt(44). Het Hof van Cassatie heeft verscheidene keren het essentieel opschortend gevolg van de enac moeten in herinnering brengen, wat de enac precies onderscheidt van de exceptie van schuldvergelijking(45).

b. Retentierecht

38. Het retentierecht verleent aan een schuldeiser de bevoegdheid om de afgifte te weigeren van een zaak die een ander toebehoort zolang zijn schuldvordering, met betrekking tot deze zaak, niet is voldaan. Het retentierecht vertoont veel gelijkenis met de enac en valt er ook soms mee samen. Beide rechtsfiguren vervullen dezelfde functie:

1. pressiemiddel teneinde de debiteur aan te sporen zijn verbintenissen na te komen;

(43) DIRIX, E., „Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid”, *T.P.R.*, 1988, 323-355.

(44) COLLIN en CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10de uitgave, Deel II, door JULLIOT de la MORANDIÈRE, nr. 1117; CARBONNIER, in *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1957, 143; HUET, o.c., nr. 143.

(45) Cass., 13 september 1973, *J.C.B.*, 1975, 429; *Pas.*, 1974, I, 30; *R.C.J.B.*, 1974, 352, noot STENGERS; *J.T.*, 1973, 634; *R.W.*, 1973-74, 997; Cass. 3 februari 1979, *Pas.*, I, 654; cfr. VAN OMMESLAGHE, *T.P.R.*, 1984, 207.

2. dienen tot zekerheid: de retentor of de excipiens schort de uitvoering van de verbintenis of de teruggave van de zaak op om zich in te dekken voor het risico dat de debiteur definitief in gebreke zou blijven en insolvelabel wordt.

39. In die optiek moet ook de *tegenwerpelijkeid aan derden* worden beoordeeld. Door sommige auteurs wordt de stelling verdedigd dat het bij retentierecht gaat om een zakelijk recht. Deze zienswijze wordt niet gedeeld door de meerderheidsopvatting, ondermeer wegens de *numerus clausus* der zakelijke rechten. Het retentierecht is een persoonlijk verweermiddel. Hoe kan dan de tegenwerpelijkeid worden verklaard die nochtans veelal wordt aanvaard? Dat een persoonlijke verplichting, ook al houdt zij verband met een zaak, bij de overdracht van die zaak zou overgaan op de rechtsverkrijgers onder bijzondere titel past niet in ons vermogensrecht. Vandaar dat sommige schrijvers de tegenwerpelijkeid enkel aanvaardden ten aanzien van de chirografaire schuldeisers. De tegenwerpelijkeid aan „derden” — d.w.z. ware eigenaar, schuldeisers en rechtsverkrijgers onder bijzondere titel — lijkt nochtans verantwoord. Het retentierecht werd omschreven als een geoorloofde vorm van eigenrichting. Welnu, als feitelijk machtsmiddel dat door de rechtsorde wordt erkend, is het retentierecht — binnen de wettelijke grenzen — tegenwerpelijk *erga omnes*.

40. De schuldeiser mag echter niet om het even welk goed van zijn debiteur dat toevallig in zijn macht zou zijn gekomen, aangrijpen om er het retentierecht op uit te oefenen. Om een willekeurige uitbreiding van het retentierecht tegen te gaan wordt de eis gesteld van een **nauw verband** tussen schuldvordering en zaak. Dit is ook redelijk: de schuldeiser kan er enkel op gerekend hebben een retentierecht te kunnen uitoefenen op zaken die hem als een normaal gevolg van de uitvoering van de overeenkomst zouden worden overhandigd. Er anders over oordelen zou de schuldeiser zekerheidsrechten toekennen die hij bij het sluiten van de overeenkomst niet had verdisconteerd, zodat de tegenwerpelijkeid van een dergelijk voordeel het gelijkheidsbeginsel doorkruist.

