

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

**XXXIIe RECHTSCONGRES GEORGANISEERD DOOR DE VLAAMSE
JURISTENVERENIGING ANTWERPEN (UFSIA) 26 APRIL 1986**

DE OVEREENKOMST

Programma

UFSIA-auditoria

- 9.30 u. Ontvangst, documentatie, koffie.
- 10.00 u. Openingszitting
 - Verwelkoming door de rector van UFSIA, Louis Van Bladel S.J.
 - Openingswoord door de congresvoorzitter, Jan Gijssels, hoogleraar (UFSIA).
- 10.30 u. Sectievergaderingen.
- 11.45 - 12 u. Onderbreking.
- 13.00 u. Einde sectievergaderingen.
- 13.15 u. Lunch in het universitair restaurant «Ten Prinsenhove».

Torengedouw Kredietbank

- 15.15 u. Academische zitting
 - Verslagen van de secties
 - Feestrede: **Leven en dood van het contract** door Robert Kruithof, gewoon hoogleraar (UIA en VUB)
 - Toespraak door de eerste minister Wilfried Martens.
 - Slottoespraak door de voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging, Marcel Storme, gewoon hoogleraar (RUG en UFSIA).
 - 17.30 u. Receptie aangeboden door de Kredietbank.
 - 19.30 u. Banket in het Osterriethhuis, ter beschikking gesteld door Paribas, Meir 85, Antwerpen.
- De organisatie van het congres berust bij de UFSIA, en geniet de bescherming van de decaan van de Rechtsfaculteit van de UFSIA, prof. Fernand Van Neste S.J. en van de voorzitter van het Departement Rechten van de UIA, prof. Henri Swennen.
- Het congres heeft plaats in de auditoria van de UFSIA, Rodestraat 14, 2000 Antwerpen (voormiddag: opening en sectievergaderingen) en in het KB-auditorium, Meir (Eiermarkt 20), 2000 Antwerpen (namiddag: academische zitting en receptie).
- De congresvoorzitter is Jan Gijssels, hoogleraar UFSIA, de congressecretaris is Jan Velaers, assistent UFSIA, advocaat.
- Aan de organisatie van het congres hebben hun medewerking verleend: de Kredietbank, BBL, Paribas, Maarten Kluwer's Int. Uitg., Kluwer Rechtswetenschappen, E. Story Scientia.
- Het congres is mede gefinancierd door:
- de UFSIA
 - De Vlaamse Executieve
 - De Orden van Advocaten van Antwerpen, Gent, Brussel, Tongeren, Turnhout, Brugge
 - De Generale Bankmaatschappij, C & A, ASLK, APRA, Agfa Gevaert, Antwerpse Diamantbank, Brouwerijen Artois, Brouwerij Maes, Fabrimetal, NMKN, Royale Belge, De Volksverzekering, Van Breda & C°, An Hyp, Ennia, Van In.

SECTIEVERGADERINGEN

Sectie 1. Contractbreuk en derde-medeplichtigheid

Voorzitter: Jacques Herbots, gewoon hoogleraar (KUL), advocaat

Preadviseur: mevr. Y. Merchiers, gewoon hoogleraar (RUG)

Verslaggever: Matthias Storme, aspirant NFWO (KUL)

Sectie 2. De verhouding tussen het privé-contractenrecht en het publiek recht

Voorzitter: Guy Schrans, hoogleraar (RUG)

Preadviseur: Marc Bosmans, assistent (VUB), advocaat

Verslaggever: mevr. dr. C. Van Acker, werkleider (RUG)

Sectie 3. Gentlemen's agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen

Voorzitter: mevr. M. Verrycken, vrederechter te Borgerhout

Preadviseur: Eric Dirix, docent (UFSAL), rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen

Verslaggever: Henri Muller, ondervoorzitter van de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen

Sectie 4. De vervoerovereenkomst

Voorzitter: Georges Franck, advocaat, oud-stafhouder, ereleden van de Nationale Orde van Advocaten

Preadviseur: Jozef Van den Heuvel, docent (VUB en RUCA), advocaat, oud-stafhouder

Verslaggever: mevr. I. Verbergt, advocaat

Sectie 5. Het gebruik ontstaan uit contract of verdrag

Voorzitter: Frans De Pauw, gewoon hoogleraar (VUB)

Preadviseur: Hans Van Houtte, docent (KUL), advocaat

Verslaggever: Erik Franckx, assistent (VUB)

CONTRACTBREUK EN DERDE-MEDEPLICHTIGHEID

1. Een herbergier heeft met een brouwerij een zgn. brouwerijcontract gesloten. Hierbij verbindt hij er zich o.a. toe om zich gedurende een bepaalde overeengekomen periode uitsluitend te bevoorraden bij de brouwerij-medecontractant. Ondanks deze overeenkomst koopt hij bier en limonade bij een andere brouwerij. Hij pleegt dus duidelijk contractbreuk. Kan daarenboven de eerste brouwerij de tweede brouwerij aansprakelijk stellen voor de door haar geleden schade op grond van de medewerking die zij aan de contractbreuk heeft verleend?

Een fabrikant of importeur legt aan zijn grossiers-medecontractanten de verplichting op om bepaalde minimumprijzen bij de verkoop aan particulieren in acht te doen nemen. Een handelaar-detailist verkoopt onder de vastgestelde prijzen. Kan de fabrikant of importeur hem doen veroordelen tot betaling van de schade die hij lijdt wegens niet inachtneming van de vastgestelde prijzen?

Een handelaar verkrijgt van een fabrikant de exclusiviteit voor de verkoop binnen een bepaald omschreven gebied van zijn produkten. Een concurrent gaat binnen datzelfde territorium dezelfde produkten verkopen. Kan de exclusieve dealer de concurrent aanspreken tot vergoeding van de door hem geleden schade en hem voor de toekomst verbod doen opleggen om verder deze produkten binnen zijn gebied te verkopen?

Dit zijn enkele voorbeelden ter illustrering van de in de praktijk heel belangrijke problematiek van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk.

2. Wanneer zijn derden verplicht rekening te houden met een contract waartoe zij niet als medecontractant toegetroten zijn? Kunnen zij worden aangesproken wanneer zij een contract — res inter alios acta — bewust miskenen?

Op het eerste gezicht lijkt het antwoord negatief te moeten zijn. Artikel 1165 B.W. bepaalt dat overeenkomsten alleen gevolgen teweegbrengen tussen de contracterende partijen, dat zij aan derden geen nadeel toebrengen en hun slechts tot voordeel strekken in het geval voorzien in artikel 1121 B.W. (beding ten gunste van een derde).

Niettemin wordt sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1909¹ unaniem aanvaard dat, hoewel overeenkomsten slechts gevolgen hebben tussen contracterende partijen, er nochtans een onderscheid gemaakt moet worden tussen de interne gevolgen van het contract enerzijds en de externe gevolgen ervan, d.i. zijn bestaan zelf of de toestand die eruit voortvloeit, anderzijds.

De interne gevolgen, dit zijn de rechten en verbintenissen uit het contract, binden slechts de partijen. Zij alleen kunnen er zich op beroepen. Derden kunnen de eruit voortvloeiende rechten niet invoeren, noch kunnen zij verplicht worden de verbintenissen ervan uit te voeren.

Anders gaat het met de externe gevolgen van het contract, met de erkenning van het bestaan van het contract. Dit contract is voor derden een feit waar zij rekening mee

moeten houden, en die zij ook mogen invoeren². Deze externe tegenwerpelijheid van het contract aan derden ligt ten grondslag aan de theorie van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk.

I. De theorie van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk

3. Deze theorie heeft reeds veel inkt doen vloeien³ en heeft aanleiding gegeven tot een aanzienlijke rechtspraak.

Het Hof van Cassatie kreeg meermalen de gelegenheid

² DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, 1984; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 117bis, VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, nr. 1260. KRUIHOF, R., «La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante dix années d'incertitude juridique», *R.C.J.B.*, 1980, 93-120; DUMON, F., conclusie voor Cass., 3 november 1961, *J.T.*, 1961, 737.

³ Belgische rechtsleer: BOVE, PAUL, «De la responsabilité du tiers complice de l'inexécution d'une obligation contractuelle»; *J.T.*, 1946, 4; BRICMONT, GEORGES, en GYSELS, ROGER, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Brussel, Larcier, 1962, 73 e.v.; CYFER, DAVID, noot onder Kh. Brussel, 29 december 1928, *R.G.A.R.*, 1929, nr. 437; CYFER, DAVID, noot onder Kh. Aalst, 11 maart 1930, *R.G.A.R.*, 1930, nr. 675; DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile, Les Nouvelles, Droit Civil*, t. V, Vol. I, 205; DE CALUWÉ, A., noot onder Brussel, 27 juni 1968, *J.C.B.*, 1968, III, 577; DE LUYCK, ERWIN, «Het bedrog vanwege de schuldenaar en de derde-medeplichtigheid in de actio pauliana. Een onderzoek van het Belgische en Franse Recht», *Jura Falc.*, 1978-79, 621; DIRIX, ERIC, «De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk: het einde van de controverse», noot onder Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427; DIRIX, ERIC en VAN OEVELEN, ALOÏS, «Verbintenissenrecht (1978-1979 en 1979-1980)», *R.W.*, 1980-81, 2367 en 2435, (2443-2446); DUMON, F., conclusie voor Cass., 17 juni 1960, *R.W.*, 1960-1961, 316; DUMON, F., conclusies voor Cass., 3 november 1961, *J.T.*, 1961, 737; FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, Gent, Rombaut-Fecheyr, 1947, II, 293; FREDERICQ, SIMON, «L'opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente», noot onder Cass., 17 juni 1960, *R.C.J.B.*, 1961, 452; GEVERS, noot onder Gent, 21 januari 1950, *R.C.J.B.*, 1950, 273 (292-295); GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1962, II, 183; GOTZEN, M., «Kritische terugblik op de storm van de jaren zestig in verband met de plicht tot eerbiediging van andermans contractueel patrimonium tussen mededingers», in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. Ridder R. Victor*, Deurne/Antwerpen, Kluwer, 1973, 529; KIRKPATRICK, ROBERT, noot onder Brussel, 17 februari 1934, *R.G.A.R.*, 1934, nr. 1622; KRUIHOF, ROBERT, «La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique», noot onder Cass., 21 april 1978, *R.C.J.B.*, 1980, 93; KRUIHOF, ROBERT, «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 495 (646-649); KRUIHOF, R., MOONS, H., en PAULUS, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 439, 534; LECLERCQ, P., conclusie voor Cass., 24 november 1932, *Pas.*, 1933, I, 19; LIMPENS, J., «Examen de jurisprudence, (1949-1952), Les obligations», *R.C.J.B.*, 1953, 48 (nr. 27); LIMPENS, J.,

¹ *Pas.*, 1909, I, 275.

zich uit te spreken⁴, zonder dat daarom rechtszekerheid en rechtsvrede ter zake tot stand kwam. Terecht kon na het cassatiearrest van 21 april 1978 Robert Kruihof spreken van een meer dan zeventig jaar durende rechtsonzeker-

voorwoord voor *De verticale prijsbinding van merkartikelen. (Een vergelijkende studie van het recht van de zes lid-staten van de Europese Economische Gemeenschap)*, door KRUIHOF, Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking, Brussel, 1973; LIMPENS, J., en KRUIHOF, R., «Examen de jurisprudence (1960 à 1963). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1964, 467 (499-551); LIMPENS, J., en KRUIHOF, R., «Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1969, 187 (222-224); LIMPENS, J., en VAN DAMME, J., «Examen de jurisprudence (1956 à 1959). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1960, 337 (380-383), 1961, 57; LIMPENS, J. en VAN RYN, J., «La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat», noot onder Gent, 19 april 1950, *R.C.J.B.*, 1951, 81; MASSON, J.P., «La relativité des actes juridiques: vérité d'évidence ou prétendue règle», noot onder Cass., 10 december 1971, *R.C.J.B.*, 1973, 288; MATTHIJS, J., en BAETEMAN, G., «Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1966, 225 (293-254); R.S., noot onder Brussel, 29 februari 1956, *Jur. Comm. Br.*, 1956, 152; R.S., noot onder Brussel, 13 mei 1958, *Jur. Comm. Br.*, 1959, 4; MERCHIEERS, Y., «La tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude», *R.C.J.B.*, 1984, 359; SCHEYVAERTS, R., «Quand y a-t-il tierce-complicité à la violation des exclusivités conventionnelles?», *Jur. Comm. Br.*, 1962, 1; SIMONT, L., «Contribution à l'étude de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle», noot onder Luik, 27 februari 1957, *R.C.J.B.*, 1959, 158; SWENNEN, H., «Desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk is fout», *R.W.*, 1978-79, 1937, VAN BUNNEN, L., «Effets à l'égard de tiers de quelques conventions conclues par autrui», *J.T.*, 1956, 245; VAN BUNNEN, L., noot onder Cass., 17 juni 1960, *J.T.*, 1960, 627; VAN DAMME, J., «La concession de vente exclusive, sa validité, son efficacité à l'égard des tiers», in *Rapports belges au IXe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Brussel, Centre Interuniversitaire de Droit comparé, 1974, 229; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 334; VAN GERVEN, *Beginnels van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen Deel*, Antwerpen/Utrecht, Standaard 1969, 372; VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1975, 423 en 597 (505-507); VAN RYN, J., en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1976, I, 219; WAELEBROECK, M., «Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé», noot onder Voorz. Kh. Brussel, 22 maart 1962, *R.C.J.B.*, 1962, 326.

⁴ Cass., 24 november 1932, *Pas.*, 1932, I, 19; Cass., 17 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1133, *R.W.*, 1960-61, 171, concl. adv.-gen. F. DUMON, col. 316, *J.T.*, 1960, 627, noot L. VAN BUNNEN, *R.G.A.R.*, 1960, nr. 6578, *Ing.-Cons.*, 1060, 442, noot A. DE CALUWÉ, *R.C.J.B.*, 1961, 449, noot S. FREDERICQ; Cass., 3 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 252, *J.T.*, 1961, 737, noot L. VAN BUNNEN, *Ing. Cons.*, 1961, 413, noot A. DE CALUWÉ, *R.W.*, 1961-62, 1085; concl. av.-gen. F. DUMON, *J.T.*, 1961, 737; Cass., 9 november 1973, *Pas.*, 1974, I, 270, *R.W.*, 1973-74, noot J. STUYCK; zie ook P. EECKMAN, «Individuele verticale prijshandhaving na het arrest van het Hof van Cassatie van 9 november 1973 (Makro-arrest)», *R.W.*, 1973-74, 1409; Cass., 21 april 1978, *R.C.J.B.*, 1980, 98, noot KRUIHOF; Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427, noot DIRIX, E., *R.C.J.B.*, 1984, 359, noot MERCHIEERS, Y., «La tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude».

heid⁵. Recent heeft het Hof van Cassatie evenwel duidelijker taal gesproken⁶, zodat we menen dat nu duidelijk de criteria kunnen worden bepaald die gehanteerd kunnen worden voor de praktische toepassing van de theorie. Het is wat we in deze bijdrage zullen proberen te doen.

4. Doch eerst dient even de toestand vóór het cassatiearrest van 22 april 1983 in herinnering te worden gebracht. Hoewel de auteurs het er over eens zijn dat een derde-medeplichtig kan zijn aan contractbreuk, is de unanimititeit zoek wanneer het erop aankomt de voorwaarden daarvan te bepalen.

In rechtsleer en rechtspraak onderscheidt men drie theorieën⁷.

Naar een eerste theorie is het bewust miskennen van andermans contractuele rechten voldoende om een aansprakelijkheid te vestigen op grond van artikel 1382 B.W. Deze thesis geeft de ruimste plaats aan de tegenwerpelijheid van contracten aan derden. Ze werd evenwel door het Hof van Cassatie verworpen⁸.

Volgens een tweede theorie komt de aansprakelijkheid van de derde pas in het gedrang wanneer de derde gehandeld heeft met het doel om de schuldeiser te schaden, om de medecontractant te helpen bij de inbreuk op zijn contractuele verbintenissen. Dit is de thesis van het arrest van het Hof van Cassatie van 24 november 1932⁹, die thans verworpen schijnt.

Naar een derde theorie is het bewust deelnemen aan andermans contractbreuk voldoende om de aansprakelijkheid van de derde te staven. Dit is de theorie van de gulden middenweg, die thans die van het Hof van Cassatie schijnt te zijn, en die duidelijk verwoord wordt in het arrest van 22 april 1983: «Overwegende dat het arrest derhalve de aquilliaanse fout van eiseres afleidt uit de kennis die zij had of moest hebben van de bestaande toestand en uit de medewerking die zij niettemin aan de contractbreuk verleende»¹⁰. Sporen van deze rechtspraak kan men reeds vinden in de cassatiearresten van 9 november 1973 en 20 april 1978¹¹.

⁵ KRUIHOF, R., *R.C.J.B.*, 1980, 93.

⁶ Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 1427, *R.C.J.B.*, 1984, 359.

⁷ Zie voetnoot 5.

⁸ Cass., 17 juni 1960, *loc. cit.*, Cass., 3 november 1961, *loc. cit.*, en Cass., 9 november 1973, *loc. cit.*

⁹ Zie ref. voetnoot 4.

¹⁰ Zie ref. voetnoot 4.

¹¹ «Overwegende dat derden weliswaar onrechtmatig zouden handelen indien zij derde-medeplichtigen zijn aan een contractuele fout begaan door degene bij wie zij de produkten kopen, of indien zij zich wegens hun gedraging, in de omstandigheden eigen aan de zaak, aan een fout voortspruitende onder meer uit een oneerlijkheid of een professionele tekortkoming schuldig maken» (Cass., 9 september 1973, *loc. cit.*). «Overwegende dat het arrest de aquilliaanse fout van eiser stoelt op het feit dat hij, door de ondertekening van de notariële akte van 19 januari 1973, 'wetens en willens' of 'bewust' in volkomen kennis van al de omstandigheden eigen aan het kwetsieuze geval, heeft medegewerkt aan de door de tweede verweerster begane contractbreuk, waardoor hij wordt geacht aan deze contractbreuk 'medeplichtig' te zijn en te hebben gehandeld met bedrieglijke schending van de rechten van eerste verweerster» (Cass., 21 april 1978, *loc. cit.*).

II. Voorwaarden voor de toepassing van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk

5. De theorie van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk is een van de menigvuldige toepassingen van art. 1382 B.W. Zij vereist dus voor de toepassing ervan een schuld, schade en een oorzakelijk verband tussen beide. Ze is verwant met de theorie van het rechtsmisbruik. Inderdaad, in geval van derde-medeplichtigheid bestaat de schuld erin bewust de tekortkoming van de schuldenaar aan een contractuele verbintenis te veroorzaken, door van hem een beding te bekomen. De schadeverwekkende daad is een rechtshandeling, meestal een overeenkomst tussen de schuldenaar en derde-medeplichtige. Door deze schadeverwekkende rechtshandeling te verrichten oefent de derde medeplichtige het recht dat hem is verleend, op abnormale wijze uit. Meestal zal het gaan om een misbruik van het recht tot contracteren. Dit veronderstelt dat het recht tot contracteren misbruikt kan worden en een fout kan uitmaken. Dit brengt de artikelen 1134, 1165 en 1382 B.W. in conflict met elkaar¹². Wanneer er juist sprake kan zijn van misbruik van het recht tot contracteren, heeft het Hof van Cassatie m.i. in het arrest van 22 april 1983 geëxpliciteerd: door bewust, met kennis van zaken, mee te werken aan andermans contractbreuk.

Laten we de drie voorwaarden voor de toepassing van de derde-medeplichtigheid concreet van naderbij bekijken.

A. De schuld

6. De omschrijving van de schuld is veruit de meest delicate. Opdat er van schuld sprake kan zijn, moet men bewust zijn medewerking verlenen aan andermans contractbreuk¹³.

Dit veronderstelt:

- een geldige voorafbestaande contractuele verbintenis;
- gekend of verondersteld gekend door de derde medeplichtige;
- de bewuste medewerking van de derde-medeplichtige;
- aan de schending van een contractuele verbintenis.

Aan die vier voorwaarden moet cumulatief voldaan worden. Indien één ervan ontbreekt kan er geen sprake zijn van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. Laten we die vier voorwaarden van naderbij bekijken.

1° Een voorafbestaande contractuele verbintenis

7. In de eerste plaats moet dus het bewijs worden gebracht van het bestaan en van de geldigheid van de contractuele verbintenis op het ogenblik van de tekortkoming daaraan. Indien de verbintenis nog niet bestaat, of niet meer bestaat, of niet geldig is, dan kan de derde geen verwijt worden gericht dat hij ze miskend heeft.

Dat de verbintenis bestaat op het ogenblik van de schending, betekent niet dat ze vaste datum moet hebben verkre-

gen voor de schending ervan. Voldoende is dat de derde ze kende of behoorde te kennen¹⁴.

De geldigheid van de contractuele verbintenis moet niet beoordeeld worden in de persoon van de derde, maar wel in de persoon van de contractanten zelf¹⁵.

2° De kennis van de contractuele verbintenis door de derde-medeplichtige

8. Om aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor schending van andermans contractuele verbintenis is vereist dat de derde er kennis van had of moest hebben¹⁶.

Dit beantwoordt aan het vereiste van voorspelbaarheid voor de toerekening van een fout.

De toerekening van een fout veronderstelt twee onmisbare elementen: de voorspelbaarheid en de vermijdbaarheid. Aangezien de voorspelbaarheid de vermijdbaarheid toelaat, moet ze daaraan voorafgaan.

Men kan pas gehouden zijn andermans contractueel recht in acht te nemen als men er kennis van heeft¹⁷. Die kennis is een feitenkwestie¹⁸.

Het cassatiearrest van 22 april 1983 spreekt in dit opzicht «van kennis had of moest hebben». Dit betekent dat een normaal en voorzichtig mens, in dezelfde omstandigheden geplaatst niets anders dan kennis moest hebben gehad van de geschonden contractuele verbintenis. Hiermee is geenszins bedoeld dat, alvorens te contracteren, de derde een diepgaand onderzoek moet instellen om te weten of hij hierbij niet andermans contractuele verbintenis schendt. «Moest weten» slaat op die gevallen waarin de omstandigheden dusdanig zijn dat, zonder bijzonder onderzoek, de derde tot de bevinding had moeten komen dat de voorgenomen rechtshandeling andermans contractuele verbintenissen schond¹⁹.

3° Bewuste medewerking aan de schending van de contractuele verbintenis

9. De kennis van andermans contractuele verbintenis is op zichzelf niet voldoende om de aansprakelijkheid van de derde te vestigen²⁰. De derde moet bewust zijn medewerking verlenen aan de schending ervan. Het cassatiearrest van 22 april 1983 zegt het uitdrukkelijk.

Dit beantwoordt aan het vereiste van vermijdbaarheid als constitutief element van de schuld²¹.

¹⁴ Zie ook hieronder, nr. 9.

¹⁵ VAN RYN en LIMPENS, noot in *R.C.J.B.*, 1951, 95, nr. 13.

¹⁶ Overwegingen van Cass., 22 april 1983, *loc. cit.*

¹⁷ SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, Parijs, L.G.D.J., 1951, nrs. 62 e.v.

¹⁸ DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, II, t. VII, nr. 1180.

¹⁹ SWENNEN, H., «Desbewust deelnemen aan andermans contractbreuk is fout», *R.W.*, 1978-79, 1937 (1951-1952).

²⁰ Cass., 17 juni 1960, *loc. cit.*; Cass., 3 november 1961, *loc. cit.*, conclusies adv.-gen. DUMON voor Cass., 17 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 316.

²¹ Zie nr. 8. Te vermelden is dat de voorzienbaarheid als voorwaarde voor aansprakelijkheid reeds impliciet door het Hof van Cassatie werd aangenomen: Cass., 12 november 1951, *Arr. Cass.*,

¹² Zie hierover MERCHIERS, Y., in *R.C.J.B.*, 1984, 359, nrs. 8 e.v.

¹³ Zie de motivering van het Hof van Cassatie in het arrest van 22 april 1983, geciteerd in nr. 5.

Medewerking moet hier in de gebruikelijke betekenis worden begrepen: iemand anders helpen bij de schending van zijn contractuele verbintenis. Zonder die medewerking was er geen schending geweest.

Aan de schending van een contractuele verbintenis werkt zeker niet mee hij die door een aantrekkelijk aanbod een contractant aanzet om op regelmatige en rechtsgeldige wijze een einde te maken aan zijn contractuele verbintenissen ten einde naderhand met hem een contract te kunnen sluiten of hij die slechts gebruik maakt van een reeds zonder zijn toedoen tot stand gekomen contractbreuk. Bewuste medewerking betekent dat de derde met kennis van zaken deelgenomen heeft aan de schending van andermans contractuele verbintenis. Hij moet er dus kennis van hebben. Wie onbewust — d.i. zonder de contractuele verbintenis te kennen of menende dat deze laatste niet meer of nog niet bestaat of ongeldig is — oorzaak is van de schending van andermans contractuele verbintenis, kan hiervoor niet aansprakelijk zijn.

Doch de bewuste medewerking volstaat, het is niet nodig te bewijzen dat de derde de schending uitgelokt heeft²².

4° De schending van een contractuele verbintenis

10. De schending van een contractuele verbintenis is onmisbaar. Dit betekent dat de schuldenaar de door hem aangegane verbintenis niet nakomt. Het is niet vereist dat de schuldeiser tegen de schuldenaar geen verhaalmiddel meer heeft: voldoende dat hij ten gevolge van de medewerking van de derde de nakoming van de verbintenis, zoals zij bedongen was, niet meer kan verkrijgen.

Er moet wel contractbreuk geweest zijn.

Indien de derde slechts aangespoord heeft tot contractbreuk zonder dat dit werkelijkheid is geworden, kan er geen sprake zijn van «derde-medeplichtigheid».

Ook indien de contractant rechtsgeldig een einde maakt aan het contract, is er geen sprake van «contractbreuk» noch van derde-medeplichtigheid daaraan.

Anders beslissen zou in strijd zijn met de vrijheid van handel²³.

Ten slotte moet de contractbreuk op zichzelf niet verschoonbaar zijn wegens geldige redenen²⁴.

B. De schade

11. De schade is die welke voor de schuldeiser voortvloeit uit de schending van de contractuele verbintenis, uit

de derving van het voordeel dat uit het contract verwacht kan worden²⁵.

C. Het causaal verband

12. De medewerking die de derde verleent aan de schending van de contractuele verbintenis is de oorzaak voor de door de schuldeiser geleden schade.

D. Herstel van de schade

13. Wanneer schuld, schade en oorzakelijk verband bezeten zijn, zal de derde tot herstel gehouden zijn.

Telkens als dit mogelijk is, zal herstel in natura aangewezen zijn. Dit bestaat in de vernietiging van de rechtshandeling die de oorzaak is van de contractbreuk. Dit heeft het Hof van Cassatie duidelijk verklaard in een arrest van 30 januari 1965²⁶ in een zaak waarin door aankoop van een onroerend goed een derde medeplichtig was aan de miskenning van een koopbelofte.

Wanneer herstel in natura niet meer mogelijk is, zal dit dienen te gebeuren door toekenning van een equivalente schadevergoeding.

De rechter zou ook verbod kunnen opleggen — o.m. onder sanctie van een dwangsom — om in het vervolg dergelijke schadeverwekkende rechtshandelingen te verrichten.

III. Toepassingsgevallen

14. We willen in een tweede deel de hierboven geschetste theorie toetsen aan de praktijk.

Wanneer we de Belgische rechtspraak inzake derde-medeplichtigheid aan contractbreuk nagaan, dan merken we dat de geliefkoosde toepassingsgebieden daarvan zijn de alleenverkoopovereenkomsten, de brouwerijcontracten, en de prijsbinding. We zullen dan ook in de eerste plaats aandacht schenken aan problemen die zich in concreto in die toepassingsgebieden kunnen voordoen en aan de gezaghebbende rechtspraak ter zake.

A. Invoer- en verkoopmonopolieovereenkomst

15. Bij een invoer- en/of verkoopmonopolie verleent de concessiegever aan zijn medecontractant het alleeninvoerrecht en/of alleenverkooprecht van zijn produkten binnen een bepaald omschreven gebied.

Het gebeurt niet zelden dat dit monopolie in feite doorbroken wordt door een derde-handelaar die dezelfde produkten invoert en/of verkoopt binnen het omschreven gebied. Kan deze wegens derde-medeplichtigheid aan contractbreuk vervolgd worden? Niets is minder zeker.

16. Het is naar aanleiding van invoer- en verkoopmonopolieovereenkomsten dat het Hof van Cassatie tot tweemaal toe de stelling verworpen heeft dat het bewust miskennen van andermans contractuele verbintenis aanleiding kon zijn tot schadevergoeding wegens derde-medeplichtigheid aan contractbreuk²⁷.

1952, 119, waar «vooruitzicht» eerder als minimumvereiste dan als voldoende voorwaarde is gesteld; Cass., 23 oktober 1964, *Pas.*, 1968, I, 264 (impliciet). Zie ook Brussel, 29 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1055, Rb. Luik, 21 januari 1974, *Pas.*, 1974, III, 65; Rb. Hasselt, 18 november 1977, Antwerpen, 21 maart 1979, *De Verz.*, 1980, 145.

²² Dit is in strijd met het cassatiearrest van 27 november 1932, *loc. cit.*

²³ Zie meer hierover: MERCHERS, Y., *R.C.J.B.*, 1984, 359, nr. 24.

²⁴ Zie inzake contractbreuk door staking: H.R., 15 januari 1960, *N.J.*, 1960, nr. 84, concl. adv.-gen. LOEFF en noot L.E.H.C.

²⁵ BOVE, P., «De la responsabilité du tiers complice de l'inexécution d'une obligation contractuelle», *J.T.*, 1976, 3.

²⁶ *Pas.*, 1965, I, 538.

²⁷ Cass., 17 juni 1960 en 3 november 1961, *loc. cit.*

Beide gevallen waren vrij analoog. Een handelaar bezat het monopolie van invoer en/of verkoop van produkten voor België van een bepaalde buitenlandse firma. Een andere Belgische firma die kennis had van dit monopolie, verkocht evenwel diezelfde produkten in België. In beide gevallen hadden de feitenrechters op grond van oneerlijke mededinging aan de tweede firma bevolen om de verkoop van de produkten in België stop te zetten. Dit geschiedde op grond van de overweging dat een handelaar die, wetend dat een andere handelaar het monopolie van de invoer en verkoop van een bepaald produkt bezit, niettemin zelf dit produkt in België invoert en verkoopt, een onrechtmatige aanslag pleegt op dit monopolierecht en zodoende een daad stelt die in strijd is met de eerlijke gebruiken inzake koop-handel²⁸. In beide gevallen werden deze beslissingen vernietigd door het Hof van Cassatie, op grond van de overweging dat de bestreden arresten «door op absolute wijze het principe te stellen dat de derden ertoe gehouden zijn zich ervan te onthouden produkten in te voeren en te verkopen waarvan het hun bekend staat dat een handelaar het invoeren verkoopmonopolie ervan van een medecontractant verkregen heeft, niet enkel beslist dat een overeenkomst aan derden tegenstelbaar is, maar ook, en zulks in weerwil van de bepalingen van artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek, dat een overeenkomst voor gevolg heeft de derde in alle omstandigheden te verbinden en in onderhavig geval hun vrijheid te beperken om met om het even wie handel te drijven».

Advocaat-generaal Dumon had in zijn conclusie duidelijk gesteld dat «beslissen zoals het bestreden arrest het doet dat een handelaar steeds het monopolie van invoer en verkoop in België, aan een ander door een derde contractueel verleend, dient te eerbiedigen en dat hij derhalve zelf niet meer het recht heeft in te voeren en te verkopen noodzakelijk in strijd is met de in artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek vastgelegde beginselen²⁹.

Dit zou trouwens ook in strijd zijn met het algemeen beginsel van de vrijheid van handel, zoals in de overwegingen van de arresten gealludeerd werd.

17. Pas wanneer de derde medeplichtig is aan contractbreuk in de zin van het cassatiearrest van 22 april 1983 stelt de handelaar een met de eerlijke gebruiken strijdige daad, die gesanctioneerd kan worden op grond van artikel 54 W.H.P. maar evengoed gesanctioneerd kan worden bij artikel 1382 B.W.

Maar hiervoor dient wel aan de vier hierboven vermelde voorwaarden voldaan te zijn³⁰.

18. Wat betreft het eerste vereiste van het vooraf bestaan van een geldige overeenkomst, kunnen ter zake van invoeren verkoopmonopolie wel problemen rijzen. Wij kunnen hier onmogelijk in details treden doch er zij op gewezen dat zowel ten aanzien van het Belgische recht als voornamelijk ten aanzien van het Europese recht de geldigheid van een invoer- en verkoopmonopolieovereenkomst in het gedrang kan komen.

De wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie laat normaliter de geldigheid van alleenverkoopovereenkomsten onaangetaast³¹. Anders kan het zijn wanneer een alleenverkoopovereenkomst gesloten werd in het kader van een selectieve distributie, die een beperking van het aantal afzetkanalen veronderstelt. Zo werd de rechtmatigheid van selectieve distributie in de krantensector aangeklaagd niet alleen voor de Raad voor Economische geschillen doch ook voor gewone rechtbanken³².

Ten aanzien van het Europese recht vallen alleenverkoop-overeenkomsten in de regel onder toepassing van het verbod van artikel 85, lid 1, E.E.G.-Verdrag, omdat zij een belangrijke mededingingsbeperking inhouden, nl. de verplichting voor de leveranciers om binnen het contractsteritorium niet aan anderen te verkopen. Opdat een alleenverkoopovereenkomst weliswaar onder het kartelverbod van artikel 85 E.E.G.-Verdrag kan vallen, moet het gaan om een overeenkomst gesloten tussen een leverancier in één lidstaat en een alleenverkoper in een andere lidstaat met als contractgebied laatstgenoemde lidstaat of een gedeelte daarvan. Inderdaad zal een dergelijke overeenkomst de handel tussen de lid-staten beïnvloeden. Toch zal de alleenverkoopovereenkomst aan het kartelverbod van art. 85, lid 1, E.E.G.-Verdrag kunnen ontkomen, als zij de markt slechts in geringe mate beïnvloedt. Ook kan de alleenverkoopovereenkomst die onder het kartelverbod valt, daarvan individueel worden vrijgesteld op grond van artikel 85, lid 3, E.E.G.-Verdrag voor zover zij geen verdergaande mededingingsbeperkingen bevat. Ten slotte werden door de E.E.G.-Commissie zgn. groepsvrijstellingen uitgevaardigd (verordening 67/67 van 12 maart 1967 thans vervangen door de verordening 1983/83 van 22 juni 1983)³³.

19. De noodzaak het bewijs te brengen van de medewerking van de derde aan de schending van de contractuele verbintenis ten einde zijn aansprakelijkheid te vestigen kan ter zake van import en verkoopmonopolies ook voor heel wat moeilijkheden zorgen. Wanneer een derde binnen het monopoliegebied het produkt, voorwerp van het monopolie, verkoopt, dan is de inbreuk op de invoer- en verkoopmonopolie duidelijk. Doch waar is de geschonden contractuele bepaling? Niet zelden zal de derde zich de produkten hebben aangeschaft, niet bij de leverancier die het monopolie heeft toegekend zelf, maar bij andere dealers buiten de contractuele zone. Niet altijd is aan deze laatste verbod opgelegd om buiten hun contractuele zone te verkopen, hetzij omdat de leverancier verzuimd heeft dit in hun contract in te schrijven, hetzij omdat in de ketting van de opeenvolgende voortverkopers men op een of ander niveau verzuimd heeft dit verbod in te schrijven. Hoe kan dan een geschonden contractuele bepaling worden aangewezen waaraan de derde zich medeplichtig heeft gemaakt?

Aldus bv. wanneer een Belgische handelaar A zich in

³¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat*, 1958-59, nr. 216 (commentaar bij art. 2 van het ontwerp, *Pasin.*, 1960, 564).

³² Zie VAN GERVEN, W., MARESCAU, M., en STUYCK, J., *Handels- en Economisch recht*, D. 2, *Mededingingsrecht*, B. *Kartelrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, nrs. 22 e.v.

³³ *P.B.*, nr. L. 173/1 van 30 juni 1983. Zie hierover VAN GERVEN, W., MARESCAU, M., STUYCK, J., *op. cit.*, nrs. 173 e.v.

²⁸ Toentertijd het K.B. van 23 december 1934, thans vervangen door artikel 54, Wet op de Handelspraktijken

²⁹ Conclusie voor Cass., 17 juni 1960, *R.W.*, 1960-61, 316 (321).

³⁰ Zie nrs. 6 tot 10.

Nederland producten aanschafft van een Duitse firma waarvoor een Belgische handelaar B van de Duitse firma de alleenimport en -verkoop verkregen heeft, kan de handelaar A niet als derde medeplichtige aan contractbreuk worden veroordeeld, indien niet het bewijs wordt gebracht dat het de Nederlandse dealer verboden was de producten van de Duitse firma in België te verkopen.

Advocaat-generaal Dumon geeft in zijn advies voor het cassatiearrest van 17 juni 1960 drie treffende voorbeelden daarvan³⁴.

In de praktijk zal het dus niet gemakkelijk zijn om inzake invoer- en verkoopmonopolie de veroordeling te verkrijgen op grond van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk van de derde die binnen het monopolieterritorium deze monopoliepositie doorbreekt door de producten te verkopen die het voorwerp daarvan uitmaken.

B. Exclusieve afnameovereenkomsten. Brouwerijcontracten. Pomphoudercontracten

20. Wanneer men de Belgische rechtspraak inzake derde-medeplichtigheid aan contractbreuk overschouwt, dan vormen exclusieve bevoorradingsovereenkomsten en meer specifiek de brouwerijcontracten de tweede grootste groep contracten waarbij deze theorie werd toegepast.

Bij exclusieve afnameovereenkomsten (exclusieve bevoorradingsovereenkomsten) verbindt de handelaar-afnemer zich tegenover de leverancier om de producten die hij te koop aanbiedt, uitsluitend bij hem af te nemen. Dergelijke overeenkomsten worden frequent gesloten tussen een brouwerij en een caféhouder, en zijn dikwijls de tegenhanger van voordelen die de brouwerij aan de caféhouder bezorgt (caféuitrusting, goedkope leveringsvoorwaarden, e.d.). Ook tussen oliemaatschappijen en pompstationhouders komen zij vandaag frequent voor als tegenhanger van het verschaffen van de pompstationinrichting door de petroleummaatschappij.

21. Ook in deze materie kan verwezen worden naar twee cassatiearresten.

Het eerste uit de reeks cassatiearresten inzake derde-medeplichtigheid aan contractbreuk, dat van 24 november 1932³⁵, betrof de miskenning van een exclusieve bevoorradingsovereenkomst in een brouwerijcontract. Toen hanteerde het Hof van Cassatie de thans verlaten leer van de gekwalificeerde fout: om de aansprakelijkheid van de derde wegens medeplichtigheid aan contractbreuk te kunnen vestigen moest deze noodzakelijk gehandeld hebben om de contractant te helpen zijn contractuele verplichtingen te schenden. Bedrieglijke verstandhouding, kwade trouw was vereist.

Het tweede cassatiearrest ter zake, dat van 21 april 1978³⁶, betreft ook een brouwerijovereenkomst. Hierin waren reeds de sporen te vinden van de toepassing van de theorie van het bewust deelnemen aan andermans contractbreuk als grondslag voor de derde-medeplichtigheid.

22. De problematiek van de derde-medeplichtigheid aan

contractbreuk inzake exclusieve afnameovereenkomsten werpt problemen op m.b.t. de geldigheid van deze overeenkomsten naar Belgisch en Europees recht die zeer gelijken op die van de geldigheid van alleenverkoopovereenkomsten.

Alleenbevoorradingsovereenkomsten zijn normaliter geldig t.a.v. het Belgische recht. Mogelijke misbruiken van economische machtspositie die onder toepassing zouden kunnen vallen van de wet van 27 mei 1960, zijn tot nog toe niet bekend.

Op grond van het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935, werden inzake brouwerijcontracten sinds 1959 telkens voor een geldigheidsduur van drie jaar K.B. uitgevaardigd ter regeling daarvan. Het laatste K.B. van 7 september 1979 is evenwel verstreken, op 31 december 1981. Het uitblijven van een nieuw K.B. is te wijten aan het feit dat de materie intussen op Europees niveau geregeld werd.

Inzake pomphouderscontracten geldt het K.B. van 9 juni 1981³⁷ (ook op grond van het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935 uitgevaardigd) dat de contracten tussen de leverancier en de kleinhandelaars in brandstoffen (en smeermiddelen) betreft. Dit K.B. is een uiting van de zelfregeling van de contractuele verhoudingen en bevat bepalingen ter bescherming van de pomphouders t.o.v. hun leverancier. Deze collectieve vaststelling van algemene contractvoorwaarden is niet mededingingsbeperkend. Zij trekt de grenzen (qua duur, omvang, enz.) waarbinnen exclusieve afnameverplichtingen, mededingingsverboden en andere beperkende clausules dienen te blijven.

De geldigheid van alleenafnameovereenkomsten moet natuurlijk daaraan getoetst worden.

Ook het Europees kartelrecht kan de geldigheid van een exclusieve afnameovereenkomst in concreto twijfelachtig maken.

Allereerst dient erop te worden gewezen dat een exclusieve afnameovereenkomst soms bijkomstig is en gekoppeld is aan een alleenverkoopovereenkomst waarbij leverancier en voortverkoper zich dus jegens elkaar verbinden, de ene om de contractsproducten binnen een afgebakend territorium slechts aan de koper te leveren, de andere om de producten slechts van de leverancier af te nemen.

Voortaan dient, wat het Europees recht betreft, een onderscheid te worden gemaakt tussen de exclusieve afnameovereenkomsten als accessorium van een alleenovereenkomst, en de zelfstandige exclusieve afnameovereenkomsten.

Voor de eerste geldt de groepsvrijstelling vervat in de op 22 juni 1983 door de E.E.G.-Commissie genomen verordening 1983/93. De aanwezigheid van een exclusieve afnameverplichting ten laste van de wederverkoper in de alleenverkoopovereenkomst staat de vrijstelling op grond van de verordening 1983/93 niet in de weg.

Wat de zelfstandige exclusieve afnameovereenkomst betreft geldt verordening 1984/83 die de voorwaarde bepaalt om voor groepsvrijstelling in aanmerking te komen³⁸.

³⁴ R.W., 1960-61, 316 (321).

³⁵ Zie voetnoot 5.

³⁶ *Idem*.

³⁷ B.S., 3 juli 1981. Voordien gold het K.B. van 20 juni 1975-85, B.S., 1 augustus 1975.

³⁸ Zie voor uitvoerig commentaar: VAN GERVEN, MARESCAU en STUYCK, *Kartelrecht*, op. cit., nr. 190.

De brouwerijcontracten kunnen onder het verbod van artikel 85, lid 1, E.E.G.-Verdrag vallen. De vraag of deze overeenkomsten groepsvrijstellingen kunnen genieten werd uitdrukkelijk geregeld in de nieuwe Verordening 1984/83 betreffende exclusieve afnamecontracten³⁹. Dezelfde Verordening bevat eveneens bijzondere voorschriften houdende een groepsvrijstelling voor tankstationscontracten⁴⁰.

Wanneer nu exclusieve afnameovereenkomsten in strijd zijn met art. 85, lid 1, E.E.G.-Verdrag, en niet een groeps- of individuele vrijstelling genieten, dan zijn zij ongeldig. De miskenning daarvan kan dan uiteraard nooit grond opleveren voor de aansprakelijkheid van een derde die door het contract dat hij met één van die partijen sluit, de exclusieve afnameovereenkomst zou doorbreken.

23. De enkele kennis door de derde van een exclusieve afnameovereenkomst verbiedt hem niet zijn eigen producten aan wie gebonden is door een dergelijke exclusieve afnameovereenkomst te koop aan te bieden, noch bij hem reclame te maken voor zijn producten. Anders beslissen we in strijd met de vrijheid van handel en met de vrije mededinging⁴¹. We hebben immers gezien dat het Hof van Cassatie tot tweemaal toe de thesissen van het bewust miskennen van andermans contractuele verbintenis heeft verworpen als grondslag voor de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk⁴². Een dergelijke miskenning kan evenmin grond opleveren voor een vordering wegens oneerlijke mededinging. Pas wanneer de derde medeplichtig wordt bevonden aan contractbreuk, kan die handelwijze grond opleveren voor een vordering op grond van artikel 54 W.H.P. wegens een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad⁴³.

