

**De exceptio non adimpleti contractus als uitlegvraag.
Uitwerking van enkele aspecten in de verhouding tussen partijen,
meer bepaald evenredigheid en volgorde van de prestaties en
bewijslast.**

Matthias E. STORME

INHOUD

I. Situering en algemene regeling van de exceptio non adimpleti contractus

De exceptio non adimpleti contractus is een uitlegvraag

De begrippen e.n.a.c., opschortingsrecht en retentierecht

Exceptio non adimpleti contractus, oorzaak en opschortende voorwaarde

De juiste kontekst : uitleg.

Exceptio non adimpleti contractus en goede trouw

II. Het vereiste van voldoende samenhang tussen de op te schorten prestatie en de prestatie waarvan de excipiens de niet-nakoming aanvoert

A) Wanneer is er sprake van voldoende verband ?

Zuivere wederkerigheid

Debitum cum re junctum

Andere vormen van wederkerigheid

B) Is niet-nakoming in de ruimste betekenis in beginsel voldoende, of is ook opeisbaarheid vereist ?

C) Wat moet de excipiens daarbij stellen en bewijzen ?

III. De vereiste dat de excipiens niet tot eerdere nakoming verplicht is

Wat is de regeling zo geen van beide partijen tot eerdere nakoming gehouden is ?

Wanneer is een schuldenaar tot eerdere nakoming verplicht ?

Zijn er gevallen waarin de partij die krediet verleend heeft, zijn prestatie toch mag opschorten ?

IV. Bewijsrisico en bewijslast

V. De vereiste toerekening

VI. De vereiste dat de ingeroepen niet-nakoming de opschorting rechtvaardigt.

Volkomen wederkerige verbintenissen.

Wanneer is een prestatie deelbaar of ondeelbaar ?

Buiten het kader van volkomen wederkerige verbintenissen.

VII. De vereiste dat de opschorting de nakoming van de eigen prestatie niet definitief onmogelijk maakt.

VIII. Vervalt de exceptie bij aanbod van een voldoende zekerheid ?

IX. Kunnen prestaties die niet voor beslag vatbaar zijn, opgeschort worden ?

X. De vereiste dat de excipiens zich niet op een met de exceptie onverzoenbare wijze heeft gedragen.

XI. Besluit : normatieve uitleg.

I. Situering en algemene regeling van de exceptio non adimpleti contractus

De exceptio non adimpleti contractus is een uitlegvraag

1. *De precieze voorwaarden en modaliteiten van de exceptio non adimpleti contractus zijn een vraag van uitleg van de overeenkomst (uitleg van de contractuele regeling). Zo zou men de belangrijkste leer uit het elders in dit nummer afgedrukte arrest van het Hof van cassatie van 18 november 1988 kunnen samenvatten, op voorwaarde althans dat men het woord uitleg ruim genoeg begrijpt, namelijk in de zin van art. 1135 B.W. : als bepaling van de rechtsgevolgen, niet alleen op grond van wat uitdrukkelijk bepaald is, maar ook op grond van de billijkheid, het gebruik en de wet, gezien in verband met de aard van de verbintenis.*

De begrippen e.n.a.c., opschortingsrecht en retentierecht

2. *De exceptio non adimpleti contractus (afgekort e.n.a.c.) is het recht van een schuldenaar, die tegelijk schuldeiser is van een tegenprestatie, om de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot de schuldenaar van die tegenprestatie¹ nakomt of aanbiedt na te komen. Deze exceptio non adimpleti contractus (afgekort e.n.a.c.) is een bijzondere vorm van een meer algemeen beginsel, dat een prestatie mag worden opgeschort tot de schuldenaar van een andere prestatie, die daarmee in voldoende verband staat, nakomt of aanbiedt na te komen (exceptie van niet-nakoming in ruime zin) : «*Inadimplenti non est adimplendum*». De e.n.a.c. is nl. die bijzondere vorm daarvan die betrekking heeft op de tegenover elkaar staande prestaties in wederkerige overeenkomsten. We spreken ook van exceptie van niet-nakoming in enge zin.*

Het retentierecht daarentegen drukt o.i. veeleer het zakenrechtelijk aspect van deze exceptie uit, en wordt dus zowel in het kader van de ene als van de andere vorm van exceptie teruggevonden², telkens wanneer de opschorting van de prestatie erin bestaat een zaak terug te houden. Zo onderscheidde Procureur-generaal J.E. KRINGS in zijn conclusies voor het Teinturia-arrest twee soorten retentierecht : dat in het raam van wederkerige overeenkomsten, en dat gegrond op inpandgeving.

In dit artikel echter behandelen we uitsluitend de obligatoire verhouding tussen de partijen (en hun opvolgers, zoals overnemers van schuld of schuldvordering). Zo spreken we niet over de werking van het retentierecht jegens derden, zoals de eigenaar van de zaak, of de

¹ De schuldenaar van die tegenprestatie is niet noodzakelijk ook de schuldeiser van de opgeschorte prestatie : de e.n.a.c. kan veelal ook in driepartijenverhoudingen ingeroepen worden. Zie daarvoor m.b. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden* (Maklu, Antwerpen 1984), tw. Excepties (niet-tegenwerpelijkheid van).

² Cass., 7 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 153, *Pas.*, 1977 I, 154, vernietiging van Hof Brussel 23 juni 1975.

schuldeisers van de wederpartij³.

Exceptio non adimpleti contractus, oorzaak en opschortende voorwaarde

3. Is de exceptie een recht om op te schorten, dan kan men ook haar keerzijde verwoorden. Veelal is een schuldvordering "bezwaard" met de opschortende voorwaarde of last dat eerst een eigen verbintenis (of een verbintenis van de persoon van wie men de schuldvordering heeft overgenomen) wordt nagekomen. Deze opschortende voorwaarde of last voor de opeisbaarheid van een schuldvordering kan bij wederkerige verbintenissen (d.i. de e.n.a.c. in enge zin) beschouwd worden als een anticipatie van de ontbindende voorwaarde van art. 1184 B.W.⁴.

Het verschil met de oorzaakvereiste is dat de oorzaak - i.c. de tegenbelofte - een vereiste is voor het *bestaan* van een schuldvordering (we gaan hier niet in op de vraag of het enkel om een vereiste voor het ontstaan dan wel voor het voortbestaan van een verbintenis gaat⁵). De hier besproken "last" - i.c. de nakoming van die tegenbelofte - is echter een vereiste voor de *opeisbaarheid* van een schuldvordering. Om die reden kan de e.n.a.c. de excipiens dan ook in beginsel niet het recht geven om de nakoming van zijn eigen verbintenis *blijvend* onmogelijk te maken (zie onder VII.).

De exceptie van niet-nakoming is dus een modaliteit van een verbintenis - een soort opschortende voorwaarde - die wezenlijk berust op :

- 1) een voldoende samenhang tussen prestaties (i.c. wederkerigheid) en
- 2) de afwezigheid van krediet of een andere grond waarop de excipiens eerst moet

³ Zie over dat aspect m.b. A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1949, 133, nr. 14 v.; P. van OMME-SLAGHE, "Observations sur les effets et l'étendue du droit de rétention et de l'«exceptio non adimpleti contractus», spécialement en cas de faillite du débiteur", noot onder Hof Gent, 4 mei 1961, *R.C.J.B.* 1963, 69 v.; J.L. FAGNART, "Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution", noot onder Cass., 7 oktober 1976, *R.C.J.B.* 1979, 12 v.

⁴ Dat het een variante op de ontbinding is sluit overigens niet uit dat de exceptio soms nog kan worden opgeworpen wanneer de vordering dat niet meer kan, bv. bij bevrijdende verjaring, die in beginsel "zwakke werking" heeft. De normale bevrijdende verjaring is met andere woorden een exceptie die wel tegen een vordering kan worden opgeworpen, maar niet tegen een exceptio non adimpleti contractus of vergelijkbare exceptie.

⁵ Zie daarvoor bv. pro A. COLIN en H. CAPITANT door L. JULLIOT de la MORANDIERE, *Cours de droit civil français*, II nr. 738; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel VI door Paul ESMEIN (Parijs 1957), nrs. 252-253 en 410-411; René DAVID, "Cause et considération", *Mélanges offerts à Jacques Maury* (Daloz Sirey, Parijs 1960) II, (111) 122; contra P. van OMMESLAGHE, "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", noot onder Cass. 13 november 1969, *R.C.J.B.* 1970, 326 ; tussenin R. CASSIN, "Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution", mededeling Association Henri Capitant 1938, *R.T.D.Civ.*, 1945, (159) nr. 3.

nakomen.

Deze twee vereisten dienen op grond van art. 1135 B.W., d.i. door uitleg, te worden vastgesteld, uitgaande van de normale gang van zaken :

"Le crédit ne se présume pas. Au contraire, dans les contrats synallagmatiques chacun est présumé ne vouloir accomplir son engagement qu'autant que l'autre partie remplisse en même temps le sien"⁶.

Bij de aanwezigheid van die twee genoemde vereisten volstaat de tegenbelofte van de schuldeiser van de excipiens als oorzaak voor het ontstaan van een schuldvordering, maar niet voor de opeisbaarheid ervan.

De juiste kontekst : uitleg

4. Deze opschortingsrechten tonen met andere woorden aan dat een verbintenis c.q. schuldvordering slechts zelden "onbevoorwaard" mag worden gedacht. Een verbintenis wordt zelden onvoorwaardelijk aangegaan, en vele voorwaarden worden door het gemeen recht ingelast, ook zonder uitdrukkelijk beding. Dit geldt zo voor het voorbehoud van overmacht. Het geldt voor het voorbehoud van ontbinding wegens wanprestatie van de tegenverbintenis. Het geldt eveneens voor de daarvan afgeleide e.n.a.c. of opschorting wegens niet-nakoming van een verbonden verbintenis (zij het dat het voorbehoud van overmacht en van ontbinding, zoals ook de schuldvergelijking, het bestaan zelf van de verbintenis betreffen, de e.n.a.c. daarentegen enkel de opeisbaarheid ervan).

Welnu, het is duidelijk dat dergelijke modaliteiten van een verbintenis c.q. schuldvordering moeten worden uitgelegd volgens art. 1135 B.W., het miskende doch o.i. belangrijkste artikel van de derde titel van het derde boek B.W. Zij moeten bepaald worden aan de hand van enerzijds de uitdrukkelijke bedingen en anderzijds de billijkheid, de gebruiken en wettelijke bepalingen die op grond van de aard van de verbintenis gelden.

Meer bepaald voor modaliteiten zoals de e.n.a.c. is het o.i. zinvoller daarbij eerst een overzicht te geven van het gemeen recht, en pas daarna na te gaan welke wijziging daaraan wordt aangebracht door de uitleg van bijzondere bepalingen of bedoelingen.

