

ACTUELE JURISPRUDENTIELE EN LEGISLATIEVE ONTWIKKELINGEN INZAKE DE SANCTIES BIJ NIET-NAKOMING VAN CONTRACTUELE VERBINTENISSEN

(EERSTE DEEL)

1. Deze bijdrage ¹ beoogt een overzicht te geven van de recente ontwikkelingen in het contractenrecht op het stuk van de sancties die kunnen worden toegepast bij de niet-nakoming, de niet-tijdige of de niet-behoorlijke nakoming van contractuele verbintenissen.

De ontwikkelingen op dit terrein van het contractenrecht worden vanuit een dubbel oogpunt geschetst. Enerzijds wordt nagegaan welke de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak, vooral van het Hof van Cassatie, en in de doctrine zijn. Daarbij wordt de periode van de jongste tien jaar in ogenschouw genomen, ten einde zoveel mogelijk aan te sluiten bij het overzicht dat P. Van Ommeslaghe hierover in 1984 schreef. ² Anderzijds wordt aangegeven in hoeverre enkele recente wetten ter bescherming van de consument afwijken van de gemeenrechtelijke regeling betreffende de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Het gaat daarbij hoofdzakelijk om de bepalingen betreffende de onrechtmatige bedingen, vervat in de wet van 14 juli 1991 «betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument» ³ (artt. 30-36) en in de wet van 12 juni 1991 «op het consumentenkrediet» ⁴ (artt. 28-33 en 85-95), evenals om een aantal regelen van de wet van 25 juni 1992 «op de landverzekeringsovereenkomst». ⁵ De wet van 4 augustus 1992 «op het hypothecair krediet» ⁶ en de wet van 16 februari 1994 «tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling» ⁷ worden, wegens hun meer specifiek karakter, buiten beschouwing gelaten.

2. Uitgaande van de juridische sanctiemogelijkheden waarover een contractspartij beschikt die wordt geconfronteerd met een wederpartij die haar contractuele verbintenissen niet, niet behoorlijk of niet tijdig uitvoert, evenals van de contractuele regeling van deze sanctiemogelijkheden, wordt

hierna achtereenvolgens aandacht besteed aan de ingebrekestelling, de gedwongen uitvoering *in natura*, de gedwongen uitvoering in de vorm van een schadevergoeding, de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, de begroting van de schade bij contractuele aansprakelijkheid, de schadebedingen, de interesten, de exonatieclausules, de overmachtsregeling, de exceptie van niet-uitvoering, het stilzwijgend en het uitdrukkelijk ontbindend beding.

I. DE INGEBREKESTELLING

A. De principiële verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling

3. Als in een contractuele rechtsverhouding een schuldeiser zijn schuldenaar wil dwingen om de aangegane verbintenis na te komen of de sancties toegepast wil zien die aan de niet-uitvoering van die verbintenis zijn verbonden, moet hij in de regel zijn schuldenaar eerst aanmanen om zijn verbintenis na te komen. Met een aanmaning of een ingebrekestelling brengt een schuldeiser zijn schuldenaar op ondubbelzinnige wijze ter kennis dat hij, de schuldeiser, de nakoming van de verbintenis eist. De ingebrekestelling strekt er dan ook toe bij de schuldenaar alle twijfel en onzekerheid weg te nemen omtrent de houding van de schuldeiser ter zake van de nakoming van de verbintenis. ⁸

Deze bestaansreden van de ingebrekestelling verklaart waarom in een contractuele rechtsverhouding een schuldeiser principieel eerst tot een ingebrekestelling moet overgaan als hij zijn rechten tegenover zijn schuldenaar wil laten

¹ De bijdrage is de bijgewerkte en aangevulde tekst van de uiteenzetting die de auteur over dit onderwerp heeft gehouden op de door het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (C.B.R.) aan de U.I.A. georganiseerde studieavond op 9 mei 1994. De stof is bijgehouden tot einde augustus 1994.

² VAN OMMESLAGHE, P., «La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles», *T.P.R.*, 1984, 197-232.

³ *B.S.*, 29 augustus 1991. Deze wet wordt hierna verkort geciteerd als «Nieuwe Handelspraktijkenwet».

⁴ *B.S.*, 9 juli 1991, als nadien gewijzigd. Deze wordt hierna verkort geciteerd als «Wet Consumentenkrediet».

⁵ *B.S.*, 20 augustus 1992, als nadien gewijzigd.

⁶ *B.S.*, 19 augustus 1992, als nadien gewijzigd.

⁷ *B.S.*, 1 april 1994.

⁸ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, pp. 97-88, nr. 73; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 196; KRUIHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, (495), p. 666, nr. 161; WILMS, W., *De ingebrekestelling & De kwijtende verjaring*, Reeks Prolegomena, nr. 8, Brussel, Swinnen, 1985, p. 5, nr. 1; VAN OEVELEN, A., «Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en het contractenrecht», in *Algemene Rechtsbeginselen*, VAN HOECKE, M. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, (95), pp. 126-127, nr. 27; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, (171), p. 625, nr. 330.

gelden.⁹ In een arrest van 9 april 1976 beschouwt het Hof van Cassatie de verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling van de schuldenaar als een *algemeen rechtsbeginsel*, waarvan art. 1146 B.W. toepassing maakt in het bijzondere, aldaar uitdrukkelijk beoogde geval.¹⁰

In een contractuele rechtsverhouding dient een schuldeiser dus zijn schuldenaar vooraf in gebreke te stellen, zowel wanneer hij (de schuldeiser) de gedwongen uitvoering *in natura* van de verbintenis vordert als wanneer hij de nakoming bij equivalent vraagt in de vorm van een compensatoire schadevergoeding, evenzeer als wanneer hij op grond van artikel 1184 B.W. een vordering instelt tot ontbinding van een wederkerige overeenkomst.¹¹ Een ingebrekestelling is eveneens vereist wanneer een schuldeiser, onder voorbehoud van een rechterlijke controle *a posteriori*, door een eenzijdige verklaring en zonder een voorafgaande rechterlijke tussenkomst, een wederkerige overeenkomst als ontbonden beschouwt of op grond van art. 1144 B.W., maar zonder voorafgaande rechterlijke machtiging, de verbintenis op kosten van de in gebreke blijvende schuldenaar door een derde laat uitvoeren.¹² Ook voor verbintenissen aangegaan met een tijdsbepaling geldt, behoudens in de hierna te vermelden uitzonderingen¹³, de principiële verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling, omdat een schuldenaar in de regel niet automatisch in gebreke wordt gesteld door het enkel verstrijken van de overeengekomen termijn: *dies non interpellat pro homine*.¹⁴

4. In zijn arresten van 19 juni 1989¹⁵ en 25 februari 1993¹⁶ besliste het Hof van Cassatie dat, hoewel het recht op moratoire interest een aanmaning tot betalen onderstelt, behalve als de wet de interest van rechtswege doet lopen, geen enkele wetsbepaling echter verbiedt dat die ingebrekestelling gebeurt *vóór de opeisbaarheid van de schuld* waarvan het bestaan niet wordt betwist, maar dat in dat geval die ingebre-

kestelling pas effect sorteert vanaf het ogenblik dat de schuld opeisbaar is geworden.

Deze rechtspraak, die de instemming geniet van de commentatoren¹⁷, verdient goedkeuring omdat ze tegemoet komt aan de behoeften van de praktijk en in overeenstemming is met het doel dat met een ingebrekestelling wordt beoogd. De schuldeiser mag inderdaad eisen dat tegen het tijdstip dat voor de nakoming van de verbintenis is bepaald zo weinig mogelijk tijd verloren gaat, en is gerechtigd te dien einde aan de schuldenaar op ondubbelzinnige wijze ter kennis te brengen dat hij stipt op de vervaldag de uitvoering van de verbintenis eist.¹⁸ Bovendien is zo'n ingebrekestelling *vóór* het opeisbaar geworden zijn van de schuld voor de schuldeiser vaak de enige mogelijkheid om definitieve schade te voorkomen.¹⁹

De cassatierechtspraak die een geldige ingebrekestelling toestaat nog *vóór* het opeisbaar geworden zijn van de schuld, kan misschien nog in zoverre worden genuanceerd dat zo'n ingebrekestelling moet gebeuren op een tijdstip dat dicht bij de opeisbaarheid van de schuld is gelegen, zodat bij de schuldenaar iedere twijfel wordt weggenomen over het vaste voornemen van de schuldeiser om zijn rechten te doen gelden. De schuldeiser moet zijn recht om «voortijdig» een ingebrekestelling te verzenden immers ook te goeder trouw uitoefenen (art. 1134, derde lid, B.W.).²⁰

Als de ingebrekestelling gebeurt *vóór* de schuld opeisbaar is geworden, is het logisch dat die ingebrekestelling pas effect sorteert vanaf het ogenblik dat de schuld opeisbaar is, met als gevolg dat pas vanaf laatstgenoemd tijdstip de in art. 1153 B.W. bedoelde moratoire interesten beginnen te lopen. Zolang de schuld nog niet opeisbaar was, diende de schuldenaar immers nog niet te presteren en was hij nog niet «in verzuim».

B. De uitzonderingen op de principiële verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling

5. Op de principiële verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling bestaan verscheidene uitzonderingen.

In de eerste plaats is uiteraard geen voorafgaande ingebrekestelling vereist wanneer een bijzondere wettelijke bepaling de schuldeiser vrijstelt van deze verplichting (zie bv. art. 1657 B.W., art. 102 Arbeidsovereenkomstenwet, art. 10 Loonbeschermingswet).

In de tweede plaats is geen voorafgaande ingebrekestelling vereist als de partijen in hun contract de schuldeiser heb-

⁹ DE PAGE, H., *o.c.*, III, p. 98, nr. 73, en p. 99, nr. 74; VANDEPUTTE, R., *o.c.*, 197; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, p. 667, nr. 161, en de verwijzingen aldaar; VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations (suite)», *R.C.J.B.*, 1988, (33), p. 121, nr. 212, en de verwijzingen aldaar; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Algemene Rechtsbeginselen*, p. 127, nr. 27; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 626, nr. 330.

¹⁰ Cass., 9 april 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 921, *Pas.*, 1976, I, 887, *R.W.*, 1976-77, 921, met noot.

¹¹ Zie de verwijzingen bij VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Algemene Rechtsbeginselen*, p. 127, voetnoten 5 en 6; *adde*: KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 627, nr. 330; Brussel, 10 november 1988, *J.T.*, 1989, 92; Kh. Brussel, 20 juli 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 368.

¹² KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *ibid.* Zie daarover uitvoeriger: STIJS, S., *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, pp. 618-621, nrs. 479-481; WÉRY, P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Brussel, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, p. 306, nr. 223.

¹³ Zie *infra*, nr. 5, en de verwijzingen aldaar.

¹⁴ Zie de verwijzingen bij VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *Algemene Rechtsbeginselen*, p. 128, voetnoot 3; *adde*: Rb. Brussel, 7 juni 1988, *R.W.*, 1988-89, 1378.

¹⁵ Cass., 19 juni 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, 1249, *Pas.*, 1989, I, 1132, met conclusie van de advocaat-generaal LIEKENDAEL, *J.L.M.B.*, 1989, 1186, *J.T.T.*, 1989, 424.

¹⁶ Cass., 25 februari 1993, *R.W.*, 1993-94, 126.

¹⁷ VAN OEVELEN, A., «De aanmaning tot betaling *vóór* het opeisbaar worden van de schuld», *Recente Cassatie*, 1993, 102; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 626-627, nr. 330.

¹⁸ VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite)», *R.C.J.B.*, 1975, (597), pp. 689-690, nr. 107.

¹⁹ WILMS, W., *o.c.*, pp. 16-17, nr. 15.

²⁰ Zie in die zin: Scheidsr. Besl., 17 december 1968, *Rechtspr. Antw.*, 1969, 254; H.R., 29 januari 1915, *N.J.*, 1915, 485; zie ook ASSER, C. en HARTKAMP, A.S., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, Deel I, *De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, p. 304, nr. 366, en pp. 308-309, nr. 370.

ben vrijgesteld van deze verplichting.²¹ Het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling belangt immers niet de openbare orde aan en is evenmin van dwingend recht. Een contractueel beding dat de schuldeiser van deze verplichting vrijstelt, wijkt evenwel af van het gemene recht en dient daarom restrictief te worden geïnterpreteerd.²² De bepalingen betreffende de onrechtmatige bedingen van de Nieuwe Handelspraktijkenwet brengen hierin als zodanig geen verandering. Art. 29, 1°, van de Wet Consumentenkrediet bevat daarentegen een als van openbare orde te beschouwen bepaling die de kredietgever verplicht de consument eerst in gebreke te stellen alvorens toepassing te maken van een in de kredietovereenkomst voorkomend uitdrukkelijk ontbindend beding of van een beding dat de kredietgever machtigt de onmiddellijke betaling van de nog te vervallen termijnen te eisen.²³ Een contractueel beding dat de schuldeiser vrijstelt van de verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling, is krachtens art. 14, eerste lid, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst niet geoorloofd in zoverre het gaat om de verbintenis van de verzekeringnemer tot betaling van de premie op de vervaldag. Niet-nakoming van deze verbintenis kan luidens deze bepaling slechts grond opleveren tot schorsing van de dekking of tot opzegging van de overeenkomst, mits de schuldenaar in gebreke is gesteld. Uit art. 3 van dezelfde wet dient te worden afgeleid dat voornoemde bepaling van dwingend recht is.

In de derde plaats kan uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden afgeleid dat geen ingebrekestelling nodig is als deze met het voorwerp of met de aard van de overeenkomst of met de bedoelingen van de partijen onverenigbaar is.²⁴

In de vierde plaats kan uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden afgeleid dat geen ingebrekestelling nodig is als, inzonderheid bij een verbintenis met een tijdsbepaling, uit het voorwerp of uit de aard van de overeenkomst of uit de bedoeling van de partijen of uit andere door de feitenrechter vastgestelde omstandigheden blijkt dat, na het verstrijken van de overeengekomen termijn, de uitvoering van de verbintenis materieel onmogelijk is geworden of voor de schuld-

eiser geen nut meer kan vertonen.²⁵ In de jongste tien jaar heeft het Hof van Cassatie deze rechtspraak meermaals bevestigd.²⁶

6. In samenhang met laatstgenoemde uitzondering, namelijk de *nutteloosheid van de ingebrekestelling* indien met zekerheid vaststaat dat de schuldenaar niet meer zal presteren, heeft het Hof van Cassatie recent een nieuwe uitzondering op de principiële verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling aangenomen. Het Hof besliste namelijk dat geen ingebrekestelling vereist is als de schuldenaar, in dit geval met een aangetekende brief aan zijn schuldeiser, duidelijk te kennen heeft gegeven dat hij zijn contractuele verbintenis niet zal nakomen.²⁷

Op te merken valt dat een deel van de rechtspraak en de doctrine tot nu toe niet zo ver ging en van oordeel was dat de enkele verklaring van de schuldenaar dat hij niet zal presteren niet voldoende is om de schuldeiser vrij te stellen van de verplichting tot voorafgaande ingebrekestelling.²⁸ Sommigen voegden eraan toe dat het vereiste van een ingebrekestelling maar wegvalt als de weigering van de schuldenaar om te presteren duidelijk blijkt uit gedragingen die in strijd zijn met de normale uitvoering van het contract.²⁹

C. De inhoud van de ingebrekestelling

7. Voor een geldige ingebrekestelling dienen geen sacramentele bewoordingen zoals «ingebrekestelling», «aanmaning», «eisen» of «inmorastelling» te worden gebruikt. Het is voldoende dat de schuldeiser duidelijk en ondubbelzinnig

²⁵ Cass., 20 december 1951, *Pas.*, 1952, I, 207, *R.W.*, 1951-52, 1035; Cass., 2 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 934, *R.W.*, 1964-65, 873; Cass., 25 november 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 337, *Pas.*, 1977, I, 333, *R.W.*, 1976-77, 1775, met noot; Bergen, 28 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 36, *Rev. Not.B.*, 1977, 511, *Rec.Gén.Enr. Not.*, 1978, nr. 22.168. Zie daarover uitvoerig WILMS, W., o.c., pp. 32-36, nr. 26, en de talrijke verwijzingen aldaar.

²⁶ Cass., 29 november 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, 446, *Pas.*, 1985, I, 399, *R.W.*, 1986-87, 542, *J.T.*, 1987, 422, *R.C.J.B.*, 1987, 213, met noot GLANSDORFF, F.: de ingebrekestelling is niet nodig omdat de uitvoering van de verbintenis materieel onmogelijk is geworden, *in casu* de verbintenis tot teruggave van het gehuurde goed ten gevolge van een brand; Cass., 22 mei 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 1011, *Pas.*, 1985, I, 929, *R.W.*, 1986-87, 851, *R.C.J.B.*, 1989, 7, met noot KRUIHOF, R.: de ingebrekestelling is niet nodig als de feitenrechter de nutteloosheid ervan vaststelt; Cass., 14 maart 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, 734, *Pas.*, 1991, I, 651: er is geen ingebrekestelling vereist van de advocaat die de termijn om verzet aan te tekenen heeft laten verstrijken.

²⁷ Cass., 17 januari 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 436, *Pas.*, 1992, I, 421, *T.B.H.*, 1993, 237, met noot STORME, M.E.

²⁸ DE PAGE, H., o.c., III, p. 105, nr. 76; VANDEPUTTE, R., o.c., 199-200; Kh. Gent, 25 april 1991, *T.B.H.*, 1992, 272. Zie in andere zin: Brussel, 29 november 1929, *Pas.*, 1930, II, 131; X, noot 2 onder Cass., 24 april 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1061; DELAHAYE, T., *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, p. 251, nr. 210; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Brussel, Story-Scientia, 1990, p. 277, nr. 284.

²⁹ VANDEPUTTE, R., *ibid.*; Arbh. Bergen, 16 september 1985, *J.T.T.*, 1986, 62.

²¹ Cass., 9 april 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 921, *Pas.*, 1976, I, 887, *R.W.*, 1976-77, 921, met noot.

²² WILMS, W., o.c., pp. 28-31, nr. 24; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 628, nr. 331.

²³ Deze bepaling wordt beschouwd als van openbare orde, niet alleen omdat ze ertoe strekt de belangen van de individuele consument te beschermen, maar ook omdat ze beoogt misbruiken in de kredietsector weg te werken en deze sector te saneren, en tevens de nodige maatregelen te nemen om de overdreven schuldenlast van consumenten in te dijken, waardoor deze bepaling duidelijk het algemeen belang dient (VAN DER WIELEN, P. en WALLEMACQ, A., «La valeur contraignante de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation», in *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, (23), pp. 28-29, nrs. 6-7; MEULEMANS, D., «Onrechtmatige bedingen inzake consumentenkrediet», *Jura Falconis*, 1991-92, (4-81), pp. 4-88, nrs. 26-27; DAMBRE, M., *Consumentenkrediet. Een commentaar op de nieuwe reglementering*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 56, nr. 117, en p. 62, nr. 132; EVERS, F., «De (vrede)rechter en de wet op het consumentenkrediet», *T. Vred.*, 1993, (66), p. 70 nr. 63).

²⁴ Cass., 9 april 1976, *Arr.Cass.*, 1976, 921, *Pas.*, 1976, I, 887, *R.W.*, 1976-77, 921, met noot.

zijn wil te kennen geeft dat hij van zijn schuldenaar de nakoming van diens verbintenis eist.³⁰

De rechtspraak van het Hof van Cassatie bevestigt voorts dat de schuldeiser in zijn ingebrekestelling niet hoeft te vermelden welke sanctie(s) hij voornemens is toe te passen bij contractuele wanprestatie van zijn schuldenaar.³¹ Uitzonderingen op laatstgenoemd principe vinden we in de Wet Consumentenkrediet en in de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst. In art. 29, 1°, van de Wet Consumentenkrediet wordt bepaald dat, wanneer de kredietgever toepassing wil maken van het in de kredietovereenkomst voorkomend uitdrukkelijk ontbindend beding of van het beding dat de kredietgever machtigt de onmiddellijke betaling van de nog te vervallen termijnen te eisen, hij in de ingebrekestelling de consument in herinnering moet brengen dat dit slechts mogelijk is als de consument ten minste twee betalingstermijnen of een bedrag gelijk aan 20% van de totale terug te betalen som niet heeft betaald en als hij één maand na het ter post afgeven van een aangetekende brief tot ingebrekestelling zijn verplichtingen niet is nagekomen. Deze bepaling is, zoals reeds vermeld, als van openbare orde te beschouwen.³² Art. 15, tweede en derde lid, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst bepaalt dat de ingebrekestelling om de premie te betalen de termijn moet vermelden waarin die betaling moet gebeuren, en moet herinneren aan de vervaldag van de premie en aan de gevolgen van niet-betaling binnen de gestelde termijn. Uit art. 3 van dezelfde wet dient te worden afgeleid dat deze bepalingen van dwingend recht zijn.

D. De vorm van de ingebrekestelling

8. Luidens artikel 1139 B.W. wordt de schuldenaar in gebreke gesteld «door een aanmaning of door een andere daarmee gelijkstaande akte». Sinds geruime tijd aanvaardt de rechtspraak dat het begrip «gelijkstaande akte» op soepele wijze moet worden opgevat en dat met name in handelszaken de ingebrekestelling met een zelfs niet-aangetekende brief kan gebeuren. Die tendens heeft zich de jongste jaren voortgezet³³ en werd zelfs uitgebreid tot burgerlijke zaken.³⁴

Het Hof van Cassatie bevestigde zijn vroegere rechtspraak³⁵ volgens welke een dagvaarding evenals iedere andere akte waarbij een vordering in rechte wordt ingesteld, als ingebrekestelling gelden.³⁶ Een deel van de rechtspraak van de feitenrechtters, inzonderheid die van de arbeidsgerechten ter zake van de moratoire interesten verschuldigd op socialezekerheidsuitkeringen, gaat in dezelfde richting.³⁷ Een ander deel van de rechtspraak wijst de gelijkstelling van de dagvaarding met de ingebrekestelling af, inzonderheid wanneer de ontbinding van de overeenkomst wordt gevorderd.³⁸ Bekken vanuit het principe dat een ingebrekestelling niet aan bijzondere vormvereisten is onderworpen, verdient het standpunt van het Hof van Cassatie de voorkeur, ofschoon moet worden erkend dat het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling veel van zijn praktische betekenis verliest wanneer men aanvaardt dat een dagvaarding als ingebrekestelling geldt.³⁹ De rechtspraak leert nochtans dat in een aantal gevallen een schuldenaar maar tot betaling overgaat of voorstellen van afbetaling formuleert nadat hij effectief is gedagvaard, wat dan toch weer wijst op het praktische nut van een ingebrekestelling middels een dagvaarding.

Op het gemeenrechtelijk beginsel dat een ingebrekestelling niet aan bijzondere vormvereisten is onderworpen, wordt een eerste uitzondering gemaakt in art. 29, 1°, Wet Consumentenkrediet, dat de toepassing van het in de kredietovereenkomst voorkomend uitdrukkelijk ontbindend beding of van het beding dat de kredietgever machtigt de onmiddellijke betaling van de nog te vervallen termijnen te eisen, onderwerpt aan het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling bij een ter post aangetekende brief. Zoals reeds vermeld, is deze bepaling als van openbare orde te beschouwen.⁴⁰ Een tweede uitzondering op het principiële vormloos karakter van de ingebrekestelling vinden we in art. 15, eerste lid, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, dat bepaalt dat de ingebrekestelling om de premie te betalen bij deurwaardersexploot of bij een ter post aangetekende brief moet gebeuren. Uit art. 3 van dezelfde wet volgt dat deze bepaling van dwingend recht is.

E. De gevolgen van de ingebrekestelling

9. De ingebrekestelling heeft in de eerste plaats tot gevolg dat de moratoire schadevergoeding (art. 1146 B.W.) of, bij

³⁰ WILMS, W., *o.c.*, pp. 14-15, nr. 13; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 631, nr. 332, en aldaar geciteerde rechtspraak.

³¹ Cass., 16 september 1983, *Arr.Cass.*, 1983-84, 45, *Pas.*, 1984, I, 48, *R.W.*, 1984-85, 463 (toepassing van schadebeding); Cass., 18 december 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, 525, *Pas.*, 1987, I, 484, *R.W.*, 1987-88, 55, *J.T.*, 1987, 162 (betaling van compensatoire schadevergoeding); Cass., 25 november 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 272, *Pas.*, 1992, I, 231 (betaling van moratoire interest). Zie in dezelfde zin: VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, p. 123, nr. 213; STIJS, S., *o.c.*, p. 175, nr. 109.

³² Zie *supra*, voetnoot 23, en de verwijzingen aldaar.

³³ Zie bv. Luik, 17 juni 1986, *Jur.Liège*, 1986, 492, *J.L.M.B.*, 1987, 105; Luik, 11 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 1154; Arbrb. Gent, 9 februari 1987, *R.W.*, 1987-88, 649; Rb. Luik, 13 oktober 1988, *Pas.*, 1988, II, 42.

³⁴ Rb. Brugge, 7 februari 1983, *Alg.Fisc.T.*, 1986, 104; *Rec.Gén. Enr.Not.*, 1986, 268, met noot A.C., *T.Not.*, 1986, 31, met noot VAN CAUWENBERGH, J.; Rb. Aarlen, 20 april 1990, *T.B.B.R.*, 1990, 481.

³⁵ Cass., 17 oktober 1957, *Arr.Verbr.*, 1958, 83, *Pas.*, 1958, I, 143; Cass., 24 april 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1060, *Pas.*, 1980, I, 1050, *J.T.*, 1980, 577, *T.Not.*, 1981, 358.

³⁶ Cass., 18 december 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, 525, *Pas.*, 1987, I, 484, *R.W.*, 1987-88, 55, *J.T.*, 1987, 162 (verplichte verzoeningspoging in pachtzaken op grond van art. 1345 Ger.W.).

³⁷ Zie de rechtspraak geciteerd door KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 633, nr. 334.

³⁸ Arbh. Brussel, 10 december 1985, *J.T.T.*, 1986, 470; Brussel, 10 november 1988, *J.T.*, 1989, 92; Kh. Brussel, 20 juli 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 368. Zie de bespreking van deze rechtspraak door KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 634, nr. 334. Zie tevens de kritiek geformuleerd door W. WILMS, *o.c.*, pp. 59-60, nrs. 50-51, die van oordeel is dat de gelijkstelling van de dagvaarding met een ingebrekestelling het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling overbodig maakt.

³⁹ Vgl. KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *ibid.*

⁴⁰ Zie *supra*, voetnoot 23, en de verwijzingen aldaar.

verbintenissen tot betaling van een geldsom, de moratoire interesten (art. 1153 B.W.) verschuldigd wegens vertraging in de uitvoering van de verbintenis, in principe pas vanaf de ingebrekestelling geëist kunnen worden. Talrijke uitspraken bevestigen deze regel.⁴¹ Beslist werd dat, wanneer geen ingebrekestelling vereist is omdat de uitvoering van de verbintenis materieel onmogelijk is geworden, de moratoire interest loopt vanaf de dag waarop die onmogelijkheid bestaat.⁴²

De ingebrekestelling heeft in de tweede plaats tot gevolg dat het risico wegens het toevallig verlies van de zaak waarvan het eigendomsrecht door de enkele wilsovereenstemming van de partijen is overgegaan en die nog niet is geleverd, voor rekening van de in gebreke blijvende schuldenaar is (art. 1138, tweede lid, B.W.), behalve wanneer die zaak ook bij de schuldeiser door toeval tenietgegaan zou zijn, als ze hem op tijd was geleverd (art. 1302, tweede lid, B.W.). In navolging van H. De Page⁴³ heeft het Hof van Cassatie de zojuist vermelde uitzondering, die geformuleerd is voor verbintenissen om iets te geven – d.w.z. verbintenissen die als voorwerp hebben het eigendomsrecht op een zaak over te dragen –, ook toepasselijk verklaard op verbintenissen om iets te doen. Het Hof besliste immers dat de schuldenaar die in gebreke is gesteld, zich niet op de bevrijdende werking van overmacht kan beroepen, tenzij hij bewijst dat de schade, waarvan wordt beweerd dat ze het gevolg is van zijn contractuele wanprestatie, ook ontstaan zou zijn zonder die wanprestatie.⁴⁴

II. DE GEDWONGEN UITVOERING IN NATURA

A. De bevoegdheid van de voorzitter in kort geding

10. Sinds een tiental jaren erkent de rechtspraak de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding om maatregelen te bevelen die strekken tot uitvoering in natura van de overeenkomst, op een ogenblik waarop dit nog nuttig is en nog geen moeilijk te herstellen schade is ontstaan.⁴⁵ Op grond van de

interpretatie die thans aan de artikelen 584 en 1139 Ger.W. wordt gegeven, wordt immers aanvaard dat de voorzitter in kort geding bevoegd is om de rechten van partijen te onderzoeken, kennis te nemen van het bodemgeschied en dienaangaande voorlopige ordeningsmaatregelen te nemen, maar dat hij de rechtspositie van de partijen niet op een definitieve en onherstelbare wijze mag wijzigen.⁴⁶

Zo erkende het Hof van Beroep te Brussel de principiële mogelijkheid om in kort geding onder verbeurte van een dwangsom de voorlopige voortzetting te bevelen van de uitvoering van een overeenkomst, ofschoon uiteindelijk die maatregel niet werd opgelegd wegens de nadelige gevolgen die hij voor de twee partijen zou teweegbrengen.⁴⁷ Hetzelfde hof legde de voortzetting van een concessieovereenkomst op in een geval waarin de concessiegever zich ten onrechte een uitdrukkelijk ontbindend beding had beroepen.⁴⁸ Het Antwerpse Hof van Beroep besliste dat de voorzitter in kort geding de voortzetting van een eenzijdig beëindigde concessieovereenkomst kan bevelen indien die eenzijdige beëindiging juridisch niet aanvaardbaar is of een misbruik van recht vormt.⁴⁹ De voorzitter van de Antwerpse rechtbank van koophandel schorste, onder verbeurte van een dwangsom, de eenzijdige beëindiging van een handelsagentuurovereenkomst waartoe was overgegaan met niet-naleving van de contractueel bepaalde opzeggingstermijn.⁵⁰ De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in Luik gaf in kort geding aan een verkoper het bevel tot levering van een bepaalde hoeveelheid goederen, daar deze partij op grond van de voorgelegde stukken daartoe ongetwijfeld gehouden was.⁵¹ Verscheidene voorzitters in kort geding hebben aan nutsvoorzieningsbedrijven de verplichting opgelegd de levering van elektriciteit of gas te hervatten, nadat die wegens wanbetaling was onderbroken, in de gevallen waarin geoordeeld werd dat die stopzetting vanuit het oogpunt van de menselijke waardigheid onverantwoord was.⁵²

komst» (noot onder Antwerpen, 19 augustus 1987), *R.W.*, 1988-89, 751-754; KRUIJTHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, pp. 641-644, nr. 340.

⁴⁶ Cass., 9 september 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, 51, *Pas.*, 1983, I, 48; *J.T.*, 1982, 727, *R.W.*, 1983-84, 1338, met noot LAENENS, J.; VEROUSTRAE, I., «Het kort geding: recente trends», *T.P.R.*, 1980, (258), pp. 266-270, nrs. 17-19, en p. 276, nr. 34; DE LEVAL, G., «L'examen du fond des affaires par le juge des référés», *J.T.*, 1982, (421), pp. 422-423, nrs. 9 en 14; DE LEVAL, G. en VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *J.T.*, 1985, pp. 519-520, nr. 11; DIEUX, X., o.c., *R.C.J.B.*, 1987, 255-256; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *Ann.Dr.Louvain*, 1989, 148-149; STORME, M. en TAELEMAN, P., «Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven», in *Procederen in nieuw-België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, (1), pp. 29-36, nrs. 23-28.

⁴⁷ Brussel, Kort ged., 24 juni 1982, *R.W.*, 1983-84, 295.

⁴⁸ Brussel, Kort ged., 2 februari 1988, *T.B.H.*, 1990, 671, met noot KILESTE, P.

⁴⁹ Antwerpen, Kort ged., 19 augustus 1987, *R.W.*, 1988-89, 749, met noot STRUBBE, R.

⁵⁰ Kort ged. Kh. Antwerpen, 25 januari 1985, *J.T.*, 1985, 688, met noot VAN BUNNEN, L.

⁵¹ Kort ged. Rb. Luik, 2 februari 1984, *Jur.Liège*, 1984, 121, *R.C.J.B.*, 1987, 245, met noot DIEUX, X.

⁵² Kort ged. Rb. Marche-en-Famenne, 16 mei 1984, *Jur.Liège*, 1984, 392, *Rev.Rég.Dr.*, 1984, 331, met noot HAUBERT, B.; Kort ged.

⁴¹ Zie de rechtspraak geciteerd bij KRUIJTHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 635, nr. 335.

⁴² Cass., 29 november 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, 446, *Pas.*, 1985, I, 399, *R.W.*, 1986-87, 542, *J.T.*, 1987, 422, *R.C.J.B.*, 1987, 213, met noot GLANSBORFF, F. Terecht werd opgemerkt dat het in dit geval correcter zou zijn geweest te spreken van een compensatoire interest die de schade beoogt te herstellen die veroorzaakt werd door de vertraging in de betaling van de compensatoire schadevergoeding die verschuldigd is vanaf het ontstaan van de schade (KRUIJTHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 662, nr. 352).

⁴³ DE PAGE, H., o.c., III, p. 113, nr. 84.

⁴⁴ Cass., 6 december 1985, *Arr.Cass.*, 1985-86, 504, *Pas.*, 1986, I, 437, *J.T.*, 1987, 162. Zie in die zin: KRUIJTHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 636, nr. 335.