C. Prijsbinding

24. Om de prijs van ingevoerde of vervaardigde producten te beschermen organiseert de invoerder of fabrikant de verkoop van die producten tegen vastgelegde prijzen op contractuele basis⁴⁴. Hierbij verbindt de grossier zich tegenover de fabrikant om de producten slechts voort te verkopen tegen vastgelegde prijzen en om van zijn medecontractant-detailist de verbintenis af te dwingen om de verkoop van de producten aan de cliënteel slechts tegen vastgelegde prijzen te laten doorgaan. Dergelijke verticale prijsbinding van merkartikelen kan voortvloeien uit een collectieve verticale prijsbinding zowel als uit een individuele verticale prijsbinding. Quid wanneer een grossier of een detailist die geen partij was bij een dergelijke overeenkomst de verticale prijsbinding doorbreekt en de vastgestelde prijs niet eerbiedigt? Kan hij als derde medeplichtige aan contractbreuk worden veroordeeld?

25. Opdat er sprake kan zijn van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk ter zake, moet in de eerste plaats de vraag worden beantwoord van de rechtsgeldigheid van dergelijke prijsbindingsafspraken naar Belgisch en Europees recht.

Zowel collectieve als individuele verticale prijsbindingen zijn zowel naar Belgisch gemeen recht als onder de wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie principieel toelaatbaar⁴⁵. Evenwel werd door de Raad voor Economische geschillen de veroordeling aanbevolen van verkoopweigering ter ondersteuning van collectieve verticale prijsbinding die plaatshad in het kader van een collectieve exclusiefverkeersregeling⁴⁶.

Ook op het vlak van het Europees kartelrecht heeft de Commissie haar afkeer betuigd t.o.v. collectieve verticale prijsbinding in het kader van collectief exclusief verkeer dat door groepen of verenigingen leveranciers en afnemers wordt afgesloten en waarnaar de aangesloten leveranciers zich ertoe verbinden uitsluitend aan de aangesloten afnemers te leveren en deze laatsten zich ertoe verbinden uitsluitend van eerstgenoemden af te nemen en tussen beide groepen de prijzen worden vastgesteld en kortingen worden verboden of althans minimumprijzen voor de voortverkoop worden bedongen⁴⁷.

In een dergelijk geval kan er geen sprake zijn van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk, aangezien aan het eerste vereiste, nl. een vooraf bestaande geldige overeenkomst, niet voldaan is.

26. Iedere miskenning van een geldige verticale prijsbinding leidt niet tot aansprakelijkheid van de derde die deze prijsbinding zou miskennen. De loutere miskenning ervan levert geen grond op voor aansprakelijkheid.

Het Makro-arrest dat inzake miskenning van een verticale prijsbinding werd gewezen, illustreert dit uitstekend⁴⁸.

Makro verkocht merkartikelen «Ourson» onder de vastgestelde prijzen. De leverancier weigerde nog verder Makro te bevoorraden zodat deze dit bij «derden» ging doen. De leverancier dagvaardde Makro op grond van art. 54 W.H.P. wegens een met de eerlijke handelspraktijken strijdige daad. Op het ogenblik dat de vordering werd ingesteld, was Makro zelf niet meer gebonden door de vastgestelde prijzen.

Het bestreden arrest steunde, om de veroordeling van Makro uit te spreken, geenszins op de medeplichtigheid van Makro aan een overigens niet vastgestelde contractbreuk die eventueel door de leverancier bij wie Makro de koopwaar betrok zou zijn begaan, doch oordeelde dat Makro extra-contractueel gehouden was de vastgestelde prijzen in acht te nemen. Het Hof van Cassatie heeft het bestreden arrest vernietigd op grond van de overweging dat het aannam «dat derden, op straffe van het zich schuldig maken

³⁹ VAN GERVEN, MARESCEAU en STUYCK, *op. cit.*, nr. 192.

⁴⁰ VAN GERVEN, MARESCEAU en STUYCK, *op. cit.*, nr. 193.

⁴¹ Gent, 19 april 1950, *R.C.J.B.*, 1951, 81, met noot J. LIMPENS en J. VAN RYN; Brussel, 17 juni 1966, *R.G.A.R.*, 1966, nr. 7738.

⁴² Cass., 17 juni 1960 en 3 november 1961, *loc. cit.*

⁴³ EVRARD, J.J., «Les pratiques du commerce. Chronique de jurisprudence (1978-1984)», *J.T.*, 1985, 179 en 189 (192, nr. 75). Zie ook Kh. Brussel (Voorz.), 13 mei 1965, *R.G.A.R.*, 1967, nr. 1778.

⁴⁴ KRUIHTOF, R., *De verticale prijsbinding van merkartikelen*, Brussel, I.C.V.R., 1972.

⁴⁵ Cass., 2 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1133; VAN GERVEN, MARESCEAU en STUYCK, *op. cit.*, nrs. 25 e.v.

⁴⁶ Advies van 24 juni 1983, in zake N.V. G.B.-Inno-B.M. Club t/ V.B.V.B. N.V. Elsevier Sequoia e.a., Twintigste Verslag over toepassing Wet B.M.E.M.

⁴⁷ Zie V.B.V.B.-beschikking van 25 november 1981, *P.B.L.* 54/36 van 25 februari 1982; VAN GERVEN, MARESCEAU en STUYCK, *op. cit.*, nrs. 197 e.v.

⁴⁸ Cass., 9 november 1973, *loc. cit.*

aan oneerlijke handelsgebruiken zich van de verkoop onder de door een producent vastgestelde prijs moeten onthouden wanneer zij weten dat de producent vastgestelde prijzen oplegt, en deze weigert hen verder te bevoorraden omdat zij zich aan die vaste prijzen niet houden». Van enige fout kon er geen sprake zijn nu noch schending van een eigen contractuele verbintenis van prijsbinding noch medeplichtigheid aan schending van andermans contractuele prijsbinding noch een oneerlijkheid of een professionele tekortkoming was bewezen.

Prijsbindingen verbinden slechts contractanten. Opdat een derde aansprakelijk kan worden gesteld voor miskenning van andermans contractuele prijsbindingen, moet het bewijs worden geleverd dat die derde kennis had of moest hebben van een geldig bestaande conventionele prijsbinding, die door het contract dat hij met een van de medecontractanten bij de prijsbinding heeft gesloten, geschonden werd.

D. Enkele andere toepassingsgevallen

27. De derde die kennis heeft van een aan een ander toegestane geldige verkoopbelofte, m.b.t. b.v. een onroerend goed, dit onroerend goed aankoopt, maakt zich schuldig aan derde-medeplichtigheid aan contractbreuk⁴⁹. Een koopbelofte is immers een eenzijdig contract⁵⁰. De eigenaar die het goed dat het voorwerp uitmaakt van de koopbelofte, aan een derde verkoopt zonder de begunstigde van de belofte de mogelijkheid te bieden zijn voorkooprecht uit te oefenen pleegt contractbreuk. Wanneer die derde kennis had of moest hebben van die verkoopbelofte, dan is hij derde medeplichtig aan contractbreuk. Het koopcontract dat hij met de verkoper sluit, is de oorzaak van de miskenning van de verkoopbelofte.

28. Bij overdracht van handelszaken is het gebruikelijk in het contract een clause op te nemen waarbij de verkoper de verbintenis aangaat om gedurende een bepaalde periode en/of binnen een bepaalde territorium geen gelijksoortige handel te drijven. Wanneer hij dit wel zou doen, pleegt hij contractbreuk. Een derde die hem daarbij zou helpen door bv. met hem een vennootschapscontract of een arbeidsovereenkomst te sluiten die hem de mogelijkheid biedt om binnen de overeengekomen periode en/of het overeengekomen gebied aan de koper van de handelszaak concurrentie te doen door in contact te treden met het publiek, zou als derde medeplichtige daarvoor aansprakelijk kunnen worden gesteld.

29. In sommige arbeidsovereenkomsten, o.a. bij arbeidsovereenkomsten voor handelsvertegenwoordigers, wordt dikwijls een concurrentieclause opgenomen. De concurrent die met kennis van dit beding een handelsvertegenwoordiger of andere bediende in dienst zou nemen die met zijn vroegere werkgever een concurrentiebeding overeengekomen was, kan worden veroordeeld als derde medeplichtige aan contractbreuk.

De Arbeidsovereenkomstenwet (art. 104) bepaalt evenwel dat in de arbeidsovereenkomsten voor handelsvertegenwoordigers waarin het jaarlijks loon 650.000 frank niet te boven gaat, het concurrentiebeding als niet bestaande wordt beschouwd. In de arbeidsovereenkomsten voor handelsvertegenwoordigers waarin het jaarloon hoger ligt dan 650.000 frank is de geldigheid van een concurrentiebeding afhankelijk van de drievoudige voorwaarde dat het betrekking heeft op soortgelijke activiteiten, niet verder reikt dan twaalf maanden en beperkt is tot het gebied waarbinnen de handelsvertegenwoordiger zijn activiteit uitoefent⁵¹.

De miskenning van bedingen die in strijd zouden zijn met die bij de wet gestelde geldigheidsvoorwaarden, zijn ongeldig. Zij zouden dus geen grond kunnen opleveren voor derde-medeplichtigheid aan contractbreuk daar aan een van de essentiële vereisten — het bestaan van een geldig contractueel beding — niet voldaan is.

Besluit

30. De toepassingsgevallen van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk zijn veelvuldig: even talrijk als de contracten zelf. Het lag geenszins in onze bedoeling daar een volledige lijst van op te stellen.

Telkens is het voldoende de vier algemene toepassingsvoorwaarden, die we uit de cassatierechtspraak meenden te mogen afleiden, te toetsen aan de concrete realiteit van de verhoudingen tussen partijen, om te weten of de derde al of niet als medeplichtige aansprakelijk kan worden gesteld voor de contractbreuk.

We menen te mogen stellen dat door de arresten heen die sinds 1960 door het Hof van Cassatie ter zake zijn gewezen, en voornamelijk dank zij het laatste arrest, dat van 22 april 1983, enige duidelijkheid is gegroeid, die het mogelijk maakt de grens te trekken tussen wat aan derden die kennis hebben van een contract, geoorloofd is en niet. De rechtszekerheid kan hier alleen maar bij winnen.

Y. MERCHERS

⁴⁹ Cass., 30 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 538.

⁵⁰ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, nr. 245.

⁵¹ Zie ook art. 65 Arbeidsovereenkomstenwet (voor arbeiders) en art. 86 Arbeidsovereenkomstenwet (voor bedienden).

DE VERHOUDING TUSSEN HET PRIVÉ-CONTRACTENRECHT EN HET PUBLIEK RECHT

1. *Algemene inleiding.* Het privaatrecht wordt, wat de algemene principes betreft, beheerst door de artikelen 1101 tot 1369 B.W., weliswaar aangevuld door de specifieke bepalingen die de benoemde bijzondere overeenkomsten behandelen, alsmede de talrijke afzonderlijke wetten en bepalingen toepasselijk op de contracten uit het handelsrecht en de overeenkomsten die niet benoemd worden in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel.

Dit geheel aan basisregels is op alle overeenkomsten toepasselijk, voor zover geen eigen regels ervan afwijken. De principes van het contractueel verbintenissenrecht vormen het gemene recht. Zoals het recht zelf, zijn de principes onderhevig aan ontwikkeling, interpretatie en betwisting. Niettemin onderscheiden de meeste auteurs een aantal basisbeginselen zoals de wilsautonomie, het consensualisme, de regel dat overeenkomsten partijen tot wet strekken en dat hun uitvoering te goeder trouw dient te geschieden (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 436-461). — Wij vinden deze principes ook terug bij andere auteurs, hoewel de neiging bestaat tot afzwakking van de principes door het vermelden van talrijke correctieven: Starck, B., *Droit civil. Obligations*, Parijs, Librairies Techniques, 1972, 339 e.v.; Mazeaud, H., L. en J., *Leçons de droit civil*, II, vol. 1, *Obligations: Théorie générale*, Parijs, Montchrestien, 1978, 24 tot 33; Ghestin, J., *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Parijs, L.G.D.J. 1980, 18 tot 152; Vandeputte, R., *De overeenkomst, Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 23 tot 37. In de overzichten van rechtspraak blijft nochtans aandacht besteed aan de algemene principes: Kruithof, R., «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 442 e.v.; Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence. Les obligations», *R.C.J.B.*, 1975, 430-435; Kruithof, R., «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 508 tot 524).

In het administratief recht heersen evenzo algemene principes, de beginselen van de openbare dienst, waaronder vermeld kunnen worden: het beginsel van de veranderlijkheid, dat van de continuïteit en dat van de benuttigingsgelijkheid (Mast, A., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Gent, Story-Scientia, 1984, 64 tot 70).

De vraag welke de mogelijke verhoudingen zijn tussen het administratief recht (en eventueel het staatsrecht) en het privaatrecht. Immers, de overheid heeft talloze contacten met de gebruikers van de openbare dienst evenals met privaatrechtelijke personen die de overheid helpen haar taak te vervullen. Contracten moeten dan ook gesloten worden. Welke conflicten zullen ontstaan tussen de basisregels van het civiel verbintenissenrecht en de beginselen van de openbare dienst?

Naar Belgisch recht zullen alle geschillen die in deze materies rijzen, beslecht worden door de gewone rechtbanken, waarmee hier bedoeld wordt dat wij de administratieve colleges en rechtbanken uitsluiten. Dit grondwettelijk principe (artt. 92, 93 en 107 Grondwet) is een vorm van de rechtsbescherming van de burgers (in ruime zin) tegen gebeurlijk

onrechtmatig overheidsoptreden (Van Gerven, W., *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 11; als voorbeeld voor de Franse oplossing: Cons. Etat 9 jan. 1985, *D.*, 1985, Jur. 548, met noot).

Vandaar ook dat er een tendens bestaat om de civielrechtelijke principes zoveel mogelijk te laten doorwegen bij de beslechting van de geschillen (Huberlant, Ch., «Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique», in *Rapports belges au IXe congrès international de droit comparé*, 1974, 459 e.v., 666 e.v.). Dat daartegenover een andere stroming een eigen inhoud aan het administratief contract wenst te geven is niet te miskennen.

I. Contracten ter uitvoering van het overheidsbeleid

2. De overheid heeft voor de uitvoering van haar beleid behoefte aan werken en leveringen. De aannemers en handelaars zullen deze werken, leveringen en diensten verzorgen. Aangezien echter het algemeen belang en gelijkheid van benutting centraal staan, wordt de gunning van overheidsopdrachten bij wet geregeld.

A. De organieke wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

3. Deze wet maakt het algemeen principe uit. Door diverse K.B., M.B. en omzendbrieven wordt de wet ten uitvoer gelegd (bv. het M.B. 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden). Basisprincipe is een georganiseerde openbare aanbesteding met vergaand toezicht op de uitvoering en waarborgen (wij verwijzen naar Flamme, M.A., *Traité théorique et pratique des marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1969, 1950 p.). Gelet op de wettelijke regeling zullen de verderop vermelde regels slechts een suppletieve rol spelen.

4. Los van de algemene regels van openbare aanbesteding voor werken en leveringen voor de Staat, geeft art. 17, § 2, van de wet de mogelijkheid onderhandse overeenkomsten te sluiten in elk der vijftien opgesomde gevallen. Zo put men uit nr. 11 de mogelijkheid om *raamovereenkomsten* te sluiten. Nu deze overeenkomsten slechts zeer belangrijke werken betreffen, kan aldus afbreuk gedaan worden aan de basisregels der openbare aanbestedingen en de motieven van openbaar belang die er de grondslag voor zijn (voor een bespreking: Leroy, M., «Le contrat-cadre», *T. Aann.*, 1978, 253-267).

5. Het K.B. van 18 mei 1981 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van een *promotieovereenkomst* vormt een andere toepassing.

B. Concessies van openbare diensten

6. De overheid kan aan privaatrechtelijke personen opdragen een openbare dienst te vervullen. Ophalen van huisvuil, exploitatie van drinkwatervoorziening e.d. zijn welbekende voorbeelden.

Het recht dat door de overheid wordt toegestaan, is precair en herroepbaar (Cass., 10 mei 1929, *Pas.*, 1929, I, 183; Mast, A., *Overzicht, op. cit.*, uitg. 1971, 169, nr. 185).

De vraag is of het intrekken van de concessie voor de benadeelde concessiehouder een *recht* op schadevergoeding doet ontstaan?

Wanneer de overeenkomst zelf in een schadeloosstelling (zij het een forfaitaire) of een recht op schadeloosstelling voorziet, is er uiteraard geen probleem, maar quid in het andere geval? In een arrest van 9 juli 1952 heeft het Hof van Beroep te Brussel (*R.C.J.B.*, 1954, 35) uit de bewoordingen van het contract afgeleid dat bij beëindiging der concessie een «recht» op vergoeding aanwezig was, zij het in beperkte mate. In de noot onder het arrest schrijft prof. Vauthier dat, wanneer de concessionaris niet de voorzorg heeft genomen een vergoedingsregeling te laten opnemen, er geen recht op vergoeding bestaat zo er geen extrinsieke fout van de overheid kan worden aangetoond, bv. een machtsafwendings. Zonder een dergelijke fout is er noch quasi-delictueel, noch contractueel enig verwijt (Vauthier, M., *op. cit.*, 46). Alleen de billijkheid zou dan aanleiding kunnen geven tot herstel van het evenwicht.

Wij hebben niet veel rechtspraak ter zake aangetroffen. Het arrest van het Hof van Cassatie van 31 mei 1978 (*R.W.*, 1978-79, 1229) kwalificeert de overeenkomst waarbij de overheid een privaatrechtelijk persoon ermee belast een openbare dienst te verzekeren als een concessie. Dit is, aldus het Hof, een overeenkomst sui generis wegens de doeleinden van openbaar nut die worden nagestreefd en wegens het voorwerp zelf van de concessie (het betreft hier een concessie van een openbare dienst).

Een aannemer wordt door de gemeente aangesteld onder de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de bestendige deputatie. Alvorens deze laatste haar weigering heeft geuit, heeft de gemeente de werken aan een andere aannemer toevertrouwd. Hoewel er hier geen concessie is, is belangrijk dat aangenomen wordt dat de regels van het verbintenissenrecht gelding vinden en dat hangende de opschortende voorwaarde het niet-nakomen van de verbintenissen aanleiding tot schadevergoeding kan geven (Cass., 5 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 245, met conclusie adv.-gen. Lenaerts, *Pas.*, 1981, I, 1149, *Adm. Publ.*, 1984, 145, met noot Dieux).

C. Contracten waarbij een privaat gebruiksrecht door de overheid op haar goederen wordt verleend

7. *Inleiding — voorbeeld.* Nogal veelvuldig worden «rechten» toegekend aan particulieren om in de gebouwen van overheden een cafetaria te exploiteren.

In vele gevallen sluit een brouwerij een overeenkomst met de betrokken overheid (voorbeeld: gemeentelijk zwembad of sportcomplex, stationsbuffet, ...) en verleent dan op haar beurt rechten aan een exploitant. Te dezer gelegenheid legt de brouwerij een exclusieve afnameverbintenis op aan de exploitant (voor de algemene problematiek der «brouwerijovereenkomsten» o.m. Leclercq, J.F., «Réflexions sur le caractère original des contrats de brasserie», in *Quelques aspects des contrats standardisés*, Brussel, U.L.B., 1982, 123 tot 225).

In het contract tussen overheid en brouwerij wordt meestal gestipuleerd dat het een concessieovereenkomst be-

treft. Aldus worden een aantal specifieke bepalingen opgenomen, waaronder de uitsluiting van de Handelshuurwet, de mogelijkheid tot beëindiging te allen tijde, alsmede specifieke bepalingen aangaande de vergoedingen voor het genotsrecht (bv. een percentage op het omzetcijfer, eventueel gecumuleerd met vaste maandvergoedingen). De brouwerij legt deze zelfde beginselen naast haar standaardbedingen inzake brouwerijovereenkomsten op aan de exploitant.

Als basis criterium wordt het onderscheid gemaakt tussen openbaar domein en privaat domein.

8. *Openbaar domein.* Welke goederen behoren tot het openbaar domein van de overheid? Het B.W. geeft een bepaalde opsomming in de artt. 538 tot 540, doch de auteurs merken op dat de regels van de wet niet het onderscheid maken tussen het openbaar domein en het privaat domein. Het B.W. zal dus getoetst moeten worden aan doctrine en rechtspraak. Het cassatiearrest van 3 mei 1968 leert ons dat een goed behoort tot het openbaar domein doordat het, hetzij door een uitdrukkelijke, hetzij door een impliciete beslissing van de bevoegde overheid, bestemd wordt tot het gebruik van allen zonder onderscheid naar de persoon. Een goed dat tot het openbaar domein behoort ingevolge een beslissing van de bevoegde overheid, kan het karakter van openbaar domein slechts verliezen door een uitdrukkelijke beslissing van de overheid, waardoor het zijn bestemming tot het gebruik van allen wordt ontnomen, of door een handeling die noodzakelijk zulk een beslissing van die overheid onderstelt (Cass., 3 mei 1968, *R.W.*, 1968-69, 409; voor een overzicht van de rechtspraak: Derine, R., «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht», *T.P.R.*, 1969, 686; nrs. 5-8, en *T.P.R.*, 1973, 789, nr. 9).

De auteurs hebben kritiek geuit op de definitie en wij veroorloven ons ter zake te verwijzen naar de noot van prof. Mast onder het arrest (Mast, A., «Comment les biens d'une personne administrative acquièrent-ils et comment perdent-ils le caractère de bien du domaine public?», *R.C.J.B.*, 1969, 8-17) en naar de voorgestane definitie volgens welke tot het openbaar domein behoort ieder aan een administratief rechtspersoon toebehorend goed dat, ofwel wegens zijn natuurlijke gesteldheid ofwel wegens een bijzondere toerusting («à raison d'un aménagement spécial»), ofwel misschien nog wegens zijn geschiedkundig of wetenschappelijk belang, noodzakelijk is voor een openbare dienst of voor de bevestiging van een openbare behoefte en dat in die rol door geen ander kan worden vervangen (Mast, A., *Overzicht, op. cit.*, 161 e.v., nrs. 177 e.v., Co-remans, H., en Dujardin, J., «Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen», *Adm. Lex.*, 1985, 12 tot 22, Wastiels, F., *Administratief goederenrecht*, Gent, Story-Scientia, 1983, 181-190, inzonderheid nr. 261 e.v.), waaraan wordt toegevoegd dat ook goederen bestemd tot het gebruik van het publiek het openbaar domein vormen (criterium van het Hof van Cassatie; zie Dembour, J., *Droit administratif*, 1972, 344 e.v., in 't bijzonder nrs. 254 en 255, p. 352 e.v.).

Alle goederen die niet tot het openbaar domein behoren, maken het privaat domein uit. Hiertoe kunnen ook behoren goederen die de overheid erft met toepassing van art. 768 B.W.

9. *Enige regels betreffende openbare domeingoesden.* Voor de goederen die tot het openbaar domein behoren, gelden de regels dat ze zolang de affectatie duurt, buiten de

handel zijn (ze kunnen wel aan een andere openbare rechtspersoon worden overgedragen) en dus niet aan particulieren vervreemd kunnen worden. Onder dezelfde voorwaarden zijn de rechten op privatieve ingebruikneming steeds precair en herroepbaar. Geen verhuring is mogelijk omdat de huur aan de huurder de rechten geeft om gedurende de vooropgezette termijn het genotsrecht te hebben over de gehuurde plaatsen (behoudens huur voor onbepaalde duur, maar zie daaromtrent bv. art. 1758bis B.W.); een meer genuanceerde opvatting, welke wij aankleven, is dat verhuring mogelijk is op voorwaarde dat de overeenkomst niet in strijd is met de openbare bestemming en het openbaar gebruik van het domein. Deze zienswijze vindt steun in rechtsleer en rechtspraak aangaande de mogelijkheid de goederen met erfdienstbaarheden te bezwaren voor zover de bestemming niet in gevaar wordt gebracht (Derine, R., «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht», *T.P.R.*, 1969, 688, nrs. 6 en 7; Cass., 11 september 1964, *R.W.*, 1965-66, 494). Voorts is het openbaar domein onverjaarbaar en onbeslagbaar (voor meer specifieke gegevens: Coremans en Dujardin, *op. cit.*, 23 tot 28; over de immuniteit: Cass., 26 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 1661; Baert, K., «De uitvoeringsimmuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen», *R.W.*, 1976-77, 2369-2386).

10. *Enige toepassingsgevallen uit de rechtspraak.* Een café-restaurant opgericht op het domein van de staat aan een buiten dienst gestelde lijn van de spoorweg maakt deel uit van het privaat domein en is in die hoedanigheid vatbaar voor toepassing van de Handelshuurwet (Vred. St.-Joost-ten-Node, 28 febr. 1969, *T. Vred.*, 1969, 330).

De Vrederechter te Anderlecht maakte toepassing van het cassatiearrest van 3 mei 1968 in het vonnis van 13 september 1968 (*Rec. Gén. Enr. Not.*, 1972, nr. 21564). Zolang er geen beslissing tot desaffectatie is genomen, behoren de goederen tot het openbaar domein en zijn ze niet verhuurbaar. Het louter gebruiken ervan en dus een feitelijke desaffectatie volstaat niet. De beweerde huurder «ne prouve pas l'existence d'une décision expresse de l'autorité compétente décrétant la désaffectation de cette parcelle du domaine public et n'implique nullement dans le chef de l'autorité la volonté de mettre un terme à cette affectation».

In het cassatiearrest van 4 januari 1974 (*R.W.*, 1973-74, 2259, *Pas.*, 1974, I, 455) wordt erop gewezen dat, wanneer goederen behorend tot het privaat domein, een geheel vormen met goederen behorend tot het openbaar domein, de verhuring van het geheel uitgesloten is, ongeacht het belang van het ene deel ten opzichte van het andere. Sommige drankgelegenheden waren niet vrijgesteld van belastingen, een andere wel. Dit arrest is ongenueanceerd in het stellen dat geen huur mogelijk is.

In een uitvoerig gemotiveerd vonnis van 30 juni 1976 heeft de Rechtbank te Brugge (*Res et Jura immobilia*, 1977, 101) betoogt dat de oprichting van een gemeentelijk sportcomplex met zwembad (en cafetaria) in het huidige stadium van ontwikkeling, de vervulling uitmaakt van hetgeen thans als een redelijke maatschappelijke behoefte beschouwd wordt. De cafetaria vormt dan ook slechts een accessorium van het gehele complex en is dus een deeltje van een gemeenschappelijk openbaar domein. De rechtbank oordeelt dat de fiscale oplossing ter zake zonder belang is aangezien de goederen geen domeingoederen zijn. Alleen een conces-

sie was dus mogelijk, geen handelshuur.

In zijn arrest van 1 oktober 1976 heeft het Hof van Cassatie (*Pas.*, 1977, I, 133) m.b.t. een beweerde verpachting herhaald dat de juiste draagwijdte van de overeenkomsten moet worden nagegaan en dat een uitdrukkelijke desaffectatie nodig is of een gelijkwaardige handeling. Toch is de loutere vermelding in een akte van administratieve overdracht dat de grond tot het privaat domein behoort, evenmin als het toestaan van een bezetting, niet voldoende. Overigens wordt schuldvernieuwing niet vermoed. Precair toegestaan genotsrecht wordt dan ook niet in een ander recht omgezet door de loutere beslissing van de overheid dat de goederen voortaan deel uitmaken van het privaat domein (Cass., 12 juni 1969, *Pas.*, 1969, I, 930).

Op 2 september 1982 heeft het Hof van Cassatie beslist dat het feit dat goederen aan grondbelastingen onderworpen zijn, de overeenkomsten erop niet doet ressorteren onder de Handelshuurwet voor zover ze tot het openbaar domein behoren (*R.W.*, 1982-83, 2255).

11. *Enige regels betreffende private domeingoederen.* Men is het erover eens dat andere regels gelden voor elk van beide reeksen van goederen. Al gelden er nog bijzondere bepalingen voor goederen van het privaat domein, toch genieten ze niet de bescherming die de goederen van het openbaar domein kenmerkt; immers, ze dienen niet tot het algemeen nut. Wel neemt men aan dat ze niet voor beslag vatbaar zijn (Coremans en Dujardin, *op. cit.*, 31; Baert, K., «De uitvoeringsimmuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen», *R.W.*, 1976-77, 2369; Alen, A., «De gedwongen tenuitvoerlegging tegen de staat», *T.B.P.*, 1978, 164-166 en 172-180; Mast, A., *Overzicht, op. cit.*, 167, nr. 182). Vervreemding en verhuring zijn mogelijk, erfdienstbaarheden en hypotheeken kunnen ze bezwaren.

12. *Verhuring van private domeingoederen.* De verhuring van goederen behorend tot het privaat domein wordt geregeld door bijzondere reglementen die kunnen afwijken van het gemene recht, aldus art. 1712 B.W. (voor een overzicht: Coremans en Dujardin, «Beheer over de onroerende goederen van openbare rechtspersonen», *Adm. Lex.*, 1985, 120 p.).

Een eerste reeks van bijzondere regels heeft betrekking op de bevoegdheid tot verhuren en de wijze van verhuren, erin begrepen de gebeurlijke administratieve goedkeuring. Zoals gesteld is deze goedkeuring in voorkomend geval een opschortende voorwaarde (Cass., 5 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 245).

Ter vergelijking, vervreemdingen van staatsgoederen dienen bij wet te worden goedgekeurd. De akte van vervreemding wordt geregistreerd en overgeschreven op het hypotheekkantoor. De goedkeuring dekt de rechtshandeling vanaf haar ontstaan (de domaniale wet van 22 december 1949 keurt dertig overeenkomsten goed aangegaan tussen 1933 en 1947 en door de wet van 2 juli 1969 werden 86 overeenkomsten goedgekeurd, gesloten door de Staat tussen 1961 en begin 1969). Dezelfde regeling geldt voor de vestiging van conventionele erfdienstbaarheden (Coremans en Dujardin, *op. cit.*, 29-30).

Inzake verpachting houdt art. 18 van de Pachtwet een regeling in van aanbesteding voor de landeigendommen van openbare besturen en instellingen. Het betreft hier uiteraard alleen de goederen van het privaat domein (Cass., 1 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 133; De Coster, Y., «De land-

pacht», *Adm. Lex.*, 1979, 34). Gewone verhuringen zijn ipso facto mogelijk.

Kan er sprake zijn van een handelshuur? De Handelshuurwet zal niet van toepassing zijn in de gevallen van art. 2, 2° en 5°, van de wet. Zodra de onroerende goederen van de grondbelastingen zijn ontslagen, is de wet niet toepasselijk (Vankerckhove, J., *Les baux commerciaux*, Nov., Brussel, Larcier 1984, 79, nrs. 1538 e.v.; volgens deze auteur dient aangenomen te worden dat thans de vigerende regeling inzake onroerende voorheffing evenzo gevisieerd wordt. Zeker is deze interpretatie logisch. Toch kan ook geargumenteerd worden dat de beschermende wetgeving van dwingende aard is en er niet van mag worden afgeweken tenzij dit uitdrukkelijk of impliciet is toegestaan; zie o.m. Cass., 10 juni 1954, *R.W.*, 1954-55, 1049).

Thans bepaalt art. 157 W.I.B. dat vrijgesteld zijn van onroerende voorheffing de onroerende goederen die de aard van nationale domeingoederen hebben, op zichzelf niet opbrengen en voor een openbare dienst of voor een dienst van algemeen nut worden gebruikt en dit voor zover aan de drie voorwaarden tegelijk is voldaan.

13. *Nationale domeingoederen*. Wat nationale domeingoederen zijn is niet zo duidelijk. Klaarblijkelijk zouden het enkel de staatsgoederen zijn. De onderscheiding tussen die behorende tot het openbaar domein en die behorende tot het privaat domein zou hier niet dienend zijn, geen van beide kan worden verhuurd.

Wanneer we aldus het antwoord op onze vraag trachten te vinden, worden wij andermaal geconfronteerd met het principe van de handelshuur. Wat is bedoeld met nationale domeingoederen in art. 157 W.I.B.?

De rechtspraak heeft weinig aandacht besteed aan het begrip om de toepassing van de Handelshuurwet uit te sluiten. Zo stippen we als voorbeeld het vonnis aan dat overweegt dat het exploiteren van een drankgelegenheid in een gemeentelijk sportstadion geen handelshuur uitmaakt omdat uit de feiten blijkt dat de verhuurder eigenlijk bepaalt wanneer wel en wanneer niet geopend wordt en er geen rechtstreekse toegang is voor het publiek tussen de openbare weg en de gelegenheid in kwestie. De hoofdbedoeling van het publiek is het bijwonen van de sportmanifestaties en niet dranken te verbruiken. De handelszaak staat of valt met de kwaliteit van de georganiseerde wedstrijden en niet met de exploitant (Rb. Brussel, 8 februari 1952, *J.T.*, 1952, 120; dit vonnis gewaagt niet van openbaar of privaat domein, maar sluit de Handelshuurwet uit op grond dat aan geen van de vereisten ter bescherming van de kleinhandel voldaan is. Vanuit dit standpunt is de motivering interessant, daar voor vele gelegenheden dezelfde feitelijke omstandigheden terug te vinden zijn. Er kan wat art. 1 van de wet betreft overigens nog verwezen worden naar Cass., 25 oktober 1957, *Pas.*, 1958, I, 182, evenals naar Vankerckhove, J., *op. cit.*, 26, nrs. 1391-1392).

Bij vonnis van 4 april 1963 beslist de Vrederechter te Luik (*Jur. Liège*, 1963, 287) dat de omstandigheid dat het gebouw niet vrijgesteld is van grondbelasting, niet ipso facto de Handelshuurwet toepasselijk maakt. De rechter oordeelt dat in werkelijkheid het busstation waarin de drankgelegenheid is gevestigd, deel is blijven uitmaken van het openbaar domein omdat de affectatie tot een openbare dienst onmiskenbaar is. Dientengevolge is tussen partijen een concessieovereenkomst gesloten en geen handelshuur.

Impliceert dit dat, zodra vaststaat dat krachtens de speciale wet de overheid bevoegd was om bv. een verhuring toe te staan en anderzijds het betrokken goed tot het privaat domein behoort, geen enkele regel van administratief recht nog toegepast zal moeten worden en dus uitsluitend het gemene recht zal gelden?

Wij zijn van oordeel dat de overheid te allen tijde echter een nieuwe affectatie aan het goed kan geven. Komt het goed aldus terug in het openbaar domein terecht, dan zijn maatregelen noodzakelijk om de beëindiging van gebruiksrechten en overeenkomsten te bewerkstelligen. Indien het algemeen nut teneinde de continuïteit van de openbare dienst te waarborgen zulks vereist, moet de overheid een einde kunnen maken aan overeenkomsten. Niettemin mag van zulk een recht, dat een regelrechte inbreuk is op art. 1134, eerst lid, B.W. slechts gebruik gemaakt worden voor zover geen enkele fout of onvoorzichtigheid aan de overheid verweten kan worden. Naar ons oordeel zal geen misbruik van recht mogen worden gemaakt. Een theoretisch voorbeeld: een gemeente bouwt een nieuw gemeentehuis en desaffecteert het oude, dat ze verhuurt aan een particulier. Plots wordt het nieuwe gemeentehuis door brand of stormschade of aanslag bijna geheel verwoest en het is gedurende ettelijke maanden onbruikbaar. Naar onze mening kan de gemeente de verhuring beëindigen om aldus materieel de continuïteit van de openbare dienst te kunnen verzekeren. Toch zal ze dit slechts kunnen mits ze aan de huurder een vergoeding betaalt voor de verhuizing en eventueel de andere door hem opgelopen schade.

Het betreft een werkelijk geval van nood. De gemeente zou aldus niet kunnen handelen indien vaststaat dat in de onmiddellijke buurt een privaat gebouw met ongeveer gelijke kenmerken te huur staat. In dit laatste geval zou het administratief recht van wederaffectatie met miskenning van de contractuele rechten een misbruik van recht uitmaken en de klassieke regels van de overheidsaansprakelijkheid gestoeld op de artikelen 1382 en 1383 B.W. toepasselijk maken (Van Gerven, W., *op. cit.*, 18 e.v., onrechtmatig overheidshandelen, en de aldaar geciteerde rechtsleer en rechtspraak). De beëindiging van de overeenkomst maakt dan een contractuele fout uit waarop o.m. art. 1184 B.W. toepassing vindt. Indien de wederaffectatie zonder misbruik geschiedt, zoals wij veronderstelden, zal de vraag rijzen hoe wij een schadevergoeding rechtvaardigen. Een contractuele grondslag bestaat niet aangezien de partij die zelf een einde maakt aan de overeenkomst, geen herstel door een equivalente schadeloosstelling kan opdringen (art. 1184 B.W.) aan de schuldeiser van de niet nagekomen verbintenissen. Dat overmacht de overheid zou drijven tot de beslissing, kan beweerd worden aangezien het een plotselinge onvoorziene en onweerstaanbare gebeurtenis is aan het voorkomen waarvan de gemeente geen enkele schuld heeft. Toch is er hier geen absolute noodzaak om precies deze overeenkomst niet na te leven behalve de waarborg van de continuïteit van de openbare dienst. In ons voorbeeld berust de wederaffectatie op een vrije beslissing ten gevolge van een overmachtsituatie. De overmacht staat niet in direct causaal verband met de beslissing tot beëindiging van de overeenkomst. Wij menen dan ook dat in dit geval art. 1148 B.W., dat schadevergoeding uitsluit, niet kan worden toegepast, en dat veeleer steun moet worden gezocht in art. 1134, tweede en derde lid, B.W. De wetten die de overheid

verplichten de openbare dienst te waarborgen, staan haar toe de overeenkomst te herroepen; niettemin zal de overheid geen misbruik kunnen maken noch van contractuele rechten noch van de rechten haar door deze zelfde wetten toegekend. Wij zouden aldus de stellingen ter zake uitbreiden en zeggen dat de regels van de goede trouw ook gelding vinden wanneer geen misbruik is gepleegd en slechts een schade is veroorzaakt waarvan het ten laste laten aan de medecontractant onredelijk en onbillijk zou zijn, of zoals het Hof van Cassatie het uitdrukt, wanneer de ene partij, gebruik makend van een contractueel recht, een voordeel eruit trekt dat niet in overeenstemming is met de correlatieve last voor de andere partij (over het misbruik van contractuele rechten: Cass., 19 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 1480, *J.T.*, 1985, 56, met noot; De Bondt, W., «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 95 e.v.; vgl. art. 6.1.1.2, lid 1, nieuw Nederlands B.W.; Hartkamp, A.S., *Verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 42 e.v., nr. 53 e.v.). Indien het recht geput wordt uit de wet of uit het algemeen administratief-rechtelijk rechtsprincipe van de continuïteit van de openbare dienst (wet *sensu lato*; Mast, A., *Overzicht, op. cit.*, 52, nr. 61), dan rijst de vraag of hier niet gewoon de regels van de artt. 1382 en 1383 B.W. dienen te worden toegepast, veeleer dan de specifieke regels toepasselijk op de verbintenissen uit contract?

Wij menen dat, aangezien er een contract is gesloten, de algemene regels desaan gaande van toepassing zijn ongeacht de reden van beëindiging (argument art. 1134, tweede lid, B.W.). Er zal een contractuele schade optreden, nl. het verlies van een voordeel dat enkel zijn bestaansvoorwaarde vindt in het contract. De leer van de samenloop wordt aldus van de hand gewezen (De Bondt, W., *op. cit.*, 123; Herbots, J., noot bij Cass., 7 december 1973, *R.W.*, 1973-74, 1604).

14. *Concessies van openbare domeingoederen*. Welke is nu de regeling van de concessieovereenkomsten over goederen behorende tot het openbaar domein?

In plaats van de collectieve ingebruikneming van het goed te laten geschieden, kan de overheid aan een persoon het recht verlenen om een gedeelte van het openbaar domein blijvend en op een wijze die anderen uitsluit, in gebruik te nemen.

De rechtsleer maakt een onderscheid tussen de standplaatsvergunning (en wegverlof) en de domaniale concessie. Het intrekken van de eerste zou geen recht op schadevergoeding verlenen, het intrekken van de tweede wel (Mast, A., *Overzicht, op. cit.*, 169, nr. 185; Vauthier, M., «Observations sur la notion de contrat dans le régime des concessions», *R.C.J.B.*, 1954, 41). De auteurs geven echter zelf toe dat het onderscheid juridisch niet erg duidelijk is (de eigenlijke domaniale concessie zou een besproken en ondertekende overeenkomst zijn terwijl het verlof een eenzijdige toelating zou zijn). Ons komt het voor dat steeds een aanvraag en een akkoord zich hebben samengevoegd nopens een welbepaald voorwerp en tegen welbepaalde voorwaarden, wat naar onze zienswijze in beide gevallen de bestaansvereisten van een contract omvat. Het komt ons correcter voor te onderscheiden welke de eventuele foutieve gedraging is en welke de schade is ongeacht de aard van de concessie of toelating. Zo lijdt de partij die met het oog op een standplaatsvergunning voor een kleine kermis of feest-

lijkheid grote hoeveelheden bederfbare waren aankoopt, meer schade door het plotselinge intrekken van de toelating wegens welk motief ook dan de concessiehouder die een gebouw bezet en exploiteert en die weliswaar een contract verliest, maar in het gewone handelsverkeer evenzo op ieder ogenblik een cliënteelverlies kan ondergaan.

Zegt men dat een concessie op het openbaar domein een administratief zakelijk recht is, waarbij de overheid aan de privaatspersoon toestaat om een bepaald onroerend goed op uitsluitende wijze te bezetten met een welomschreven doel en tegen vergoeding, dan volgt hieruit dat geen leveringsverbintenis op de overheid weegt, maar dat deze een titel toekent en zich ervan zal moeten onthouden te hinderen. De concessionaris zal dan het recht hebben de nodige werkzaamheden uit te voeren om de goederen geschikt te maken voor hun bestemming. De rechten van de concessionaris zullen intuïtu personae zijn toegekend zonder mogelijkheid van afstand of overdracht. De overheid zal het recht op herroepen behouden in het algemeen belang en tegen eventuele vergoeding (Orianne, P., *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Brussel, Larcier, 1961, 50 e.v., nrs. 43-52). Art. 1135 B.W. zou dan als grondslag dienen voor de eventuele vergoeding gegrond op billijkheid of gewoonte.

Volgens Dembour (*Droit administratif*, Luik, Fac. Droit, 1978, 422) betreft het geen administratieve zakelijke rechten, maar vorderingsrechten zodanig dat de artikelen 1134 en 1184 B.W. de kwestie van de niet-uitvoering zullen beheersen. Wordt alsdan een concessie ontijdig beëindigd, dan zal de benadeelde schadevergoeding kunnen vorderen omdat een burgerlijk recht hem zulks toestaat. Is het herroepen van de concessie foutief? De rechtbank zal het moeten uitmaken, naar onze mening daarin geholpen door de begrippen inzake contractuele aansprakelijkheid en vrijstelling ervan via de leer van de overmacht.

Ten aanzien van derden kan de concessionaris de bezitsvordering instellen. Maar naar onze mening moet hij daartoe beschikken over een zakelijk recht. De auteurs die de andere zienswijze aankleven, maken gewag van een stilzwijgende delegatie van deze bevoegdheid vanwege de concessiegever. Deze uitleg komt nogal moeilijk over (Orianne, P., *op. cit.*, 57, nr. 50bis; Dembour, J., *op. cit.*, 423).

De vraag of al dan niet een zakelijk recht wordt toegekend, lijkt ons minder pertinent sedert het K.B. van 14 november 1979 betreffende de algemene voorwaarden van vergunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken.

Dit besluit geeft ook de speciale administratieve regels ter zake (bv. art. 6, § 3: in geval van overmacht voor het bestuur, kan het voortijdig een einde maken aan de concessie tegen vergoeding).

Een vereniging zonder winstoogmerk kreeg van de provincie Limburg de concessie om over te gaan tot de algemene exploitatie van het openluchtmuseum en bijkomende centra in het domein te Bokrijk. Nadat een brandramp een deel van het goed had geteisterd, rees de vraag naar de aansprakelijkheid van de concessiehouder. Deze laatste beweerde dat hij geen resultaatsverbintenis op zich had genomen en dat hij slechts aansprakelijk kon zijn voor zover een fout in causaal verband te zijnen laste kon worden bewezen. Het Hof te Antwerpen had de terugvordering ten laste van de concessiehouder gegrond verklaard. Bij arrest

van 27 mei 1983 werd de voorziening verworpen (Cass., 27 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 926, *J.T.*, 1984, 235) met de motivering dat, hoewel de concessiehouder van een goed van het openbaar domein, dit goed niet houdt krachtens een overeenkomst van burgerlijk recht, hij het goed in de loop van de concessie moet gebruiken volgens zijn bestemming en naar redelijke verwachting en op het einde, wat door de overheid vrij wordt bepaald, het goed moet teruggeven in de staat waarin hij het ontvangen heeft, behoudens de gevolgen van ouderdom en normaal gebruik. Nu de concessiehouder geen bewijs levert van toeval, overmacht of fout van een derde, is hij zelf aansprakelijk ten aanzien van de overheid. Eigenlijk wordt de concessiehouder met de huurder geassimileerd. Onze aandacht wordt gaande gemaakt door de notie dat het goed moet worden gebruikt naar «redelijke verwachting». Is dit een verwijzing naar de regels van redelijkheid en billijkheid uit het Nederlandse recht? (De Bondt, W., *op. cit.*, 95 e.v.).