Exceptio non adimpleti contractus en goede trouw

5. Het gemeen recht van de e.n.a.c. - en de exceptie van niet-nakoming in het algemeen -

⁶ R. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, nr. 324.

is grotendeels ongeschreven recht⁷. Het is vermoedelijk om die reden dat men zo dikwijls zegt dat de e.n.a.c. op de goede trouw berust⁸.

Eenzijds is dit juist, omdat de goede trouw, d.i. de redelijkheid en billijkheid, die blanco-norm is die toelaat dat het ongeschreven recht méé contractuele verhoudingen beheerst.

Anderzijds echter is deze stelling lui en gevaarlijk. Zij is lui omdat zij voor sommigen een voorwendsel is om de concrete uitwerking die aan de exceptie moet worden gegeven, niet te overdenken en systematisch uit te werken. Zij is gevaarlijk omdat zij de indruk wekt dat rechtsfiguren die wettelijk voorzien zijn, niet ook mede door de redelijkheid en billijkheid zouden worden beheerst.

Indien men die twee zaken inziet, blijft het beroep op de goede trouw nuttig - ook naast het inroepen van algemene beginselen - omdat het er ons aan herinnert dat, hoe goed wij een rechtsfiguur ook in wetgeving, rechtspraak of rechtsleer uitwerken, er bij de toepassing ervan op een concreet geval steeds nog omstandigheden kunnen meespelen die in die uitwerking nog niet verdisconteerd zijn en tot nieuwe "uitzonderingen" aanleiding dienen te geven.

Ondertussen proberen we echter eerst de luiheid ("dat is een feitenkwestie" is het meest voorkomende symptoom daarvan) te boven te komen door aan te geven in welke gevallen de opschorting van de eigen prestatie wegens niet-nakoming van andermans prestatie over het algemeen gerechtvaardigd is. Men kan meer bepaald de volgende vereisten onderscheiden :

1) De opschortende schuldenaar moet een aanspraak hebben op een prestatie die in voldoende verband staat met de op te schorten prestatie, en hij moet de niet-nakoming van die prestatie opwerpen (uitgewerkt in II.).

2) De opschortende schuldenaar mag niet tot eerdere nakoming verplicht zijn (geen "voorleveringsplicht") (uitgewerkt in III.).

3) Het risico van de tegenprestatie mag niet op de opschortende schuldenaar berusten (zie V.).

4) De opschorting mag slechts geschieden in de mate waarin ze door de niet-nakoming van de tegenpartij gerechtvaardigd wordt (uitgewerkt in VI.).

5) De opschorting mag de latere nakoming van de op te schorten verbintenis niet blijvend onmogelijk maken (zie VII.).

⁷ De e.n.a.c. in enge zin is slechts voor koop en ruil (art. 1612, 1651, 1673 B.W.) en door art. 15 § 6 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor Overheidsopdrachten (nl. slechts na 90 kalenderdagen) uitdrukkelijk voorzien. Daarnaast zijn andere vormen van de meer algemene exceptie in een heleboel gevallen wettelijk voorzien, doch er is evenmin een algemene wettelijke regel. Toch wordt de exceptie als algemene regel aanvaard, minstens in wederkerige overeenkomsten en eigenlijk alle wederkerige verhoudingen, en al hebben sommige auteurs wel moeite met de consequenties daarvan (bv. in het huurrecht).

⁸ Bv. A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, 133 nr. 9; H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité*, II, nr. 866, A, 3°; P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. les obligations", *R.C.J.B.*, 1975, 614, nr. 68; J.L. FAGNART, *R.C.J.B.*, 1979, (12) 15, nr. 5.

6) Tenzij de niet-nagekomen prestatie een prestatie in natura is die strikt wederkerig is aan de op te schorten prestatie, mag niet meer opgeschort worden wanneer aan de excipiens voldoende zekerheid wordt geboden (zie VIII.).

7) De op te schorten prestatie moet voor beslag vatbaar zijn, tenzij ze strikt wederkerig is aan de prestatie wegens niet-nakoming waarvan ze wordt opgeschort (zie IX.).

8) De opschorting en niet-nakoming moeten tijdig worden ingeroepen en de excipiens mag zich niet op een daarmee onverzoenbare wijze hebben gedragen (zie X.).

Bewijslast en bewijsrisico ten slotte worden in IV. behandeld.

We werken hoofdzakelijk de eerste, tweede en vierde vereiste uit en geven de andere kort aan.

II. Het vereiste van voldoende samenhang tussen de op te schorten prestatie en de prestatie waarvan de excipiens de niet-nakoming aanvoert

De allereerst vereiste is, zoals gezegd, dat de opschortende schuldenaar een *aanspraak heeft op een prestatie* die in voldoende verband staat met de op te schorten prestatie en de niet-nakoming van die prestatie aanvoert. Hierbij rijzen een viertal vragen.

A) Wanneer is er sprake van voldoende verband ?

Zuivere wederkerigheid

6. Allereerst is er zonder twijfel een voldoende verband wanneer twee verbintenissen als elkaars tegenprestatie zijn aangegaan, d.i. wanneer de niet-nagekomen verbintenis de oorzaak ("causa promittendi"⁹) vormt van het aangaan van de opgeschorte verbintenis. In die gevallen is niet alleen opschorting mogelijk, maar in beginsel¹⁰ ook ontbinding van beide verbintenissen. De opschorting kan dan ook als een anticipatie van die ontbinding worden beschouwd. Het opschortingsrecht geldt dan ook als algemeen beginsel in alle zuiver wederkerige verhoudingen, en niet slechts in die wederkerige overeenkomsten waarin het toevallig wettelijk is voorzien. Het Hof van Cassatie heeft dit benadrukt in onder meer het arrest Frey / De Salle en in het Valentine-arrest¹¹.

⁹ Het betreft hier de oorzaak van de rechtshandeling, d.i. de reden waarom de belover een belofte doet. Deze oorzaak mag niet verward worden met de oorzaak van de verbintenis of schuldvordering, d.i. de reden waarom het recht de belofte afdwingbaar stelt en de promissaris een vordering verleent.

¹⁰ D.i. behoudens verjaring van de vordering tot ontbinding, en onder voorbehoud van het vraagstuk van de ontbinding in meerpartijenverhoudingen.

¹¹ Zie Cass. 26 april 1945, *Pas.* I, 148; Cass., 24 april 1947, *R.C.J.B.*, 1949, 125. In het arrest Circle Freight / Travaux Gillion, bevestigde het Hof Brussel, 1 februari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 904, verder ook dat het feit dat de opgeschorte verbintenis van openbare orde is, daaraan geen afbreuk doet

In beginsel (d.w.z. behoudens zogenaamde "abstractie") blijft die voldoende samenhang ook bestaan wanneer de vordering op de opgeschorte prestatie wordt overgedragen aan een derde (tegenwerpelijheid van excepties uit de dekkingsverhouding aan de overnemer van een schuldvordering) of wanneer de verbintenis die opgeschort wordt overgenomen wordt door een derde (tegenwerpelijheid van excepties uit de valutaverhouding door de overnemer van een schuld)¹². Omgekeerd is ook niet vereist dat de excipiens ook de begunstigde is van de verbintenis waarvan hij de niet-nakoming inroept, mits zijn verbintenis in ruil voor die prestatie ten gunste van een derde werd aangegaan. Op de tegenwerpelijheid van de exceptie aan derden-schuldeisers (het aspekt retentierecht) gaan we hier niet verder in.

Uit het IMAT-arrest blijkt dat het daarbovenop niet vereist is dat het om een "hoofdverplichting" gaat¹³. Zo zou men kunnen stellen dat bepaalde herstellingen géén hoofdverplichting van de verhuurder uitmaken, maar dit belet niet dat er toch een e.n.a.c. mogelijk is (zij het misschien maar evenredig met de niet-nakoming van de herstellingsplicht).

De vraag of twee verbintenissen als tegenverbintenissen tegenover elkaar staan is immers een vraag van uitleg van de rechtshandeling waarmee zij werden aangegaan, en kan dus niet steeds in abstracto worden beantwoord.

Dit belet niet dat men voor de huur kan stellen dat in beginsel als tegenverbintenissen kunnen worden beschouwd :

- enerzijds de verplichtingen van de verhuurder tot terbeschikkingstelling van het verhuurde goed, tot onderhoud ervan in zodanige staat dat het kan dienen tot het gebruik waartoe het verhuurd is, en tot verschaffing van het rustig genot (art. 1719 B.W.), en
- anderzijds de verplichtingen van de huurder tot betaling van de huurprijs en tot mededeling aan de verhuurder van de nodige onderhoudswerken, telkens voor zover zij betrekking hebben op dezelfde periode¹⁴.

¹² Zie P. van OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", *La transmission des obligations* (Bruylant, Brussel 1980), nr. 19; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, nr. 201, en de rechtspraak aangehaald in noot 33. Zie ook ons werk *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen* (Story, Brussel, ter perse), hoofdstuk 5.1.

¹³ Cass., 6 maart 1986, *Arr. Cass.*, nr. 432 (verwerping). Cass., 15 juni 1981, *Arr. Cass.*, nr. 692, *T.S.R.* 1984, 38, noot J. MALLIÉ) lijkt het tegendeel te stellen, doch daar ging het niet om de eigenlijke e.n.a.c. maar om een door de werkgever toegepaste sanctie (de ACEC, als werkgever geconfronteerd met een staking gedurende een groot deel van een dag, weigerden de arbeiders voor het resterende anderhalf uur aan het werk te laten gaan en het overeenstemmende loon uit te betalen).

¹⁴ Dat de e.n.a.c. in enge zin maar betrekking heeft op verbintenissen betreffende dezelfde periode, blijkt m.b. uit de rechtspraak in arbeidszaken, die bv. wel toelaat dat loon dadelijk ingehouden wordt voor dagen waarop niet is gewerkt, maar niet dat dit ingehouden wordt op latere lonen, omdat dit geen e.n.a.c. meer is, maar schuldvergelijking die in strijd komt met art. 23 Loonbeschermingswet (Cass., 10 maart 1980, RUG t. Verheecke, *Arr. Cass.*, nr. 437, verwerping).

De andere verplichtingen van de verhuurder en de huurder daarentegen zijn géén zuiver wederkerige verbintenissen. Dit belet niet dat zij in voldoende verband kunnen staan.

Debitum cum re junctum

7. Zo is er ook een voldoende verband wanneer de opschorting van de prestatie tot zekerheid strekt van de niet-nagekomen verbintenis. Ook dit is een vraag van uitleg van de overeenkomst c.q. van de handeling op grond waarvan de in te houden zaak in handen van de schuldenaar is gegeven.

Voldoende verband is er zeker wanneer uitdrukkelijk is overeengekomen dat de in te houden zaak een pand vormt voor de nakoming van die andere verbintenis. Wat de verhouding tussen partijen betreft is het ook voldoende dat de samenhang louter konventioneel is : een beding van ondeelbaarheid is zeker geldig tussen partijen (over de tegenwerpelijkheid ervan aan derden - d.i. het aspect retentierecht - spreken we ons hier zoals gezegd niet uit)¹⁵.