⁴⁵ Zie daarover uitvoeriger: DE LEVAL, G. en VAN COMPERNOLLE, J., «L'évolution du référé: mutation ou renouveau?», *J.T.*, 1985, (517), p. 523, nrs. 22-23; VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, (32), pp. 199-204, nrs. 95-96; DIEUX, X., «La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés» (noot onder Kort ged. Luik, 2 februari 1984), *R.C.J.B.*, 1987, 250-270; VAN COMPERNOLLE, J., «Actualité du référé», *Ann.Dr.Louvain*, 1989, (141), 157-159; STRUBBE, R., «De voorzitter in kort geding en de eenzijdige opzegging wegens grove tekortkoming in de naleving van de concessieovereen-

Een door de voorzitter in kort geding gegeven bevel tot voortzetting van een overeenkomst is echter niet mogelijk indien de partij die de overeenkomst door haar eenzijdige wil beëindigde, bij ontstentenis van een contractueel bedongen opzeggingstermijn, een ontoereikende opzeggingstermijn in acht nam, aangezien «de rechter bij wie het geschil wordt aangebracht, niet vermag, door het opleggen van een termijn of een bijkomende termijn, in de uitvoering van de overeenkomst in te grijpen». ⁵³ Om dezelfde reden wordt aangenomen dat de voorzitter in kort geding niet de voortzetting van een contractuele verhouding mag opleggen, als de beëindiging ervan onherroepelijk vaststaat, omdat de voorzitter geen maatregelen mag bevelen waarop een schuldeiser voor de bodemrechter geen aanspraak kan maken. ⁵⁴ In die optiek werd kritiek uitgeoefend op een arrest van het Hof van Beroep te Brussel dat de gevolgen schorste van een kennisgeving tot onmiddellijke beëindiging van een alleenverkoopconcessieovereenkomst en dat, onder verbeurte van een dwangsom, bevel gaf tot de tijdelijke voortzetting van de overeenkomst in afwachting van een uitspraak ten gronde, aangezien anders het voortbestaan van de concessiehoudende onderneming in gevaar zou worden gebracht. ⁵⁵

B. De gedwongen uitvoering in natura door een derde krachtens art. 1144 B.W.

11. Krachtens art. 1144 B.W. kan de schuldeiser, ingeval een verbintenis om iets te doen niet wordt uitgevoerd, zich door de rechter laten machtigen om deze verbintenis op kosten van de schuldenaar door een derde te laten uitvoeren.

Terecht werd recent beklemtoond dat we hier niet te maken hebben met een gedwongen uitvoering bij equivalent, maar wel met een gedwongen uitvoering *in natura*, zij het door een plaatsvervangende derde in plaats van door de schuldenaar zelf, omdat dankzij dit door de wetgever ter beschikking gestelde hulpmiddel de schuldeiser verkrijgt dat de beloofde prestatie wordt uitgevoerd. ⁵⁶

De rechter is evenwel niet verplicht deze machtiging te verlenen. Hij beschikt in dezen over een beoordelingsbevoegdheid die zijn grondslag vindt in het vermijdingsrecht misbruik door de schuldeiser en die erop gericht is na te gaan of er nog een redelijke mogelijkheid bestaat dat de

schuldenaar zelf zijn verbintenis zal nakomen. ⁵⁷ Zo werd de machtiging op grond van art. 1144 B.W. geweigerd aan een schuldeiser die na de neerlegging van het deskundigenverslag meer dan drie jaar had gewacht om zijn conclusie voor de rechtbank neer te leggen. ⁵⁸

12. Sinds verscheidene jaren aanvaardt een belangrijk gedeelte van de rechtspraak en de rechtsleer dat de schuldeiser onder bepaalde voorwaarden op deze vervangingsmogelijkheid een beroep mag doen *zonder een voorafgaande machtiging van de rechter*; maar wel onder diens controle *a posteriori*. Het gaat dan meestal om overeenkomsten van aanneming van werk. ⁵⁹ In zijn recent gepubliceerd doctoraatsproefschrift heeft P. Wéry deze problematiek grondig en kritisch bestudeerd. ⁶⁰

De voorwaarden waaronder een schuldeiser zonder voorafgaande rechterlijke machtiging een verbintenis om iets te doen door een derde mag laten uitvoeren, zijn ongeveer dezelfde als die waaronder aangenomen wordt dat een ontbinding van een overeenkomst wegens wanprestatie zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, op eenzijdige verklaring van de schuldeiser kan plaatshebben. ⁶¹ Deze voorwaarden kunnen als volgt worden samengevat: a) er moet sprake zijn van een situatie van urgentie, die meebrengt dat een voorafgaande rechterlijke machtiging de vervanging van

⁵⁷ Zie daarover uitvoeriger: WÉRY, P., *o.c.*, pp. 332-351, nrs. 245-255; STIJS, S., *o.c.*, pp. 350-356, nrs. 254-257.

⁵⁸ Antwerpen, 4 mei 1992, *Turnh.Rechtsl.*, 1992, 116, bevestigend Rb. Turnhout, 21 januari 1988, *Turn.Rechtsl.*, 1992, 115.

⁵⁹ Zie daarover, vóór het in voetnoot 12 geciteerde doctoraatsproefschrift van P. WÉRY: VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 606 en 608-609, nr. 65bis; FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le contrat d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1966, pp. 72-73, nrs. 168-170; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, pp. 640-641, nr. 134; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, p. 202, nr. 12; FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., *Le droit des constructeurs*, Bijzonder nummer Tijdschrift voor Aannemingsrecht, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1984, pp. 373-375, nr. 405; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 205-209, nrs. 98-100; FONTAINE, M., «La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive» (noot onder Cass., 16 januari 1986, en Bergen, 21 juni 1983), *R.C.J.B.*, 1991, (13), pp. 312-340, nrs. 29-44.

⁶⁰ WÉRY, P., *o.c.*, pp. 293-324, nrs. 213-237.

⁶¹ De voorwaarden voor de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst en voor de vervanging van de schuldenaar door een derde, zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, verschillen nochtans op twee punten: 1) de buitengerechtelijke ontbinding kan enkel plaatshebben bij wederkerige overeenkomsten, terwijl de vervanging van de schuldenaar door een derde ook een niet-nagekomen verbintenis van een eenzijdig contract kan betreffen; 2) voor de buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst is een voldoende ernstige contractuele wanprestatie vereist, terwijl dit niet relevant is voor de vervanging van de schuldenaar door een derde (WÉRY, P., *o.c.*, pp. 263-265, nrs. 190-192, en pp. 321-322, nrs. 233-234; STIJS, S., *o.c.*, p. 579, nr. 439). De grote gelijklopendheid van toepassingsvoorwaarden tussen de buitengerechtelijke ontbinding van een overeenkomst en de vervanging van de schuldenaar door een derde, zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, mag voorts niet doen vergeten dat we in dit laatste geval te maken hebben met een vorm van gedwongen uitvoering van de overeenkomst (VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 605-606, nr. 65; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, pp. 640-641, nr. 134; WÉRY, P., *o.c.*, pp. 265-270, nrs. 193-195, en pp. 322-323, nr. 235; STIJS, S., *o.c.*, pp. 578-579, nr. 439; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 639, nr. 337).

Rb. Charleroi, 25 augustus 1986, *Rev.Rég.Dr.*, 1986, 415; Kort ged. Rb. Aarlen, 13 april 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1188.

⁵³ Cass., 6 november 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, 310, *Pas.*, 1988, I, 292, *T.B.H.*, 1988, 182, met noot NELISSEN GRADE, J.M.

⁵⁴ DIEUX, X., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1987, 264 en 270; NELISSEN GRADE, J.M., noot onder Cass., 6 november 1987, *T.B.H.*, 1988, (186), pp. 189-190, nr. 6; VAN COMPERNOLLE, J., *o.c.*, *Ann.Dr.Louvain*, 1989, 158-159; Brussel, Kort ged., 2 februari 1988, *T.B.H.*, 1990, 671, met noot KILESTE, P.; Kort Ged. Kh. Gent, 8 maart 1983, *T.B.H.*, 1984, 385.

⁵⁵ Brussel, Kort ged., 6 oktober 1983, *J.T.*, 1984, 134, met noot VAN BUNNEN, L., *T.B.H.*, 1984, 365. Zie nadien in dezelfde zin: Brussel, Kort ged., 9 januari 1990, *T.B.H.*, 1990, 692, met noot KILESTE, P.; Brussel, Kort ged., 14 januari 1993, *J.T.*, 1993, 425. Voor kritiek op deze rechtspraak, zie VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 201-202, nr. 96; DIEUX, X., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1987, 262-263; VAN COMPERNOLLE, J., *o.c.*, *Ann.Dr.Louvain*, 1989, 159.

⁵⁶ WÉRY, P., *o.c.*, pp. 102-103, nr. 79; STIJS, S., *o.c.*, pp. 346-349, nrs. 250-253.

de schuldenaar door een derde haar praktisch nut als remedie doet verliezen; b) de in gebreke blijvende schuldenaar moet vooraf in gebreke worden gesteld en er moet hem een redelijke termijn zijn toegekend om de vastgestelde gebreken te verhelpen, zonder dat hij hieraan gevolg heeft gegeven; c) de stand van de werken, evenals de aard en de ernst van de gebreken moeten ofwel in der minne en op tegenpraak tussen partijen ofwel in een gerechtelijk deskundigenonderzoek zijn vastgesteld.⁶² De jongste jaren heeft de rechtspraak ook enkele malen onder die voorwaarden de buitengerechtigkeitsvervanging van de schuldenaar door een derde toegestaan.⁶³

III. DE GEDWONGEN UITVOERING BIJ EQUIVALENT

A. Samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid

13. Als de gedwongen uitvoering *in natura* van de overeenkomst materieel of juridisch onmogelijk is (geworden), heeft de schuldeiser recht op een uitvoering bij equivalent, die meestal de vorm aanneemt van een geldelijke schadevergoeding. Deze schadevergoeding strekt ertoe de schuldeiser zo goed mogelijk in de toestand te plaatsen waarin hij zich bevonden zou hebben indien zijn schuldenaar geen contractuele wanprestatie had gepleegd en de overeenkomst dus correct was uitgevoerd.

Het is in deze context dat het probleem rijst van de *samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*. Na het bekende zgn. «stuwadoorsarrest» van het Hof van Cassatie van 7 december 1973⁶⁴ vormde dit vraagstuk in de tweede helft van de zeventiger jaren en de eerste helft van de tachtiger jaren een van de neteligste twistvragen van het verbintenissenrecht. In zijn arrest van 14 oktober 1985⁶⁵ heeft het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak in dezen bevestigd door te beslissen «dat een contractspartij, wegens een bij de uitvoering van de overeenkomst begane fout, slechts dan extra-contractueel aansprakelijk kan worden gesteld, indien de haar ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt, niet aan de contractuele verbintenis, doch aan de algemene zorgvuldigheidsplicht en indien die fout andere dan aan de slechte uitvoering van de overeenkomst te wijten schade heeft veroorzaakt». Het Hof vernietigt met dit arrest een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Turnhout van 25 november 1982,⁶⁶ dat had beslist dat de stroomonderbre-

king die was veroorzaakt door de beschadiging van een niet-gesignaleerde hoogspanningskabel, niet alleen een schending van een contractuele verplichting uitmaakte, maar tevens een onrechtmatige daad vormde, waardoor schade was ontstaan die niet louter contractueel was, omdat er directe gevolgen waren van de stroomonderbreking, maar ook indirecte schade, zoals bijkomend werk voor het personeel. Terecht besliste het Hof van Cassatie «dat de niet-uitvoering van een contractuele verplichting niet tot onrechtmatige daad wordt, en derhalve geen grond oplevert voor een vordering tot schadeloosstelling uit art. 1382 B.W., om de enkele reden dat uit de contractuele wanprestatie, benevens 'directe gevolgen', ook 'indirecte schade' is voortgevloeid». Schadevergoeding wegens niet-nakoming van de verbintenis is immers ook verschuldigd voor «indirecte schade» die is veroorzaakt door het niet-uitvoeren van de overeenkomst.

Een aandachtige lectuur van dit arrest leert dat de voorwaarden waaronder een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tussen contractspartijen kan worden toegestaan, door het Hof van Cassatie in identiek dezelfde bewoordingen worden geformuleerd als in zijn arrest van 8 april 1983.⁶⁷ Dit laatste arrest was zelf in inhoudelijk dezelfde bewoordingen geformuleerd als het zgn. «stuwadoorsarrest» van 7 december 1973⁶⁸. Als het Hof van Cassatie nu tot tweemaal toe in dezelfde zorgvuldig gekozen bewoordingen zijn zienswijze weergeeft, en dit m.b.t. de coëxistentie van aansprakelijkheden bij schade veroorzaakt door een hulp-persoon nog eens herhaalt in een arrest van 26 oktober 1990,⁶⁹ kan er nog weinig twijfel over bestaan dat het Hof de theorie van de verfijning van de principiële samenloopsmogelijkheid (zgn. «verfijningstheorie») verwerpt en de zgn. «verdwijningstheorie» huldigt die de mogelijkheid van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid principieel uitsluit.⁷⁰

Een tweede punt uit het cassatiearrest van 14 oktober 1985 dat nadere toelichting verdient, is de overweging van het Hof «dat schadevergoeding wegens niet-nakoming van de verbintenis (...) ook verschuldigd is voor 'indirecte schade' die veroorzaakt is door het niet-uitvoeren van de overeenkomst». Deze overweging heeft betrekking op de vraag welke schade bij contractuele aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking komt. Op dit probleem wordt hierna nog verder ingegaan.⁷¹

14. Uit de in de voorbije tien jaar gepubliceerde rechtspraak van de feitenrechters blijkt ook zeer duidelijk dat de meeste vonnissen en arresten de zgn. «verdwijningstheorie»

⁶² Voor een analyse en bespreking van deze toepassingsvoorwaarden, zie de auteurs geciteerd in voetnoot 59, evenals WÉRY, P., o.c., pp. 303-318, nrs. 221-223 en 226-231.

⁶³ Zie o.m. Luik, 24 juni 1991, *J.T.*, 1991, 698; Luik, 1 oktober 1991, *T.Aann.*, 1993, 302, met noot FLAMME, Ph.; Vred. Gent, 29 juni 1992, *T.Vred.*, 1993, 119.

⁶⁴ Cass., 7 december 1973, *Arr.Cass.*, 1974, 395, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *Pas.*, 1974, I, 376, *R.W.*, 1973-74, 1597, met noot HERBOTS, J., *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9317, met noot FAGNART, J.-L., *J.T.*, 1974, 443, *R.C.J.B.*, 1976, 15, met noot DALCO, R.O. en GLANSORFF, F.

⁶⁵ Cass., 14 oktober 1985, *Arr.Cass.*, 1985-86, 179, *Pas.*, 1986, I, 155, *J.T.*, 1986, 600, *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.217, *R.C.J.B.*, 1988, 341, met noot VAN QUICKENBORNE, M.

⁶⁶ Rb. Turnhout, 25 november 1982, *Turnh.Rechtsl.*, 1987, 149.

⁶⁷ Cass., 8 april 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 934, *Pas.*, 1983, I, 834, *R.W.*, 1983-84, 163, met noot HERBOTS, J.

⁶⁸ Zie daarover: VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) (Tweede deel)», *R.W.*, 1985-86, (81), 107-108, nr. 55.

⁶⁹ Cass., 26 oktober 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 244, *Pas.*, 1991, I, 216, *R.C.J.B.*, 1992, 497, met noot DALCO, R.O.

⁷⁰ Zie in dezelfde zin VAN QUICKENBORNE, M., «Réflexions sur le dommage purement contractuel» (noot onder Cass., 14 oktober 1985), *R.C.J.B.*, 1988, pp. 344-345, nr. 2. Betreffende het onderscheid tussen de twee voornoemde theorieën, zie VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, (1139), pp. 1457-1460, nrs. 239-240.

⁷¹ Zie *infra*, nr. 19, en de verwijzingen aldaar.

toepassen.⁷² Slechts in enkele gepubliceerde uitspraken wordt de door J. Van Ryn en J. Herbots verdedigde «verfijningstheorie» toegepast.⁷³

Als in een betwisting betreffende schade veroorzaakt in de uitvoering van een contract van personenvervoer de procespartijen conclusies nemen nopens de toepasselijkheid van artikel 1384, eerste lid, B.W., zonder de samenloopproblematiek te berde te brengen, kan aan de feitenrechter niet worden verweten deze wetsbepaling tussen twee contractpartijen te hebben toegepast, aangezien de rechtsregelen betreffende de samenloop tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid de openbare orde niet raken en evenmin van dwingend recht zijn.⁷⁴

15. Het Hof van Cassatie heeft zich in zijn arrest van 26 oktober 1990⁷⁵ uitdrukkelijk aangesloten bij de door de meerderheid van de doctrine verdedigde opvatting dat een *samenloop* tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid *wel mogelijk is als op de contractuele wanprestatie een strafrechtelijke sanctie staat*.⁷⁶ Het Hof overweegt immers «dat de omstandigheid dat een strafbaar feit wordt gepleegd bij de uitvoering van een overeenkomst, aan de toepassing van de strafwet of van de regels van de uit een misdrijf voortvloeiende burgerrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel niet in de weg staat». Het bestreden arrest, dat vaststelde dat door een gebrek aan toezicht fouten zijn begaan waardoor onopzettelijk letsel is veroorzaakt, wat noodzakelijk overeenstemt met het misdrijf van onopzettelijk veroorzaken van slagen en verwondingen, kan dan ook niet wettig beslissen dat te dezen enkel de contractuele aansprakelijkheid ter sprake kon komen. Met betrekking tot het voor het accepteren van de samenloop gestelde vereiste dat de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd, een buitencontractuele schade moet zijn, beslist het Hof «dat schade waarvan de veroorzaking strafbaar is gesteld, niet als alleen maar con-

tractuele schade kan worden aangemerkt op de enkele grond dat zij eveneens is veroorzaakt door de gebrekkige uitvoering van een bij overeenkomst aangegane verbintenis om voor de veiligheid van de getroffene in te staan».

Ook in de weinige gepubliceerde rechtspraak van de feitenrechters op dat punt vindt men de zienswijze terug dat, wanneer de contractuele tekortkoming tevens een misdrijf is, de benadeelde contractspartij de keuze heeft tussen een contractuele en een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering tot vergoeding van de door het misdrijf veroorzaakte schade.⁷⁷

B. De inzake contractuele aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking komende schade en de gemeenrechtelijke begroting van die schade

16. De jongste jaren heeft het Hof van Cassatie in een aantal arresten enkele belangrijke aspecten belicht van de artt. 1149, 1150 en 1151 B.W., die inzake contractuele aansprakelijkheid bepalen welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Ook enige uitspraken van feitenrechters bevatten interessante preciseringsmomenten inzake de begroting van de schade bij contractuele aansprakelijkheid.

1° Geleden verlies en gederfde winst

17. Uit de in art. 1149 B.W. geformuleerde regel dat de aan de schuldeiser verschuldigde schadevergoeding in het algemeen bestaat in het *verlies* dat hij heeft *geleden* en in de *winst* die hij heeft moeten *derven*, leidt het Hof van Cassatie af dat inzake contractuele aansprakelijkheid de schade niet noodzakelijk beperkt is tot de niet-uitvoering zelf van de contractuele verplichting, maar in een afzonderlijke schade kan bestaan. De schade moet echter enkel worden vergoed indien is aangetoond dat er tussen die schade en de fout een oorzakelijk verband bestaat.⁷⁸

Niet alleen bij de buitencontractuele, maar ook bij de contractuele aansprakelijkheid komt de morele schade voor vergoeding in aanmerking.⁷⁹

Om de benadeelde partij in staat te stellen de schadelijke gevolgen van de contractuele wanprestatie van de wederpartij integraal op te vangen, moet de haar toekomstige vergoeding ook de B.T.W. op de herstellingskosten omvatten.⁸⁰ De persoon die een reis met een eenpersoonskamer heeft geboekt en ter plekke de kamer moet delen met een jonge, luidruchtige tiener, wordt maar volledig schadeloos gesteld door de terugbetaling van de volledige prijs van de reis toe te kennen.⁸¹

⁷² Brussel, 1 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 1401; Arrondrb. Gent, 29 april 1985, *T.S.R.*, 1985, 400, *T.G.R.*, 1985, 129, *R.W.*, 1985-86, 261, *J.T.T.*, 1986, 383.

⁷³ Cass., 1 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 963, *Pas.*, 1982, I, 909, *R.W.*, 1984-85, 603.

⁷⁴ Rb. Charleroi, 30 januari 1990, *J.T.*, 1990, 388: moeilijkheden en onaangenaamheden ondervonden door abonnee van het elektriciteitsnet doordat de maatschappij de toevoer op abusieve wijze had afgesneden.

⁸⁰ Vred. Zele, 28 juni 1990, *T.Vred.*, 1990, 370.

⁸¹ Vred. Gent, 13 juni 1990, *T.G.R.*, 1990, 124.

⁷² Brussel, 28 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 312, met noot RIGAUX, P.; Brussel, 16 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 618, met noot PHILIPPE, D.-M.; Luik, 12 april 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 835, met noot BEGUIN, T.; Rb. Bergen, 26 maart 1985, *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.201; Kh. Brussel, 22 juli 1987, *D.C.C.R.*, 1990-91, 420, met noot DE WIT, R.; Rb. Leuven, 29 april 1988, *T.B.B.R.*, 1990, 428, met noot DELI D., Vred. Zele, 6 september 1989, *T.Vred.*, 1991, 142; Scheidsr. Uitspr., 6 februari 1987, *De Verz.*, 1988, 114, met noot J.R.

⁷³ Antwerpen, 23 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 324, met noot PAUWELS, C.; Brussel, 13 november 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1460, *R.G.A.R.*, 1989, nr. 11.485; Rb. Gent, 25 januari 1988, *T.Agr.R.*, 1988, 125.

⁷⁴ Antwerpen, 9 december 1987, *T.B.B.R.*, 1990, 444, met goedkeurende noot van DE WIT, R., wat dit punt betreft p. 456, nr. 6, met verwijzing naar VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», *T.P.R.*, 1987, (1255), pp. 1410-1411, nr. 80, en p. 1602, nr. 206, die zich hiervoor terecht baseren op Cass., 26 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1362, *Pas.*, 1980, I, 1338, *R.W.*, 1981-82, 312, met noot, *De Verz.*, 1982, 351, met noot R.B.

⁷⁵ Cass., 26 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 244, *Pas.*, 1991, I, 216, *R.C.J.B.*, 1992, 497, met noot DALCO, R.O.

⁷⁶ Zie de verwijzingen bij DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., «Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1979-1980)», *R.W.*, 1980-81, (2435), 2457-2458, nr. 49; zie ook bij COUSY, H., «Het verbod van samenloop tussen contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag», *T.P.R.*, 1984, (155), pp. 178-179, nr. 19.

2° Voorzienbare schade

18. In zijn arresten van 11 april 1986⁸² en 23 oktober 1987⁸³ heeft het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak⁸⁴ bevestigd dat, om een schuldenaar wegens contractuele wanprestatie te kunnen veroordelen tot vergoeding van de schade die was voorzien of die men heeft kunnen voorzien ten tijde van het aangaan van het contract, niet vereist is dat de omvang van de schade reeds voorzien was of kon worden voorzien. Het door art. 1150 B.W. gestelde vereiste van het voorzienbaar karakter van de schade heeft immers betrekking op het ontstaan en niet op de omvang van de schade. De doctrine was reeds geruime tijd in die zin gevestigd.⁸⁵ Op deze rechtspraak is evenwel kritiek uitgeoefend door L. Cornelis, die er de nadruk op legt dat art. 1150 B.W. moet worden geïnterpreteerd in samenhang met art. 1151 B.W., omdat de opstellers van het Burgerlijk Wetboek in 1804 de bedoeling hadden de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar «te goeder trouw» (d.w.z. de schuldenaar die zonder opzet zijn contractuele verbintenis niet nakomt) te beperken tot de schade die betrekking heeft op de zaak of de prestatie die het voorwerp uitmaakt van de verbintenis (door de auteur «intrinsicke schade» genoemd), en de schuldenaar «te kwader trouw» (d.w.z. de schuldenaar die zijn contractuele verbintenis opzettelijk niet aankomt) ook te doen instaan voor de schade die de schuldeiser lijdt in zijn andere goederen (door de auteur «extrinsicke schade» genoemd).⁸⁶ De vraag rijst of bijna 200 jaar later aan dit rechtshistorische argument nog een decisieve waarde kan worden gehecht.

Zoals bekend, laat art. 1150 B.W. het vereiste van de voorzienbare schade vallen en dient ook de niet-voorzienbare schade te worden vergoed als de schuldenaar door opzet zijn contractuele verbintenis niet is nagekomen. Het Hof van Cassatie preciseert in zijn arrest van 18 mei 1987⁸⁷ dat een grove fout niet gelijkstaat met opzet als bedoeld in art. 1150 B.W. Dit arrest lag in de lijn der verwachtingen nadat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 25 september 1959 inzake exoneratiebedingen deze gelijkstelling reeds van de hand had gewezen.⁸⁸

⁸² Cass., 11 april 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1091, *Pas.*, 1986, I, 986, *R.W.*, 1986-87, 1963, *J.T.*, 1987, 163, *R.C.J.B.*, 1990, 79, met noot CORNELIS, L.

⁸³ Cass., 23 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 228, *Pas.*, 1988, I, 212.

⁸⁴ Cass., 23 februari 1928, *Pas.*, 1928, I, 85; zie ook Cass., 5 januari 1962, *Pas.*, 1962, I, 531.

⁸⁵ Zie o.m. DE PAGE, H., *o.c.*, III, pp. 145-146, nr. 112; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 524-525, nr. 57; VANDEPUTTE, R., *o.c.*, 246.

⁸⁶ CORNELIS, L., «Le sort imprévisible du dommage prévisible» (noot onder Cass., 11 april 1986), *R.C.J.B.*, 1990, (81), pp. 84-96, nrs. 4-16.

⁸⁷ Cass., 18 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1250, *Pas.*, 1987, I, 1125, *R.W.*, 1988-89, 1124. Zie voordien reeds in dezelfde zin in de doctrine: VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 526, nr. 57; *contra*: DE PAGE, H., *o.c.*, III, p. 146, nr. 113, en p. 174, nr. 141.

⁸⁸ Cass., 25 september 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 86, *Pas.*, 1960, I, 113, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *R.C.J.B.*, 1960, 6, met noot DABIN, J.

3° Rechtstreekse en onmiddellijke schade: het causaal verband tussen de contractuele wanprestatie en de schade

19. In het hierboven reeds besproken arrest van 14 oktober 1985⁸⁹ en in zijn arrest van 9 mei 1986⁹⁰ bevestigt het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak⁹¹ dat, als krachtens art. 1151 B.W. de aan de schuldeiser wegens de wanprestatie van de schuldenaar verschuldigde schadevergoeding alleen moet omvatten hetgeen een «onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet-uitvoeren van de overeenkomst», hiermee wordt bedoeld dat enkel vergoeding is verschuldigd voor de schade die het noodzakelijk gevolg is van het niet-uitvoeren van de overeenkomst. De doctrine was tot nu toe in dezelfde zin gevestigd.⁹² Rechtspraak en rechtsleer passen hier m.a.w. de equivalentielee of de *conditio sine qua non*-theorie toe die inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt gebruikt om het oorzakelijk verband tussen de fout of het tot aansprakelijkheid aanleiding gevende feit en de schade te beoordelen.⁹³ Als het Hof van Cassatie in zijn arrest van 14 oktober 1985 overweegt dat ook de «indirecte schade» moet worden vergoed die door het niet-uitvoeren van een overeenkomst is veroorzaakt, dan heeft het daarmee enkel willen zeggen, dat vergoeding verschuldigd is voor alle schade voor het bestaan waarvan de contractuele wanprestatie een *conditio sine qua non* is, en in zoverre het bestaan van die schade redelijkerwijze voorzienbaar was ten tijde van het aangaan van het contract (zie art. 1150 B.W.).⁹⁴

20. In het in het vorige randnummer vermelde arrest van 9 mei 1986 besliste het Hof van Cassatie dat de rechter, als hij met toepassing van art. 1184 B.W. een wederkerige overeenkomst ontbonden verklaart, de schadevergoeding waarop iedere partij recht heeft wegens de wanprestatie van de andere partij, moet bepalen in evenredigheid met de ernst van hun respectieve tekortkomingen. Met «de ernst van hun respectieve tekortkomingen» bedoelt het Hof wellicht niet de zwaarte van ieders fout, maar wel de mate waarin ieders fout de schade heeft veroorzaakt. In hetzelfde arrest van 9 mei 1986 besliste het Hof voorts dat de omstandigheid dat

⁸⁹ Cass., 14 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 179, *Pas.*, 1986, I, 155, *J.T.*, 1986, 600, *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.217, *R.C.J.B.*, 1988, 341, met noot VAN QUICKENBORNE, M. Dit arrest werd hierboven ook reeds besproken in het onderdeel betreffende de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid (zie *supra*, nr. 13).

⁹⁰ Cass., 9 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1223, *Pas.*, 1986, I, 1100, *R.W.*, 1986-87, 2699, *J.T.*, 1987, 162, *T.B.H.*, 1987, 413.

⁹¹ Zie vooral Cass., 24 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1101, *Pas.*, 1977, I, 1087.

⁹² VAN RYN, J., *Responsabilité aquilienne et contrats*, Parijs, Sirey, 1933, pp. 66-72, nrs. 51-56; DE PAGE, H., *o.c.*, III, p. 143, nr. 110; VANDEPUTTE, R., *o.c.*, 245; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, p. 634, nr. 125; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, p. 220, nr. 107. Zie tevens in goedkeurende zin t.a.v. de hier vermelde cassatiearresten van 14 oktober 1985 en 9 mei 1986: VAN QUICKENBORNE, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 368-369, nr. 35; DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)», *R.W.*, 1992-93, (1209), pp. 1226-1227, nr. 42. Voor kritiek op deze rechtspraak, zie CORNELIS, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 93-94, nrs. 13-14.

⁹³ VAN OMMESLAGHE, P., *ibid.*; DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., *ibid.*; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 511, nr. 217.

⁹⁴ VAN QUICKENBORNE, M., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, p. 369, nr. 35.

beide partijen hun verbintenissen niet zijn nagekomen, hun contractuele aansprakelijkheid niet opheft, noch hun gehoudenheid, in evenredigheid met hun aandeel in die aansprakelijkheid, tot vergoeding aan de andere partij van de schade die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van hun tekortkomingen.⁹⁵ Deze rechtspraak verdient goedkeuring, daar ze volledig in overeenstemming is met de door het Hof van Cassatie gehuldigde equivalentieleer, zowel bij contractuele als bij buitencontractuele aansprakelijkheid, die leidt tot een verdeling van de aansprakelijkheid tussen de contractuele wanpresteerder *casu quo* de dader van een onrechtmatige daad en het «slachtoffer», in dezelfde evenredige mate als waarin ieders fout de schade heeft veroorzaakt.⁹⁶

4° Vergoedbaarheid van de kosten van aanstelling van een technische of juridische raadsman

21. Een ander belangrijk cassatiearrest dat recent werd gewezen inzake de omvang van de vergoedbare schade bij contractuele aansprakelijkheid, is dat van 28 april 1986,⁹⁷ waarin het Hof oordeelde dat de rechter ten gronde in feite en derhalve op onaantastbare wijze, binnen de perken van de conclusies van de partijen, het bestaan en de omvang van de schade beoordeelt, en met name of in een bepaald geval *de kosten van aanstelling van een deskundige en van een raadsman* bestanddelen van de schade zijn. De verzekeraar die tekort is geschoten in de naleving van zijn contractuele verplichting rechtsbijstand aan zijn verzekerde te verlenen, kan door de rechter dan ook wettig worden veroordeeld tot betaling aan de verzekerde van een schadevergoeding voor alle kosten van het geding, met inbegrip van die van de aanstelling van een deskundige en van een raadsman, die door de contractuele wanprestatie van de verzekeraar zijn veroorzaakt.⁹⁸

Wegens de algemene en principiële bewoordingen die het Hof van Cassatie in het begin van de motivering van dit arrest gebruikt, alvorens over te gaan tot het specifiek te beoordelen geval van een rechtsbijstandverzekering, mag redelijkerwijze worden aangenomen dat het Hof zijn uitspraak niet heeft willen beperken tot dit specifieke geval, maar een principe-oordeel heeft willen vellen op het gebied van de con-

tractuele aansprakelijkheid. In dit domein wijkt het Hof van Cassatie met dit arrest dan wel af van zijn rechtspraak van de vijftiger jaren, toen het inzake buitencontractuele aansprakelijkheid en inzake onteigeningen besliste dat het door de benadeelde betaalde honorarium voor de raadpleging van een advocaat, respectievelijk de kosten van een technisch raadsman, geen vergoedbare schade vormen.⁹⁹

5° Vergoedbaarheid van de door de benadeelde gemaakte kosten tot beperking van de schade

22. Een belangrijk en principieel arrest inzake de omvang van de vergoedbare schade bij contractuele aansprakelijkheid, is ook dat van 22 maart 1985,¹⁰⁰ waarin het Hof van Cassatie besliste dat *de kosten die door de benadeelde contractant worden gemaakt om de schade te beperken of te vermijden*, ten laste zijn van de in gebreke gebleven contractant, en dat deze laatste mag bewijzen dat deze kosten voor het geheel of voor een gedeelte op een onbedachtzame wijze werden gemaakt. Rechtspraak en rechtsleer waren reeds geruime tijd in die zin gevestigd.¹⁰¹ Op te merken valt dat het Hof van Cassatie zich in dit arrest als dusdanig niet uitspreekt over het al of niet bestaan van een op de benadeelde rustende schadebeperkingsverplichting, maar enkel oordeelt over een van de rechtsgevolgen die aan deze verplichting is verbonden indien en voor zover deze bestaat en moet worden nagekomen. Volledigheidshalve kan hierbij nog worden vermeld dat, wat de buitencontractuele aansprakelijkheid betreft, het Hof van Cassatie in zijn arrest van 14 mei 1992 het bestaan van een op de benadeelde rustende schadebeperkingsverplichting verwerpt en aan de benadeelde alleen de verplichting oplegt om redelijke maatregelen te nemen om de door hem geleden schade te beperken, indien dit strookt met de houding van een redelijk en voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden.¹⁰²

⁹⁵ Betreffende dit tweede gedeelte, zie in dezelfde zin: Cass., 19 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 701, *Pas.*, 1992, I, 655, *R. W.*, 1992-93, 752.