Wij blijven de mening toegedaan dat de gemeenrechtelijke regels ten volle moeten gelden met de correctie dat de overheid de concessie kan herroepen ingeval ze de goederen een andere bestemming wenst te geven en het algemeen nut zulks vergt. Het louter herroepen is dan ook een misbruik dat dient te worden gesanctioneerd via de regels van de contractuele aansprakelijkheid. Indien er een reden van algemeen belang is, dan zal deze met overmacht moeten gelijk te stellen zijn.

Zal de schade zowel het *damnum emergens* als het *lucrum cessans* bevatten voor zover deze voorzienbaar was? Het arrest van het Hof te Brussel van 9 juli 1952 (*R.C.J.B.*, 1954, 35) geeft een positief antwoord, maar wijst sommige schadeëisen af omdat deze posten onvoorzienbaar waren. (De doctrine lijkt verdeeld: zie de verwijzingen in de noot van Vauthier, M., 46, noot 4 en 47, noten 1 en 2.)

15. *Werking ten aanzien van de onderconcessiehouder. Nuancering.* Komen wij terug op ons feitelijk uitgangspunt dan blijft de vraag of de speciale regels ook aan de onderconcessiehouder tegengeworpen kunnen worden? Al is er ter zake een verhouding tussen twee personen naar privaatrecht, toch menen wij dat het *adagium nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* gelding moet vinden. Het is niet denkbaar dat bv. de brouwerij ten aanzien van de exploitant door een handelshuur gebonden zou zijn, terwijl zijzelf slechts een herroepbare concessie kreeg. Aldus gaan regels van administratief recht uiteindelijk uitwerking krijgen in een gemeenrechtelijke contractuele verhouding. Uiteraard kan de brouwerij in ons voorbeeld geen eigen gebruik maken van de administratieve eigen regels. Zo zou ze niet op eigen houtje (om commerciële redenen) het beding uit de overeenkomst dat met opzegging van een maand de goederen te allen tijde dienen te worden vrijgemaakt, kunnen invoeren wanneer dit niet tegen haar wordt gedaan door de overheid, die gewoon de concessie laat voortlopen.

Naar onze mening zou de exploitant over een handelshuur beschikken die echter onderworpen is aan de vereisten van goed bestuur.

Is er echter vrijstelling van onroerende voorheffing, dan kan men zich nooit op de Handelshuurwet beroepen. Wij onderzoeken het volgende geval: brouwerij A kreeg een concessie van de gemeente B. C exploiteert het goed. C vraagt hernieuwing van de handelshuur overeenkomstig de voorschriften van de wet. A weigert daar het een concessie

betreft, en C dagvaardt binnen de termijnen. Is artikel 2, 2°, van de Handelshuurwet niet toepasselijk, dan kan de wet toegepast worden. De vordering kan toegewezen worden onder uitdrukkelijk correctief dat toch door A een eind zal kunnen worden gemaakt wanneer de gemeente B de concessie beëindigt, en onder dezelfde voorwaarden, onverminderd de rechten van elke partij om schadevergoedingen te vorderen indien de vereisten van openbaar belang niet vervuld zouden zijn. Wat wij willen vermijden, is dat de gemeente munt slaat uit de exploitatie door de concessie te herroepen met het oogmerk met een andere persoon een meer onereuze overeenkomst te sluiten gelet op de gestegen rentabiliteit der plaatsen. Niettemin gaat men opwerpen dat de overheidsgoederen dermate beheerd moeten worden dat de opbrengsten voor de gemeenschap maximaal zijn. Welnu, om dit doel te bereiken zal een aanbesteding kunnen plaatsvinden. De overheid dient niet zomaar concessies toe te staan, ze dient aan de meestbiedende toe te wijzen. De optimale rentabiliteit ten voordele van de gemeenschap is aldus gewaarborgd. Heeft de overheid lichtzinnig beslist, dan is dit een culpa in contrahendo, waaruit ze zeker geen argument te haren voordele kan putten.

16. *Bevoegdheid.* Aangezien het openbaar domein niet mag verhuurd worden (Cass., 2 sept. 1982, *R.W.*, 1982-83, 2255), behoren de geschillen niet krachtens art. 591, 1°, Ger. W. tot de bevoegdheid van de vrederechter, maar tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg. Zo ook de geschillen tussen hoofdconcessiehouder en onderconcessiehouder. Dezen kunnen eventueel de hoedanigheid van koopman hebben, in welk geval de rechtbank van koophandel bevoegd zal zijn. Indien de betwisting tussen partij en precies als voorwerp heeft te weten of de regels inzake huur dan wel die inzake concessie zullen gelden, dan zal de arrondissementsrechtbank in voorkomend geval uitspraak moeten doen.

Voor contracten van verhuring van goederen van het privaatrecht domein is de vrederechter wel bevoegd.

17. *Voorrecht artikel 20, 1°, Hyp. W.* Een ander gevolg van de niet-verhuurbaarheid van goederen van het openbaar domein is dat het voorrecht van de verhuurder niet zal gelden (Kh. Namen, 21 april 1983, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 238).

18. *Interpretatieproblemen.* Het ligt voor de hand dat de feitenrechter zal moeten interpreteren welke de juiste wil van de partijen was, maar tevens welke de juiste aard van de goederen is en welke de juiste draagwijdte van de overeenkomst is. Hij zal ook uitmaken of de concessie al dan niet ontijdig werd ingetrokken. In het huidige bestek kunnen wij niet ingaan op de interpretatieregels, wij verwijzen naar rechtspraak en rechtsleer desbetreffende (Kruithof, R., «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 589-599, nrs. 89 tot 96; Cass., 22 okt. 1982, *R.W.*, 1984-85, 611, *J.T.*, 1983, 343). Wij veroorloven ons dezelfde verwijzing te maken aangaande de regels tot aanvulling en uitvoering van de contracten (Kruithof, R., *op. cit.*, 599-609, nrs. 97 tot 105).

19. *Imprevisie.* Inzake artikel 1134, eerste lid, B.W. houdt de imprevisie in dat een overeenkomst tenietgaat of door de rechter mag worden aangepast, indien na het tot stand komen van het contract zich abnormale en onvoorziene omstandigheden voordoen die de verbintenis van een der partijen in zeer belangrijke mate verzwaken, zij het niet

onmogelijk maken (Kruithof, R., *op. cit.*, 519, nr. 15).

In het contractenrecht zijn er pogingen gedaan om de regel in het recht te integreren, maar bij nader toezien betreft het meestal misvattingen of begripsverwarringen (Kh. Brussel, 16 januari 1979, *J.T.*, 1980, 459, met noot Philippe, D., en R.C.J.B., 1983, 380, met noot Dieux, X.; Kh. Brussel, 14 mei 1981, *B.R.H.*, 1982, 356) of afwijzingen (Bergen, 4 mei 1982, *Pas.*, 1982, II, 71).

In het administratief recht is er een grotere neiging om de improvisieeler te aanvaarden. Maar met weinig duidelijkheid (Rb. Gent, 21 april 1976, *T. Aann.*, 1980, 3, met noot; het betreft een impliciete verwijzing naar de theorie, het betrof echter onvoorzienbare omstandigheden die reeds aanwezig waren ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Overeenkomstig art. 16, B, van het M.B. van 14 oktober 1964 (thans art. 16 K.B. 22 april 1977) is herziening mogelijk; dit werd bevestigd door Cass., 9 mei 1980, *T. Aann.*, 1981, 146, met noot; zie ook advies Hoog Comité van Toezicht, 4 december 1980, *J.T.*, 1981, 170, met noot Flamme, M. en Ph., «Une 'certaine' notion de l'imprévision dans les contrats de l'administration en Belgique») en zonder dat kan worden uitgemaakt of het een algemeen principe zou uitmaken.

Artikel 3, § 1, van de organieke wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten bepaalt dat de forfaitaire grondslag geen belemmering voor herziening van de prijzen uitmaakt uit hoofde van bepaalde economische en sociale factoren, voor zover de bepaling in de overeenkomst is voorzien. Sommigen willen hiervan een algemene regel maken; wij herhalen dat wij deze regel niet zo duidelijk terugvinden in de civiele rechtspraak (vgl. Van Gerven, W., *op. cit.*, 69).

II. Beleidsovereenkomsten

20. *Algemeen.* Voor het voeren van haar beleid handelt de overheid in de regel door normen uit te vaardigen en regels op te leggen. Op diverse terreinen oefent de overheid een invloed en controle uit op de private contracten. Deels geschiedt deze invloed in de vorm van na te leven bepalingen, geboden en verboden (bv. Handelspraktijkenwet; zie verder III).

Toch wordt meer en meer gebruik gemaakt van technieken uit het contractenrecht. Dergelijke overeenkomsten zijn beleidsovereenkomsten. Ze strekken ertoe een aspect van het overheidsbeleid te realiseren. Dat zulks gebeurt via contracten, heeft diverse redenen waaronder psychologische (Van Gerven, W., *op. cit.*, 71; voor een diepgaand overzicht van de problemen: Le Brun, J., «L'administration économique par voie contractuelle en Belgique», in *Renaissance du phénomène contractuel*, Luik, Martinus Nyhoff, 1971, 40-78; Olivier, H., «L'entreprise publique et le droit commercial», *J.T.*, 1976, 537-543; Flamme, M.A., en Favresse, J.M., «Les instruments juridiques de l'intervention des pouvoirs publics», in *Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Brussel, Bruylant, 1976, 231 e.v.; Sarot, J., «Le contrat, instrument d'organisation des services publics», *Adm. Publ.*, 1977, 100-118).

Belangrijk is dat de overheid zelf via overeenkomsten een bepaald aspect van haar beleid tot openbaar belang wenst te realiseren. Een stap in deze richting was reeds het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935, waarbij werd voorzien in de

mogelijkheid om uitbreiding te verlenen, tot alle ondernemers van een sector, van verbintenissen inzake voortbrenging, verdeling, verkoop, uitvoer en invoer (De Vroede, P., *Handboek van het Belgisch economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 157, nr. 496).

21. *Programmaovereenkomsten.* (Eeckman, P., «De programmaovereenkomst», *S.E.W.*, 1971, 3-28; Cambier, C., «Les contrats de programme», in *Miscell. Ganshof van der Meersch*, III, 435-454; Andersen, R., «Le contrat de programme», *Rec. J. Dr. Adm.*, 1975, 241-257; De Vroede, P., *Handboek van het Belgisch economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 285).

Bij artikel 1 van de wet van 23 december 1969 wordt de minister van Economische Zaken gemachtigd programmaovereenkomsten te sluiten met individuele of gegroepeerde ondernemingen, die met name op het vlak van de toegepaste prijzen, verplichtingen inhouden. Het initiatief tot het sluiten van dergelijke contracten kan uitgaan van de minister of van het bedrijfsleven. De programmaovereenkomsten worden niet officieel bekendgemaakt, alleen persberichten maken er melding van.

De wet is vaag met betrekking tot de inhoud. Men kan vaststellen dat het geoorloofd prijzenpeil en de ontwikkeling ervan wordt vastgelegd voor de periode gedurende welke de overeenkomst zal gelden. De overeenkomsten worden slechts voor een beperkte termijn gesloten. Ze zijn hernieuwbaar behoudens opzegging. De programmaovereenkomsten bevatten een clausule waarbij in geval van niet-uitvoering het betalen van een vergoeding wordt opgelegd, maar de eventualiteit van overheidstekortkoming wordt niet geregeld. Indien de overheid te kort zou schieten, wordt argument geput uit art. 1 van de wet dat geen onderscheid maakt tussen beide partijen en dus ook de overheid tot naleving bindt (Andersen, R., *op. cit.*, 256).

Meestal wordt gesteld dat de programmaovereenkomst een publiekrechtelijk beleidsinstrument is. Met prof. De Vroede wensen wij deze opvatting te nuanceren. Bovendien de publiekrechtelijke gevolgen is de overheid ook contractueel gebonden en kan zij bij afwezigheid van fout van de medecontractant niet overgaan tot opzegging of eenzijdige verandering van de voorwaarden (*op. cit.*, nr. 863).

In de praktijk hebben deze overeenkomsten slechts een beperkt succes gehad. Belangrijk is nochtans het feit dat de overheid zelf contractpartij wordt.

22. *De wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie.* Deze wet behandelt verschillende contracten; wij vermelden:

a. het vooruitgangscontract: het is een overeenkomst gesloten tussen de staat en de ondernemingen die, overeenkomstig het economisch plan en de wetenschapsprogrammatie een over meer jaren gespreid programma van technologische en industriële en/of commerciële ontwikkeling wensen uit te voeren;

b. contracten ter bevordering van het ondernemingsbeheer: deze hebben betrekking op de meest aangepaste methodes van organisatie, van beheer en van promotie van het bedrijf;

c. contracten ter bevordering van de technologie: deze regelen de hulp in verband met uitgaven van wetenschappelijke en technologische aard, het onderzoek naar prototypes, het vervaardigen van nieuwe producten en het aanwenden van nieuwe fabricageprocedures.

d. contracten betreffende de reconversie of herstructurering van ondernemingen.

In alle hier opgesomde gevallen zal de privé-sector bepaalde taken op zich nemen en de erbij horende risico's, terwijl de overheid van haar kant fiscale vrijstellingen, financieringen en andere tegemoetkomingen zal verzorgen. Het gaat om contracten waarvoor art. 1134, eerste lid, B.W. gelding vindt. Het recht tot opzegging door de overheid van deze beleidsovereenkomsten maakt de verwoording uit van de noodwendigheid omwille van het algemeen belang het contract te herroepen voor de toekomst (Van Rijn, J., en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 253-260, nr. 245 e.v.).

23. *Toetsing*. Prof. Van Gerven (*op. cit.*, 76-88) stelt zich de vraag of de overheid niet soms een «misbruik van privaatrecht» maakt. Geen dwingende wetsbepaling mag worden geschonden, geen overheidsbevoegdheid mag worden miskend, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten worden nageleefd.

De toetsing zal zowel door de administratieve als door de burgerlijke rechter geschieden. Daar het beleid essentieel is voor de overheid, vraagt men zich af of het wel denkbaar is dat de overheid zich hier bindt. Al laat de overheid het gelijkheidsbeginsel ongeschonden (wat al niet zeker is), dan nog beperkt zij haar eigen discretionaire bevoegdheid. Volgens prof. Van Gerven (*op. cit.*, 86) moeten beleidsovereenkomsten dan ook gezien worden als minder bindend dan gewone administratieve contracten, die op hun beurt al een minder sterke binding teweegbrengen dan de gewone overeenkomsten (waarin er nog gradaties zouden zijn, zo bv. toetredingscontracten).

Wij zouden algemeen stellen dat de rechter in alle gevallen zal moeten oordelen of de motieven door de overheid ingeroepen om de wijziging of niet-naleving van de contracten te rechtvaardigen, naar recht gegrond kunnen worden. In plaats van een classificatie van de administratieve en civiele contracten, kan evengoed een nuancering in de toetsing plaatsvinden. Nader gesteld, de noodsituatie zal ruimere en snellere invloed hebben op een beleidsovereenkomst, dan op een domaniale concessie van een cafetaria in een gemeentelijk zwembad.

Flugger zal het algemeen belang gemoeid zijn met het aanpassen van een programmaovereenkomst dan met de prijsaanpassing van de vergoeding te betalen voor een marktstandplaats.

Vanuit het standpunt van de medecontractant zal echter steeds de evaluatie naar het foutieve gedrag moeten worden gemaakt, waarbij wij onze algemene zienswijze handhaven.

III. Overheidscontrole op het privaatrechtsovereenkomstenrecht

24. De overheid neemt steeds meer en meer maatregelen die ertoe strekken invloed of controle op het privaatrechtsovereenkomstenrecht uit te oefenen. Het zijn de regels tot ordening van het handelsverkeer (la police du commerce; Van Rijn, J., en Heenen, J., *op. cit.*, I, 122 tot 171). Als voorbeelden noemen wij de Handelspraktijkenwet (de sancties zijn niet enkel van herstellende aard, herstel in natura, stopzetting, of vergoedende aard, doch tevens van strafrechtelijke aard (art. 62)), de prijsreglementering (De Vroede, P., *Prijsregeling*, A.P.R., 1976), de wetgeving tot bescherming tegen

het misbruik van economische machtspositie (del Marmol, Ch., *La protection contre les abus de puissance économique en droit belge*, 1960) en het Belgisch en Europees kartelrecht (Van Gerven, W., Maresceau, M., en Stuyck, J., *Handels- en economisch recht*, deel 2, *Mededingingsrecht*, B, *Kartelrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985).

Zonder op deze materie te willen ingaan, stellen wij hier dat al deze wetgevingen beperkingen aan de contractvrijheid opleggen teneinde een algemeen beleid te realiseren. Er is bv. misbruik van machtspositie als een of meer personen die een economische machtspositie bekleden, op het algemeen belang inbreuk maken door praktijken die de normale werking van de mededinging vervalsen of beperken of een hinderpaal vormen hetzij voor de economische vrijheid der voortbrengers, verdelers of verbruikers, hetzij voor de ontwikkeling van produktie of ruilverkeer (art. 2 wet van 27 mei 1960). Op klacht stelt de commissaris-verslaggever een onderzoek in en hij legt eventueel het dossier voor aan de Raad voor Economische Geschillen. In voorkomend geval kan de Koning de nodige maatregelen treffen om aan het misbruik een einde te maken.

Ter uitvoering van het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935 kunnen, zoals gezegd, vrij aangegane verbintenissen die betrekking hebben op voortbrenging, verdeling, verkoop, uitvoer of invoer, uitgebreid worden tot alle ondernemers van de betrokken sector (Van Rijn, J., en Heenen, J., *op. cit.*, 249, nr. 238 e.v.). De overheid moedigt aldus het sluiten van standaardcontracten aan.

In het Europees kartelrecht zal de Commissie bij gemotiveerde beslissing sancties kunnen opleggen. De ondernemingen tot wie de beschikking is gericht, kunnen een beroep tot nietigverklaring instellen voor het Hof van Justitie (bespreking door Van Gerven e.a., *op. cit.*, 428 e.v.).

Inzake consumentenbescherming rijst de vraag of de overheid een invloed op de contracten dient uit te oefenen. Wij hebben vroeger (Bosmans, M., «Standaardbedingen», *T.P.R.*, 1984, 93-94) gezegd dat mogelijkerwijze een betere bescherming tegen onereuze standaardbedingen kan worden bereikt door naar Frans voorbeeld (Armand-Prevost, M., en Richard, D., «Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)», *La Semaine Juridique*, 1979, doct. nr. 2952) commissies samen te stellen met vertegenwoordigers van de diverse belangengroepen (overheid inbegrepen dus) ten einde standaardcontracten voor bepaalde sectoren uit te werken, die algemeen bindend verklaard zouden kunnen worden. Dit zou een andere vorm zijn van invloed op het privaatrechtsovereenkomstenrecht.

IV. Algemene voorlopige besluiten

25. Bestaat er een eigen administratief contractenrecht dat alle aangehaalde contracten beheerst (De Visschere, F., «Het administratief contract», *R.W.*, 1962-63, 2393-2406) en zich onderscheidt van het civiel verbintenissenrecht? Zeker is er geen dergelijk leerstuk op dit ogenblik. De jurist is aangewezen op nogal vage constructies van een reeks sui generis contracten.

Toch kunnen, zonder dat volledigheid beoogd wordt, de volgende gegevens aangestipt worden:

a. *Totstandkoming*: de wet bepaalt welke overheden onder welke voorwaarden bekwaam zijn om rechtshandelingen te verrichten. Geen bekwaamheid zonder wet. Indien

een goedkeuring vereist is, geldt deze als opschortende voorwaarde.

b. *Voorwerp en oorzaak*. Of het een regeling van algemeen beleid, een realisering van de exploitatie van een openbare dienst of een verlenen van een privaat genotsrecht betreft, steeds zal ervoor moeten worden gewaakt dat voorwerp of oorzaak niet in strijd zijn met de openbare orde. Is er geen aantasting van het gelijkheidsbeginsel, van de vrijheid van handel en nijverheid? Is er geen vervalsing van de mogelijkheden door toekenning aan de medecontractant van fiscale en sociale voordelen en financiële tegemoetkomingen?

De burgerlijke rechter zal de artikelen 1131-1133 B.W. slechts kunnen toepassen indien het contract aanleiding geeft tot een geschil.

Kunnen de andere rechtsonderhorigen beroep instellen? Naar ons gevoel kunnen zij, steunend op de leer van de afsplitsbare handelingen, zich wenden tot de Raad van State, die bevoegdheid heeft om de beslissing van de overheid tot het sluiten van overeenkomsten te toetsen op legaliteit, erin begrepen de beginselen van behoorlijk bestuur (Van Gerven, W., *op. cit.*, «Hoe blauw ...», 80).

c. *Vorm en ruchtbaarheid*. Is het gerechtvaardigd dat de overheid contracteert, zonder dat ieder burger vooraf geïnformeerd is en gelijke mogelijkheden heeft om de contractspartner van de overheid te worden. Wij menen dat hier in een vorm van publiciteit zou moeten worden voorzien, al is het een voorafgaande oproep in het Staatsblad, gevolgd door een nieuw bericht zodra de overeenkomst gesloten is. Een dergelijke oplossing, *de lege ferenda*, zou trouwens op nuttige wijze de termijnen voor het administratief beroep kunnen laten lopen.

d. *Misbruikclausules*. Soms worden administratieve contracten gekenmerkt door van het gemene recht afwijkende bedingen ten voordele van de overheid. Om dezelfde redenen en motieven als die welke gelden in het privaat contractenrecht, zullen sommige bedingen kunnen worden nietig verklaard of kan hen hun rechtsgevolg ontnomen worden (bv. gekwalificeerde benadeling...).

e. *Gevolgen ten aanzien van derden*. Ook deze zijn dezelfde als in het gemene recht. De leer ter zake van de derde-medeplichtigheid zal ook hier toepassing vinden (Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427, *R.C.J.B.*, 1984, 359, met noot Merchiers, Y).

f. *Wijziging, aanpassing, beëindiging*. Wij beschouwen als regel van behoorlijk bestuur, dat de overheid in *elk* contract een regeling opneemt voor mogelijke wijziging van de contractvoorwaarden, herziening en vroegtijdige beëindiging. Tevens zou er in een regeling van schadeloosstelling van de medecontractant in al deze gevallen dienen te worden voorzien.

Is dit niet geschied dan kan gewag gemaakt worden van een culpa in contrahendo al naar gelang van de omstandigheden, dit mede daar het aspect negociatie zo een belangrijk gegeven is voor de besproken contracten (Le Brun, *op. cit.*, 63 e.v.; Flamme en Favresse, *op. cit.*, 299; voor de theorie in haar toepassingen: Kruithof, R., «Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 528 e.v., nr. 21).

Toch menen wij dat de overheid *steeds* het recht heeft in het algemeen belang te wijzigen, herroepen, beëindigen, enz... Echter zal er in dat geval een contractuele fout zijn

(en vervangende vergoeding). De artikelen 1134, derde lid, en 1146 e.v. B.W. zullen gelden. Zou de overheid zich op overmacht (artt. 1147-1148 B.W.) kunnen beroepen? Zoals wij hierboven stelden, is naar de Belgische rechtspraak de overmacht die de schuldenaar van de verplichting tot schadevergoeding bevrijdt, de gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt voor de nakoming van de verbintenissen en die, wat de totstandkoming betreft, aan geen fout van de schuldenaar te wijten is (Cass., 9 dec. 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 404). Nu de rechtspraak aanneemt dat een onwettige beslissing een fout uitmaakt (Cass., 19 dec. 1980 en 13 mei 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 5, met noot Dalcq, R.O., «Unité ou dualité des notions de faute de d'illégalité») en stemmen opgaan voor het zoeken van een eenheid tussen de diverse aansprakelijkheidsregimes (Viney G., *Les obligations, la responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 193 e.v.) menen wij dat niet als overmacht geldt het gebrek aan voorzorg, de nalatigheid bestaande in het niet voorzien van de gebeurtenis die tot het ingrijpen der overheid aanleiding is. Slechts zo de rechter vaststelt dat er normale, menselijke of praktische onmogelijkheid (De Page, H., *op. cit.*, II, 601, nr. 602), bij de overheid aanwezig was, kunnen de artikelen 1147 en 1148 B.W. toegepast worden en zal de overheid dus net zoals de gewone contractant vrijuit gaan. Le fait du prince voldoet hier niet voor zover het een eigen daad betreft van «de» overheid. Nuttig kan gezocht worden naar onderscheiden rechtspersoonlijkheden. (Flamme, M.A., en Favresse, J.M., *op. cit.*, 303, stellen voor een systeem van foutloze aansprakelijkheid in te voeren ingeval de overheid in het algemeen belang gedwongen wordt een andere houding aan te nemen dan die welke te verhoppen was.)

g. *Contractuele fout*. Ook inzake de eerlijke handelsgebruiken dienen de regels van het gemene recht gelding te vinden, maar moeilijker wordt het, wanneer misbruik van economische machtspositie of Europees concurrentierecht ter sprake komen. Ook hier zal het algemeen belang moeten worden afgewogen en eventueel als overmachtssituatie kunnen doorgaan. Wij zijn hier echter zeer terughoudend. Overschrijdt hier het algemeen belang niet de particuliere belangen? De rechter zal de concrete gegevens weergeven.

h. *Dading en arbitrage*. De artikelen 2045 B.W. en 1676, tweede lid, Ger. W. beperken de mogelijkheid tot het aangaan van dadingen en het onderwerpen van geschillen aan arbitrage.

De pleegvormen van deze artikelen zijn essentieel en raken de openbare orde (Cass., 8 aug. 1851, *Pas.*, 1852, I, 122). De auteurs bekritisieren het verbod (Flamme, M.A., «Le régime des activités industrielles ou commerciales des pouvoirs publics», *Rev. Inst. Sociol. ULB*, 1966, 143 tot 267, nr. 56); de motieven tegen deze vrijheid voor de overheid zijn immers dezelfde als die welke zich tegen haar contractvrijheid via overeenkomsten van privaatrecht verzetten.

i. *Gedwongen tenuitvoerlegging*. Geen gedwongen tenuitvoerlegging tegen de overheid is mogelijk, wat niet wegneemt dat zonder dit beginsel te schenden herstel in natura kan worden bevolen (Cass., 26 juni 1980, *R.C.J.B.*, 1983, 173). Evenmin kan een overheidsbedrijf failliet worden verklaard (Olivier, H., *op. cit.*, 542).

Marc BOSMANS

GENTLEMEN'S AGREEMENTS EN ANDERE AFSPRAKEN MET ONZEKERE RECHTSGEVOLGEN

I. Inleiding

1. Een contract is een overeenkomst waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden iets te geven, te doen of niet te doen (artikel 1101 B.W.). Zoals bij iedere rechtshandeling beogen de partijen ook hier een bepaald rechtsgevolg, i.c. de creatie van in rechte afdwingbare verbintenissen. Nu is het niet zo dat alle afspraken die de partijen maken aan dit begrip «overeenkomst» beantwoorden. Zo zal in sommige gevallen iedere verbindende kracht aan een gedane toezegging worden ontkend omdat de rechtsorde deze nu eenmaal onvoldoende relevant acht. In andere gevallen — waarin de rechtsorde zich nochtans niet zou verzetten tegen het verlenen van die verbindende kracht — blijkt de afdwingbaarheid niet bestaande of althans problematisch te zijn. Ten einde de knellende band van de overeenkomst te ontvluchten hebben de partijen gentlemen's agreements gesloten, hebben zij het over principiële akkoorden, worden protocols of memoranda opgesteld, leggen zij intentieverklaringen af e.d.m.¹

In dit preadvies zal gepoogd worden een aantal van dergelijke problematische «overeenkomsten» in kaart te brengen en de juridische gevolgen ervan te evalueren². Hierbij dient zich dan meteen de vraag aan of het de partijen wel toekomt om aan hun afspraken iedere verbindende kracht te ontzeggen. Eerst zal echter worden onderzocht onder welke voorwaarden de rechtsorde bereid is met gemaakte afspraken rekening te houden en welke toezeggingen die juridische relevantie in de regel missen.

II. Juridische relevantie van afspraken

2. De enkele wilsovereenstemming is niet voldoende om contractuele verbintenissen in het leven te roepen. Het recht eist meer: een rechtvaardiging voor het gebonden zijn. Deze rechtvaardiging of bestaansreden van de verbind-

¹ Uit sociologisch onderzoek is overigens gebleken dat voor zakenlieden het honoreren van afspraken niet in de eerste plaats gedetermineerd wordt door de aanwezigheid van juridische sancties: Macaulay, S., «Non contractual relations in business», *Am. Soc. Rev.*, 1963, 55-67; BEALE en DUGDALE, «Contracts between businessmen», *Brit. J. of Law & Soc.*, 1975, 45 e.v.

² Het onderzoek blijft beperkt tot het privaatrecht. Problematische afspraken op andere gebieden blijven buiten beschouwing. Bijv.: overeenkomsten met de fiscus (zie: VAN HOUTTE, J., *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, I, 1979, 47-48, nrs. 46 en 47; C.A.O.'s (zie recentelijk: RIGAUX, M., «Omtrent de juridische afdwingbaarheid van obligatoire CAO-bepalingen», *R.W.*, 1985-86, 913 e.v.); intentieverklaringen en afspraken in het volkenrecht (zie de verwijzingen in de noot J.V., *Arr. Cass.*, 1978, 561).

Over het fenomeen van zgn. *soft-law* in het algemeen o.m.: BRAECKMANS, H., «Paralegale normen en lex mercatoria», *Post-universitaire Cyclus Prof. Willy Delva*, 1985; COUSY, H., «Le rôle des normes non-juridiques dans le droit», in *Rapports belges au XIe Congrès de l'A.I.D.C.*, Antwerpen, 1982, 131-156; *L'hypothèse du non-droit*, Luik, 1978.

tenis wordt door het B.W. aangeduid als de *oorzaak* (artikel 1131 B.W.). De theorie van de oorzaak — in navolging van Van Ommeslaghe gedefinieerd als het geheel der beweegredenen en motieven der contractanten die door het recht in aanmerking worden genomen³ — levert ons het criterium om uit te maken welke afspraken beschermenswaard zijn en welke daarentegen door de rechtsorde niet worden gehonoreerd⁴. Tegen dit «psychologiserend» *causa*-begrip wordt door de zgn. anti-causalisten een meer objectieve toets voorgesteld: is de afspraak, gelet op de in het verkeer geldende rechtsnormen en de omstandigheden van het geval, rechtens relevant⁵?

Het onderscheid tussen beide benaderingswijzen mag echter niet worden overschat: ook in de *causa*-theorie wordt enkel rekening gehouden met bedoelingen en motieven in zoverre zij «rechtens relevant» zijn.

3. Diverse pogingen zijn reeds gedaan om deze grenslijn op objectieve wijze te bepalen⁶. Veelal wordt hierbij groot belang gehecht aan het «economisch nut» van de overeenkomst en de vermogenswaarde van de prestatie of de toezegging. Deze gedachte is duidelijk ook terug te vinden in het N.N.B.W. Artikel 3.1.1.5 definieert vermogensrechten (en dus ook contractuele rechten) als rechten die «ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen». Andere voorgestelde criteria zijn ook nog: de belangloosheid van diegene die de toezegging doet of de prestatie verricht, het economisch belang ervan voor de wederpartij, de vaagheid van de toezegging e.d.

Het is echter duidelijk dat het antwoord op deze vraag niet in abstracto kan worden gegeven. Veeleer zal men aan de hand van gevallen, stap voor stap, moeten uitmaken voor welke afspraken (en in welke mate) het recht al dan niet belangstelling heeft⁷. Hierbij dient dan rekening te worden gehouden zowel met subjectieve elementen (wat hebben de partijen gewild) als met objectieve elementen (hoe worden dergelijke afspraken in het maatschappelijk verkeer opgevat).

Deze probleemstelling roept op haar beurt de vraag op of er niet bepaalde gebieden zijn in de menselijke verhoudingen die in het geheel niet in aanmerking komen om het

³ VAN OMMESLAGHE, P., «Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne», *R.C.J.B.*, 1970, 328-367.

⁴ ZWEIGERT, K., «Du sérieux de la promesse», *R.T.D.Civ.*, 1964, 33-44; Id., «Seriositätsindizien», *J.Z.*, 1964, 349-354.

⁵ VAN DUNNE, J., *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, 1971, 288 e.v.; HELLEMA, A.W., «Een toezegging zonder rechtsgrond», in *Dorhout Mees - bundel*, 1974, 373-385.

⁶ O.m. bij: DEMOGUE, *Traité*, II, 204, nr. 564; *Staudinger B.G.B.*, Einl. § 241, nr. 190 e.v. en de verwijzingen aldaar. Zie ook HUGO DE GROOT, *De iure belli ac pacis*, 2, 12, VII: «alle handelingen welke anderen tot nut zijn, worden als contracten aangeduid».

⁷ SCHOORDIJK, H.C.F., *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht van het N.B.W.*, Deventer, 1979, 466.

voorwerp uit te maken van rechtens verbindende afspraken (infra nr. 4). Omgekeerd kan dan ook de vraag worden gesteld of aan de partijen de bevoegdheid toekomt om in deze gebieden die de rechtsorde wél aanbelangen, afspraken te maken die aan inmenging van die rechtsorde ontsnappen (infra nr. 16).

III. Afspraken die de rechtsorde niet aanbelangen

4. Omringt het recht ons aan alle kanten, dan is het (gelukkig) niet zo dat alle menselijke verhoudingen door het recht worden beheerst. Tenzij men erop uit is om iedere handeling virtueel «juridiseerbaar» te maken⁸, moet men aannemen dat ons rechtssysteem bepaalde handelingen niet valoriseert. Zo wordt bijvoorbeeld aangenomen dat louter sociale afspraken of die welke sterk affectief gekleurd zijn, niet voor de rechter kunnen worden afgedwongen. Dergelijke afspraken belangen de rechtsorde niet aan; zij liggen in het door Carbonnier beschreven domein van het «non-droit»⁹. Wellicht is het nuttig om, zij het dan slechts als verkenning, na te gaan welke afspraken zoal door de rechtsorde niet worden gehonoreerd.

§ 1. Sociale en affectieve afspraken

5. Algemeen wordt aanvaard dat louter sociale afspraken de rechtsorde niet aanbelangen. Dit is eveneens het geval met toezeggingen en afspraken die gedetermineerd zijn door wellevendheid, morele verplichtingen, liefde, vriendschap. Sociale of mondaine verplichtingen en «complaisance»-handelingen geven geen aanleiding tot rechtens afdwingbare verbintenissen¹⁰. De uitnodiging voor een feest, ook al is die aanvaard¹¹, de belofte deel te nemen aan een fietstocht of een partijtje tennis, de toezegging iemand een lift te geven e.d.m. kunnen niet in rechte worden afgedwongen. «Die Rechtsordnung», aldus Flume «steht für solche Bindungen nicht zur Verfügung»¹².

Voor het Engelse recht is dit principe neergelegd in *Balfour v. Balfour*. Het betrof hier een regeling tussen een op Ceylon woonachtig echtpaar, waarbij de man beloofde maandelijks een bepaalde som uit te keren aan zijn echtgenote die om gezondheidsredenen in Engeland diende te blijven. De afdwingbaarheid van deze afspraak werd geweigerd. Volgens rechter Atkin maken dergelijke «domestic agreements» geen overeenkomsten uit: «They are not contracts because the parties dit not intend that they should be

attended by legal consequences... Agreements such as these are outside the realm of contracts altogether»¹³.

Aldus werden niet verbindend verklaard: de belofte van een vader om zijn zoon een reis te betalen indien hij zijn rechtenstudie afmaakt¹⁴, de belofte om een broer te helpen met een lening ten einde en strafvervolgung te voorkomen¹⁵, de belofte van een notaris aan de burgemeester van de stad waar hij is benoemd, om gedurende twintig jaar een bepaalde som aan de armen af te staan¹⁶, afspraken tussen familieleden of vrienden om samen een woning te delen¹⁷. Het bestaan van een contractuele verhouding wordt ook ontkend in gevallen van kosteloos meerijden (infra nr. 11), en tussen de ouders en een «baby-sit»¹⁸.

6. Een aparte vermelding verdienen zgn. *familiale overeenkomsten*. Deze overeenkomsten hebben veelal betrekking op materies die de openbare orde aanbelangen en zijn dan absoluut nietig (bijv. echtscheiding in der minne)¹⁹. In andere gevallen komt aan de rechter de bevoegdheid toe dergelijke overeenkomsten te wijzigen (bijv. overeenkomsten betreffende hoederecht en alimentatie van kinderen). De recente rechtsleer stelt zich evenwel toleranter op: dergelijke overeenkomsten zouden niet ongeldig zijn, maar wel permanent herroepbaar en beperkt in de tijd²⁰. Hoe dit ook zij, wanneer de partijen de toepassing van dwingende rechtsregels hebben willen uitsluiten, dan kunnen zij niet de illusie hebben dat de verbindende kracht van hun afspraken op iets anders berust dan op hun woord van eer.

In de overige gevallen kan er onzekerheid rijzen over de vraag of de partijen de intentie hadden zich in rechte te willen verbinden en zo ja, welke juridische gevolgen aan hun afspraak moeten verbonden worden. De waarschuwing van rechter Roskill in dit verband is pertinent: «The courts must be careful when family arrangements are entered into not to try and force those arrangements into an unfitting legal straitjacket»²¹. Wat de precieze gevolgen van dergelijke afspraken betreft, dient, benevens met de bedoelingen der partijen, rekening te worden gehouden met de wijze waarop zo'n afspraak in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijze moet worden uitgelegd.

¹³ (1918-19), *All. ER*, 860.

¹⁴ POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 4.

¹⁵ Rb. Amsterdam, 4 mei 1937, *N.J.*, 1938, 478: een dergelijke belofte moet geacht worden te liggen «buiten het gebied des rechts».

¹⁶ Orléans, 23 april 1842, gecit. bij LAURENT, *Principes*, XV, 484, nr. 430.

¹⁷ Over de belofte om samen te gaan wonen: WESSELS, B., o.c., 95-98; *Chitty on contracts*, 73-74, nr. 127. Voor een recent toepassingsgeval: Vred. St. Niklaas, 15 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 1088 met noot J. HERBOTS. In bepaalde gevallen kan het bestaan van een overeenkomst worden aangenomen, bijv.: Parker v. Clark (1960) *All ER* 93: dat het inwonende echtpaar het eigen huis had verkocht, wijst er volgens de rechter op dat «an arrangement binding in law was intended by both sides».

¹⁸ B.G.H., 2 juli 1968, *N.J.W.*, 1968, 1874.

¹⁹ Les Nouvelles, *Droit civil*, IV, 1, 374, nr. 1338 e.v.; DE PAGE, *Traité*, I, nr. 91.

²⁰ Zie bij: BAETEMAN, G. e.a., *Het echtscheidingsrecht in België*, 1977, 12, nr. 11; CHAPPELLE, A., «Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale», *R.T.D.Civ.*, 1984, (411), 425 e.v.

²¹ *Hardwick v Johnson*, (1978) 2 *All ER* 935, 940.

⁸ GOYARD-FABRE, S., *Essai de critique phénoménologique du droit*, Parijs, 1972, 56 e.v. die van oordeel is dat «toute conduite se rapportant à l'homme est, en totalité ou en partie, juridicisable». Zie ook: KELSEN, K., *Reine Rechtslehre*, Wenen, 1960, 16.

⁹ CARBONNIER, J., *Flexible droit*, Parijs, 1971 (tweede uitgave), 20 e.v.

¹⁰ Zie bij: PERREAU, E.-H., «Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence», *R.T.D.Civ.*, 1914, 481-522; MAYER, D., «L'amitié», *J.C.P.*, 1974, I, 2663; CORNU, G., «Du sentiment en droit civil», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1963, 189-206.

¹¹ Anders: Vred. Gosselies, 5 september 1891, *J.T.*, 1891, 1231.

¹² FLUME, A., *Das Rechtsgeschäft*, 1979, 87. Zie ook bij VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 100.

7. Nog een belangrijk toepassingsgeval betreft bij *samenlevingsvormen* buiten het huwelijk, vergoedingsregelingen en afspraken omtrent boedelverdeling. Ook hier rijst de vraag op dergelijke toezeggingen (bijv.: «Ik zal altijd voor je zorgen») alleen maar uitingen van genegenheid zijn, dan wel of zij als rechtshandelingen moeten worden beschouwd. Het lijkt geen twijfel dat het bestaan van affectieve verhoudingen het ontstaan van overeenkomsten tussen partijen niet in de weg staat. Zo kent het B.W. geen principieel verbod op contracten tussen echtgenoten (uitz.: artikel 1595 B.W.). De geldigheid van overeenkomsten waarin concubinerenden regelingen treffen nopens de vermogensrechtelijke aspecten van hun relatie (alimentatie, boedelscheiding) wordt dan ook niet meer betwist²². Nog een stap verder gaat Heyvaert. Deze auteur is van oordeel dat bij concubinaatsverhoudingen steeds van moet worden uitgegaan dat een contract sui generis tot stand komt, waarvan het bestaan bewezen wordt door de volgehouden uitvoering. Deze «sui generis»-overeenkomst kan dan slechts beëindigd worden door een redelijke termijn in acht te nemen op straffe van «verbrekingsvergoeding»²³. De vraag is echter of de partners deze juridische gevolgen wel hebben beoogd.

8. Een ander typegeval is de beloning voor *huishoudelijke hulp*. Te denken valt aan de buurvrouw die een alleenstaande bejaarde gedurende lange jaren heeft verzorgd. Kan in zo'n geval aanspraak worden gemaakt op beloning of dient men er steeds van uit te gaan dat het gaat om een belangeloze vriendendienst? Het antwoord op die vraag zal afhangen van diverse factoren, o.m. van de aard van de hulp, de verwantschap tussen partijen, de gewekte verwachtingen e.d.m. Terecht is de Rechtbank te Aarlen van oordeel dat het bestaan van een stilzwijgende overeenkomst niet licht mag worden aangenomen²⁴. Volgens de Amerikaanse rechtspraak, zoals die door Schoordijk is onderzocht, kan de hulpverlener aanspraak maken op vergoeding «if a reasonable person in his position would have expected payment» of «if there was a mutual understanding for intention that the services be paid for»²⁵.

Wanneer in dergelijke gevallen een vergoeding in het vooruitzicht werd gesteld, is een gedeelte van de rechtspraak geneigd om deze belofte enkel als een natuurlijke verbintenis te beschouwen²⁶. Deze rechtspraak strookt echter niet meer met de hedendaagse opvattingen omtrent

de economische waardering van huishoudelijke arbeid. In die zin is de Arbeidsrechtbank te Hasselt van oordeel dat «huishoudelijke werkzaamheden een economisch goed zijn die normaal als dusdanig worden beloond»²⁷.

9. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat de vraag wanneer louter sociale of affectieve toezeggingen juridische gevolgen teweegbrengen niet in abstracto kan worden beantwoord. Het antwoord op deze vraag zal afhangen van de omstandigheden van het geval, rekening houdend met de maatschappelijke opvattingen en hetgeen de partijen redelijkerwijze hebben bedoeld resp. mochten verwachten. Dit wordt treffend verwoord in een arrest van het B.G.H.: «Eine erwiesene Gefälligkeit hat nur dann rechtsgeschäftlichen Charakter, wenn der Leistende den Willen hat, dass seinem Handeln rechtliche Geltung zukommen solle... Ob ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist nicht nach dem nicht in Erscheinung getretenen inneren Willen des Leistenden zu beurteilen, sondern danach, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schliessen musste. Es kommt also darauf an, wie sich dem objectiven Beobachter das Handeln des Leistenden darstellt»²⁸.