Doch het verband hoeft niet uitdrukkelijk bedongen te worden. In een heleboel verhoudingen wordt de voldoende samenhang immers *door het recht* verondersteld, overeenkomstig art. 1135 B.W. De wet voorziet het in een aantal gevallen¹⁶, maar deze dienen niet beperkend te worden geïnterpreteerd¹⁷. De samenhang moet m.a.w. niet wettelijk voorzien zijn, al geven de wettelijk geregelde gevallen wel een idee van wat onder voldoende samenhang dient te worden verstaan. Tussen handelaars kan men het beding van ondeelbaarheid als een bestendig gebruikelijk beding beschouwen¹⁸, en moet de exceptie dus veeleer uitdrukkelijk uitgesloten worden.

In de huur staat de huurwaarborg bv. zowel met de verplichting tot betaling van de huurprijs, als met de verplichting tot teruggave van het goed in de staat waarin het ontvangen werd, in voldoende verband

Andere vormen van wederkerigheid

8. Ook andere vormen van voldoende samenhang zijn mogelijk. We denken bv. aan

¹⁵ Zie m.b. P. van OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1963, nr. 15 v.

¹⁶ Bv. art. 570 B.W. (ambachtsman), art. 1749 B.W. (pachter), art. 27 Handelshuurwet, art. 1948 (bewaarnemer), art. 124 Scheepvaartwet, art. 13 CMR, artt. 15 § 6 en 28 § 1 CIM, e.d.m.

¹⁷ Zie A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949 nr. 16; H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité*, VI, nr. 814 v.; P. van OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1963, (69) 73. Vgl. art. 15, 1 Benelux-voorontwerp niet-nakoming van verbintenissen.

¹⁸ Vgl. art. 895, 2 ZGB; HGB § 369.

wederkerige verbintenissen tussen naburen, tussen medeërfgenamen, e.d.m¹⁹. We denken ook aan het verband tussen niet tegenover elkaar staande prestaties in wederkerige overeenkomsten²⁰, of het verband tussen een hoofdverbintenis enerzijds en de verplichting tot medewerking daaraan van de schuldeiser anderzijds.

Niet tegenover elkaar, maar toch in voldoende verband staan in de huur bv. huurprijs en huurgenot voor zover zij betrekking hebben op een verschillende periode. Hetzelfde kan gezegd worden van enerzijds de verplichting van de huurder tot betaling van de huurprijs en anderzijds de verplichting van de verhuurder tot terugbetaling van de eerder teveel betaalde huurprijs.

Opmerking. In de zopas in nr. 6 en 7 besproken gevallen berust de exceptie niet op de strikte wederkerigheid en kan zij dan ook *geen anticipatie van ontbinding vormen, maar slechts een anticipatie van een schuldvergelijking, tegeldemaking of beslag, d.w.z. van een vorm van uitvoering*. De exceptie moet in die gevallen licht anders behandeld worden - wat in dit artikel terloops ter sprake komt²¹.

B) Is niet-nakoming in de ruimste betekenis in beginsel voldoende,
of is ook opeisbaarheid vereist ?

9. We gebruiken niet-nakoming hier in de ruimste zin. Dit wil zeggen dat we ons nog niet uitgesproken hebben over de vraag of de niet-nakoming toerekenbaar (schuldig) moet zijn (zie onder V.), en zelfs nog niet over de vraag of de prestatie waarvan men de niet-nakoming inroept, opeisbaar is. Het laatste kan immers niet algemeen vereist worden.

Men mag immers niet algemeen vereisen dat de prestatie waarvan men de niet-nakoming inroept ál opeisbaar is, maar alleen dat de excipiens zelf niet tot eerdere nakoming verplicht is (zie de uitwerking in III.). Immers, wanneer beide verbintenissen nog niet opeisbaar zijn mogen beide partijen hun prestatie nog uitstellen.

Het is evenmin algemeen vereist dat die prestatie nóg opeisbaar is. In beginsel kan de verjaring immers niet opgeworpen worden tegen de *exceptio non adimpleti contractus*

¹⁹ Cf. A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1949, 132, nr. 7; J.L. FAGNART, *R.C.J.B.* 1979, 16, nr. 6.

²⁰ Zie reeds Cass. 7 november 1935, faill. Kops t. n.v. Teintureries et apprêts de l'Escaut, *Pas.* 1936, I, 38, verwerping.

²¹ Zie voor de uitwerking van het onderscheid tussen de e.n.a.c. en de andere vormen van dit opschortingsrecht ons werk *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen* (Story, Brussel, ter perse), hoofdstuk 5.1.

(behoudens de zgn. "sterke" verjaring, zoals bv. de korte termijn van art. 1648 B.W.) : «*Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua ad excipiendum*». Deze regel geldt over het algemeen voor de e.n.a.c. in enge zin. Bij de andere vormen van opschortingsrecht hangt de sterke of zwakke werking van de verjaring af van de aard van de samenhang en de aard van de verjaring, maar kan moeilijk een algemene regel verwoord worden.

Het is ook niet vereist dat de vordering van de excipiens liquide is. Deze vereiste kan slechts gesteld worden voor sommige definitieve regelingen, zoals m.b. de schuldvergelijking, die beide verbintenissen tenietdoet (en niet alleen opschort).

C) Wat moet de excipiens daarbij stellen en bewijzen ?

10. De excipiens moet stellen dat hij over een schuldvordering beschikt die in voldoende verband staat met de opgeschorte prestatie. Hij moet ook stellen dat de prestatie waarop hij een vordering heeft niet of niet behoorlijk is nagekomen.

Moet de excipiens dit gestelde ook bewijzen ? In de eerste plaats is deze vraag reeds verkeerd gesteld. Het komt er immers niet op aan wie moet bewijzen, maar wel wie het risico draagt wanneer noch de stelling van de ene partij, noch die van de andere bewezen geraakt. Daarbij moet men verschillende geschilpunten onderscheiden.

a) Wat de aanspraak van de excipiens en het voldoende verband met de niet-nagekomen prestatie betreft, rust dit bewijsrisico in beginsel zeker op de excipiens («*Reus excipiendo fit actor*» - dus art. 1315, eerste lid, BW).

b) Wat de ingeroepen niet-nakoming betreft, rust het bewijsrisico bij zuiver wederkerige verbintenissen o.i. in beginsel op de eiser en niet op de excipiens, op grond van art. 1315, tweede lid, BW. Saar dit soms betwist wordt, gaan we op die vraag onder IV. nader in.

Op de vraag wannéér de excipiens die niet-nakoming moet inroepen, wordt ook onder X. ingegaan.

III. De vereiste dat de excipiens niet tot eerdere nakoming verplicht is

Een tweede vereiste is, zoals gezegd, dat de excipiens niet gehouden is tot eerdere nakoming van de op te schorten prestatie dan de andere partij van de prestatie waarvan de niet-nakoming wordt ingeroepen (*geen "obligation d'exécution préalable" of "voorleverings-*

plicht")²². Tenzij de eiser de eerdere nakoming door de excipiens bedongen heeft, blijft de nakoming van zijn eigen prestatie een opschortende voorwaarde voor zijn schuldvordering. Indien de eiser de eerdere nakoming door de excipiens wél bedongen heeft, blijft de niet-nakoming van zijn eigen prestatie overigens nog steeds een ontbindende voorwaarde.

Hierbij kan men een drietal vragen stellen.

Wat is de regeling zo geen van beide partijen tot eerdere nakoming gehouden is ?

11. Zoals gezegd, mag men voor de exceptie niet de eis stellen dat de prestatie waarvan men de niet-nakoming inroept, al opeisbaar is. Men mag alleen eisen dat de excipiens zelf niet tot eerdere nakoming verplicht is. Immers, het feit dat de ene partij niet tot eerdere nakoming verplicht is, betekent nog niet dat de andere partij dat wel is. Wanneer beide verbintenissen nog niet opeisbaar zijn, bv. omdat geen van beide partijen tot eerdere nakoming gehouden is, dan mogen beide partijen hun prestatie nog uitstellen. Elk van beiden moet wel haar prestatie bij gelijk oversteken aanbieden.

Wanneer is een schuldenaar tot eerdere nakoming verplicht ?

12. In wederkerige verbintenissen geldt in beginsel het gelijk oversteken. Het is natuurlijk anders in de mate waarin krediet is verleend en daar niet geldig op is teruggekomen.

Het gaat dus weer eens om een uitlegvraag (in de zin van art. 1135 B.W.)²³. De volgorde tussen de prestaties wordt bepaald door het verkeersgebruik volgens de aard van de zaak. Maar partijen kunnen van dat verkeersgebruik in beginsel afwijken (door krediet te verlenen), al wordt die vrijheid veelal beperkt in de verbruikerswetgeving e.d.²⁴. Het tussen hen feitelijk bestaande gebruik is daarbij veelal doorslaggevend²⁵. Doorslaggevend is ook de vraag of de ene prestatie de andere partij niet precies in staat moet stellen de tegenprestatie te verrichten, zoals moge blijken uit de arresten De Bie / Snoeck²⁶.

²² Vgl. M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel VI door Paul ESMEIN, nr. 453; A. de BERSAQUES, noot onder Cass. 24 april 1947, *R.C.J.B.*, 1949, (125) nr. 8; L.S.Ch. HEYNING-PLATE, *Eigenrichting tot zekerheid* (Tjeenk Willink, Zwolle 1969), 91 v.

²³ Zie het hoger aangehaalde citaat van R. POTHIER.

²⁴ Zie bv. art. 10 Wet Breyne

²⁵ Zie bv. Kh. Brussel, 26 juli 1966, Dierick t. Van de Walle, *J.C.B.*, 257, waar het retentierecht op een herstelde zaak werd afgewezen op grond van de gewoonte tussen partijen, alsook omdat de zaak ook moest worden geplaatst. Zie verder A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, (125) nr. 8.

²⁶ Hof Luik, 26 sep 1969 (voorziening in cassatie verworpen op 5 mei 1971, *Arr.Cass.*, 871, *R.W.*, 1971-72, 147, *J.T.*, 1972, 85), verwierp de opschorting van de levering van een grintbreker door de verkoper, ingeroepen op grond dat de koper eerst de afgesproken zekerheid moest stellen, omdat precies de levering de koper in staat diende te stellen zijn betalings- zowel als zekerheidsverplichtingen na te komen.

Rb. Oudenaarde, 8 december 1987, *Consumentenrecht (D.C.C.R.)* 1988, 130, noot H. NIJS, verwierp de opschorting van afgifte van een getuigschrift van verstrekte hulp door een geneesheer, omdat dat getuig-

Het feit dat het een uitlegvraag is, belet niet dat in geval van twijfel - d.i. wanneer de excipiens niet duidelijk krediet heeft gegeven -, de excipiens die niet over een voorrecht of een andere zekerheid beschikt in beginsel niét voorleveringsplichtig is²⁷. Dit betekent echter nog niet dat de schuldenaar die wel over een zekerheid voor de tegenprestatie beschikt, daardoor ipso facto zijn exceptie verliest en voorleveringsplichtig wordt (die vraag bespreken we kort onder VIII.).