⁹⁶ Zie daarover uitvoeriger DEVOS, D., «La résolution d'un contrat aux torts réciproques des parties et l'indemnisation des préjudices respectifs», *T.B.H.*, 1987, 405-412.

⁹⁷ Cass., 28 april 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1155, *Pas.*, 1986, I, 1043, *R. W.*, 1986-87, 1907, met noot.

⁹⁸ Zie het bestreden arrest van Gent, 6 december 1984, *R. W.*, 1986-87, 1922. Voor een ander geval van contractuele aansprakelijkheid waarin het advocatenhonorarium als een vergoedbare schade werd beschouwd, zie Vred. Sint-Gillis-Brussel, 1 oktober 1985, *T.Vred.*, 1987, 51, met noot LAENENS, J.; voor een vergelijkbaar geval waarin in andere zin werd geoordeeld, zie Vred. Asse, 22 november 1982, *R. W.*, 1984-85, 2489. Voor een bespreking van deze rechtspraak, zie LAENENS, J., «Kan een partij veroordeeld worden tot betaling van het ereloon van de advocaat van de tegenpartij?» (noot onder Vred. Sint-Gillis-Brussel, 1 oktober 1985), *T.Vred.*, 1987, 53-56; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 648-650, nr. 344.

⁹⁹ Zie inzake buitencontractuele aansprakelijkheid: Cass., 11 april 1956, *Pas.*, 1956, I, 841, *R. W.*, 1956-57, 1355, *J.T.*, 1956, 375, *R.G.A.R.*, 1956, nr. 5772, met noot FONTEYNE, J.; Cass., 11 juni 1956, *Pas.*, 1956, I, 1098, *R. W.*, 1956-57, 1935, *R.G.A.R.*, 1957, nr. 5899; Cass., 18 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1121, *R. W.*, 1964-65, 1304, *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7418; zie inzake onteigening: Cass., 7 juni 1956, *Arr. Verbr.*, 1956, 839, *Pas.*, 1956, I, 1073, *J.T.*, 1956, 697, *R. W.*, 1956-57, 1833; Cass., 30 april 1959, *Arr. Verbr.*, 1959, 686, *Pas.*, 1959, I, 885. Voor een kritische bespreking van deze rechtspraak, zie DABIN, J. en LAGASSE, A., «Examen de jurisprudence (1955 à 1959). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (deuxième partie)», *R.C.J.B.*, 1959, (279), pp. 316-317, nr. 137; FAGNART, J.-L., *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile (1955-1969)*, Brussel, Larcier, 1970, pp. 117-119, nr. 70; LAENENS, J., *l.c.*

¹⁰⁰ Cass., 22 maart 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1011, *Pas.*, 1985, I, 929, *R. W.*, 1986-87, 851, *R.C.J.B.*, 1989, 7, met noot KRUIHOF, R.

¹⁰¹ Zie de verwijzingen bij VAN OEVELEN, A., en DIRIX, E., *o.c.*, *R. W.*, 1980-81, 2438, nr. 31; *adde*: HANOTIAU, B., «Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle», *R.G.A.R.*, 1987, nr. 11.289; KRUIHOF, R., «L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage» (noot onder Cass., 22 maart 1985), *R.C.J.B.*, 1989, (12), p. 46, nr. 31.

¹⁰² Cass., 14 mei 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 855, *R. W.*, 1993-94, 1395, met noot VAN OEVELEN, A. Voor een bespreking van dit arrest zie STORME, M.-E., «Moet mevrouw te voet boodschappen doen nu de auto van haar man werd aangereden? Of: de maat van de scha-

6° *Het onderscheid tussen numerieke geldschulden en waardeschulden*

23. Bij de begroting van de schade inzake contractuele aansprakelijkheid is het ten slotte van belang een onderscheid te maken tussen *numerieke geldschulden* en *waardeschulden*.¹⁰³ Met eerstgenoemde bedoelt men uit een overeenkomst of uit een wet voortvloeiende verbintenissen en schuldvorderingen waarvan het oorspronkelijke voorwerp bestaat in de betaling van een numerieke geldsom. Voor deze verbintenissen gelden de specifieke bepalingen van de artt. 1153 en 1154 B.W.¹⁰⁴ Tegenover de numerieke geldschulden staan de waardeschulden, waarvan het bedrag door de rechter moet worden bepaald. Tot de categorie van de waardeschulden behoort ook de verbintenis tot betaling van een schadevergoeding wegens contractuele wanprestatie (voortvloeiende uit een andere verbintenis dan die betreffende de betaling van een numerieke geldsom), althans zolang de rechter het bedrag van die schadevergoeding niet heeft vastgesteld.

Zoals inzake buitencontractuele aansprakelijkheid en inzake schadeloosstelling bij onteigening,¹⁰⁵ wordt ook inzake contractuele aansprakelijkheid aangenomen dat de rechter, om de schuldeiser integraal te vergoeden voor de schade die deze heeft geleden door de contractuele wanprestatie van de schuldenaar, zich bij de begroting van die schade moet plaatsen op het ogenblik van zijn einduitspraak.¹⁰⁶ Een volledig schadeherstel impliceert tevens dat de rechter, bij het bepalen van het bedrag van de schadeloosstelling, rekening houdt met de werkelijke koopkracht van de munt op de datum van zijn beslissing en door een aanpassing van het bedrag van de schade, bv. via een indexering, de muntontwaarding in aanmerking neemt die zich heeft voorgedaan tussen het tijdstip waarop het recht op vergoeding ontstond en het tijdstip van de uitspraak.¹⁰⁷

24. Als de schuld in een vreemde munt was uitgedrukt, diende de rechter tot voor kort, krachtens art. 3 van de wet

van 30 december 1885,¹⁰⁸ de schuldenaar te veroordelen tot betaling van de tegenwaarde in Belgische frank van de in die vreemde munt uitgedrukte schuld. In de rechtspraak werd dat bedrag in principe bepaald tegen de hoogste koers op de dag van de effectieve betaling, omdat de schuldeiser zich pas op dat ogenblik effectief de vreemde munt kon aanschaffen.¹⁰⁹ Een scheidsrechterlijke uitspraak wijkt op betwistbare wijze af van deze rechtspraak door te oordelen dat, aangezien de schadevergoeding bij contractuele aansprakelijkheid ertoe strekt de benadeelde medecontractant opnieuw in de toestand te plaatsen waarin hij zich bevonden zou hebben als de medecontractant zijn verbintenissen correct had uitgevoerd, de door een Belgische koper geleden schade, uitgedrukt in een vreemde munt, moet worden omgezet tegen de wisselkoers van de dag waarop de koper de schade heeft geleden waarvan hij het herstel vordert.¹¹⁰

Door de wet van 12 juli 1991¹¹¹ werd art. 3 van de wet van 30 december 1885 in die zin gewijzigd dat de rechter thans een veroordeling tot betaling van een geldsom kan uitspreken in Belgische frank, en ecu of in een munteenheid van een lidstaat van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

C. De contractuele begroting van de schade bij contractuele aansprakelijkheid: de schadebedingen

1° *Het vereiste van een contractuele wanprestatie van de schuldenaar*

25. Niet iedere forfaitair bedongen schadevergoeding in een contract kan als een schadebeding worden gekwalificeerd. Zowel in een arrest van het Hof van Cassatie van 8 december 1988¹¹² als in een arrest van het Hof van Beroep te

debeperkingsplicht van de benadeelde», *Recente Cassatie*, 1992, 160-161; VAN OEVELEN, A., «De zgn. schadebeperkingsverplichting van de benadeelde in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht», *R.W.*, 1993-94, 1395-1397.

¹⁰³ Zie daarover uitvoeriger de verhelderende uiteenzetting van KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 651-655, nrs. 347-348.

¹⁰⁴ Zie daarover *infra*, nrs. 36-41, en de verwijzingen aldaar.

¹⁰⁵ Zie daarover uitvoeriger SCHUERMANS, L., SCHRYVERS, J., SIMOENS, D., VAN OEVELEN, A. en SCHAMP, H., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1977-1982)», *T.P.R.*, 1984, (511), pp. 561-562, nr. 20, A. en de talrijke verwijzingen aldaar.

¹⁰⁶ Cass., 27 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1222, *Pas.*, 1974, I, 1128, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9412; Brussel, 31 maart 1987, *Ann.Dr.Liège*, 1988, 74; Brussel, 16 maart 1988, *R.W.*, 1989-90, 681; KRUIHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, p. 674, nr. 168; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, p. 221, nr. 108; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 653, nr. 348.

¹⁰⁷ Cass., 13 januari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 536, met conclusie van de procureur-generaal KRINGS, E., *Pas.*, 1984, I, 506, *R.W.*, 1983-84, 2329; Brussel, 4 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1029; Brussel, 16 maart 1988, *R.W.*, 1989-90, 681; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, pp. 652-653, nrs. 347-348.

¹⁰⁸ Wet van 30 december 1885 «houdende goedkeuring van de akte van 12 december 1885 waarbij België toetreedt tot de overeenkomst rakende het muntwezen, gesloten te Parijs op 6 november 1885 tussen Frankrijk, Griekenland, Italië en Zwitserland, alsmede tot de eraan gehechte schikking en verklaring», *B.S.*, 31 december 1885.

¹⁰⁹ Zie o.m. Antwerpen, 7 november 1983, *Rechtspr. Antw.*, 1983-84, 270; Brussel, 31 maart 1987, *Ann.Dr.Liège*, 1988, 74, met noot FALLON, M.; Kh. Brussel, 26 april 1988, *T.B.H.*, 1990, 807. Zie daarover uitvoeriger: NIYONZIMA, M., *La clause de monnaie étrangère dans les contrats internationaux*, Brussel, Bruylant, en Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1991, pp. 217-219, nrs. 244-246, en pp. 221-224, nr. 249; SCHRANS, G., «Mag de Belgische rechter veroordelen tot betaling in vreemde munt?», in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, (307), pp. 313-314, nrs. 10-12.

¹¹⁰ Scheidsr. Uitspr., 24 mei 1988, *Rechtspr. Antw.*, 1988, 197, i.h.b. p. 212, nr. 43.

¹¹¹ *B.S.*, 9 augustus 1991. Zie ook het K.B. van 14 september 1992 «tot vaststelling van de nadere regels voor de omrekening in Belgische frank van bedragen die in de openbare en administratieve akten zijn uitgedrukt in een of in bepaalde munteenheden», *B.S.*, 25 september 1992. Zie over deze wetswijziging: LOUIS, J.-V., «Le franc belge n'est plus requis dans les actes publics et administratifs», *J.T.*, 1991, 669-670; NIYONZIMA, M., «Vreemde munteenheden in openbare en administratieve akten», *R.W.*, 1991-92, 723-725.

¹¹² Cass., 8 december 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 427, *Pas.*, 1989, I, 389.

Brussel van 22 mei 1986¹¹³ wordt geoordeeld dat het bij overeenkomst vooraf forfaitair bepaalde bedrag dat de ene partij aan de andere moet betalen als ze de overeenkomst voortijdig wil beëindigen, geen schadebeding is, maar wel de tegenprestatie om dit recht te kunnen uitoefenen. Beide uitspraken herinneren eraan dat een schadebeding slechts kan worden toegepast als er een *contractuele wanprestatie van de schuldenaar* is.¹¹⁴ In beide gevallen ging het om clausules in een overeenkomst van verhuring van telefooninstallaties, krachtens welke de huurder de overeenkomst voortijdig kon beëindigen mits hij de helft van de huurprijs tot aan de contractueel bepaalde einddatum betaalde. Soortgelijke clausules treft men soms aan in de contracten voor het onderhoud van fotokopiemachines of computers.

Omdat het onderscheid tussen schadebedingen en zgn. «opzegbedingen» theoretisch misschien wel duidelijk is, maar in de praktijk niet altijd zo gemakkelijk kan worden gemaakt, hebben sommige auteurs ervoor gepleit om de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake schadebedingen eveneens toe te passen op deze opzegbedingen, daar we in beide gevallen te maken hebben met contractueel vastgestelde schadevergoedingen.¹¹⁵ Voorzichtigheid lijkt me daarbij toch wel geboden. Het komt met voor dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie ter beteugeling van exorbitante strafbedingen slechts kan worden toegepast op deze «opzegbedingen», indien een contractspartij het verbod van exorbitante strafbedingen tracht te omzeilen of indien die partij speculeert op de voortijdige beëindiging van de overeenkomst door een opzeggingsvergoeding te bedingen die haar een groter voordeel oplevert dan de normale uitvoering van het contract.¹¹⁶ Indien zo'n beding geldig wordt bevonden, blijft het uiteraard nog mogelijk de toepassing ervan te toetsen aan het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten (art. 1134, derde lid, B.W.), dat het verbod inhoudt misbruik te maken van contractuele rechten.¹¹⁷

26. Met toepassing van het principe dat een schadebeding een contractuele wanprestatie veronderstelt, werd tevens beslist dat de koper niet kan worden veroordeeld tot betaling van het conventionele verhogingsbeding opgenomen in de algemene verkoopvoorwaarden, als hoofdzakelijk de verkoper aansprakelijk is voor de niet-nakoming door de koper van zijn verbintenissen.¹¹⁸ Juist omdat een schadebeding een contractuele tekortkoming van de schuldenaar impliceert, kan het ook worden tegengeworpen aan de curator van het faillissement van de schuldenaar.¹¹⁹

2° Rechterlijke toetsing van de geldigheid van schadebedingen

27. Wat de *geldigheid van het schadebeding* betreft, heeft het Hof van Cassatie in enkele arresten¹²⁰ de sinds zijn arrest van 17 april 1970¹²¹ gevestigde rechtspraak in herinnering gebracht dat de als schadebeding bedongen geldsom slechts een forfaitaire vergoeding mag zijn van de schade die de schuldeiser kan lijden ten gevolge van het niet-nakomen van de verbintenis door de schuldenaar. Het toetsingscriterium is dat van de *potentiële schade*, d.w.z. de schade die het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van de desbetreffende aan de schuldenaar toe te rekenen contractuele wanprestatie.

Deze rechtspraak vindt nagenoeg unaniem navolging bij de feitenrechtters.¹²² Wegens een gemis aan schadevergoedend karakter werden de jongste jaren o.m. als ongeoorloofd beschouwd:

- een verhogingsbeding van 10% met een minimum van 3000 frank, en vermeerderd met een moratoire interest van 12% per jaar, op een factuurbedrag van 15.360 frank;¹²³

- een conventioneel bedongen interest en een verhogingsbeding, ten bedrage van samen 35% van de hoofdsom van 127.151 frank;¹²⁴

- een conventioneel bedongen interest van 25% en een verhogingsbeding van 25% op een hoofdbedrag van 54.603 frank;¹²⁵

- de clause in een huurovereenkomst krachtens welke de verhuurder gerechtigd is in geval van ontbinding van de huurovereenkomst ten nadele van de huurder betaling van de verdere huurgelden te vorderen tot wanneer hij de huurder daarvan zou ontslaan;¹²⁶

- een schadebeding van 50% bij niet-naleving van de verbintenissen voortvloeiende uit een koopovereenkomst betreffende een zonnemantel en een zonnepaneel;¹²⁷

- een verhogingsbeding van 10% op het kapitaal van een lening, als de financieringsmaatschappij terzelfder tijd de vervroegde betaling van de nog te lopen mensualiteiten verkrijgt, vermeerderd met de gerechtelijke interesten op de hoofdsom.¹²⁸

¹²⁰ Cass., 2 december 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 398, *Pas.*, 1984, I, 371, *R.W.*, 1984-85, 1246; Cass., 21 november 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 404, *Pas.*, 1986, I, 347, *R.W.*, 1986-87, 2872, *J.T.*, 1986, 394.

¹²¹ Cass., 17 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 754, met conclusie van de toenmalige advocaat-generaal KRINGS, E., *Pas.*, 1970, I, 711, *B.R.H.*, 1970, 701, met noot DEBACKER, R., *J.T.*, 1970, 545, *R.C.J.B.*, 1972, 454, met noot MOREAU-MARGRÈVE, I.

¹²² Zie de rechtspraak geciteerd door KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 663, nr. 352, en p. 666, nr. 354; zie voorts de hierna vermelde voorbeelden.

¹²³ Vred. Hamoir, 30 april 1987, *TVred.*, 1988, 175, dat evenwel ten onrechte het overdreven schadebeding vermindert tot de werkelijk geleden schade.

¹²⁴ Kh. Brussel, 21 september 1984, *T.Aann.*, 1985, 173.

¹²⁵ Rb. Aarlen, 28 maart 1986, *Jur. Liège*, 1986, 327.

¹²⁶ Vred. Gent, 17 januari 1986, *T.G.R.*, 1986, 31.

¹²⁷ Vred. Westerlo, 16 oktober 1987, *Turnh. Rechtsl.*, 1988, 69.

¹²⁸ Luik, 9 mei 1989, *Ann. Dr. Liège*, 1990, 49, met noot BLOUET-MATHIEU, C., *J.T.*, 1990, 24; Rb. Marche-en-Famenne, 24 april 1986, *T.B.B.R.*, 1987, 181; Rb. Turnhout, 1 december 1987, *Turnh. Rechtsl.*, 1988, 68.

¹¹³ Brussel, 22 mei 1986, *T.B.H.*, 1988, 192, met noot C.S.; zie ook Kh. Brussel, 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 733, met noot.

¹¹⁴ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, p. 158, nr. 123, a; KRUIHOF, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, p. 678, nr. 172.

¹¹⁵ C.S., noot onder Brussel, 22 mei 1986, *T.B.H.*, 1988, 194-197; WYMEERSCH, E., «Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten», in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, (921), pp. 924-926, nrs. 6-7.

¹¹⁶ KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 684, nr. 359, d.

¹¹⁷ Brussel, 2 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 267.

¹¹⁸ Brussel, 10 maart 1988, *J.T.*, 1988, 624.

¹¹⁹ Cass., 10 april 1986, *R.W.*, 1986-87, 818, *J.L.M.B.*, 1987, 137.

Als geoorloofde schadebedingen werden daarentegen in de jongste jaren o.m. beschouwd:

– een verhogingsbeding van 30% van het nog verschuldigde saldo van de verkoopprijs bij een eenzijdige verbreking van de koopovereenkomst;¹²⁹

– het schadebeding in een lastgevingsovereenkomst met een vastgoedmaatschappij voor de verkoop van een onroerend goed, dat bij ontbinding van de overeenkomst door de schuld van de lastgever, aan de lasthebber een schadevergoeding verschuldigd zal zijn ten belope van 3% van de verkoopprijs van dat goed;¹³⁰

– een schadevergoeding ten bedrage van 25.000 frank in een overeenkomst tot verpachting van standplaatsen voor de kermis, wegens niet-naleving van de door een gemeente opgelegde maximumprijzen voor kermisattracties.¹³¹

Bovenstaande uitspraken hebben uiteraard slechts een indicatieve waarde. Ten behoeve van de rechtspractici is het wellicht overbodig daarbij op te merken dat de meeste rechtbanken hun eigen «rechtspraak» hebben ontwikkeld ter zake van de geoorlooftheid van schadebedingen die in een vast percentage van het bedrag van de schuldvordering zijn uitgedrukt. Dit is ongetwijfeld nuttig en bevordert de rechtszekerheid, maar is niet helemaal in overeenstemming met de concrete toetsing van het schadevergoedend karakter die het Hof van Cassatie op het oog heeft.

28. In zoverre het gaat om *koop- en dienstverleningscontracten van handelaars met consumenten* wordt de rechtspraak van het Hof van Cassatie bekrachtigd door art. 32, 21°, Nieuwe Handelspraktijkenwet, waarin wordt bepaald dat onrechtmatig en derhalve nietig (zie art. 33, § 2, Nieuwe Handelspraktijkenwet) zijn «de bedingen en voorwaarden en de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de koper, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de verkoper kan worden geleden».¹³²

Zoals bekend, bestaat er in de doctrine betwisting over of de in art. 33, § 2, Nieuwe Handelspraktijkenwet bedoelde nietigheid een absolute dan wel een relatieve nietigheid is. Voorstanders van de absolute nietigheid beroepen zich op de parlementaire voorbereiding van deze wet en op de onmogelijkheid voor de consument afstand te doen van de rechten die deze wet hem m.b.t. de onrechtmatige bedingen toekent (zie art. 33, § 3, Nieuwe Handelspraktijkenwet).¹³³ Aanhan-

gers van de relatieve nietigheid beklemtonen dat de aangelegenheden die in de bepalingen betreffende de onrechtmatige bedingen worden geregeld, niet de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raken en evenmin de juridische grondslagen vestigen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rusten, maar enkel private belangen beogen te beschermen.¹³⁴ Aan deze laatste opvatting dient de voorkeur te worden gegeven, niet alleen omdat het argument van de parlementaire voorbereiding niet zwaar doorweegt bij onduidelijke, dubbelzinnige en zelfs tegenstrijdige teksten,¹³⁵ maar vooral omdat voor het bepalen van de aard van de nietigheid moet worden nagegaan welke belangen de wetgever beoogt te beschermen¹³⁶ – wat *in casu* duidelijk de private belangen van de economisch zwakker geachte consument zijn – eerder dan af te gaan op één enkel gevolg dat de wetgever aan de nietigheidssanctie verbindt, daar de wetgever soms uitzonderingen maakt op de algemene nietigheidsregeling.

29. Een problematische bepaling is art. 32, 15°, Nieuwe Handelspraktijkenwet, luidens welke in koop- en dienstverleningscontracten van handelaars met consumenten onrechtmatig en derhalve nietig (zie art. 33, § 2, Nieuwe Handelspraktijkenwet) zijn «de bedingen en voorwaarden en de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken het bedrag vast te leggen van de vergoeding verschuldigd door de consument die zijn verplichtingen niet nakomt, zonder in een gelijkwaardige vergoeding te voorzien ten laste van de verkoper die in gebreke blijft». De toepassing van deze bepaling stuit op de moeilijkheid dat het voor een contractant, *in casu* een verkoper of dienstverlener, nagenoeg onmogelijk is de potentiële schade van zijn wederpartij te schatten. Om aan deze bepaling toch nog een zinvolle uitwerking te verlenen, werd daarom terecht voorgesteld dat aan het vereiste van het voorzien van een «gelijkwaardige

(259), pp. 322-323; BALLON, G.L., «Enkele belangrijke nieuwigheden in de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de verbruiker», *D.A.O.R.*, 1992, (59), p. 87, nr. 89; DE CALUWÉ, A., «Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d'opérations bancaires, contrats de prêt hypothécaire et d'assurance», in *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés*, Brussel, Story-Scientia, 1993, (445), 465-466; CORNELIS, L., «Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen», in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, (312), pp. 319-320, nr. 5.

¹³⁴ DIRIX, E., *o.c.*, *R.W.*, 1991-92, p. 565, nr. 8; DE VROEDE, P., «De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument», *R.W.*, 1991-92, (793), p. 797, nr. 28; SCHAMP, J. en VAN DEN ABEELE, M., «La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d'application et problèmes de droit transitoire», *J.T.*, 1992, (585), 589-590; FLAMÉE, M., «Onrechtmatige bedingen», *T.B.H.*, 1993, (630), pp. 647-648, nrs. 37 en 40.

¹³⁵ Zie dienaangaande de analyse van en de verwijzingen bij SCHAMP, J. en VAN DEN ABEELE, M., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 587-589.

¹³⁶ RENARD, C. en VIEUJEAN, E., «Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1962, (243), 268-269; VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, I, Antwerpen-Utrecht, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, p. 432, nr. 135, met verwijzing naar Cass., 9 december 1948, *Arr.Verbr.*, 1948, 615, *Pas.*, 1948, I, 699: «Overwegende dat de aard van de nietigheid ener akte afhangt van het belang van de regel waarop nietigheid is gesteld».

¹²⁹ Rb. Tongeren, 10 februari 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 82.

¹³⁰ Antwerpen, 3 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 237, met noot PHILIPPE, D.-M.

¹³¹ Rb. Turnhout, 19 september 1986, *Turnh.Rechtsl.*, 1988, 67.

¹³² Zie in die zin: verslag DE COOMAN, *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1200/2, pp. 39-41; DIRIX, E., «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *R.W.*, 1991-92, (562), p. 570, nr. 25; DEMUYNCK, I., «Conventionele (schade)vergoedingsregelingen en de wet op het consumentenkrediet», *T.Vred.*, 1994, (3), p. 25, nr. 61; KRUIJTHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *o.c.*, *T.P.R.*, 1994, p. 665, nr. 352.

¹³³ WOLFCARIUS, P., «La protection du consommateur en matière contractuelle: la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur», in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1991,

vergoeding» ten laste van de in gebreke blijvende verkoper voldaan is als de consument in dat geval ongehinderd aanspraak kan maken op de gemeenrechtelijke schadevergoeding, bv. bij een te late of niet-conforme levering.¹³⁷ Om de in het vorige randnummer uiteengezette redenen dient de nietigheidssanctie die op deze bepaling toepasselijk is, als een relatieve nietigheid te worden beschouwd.

Dit art. 32, 15°, Nieuwe Handelspraktijkenwet kon onder gelding van de Verzekeringwet van 1874 voor moeilijkheden zorgen in de vaak voorkomende clausules in verzekeringscontracten dat de verzekeringnemer tijdens de periode dat de verzekeraar de dekking van het risico schorste, als schadevergoeding toch nog de premie diende te betalen. Een deel van de rechtspraak heeft op deze clausules de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de geldigheid van schadebedingen toegepast en m.a.w. het schadevergoedend karakter van deze bedingen onderzocht.¹³⁸ Aan deze controverse is thans een einde gemaakt door art. 17 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, dat uitdrukkelijk bepaalt dat de schorsing van de dekking geen afbreuk doet aan het recht van de verzekeraar de later nog te vervallen premies te eisen, op voorwaarde dat de verzekeringnemer bij deurwaardersexploot of bij een ter post aange tekende brief in gebreke is gesteld en de ingebrekestelling herinnert aan de schorsing van de waarborg. Ten einde misbruiken te vermijden, wordt het recht van de verzekeraar op betaling van de premies beperkt tot twee opeenvolgende jaren.¹³⁹ In zoverre er hier sprake kan zijn van een samenloop tussen art. 32, 15°, Nieuwe Handelspraktijkenwet en art. 17 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, dient aan deze laatste wetsbepaling als *lex specialis* de voorrang te worden gegeven: *Lex specialis derogat legi generali*.¹⁴⁰

¹³⁷ DIRIX, E., o.c., *R.W.*, 1991-92, p. 570, nr. 26, vgl. WOLCARIUS, P., o.c., *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, p. 331, volgens wie de vergoeding proportioneel moet zijn met de door de consument geleden schade.

¹³⁸ Zie de rechtspraak geciteerd en besproken door VAN RUYMBEKE, M., «Du non-paiement de la prime d'assurances par l'assuré», *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10.204; FAGNART, J.-L., noot onder Vred. Fléron, 25 november 1980, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.395; MAHAUX, J., «Pour une nouvelle rédaction de la clause des polices d'assurance stipulant que la prime reste due nonobstant la suspension de la garantie», *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.307; FONTAINE, M., «La suspension de la garantie de l'assurance pour défaut de paiement de primes» (noot onder Cass., 23 oktober 1980), *R.C.J.B.*, 1982, (302), pp. 310-313, nrs. 20-26; VAN SWEEVELT, T., «Schadebedingen in enkele bijzondere wetten», *Jura Falconis*, 1984-85, (368), pp. 378-386, nrs. 12-20; KRUITHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, pp. 680-682, nr. 359, a.

¹³⁹ SCHUERMANS, L., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 (eerste deel)», *R.W.*, 1992-93, (689), p. 705, nr. 51; FAGNART, J.-L., «Dispositions communes: formation et exécution du contrat», in *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurances terrestre*, FONTAINE, M. en BINON, J.-M., (red.), Louvain-la-Neuve, Academia, en Brussel, Bruylant, 1993, (51), p. 78, nr. 48; DIRIX, E., «Bezwarende bedingen en verzekeringscontracten», in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, (690), p. 697, nr. 12.

¹⁴⁰ STRAETMANS, G., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst en de bescherming van de consument», *D.C.C.R.*, 1992-

30. Inzake *consumentenkredietovereenkomsten* die onder het toepassingsgebied van de Wet Consumentenkrediet vallen, dient voor de beoordeling van de geldigheid van schadebedingen betreffende moratoire interesten rekening te worden gehouden met art. 28 van deze wet, waarin wordt bepaald dat de overeengekomen nalatigheidsinterest niet hoger mag liggen dan het gemiddelde tussen de wettelijke rentevoet en het overeengekomen jaarlijkse kostenpercentage. Indien de bedongen nalatigheidsinterest hoger ligt dan de in art. 28 van deze wet bedoelde rentevoet, wordt die interest van rechtswege verminderd tot die rentevoet (art. 90, eerste lid, Wet Consumentenkrediet). Ofschoon de sanctie hier op het eerste gezicht de rechterlijke matiging en niet de nietigverklaring van het overdreven schadebeding is,¹⁴¹ kan vanuit rechtstheoretisch oogpunt ook de opvatting worden verdedigd dat we hier staan voor een toepassing van de theorie van de partiële nietigheid, die inhoudt dat de nietigheidssanctie enkel dat gedeelte van het contractueel beding treft dat in strijd is met de imperatieve rechtsnorm, in dit geval enkel het gedeelte van de nalatigheidsinterest dat het wettelijk voorgeschreven maximum te boven gaat.¹⁴² Om de hierboven reeds vermelde reden, namelijk het macro-economische belang naast de bescherming van het individuele consumentenbelang dat door de wetgever wordt nagestreefd,¹⁴³ dient de bepaling van art. 28 Wet Consumentenkrediet, in samenhang met de sanctie omschreven in art. 90, eerste lid, van dezelfde wet, als van openbare orde te worden beschouwd.

31. Bij de beteugeling van exorbitante schadebedingen in consumentenkredietovereenkomsten die aan de Wet Consumentenkrediet zijn onderworpen, beschikt de rechter nog over een bijkomende, ruimere appreciatiebevoegdheid dan in het gemene recht, namelijk krachtens art. 90, tweede lid, van die wet, waarin wordt bepaald dat «indien de rechter oordeelt dat de overeengekomen of toegepaste straffen of schadevergoedingen, onder meer in de vorm van straffbedingen, bij niet-uitvoering van de overeenkomst, overdreven of onverantwoord zijn, hij deze ambtshalve kan verminderen of de consument er geheel van kan ontslaan». Aangenomen wordt dat deze bepaling in juridisch niet erg nauwkeurige bewoordingen de in grotendeels dezelfde termen geformuleerde artt. 10, § 2, 19, § 2, en 19octies, § 2, van de vroegere Afbetalingswet van 9 juli 1957 weergeeft en op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast.¹⁴⁴ Onder gelding van laatstgenoemde bepalingen kon de rechter een schadebeding, ook indien het een vergoedend karakter had, vermin-

93, nr. 17, (6), 14; DIRIX, E., o.c., *Liber Amicorum Paul De Vroede*, p. 694, nr. 8.

¹⁴¹ Vgl. CORNELIS, L., o.c., *Liber Amicorum Paul De Vroede*, p. 322, nr. 7, die van oordeel is dat we hier te maken hebben met een specifieke sanctie die niet tot het gemene recht behoort.

¹⁴² Betreffende de theorie van de partiële nietigheid, zie vooral VAN GERVEN, W., o.c., pp. 424-427, nr. 133.

¹⁴³ Zie *supra*, nr. 5, en de verwijzingen aldaar in voetnoot 23; adde: DEMUYNCK, I., o.c., T. Vred., 1994, p. 13, nr. 24; *contra*: LETTANY, P., *Het consumentenkrediet. De Wet van 12 juni 1991*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, p. 42, nr. 50, en pp. 190-191, nrs. 211-212, die deze bepaling beschouwt als van dwingend recht ter bescherming van private belangen.