Ten einde dubbelzinnigheid hieromtrent weg te nemen, verdient het aanbeveling om dergelijke afspraken in een geschrift neer te leggen. Het opmaken van een geschrift is immers een belangrijke aanwijzing van de intentie van de partijen om zich in rechte te willen binden²⁹. Ook moet acht worden geslagen op de economische belangrijkheid der toezeggingen of prestaties. Benevens het voorhanden zijn van een geschrift en het economisch belang suggereert Cohen Henriques³⁰ nog enige andere criteria die bij deze uitleggingsvraag goede diensten kunnen bewijzen. Volgens deze auteur dienen dergelijke toezeggingen minder in aanmerking genomen te worden om als rechtens afdwingbare verbintenissen te worden beschouwd, naarmate de affectieve verhouding intenser is, de toezeggingen algemener of vager zijn³¹, er geen tegenprestatie werd bedongen en tot slot, naarmate de toegezegde handelingen meer in de beroeps- of bedrijfsfeer liggen van de belover³².

²² O.m.: VANDENBERGHE, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, 1970, 206, nr. 117 e.v.; HEYVAERT, A., «Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk», *T.P.R.*, 1985, (21), 30, nr. 15 e.v.

²³ HEYVAERT, A., o.c., *T.P.R.*, 1985, 40, nr. 35.

²⁴ Rb. Aarlen, 22 november 1938, *Pas.*, 1940, III, 43: «qu'il est aisé d'imaginer des mobiles qui ont pu dicter leur intervention des intimes, tels l'affection, le sentiment du devoir, ou l'esprit de spéculation, et qui sont exclusifs de toute rémunération. (...) L'existence (d'une convention) doit être d'autant moins facilement admise, lorsque les intimes se disaient heureux d'offrir leur services gratuitement».

²⁵ SCHOORDIJK, H.C.F., *Oordelen en vooroordelen*, Deventer, 1972, 20-26.

²⁶ Luik, 11 maart 1882, *B.J.*, 1882, 650; Rb. Brussel, 30 december 1872, *B.J.*, 1873, 634; Rb. Hasselt, 8 april 1908, *Pas.*, 1908, III, 332. Anders: Brussel, 13 juni 1874, *B.J.*, 1874, 1023.

²⁷ Arbrb. Hasselt, 16 mei 1984, *R.W.*, 1985-86, 383. De rechtbank gaat zelfs zo ver de hulpverlener het recht op bestaansminimum te ontzeggen omdat «zij zich door de uitgevoerde werkzaamheden een inkomen zou kunnen verdienen». Over de vergoeding voor het verlies van de economische waarde van de huishoudelijke arbeid o.m.: BONHEURE-FAGNART, M., «La valeur économique du travail ménager»; *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9471; SCHUERMANS, L., e.a., «Overzicht van rechtspraak. Schade en schadeloosstelling», *T.P.R.*, 1984, 712, nr. 48.

²⁸ B.G.H., 22 juni 1956, *E.B.G.H.Z.*, 21, (102) 106.

²⁹ HEYVAERT, A., o.c., *T.P.R.*, 1985, 33, nr. 21; VAN DER WERF H., *Overeenkomstenrecht*, Arnhem, 1981, 32.

³⁰ COHEN HENRIQUEZ, E., «Affectie en recht», *W.P.N.R.*, 1983, nr. 5667, (601), 606.

³¹ Bijv. *Taylor v Brewer* (1813) 1 *M. & S.*, 291: iemand zegt zijn medewerking toe in een vereniging tegen een vergoeding die zal bepaald worden «as should be deemed right»; een dergelijke belofte is «merely an engagement of honour».

³² Aldus kan bijvoorbeeld niet van een vermoeden worden uitgegaan dat een geneesheer of een advocaat die een vriend op consult krijgt, afstand heeft gedaan van iedere honorering (PERREAU, E.-H., o.c., *R.T.D.Civ.*, 1914, 490. Anders: DEMOGUE, *Traité*, II,

10. Zoals gezegd staan affectieve verhoudingen tussen de partijen de geldigheid van de overeenkomst niet in de weg. De teloorgang van dergelijke preferentiële verhoudingen kan achteraf de geldigheid van de overeenkomst niet meer aantasten³³. Zo men er van uitgaat dat gevoelens zoals liefde, vriendschap, eerbied, ontzag, medelijden e.d.m. motieven zijn die tot de «oorzaak» van de overeenkomst kunnen worden gerekend, dan is het zo dat het oorzaakver-eiste uitsluitend op het ogenblik van de contractsluiting moet worden onderzocht. Wat na dit tijdstip gebeurt kan de overeenkomst niet meer aantasten.

Volledigheidshalve kan er nog op gewezen worden dat de belangeloosheid wel een weerslag heeft op de beoordeling van de contractuele aansprakelijkheid. De contractant die zich om niet heeft verbonden, staat enkel in voor de *culpa levis in concreto* (cf. art. 1928 en 1992 B.W.).

11. Indien al de hier aan de orde zijnde afspraken geen aanleiding geven tot afdwingbare verbintenissen, dan zijn zij daarom nog niet van iedere juridische relevantie ontbloot. «Les tribunaux», zo schrijft Ripert, «en accordant ainsi certains effets aux devoirs de conscience, les font entrer dans le monde du droit. Impuissants à en assurer l'exécution par la contrainte, ils s'efforcent du moins de leur donner la vie inférieure à laquelle ils peuvent prétendre»³⁴.

Een eerste juridisch gevolg is dat op een eenmaal nagekomen toezegging niet meer kan worden teruggekomen (cf. art. 1235 B.W.). Een mooie illustratie levert het volgende vonnis van de Vrederechter te Brugge. Na het afbreken van de verlovings stuurt de jongeman aan zijn gewezen verloofde een factuur voor allerhande leveringen en prestaties verricht in het verleden. Deze vordering wordt terecht afgewezen: «Op het ogenblik van de uitvoering der leveringen en prestaties had de eiser niet de bedoeling deze aan te rekenen, zodat er dienaangaande geen overeenkomst tussen partijen kan zijn. Eiser kan achteraf niet eenzijdig daarop terugkomen»³⁵.

Wanneer A een bepaalde prestatie heeft verricht met het oog op een tegenprestatie van B en deze tegenprestatie uitblijft, dan kan A het vermogensverlies op quasi-contractuele grondslag compenseren. Te denken is aan de afspraak dat A zijn collega B in de auto zal meenemen naar het gemeenschappelijk werk op voorwaarde dat B deelt in de brandstofkosten. Ligt hier geen «contract» voor, zodat A, evenmin als B, de andere tot uitvoering kan dwingen, dan zal A wel aanspraak kunnen maken op vergoeding voor de brandstofkosten voor de reeds gemaakte reizen.

Een andere juridische implicatie betreft de aansprakelijkheid wanneer schade wordt toegebracht. De verhouding

tussen partijen (familiale band, vriendendienst e.d.) kan van dien aard zijn dat zij de beoordeling van de aansprakelijkheid beïnvloedt. Ter illustratie kan gewezen worden naar de aansprakelijkheid van de autobestuurder in gevallen van «kosteloos meerijden» of op de aansprakelijkheid van de hulpverlener of redder. In beide gevallen wordt door een gedeelte van rechtsleer en rechtspraak verdedigd dat tussen autobestuurder en lifter³⁶ en tussen hulpverlener en hulpbehoevende³⁷ een impliciete overeenkomst tot stand komt. Deze overeenkomst strekt er dan toe de aansprakelijkheid van de automobilist resp. hulpverlener te beperken. De meerderheidsopvatting verworpt deze contractuele benaderingswijze en beoordeelt de aansprakelijkheid op grond van art. 1382 e.v. B.W. Dit neemt niet weg dat ook hier gepoogd wordt hetzelfde doel te bereiken als dat van de verdedigers van de contractuele opvatting, nl. het milderen van de aansprakelijkheid. Zo wordt in gevallen van kosteloos meerijden frequent een beroep gedaan op de eigen fout of op de risico-aanvaarding van de benadeelde³⁸, terwijl in de reddingsgevallen de rechter, op grond van een beoordeling in concreto, uitgenodigd wordt de aansprakelijkheid van de hulpverlener met minder gestrengheid te beoordelen³⁹.

Ten slotte kan het niet-naleven van verplichtingen in de sociale sfeer onder omstandigheden een onrechtmatige daad uitmaken. Zo kan het abrupt en ontijdig afbreken van de verlovings aanleiding geven tot schadevergoeding⁴⁰. Ook het niet-naleven van mondaine normen kan onder omstandigheden als onzorgvuldig worden aangemerkt⁴¹. Zo is volgens een arrest van het Hof van Beroep te Gent het weglaten van bepaalde aanverwanten op een overlijdensbericht onrechtmatig⁴². Bij sportbeoefening levert het niet naleven van spelregels weliswaar nog niet ipso facto een onrechtmatige daad op, maar er wordt aanvaard dat dergelijke overtredingen voor de rechter toch wel een eerste indicatie zijn⁴³.

³⁶ Zie bij: DALCQ, *Traité*, I, 231, nr. 477 en de verwijzingen aldaar. De meeste auteurs ontkennen het bestaan van een overeenkomst omdat de lifter geen recht heeft op vervoer (*Les Nouvelles Droits civil*, IV, 74, nr. 36). Volgens VAN GERVEN getuigt dit van een te schrale opvatting van het begrip overeenkomst. In navolging van Hohfeld's analyse van het begrip «recht» komt de auteur tot het besluit dat er wel een overeenkomst is ontstaan, zij het dat die overeenkomst er niet toe strekt aan de lifter een afdwingbaar recht (*claim*) toe te kennen, maar enkel een *privilege* om iets te doen wat anderen niet is toegestaan, nl. in de auto te stappen (*Het beleid van de rechter*, Antwerpen, 1973, 48; Id., *Algemeen deel*, nr. 289).

³⁷ O.m.: BOUT, R., «La convention dite d'assistance» in *Etudes Pierre Kayser*, Parijs, 1979, 157 e.v.

³⁸ DALCQ, *Traité*, I, 236, nr. 496; FAGNART, J.L., «Le transport bénévole et l'acceptation des risques», *R.G.A.R.*, 1973, nr. 8947.

³⁹ VANDENBERGHE, H., e.a., o.c., *T.P.R.*, 1980, 1201, nr. 48.

⁴⁰ RONSE, J., *De verlovings*, in *A.P.R.*, 23, nr. 31 e.v. Voor het concubinaat: VANDENBERGHE, H., o.c., nr. 101 e.v.; HEYVAERT, A., o.c., *T.P.R.*, 1985, 39, nr. 33; RIGAU, Fr., «Les effets juridiques du concubinage: vers une libération de la jurisprudence belge?», *R.C.J.B.*, 1976, 287.

⁴¹ Zie bij MAZEAUD & TUNC, *Traité*, I, 1965, nr. 541.

⁴² Gent, 14 mei 1900, *Pas.*, 1901, II, 100.

⁴³ Zie en vergl.: N. GEELHAND, «Het aansprakelijkheidsrecht in de sport», *Jura Falconis*, 1981-82, (569), 579-585; SILANCE, L.,

203, nr. 564). Ook in het geval er geen honorarium verschuldigd is, komt niettemin een overeenkomst tot stand en niet louter een «Gefälligkeitsverhältnis» (B.G.H., 7 juni 1976, *N.J.W.*, 1977, 2120). Andere voorbeelden: de tussenkomst van een vriend-makelaar bij het tot standkomen van een transactie; het uitlenen van bedrijfsmateriaal tussen twee ondernemingen (B.G.H., 22 juni 1956, *E.B.G.Z.*, 21, 102).

³³ Zie i.v.m. contracten in concubinaatsverhoudingen: HEYVAERT, A., o.c., *T.P.R.*, 1985, 45, nr. 45.

³⁴ RIPERT, L., *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, 1949, 364-365, nr. 186.

³⁵ Vred. Brugge (3e kanton), 17 oktober 1975, *R.W.*, 1978-79, 1861.

12. Uit het voorgaande blijkt dat bepaalde gebieden in de intermenselijke verhoudingen onttrokken zijn aan de rechtsorde. Welke gebieden dit zijn, hangt af van de ter zake geldende opvattingen in het maatschappelijke verkeer. Meteen kan ook worden opgemerkt dat deze gebieden door het recht allengs nauwer worden omsloten. Bevinden de partijen zich op een terrein dat het recht niet aanbelangt, dan kunnen zij hun afspraak niet op grond van het beginsel der wilsautonomie naar believen omzetten in een rechtens verbindende overeenkomst⁴⁴.

In andere gevallen is de juridische relevantie van louter sociale of affectief gekleurde afspraken niet uitgesloten, doch onzeker. Hier moet dan benevens met de verkeersopvattingen rekening worden gehouden met de bedoeling der partijen.

§ 2. Religie

13. Afspraken die liggen op het gebied van de geloofsbeleving worden evenmin geacht in rechte afdwingbaar te zijn. Volgens de traditionele opvatting valt al wat deze sfeer aanbelangt buiten de civiele rechtsorde. Zo kan het toetreden tot een kloosterorde niet in contractuele termen worden gedacht⁴⁵, kan een belofte zich te laten dopen of mee te werken aan een religieuze echtscheiding niet in rechte worden afgedwongen⁴⁶, wordt geen juridische gelding verleend aan afspraken tussen ouders omtrent de levensbeschouwelijke opvoeding van hun kinderen⁴⁷ e.d.m. Wat de toepassing van het arbeidsrecht en het sociale-zekerheidsrecht betreft, wordt deze opvatting echter doorbroken. Zo wordt m.b.t. kloosterlingen die in het onderwijs of elders zijn tewerkgesteld het samengaan van kloostergeloften en een arbeidsovereenkomst niet meer uitgesloten⁴⁸.

§ 3. Sport & Spel

14. Veelal wordt geoordeeld dat sport en spel aan het recht onttrokken zijn. Volgens de klassieke opvatting missen deze activiteiten immers de nodige maatschappelijke en

economische relevantie om door de rechtsorde ernstig te worden genomen⁴⁹. Afspraken in dat gebied kunnen niet in rechte worden afgedwongen⁵⁰, evenmin als de geschillenbeslechting binnen dergelijke verenigingen aan de controle der rechtbanken is onderworpen. In die zin besliste het Hof van Cassatie dat «une société de musique, ayant pour but l'amusement et la distraction des sociétaires, ne crée entre ses membres aucun lien de droit civil»⁵¹.

Sinds de Courbertin zijn de opvattingen omtrent de sportbeleving grondig gewijzigd en is het maatschappelijk en economisch belang van sport en vrijetijdsbesteding in aanzienlijke mate toegenomen. Deze ontwikkeling (o.m. van amateurisme naar professionalisme) heeft geleid tot een «juridiseren» van de sport en tot een ingrijpen van de wetgever⁵². Naarmate de sport minder «sport» wordt, rukt het recht dus verder op.

§ 4. Minimaal belang

15. De vraag kan worden gesteld of het recht rekening behoeft te houden met overeenkomsten die slechts een geringe waarde vertegenwoordigen. Enkele adagia (o.m. *De minimis non curat praetor. Modicum et nullum aequiparatur*) niet te na gesproken, kent ons recht geen dergelijke regel⁵³. De rechter neemt kennis van de rechtsvordering hoe gering ook de economische waarde ervan moge zijn⁵⁴. Wel is het natuurlijk zo dat afspraken van geringe waarde in feite veelal niet worden gesanctioneerd, aangezien nog steeds geldt «Pour peu de chose, peu de plaid» (Loysel).

§ 5. Ernst

16. Het recht hoeft zich niet in te laten met afspraken die niet ernstig zijn bedoeld: «Contracts must not be the sports of an idle hour, mere matters of pleasantry and ba-

«Formation de la règle de droit dans le domaine sportif», in *La règle de droit*, Brussel, 1971, 296-312; SMEETS, J., noot onder Vred. Borgloon, 26 juni 1975, *Limb. Rechtsl.*, 1975, 158.

⁴⁴ WILLOWEIT, D., *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlijn, 1969, 31.

⁴⁵ Zie bij VERSTEGEN, R., *Geestelijken naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1977. Frankrijk: COULOMBEL, P., «Le droit privé français devant le fait religieux», *R.T.D.Civ.*, 1956, 1-54. Engeland: *President of the Methodist Conference v Parfitt* (1983) 3 All ER 747: «In the spiritual sense, the minister sets out to serve God as his master; I do not think that it is right to say that in the legal sense he is at the point of ordination undertaking by contract to serve the Church or the Conference as his master throughout the years of his ministry».

⁴⁶ R.G., 16 februari 1904, *E.R.Z.*, 57, 250.

⁴⁷ Zie bij: RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige*, Brussel, 1980, I, 242, nr. 93 e.v.

⁴⁸ VERSTEGEN, R., o.c., 30, nr. 16 e.v. Id., «Arbeidsovereenkomsten voor geestelijken», *T.S.R.*, 1983, 73-84; VAN OEVELEN, A., en DIRIX, E., «Kroniek verbintenissen 1981-84», *R.W.*, 1985-86, 14, nr. 11. Zie vooral: Cass., 25 januari 1982, *T.S.R.*, 1983, 85.

⁴⁹ *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, 1, 532, nr. 1753

⁵⁰ Aldus werd een contractuele verhouding ontkend tussen de deelnemers van een lotto-pool: B.G.H., 16 mei 1974, *N.J.W.*, 1974, 1705; Jones v Vernon's Pools Ltd (1938) 2 All ER 626.

⁵¹ Cass., 2 december 1875, *Pas.*, 1876, I, 37 Evenals: Brussel, 29 december 1827, *Pas.*, 1827, 357: «que les différents qui s'élèvent entre les membres d'une société de musique (...) doivent être vidés dans la société même».

⁵² Wet 24 februari 1978, *B.S.*, 9 maart 1978 (arbeidsovereenkomst betaalde sportbeoefenaars); decreet 25 februari 1975, *B.S.*, 5 augustus 1975 (statuut niet-betaalde sportbeoefenaar); wet 3 maart 1977, *B.S.*, 17 maart 1977 (sociale zekerheid van beroepsvoetballers). Zie hierover o.m.: COENEN, L. en DE COSTER, P., «Sociale wetgeving en voetballers», *Jura Falconis*, 1981-82, 599-618. Evenzo wordt aanvaard dat tuchtrechtelijke sancties in bepaalde gevallen in rechte kunnen worden aangevochten: VAN HOUTTE, H., «Gerechtelijke controle op tuchtmaatregelen van verenigingen», *R.W.*, 1971-72, 1953-1970; VAN BEYLEN, K., «De sportbeoefenaar en het verbod beroep te doen op de rechtbank», *Jura Falconis*, 1981-82, 553-568.

⁵³ Cass., 12 maart 1956, *Arr. Cass.*, 1956, 571.

⁵⁴ Zie o.m.: CARBONNIER, J., «De peu, de tout et de rien», in *Etudes offertes à R. Rodière*, 1981, 47-54; STORME, M., «De kruimelrechter», *T.P.R.*, 1980, 350-362. Het Europees kartelrecht kent daarentegen wel de *De minimis*-regel.

dinage, never intended by the parties to have any serious effect whatever» aldus Lord Stowel⁵⁵.

Zo wordt vereist dat een koopprijs «ernstig» moet zijn: een derisoire prijs is geen prijs⁵⁶. Een geringe vergoeding van louter symbolische aard is geen bezoldiging in de zin van artikel 70, § 3, W.Z.I.V.⁵⁷. In gelijke zin is het Hof van Cassatie van oordeel dat er van geen pachtovereenkomst sprake kan zijn indien enkel een onbeduidende prijs werd vastgesteld⁵⁸. Kortom: overeenkomsten die enkel als scherts zijn bedoeld, scheppen geen verbintenissen⁵⁹. Met deze correctie evenwel dat derden die te goeder trouw op dergelijke verklaringen zijn afgestaan, zich op de bescherming van de vertrouwensleer kunnen beroepen⁶⁰.

IV. De rechtens vrijblijvende afspraak

§ 1. Geoorlooftheid

17. Kunnen partijen in gebieden die het recht aanbelangen i.p.v. een overeenkomst te sluiten, rechtens onverbindende afspraken maken? Deze vraag wordt door de meerderheidsopvatting in rechtsleer en rechtspraak bevestigend beantwoord. Opdat er van een overeenkomst sprake kan zijn, is het noodzakelijk dat de partijen de bedoeling hebben gehad zich juridisch te verbinden. Dit beginsel wordt door het Hof van Cassatie verwoord in zijn arrest van 2 december 1875: «Pour qu'il y ait contrat, il faut que les parties aient donné leur consentement, avec l'intention de s'obliger civilement entre elles, *animo contrahendae obligationis*»⁶¹. Ontbreekt deze intentie, dan komt geen overeenkomst tot stand⁶².

De grondslag voor de bevoegdheid van partijen aan hun afspraken iedere juridische afdwingbaarheid te ontfangen, is te vinden in het principe van de wilsautonomie. Dit beginsel verleent de burgers het recht om binnen zekere grenzen (artikel 6 B.W.) hun onderlinge verhoudingen naar be-

lieven te regelen. De bevoegdheid tot het sluiten van overeenkomsten die door de rechtsorde zullen worden gesanctioneerd, impliceert dan (a fortiori) de bevoegdheid om bij hun afspraken van deze sanctionering af te zien.

Dergelijke rechtens niet verbindende afspraken worden veelal ondergebracht bij het trefwoord *gentlemen's agreement*, dat gaandeweg ingang heeft gevonden in het juridisch begrippenarsenaal⁶³. Een gentlemen's agreement kan dan worden omschreven als een afspraak waarvan de nakoming niet in rechte kan worden afgedwongen en die de partijen enkel in eer en geweten bindt⁶⁴.

Een gedeelte van de rechtsleer is evenwel van oordeel dat de vraag of een «overeenkomst» al dan niet juridische relevantie heeft, niet louter kan afhangen van de wil der partijen, maar enkel door de rechtsorde zelf kan worden bepaald⁶⁵. Deze restrictieve opvatting is wellicht ingegeven door de vrees voor de kwalijke belangen die soms achter het sluiten van gentlemen's agreements schuilgaan. Een van de woordvoerders van deze strekking is Oppetit⁶⁶. Volgens deze auteur kan de rechtsorde een juridisch vacuüm slechts dulden voor zover het overbodig (bijv. het bestaan van een *lex mercatoria*) of onbelangrijk (bijv. verwaarloosbaar economisch of sociaal nut) is voor de rechtsorde om tot die gebieden door te dringen. Daarentegen, aldus Oppetit,

430; BRAECKMANS, H., *Juridische aspecten van consortiumkredieten in eurodeviezen*, (diss. U.I.A.), 1983, I, 258, nr. 205. Nederland: HARDENBERG, L., «De rechtens vrijblijvende afspraak», *W.P.N.R.*, 1976, nr. 5359, 507 e.v.; VAN DER WERF, H.G., *Overeenkomstenrecht*, Arnhem, 1981, 29; WESSELS, B., «Gentlemen's agreement», *R.M.Th.*, 1982, (332), 342 e.v.; Id., *Gentlemen's agreements*, Arnhem, 1984. West-Duitsland: FLUME, A., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1979, § 7, 81 e.v.; BAHNTJE, U., *Gentlemen's Agreement und Abgestimmtes Verhalten*, Königstein, 1982, 97 e.v.; REUSS, K. Fr., «Die intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements» *Arch. civ. Praxis*, 1954, 485 e.v. Engeland: *Halsbury's Law of England*, tw. *Contract*, 175, nr. 300: «It has probably now become a rule of English common law that an agreement will not be enforced unless it evinces an intention to create legal relations»; *Chitty on contracts*, Londen, 1983, I, 70, nr. 123 e.v.; *Cheshire & Fifoot's Law of contract*, Londen, 1976, 102 e.v. Zie ook: POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 3. Ook volgens HUGO DE GROOT moet er de wil zijn om een ander een recht te verschaffen; is deze wil niet voorhanden, dan ontstaat uit de toezegging enkel een morele dwang (*De iure belli ac pacis*, 2, 11, IV-3).

⁶³ Men spreekt ook nog van «herenafpraak», «rechtens vrijblijvende afspraak», «engagement d'honneur». In het Engels recht wordt de term «gentlemen's agreement» slechts zelden aangewend, daar heeft men het veelal over «honour clause». Zie hierover ook WESSEL, B., *o.c.*, 122-123.

⁶⁴ Vgl. BAHNTJE, U., *o.c.*, 216: «Ein GA ist eine durch schlichte Einigung zustande gekommene nicht rechtlich bindende Vereinbarung, die auf subjectiv übereinstimmende Erklärungen mindestens zweier Partner beruht und die unter grundsätzlich befugtem, teilweise aber (nur rechtlich) nicht möglichem Ausschluss der Rechtsordnung einen soziologischen Geltungstatbestand in Vollzug setzen soll».

⁶⁵ WILLOWEIT, D., *Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen*, Berlin, 1969, 37, die van oordeel is «dass den Parteien nicht die Fähigkeit zugestanden werden kann, die rechtliche Qualität des Vertrages willkürlich zu beseitigen».

⁶⁶ OPPETIT, B., «L'engagement d'honneur», *D.*, 1979, *chron.*, (107), 114.

⁵⁵ *Dalrymple v Dalrymple* (1811), aangehaald door CHESHIRE, *Law of contract*, Londen, 1976, 102.

⁵⁶ LAURENT, *Principes*, XXIV, 88, nr. 79 e.v.; PLANIOL & RIPERT, *Traité*, X, nr. 41; Brussel, 18 januari 1954, *Pas.*, 1955, II, 45, *R.C.J.B.*, 1956, 294, nr. 7. Vgl.: DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 38. In *Esso Petroleum Ltd. v Commissioners of Customs and Excise* besliste het House of Lords dat het aanbieden van geschenken in pompstations niet als een «overeenkomst» kan worden beschouwd gelet op de geringe waarde van de toegift (1976, 1 *ALL ER* 117). Zie over dergelijke situaties i.v.m. art. 35 W.H.P.: VAN GERVEN, W. en STUYCK, *Handelspraktijken*, 1985, 174, nr. 180.

⁵⁷ Arbh. Brussel, 25 oktober 1984, *R.W.*, 1985-86, 1594.

⁵⁸ Cass., 4 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 500, *R.W.*, 1978-79, 259.

⁵⁹ Bijv.: Rb. Alkmaar, 25 april 1963, *N.J.*, 1963, 386; Rb. Groningen, 14 oktober 1966, *N.J.*, 1967, 390. Voor Engeland: *White v Bluett* (1853) 23 *L.J. Ex* 36, omtrent de belofte van een vader aan zijn zoon op voorwaarde dat deze hem niet meer zou lastig vallen met klachten: «It is ridiculous to suppose that such a promises could be binding» (rechter Pollock).

⁶⁰ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nrs. 103-104.

⁶¹ Cass., 2 december 1875, *Pas.*, 1876, I, 37 met concl. proc.-gen. Faider

⁶² DE PAGE, *Traité*, II, nr. 447; VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 102; *Les Nouvelles, Droit civil*, IV, 72, nr. 24; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst*, 42; LAURENT, *Principes*, XV, 483, nr.

«toutes les fois qu'il estime ses intérêts ou sa vocation même compromis de ce fait, il ne manque pas de réintégrer dans son orbite les activités qui prétendaient s'y soustraire». Dezelfde zienswijze wordt verdedigd door Willoweit: «Das nun einmal Gewollte können die Parteien nicht für rechtlich irrelevant erklären, wenn es notwendig rechtliche Elemente enthält»⁶⁷. In gelijke zin vervolgt bij ons Coipel: «Le droit ne peut supporter que soit éternée la protection qu'il accorde au contractant le plus faible (idée de justice) ou que les secteurs importants de l'activité sociale et économique lui échappe totalement (idée d'utilité)»⁶⁸.

Indien hiermee gezegd wil zijn dat de rechtsorde niet kan toelaten dat dwingende rechtsregels of regels ter bescherming van de economisch zwakke medecontractant door middel van gentlemen's agreements worden omzeild, dan hoeft dit geen betoog. Zo ver reikt de wilsautonomie nu eenmaal niet. Dat echter in gebieden die de wilsautonomie wel ter beschikking staan, de partijen hun onderlinge verhoudingen — hoe economisch belangrijk ook — niet mogen laten beheersen door afspraken die in rechte niet afdwingbaar zullen zijn, wordt door deze auteurs niet overtuigend gemaakt en is niet te verzoenen met het beginsel van de wilsautonomie.

Krachtens het beginsel der wilsautonomie is het partijen dus toegestaan — ook op gebieden die het recht aanbelangen — rechtens niet verbindende afspraken te maken die als dusdanig door de rechter dienen te worden gerespecteerd, op voorwaarde dat zij hierbij niet handelen in strijd met de regels van openbare orde en goede zeden of met regels die ter bescherming van de zwakke contractspartij zijn uitgewerkt. Het is immers geenszins zo dat het beginsel van de gebondenheid aan het gegeven woord door het recht wordt gemonopoliseerd⁶⁹.

§ 2. Juridische aard

18. Het wezenlijk kenmerk van een dergelijke afspraak is dat de partijen zich enkel naar eer en geweten hebben verbonden en dat zij iedere rechtsoverdracht tot nakoming hebben uitgesloten. Op het eerste gezicht is dan de opvatting aantrekkelijk dat tussen partijen een «overeenkomst» tot stand is gekomen onder het beding dat de verbintenissen in rechte niet afdwingbaar zullen zijn. Deze stelling wordt verdedigd door Wessels. Volgens deze auteur kunnen de partijen niet overeenkomen niet overeen te komen. Indien de partijen verklaren een overeenkomst aan te gaan die niet als een «overeenkomst» moet worden aangemerkt, dan komen de partijen toch overeen en worden de afspraken nagekomen⁷⁰. Een gentlemen's agreement moet dan ook worden beschouwd als een werkelijke overeenkomst die alleen rechtens niet afdwingbare verbintenissen in het leven roept. Op deze overeenkomst is dan voor het overige het

verbintenissenrecht zonder meer van toepassing. In die zin omschrijft Wessels een gentlemen's agreement als «een werkelijke overeenkomst die rechtstreeks wordt beheerst door de regelen van de goede trouw en waarvan de niet-afdwingbare verbintenissen mede door redelijkheid en billijkheid worden bepaald»⁷¹.

Met deze opvatting kan niet worden ingestemd. Gaat men ervan uit dat de *animus contrahendi* een essentiële voorwaarde is voor het ontstaan van een overeenkomst, dan komt zonder een juridisch werkzame wil de overeenkomst ook niet tot stand⁷². Dat er geen overeenkomst tot stand komt, betekent daarom nog niet dat een gentlemen's agreement iedere juridische relevantie mist en plaatst de partijen niet in een «juridisch oncontroleerbaar vacuüm». De partijen begeven zich geenszins buiten de rechtsorde. Hun afspraak is een feit waarmee de rechter rekening dient te houden wanneer hij het relevant acht⁷³ (infra nr. 21). De structuur van de rechtshandeling, zoals die door Van Gerven treffend wordt beschreven, ondersteunt zowel een feitelijk als een juridisch moment. Is de rechtshandeling van deze feitelijke onderbouw de juridische bekroning, dan staat zulks er niet aan in de weg dat ook aan de feitelijke situatie een eigen juridische dimensie wordt toegekend⁷⁴.

§ 3. Wanneer ligt een gentlemen's agreement voor?

19. Kan men bij afspraken uit de sociale of familiale sfeer aannemen dat de partijen in de regel geen juridische consequenties beoogden, dan geldt voor afspraken in de economische sfeer als uitgangspunt dat de partijen wel juridische gevolgen voor ogen staan⁷⁵. Krachtens het beginsel

⁷¹ WESSELS, B., o.c., 105.

⁷² Vanuit rechtsdogmatisch oogpunt dient ook aandacht te worden besteed aan het onderscheid tussen gentlemen's agreements en natuurlijke verbintenissen. Sommige auteurs plaatsen beide op gelijke voet. Zo kan volgens Hardenberg het g.a. onder de natuurlijke verbintenissen worden gerangschikt (o.c., 516). Beide hebben immers de niet-afdwingbaarheid gemeen en situeren zich in de schemerzone tussen recht en moraal. De opvatting wint echter veld dat een natuurlijke verbintenis een rechtsverhouding is (zie: BAERT, G., «De natuurlijke verbintenis», *R.W.*, 1958-59, 825). Om deze reden dient het onderscheid tussen g.a. en natuurlijke verbintenissen dan ook te worden gehandhaafd (BAHNTJE, U., o.c., 200-207). Om dezelfde reden mag een g.a. evenmin verward worden met een overeenkomst waarvan de afdwingbaarheid wordt beperkt of wordt uitgesloten. Deze beperking of uitsluiting impliceert immers dat er een afdwingbare verbintenis bestaat (BAHNTJE, U., o.c., 207-211; REUSS, K., o.c., 519-521).

⁷³ HARDENBERG, L., o.c., 515; Id. in *N.J.B.*, 1985, 293-294; Id., in *W.P.N.R.*, 1985, 720-722. In dezelfde zin: BAHNTJE, U., o.c., 115 e.v.

⁷⁴ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, nr. 100, die tevens verwijst voor de leer der *faktische Vertragsverhältnisse*. Hierover ook FLUME, A., o.c., 95, § 8.

⁷⁵ Vgl. een recent arrest van het Hof van Beroep te Brussel, i.v.m. een *letter of intent* (infra nr. 32), waarin wordt beslist dat ook in de commerciële sfeer deze bedoeling niet mag worden vermoed: «qu'un contrat n'existe que si les parties ont donné leur consentement avec l'intention de s'obliger; que personne n'est présumé s'obliger, la liberté étant de droit commun; que le doute doit s'interpréter en faveur du débiteur» (Brussel, 14 juni 1984, *T.B.H.*, 1985, 472).

⁶⁷ WILLOWEIT, D., o.c., 87. Zie ook in Nederland: OLY, G., «Dubbele rechtsorde», *W.P.N.R.*, 1981, nr. 5551, (85), 89: «Als er een overeenkomst is gesloten op het terrein dat het civiele recht aan zich heeft getrokken, bemoeit het zich er ook mee, en zal er geprobeerd worden partijen zich aan hun afspraak te laten houden».

⁶⁸ COIPEL, M., «L'aspect moral des lettres de patronage», in *Les lettres de patronage*, Namen, 1984, 34, nr. 51.

⁶⁹ HARDENBERG, L., o.c., *W.P.N.R.*, 1976, 514.

⁷⁰ WESSELS, B., o.c., 85.

der wilsautonomie komt het de partijen echter toe hun afspraak iedere bindende kracht te ontfangen. Aangezien zulks echter niet wordt vermoed, dient de bedoeling der partijen dienaangaande op ondubbelzinnige wijze tot uitdrukking te komen.

Dit principe werd op treffende wijze verwoord door rechter Scrutton in de voor het Engelse recht belangrijke beslissing *Rose & Frank C^o v J.R. Crompton Ltd.*: «In social and family relations such an intention (om zich niet rechtens te verbinden) is readily implied, while in business matters the opposite result would ordinarily follow. But I can see no reason why, even in business matters, parties should not intend to rely on each other's good faith and honour and to exclude all idea of settling disputes by any outside intervention, with the accompanying necessity of expressing themselves so precisely that outsiders may have no difficulty in understanding what they mean. If they clearly express such an intention I can see no reason in public policy why effect should not be given to their intention»⁷⁶.

Ook al bewegen de partijen zich in gebieden die de rechtsorde aanbelangen, dan kunnen zij vooraf ieder obligatoir karakter aan hun afspraken ontfangen. Aangezien zulks niet wordt vermoed, dient deze bedoeling op ondubbelzinnige wijze tot uitdrukking te komen. Ten einde iedere onzekerheid hieromtrent weg te nemen, verdient het aanbeveling een uitdrukkelijke verklaring in die zin af te leggen⁷⁷. Dit neemt echter niet weg dat ook bij afwezigheid van een dergelijke verklaring de rechter deze intentie vermag af te leiden uit de concrete gegevens van het geval, de gebruikte bewoordingen, de omstandigheden waarin de afspraak is gemaakt⁷⁸, de ter zake geldende gebruiken e.d.⁷⁹.

20. Aldus kan aan het gebruik van de term «gentlemen's agreement» niet licht worden voorbijgegaan. In die zin oordeelde het Hof van Cassatie in het reeds geciteerde arrest van 11 januari 1978. Bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur schrijft een werkgever in een brief aan zijn werknemer: «Wij spraken met u over het gentlemen's agreement, dat inhoudt dat zowel u als wij de overeenkomst aangaan met de bedoeling hem ten minste vijf jaren te laten duren. Uit de aard van de zaak is dit ook niet in de formele aanstelling opgenomen». Volgens het Hof zijn de woorden «gentlemen's agreement» in een afzonderlijk schrijven naast de «formele aanstellingsbrief» onverenigbaar met het oordeel van het arbeids-

hof dat door deze brief aan de arbeidsovereenkomst een waarborg van een minimumduur van vijf jaar werd toegevoegd⁸⁰. Ook het gebruik van bewoordingen zoals «op woord van eer», «intentieverklaringen» e.d. wijzen in de richting van een uitsluiting van juridische afdwingbaarheid.

Deze bedoeling kan ook worden afgeleid uit de vaagheid⁸¹ of het vrijblijvend karakter van de toezeggingen. Onder omstandigheden kan dit ook blijken uit het feit dat de overeenkomst niet in een geschrift is neergelegd, terwijl zulks ter zake gebruikelijk is. Wordt wel een geschrift opgemaakt, dan kan het feit dat bepaalde afspraken of toezeggingen niet zijn opgenomen in het instrumentum, hier eveneens op wijzen. Het uitgangspunt moet echter telkens zijn: welke betekenis dient de wederpartij hier redelijkerwijze, gelet op de omstandigheden, aan te hechten⁸²?

Dat enkel een «gentlemen's agreement» tot stand is gekomen, is eveneens het geval wanneer de partijen een overeenkomst sluiten waarvan zij vooraf weten dat deze door nietigheid is aangetast⁸³. Aan dit geval beantwoordt ook het bewust niet-naleven van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten of het niet-naleven van voorschriften inzake bewijs.

Wat de vorm betreft, kan een gentlemen's agreement zowel schriftelijk, mondeling als stilzwijgend zijn. Zo kan in vele gevallen de op elkaar afgestemde gedraging van partijen niet van een gentlemen's agreement worden onderscheiden⁸⁴. In dergelijke gevallen wordt het bewijs ervan geleverd door de uitvoering⁸⁵.

De bewijslast voor het niet verbindend karakter van de afspraak berust op diegene die er zich op beroept. De bewijslast dient immers op diegene te worden gelegd die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken; het «abnormale» moet worden bewezen⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸⁰ Cass., 11 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 561 met noot J.V., *Pas.*, 1978, I, 530. Vgl. B.G.B., 22 januari 1964, *B.B.*, 1964, 410.

⁸¹ Bv. Kh. Brussel, 15 februari 1934, *J.C.B.*, 1934, 57: «il ne suffit pas pour qu'une convention existe que les contractants soient d'accord sur un but à atteindre, ou aient des intentions convergentes; il faut encore que l'objet des obligations respectives des parties soit suffisamment précisé pour que chacune d'elles soit à même de contenir les autres à l'exécution». Zie ook *Taylor v Brewer* (supra noot 31).

⁸² Aldus is de mededeling van de verzekeringsmaatschappij aan de verzekerde «wij hebben het inzicht u te vergoeden» niet als vrijblijvend te beschouwen (Cass., 8 november 1984, *R.W.*, 1985-86, 109). T.a.v. de overheid: SCHOONENBERG, R.M., «De privaatrechtelijke gevolgen van de door de overheid gedane toezeggingen», *W.P.N.R.*, 1985, nr. 5765, 805 e.v.

⁸³ FLUME, A., o.c., 93-94; *Staudinger B.G.B.*, *Intl.* § 241, nr. 204.

⁸⁴ Zie hierover: VAN GERVEN, W., MARESCAU, M. en SJTUJCK, J., *Handels- en economisch recht*, 2, B, 1985, 123, nr. 120; BAHNTJE, U., o.c., 69 e.v.. onder het begrip «onderling afgestemde gedraging» verstaat het Hof: «een vorm van coördinatie tussen ondernemingen (...) die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking», H.v.J., 14 juli 1972, *Jur.*, 1972, 658 (*Kleurstoffenzaak*).

⁸⁵ DE PAGE, *Traité*, III, nr. 1032.

⁸⁶ Over deze bewijsregel: STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1962, 158, nr. 165 e.v.

⁸⁷ Werden o.m. als vrijblijvend beschouwd: de overeenkomst die enkel zou worden uitgevoerd indien de oorlogsomstandigheden

⁷⁶ (1923) 2 *K.B.* 261 (Court of Appeal) en (1925) *A.C.* 445 (House of Lords).

⁷⁷ VAN DER WERF, H.G., o.c., 29, suggereert volgende clausule: «De ondergetekenden verklaren uitdrukkelijk, dat deze overeenkomst is aangegaan als gentlemen's agreement en dat bij overtreding of niet-naleving daarvan geen gerechtelijke stappen jegens elkaar zullen worden genomen om de naleving af te dwingen». Het verdient echter de voorkeur om de term «overeenkomst» achterwege te laten en te vervangen door «afspraak» of een term van gelijke strekking.

⁷⁸ Bijv.: Rb. Alkmaar, 25 maart 1963, *N.J.*, 1963, 386: de slordigheid en het gebrek aan ernst bij de onderhandelingen; *Licences Ins. Corp. Ltd. v Lawson* (1891): een toezegging tijdens een verhitte discussie.

⁷⁹ Zie bij: BRAECKMANS, H., *diss.*, 262, nr. 208; VAN DUNNÉ, o.c., 358 e.v.; *Chitty on contracts*, I, 70, nr. 123 e.v.; *Halsbury's Law of England*, tw. *Contract*, 178-179, nr. 304.

§ 4. Juridische relevantie

21. De rechterlijke controle zal zich in de eerste plaats toespitsen op de vraag of wel een gentlemen's agreement tot stand is gekomen, nl. of de wilsuiting van partijen vrij is van gebreken. Het is immers denkbaar dat een van de partijen onder ongeoorloofde druk werd genoopt het vrijblijvend karakter van de afspraak te aanvaarden (bedrog, misbruik van omstandigheden). De nietigheid van het gentlemen's agreement betekent in dergelijke gevallen logischerwijze de afdwingbaarheid der gedane toezeggingen.

Vanzelfsprekend zal eveneens worden onderzocht of de afspraak niet ligt op een gebied dat de wilsautonomie niet ter beschikking staat. Het indruisen tegen dwingende wetbepalingen zal in de regel de nietigheid van de afspraak tot gevolg hebben. Eventueel kan de rechter op grond van de *Nemo auditur*-regel de terugvordering verhinderen van hetgeen reeds is gepresteerd.

Is het de partijen erom te doen dwingende rechtsregels te ontduiken, dan zal de sanctie erin bestaan dat het gentlemen's agreement als een «overeenkomst» wordt beschouwd. Aldus wordt in het Europees kartelrecht m.b.t. de toepassing van art. 85 E.E.G.-Verdrag een gentlemen's agreement met een overeenkomst gelijkgesteld wanneer het van dien aard is dat het de handel tussen de lid-staten ongunstig kan beïnvloeden⁸⁸. Een arbeidsverhouding zal niet in de vorm van een gentlemen's agreement kunnen worden gegoten wanneer zij beantwoordt aan art. 2 A.O.W. In het sociaal recht wordt het vereiste van de *animus contrahendi* voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst trouwens van de hand gewezen. «Lié à une conception du contrat dominée par le principe de l'autonomie des volontés, aldus Jamoulle, *l'animus contrahendi*, n'est plus de mise en droit social où se développe un contrat réglementé, de façon impérative, par des normes extérieures issues des lois ou des conventions collectives de travail»⁸⁹.

22. Aangezien het de partijen krachtens de wilsautonomie toekomt om hun afspraken als juridisch vrijblijvend te beschouwen, kan de uitvoering ervan niet in rechte worden gevorderd⁹⁰. Een vordering op buitencontractuele grond-

slag is evenmin mogelijk. Ten slotte kan de afdwingbaarheid ook niet geconstrueerd worden op de vertrouwensleer⁹¹.

23. Hetgeen de partijen in het raam van een gentlemen's agreement hebben gepresteerd, kan niet meer worden teruggevorderd (cf. art. 1235 B.W.)⁹².

Sommige auteurs maken echter voorbehoud voor het geval dat tussen de prestaties der partijen wederkerigheid bestond. Indien in een dergelijk geval de ene partij uitvoerde met het oog op de toezeggingen van de andere, dan kan, wanneer deze belofte niet wordt gehonoreerd, de eigen prestatie worden teruggevorderd⁹³. De vraag rijst echter of zulks wel te verzoenen is met de aard van rechtens vrijblijvende afspraken: nemen de partijen immers niet het risico van het «niet gentleman»-zijn van de wederpartij voor hun rekening?