In het geval van Cass. 18 november 1988, kwam de volgorde ter sprake tussen de verplichting van de verhuurder om het verhuurde goed in (de contractueel omschreven) goede staat te leveren en de verplichting van de huurder tot betaling van de huurprijs.

Welnu, het is duidelijk dat de verhuurder tot eerdere nakoming gehouden is (zelfs indien een huurwaarborg bedongen is, moet die in beginsel maar gegeven worden wanneer de gehuurde zaak in de afgesproken staat is). Deze oplossing geldt trouwens in het algemeen voor schuldenaars van voortdurende verbintenissen²⁸. Zij geldt zelfs meer algemeen voor schuldenaar van prestaties die een zekere tijd in beslag nemen, zoals bv. aannemers, vervoerders, e.d.

Het is dan ook in die zin dat het beroep op een - opschortende - voorwaarde in het arrest moet worden begrepen : *het gaat daarbij niet om een gewone voorwaarde, maar om de beloofde tegenprestatie als opschortende voorwaarde voor de opeisbaarheid van een schuldvordering/verbintenis*. Het is méér dan een voorwaarde, omdat tegelijk ook de nakoming ervan kan worden gevorderd.

Doch anders dan het arrest van Cass., 18 november 1988, misschien op het eerste gezicht laat uitschijnen, is de kous niet af met de bepaling van de vraag wie eerst moest nakomen. Het is immers niet voldoende dat de wederpartij van de excipiens eerst te kort schiet : zijn tekortkoming moet daarenboven de opschorting rechtvaardigen. Het helpt niet de eerdere nakoming door de wederpartij als "voorwaarde" te verwoorden om die vereiste terzijde te kunnen schuiven. De betekenis van het geannoteerde arrest kan dan ook maar begrepen worden wanneer ook de vereiste van evenredigheid wordt uitgewerkt (wat gebeurt onder

schrift de patiënt precies in staat moet stellen het geld te krijgen van zijn ziekenfonds en daarmee de arts te betalen.

²⁷ Zo bv. bepaalt art. 16 § 5 CIM dat vooruitbetaling van de vracht kan worden gevorderd wanneer de goederen onvoldoende zekerheid bieden voor de betaling ervan.

²⁸ W. RUITINGA, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar nederlandsch en fransch recht* (Scheltema, Amsterdam 1936), 119 en 182; L. LAMINE, *Het retentierecht* (Kluwer, Antwerpen 1982), p. 119.

Zo bv. ook voor de werknemer - zie art. 9 Loonbeschermingswet.

Het is anders voor de verzekeraar, in de mate waarin men hem zou beschouwen als schuldenaar van een voortdurende verbintenis (quod non).

VI.)

Zijn er gevallen waarin de partij die krediet verleend heeft,
zijn prestatie toch mag opschorten ?

13. Reeds in het B.W. zijn een aantal gevallen geregeld waarin de schuldenaar die eerst diende na te komen zijn prestatie desondanks toch kan opschorten wanneer de tegenpartij reeds op voorhand blijkt niet te zullen nakomen ("anticipatory breach of contract"). In dit geval heet de opschortingsexceptie "exceptio timoris" (onzekerheidsexceptie)²⁹. Men heeft die exceptie ten onrechte beperkend uitgelegd wegens de verwarring met het verval van tijdsbepaling (art. 1188 B.W.). Doch de exceptio timoris dient ruimer te worden toegelaten³⁰ dan het verval van tijdsbepaling, omdat zij minder verstreckende gevolgen heeft (zo ook is art. 1613 B.W. reeds ruimer verwoord dan art. 1188 B.W.). Het beroep door de schuldeiser op de verplichting tot eerdere nakoming van de excipiens moet immers ook te goeder trouw geschieden : wanneer die schuldeiser krediet heeft verkregen, mag hij dat niet misbruiken om de tegenprestatie op te vorderen hoewel hij goed weet zelf niet te zullen nakomen. Omgekeerd moet de andere partij, die soms zelfs de plicht heeft om de schade te beperken, ook het recht hebben om de schade te beperken, o.m. door zelf niet verder na te komen.

Op deze plaats kunnen we op dit alles echter niet verder ingaan³¹.

IV. Bewijsrisico en bewijslast

14. Uit de ontleding van de samenhang tussen wederkerige verbintenissen en van de volgorde tussen de prestaties volgt o.i. dat, wanneer de door de excipiens ingeroepen niet-nakoming niet bewezen geraakt, het bewijsrisico in beginsel op de schuldeiser ligt, en niet op de excipiens. Welzeker, «Reus excipiendo fit actor». Dit betekent dat de excipiens bij betwisting zijn aanspraak, zijn schuldvordering, moet bewijzen. Dit betekent dat hij bij betwisting ook de voldoende samenhang van die aanspraak met de verbintenis waarvoor hij aangesproken wordt, moet bewijzen. Maar als dat allemaal bewezen is, is het allereerst de schuldeiser die moet bewijzen dat hij zijn tegenverbintenis is nagekomen of de nakoming

²⁹ Zie m.b. de artt. 1613 en 1653 B.W. en art. 1415, tweede lid, Ger.W.; art. 73 LuVi; art. 71 CiSG.

³⁰ R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques* (Sirey, Parijs 1914), 532, 545 v. Vgl. BGB § 321; HGB § 370; OR 83; ABGB § 1052, 2; art. 1461 Italiaanse Cc; NBW 6.5.4.4 en 7.1.4.2.; art. 22 Benelux-voortontwerp niet-nakoming en art. 18 Benelux-ontwerp koop en ruil. Anders P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations", *R.C.J.B.*, 1975, 615 nr. 68.

³¹ Zie M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme : les droits belge et français face à l'"anticipatory breach" de la common law* (U.E.Liège 1982); verder ook ons werk *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen* (Story, Brussel, ter perse), hoofdstuk 6.5.

ervan heeft aangeboden, of dat hij (nog) over een termijn beschikt. In wederkerige verbintenissen is - anders dan bij zakelijke overeenkomsten (reaalcontracten) - de nakoming van de eigen prestatie weliswaar geen voorwaarde voor het *bestaan* van de tegenvordering : daarvoor volstaat immers het aangaan van de verbintenis tot die eigen prestatie. *In wederkerige verbintenissen is de nakoming van de eigen prestatie evenwel een (opschortende) voorwaarde voor de opeising van de tegenprestatie, tenzij er een (opschortende) termijn of volgorde in het voordeel van die schuldeiser geldt*³². En zoals bij andere opschortende voorwaarden moet ook hiervan de verwezenlijking in beginsel bewezen worden door de schuldeiser³³. De exceptie is geen wijze van bevrijding, en het bewijsrisico

³² Wanneer sommige rechtspraak stelt : "Le demandeur ne peut réclamer un solde de prix qu'à la condition d'établir que, relativement à l'objet dont ce solde représenterait la valeur, il a exécuté, ou valablement offert d'exécuter, la prestation lui incombant, prestation dont l'exécution est la cause de l'obligation de paiement assumée par le défendeur" (Kh. Brussel, 15 november 1955, De Muylder-Plaskin t. Brichaux, *J.C.B.* 1956, 45), dan moet dit in die zin genuanceerd worden dat de uitvoering van de eigen prestatie niet de oorzaak is van de tegenverbintenis, maar wel van de *opeisbaarheid* van de tegenverbintenis. Vgl. A. de BERSAQUES, noot onder Cass., 27 juni 1946, *R.C.J.B.* 1947, p. (274) 280, nr. 5; -, *R.C.J.B.* 1949, (125) nr. 4-5; P. COPPENS, noot onder Hof Luik, 16 nov 1948, *R.C.J.B.*, 1950, (120) 122 v.; J. HEENEN, "Preuve de la conformité des marchandises vendues", *R.C.J.B.*, 1952, (202) 211, nr. 2a met verwijzingen Vgl. ook Cass., 7 nov 1935, faill. Kops t. nv Teintureries et Apprêts de l'Escaut), *J.C.B.* 1936, 364, *Pas.* 1936 I, (38) m.b. 48.

³³ In die zin o.m. Rb. Veurne 7 juli 1906, G. Hobé t. A. Bonzel, *Pand. Pér.*, 1908, 993, *J.T.* 1908, 1068 noot; Hof Gent 1 februari 1952, d'Hondt t. Pipyn, *R.C.J.B.*, 202; kh. Antwerpen 15 maart 1954, *R.H.A.*, 349; Kh. Brussel 20 april 1963, George S. May int. Cy. t. coöp.v. World Plastics, *J.C.B.*, 369 met goedkeurende noot R. de BACKER; Kh. Brussel 28 oktober 1966, De Bruyn t. Baltasar, *J.C.B.*, 1967, 36; Kh. Brussel 7 november 1966, p.v.b.a. Eurabel t. n.v. Drukkerij Capry, *J.C.B.* 1967, 59; A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1949, (125) 135, nr. 11; P. COPPENS, *R.C.J.B.* 1950, 120 v.; R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution*, 525; *R.P.D.B.*, tw. "Obligation", nr. 291; J. HEENEN, "Preuve de la conformité des marchandises vendues", *R.C.J.B.*, 1952, (202) 211 v.; J. RONSE, *A.P.R.*, tw. "Wisselbrief en orderbriefje", nr. 1339, in fine; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", *La preuve*, U.C.L. 1987, nrs. 47-56.

H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité*, II nr. 866, B, zijn onduidelijk, daar zij stellen dat de excipiens de "grondslag" van zijn exceptie moet bewijzen, maar vergeten te specificeren dat de grondslag erin bestaat dat hij een tegenvordering heeft in voldoende verband met de vordering op hem (en niet in de niet-nakoming van die tegenverbintenis, evenmin als de grondslag voor een vordering tot nakoming bestaat in de niet-nakoming door de schuldenaar, cfr. art. 1315, tweede lid, B.W.). Immers, de exceptio non adimpleti contractus "ontstaat" niét eerst door de niet-nakoming, maar reeds door het verkrijgen van een tegenvordering. Dit is overigens het voornaamste argument dat gebruikt wordt om te verklaren dat de exceptio aan de overnemer van een schuldvordering kan worden tegengeworpen, zelfs wanneer de overdracht de niet-nakoming voorafgaat (zie Cass., 13 september 1973, RTT t. nv Geoffrey's Bank, *Arr. Cass.* 1974, 36, *R.C.J.B.* 1974, 352 noot M.L. STENGERS, verbreking van Hof Brussel 4 januari 1971; kass 27 september 1984, nv Travaux, nv Bâtiments et Ponts t. nv Noordkrediet België, *Arr. Cass.*

daaromtrent wordt dan ook niét geregeld door art. 1315, tweede lid, B.W. maar wél door art. 1315, eerste lid, B.W.