¹⁴⁴ DAMBRE, M., o.c., p. 57, nr. 120; DEMUYNCK, I., o.c., T. Vred., 1994, p. 29, nr. 68; KRUITHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 675, nr. 358, b.

deren op grond van externe omstandigheden die de koper of de lener in een moeilijke positie hadden gebracht, zoals het faillissement van de verkoper of de aan eigen schuld te wijten benarde financiële toestand, en die tot gevolg hadden dat de toepassing van het schadebeding in die concrete situatie onverantwoord zou zijn.¹⁴⁵ Aangezien voornoemde bepalingen het private belang van de individuele consument beoogden te beschermen, diende ze eerder als van dwingend recht dan als van openbare orde te worden beschouwd. Daar art. 90, tweede lid, Wet Consumentenkrediet in nagenoeg dezelfde bewoordingen is geformuleerd, dient hieraan hetzelfde rechtskarakter te worden toegekend.¹⁴⁶

3° *Samenvoeging van forfaitair verhogingsbeding wegens wanbetaling met contractuele moratoire interest*

32. Een in de rechtspraak vaak voorkomend probleem betreft de vraag of bij te late betaling van een geldsom het forfaitair verhogingsbeding samen met de contractuele moratoire interest als schadevergoeding kan worden toegekend. Met toepassing van de door E. Wymeersch voorgestelde «*non bis in idem*-regel»¹⁴⁷ wordt die vraag meestal bevestigend beantwoord, omdat het forfaitair verhogingsbeding en de contractuele moratoire interest beogen verschillende schadeposten te vergoeden: het forfaitair verhogingsbeding strekt ertoe de schuldeiser te vergoeden voor het nadeel dat hij lijdt door de bijkomende kosten en inspanningen die hij zich moet getroosten om betaling te verkrijgen, zoals de verminderde produktiviteit van het personeel, de stijging van de algemene bedrijfskosten en de daardoor ontstane vermindering van de investeringsmogelijkheden enz., terwijl de moratoire interesten tot doel hebben de schuldeiser te vergoeden voor de schade die hij lijdt door de vertraging in de betaling, in het bijzonder het renteverlies op de uitstaande schuldvordering.¹⁴⁸ De samenvoeging van het forfaitair verhogingsbeding met de contractuele moratoire interest wordt echter

als ongeoorloofd beschouwd indien eruit blijkt dat de schuldeiser in werkelijkheid beoogt een private straf op te leggen aan de schuldenaar.¹⁴⁹

4° *Rechterlijke toetsing van een geldig schadebeding aan het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten*

33. In zijn arrest van 18 februari 1988 besliste het Hof van Cassatie dat de principiële onveranderlijkheid van de als schadebeding bedongen som uitzondering lijdt «ingeval (...) is vastgesteld dat de schuldeiser misbruik heeft gemaakt van zijn recht, en dat zodanig misbruik wordt gesanctioneerd door het recht tot zijn normaal gebruik te verminderen».¹⁵⁰ Twee recente uitspraken van feitenrechtters gaan in dezelfde richting door de als schadebeding bedongen som te verminderen op grond van het beginsel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd (art. 1134, derde lid, B.W.), dat het verbod inhoudt om misbruik te maken van contractuele rechten.¹⁵¹

In de zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 18 februari 1988, had een huurder met ingang van april 1980 zijn handelshuurovereenkomst met een brouwerij overgedragen aan een nieuwe huurder. De brouwerij stemde in met deze huuroverdracht, op voorwaarde dat de overdrager verder hoofdelijk met de nieuwe huurder gehouden bleef tot nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit de overgedragen huurovereenkomst. De nieuwe huurder betaalde slechts de eerste drie maanden huurprijs, maar de brouwerij wachtte tot in juni 1981 om de huurder te laten dagvaarden tot ontbinding van de huurovereenkomst, ofschoon de laatste betaling van de huurprijs dateerde van augustus 1980. Daardoor werd ook de forfaitair bedongen schadevergoeding van zes maanden huurprijs eisbaar, die verschuldigd was in geval van ontbinding van de huurovereenkomst ten laste van de huurder. Het bestreden vonnis verminderde echter dit schadebeding van zes maanden tot drie maanden huurprijs, op grond van de overweging dat de brouwerij, door zo lang te wachten alvorens de ontbinding van de huurovereenkomst te vorderen, door haar eigen fout de al niet zo schitterende financiële toestand van de huurder nog had laten verslechteren en aldus was tekortgeschoten in de verplichting de huurovereenkomst te goeder trouw uit te voeren. Voor het Hof van Cassatie voerde de brouwerij aan dat het bestreden vonnis, door de als schadebeding bedongen som van zes tot drie maanden huurprijs te verminderen, de artt. 1134 en 1152 B.W. had geschonden, en verder dat de verhuurder het recht heeft de ontbinding van de huurovereenkomst in rechte pas te vorderen als hij dit opportuun vindt, behoudens wanneer hij daardoor rechtsmisbruik zou plegen, maar dat het bestreden vonnis in dit geval niet wettelijk het

¹⁴⁵ VAN DEN BERGH, J. en DE CALUWÉ, A., *Afbetalingsovereenkomsten, financieringshuur, brouwerijovereenkomsten*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1975, p. 429, nr. 1082; WYMEERSCH, E., «De betwistingen rond het strafbeding: een stand van zaken», *B.R.H.*, 1982, (428), p. 449, nr. 56; VANSWEEVELT, T., o.c., *Jura Falconis*, 1984-85, pp. 387-389, nrs. 21-23; DAMBRE M., l.c.; DEMUYNCK, I., o.c., *T. Vred.*, 1994, p. 30, nr. 72; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, pp. 675-676, nr. 358, b; *contra*: LETTANY, P., o.c., p. 413, nr. 497bis, volgens wie aan de rechter enkel een matigingsbevoegdheid toekomt in het geval hij op grond van art. 38, § 1, betalingsfaciliteiten toestaat. Voor recente toepassingen, zie o.m.: Luik, 19 december 1989, *Act.dr.*, 1993, 167; Luik, 21 maart 1991, *Act.dr.*, 1993, 171; Luik, 22 juni 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 89, met noot BQUET-MATHIEU, C.; Luik, 27 oktober 1992, *Act. Dr.*, 1993, 175; Rb. Hasselt, 25 juni 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 575; Rb. Brussel, 19 april 1991, *T.B.H.*, 1993, 932, met noot BALATE, E., Rb. Verviers, 17 februari 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 587, met noot BALATE, E.

¹⁴⁶ VAN DER WIELEN, P. en WALLEMACO, A., o.c., *La nouvelle loi sur le crédit à la consommation. De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, pp. 27-28, nr. 5, en p. 35.

¹⁴⁷ WYMEERSCH, E., o.c., *B.R.H.*, 1982, pp. 436-441, nrs. 35-39.

¹⁴⁸ Antwerpen, 12 januari 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, 65; Rb. Mechelen, 23 november 1982, *R.W.*, 1985-86, 752; Rb. Brussel, 18 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 103; *Vred. Brussel*, 12 december 1985, *T.Vred.*, 1987, 81; *Vred. Gent*, 3 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 128; *contra*: Antwerpen, 5 maart 1986, *Limb.Rechtsl.*, 1986, 114, met noot.

¹⁴⁹ Kh. Brussel, 21 september 1984, *T.Aann.*, 1985, 173; Rb. Aarlen, 28 maart 1986, *Jur.Liège*, 1986, 327; *Vred. Merksem*, 17 juni 1982, *R.W.*, 1984-85, 1518.

¹⁵⁰ Cass., 18 februari 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 790, *Pas.*, 1988, I, 728, *T.B.H.*, 1988, 696, *R.W.*, 1988-89, 1226. Zie over dit arrest: DIRIX, E., «Over de beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988, 660-667; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, pp. 668-669, nr. 356.

¹⁵¹ Bergen, 21 maart 1990, *T.B.H.*, 1990, 234; *Vred. Sint-Niklaas*, 12 november 1990, *R.W.*, 1991-92, 856.

bestaan van rechtsmisbruik had vastgesteld. Het Hof van Cassatie heeft dit middel verworpen op grond van de hierboven weergegeven motivering, evenals om de reden dat het bestreden vonnis, door de vaststellingen die het heeft gedaan, impliciet maar zeker heeft geoordeeld dat de brouwerij «haar recht heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat waarbinnen een bedachtzaam en voorzichtig persoon zich normaal gedraagt».

34. Dit arrest werd in de doctrine terecht goedkeurend onthaald, omdat het een correcte en consequente toepassing maakt van de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten en het verbod misbruik te maken van contractuele rechten.¹⁵² Er werd evenwel ook de kritische bedenkning geformuleerd dat uit dit arrest niet duidelijk kan worden opgemaakt welk recht door de brouwerij werd misbruikt: betreft het hier het recht de ontbinding in rechte van de huurovereenkomst te vorderen dan wel het recht de forfaitaire bedongen schadevergoeding te eisen bij ontbinding van de huurovereenkomst ten laste van de huurder.¹⁵³ Het lijkt mij eerder om het laatstgenoemde recht te gaan omdat het juist de uitoefening van dit recht is dat volgens het Hof van Cassatie door het bestreden vonnis wettelijk kon worden beperkt tot op het niveau van de normale uitoefening van dat recht. Voorts werd erop gewezen dat, als de toepassing van een geldig schadebeding onderworpen is aan het verbod van misbruik van contractuele rechten, het moeilijk is uit te maken wat, ter sanctionering van dit verbod, als het «normale gebruik» van het schadebeding moet worden beschouwd.¹⁵⁴

5° Schadebedingen in leasingovereenkomsten

35. De jongste jaren hebben schadebedingen in leasingovereenkomsten, zoals ook in het verleden, aanleiding gegeven tot vrij veel rechtspraak. In de meeste gevallen gaat het om de clausules waarin wordt bedongen dat in geval van ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie van de leasingnemer, meestal wegens niet-betaling van een of meer huurtermijnen, de leasinggever gerechtigd is het in leasing gegeven goed terug te nemen en als schadeloosstelling de onmiddellijke betaling te vorderen van de nog te vervallen huurtermijnen.¹⁵⁵

De rechtspraak vertoont overwegend de tendens om deze bedingen ongeoorloofd te achten wegens het gemis aan schadevergoedend karakter als bij de toepassing ervan niet in aanmerking wordt genomen dat de leasinggever voordeel haalt uit de vervroegde opeisbaarheid van nog te vervallen huurgelden en/of als geen rekening wordt gehouden met de residuele waarde van het in leasing gegeven goed. Dit klemt des te meer wanneer de ontbinding plaatsheeft in de aan-

vangsfase van de uitvoering van het contract.¹⁵⁶ In dezelfde lijn ligt de rechtspraak die van oordeel is dat de hier besproken schadebedingen geldig zijn als ze bepalen dat het bedrag ervan moet worden verminderd met de opbrengst van de verkoop van het in leasing gegeven goed.¹⁵⁷ Andere rechtspraak is daarentegen de opvatting toegedaan dat geen rekening hoeft te worden gehouden met de opbrengst van de verkoop van het in leasing gegeven goed, wegens de hieraan verbonden kosten,¹⁵⁸ of dat het «oordeel» niet in aanmerking mag worden genomen dat voor de leasinggever voortvloeit uit de vervroegde betaling van de nog te vervallen huurgelden, omdat dit wordt gecompenseerd door het risico van insolventie van de leasingnemer.¹⁵⁹

Ten slotte dient nog melding te worden gemaakt van een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 30 oktober 1985,¹⁶⁰ waarin uitspraak werd gedaan over een leasingovereenkomst die twee schadebedingen bevatte, waarvan het ene bepaalde dat bij wanprestatie van de leasingnemer en de daaropvolgende ontbinding van de overeenkomst een forfaitaire schadevergoeding verschuldigd zou zijn ten bedrage van de op de dag van de ontbinding nog te vervallen huurtermijnen, en het andere beding als moratoire interest de verschuldigde vergoeding vaststelde op 1/1000 van de achterstallige bedragen per dag. Het Hof oordeelde terecht dat als de leasinggever bij wanprestatie van de leasingnemer de ontbinding van de overeenkomst vordert, enkel de eerstgenoemde forfaitaire vergoeding kan worden toegekend, daar de tweede vergoeding de uitvoering van de overeenkomst beoogde, zij het in de vorm van bedongen moratoire interest. Welnu, krachtens art. 1184 B.W. kan de schuldeiser niet terzelfder tijd de uitvoering en de ontbinding van de overeenkomst vorderen.

(Slot in volgend nummer)

A. VAN OEVELEN
Hoogleraar aan de Universiteit
Antwerpen (U.I.A. en U.F.S.I.A.)

¹⁵² DIRIX, E., o.c., *T.B.H.*, 1988, pp. 662-663, nrs. 4-5; KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., o.c., *T.P.R.*, 1994, p. 669, nr. 356.

¹⁵³ KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., *ibid.*

¹⁵⁴ KRUIHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F., en DE TEMMERMAN, B., *ibid.*

¹⁵⁵ Zie daarover KILESTE, P., BUYSSCHAERT, D. en PENNING, N., «De l'application de la clause pénale en matière de contrats de leasing», *T.B.H.*, 1992, 552-575.

¹⁵⁶ Bergen, 23 oktober 1985, *T.B.H.*, 1986, 522; Brussel, 23 juni 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1033, met noot J.-F.J.; Brussel, 31 maart 1992, *J.T.*, 1992, 640; Kh. Luik, 14 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 812, met noot KILESTE, P. en DEMOL, A.; Rb. Brussel, 20 maart 1990, *Rev.Rég. Dr.*, 1990, 476; Rb. Luik, 17 april 1991, *T.B.H.*, 1992, 625; Kh. Brussel, 28 mei 1991, *T.B.H.*, 1992, 637; Kh. Ieper, 6 januari 1992, *T.B.H.*, 1993, 273, met noot KILESTE, P.

¹⁵⁷ Kh. Brussel, 5 februari 1991, *T.B.H.*, 1992, 631; Rb. Luik, 21 november 1991, *T.B.H.*, 1992, 628.

¹⁵⁸ Kh. Brussel, 30 november 1990, *J.T.*, 1991, 300.

¹⁵⁹ Rb. Brussel, 14 april 1989, *T.B.H.*, 1992, 620; Rb. Brussel, 22 oktober 1990, *T.B.H.*, 1992, 623.

¹⁶⁰ Brussel, 30 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 947, met noot VAN-SWEEVELT, Th.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

8 DECEMBER 1994

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Verzekering – Motorrijtuigen – Verzekeringsverplichting – Strafbepalingen – Dief

De verbintenis van de verdragsluitende partijen, omschreven in art. 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, strekt niet tot het opnemen in de nationale wetgeving van strafbepalingen tegen de bestuurders die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft of die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken.

Zaak A 93/6

Conclusie van eerste advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven

1. Bij beschikking der raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk werd ene Rabah B. naar de Correctionele Rechtbank te Kortrijk verwezen wegens onder meer diefstal met verzwarende omstandigheden van een personenauto en het besturen van dat motorrijtuig op de openbare weg zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe dit aanleiding kon geven, door een verzekering was gedekt. Genoemde feiten werden op 11 juli 1991 gepleegd.

2. Bij vonnis van 4 juni 1993 brengt de Correctionele Rechtbank te Kortrijk na weergave van de bewoordingen van artikel 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen en die van artikel 3, § 1, van de bij genoemde Overeenkomst behorende Gemeenschappelijke Bepalingen naar voren, dat de Belgische wetgever de verbintenis waarvan in voormeld artikel 8 sprake is, is nagekomen, constateert de rechtbank dat er in de rechtspraak van de Belgische feitenrechtters verschil van mening bestaat omtrent de interpretatie van de strafbepalingen ter beteugeling van het niet verzekerd zijn en met name aangaande het punt of die bepalingen op de dief van een motorrijtuig kunnen worden toegepast, schort de rechtbank de uitspraak omtrent de telastlegging van het niet verzekerd zijn op en legt deze de volgende vraag van uitleg aan het Benelux-Gerechthof voor: «Gelezen in samenhang met artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, bedoelt de verbintenis van artikel 8, § 2 van de Benelux-Overeenkomst van 24 mei 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering in de eigen wetgeving strafbepalingen op te nemen tegen de personen of de bestuurder zoals omschreven in lid 1 en 2 van die paragraaf, met die omschrijving eveneens bestuurders die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorvoertuig

hebben verschaft of zij die dit wetende, een dergelijk motorvoertuig zonder geldige reden gebruiken?»

3. Luidens artikel 6 van het Verdrag van 31 maart 1965 betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechthof neemt het Hof kennis van vragen betreffende de uitleg van rechtsregels, aangewezen krachtens artikel 1 van genoemd verdrag. In artikel 1 van het op 26 september 1968 te Brussel ondertekende Aanvullend Protocol bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen is bepaald dat als gemeenschappelijke rechtsregels voor de toepassing van onder meer hoofdstuk III van evengenoemd verdrag worden aangewezen de bepalingen van de overeenkomst en van de bijlage bij die overeenkomst, voor zover, wat betreft de bepalingen van de bijlage, de inhoud daarvan is opgenomen in de wetgeving van de Staat, waarin de vraag van uitleg is gerezen.

4. Krachtens artikel 22, § 1, eerste lid, van de Belgische wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen worden gestraft met correctionele straffen de eigenaar of de houder van het motorrijtuig, die het in het verkeer brengt of toelaat dat het in het verkeer wordt gebracht op een van de in de wet bedoelde plaatsen zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, gedekt is overeenkomstig de wet, alsmede de bestuurder van dat motorrijtuig. In het tweede lid van hetzelfde artikel is gepreciseerd dat de houder en de bestuurder van het motorrijtuig krachtens het eerste lid alleen strafbaar zijn als zij weten dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig aanleiding kan geven, niet gedekt is overeenkomstig de wet.

5. Die bepaling van de Belgische wet is geen gemeenschappelijke bepaling in de zin van artikel 1 van bovenbedoeld protocol. Het Benelux-Hof is mitsdien niet bevoegd een vraag betreffende de uitleg van die bepaling te beantwoorden.

Door bovenstaande vraag van uitleg te stellen na te hebben geconstateerd dat de wetgever de door België aangegane verbintenis is nagekomen, lijkt de feitenrechter het Benelux-Hof onder voorwendsel van de uitleg van een gemeenschappelijke rechtsregel in werkelijkheid te vragen om het toepassingsgebied van de Belgische wet vast te stellen.

Als dit het geval is, dient mijns inziens te worden overwogen dat het Benelux-Hof evenmin bevoegd is.

6. Bij het vervullen van zijn taak m.b.t. de uitleg van de nationale wet kan de feitenrechter ertoe worden gebracht een door zijn land in een internationale overeenkomst aangegane verbintenis in overweging te nemen. Hij mag immers aannemen dat de wetgever van zijn land door het vaststellen van wetsbepalingen die aan die verbintenis invulling geven, die verbintenis is nagekomen. Hij kan er derhalve belang bij hebben de strekking van die verbintenis te kennen.

7. In die mate – en in die mate alleen – kan de door de Correctionele Rechtbank te Kortrijk gestelde vraag eventueel als ter zake dienend worden beschouwd. Evenwel moet vaststaan dat het antwoord dat door het Benelux-Hof op de vraag zou worden gegeven in geen geval de uitlegging van de Bel-

gische wet zou kunnen opleveren. Het zou enkel één van de onderdelen van de uitlegging kunnen vormen, waarbij de rechter zijn volledige vrijheid behoudt.

8. Aangezien het niet geheel uitgesloten is dat uw Hof zich – binnen de hierboven getrokken grenzen – tot beantwoording van de vraag bevoegd verklaart, zal ik daarop kort ingaan. De beantwoording lijkt mij overigens geen bijzondere moeilijkheden op te leveren.

9. Door artikel 8 van de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen hebben de Verdragsluitende Partijen zich ertoe verbonden in hun wetgeving strafbepalingen op te nemen tegen onder meer de bestuurder van een motorrijtuig, die dit motorrijtuig doet deelnemen aan het verkeer op de openbare weg, zonder dat een verzekering is gesloten, welke beantwoordt aan de Gemeenschappelijke Bepalingen, of wanneer de verzekering is vervallen.

Dat artikel 8 ligt in de lijn van de gemeenschappelijke wil van de Overeenkomstsluitende landen om te waarborgen dat de verplichtingen welke uit het op 7 januari 1955 te Brussel ondertekende Benelux-Verdrag betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen voortvloeien, worden nagekomen.¹

10. Met betrekking tot artikel 8 staat in het rapport van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse Studiecommissie tot eenmaking van het recht, dat de gezaghebbende commentaar op het verdrag vormt, alsmede in de gemeenschappelijke toelichting bij de overeenkomst, het volgende: «De Verdragsluitende Staten verbinden zich alle geëigende maatregelen te nemen opdat op hun grondgebied de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen worden nagekomen. Zij verplichten zich o.a. in hun wetgeving strafbepalingen op te nemen tegen de eigenaar die met een niet verzekerd voertuig aan het verkeer deelneemt of doet deelnemen en tegen de bestuurder van een zodanig voertuig. Volgens de opzet van de tekst is het simpele feit dat het voertuig niet verzekerd is op zichzelf reeds een strafbaar feit zonder dat opzet van de zijde van de overtreder aangetoond behoeft te worden.»

11. In artikel 8 van de overeenkomst is geen enkel voorbehoud vervat en is geen enkel onderscheid gemaakt. Die bepaling van de overeenkomst ziet – zonder enige twijfel – op iedere bestuurder van een niet-verzekerd motorrijtuig, d.w.z. een voertuig dat in het verkeer is gebracht op de in de wet bedoelde plaatsen, zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, gedekt is door een verzekering welke aan de bepalingen van de wet beantwoordt (artikel 2 van de Gemeenschappelijke Bepalingen).

Op grond van artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen dekt de verzekering echter niet de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben ver-

schaft of van hen die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken.

12. Daaruit blijkt dat degene die zich door diefstal of geweldpleging meester van een motorrijtuig heeft gemaakt volgens de auteurs van de overeenkomst dat motorrijtuig bestuurt zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven door een verzekering is gedekt.

Zonder dat hij dwaling of onbekendheid met de wet kan invoeren, komt de bestuurder van een gestolen motorrijtuig door zijn daad in een situatie van niet verzekerd zijn te verkeren.

13. De aldus aan artikel 8 van de overeenkomst gegeven interpretatie is evenwel slechts een aanwijzing voor de nationale rechter die met de uitleg van de interne wet is belast, nu ieder der Verdragsluitende Partijen ingevolge artikel 1, § 2, van de overeenkomst de bevoegdheid behoudt de bij de overeenkomst behorende Gemeenschappelijke Bepalingen te vervangen door bepalingen die grotere waarborgen geven aan de benadeelden².

14. Primair concludeer ik tot onbevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof.

Subsidiar lijkt mij dat de vraag aldus kan worden beantwoord dat artikel 8, § 2, op alle bestuurders ziet, die een motorrijtuig doen deelnemen aan het verkeer op de plaatsen als bedoeld onder 1 van genoemde paragraaf, zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven, gedekt is door een verzekering welke aan de bepalingen van de wet beantwoordt, daaronder mede begrepen de bestuurders die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaffen en zij die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken.

Arrest

Het Benelux-Gerechtshof

1. Gezien het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk, uitspraak doende in correctionele zaken, van 4 juni 1993, gewezen in de zaak, rolnummer 1764, van het Openbaar Ministerie tegen Rabah B., beklagde, bij welk vonnis, overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, hierna te noemen het «Verdrag», aan dit Hof een vraag van uitleg is gesteld met betrekking tot de artikelen 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst van 24 mei 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, hierna te noemen de «Benelux-Overeenkomst», en 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij voormelde Benelux-Overeenkomst, hierna te noemen de «Gemeenschappelijke Bepalingen»;

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten waarvan te dezen moet worden uitgegaan, kunnen worden omschreven als volgt:

Rabah B. stond terecht voor de Correctionele Rechtbank te Kortrijk ter zake van het bedrieglijk wegnemen van een motorrijtuig (telastlegging A) en het besturen van dat mo-

¹ Het op 7 januari 1955 te Brussel ondertekende verdrag werd door het Belgische parlement ten slotte niet goedgekeurd. Aangezien het nodig bleek aanpassingen in het verdrag aan te brengen, werden Aanvullende Overeenkomsten opgesteld, die leidden tot de ondertekening op 24 mei 1966 van de thans vigerende overeenkomst die de voorgaande teksten vervangt. De overeenkomst wijkt zeer weinig van de vroegere bepalingen, met name die van het verdrag van 1955, af en vult die bepalingen op bepaalde punten aan.

² Arrest A 82/4, Lengelet c.s./Royale Belge c.s., van 20 mei 1983, *Jur.*, d. 4, blz. 18.

torrijtuig op de openbare weg, wetende dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe dit motorrijtuig aanleiding kon geven, niet gedekt was door een verzekering die aan de bepalingen van de wet voldoet en waarvan de werking niet is geschorst (telastlegging B). Het feit van laatstgenoemde telastlegging is in België strafbaar gesteld door artikel 22, § 1, van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen.

De rechtbank oordeelde in het voormelde vonnis dat de diefstal van het motorrijtuig, bedoeld in de telastlegging A, bewezen was.

Wat betreft het feit van de telastlegging B, oordeelde de rechtbank dat er grond was tot het voorleggen van een vraag van uitleg aan het Benelux-Gerechtshof. De rechtbank kwam tot dit oordeel nadat zij de bepalingen van de artikelen 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen en 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst in overweging had genomen en geconstateerd had: dat de Belgische wetgever de verbintenis, omschreven in voormeld artikel 8, § 2, was nagekomen door het opnemen van strafbepalingen, eerst in de wet van 1 juli 1956 (artikel 18, § 1) en vervolgens in de wet van 21 november 1989 (artikel 22, § 1); dat het in het vervolgingsbeleid van de Belgische parketten als vanzelfsprekend is dat bij diefstal van een motorrijtuig en gebruik van dat motorrijtuig op de openbare weg, de dief strafrechtelijk vervolgd wordt op grond van voormelde strafbepalingen, maar dat er verdeeldheid is in de Belgische rechtspraak omtrent de vraag of die bepalingen op de dief van het motorrijtuig toepasselijk zijn;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk de navolgende vraag heeft gesteld betreffende de artikelen 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst en 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen:

«Gelezen in samenhang met artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, bedoelt de verbintenis van artikel 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst dd. 24 mei 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering in de eigen wetgeving strafbepalingen op te nemen tegen de personen of de bestuurder zoals omschreven in lid 1 en 2 van die paragraaf, met die omschrijving eveneens bestuurders die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft of zij die dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken?»;

...

Ten aanzien van het recht

7. Overwegende dat de vraag de uitlegging van de artikelen 8 van de Benelux-Overeenkomst en 3 van de Gemeenschappelijke Bepalingen betreft, waarvoor het Hof bevoegd is aangezien deze bepalingen behoren tot de krachtens artikel 1 van het Verdrag aangewezen rechtsregels;

8. Overwegende dat, naar luid van artikel 8, § 1, van de Benelux-Overeenkomst, ieder der Verdragsluitende Partijen zich verbindt passende maatregelen te nemen ter verzekering van de naleving van de verplichtingen, opgelegd bij de Gemeenschappelijke Bepalingen;

9. dat ieder van haar zich meer in het bijzonder verbindt, naar luid van artikel 8, § 2, van de Overeenkomst, in haar wetgeving strafbepalingen op te nemen tegen: 1. de persoon op wie de verplichting rust de verzekering te sluiten, die een mo-

torrijtuig doet deelnemen of toelaat dat het deelneemt aan het verkeer op de openbare weg of op terreinen, die toegankelijk zijn voor het publiek of slechts voor een beperkt aantal personen, die het recht hebben om er te komen, zonder dat een verzekering is gesloten, welke beantwoordt aan de Gemeenschappelijke Bepalingen, of waarvan de verzekering is vervallen; 2. de bestuurder van een motorrijtuig, die dit motorrijtuig doet deelnemen aan het verkeer onder de omstandigheden, als bedoeld onder 1;

10. dat, zoals volgt uit de preambule en uit artikel 1, § 2, van de Benelux-Overeenkomst, iedere Verdragsluitende Partij vrij blijft in haar wetgeving strafbepalingen op te nemen die verder strekken of meer behelzen dan hetgene door de bij artikel 8, § 2, aangegane verbintenis is vereist;

11. Overwegende dat, krachtens artikel 2, § 1, tweede lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen, de verplichting tot het sluiten van een verzekering op de eigenaar van het motorrijtuig rust, behoudens indien een andere persoon de verzekering gesloten heeft, in welk geval de verplichting van de eigenaar geschorst wordt voor de duur van het door die andere persoon gesloten contract;

12. Overwegende dat de verplichting waarvan de Verdragsluitende Partijen, krachtens artikel 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst, de naleving met strafbepalingen moeten verzekeren, derhalve een verplichting is van de eigenaar van het motorrijtuig;

13. dat de bestuurder, bedoeld in het bepaalde onder 2 van artikel 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst, de bestuurder is van een motorrijtuig waarvoor die verplichting niet werd nageleefd, dit is een motorrijtuig waarvoor geen verzekering is gesloten, die beantwoordt aan de Gemeenschappelijke Bepalingen, of waarvan de verzekering is vervallen;

14. Overwegende dat ingevolge artikel 3, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen de ten aanzien van een motorrijtuig gesloten verzekering niet behoeft te dekken de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van hen die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschaft en van hen die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken; dat dit echter niet wegneemt dat ook in de gevallen waarin die aansprakelijkheid van de voor een motorrijtuig gesloten verzekering is uitgesloten, ten aanzien van dat motorrijtuig een verzekering is gesloten welke beantwoordt aan de Gemeenschappelijke Bepalingen en derhalve ten aanzien van dat motorrijtuig de in artikel 8, § 2, onder 1, bedoelde verplichting is nagekomen;

15. Overwegende dat de in rechtsoverweging 13 gegeven uitleg van het begrip bestuurder in overeenstemming is met de – door een strafbedreiging kracht bij te zetten – strekking van de Benelux-Overeenkomst, te weten dat geen motorrijtuigen als bedoeld in artikel 2, § 1, van de Gemeenschappelijke Bepalingen tot het verkeer worden toegelaten ten aanzien waarvan niet een verzekering als bedoeld in rechtsoverweging 13 van kracht is;

16. dat aan deze strekking is voldaan indien de eigenaar – op wie blijkens evengenoemd artikel de verplichting tot het sluiten van zodanige verzekering rust – die verplichting is nagekomen;

17. Overwegende dat het opnemen in de nationale wetgeving van strafbepalingen tegen bestuurders wier burgerrechtelijke aansprakelijkheid door de Gemeenschappelijke Bepalingen van de verplichte verzekering uitgesloten wordt,

ook al worden de door die bepalingen opgelegde verplichtingen nageleefd, geen maatregel is ter verzekering van de naleving van die verplichtingen, in de zin van artikel 8 van de Benelux-Overeenkomst;

18. Overwegende dat de vraag derhalve ontkennd dient te worden beantwoord;

...

Verklaart voor recht:

23. De verbintenis van de Verdragsluitende Partijen, omschreven in artikel 8, § 2, van de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, strekt niet tot het opnemen in de nationale wetgeving van strafbepalingen tegen de bestuurders, die zich door diefstal of geweldpleging de macht over het motorrijtuig hebben verschafte of die, dit wetende, een dergelijk motorrijtuig zonder geldige reden gebruiken.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 MAART 1994

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Delahaye

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Verscheidene opdrachtgevers – Ondergeschiedtheid – Wettelijk vermoeden – Bewijs van tegendeel – Bepaalde opdrachtgevers

Wanneer een handelsvertegenwoordiger zijn activiteit voor verscheidene opdrachtgevers uitoefent, kan m.b.t. het wettelijk vermoeden dat hij met zijn opdrachtgevers door een arbeidsovereenkomst is gebonden, het tegendeel worden bewezen t.a.v. bepaalde van die opdrachtgevers.

V. t/ R.S.V.Z.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 september 1992 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

...

Overwegende dat, blijkens de vaststellingen van het arrest, eiser het beroep van handelsvertegenwoordiger uitoefent voor rekening van verscheidene opdrachtgevers waarvan sommigen met hem een arbeidsovereenkomst hebben gesloten, terwijl drie anderen dat niet gedaan hebben;

Dat het arrest, wat de laatstgenoemden betreft, beslist dat verweerder het vermoeden van artikel 4, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 heeft weerlegd, naar luid waarvan niettegenstaande elke uitdrukkelijke bepaling van de overeenkomst of bij het stilzwijgen ervan de overeenkomst gesloten tussen opdrachtgever en tussenpersoon, welke ook de benaming zij, beschouwd wordt als een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers, tenzij het tegendeel wordt bewezen;

Overwegende dat eiser een cliënteel mocht opsporen en bezoeken voor rekening en onder het gezag van sommige opdrachtgevers en in dezelfde periode voor rekening van ande-

re opdrachtgevers identieke taken vervulde buiten elke verhouding van ondergeschiktheid;

Dat het arbeidshof aldus, wat laatstgenoemden betreft, wettig heeft kunnen beslissen dat verweerder het vermoeden van voornoemd artikel 4, tweede lid, had weerlegd;

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 28 APRIL 1994

Voorzitter: de h. Rappe

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. De Bruyn en Nelissen Grade

1. Burgerlijke rechtspleging – Vordering – Uitbreiding of wijziging – In de dagvaarding aangevoerd feit – 2. Bewaaring – Gerechdelijk sekwestering – a) Aanstelling – Aard – b) Beschikkingsdaden – 3. Vonnissen en arresten – Dispositief

1. Wanneer een bij conclusie uitgebreide of gewijzigde vordering berust op feiten die dezelfde zijn als de in de dagvaarding vermelde, is het voor de toepassing van art. 807 Ger.W. zonder belang dat de oorspronkelijke eiser in de tekst van zijn dagvaarding uit die feiten geen enkel gevolg heeft afgeleid met betrekking tot de gegrondheid van zijn vordering.

2.a) De aanstelling van een sekwestering is een bewarende en voorlopige maatregel. Met die beperking beoordeelt de rechter op onaantastbare wijze de wenselijkheid en de omvang van de opdracht van de gerechtelijke sekwestering; indien zeker blijkt dat de betwisting ernstig is en de maatregel in het belang van de partijen getroffen is.

b) Hij die met een gerechtelijke sekwestering belast is, beschikt in de regel alleen over rechten van bewaking en bewaring. Hoewel de rechter in uitzonderlijke omstandigheden die rechten tot beschikkingsdaden kan uitbreiden, moet hij de redenen vermelden waaruit blijkt dat de maatregel dringend en onontbeerlijk is voor het goede beheer van de te beschermen goederen en belangen.

3. Elke beschikking van de rechter over een betwisting is een dispositief, ongeacht de plaats ervan in de tekst van het vonnis of arrest en ongeacht de vorm waarin het gesteld is.

