HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

2de *quater* kamer — 9 december 2009

Alleenzetelend raadsheer: mevr. I. Couwenberg.
Pleiters: mrs. V. Tweepenninckx loco Mr. A. Wouters (Pellenberg), F. Meugens loco L. Binnenmans.
Inzake 2009AR/501 — VA S./NV D.

Verbintenissenrecht — 1. Exceptie van niet-uitvoering — Definitie — Toepassingsvoorwaarden — Ingebrekestelling. 2. Bewijsrecht — Bewijslastverdeling — Deskundigenonderzoek.

1. Zoals bekend, is de exceptie van niet-nakoming een tijdelijk verweermiddel dat een contractant de mogelijkheid biedt de nakoming van de eigen verbintenissen uit te stellen, zolang de wederpartij in gebreke blijft haar verbintenissen te voldoen. Wie zich op de exceptie beroept, dient dan ook aan te tonen dat de medecontractant, ten aanzien van wie de exceptie wordt ingeroepen, wel degelijk in gebreke is gebleven zijn verbintenissen met betrekking tot die overeenkomst uit te voeren en hiervoor ook in gebreke is gesteld.

2. Nu niet wordt betwist dat de voorgehouden gebreken ondertussen werden hersteld gaat het hof niet in op het verzoek tot aanstelling van een deskundige. Een deskundigenonderzoek moet met de nodige terughoudendheid worden bevolen. Deze maatregel dient niet om het in gebreke blijven van een partij bij het verzamelen van bewijzen op te vangen.

...

Wat voorafgaat

1.1. Bij dagvaarding van 3 maart 2008 om te verschijnen voor de rechtbank van koophandel te Hasselt, vordert de NV D. de VA S. te veroordelen tot het betalen van het openstaande saldo van vijf facturen, te vermeerderen met de verwijlinteresten (aan 10%) en een schadevergoeding, zijnde in totaal de som van 6.025,03 EUR, te vermeerderen met de gerechtelijke interesten (aan 10%) op de som van 5.166,49 EUR en met de gerechtelijke interesten (aan de wettelijke interestvoet) op de som van 516,65 EUR. Tevens verzoekt zij deze partij te verwijzen in de kosten.

D. stelt dat zij deze facturen op 29 juni 2007 en 31 augustus 2007 heeft overgemaakt voor de uitvoering van aannemingswerken, met name de installatie van badkamers en centrale verwarming in vier appartementen te D. Deze facturen werden door de bestemmeling niet tijdig geprotesteerd. Wel volgde op 21 november 2007 slechts een deelbetaling van 6.000 EUR.

1.2. S. werpt tegen dat zij, met toepassing van de exceptie van niet-nakoming, haar betalingsverbintenis opschort gelet op de slechte afwerking van de uitgevoerde werken, met vochtproblemen en gebrekkig werkende thermische kranen tot gevolg. Bij tegeneis vordert zij D. te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van 6.899,10 EUR (exclusief BTW), alsook tot de kosten, en verzoekt zij, in ondergeschikte orde, de aanstelling van een deskundige te bevelen.

1.3. Het beroepen vonnis van de rechtbank van koophandel te Hasselt van 18 november 2008 verklaart de vordering van D., bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, ontvankelijk en gegrond. De tegenvordering van S. wordt ongegrond verklaard en deze partij wordt verwezen in de kosten.

De eerste rechter is van oordeel dat S. niet op afdoende wijze het bewijs levert dat de door D. gefactureerde werken slecht zouden zijn uitgevoerd, zodat deze partij terecht aanspraak maakt op het openstaande factuurbedrag, verhoogd met interesten en een schadevergoeding. Wat de tegenvordering betreft, stelt de eerste rechter vast dat partijen voor het door S. ingeroepen schadegeval een akkoord hebben gesloten, dat S. van haar verzekeraar een bedrag van 477 EUR heeft ontvangen, en dat zij niet aantoont

dat zij schade heeft geleden waarvan de omvang het uitbetaalde bedrag overstijgt.

...

Beoordeling

3.1. Vordering van geïntimeerde tot betaling van de openstaande facturen

3.1.1. Geïntimeerde vordert de betaling van de som van 6.025,03 EUR, zijnde het openstaand factuursaldo, vermeerderd met de conventionele verwijlintresten (aan 10%) en het schadebeding. Appellante betwist dit saldo verschuldigd te zijn en beroept zich hierbij op de exceptie van niet-nakoming.