Het bewijsrisico voor de excipiens kan dus niet zwaarder zijn dan wanneer deze partij een vordering tot nakoming had ingesteld³⁴. Ook dan rust het bewijsrisico in beginsel op de schuldenaar van de niet-nagekomen prestatie. En in beide gevallen zal de bewijslast o.m. omgekeerd worden :

1° bij verplichtingen tot laten (niet-doen)³⁵;

2° nadat een uiterlijke overeenstemmende nakoming bewezen is, maar ingeroepen wordt dat ze gebreken vertoont of gevolgschade heeft veroorzaakt³⁶;

3° wanneer de schuldeiser (excipiens) naar recht of verkeersgebruik de meest geschikte partij was om zich bewijsmateriaal te verschaffen.

De laatste "uitzondering" toont o.i. overigens aan dat ook de bewijslast een vraag is van uitleg van de contractuele verhouding, wat door het Hof van cassatie bv. in het arrest-Van Habost werd bevestigd³⁷. Die uitleg mag daarbij wel niet beperkt blijven tot de bedoelingen van partijen, maar wordt mede bepaald door rechtsregels, gebruiken, redelijkheid en billijkheid (goede trouw)(art. 1135 B.W.) ("Ik weet het, mijn verhaal is eentonig").

Deze regels gelden veelal ook voor de opschorting buiten het kader van zuiver wederkerige verbintenissen. De verhuurder die de huurwaarborg inhoudt, moet zijn vordering bewijzen, wat impliceert dat hij de staat van het verhuurde goed bij de levering moet bewijzen. Maar de staat bij teruggave moet in beginsel door de huurder bewezen worden.

De bewijslast betreffende de niet-nakoming zal in beginsel anders liggen bij het inroepen

1971, *J.T.*, 720, *T.B.H.* 1985, 205, *R.C.J.B.* 1987, 511 n. Y. MERCHERS, *T.V.A.* 1988, 7, verbreking van Hof Brussel, 9 februari 1983).

³⁴ Zie m.b. J. HEENEN, "Preuve de la conformité des marchandises vendues", *R.C.J.B.* 1952, 210-214; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", *La preuve*, nr. 37-38; J. KIRKPATRICK, "L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs", *R.C.J.B.* 1959, (42) en n. 36. Vgl. R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, II nr. 118.

Anders Marcel STORME, *De bewijslast in het belgisch privaatrecht*, nr. 419 v. O.i. is het niet gerechtvaardigd de bewijslast principieel te laten bepalen door de positie als eiser dan wel als verweerder in een proces.

³⁵ Zie A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1949, 134 nr. 9; H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité* II, nr. 596; J. KIRKPATRICK, "L'article 1315 du code civil et la preuve des faits négatifs", *R.C.J.B.* 1959, (42) 53 nr. 9 v. met verwijzingen; N. VERHEYDEN-JEANMART, "La charge de la preuve", *La preuve*, nrs. 45 en 73. Voor een toepassing op de exceptie, zie Cass., 24 april 1947, De Want t. n.v. Valentine (doch ten onrechte zo ruim verwoord dat de bewijslast steeds op de excipiens zou liggen).

³⁶ A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.* 1949, 135 nr. 11.

³⁷ Cass., 20 april 1978, n.v. Zürich, General Accident, Fire & Live ins. corp. ltd., n.v. Groupe des assurances nationales t. Van Habost, *Arr. Cass.*, 958, verwerping van een voorziening tegen Hof Brussel 27 oktober 1976.

van de wettelijke schuldvergelijking, omdat daarvoor vereist wordt dat de schuld "vaststaat" (art. 1291 B.W., liquiditeitsvereiste). Doch daaruit kan men niets afleiden voor de bewijslast bij de exceptie van niet-nakoming, omdat de vereiste van "vaststaan" precies op grond van het voldoende verband tussen beide prestaties niet kan worden gesteld.

V. De vereiste toerekening

15. Meestal stelt men ook de eis dat de opgeworpen niet-nakoming de niet-nakomende schuldeiser is toe te rekenen, d.i. door zijn schuld is veroorzaakt of voor zijn risico komt³⁸. Doch ook wanneer de niet-nakoming hem niet is toe te rekenen, d.i. in geval van overmacht, kan de excipiens veelal zijn prestatie opschorten, tenzij in die gevallen waarin het risico van de tegenprestatie reeds op hem is overgegaan. Men moet dan ook veeleer het volgende onderscheid maken.

Bij volkomen wederkerige verbintenissen is voor de exceptie alléén vereist dat het risico van de tegenprestatie niet op de excipiens berust (zij het dat de niet-nakoming door de andere zijn eigen schuld is³⁹, zij het dat hij het overmachtrisico moet dragen). In geval van overmacht beschouwt men dit meestal als een aspect van de risikoleer, maar ook die berust op de verbondenheid van als elkaars tegenprestatie aangegane verbintenissen⁴⁰.

Buiten het geval van de zuiver wederkerige verbintenissen echter moet bij blijvende overmacht de terughoudende prestatie wél teruggegeven worden, en is de opschorting ervan maar gerechtvaardigd bij toerekenbare niet-nakoming of bij tijdelijke overmacht. Er is immers geen dusdanige samenhang tussen de verbintenissen, dat wanneer de ene door overmacht vervalt, ook de andere zou dienen te vervallen.

VI. De vereiste dat de ingeroepen niet-nakoming de opschorting rechtvaardigt.

Een vierde vereiste luidt dat de opschorting *slechts mag geschieden in zoverre ze door de niet-nakoming van de tegenpartij gerechtvaardigd wordt*⁴¹. Wat dit echter in concreto betekent hangt af van de al dan niet deelbaarheid van de prestaties.

Volkomen wederkerige verbintenissen.

³⁸ A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, 134 v. nr. 10; H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité*, II, 860.

³⁹ Zie bv. Cass., 30 september 1965, Brouwerij van Alken t. Cornet, *Pas.*, 1966, I 147, verwerping; Rb. Luik, 9 mei 1977, Maddalena t. Chalsèche e.a., *J.L.*, 1979, 153.

⁴⁰ Vgl. A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, (125) nr. 10; ASSER-RUTTEN (Tjeenk Willink, Zwolle 1978) I, 279 en II, 349; L.S.Ch. HEYNING-PLATE, *Eigenrichting tot zekerheid*, 88. Vgl. ook J.F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution* (L.G. D.J., Parijs 1971) nr. 233 v.

⁴¹ Vgl. de verwoording van het Benelux-voorontwerp niet-nakoming, art. 21, 2.

16. Bij volkomen wederkerige verbintenissen dient men de volgende regels voorop te stellen⁴².

a) Bij deelbare prestaties mag slechts in evenredigheid met de niet-nakoming worden opgeschort. Een gedeeltelijke tekortkoming - i.e. een tekortkoming die de rest van de prestatie niet nutteloos maakt - rechtvaardigt slechts een daarmee evenredige opschorting⁴³. Voorbeelden waar een exceptie werd verworpen omdat ze niet in verhouding stond tot de tekortkoming vinden we o.m. in volgende gevallen.

In de zaak Ets. Zimmer-Debaiffe / Overfeld⁴⁴ was de verbreking van de overeenkomst niet in verhouding tot de tekortkomingen (betalingsachterstand), temeer daar ze maar werd ingeroepen toen de tekortkoming door de schuldenaar bijna verholpen was.

In de zaak Coveliers & zn. / n.v. verenigde Steenfabrieken Rupel en Nethe⁴⁵ werd geoordeeld dat een minimale betalingsachterstand geen opschorting van leveringen rechtvaardigt.

Gebreken die slechts ca. 1/30 van de waarde van het werk vertegenwoordigen rechtvaardigen niet de stopzetting van de gehele aanneming door de aanbesteder⁴⁶.

Door de Vred. St-Joost-ten-Node, 18 februari 1986⁴⁷, werd het afsnijden van elektriciteit een misbruik geacht gezien de wanverhouding tussen het verschuldigde bedrag en de door dat afsnijden veroorzaakte schade.

b) Wanneer de ene dan wel de andere prestatie ondeelbaar is, is opschorting slechts bij een voldoende ernstige tekortkoming te rechtvaardigen⁴⁸. In dat geval mag de opschorting dan wel volledig zijn.

⁴² Zie ook J.F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, nr. 211 v.

⁴³ A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, (125) nr. 9; B. HUBEAU, "De vrijwaring voor het rustig genot bij een huurovereenkomst", noot onder Rb. Luik, 26 mei 1987, *T.B.B.R.*, 1988, (554) 555 nr. 3. Zie buiten de voorbeelden in de tekst nog het IMAT-arrest, Cass., 6 maart 1986, IMAT pvba t. Van de Walle, Velle, *Arr. Cass.*, nr. 432, *J.T.*, 1987, 350, verwerping van een voorziening t. Rb. Brugge, 17 september 1984.

Vgl. ook nog Rb. Brussel, 24 januari 1977, Ruysseveldt-Hellinckx, n.v. Biercentrale Ninove t. Wouters-Robyn, Sorrentino e.a., waartegen de voorziening in cassatie verworpen werd op 7 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 661.

⁴⁴ Cass., 8 december 1960, , verwerping op dit punt, *Arr. Cass.*, 1961, 336.

⁴⁵ Hof Brussel, 17 september 1963, *R.W.*, 1963-64, 1703.

⁴⁶ Rb. Brussel, 23 mei 1966 en 29 oktober 1968, *T.v.A.*, 1971, 69 noot H. de CROO. Vgl. ook Rb. Brussel, 8 mei 1974, *R.J.Imm.*, 197.

⁴⁷ *TvV*, 1987, 274.

⁴⁸ Zie bv. Kh. Luik, 1 december 1948 (Heeseman t. Van Honghen, Honhon en De Hesselle, *J.L.*, 1948-49, 85) : het onderweg stilleggen van een scheepsvervoer stond in wanverhouding tot de door de wederpartij onrechtmatig ingehouden sommen. Vgl. A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, 133-134 nr. 9 en 136 nr. 12.