De B. t/ De B. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 februari 1993 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 15, 807 en 1042 van het Gerechdelijk Wetboek,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, ontvankelijk verklaart de tegen eiser gericht hoofdvorderingen tot rekening en verantwoording, zoals zij bij conclusie zijn gewijzigd, alsmede de vorderingen tot vrijwillige tussenkomst van de verweerdens sub 4 tot 9 om eiser ertoe te veroordelen verantwoording te doen, niet enkel van de uitvoering van het hem op 30 juli 1970 verleende mandaat, maar ook van zijn opdracht als testamentuitvoerder van zijn vader Yves de B. die op 11 maart 1984 is overleden, zulks op grond «dat die vorderingen betrekking hebben op dezelfde feiten en hetzelfde voorwerp, te weten, rekening en verantwoording door de personen die mandaten hebben uitgeoefend

voor het beheer van het vermogen van de overledene vóór en na diens overlijden; dat dergelijke vorderingen, ongeacht of zij zijn ingesteld als hoofdvordering of bij wege van een vrijwillige tussenkomst zodanig samenhangend zijn dat de kosten van een afzonderlijke procedure niet ten laste behoeven te komen van de vrijwillige tussenkomende partijen; dat daarom ook de vorderingen in hoger beroep evenmin niet ontvankelijk behoeven te worden verklaard, daar, gelet op de ontwikkeling van het geschil, bepaalde partijen hun voor de eerste rechter ingestelde vorderingen moeten uitbreiden of wijzigen; dat (eiser) zijn hoedanigheid van lasthebber heeft behouden in de tegen hem gerichte vorderingen»; en op grond van de van het beroepen vonnis overgenomen redenen: «dat uit de bewoordingen van de dagvaarding volgt dat de vordering is gegrond op het aan (eiser) verleende recht, met name van beheer, over de goederen van de vader van de partijen; dat, gewis, in de dagvaarding hoofdzakelijk sprake was van het beheer van die goederen ter uitvoering van het mandaat dat hem door zijn vader op 30 juli 1970 was verleend; dat de (verweerders) echter daarin ook ervan gewag hebben gemaakt dat eiser, 'volgens een eigenhandig geschreven testament van 4 juli 1975, door de erflater als algemene legataris en testamentuitvoerder van zijn nalatenschap was aangesteld'; dat de (verweerders), doordat zij (eiser) willen doen veroordelen om rekening en verantwoording te doen, niet alleen van het mandaat dat hij tot 11 maart 1984 heeft uitgeoefend, maar ook van zijn 'mandaat' als testamentuitvoerder, derhalve het voorwerp van hun vordering wijzigen met toepassing van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek; dat zulks des te meer verantwoord is daar die beide mandaten achtereenvolgens en zonder onderbreking werden uitgeoefend – een continuïteit die blijkt uit (eisers) optreden bij het beheer en de verkoop van het appartement te Brussel; dat het bovendien jammer zou zijn dat de onderzoeksmaatregelen in het kader van de oorspronkelijke vordering opnieuw zouden moeten worden verricht naar aanleiding van een rekening en verantwoording die (eiser) later, in zijn hoedanigheid alleen van testamentuitvoerder zou moeten doen; dat zulks in strijd is met de doeltreffendheid en de opzet van de procedures die in het Gerechtelijk Wetboek worden nagestreefd».

terwijl, eerste onderdeel, krachtens artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek, een vordering die voor de rechter aanhangig is, niet kan worden uitgebreid of gewijzigd tenzij de nieuwe conclusie berust op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd en gericht is tegen een persoon die oorspronkelijk in de zaak en in dezelfde hoedanigheid is opgeroepen; te dezen, de gedinginleidende, op verzoek van de eerste drie verweerders betekende dagvaarding, uitsluitend berustte op het aan eiser op 30 juli 1970 verleende mandaat; eiser dus als mandataris van wijlen Yves de B. in de zaak is opgeroepen; er enkel ten overvloede, in de motivering van de dagvaarding, wordt verwezen naar het testament waarin eiser als testamentuitvoerder werd aangesteld; de eerste drie verweerders, na aanvoering dat eiser, niettegenstaande aandringen, in gebreke was gebleven rekening en verantwoording te doen van het beheer van de goederen van wijlen Yves de B. dat deze hem op 30 juli 1970 bij een voor notaris verleende «volmacht» had toevertrouwd, eraan toevoegden «dat die kennelijke slechte wil van (eiser) des te erger is daar hij bij een eigenhandig testament van 4 juli 1975 door de erflater als algemeen legataris en testamentuitvoerder van zijn nalaten-

schap werd aangesteld»; de eerste drie verweerders uit die verwijzing naar het testament van 4 juli 1975, nopens de gegrondheid van hun vordering en het voorwerp ervan, geen enkel gevolg hebben afgeleid daar zij, onmiddellijk na die verwijzing, in de laatste overweging van de dagvaarding hebben vermeld: «dat (eiser) gedwongen zou moeten worden tot rekening en verantwoording van het mandaat dat hij heeft uitgeoefend tot 11 maart 1984», de dag waarop zijn vader is overleden, en dat het dictum van die dagvaarding ertoe strekt eiser te doen veroordelen om enkel rekening en verantwoording te doen van het hem op 30 juli 1970 verleende mandaat; het «mandaat» van testamentuitvoerder dus in de dagvaarding niet werd «aangevoerd», en eiser oorspronkelijk niet in die hoedanigheid bij de zaak is betrokken, zodat de vordering tot rekening en verantwoording van zijn opdracht als testamentuitvoerder, al hield ze verband met de oorspronkelijke vordering, niet ontvankelijk kon worden verklaard; het arrest, doordat het de uitbreiding van de vordering van de eerste drie verweerders tot de rekening en verantwoording in verband met de opdracht van eiser als testamentuitvoerder, ontvankelijk verklaart, derhalve de voormelde artikelen 807 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek schendt;

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat een vordering die voor de rechter aanhangig is, uitgebreid of gewijzigd kan worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de oorspronkelijke dagvaarding van de eerste drie verweerders ertoe strekte dat eiser rekening en verantwoording zou doen van het beheer van de goederen van zijn vader, dat deze hem op 30 juli 1970 had toevertrouwd en dat hij had uitgeoefend tot op 11 maart 1984, de dag waarop de lastgever was overleden;

Dat de dagvaarding uitdrukkelijk vermeldt dat «de kennelijke slechte wil van (eiser) des te erger is daar hij bij een eigenhandig testament van 4 juli 1975 door de *de cuius* als algemeen legataris en testamentuitvoerder van zijn nalatenschap werd aangesteld»;

Dat die verweerders, bij wege van een voor de rechtbank neergelegde conclusie, hun oorspronkelijke vordering tot rekening en verantwoording van het mandaat van testamentuitvoerder dat (eiser) sinds 11 maart 1984 heeft uitgeoefend hadden uitgebreid, daar dat mandaat slechts «het gevolg was van het mandaat dat hij uitvoerende toen zijn vader nog leefde»;

Dat de andere verweerders een vordering hebben ingediend die ertoe strekte dat eiser rekening en verantwoording zou doen van het mandaat van 30 juli 1970 en van zijn beheer als testamentuitvoerder;

Overwegende dat uit die vaststellingen volgt dat de feiten waarop de dagvaarding, de conclusie en de vordering tot vrijwillige tussenkomst berusten, dezelfde zijn, te weten het beheer door eiser van het vermogen van zijn vader, vóór en na diens overlijden;

Dat het zonder belang is dat «het mandaat» van testamentuitvoerder niet letterlijk overeenstemt met de definitie

in artikel 1984 van het Burgerlijk Wetboek, noch dat de oorspronkelijke eisers, te dezen, in de tekst van de dagvaarding, met betrekking tot de gegrondheid van hun vordering, geen enkel gevolg hebben afgeleid uit de verwijzing naar het testament van 4 juli 1975;

Overwegende dat het arrest, waar het oordeelt dat «die vorderingen (...) op dezelfde feiten en hetzelfde voorwerp berusten, te weten het doen van rekening en verantwoording door (de personen) die mandaten heeft uitgeoefend in verband met het beheer van het vermogen van de overledene vóór en na diens overlijden», een juiste toepassing maakt van artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

Over het tweede middel: schending van artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek en van het in dat artikel neergelegde algemeen rechtsbeginsel, het zogenaamde beschikkingsbeginsel, krachtens hetwelk alleen de partijen de grenzen van het geschil vaststellen, en van de artikelen 724, 913, 919, 1004, 1005, en 1961, 2°, van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest vooreerst de uitspraak aanhoudt over de gegrondheid van de vorderingen van de verweerders sub 4 tot 8 en het incidenteel beroep van de eerste drie verweerders geheel, alsmede het incidenteel beroep van de laatste verweerder ten dele gegrond verklaart, een gerechtelijk sekwester aanstelt belast met «de bewaring en het beheer, in het belang van de nalatenschap totdat deze definitief is verdeeld, van de goederen van het oorspronkelijke vermogen van de overledene en van de opbrengst na tegeldemaking van de in de nalatenschap aangegeven activa, terwijl de beheerskosten van het sekwester ten laste zijn van de nalatenschap, thans begroot ten aanzien van (de eerste drie verweerders en de vierde verweerder) op 37.500.000 frank» en eiser veroordeelt om 37.500.000 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interest, aan de gerechtelijk sekwester af te geven, op grond: «dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat (de) heden opnieuw geschatte en interestopbrengende bedragen (waarover de overledene beschikte) bij diens overlijden vermoedelijk minstens 75.000.000 frank bedroegen, zoals de partijen Daniël, Bernard, Thierry en Yves de B. (de eerste drie en de laatste verweerder) thans terecht hebben geschat; wat de goederen van de nalatenschap betreft: dat laatstbedoelden heden elk hun deel, namelijk een achtste van 75 miljoen eisen; dat die vordering evenwel voorbarig is in zoverre de goederen nog onder alle erfgenamen moeten worden verdeeld met inachtneming van de toepasselijke regels en het bestaan van een testament; dat in die fase van de procedure (eiser) moet worden veroordeeld tot afgifte aan de gerechtelijk sekwester van het deel van de goederen waarvan hij geen eerlijke en oprechte rekening en verantwoording wil doen»;

terwijl, eerste onderdeel, de eerste drie verweerders, in hun incidenteel beroep bij conclusie primair vorderden dat eiser zou worden veroordeeld tot betaling van 28.000.000 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interest en de kosten en, subsidiair, dat eiser zou worden veroordeeld tot betaling van 3.000.000 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interest en de kosten; zij bovendien, bij aanvullende conclusie, vroegen een gerechtelijk sekwester aan te stellen, belast met de bewaring en het beheer tot de definitieve verdeling van de nalatenschap, van de opbrengst na verkoop van het apparte-

ment te Brussel, te weten, 9.250.000 frank, en eiser te veroordelen om dit bedrag aan de gerechtelijk sekwester af te geven; de laatste verweerder, in zijn appelconclusie primair eisers veroordeling vorderde tot betaling van 9.375.000 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interest en de kosten, zonder bevestiging van het door de eerste rechter bevolen deskundigenonderzoek; hij subsidiair de bevestiging van die maatregel vroeg met benoeming van een andere deskundige en wijziging van bepaalde modaliteiten van het deskundigenonderzoek; de laatste verweerder, zeer subsidiair, vorderde dat eiser zou worden veroordeeld tot betaling van 1.156.250 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interest en de kosten; de verweerders sub 1, 2, 3 en 9 dus slechts eisten dat eiser zou worden veroordeeld tot betaling van 28.000.000 frank, enerzijds, en 9.375.000 frank, anderzijds, voor het geval het hof van beroep geen expert of gerechtelijk sekwester aanstelde; de eerste drie eisers vroegen dat, ingeval een gerechtelijk sekwester werd aangesteld, eiser zou worden veroordeeld tot afgifte aan deze van het enkele bedrag van 9.250.000 frank, dat volgens hen de onverdeelde opbrengst vertegenwoordigde van de verkoop van een appartement; de laatste verweerder vorderde, voor het geval niet werd ingegaan op zijn vordering tot betaling van 9.375.000 frank (75.000.000: 8) en geen expertise werd bevolen, dat eiser zou worden veroordeeld tot betaling van het enkele bedrag van 1.156.250 frank, dit is een achtste van voormeld bedrag van 9.250.000 frank; het arrest, dat de gerechtelijk sekwester belast met de bewaring en het beheer, niet van het enkele bedrag van 9.250.000 frank, maar van het volledig «oorspronkelijke» vermogen van de overledene, dat voor de verweerders sub 1, 2, 3 en 9, namelijk vier van de acht erfgenamen met wettelijk erfdeel, op 37.500.000 frank (75.000.000: 2) is geschat, en eiser veroordeelt tot afgifte van dat bedrag van 37.500.000 frank aan sekwester, een maatregel treft en een veroordeling uitspreekt die niet is gevorderd noch door de eerste drie verweerders die, in geval van aanstelling van een gerechtelijk sekwester, enkel vroegen dat hen 9.250.000 frank zou worden afgegeven, noch door de laatste verweerder, die subsidiair enkel vorderde dat hem een achtste van voormeld bedrag van 9.250.000 frank zou worden betaald; het arrest zodoende uitspraak doet over niet gevorderde zaken (schending van artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek en van het beschikkingsbeginsel);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, vaststelt «dat de bedragen (waaruit het vermogen van de overledene bestond) bij diens overlijden, vermoedelijk minstens 75.000.000 frank bedroegen, zoals de partijen Daniël, Bernard, Thierry en Yves de B. (...) terecht schatten; dat laatstgenoemden elk hun deel, namelijk een achtste van 75 miljoen, eisen»; dat het oordeelt dat «die vordering evenwel voorbarig is, in zoverre de goederen nog onder alle erfgenamen moeten worden verdeeld met inachtneming van de toepasselijke regels en het bestaan van een testament; dat in die fase van de procedure (eiser) moet worden veroordeeld tot afgifte aan de sekwester van het deel van de goederen waarvan hij geen eerlijke en oprechte rekening en verantwoording wil doen»;

Overwegende dat de aanstelling van een sekwester een bewarende en voorlopige maatregel is; dat met die beperking,

de rechter op onaantastbare wijze de wenselijkheid van de aanstelling en de omvang van de opdracht van de gerechtelijk sekwestre beoordeelt, indien zeker blijkt dat de betwisting ernstig is en de maatregel in het belang van de partijen is getroffen;

Dat uit de bovenvermelde overwegingen van het arrest volgt dat het geschil betrekking heeft op de door eiser geweigerde rekening en verantwoording van een vermogen van minstens 75.000.000 frank;

Dat het arrest vaststelt dat de eerste vier verweerders in totaal vier achtste van 75.000.000 frank eisten, en die vordering voorbarig verklaart, zodat het zonder schending van artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, eiser ertoe heeft kunnen veroordelen 37.500.000 frank aan de sekwestre te betalen;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

Over het derde middel: schending van de artikelen 1915, 1916, 1927, 1956, 1961, 1962, eerste lid, en 1963 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest een gerechtelijk sekwestre aanstelt met onder meer als opdracht, volgens de motivering van het arrest, «de in de kluisen bewaarde verzameling loden soldaatjes te verkopen»,

terwijl de gerechtelijk sekwestre, als gerechtelijk bewaarder van onder sekwestre gestelde goederen, zoals elke bewaarnemer (artikelen 1915 en 1916 van het Burgerlijk Wetboek) alleen maar de bewarende handelingen mag verrichten die noodzakelijk zijn voor de bewaring van de hem toevertrouwde goederen (artikel 1927, 1956, 1961, 1962, eerste lid, en 1963 van het Burgerlijk Wetboek); het arrest, door te beslissen «dat de sekwestre (...) de verzameling loden soldaatjes dient te verkopen», ten onrechte aan de gerechtelijk sekwestre een beschikkingsrecht verleent (schending van alle in het middel aangewezen bepalingen):

Over de door de eerste drie verweerders opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid: het middel oefent alleen kritiek uit op de erin vermelde redenen en niet op het beschikkende gedeelte;

Overwegende dat het middel kritiek oefent op het arrest, in zoverre dit de gerechtelijk sekwestre opdraagt «de in kluisen bewaarde verzameling loden soldaatjes te verkopen»;

Overwegende dat elke beslissing van de rechter over een betwisting een beschikkend gedeelte is, ongeacht de plaats ervan in de tekst van het vonnis of arrest en ongeacht de vorm waarin zij is gesteld.

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Over het middel:

Overwegende dat, in de regel, hij die met een gerechtelijk sekwestre wordt belast, alleen beschikt over rechten van bewaking en bewaring; dat, hoewel de rechter in uitzonderlijke omstandigheden, die rechten tot beschikkingsdaden kan uitbreiden, hij de redenen moet vermelden waaruit blijkt dat de maatregel dringend en onontbeerlijk is voor het goede beheer van de te beschermen goederen en belangen;

Overwegende dat het arrest, waar het beslist «dat de sekwestre de in kluisen bewaarde verzameling loden soldaatjes, op verzoek van (eiser) dient te verkopen», op grond al-

leen dat er «tussen de partijen (...) over de verzameling loden soldaatjes een betwisting bestaat», zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 20 MEI 1994

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

Overheidsopdrachten – Tekortkomingen van aannemer – Proces-verbaal – Verweermiddelen – Ambtshalve maatregelen

Als de aannemer, overeenkomstig art. 47 M.B. 10 augustus 1977, tijdig zijn verweermiddelen doet gelden na ontvangst van een proces-verbaal waarin zijn tekortkomingen worden vastgesteld, vervallen de vermoede erkenning en het hieruit volgend recht van het bestuur om de in art. 48, § 4, genoemde maatregelen van ambtswege te treffen.

Gemeente Schilde t/ Faillissement P.V.B.A. P.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 mei 1992 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel, (...)

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres op 2 september 1986 een proces-verbaal van de tekortkomingen heeft opgemaakt, zoals vereist door artikel 47 van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977, en dat de vennootschap P. hierop op 8 september 1986 haar verweermiddelen heeft meegedeeld; dat het hieruit afleidt dat de bedoelde vennootschap niet «inactief» is gebleven in de zin van artikel 48, § 4, van dit ministerieel besluit, zodat eiseres niet kon beslissen, op grond van artikel 48, § 4, 3°, een overeenkomst voor rekening met derden aan te gaan;

Overwegende dat het onderdeel in zoverre het aanvoert dat het bestuur gerechtigd is maatregelen van ambtswege te bevelen, ook al deed de aannemer zijn verweermiddelen gelden binnen de gestelde termijn, tenzij de rechters vaststellen dat die verweermiddelen gegrond zijn, wat dat laatste vereiste betreft, nieuw is en derhalve niet ontvankelijk;

Overwegende dat, als de aannemer tijdig zijn verweermiddelen doet gelden na ontvangst van een proces-verbaal waarin zijn tekortkomingen worden vastgesteld, de vermoede erkenning van aansprakelijkheid door de aannemer en het hieruit volgend recht aan het bestuur toegekend, de in artikel 48, § 4, genoemde maatregelen van ambtswege te treffen, vervallen;

Dat het arrest dat zulks beslist, de in het onderdeel aangevoerde wetsbepalingen niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 25 MEI 1994

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Simonet

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Basselier

Bewijs – Strafzaken – Bewijsvoering – 1. Openbaar ministerie – 2. Bloedproef – Analyse – Resultaat – Kennisgeving – Termijnen

1. *De omstandigheid dat de procureur des Konings krachtens art. 22 Sv. belast is met de opsporing en vervolging van de misdrijven waarvan de kennisneming tot zijn bevoegdheid behoort, ontslaat hem niet van de verplichting zich te gedragen naar de wettelijke bepalingen die in bepaalde zaken bijzondere procedureregels voorschrijven, onder meer inzake bewijsvoering.*

2. *De termijnen bepaald bij het K.B. van 10 juni 1959 betreffende de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte, zijn voorgeschreven om het teloorgaan van bewijzen te voorkomen en de analyse te omringen met wetenschappelijke waarborgen die geloofwaardigheid kunnen verlenen aan de resultaten ervan.*

De te dezen buiten die termijnen door de rechterlijke overheid gevorderde analyse biedt geen voldoende wetenschappelijke waarborgen meer in de zin van voornoemd besluit.

P.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 juni 1993 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Bergen;

Over het ambtshalve aangevoerde middel: schending van de artikelen 44bis van het Wetboek van Strafvordering, 7 en 9 van het koninklijk besluit van 10 juni 1959 betreffende de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte;

Overwegende dat de omstandigheid dat de procureur des Konings krachtens artikel 22 van het Wetboek van Strafvordering belast is met de opsporing en de vervolging van de misdrijven waarvan de kennisneming tot zijn bevoegdheid behoort, hem niet ontslaat van de verplichting om zich te gedragen naar de wettelijke bepalingen die in welbepaalde zaken bijzondere procedureregels voorschrijven, onder meer inzake bewijsvoering;

Overwegende dat, inzake het bepalen van het alcoholgehalte van het bloed, de overheid die een bloedafneming verricht, krachtens artikel 6 van voornoemd koninklijk besluit, het afgenomen bloedstaal «onmiddellijk en langs de vlugste weg naar een erkend laboratorium zendt»;

Dat, krachtens artikel 7, tweede en derde lid, de rechterlijke overheid een in een erkend laboratorium optredend deskundige opvoert om het bloed te ontleden; dat de deskundige de analyse «zo spoedig mogelijk» verricht en zijn verslag overlegt «binnen zeven dagen na het ontvangen van de vordering»;

Dat, krachtens artikel 9, eerste lid, de ambtenaar van het openbaar ministerie of onderzoeksrechter «zo vlug mogelijk en uiterlijk binnen dertig dagen, te rekenen van het verstrijken van de termijn van zeven dagen, bepaald in artikel 7,

tweede lid, kennis geeft van de uitslagen van de analyse aan de persoon van wie het bloed werd afgenomen»;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de bloedafneming verricht werd op 6 december 1991; dat het afgenomen bloed aan het erkend laboratorium bezorgd werd op 17 december 1991, dat de vordering van het openbaar ministerie om het bloed te analyseren is opgemaakt op 27 mei 1992 en bij de deskundige is ingekomen op 1 juni 1992, dat de bloedanalyse verricht werd op 5 juni 1992 en dat de uitslagen ervan aan eiser ter kennis gebracht zijn bij ter post aangetekend schrijven van 16 september 1992;

Overwegende dat de termijnen, bepaald bij het koninklijk besluit van 10 juni 1959 betreffende de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte, voorgeschreven zijn om het teloorgaan van bewijzen te voorkomen en de analyse te omringen met wetenschappelijke waarborgen die geloofwaardigheid kunnen verlenen aan de resultaten ervan;

Overwegende dat de te dezen door de rechterlijke overheid gevorderde analyse geen voldoende wetenschappelijke waarborgen meer biedt in de zin van voornoemd koninklijk besluit;

...

NOOT – Over de termijnen inzake bloedproef

1. Het koninklijk besluit van 10 juni 1959 legt strikte regels vast m.b.t. de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte. Dit K.B. regelt zowel de bloedproef op basis van art. 44bis Sv. als de bloedproef in verkeerszaken (art. 63 Wegverkeerswet).

2. Krachtens art. 6 van het K.B. van 1959 moet de opvorderende overheid het afgenomen bloedstaal «onmiddellijk langs de vlugste weg» naar een erkend laboratorium zenden. Art. 7 bepaalt voorts dat de door de rechterlijke overheid ter ontleding van het bloedstaal opgevorderde deskundige de analyse «zo spoedig als de omstandigheden het mogelijk maken», moet verrichten en dat hij zijn verslag binnen zeven dagen na het ontvangen van de vordering moet overleggen. Overeenkomstig art. 9 van het K.B. geeft de ambtenaar van het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter «zo vlug mogelijk en uiterlijk binnen dertig dagen, te rekenen van het verstrijken van de termijn van zeven dagen bepaald in art. 7, tweede lid», kennis van de uitslagen van de analyse aan de persoon van wie het bloed is afgenomen. Tevens wordt melding gemaakt van de mogelijkheid om binnen vijftien dagen vanaf de kennisgeving een tweede analyse te laten verrichten.

3. Die termijnen beogen, zoals ook in het geannoteerde arrest wordt gesteld, het teloorgaan van de bewijzen te voorkomen, alsook de analyse de wetenschappelijke waarborgen te verlenen die de uitslag ervan geloofwaardig kunnen maken (cf. Cass., 26 januari 1994, *R. Cass.*, 1994, 192 met noot Glorieux, F.).

4. Het overschrijden van de termijn van zeven dagen (cf. art. 7 K.B.) brengt echter niet de nietigheid (van de resultaten van de bloedanalyse) met zich, behoudens wanneer het recht van verdediging is geschonden (Cass., 15 april 1981, *A.C.*, 1980-81, 951, nr. 478). Dit geldt ook voor een niet-naleving van de termijn van dertig dagen (art. 9 K.B.) of een niet-inachtneming van de in art. 6 van het K.B. voorgeschre-

ven spoed (Cass., 25 april 1990, *A.C.*, 1989-90, 1095, nr. 497, *J.L.M.B.*, 1990, 1372).

5. Ook de betekening zelf van de resultaten van de bloedanalyse is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid van die resultaten: wanneer de betekening niet of te laat zou zijn gebeurd of om een of andere reden nietig is (bv. wegens schending van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken), leidt dit niet ipso facto tot de nietigheid van de resultaten van de bloedproef (Cass., 21 mei 1986, *A.C.*, 1985-86, 1275, nr. 580; Lurquin, P., *Traité de l'expertise*, II, 176-177, nr. 687; Spreutels, J., *Intoxication alcoolique*, in Schuind, *Traité*, II, 706). Dit zal alleen het geval zijn wanneer het recht van verdediging is gekrenkt, inzonderheid wanneer vaststaat dat de verwaarlozing van de wettelijke voorschriften de verdachte belet heeft een controleproef te doen uitvoeren (cf. Cass., 4 november 1968, *A.C.*, 1969, 258; Vandeplass, A., noot onder Antwerpen, 10 maart 1976, *R.W.*, 1979-80, 1255; cf. Cass., 31 mei 1983, *A.C.*, 1982-83, 1199, nr. 539; in dit laatste arrest werd de kennisgeving van de uitslag van de bloedanalyse ter post afgegeven op 6 februari 1981; door een vergissing van de postdiensten werd die kennisgeving slechts op 26 februari 1981 aan de beklaagde besteld – dit is na het verstrijken van de termijn van vijftien dagen om een tweede analyse te laten verrichten (art. 9, tweede lid, van het K.B. van 1959 bepaalt immers dat de kennisgeving wordt geacht te zijn geschied de dag na die waarop de brief ter post is afgegeven, daarin niet inbegrepen zon- en feestdagen indien ze op de laatste dag vallen, cf. Hutsebaut, F., «Ademtest en bloedproef», in *Comm. Strafr.*, nr. 29).

6. De termijn van vijftien dagen waarbinnen de betrokkene een tweede analyse kan vragen, zou daarentegen wel op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (cf. de kop boven Cass., 15 april 1981, *A.C.*, 1980-81, nr. 478; deze termijn is ook van toepassing op een tweede expertise op aanvraag van het openbaar ministerie: Cass., 26 januari 1994, *R.D.P.*, 1994, 892; Cass., 26 januari 1994, *R.Cass.*, 1994, 192, met noot Glorieux, F., die terecht bedenkingen formuleert bij het onderscheid tussen de sancties t.g.v. het niet-naleven van de onderscheiden termijnen).

De afwezigheid of tardiviteit van de kennisgeving van de termijn van vijftien dagen om een tweede analyse te vorderen, heeft echter alleen nietigheid tot gevolg als het recht van verdediging wordt geschonden (Cass., 4 maart 1980, *A.C.*, 1979-80, 830, nr. 421; cf. Glorieux, F., noot onder Cass., 26 januari 1994, *R.Cass.*, 1994, 192).

7. Een onregelmatigheid wegens het niet in acht nemen van de bepalingen van art. 7 van het K.B. van 1959 (termijn van zeven dagen opgelegd aan de deskundige voor het overleggen van zijn verslag) of art. 9 van het K.B. (kennisgeving van de resultaten van de bloedanalyse aan de persoon van wie het bloed is afgenomen) kan niet voor het eerst voor het Hof van Cassatie worden opgeworpen (Cass., 24 april 1967, *A.C.*, 1967, 1037; Cass., 17 september 1974, *A.C.*, 1975, 73; Hutsebaut, F., «Glaasje op, laat je rijden...» Over de ademtest en de bloedproef in het Belgisch recht», in *Panopticon*, 1981, 329-330).

8. In de onderhavige zaak werden de door het K.B. van 10 juni 1959 voorgeschreven termijnen flagrant overschreden.

Het bloedstaal werd pas de elfde dag na de bloedafname aan het erkend laboratorium bezorgd. Vervolgens vorderde het openbaar ministerie de analyse van het bloed slechts ruim vijf maanden nadat het bloed aan het laboratorium

werd bezorgd. De bloedanalyse gebeurde vrij vlug (op de vierde dag na het ontvangen van de vordering). Van het verslag zelf wordt in het arrest blijkbaar geen gewag gemaakt. De kennisgeving van de resultaten aan de beklaagde gebeurde meer dan drie maanden na het verrichten van de bloedanalyse.

Hoewel in het K.B. van 10 juni 1959 geen termijn bepaald wordt waarbinnen de rechterlijke overheid de analyse van het bloed moet vorderen, en de toepasselijke termijnen niet zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid, oordeelde het Hof toch dat de bloedanalyse te dezen blijkbaar geen voldoende wetenschappelijke waarborgen meer kon bieden.

9. De sanctie van het Hof kan verrassend zijn, maar het is juist omdat het bewijs inzake bloedproef niet vrij is, maar wettelijk geregeld, dat het Hof van Cassatie kon ingrijpen en beslissen dat de bewuste bloedanalyse niet kon dienen als wettelijk bewijsmiddel ter staving van de aanklacht.

Lieven Van Overbeke

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 1 APRIL 1992

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de hh. Verstreken en Huybrechts

Advocaten: mrs. Laenens, Goossens loco Bruneel en Lenaerts

1. Burgerlijke rechtspleging – Conclusie kort voor de terechtzitting – Rechtsgevolg – 2. Advocaat – Aansprakelijkheid – Opdracht rechtsmiddel aan te wenden – Strekking – Schade – Verlies van kans

1. De enkele omstandigheid dat een partij kort voor de terechtzitting nog een conclusie neemt – welke onbehoorlijke procesvoering dat soms ook moge zijn – is nog geen reden om die conclusie uit het debat te weren, te meer daar te dezen het recht van verdediging van de tegenpartij niet geschaad is.

2. Een advocaat die met het aanwenden van een rechtsmiddel wordt belast, behoort normaliter zelf de nodige initiatieven te nemen ten einde dat tijdig te doen. Hij dient zelf te letten op de termijn voor het aanwenden van het rechtsmiddel en moet zijn cliënt attent maken op de exacte betekenis van een mogelijk betekening-bevelen van het belang hem hiervan onmiddellijk in kennis te stellen.

De schade die een cliënt van een advocaat lijdt doordat hij, ten gevolge van een fout van zijn raadsman, het recht verliest in hoger beroep te gaan, bestaat in het verlies van de redelijke kans die hij had om zijn verweer ingevolge het aanwenden van het hoger beroep door de uiteindelijk bevoegde rechter ingewilligd te zien.

D. t/ X

Overwegende dat het geschil over het volgende gaat:

Dr. D., een geneesheer-ambtenaar, is gehuwd geweest met Imelda De G.

In de loop van de echtscheidingsprocedure nam de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen bij beschikking in kort geding van 4 juli 1980 gelet op het ak-

koord van beide partijen o.m. de volgende voorlopige maatregelen:

- De G. werd gemachtigd alleen in de echtelijke woning te G. te verblijven;

- haar werd de hoede van de drie kinderen van partijen toevertrouwd, met een bezoekrecht voor D., het eerste en derde weekend van elke maand van vrijdag 18 uur tot zondag 18 uur, kinderen telkens door hem te halen en terug te brengen;

- D. werd veroordeeld tot betaling van een onderhoudsgeld voor De G. van 10.000 fr. per maand; hij werd ook veroordeeld tot betaling van een onderhoudsbijdrage van 5.500 fr. per maand en per kind, onverminderd de kindervergoeding en gekoppeld aan het indexcijfer der kleinhandelsprijzen;

De echtscheiding werd toegestaan bij vonnis van 29 juni 1981. D. deed bij notariële akte van 17 november 1981 aan De G. afstand van zijn onverdeeld deel in de echtelijke woning voor de som van 825.000 fr. te betalen in tien jaren zonder interest.

Op 18 februari 1984 trad De G. in het huwelijk met ir. R. Van H. De G. verkocht de vroegere echtelijke woning te G. voor 2.000.000 fr. Het echtpaar Van H.-De G. kocht een landhuis te J. voor 3.000.000 fr. Notaris C. stelde op 4 december 1984 aan D. voor de hypotheek ten voordele van D. op het eerste onroerend goed over te dragen op het tweede.

D. stemde daar niet mee in. In een brief aan notaris J. van 6 januari 1985 legde hij uit wat de hoofdreden van zijn verzet was: «Door de verkoop van het huis in G. wordt afbreuk gedaan aan de basis van de overeenkomst tussen mijn ex-echtgenote en mij. Omwille van de kinderen, opdat zij daar zouden kunnen blijven wonen, want dit was psychologisch heel erg belangrijk vond mijn ex-echtgenote, was ik het ermee eens dat zij het huis in eigendom kreeg tegen betaling van de helft aan mij.»

Op 22 januari 1985 legde De G., die niet door een advocaat werd bijgestaan, een verzoekschrift neer bij de vrederechter te Merksem. De G. vroeg:

- verhoging van het onderhoudsgeld voor de kinderen – dat inmiddels ingevolge indexatie reeds 20.600 fr. per maand bedroeg – tot 30.000 fr. per maand;

- veroordeling van D. tot de helft van de kosten van orthodontie voor twee van de kinderen;

- wijziging van het bezoekrecht in een regeling van zaterdagmiddag 13 uur tot maandagochtend schooltijd.

Dit verzoekschrift werd toegewezen bij verstekvonnis van 12 februari 1985. De G. gaf aan gerechtsdeurwaarder R. opdracht over te gaan tot een betekening met bevel tot betaling. Dit zou plaatshebben op 27 februari.

D. had inmiddels mr. X geraadpleegd. Bij akte van 14 februari had hij verzet aangetekend tegen het verstekvonnis. In de akte van verzet legde D. uit dat hij in het kader van de vereffening-verdeling afstand had gedaan van een onroerend goed te G. De G. heeft dat eigendom nu verkocht. Er bestaat geen enkele reden om de onderhoudsbijdrage voor de kinderen te verhogen. De inkomsten- en gezinssituatie van De G. is verbeterd. Ze ontvangt 12.000 fr. kindergeld en ze heeft een nieuw huwelijk aangegaan. Er is evenmin reden om de bezoekenregeling te wijzigen. Voor zover dat toch nodig zou zijn, doet D. een ander voorstel.