Een dergelijk verband is aanwezig wanneer de schuldeiser ten aanzien van die zaak prestaties heeft verricht (bv. een wagen hersteld heeft; textielwaren geleverd heeft). Dit is ook het geval wanneer de schuldvordering en de teruggehouden zaak betrekking hebben op afzonderlijke opdrachten maar die — gelet op de continuïteit der contractuele

verhoudingen — als **één enkele ondeelbare overeenkomst** moeten worden beschouwd.

41. Ondeelbaarheidsclausules — Kunnen de partijen het retentierecht contractueel uitbreiden en op grond van een beding een band creëren tussen schuldvorderingen en teruggehouden zaken? Te denken valt aan clausules die ondernemingen uit de verwerkende nijverheid plegen op te leggen waarbij het retentierecht zal worden uitgeoefend op de door de cliënt geleverde grondstoffen, ook tot zekerheid van vorderingen met betrekking tot andere ladingen. De geldigheid en de tegenwerpelijheid van een dergelijk „verlengd” retentierecht wordt verdedigd door VAN OMMESLAGHE, behoudens bedrog en de toepassing van artikel 445, laatste lid Faillissementswet.

De rechtspraak neemt een genuanceerde stelling in. Telkens wordt nagegaan of het beding ook beantwoordt aan de realiteit van de contractuele verhouding tussen partijen. Zo aanvaardt het Hof van Beroep te Gent de tegenwerpelijheid van een dergelijk beding na eerst het bestaan te hebben vastgesteld van „één enkele doorlopende, ondeelbare overeenkomst”. Volgens het Hof van Cassatie oordeelt de rechter in feite op onaantastbare wijze over de aanwezigheid van **de samenhang** tussen de schuldvordering en teruggehouden waren; m.a.w. over het al dan niet fictief karakter van het beding. Het Hof verwerpt daarmee het cassatieberoep op dat punt tegen het arrest van het Hof van Beroep te Brussel dat tot de niet- tegenwerpelijheid bij faillissement had besloten. Het Brusselse arrest sluit de tegenwerpelijheid in beginsel niet uit. De beslissing moet, gelet op de concrete gegevens van het geval, volgens DIRIX als volgt worden uitgelegd: de financiële toestand van de debiteur was op een gegeven moment uiterst benard geworden, zodat de schuldeiser, die hiervan op de hoogte was, en rekening houdend met het aanzienlijk bedrag van zijn schuldvordering, niet de illusie kan hebben gehad dat de zakenverhouding nog langer ongestoord zou worden verdergezet. Door zich op dat ogenblik grondstoffen te doen overhandigen, die — zoals gebleken is — geen enkele bewerking meer ondergingen, kan men niet voorhouden een retentierecht uit te oefenen tot zekerheid van de lopende verrichtingen. Op dat ogenblik is de ondeelbaarheidsclausule een fictie geworden en treedt men buiten de rechtsfiguur van het retentierecht. Hieruit kan dus niet worden afgeleid dat „ondeelbaarheidsclausules” iedere betekenis hebben verloren, schrijft DIRIX. Het is zeer wel denkbaar dat het Brusselse Hof de situatie anders had beoordeeld onder andere omstan-

digheden, bijvoorbeeld wanneer zou gebleken zijn dat ook deze nieuwe grondstoffen werden verwerkt. Door het opnemen van contractuele bedingen in die zin, kan dus een verband worden gelegd tussen de teruggehouden zaken en vroegere schuldvorderingen. Die samenhang moet echter ook aan de realiteit van de verhouding tussen partijen beantwoorden. Hierbij volstaat het dat de teruggehouden zaak en de schuldvordering voortvloeien uit dezelfde zakenverhouding tussen partijen, ook al gaat het om onderscheiden overeenkomsten.