24. Kan de uitvoering van een gentlemen's agreement niet in rechte worden afgedwongen, dan is het niet uitgesloten dat de niet-nakoming bepaalde andere juridische gevolgen met zich kan brengen, bijvoorbeeld in andere verhoudingen tussen de partijen. Te denken valt aan een distributieovereenkomst waarin tussen de partijen bij wijze van gentlemen's agreement tevens exclusiviteit is afgesproken. Kan het niet-nakomen van deze afspraak niet worden ingeroepen als niet-uitvoeringsexceptie of als ontbindingsgrond? Zo ook kan de vraag worden gesteld op het niet honoreren van afspraken gemaakt tussen vennoten waardoor het wederzijds vertrouwen en de goede samenwerking wordt bedreigd, geen grond tot ontbinding krachtens artikel 1871 B.W. kan opleveren.

V. Precontractuele verhoudingen

§ 1. Algemeen

25. In het tweeduister tussen de contractuele en de buitencontractuele sfeer ligt eveneens de problematiek der precontractuele aansprakelijkheid. Zoals bekend worden ter zake twee theorieën verdedigd. Door een eerste en in ons land kennelijk nog steeds heersende opvatting, wordt de culpa in contrahendo in het teken geplaatst van art. 1382 B.W. Zolang er geen overeenkomst is, blijven de partijen vrij. Wanneer zij tijdens de onderhandelingsfase onzorgvuldig te werk gaan, kunnen zij op grond van artikel 1382 B.W. gehouden worden om de aan de wederpartij veroorzaakte schade te vergoeden⁹⁴.

«een gentlemen's agreement (komt) niet voor directe of indirecte handhaving in aanmerking».

⁹¹ BAHNTJE, U., o.c., 147 e.v.

⁹² WESSELS, B., o.c., 106; FLUME, A., o.c., 92; BAHNTJE, U., o.c., 189 e.v.; *Staudinger B.G.B.*, Einl. § 241, nr. 180.

⁹³ FLUME, A., o.c., 92; BAHNTJE, U., o.c., 192 die het voorbeeld geeft van een g.a. omtrent de overname door B van A's artsenpraktijk waarbij B de door hem beloofde prestaties volbracht heeft en A uiteindelijk zijn woord niet gestand doet.

⁹⁴ Zie o.m.: SCHRANS, G., «Preactcontractuele verhoudingen naar Belgisch recht», in *Jaarboek V.V.S.R.B.N.*, 1967-68, XI, 226-264; DE BERSAQUES, A., «La culpa in contrahendo», *R.C.J.B.*, 1964, 277-287; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst*, 43; VANWIJCK-ALEXANDRE, M., «La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 17-83; CORNELIS, L., «Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten», *T.B.H.*, 1983, (6), 10, nr. 5.

het zouden toelaten en aangeaan «sans engagement de part et d'autre» (Brussel, 19 december 1918, *Pas.*, 1919, II, 155); het verzoek van een vader van een kind dat door een hond werd gebeten aan de eigenaar zich bekend te maken onder het beding van «un engagement d'honneur de non poursuite» (Rb. Brussel, 18 juni 1927, *T. Vred.*, 1928, 16); de onduidelijke belofte van een erevoorzitter om eventuele financiële tekorten van de vereniging te delgen (Brussel, 12 oktober 1946, *R.P.N.*, 1946, 391); de belofte op woord van eer om een schuld te voldoen indien mogelijk («retour à meilleure fortune») Brussel, 17 februari 1913, *B.J.*, 1913, 430, *P.P.*, 1913, nr. 368; Kh. Antwerpen, 27 augustus 1856, *Jur. Anvers*, 1856, I, 301; Rb. Gent, 29 mei 1889, *Pas.*, 1889, III, 317; Rb. Brussel, 20 maart 1867, *Cl. & B.*, XVI, 1005. Volgens andere rechtspraak gaat het in dergelijk geval om een verbintenis onder opschortende voorwaarde: Brussel, 23 maart 1853, *Pas.*, 1855, II, 67, Luik, 13 juli 1898, *Pas.*, 1899, II, 17; Brussel, 11 juli 1877, *Pas.*, 1877, II, 298. Een ander toepassingsgeval is de «police d'honneur» in de zelfverzekering.

⁸⁸ Zie bij VAN GERVEN, W., e.a., o.c., 120-121.

⁸⁹ JAMOULLE, M., «Examen de jurisprudence (1975 à 1977). Contrat de travail», *R.C.J.B.*, 1978, 567, nr. 10.

⁹⁰ Zie bijv.: Rb. Rotterdam, 19 januari 1949, *N.J.*, 1950, 276:

Volgens een andere stroming, die geïnspireerd is door het Duitse recht, dienen de eisen der goede trouw, die volgens de klassieke leer enkel van toepassing zijn op de contractsluiting — ook door te dringen tot de precontractuele fase⁹⁵. Onderhandelaars zijn jegens elkaar geen gewone derden meer, maar brengen een «*vertragsähnliche*» verhouding, een *Sonderbindung* tot stand. Een van de merites van deze theorie is dat recht wordt gedaan aan het dynamisch karakter der contractsluiting (infra nr. 28). Tevens kan zij verantwoorden dat ook een niet onrechtmatig afbreken van onderhandelingen onder omstandigheden tot schadevergoeding aanleiding kan geven, bijvoorbeeld wanneer bij de wederpartij het vertrouwen is gewekt dat een geldige overeenkomst tot stand was gekomen⁹⁶. De goede trouw kan aldus met zich brengen dat, wanneer bij de wederpartij dit vertrouwen is gewekt, de onderhandelingen niet meer mogen worden afgebroken. In dergelijke gevallen kan de rechter de partijen verplichten tot dooronderhandelen of kan hij beslissen dat de partijen contractueel gebonden zijn⁹⁷. Weliswaar zullen dergelijke gevallen uitzonderlijk zijn. Trefend schrijft Schoordijk in dit verband: «Men hoede zich er voor het aangaan van onderhandelingen tot een boobytrap te maken. Dit werkt belemmerend op de handel, waar personen nu eenmaal zoeken en tastend dikwijls posities aftasten en ook moeten kunnen aftasten, een handel die ook bestaat bij het niet risico-vrij kunnen leven»⁹⁸.

26. Voor het beantwoorden van de vraag op welk tijdstip een overeenkomst tot stand is gekomen, wordt een beroep gedaan op het onderscheid tussen voorstel en aanbod. Voorstellen en tegenvoorstellen binden de partijen niet. Het voorstel tot contracteren onderscheidt zich van het aanbod doordat het niet nauwkeurig en/of niet volledig is, d.w.z. niet alle essentiële en substantiële elementen bevat die nodig zijn opdat door de aanvaarding van de wederpartij de overeenkomst tot stand kan houden. Een overeenkomst komt immers niet tot stand indien de inhoud ervan te onbepaald is, d.w.z. niet bepaald of niet bepaalbaar volgens objectieve elementen en zonder discussie tussen de partijen.

⁹⁵ Zie hierover in het bijzonder: SCHOORDIJK, H.C.F., *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer, 1984, besproken door KRUITHOF, R., in *R.M.Th.*, 1985, 375-381.

⁹⁶ Bv.: Kh. Brussel, 28 februari 1923, *J.C.B.*, 1923, 222. Een onderneming spiegelt een ambtenaar de mogelijkheid van een betrekking voor. Nadat de ambtenaar ontslag heeft genomen, breekt de onderneming de onderhandelingen af. Deze beslissing was ingegeven door ongunstige inlichtingen die de onderneming over de ambtenaar had ontvangen en kan niet als onbetamelijk worden bestempeld.

⁹⁷ Zie: H.R., 18 juni 1982 (Plas/Valburg), *N.J.*, 1983, nr. 723, met noot BRUNNER, *T.P.R.*, 1983, 1250, nr. 43 met bespr. B.J. ENGEL: «onderhandelingen (kunnen) in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo'n situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst». KRUITHOF merkt op dat ook in het raam van artikel 1382 B.W., de vergoeding van het positief contractbelang, de verplichting tot dooronderhandelen of zelfs de beslissing dat de partijen contractueel gebonden zijn, geen moeilijkheden opleveren (*o.c.*, *R.M.Th.*, 1985, 380-381; VAN WIJCK-ALEXANDRE, M., *o.c.*, 24 e.v.).

⁹⁸ SCHOORDIJK, H.C.F., *o.c.*, 138.

Voor een aanbod moeten de twee volgende voorwaarden zijn vervuld: 1) de pollicitant moet de bedoeling hebben zich te willen verbinden (psychologisch element) en 2) het aanbod moet precies en volledig zijn opdat door de aanvaarding de overeenkomst tot stand kan komen. De eerste voorwaarde sluit aan bij het vereiste van de *animus contrahendi*. Wat de tweede voorwaarde betreft, is geenszins vereist dat de partijen overeenstemming hebben bereikt over alle bestanddelen van de overeenkomst. In dat verband wordt het onderscheid gemaakt tussen de essentiële, de substantiële en de bijkomstige elementen⁹⁹. Essentieel zijn de elementen die noodzakelijk zijn voor de overeenstemming (bijv. voorwerp en prijs bij de koop). Zonder overeenstemming omtrent deze essentiële bestanddelen komt de overeenkomst niet tot stand¹⁰⁰. Substantieel zijn dan de elementen waaraan de partijen doorslaggevende betekenis hechten, hoewel ze niet essentieel zijn. Ook hier belet de afwezigheid van overeenstemming de totstandkoming van de overeenkomst¹⁰¹. Mochten de partijen daarentegen geen aandacht hebben geschonken aan de zgn. bijkomende elementen dan staat zulks de totstandkoming van de overeenkomst niet in de weg¹⁰². Of een bepaald element als substantieel dan wel als bijkomend moet worden beschouwd, hangt niet uitsluitend af van de bedoeling van de partijen, maar dient eveneens normatief te worden bepaald. Deze benaderingswijze werd treffend uiteengezet door de Hoge Raad: «De vraag of overeenstemming omtrent een of meer onderdelen geen overeenstemming bestaat, is afhankelijk van de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wél en níét geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen»¹⁰³.

27. Ook de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, moet in het licht van deze zorgvuldigheidsnorm worden onderzocht. Een mooie illustratie biedt een arrest van Hof van Beroep te Brussel. Een ingenieur had een aantal studie-overeenkomsten met de Staat gesloten. Hierin was bedongen dat bij het overlijden van de ingenieur de overeenkomsten van rechtswege zouden worden ontbonden. Op een bepaald ogenblik draagt de ingenieur de lopende overeenkomsten over aan een door hem opgerichte vennootschap. Na het overlijden van de ingenieur laat de administratie de toevertrouwde werken verder uitvoeren. De vennootschap dringt herhaaldelijk aan op een regularisatie van de toestand. Na veertien maanden laat de administratie weten dat de aangepaste overeenkomst nog slechts door de minister moet worden ondertekend. Weer verlopen ettelijke maanden tot de administratie uiteindelijk meldt dat geen overeenkomst zal worden gesloten en evenmin honoraria

⁹⁹ CORNELIS, L., *o.c.*, 17, nr. 11 e.v. en de verwijzingen aldaar.

¹⁰⁰ Cass., 2 oktober 1968, *Arr. Cass.*, 1969, 132, *Pas.*, 1969, I, 129, *R.W.*, 1968-69, 683.

¹⁰¹ Cass., 12 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1263, *R.W.*, 1981-82, 937, *Pas.*, 1980 I, 1248.

¹⁰² Bv.: Kh. Brussel, 3 november 1975, *B.R.H.*, 1976, 514: indien de partijen een bijkomstig element (i.c. de leveringstermijn) niet bepaald hebben en niet hebben laten blijken dat dit element van wezenlijk belang was, mag de rechter aannemen dat de partijen zich naar de wet en de gebruiken hebben willen schikken.

¹⁰³ H.R. 14 juni 1968, *N.J.*, 1968, nr. 331.

betaald zullen worden voor de verstrekte diensten. Het Hof van beroep besliste dat, niettegenstaande het ontbreken van de ministeriële handtekening, een overeenkomst tot stand was gekomen en dat op die grond de honoraria verschuldigd zijn¹⁰⁴.

§ 2. Geruisloos contracteren

28. De contractsluiting is veelal een dynamisch proces; het tijdstip waarop de overeenkomst precies tot stand komt, is daarom niet altijd gemakkelijk aan te wijzen. Schrans spreekt in dit verband van «geruisloos contracteren»: zonder zich hier steeds van bewust te zijn verlaten de partners het gebied van de vrijblijvende voorstellen en tegenvoorstellen om een contractuele binding tot stand te brengen¹⁰⁵. Ook worden tijdens het verloop van de onderhandelingen soms reeds afspraken gemaakt en documenten opgesteld waarin de actuele stand der onderhandelingen in wordt vastgelegd. Men heeft het dan over: beginselakkoord, protocol, memorandum, «*letter of understanding*», *heads (principles) of agreement*», e.d.m. Welke juridische waarde moet aan dergelijke voorbereidende afspraken worden gehecht? Zoals hierna zal blijken, kan op deze vraag geen a priori antwoord worden gegeven. Alles hangt af van de libellering van die documenten en van de begeleidende omstandigheden. Een tweetal opmerkingen kunnen echter nu reeds worden geformuleerd. In de eerste plaats mag als uitgangspunt worden aangenomen dat de partijen bij het maken van dergelijke voorafgaande afspraken, in beginsel, enkel de actuele stand der onderhandeling hebben willen vastleggen en zich niet definitief hebben willen verbinden voordat de onderhandelingen zijn afgerond. Dit betekent geenszins dat deze afspraken iedere juridische relevantie missen. Het is dan een vraag van uitlegging welke juridische gevolgen eraan verbonden dienen te worden. Vervolgens dient het principe in herinnering te worden gebracht dat het ontstaan van een overeenkomst niet afhankelijk is van het opstellen van een of ander geschrift¹⁰⁶.

§ 3. Beginselakkoord

29. Een beginselakkoord kan worden omschreven als een overeenkomst waarbij de partijen vaststellen over welke elementen er reeds overeenstemming bestaat, en waarbij de partijen er zich toe verbinden de onderhandelingen voort te zetten. Soms heeft men het ook over raam- of rompovereenkomsten (Eng.: «*heads of agreement*»). D.: «*Punktation*»). De rechtsgeldigheid van een dergelijke overeenkomst kan niet worden betwist¹⁰⁷. Het principsak-

koord mag echter onder geen beding worden verward met de definitieve overeenkomst; deze komt pas tot stand wanneer ook over de overige bestanddelen wilsovereenstemming is bereikt. Beginselakkoord en overeenkomst vallen wel samen wanneer het ontbreken van de wilsovereenstemming enkel betrekking heeft op zgn. bijkomende elementen (supra nr. 26), of nog wanneer de partijen aan een derde of aan een van hen de bevoegdheid hebben verleend de overeenkomst verder uit te werken. Deze (derde) partij-beslissing bindt de partijen, op voorwaarde dat zij niet kennelijk onredelijk is¹⁰⁸.

Levert het beginselakkoord nog niet de definitieve overeenkomst op, dan is zij niet minder een overeenkomst. De aansprakelijkheid voor het onzorgvuldig afbreken der onderhandeling wordt hierdoor resoluut in het teken der contractuele aansprakelijkheid geplaatst en dient in het licht van de eisen der goede trouw te worden beoordeeld. Dat bij de wederpartij het vertrouwen op een goede afloop der onderhandelingen in aanzienlijke mate werd versterkt, dwingt bovendien tot een grotere in acht te nemen zorgvuldigheid¹⁰⁹.

Door het sluiten van een beginselovereenkomst beperken de partijen hun contractvrijheid: zij dienen zich ervan te houden parallelle onderhandelingen met derden te voeren. De partij die met een derde in zee gaat, pleegt wanprestatie terwijl de derde kan worden aangesproken als medeplichtige aan contractbreuk¹¹⁰. De beginselovereenkomst kan ook nog bijkomende verbintenissen in het leven roepen (bijv. geheimhoudingsplicht, exoneratieclausule, schadebeding). Ten slotte kan ook niet eenzijdig worden teruggekomen op die elementen waarover in de beginselovereenkomst overeenstemming was bereikt.

Cornelis merkt terecht op dat in dergelijke afspraken steeds een ontbindende voorwaarde moet worden gelezen¹¹¹. In beginsel moet nl. worden aangenomen dat de overeenkomst tenietgaat van zodra vaststaat dat de definitieve overeenkomst niet tot stand zal komen (artikel 1176 B.W.). Komt een der partijen tot het besluit dat het voortzetten van de onderhandelingen zinloos is geworden, dan dient deze de wederpartij hiervan op de hoogte te brengen.

§ 4. Letter of intent

30. Bij internationale overeenkomsten komen zgn. *letters of intent* veelvuldig voor. Een letter of intent kan worden omschreven als een, veelal in briefvorm, opgesteld geschrift ter voorbereiding van de totstandkoming van de overeenkomst. Het document kan eenzijdig zijn of tweezijdig, wanneer de brief door de geadresseerde voor akkoord wordt ondertekend en teruggestuurd. Ook komt het voor dat de letter of intent door de partijen gezamenlijk wordt opgesteld.

¹⁰⁸ Zie bij: STORME, M., «De bindende derdenbeslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen», *T.P.R.*, 1984, 1243-1277, Id., STORME, M.E. en POLAK, J.M., «De bindende derdenbeslissing naar Belgisch en Nederlands recht», *T.P.R.*, 1985, 713-764.

¹⁰⁹ Cass. fr., 8 oktober 1963, *Bull. civ.*, I, 359, nr. 419: het afbreken der onderhandelingen «sans discussion sérieuse, sans même formuler de contre-proposition» levert wanprestatie op.

¹¹⁰ Brussel, 15 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 2771.

¹¹¹ CORNELIS, L., o.c., 15, nr. 8.

¹⁰⁴ Brussel, 28 september 1979, *T. Aann.*, 1980, 221.

¹⁰⁵ SCHRANS, G., «De progressieve totstandkoming der contracten», *T.P.R.*, 1984, 1-32.

¹⁰⁶ Voor niet-juristen is het onderscheid tussen *instrumentum* en *negotium* niet altijd even duidelijk: «bien des négociateurs non-juristes s'imaginent à tort que rien n'est vraiment conclu tant qu'un contrat 'en bonne et due forme' n'a pas été dressé et signé» zo stelt FONTAINE vast (FONTAINE, M., «Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux», *D.P.C.I.*, 1977, (73), 81).

¹⁰⁷ SCHRANS, G., o.c. (preadvies), 247-249; Id., o.c., *T.P.R.*, 1984, 24, nr. 13; CORNELIS, L., o.c., *T.B.H.*, 1980, 15, nr. 8; GHESTIN, J., *Le contrat*, Parijs, 1980, 1980, 189, nr. 241.

De juridische betekenis die aan dergelijke intentieverklaringen moet worden gehecht, is niet eenduidig. Naargelang hun inhoud kunnen deze documenten in allerlei gradaties voorkomen, van vrijblijvend intentieverklaring tot ontwerpovereenkomst en — bij eenzijdige letters of intent — van voorstel tot aanbod¹¹². Bij de beoordeling van letters of intent is er geen plaats voor algemeenheden: zo mag niet a priori van de veronderstelling worden uitgegaan dat geen rechtens verbindende overeenkomst tot stand is gekomen¹¹³.

31. Aan de letters of intent die enkel het voornemen van het sluiten van een overeenkomst tot uitdrukking brengen en/of waarin essentiële elementen van de overeenkomst onbepaald blijven, wordt iedere verbindende kracht ontzegd¹¹⁴. Men spreekt dan van «zuivere» letters of intent. Aldus oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat «pour qu'une convention se forme, il ne suffit pas que les cocontractants soient d'accord sur un but à atteindre, ou aient des intentions convergentes; mais qu'il faut encore que l'objet des obligations respectives des parties soit suffisamment précisé»¹¹⁵.

Evenmin kan er van een overeenkomst sprake zijn, wanneer de partijen verklaard hebben hun gebondenheid afhankelijk te maken van de ondertekening van een nog op te stellen formeel document. Deze strekking heeft in het internationaal verkeer de clausule «subject to contract». In de Angelsaksische landen wordt algemeen aanvaard dat een dergelijke clausule tot gevolg heeft dat de gebondenheid der partijen wordt uitgesteld tot na de ondertekening¹¹⁶. Niettegenstaande het ten onzent geldend beginsel van het consensualisme, belet niets de partijen om het ontstaan van de hun overeenkomst afhankelijk te maken van het opmaken van een geschrift¹¹⁷.

Uit de gebezigde bewoordingen werd in het volgend geval het bestaan van een overeenkomst afgeleid. Na onderhandelingen tussen partijen doet de ene (Heidemij.) een offerte die door de andere (Deltakabel) voor akkoord wordt ondertekend. Volgens Deltakabel was er slechts sprake van een intentieverklaring en niet van een rechtens verbindende overeenkomst. Het Hof te 's-Gravenhage is echter van oordeel: «Nu in de brief van Heidemij. aan Deltakabel wordt gesproken van 'zich verplicht' en niet dat Deltakabel 'van plan is' of 'de bedoeling heeft', is er geen sprake van slechts een intentie-verklaring»¹¹⁸.

¹¹² Een typologie in te vinden bij: SCHRANS, G., o.c., *T.P.R.*, 1984, 19 e.v.; FONTAINE, M., o.c., *D.P.C.I.*, 1977, 73-117. Recentelijk: SCHUT, W.G.M., *Letters of intent*, Zwolle, 1986.

¹¹³ LUTTER, M., *Der Letter of Intent*, Keulen, 1982, 77 e.v.; SCHOORDIJK, R.C.F., o.c., 96-97; SCHUT, W.S.M., o.c., 3 en 94.

¹¹⁴ LUTTER, M., o.c., 19 e.v.

¹¹⁵ Kh. Brussel, 15 februari 1934, *J.C.B.*, 1934, 57. Zie bv. ook: Hof Arnhem, 14 november 1983, *N.J.*, 1984, 499.

¹¹⁶ SCHUT, W.J.M., o.c., 51-52; LUTTER, M., o.c., 98; *Chitty on contracts*, 61-62, nr. 106.

¹¹⁷ O.m.: Rb. Leuven, 8 februari 1872, *Cl. & B.*, XXII, 880: «dans ce cas, l'absence de cet écrit enlève tout lien obligatoire à la convention»; Rb. Brussel, 7 april 1896, *Pas.*, 1896, III, 220; Kh. Brussel, 21 april 1903, *J.C.B.*, 1903, 388; Kh. Brussel, 9 juli 1906, *J.C.B.*, 1906, 421. Vgl.: FONTAINE, M., o.c., 106; SCHRANS, G., o.c., 21.

¹¹⁸ 's-Gravenhage, 19 februari 1981 op dat punt bevestigd door H.R. 7 mei 1982, *N.J.*, 1983, 525.

32. Onze rechtspraak lijkt eerder geneigd tot een restrictieve interpretatie van letters of intent. Van deze benadering getuigt alleszins een recent arrest van het Hof van Beroep te Brussel. Tussen een drietal Belgische glasfabrikanten en een Amerikaanse onderneming (F.M.C.) worden onderhandelingen gevoerd met het oog op het sluiten van een overeenkomst voor de bevoorrading van bepaalde grondstoffen gedurende een lange termijn. Op een gegeven ogenblik zendt F.M.C. aan de glasfabrikanten een «letter of intent» met de volgende inhoud: «This will confirm our previous discussions concerning our intent to negotiate a long term agreement covering the purchase and sale of natural sodium carbonate, the basic provisions of which are as follows (waarop volgt: gedetailleerde gegevens nopens prijzen, hoeveelheden, kwaliteit, enz.) (...). If you are in agreement with these basic provisions kindly sign and return one copy of this letter. We will then submit our proposal form of the complete agreement.» Deze letter of intent wordt door de glasfabrikanten ondertekend en verzonden. Een drietal weken nadien zendt F.M.C. een omstandige «formele» overeenkomst ter ondertekening. De glasfabrikanten reageren hier niet op, maar sluiten een maand later, onder druk van de overheid, een gelijksoortige overeenkomst met Solvay. Hierop dagvaardt F.M.C. zowel de drie glasfabrikanten als Solvay (als derde medeplichtige aan contractbreuk). Deze vorderingen worden door het hof na een onderzoek van het verloop der onderhandelingen afgewezen. Volgens het hof wijst het gebruik van de term «letter of intent» er alleen reeds op dat een restrictieve interpretatie geboden is. Bovendien is het hof van oordeel dat de glasfabrikanten slechts geacht mogen worden zich te hebben willen verbinden indien ook overeenstemming werd bereikt over de bijkomende elementen die, gelet op het belang van de overeenkomst, als substantieel moeten worden beschouwd (supra nr. 26) en dat F.M.C. door de nadruk te leggen op de ondertekening van een definitieve overeenkomst, zelf de indruk heeft gewekt dat deze overeenkomst niet louter als het *instrumentum* kan worden beschouwd van de reeds tot stand gebrachte wilsovereenstemming¹¹⁹.

33. Aan de hierboven weergegeven beslissingen mag enkel een illustratieve waarde worden gehecht. De uitlegging zal telkens worden bepaald door de gegevens van het geval. Bij deze beoordeling is het gedrag van de partijen van groot belang¹²⁰. In vele gevallen waarin een letter of intent op zichzelf geen verbindende kracht behoeft toe te komen, kunnen de gedragingen van partijen achteraf tot die gebondenheid rechtvaardigen. Dit is ongetwijfeld het geval wanneer de partij die het bestaan van de overeenkomst betwist reeds tot de uitvoering is overgegaan of de wederpartij opdracht heeft gegeven tot uitvoering¹²¹.

34. Levert een letter of intent in de meeste gevallen nog geen overeenkomst op, dan strekt zij wel tot een verhoogde

¹¹⁹ Brussel, 14 juni 1984, *T.B.H.*, 1985, 472 met noot.

¹²⁰ *Chitty on contracts*, 64, nr. 110: «it is open to courts to hold the parties bound by the terms of such letters, especially if the parties had acted on those terms for a long period of time or if they had expended considerable sums of money in reliance on them». Zie ook: SCHOORDIJK, H.C.F., o.c., 98; SCHUT, W.S.M., o.c., 55-57.

¹²¹ Voorbereidingshandelingen van een der partijen vallen hier niet onder: Brussel, 14 juni 1984, *gecit.*

zorgvuldigheidsplicht tijdens de onderhandelingen. Terecht wordt de stelling verdedigd dat door het afgeven van een letter of intent een verhoogd vertrouwen wordt gewekt, zodat de kans op *culpa in contrahendo* toeneemt¹²². Minimaal wordt bij de wederpartij het vertrouwen gewekt dat men ernstig wil onderhandelen en dat de gegevens die in de letter of intent zijn vermeld, niet meer ter discussie staan.

Niet zelden worden in letters of intent clausules opgenomen ter exoneration van eventuele aansprakelijkheid wegens het onzorgvuldig afbreken van onderhandelingen. De principiële geldigheid van dergelijke bedingen wordt niet betwist behoudens in geval van bedrog¹²³. De exoneration voor zware fout dient evenwel uitdrukkelijk te worden bedongen¹²⁴.

VI. Enige andere gevallen

§ 1. Afspraken na de contractsluiting

35. Het komt voor dat de partijen bij de contractsluiting, of op een later tijdstip bepaalde afspraken maken of van elkaar een bepaalde wijze van uitvoeren dogen die het overeengekomene aanvult of daarvan afwijkt. Te denken valt aan het toestaan van betalingstermijnen, het afzien van bepaalde bedingen of een zekere *coulance* bij de toepassing ervan, e.d.m. Kan een contractant in deze omstandigheden nog onverkort vasthouden aan hetgeen aanvankelijk is overeengekomen? Welke waarde moet worden gehecht aan dergelijke begeleidende afspraken of aan de gedragslijn der contractanten?

Het is mogelijk dat de partijen vooraf iedere andersluidende afspraak hebben uitgesloten. Dit is bijv. het geval bij de zgn. «vier hoeken»-clausule in computercontracten waarbij de overeenkomst uitdrukkelijk beperkt blijft tot hetgeen in het instrumentum is neergelegd¹²⁵. In andere gevallen dient de verbindende kracht van dergelijke afspraken integraal te worden aangenomen. Ook aan de feitelijke gedragslijn dienen juridische consequenties te worden verbonden. Niettegenstaande het voorschrift van art. 1341 B.W. kan de overeenkomst worden bewezen door de uitvoering ervan¹²⁶. De houding van de partijen kan er ook toe leiden dat hun de verdere uitoefening van bepaalde rechten wordt ontzegd wegens *rechtsverwerking*¹²⁷.

¹²² LUTTER, M., o.c., 67: «Der Absender hat durch seinen Letter of Intent und die dort festgelegten Elemente selbst ein Faktum geschaffen, durch eigenes Tun ihn selbst bindende Verhaltenspflichten geschaffen, von denen er ohne Vertrauensbruch nicht einfach abrücken kann».

¹²³ FONTAINE, M., o.c., 93 en 107.

¹²⁴ Cass., 22 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2238, *R.C.J.B.*, 1981, 189 met noot L. CORNELIS.

¹²⁵ GEVAERT, K., «Aankoop van een computerconfiguratie», *T. Aann.*, 1979, (438), 441; MOORKENS, P., «Contractuele problemen bij de aanschaf van een computer», *Jura Falconis*, 1981-82, 255.

¹²⁶ DE PAGE, *Traité*, III, nr. 1032.

¹²⁷ Zie hierover bij DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., «Kroniek verbintenissenrecht», *R.W.*, 1980-81, 2441, nr. 33 e.v. en *R.W.*, 1985-86, 95, nr. 44.

§ 2. Anticiperen op de contractsluiting

36. In de praktijk komt het frequent voor dat met de uitvoering van de overeenkomst reeds een aanvang wordt gemaakt alvorens het geschrift waarin deze overeenkomst is vervat, wordt ondertekend. Het komt zelfs voor dat deze ondertekening uitblijft omdat bepaalde clausules onoverkomelijk blijken te zijn. In al deze gevallen zal de overeenkomst, en in die mate, worden bewezen door de uitvoering ervan door de partijen.

Is de overeenkomst onderworpen aan overheidsgoedkeuring en lopen de partijen hierop vooruit, dan handelen zij op eigen risico. Wordt de goedkeuring uiteindelijk niet verleend, dan gaat de — immers voorwaardelijke — overeenkomst teniet. De terugvordering van hetgeen is gepresteerd, zal dan op quasi-contractuele grondslag dienen te geschieden¹²⁸.

§ 3. Patronaatsverklaring

37. Verwant met de letters of intent zijn de patronaatsverklaringen (*Fr. lettres de patronage. Eng. letter of comfort, of awareness, of responsibility*). Betreft een letter of intent de verhouding tussen twee partijen, dan heeft een patronaatsverklaring betrekking op drie partijen. Het gaat hier om een nieuwe vorm van persoonlijke zekerheid die frequent voorkomt in concernverhoudingen. Hierbij belooft een moedermaatschappij (emittent) aan de medecontractant (bv. een bank) (begunstigde) van haar filiaal ervoor te zorgen dat het filiaal de opgenomen verbintenissen zal honoreren. Dergelijke patronaatsverklaringen kunnen naargelang de formulering in uiteenlopende gradaties voorkomen gaande van rechtens vrijblijvende verklaringen, waarbij de emittent enkel zijn reputatie op het spel zet, tot echte verbintenissen¹²⁹.

38. Veelal wordt onderscheid gemaakt tussen een viertal basisvormen. Een eerste verschijningsvorm is de p.v. waarin de emittent enkel verklaart op de hoogte te zijn van de kredietovereenkomst tussen de begunstigde en het filiaal. Algemeen wordt aangenomen dat dergelijke p.v. geen obligatoire gevolgen teweegbrengen.

Tot het tweede type behoren de p.v. die betrekking hebben op de kapitaalparticipatie van de emittent in het filiaal. Wanneer de emittent zich beperkt tot het aangeven van de omvang van zijn participatie, loopt hij enkel aansprakelijkheid op indien de meegedeelde informatie onjuist blijkt te zijn. De aanvullende verklaringen dat de «politiek» van de emittent gericht is op het behoud van deze participatie of dat de emittent deze «intentie» heeft, voegen hieraan niets toe. De «rechtens vrijblijvende»-sfeer wordt echter verlaten wanneer de emittent belooft de begunstigde te informeren betreffende een wijziging in de participatie en in elk geval wanneer hij er zich bovendien toe verbindt in dat geval vervangende waarborgen aan te bieden. Deze laatste toe-

¹²⁸ DIRIX, E., «Overeenkomsten onderworpen aan goedkeuring van de overheid», *R.W.*, 1978-79, 878 e.v.; HERBOTS, J., noot onder Cass., 5 juni 1981, *R.C.J.B.*, 1983, 199 e.v.

¹²⁹ Zie hierover o.m. BELLIS, M., COIPEL, M., LE BRUN, J., POULLET, Y. en VAN WYMEERSCH, Ch., *Les lettres de patronage*, Namen, 1984.

zegging kan echter weerom diverse vormen aannemen, gaande van een vrijblijvende belofte «overleg te zullen ple- gen met de begunstigde om tot een bevredigende oplossing te komen» tot de toezegging van een borgtocht of een ga- rantie «op eerste verzoek».

In de twee andere soorten clauses doet de emittent toe- zeggings nopens het bestuur en/of de financiële structuur van het filiaal. Vrijblijvend is dan bijv. de verklaring: «Het is de politiek van ons concern erop toe te zien dat onze dochterondernemingen hun verbintenissen nakomen.» An- ders wordt daarentegen beoordeeld bijv. de belofte van de emittent dat zij erop zal toezien dat de dochter over vol- doende liquide middelen beschikt, zodat zij haar verbinte- nissen kan honoreren, of nog: de verbintenis om de eigen middelen van het filiaal op een bepaald peil te handhaven. Bij deze «harde» p.v. rijst dan de vraag van uitlegging of men met een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis te doen heeft.

§ 4. Verstrekken van informatie

39. Afgezien van gevallen waarin zulks het voorwerp uit- maakt van een overeenkomst, mag als uitgangspunt wor- den aangenomen dat het geven van raad of het verstrekken van inlichtingen geen juridische gevolgen worden beoogd: «Veel raad, weinig baat» zegt een oud spreekwoord im- mers. De raadgever neemt in beginsel geen verbintenis op zich en staat enkel in voor de gevolgen van zijn bedrog (*consilii non fraudulentie nulla obligatio*)¹³⁰. Uit het vrij- blijvend karakter wordt dus een impliciete exoneratie afge- leid voor iedere aansprakelijkheid.

Deze oplossing is evenwel onhoudbaar wanneer het gaat om een professioneel die in het raam van zijn beroepsacti- viteiten informatie of advies verstrekt aan personen van wie hij behoort te weten dat zij op zijn deskundigheid afgaan. In dat geval is de informant aansprakelijk indien hij niet de

nodige voorzorgen heeft genomen m.b.t. de juistheid van de informatie en de wederpartij op grond van deze infor- matie heeft gehandeld¹³¹.

VII. Besluit

40. Niet onverschillig welke afspraak of toezegging wordt door de rechtsorde gesanctioneerd. Bepaalde gebie- den zijn in beginsel zelfs geheel aan het contractenrecht onttrokken. De wilsautonomie is hier dan niet voldoende om deze afspraken juridisch relevant te maken. Deze gebie- den blijken echter steeds nauwer te worden omsloten.

In gebieden die de rechtsorde wel aanbelangen, komt aan partijen de bevoegdheid toe om, i.p.v. een overeenkomst te sluiten, te bepalen dat hun afspraken niet in rechte kunnen worden afgedwongen. De rechter dient dit rechtens vrijblij- vend karakter te respecteren, op voorwaarde dat de partij- en niet handelen in strijd met de regels van openbare orde of goede zeden of met de regels ter bescherming van de zwakke contractspartij. Kunnen gentlemen's agreements dus niet in rechte worden afgedwongen, dan zijn zij daar- om nochtans niet van iedere juridische relevantie ontbloot.

De bindende kracht van afspraken is dus vatbaar voor diverse gradaties. Sluiten de partijen een overeenkomst dan kunnen zij de bindende kracht ervan verzwakken hetzij ver- sterken (exoneratieclausules, imprevisieclausules, modali- teiten e.d.m.). Aan het ene uiterste van dit spectrum ligt dan de creatie van abstracte verbintenissen; aan het andere de natuurlijke verbintenis en nog verder, waar de verhou- ding tussen partijen ophoudt een rechtsbetrekking te zijn: de rechtens vrijblijvende afspraak en de rechtens irrelevan- te toezegging.

Eric DIRIX

¹³⁰ POTHIER, *Traité du contract de mandat*, nr. 20 (Nemo ex consilio obligatur); AUBRY & RAU, *Droit civil*, VI, 1975, 239, § 410. West-Duitsland: § 676 B.G.B.

¹³¹ DALCQ, *Traité*, I, nr. 739. Zie i.v.m. de aansprakelijkheid van de bankier: BRAECKMANS, H., *diss.*, 442, nr. 387. Over de aansprakelijkheid van de overheid bij het verstrekken van infor- matie: VAN OEVELEN, A., «Overheidsaansprakelijkheid voor ver- keerde inlichtingen», *R.W.*, 1977-78, 1514-1519.

DE VERVOEROVEREENKOMST

1. Binnen de perken die aan dit preadvies gesteld zijn, is het niet mogelijk een enigszins volledig, zij het zelfs oppervlakkig, overzicht te geven van de enorme stof, die door het onderwerp «De vervoerovereenkomst» gedekt wordt. Er moet uiteraard een keuze gemaakt worden.

De voorkeur is gegaan naar materies die een belang vertonen voor de algemene problematiek van de vervoerovereenkomst maar die tegelijk ook een actualiteitsaspect vertonen, omdat bepaalde moderne vervoertechnieken, zoals het vervoer per container, controversiële vragen hebben doen rijzen, waaraan de wetgever van het traditionele vervoerrecht niet gedacht heeft.

Bovendien werd gekozen voor een vrij grondige behandeling van enkele specifieke problemen, liever dan min of meer aandacht te besteden aan talrijke vragen, die inderdaad kunnen worden gesteld.

Verscheidene belangwekkende onderwerpen zullen bijgevolg niet aan bod komen, zoals o.a.:

— de hoofdelijke aansprakelijkheid van de ondervervoerders met de hoofdvervoerder, zodat ze bij manco of averij rechtstreeks kunnen worden aangesproken¹;

— wie kan beschouwd worden als aansprakelijke vervoerder in het gemene vervoerrecht² en in het zeevervoerrecht³;

— de geldigheid van bedingen waarbij de vervoerder zijn aansprakelijkheid uitsluit of beperkt⁴.

¹ Cass., 16 november 1984, *R.W.*, 1984-85, 2550; *R.H.A.* 1985, 30; VAN RIJN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, nr. 2373 en de aangehaalde rechtspraak; zie ook voor de hoofdelijkheid tussen vervoerders: MAZEAUD en TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, nr. 1942. De ladingbelanghebbenden hebben geen rechtstreekse vordering tegen een uitvoeringsagent van de vervoerder (bv. de stuwadoor) wegens contractuele fouten: Cass., 7 december 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597, met noot J. HERBOTS; *R.H.A.* 1973, 427.

² De commissionair-vervoerder wordt gelijkgesteld met een vervoerder (art. 2, wet 25 augustus 1891); VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2236. De commissionair-expediteur, die met een afzender een bepaalde prijs voor een vervoerovereenkomst, loopt meer en meer het risico als vervoerder te worden beschouwd: FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, nr. 1672; Koophandel Hamburg, 1 augustus 1978 en Hanseatisches Oberlandesgericht, 1 maart 1979, *E.T.L.*, 1980, 434; Antwerpen, 10 november 1981, *R.H.A.*, 1983-84, 177; Antwerpen, 15 december 1982, *R.H.A.*, 1983-84, 57; Kh. Brussel, 13 oktober 1983, *T.B.H.*, 1984, 696, met noot F. PONET; P.A. FORIERS, «Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1980)», *T.B.H.*, 1983, 163 e.v.

³ Zowel de scheepseigenaar (op grond van art. 46 Zeewet) als de bevrachter (contractueel) worden eventueel aansprakelijk gehouden t.o.v. de lading; Cass., 30 september 1977, *R.W.*, 1977-78; 1048, *Pas.*, 1978, I, 128; Cass., 16 september 1983, *R.H.A.*, 1983-84, 135; Brussel, 12 maart 1971, *R.H.A.*, 1971, 27; ROLAND en HUYBRECHTS, «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1976, 120 e.v. Te vergelijken met: Cass., 7 maart 1958, *Pas.*, 1958, I, 748, J. HEENEN en J. LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, 185-189 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2258; Kh. Antwerpen, 13 november 1979, *E.T.L.*, 1985, 440.

⁴ Hierover en over de uitsluiting van zware fout: HAYOIT DE TERMICOURT, «Bedrog en grove schuld op het stuk van nakoming

2. Er kan ook niet aan gedacht worden binnen de perken van dit preadvies een rechtsvergelijkende synthese te maken van de verschillende internationale verdragen, die ter zake van toepassing zijn⁵.

Het vervoer per spoor wordt ook buiten beschouwing gelaten, gezien zijn specifieke reglementering⁶.

Er wordt wel aandacht besteed aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, die in aanmerking komen. Het B.W. behandelt de vervoerovereenkomst als een soort verhuring van werk en van diensten (art. 1779) en bevat verder een zeer beperkte regeling (artikelen 1782 tot 1786)⁷.

Vanzelfsprekend worden ook de reeds iets uitvoeriger bepalingen van titel VIIbis van boek I van het Wetboek van Koophandel over de vervoerovereenkomst, zijnde de wet van 25 augustus 1891, in aanmerking genomen. Dit is immers het gemene recht inzake vervoer⁸.

Ten slotte wordt in belangrijke mate verwezen naar de bepalingen van boek II van het Wetboek van Koophandel betreffende de vervoerovereenkomst ter zee, daar precies

van contracten», openingsrede voor het Hof van Cassatie op 16 september 1957, *R.W.*, 1957-58, 65 e.v.; Cass., 25 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 944; Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 113; Cass., 22 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 2238; FREDERICQ, *o.c.*, nr. 1613; L. CORNELIS, *R.C.J.B.*, 1981, 196; R. KRUTHOF, «Contractuele aansprakelijkheidsregelingen», *T.P.R.*, 1984, 233; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 168 e.v. Voor de commissionair-expediteur: FORIERS, *o.c.*, *T.B.H.*, 1983, 168.

In het vervoerrecht zijn de ontheffingsbedingen voor bepaalde transporten nietig: voor zeerecht (art. 91), Cass., 2 februari 1979, *R.H.A.*, 1979-80, 37; voor een overzicht zie VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2360; voor vervoer van personen: art. 17 van de wet van 25 augustus 1891.

⁵ Zie hierover: FREDERICQ, *o.c.*, 1556 e.v., VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2234; over de C.M.R.-conventie van Genève van 19 mei 1956 en wijzigend Protocol van 5 juli 1978: VAN RIJN in *Liber Amicorum L. Fredericq*, 1047 e.v.; J. PUTZEYS, *Le contrat de transport routier de marchandises*; F. PONET, *De overeenkomst van internationaal wegvervoer (C.M.R.)*; Th. H. DORRESTEYN, *Recht van het Internationale wegvervoer*; K.F. HAAK, *De aansprakelijkheid van de vervoerder ingevolge de C.M.R.*; Hill and Messent, *C.M.R.: contracts for the international carriage of goods by road*.

⁶ Zie hierover o.a. *R.P.D.B.*, verbo «Transports par terre».

⁷ KLUYSKENS, *De Contracten*, 468-480; FREDERICQ, *o.c.*, nr. 1601; *R.P.D.B.*, verbo «Transports par terre»; *Les Nouvelles, Droit Commercial I*, «Du contrat de transport», 579 e.v.

De vervoerovereenkomst is een consensueel en geen zakelijk contract: KLUYSKENS, *o.c.*; FREDERICQ, *o.c.*, nr. 1557; *R.P.D.B.*, *o.c.*, nr. 52; VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2250. Art. 1783 B.W. bevat een interessante bepaling m.b.t. de aansprakelijkheid van de vervoerder voor goederen op de wal of in de stapelplaats.

⁸ VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2234; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, III, 374; FREDERICQ, *o.c.*, 1570.

Over de inhoud van de wet: zie *R.D.P.B.*, verbo «Transport par terre», nr. 460 e.v.; FREDERICQ, *o.c.*, nr. 1603 e.v.; VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2341 e.v.; *Les Nouvelles, Droit Commercial I*, «Du contrat de transport».