Deze regeling wordt zichtbaar wanneer men een aantal op het eerste gezicht tegenstrijdige cassatiearresten nader toelicht - met name enerzijds het in dit nummer gepubliceerde arrest van 18 november 1988, anderzijds het IMAT-arrest van 6 maart 1986⁴⁹. In het arrest van 18 november 1988 wordt namelijk een vonnis dat slechts een gedeeltelijke opschorting toeliet, vernietigd; in het IMAT-arrest van 6 maart 1986 daarentegen werd de voorziening tegen een vonnis dat voor een nochtans ernstige tekortkoming aan een hoofdverplichting (voldoende ernstig om de ontbinding te rechtvaardigen) slechts een gedeeltelijke opschorting toeliet, verworpen. Het betrof nochtans twee huurzaken. De verklaring van deze paradox is dat het vonnis a quo het huurgenot in het ene geval ondeelbaar achtte, in het andere geval deelbaar. Men moet opmerken dat het in dit nummer gepubliceerde cassatiearrest de mogelijkheid van een gedeeltelijke opschorting niet heeft verworpen. Deze mogelijkheid werd weliswaar bestreden in het tweede onderdeel van het cassatiemiddel, maar het Hof is precies op dat onderdeel niét ingegaan en heeft gekozen voor een meer genuanceerde benadering door te vernietigen op grond van het derde onderdeel. Dat het niet met zoveel woorden over de ondeelbaarheid spreekt, maar de zaak inkleedt als een "voorwaarde", is mede bepaald door de wijze waarop het cassatiemiddel werd verwoord.

c) Een verdere regel luidt dat de excipiens die volledig wil opschorten omdat de ene dan wel de andere prestatie ondeelbaar is, het reeds ontvangen gedeelte van de prestatie onder-tussen ter beschikking van de wederpartij moet houden, in de mate waarin dat voor die wederpartij enig nut heeft en die terbeschikkingstelling door haar gevraagd wordt. Het is immers in strijd met de goede trouw om én de eigen prestatie geheel op te schorten én retentie uit te oefenen op datgene wat men van de tegenprestatie reeds ontvangen heeft, net zoals het verboden is uitvoering en ontbinding te cumuleren. Deze regel vinden we bv. in de arresten Midland verf- en vernisfabriek / De Toren (verfarrest) en Kuypers / Duyvené en Remmers (televisie-arrest) van de Hoge Raad ⁵⁰.

⁴⁹ IMAT pvba t. Van de Walle, Velle, *Arr. Cass.* nr. 432, *J.T.* 1987, 350, verwerping van een voorziening t. Rb. Brugge, 17 september 1984.w

⁵⁰ Zie H.R. 31 januari 1958, *N.J.* nr. 97 noot L.E.H. RUTTEN, 7. *A.A.* 233 noot J.H. BEEKHUIS, verwerping van een beroep tegen Hof Amsterdam 13 maart 1957; H.R. 4 mrt 1977, *N.J.* nr. 337 noot G.J. SCHOLTEN; W. RUITINGA, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanpraestatie naar Nederlandsch en Fransch recht*, 186-187; Ph. HOUWING, *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der candidaat-notarissen 1968, 75; L.S.Ch. HEYNING-PLATE, *Eigenrichting tot zekerheid*, 53-57; HOFMANN-van OPSTALL, *Hofmann's Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen*, I (Tjeenk Willink, Groningen 1976), 155-156 en 355-356; HOFMANN-ABAS, *Hofmann's nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen*, II, (Tjeenk Willink, Groningen 1977), 334-335; ASSER-RUTTEN, II, 348; Gr. van der BURGHT en A.L. CROES, *Selectie uit het algemeen deel van het verbintenissenrecht* (Tjeenk Willink, Groningen 1974), 91-92; C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim* (Monografieën NBW B-32b, Kluwer,

d) De evenredigheid moet ten slotte in beginsel berekend worden volgens de verhouding tot het geheel van die wederkerige verbintenissen (niet volgens de waarde der prestaties, noch volgens de zwaarte van de fout)⁵¹.

Wanneer is een prestatie deelbaar of ondeelbaar ?

17. De belangrijkste vraag is dan ook op grond waarvan moet worden geoordeeld of een prestatie deelbaar is.

Weliswaar kan uitgegaan worden van het beginsel der ondeelbaarheid (argument ex art. 1244 B.W.). Doch dit geldt slechts in geval van twijfel, namelijk wanneer er onvoldoende redenen zijn om de ene dan wel de andere uitleg te geven aan de overeenkomst. Het in dit nummer gepubliceerde arrest stelt immers duidelijk dat ook dit een uitlegvraag is. Deze uitleg gaat uit van de bedoelingen der partijen, doch dient méde aan de hand van objectieve maatstaven te geschieden⁵². Het gaat namelijk om de objectieve bruikbaarheid van de gedeeltelijke prestatie voor het doel waartoe de partijen haar bestemd hebben.

Daarnaast wordt deze uitleg sterk bepaald door de wijze waarop de partijen zich gedragen, óók en vooral op het ogenblik van de niet-nakoming en de opschorting. Meer bepaald moet als regel gesteld worden dat een excipiens zich niet op de ondeelbaarheid van de gedeeltelijk niet-nagekomen prestatie mag beroepen om zijn prestatie volledig op te schorten, indien hij het reeds nagekomen gedeelte blijft gebruiken of indien hij het weigert terug te geven of ter beschikking te stellen wanneer zulks mogelijk is. Wanneer hij het ontvangen gedeelte niet ter beschikking houdt van de schuldeiser indien deze erom vraagt en de teruggave mogelijk is, dan verwerkt hij het beroep op de ondeelbaarheid van die

Deventer 1987), 31-34; G.J.P. de VRIES, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding, volgens NBW en BW* (Tjeenk Willink Groningen 1984), 111 v. en 115.

⁵¹ Cfr. C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 58-59; G.J.P. de VRIES, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding, volgens NBW en BW*, 112. Vergelijkbaar is de Italiaanse cassatieformule dat de opschorting een concrete rechtvaardiging moet vinden in de verhouding tussen de niet-nagekomen prestaties en de opgeschorte prestaties, rekening gehouden met het verband van wederkerigheid en het kader van de sociaal-economische functie van het contract. Deze formule wordt wel bekritiseerd door L. NANNI, "La buona fede contrattuale nella giurisprudenza", *Contratto e impresa*, 1986, (501) 541 v., waar hij verduidelijkt dat de evenredigheid niet de enige omstandigheid is die bepaalt of de niet-nakoming een opschorting rechtvaardigt.

Een mooie uitwerking van de vraag in welke mate een niet-nakoming de opschorting rechtvaardigt, als een samenspel van modulerende beginselen zoals de mate van samenhang en de ernst van de tekortkoming, vinden we bij C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 42 v. (zie ook 58 v.).

⁵² Men kan hierbij verwijzen naar de zeer vergelijkbare uitleg van deelbaarheid of ondeelbaarheid voor de vraag of een nietigheid geheel of gedeeltelijk dient te zijn. Zie P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.*, 1975, 617, nr. 69 en *R.C.J.B.*, 1988, 35, nr. 145.

prestatie en wordt ze op grond van zijn gedraging deelbaar geacht.

Wanneer we daarmee nu naar de huur gaan kijken, kan het volgende gesteld worden. De huurprijs is als geldschuld normaal deelbaar. Of het huurgenot deelbaar is, hangt grotendeels af van de houding der partijen, meer bepaald van de huurder. We moeten onderscheiden tussen de situatie waarin de huurder over het gehuurde goed reeds beschikt heeft en blijft beschikken, en die waarin hij op grond van de niet-nakoming van de verhuurder of storting van het huurgenot weigert over het goed te beschikken of dat nog langer te doen.

In het eerste geval volgt uit de houding van de huurder dat het huurgenot als deelbaar moet worden beschouwd. In dat geval moet de opschorting evenredig blijven met de derving van het huurgenot⁵³.

Weigert de huurder daarentegen het gehuurde goed in ontvangst te nemen of verlaat hij het wegens geheel onbruikbaarheid, dan geldt het huurgenot normaal als ondeelbaar. Dan mag de huurprijs volledig worden opgeschort. Daarvan vinden we in het in dit nummer gepubliceerde arrest precies een toepassing⁵⁴.

Buiten het kader van volkomen wederkerige verbintenissen.

18. Bij opschorting buiten het kader van zuiver wederkerige verbintenissen is de regeling enigszins anders te stellen. Gezien het niet gaat om een anticipatie van de ontbinding, maar van uitvoering, moet namelijk niet uitgegaan worden van de evenredigheid tussen de prestaties, maar wel van hun geldelijke waarde.

Zo moet bij deelbare prestaties de retentie beperkt blijven tot goederen ten belope van de waarde van de niet-nagekomen prestaties⁵⁵. Is de prestatie gedeeltelijk nagekomen, doch onbruikbaar, dan mag retentie uitgeoefend worden ten belope van de volle waarde van de slechts gedeeltelijk uitgevoerde prestatie indien de niet-nakoming voldoende ernstig is (volgens de uitleg die aan de verbintenis moet worden gegeven) en het reeds ontvangen gedeelte ter beschikking wordt gesteld. Is omgekeerd de teruggehouden zaak ondeelbaar en is haar waarde groter dan die van de niet-nagekomen prestatie, dan zou een retentie voor het geheel toelaatbaar zijn indien zulks bedongen is (en onder voorbehoud van misbruik wanneer de waarde buiten verhouding staat tot die van de niet-nakoming). Wat het laatste betreft kan de

⁵³ Zie bv. Rb. Brugge, 8 november 1978, *R.J.Imm.* 1979, 255. Vgl. R. DEMOGUE, "Des modifications aux contrats par volonté unilatérale", *R.T.D.Civ.* 1907, 251; W. RUITINGA, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlandsch en Fransch recht*, 188; C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 41.

⁵⁴ Gevallen waarin in de loop van de huur een volledige opschorting werd toegestaan vinden we o.m. in Vred. Kortrijk, 17 oktober 1981 en Rb. Kortrijk, 9 oktober 1984, beiden in *T.R.D.* 1988, dossier 1, p. 7 (een woning was door vochtigheid nagenoeg geheel onbewoonbaar geworden)

⁵⁵ Cfr. C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 59; J. MESTRE, "Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance", *Mélanges offerts à Pierre Raynaud* (Dalloz, Parijs 1985), (439) nr. 56.

vergelijking worden gemaakt met misbruik bij bewarend beslag onder derden, gezien het retentierecht als een vormvrije variant daarvan kan worden beschouwd.

VII. De vereiste dat de opschorting de nakoming van de eigen prestatie niet definitief onmogelijk maakt.

19. Vervolgens moeten we de vraag stellen wat bedoeld wordt met de stelling dat de *exceptio non adimpleti contractus* niets meer is dan een tijdelijke exceptie. Het betekent dat op grond van die exceptie alleen *de schuldenaar de nakoming van de eigen verbintenis niet* (geheel of gedeeltelijk) *blijvend onmogelijk mag maken*. Deze regel vinden we in het arrest Hof Brussel, 19 februari 1944, waartegen de voorziening verworpen werd in het Valentine-arrest⁵⁶. Deze regel betreft de verbintenissen waarvan de niet-nakoming achteraf niet meer kan worden "ingehaald", en meer bepaald de "voortdurende" (niet : opeenvolgende) verbintenissen. Daaronder vallen bv. de verbintenissen tot laten (in het Valentine-arrest een niet-mededingingsverplichting), de verbintenissen tot terbeschikkingstelling (verhuring) van goederen of van arbeid, de verbintenissen tot voortdurende bevoorrading (bv. van elektriciteit of gas).