c) *Ter afronding. De enac en de aanverwante rechtsfiguren*

42. De drie rechtsfiguren, enac, retentierecht en compensatie, worden verklaard door de **samenhang** tussen de wederzijdse schuldvorderingen of de schuldvordering en de teruggehouden zaak. Kortom, als een normaal gevolg dat voortvloeit uit de aard van dergelijke rechtsverhoudingen. De enac is gebaseerd op de *juridische* band tussen de verbintenissen. Het retentierecht steunt veeleer op een *materieel* verband tussen de schuldvordering en de teruggehouden zaak (*debitum cum re junctum*). Soms echter kunnen de vereisten voor de toepassing van zowel de enac als het retentierecht vervuld zijn. In die gevallen kan de houder van de zaak zich op beide beroepen. Tot hetzelfde besluit komt men, indien men van oordeel is dat het retentierecht zowel kan steunen op de materiële band tussen vordering en zaak als op de juridische band tussen de verbintenissen waarvan één de afgifte van een zaak tot voorwerp heeft. In deze gevallen is de vraag of we te doen hebben met de enac of met het retentierecht dus veeleer een terminologische discussie⁽⁴⁶⁾. God weet nochtans hoeveel inkt dit academisch dispuut heeft doen vloeien. „Que d'encre, que d'encre...”, zou Jan RONSE zaliger verzuchten. De enac en de exceptie die gegrond is op de schuldvergelijking verschillen daarentegen fundamenteel van elkaar, aangezien de schuldvergelijking een wijze is waarop wederkerige verbintenissen geheel of ten dele **tenietgaan**, terwijl de enac in beginsel slechts de uitvoering **schorst** van de verbintenissen van degene die zich erop beroept.

(46) KRUIHOF, R., „Overzicht van rechtspraak (1974-1980) verbintenissen”, *T.P.R.*, 1983, 636.

SOMMAIRE

L'EXCEPTION DE NON-EXÉCUTION

L'enac ou *exceptio non adimpleti contractus* est une forme de justice privée. Elle présente une double face, étant à la fois un moyen de pression temporaire et une garantie définitive. Après une brève introduction historique, l'auteur situe l'*enac* en droit comparé, et plus spécialement dans la convention de Vienne sur la vente internationale.

Dans un second chapitre, l'auteur passe en revue les conditions d'application de l'*enac*.

1. Y a-t-il une *obligation à charge* de l'excipiens?
2. La suspension de l'obligation de l'excipiens n'est-elle pas contraire à la *bonne foi*?
3. L'excipiens a-t-il une créance *certaine*?
4. La créance est-elle *exigible*?
5. La créance ne doit pas être *liquide*.
6. Il n'est pas nécessaire que ce soit une obligation *essentielle* qui n'ait pas été exécutée par le co-contractant de l'excipiens, ni que le manquement soit *grave*.
7. La non-exécution de l'obligation est-elle due à la *faute* du contractant?
8. Y a-t-il *connexité juridique* entre l'obligation suspendue et la créance exigible?
9. Y a-t-il *proportionnalité* entre le dommage, conséquence de la suspension, et le dommage découlant de la non-exécution de la créance exigible?
10. La suspension causera-t-elle un *dommage définitif*?
11. Le co-contractant de l'excipiens a-t-il été mis au courant de son obligation par l'excipiens? Une *mise en demeure* n'est pas nécessaire.

Pour terminer, l'auteur établit une comparaison avec deux constructions juridiques apparentées: la compensation et le droit de rétention. *L'enac* trouve son fondement dans le lien juridique entre les obligations réciproques des parties; le droit de rétention, quant à lui, se fonde sur le lien matériel entre la créance et la chose retenue. Quand les conditions d'application des deux constructions juridiques sont remplies, la discussion au sujet de la différence entre les deux devient purement byzantine.

L'enac et la compensation diffèrent fondamentalement, puisque la compensation est un mode d'extinction des obligations réciproques, tandis que l'*enac* ne fait qu'en suspendre l'exécution.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE EINREDE DER NICHT-ERFÜLLUNG

1. Allgemeines

Die Einrede der Nicht-Erfüllung (*enac*) ist eine Form der Selbstjustiz. Nach einer kurzen historischen Situierung erörtert der Verfasser die doppelte Art der *enac*: einerseits ist sie ein zeitweiliges Druckmittel, andererseits ist sie eine endgültige Garantie. Der Unterschied mit der Lösung besteht darin, daß die *enac* ein rein defensives Rechtsmittel mit nur zeitweiligen Folgen darstellt: der Vertrag ist nur

ausgesetzt worden. Nach einigen kurzen rechtsvergleichenden Bemerkungen untersucht der Verfasser die Stellung der enac im Wiener Kaufvertrag. Er beschließt diesen ersten Abschnitt mit der Feststellung, daß die enac ein Ergänzungsrecht ist und theoretisch auch gegen die Obrigkeit angerufen werden kann.