Bij tussenvonnis van 8 maart werd het verzet ontvankelijk verklaard maar beval de vrederechter de heropening van het

debat. In een brief van 5 maart sprak D. aan mr. X zijn oprechte dank uit voor de manier, waarop deze zijn belangen behartigd en verdedigd had. Hij legde verder uit om welke redenen volgens hem na een echtscheiding in zijn voordeel er opnieuw geld van hem geëist werd. Hij stelde in dit verband een aantal argumenten voor.

Bij een bijzonder gemotiveerd vonnis van 22 maart werd het verstekvonnis bevestigd wat betreft het onderhoudsgeld. De vrederechter nam o.m. in overweging: «Gelet op het socio-cultureel niveau waarop de kinderen, gezien de rang en stand van hun ouders, recht hebben, zijn wij van oordeel dat voor de normale bijdrage – van deze drie opgroeiende kinderen een bedrag van 30.000 fr. per maand ten volle verantwoord is. Deze bijdrage van de vader ligt lager dan de helft van zijn maandinkomen. De moeder zelf heeft geen eigen inkomen en is uitsluitend aangewezen op het loon van haar huidige echtgenoot die ook maandelijks nog 67.500 fr. aan onderhoudsgeld afdraagt voor de kinderen van zijn eerste huwelijk...» D. werd ook akte gegeven van zijn aanbod de kosten van het remgeld voor de orthodontische behandeling van twee der kinderen voor zijn rekening te nemen: voor zover hij dit niet vrijwillig zou doen werd hij hiertoe veroordeeld. Het bezoekrecht werd anders geregeld: D. werd een bezoekrecht toegekend iedere eerste en derde weekend van elke maand van zaterdagmiddag 13 uur tot zondagavond 21 uur. Er werd tevens een vakantieregeling getroffen.

Mr. X ontving D. op 10 april. Op 11 april richtte D. hem een briefje met de vraag hoger beroep in te stellen. Op 16 april antwoordde mr. X: «Ik heb uw instructie om hoger beroep aan te tekenen in goede orde ontvangen. Ik zou u dank weten mij uw persoonlijke opmerkingen te willen doen geworden zodat ik ze kan verwerken in de akte van beroep. Mag ik u eveneens verzoeken mij in het kader van het hoger beroep een aanvullende provisie van 15.000 fr. te willen doen geworden.» De bijkomende provisie werd betaald op 16 april.

D. antwoordde aan mr. X bij brief van 8 mei. Hij schreef niet akkoord te kunnen gaan met de beslissing betreffende het onderhoudsgeld en het bezoekrecht. Tot voor kort waren er nooit problemen geweest met betrekking tot de uitvoering van het vroeger akkoord. Alles is het gevolg van de verkoop van de vroegere gezinswoning en de verhuis naar een nieuw aangekocht landhuis te J. De aanspraken met betrekking tot de verhoging van de onderhoudsgelden worden niet door stukken gestaafd. De nieuwe echtgenoot, Van H., heeft een hoger inkomen, maar moet – volgens de berekeningen van D. – uiteindelijk maar 6.850 fr. per kind betalen voor zijn vier kinderen. Overigens zou deze naar zijn weten nog maar alleen betalen voor twee kinderen.

In een brief van 28 mei schreef mr. X aan zijn cliënt: «Tot mijn ontsteltenis verneem ik nu pas dat het vonnis van de vrederechter aan u betekend zou zijn op 16 april 1985. U hebt mij deze betekenisakte nooit bezorgd. Dit betekent dat het in te stellen hoger beroep onontvankelijk zou worden verklaard wegens laattijdigheid. Waarom hebt u mij deze betekenisakte niet bezorgd?»

Het bleek inderdaad dat gerechtsdeurwaarder R. op 16 april een betekening had verricht op het politiecmissariaat. D. had de stukken van de betekening ontvangen op 2 mei.

In een brief van 4 juni 1985 beklagde D. zich bij de stafhouder bij de balie te Antwerpen. Mr. X had hem nooit ge-

zegt dat hij een betekening-bevel aan hem moest bezorgen. «Voor mij betekent zo een 'betekening-bevel' alleen dat het vonnis uitgevoerd moet worden of er nu al dan niet beroep wordt aangetekend.»

In een brief van 17 juni aan D. verwees de gerechtsdeurwaarder R. naar een op 24 april aan mr. X toegezonden afrekening. In die afrekening werd melding gemaakt van het betekening-bevel van 16 april 1985. De gerechtsdeurwaarder schreef daarin dat hij bij niet-betaling van de gerechtskosten zou dienen uit te voeren.

D. verwijt mr. X een beroepsfout te hebben begaan door niet tijdig hoger beroep te hebben ingesteld. Hij dagvaardde hem tot betaling van een schadevergoeding van 1.777.280 fr. met de vergoedende interesten, de gerechtelijke interesten en de kosten. Hij stelde dat de appelrechter het vonnis van de vrederechter gewijzigd zou hebben, zowel wat betreft het hoede- en bezoekrecht, als inzake het onderhoudsgeld. Zijn eisen zijn als volgt: materiële schade wegens supplementair onderhoudsgeld, 3.000 fr. per kind tot aan hun 25 jaar, in totaal 1.656.000 fr.; honorarium en gerechtskosten met betrekking tot hoger beroep: 21.280 fr.; morele schade: 100.000 fr.

In zijn conclusies verweet D. mr. X: 1) de termijn van hoger beroep te hebben laten voorbijgaan; 2) de onbevoegdheid van de vrederechter niet te hebben opgeworpen, nu de zaak behoorde tot de bevoegdheid van de jeugdrechter; 3) zijn conclusies onvoldoende te hebben uitgediept.

Mr. X hield van zijn kant o.m. staande dat hij niet op de hoogte was van de betekening van het vonnis. Hij werd slechts tijdens deze procedure in kennis gesteld van de brief van gerechtsdeurwaarder R. van 24 april.

De eerste rechter was van oordeel dat D. mr. X niet in kennis stelde van de betekening en dat niet is aangetoond dat deze op de hoogte was van de brief van de gerechtsdeurwaarder. Het is plausibel dat mr. X overvallen werd met een ongerust gevoel en dientengevolge zelf bij de gerechtsdeurwaarder informeerde op 28 mei. D. betwist dat mr. X hem verwittigd had dat hoger beroep diende te worden ingesteld binnen een maand na de betekening. Uit de uiteenzettingen van partijen blijkt echter dat mr. X aan D. het belang heeft uiteengezet dat aan dergelijke exploten gehecht moet worden. Mr. X mocht erop rekenen dat zijn cliënt hem kennis zou geven van de betekening, gelet op diens ervaring met zijn echtscheidingsprocedure en zijn beroepsactiviteit en studies. In de gegeven omstandigheden is het niet bewezen dat het overschrijden van de beroepstermijn aan een fout van mr. X te wijten is. Voor het overige blijkt niet dat de jeugdrechter anders geoordeeld zou hebben, dan de Vrederechter van Merksem. Het blijkt ook niet dat de conclusie onvoldoende was uitgewerkt. Er werd wel melding gemaakt van feitelijke gegevens, waarvan D. zegt dat ze niet werden aangevoerd. De vordering is ongegrond.

Overwegende dat de advocaten van D. op 27 februari 1992, d.i. drie dagen vóór de terechtzitting, 18 bladzijden conclusie neerlegden; dat de advocaat van mr. X bij conclusie van 28 februari vroeg deze conclusie uit het debat te weren, stellend dat de tegenpartij reeds 17 maanden weet op welke datum de zaak gesteld was en dit geen behoorlijke procesvoering meer is; dat de twee advocaten van D. hierop repliceren dat alles berust op een spijtig misverstand tussen hen beiden en zij vragen hun conclusie niet te weren, min-

stens de zaak te verwijzen naar de bijzondere rol zodat mr. X er eventueel op kan antwoorden;

Overwegende dat de enkele omstandigheid dat een partij kort voor de terechtzitting nog een conclusie neemt – welke onbehoorlijke procesvoering dit soms ook moge zijn – nog geen reden is om deze uit het debat te weren;

Overwegende dat de advocaat van mr. X ter terechtzitting heeft verklaard, dat mocht het Hof van oordeel zijn dat de conclusie van de tegenpartij niet uit het debat geweerd dient te worden, zijn cliënt in ieder geval geen nieuwe conclusie wil nemen; dat aldus blijkt dat het recht van verdediging van mr. X niet wordt geschaad door de enkele omstandigheid dat D. kort voor de terechtzitting nog een conclusie heeft genomen; dat ze derhalve niet uit het debat dient te worden geweerd en de zaak ook in staat van wijzen is;

...

Overwegende dat D. niet betwist mr. X niet in kennis te hebben gesteld van de hem gedane betekening-bevel; dat dit mr. X echter niet ontslaat van zijn beroepsaansprakelijkheid;

Overwegende dat immers een advocaat die met het aanwenden van een rechtsmiddel belast wordt, normaliter behoort zelf daarvoor onmiddellijk de nodige initiatieven te nemen ten einde dit tijdig te doen; dat het de advocaat staat zelf te letten op de termijn voor het aanwenden van het rechtsmiddel en hij zijn cliënt dus attent moet maken op de exacte betekenis van een mogelijk betekening-bevel en het belang hem hiervan onmiddellijk in kennis te stellen (P. Depuydt, *De aansprakelijkheid van de advocaat en de gerechtsdeurwaarder*, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, 63, nr. 57);

Overwegende dat een normaal voorzichtig advocaat in dezelfde omstandigheden geplaatst als mr. X, waarbij speciaal rekening gehouden dient te worden met het feit dat de tegenpartij niet bijgestaan werd door een advocaat, zijn cliënt stellig deze informatie zou hebben verstrekt; dat mr. X zich daar trouwens zeer goed van bewust is, nu hij beweert dat hij aan «D. het belang van een betekening reeds duidelijk (had) gemaakt»;

Overwegende dat natuurlijk niet elke informatie die een advocaat aan zijn cliënt verstrekt, het voorwerp moet uitmaken van een brief; dat echter, aangezien mr. X op 16 april een schrijven richtte aan zijn cliënt, hij hier beter een bemerking met betrekking tot een mogelijke betekening aan had toegevoegd; dat die brief thans de indruk wekte dat D. alle tijd had om zijn argumenten voor de akte van hoger beroep te doen kennen; dat het dan ook mr. X in zijn brief van 28 mei het helemaal niet nodig vond D. te zeggen dat hij hem op het belang van een betekening gewezen had; dat hieruit met zekerheid afgeleid kan worden, dat hij dat ook niet gedaan had;

Overwegende dat de door de eerste rechter ingenomen stelling dat het in feite niet nodig was D. de nodige informatie te verstrekken, omdat deze dat wegens zijn vroegere ervaringen en zijn opleiding en intellectueel niveau niet behoefde, niet kan worden gevolgd; dat een vrij beroep, zoals dat van de advocatuur juist een van zijn bestaansredenen vindt in het opvangen van de onkunde van de gemiddelde gebruiker, hier justitiabele (K. Geens, «De reglementering van het vrij beroep», *T.P.R.*, 1988, 147, nr. 13); dat door niets bewezen wordt dat D., niettegenstaande hij een geneesheer-ambtenaar is, dermate bijzonder onderlegd was of ervaring had opgedaan, dat hij geen informatie van zijn advocaat nodig had;

Overwegende dat de bedanking van D. aan mr. X op 5 maart 1985 niet relevant is, daar deze betrekking had op de behandeling van de zaak vóór het tussenvonnissen van de vrederechter van 8 maart 1985;

Overwegende dat dus vaststaat dat mr. X zelf de oorzaak ervan is geweest dat D. hem niet in kennis heeft gesteld van de betekening van het vonnis en daarom niet tijdig hoger beroep kon worden ingesteld; dat het overigens het Hof veel minder plausibel lijkt dan aan de eerste rechter, dat de brief van gerechtsdeurwaarder mr. X niet te gelegenertijd zou hebben bereikt, wat meteen een meer waarschijnlijke uitleg is waarom hij naar deze gerechtsdeurwaarder heeft getelefoneerd;

Overwegende dat de schade die D. door de beroepsfout van mr. X geleden heeft inderdaad bestaat in het verlies van de uitoefening van zijn recht om hoger beroep in te stellen; dat de omvang van de schade afhangt van het verlies van de redelijke kans die hij had om zijn verweer na het aanwenden van het rechtsmiddel van het hoger beroep door de uiteindelijke bevoegde rechter – zij het dat dit de jeugdrechter was – ingewilligd te zien (vgl. bv. A. Van Oevelen, «De professionele aansprakelijkheid van de advocaat en de gerechtsdeurwaarder bij de betekening van een dagvaarding», noot bij Gent, 26 februari 1981», *R.W.*, 1982-83, 449, nr. 5);

Overwegende dat het Hof zich niet in de plaats kan stellen van de rechter die geoordeeld zou hebben over de grond van de zaak; dat slechts de redelijke kans op een voor D. meer gunstige beslissing beoordeeld moet worden;

Overwegende dat een beslissing over de bijdrageverplichting in het onderhoud van de kinderen en de bepaling van het bezoekrecht – het hoederecht stond in werkelijkheid niet ter discussie – een zeer delicate aangelegenheid is en voor de betrokkenen, hier beide ouders, bijna steeds aanleiding geeft tot het aanvoeren van allerlei argumenten; dat nagegaan dient te worden of de argumenten van D. voldoende relevant lijken, hierbij dan toch rekening gehouden met het feit dat er – zij het door de beroepsfout van mr. X – geen tegenspraak meer is van De G.;

Overwegende dat het enige, wat te dezen in het oog springt, de fikse verhoging van de onderhoudsbijdrage is; dat de onderhoudskosten van de opgroeiende kinderen wel zullen zijn gestegen, maar dat het minder evident is dat De G. haar financiële toestand niet zou hebben verbeterd door haar nieuw huwelijk;

Overwegende dat kortom niet onwaarschijnlijk is dat de verhoging van de onderhoudsbijdrage gevoelig zou zijn verminderd; dat bij gebreke van precieze gegevens te dezen en ook rekening houdend met de omstandigheid dat een disconto moet worden toegepast wegens gedeeltelijk vervroegde betaling, het billijk lijkt D. een ex aequo et bono op de dag van vandaag geraamde schadevergoeding toe te kennen van in totaal 450.000 fr.;

Overwegende dat, wat betreft de regeling van het bezoekrecht, een ex aequo et bono op de dag van vandaag geraamde schadevergoeding van 1 fr. volstaat;

Overwegende dat mr. X daarenboven gehouden is tot betaling van een schadevergoeding van 21.280 fr. voor nutteloos honorarium en gerechtskosten, met de vergoedende interesten vanaf 4 juni 1985, zoals bij conclusie gevraagd;

Overwegende dat ten slotte het verwijt dat mr. X in de akte van verzet de onbevoegdheid van de vrederechter niet heeft opgeworpen en voor de vrederechter geen conclusies heeft

genomen – voor zover dit laatste een fout is geweest – geen andere of grotere schade kan hebben toegebracht dan die ten gevolge van de beroepsfout, welke geleid heeft tot het niet tijdig instellen van hoger beroep;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 21 JANUARI 1993

Raadsheer: de h. Blondeel

Advocaten: mrs. Deck loco Eykerman, Hostens loco Verboekhoven en Legrand

Koop – Verborgen gebrek – Begrip – 1. Vermoeden van kennis van het gebrek – Tegenbewijs – Onnaspeurbaar karakter van het gebrek – 2. Eigen fout van slachtoffer van verborgen gebrek van verkochte zaak

1. Een gasfles met een lekkende kraan, die inwendig niet afsluit wanneer ze met de grootst mogelijke handkracht is dichtgedraaid, is behept met een gebrek in de zin van de artt. 1641 e.v. B.W.

Dit gebrek is verborgen als blijkt dat de lekkende kraan niet kon worden vastgesteld bij de inontvangstneming van de gasfles en een deskundige het bestaan ervan slechts heeft kunnen aantonen na het uitvoeren van een proefopstelling en het doorzagen van de afsluitkraan.

De fabrikant-verkoper en de gespecialiseerde verkoper zijn verplicht de verkochte zaak zonder gebreken te leveren en zijn gehouden alle nuttige maatregelen te nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen, zodat zij, indien het bestaan van een verborgen gebrek wordt aangetoond, de door de koper geleden schade moeten vergoeden, tenzij ze bewijzen dat dat gebrek onmogelijk kon worden opgespoord.

De onnaspeurbare aard van het verborgen gebrek hangt niet af van de technische verificatiemogelijkheden waarover de verkoper in concreto beschikt.

2. De koper van een defecte gasfles, die vastgesteld had dat de gasfles lekte, en poogde ze te manipuleren in aanwezigheid van een brandende stookoliekachel, geeft blijk van onvoldoende voorzichtigheid en dient zelf in te staan voor een vijfde van de door de defecte gasfles veroorzaakte schade.

N.V. E. t/ N.V. R., De C. en B.V.B.A. G.

Het geschil en de beslissing van de eerste rechter

De heer De C. en diens brandverzekeraar, de N.V. R., dagvaardden oorspronkelijk de B.V.B.A. H., de B.V.B.A. G. en de N.V. E. met het oog op vergoeding van schade, respectievelijk terugbetaling van uitgekeerde vergoeding, nadat op 9 februari 1987 in het huis van De C. een brang had gewoed.

Er werd beweerd dat de brand is ontstaan nadat De C. een nieuwe, maar defecte fles butaangas had aangesloten aan een gasfornuis. Het defect bestond erin dat zelfs met volledig dichtgedraaide kraan er gas vrijkwam. Bij het loskoppelen van de fles aansluiting kwam er een hoeveelheid gas vrij en die vatte vuur door aanwezigheid van een brandende stookoliekachel.

De C. stelt dat hij de fles onmiddellijk naar buiten sleepte en dat hij daardoor brandwonden opliep, terwijl een groot deel van de woning werd vernield.

De bewuste fles werd aan De C. verkocht door de B.V.B.A. H., die ze zelf aangekocht had bij de dealer B.V.B.A. G., terwijl ze geproduceerd was door appellante N.V. E.

De doorverkopers, B.V.B.A.'s H. en G. stelden allebei een vrijwaringseis in tegen hun voorverkoper(s), respectievelijk G. en E., wat eerstgenoemde aangaat, en enkel E. wat laatstgenoemde betreft.

De eerste rechter achtte de vordering ongegrond voor zover ze tegen B.V.B.A. H. was gericht, maar gegrond tegen zowel G. als E. Ook de vrijwaringseis ingesteld door G. werd ingewilligd. Zij oordeelde evenwel dat ook De C. voor de helft aansprakelijk was omdat hij niet als een voorzichtig huisvader gehandeld had.

Beoordeling

...

De feiten

Overwegende dat de betwiste schade zich voorgedaan heeft op 9 februari 1987 in de woning van appellant De C., omstreeks kwart over vier 's namiddags;

dat toen de brandweer ter plekke kwam een brandende gasfles waar een vlam van 50 tot 60 cm lang uitkwam, tegen de rand van de rijbaan stond, terwijl De C. met verschroeid haar en brandwonden aan beide armen en handen op de grasmat naast de woning lag;

dat betreffende de brand een geseponneerd vooronderzoek werd gevoerd binnen het bestek waarvan een deskundig ingenieur een specifieke onderzoeksoverdracht uitvoerde;

Overwegende dat ir. Debontridder, die binnen een uur na de brand ter plaatse kwam onder meer de volgende vaststellingen deed:

– het vuur ontstond in de eetkamer, die volledig uitbrandde; in die eetkamer bevonden er zich twee verplaatsbare gaskachels en één die aangesloten was op de schouw via een onconventionele aansluiting;

– een gasfles E. met nr. B 319375 werd vrij vlug tijdens de brand naar buiten geworpen nadat voordien de ontspanner van de fles werd afgeschroefd; er waren moeilijkheden met die gasfles, die vuur gevat heeft;

dat voormelde deskundige na onderzoek van de kraan van de gasfles tot de volgende bevindingen kwam:

– na de brand lekt de kraan 0.45 liter/minuut; dit debiet wordt behaald in gesloten toestand, waarbij dit laatste bevestigd dat met de hand zo groot mogelijke kracht werd uitgeoefend op het draaibaar gedeelte;

– de kraan sluit inwendig niet af daar er in afgesloten stand van de kraan een speling is van 0,3 mm tussen de bovenzijde van het centrale beweegbare gedeelte en de cirkelvormige vlakke onderkant van het bovenste centrale draaibare gedeelte;

dat de expert besluit dat de kraan nagenoeg zeker niet goed afslot voordat de brand uitbrak, waardoor het vrijkomende gas werd aangestoken door de stookoliekachel;

Overwegende dat De C. omstreeks 20 uur ondervraagd werd in het brandwondencentrum van het St.-Pietersziekenhuis te Leuven, en toen onder meer verklaarde:

– dat hij werkzaamheden uitvoerde aan het rolgasvuur, omdat de gevulde fles butaangas defect was sedert de week

voordien, hetgeen hij gemerkt had omdat het vuur nog zachtjes bleef branden toen de afsluitkraan was dichtgedraaid;

– dat hij besloot de fles te ontkoppelen en een oplossing zocht waarbij het gas in de fles zou blijven, om de leverancier het defect te bewijzen;

– dat hij z'n oplossing uitvoerde in het midden van z'n woonplaats waar een stookoliekachel brandde en dat er bij het losdraaien van de moer naar de ontspanner gas ontsnapte, in die mate dat hij erdoor verrast was;

– dat hij de moer niet meer op de gasfles kon draaien en de ontkoppelde gasfles, die reeds vuur gevat had, vervolgens tot buiten de woning heeft gedragen en dat het ontsnapte gas vermoedelijk in brand is gevlogen door het aanwezige vuur van de brandende kachel;

– dat de defecte fles butaangas geleverd werd door de firma H.;

De produktenaansprakelijkheid

1. Overwegende dat twee van de oorspronkelijk gedaagden, G. en H., betwisten de defecte gasfles verkocht te hebben;

dat E. betwist dat ten tijde van de verkoop de bewuste fles met een verborgen gebrek behept was en het verslag van ir. Debontridder als eenzijdig afwijst;

dat partij H. zich bij die kritiek aansluit en samen met G. en E. beweert dat het gebrek hoe dan ook onnaspeurbaar was;

2. Overwegende dat De C. ten tijde van z'n ondervraging spontaan stelde dat de flessen aangekocht werden bij de firma H.;

dat de zaakvoerder van deze laatste op 10 februari 1987 verklaarde dat De C. af en toe een fles gas kwam kopen in de zaak doch dat hij hem het laatste half jaar niet meer had gezien;

Overwegende dat een buurman van De C. bevestigde dat hij regelmatig boodschappen deed voor laatstgenoemde omdat deze over geen vervoer beschikte;

dat hij expliciet stelde dat hij herhaald flessen gas haalde bij de firma H. en dat hij er twee à drie weken voor de brand voor De C. drie flessen gas aankocht van 13 kg ieder;

dat die verklaring plausibel voorkomt en een verklaring biedt waarom H. De C. sinds zes maanden niet meer had gezien;

Overwegende dat overigens noch H. noch G. bij wege van leveringsnota's omtrent de door hen verdeelde genummerde gasflessen een indicatie leveren dat gasfles nr. B 319375 niet tot de door hen verkochte gasflessen heeft kunnen behoren;

dat er zodoende geen twijfel kan over bestaan dat de litigieuze gasfles door de firma H. verkocht werd;

Overwegende dat de zaakvoerder van laatstgenoemde firma de B.V.B.A. G. aanwees als haar leverancier;

dat G. niet betwist dat zij dealer is van E.-gasflessen en evenmin dat zij aan H. leverde;

dat zodoende evenzeer dient bewezen geacht te worden dat partij G. bedoelde fles butaangas verkocht;

3. Overwegende dat ir. Debontridder, die door de procureur des konings te Leuven als deskundige werd aangesteld, precies een maand na de brand, op 9 maart 1987, een verslag indiende waarin hij een gemotiveerde mening omtrent de oorzaak van de brand formuleerde;

Overwegende dat de firma H. op 16 februari 1987 door een expertisebureau – dat optrad namens verzekeraar R. uitge-

nodigd werd om de geplande onderzoeksverrichtingen bij te wonen;

dat zij daarbij werd gewezen op de vermoedelijke oorzaak van de brand – een defecte gasfles – en werd uitgenodigd om ook de fabrikant tot aanwezigheid uit te nodigen; dat zij tevens in kennis werd gesteld dat de fles in beslag werd genomen en voorwerp uitmaakte van een deskundig onderzoek;

dat op 30 maart 1987 een bijeenkomst plaats had met het oog op een contradictoire bepaling van de schade en dat alle in het geding aanwezige partijen daarbij aanwezig of vertegenwoordigd waren;

Overwegende dat de drie oorspronkelijk gedaagde partijen kennelijk nooit afwijzend gereageerd hebben op de geventeerde mogelijkheid betreffende de oorzaak van de brand en dat zij het evenmin nuttig geoordeeld hebben tussen te komen in de verrichtingen van de door het parket aangestelde deskundige;

Overwegende dat ir. Debontridder onafhankelijk van de door De C. afgelegde verklaring tot het besluit kwam dat de door hem onderzochte gasfles lekte;

dat het lek verband hield met de defecte kraan, die 0,45 liter/minuut lekte en die inwendig niet afsloot wanneer ze met de grootst mogelijke handkracht was dichtgedraaid;

dat de expert ook besloot dat dit defect nagenoeg zeker aanwezig was toen de brand uitbrak;

Overwegende dat deze besluiten van de deskundige aansluiten bij hetgeen De C. voordien al observeerde, namelijk dat, toen hij de kraan had dichtgedraaid, er nog een lichte vlam bleef branden;

Overwegende dat geen van de oorspronkelijk gedaagde partijen enige relevante kritiek weten te formuleren op de conclusies van de expert of op de wijze waarop hij z'n onderzoek verricht heeft;

dat met name de opmerkingen geformuleerd door E. en waarbij zij stelt dat het lek in de kraan net zo goed ontstaan kan zijn door de hitte van de brand als door het buitengooien van de fles, bepaald weinig pertinent voorkomt en voorbijgaat aan het feit dat het gas wel degelijk binnenshuis ontsnapte vooraleer de brand uitbrak, en dat de fles naar buiten werd gegooid precies wegens het feit dat ze in brand stond;

dat verder uit de verklaring van S. blijkt dat de buitengegooide fles bleef branden niettegenstaande ze door een omstaander «dichtgedraaid» zou zijn, hetgeen alleen maar bevestigt dat die fles niet kon worden gedicht zoals behoorde;

dat zelfs bij verwijdering van de ontspanner de gasfles dicht moest blijven indien de kraan goed afsloot;

Overwegende dat, geconfronteerd met de verklaring van De C. en de bevindingen van ir. Debontridder – zowel ter plaatse als in z'n proefruimte –, geen van de drie verkopers overigens enige concrete suggestie formuleert omtrent hoe de brand ontstaan zou zijn, onafhankelijk van de defecte aanwezigheid van gasfles nr. B 319375;

dat de twee overige in de woonruimte aanwezige gevulde gasflessen overigens kennelijk geen probleem gesteld hebben niettegenstaande de uitgebroken brand;

Overwegende dat in deze omstandigheden de concordante verklaringen van De C. en bevindingen van de expert gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens vormen en dat er geen aanleiding bestaat om een aanvullend onderzoek te gelasten;

dat bewezen is dat de bewuste gasfles aan de basis lag van de uitgebroken brand en wel ten gevolge van het feit dat ze met een gebrek was behept;

4. Overwegende dat uit de aard van het vastgestelde gebrek, namelijk een lekkende kraan, blijkt dat het niet kon worden vastgesteld bij de inontvangstneming ervan en dat het namelijk niet zichtbaar was;

dat de expert het bestaan van het gebrek trouwens slechts heeft kunnen aantonen na het uitvoeren van een proefopstelling en doorzaging van de afsluitkraan;

dat het gebrek ontegenzeggelijk verborgen was voor partij De C.;

Overwegende dat De C. het bestaan van het gebrek opgemerkt heeft toen hij de gasfles voor het eerst aangesloten had aan een mobiel gasvuur, in de loop van de week voor maandag 9 februari;

dat er volgens buurman W. twee à drie weken verstreken waren tussen het ogenblik van de brand en de dag waarop hij ze aankocht;

Overwegende dat ir. Debontridder geen enkel ongewoon fenomeen kon vaststellen omtrent het uiterlijk van de gasfles;

dat hij namelijk niet kon vaststellen dat er voordien met de kraan geknoeid zou zijn;

dat appellante E. verder op geen enkele wijze enig nuttig gegeven aanbrengt omtrent haar insinuatie dat de litigieuze gasfles vervuld zou zijn «op de zwarte markt» buiten enige controlemogelijkheid van haar kant om;

dat er zodoende niet aan getwijfeld kan worden dat de gasfles minstens in de kiem met het verborgen gebrek behept was ten tijde van de verkoop ervan (cf. Herbots & Pauwels, *T.P.R.*, 1989, «Overzicht van rechtspraak Bijzondere Overeenkomsten», nrs. 54, 59 en 60, pp. 1089-1096);

Overwegende dat de fabrikant-verkoper en de gespecialiseerde verkoper verplicht zijn de zaak zonder gebreken te leveren en gehouden zijn alle nuttige maatregelen te nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen, zodat zij, indien het bestaan van een gebrek wordt aangetoond, de door de koper geleden schade moeten vergoeden, tenzij ze bewijzen dat het gebrek onmogelijk kon worden opgespoord (*Cass.*, 6 mei 1977, *Pas.*, 1977, I, 907; *Cass.*, 17 mei 1984, *Pas.*, 1984, I, 1128; *Cass.*, 7 december 1990, *R.W.*, 1992-93, 431 e.v., met noot T. Van Sweevelt);

Overwegende dat noch E., noch G., noch de firma H. betwisten dat zij verkoper-fabrikant, respectievelijk gespecialiseerd verkoper zijn van gasflessen;

dat zij zich evenwel alle drie beroepen op het onnaspeurbaar karakter van het gebrek;

5. Overwegende dat geïntimeerde H. doet gelden dat de verkoop van flessen butaangas slechts een miniem onderdeel van haar verkoop vormt en dat zij aangewezen is op de vakkennis van de fabrikant;

dat G. verwijst naar het bestaan van een constructiefout die haar niet toerekenbaar is;

dat E. opwerpt dat de vulling van de gasflessen aan een dubbele controle onderworpen is, onder meer wat de gaafheid van de kranen betreft;

Overwegende dat B.V.B.A. G. zowel als B.V.B.A. H. gespecialiseerd is in de verkoop van flessen butaangas, zij het dat laatstgenoemde zulks slechts op bijkomende wijze zou doen;

dat het hun in die hoedanigheid toekomt om in het algemeen met betrekking tot de verhandeling van de besproken goederen van alle nodige zorgvuldigheid blijkt te geven en dat deze onder meer de controle op de gaafheid van de afsluitkranen betreft;

Overwegende dat de onnaspeurbare aard van het gebrek niet afhangt van de technische verificatiemogelijkheden waarover de verkoper in concreto beschikte (Cass., 7 december 1990, *R.W.*, 1992-93, 431 e.v.);

dat het ontbreken in de handelszaken van de verkopers van gesofisticeerde controleapparatuur om de dichtheid te toetsen overigens in casu des te minder als argument ter verschoning aangevoerd kan worden nu een elementaire proef met zeepsop blijkbaar al kan volstaan om de ontsnapping van gas te detecteren (cf. de richtlijnen voor huishoudelijk en ambachtelijk gebruik verstrekt door E. zelf), terwijl in casu een lek van formaat ter discussie staat;

Overwegende dat de fabrikant E., die verwijst naar een vulcentrum B.S., geen nuttig verweer kan putten uit het bestaan van controleprocedures betreffende het vullen van de flessen en het opsporen van lekken;

dat in casu alleen maar vastgesteld kan worden dat E. met betrekking tot de defecte gasfles niet eens aantoonde dat de controleprocedures gevolgd werden en verder dat voor zover ze wèl nageleefd werden, ze kennelijk gefaald hebben;

Overwegende dat zodoende de fabrikant E. en de verkopers G. en H. zich met betrekking tot de lekkende gasfles bevestigen niet op onoverkomelijke onwetendheid kunnen beroepen;

dat zij het vermoeden te hunnen laste niet weerleggen;

Overwegende dat in hoger beroep niet langer ter discussie staat dat de rechtsvordering werd ingesteld binnen de vereiste korte termijn;

Overwegende dat de oorspronkelijke verweerders op grond van de artt. 1641-1643 van het Burgerlijk Wetboek derhalve alle drie aansprakelijkheid treft voor de door het gebrek veroorzaakte schade;

De medeaansprakelijkheid van het slachtoffer

Overwegende dat de drie oorspronkelijke gedaagden allen beweren dat het slachtoffer dermate onvoorzichtig te werk is gegaan bij de manipulatie van de gasfles, waarvan hij wist dat ze lekte, dat diens gedrag als uitsluitende oorzaak van de schade beschouwd dient te worden;

Overwegende dat uit de verklaringen van partij De C. blijkt dat hij de defecte fles gas gedurende één uur gebruikt had in de loop van de eerste week van februari en dat hij bij die gelegenheid vastgesteld had dat, niettegenstaande hij de kraan volledig had dicht gedraaid, de fles niet helemaal afsluit;

dat hij daarop de gastoevoer met de knop van het toestel zelf had afgesloten;

Overwegende dat De C. enkele dagen later, op maandagmiddag 9 februari 1987 besloot de fles gas te ontkoppelen van het verwarmingstoestel en daarbij van plan was de fles zodanig te manipuleren dat het gas in de fles zou blijven, opdat hij het lek nadien zou kunnen bewijzen;

dat hij daarbij van plan was om de moer van de ontspanner los te draaien en vervolgens de stop (capsule) – die bij elke nieuwe fles gas geleverd werd – omgekeerd op de rand van de afsluitkraan te persen door middel van die moer, waarna hij de afdekkop op de fles zou schroeven;