Wanneer we daarbij zeggen dat dit niet mag op grond van de exceptie alleen, betekent dit dat, om de nakoming van de eigen verbintenis wel blijvend onmogelijk te mogen maken, tevens moet worden voldaan aan de voorwaarden voor een definitieve regeling, waarvan de exceptie slechts een anticipatie is. Concreet gezegd :

a) In wederkerige verhoudingen mag men door opschorting de nakoming van de eigen prestatie niet blijvend onmogelijk maken zonder tevens aan de vereisten voor ontbinding (vereiste ernst en procedure) of voor schuldvergelijking (vereiste vervangbaarheid en liquiditeit) te voldoen (wat niet wil zeggen dat men ook daadwerkelijk de ontbinding moet vorderen)⁵⁷. Dit wordt geïmpliceerd in onder meer het arrest a quo van het Valentine-arrest⁵⁸, het arrest Alhadeff / Osuustukkukaupa⁵⁹, het arrest Zimmer-Debaiffe / Overfeld⁶⁰, het arrest Gregg Associates / Manpower⁶¹, en het vonnis a quo in de reeds aange-

⁵⁶ Cass., 24 april 1947, *Arr. Cass.*, 133, *R.C.J.B.*; 1949, 125)

⁵⁷ Dit is anders in Nederland, getuige nog het arrest Droog / Bekaert Wandtextiel, Hoge Raad 19 februari 1989, *N.J.*, nr. 343, noot C.J.H. BRUNNER.

⁵⁸ Hof Brussel, 19 februari 1944, voorziening in cassatie verworpen op 24 april 1947, *Arr. Cass.*, 133, *R.C.J.B.*; 1949, 125) noot A. de BERSAQUES, meer bepaald nrs. 9, in fine en 12.

⁵⁹ Cass., 10 december 1954, soc., *Pas.* I. 359, verwerping van een voorziening tegen Hof Brussel 29 maart 1952.

⁶⁰ Cass., 8 december 1960, verwerping op dit punt, *Arr. Cass.*, 1961, 336.

⁶¹ Hof Brussel, 6 juni 1973, *J.T.*, 1973, 498.

haalde IMAT-zaak⁶².

b) Bij de andere gevallen van exceptie van niet-nakoming mag men door opschorting de nakoming van de eigen prestatie niet blijvend onmogelijk maken zonder aan de vereisten voor schuldvergelijking (uitvoerend) beslag of een andere wettelijk voorziene eigenrichting te voldoen.

Meer bepaald voor de exceptie in zuiver wederkerige verhoudingen moet er wel op gewezen worden dat :

- 1) bij blijvende overmacht de overeenkomst van rechtswege ontbonden wordt geacht;
- 2) de moderne rechtspraak en rechtsleer - in tegenstelling tot de letter van de wet, doch in overeenstemming met de omliggende rechtsstelsels - veelal toelaat dat een schuldeiser een overeenkomst zelf wegens wanprestatie ontbonden verklaart, en de rechter de gerechtvaardigdheid daarvan a posteriori toetst⁶³. Dit laatste belet niet dat er wel een aantal bijkomende voorwaarden vervuld moeten zijn, waarvan de belangrijkste luidt dat de schuldenaar van de excipiens ofwel blijvend verhinderd is na te komen (blijvende onmogelijkheid) ofwel in "verzuim" is. Dit laatste betekent dat de niet-nakoming op wettelijke wijze vaststaat, wat in beginsel een ingebrekestelling vereist, tenzij het verstrijken van de termijn zelf geldt als ingebrekestelling of een ingebrekestelling geen zin meer heeft.

Anderzijds dient het beroep van de wederpartij op de onrechtmatigheid van de opschorting door de andere partij, omdat ze de opgeschorte prestatie blijvend onmogelijk zou maken, eveneens te goeder trouw te geschieden. Dat onmogelijk maken mag namelijk geen verontschuldiging vormen voor een wederpartij die zelf toch niet meer wou nakomen

⁶² Rb. Brugge, 17 september 1984, voorziening in cassatie verworpen 6 maart 1986, *Arr.Cass.*, nr. 432; onderstreept "ce qui a entraîné un dommage définitif".

Vgl. genuanceerd W. RUITINGA, *Ontbinding van overeenkomsten wegens wanprestatie naar Nederlandsch en Fransch recht*, 191-199; L.S.Ch. HEYNING-PLATE, *Eigenrichting tot zekerheid*, 112-114; HOFMANN-ABAS, *Hofmann's Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen*, II, 334-335, 339 noot 1; G.J.P. de VRIES, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding, volgens NBW en BW*, 118-119; vgl. J.F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, nr. 209.

Soepeler daarentegen is men in arbeidsovereenkomsten. Zie bv. Arbh. Luik, 10 juni 1976 Rensonnet t. n.v. Superia, *J.T.T.*, 277.

Zie verder F. BYDLINSKI, "Die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnisse", *Festschrift für Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag* (Böhlau, Graz 1958), (140) 150-151; L. NANNI, "La buona fede contrattuale nella giurisprudenza", *Contratto e impresa*, 1986, (501) 546-547.

⁶³ Zie o.m. P. van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence. Les obligations", *R.C.J.B.*, 1975, 603 v. nr. 65 en 65 bis; M. VANRUYMBEKE, "Et si la résolution n'était plus judiciaire ...", *R.G.A.R.*, nrs. 9850 en 9876; M. BOURMANNE, noot onder Hof Luik, 6 december 1985, *R. Rég. Dr.*, 1987, 14; ASSER-RUTTEN, I, p. 161-162.

en de opschorting als een welkome aanleiding bespringt om zich van haar eigen verbintenis te bevrijden.

VIII. Vervalt de exceptie bij aanbod van een voldoende zekerheid ?

20. Ten zesde moet gevraagd worden of de exceptie niet vervalt wanneer de schuldenaar een zekerheid aanbiedt voor de nakoming van zijn prestatie.

Buiten het kader van volkomen wederkerige verbintenissen moet o.i. gesteld worden dat de exceptie in beginsel in strijd is met de goede trouw wanneer aan de excipiens een voldoende zekerheid wordt geboden voor nakoming van de verbintenis waarvan deze de niet-nakoming opwerpt⁶⁴. Deze mogelijkheid van zekerheidstelling moet wél worden uitgesloten in die gevallen waarin ook het kantonnement uitgesloten is, omdat de exceptie buiten de volkomen wederkerige verhoudingen als een soort anticipatie van beslag dient te worden beschouwd. Zo moet het beletten ervan door zekerheidstelling uitgesloten worden wanneer de verbintenis, wegens niet-nakoming waarvan opgeschort wordt, een alimentair karakter heeft (cf. artt. 1404 en 1412, 1° Ger.W.).

Bij zuiver wederkerige verbintenissen daarentegen komt de exceptie nog niet in strijd met de goede trouw door het enkele feit dat de schuldenaar een voldoende vervangende zekerheid aanbiedt⁶⁵, precies omdat het in die gevallen gaat om de opschorting van prestaties waarvan men zich in beginsel door ontbinding blijvend kan bevrijden. In een aantal gevallen eist de goede trouw o.i. toch dat de excipiens voorlopig genoeg neemt met een vervangende zekerheid, zoals bv. bij opschorting wegens niet-nakoming van geldschulden zonder alimentair karakter⁶⁶.

⁶⁴ Zie H. SCHOORDIJK, "Een en ander over analogische wetstoepassing, meer in het bijzonder het gebruik van de redenering per analogiam in de rechtspraak van de Hoge Raad", *WPNR* nr. 4701, 566-567; L. LAMINE, *Het retentierecht*, 229-230; L.S.Ch. HEYNING-PLATE en G. SUETENS-BOURGEOIS, "Enkele beschouwingen over het retentierecht naar Belgisch en Nederlands recht", *T.P.R.* 1970, (183) 199; J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht* (Bohn, Haarlem 1928), II nr. 269.

Ten onrechte maakt een noot onder Cass., 17 februari 1978, Bruynkens t. Geyskens, verwerping, *Arr. Cass.*, 1978, 725, geen onderscheid tussen enerzijds de exceptio non adimpleti contractus en anderzijds het retentierecht buiten het kader van de zuiver wederkerige overeenkomsten. Immers, anders dan de noot stelt, vervalt de e.n.a.c. ook naar Duits recht niet door voldoende zekerheidstelling (zie BGB § 320, 2 j° 273, 3; vgl. N.B.W. 6.5.4.4a j° 6.1.6A.4. en Benelux-ontwerp niet-nakoming art. 18 j° 23).

⁶⁵ Kh. Luik, 1 december 1948, Van Hongen, Honhon, de Hesselle t. Heeseman, *J.L.* 1948-49, (85) 86; Vgl. H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité* VI, nr. 817; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel VI door Paul ESMEIN, nr. 461, 4°; L. LAMINE, *Het retentierecht*, nr. 229; J. SUIJLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, II 269; N.B.W. art. 6.5.4.4a.

⁶⁶ Vgl. M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel VI door Paul ESMEIN, nr. 461, 4°; L.S.Ch. HEYNING-PLATE, *Eigenrichting tot zekerheid*, 116; G.J.P. de VRIES,

IX. Kunnen prestaties die niet voor beslag vatbaar zijn, opgeschort worden ?

21. Ten zevende moet gevraagd worden of ook prestaties die niet voor beslag vatbaar zijn, mogen worden opgeschort. Ook hiervoor moet o.i. onderscheiden worden tussen zuiver wederkerige verhoudingen en andere. In het eerste geval anticipeert de exceptie een ontbinding en kan ze dus in beginsel ook de opschorting van prestaties waarop geen beslag is toegelaten, omvatten⁶⁷. Het terughouden van niet voor beslag vatbare prestaties is dus slechts in uitzonderlijke omstandigheden in strijd met de goede trouw. Daarbuiten is vatbaarheid voor beslag echter wél vereist, precies omdat de exceptie dan dient te worden begrepen als een anticipatie van beslag⁶⁸.

X. De vereiste dat de excipiens zich niet op een met de exceptie onverzoenbare wijze heeft gedragen.

22. Een achtste en laatste vereiste ten slotte is dat de excipiens zich niet op een met de exceptie onverzoenbare wijze heeft gedragen : «*Venire contra factum proprium nulli conceditur*». De sanctie van zulke onverzoenbare gedraging is immers dat de excipiens de exceptie verwerkt⁶⁹.

Een dergelijke onverzoenbare gedraging vinden we bv. bij de excipiens die de eigen prestatie verder uitvoert, zonder dat daar een bijzondere reden toe was, en daar eerst later op

Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding, volgens NBW en BW, 117-118; C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 55-56. Zie bv. betreffende stroomafsluiting Vz. Luik 23 feb 1982, *J.L.*, 191. Vgl. ook nog Vred. Bouillon 17 december 1985, *J.L.*, 1986, 98.