2. Kontrolliste der Anwendungsbedingungen

Die Ausübung der enac unterliegt folgenden Anwendungsbedingungen:

- Besteht ein Vertrag zu Lasten des excipiens?
- Ist die Aussetzung des Kontraktes durch den excipiens nicht wider Treu und Glauben?
- Hat der excipiens eine unbestrittene Schuldforderung an den Kläger?
- Ist die Schuldforderung klagbar? Ausnahme: exceptio timoris.
- Die Schuldforderung soll nicht festgelegt (genau in Geld ausdrückbar) sein.
- Es ist nicht unbedingt ein wesentlicher Vertrag der von dem Mitkontrahenten des excipiens nicht erfüllt wurde. Die Nicht-Erfüllung soll auch keine besondere Voraussetzung des Ernstes zeigen.
- Ist die Nicht-Erfüllung einem Fehler der Gegenpartei zuzuschreiben?
- Besteht ein juristischer Zusammenhang zwischen dem ausgesetzten Vertrag und dem klagbaren?
- Gibt es Gleichmäßigkeit zwischen dem sich aus der Aussetzung ergebenden Schaden und dem durch die Nicht-Erfüllung des klagbaren Vertrages erlittenen Schaden?
- Wird die Aussetzung keinen irreparablen Schaden verursachen?
- Weiß die Gegenpartei Bescheid über seine Verpflichtung?

Anschließend wendet der Verfasser diese Kontrolliste auf einen konkreten Mietfall an.

3. Verwandte Rechtsfiguren

Der Verfasser vergleicht die enac mit zwei verwandten Rechtsfiguren, nämlich dem Schuldvergleich und dem Zurückbehaltungsrecht. Die enac und die Einrede aufgrund eines Schuldvergleichs unterscheiden sich grundsätzlich, weil der Schuldvergleich eine Weise der völligen oder teilweisen Vernichtung gegenseitlicher Verträge darstellt, während die enac im Prinzip nur die Ausführung der Verträge durch den excipiens aussetzt. In Bezug auf das Zurückbehaltungsrecht ist der Verfasser der Meinung, daß sich die enac auf den juristischen Band stützt, während sich das Zurückbehaltungsrecht eher auf den materiellen Zusammenhang zwischen der Schuldforderung und der zurückbehaltenen Sache bezieht. Manchmal jedoch sind sowohl die Anwendungsbedingungen der enac wie die des Retentionsrechtes erfüllt. In diesen Fällen kann der Erheber der Klage beide anrufen.

SUMMARY

THE PLEA OF NON-PERFORMANCE

1. *General*

The plea of non-performance is a form of self-administered justice. After a short sketch of the historical background, the author explains the dual aspect of the plea in question: on the one hand it is a means of exercising pressure for a certain period, and on the other hand it constitutes a definite guarantee. It differs from the rescission of a contract in that it is a purely defensive mechanism whose effect is merely temporary since the contract is merely being suspended. Having made a few observations from a comparative law point of view, the author examines the place occupied by this plea in the Vienna Sales Convention. He concludes Chapter One with the observation that this plea is an optional remedy, and that it may also be pleaded against the public authorities.

2. *Checklist of Conditions of Applicability*

The plea of non-performance is subject to the following conditions of applicability:

- Does the party making the plea have a contractual obligation?
- Does the fact that the plea suspends his obligation not constitute a breach of the bona fides principle on the part of the person making the plea?
- Does the party making the plea have a non-contested claim against the plaintiff?
- Is the claim actionable? Exception: the *exceptio timoris*.
- The contractual obligation which was not performed by the party of the second part is not necessarily an essential obligation.
- Also, it is not necessary to prove that the non-performance did not meet certain standards of seriousness.
- Is the other party to blame for the non-performance?
- Is there a legal relationship between the suspended obligation and the obligation whose performance is the subject of the claim?
- Is there a proportionality between the damage which will result from the suspension of the contract and that which will result from non-performance of the obligation whose performance is the subject of the claim?
- Will the suspension of the contract cause any irreparable damage?
- Is the other party aware of his obligations?