Zoals bekend, is de exceptie van niet-nakoming een tijdelijk verweermiddel dat een contractant de mogelijkheid biedt de nakoming van de eigen verbintenissen uit te stellen, zolang de wederpartij in gebreke blijft haar verbintenissen te voldoen. Wie zich op de exceptie beroept, dient aan te tonen dat de medecontractant, ten aanzien van wie de exceptie wordt ingeroepen, wel degelijk in gebreke is gebleven zijn verbintenissen met betrekking tot die overeenkomst uit te voeren en hiervoor ook in gebreke is gesteld.

3.1.2. Hieruit volgt dat de appellante in de eerste plaats dient aan te tonen dat zij na ontvangst van de betrokken facturen, die in principe binnen de dertig dagen dienden te worden betaald, geïntimeerde heeft meegedeeld dat zij zinnens was de betaling van deze facturen op te schorten gelet op de gebrekkige uitvoering van de gefactureerde werken.

3.1.2.1. Appellante verwijst terzake naar een e-mail van de architect d.d. 3 juli 2007 waarin melding wordt gemaakt van vochtproblemen in het appartement nr. 4 op de 3de verdieping. Uit dit schrijven kan evenwel niet worden afgeleid dat appellante, gelet op de in deze e-mail vermelde gebreken, haar betalingsverbintenis beoogde op te schorten.

3.1.2.2. Dit voornemen blijkt wel uit het schrijven van 17 november 2007, waarin appellante een voorstel doet met betrekking tot de vergoeding van de vochtschade in het appartement van mevr. N., veroorzaakt door het lek in het appartement van de 3de verdieping. Concreet verzoekt zij geïntimeerde

in deze e-mail een bedrag van 684,29 EUR (exclusief BTW) in mindering te brengen van het openstaand factuurbedrag, waarna zij 75% van dit saldo zal betalen. Het restant biedt zij aan te betalen "als de nog resterende opmerkingen in orde gebracht zijn".

In haar schrijven van 19 november 2007 bevestigt geïntimeerde haar akkoord met dit voorstel. Wel stelt zij dat er nog maar twee relevante "punten" openstaan, met name een loszittende sifon in appartement nr. 3 en een probleem met de thermostaat, die zij aanbiedt op 30 november 2007 op te lossen. Dit schrijven, en met name de beperking van de voorgehouden gebreken, wordt door appellante niet geprotesteerd. Anders dan appellante voorhoudt, kan uit dit schrijven dan ook geenszins worden afgeleid dat er tussen partijen een akkoord bestond luidens hetwelk appellante niet gehouden was om tot betaling van het totaal van de openstaande facturen over te gaan.

Verder dient te worden vastgesteld dat appellante haar eigen voorstel niet heeft uitgevoerd. Zo heeft zij op 21 november 2007 slechts een bedrag van 6.000 EUR betaald, terwijl 75% van het openstaand factuursaldo (na aftrek van de som van 827,99 EUR, zijnde de som van 684,29 EUR inclusief 21% BTW) 7.753,81 EUR bedroeg.

3.1.3. Zelfs indien aangenomen wordt dat geïntimeerde door deze mail en de hierna gevolgde contacten tussen partijen kennis had van de thans ingeroepen gebreken en het voornemen van appellante om haar betalingsverbintenis op te schorten, blijft het aan appellante om de door haar ingeroepen gebreken te bewijzen.

...

Het hof gaat, evenmin als de eerste rechter, in op het in ondergeschikte orde geformuleerde verzoek tot aanstelling van een deskundige. Appellante betwist immers niet dat de voorgehouden gebreken ondertussen werden hersteld, zodat het, bij gebreke aan stukken op tegenspraak of foto's waaruit deze gebreken blijken, niet duidelijk is welke vaststellingen een deskundige nog kan doen. In elk geval dient de onderzoeksmaatregel van het deskundigenonderzoek met de nodige terughoudendheid te worden

bevolen, en dient deze maatregel niet om het ingebreke blijven aan een partij bij het verzamelen van bewijzen op te vangen.

Hieruit volgt dat appellante eveneens in gebreke blijft aan te tonen dat het vochtprobleem, dat zij in januari 2008 heeft vastgesteld, het gevolg was van een gebrekkige uitvoering door geïntimeerde van de aannemingsovereenkomst.

…

3.1.4. Uit het voorgaande volgt dat appellante niet bewijst dat geïntimeerde de door haar gefactureerde werken niet volgens de regels van de kunst heeft uitgevoerd (met uitzondering van het lek in de radiatorkraan, waarvan de schade door de verzekeringsmaatschappij werd vergoed). Zij heeft zich dan ook ten onrechte beroepen op de exceptie van niet-nakoming, zodat — naast de gevorderde hoofdsom — eveneens het schadebeding en de conventionele verwijlinteresten (vanaf de vervaldata van de respectieve facturen) verschuldigd zijn.