Overwegende dat de door De C. geplande manipulatie niet verder aan uitvoering toe geraakte dan het losdraaien van de moer naar de ontspanner;

dat er bij dit ontkoppelen onmiddellijk dermate veel gas vrijkwam dat er in de hele woonruimte vlammen ontstonden en De C. de moer niet meer opnieuw kon vastschroeven;

dat hij daarop de brandende fles heeft buiten gedragen en op de rijbaan gegooid;

Overwegende dat partij De C. naar diens zeggen de afsluitkraan na het eerste gebruik had dichtgedraaid en vervolgens de gastoevoer met de knop van het toestel zelf had afgesneden;

dat hoe dan ook de aangesloten fles gas slechts ontkoppeld kon worden door de ontspanner los te schroeven, zodat De C. geen onvoorzichtigheid verweten kan worden in zoverre hij deze handeling verrichtte;

Overwegende dat de fles gas verder aan een verwarmingstoestel was aangesloten en dat uit de overgelegde stukken niet afgeleid kan worden dat toestel en fles samen, zonder ontkoppeling vooraf dus, vlot uit de woning geëvacueerd konden worden;

dat uit de gebruiksaanwijzing waaraan E. refereert – maar waarvan niet blijkt dat ze ooit aan De C. overhandigd werd – overigens blijkt dat in geval van lekkage als een mogelijke uitweg gesteld wordt (na voorafgaande sluiting van fleskraan en toestelkraan) «de fles ontkoppelen, ze in open lucht plaatsen en de plaatselijke verdeler verwittigen» (punt g. uit de richtlijn: *'in geval van lek'*);

dat ook op dit onderdeel van de door De C. gevolgde handwijze hem geen tekortkoming toegerekend kan worden;

Overwegende dat uit het deskundig verslag vervolgens blijkt dat er een stookoliekachel brandde in de woonruimte waarin partij De C. de gasfles poogde te manipuleren;

dat de expert meende dat deze kachel zich op anderhalve meter afstand bevond van de defecte gasfles;

Overwegende dat uit het schema betreffende de indeling van de woning blijkt dat het een uitermate bescheiden pand betrof, zonder centrale verwarming, en waarin allerlei rommel opgestapeld werd;

dat blijkbaar enkel de uitgebrande woonruimte – die de enige leefruimte was in het pand – verwarmd werd en dat de feiten zich afspeelden tijdens de winter;

dat bezwaarlijk als abnormaal valt te beschouwen dat er in die ruimte gestookt werd;

Overwegende dat nadere gegevens omtrent de werking van de voormelde stookoliekachel ontbreken en dat onduidelijk blijft of bij het branden ervan al dan niet vlammen of vuur zichtbaar zijn, zodanig dat niet uitgemaakt kan worden of de aandacht van de bewoner op evidente wijze getrokken kon worden door het risico van het nabije vuur;

Overwegende dat De C. duidelijk wist dat de gasfles lekte;

dat hij er rekening mee diende te houden dat de aanwezigheid van een brandende kachel een gevaar voor ontbranding van ontsnappend gas kon inhouden en zodoende eventueel de kachel tijdelijk diende te doven;

dat hij van onvoldoende voorzichtigheid heeft blijk gegeven en dat hem uit dien hoofde mede aansprakelijkheid treft voor de geleden schade;

Overwegende dat evenwel gebleken is dat het kraanlek uitzonderlijk omvangrijk was;

dat De C. de fles voordien normaal had kunnen aansluiten en er na het benutten van de gasfles geen uiterlijk waarneembare signalen waren omtrent de omvang van het lek;

dat precies door de belangrijkheid van het defect dermate veel gas zich ineens heeft kunnen verspreiden dat er overal vlammen ontstonden;

Overwegende dat verder helemaal niet bewezen wordt dat de 68-jarige De C. dronken was toen hij de gasfles ontkoppelde en zodoende niet doordacht te werk gegaan zou zijn;

dat op dit punt geen enkel afdoende overtuigingsstuk wordt overgelegd en dat de mogelijk verdwaasde gedraging van het slachtoffer, zowel vlak na het uitbreken van de brand – weigering om de woning te verlaten – als meteen na z'n opname in het ziekenhuis, te verklaren valt door het schokkende van de gebeurtenissen;

Overwegende dat in die omstandigheden het slachtoffer De C. zelf een aansprakelijkheidsaandeel van 1/5 toegerekend dient te worden;

dat de aansprakelijkheid voor het overige toevalt aan de drie oorspronkelijk verwerende partijen en dat het gepast voorkomt hun een vergoedingsverbintenis in solidum op te leggen;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 21 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Top

Advocaten: mrs. Nichels, Declerck en Demeyer

Beslag en executie – Rangregeling – Onroerend goed – Hypothecaire schuldeiser van koper – Gewone schuldeiser van koper

Wanneer de hypothecaire schuldeiser van de koper en een gewone schuldeiser van de koper beiden hun rechten op de door hun schuldenaar gekochte goed hebben geëffectueerd, de hypothecaire schuldeiser door de inschrijving van de hypotheek tegelijk met de overschrijving van de aankoop door hun debiteur; de gewone schuldeiser door de overschrijving van het bevel vóór de overschrijving van de aankoop en de inschrijving van de hypotheek, moet in beginsel de anterioriteitsregel worden toegepast.

N.V. C. t/ N.V. L. e.a.

Het bestreden vonnis (Beslagrechter Kortrijk, 24 februari 1992) doet uitspraak over de tegenspraak van appellante tegen de akte van rangregeling de dato 8 oktober 1991 van notaris Maelfait, zesde geïntimeerde, betreffende de verdeling van de opbrengst van een op vervolging van appellante tegen derde, vierde en vijfde geïntimeerde uitgewonnen en aan tweede geïntimeerde toegewezen onroerend goed, dat een te verdelen saldo oplevert van 666.638 frank.

Het goed behoorde in onverdeeldheid toe aan de partij V.-L. en de partij P., elk voor de helft. De tegenspraak betreft enkel de verdeling van het aandeel in de opbrengst toekomen aan de partij V.-L., zijnde 333.319 frank, waarop de hypothecaire schuldvordering van de N.V. C. ingeschreven op 12 juli 1989, in samenloop komt met de chirografaire schuldvor-

dering van de N.V. L., die een bevel tot betaling liet overschrijven op 10 juli 1989.

Uitgaande van het standpunt dat de hypothecaire inschrijving de dato 12 juli 1989 moet wijken voor het eerder op 10 juli 1989 overgeschreven bevel, zulks met toepassing van de artikelen 1575 en 1577 Ger.W., heeft de notaris in de akte van rangregeling de som van 333.319 frank pondspondsgewijze verdeeld, zodat de N.V. C. 322.024 frank krijgt en de N.V. L. 11.295 frank.

Bij deurwaardersakte van 15 november 1991 deed de N.V. C. tijdig tegenspraak, aanvoerend dat, nu de hypothecaire lening aan de kopers van het onroerend goed (V.-L. en P.) werd toegestaan bij akte de dato 23 mei 1989, dezelfde dag als het verlijden van de aankoopakte, en de hypothecaire inschrijving gebeurde tezelfdertijd met de overschrijving van de eigendomstitel op 12 juli 1989, geen rekening kan worden gehouden met een bevel tot betaling overgeschreven op 10 juli 1989, dit is vooraleer de schuldenaars eigenaars werden erga omnes van het bedoelde goed.

Bij het bestreden vonnis werd de tegenspraak ongegrond verklaard, met als redengeving dat, nu de schuldenaars in feite reeds eigenaar waren vanaf de datum van de aankoop, de N.V. L. gerechtigd was vanaf die datum een bevel voorafgaand onroerend beslag te betekenen en te laten overschrijven en dat deze overschrijving overeenkomstig artikel 1577 Ger.W. tot gevolg heeft dat de latere hypothecaire inschrijving haar niet tegenstelbaar is; (...)

Appellante duidt de eerste rechter ten grieve de bepaling van artikel 1 Hypotheekwet te hebben geschonden, luidens hetwelk een niet overgeschreven eigendomsoverdracht niet kan worden ingeroepen tegen derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd. Zij stelt dat, zolang de overschrijving niet is geschied, de overdracht slechts tussen partijen «tegenstelbaar» is.

Appellante wil doen aannemen dat de N.V. L. niet gerechtigd was haar schuldenaars reeds als eigenaars te beschouwen vanaf de datum van de akte, maar verliest blijkbaar uit het oog dat zij zelf net hetzelfde heeft gedaan: zij liet de kopers het goed in hypotheek geven vooraleer de overdracht was overgeschreven. Beiden hadden het recht zich reeds op die overdracht te beroepen.

Hieruit volgt dat, wanneer zij beiden als schuldeisers hun specifieke rechten op dat goed hebben geëffectueerd (appellante door de inschrijving van de hypotheek op 12 juli 1989, eerste geïntimeerde door de overschrijving van het bevel op 10 juli 1989), de anterioriteitsregel van artikel 1577 Ger.W. in beginsel moet worden toegepast: de zelfs vóór de overschrijving van het bevel gevestigde maar nog niet ingeschreven hypotheek kan niet worden ingeroepen tegen de schuldeiser die het bevel liet overschrijven.

Voor zover hier aanleiding bestaat tot toepassing van artikel 1 Hyp.Wet, moet men vaststellen dat eerste geïntimeerde zich op de nog niet overgeschreven eigendomstitel van haar schuldenaars beroept tegen appellante, die echter niet beschouwd kan worden als een derde die zonder bedrog heeft gecontracteerd, in de zin van deze bepaling.

Appellante kan immers niet ontkennen dat ze de bedoelde eigendomstitel kende toen ze met de kopers heeft gecontracteerd, aangezien dezen slechts een goed waarvan ze reeds eigenaar zijn in hypotheek kunnen geven. Deze kennis van de akte volstaat om appellante de bescherming van artikel 1

Hyp.Wet te ontzeggen (Cass., 19 maart 1965, *R.W.*, 1965-66, 391).

Dat de situatie volkomen anders zou kunnen zijn, indien eerste geïntimeerde in samenloop kwam met een schuldeiser van de verkoper van het bedoelde goed die nog vóór de overschrijving van de akte een bevel zou hebben laten overschrijven, zoals appellante terecht opmerkt, bevestigt alleen de juistheid van de hier verdedigde stelling: indien deze derde het bestaan van de verkoopakte niet kende, heeft hij niet met bedrog gecontracteerd en is hij dus door artikel 1 Hyp.Wet beschermd.

Blijft nog de vraag of appellante haar hypotheek had kunnen laten inschrijven vóór de overschrijving van de akte van overdracht. Appellante beweert wel, maar bewijst niet, dat de hypotheekbewaarders dergelijke inschrijvingen weigeren. In elk geval staat vast dat de hypotheekbewaarder in casu de overschrijving aanvaard heeft van een bevel voorafgaand onroerend beslag ten aanzien van een goed, waarvan de overdracht ten voordele van de schuldenaars nog niet was overgeschreven.

Appellante betwist ten onrechte de geldigheid van de overschrijving van dit bevel. Er anders over oordelen zou betekenen dat een schuldenaar zou kunnen ontsnappen aan de uitwinning van een onroerend goed door gewoonweg zijn aankoopakte niet te laten overschrijven.

De tegenspraak van appellante werd dus terecht ongegrond verklaard.

NOOT – Bedenkingen over eigendomsoverdracht van en zakelijke rechten op onroerende goederen bij een conflict tussen de beslagleggende schuldeiser van de koper en zijn hypothecaire kredietgever

1. Het zal wellicht niet alle dagen gebeuren dat een (gewone) schuldeiser van een koper van onroerend goed de kans krijgt om tussen de dag van het verlijden van de transportakte van dat goed – tegelijk met de hypotheekakte – en de daarmee gepaard gaande betaling van de koopsom en de dag van de overschrijving van die transportakte én inschrijving van die hypotheek, op dat goed beslag te leggen. Indien een dergelijke kans zich voordoet, kan dit bepaalde partijen immers erg zuur opbreken, zoals moge blijken uit het geannoteerde arrest, gewezen in een zaak waarin zoets zich wel degelijk heeft voorgedaan. Het arrest is bovendien een goede aanleiding om meerdere aspecten van ons zakenrecht even scherp te stellen.

2. De chronologie van dit geval was kort – en vereenvoudigd – samengevat:

- Primus verkoopt een onroerend goed aan Secundus, waarbij de transportakte notarieel wordt verleden op 23 mei 1989;

- op dezelfde 23 mei 1989 wordt ook de hypotheekvestiging door Secundus aan zijn kredietgever Tertius notarieel verleden;

- Quartus, een gewone schuldeiser van Secundus, legt onroerend beslag op het goed en het bevel wordt overgeschreven op 10 juli 1989;

- pas op 12 juli 1989 wordt de transportakte overgeschreven en de hypotheek ingeschreven;

- de met de rangregeling na uitwinning van het goed belaste notaris verdeelt de opbrengst evenredig over de beslaglegger en de hypothecaire schuldeiser, ervan uitgaande dat

de hypotheek geen voorrang heeft op het beslag. Waarmee de hypotheekhouder het niet eens was.

3. *De precieze functie van de overschrijving.* De eerste vraag voor de oplossing van dit conflict luidde of de schuldeisers van de koper zich reeds vóór de overschrijving van de transportakte, op de eigendomsovergang, die ex hypothesi tussen partijen heeft plaatsgevonden, kunnen beroepen om beslag te leggen op het gekochte goed. Deze vraag werd door het arrest terecht positief beantwoord.

Nu moet toegegeven worden dat dit antwoord niet evident klinkt, maar dat is dan het gevolg van de erg onnauwkeurige wijze waarop de rol van art. 1 Hypotheekwet doorgaans wordt omschreven. De hypotheekhouder had op de traditionele verwoording een beroep gedaan door te stellen dat, zolang de overschrijving niet is geschied, de eigendomsoverdracht slechts tussen partijen heeft plaatsgevonden, maar niet ten aanzien van derden. Deze omschrijving is duidelijk te ruim. Hier wreekt zich de traditionele voorstelling van de (onroerende) publiciteit als een tegenwerpbaarheidsvoorwaarde van een *overeenkomst*, terwijl het in wezen om een probleem van *zakenrecht* gaat. Dat deze traditionele verwoording onnauwkeurig is, blijkt onder meer uit dit arrest.

Proberen we de rol van art. 1 Hypotheekwet en van de hypothecaire publiciteit in het algemeen nauwkeuriger te verwoorden, dan komt deze samengevat op het volgende neer:

a) een eerste functie is het organiseren van de «kwade trouw» (wetenschap) van een ieder die na de overschrijving c.q. inschrijving rechten op het goed wil verkrijgen. Na de publicatie kunnen derden er zich niet meer op beroepen nog «te goeder trouw», d.w.z. zonder wetenschap van het gepubliceerde recht, te handelen met betrekking tot het goed;

b) dat is evenwel niet de enige functie (anders blijkbaar Genin, *Rép.not.*, X-1, nr. 376). Een tweede functie, die niet tot de eerste is te herleiden, is het beslechten van het conflict tussen twee verkrijgers van (zakelijke rechten op) het goed die allebei te goeder trouw en krachtens een geldige titel verkregen hebben. Deze functie gaat verder dan de tekst van art. 1 Hyp.W., omdat het niet alleen het conflict tussen twee verkrijgers uit overeenkomst regelt, maar het conflict tussen twee verkrijgers in het algemeen, dus ook met een beslagleggende schuldeiser.

Deze functie impliceert bij nader toezien twee regels:

- enerzijds maakt het de publicatie van zijn recht tot een voorwaarde opdat een verkrijger zich op de verkrijging zou beroepen tegen partijen die intussen (d.i. weliswaar later, maar toch vóór de publicatie) te goeder trouw een concurrerend recht hebben verkregen. De eerste koper B wordt maar tegen een tweede koper (te goeder trouw en met geldige titel) C beschermd indien hij eerst overschrijft;

- anderzijds maakt het de eerdere publicatie van zijn recht ook tot een voorwaarde opdat een verkrijger zich op de verkrijging kan beroepen tegen een ouder gerechtigde. De tweede koper (te goeder trouw en met geldige titel) C wordt maar tegen de eerste beschermd indien hij eerst overschrijft. Strikt genomen volgt dit niet uit de letter van art. 1: de tweede koper hoeft namelijk niet beschermd te worden tegen iemand die na hem te goeder trouw contracteert, maar wel tegen iemand die inter partes reeds eigenaar was.

Van groot belang hierbij is dat bij een onderverkrijger (of een schuldeiser van de verkrijger) niet alleen de eigen titel moet zijn gepubliceerd, maar ook alle andere daaraan voorafgaande titels moeten zijn overgeschreven, en dit tot aan de

vervreemder van wie de concurrerende partij zijn recht beweert af te leiden en op wiens recht men zich tegen die concurrent moet kunnen beroepen om voorrang te krijgen: het geval waarin de onderverkrijger C (ingevolge een vervreemding A-B en één B-C) het moet afleggen tegen D, die rechtstreeks van A heeft verkregen, zolang niet én zijn titel én de titel A-B zijn gepubliceerd vooraleer de titel A-D gepubliceerd is (zie hierover De Page, VII, nr. 1061),

Vergelijkbaar is het geval waarin de hypothecaire of beslagleggende schuldeiser van de verkrijger C (ingevolge een vervreemding A-B en een hypotheekvestiging B-C of een beslag door C ten laste van B) het moet afleggen tegen D, die rechtstreeks van A heeft verkregen, zolang niet én zijn hypotheek of beslag én de vervreemding A-B zijn gepubliceerd vooraleer de vervreemding A-D wordt gepubliceerd.

Eerdere publikatie van zijn titel wordt ook vereist wanneer men beschermd wil worden tegen een partij met oudere rechten dan de eigen rechtsvoorganger (of een rechtsverkrijger van zo'n partij), meer bepaald wanneer men niet naar die oudere partij kan opklimmen omdat er een geldige schakel ontbreekt tussen die partij en de eigen rechtsvoorganger, en men die schakel wil helen door middel van de korte verjaring van art. 2265 B.W. Zo bv. de onderverkrijger C, op grond van een eerste vervreemding A-B en een tweede B-C, die ingevolge de nietigverklaring van de verkoop A-B tegenover A komt te staan (of tegenover D die na die nietigverklaring rechtstreeks van A zou hebben verkregen of als schuldeiser van A beslag zou hebben gelegd op het goed). C kan zich niet op die verjaring beroepen zolang zijn titel niet is overgeschreven (zie bv. Genin, *Rép. not.*, X-I, nr. 421, met verwijzing naar de voorbereidende teksten; men kan dit a fortiori afleiden uit Cass., 11 februari 1915, *Pas.*, I, 183).

De publikatie is aldus door de rechtspraak uitgebouwd tot een vereiste voor alle gevallen waarin een verkrijger bescherming zoekt tegen concurrerende rechten (met zakelijke werking) die ofwel onder zijn ofwel intussen te goeder trouw zijn verkregen (dit laatste althans *inter partes*) en zich daartoe wil beroepen op de positie van een rechtsvoorganger. Dit blijkt overigens duidelijk voor wie dit in rechtsvergelijkend perspectief bezit: de publiciteit is – minstens – een vereiste voor de eventuele bescherming in geval van verkrijging a non domino of anderszins van een beschikkingsonbevoegde (beschikkingsonbevoegdheid is immers niets anders dan de keerzijde van het reeds eerder bestaan van zakelijke rechten of rechten met zakelijke werking, zoals bv. beslag).

4. De reden waarom de schuldeisers van de koper zich reeds vóór de overschrijving van de transportakte, op de eigendomsovergang, die reeds tussen partijen had plaatsgevonden, kunnen beroepen om beslag te leggen op het gekochte goed, luidt dan ook dat de overschrijving in ons recht niet een algemeen tegenwerpbaarheidsvereiste voor de koopovereenkomst is, maar enkel een vereiste gesteld om zich tegen (oudere of intussen verkregen) concurrerende aanspraken (met zakelijke werking) op een goed te kunnen beroepen op het recht van een rechtsvoorganger.

Ziet men dit in, dan blijkt dat in het geannoteerde geval het al dan niet overgeschreven zijn van de aankoop door Secundus van Primus irrelevant was, daar beide conflicterende partijen, namelijk de hypotheekhouder en de beslagleggende schuldenaar van de koper, hun recht afleiden van dezelfde persoon, namelijk de verkrijger Secundus, en géén van

beiden zich daartoe tegen de andere diende te beroepen op het recht van de vervreemder Primus.

5. Des te merkwaardiger is het voor mij dan ook, dat het arrest in de daaropvolgende motivering over de goede trouw van partijen de bal mislaat. In een overtollige motivering wordt namelijk gesteld dat de hypotheekhouder Tertius de bescherming van artikel 1 Hypotheekwet moet worden ontzegd omdat hij de aankooptitel van Secundus kende toen hij met Secundus contracteerde (d.i. de hypothecaire lening sloot). De aankooptitel van Secundus en de kennis daarvan was echter geheel irrelevant, precies omdat het een conflict betrof tussen twee schuldeisers van de koper, en géén van beiden zich dus tegenover de andere diende te beroepen op het recht van de verkoper (dit werd blijkbaar ook over het hoofd gezien door A. Verbeke, en I. Peeters die dit arrest reeds bespraken in *Nieuwsbrief Voorrechten, hypotheeken en andere zekerheden*, 1994/3-4, nr. 158). Wanneer beide conflicterende partijen hun recht van dezelfde partij beweren af te leiden, is het de publiciteit of kennis van de onderscheiden titel van elk van hen, en niet van de titel van hun gemeenschappelijke rechtsvoorganger, die van belang is. Dit is het geval in het schoolvoorbeeld waarin een verkoper een zelfde goed tweemaal verkoopt, aan verschillende partijen, een situatie die zich voordeed in het geval dat leidde tot het cassatiearrest van 19 maart 1965, dat in het arrest wordt geciteerd. Maar dit cassatiearrest zegt vanzelfsprekend niet dat de kennis van de titel waarmee de gemeenschappelijke rechtsvoorganger zijn recht heeft verkregen relevant zou zijn, wat het geannoteerde arrest nochtans ten onrechte laat uitschijnen.

De vraag naar de goede trouw van deze partijen kon daarom in casu uit de aard van de situatie hoogstens betrekking hebben op: a) de goede trouw, ten aanzien van de hypotheekverlener, bij de beslagleggende schuldeiser op het ogenblik waarop hij zijn goed verzakelijkte (nl. door het bevel) of eventueel (doch niet in casu) b) de goede trouw, ten aanzien van het bevel, bij de kredietverlener op het ogenblik waarop de hypotheek werd gevestigd. Volgt men de heersende leer, die oordeelt dat een niet-ingeschreven hypotheek, anders dan een niet-overgeschreven vervreemding, door alle andere samenlopende schuldeisers kan worden genegeerd (interpretatie van art. 81 Hypotheekwet), dan rees de vraag naar de goede trouw in dit geval zelfs helemaal niet.

Tenzij men van de onjuistheid van de pasgenoemde traditionele opvatting zou uitgaan – het is hier niet de plaats om daarover uit te weiden – verandert dit inzicht overigens niets aan de beslissing in het besproken geval. Het hof kon de anterioriteitsregel toepassen, en de motieven waarin gezondigd werd, zijn eenvoudig overtollig.

6. *De verklaring voor de voorrang van de schuldeisers van de verkoper (en de verkoper zelf) die vóór de overschrijving beslag leggen.* Terecht geeft het arrest verder aan dat de oplossing anders ware geweest indien een (beslagleggende) schuldeiser van de koper in concurrentie kwam met een schuldeiser van de verkoper die nog vóór de overschrijving van de transportakte een bevel zou hebben laten overschrijven, en namelijk dat de schuldeiser van de verkoper die te goeder trouw is voorrang zou hebben (vgl. De Page, VII, nrs. 1059 en 1060; anders nochtans de redenering van Genin, *Rép. not.*, X-1, nrs. 393-394). De juiste reden daarvoor stond het hof echter wellicht niet duidelijk voor ogen, anders had het hieruit geen argument geput ter bevestiging van de beslissing in casu. Het lijkt me dan ook goed te verduidelijken waarom dit zo is, en

wel ongeacht de anterioriteit tussen de overschrijving van het bevel van de schuldeiser van de verkoper en die van het bevel van de schuldeiser van de koper.

Welnu, die voorrang vloeit eenvoudigweg voort uit de functie van de overschrijving, zoals boven (nr. 3) besproken, en meer bepaald uit de daar genoemde regel dat voor de bescherming van een onderverkrijger niet alleen de eigen titel moet zijn gepubliceerd, maar ook alle andere daaraan voorafgaande titels moeten zijn overgeschreven tot aan de vreemder op wiens (ouder of minstens te goeder trouw verkregen) recht men tegen de concurrent een beroep moet kunnen doen. Immers, de schuldeisers van de koper leiden hun recht af van de koper, en slechts via de koper van de verkoper, terwijl de schuldeisers van de verkoper hun recht rechtstreeks van de verkoper afleiden. Tenzij de schuldeisers van de verkoper «te kwader trouw» zijn, hebben zij dan ook voorrang op die van de koper indien hun bevel wordt overgeschreven voor de transportakte.

7. Het is verder om dezelfde reden dat het voorrecht van de verkoper voorrang kan hebben op alle rechten die rechtstreeks of onrechtstreeks van die verkoper worden afgeleid, en dus onder meer op hypothecaire of beslagleggende schuldeisers van de koper, zelfs indien hun rechten zouden zijn in- of overgeschreven vóór de overschrijving van de transportakte (heersende leer sedert Cass., 1 december 1887, *Pas.*, I, 34). Deze laatsten leiden hun rechten immers onrechtstreeks af van de verkoper, en kunnen dus niet tegen een ouder recht van de verkoper in verkrijgen zolang niet alle titels op grond waarvan zij hun recht van die verkoper afleiden, zijn gepubliceerd (behoudens verjaring, die evenwel slechts de dertigjarige kan zijn, aangezien de rechtsverkrijgers van de koper ten aanzien van het voorrecht van de verkoper niet te goeder trouw kunnen zijn). Dit veronderstelt natuurlijk wel dat men de verkoper een ouder recht op het goed behoudt, of anders gezegd: dat de verkoper nadat de eigendom tussen partijen reeds is overgegaan en vóór de overschrijving van de transportakte met de vaststelling dat de prijs nog geheel of gedeeltelijk is verschuldigd (art. 30 Hyp.W.) ten aanzien van de rechtsverkrijgers van de koper over een beperkt zakelijk recht op dat goed beschikt. Dit is m.i. het geval (en moet ook het geval zijn wil men de algemeen aanvaarde voorrang van de verkoper in dit geval bewaren) (zie voor de vraagstelling ook A. Verbeke en I. Peeters, *a.w.*, nr. 160). De verkoper beschikt na de eigendomsovergang namelijk krachtens suppletief recht – en dus behoudens andersluidend beding, waarbij afstand zou worden gedaan – over een beperkt zakelijk recht op het goed tot zekerheid van de betaling van de prijs. De verkoper bezit dit recht niet krachtens een vestiging ervan, maar gewoon door het voorbehoud ervan, net zoals de verkoper van roerende goederen onder eigendomsvoorbehoud over een dergelijk recht beschikt krachtens voorbehoud en niet door een vestiging of overdracht ervan aan de verkoper. Of men dit beperkt zakelijk recht nu een onroerend «voorrecht» wil noemen, en dus aanvaarden dat dit voorrecht ontstaat vanaf de eigendomsovergang tussen partijen en de inschrijving ervan slechts vereist is vanaf het ogenblik waarop de akte wordt overgeschreven (argument ex art. 30 Hyp.W.: de verkoper «bewaart» zijn voorrecht... wat impliceert dat het reeds bestond; *anders*: de heersende leer), dan wel een ander soort accessoir zakelijk recht, is m.i. zonder belang. Maar het gaat in ieder geval niet om het eigendomsrecht van de verkoper zonder meer, maar

om een accessoir zakelijk recht, accessoir aan de vordering tot betaling van de prijs.

8. *Kan de hypothecaire kredietverlener van de koper voorrang krijgen op grond van subrogatie?* De traditionele en terechtste regel dat het voorrecht van de verkoper voorrang heeft op de schuldeisers van de koper, zelfs indien zij vóór de overschrijving van de transportakte beslag gelegd zouden hebben, brengt mij ten slotte op een laatste vraag, die m.i. aan het geschil in het hier geannoteerde arrest een andere wending had kunnen geven. Deze regel leidt er namelijk m.i. toe dat de hypotheekhouder het risico dat zich in het geannoteerde geval voordeed kan vermijden door de koopprijs aan de verkoper (of zijn lasthebber, de notaris) te betalen tegen subrogatie in het – blijkens het voorgaande immers reeds bestaande – voorrecht van de verkoper, ofwel met medewerking van de verkoper (art. 1250, 1°, B.W.), ofwel zonder diens medewerking maar dan wel in de vormen van art. 1250, 2°, B.W. (de subrogatie van rechtwege van art. 1251 B.W. vindt in een dergelijk geval geen toepassing). Dit is mogelijk, precies omdat het recht dat de verkoper behoudt nadat de eigendom tussen partijen is overgegaan, een zakelijk recht is dat accessoir is aan zijn aanspraak op betaling van de koopprijs. Dit argument werd echter blijkbaar niet aangevoerd door de hypotheekhouder, zodat het hof er zich ook niet over hoefde uit te spreken.

Prof. Matthias E. Storme

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

7e KAMER – 12 SEPTEMBER 1994

Rechter: de h. Boon

Advocaten: mrs. Schegers en Vastersavendts

Erfrecht – Nalatenschap – Vereffening-Verdeling – Omzetting van vruchtgebruik door langstlevende echtgenoot – Vordering tot omzetting buiten de termijn – Billijkheid

De omzetting van vruchtgebruik, gevorderd door de langstlevende echtgenoot meer dan vijf jaar na het openvallen van de nalatenschap, zal in beginsel worden geweigerd en slechts worden toegestaan indien de rechter de omzetting billijk acht wegens omstandigheden eigen aan de zaak.

V. t/ V.

Eiser blijft de openbare verkoop vorderen van het perceel grond gelegen te M. Blijkbaar wenst hij zijn rechten van vruchtgebruik op het onroerend goed omgezet te zien in een som geld. Eiser verzoekt echter geenszins om de rechten van de partijen te horen waarderen. Nochtans vormt de licitatie de ultieme modaliteit om de omzetting te realiseren.

Voor zover de vordering tot omzetting ontvankelijk zou zijn, dient te worden vastgesteld dat de dagvaarding (waarin overigens geen omzetting werd gevorderd) werd uitgebracht meer dan vijf jaar na het openvallen van de nalatenschap. Dit brengt mee dat de omzetting «in beginsel» zal worden geweigerd en dat zij slechts zal worden toegestaan indien de rechter «het billijk acht wegens omstandigheden eigen aan de zaak» (artikel 745quater, § 2, laatste lid, van het Burgerlijk

Wetboek). Verweerster betoogt dat haar een stabiele belegging in onroerend goed dreigt te worden ontnomen.

De ratio legis van de Wet van 14 mei 1981 bestond erin de langstlevende echtgenoot in de mogelijkheid te stellen verder te leven in zijn vertrouwd milieu en te beschikken over de middelen waarover hij of zij ook tijdens het samenwonen kon beschikken. Eiser poogt zelfs niet aan te tonen dat zijn financiële draagkracht verminderd is in vergelijking met die ten tijde van de samenwoning.

...

Afgezien van de vraag of de vordering tot omzetting ontvankelijk is op de wijze door eiser ingeleid (dagvaarding; ontbreken van vermelding van de wijze van omzetten), komt de vordering voor als ongegrond bij gebrek aan doorslaggevende «billijke motieven».

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

25e KAMER – 16 OKTOBER 1992

Voorzitter: de h. Chapel

Advocaten: mrs. Goemans loco Panis en Van Den Neucker

Bewaargeving – Hotelbewaargeving – Beding tot beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid

De aanwezigheid in elke kamer van het hotel van een bericht dat de aandacht van de gasten vestigt op het feit dat zij hun waarden aan de hôte­lier ter bewaring kunnen toevertrouwen in een gratis ter beschikking gestelde safe, vormt voor de hôte­lier geen reden om te besluiten tot de uitsluiting of de beperking van zijn wettelijke aansprakelijkheid, daar elke verklaring of beding in die zin vóór het schadelijk feit nietig is.

C. en O. t/ N.V. H.

Overwegende dat de eis ertoe strekt verweerster te horen veroordelen tot betaling aan eisers, als schadeloosstelling, van de som van 705.750 fr. (...);

Overwegende dat eisers in hun dagvaarding het schadeverwekkend feit en de nadelige gevolgen ervan op de volgende wijze omschrijven:

«Aangezien verzoekers op 9 januari 1990 het slachtoffer werden van een diefstal in de H. Gent, gepleegd tussen 19 uur en 23 uur in kamer 513, waarbij zowel geld als juwelen gestolen werden met een totale waarde van 705.750 frank; (...)