The author then proceeds to apply this checklist to a practical case involving the law of landlord and tenant.

3. *Related Legal Concepts*

The author makes a comparison between this plea and two related legal concepts, i.e. compensation and the law of liens. The plea of non-performance and the plea of compensation differ fundamentally in that compensation is a method by which obligations in bilateral contracts are extinguished, whereas the plea of non-performance in principle merely suspends the performance of the obligations of the party invoking it. As regards liens, the author considers that the plea of non-performance is based on a legal relationship, whereas liens are based on the substantive link between the claim and the object which is being retained. In some cases, however,

the conditions for the applicability of both the plea of non-performance and the right to a lien may be simultaneously fulfilled. In such cases, the party having the object in his possession may invoke either of these remedies.

RESUMEN

LA EXCEPCION DE INCUMPLIMIENTO

1. Generalidades

La excepción de incumplimiento es una forma de realización del propio derecho. Después de un breve esbozo histórico, el autor enfoca la doble faceta de la excepción de incumplimiento: por una parte, es un medio de presión temporal y por otra parte, una garantía definitiva. La diferencia con la disolución es que la excepción de incumplimiento es un medio puramente defensivo cuyos efectos son limitados en el tiempo: el contrato queda sólo suspendido. Después de algunas breves observaciones de derecho comparado, el autor estudia el lugar de la excepción de incumplimiento en la Convención de Viena sobre compraventas internacionales. Concluye este primer capítulo con la constatación de que la excepción de incumplimiento es de derecho supletorio y de que, en teoría, también puede ser invocada contra la Administración pública.

2. Lista de chequeo de las condiciones de aplicación

El ejercicio de la excepción de incumplimiento está sometido a las condiciones de aplicación siguientes:

- ¿Existe una obligación a cargo del excipiens?
- ¿La suspensión de su obligación por el excipiens no es contraria a la buena fe?
- ¿Tiene el excipiens un crédito no impugnado con el demandante?
- ¿Es exigible el crédito? Salvedad: *exceptio timoris*.
- El crédito no tiene que ser cierto (determinable exactamente en dinero).
- No se trata necesariamente de una obligación esencial con que no cumplió la otra parte contratante. El incumplimiento tampoco tiene que presentar una condición de gravedad particular.
- ¿Se debe el incumplimiento a la falta de la parte contraria?
- ¿Existe una relación jurídica entre la obligación suspendida y la exigible?
- ¿Hay proporción entre el daño que será la consecuencia de la suspensión y el que es la consecuencia del incumplimiento de la obligación exigible?
- ¿La suspensión no va a ocasionar daños irreparables?
- ¿La parte contraria está al corriente de su obligación?

A continuación, el autor aplica esta lista de chequeo a un caso concreto de arrendamiento.

3. Fenómenos jurídicos afines

El autor compara la excepción de incumplimiento con dos fenómenos jurídicos afines, es decir la compensación y el derecho de retención. La excepción de incumplimiento y la excepción de compensación son fundamentalmente diferentes

puesto que la compensación es una manera de quedar sin efecto total o parcialmente obligaciones recíprocas, mientras que la excepción de incumplimiento en principio sólo suspende la ejecución de las obligaciones del que las invoca. En cuanto al derecho de retención, el autor estima que la excepción de incumplimiento está basada en el vínculo jurídico, mientras que el derecho de retención se basa más bien en una relación material entre el crédito y la cosa retenida. Sin embargo, a veces, los requisitos para la aplicación tanto de la excepción de incumplimiento como del derecho de retención pueden ser cumplidos. En estos casos, el tenedor de la cosa puede remitirse a los dos.