…

Noot: Vereist de toepassing van de exceptie van niet-uitvoering een voorafgaande ingebrekestelling?

1. Het besproken arrest hanteert de algemeen aanvaarde definitie van de exceptie van niet-uitvoering als "*tijdelijk verweermiddel dat een contractant de mogelijkheid biedt de nakoming van de eigen verbintenissen uit te stellen, zolang de wederpartij in gebreke blijft haar eigen verbintenissen te voldoen*"[1]. Terecht oordeelt het hof van heroep dat de excipiens die geen bewijs kan leveren van de voorafgaande wanprestatie van zijn schuldeiser, zich niet kan beroepen op het voordeel van de exceptie.

Volgens het arrest vereist een correcte toepassing van de enac wel een voorafgaandelijke ingebrekestelling van de falende wederpartij.

2. Met deze laatste stelling sluit het arrest aan bij een belangrijk gedeelte van rechtsleer en rechtspraak, voor wie elk beroep op een contractuele remedie een voorafgaandelijke ingebrekestelling vereist[2].

[1] O.m. Cass. 13 mei 2004, *RW* 2004-05, 1587; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, 2001, 130; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Die Keure, 2005, 208.

[2] S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence - Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, 718; C. CAUFFMAN, "Opschortingsrechten bij niet-nakoming" in J. SMITS en S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 161-162; P. WÉRY, "L'exception d'inexécution dans la jurisprudence de la Cour de Cassation", *TBBR*, 2006, 42; Gent 27 juni 1996, *AJT* 1996-97, 1999.

Ter ondersteuning hiervoor wordt verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die stelt dat de verzending van een voorafgaande ingebrekestelling door een schuldeiser die zijn rechten wenst te doen gelden t.o.v. zijn schuldenaar een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt [3]. Reeds in een arrest van 20 december 1951 besliste het Hof dat het bekomen van een contractuele schadevergoeding in toepassing van artikel 1146 BW een voorafgaande ingebrekestelling vereiste [4]. In een arrest van 9 april 1976 oordeelde het Hof dat een voorafgaandelijke ingebrekestelling nodig was opdat een schuldeiser-verzekeraar zich t.o.v. van zijn schuldenaar-verzekerde, in gebreke met de betaling van de premie, kon beroepen op de contractuele sanctie van het verval van de dekking [5].

Uit deze rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt onmiskenbaar dat een voorafgaande ingebrekestelling vereist is alvorens een schuldeiser tot dwanguitvoering kan overgaan [6] om derhalve toepassing te maken van de hem ter beschikking bestaande actiemiddelen van uitvoering in natura en, subsidiair, de ontbinding met eventuele vervangende schadevergoeding [7].

3. De exceptie van niet-uitvoering is evenwel een verweer in handen van de schuldenaar, die precies zijn prestaties mag opschorten tegen een eis tot nakoming ervan door zijn zelf voorafgaandelijk in gebreke blijvende wederpartij-schuldeiser [8].

De enac behoort met name tot de zogenaamde opschortingsrechten. Deze geven een schuldenaar van een bepaalde verbintenis of die een bepaalde zaak in zijn macht heeft, de bevoegdheid om de uitvoering van die eigen verbintenis (exceptie van niet-uitvoering) of de afgifte van de zaak (retentierecht) uit te stellen tot de persoon die aanspraak maakt op de uitvoering van die verbintenis of de afgifte van die zaak, de op hem wegende verplichting zelf is nagekomen [9]. De toepassing van een opschortingsrecht is een vorm van geoorloofde eigenrichting [10].

4. De toepassing van een dergelijk opschortingsrecht is niet onderworpen aan de verplichting van een voorafgaande ingebrekestelling. Een ingebrekestelling heeft tot doel de debiteur duidelijk en ondubbelzinnig tot nakoming van zijn verbintenissen aan te manen, zodat er bij de schuldenaar geen twijfel

---

[3] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek I, Die Keure, 168.

[4] Cass. 20 december 1951, *RW* 1951-52, 1035.

[5] Cass. 9 april 1976, *RW* 1976-77, 921.

[6] W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, 2001, 365.

[7] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek I, Die Keure, 2005, 147-148.

[8] S. STIJNS, Verbintenissenrecht, Boek I, Die Keure, 2005, 149.

[9] C. CAUFMANN, "Opschortingsrechten bij niet-nakoming" in J. SMITS en S. STIJNS, Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, Antwerpen, Intersentia, 2000, 141.