Over het toepassingsgebied van de wet van 1891: zie *R.D.P.B.*, *o.c.*, nrs. 6 en 7.

op dit terrein de problematiek i.v.m. containervervoer en dergelijke zich herhaaldelijk voordoet.

Hierbij valt op te merken dat, terwijl het B.W. de vervoerovereenkomst nog louter zag als een contract tussen twee partijen, een derde partij, namelijk de geadresseerde, reeds een belangrijke rol speelt in de vervoerovereenkomst zoals geregeld door de wet van 25 augustus 1891⁹, terwijl in het zeevervoerrecht het optreden van een derde-houder van het cognossement een fundamenteel verschillende regeling teweegbrengt, in die zin dat deze derde-houder eigen en betere rechten tegenover de vervoerder heeft dan de oorspronkelijke inlader¹⁰.

3. De vervoerder heeft een resultaatsverbintenis, die tegen hem een vermoeden van fout doet ontstaan, alsmede een vermoeden van causaliteit tussen de fout en de schade, telkens als het resultaat waartoe hij zich heeft verbonden, niet wordt bereikt¹¹.

De vervoerder is, zoals De Page schrijft, «sous le coup d'une véritable présomption d'inexécution d'abord, et d'inexécution fautive ensuite», met verwijzing naar de artikelen 1315, 2e lid, en 1147 B.W.

Voor een vervoerovereenkomst die beheerst wordt door de wet van 25 augustus 1891 blijkt dit uit de artikelen 3 en 4 van de wet, die respectievelijk luiden:

«3. Hij staat in voor de aankomst van de te vervoeren personen of zaken binnen de overeengekomen tijd, behoudens toeval of overmacht.

4. Hij is aansprakelijk voor de beschadiging of het verlies van de goederen, alsmede voor de ongevallen waardoor de reizigers worden getroffen, indien hij niet bewijst dat de beschadiging, het verlies of de ongevallen het gevolg is van een vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend¹².»

Art. 1784 B.W. is overigens reeds in die zin waar het bepaalt dat de vervoerders te land en te water aansprakelijk

zijn voor het verlies en de beschadiging van de zaken die hun zijn toevertrouwd, tenzij zij bewijzen dat deze zijn verloren gegaan of beschadigd door toeval of overmacht¹³.

Voor een zeevervoer dat onder de Regels van Den Haag valt (art. 91 van onze Zeewet) komt Royer, na een zeer diepgaande studie, ook tot het besluit dat de vervoerder een resultaatsverbintenis heeft «daarin bestaande, dat hij de door hem vervoerde goederen ter plaatse van bestemming moet uitleveren aan de rechthebbende in de toestand, waarin hij deze goederen ten vervoer heeft aangenomen, hetgeen betekent, dat reeds het enkele feit van gehele of gedeeltelijke niet-aflevering, dan wel van aflevering in beschadigde toestand van genoemde goederen hem in wanprestatie doet verkeren¹⁴.»

In de Engelse «common law» geldt voor de zeevervoerder ook een strenge aansprakelijkheidsregel: «Apart from express contract he is, with certain exceptions, absolutely responsible for the safety of the goods while they remain in his hands as carrier¹⁵.»

De vervoerder krijgt er de aansprakelijkheid van een verzekeraar, die door Lord Mansfield in een vonnis van 1828 als volgt gerechtvaardigd werd: «When goods are delivered to a carrier, they are usually no longer under the eye of the owner; he seldom follows or sends any servant with them to the place of their destination. If they should be lost or injured by the grossest negligence of the carrier or his servants, or stolen by them, or by thieves in collusion with them, the owner would be unable to prove either of these causes of loss; his witnesses must be the carrier's servants, and they, knowing that they could not be contradicted, would excuse their masters and themselves. To give due security to property, the law has added to that responsibility of a carrier, which immediately rises out of his contract to carry for a reward, namely, that of taking all reasonable care of it, the responsibility of an insurer¹⁶.»

4. De vraag blijft nochtans tot welk resultaat de vervoerder zich verbonden heeft. Als regel wordt gesteld dat de vervoerder de goederen of de personen ter bestemming moet afleveren, zoals hij ze ontvangen heeft¹⁷.

Men is dan geneigd te zeggen dat de vervoerder niet verplicht kan zijn ter bestemming meer of iets beters af te leveren dan hij ontvangen heeft.

Tegenover de afzender is dit ook zo, maar niet noodzakelijk tegenover de derde-houder van een vervoerdocument, dat een verhandelbare titel is en dat, als concrete titel, aan de houder eigen rechten geeft, waarvan de inhoud wordt bepaald door de vermeldingen van de titel¹⁸. Wanneer volgens deze vermeldingen een bepaalde hoeveelheid goederen door de vervoerder is ontvangen, zal de vervoerder tegenover de derde-houder van het document aansprakelijk zijn op grond van deze vermelde hoeveelheid, ook al heeft de vervoerder in werkelijkheid die hoeveelheid niet ontvangen. Hetzelfde geldt wanneer volgens zulk een ver-

⁹ VAN RIJN en HEENEN, o.c., 2232, 2254. Over de verklaring van het vorderingsrecht van de geadresseerde bestaat geen eensgezindheid: L. FREDERICQ, o.c., nr. 386; FREDERICQ, o.c., nr. 1580; R.P.D.B., o.c., nr. 99; VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2257. Afzender en geadresseerde kunnen niet beiden vorderen: Brussel, 5 december 1968, R.H.A., 1970, 8; VAN RIJN en HEENEN, o.c., 2367.

¹⁰ VAN RIJN en HEENEN, o.c., 2e ed., III, nr. 93; 1e ed., III, nr. 2266.

I.v.m. de vermeldingen van het cognossement is onder de Regels van Den Haag-Visby geen tegenbewijs toegelaten tegen een derde-houder te goeder trouw, zie nr. 16.

¹¹ Cass., 5 maart 1981, R.W., 1982-83, 858; Cass., 10 december 1953, Pas., 1954, I, 290; Gent, 25 september 1978, R.H.A., 1981-82, 88; DE PAGE, II, nr. 596; KRUIHOF, MOONS en PAULUS, «Overzicht van rechtspraak — Verbintenissen, 1965-73», T.P.R., 1975, 516, nr. 75; VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2311; FREDERICQ, o.c., nr. 1603; R.P.D.B., «Transport par terre», nr. 460 e.v.; MAZEAUD en TUNC, I, nrs. 115, 152 tot 155 voor vervoer van personen en nr. 197 voor goederen. ROLAND en HUYBRECHTS, «Overzicht van rechtspraak — Scheepvaartrecht» (1968-1975), T.P.R., 1976, 16; J. HEENEN, R.C.J.B., 1957, 88.

¹² KLUYSKENS, De Contracten, nr. 343; FREDERICQ, o.c., nr. 1603, 1604, 1627 en 1628; R.P.D.B., «Transport par terre», nrs. 463 e.v. («l'événement dommageable» moet eerst bewezen worden); VAN RIJN en HEENEN, o.a., nr. 2342 e.v.

¹³ VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2341.

¹⁴ S. ROYER, Hoofdzaken der vervoerdersaansprakelijkheid in het zeerecht, 228.

¹⁵ CARVER, Carriage by sea, 13e ed., nr. 2.

¹⁶ CARVER, o.c., nr. 3.

¹⁷ VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2312.

¹⁸ VAN RIJN en HEENEN, o.c., 2e ed., III, nr. 93.

voerdocument de goederen in uiterlijke goede staat en gesteldheid door de vervoerder werden ontvangen, hoewel dit in feite niet zo was. Een zeecognossement dat onder de Regels van Den Haag-Visby valt, is zulk een document wanneer het in handen van een derde-houder te goeder trouw is. De vervoerder zal tegen deze derde-houder het tegenbewijs tegen de meldingen van het cognossement niet mogen leveren¹⁹.

Buiten dit geval van derde-houder van een verhandelbaar vervoerdocument, blijft het juist dat de verbintenis van de vervoerder niet verder gaat dan de aflevering van wat hij ontvangen heeft en zoals hij het ontvangen heeft.

5. Anderzijds moet de resultaatsverbintenis van de vervoerder genuanceerd worden. Hij verbindt zich immers slechts tot een resultaat als vervoerder en zijn verplichtingen beperken zich dan ook tot die van een vervoerder, tenzij hij krachtens een bijzonder beding bijkomende verplichtingen op zich genomen heeft²⁰.

Aldus is een vervoerder er niet toe verplicht aan de goederen zorgen te besteden, die normaliter niet mogen worden verwacht van een vervoerder, ook al zouden zulke zorgen ertoe bijdragen de goederen in betere staat ter bestemming te doen aankomen.

Zulke zorgen vereisen overigens dikwijls een gespecialiseerde professionele kennis, die de vervoerder niet dient te hebben. Vervoer van levensmiddelen, levende dieren, planten, delicate apparatuur die een bijzonder onderhoud vergt, enz. zijn slechts enkele voorbeelden.

Indien de goederen, in dergelijke gevallen, niet in dezelfde staat ter bestemming worden afgeleverd, maar in slechtere staat dan bij ontvangst, dan zal de vervoerder toch niet aan zijn resultaatsverbintenis te kort zijn gekomen.

Die slechtere staat is dan te wijten aan de eigen aard of aan het «eigen gebrek» van de goederen, en de vervoerder zal kunnen opwerpen dat hij als vervoerder geen enkele fout heeft begaan, omdat de meest stipte nakoming van zijn verplichtingen *als vervoerder* de minder goede staat van de goederen niet had kunnen beletten. Dit doet echter niets af aan het beginsel van de resultaatsverbintenis. Alleen zal de vervoerder in die gevallen het vermoeden van fout, dat op hem zal rusten, als gevolg van het aanvaarden van de resultaatsverbintenis, kunnen weerleggen.

6. Aangezien de vervoerder een resultaatsverbintenis heeft, zal er op hem een vermoeden van fout rusten, wanneer hij de goederen ter bestemming niet aflevert zoals hij ze ontvangen heeft of ze te laat aflevert²¹.

De medecontractant van de vervoerder moet alleen maar bewijzen dat het beloofde resultaat niet bereikt is. Hij zal vanzelfsprekend zijn schade moeten bewijzen²².

Dient tegenover de vervoerder aangenomen te worden

dat hij het resultaat niet bereikt heeft, dan wordt hij vermoed een fout begaan te hebben, die oorzaak is van het manco, van de averij of van de vertraging ter bestemming.

Om aan aansprakelijkheid te ontsnappen zal de vervoerder het tegenbewijs moeten leveren. In beginsel zal hij moeten bewijzen dat hem geen enkele fout treft, maar de vereisten i.v.m. het tegenbewijs zijn niet even streng voor alle wijzen van vervoer²³.

7. Een wezenlijk probleem in het hele vervoerrecht is de verdeling van de bewijslast tussen de vervoerder en zijn medecontractant.

Het aannemen van het beginsel van de resultaatsverbintenis lost dit probleem niet volledig op.

De medecontractant van de vervoerder moet immers in beginsel beginnen met te bewijzen wat de vervoerder ontvangen heeft, want daarvan zal het resultaat afhangen dat de vervoerder moet bereiken²⁴.

De medecontractant moet derhalve bewijzen:

— welke hoeveelheden aan de vervoerder ter hand werden gesteld, wanneer hij de vervoerder aansprakelijk wil stellen voor manco;

— dat de goederen in goede staat waren bij ontvangst door de vervoerder, wanneer hij deze wil aanspreken voor averij;

— dat goederen van een bepaalde aard of kwaliteit aan de vervoerder werden overhandigd, wanneer ter bestemming andere goederen worden afgeleverd;

— eventueel dat de goederen op een bepaald tijdstip aan de vervoerder werden afgegeven, in geval van reclamatie wegens vertraging.

8. In eenvoudige gevallen zal dit bewijs door de medecontractant van de vervoerder dikwijls gemakkelijk te leveren zijn.

Wanneer men honderd balen katoen laat vervoeren, kan dit aantal zonder probleem worden vastgesteld en kan de vervoerder er een ontvangstbewijs voor afleveren. Indien er dan slechts tachtig balen ter bestemming aankomen, zal de vervoerder vermoed worden voor het manco aansprakelijk te zijn.

Wanneer een transformator wordt ingescheept is dit ook gemakkelijk te bewijzen en wanneer ter bestemming deze transfo vernield blijkt te zijn, zal de vervoerder vanzelfsprekend geconfronteerd worden met het aansprakelijkheidsvermoeden.

De toestand wordt echter minder eenvoudig, wanneer ter bestemming wordt vastgesteld dat de honderd balen katoen inwendig vochtschade vertonen. Om een vermoeden van aansprakelijkheid ten laste van de vervoerder te kunnen invoeren, zou eigenlijk eerst nog moeten bewezen zijn dat de balen katoen inwendig in goede staat waren bij de inscheeping. Normaliter wordt echter op dat ogenblik de inwendige staat niet vastgesteld, wat overigens ook meestal niet eens doenbaar is²⁵.

Een moeilijkheid zal zich ook voordoen wanneer de

¹⁹ Art. 3, § 4, van het internationaal Verdrag voor de eenmaking van bepaalde regelen inzake cognossementen, ondertekend te Brussel op 25 augustus 1924, zoals gewijzigd door het Protocol opgesteld te Brussel op 23 februari 1968, goedgekeurd door de wet van 28 augustus 1978, *B.S.*, 23 november 1978). In dit Protocol vindt men de zogenaamde Regels van Visby.

²⁰ Cass., 11 december 1959, *Pas.*, 1960, I, 430; VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2312.

²¹ VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2342.

²² *R.P.D.B.*, verbo «Transport par terre», nr. 463.

²³ VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2343.

²⁴ Arr. Rb. Amsterdam, 6 december 1978, *Schip en Schade*, 1979, nr. 87: over de bewijslast bij resultaatsverbintenissen zie Cass., 10 december 1953, *Pas.*, 1954, I, 290.

²⁵ SMEESTERS en WINKELMOLEN, *Droit Maritime et Droit Fluvial*, nr. 424.

transformator ter bestemming een technisch gebrek blijkt te vertonen, dat hem onbruikbaar maakt, maar dat bij een louter uiterlijke inspectie, ter gelegenheid van de ontvangst door de vervoerder, niet vast te stellen was.

Hetzelfde kan trouwens gezegd worden bij vervoer van personen. De passagier moet eerst waar maken dat hij zich in «goede toestand» voor het vervoer heeft aangemeld. De vervoerder verbindt zich niet een bij vertrek zieke passagier gezond te doen aankomen. Voor vervoer van personen is het overigens zo dat de vervoerder slechts wordt aansprakelijk gesteld «voor de ongevallen waardoor de reizigers worden getroffen»²⁶.

Wanneer de vervoerde zaak ter bestemming een gebrek vertoont, wordt de vervoerder voor dit gebrek niet geacht aansprakelijk te zijn, tenzij de vervoerder een perfecte zaak in ontvangst heeft genomen, maar dit moet de medecontractant bewijzen.

Zelfs indien dit bewijs geleverd wordt en de vervoerder de goederen niet heeft afgeleverd zoals hij ze ontvangen heeft, dan kan hij nog het vermoeden van aansprakelijkheid weerleggen door aan te tonen dat de slechtere staat van de goederen ter bestemming is veroorzaakt door de eigen aard of het eigen gebrek van de goederen. Het gaat hier dan om het bewijs door de vervoerder dat eigen aard of eigen gebrek de oorzaak is van de *tijdens* het vervoer ontstane schade. De vervoerder is echter normaliter niet gehouden tot enig tegenbewijs voor gebreken die reeds bestonden, toen hij de goederen ontving. Het is integendeel de medecontractant die eerst de bewijslast heeft van de goede staat.

9. De moeilijkheid wordt groter bij verpakte goederen.

Tenzij de inhoud van de verpakte goederen door de vervoerder wordt nagezien en dan in een ontvangstbewijs erkend²⁷, wat voor vele transporten ongebruikelijk is, rijst voor de medecontractant hier een probleem i.v.m. het bewijs van de juiste inhoud in de verpakking (bv. hoeveel stuks per carton of kist) of van de goede staat van de goederen in de verpakking. De juiste inhoud is overigens niet alleen een vraagteken wat betreft het aantal eenheden in de verpakking, maar ook, en misschien zelfs vooral, voor de aard en de kwaliteit van goederen in de verpakking²⁸.

Wanneer ter bestemming, bij het openen, wordt vastgesteld dat zich in de verpakking waardeloze rommel bevindt, is dit probleem zeer acuut voor een geadresseerde die kisten kostbare goederen verwacht.

10. De geschetste problematiek bereikt haar hoogtepunt bij het vervoer in container en wat daarmee vergelijkbaar is (roll-on, roll-off, lashbarges enz.). Niet alleen kan de container veel meer bevatten dan de vroeger gebruikelijke verpakkingen, maar er kunnen ook goederen van verschillende aard en eventueel zelfs van verschillende afzenders in zitten, terwijl bovendien de container even goed door of voor de vervoerder als door of voor de afzender ingeladen kan zijn. Hoe zal de medecontractant van de vervoerder bewijzen wat de container juist bevatte en welke de staat van de aldus verzonden goederen was?

Het is duidelijk dat hier, althans in beginsel, een levensgroot bewijsprobleem rijst²⁹.

11. Dit probleem is er vanzelfsprekend niet wanneer partijen, vóór of bij het begin van het vervoer, tot een contradictoire vaststelling overgaan waarbij al wat van belang kan zijn voor de aansprakelijkheid van de vervoerder wordt nagezien en opgetekend (hoeveelheden, uiterlijke en inwendige staat, aard en kwaliteit, enz.). Dit geschiedt echter slechts zeer uitzonderlijk. Het kan overigens ook niet altijd aan de vervoerder worden opgedrongen. Tenzij de wet het voorschrijft, moet het speciaal tussen partijen overeengekomen zijn³⁰.

Afgezien van de uitzonderlijke situatie van een volledige en contradictoire vaststelling vóór het begin van het vervoer, zit de medecontractant dus blijkbaar in een groot aantal gevallen opgezaald met een enorm bewijsprobleem, aangezien hij moet beginnen met te bewijzen wat de vervoerder ontvangen heeft.

De bewijsmoeilijkheid is echter minstens even groot voor de vervoerder, indien zou worden aangenomen dat hij vermoed wordt alle goederen in goede staat ontvangen te hebben, zodat hij bij vastgestelde slechte staat ter bestemming automatisch aansprakelijk zou worden geacht, tot hij het tegenbewijs kan leveren.

Vanzelfsprekend is het probleem vooral acuut voor inwendige schade en ook voor inwendig manco, die niet uiterlijk zichtbaar zijn, ook niet bij de ontvangst door de vervoerder.

Theoretisch staat de vervoerder in zo'n geval voor een eventueel onoverkomelijke en daarom onbillijke bewijsmoeilijkheid.

12. In de praktijk zal echter gelukkig het uiteindelijk resultaat dikwijls hetzelfde zijn, onverschillig of de vermelde moeilijke bewijslast wordt gelegd op de vervoerder dan wel op zijn medecontractant.

Het is immers zo dat bij een beoordeling in concreto van een bepaalde zaak meestal aan de hand van feitelijke gegevens, vermoedens en eventueel een deskundigenonderzoek kan worden uitgemaakt of een manco of een averij inderdaad ontstaan is of zeker niet ontstaan is tijdens het vervoer. Aangezien het bewijs in die gevallen geleverd wordt, heeft het dan minder belang wie de bewijslast heeft.

Wanneer bijvoorbeeld ter bestemming wordt vastgesteld dat slechts in een bepaald aantal cartons van een heel lot identieke cartons partiële manco's voorkomen en niet in de andere cartons, dan wordt de vervoerder voor de partiële manco's aansprakelijk gehouden, indien de bepaalde cartons ter bestemming uiterlijke sporen van diefstal vertonen (tenzij deze er al waren bij de verzending maar dan moet de vervoerder hiervoor reserves maken), maar zal hij vrijuit gaan, wanneer alle cartons, ook die met partiële manco's, ter bestemming uiterlijk intact zijn³¹.

²⁹ R. DE WIT heeft hierover een opmerkelijke niet-gepubliceerde verhandeling geschreven: «Aansprakelijkheid van de zeevervoerder bij containervervoer», V.U.B., 1984.

³⁰ VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2295.

³¹ Brussel, 13 juni 1969, R.H.A., 1969, 238 over een vergelijkbaar geval van manco in beschadigde kisten thee; Antwerpen, 19 november 1975, R.H.A., 1975-76, 145 (manco in niet-opengescheurde cartons).

²⁶ *Les Nouvelles*, o.c., «Du contrat de transport», nr. 783 e.v.

²⁷ De afzender kan soms zulk nazicht eisen. VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2295.

²⁸ Cass., 1 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1006.

Niettemin kan de hierboven vermelde theoretische bewijsmoeilijkheid zich toch ook in de praktijk voordoen, te meer daar de fraude in deze zaken welig tiert en ongehoorde afmetingen aanneemt³².

De moeilijkheid moet dus principieel worden opgelost.

13. Aangezien de vervoerder in beginsel niet aansprakelijk kan worden gesteld voor iets dat hij niet ontvangen heeft, dient te worden geopteerd voor de oplossing die de bewijslast op de medecontractant van de vervoerder legt.

In geval van inwendig manco en inwendige averij ter bestemming zal de ontvangstgerechtigde dus moeten bewijzen, wat hij kan doen door alle middelen rechtens, dat de goederen inwendig voltallig en in goede staat waren op het ogenblik dat zij aan de vervoerder werden toevertrouwd.

Zo ook zal de medecontractant van de vervoerder deze laatste slechts kunnen aansprakelijk stellen voor niet-conformiteit van de aard of de kwaliteit van de afgeleverde goederen indien de medecontractant bewijst dat de vervoerder een bepaalde aard of kwaliteit van goederen heeft ontvangen.

Hetzelfde geldt voor al wat uiterlijk kan worden vastgesteld i.v.m. hoeveelheid en staat der goederen, maar in die gevallen zal de medecontractant over het algemeen geen bewijsmoeilijkheid hebben³³.

14. De medecontractant van de vervoerder mag door alle middelen rechtens bewijzen wat aan de vervoerder ten vervoer was toevertrouwd³⁴.

Noch de vrachtbijbrief voor vervoer te land, noch het cognossement voor vervoer te water zijn daartoe absoluut vereist³⁵.

In de praktijk zal nochtans het bewijs meestal geleverd worden door documenten, hoofdzakelijk door de vrachtbijbrief of het cognossement, naargelang het geval, te meer daar meestal derden in de vervoerovereenkomst geïnteresseerd zijn en de rol van deze derden eigenlijk niet denkbaar is zonder deze documenten. Hierbij wordt niet alleen gedacht aan de derde-geadresseerde, maar aan alle derden die kopen of krediet verlenen op basis van deze documenten, terwijl ook de verzekeraar van de goederen niet vergeten mag worden³⁶.

De vraag is bijgevolg wat tegenover de vervoerder met deze documenten bewezen kan worden en welke de bewijskracht van deze documenten is.

Krachtens de wettelijke bepalingen moeten in deze documenten slechts bepaalde vermeldingen voorkomen³⁷.

³² SOLLIE, «Maritieme fraude», *De Verzekeringswereld*, 1986, 31; I.H. WILDEBOER, «Naar de afschaffing van het cognossement?», *Teksten Vervoerrecht* 1983, 26; ERIC ELLEN, «Maritime fraud is transnational», *Teksten vervoerrecht*, 1985, 45.

³³ VAN RIJN en HEENEN, o.c., nrs. 2299 en 2300.

³⁴ Art. 1 wet 25 augustus 1891; FRÉDÉRICQ, o.c., nr. 1594; VAN RIJN en HEENEN, o.c., 2261.

³⁵ Wet van 25 augustus 1891: Cass., 11 december 1970, *E.T.L.*, 1971, 343; FRÉDÉRICQ o.c., nr. 1581; *R.P.D.B.*, o.c., nr. 186, 187; voor CMR: FRÉDÉRICQ, o.c., nr. 1713; voor binnenvaart: art. 2 van de wet van 5 mei 1936 op de rivierbevrachting.

³⁶ Art. 87 van de Zeewet; SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 440.

³⁷ Voor de vrachtbijbrief: art. 1 van de wet van 25 augustus 1891; voor CMR: art. 6; voor zeevervoer: art. 85; voor de binnenvaart: art. 9 van de wet van 5 mei 1936.

Het staat partijen vrij meer vermeldingen in de documenten op te nemen dan de wet voorschrijft. Zij kunnen er echter ook minder opnemen of de vermeldingen afzwakken en praktisch nietszeggend maken, tenzij de wettelijke voorschriften dwingend moeten worden nageleefd.

Onder hetzelfde voorbehoud kunnen de partijen ook de bewijskracht van de vermeldingen vrij regelen.

Behoudens regels van dwingend recht, moet bijgevolg voor ieder vervoerdocument worden nagegaan wat partijen vermeld hebben en welke bewijskracht zij hieraan gehecht hebben.

15. In het zeerecht bestaan er regels van openbare orde wanneer het gaat om cognossementen, die door art. 91 van de Zeewet beheerst worden, waarbij nu ook rekening moet worden gehouden met de Regels van Visby³⁸. Deze dwingende regels hebben echter een beperkte, hoewel belangrijke, draagwijdte³⁹. Art. 91, § III, 3°, schrijft voor:

«3° Na de goederen ontvangen en aangenomen te hebben, moet de vervoerder, of de kapitein, of de agent van de vervoerder, op verlangen van de inlader, aan deze een cognossement afleveren, dat onder meer vermeldt:

a) De voornaamste, voor het onderkennen van de goederen nodige merken, zoals deze vóór het begin der inlading door de inlader schriftelijk zijn opgegeven, mits deze merken zo nodig op de niet verpakte goederen of op de kisten of verpakkingen die de goederen inhouden, door stempel of op enige andere wijze duidelijk aangebracht zijn, en op zodanige wijze dat zij in normale omstandigheden tot het einde van de reis leesbaar zullen blijven;

b) Het aantal der colli of het stukstal der goederen of de hoeveelheid of het gewicht, al naar gelang de omstandigheden, zoals zulks door de inlader schriftelijk is opgegeven;

c) De uiterlijke staat en de uiterlijke gesteldheid van de goederen.»

Voor de merken en de kwantitatieve vermeldingen worden in beginsel de schriftelijke verklaringen van de inlader opgenomen, behoudens in bepaalde gevallen⁴⁰.

De inlader heeft hiervoor overigens een garantieverplichting tegenover de vervoerder (art. 91, § III, 5°)⁴¹.

In bepaalde gevallen is de vervoerder echter niet verplicht de schriftelijke verklaringen van de inlader op te nemen, want art. 91, § III, 3°, bepaalt in fine⁴²:

³⁸ Cass., 9 juni 1932, *Pas.*, 1932, I, 183; VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2252. Art. 91 zou echter enkel kunnen worden ingeroepen door een derde-houder van het cognossement, ook wanneer er geen vervoer onder charterpartij is: Cass., 11 september 1970, *Pas.*, 1971, I, 27; Cass., 25 mei 1979, *R.C.J.B.*, 1982, 465, met kritische noot PUTZEYS, *R.W.*, 1979-80, 971. Contra ook: SMEESTERS en WINKELMOLEN, nr. 636.

Over het toepassingsgebied van art. 91, zie ook HEENEN en LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, 191-194. Ook in het CMR zijn de bepalingen van dwingend recht, FRÉDÉRICQ, o.c., nr. 1715, 1723.

³⁹ SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 714 e.v.; VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2283.

⁴⁰ SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nrs. 718-720.

⁴¹ SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 723.

⁴² Het gaat om twee onderscheiden mogelijkheden: SMEESTERS en WINKELMOLEN, nr. 721; VAN BLADEL, *Connaissances et règles de la Haye. Commentaire de la loi du 28 novembre 1928*, nrs. 155 en 159; Cass., 11 maart 1977, *R.H.A.*, 1977-78, 424; Cass., 7 november 1958, *J.P.A.*, 1959, 195; Brussel, 16 maart 1956, *J.P.A.*, 1956, 195.

«Met dien verstande dat geen vervoerder, kapitein of agent van de vervoerder verplicht zal zijn een cognossement af te leveren inhoudende merken, getal, hoeveelheid of gewicht, wanneer hij redelijke gronden heeft te vermoeden dat zij niet nauwkeurig de in werkelijkheid door hem ontvangen goederen weergeven of tot het nazien waarvan hij geen redelijke gelegenheid heeft gehad.»

Het staat aan de vervoerder te bewijzen dat de voorwaarden, om deze verklaringen niet op te nemen, vervuld zijn.

Indien dan die verklaringen inderdaad niet zouden worden opgenomen, zodat er geen merken en/of geen kwantitatieve vermeldingen in het cognossement zouden voorkomen, zou er dienaangaande geen verder probleem zijn. Een cognossement zonder die vermeldingen heeft echter geen nut en kan niet verhandeld worden. Eventueel zou de inlader, wanneer hij niet akkoord gaat met de weglating, de betwisting in de laadhaven kunnen laten oplossen in kort geding, maar dit wordt blijkbaar als onpraktisch beschouwd.

In feite worden de door de vervoerder gemaakte verklaringen van de inlader wel in het cognossement vermeld maar met bijvoeging van een «onbekendheidsvoorbehoud», waarbij de vervoerder te kennen geeft dat hij de verklaringen van de inlader niet erkent⁴³. De draagwijdte hiervan zou moeten zijn dat het cognossement niets bewijst i.v.m. die vermeldingen, zodat zij even goed hadden kunnen worden weggelaten⁴⁴.

Aangezien echter het cognossement meestal verhandeld wordt en in handen komt van derden, die op de vermeldingen voortgaan, wordt de toestand veel kieser. Van de vervoerder mag geëist worden dat hij tegenover die derden bewijst dat de voorwaarden voor de niet-vermelding van de verklaringen van de inlader vervuld waren. Indien dit bewijs niet geleverd wordt, dienen de onbekendheidsclausules als nietig beschouwd te worden. Het enkele feit dat de inlader de inlassing van een onbekendheidsvoorbehoud aanvaard heeft volstaat niet als bewijs⁴⁵.

Het is nochtans, naar Belgisch zeerecht, niet nodig dat de vervoerder zijn «onbekendheidsvoorbehoud» motiveert in het cognossement⁴⁶.

De uiterlijke staat en gesteldheid van de goederen moet door de vervoerder zelf worden nagegaan. Hiervoor gaat hij dus niet voort op de verklaringen van de inlader. Wan-

neer de uiterlijke staat en gesteldheid van de goederen te wensen overlaat, zal de vervoerder een gepaste reserve in het cognossement opnemen om dit duidelijk te maken⁴⁷.

16. Art. 91, § III, 4°, regelt ook de bewijskracht van zulk cognossement, in de volgende termen: «4° Een zodanig cognossement geldt als vermoeden, behoudens tegenbewijs, dat de vervoerder de goederen ontvangen heeft, zoals zij, overeenkomstig nr. 3, a, b, en c, in dat stuk beschreven zijn⁴⁸.»

Krachtens de Regels van Visby is de bewijskracht nu echter anders geregeld, want Regel III, 4°, werd aangevuld met de volgende bepaling: «Nochtans wordt het tegenbewijs niet toegelaten indien het cognossement is overgedragen geworden aan een derde persoon die er te goeder trouw houder van is⁴⁹.»

Tegenover een derde-houder te goeder trouw kan dus geen tegenbewijs meer aanvaard worden. Tussen inlader en vervoerder kan dit nog wel.

Overigens aanvaardden ook vroeger de Belgische rechtbanken geen tegenbewijs tegenover een derde-houder te goeder trouw⁵⁰.

17. Zoals gezegd heeft art. 91 van de Zeewet echter een beperkte draagwijdte. Voor alle transporten en alle documenten die niet onder de dwingende regels van art. 91 vallen, blijft in beginsel de contractuele vrijheid i.v.m. de vermeldingen van de cognossemmenten en hun bewijskracht bestaan. Zo ook voor de vermeldingen die art. 91 niet regelt⁵¹.

18. De vraag heeft zich voorgedaan of de vervoerder, krachtens art. 91, § III, 3°, in het cognossement het aantal der colli en het stukstal der goederen, en de hoeveelheid *en* het gewicht moet vermelden, dan wel of, al naargelang de omstandigheden, het ene *of* het andere moet vermeld worden. Ondanks de tekst van de wet heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 8 juli 1955 (zaak ss «Delaware») beslist dat de vervoerder verplicht is meerdere kwantitatieve vermeldingen in het cognossement op te nemen, naargelang de schriftelijke verklaringen van de inlader⁵².

Op de motivering van dit arrest kan terecht kritiek worden geoeffend⁵³, maar de beslissing is gezond, in de mate dat zij de belangen van de houders van cognossemmenten vrijwaart in de gevallen waarin de vervoerder meerdere kwantitatieve vermeldingen (bv. aantal zakken *en* het gewicht) in het cognossement heeft opgenomen, maar daarna staande wil houden dat voor één van de vermeldingen de dwingende bewijsregeling van art. 91 niet geldt. De houder

⁴³ Tijdens de Diplomatieke Zeerechtconferentie te Brussel in 1923 i.v.m. het cognossemmentsverdrag (processen-verbaal, blz. 49-50) werd verklaard dat dit gebruik de tekst van de Conventie primeert, zodat de zeevervoerder zelfs die vermeldingen niet zou *mogen* weglaten, maar alleen het recht zou hebben in die twee gevallen geldige reserves in te lassen. SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 721. Het is dus verkeerd te stellen dat in de gevallen van art. 91, § III, 3°, in fine, de vervoerder de vermeldingen moet weglaten en dat een onbekendheidsvoorbehoud niet voldoende is.

⁴⁴ SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 722, in fine.

⁴⁵ Cass., 11 maart 1977, *R.H.A.*, 1977-78, 424; Brussel, 19 april 1956, *J.P.A.*, 1958, 157; Antwerpen, 11 januari 1978, *R.H.A.*, 1979-80, 442; Contra: SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 722; VAN BLADEL, o.c., nr. 163.

⁴⁶ Cass., 11 maart 1977, *R.H.A.*, 1977-78, 424; Cass., 8 juli 1955, *J.P.A.*, 1955, 404, Brussel, 16 maart 1956, *J.P.A.*, 1956, 195. Antwerpen, 18 februari 1976, *R.H.A.*, 1977-78, 453 en latere arresten in dezelfde zin. J. HEENEN, *R.C.J.B.*, 1956, 27; VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2299.

⁴⁷ Brussel, 18 april 1961, *J.P.A.*, 1961, 413; SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 717. Dit geldt ook bij CMR, FREDE-
RICQ, o.c., nr. 1719.

⁴⁸ SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 725.

⁴⁹ Zie voetnoot 19. Hierover ook HEENEN en LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, 208.

⁵⁰ De rechtspraak liet ofwel het tegenbewijs niet toe (Kh. Antwerpen, 9 juli 1951, *J.P.A.*, 1951, 338) of besloot tot een professionele fout in hoofde van de vervoerder, wanneer hij ten onrechte een zuiver cognossement had uitgegeven, en hield hem op die grond aansprakelijk, Brussel, 16 februari 1949, *J.P.A.*, 1949, 445, VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2268.

⁵¹ SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 725.

⁵² Cass., 8 juli 1955, *J.P.A.*, 1955, 404; SMEESTERS en WINKELMOLEN, o.c., nr. 720.

⁵³ J. HEENEN, *R.C.J.B.*, 1956, 25.

van het cognossement moet erop kunnen rekenen dat de vervoerder, in beginsel, gebonden is door wat zijn cognossement vermeldt.

Het mag de vervoerder ook niet baten dat hij bij één van de vermeldingen een «onbekendheidsvoorbehoud» voegt, behoudens in de omstandigheden bepaald in art. 91, § III, 3°, in fine (redelijke twijfel over de juistheid of geen redelijke gelegenheid tot nazicht).

Een vooraf gedrukt onbekendheidsbeding, een zogenaamde stijlclausule, mag de bewijskracht niet tenietdoen⁵⁴.

Overigens zou ook voor bijzondere «onbekendheidsvoorbehouden» moeten worden aanvaard dat de vervoerder moet bewijzen dat de objectieve voorwaarden van art. 91, § III, 3°, in fine, vervuld zijn.

19. Een volgende vraag is of, krachtens art. 91, in het cognossement een voor de vervoerder bindende vermelding betreffende de aard of de kwaliteit van de goederen moet voorkomen⁵⁵.

Betreffende de kwaliteit blijkbaar niet. Zelfs wanneer het cognossement toch een vermelding van kwaliteit bevat, zal de vervoerder hieraan alle bewijskracht kunnen ontnemen, zelfs met een «stijlclausule» in de gedrukte voorwaarden van het cognossement, want betreffende de kwaliteit van de goederen is er geen dwingende bewijsregeling⁵⁶.

Het is echter duidelijk dat de inlader er alle belang bij heeft dat de aard van de koopwaar in het cognossement vermeld wordt, want anders ziet men niet goed in hoe hij dit document zonder moeilijkheden zou kunnen verhandelen. De loutere vermelding van het aantal colli (bv. kisten, vaten of dozen) en de erop aangebrachte merken, hoewel strikt genomen voldoende voor de uitvoering van het vervoercontract, zouden de zeeverkoop en het zoekrediet op basis van zulk een cognossement praktisch onmogelijk maken.

In feite vermelden de zeevervoerders in de cognossemerten dan ook meestal deze door de inladers, en trouwens door alle ladingbelanghebbenden, gewenste gegevens betreffende de aard van de koopwaar.

De vraag is echter of zij verplicht zijn dit te doen.

Volgens art. 85 van de Zeewet moet het cognossement de aard van de te vervoeren goederen opgeven, maar dit is slechts suppletief recht, zodat er geldig van kan worden afgeweken, en hetzelfde geldt voor de bewijskracht van het cognossement, zoals geregeld door art. 87 van de Zeewet⁵⁷.

⁵⁴ Cass., 8 juli 1955, *J.P.A.*, 1955, 404; Conferentie Brussel 1923 voor het cognossementsverdrag. *P.V.*, p. 49-50; SMEESTERS en WINKELMOLEN, nr. 721; VAN BLADEL, *o.c.*, 159; VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2299; J. HEENEN, *R.C.J.B.*, 1956, 25; VAN RIJN en HEENEN, *R.C.J.B.*, 1967, 102-103; zie nochtans: Cass., 7 november 1958, *J.P.A.*, 1959, I, 195; Brussel, 16 maart 1956, *J.P.A.*, 1956, 195.

⁵⁵ VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nrs. 2264 en 2266; SMEESTERS en WINKELMOLEN, *o.c.*, nrs. 424 en 717.

⁵⁶ Kh. Antwerpen, 24 juni 1950, *J.P.A.*, 1950, 203; Hof Aix-en-Provence, 14 mei 1981, *D.M.F.*, 1982, 345, met afkeurende noot ACHARD, veroordeelde nochtans de vervoerder wegens niet-conforme aflevering van ajuinen van een bepaalde categorie, enkel omdat er geen voorbehoud in het cognossement werd gemaakt.

⁵⁷ VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2284; SMEESTERS en WINKELMOLEN, *o.c.*, nr. 424. M.b.t. de aard van de koopwaar is er in CMR ook geen dwingende bewijskrachtregeling; VAN RIJN, *Liber Amicorum L. Fredericaq*, 1051.

In art. 91, dat dwingend de verplichte vermeldingen en de bewijskracht ervan regelt, is er echter geen sprake van de aard der koopwaar. Het is verstaanbaar dat de wetgever geen dwingende verplichting tot vermelding van de aard der koopwaar heeft voorgeschreven, zeker voor die gevallen waarin er geen redelijke gelegenheid tot nazicht bestaat, zoals bij de verpakte goederen, of waarin de zeevervoerder terecht kan twifelen aan de juistheid van de opgave van de inlader (bv. de aard van een speciale koopwaar). Welnu dat zal in de regel het geval zijn.

Er is echter een correctief. De zeevervoerder is immers, krachtens art. 91, verplicht in zijn cognossement de uiterlijke staat en de uiterlijke gesteldheid der goederen te beschrijven. Die beschrijving is een persoonlijke taak van de zeevervoerder, waarvoor hij dus niet moet voortgaan op een verklaring van de inlader⁵⁸.

De vraag is nu in hoeverre de vermelding van de aard der goederen gelijk te stellen is met de beschrijving van de uiterlijke staat der goederen, zodat de regel van art. 91, § III, 3°, c, zou spelen.

Voor een aantal gevallen is dit mogelijk.

Als algemene regel mag gesteld worden dat de zeevervoerder geen bepaalde koopwaar in het cognossement mag vermelden als zijnde ingescheept, wanneer een uiterlijke inspectie, enkel voortgaand op de kennis en ervaring die men van een zorgvuldig zeevervoerder mag verwachten, doet blijken dat de werkelijk ingescheepte koopwaar hieraan niet beantwoordt.

De verplichtingen van de zeevervoerder moeten dienaangaande dezelfde zijn als voor de beschrijving van de uiterlijke staat der goederen, en dit zou zelfs a fortiori zo moeten zijn. Immers, als de zeevervoerder moet vermelden dat bijvoorbeeld bananen te rijp zijn bij inscheeping, dan moet hij a fortiori weigeren een cognossement af te leveren voor een zg. lading bananen, wanneer in werkelijkheid andere vruchten worden ingeladen.

Kwesties van commerciële kwaliteiten der goederen, die een specialistenkennis of een grondig onderzoek veronderstellen, zullen hier echter normaliter buiten vallen.

Het wordt immers algemeen aangenomen dat de zeevervoerder geen ver doorgedreven onderzoeken moet doen betreffende de aangeboden koopwaar⁵⁹.

Wanneer echter de zeevervoerder de aard van de koopwaar in zijn cognossement vermeldt zonder enig voorbehoud of beding, dan zal hij door die vermelding gebonden zijn, zoals door welke niet-verplichte vermelding ook die hij toch zonder meer in het cognossement opneemt.

20. Wanneer door de afzender verpakte goederen vervoerd worden, rijst de vraag hoe de medecontractant van de vervoerder een bewijs zal kunnen leveren betreffende een inhoud, tot inspectie waarvan voor de vervoerder geen redelijke gelegenheid bestaat. Bedoeld worden hier: het stukstal der goederen in de verpakking, de staat van de goederen in de verpakking, de aard van de goederen en het netto-gewicht van de goederen, in zoverre dit alles wegens de verpakking redelijkerwijs niet kan worden nagezien.

⁵⁸ Brussel, 18 april 1961, *J.P.A.*, 1961, 413; SMEESTERS en WINKELMOLEN, *o.c.*, nr. 717.

⁵⁹ VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2299, voetnoot 1; Antwerpen, 19 september 1979, *R.H.A.*, 1979-80, 342; Brussel, 3 februari 1956, *J.P.A.*, 1957, 147; Brussel, 4 december 1957, *J.P.A.*, 1958, 315; Kh. Antwerpen, 23 december 1958, *J.P.A.*, 1960, 414.

Zelfs wanneer de medecontractant van de vervoerder de inhoud door alle middelen rechtens mag bewijzen, blijft voor hem toch de hoofdvraag of hij dit bewijs zal vinden in de vervoerdocumenten. Meestal niet, want de vervoerder zal, in de gegeven omstandigheden en behoudens uitzondering, daarin niets erkennen en ook niets moeten erkennen over de bovenvermelde gegevens betreffende de verpakte goederen.

Ook art. 91 van de Zeewet verplicht, in de gegeven omstandigheden, de zeevervoerder tot niets i.v.m. de inhoud.

Hierbij komt dat het niet gebruikelijk is dat de zeevervoerder, om de inhoud te kunnen nagaan, de verpakking opent. Behoudens bijzondere omstandigheden is dit hem zelfs niet toegelaten⁶⁰.

Overigens, een systematische controle van de inhoud is in de praktijk ook niet te verwezenlijken, gezien de eraan verbonden kosten en het tijdverlies dat er onvermijdelijk zou uit voortvloeien voor alle betrokken partijen.

In alle geval is de zeevervoerder niet absoluut verplicht de inhoud na te gaan.

21. In zoverre er voor de vermeldingen over de inhoud geen imperatieve voorschriften ten laste van de vervoerder bestaan, zal hij de bewijskracht van eventuele vermeldingen i.v.m. de inhoud volledig kunnen tenietdoen, zelfs door een algemeen en gedrukt beding in de vervoerovereenkomst en, a fortiori, door een bijzonder voorbehoud in het vervoerdocument. Dit geldt voor de staat en de aard van de goederen, voor zover deze niet uiterlijk zichtbaar zijn, hun kwaliteit, enz.

Onbekendheidsbedingen of -voorbehouden in de cognosementen worden dan ook als geldig beschouwd⁶¹. Bekende formules zijn «said to contain», «contents unknown» enz.