⁶⁷ Vgl. N.B.W. art. 6.5.4.4a.

⁶⁸ Vgl. N.B.W. art. 6.1.6A.3, c. Deze beperking wordt ook toegepast op de schuldvergelijking (art. 1293, 3° BW; art. 23 Loonbeschermingswet).

⁶⁹ Zie o.m. Ph. A. N. HOUWING, *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der candidaat-notarissen 1968; J.P. VERHEUL, "Over rechtsverwerking", *Uit het recht. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr. P.J. Verdam* (Kluwer, Deventer 1971), 75 v.; F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell' affidamento e decadenza di un diritto* (Cedam, Padova 1971); E. DIRIX en A. van OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *R.W.*, 1980-81, 2441 v., *R.W.*, 1985-86, 95 v.; P. van OMMESLAGHE, "Rechtsverwerking en afstand van recht", *T.P.R.*, 1980, 735; -, "Examen de jurisprudence. Les obligations", *R.C.J.B.*, 1988, nr. 230; M. MENDEL, "Rechtsverwerking in door goede trouw (redelijkheid en billijkheid) beheerste rechtsverhoudingen", *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum* (Kluwer, Deventer 1982), (39) 50; H.W. DETTE, *Venire contra factum proprium nulli conceditur. Zur Konkretisierung eines Rechtssprichworts* (Duncker & Humblot, Berlin 1985); C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 61-62.

wil terugkomen⁷⁰, of bij de excipiens die lange tijd volhoudt niet verbonden te zijn, en eerst later de niet-nakoming van een verbonden prestatie inroept⁷¹, of bij de excipiens die de prestatie waarvan hij de gebrekkige nakoming inroept, toch blijft gebruiken wanneer de teruggave ervan gevraagd wordt⁷².

De onverzoenbaarheid kan ook volgen uit het stilzitten van de excipiens, mits het een gekleurd stilzitten is. Dat dit gekleurd moet zijn geldt reeds voor de vordering⁷³. Het geldt a fortiori voor de exceptie, zodat men kan stellen dat het daartoe in beginsel niet voldoende is dat de excipiens de niet-nakoming op grond waarvan hij zijn prestatie kan opschorten, nog niet opwerpt zodra die niet-nakoming hem duidelijk is. Daarvoor zijn minstens twee argumenten. Ten eerste is voor de tijdelijke opschorting van de eigen prestatie, anders dan voor een vordering tot uitvoering, verwijlrente of ontbinding, in beginsel géén ingebrekestelling vereist⁷⁴ (tenzij de opschorting de nakoming van de eigen verbintenis blijvend onmogelijk dreigt te maken). Ten tweede is de exceptio non adimpleti contractus in het normale geval niet aan verjaring onderworpen ("zwakke werking" van de verjaring : «Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua ad excipiendum»)⁷⁵.

Doch dit alles belet niet dat de aangesproken partij het beroep op de exceptio kan verwerken door ze niet tijdig op te werpen in omstandigheden waarin dit naar verkeersgebruik van haar mag worden verwacht. Wanneer de schuldenaar niet alleen de in te roepen niet-

⁷⁰ Ook dit kan men afleiden uit Cass., 23 februari 1956, Hupin-Brichot t. belgische Staat (landsv.), *Arr. Cass.* 511, vernietiging van Hof Brussel 22 juni 1954.

⁷¹ Zie bv. de zaak "A chacun son étoile", Kh. Brussel, 4 augustus 1961, n.v. Metropolitan Films t. n.v. Cobelciné t. n.v. Rubens Paleis, *J.C.B.* 1963, 38.

⁷² Voor de nuances die in het laatste geval moeten worden aangebracht, zie het televisie-arrest, Hoge Raad 4 maart 1977, Kuypers t. Duyvené & Remmers, *N.J.*, nr. 337 noot G.J. SCHOLTEN.

⁷³ Vgl. M. MENDEL, *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum*, (39) 55; HOFMANN-ABAS, *Hofmann's Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer der verbintenissen*, II, 240; M. FONTAINE, "Le principe de la convention-loi : portée et limites", *Les obligations contractuelles* (Jeune Barreau, Brussel 1984), (165) 185 nr. 44; Rb. Antwerpen, 25 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 649.

⁷⁴ A. de BERSAQUES, *R.C.J.B.*, 1949, (125), nr. 11; L. LAMINE, *Het retentierecht*, nr. 131; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, deel VI door Paul ESMEIN, nr. 455; L.J. CONSTANTINESCO, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé* (Kohlhammer, Stuttgart / Librairie encyclopédique, Brussel 1960), nr. 38. Men zou dit kunnen afleiden uit Cass. 23 februari 1956, Hupin-Brichot t. belgische Staat (landsv.), *Arr. Cass.* 511, verbreking van Hof Brussel 22 juni 1954.

Anders (doch in casu terecht) cass.fr. 1 dec 1897, Davey, Paxman & co en Bellens t. Abadie, *D.P.* 1898, 289 met kritische noot M. PLANIOL. Anders ook Hof Gent 12 juni 1985, p.v.b.a. Van Troye t. Demeyere, *I.V.L.Z.* 1988, 215.

⁷⁵ H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité* VII nr. 1137 C, 3°; E.M. MEIJERS, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht* (Universitaire pers, Leiden, 1948), 49; C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 23.

nakoming van de tegenprestatie reeds kent, maar ook zelf tot nakoming wordt aangesproken, en op dat ogenblik de exceptie nog steeds niet opwerpt, dan wordt dit wel veelal onverzoenbaar met het opwerpen van de exceptie. We vinden dit bv. in de arresten Stekelenburg / Benschop en Raes / Banque sud belge⁷⁶. Veelal eist de goede trouw ook dat een schuldenaar die wil opschorten, zijn schuldeiser (schuldenaar van de tegenprestatie) de aard van diens tekortkoming meedeelt. Naar omstandigheden moet de excipiens zijn wederpartij daarbij ook om nakoming of medewerking verzoeken. Zo moet de huurder die zich op niet-uitvoering van herstellingen door de verhuurder wil beroepen, deze eerst van de noodzaak van die herstellingen verwittigen⁷⁷. Ook een opschorting van de betaling van de huurprijs wegens gebreken van het gehuurde goed kan maar ingaan met de verwittiging van de verhuurder en/of de terbeschikkingstelling van de verhuurde zaak⁷⁸.

XI. Besluit : normatieve uitleg.

23. Uit deze uitwerking en verfijning van de vereisten van de exceptie blijkt o.i. dat de vraag of een partij de nakoming van haar verbintenis kan opschorten, een vraag van *normatieve uitleg van haar toestemming* is : hoe dient die redelijkerwijze te worden begrepen ?

Eerst vanuit dat uitgangspunt is het mogelijk aan de eisen van de goede trouw bij het inroepen van opschortingsrechten en aan de andere daarbij gestelde vereisten concrete en zinvolle vorm te geven. De goede trouw mag geen alibi zijn voor denkluheid. Dit belet niet dat de goede trouw steeds nieuwe maatstaven tot ontwikkeling kan laten komen, die eerst in de loop der jaren tot regels worden uitgekristalliseerd. We hebben dit voor enige aspecten aangetoond, wat niet uitsluit dat het mogelijk en nodig blijft daarnaast steeds opnieuw over verder omstandigheden na te denken :

"De goede trouw dwingt de rechter immers tot een inkleuren van de verhouding tussen

⁷⁶ Hoge Raad 13 juni 1980, *N.J.*, 58; Hof Bergen 23 nov 1987, *J.L.M.B.* 1988, 421 noot Cl. PARMENTIER. Het laatste geval betrof een verwerking van de exceptie tegenover de overnemer van de schuldvordering. Zie daarover verder E. WYMEERSCH, "Overdracht van vordering door endossement van factuur en tegenwerpelijkeid van excepties (artikel 1295 B.W.)", *R.W.*, 1980-81, (1105) 1110; D. PHILIPPE, "L'inopposabilité des exceptions à l'endossataire de la facture par suite du silence prolongé du débiteur", *J.T.* 1981, 649 v.

⁷⁷ Zie Cass., 30 sep 1965, *N.V. Brouwerij van Alken t. Cornet*, *Pas.* 1966 I, 147, verwerping van een voorziening t. Rb. Marche-en-Famenne 12 nov 1964); H. de PAGE en R. DEKKERS, *Traité* IV, nr. 594; A. KLUYSKENS, *Verbintenissen*, nr. 61; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, 279; G.J.P. de VRIES, *Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding, volgens NBW en BW*, 116-117; C.A. STREEFKERK, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, 41 en 61.

⁷⁸ Weliswaar dient de huurder, die de huurprijs geheel wil opschorten, in beginsel het gehuurde slechts ter beschikking te stellen van de verhuurder indien deze erom vraagt, maar dit veronderstelt minstens dat men hem van de gebreken op de hoogte heeft gesteld. Zo werd de huurder van een machine die pas na afloop van de huurtijd het niet werken ervan inriep om de prijs niet te betalen, tot betaling veroordeeld door Kh. Brussel, 31 mei 1968, *Bia t. Comptoir foncier et commercial*, *B.R.H.*, 514.

de contractanten teneinde te kunnen bepalen welke eisen in het gegeven geval door de goede trouw worden gesteld"⁷⁹.

Matthias Edward STORME, Dr. iur., M.A.
advokaat te Brussel

⁷⁹ E. DIRIX, "De beperkende werking van de goede trouw", *T.B.H.* 1988, (660) 663-664, nr. 6, in replek op de mededeling van oud-P.g. F. DUMON over "Billijkheid en recht. Enkele beschouwingen", *Mededelingen Koninklijke Akademie voor Letteren en Schone Kunsten*.

Cass., 18 november 1988, Eerste Kamer, A.R. 6059, R. Germeau t. H. van Canneyt

Trefwoorden :

huur - wederkerige overeenkomst - verplichting tot betaling van de huurprijs en verplichting het gehuurde goed in goede staat te leveren - volgorde van de prestaties - exceptie van niet-nakoming - gehele of gedeeltelijke opschorting van de huurprijs - ondeelbaar karakter van de verplichting van de verhuurder volgens de uitleg aan de overeenkomst gegeven - verbindende kracht van de overeenkomst volgens de uitlegging eraan gegeven.

De rechter die oordeelt dat het de bedoeling van de partijen is geweest de uitvoering van de huurovereenkomst te doen afhangen van de voorwaarde van voorafgaande herstelling van de in een plaatsbeschrijving opgesomde gebreken en vaststelt dat de verhuurder die voorwaarde niet heeft vervuld, maar desondanks de huurder veroordeelt tot betaling van 70 % van de huurprijs, omdat de derving van het huurgenot slechts 30 % bedraagt, geeft aan de overeenkomst niet de gevolgen die zij, volgens de uitlegging die hij ervan geeft, diende te hebben, en miskent derhalve de verbindende kracht van die overeenkomst.