Overwegende dat het schadeverwekkend feit: inbraak met gebruik van valse sleutels en de totale schade onbetwist vaststaan (gelijkvormige uitgifte afgeleverd aan mevrouw Françoise O., burgerlijke partij, van het vonnis bij verstek uitgesproken tegen de drie voortvluchtigen door de 22ste Kamer van de Correctionele Rechtbank te Gent ter openbare terechtzitting op 22 oktober 1990);

Overwegende dat eerste eiser, de heer Robert C., zich geen burgerlijke partij heeft gesteld;

Dat aangenomen moet worden dat de eis slechts ten aanzien van tweede eiseres principieel gegrond voorkomt;

Overwegende dat verweerster in haar besluit argumenteert: «Dat eisers bijzonder aandachtig hadden moeten zijn voor het risico dat zij liepen aangezien er in elke kamer op

een opvallende wijze een 'Dienstengids' ligt waarin o.m. duidelijk gezegd wordt: 'Safety Deposit-Boxes: Wij kunnen geen verantwoording nemen voor waardevolle voorwerpen op uw kamer. Safety deposit-boxes zijn gratis te verkrijgen aan de receptie»;

Overwegende, dat voor zoveel verweerster zich beroept op de aanwezigheid in elke kamer van het hotel van een bericht dat de aandacht van de gasten vestigt op het feit dat zij hun waarden kunnen toevertrouwen aan de hôte­lier, ter bewaring in een gratis ter beschikking gestelde kluis, dit haar niet toestaat te besluiten tot de uitsluiting of de beperking van haar wettelijke aansprakelijkheid, nu elke verklaring of beding in die zin, vóór het schadelijk feit, nietig is (artikel 1954ter van het Burgerlijk Wetboek; Antwerpen, 23 november 1988, *Pas.*, 1988, II, 127-130);

Overwegende dat deze wettelijke aansprakelijkheid tot 100 maal de logiesprijs per dag van de slaapgelegenheid beperkt dient te worden (artikel 1952, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek);

Dat de logiesprijs 4.300 frank per dag bedroeg;

Dat de eis van tweede eiseres aldus slechts ten belope van 4.300 frank x 100 = 430.000 frank toegestaan kan worden;

Overwegende dat ten laste van verweerster geen verzwarende elementen bewezen zijn;

Dat de voorwaarden gesteld in artikel 1953, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek in geen geval vervuld zijn (M. Baeteman, «De nieuwe wetgeving inzake de aansprakelijkheid van de hotelhouders. Wet van 4 juli 1972, Belgisch Staatsblad van 19 augustus 1972», *R.W.*, 1973-74, 1345-1358, nummer 17);

Dat artikel 1954 van het Burgerlijk Wetboek evenmin van toepassing is (*ibidem*, nummer 18).

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 12 maart 1992

Handelshuur – Overdracht van huur samen met overdracht van handelszaak – Overnemer rechtstreeks huurder van de verhuurder – Opzegging uitgaande van de verhuurder – Ter kennis te brengen van de overnemer-huurder

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een vonnis van de Rb. Dinant van 16 mei 1990:

«Overwegende dat luidens artikel 11, I, eerste lid, van de wet van 30 april 1951 houdende de regels betreffende de handelshuur in het bijzonder, bij overdracht van de gezamenlijke rechten van de hoofdhuurder, de overnemer rechtstreekse huurder wordt van de verhuurder;

«Overwegende dat het vonnis vaststelt dat '(eiseres) door de overdracht op 14 juni 1984 huurster werd van het litigieuze pand', dat 'de overdracht aan de (verweerders) was aangezegd op 20 augustus 1984' en dat 'zij de (tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij) kennis gaven van een opzegging en een afschrift daarvan bij aangetekende brief zonden aan de overnemer»;

«Overwegende dat de opzegging de akte is waarbij een partij aan de wederpartij ter kennis brengt dat zij aan het huurcontract een einde wil maken; dat die akte, wanneer zij van de verhuurder uitgaat, noodzakelijk moet worden gericht aan de huurder, die immers de enige houder is van het huurrecht; dat in geval van overdracht van een handelshuurovereenkomst met toepassing van artikel 11 van de wet van 30 april 1951 de opzegging ter kennis moet worden gebracht van de overnemer;

«Overwegende dat de rechtbank, door te beslissen dat de opzegging geldig was op grond dat de overneemster kennis had kunnen nemen van de aan de overdraagster ter kennis gebrachte opzegging, de in het middel vermelde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaat: mr. Dassesse – In de zaak: B. t/ J., L. en D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 maart 1994

Douane en accijnzen – Douaneambtenaar – Onderzoek – Kennisgeving aan het bestuur der directe belastingen – Ver-eiste

Hoewel het eerste onderdeel van het tweede middel van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 16 maart 1992) feitelijke grondslag mist, lijkt het nuttig het antwoord daarop te citeren:

«Overwegende dat, krachtens artikel 182 Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen, de ambtenaren bevoegd zijn, mits voorzien van hun aanstellingsbewijs, te allen tijde, zo buiten als binnen hun standplaats, en zowel bij nacht als bij dag, alle schepen en vaartuigen, en rij- en voertuigen of andere middelen tot vervoer, welke zij zien of vermoeden met goederen beladen te wezen, mitsgaders alle gedragen wordende goederen, en tevens alle personen, welke men verdenkt goederen met zich te voeren, te visiteren, en te onderzoeken of ook enige invoer, uitvoer, doorvoer of vervoer plaatshebben, strijdig met de wetten;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres 'een persoon van wie men kon vermoeden dat zij goederen met zich meevoerde' en 'op frauduleuze wijze acht sloffen sigaretten invoerde', en hieruit afleidt dat de ambtenaren van douane en accijnzen 'terecht wettig konden vermoeden dat de personenwagen, waarin (eiseres) zich bevond, goederen vervoerde';

«Dat zij aldus, in tegenstelling met wat het onderdeel aanvoert, de feitelijke gegevens vermelden op grond waarvan zij oordelen dat de ambtenaren konden vermoeden dat het voertuig van eiseres goederen vervoerde;

«Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist.»

Op het vierde middel beslist het Hof dan als volgt:

«Overwegende dat de ambtenaar van de administratie van douane en accijnzen die, naar aanleiding van een controle of een onderzoek in verband met de toepassing van de douanewetgeving, inlichtingen heeft ingezameld die dienstig zijn voor een juiste heffing van de door de gecontroleerde persoon verschuldigde directe belastingen, van de aldus ingezamelde inlichtingen uit eigen beweging kennis kan geven aan het bestuur der directe belastingen.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaten: mrs. Delahaye en Claeys Bouaert – In de zaak: D. t/ Belgische Staat)

NOOT–Zie Cass., 23 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 326, en Cass., 28 mei 1993, *ib.*, 327.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 maart 1994

Huwelijk – Machtiging om het loon te ontvangen – Alleen mogelijk op vraag van de partij, niet ambtshalve

Het bestreden vonnis (Rb. Luik, 19 november 1992) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het bestreden vonnis verweerster de toestemming geeft om, bij ontstentenis van vrijwillige betaling door eiser en met toepassing van de artikelen 221 van het Burgerlijk Wetboek en 1280 van het Gerechtelijk Wetboek, rechtstreeks en met uitsluiting van eiser de opbrengst van zijn werk, alle vergoedingen, uitkeringen of andere bedragen te ontvangen, die hij uit handen van elke derde schuldenaar zou kunnen ontvangen;

«Overwegende dat de machtiging om het loon te ontvangen, die door de genoemde wetsbepalingen is toegestaan, niet ambtshalve door de rechter kan worden verleend, maar alleen op vraag van de partij;

«Overwegende dat het bestreden vonnis, door een dergelijke machtiging te verlenen terwijl verweerster die niet had gevraagd, uitspraak doet over een niet gevorderde zaak en het algemeen rechtsbeginsel miskent dat in artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek is vastgelegd.»

(Voorzitter: de h. Rappe – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Simont – In de zaak: De L. t/ V.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 april 1994

Rechten van de mens – Eerlijke behandeling van de zaak – Gezag van het strafrechterlijk gewijsde – Aan derden die geen partij waren in het strafproces, slechts tegenwerpbaar behoudens tegenbewijs

Het bestreden arrest (Hof Luik, 2 december 1992) herinnert eraan dat eiser het bewijs leverde dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de veroorzaker van het aan verweerder M. overkomen ongeval gedekt was door verweerder, WAM-verzekeraar, maar het oordeelt dat verweerder zich op het gezag erga omnes van het strafrechterlijk gewijsde kan beroepen om het niet-bestaan van de verzekeringsovereenkomst aan verweerder tegen te werpen. Het leidt daaruit af dat verweerder verkeert in het geval bedoeld in art. 50, § 1, 2°, van de wet van 9 juli 1975, en het veroordeelt eiser tot betaling van schadevergoeding aan verweerder. Het arrest wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, beslist dat de N.V.R. op grond van het algemeen rechtsbeginsel, volgens hetwelk de beslissing van

de strafrechter gezag van gewijsde erga omnes heeft, het recht heeft om dekking te weigeren aan de benadeelde, ook al heeft het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, 'dat geen partij was in het strafproces', bewezen dat (de verzeke- raar, de N.V. R.) op het ogenblik van het schadegeval dek- king verschuldigd was';

«Overwegende dat het hof van beroep, nu het op grond van het bovengenoemde algemene beginsel van intern recht het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds veroordeelt tot vergoeding van de schade, het bij artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht van dat Fonds op eerlijke behandeling van de zaak schendt;

«Overwegende dat, in geval van conflict tussen een regel van een internationaal verdrag met, zoals te dezen, recht- streekse werking in de in België toepasselijke rechtsorde en een nationaalrechtelijke regel, de verdragsregel voorrang moet krijgen;

«Overwegende dat het hof van beroep, nu het daartegen voorrang geeft aan de nationaalrechtelijke regel, artikel 6, lid 1, van het verdrag heeft geschonden.»

(Voorzitter: de h. Rappe – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Gérard en Simont – In de zaak: Gemeenschappelijk Motor- waarborgfonds t/ M. en N.V. R.)

NOOT–Zie Cass., 15 februari 1991, *R.W.*, 1991-92, met conclusie van advocaat-generaal G. D'Hoore.

Hof van Cassatie, 28 april 1994

Adoptie – Vordering tot herroeping – Vonnis – Hoger be- roep – Termijn – Eén maand te rekenen vanaf de beteke- ning – Ook al is de geadopteerde minderjarig

Het door de jeugdkamer van het Hof van Beroep te Brus- sel op 5 februari 1993 gewezen arrest wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat naar luid van artikel 1051 van het Ge- rechtelijk Wetboek, zoals het te dezen van toepassing is, de termijn om hoger beroep in te stellen één maand was, te re- kenen vanaf de betekening van het vonnis;

«Overwegende dat ingevolge artikel 367, § 2, van het Bur- gerlijk Wetboek, de vordering tot herroeping van de adoptie, onder het in dat artikel verder gemaakte voorbehoud dat geen betrekking heeft op de termijn van hoger beroep, wordt ingesteld, behandeld en uitgewezen overeenkomstig de ge- wone regels van rechtspleging en bevoegdheid;

«Overwegende dat de bij artikel 351 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde termijn van hoger beroep van één maand, te rekenen vanaf de kennisgeving van het vonnis, betrekking heeft op de homologatie van de adoptie en niet op de herroe- ping;

«Overwegende dat de termijn van hoger beroep, als be- paald in artikel 58, tweede lid, van de wet van 8 april 1965 be- treffende de jeugdbescherming, alleen betrekking heeft op de vonnissen gewezen in de aangelegenheden bedoeld in ti- tel II, hoofdstuk II, van de genoemde wet, en niet op de von- nissen gewezen op een vordering tot herroeping van de adoptie, zelfs al is de jeugdrechtsbank, ingevolge voornoemd

artikel 367, § 2, bevoegd indien de geadopteerde ten aanzien van wie de adoptie wordt gevorderd, minderjarig is;

«Overwegende dat het hof van beroep, door eisers hoger beroep niet ontvankelijk te verklaren op grond dat het niet was ingesteld binnen de termijn van één maand te rekenen vanaf de kennisgeving van het vonnis dat het verzoekschrift tot herroeping van de adoptie afwijst, de in het middel aan- gewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Rappe – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. Simont – In de zaak: La H. t/ La H. en M.)

BOEKEN

S.M. BARTMAN en A.F.M. DORRESTEIJN, **Van het concern**, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 306 pp.

«Concernrecht is voornamelijk vennootschapsrecht, maar met enige overdrijving, kan men ook het omgekeerde stellen.» Met die boutade leiden Bartman en Dorresteyn de tweede druk van hun monografie gewijd aan het (Nederlandse) concernrecht in. En in het licht van de vaststelling dat een toenemend aantal vennootschappen in concernverband opereren, wat zich in het recht heeft vertaald in een al even opmerkelijke vlucht van het aantal wetsbepalingen, rechterlijke beslissingen en rechtsgeleerde commentaren die op het concernverschijnsel betrekking hebben, hebben de auteurs – enige overdrijving voorbehouden – wellicht geen ongelijk.

Eigenlijk bestaat er niet zoiets als een systematisch Nederlands concernrecht. Een wettelijke regeling van het concern als zodanig ontbreekt, en hoewel het groepsbegrip in de wet is omschreven, zijn de bepalingen die met het concern rekening houden, verspreid over boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en een aantal bijzondere wetten. Gevolg is dat het concernrecht weinig toegankelijk is, en bovendien een onsamenhangende indruk wekt. De auteurs stellen zich met hun boek tot doel dat te verhelpen.

Dat het Nederlandse concernrecht toch nog een redelijk samen- hangend geheel van normen uitmaakt, pogen de auteurs vooral in het eerste deel van het boek duidelijk te maken. In drie hoofdstuk- ken bespreken zij achtereenvolgens en inzonderheid het concern als ondernemingsvorm en als vennootschappelijk probleem, het wette- lijk systeem en begrippenstelsel (met nadruk op inhoud en functie van de wettelijke begrippen «groep(smaatschappij)» en «dochter- maatschappij») en ten slotte het voor het concernrecht zo typische antagonistische tweespan van de centrale leiding en bestuursauto- nomie.

Vooral het eerste en het derde hoofdstuk zijn voor Belgische ju- risten interessant. Zij raken immers de kern van de – grensover- schrijdende – juridische problematiek inzake concerns. Zoals de meeste rechtstelsels (waaronder het Belgische) gaat ook het Ne- derlandse stelsel in beginsel uit van een atomistische benadering van het vennootschapsrecht als juridisch kader van de ondernemingsac- tiviteit. De enkelvoudige vennootschap met een zelfstandig (econo- misch) belang is m.a.w. de premisse. Correlatief van die premisse is de op de organen – inzonderheid het bestuur – van de vennootschap rustende verplichting tot behartiging van dat zelfstandige belang. Die zgn. bestuursautonomie vervult in het bijzonder de rol van regulatief voor een evenwichtige afweging van de bij het onderne- mingsgebeuren betrokken belangen. De vraag die dan rijst is in wel- ke mate deze beginselen worden beïnvloed door het feit dat een ven- nootschap deel uitmaakt van een – in meerdere of mindere mate – centraal geleid concern. Volgens Bartman en Dorresteyn is die in- vloed niet gering. Zij verdedigen de opvatting dat de omstandigheid dat een vennootschap als dochter wordt opgenomen in een concern, een belangrijke karakterwijziging bij die vennootschap teweeg- brengt. Uit de OGEM-beschikking van de Hoge Raad (H.R., 10 ja- nuari 1990, *N.J.*, 1990, nrs. 465-466) is volgens de auteurs af te leiden dat de dochtervennootschap zich moet voegen naar het oordeel van de concernleiding over wat het concernbelang vereist. Het komt m.a.w. toe aan de concernleiding, en haar alleen, om niet enkel de inhoud, maar ook het gewicht en de plaats van het concernbelang in

het beleid van de dochter te bepalen. Het vennootschapsbelang van de dochter wordt aldus een afgeleide van het concernbelang, zoals de moedervennootschap dat ziet. Langs die weg lijkt een zeker instructierecht van de concernleiding te worden erkend. De uitoefening van de concernmacht is evenwel niet onbegrensd. Zo zal de concernleiding aandacht moeten besteden aan de eigen rechten en verplichtingen van de dochtervennootschap als Nederlandse rechtspersoon en aan de belangen van zgn. outside aandeelhouders. Ook de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm legt bepaalde beperkingen op. De autonomie van het bestuur van de dochtervennootschap wordt aldus gereduceerd tot een minimale (rechtmatigheids)toetsing van de beleidsinstructies aan de genoemde grenzen van de concernmacht.

De hierboven samengevatte opvatting van Bartman en Dorresteyn was reeds het voorwerp van kritiek in de Nederlandse rechtsleer (zie Timmerman, L., «Twee opvattingen over concernrecht», *T.V.S.*, 1994, 179). Volgens Timmerman zou zij geen steun vinden in het Nederlandse positieve vennootschapsrecht, dat weliswaar zou erkennen dat het concernbelang relevant is, doch daaraan niet zo'n dominante positie zou toekennen dat de dochtervennootschap niet langer op het eigen vennootschappelijk belang gericht zou dienen te zijn. Het Nederlandse recht zou volgens die laatste auteur dan ook niet fundamenteel afwijken van wat geldt in de meeste andere Europese rechtssystemen, waaronder trouwens het Belgische...

In het tweede deel van het boek nemen de auteurs een aantal vrij uiteenlopende vennootschappelijke vraagstukken onder de loep, daarbij telkens de nadruk leggend op de invloed van het concernverschijnsel op dat vraagstuk.

In het eerste hoofdstuk wordt de toepassing van de structuurregeling in concernverhoudingen besproken. Kenmerkend voor de structuurregeling, die enkel op grote vennootschappen van toepassing is, is de verschuiving van bevoegdheden van de Algemene Vergadering naar een Raad van Commissarissen, waaraan benevens een toezichthoudende taak, ook een bevoegdheid tot goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten wordt toebedeeld. Die bevoegdheidsverschuiving bemoeilijkt het uitoefenen van een centrale leiding en betekent dus een rem op concernvorming. Bovendien schrikt de regeling internationale concerns af, daar zij een dam opwerpt tegen de zeggenschap van de buitenlandse moeder over de Nederlandse tak van het concern. Bartman en Dorresteyn bespreken dan hoe de Nederlandse wetgever via een toepassing van de structuurregeling op het hoogste niveau van het concern, gekoppeld – voor internationale concerns – aan een toepassing van een zgn. verlicht regiem op het Nederlandse gedeelte van het concern, in grote mate aan die problemen is tegemoetgekomen.

Hoofdstuk twee is gewijd aan een bespreking van de toepassing van de Wet op de Ondernemingsraden in concernverhoudingen. Daarbij wordt in de eerste plaats aandacht besteed aan de wijze waarop het medezeggenschap in concerns wordt ingericht. Vervolgens wordt, vnl. aan de hand van een onderzoek van de rechtspraak van (in hoofdzaak) de Ondernemingskamer, onderzocht wat de invloed is van het concernverschijnsel op de uitoefening en de inhoud van het medezeggenschap. Vragen die daarbij o.m. aan de orde komen, zijn in welke mate medezeggenschap kan worden uitgeoefend t.a.v. besluiten die worden genomen door een andere vennootschap binnen het concern, welk gewicht is toe te kennen aan het concernbelang bij rechterlijke toetsing van ondernemersbesluiten,...

Uiteraard kon ook de vraag naar de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor schulden van de dochter (en omgekeerd) niet ontbreken. Die problematiek, welke wellicht tot de meest bestudeerde onderwerpen in het domein van het concernrecht behoort (zie bv. recent nog de studie van Antunes, J.E., *Liability of corporate groups*, Deventer, Kluwer, 1994, 549 pp), maakt het voorwerp uit van het derde hoofdstuk. Daarin behandelen de auteurs, aan de hand van een uitvoerige bespreking van rechtspraak, zowel de vrijwillige aansprakelijkstelling voor concernschulden (inz. de vraag naar de verenigbaarheid daarvan met het doel van de betrokken vennootschap), als de onvrijwillige aansprakelijkheid (problematiek van de doorbraak van aansprakelijkheid).

In het vierde hoofdstuk wordt dan weer een eerder typisch Nederlands vennootschapsrechtelijk onderwerp, nl. het enquêterecht, met een «concernbriil» bekeken. Hoewel is vast te stellen dat het concern niet als zodanig subject kan zijn van een enquête, tonen de auteurs aan dat concernverhoudingen, voornamelijk op grond van

de rechtspraak, niettemin een aanzienlijke invloed hebben gekregen bij de toepassing van het enquêterecht.

Concernbegrippen spelen bij uitstek ook een rol in de wetgeving welke voorziet in een bescherming van het kapitaal. Het komt er daar immers op aan te vermijden dat bepaalde – dwingende – beschermende voorschriften worden omzeild door een beroep te doen op dochtervennootschappen (denk bv. aan het verbod van inkoop van eigen aandelen). Daarom wordt door de Nederlandse wet – die, geleid op de door de tweede richtlijn tot stand gebrachte harmonisatie van de regels betreffende kapitaalbescherming, trouwens niet wezenlijk afwijkt van bijvoorbeeld de Belgische wet – op tal van punten voorzien in een vereenzelving van moeder- en dochtervennootschap. Het vijfde hoofdstuk is aan die problematiek gewijd.

Het tweede deel van het boek wordt afgesloten met de bespreking van een aantal, meestal gestrande, Europese initiatieven tot creatie en harmonisatie van een concernrecht in de landen van de Unie.

Geheel in de lijn van hun opzet de toegankelijkheid van het Nederlandse concernrecht te vergemakkelijken, hebben Bartman en Dorresteyn hun boek voorzien van een handig rechtspraak-, artikel- en zaakregister. Bovendien wordt elk hoofdstuk afgesloten met een korte samenvatting.

Terecht is *Van het concern* in Nederland en daarbuiten over het algemeen op goede kritiek onthaald. Het initiatief van Bartman en Dorresteyn is inderdaad lovenswaardig. Rekening houdend met het feit dat het Belgische concernrecht (voor zover men daarvan alweer kan spreken) evenmin uitblinkt door toegankelijkheid en samenhang, zou het ook bij ons navolging verdienen.

Alain François

M. DENYS, P. FLAMEY, B. SCHOFER en E. EMPEREUR, **Jaarboek voor ruimtelijke ordening en administratief-economisch recht 1993**, Otto Mayer Stichting, 1994, twee delen (567 en 170 pp.)

Deze publikatie en de daarmee gepaard gaande oprichting van de Otto Mayer Stichting, past volgens het «Ten geleide» in het kader van de doelstelling informatie te verstrekken en te ijveren voor een behoorlijke rechtsbescherming van de burger op het stuk van het economisch administratief recht en de ruimtelijke ordening.

In het eerste volume van het jaarboek wordt een selectie gemaakt uit het steeds groter wordend aantal gerechtelijke uitspraken in de sector administratief-economisch recht. De geselecteerde uitspraken worden ingedeeld in de volgende rubrieken: milieureglementering, ruimtelijke ordening, stedenbouw, monumenten en landschappen, onteigeningen, handelsvestigingen, overheidsopdrachten en overheidscontracten. Binnen deze rubrieken worden de gerechtelijke uitspraken chronologisch gerangschikt volgens orde van het rechtscollege (Arbitragehof, Hof van Cassatie, Raad van State, hoven van beroep, rechtbanken). Volgens de redactie gebeurt de selectie op basis van hun belang en de geringe bekendheid bij het publiek.

De gepubliceerde vonnissen en arresten worden voorafgegaan door een korte samenvatting en afgesloten door een beknopte commentaar, beide zowel in het Nederlands als in het Frans.

Daar het gaat om een eerste uitgave werd voor de selectie teruggegaan tot 1 januari 1985. De volgende uitgaven zullen enkel betrekking hebben op de in die jaargang gewezen uitspraken.

Het eerste volume van het jaarboek bevat ook een verhelderend hoofdartikel van Peter Flamey en Els Empereur over de «nooddecreten» van 23 juni 1993 betreffende de opvullingsregel, de zonevremde bouwwerken en gebruikwijzigingen en de zonevremde hinderlijke inrichtingen in het Vlaams Gewest.

In het tweede volume worden alle arresten van de Raad van State – vanaf 1985 – chronologisch opgesomd binnen de vermelde rubrieken, met aanduiding van een beperkt aantal trefwoorden.

Het opstellen van het jaarboek vormt ongetwijfeld een interessant initiatief en kan een handige gids zijn voor de praktijkjurist, te meer daar er ook niet gepubliceerde rechtspraak van de hoven van beroep en de rechtbanken wordt opgenomen. De geselecteerde vonnissen en arresten die in volume 1 in extenso worden gepubliceerd en de korte annotatie ervan, stelt de gebruiker inderdaad in staat om in een kort tijdsbestek kennis te nemen van de «heersende» rechtspraak. Daar het gaat om een selectie, geeft de gepubliceerde rechtspraak daarvan uiteraard slechts een partieel beeld. Dit is evenwel eigen aan de opzet van de redactie.

Volume 2 kan gehanteerd worden wanneer men op zoek is naar arresten van de Raad van State over een bepaald probleem, al rijst

de vraag of de betrokken rechtspraak niet sneller op een andere wijze zal worden gevonden, in het bijzonder via de rechtsleer.

Te betreuen is wel dat de rechtspraak op chronologische en – binnen de rubrieken – niet op thematische wijze is gerangschikt. Een trefwoordenregister had deze lacune kunnen verhelpen.

David D'Hooghe

S. FREDERICO, Moderne risico's en vergoeding van letselschade. Een alternatief voor de uitbreiding van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid: de verzekering tegen lichamelijke ongevallen met indemnitaair karakter, Brussel, Bruylant, 1990, 312 pp.

Het voorliggende boek verscheen reeds in 1990 maar heeft een hoge actualiteitswaarde daar het vooral over verkeersongevallen handelt en deze materie in 1994 door de creatie van artikel 29bis WAM een vernieuwde aanpak kreeg.

De moderne risico's waarover de titel spreekt hebben betrekking op arbeids- en verkeersongevallen, op ongevallen voortvloeiende uit de technische vooruitgang (gebrekkige gebruiksgoederen, medische ongevallen, vervuiling van bodem, water en lucht en vervoer van gevaarlijke stoffe) en op schadegevallen die voortkomen uit sociale, economische en politieke toestanden (terrorisme, geweld op voetbalvelden). Voor de vergoeding van schade opgelopen in dergelijke situaties staat men voor een keuze tussen twee uitgangspunten: of men legt overeenkomstig artikel 1382 B.W. de nadruk op de bescherming van degene die de schadeverwekkende handeling heeft verricht en daar alleen bij bewezen fout aansprakelijk voor kan worden gesteld; of men legt de nadruk op de bescherming van het slachtoffer en moet dan op zoek gaan naar alternatieven voor de foutaansprakelijkheid die binnen (objectieve aansprakelijkheid) of buiten (no fault-stelsels) het aansprakelijkheidsverband dienen te worden gezocht. Een zaak staat daarbij voor de auteur vast: hij staat afkerig tegenover een uitbreiding van de burgerlijke aansprakelijkheid door een objectivering ervan. Laten wij zijn verdere gedachtingang volgen in diens toepassing op de verkeersongevallenproblematiek, waarnaar zoals reeds gezegd in het boek de overwegende aandacht uitgaat. De verzekeringsbranche – waarin de auteur zich als gewezen hoogleraar in het verzekeringsrecht goed thuis voelt en die hij grondig kent, wat aan zijn boek een meerwaarde geeft t.o.v. hervormingsideeën die louter vanuit het aansprakelijkheids- of het socialezekerheidsrecht redeneren – poogt in België het probleem van de onvergoede slachtoffers op te lossen door het aanbieden van een verzekering lichamelijke ongevallen met een forfaitair karakter. Welnu, deze oplossing is volgens Frédéricq te duur (want er is geen verhaal tegen de aansprakelijke), primitief (ze houden er geen rekening mee dat het slachtoffer eventueel reeds is vergoed) en niet aangepast aan de werkelijke noden (oververgoeding voor kleine schadegevallen, ontoereikende kapitalen voor zware schadegevallen).

De auteur onderneemt dan een lange zoektocht langs de Conventie van de Raad van Europa uit 1973, de Tunc-projecten van 1966 (onbetaalbaar) en 1981 (de plafonnering van de inkomstschade is onaanvaardbaar), de Franse wet-Badinter van 5 juli 1985 (de fout, indien onverschoonbaar, blijft een rol spelen en één enkel ongeval wordt door twee aansprakelijkheidsregimes beheerst indien de voetganger schade veroorzaakt aan de bestuurder) en de Zweedse wet van 1975 (waarbij de aansprakelijkheid geen enkele rol meer speelt).

Welke oplossing is dan wel aangepast aan de Belgische situatie? (Tussen haakjes: de auteur toont zich een slecht toekomstvoorspeller waar hij zegt dat zelfs minieme wetswijzigingen op het domein van het verkeersongevallenrecht in ons land geen kans maken, vier jaar later was het zover). Een begin van oplossing wordt gevonden in de PACS-polissen die in Frankrijk kort na de wet-Badinter werden ontworpen en die iets wilden verbeteren aan de situatie van de bestuurders van motorrijtuigen, zij het op vrijwillige basis. Na een ongeval schiet de PACS-verzekeraar aan zijn cliënt bedragen voor die deze integraal schadeloosstellen (alleen voor letselschade wel te verstaan), na aftrek van hetgeen reeds is uitbetaald door de sociale zekerheid (deze laatste beschikt over geen verhaal tegen de verzekeraar). Heeft de rechtbank de aansprakelijkheidsvraag eenmaal opgelost, dan kan men bepalen of het voorgeschotene kan worden teruggevorderd van een aansprakelijke derde; dan oefenen zowel de sociale zekerheid als PACS-verzekeraar tegen deze hun subrogatierecht uit.

Gaandeweg komt de auteur dan tot een eigen voorstel. Dit strekt tot de invoering, op verplichte basis, van een verzekering tegen li-

chamelijke ongevallen met indemnitaair karakter, door de automobilist af te sluiten samen met de vertrouwde aansprakelijkheidsverzekering (het aansprakelijkheidsrecht blijft trouwens ongewijzigd). Deze nieuwe verzekering kent voor letsel- en overlijdensschade een volledige schadeloosstelling toe, berekend overeenkomstig de rechtspraak die zich heeft ontwikkeld in het kader van artikel 1382 B.W., en dit ten voordele van (zelfs schuldige) voetgangers, fietsers, bestuurders en passagiers, in de mate waarin deze anders zonder vergoeding zouden blijven. Op de schadevergoeding worden in mindering gebracht: de vergoeding eventueel betaald door een aansprakelijke derde, de sociale-zekerheidsuitkeringen (met inbegrip van de overlevingspensioenen) en de uitkeringen op grond van eventuele groepsverzekeringen. Een kernpunt in Frédéricqs voorstel, waarmee de financiële haalbaarheid staat of valt, is de afwezigheid van verhaal vanwege de sociale zekerheid.

Het ligt voor de hand het voorstel van de auteur te vergelijken met het nieuwe Belgische verkeersongevallenartikel. Dit laatste voert technisch geen objectieve aansprakelijkheid in maar wel een nieuwsoortige verzekering die nauw aansluit bij die uit het besproken boek. De basisfilosofie van artikel 29bis WAM is echter wel die van een objectieve aansprakelijkheid ten laste van het gemotoriseerd verkeer, zodat alleen de niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers worden vergoed. Frédéricqs voorstel gaat verder, waar het ook de bestuurders en de passagiers van motorrijtuigen in bescherming neemt. Een ander belangrijk verschilpunt is dat in het boek wordt voorgesteld – als essentieel onderdeel van het hervormingsplan – elk regres van de sociale-zekerheidsinstellingen af te schaffen, daar waar de onmiddellijke aanleiding voor het aannemen van artikel 29bis WAM juist gelegen was in het efficiënter maken van het subrogatierecht van de ziekte- en invaliditeitsverzekering! Het hervormingsplan – Frédéricq mag dan al coherent en weldoordacht zijn – is in de huidige sociaal-economische omstandigheden m.i. niet haalbaar. Wel kan het de verzekeraar op een denkspoor zetten om ook voor de bestuurders en de passagiers een vrijwillig af te sluiten polis te ontwerpen, nu deze buiten de bescherming van artikel 29bis WAM vallen.

Laten wij daaraan nog toevoegen dat ook voor andere moderne risico's (zie het begin van deze bespreking) voorstellen worden geformuleerd die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat zij ingaan tegen de huidige tendens van objectivering van de aansprakelijkheid.

Al bij al biedt de auteur ons een vlot leesbaar en stevig gedocumenteerd werk aan, dat zeker stof tot nadenken biedt, al kan niet alles wat wordt voorgesteld in de praktijk worden gerealiseerd.

Dries Simoens

S.P. DE COSTER en F. JONGEN, **Medialex**, Kluwer, Editions Juridiques Belgique, Diegem, 1994, 878 pp.

Terecht draagt dit lijvig boekwerk als ondertitel: *textes commentés*. Het is immers een verzameling van internationale verdragen, paktten, richtlijnen, Belgische federale wetten, gemeenschaps- en gewestelijke decreten en dito besluiten, die alle op de ene of andere manier van toepassing zijn op de media. Media in een ruime betekenis: pers en omroep, maar ook boek, theater, muziek, reclame, aanplakking, manifestaties, bioscoop.

Vanzelfsprekend doet het de lezer grijpen naar zijn Nederlandse tegenhanger met dezelfde titel bij dezelfde uitgever (Medialex, D. Voorhoof, H. Maertens, adv. L. Neels). Toch is het anders. Niet alleen omdat beide werken zich tot een verschillend lezers- en gebruikerspubliek richten en de voorliggende Medialex dan ook hoofdzakelijk de wetgeving van de Franse Gemeenschap en het Waalse Gewest bevat. Ook omdat beide werken anders zijn gestructureerd: de groepering van de teksten per aandachtspunt en dus de indeling in hoofdstukken zijn verschillend. Voor de Vlaamse jurist, die vertrouwd is met de Nederlandse uitgave, is het daarom even zoeken om zijn weg terug te vinden in het Franse boekwerk. Zijn inspanning wordt echter rijkelijk beloond: elk hoofdstuk is voorzien van een degelijke overzichtelijke commentaar van de auteurs en hier en daar wordt ook verwezen naar relevante rechtspraak. Op dit stuk heeft het hier besproken werk alvast een voetje voor.

Een suggestie: zou het geen goed idee zijn, mocht de uitgever de auteurs van beide tekstverzamelingen rond de tafel brengen om een zelfde werkwijze af te spreken voor de samenstelling en de begeleiding van hun Medialeges? De gebruikers zullen hem daarvoor dankbaar zijn.

Jan Ceuleers