Documenten met zulke onbekendheidsbedingen of -voorbehouden leveren voor de medecontractant van de vervoerder dus geen enkel bewijs voor wat zich in de verpakking bevindt, noch voor de staat van de goederen, noch voor de aard ervan enz.

Voor de kwantitatieve vermeldingen in cognosementen, bestaat voor de zeevervoerder, krachtens art. 91, § III, 3°, en gezien de ruime interpretatie hieraan door het Hof van Cassatie gegeven in het arrest «Delaware», de verplichting deze op te nemen zoals zij door de inlader schriftelijk zijn opgegeven, behoudens de gevallen bepaald in art. 91, § III, 3°, in fine. In deze gevallen (redelijke twijfel over de juistheid of geen redelijke gelegenheid tot nazicht) mag de zeevervoerder de vermeldingen weglaten of ze alle bewijskracht ontnemen door een bijzonder onbekendheidsvoorbehoud (bv. said to weigh, quantity unknown enz.).

Bij verpakte goederen zullen de voorwaarden van art. 91, § III, 3°, in fine, echter dikwijls vervuld zijn en de vervoerder zal dan telkens terecht een onbekendheidsvoorbehoud kunnen inlassen, naast de kwantitatieve vermeldingen over bv. stukstal der goederen in de verpakking en het nettogewicht der goederen, volgens de schriftelijke opgave van de inlader.

⁶⁰ VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2295.

⁶¹ Cass., 1 april 1966, *Pass.*, 1966, I, 1006; VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2264; HEENEN en LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, p. 209-210.

De medecontractant van de vervoerder zal ook dan weer geen bewijs vinden in de vervoerdocumenten.

Ook de derde-houder vindt er geen enkel bewijs in. Hij wordt niet misleid want hij weet door het document dat het om verpakte goederen gaat en hij moet weten dat de erin voorkomende onbekendheidsvoorbehouden geldig zijn.

Indien echter de vervoerder nalaat een onbekendheidsbeding of -voorbehoud in het cognosement op te nemen, dan zullen de eventuele vermeldingen m.b.t. de inhoud hem wel binden, krachtens de gemeenschappelijke bewijskracht van het cognosement⁶².

22. Geldt het bovenstaande ook voor vervoer in containers en wat daarmee vergelijkbaar is?

Indien het cognosement enkel vermeldt dat de vervoerder een bepaalde container ontvangen of ingescheept heeft, zonder iets te zeggen over de inhoud, dan is er vanzelfsprekend geen probleem. Het document bewijst dan niets over de inhoud, ook niet over de staat van de goederen in de container, maar enkel over de container, waarvan overigens in elk geval de uiterlijke staat door de vervoerder moet worden nagezien, zodat de vervoerder eventueel een bijzonder voorbehoud in geval van slechte uiterlijke staat moet maken⁶³.

In zo'n geval zal voor de beperking van aansprakelijkheid van de zeevervoerder, overeenkomstig de Regels van Den Haag-Visby, de container dan ook beschouwd worden als één colli of eenheid⁶⁴.

In de regel vermeldt het cognosement echter wel de inhoud van de container.

Indien in het cognosement dan geen onbekendheidsbeding of -voorbehoud voorkomt, zal de vervoerder weer gebonden zijn door die vermeldingen, overeenkomstig het gemeene recht.

Indien er echter wel zo'n beding of voorbehoud is, en dit is meestal het geval, dan rijst de moeilijke vraag naar de geldigheid ervan.

23. In de huidige stand van de wetgeving dient de oplossing blijkbaar te worden gezocht door vergelijking met de bewijsregeling in de andere gevallen.

Indien de afzender zelf de goederen in de container heeft geplaatst en daarna de gesloten container ten vervoer aanbiedt, en a fortiori wanneer de container verzegeld is, dan mag aangenomen worden dat de vervoerder over de inhoud van de container niet meer moet vermelden dan voor elke andere door de afzender verpakte koopwaar. Hij mag geldig onbekendheidsbedingen of -voorbehouden in het cognosement opnemen, zoals hij dat mag doen voor andere door de afzender verpakte goederen (zie supra nr. 21), met alle gevolgen vandien⁶⁵.

⁶² VAN RIJN en HEENEN, o.c., nr. 2264. In de binnenvaart hebben ook de niet-verplichte vermeldingen in het cognosement bewijskracht, Cass., 12 maart 1940, *Pass.*, 1940, I, 90.

⁶³ Bij ontstentenis van voorbehoud in het cognosement blijft de zeevervoerder aansprakelijk voor manco in de container, ook al werd die gelost met ongeschonden zegel, Antwerpen, 19 november 1980, *R.H.A.*, 1981-82, 210.

⁶⁴ Art. 4, § 5, van het Internationaal Verdrag van Brussel van 25 augustus 1924, zoals gewijzigd door het Protocol van 23 februari 1968: zie voetnoot 19. Over deze problematiek: HEENEN en LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, 226-229.

⁶⁵ Het Franse Hof van Cassatie beschouwde de vermelding «said to contain» niet als een voldoende gemotiveerd voorbehoud

Indien echter de vervoerder zelf of door een uitvoerings-agent de goederen in de container laadt, dan kent hij de inhoud en dan is er geen enkele reden om betreffende die inhoud geen bewijskrachtige vermeldingen in het cognossement op te nemen, overeenkomstig alle bepalingen van art. 91, § III, 3°. Enkel in geval van redelijke twijfel over de juistheid van de schriftelijke verklaringen van de afzender of ingeval er geen redelijke gelegenheid tot inspectie is geweest, zou de vervoerder dan een bijzonder voorbehoud betreffende de kwantitatieve vermeldingen mogen inlassen. Dit laatste zal vrij zelden het geval zijn, want de vervoerder heeft in deze veronderstelling de goederen ontvangen, zonder dat ze reeds in een container geladen waren, en normaliter zal hij alle vereiste vaststellingen hebben kunnen doen. De uiterlijke staat en gesteldheid van de goederen zal de vervoerder zelf moeten beschrijven en erkennen, eveneens overeenkomstig art. 91, § III, 3°, en eventueel zal hij hier ook een bijzonder voorbehoud moeten maken.

In dit geval, waarin de vervoerder de goederen van de afzender ontvangen heeft vooraleer de goederen in de container worden geladen, moet de vervoerder overigens de goederen in het cognossement beschrijven zoals hij ze ten vervoer ontvangen en aangenomen heeft en niet zoals hij ze heeft ingescheept (art. 91, § 3, 3°).

Dezelfde regel moet blijkbaar worden aanvaard telkens als de vervoerder aanwezig is bij het laden van de container ter uitvoering van de vervoerovereenkomst.

Of de container wordt geleverd door de afzender zelf, of door de vervoerder of door een derde, is irrelevant.

De enige vraag moet hier zijn of de vervoerder zich kon vergewissen van de inhoud van de container; dezelfde vraag dus als voor elke andere koopwaar, die al dan niet verpakt door de afzender ten vervoer wordt afgegeven.

Uiteindelijk staat het aan de rechtbanken in ieder concreet geval te oordelen of de vervoerder de inhoud van een verpakking en ook van een container kan vaststellen, rekening houdend met wat daarbij van een vervoerder, en in het bijzonder van een zeevervoerder, verwacht mag worden overeenkomstig de geldende gebruiken en de concrete eisen

en hield de vervoerder aansprakelijk voor een ontbrekende baal in een container «*bien qu'il ait reçu un conteneur fermé et scellé et qu'il ait eu, du fait du comportement antérieur du chargeur toutes raisons de se refuser à indiquer dans le connaissance délivré, comme le lui permettait l'art. 3, § 3 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, le nombre et les marques des colis placés dans le conteneur lui ayant été remis*». Cass. fr., 29 januari 1980, *E.T.L.*, 1980, 385 en *D.M.F.*, 1981, 267, met noot ACHARD die van oordeel is dat een beter gemotiveerd voorbehoud wellicht voldoende was geweest.

Uit dit arrest kunnen alleszins geen vaste en algemene conclusies worden getrokken. Ook Hof Aix-en-Provence (13 januari 1984, *D.M.F.*, 1984, 467, m.s. «Degas») hield de vervoerder aansprakelijk voor oude inwendige vochtschade in een door derden geladen container, blijkbaar omdat een voorbehoud-«*marchandises empo-tées dans les conteneurs du navire*» als onvoldoende werd beschouwd, maar er is een afkeurende noot van Achard en bovendien rijst weer de vraag of de termen van het voorbehoud niet de doorslag hebben gegeven.

Indien het cognossement het gewicht der koopwaar in de container vermeldt, zullen voorbehouden «*said to contain*» en «*shipper's load and count*», de zeevervoerder niet baten, wanneer de Rechtbank oordeelt dat het hem niet aan redelijke middelen ontbrak om het gewicht na te zien. (zaak m.v. «NETUNO»)

die de normale uitvoering aan een zeevervoerder stelt, en die iedereen verondersteld is te kennen en te aanvaarden.

24. Dit is overigens wat gebeurt bij goederen die door de inlader op paletten worden gestapeld om samen vervoerd te worden.

De dwingende regeling van art. 91, § III, 3°, kan en moet worden toegepast. Slechts indien de vervoerder kan waar maken dat hij redelijkerwijs kan twijfelen aan de juistheid van de schriftelijke verklaringen van de inlader betreffende het stukstal der goederen op de paletten, of wanneer hij geen redelijke gelegenheid tot inspectie heeft, zal hij gerechtigd zijn iedere vermelding van dit stukstal uit het cognossement weg te laten of, wanneer hij het toch vermeldt, er een bijzonder onbekendheidsvoorbehoud aan toe te voegen om aldus de bewijskracht van de vermelding teniet te doen. Het betreft een feitenkwestie, waarover in concreto moet worden geoordeeld⁶⁶.

In dit verband mag erop gewezen worden dat containers en paletten op dezelfde lijn worden gesteld door de Regels van Den Haag-Visby voor de beperking van aansprakelijkheid van de vervoerder per colli of eenheid⁶⁷.

25. Voor containers is er echter het bijkomend probleem dat de derde-houder van een cognossement niet verondersteld is te weten of de container al dan niet is geladen door of in aanwezigheid van de vervoerder. Hij kan dit ook niet afleiden uit het enkele feit dat zijn goederen vervoerd worden in een container, want de twee zijn mogelijk. Voor de traditioneel verpakte goederen (in kisten, cartons, vaten enz.) weet de derde-houder van het cognossement integendeel dat zij reeds verpakt aan de vervoerder worden toevertrouwd.

Hoe kan de derde-houder van het cognossement bij containervervoer worden ingelicht over het feit of de container al dan niet is geladen door of in aanwezigheid van de vervoerder, met de eraan verbonden gevolgen voor de bewijskracht van de vermeldingen in het cognossement?

Eigenlijk zou dit moeten blijken uit het cognossement zelf.

26. Indien in het cognossement staat dat de vervoerder een container goederen ontvangen heeft, dan mag hieruit afgeleid worden dat de container reeds geladen was door de afzender.

In het cognossement wordt dan beschreven wat de vervoerder ontvangen en aangenomen heeft, en de inlader mag aflevering van een cognossement met zulk een inhoud eisen, krachtens art. 91, § III, 3°.

Indien de goederen, op het ogenblik van de ontvangst door de zeevervoerder, nog niet in een container zijn, dan moeten de goederen beschreven worden zoals zij op dat ogenblik zijn. Worden deze goederen *daarna* door de vervoerder of een onderaannemer van de vervoerder in een container geladen, dan mag dit geen enkel gevolg hebben voor de vermeldingen van het cognossement en de bewijskracht ervan. De container doet dan voor de vervoerder dienst als middel tot vervoer en niet als verpakking gebruikt door de afzender⁶⁸.

Wanneer de goederen ingeladen zijn, kan de afzender

⁶⁶ ROLAND en HUYBRECHTS, «Overzicht van rechtspraak — Scheepvaartrecht», *T.P.R.*, 1976, nr. 104.

⁶⁷ Zie Protocol van 23 februari 1968: voetnoot 19.

⁶⁸ SMEESTERS en WINKELMOLEN, *o.c.*, nr. 728.

verlangen dat een *cognossement* «received for shipment» wordt vervangen door een «geladen» («shipped») *cognossement*, overeenkomstig de bepalingen van art. 91, § III, 7°, zonder dat zulks iets verandert aan de vermeldingen of hun bewijskracht⁶⁹.

27. Is de toestand anders wanneer er slechts een «geladen» *cognossement* wordt afgeleverd, zoals meestal het geval is?

Ook dan moet de vervoerder de goederen in het *cognossement* beschrijven zoals hij ze van de afzender ontvangen en aangenomen heeft. (Ingeval de goederen sedert de ontvangst, maar vóór de inlading, manco of averij vertonen zullen de vermeldingen van het *cognossement* worden aangepast, maar de derde-houder moet enkel kunnen voortgaan op wat het *cognossement* uiteindelijk vermeldt en wordt dan niet misleid.)

Indien de vervoerder, na de goederen ontvangen te hebben, deze in een container laadt en dan aan boord van het schip brengt, dan mag het *cognossement* zeggen dat een container met goederen aan boord is geladen («shipped»), wat immers klopt met de werkelijkheid, maar de vermeldingen i.v.m. de ontvangen goederen en de bewijskracht van deze vermeldingen dienen, in de regel, ongewijzigd te blijven⁷⁰.

Tenzij een dergelijk «geladen» *cognossement* speciaal vermeldt dat de goederen in de container zijn geladen door de afzender, zal de derde-houder niet uit het *cognossement* zelf kunnen afleiden wie deze belading deed, de afzender of de vervoerder. Dit zou nochtans duidelijk moeten zijn, gezien de eraan verbonden gevolgen. Het is dan ook nodig dat uit het *cognossement* door gepaste vermeldingen blijkt of de goederen in de container geladen zijn door de afzender, dan wel of dit gebeurde door de vervoerder. Het moet, met andere woorden, uit het *cognossement* blijken of de container een verpakking, dan wel een middel tot vervoer is geweest.

Aangezien de vervoerder in het *cognossement* de uiterlijke gesteldheid van de ontvangen goederen, waartoe de verpakking behoort, moet beschrijven, mag hij door de vermeldingen van het *cognossement* de container slechts dan als verpakking doen voorkomen, wanneer de goederen werkelijk door de afzender in de container zijn geladen.

Het *cognossement* kan de vereiste duidelijkheid brengen door, in geval van belading van de container door de afzender, dit uitdrukkelijk en bijzonder in het *cognossement* te vermelden. Zulke formules zijn nu overigens in gebruik. Aan de hand ervan kan de derde-houder dan weten dat de container al dan niet een verpakking is.

28. Wanneer de goederen in de container worden geladen door de afzender en aldus verpakt ten vervoer aan de vervoerder worden toevertrouwd, rijst nog de vraag of de vervoerder aansprakelijk blijft voor averij veroorzaakt

door gebrekkige stuwung van de goederen in de container⁷¹.

De averij kan in zo'n geval zowel aan andere goederen in het schip worden toegebracht, als aan de goederen in de container zelf.

Krachtens art. 91, § III, 2°, is de vervoerder ertoe gehouden voor een behoorlijke stuwung te zorgen. Hij kan deze verplichting niet afwentelen op anderen. Ook in dat geval blijft hij aansprakelijk voor de gevolgen van gebrekkige stuwung⁷².

Wanneer echter verpakte goederen ten vervoer worden aangeboden, kan het plaatsen en vastmaken van de goederen in de verpakking niet beschouwd worden als stuwung die deel zou uitmaken van het zeevervoer en waarvoor de zeevervoerder aansprakelijkheid zou moeten dragen.

Hetzelfde moet gelden wanneer de verpakking bestaat uit een container, waarin de afzender zijn goederen geplaatst en gestuwd heeft.

Wel is het zo dat de vervoerder de uiterlijke staat en gesteldheid van de aldus aangeboden container met goederen moet nagaan, zoals bij alle verpakte goederen, en dat hij een bijzonder voorbehoud in het *cognossement* moet maken, wanneer in uitzonderlijke gevallen uiterlijk merkbaar is dat de goederen gebrekkig verpakt zijn, of gebrekkig gestuwd zijn in de verpakking⁷³.

Bovendien begaat de vervoerder een fout door zulke zichtbaar slecht verpakte of slecht gestuwde goederen te vervoeren naast of bij andere goederen die er schade door kunnen lijden⁷⁴.

29. Voor alle zeevervoer van goederen is er ook het probleem van de uitwerking van het voorbehoud *ter bestemming*. Als eenmaal vaststaat dat de vervoerder bepaalde goederen in een bepaalde staat ten vervoer heeft ontvangen, dient nog te worden nagegaan hoe de vervoerder aansprakelijk wordt gesteld wanneer hij deze goederen niet in die staat ter bestemming heeft afgeleverd.

Voor het binnenlands vervoer te land zijn er strikte termijnen gesteld binnen welke er voor manco, averij en vertraging, geprotesteerd dient te worden tegenover de vervoerder, op straffe van verval⁷⁵.

Voor het zeevervoer zijn er eveneens termijnen gesteld, maar niet op straffe van verval. Het komt er dan bijgevolg op aan te bepalen welke de gevolgen zijn van een naleving van de termijnen door de geadresseerde en welk bewijs hij moet leveren, wanneer hij de termijnen niet in acht genomen heeft.

⁷¹ Hof Parijs, 15 juni 1979, *D.M.F.*, 1980, 86, houdt de inlader aansprakelijk, terwijl de vervoerder vrij uitgaat.

⁷² De vervoerder, die zelf de stuwage in de container doet, is aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door slechte stuwage: Hof 's Gravenhage, 3 oktober 1980, *Schip en Schade*, 1981, 1 (m.s. «Poeldijk»).

⁷³ Wanneer door vroegere schadegevallen de vervoerder reden heeft om wantrouwig te staan tegenover de stuwingsmethode van de inlader, moet hij de stuwung van de inhoud van een semi-trailer nagaan (Opperste Gerechtshof Zweden, *E.T.L.*, 1980, 23).

⁷⁴ Arr. Rb. Rotterdam, 1 juli 1983, *Schip en Schade*, 1983, nr. 117 (slechte stuwage door de afzender in een open-topcontainer en daardoor schade aan andere goederen).

⁷⁵ Wet 25 augustus 1891, artt. 7 en 8; *R.P.D.B.*, o.c., nrs. 725 en 742; *FREDERICQ*, o.c., nr. 1636.

Voor de binnenvaart: wet van 1936, art. 57; *FREDERICQ*, o.c., nr. 1645.

⁶⁹ Indien er tussen ontvangst en inlading manco of averij ontstaan is, zal dit vermeld worden in het «geladen» *cognossement* (SMEESTERS en WINKELMOLEN, nr. 728).

⁷⁰ Tenzij er na ontvangst manco of averij is ontstaan; zie voetnoot 69. Een onbekendheidsvoorbehoud kan geen effect hebben, wanneer de vervoerder de goederen in de container geladen heeft en dan de slechte staat heeft vastgesteld (Yeramex International v. ss. «Tando», *A.M.C.*, 1977, 1807).

Art. 91, § III, 6°, van de Zeewet houdt dienaangaande een regeling in die heel wat interpretatieproblemen meebrengt⁷⁶.

Zeker is dat het voorbehoud schriftelijk dient te worden gemaakt, behalve in geval van contradictoire vaststelling bij de ontvangst, en dat het bijzonder moet zijn, met de vermelding van de algemene aard van het verlies of van de beschadiging⁷⁷.

Indien zo'n voorbehoud voor uiterlijk zichtbare averij of manco niet gemaakt wordt ten laatste op het ogenblik van de receptie van de goederen door de ontvanger geldt deze receptie «tot bewijs van het tegendeel als vermoeden dat de goederen door de vervoerder werden afgeleverd zoals zij in het cognossement beschreven zijn».

Er wordt aangenomen dat er in dat geval een vermoeden van niet-aansprakelijkheid in het voordeel van de vervoerder bestaat. De ontvanger mag echter nog bewijzen, dat de averij of het manco veroorzaakt zijn door de fout van de vervoerder. De aansprakelijkheid van de zeevervoerder zal na zo'n bewijs nog beoordeeld worden met toepassing van de regels van art. 91, § IV⁷⁸.

Indien echter de ontvanger wel het vereiste voorbehoud heeft gemaakt voor uiterlijk zichtbare averij of manco, dan wordt de vervoerder niet vermoed de goederen te hebben afgeleverd «zoals zij in het cognossement beschreven zijn». De vermeldingen in het cognossement zeggen echter niet alles over de goederen; het cognossement bevat integendeel een beperkt aantal bewijskrachtige vermeldingen (supra nr. 15 en volgende). Er is daarom slechts een vermoeden van aansprakelijkheid van de vervoerder, indien de ontvanger ook nog bewijst, aan de hand van het cognossement of, waar dit niet volstaat, door alle middelen rechtens dat de vervoerder de goederen in goede staat en in de door de ontvanger gestelde hoeveelheid ontvangen heeft.

Voor manco of averij, die bij de receptie door de ontvanger niet uiterlijk zichtbaar zijn, houdt art. 91, § III, 6°, tweede lid, een kryptische regeling in, waar het voorschrijft dat de schriftelijke kennisgeving van het voorbehoud dan binnen drie dagen na aflevering moet geschieden.

Indien de ontvanger de vereiste kennisgeving binnen drie dagen doet, dan wordt aangenomen dat het manco of de averij reeds bestonden op het ogenblik van de receptie en dan bevindt men zich terug in de hiervóór behandelde hypothese van het voorbehoud dat reeds bij de receptie werd gemaakt voor uiterlijk zichtbare averij of manco.

Welke zijn de gevolgen, wanneer de ontvanger de vereiste kennisgeving niet tijdig heeft gedaan?

In ieder geval is het zo dat de ontvanger zijn vordering tegen de zeevervoerder niet ziet vervallen door het enkele feit dat de voorschriften voor de kennisgeving niet in acht zijn genomen⁷⁹.

De vraag is echter welk bewijs de ontvanger nog moet leveren om tot de aansprakelijkheid van de vervoerder te kunnen besluiten.

Rechtspraak en rechtsleer zijn dienaangaande niet volledig eensgezind⁸⁰.

Het enkele feit dat de ontvanger bewijst dat de goederen

⁷⁶ Cass., 4 december 1964, *Pas.*, 1965, I, 339; VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2325; ROLAND en HUYBRECHTS, «Overzicht van rechtspraak — Scheepvaartrecht», *T.P.R.*, 1976, nr. 112.

⁷⁷ HEENEN en LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, 214-215.

⁷⁸ SMEESTERS en WINKELMOLEN, *o.c.*, nr. 749.

reeds in slechte staat waren op het ogenblik dat hij ze ontving, bewijst niet dat de vervoerder de goederen niet conform heeft afgeleverd. Er moet eerst nog bewezen zijn dat de goederen in goede staat waren toen de vervoerder ze ontving. Het cognossement geeft hierover niet noodzakelijk uitsluitsel, zoals hierboven gezegd.

Bovendien heeft een te laat gemaakt voorbehoud tot gevolg dat het tegenbewijs tegen een vermoeden van aansprakelijkheid van de vervoerder bemoeilijkt wordt, aangezien bepaalde nuttige vaststellingen, die de niet-aansprakelijkheid van de vervoerder konden bewijzen, niet meer zullen kunnen worden gedaan.

Dit laatste is trouwens de reden waarom bv. de wet van 25 augustus 1891 op de vervoerovereenkomst een verval van vordering inhoudt wanneer te laat voorbehoud wordt gemaakt⁸¹.

De rechtspraak neemt ook bij zeevervoer onder art. 91 dikwijls aan dat de ontvanger in geval van te laat voorbehoud, niet alleen moet bewijzen dat de manco's en averijen reeds bij de aflevering bestonden, maar ook dat deze veroorzaakt werden tijdens het zeevervoer en bovendien dat ze moeten worden toegeschreven aan omstandigheden, die de aansprakelijkheid van de zeevervoerder meebrengen⁸².

Het is evident dat deze problematiek ook van groot praktisch belang is bij het containervervoer, waar zich ook nog de moeilijkheden voordoen i.v.m. de vermeldingen in het cognossement⁸³.

30. De hierboven geschetste problemen i.v.m. de vervoerdocumenten, hun bewijskracht en de regeling van het vermoeden van aansprakelijkheid van de vervoerder, leiden tot nog grotere moeilijkheden bij gemengde of gecombineerde transporten, waarbij meerdere vervoerders met verschillende wijzen van vervoer betrokken zijn. Dergelijke gecombineerde transporten zijn er nochtans dikwijls, en hoe langer hoe meer.

Blijkbaar kan enkel een dwingende internationale conventie deze complexe problematiek op een afdoende manier regelen. De bestaande Conventie van de Verenigde Naties op het multimodaal vervoer is een stap in die richting, maar de Conventie is niet in werking en het is zelfs niet zeker dat ze ooit in werking zal treden. Ondertussen leiden initiatieven, zoals die van FIATA, om modelcognossementsformulieren ingang te doen vinden, tot praktische resultaten, die het probleem in belangrijke mate oplossen⁸⁴.

De tekst van deze en gelijkaardige conventies over vervoerrecht bewijst, voor zover dit nog nodig is, dat er een wereld verschil is tussen de vervoerovereenkomst, zoals het B.W. en zelfs nog de wet van 25 augustus 1891 deze zagen, en de huidige toestand. Het recht kan de ontwikkeling van de techniek blijkbaar moeilijk volgen.

Jozef VAN DEN HEUVEL

⁷⁹ SMEESTERS en WINKELMOLEN, *o.c.*, nr. 609.

⁸⁰ Zie voetnoot 76.

⁸¹ *R.P.D.B.*, «Transport par terre», nr. 725.

⁸² Zie rechtspraak aangehaald door VAN RIJN en HEENEN, *o.c.*, nr. 2325; zie ook: HEENEN en LIBOUTON, *R.C.J.B.*, 1979, 215-216.

⁸³ ROLAND en HUYBRECHTS, «Overzicht van rechtspraak — Scheepvaartrecht», *T.P.R.*, 1976, nr. 114.

⁸⁴ Zie hierover o.a. G. TANTIN, «Les documents de transport combiné», *E.T.L.*, 1980, 367; S. HARRINGTON, «Legal problem arising from containerization and international transport», *E.T.L.*, 1982, 3.

HET GEBRUIK ONTSTAAN UIT CONTRACT OF VERDRAG

Dit preadvies onderzoekt in welke mate bedingen als gebruik kunnen uitstijgen boven de overeenkomst, waarin zij voorkomen. Gebruikvorming door overeenkomst kan worden bestudeerd vanuit het nationale recht, vanuit het anationale recht van de internationale handel (de zgn. «lex mercatoria»)¹ en vanuit het volkenrecht — elk weliswaar vanuit een eigen perspectief. In dit referaat omvat de term «overeenkomst» bijgevolg zowel het contract onderworpen aan het Belgische recht, de transnationale handelsovereenkomst geregeerd door de lex mercatoria, als het volkenrechtelijk verdrag.

Een diepgaand onderzoek, dat gebruikvorming door overeenkomst in Belgisch recht, lex mercatoria en volkenrecht met elkaar vergelijkt, zou uiteraard te omslachtig zijn en voorbijgaan aan de opzet van dit referaat. Het lijkt niettemin interessant enkele krachtlijnen van deze rechtssystemen bloot te leggen. Aldus zal duidelijk worden hoe de drie rechtssystemen, uitgaande van een zelfde substraat, gebruikvorming door overeenkomst verschillend oplossen.

Deze bespreking bestaat uit drie delen. Allereerst wordt aangetoond dat overeenkomsten zowel bestaande gebruiken kunnen codificeren als nieuwe gebruiken kunnen scheppen — hoewel het onderscheid tussen codificatie en creatie vaak moeilijk zal zijn (I). Vervolgens wordt besproken hoe bedingen kunnen uitgroeien tot gebruikelijke bedingen, die impliciet in latere overeenkomsten worden opgenomen (II). Hierbij gaat de aandacht vooral naar het Belgische recht en het volkenrecht. Ten slotte wordt onderzocht hoe bedingen kunnen uitgroeien tot autonome gebruiken (III). Deze bespreking omvat het Belgische recht, de lex mercatoria en het volkenrecht.

Hoewel het Belgische recht onderscheid maakt tussen «gebruiken» en «gewoonten», en het internationaal recht enkel «gewoonten» kent, worden in deze tekst beide termen doorgaans gelijkgesteld. De redenen hiervoor volgen uit deel III.

I. Overeenkomst als codificatie of creator van gebruik

In beginsel zijn overeenkomsten relatief. Zij binden slechts de partijen en hebben geen rechtsgevolgen voor derden. «Pacta tertiis nec nocent, nec prosunt». Wanneer derden uitzonderlijk een recht putten uit een overeenkomst (bv. door een beding ten behoeve van derden of een meestbegunstigingsclausule²), volgt dit recht uit een contractueel beding. Zelfs tussen de contractspartijen is de draagwijdte van de overeenkomst in principe beperkt: de contractuele

bedingen gelden slechts voor de specifieke relatie, die door de overeenkomst wordt geregeld; zij binden de partijen niet in andere transacties.

1. Codificatie

Soms verwoorden bedingen in overeenkomsten evenwel bestaande gebruiken. Standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden van beroepsorganisaties zijn vaak werkelijke codificaties van de gebruiken van de handelssector. Rechtbanken en arbiters zijn trouwens al meermaals te rade gegaan bij deze teksten als codificatie van de relevante handelsgebruiken³.

De gebruiken bestaan echter onafhankelijk van de standaardcontracten of algemene voorwaarden waarin zij worden gecodificeerd. Hun inhoud kan er hooguit door worden bewezen. Een merkwaardig voorbeeld zowel van de bewijskracht van standaardcontracten als van het onafhankelijk bestaan van handelsgebruiken werd geleverd door de Rechtbank van Koophandel te Brussel. Deze rechtbank moest oordelen over de vergoeding, verschuldigd door een verzekeringsmaatschappij aan een elektriciteitsproducent. De rechters beoordeelden de vergoedingsplicht in het licht van een standaardcontract dat gesloten was tussen de meeste elektriciteitsmaatschappijen — maar niet de aanlegger — en hun verzekeraars. Dit contract weerspiegelde voor de rechtbank de «gebruiken die in het algemeen worden toegepast». De beslissing is echter vooral opmerkelijk omdat het standaardcontract een half jaar na het schadegeval was gesloten en dus retroactief een reeds bestaand gebruik bewees⁴.

Ook in het volkenrecht erkennen onderhandelaren en opstellers van verdragen dat verdragen — en vooral de «traités-lois» die algemene normen invoeren — vaak bestaand gewoonterecht verwoorden; dat deze codificatie zelfs één van de doelstellingen van dit soort verdragen is. Het Verdragenverdrag van Wenen en het nieuwe Zeerechtverdrag bevestigen dit bv. in hun preambule. Menig ontwerp van «traité-loi» is trouwens voorbereid door de International Law Commission, die volgens haar statuten moet bijdragen tot de codificatie van bestaand gewoonterecht⁵. Internatio-

¹ Het bestaan van de «lex mercatoria» wordt als werkhypothese aanvaard. Zie over dit vrij nieuwe begrip de uitvoerige situatieschets van H. BRAECKMANS, in *R.W.*, 1983-84, 2651-2682, waarmee ik grotendeels akkoord ga (zie mijn *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, 1977, 283-289); tevens de kritische benadering van R. VAN DELDEN, *Lex Mercatoria of Ius Commune*, Deventer, 1986.

² De «meest-begunstiging» wordt thans niet alleen toegekend in volkenrechtelijke handelsverdragen, maar komt ook meer en meer voor in privaatrechtelijke contracten (bv. om een concessionaris een gelijke behandeling te garanderen als de andere concessiehouders van de distributie-keten).

³ Bv. m.b.t. de standaardvoorwaarden van Belgische Expeditie-urs, Kh. Verviers, 3 juni 1976, *B.R.H.*, 1978, 609; m.b.t. de voorwaarden van de Nationale Unie van Weefselververs, Kh. Verviers, 24 maart 1961, *Jur. Liège*, 1961, 264. Zie m.b.t. de standaardcontracten van de London Corn Trade Association bij wijze van voorbeeld in de Franse rechtsleer: Y. LOUSSOUARN en J. BREDIN, *Droit du commerce international*, Parijs, 1969, 586; B. GOLDMAN, «Fontièrres du droit et 'Lex mercatoria'», *Arch. Phil. Dr.*, 1964, 177, 179-180; tevens Ph. FOUCHARD, «L'Etat face aux usages du commerce international», *Trav. Com. Fr. D.I.P.*, 1973-75, 71, 74-76; E. LAMBERT, «Sources du droit comparé ou supranational», in *Mélanges Gény*, III, 1935, 500; M. PEDAMON, «Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?», *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1959, 335, 344.

⁴ Kh. Brussel, 7 december 1977, *R.G.A.R.*, 1979, 10067.

⁵ ILC-statuten, art. 15 en 24. Zie B. RAMCHARAN, *The International Law Commission. Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, Den Haag 1977.

nale rechters en arbiters erkennen bovendien dat verdragen gewoonterecht kunnen codificeren⁶. Ook de rechtsleer aanvaardt dit⁷. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de rechtspraak en doctrine vaak de inhoud van bestaand gewoonterecht afleiden uit verdragsteksten — zoals hierna zal blijken.

Internationaal gewoonterecht bestaat evenwel los van zijn codificatie in een verdrag. Het naast elkaar bestaan van gewoonte en codificatie wordt treffend geïllustreerd door de arbitrage-uitspraak, gevelde tussen Frankrijk en Groot-Brittannië, die oordeelde dat het gewoonterecht inzake de afbakening van het continentaal plat nagenoeg tot hetzelfde resultaat leidde als het verdrag⁸.

De overeenkomst kan echter niet alleen bestaande gebruiken verwoorden of codificeren; zij kan ook bijdragen tot het ontstaan van nieuwe gebruiken. Strikt genomen betreft dit preadvies enkel de gebruiksvorming, zoals zal blijken uit de delen II en III. Codificatie of verwoording van bestaande gebruiken valt buiten het blikveld. In werkelijkheid vloeien codificatie en creatie echter vaak door elkaar, en dit zowel in de privaatrechtelijke als in de volkenrechtelijke sfeer.

2. Creatie

Codificatie betekent in feite vaak ook creatie. Allereerst kan de verwoording een praktijk dermate verstevigen dat zij een gebruik wordt. Bovendien zijn bestaande gebruiken in de meeste gevallen nogal vaag. Bij het neerschrijven worden zij meer precies, verfijnd en gedetailleerd verwoord. Codificatie voegt aldus nieuwe regels toe aan bestaande principes.

Ook bij verdragen zijn codificatie van bestaand gewoonterecht en creatie van nieuwe regels echter moeilijk te scheiden. De International Law Commission heeft bv. niet alleen codificatie, maar ook geleidelijke ontwikkeling van het internationale recht tot opdracht. Vele verdragen, zoals het Verdragenverdrag of het Zeerechtverdrag, erkennen trouwens in de preambule dat zij codificatie met creatie van nieuwe regels combineren. Hoe vervlochten codificatie en creatie zijn, wordt o.m. bevestigd door het Internationaal Gerechtshof dat stelde dat het Zeerechtverdrag «embodies or crystallizes a pre-existing or emergent rule of customary law»⁹. Trouwens, zelfs wanneer partijen de indruk hebben enkel bestaande gebruiken te verwoorden of te codificeren, wordt dit gebruik door de consensus tijdens de negotiatie nog verstevigd¹⁰. Codificatie en creatie vloeien gemakkelijk door elkaar.

Niet elk beding van een overeenkomst kan — qua inhoud — uitgroeien tot een gebruik. Overeenkomsten zijn in elk

geval anders dan gebruiken. De bedingen van de overeenkomst zijn relatief en specifiek. Gebruiken zijn daarentegen abstract en — in principe — algemeen: zij gelden voor een onbepaald aantal weerkerende situaties en — doorgaans — voor een onbepaald aantal niet-geïndividualiseerde geadresseerden¹¹. Enkel bedingen, die een geschikte inhoud hebben — kunnen tot een gebruik uitgroeien. Sommige bedingen bevatten immers voldoende abstracte en algemene elementen — d.w.z. zijn voldoende «veralgemeenbaar»¹² — om de bouwstenen voor een gebruik te leveren. Contractuele clausules over levering, betaling, rechterlijke bevoegdheid, enz. kunnen dermate algemene principes bevatten dat zij «veralgemeenbaar» zijn. Standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden beogen een ruime toepassing in talrijke contracten; hun bedingen zijn vaak zo algemeen geformuleerd dat zij de basis voor een gebruik kunnen vormen. Ook «traités-lois» bevatten per essentie algemene normen, die — qua inhoud — gemakkelijk tot gebruiken kunnen leiden. In elk geval kunnen deze bedingen slechts tot een gebruik uitgroeien wanneer zij in hun toepassing geen ruimte laten voor casuïstiek, uitzonderingen en discretionaire appreciatie, maar integendeel zelf duidelijk de rechten en plichten afbakenen¹³.

II. Overeenkomsten als bron voor gebruikelijke bedingen

Het is mogelijk dat contractuele bedingen dermate gebruikelijk zijn in overeenkomsten, dat zij impliciet deel uitmaken van latere analoge overeenkomsten wanneer de partijen ze niet uitdrukkelijk bedongen hebben. De contractuele bedingen zijn dan «gebruikelijke bedingen» geworden. Voor de jurist worden gebruikelijke bedingen impliciet in de overeenkomst opgenomen omdat zulks de bedoeling van partijen zou zijn. Gebruikelijke bedingen binden in rechte krachtens de partijwil.

1. Belgisch recht

De vraag in welke mate bedingen van een overeenkomst kunnen uitgroeien tot gebruikelijke bedingen, is belangrijk in de handelswereld. Voor handelaars vergemakkelijken gebruikelijke bedingen immers het sluiten van contracten. Zij

⁶ Bv. het Internationaal Gerechtshof in de zaak Continentaal Plat (Tunesië t. Libië), *I.C.J. Rep.*, 1982, 38, § 24 m.b.t. het nieuwe Zeerechtverdrag.

⁷ Bv. M. VILLIGER, *Customary international Law and Treaties*, Dordrecht, 1985, 146-161, en de aldaar geciteerde auteurs.

⁸ Uitspraak UK — French Continental Shelf Case, 30 juni 1977, *ILR*, 1979, deel 54, § 65. Zie tevens M. VILLIGER, o.c., 146-148.

⁹ *I.C.J. Rep.*, 1982; 38, § 24.

¹⁰ Zie bv. inzake het internationaal recht: G. DE LACHARRIÈRE, «Opini Juris et négociations d'une convention internationale», in *La Formation des Normes en droit international du développement*, Parijs, 1985, 173; M. VILLIGER, o.c., 117-137.

¹¹ Uitzonderlijk kunnen er evenwel bilaterale gebruiken ontstaan. In het nationale recht bestaat bv. het zgn. «stiltzwijgend gebruikelijk beding» (deel I); in het volkenrecht gelden bilaterale gebruiken: I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1983, 10.

¹² Deze term is ontleend aan A. D'AMATO, *Concept of Custom in International Law*, Ithaca, 1971, 105, die spreekt over «generalizable». Zie evenwel de kritiek van B. CHENG, *Custom: The Future of General State Practice in a Divided World*, Dordrecht, 1983, 513, 530. Het criterium van de «veralgemeenbaarheid» werd reeds gesteld door het Internationaal Gerechtshof in de zaak van het Continentaal Plat (Nederland, Duitsland, Denemarken), *I.C.J. Rep.*, 1969, 41, § 72.

¹³ Zo oordeelde het Internationaal Gerechtshof dat het geen gewoonte kan afleiden uit art. 6, § 2, van de Geneefse Conventie inzake het Continentaal Plat, dat het equidistance-beginsel voor de afbakening poneerde, aangezien het verdrag bepaalde dat dit principe slechts gold indien er geen «speciale omstandigheden» waren of indien partijen niets anders overeenkwamen, *I.C.J. Rep.*, 1969, 42, § 72.

hoeven de courante bedingen inzake aard der goederen, leveringstermijn, betalingsmodaliteiten, risicoregeling enz. dan telkens niet meer in detail uit te stippelen. Rechtszekerheid en soepel handelsverkeer worden aldus verzoend.

De Belgische rechtspraak en rechtsleer aanvaardt dat een beding als gebruikelijk beding soms impliciet deel uitmaakt van latere, analoge overeenkomsten. De partijwil, waarop deze constructie stoelt, kan echter alleen uit het stilzwijgen van de partijen worden afgeleid: indien partijen het beding uitdrukkelijk hebben aanvaard of verworpen, is er geen ruimte voor het impliciet inlassen van gebruikelijke bedingen.

Men kan echter moeilijk aanvaarden dat de rechter uit elk stilzwijgen van partijen hun bedoeling mag afleiden om de overeenkomst met alle gebruikelijke bedingen aan te vullen. Dit zwijgen kan immers integendeel juist aantonen dat zij niet bereid zijn om een gebruikelijk beding in de overeenkomst op te nemen. Om deze moeilijkheid te omzeilen maken de rechters een onderscheid tussen «zwijgen» en «zwijgen». Zwijgen zou enkel goedkeuring impliceren wanneer het «omstandig» is¹⁴. Het spreekt vanzelf dat de rechtbanken ter zake een ruime beoordelingsmarge hebben. Uiteindelijk hangt het van de rechter af — en niet van de partijen — of een gebruikelijk beding impliciet aan de overeenkomst wordt toegevoegd.

a. Gebruikelijke bedingen tussen dezelfde partijen

De rechtbanken aanvaarden dat een beding dat voorkomt in overeenkomsten tussen partijen, tussen hen gebruikelijk kan worden en impliciet deel kan uitmaken van hun latere overeenkomsten. De figuur van het «gebruikelijk beding» wordt vooral gebruikt om algemene voorwaarden, die partijen in vroegere transacties hebben aanvaard, ook toe te passen op latere overeenkomsten waarin zij niet meer uitdrukkelijk naar deze voorwaarden hebben verwezen. Op die manier kan bv. een bevoegdheidsbeding uit algemene voorwaarden impliciet in de overeenkomst worden ingelast¹⁵.

Een gebruikelijk beding veronderstelt evenwel dat de overeenkomsten waarin dit beding uitdrukkelijk voorkwam, met een zekere frequentie werden gesloten. De rechters hebben ter zake een vrije appreciatie, maar toch kan men uit hun uitspraken enkele criteria vooropstellen. Zo aanvaardden de rechters dat een beding gebruikelijk was geworden omdat het reeds in meer dan dertig overeenkomsten¹⁶, of gedurende meer dan tien jaren¹⁷ of gedurende verscheidene jaren¹⁸ uitdrukkelijk voorkwam in de overeenkomsten van de partijen. Een beding werd ook gebruikelijk omdat het reeds voorkwam in alle vorige facturen

¹⁴ Zie *T.P.R.*, 1975, 461-462; *T.P.R.*, 1983, 543; M. BOSMANS, «Standaardbedingen», *T.P.R.*, 1984, 33, 49-50.

¹⁵ Zie bv. m.b.t. het interne recht: Kh. Brussel, 25 januari 1968, *R.W.*, 1968-69, 612; m.b.t. het E.G. Bevoegdheids- en Executieverdrag: Hof van Justitie, 14 december 1976, zaak 25/76 (Segoura), *R.W.*, 1976-77, 1782; zie tevens Hof van Justitie, zaak 313/85 (Van Hool t. Veco), *P.B.*, 1985 C. 294, 6.

¹⁶ Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468.

¹⁷ Kh. Antwerpen, 19 mei 1970, *J.P.A.*, 1971, 256.

¹⁸ Cass., 11 december 1970, *B.R.H.*, 1972, 608; Kh. Antwerpen, 27 mei 1964, *R.W.*, 1965-66, 638.

m.b.t. dezelfde bouw¹⁹ of in twee vroegere aannemingscontracten tussen dezelfde partijen²⁰. Een beding was daarentegen niet gebruikelijk geworden omdat partijen het zes jaren voordien ooit eens in een ander contract hadden opgenomen²¹.

De rechtbank heeft ook een appreciatiemarge om vast te stellen of het latere contract voldoende aansluit bij de vorige contracten om het beding van vorige contracten in het nieuwe contract te projecteren. In enkele gevallen beslist de rechter dat deze gelijkens tussen de vorige contracten en de nieuwe overeenkomst bestaat²²; in andere gevallen oordeelt hij daarentegen dat de nieuwe overeenkomst «een volledige afzonderlijke rechtshandeling uitmaakt, die niets gemeen heeft met vroegere gelijkaardige rechtshandelingen»²³.

b. Bedingen, gebruikelijk in de branche

De rechtspraak hanteert de rechtsfiguur van het «gebruikelijk beding» ook om een beding in een overeenkomst in te lassen wanneer dat beding voor een dergelijke overeenkomst in de betrokken handelsbranche gebruikelijk is. Veelal doet de rechtbank dit dan echter eerder omdat de partijen in een vroeger contract dit beding aanvaard hebben dan omdat het beding in de branche courant voorkomt: het is belangrijker dat een beding gebruikelijk is tussen de partijen dan in de branche. In sommige uitspraken ignoreert de rechter trouwens dat het beding in het handelsmilieu in zwang is²⁴; in andere gevallen vermeldt hij terloops dat het beding algemeen in het handelsmilieu geldt om dan uiteindelijk zijn beslissing te baseren op de omstandigheid dat de partijen zelf het beding in een vroegere overeenkomst hebben aanvaard²⁵.

Ook bedingen, gebruikelijk in de branche, kunnen slechts in een overeenkomst ingelast worden door de toestemming van partijen om dit beding impliciet op te nemen. Hoezeer men deze toestemming ook moge vermoeden, partijen moeten het beding op zijn minst toch kennen. Bij bedingen, gebruikelijk in een branche, is het bewijs van deze kennis soms delicaat. Men kan bijvoorbeeld stellen dat leden van een beroepsorganisatie geacht worden de gebruikelijke bedingen van de branche, zoals deze verwoord werden in de A.V. van de beroepsorganisatie, te kennen²⁶. Desnoods kan men ook vanwege buitenstaanders kennis

¹⁹ Kh. Brussel, 25 januari 1968, *R.W.*, 1968-69, 612; Kh. Brussel, 26 september 1979, *B.R.H.*, 1979, 549.

²⁰ Gent, 18 oktober 1978, *R.W.*, 1979-80, 591.

²¹ Kh. Brussel, 4 mei 1966, *R.W.*, 1965-66, 2099.

²² Bv. Gent 21 januari 1971, *R.W.*, 1972-73, 1683, en noten hierboven.

²³ Vred. Deurne, 16 februari 1973, *T. Vred.*, 1974, 21; tevens Kh. Brussel, 4 mei 1966, *R.W.*, 1965-66, 2099.

²⁴ Bv. Verviers, 24 maart 1961, *Jur. Liège*, 1961, 264; Hof Antwerpen, 30 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 1510.

²⁵ Bv. Kh. Antwerpen, 27 mei 1964, *R.W.*, 1965-66, 638; Kh. Antwerpen, 19 mei 1970, *Rechtspr. Antw.*, 1971, 256; Brussel, 4 februari 1972, *B.R.H.*, 1972, 648; Kh. Brussel, 23 mei 1972, *Rechtspr. Antw.*, 1973, 30; Kh. Antwerpen, 12 september 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1972, 386; Kh. Tongeren, 9 september 1976, *B.R.H.*, 1978, 70; Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468.

²⁶ H. BRAECKMANS, *art. cit.*, 2672; PERROT, interventie in *Trav. Com. Fr. D.I.P.*, 1973-75, 99.

veronderstellen van de gebruikelijke bedingen van een branche, waarmee zij in het verleden reeds gehandeld hebben. Zo achtte de rechtbank dat een drukker door vroegere transacties de voorwaarden van de Syndicale Kamer van Beroepsfotografen kende en aanvaard had²⁷. Zelfs een Duitse firma, die nabij de Belgische grens gevestigd was en die met Belgische expeditiehandelde «ne pouvait ignorer et n'ignorait pas cet usage (van de Expéditeurs — A.V. m.b.t. betaling) le quel fait donc partie de la convention des parties»²⁸. In analoge gevallen hebben rechtbanken echter beslist dat de buitenstaander de gebruikelijke bedingen van het milieu niet kende (of hoefde te kennen) — zelfs al hebben zij herhaaldelijk met iemand van dat milieu gehandeld²⁹.

In feite zou de rechtsfiguur van het «gebruikelijk beding» echter niet moeten worden aangewend om gebruiken die in een handelssector of -branche gebruikelijk zijn, in een overeenkomst in te lassen. Deze handelwijze miskent de letter en de geest van de artikelen 1135 en 1160 B.W. Art. 1135 bepaalt: «Overeenkomsten binden niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door (...) het gebruik (...) aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend.» Art. 1160 bepaalt: «Men moet het contract aanvullen met de daarbij gebruikelijke bedingen, hoewel die er niet in zijn uitgedrukt.» Uit de voorbereiding en aanvankelijke commentaren van de Code Napoléon bleek dat deze artikelen de gebruiken van het relevante handelsmilieu in de overeenkomst inlassen — zonder dat hiervoor de instemming van de contractspartijen vereist was.

Het gebruik ontstaat omdat een praktijk als gebruik wordt aanvaard door het milieu. Het wordt deel van het contract, omdat de wetgever het zo wil; niet omdat de partijen het zo bedongen hebben. «L'usage tire sa force du consentement tacite ou présumé du peuple et du législateur»³⁰.

In de hele negentiende eeuw en in de eerste jaren van de twintigste eeuw hebben bedingen die gebruikelijk waren in de branche, de overeenkomst aldus aangevuld als gebruik krachtens de artt. 1135 en 1160; niet als «gebruikelijk beding» krachtens een vermoede — en vaak fictieve — partijwil. De rechtbanken onderzochten nooit of de contractspartijen het gebruik kenden en hadden aanvaard; voor hen

was het voldoende dat het gebruik gold in het handelsmilieu waarin de transactie zich afspeelt³¹.

Het gebruik is echter zijn positie als onafhankelijke rechtsbron verloren in 1922 toen het Hof van Cassatie besliste dat art. 1135 B.W. enkel gold wanneer de partijen tot een overeenkomst hierin uitdrukkelijk of stilzwijgend naar de gebruiken hadden verwezen³². In 1947 bevestigde het Hof van Cassatie trouwens dat gebruiken deel uitmaken van de overeenkomst omdat partijen het zo willen: de artt. 1135 en 1160 steunden op het «postulaat» van de toestemming van partijen; zonder toestemming is geen geldig contractueel beding mogelijk, ook geen impliciet beding om de relevante gebruiken in te lassen³³. Deze nieuwe formulering was ongetwijfeld eleganter daar zij de toestemming van partijen vermoedt en niet eist dat de partijen de gebruiken hebben aanvaard. In latere arresten heeft het Hof van Cassatie de contractuele grondslag van de artt. 1135 en 1160 bevestigd³⁴. Ook De Page nam het «postulaat» aan dat art. 1135 gebruiken in de overeenkomst incorporeert omdat partijen dit impliciet overeenkwamen. Voor hem steunde art. 1135 op het akkoord van partijen, dat door art. 1134 bindend wordt³⁵. De artt. 1135 en 1160 verkregen aldus een contractuele dimensie, die tegen de letter, de geest en een eeuw rechtspraktijk indruist. Was deze contractuele dimensie eenmaal ingevoerd, dan was het nog een kleine stap om de tussenweg via de artt. 1135 en 1160 te supprimeren en het gebruik rechtstreeks krachtens art. 1134 bindend te maken³⁶.

Het «gebruikelijk beding» is ook niet nodig om handelsgebruiken van de branche in te lassen in overeenkomsten die geregeerd worden door de eenvormige koopwet. Deze wet, officieel bekend als de wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken, wordt helaas door de Belgische rechtspraktijk geïgnoreerd hoewel zij menig pleiter soelaas kan brengen. Art. 9, lid 1, van de wet bepaalt dat de partijen tot een overeenkomst zich uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen onderwerpen aan de gebruiken van de handelsbranche. Hun toestemming is evenwel niet steeds vereist. Volgens art. 9, lid 2, zijn deze gebruiken immers ook zonder hun instemming van toepassing op de overeenkomst indien «redelijke personen van gelijke hoedanigheid in dezelfde omstandigheden (ze) als van toepassing op hun overeenkomst plegen te beschouwen».

Het «gebruikelijk beding» wordt m.i. gebruikt om bedingen die courant zijn in de handelsbranche, in een overeenkomst in te lassen. Wellicht is het een gemakkelijksoplossing. Ik citeer ter zake de bekentenissen van een bekend

²⁷ Kh. Brussel, 25 april 1968, *J.T.*, 1968, 386; tevens Verviers, 24 maart 1961, *Jur. Liège*, 1961, 264.

²⁸ Kh. Verviers, 3 juni 1976, *B.R.H.*, 1978, 609, 612. Tevens Kh. Antwerpen, 8 februari 1960, *Jur. Anv.*, 1960, 180; Kh. Verviers, 24 maart 1961; Kh. Antwerpen, 18 november 1971, *Rechtspr. Antw.*, 1971, 371; Kh. Antwerpen, 3 maart 1978, *B.R.H.*, 1979, 468.

²⁹ Bv. m.b.t. algemene voorwaarden van expéditeurs: Kh. Antwerpen, 18 november 1971, *Rechtspr. Antw.*, 1971, 371; Brussel, 3 maart 1972, *Rechtspr. Antw.*, 1972, 17; Brussel, 2 november 1972, *B.R.H.*, 1973, 445; Antwerpen, 3 mei 1978, *Rechtspr. Antw.*, 1979-80, 58; Antwerpen, 6 juni 1979, *Bull. Ass.*, 1979, 485. Tevens. Kh. Antwerpen, 10 februari 1982, *Rechtspr. Antw.*, 1981, 477; Kh. Antwerpen, 30 juli 1982, *Rechtspr. Antw.*, 1981, 250; Kh. Hoei, 29 maart 1983, *Eur. Verv.*, 1983, 230. Zie voor Frankrijk: Cass., 18 januari 1972, *J.C.P.*, 1972.2.17072.

³⁰ C. TOULLIER, *Le droit civil français*, 5e druk, deel 1, 1820, 76.

³¹ Kh. Antwerpen, 30 april 1852, bevestigd door Brussel, 21 mei 1853, *Jur. Anv.*, 1856, I, 211; Kh. Antwerpen, 7 november 1857, *Jur. Anv.*, 1857, 338; Brussel, 20 maart 1865, *Jur. Anv.*, I, 1; Kh. Antwerpen, 2 september 1869, *Jur. Anv.*, 1870, 18; Kh. Antwerpen, 19 februari 1877, *Jur. Anv.*, 1880, I, 18; Kh. Antwerpen, 3 juli 1912, *J.T.*, 1912, 1226; Kh. Antwerpen, 5 mei 1919, *Pas.*, 1919, 219; Kh. Brussel, 8 april 1931, *J.C.B.*, 1932, 153.

³² Cass., 30 maart 1922, *Pas.*, 1922, I, 223.

³³ Cass., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 217.

³⁴ Bv. Cass., 25 september 1947, *Pas.*, 1947, I, 380, en Cass., 19 februari 1953, *Pas.*, 1953, I, 476.

³⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, druk '3, deel II, 460.

³⁶ Zie bv. H. BRAECKMANS, *art. cit.*, 2670.

Frans advocaat: «Je n'ai jamais invoqué l'usage pour une raison simple, non pas que les usages n'existent pas, mais il apparaît plus facile de dire 'la volonté implicite des parties' plutôt que 'l'usage'»³⁷. Als gevolg van deze vertekening wordt echter ten onrechte verondersteld dat de partijen de gebruiken kenden en erin toestemden. Op die manier wordt ofwel de partijwil artificieel uitgerekt ofwel de draagwijdte van gebruiken onrechtmatig beknot.

2. Het volkenrecht

In het huidige volkenrecht bestaat — voor zover ik dit kon nagaan — de rechtsfiguur van een gebruikelijk beding niet. Men aanvaardt er niet dat staten stilzwijgend bedingen in hun verdrag kunnen inlassen. Hooguit aanvaarden staten dat een verdragsterm in bepaalde gevallen mag worden geïnterpreteerd in het licht van andere verdragen³⁸, maar dit betreft de interpretatie van een bestaand beding — en niet het inlassen van een nieuw beding.

Drie redenen kunnen m.i. verklaren waarom het gebruikelijk beding in het volkenrecht niet voorkomt.

Allereerst zal de inhoud van de verdragen vaak te specifiek zijn om tot gebruikelijke bedingen te leiden. Zoals het Permanent Hof van Internationale Justitie het destijds opmerkte betreffende de relatie van het verdrag van 1863 m.b.t. het lozen van het Maaswater t.o.v. twee andere verdragen: «Chacun de ces trois traités est entièrement distinct des deux autres: en ce qui est de son application et de son interprétation, le traité qui a trait aux eaux de la Meuse se trouve donc parfaitement distinct»³⁹.

Vervolgens zal de periodiciteit en het tijdsverloop tussen de verdragen doorgaans te groot zijn om een beding gebruikelijk te maken. Staten sluiten immers vaak niet frequent genoeg verdragen over een zelfde materie af om een praktijk te vormen. Het is bv. moeilijk een gebruikelijk beding af te leiden uit één of enkele vriendschapsverdragen, die een vijftigtal jaren geleden zijn gesloten.

De belangrijkste barrière is evenwel de strikte opvatting over de partijwil, die in het volkenrecht bestaat. Meer dan het nationale recht stelt het volkenrecht dat de partijwil moet blijken uit de tekst zelf van de overeenkomst. De maxime, die de Vattel reeds in de achttiende eeuw poneerde, geldt nog steeds: «Si (l'état) qui pouvait et devait s'expliquer nettement et pleinement, ne l'a pas fait, tant pis pour lui: il ne peut être reçu à apporter subséquemment des restrictions qu'il n'a pas exprimées»⁴⁰. Ook het huidige volkenrecht aanvaardt niet dat staten door een verdrag tot meer kunnen worden verplicht dan waarmee zij uitdrukke-

lijk hebben ingestemd. De afstand van hun soevereine rechten wordt niet vermoed⁴¹. Voor impliciete verdragsbedingen is er derhalve in het internationaal recht geen plaats. Het Internationaal Gerechtshof heeft dit standpunt duidelijk bevestigd in de zaak van de Amerikaanse onderdanen in Marokko waar het besliste dat de bestaande praktijken (m.b.t. jurisdictie) niet mogen worden ingelast in een verdrag: «The Court can not adopt a construction by implication of the provisions of the Convention which would go beyond the scope of its declared purposes and objects (...) It is the duty of the Court to interpret Treaties, not to revise them»⁴².

De afwijzing van «gebruikelijke bedingen» in het volkenrecht is even logisch als hun aanvaarding in het nationale recht. Staten kunnen alle tijd en zorg besteden om de bedingen gedetailleerd te verwoorden terwijl handelaars expediet moeten onderhandelen. Terwijl handelaars opgetogen zijn dat gebruiken hun overeenkomst aanvullen, voelen staten er weinig voor dat hun soevereine rechten door gebruikelijke bedingen zonder uitdrukkelijke toestemming zouden worden beknot.

Deze strikte opvatting van de partijwil in het internationaal recht verklaart ook waarom verdragen die analoog door verscheidene staten worden gesloten en op elkaar gelijken (zoals uitleveringsverdragen, investeringsverdragen), niet tot gebruikelijke bedingen leiden. Elk van deze verdragen blijft te specifiek zodat geen analogie tussen hen mag worden erkend⁴³. De doctrine stelt dat de staten de bedingen juist in hun verdragen hebben opgenomen omdat zij meenden dat deze bedingen altijd uitdrukkelijk in de overeenkomst moeten voorkomen en niet als «gebruikelijk beding» kunnen worden ingelast.

III. Overeenkomst als bron voor gewoonte

1. Belgisch recht

In het Belgische recht kunnen contractuele bedingen vooralsnog moeilijk uitgroeien tot gewoonten. Twee redenen verklaren dit.

Allereerst wordt er vaak een onderscheid gemaakt tussen «gebruiken» en «gewoonten»⁴⁴ — wat geen van beide categorieën ten goede komt.

⁴¹ Zie DEGAN, o.c., 132-133.

⁴² I.C.J. Rep., 1952, 196.

⁴³ Zie R. BAXTER, «Treaties and custom», *Rec. Cours*, 129 (1970, I), 25, 75-98; R. BERNHARDT, *Die auslegung völkerrechtlicher Verträge*, Keulen, 1963, 88; B. CHENG, «Custom: The Future of General State Practice in a Divided World», in R. MACDONALD en D. JOHNSTON, *The Structure and process of International Law*, Dordrecht, 1983, 513, 534; A. D'AMATO, o.c., 164; V. DEGAN, o.c., 100, noot 3, en 133; DOEHRING, «Gewohnheitsrecht aus Verträgen», *ZaöRV*, 1976, 77, 81; R. JENNINGS, «What is International Law and how do we tell it when we see it», *Ann. S.D.I.*, 1981, 59, 67 en 69; W. VERWEY en N. SCHRIJVER, «The Taking of Foreign Property under international law», *N.Y.B.I.L.*, 1984, 3, 84-92. Evenwel: F.W. MANN, «British Treaties for the promotion and protection of Investments», *B.Y.B.I.L.*, 1981, 241, 249.

⁴⁴ Zie J. VAN RIJN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 1976, nrs. 19-22; L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, I, 1976, nr. 18; R. KRUIHOF, H. MOONS, C. PAU-

³⁷ Raphael LEYGUES, interventie in *Trav. Com. Fr. D.I.P.*, 1973-75, 98.

³⁸ Zie o.m. F. MATSCHER, «Vertragsauslegung durch Vertragsrechtsvergleichung in der Judikatur internationaler Gerichte, vornehmlich vor den Organen der EMRK» in *Völkerrecht als Rechtsordnung, Festschrift H. Mosler*, Berlijn, 1983, 547 e.v. Meer algemeen V. DEGAN, *L'interprétation des accords en droit international*, Den Haag, 1963, 100-102; M.K. YASSEEN, «L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités», *Rec. Cours*, 151 (1976, III), p. 63 e.v. *Rec. Cours*, 151 (1976, III), p. 63 e.v.

³⁹ C.P.J.I., Série A/B nr 70 (Afleiding Maaswater), 13.

⁴⁰ E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, Liv. II, ch. XVII, § 264.

De «gebruiken», waarover de artt. 1135 en 1160 handelen, staan hiërarchisch onder de overeenkomst. Zij vullen de overeenkomst slechts aan wanneer partijen niets anders hebben bedongen. Zij gelden als impliciet contractueel beding en putten hun bindende kracht uit de (vermoede) wil van de partijen. Zoals hierboven is beschreven (zie II, 1, b), moeten deze gebruiken in de praktijk het veld ruimen voor het «gebruikelijk beding».

De gewoonten daarentegen bevatten dwingende normen, die hiërarchisch boven de overeenkomst en de partijen staan en zich als autonome normen aan hen opdringen. Een dergelijke gewoonte veronderstelt evenwel enerzijds een praktijk die sedert «onheuglijke tijden» bestaat en anderzijds een overtuiging bij allen dat deze praktijk bindend is (opinio iuris necessitatis). Zowel de onheuglijke praktijk als de opinio iuris zullen zelden aanwezig zijn. Ook zou de gewoonte over het hele land moeten gelden⁴⁵ — wat sectoriële gewoonten (bv. voor de Antwerpse haven) zou uitsluiten. In deze optiek lijkt gewoontevorming uit contractuele bedingen uitgesloten. Het is trouwens tekenend dat een catalogoog van de bestaande gebruiken en gewoonten slechts vier gewoonten t.o.v. een zeventigtal gebruiken vermeldt⁴⁶.

Het onderscheid tussen «gebruik» en «gewoonte» kwam uit Frankrijk overgewaaid en werd o.m. door Géný voorgesteld⁴⁷. Dit onderscheid moest verklaren hoe partijen in hun overeenkomst sommige gebruiken opzij kunnen zetten en andere niet. Tevens maakte dit onderscheid het mogelijk te stellen dat de gewoonte — ook wel «usage de droit» of rechtsgebruik genoemd — als rechtsregel door de rechter ambtshalve kan worden toegepast, terwijl het gebruik — ook wel «usage de fait of feitelijk gebruik» genoemd — als feit moet worden bewezen door de meest belanghebbende partij. In feite rechtvaardigen deze motieven het onderscheid tussen «gebruik» en «gewoonte» niet. Thans wordt aanvaard dat «gewoonten» in enkele gevallen dwingende normen, maar veelal — net als de «gebruiken» — aanvullende normen bevatten⁴⁸. Bovendien heeft men er geen bezwaar tegen dat de rechter ambtshalve de «gebruiken» toepast die hij kent; anderzijds kan de rechter de medewerking vragen van partijen om de inhoud van «gewoonten» te kennen⁴⁹. Meer en meer wordt trouwens benadrukt dat het «gebruik» niet bindt door het impliciet akkoord van de partijen, maar door de wet — zodat het uitgangspunt van het onderscheid gebruik/gewoonte vervalst⁵⁰. Zoals het Hof

van Cassatie in 1979 beslist: «het bestaande gebruik, de bestaande usantie of gewoonte, of hoe men het ook noemen wil»⁵¹. Aldus komt men na een halve eeuw terug tot de oorspronkelijke opzet van de Code civil, waar «usages» en «coutumes» synoniem waren⁵². Wanneer gebruiken worden beschouwd als gewoonten, d.w.z. als autonome rechtsbron, moet men geen beroep meer doen op de impliciete partijwil om ze toe te passen. De gebruiken kunnen aldus een belangrijker rol spelen ter aanvulling van contractuele bedingen.

Er bestaat hiervoor echter nog een bijkomende hinderpaal: de strikte eisen die het Belgische recht stelt aan de gebruiksvorming. Een praktijk zou minstens reeds enkele decennia moeten gelden alvorens een gebruik te worden⁵³. Bovendien zou zij door iedereen moeten worden aangenomen⁵⁴.

In feite moet een beding echter niet door iedereen van een handelsmilieu worden gevolgd om een gebruik te worden. Voldoende is dat er in het milieu voldoende consensus over bestaat en dat het beding er in voldoende overeenkomsten voorkomt⁵⁵. Het handelsmilieu moet m.i. trouwens ruim omschreven worden. Het omvat iedereen die beroepsmatig een bepaalde handelstransactie verricht als uitvoerder of opdrachtgever. Zo zou het Antwerpse havenmilieu niet alleen de expediteurs omvatten maar ook degenen die regelmatig op hun diensten een beroep doen. Bedingen uit algemene voorwaarden die eenzijdig door een beperkte beroepsgroep zijn opgesteld in het nadeel van hun medecontractanten en niet door dezen worden aanvaard, zouden aldus moeilijk tot een gebruik van het handelsmilieu kunnen uitgroeien omdat zij er onvoldoende ingeburgerd raken⁵⁶.

Chronique de jurisprudence (70-80)», *B.R.H.*, 1983, 126-127. Tevens Ph. FOUCHARD, «L'Etat face aux usages du commerce international», *Comm. Fr. D.I.P.*, 1973-75, 71, 73; M. PEDAMON, «Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?», *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1959, 335.

⁵¹ Cass., 16 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 717.

⁵² Zie TOULLIER, o.c., 75. Tevens G. CARRÉ, *Le droit français*, Parijs, 1833, deel 1. De redacteurs van de Code civil verkozen evenwel om politieke redenen «usages» boven «coutumes». Aldus wilden zij elke referentie vermijden aan de coutumes, de door de wetgever opgetekende costuymen van het Ancien Régime welke door de Franse revolutie waren afgeschaft.

⁵³ M.b.t. «gebruiken» zie H. BRAECKMANS, *art. cit.*, 2669; m.b.t. «gewoonten»: zie noot nr. 44.

⁵⁴ Zie Cass., 29 mei 1947, *Pas.*, 1947, I, 217; Cass., 24 februari 1966, *Pas.*, 1966, I, 818; Cass., 17 oktober 1975, *Pas.*, 1976, I, 224; Cass., 29 maart 1976, *Pas.*, 1976, I, 833; Bergen, 6 april 1976, *Pas.*, 1976, II, 71; zie evenwel Kh. Verviers, 3 juni 1976, *B.R.H.*, 1978, 609, 612 dat beslist dat een gebruik m.b.t. verzending gekend en erkend is door allen (onder verwijzing naar DE PAGE, III, 469) maar in feite bedoelt dat het gebruik door alle expediteurs (niet verzenders) is aanvaard.

⁵⁵ UNCITRAL Eenvormige Koopwet, art. 9, lid 2, verwoordt zeer klaar de standaard, die thans algemeen wordt erkend: «an usage which (...) in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned».

⁵⁶ J. BOUCOURECHLIEV, «Usages commerciaux, usages professionnels: élaboration et formulation», in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Parijs, 1978, 19.

LUS, «Overzicht van Rechtspraak (65-73), Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 461-463; J.F. LECLERCQ, «Usages civils et commerciaux», *J.T.*, 1973, 157.

⁴⁵ Zie J. HERBOTS, noot onder Antwerpen, 31 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 1245.

⁴⁶ J.F. LECLERCQ, *art. cit.*, *J.T.*, 1973, 157.

⁴⁷ Zie F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1954, I, nrs. 130-134.

⁴⁸ Zie bv. Cass., 16 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 718, dat beslist dat een overeenkomst niet alleen mag afwijken van een gebruik, maar ook van een gewoonte, tenzij een regel van openbare orde dit verbiedt.

⁴⁹ Zie J. HERBOTS, *art. cit.*, *R.W.*, 1976-77, 1245; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht*, Gent, 1962, nr. 311. Tevens F. LEYMARIE, «Usages Commerciaux», nr. 31, *Dalloz Comm.*

⁵⁰ Zie vooral P.A. FORIERS, «Les contrats commerciaux —

Een beding moet evenmin decennia in zwang zijn om een gebruik te worden. In een handelswereld die snel evolueert, hebben praktijken trouwens geen tijd om jaren te rijpen. Naarmate het beding ruimer aanvaard is, groeit het vlugger uit tot een gebruik. Het wordt sneller een gebruik wanneer het in de lijn ligt van de algemeen gangbare normen dan wanneer het haaks hierop staat⁵⁷; wanneer het de essentie van de overeenkomst ongemoeid laat dan wanneer het het evenwicht tussen de contractuele prestaties verstoort⁵⁸. Een beding dat algemeen in overeenkomsten wordt ingelast, kan aldus al na enkele maanden tot een gebruik zijn uitgegroeid⁵⁹. Gebruiken duren trouwens niet bestendig en moeten zich soepel aanpassen aan de steeds veranderende noden. Uit een onderzoek bleek bv. dat nagenoeg alle gebruiken, die in 1866 werden opgetekend, in 1953 in onbruik waren geraakt⁶⁰.

Contractuele bedingen zouden in het Belgisch recht bijgevolg gemakkelijker tot gewoonten moeten kunnen uitgroeien dan rechtspraak en rechtsleer doorgaans de indruk geven. Ook hun toepassing op de overeenkomst zou eenvoudiger zijn dan vaak wordt beweerd. Deze zou immers niet afhangen van de impliciete toestemming van de partijen, maar volgt rechtstreeks uit de wet. Zoals boven vermeld stellen B.W. art. 1135 en 1160 en Eenvormige Koopwet art. 9 immers dat de gebruiken de overeenkomst aanvullen.

2. *Lex mercatoria*

Handelsgebruiken vormen uiteraard een van de hoofdbestanddelen van de *lex mercatoria*, het a-nationale recht van de internationale handel. De handelsgebruiken nemen er bovendien een zeer autonome positie in, onafhankelijk zowel t.o.v. de partijwil als t.o.v. het nationale recht.

Hierboven is gebleken dat gebruiken in de Belgische rechtspraktijk meestal worden ingelast in een overeenkomst omdat dit de vermoedelijke wil van de partijen zou zijn. In de *lex mercatoria* doet men geen beroep op de partijwil om gebruiken van toepassing te verklaren op een overeenkomst. De internationale handelsarbitrage, waarin de *lex mercatoria* zeer frequent wordt toegepast, beslist uiteraard vaak volgens handelsgebruiken⁶¹. De arbiters zeggen echter zeer zelden dat zij de gebruiken toepassen omdat de partij-

en het zo willen. Het gebruik blijkt trouwens nagenoeg nooit in de overeenkomst geïncorporeerd te zijn. Slechts één uitspraak is mij bekend waarin de arbiters beslisten dat de handelsgebruiken deel uitmaakten van de overeenkomst omdat de universele verplichting de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren, mede eerbiediging van handelsgebruiken omvat^{61a}. Dat voor de arbiter contract en handelsgebruik twee autonome rechtsbronnen zijn, blijkt ten slotte uit menig arbitrage-reglement⁶², verdrag⁶³ en arbitrage-wet⁶⁴.

In de *lex mercatoria* staan de handelsgebruiken ook autonoom t.o.v. het nationale recht⁶⁵. Aangezien de *lex mercatoria* beweert los te staan van elk nationaal recht, kunnen de gebruiken niet gelden omdat een nationaal wetsartikel dat bepaalt. Internationale handelsarbiters passen de handelsgebruiken als autonome normen toe naast wet en overeenkomst⁶⁶.

De autonomie van de handelsgebruiken blijkt trouwens ook uit het feit dat arbiters deze gebruiken doorgaans ambtshalve toepassen zonder dat de partijen hierom hebben verzocht of hun inhoud hebben bewezen. Veelal zijn de arbiters trouwens met een beslechting belast omdat zij vertrouwd zijn met de gebruiken van de branche⁶⁷.

Elke handelssector of -branche heeft een eigen «*lex mercatoria*» met eigen handelsgebruiken⁶⁸. Deze handelsgebruiken worden voornamelijk geput uit de standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden die door de beroepsorganisatie van de branche zijn opgesteld. Arbiters zijn vlug geneigd om deze documenten te beschouwen als codificatie van de gebruiken van de branche; een enkele keer stellen zij dat deze documenten zelf een gebruik creëren⁶⁹. In beide gevallen passen zij deze teksten toe in geschillen

^{61a} Zie Trib. Gr. Inst. Parijs, 4 maart 1981, *Clunet*, 1981, 836.

⁶² I.K.K.-reglement art. 13 (5); UNCITRAL reglement art. 33: de arbiters zullen beslissen «in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction».

⁶³ Verdrag van Genève (1961) inzake internationale handelsarbitrage, art. VII. De arbiters zullen rekening houden met de bedingen en de handelsgebruiken.

⁶⁴ Ontwerp Nederlandse arbitragewet, art. 1054, lid 3.

⁶⁵ Zie Ph. KAHN, noot onder Trib. Gr. Inst. Parijs, 4 maart 1981, *Clunet*, 1981, 836, 841.

⁶⁶ Zie bv. arbitragecommissie Boekarest, 25 december 1967, *Clunet*, 1971, 624; Internationale Kamer van Koophandel, nr. 1641, *Clunet*, 1974, 888, met noot DERAÏNS, nr. 1671, geciteerd door E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Parijs, 1980, 324, nrs. 2745 en 2762, *Clunet*, 1978, 990, met noot DERAÏNS. Tevens Y. DERAÏNS, «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales», *Rev. Arb.*, 73, 122 at 133-139, 142.

⁶⁷ Zie bv. Commissie Vereeniging voor den Koffiehandel, 19 mei 1971, *N.J.*, 1971, nr. 452: «Overwegende dat aan de Commissie uit eigen wetenschap bekend is, dat in de koffiehandel het een regel van gewoonterecht is dat ...» Tevens I.K.K., nrs. 2745 en 2762, *Clunet*, 1978, 990 en 995, opmerking Y. DERAÏNS.

⁶⁸ Zie P. LAGARDE, «Approche critique de la *lex mercatoria*», in *Le Droit des relations économiques internationales — Etudes Goldman*, Parijs, 1982, 125, 134-137.

⁶⁹ Zie bv. B. GOLDMAN, «Frontières du droit et 'lex mercatoria'», *Arch. Phil. Droit*, 1964, 177, 179-180.

⁵⁷ Zie P.A. FORIERS, *art. cit.*, *B.R.H.*, 1983, 107, 113.

⁵⁸ Zie Kh. Brussel, 4 februari 1972, *B.R.H.*, 1972, 648.

⁵⁹ Zie bv. Brussel, 20 maart 1865, *J.P.A.*, 1865, I, 1. Tevens B. STARCK, «A propos des 'accords de Grenelle'. Réflexions sur une source informelle de droit»; *J.C.P.*, 1970, I, 2363; G. LYON CAEN, noot onder Parijs, 13 april 1970, *J.C.P.*, 1970, II, 16471.

⁶⁰ J. BOUCOURECHLIEV, «Usages commerciaux, usages professionnels, élaboration et formulation», in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1978, 19, 25. Men moet derhalve de relevantie betwijfelen van de «gebruikencatalogus» van J. LECLERCQ, «Usages civils et commerciaux», *J.T.*, 1973, 157, waarnaar steevast door de rechtsleer wordt verwezen, aangezien nagenoeg alle hierin vermelde gebruiken dateren van voor WO I en geen enkel gebruik van na 1955 is vermeld.

⁶¹ Zie A. KASSIS, *Théorie générale des Usages du commerce, droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, Lex mercatoria*, Parijs, 1984; H. VAN HOUTTE, *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, 1976.

waar de partijen ze niet aanvaard hebben. Vooral wanneer de arbitrage plaatsheeft in de schoot van de bedrijfsorganisatie zelf, doet dit verschijnsel zich voor⁷⁰. Maar ook arbiters die buiten elke bedrijfsorganisatie zitten, zijn geneigd om standaardcontracten en algemene voorwaarden als autonoom handelsgebruik toe te passen⁷¹.

Professor Goldman, een van de belangrijke voorvechters van de *lex mercatoria*, stelt dat ook verscheidene specifieke contracten uit een zelfde branche of m.b.t. een zelfde soort transactie handelsgebruiken kunnen vormen wanneer zij analoge bedingen bevatten. Zo zouden volgens hem reeds overmachts-, imprevisie-, en aanpassingsclausules (de zgn. *hardship-clauses*) tot gebruiken van de internationale handel zijn uitgegroeid omdat zij in nagenoeg alle belangrijke langdurige contracten zouden voorkomen⁷². In de verscheidene contracten verschillen deze clausules in werkelijkheid echter te sterk van elkaar; zonder voldoende gelijkvormigheid kan er geen gebruik ontstaan⁷³. Deze gelijkvormigheid lijkt enkel bereikbaar wanneer verschillende overeenkomsten gesloten worden door leden van een beperkt en hecht handelsmilieu, die hun contracten op elkaar afstemmen. Geen arbitrage-uitspraak is mij echter bekend waarin de arbiters een gebruik uitdrukkelijk hebben afgeleid uit het feit dat nagenoeg alle overeenkomsten van de branche een bepaald beding bevatten.

3. Het volkenrecht

Vóór W.O. I. aanvaardde o.m. von Triepel reeds dat een *traité-loi* — een verdrag dat algemene normen vastlegt — ook niet-verdragspartijen bindt⁷⁴. Deze «force expansive» van verdragen is sedertdien volledig ingeburgerd in het volkenrecht⁷⁵. Het Verdragenverdrag (Wenen 1969) erkent bv.

⁷⁰ Zie mijn *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, 1977, en bovendien o.m. Scheidsgerecht Grafische industrie 12 september 1980, *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1982, 48; Vereniging Amsterdamse Graanhandel, 11 januari 1982, *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1982, 2; Oil, Fats and Oilseeds Trade Association, 8 december 1982, *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1983, 143, en 23 mei 1984, *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1985, 157. Nederlandse Huiden- en Lederbeurzen, 8 maart 1983, *Tijdschrift voor Arbitrage*, 1984, 10.

De Arbitrale Kamer van Straatsburg past algemeen de Code d'Usages Cofreurop toe op geschillen met fruit en groente.

⁷¹ Tevens I.K.K., nr. 3202, *Clunet*, 1979, 1003, m.b.t. factoring-overeenkomst.

⁷² B. GOLDMAN, «La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux; réalité et perspectives», *Clunet*, 1979, 475, 487-489.

⁷³ P. LAGARDE, *art. cit.*, 129-130.

⁷⁴ Zie o.m. Ch. DE VISSCHER, «Coutume et Traité en droit international public», *Rev. Gen. D.I.P.*, 1955, 353, 360.

⁷⁵ De uitdrukking komt van G. SCHELLE, *Précis de Droit des Gens*, Parijs, 1932, deel II, 367 e.v., 374.

Vooral sedert de zeventiger jaren maakte gewoontevorming door verdrag opgang: bv. R. BAXTER, «Treaties and Custom», *Rec. Cours*, 129 (1970, I), 25; A. D'AMATO, *The concept of custom in International Law and Codification*, Leiden, 1972; U. SCHEUNER, «Internationale Verträge als Elemente der Bildung von völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht», in *Internationales Recht und Wirtschaftsordnung*, *Festschrift Mann*, München, 1977, 409; en meest

dat «niets belet dat een in een verdrag neergelegde regel bindend wordt voor een derde Staat als een als zodanig erkende regel van het internationale gewoonterecht»^{75a}. In hetzelfde jaar 1969 bevestigde het Internationaal Gerechtshof in het arrest over de afbakening van het continentaal plat tussen Nederland, Duitsland en Denemarken dat gewoontevorming uit een geldend verdrag is «perfectly possible and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary law may be formed»⁷⁶. Enkele jaren later verklaarde het Hof zich zelfs bereid om bepalingen van een verdragsontwerp — nl. het ontwerp van zeerechtverdrag — als norm toe te passen «if it came to the conclusion that the content of such provision was binding upon all members of the international community because it (is a) rule of customary law»⁷⁷.

Hoe ontstaat een gewoonte uit een verdrag? Uiteraard wordt niet elk verdrag gewoonterecht. Verdrag en gewoonte moeten als rechtsbron gescheiden blijven. De ratificatie, waardoor het verdrag als verdrag bindt, maakt het verdrag daarom niet bindend als gewoonte — zelfs niet voor wie het verdrag heeft onderschreven⁷⁸. Zelfs de navolging van een verdrag maakt per se geen gewoonte. Het Internationaal Gerechtshof erkende in dat verband de scheiding tussen verdrag en gewoonte: «Over half the States concerned (...) were or shortly became parties to the (1958 Geneva Continental Shelf) Convention, and were therefore presumably (...) acting actually or potentially in the application of the Convention. From their action no inference could legitimately be drawn as to the existence of a rule of customary international law»⁷⁹. Een verdragsbeding kan slechts gewoonte worden wanneer de twee eisen voor gewoontevorming vervuld zijn, nl. een gevestigde praktijk en een rechts-overtuiging (*opinio iuris*). Beide worden niet vlug aanvaard⁸⁰. Ter zake wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds mondiale verdragen en anderzijds regionale verdragen, die respectievelijk tot algemene of regionale gewoonten zouden kunnen leiden.

Allereerst de vorming van algemene gewoonten uit mondiale verdragen. Een mondiaal verdragsbeding kan tot algemene gewoonte uitgroeien wanneer het een algemeen gevestigde praktijk wordt. Hiervoor is vereist dat voldoende staten deze praktijk in een voldoende mate en met voldoende eenvormigheid aankleven. Het is bovendien belangrijk dat deze staten relevant zijn, nl. specifiek betrokken bij de regel en/of vertegenwoordigers van de verschillende bestaande politieke en socio-economische groepen⁸¹. Hoewel

recent M. VILLIGER, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht 1985.

⁷⁶ *I.C.J. Rep.*, 1969, 41, § 71.

⁷⁷ Continental Shelf case (Tunesië t. Libië), *I.C.J. Rep.*, 1982, 38, § 24.

⁷⁸ M. VILLIGER, *o.c.*, 11-12, 192-194; contra: A. D'AMATO, *o.c.*, 164.

⁷⁹ Continentaal plateau van de Noordzee, *I.C.J. Rep.*, 1969, 43, § 76.

⁸⁰ *Idem*, 41, § 71: Gewoontevorming uit verdrag «is not lightly to be regarded as having been attained» Tevens M. VILLIGER, *o.c.*, 197.

⁸¹ *I.C.J. Rep.*, 1969, 42 en 43, §§ 73-74, en de uitspraken aldaar van rechters Ammoun (128-130), Morelli (198) en Lachs (229). Tevens M. VILLIGER, *o.c.*, 13-14.

gewoontevorming losstaat van verdragsvorming, kunnen de overeenstemming in de negotiatie en de ondertekening van het verdrag aantonen dat staten bereid zijn bepaalde regels te aanvaarden⁸². De aanvaarding kan evenwel ook stilzwijgend zijn, nl. als staten zich niet tegen het gebruik verzetten⁸³. Het zal echter vaak moeilijk zijn om uit het stilzitten van een staat een stilzwijgende goedkeuring af te leiden. N.a.v. het «omstandig stilzwijgen» in het nationale recht is reeds op deze moeilijkheid gewezen.

De aanvaarding van een praktijk vormt niet alleen het gebruik, maar dikwijls ook de opinio iuris, nl. de overtuiging van een staat dat hij deze praktijk moet volgen als rechtsnorm en op straffe van sanctie. Hoe ruimer een gebruik is aanvaard, hoe meer staten het gebruik als rechtsnorm kunnen beschouwen. Hun particuliere rechtsovertuiging zwelt dan aan tot een collectieve rechtsovertuiging, die op haar beurt het gebruik tot gewoonte maakt⁸⁴. Hoe ruimer een principe, verwoord in een verdragsbeding, wordt gevolgd, hoe vlugger de opinio iuris voldoende zal zijn om er een gewoonte van te maken. In feite is toch vaak een zekere vormingsduur vereist om staten die een beding niet als algemene gewoonte willen aanvaarden, toe te staan hun afwijzing duidelijk te maken. Indien voldoende relevante staten het beding als gewoonte afwijzen, kan het geen algemene gewoonte worden. Indien slechts weinige relevante staten haar afwijzen, wordt de gewoonte niet gefnuikt; zij geldt enkel niet tegenover de staten die haar van de aanvang af hebben afgewezen⁸⁵. Het internationaal recht staat derhalve open om gewoontevorming uit mondiale verdragen te erkennen.

Het volkenrecht staat echter weigerig t.o.v. de vorming van regionale gewoonten door regionale verdragen. De schaarse rechtsleer en rechtspraak insinueert dat deze regionale gewoontevorming nogal stroef verloopt. Uiteraard moet een verdragsbeding als gewoonte slechts aanvaard zijn door de beperkte groep staten van de regio i.p.v. door

de wereldgemeenschap. Algemeen wordt evenwel geëist dat alle staten van de regio unaniem het beding als gewoonte hebben aanvaard⁸⁶. Omdat deze unanimiteit zelden voorkomt, is ook regionale gewoontevorming uitzonderlijk. Hoe weigerachtig het Internationaal Hof is om te erkennen dat uit regionale verdragen met een zelfde voorwerp regionaal gewoonterecht kan ontstaan blijkt o.m. uit het Haya de la Torre-arrest: «There has been so much inconsistency in the rapid succession of conventions on asylum, ratified by some states and rejected by others (...) that it is not possible to discern (...) any constant and uniform usage, accepted as law»⁸⁷. De bereidwilligheid die in het volkenrecht bestaat om mondiale verdragen tot algemene gewoonten te laten uitgroeien, contrasteert met de huiverigheid om regionaal gewoonterecht uit regionale verdragen te laten voortvloeien. Wellicht is de verklaring hiervoor dat het volkenrecht door het algemeen gewoonterecht het mondiaal verdrag een universele toepassing kan geven. Het aanvullen van regionale verdragen door regionaal gewoonterecht zou daarentegen de eenheid van recht in de statengemeenschap ondermijnen.

Besluit

Dit referaat kon slechts grasduinen in het Belgische recht, de *lex mercatoria* en het volkenrecht. Niettemin is naar voren gekomen dat de *lex mercatoria* en het volkenrecht meer open zijn dan het Belgische recht om te erkennen dat bedingen kunnen uitgroeien tot gebruiken, die autonoom mogen worden toegepast. De Belgische rechtspraktijk aarzelt om het bestaan van gebruiken te erkennen. Zij ontwijkt de vraag vaak door de partijen allerlei fictieve bedoelingen in de schoenen te schuiven. Wellicht maakt een vergelijking met de *lex mercatoria* en het volkenrecht het mogelijk de gebruiksvorming in het Belgisch recht met een frisse blik te bekijken.

Hans VAN HOUTTE

⁸² Zie M. VILLIGER, *o.c.*, 160, en noot 10.

⁸³ M. VILLIGER, *o.c.*, 19-20.

⁸⁴ Zie B. CHENG, «Custom: The Future of General State Practice in a Divided World», in R. MACDONALD en D. JOHNSTON, *The Structure and process of International Law*, Dordrecht, 1983, 513, 532-539.

⁸⁵ Zie M. VILLIGER, *o.c.*, 16-17.

⁸⁶ Zie M. VILLIGER, *o.c.*, 33; tevens Internationaal Gerechtshof in zake Haya de la Torre, *I.C.J. Rep.*, 1950, 277.

⁸⁷ *I.C.J. Rep.*, 1950, 276.