[10] C. CAUFMANN, "Opschortingsrechten bij niet-nakoming" in J. SMITS en S. STIJNS, Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht, Antwerpen, Intersentia, 2000, 142.

over bestaat dat de schuldenaar de verbintenissen uitgevoerd wil zien [11]. Dit impliceert dan ook de toekenning van een bepaalde wachtperiode, die de schuldenaar alsnog kan toelaten aan zijn eigen verplichting tegemoet te komen [12].

De noodzaak van verzending van een voorafgaandelijke ingebrekestelling is dan ook moeilijk verzoenbaar met het beroep op de exceptie van niet-nakoming als opschortingsrecht: de schuldenaar zou tijdens de wachtperiode van de ingebrekestelling immers moeten blijven presteren, waardoor zijn schade, ten gevolge van de voorafgaande wanprestatie van de schuldeiser, blijft toenemen. Als verweermiddel moet de exceptie daarentegen onmiddellijk kunnen worden toegepast. Dit is inherent aan het tijdelijk karakter van de exceptie als vorm van geoorloofde eigenrichting, waarvan het voordeel trouwens vervalt wanneer de in gebreke blijvende schuldeiser zijn verbintenissen herneemt [13].

5. Het bovenstaande vindt ook uitdrukkelijk steun in de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Reeds in een arrest van 16 maart 1846 besliste het Hof dat de exceptie van niet-uitvoering, anders dan de contractuele sanctie van de ontbinding, geen voorafgaandelijke ingebrekestelling vereist [14]. Het Hof maakte derhalve een onderscheid tussen de vereiste van ingebrekestelling voor contractuele remedies ter beschikking van een schuldeiser (waaronder de ontbinding wegens wanprestatie) en de exceptie van niet-uitvoering als opschortingsrecht ter beschikking van een schuldenaar. Op dit onderscheid werd ook teruggekomen in het reeds geciteerde arrest van 13 mei 2004, waarin het Hof wees op het verschil van de sanctie van de gerechtelijke ontbinding, dan wel uitvoering in natura in geval van contractuele wanprestatie van de schuldenaar enerzijds en anderzijds de exceptie van niet-uitvoering ter beschikking van de schuldenaar die zich geconfronteerd zag met een — minstens tijdelijk — falende schuldeiser [15].

---

[11] Cass. 16 september 1983, *RW* 1984-85, 464; Cass. 25 november 1991, *RW* 1991-92, 1364.

[12] S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, 1994, 175, die spreekt van de "bemiddelingsfunctie" van de ingebrekestelling, met o.m. verwijzing naar DE PAGE, III, nr. 73.

[13] Cass. 14 maart 1991, *RW* 1993-94, 1276: *"Overwegende dat de exceptie van niet-uitvoering in wederkerige contracten van rechtswege geldt; dat zij aan iedere partij de mogelijkheid biedt de uitvoering van haar verbintenissen uit te stellen tot zolang de tegenpartij de hare niet heeft uitgevoerd."*

[14] Cass. 16 maart 1846, *Pas.* 1846, I, 368 (370): *"Attendu que ce droit ne doit pas être confondu avec la résolution du contrat, que ce droit est l'exception non adimpleti contractus, par laquelle une partie peut se refuser d'exécuter un contrat lorsque celui avec lequel elle a contracté ne l'exécute de son côté, et sans qu'il soit besoin pour cela de demande en justice ni de mise en demeure."*

[15] Cass. 13 mei 2004, *RW* 2004-05, 1587: *"Overwegende dat krachtens art. 1184, tweede lid, BW, voor het geval dat een van de partijen in een wederkerige*

6. De toepassing van de exceptie van niet-uitvoering vereist dan ook geen voorafgaande ingebrekestelling. Dit strookt niet met de eigen aard van de enac als opschortingsrecht.

Een te goeder trouw toepassing van de exceptie van niet-uitvoering [16] vereist wel dat de excipiens de wederpartij op het ogenblik van de toepassing van de exceptie hiervan op gemotiveerde wijze in kennis stelt [17]. Hierop werd trouwens terecht gewezen in een vonnis van 30 januari 2003 van de rechtbank van koophandel te Gent [18]. In toepassing van dezelfde goede trouw is een ingebrekestelling wel aangewezen van zodra er twijfel is over welke partij als eerste dient te presteren [19].

7. Volledigheidshalve dient er nog te worden opgemerkt dat het besproken arrest volkomen terecht beslist dat het in het kader van de bewijslastverdeling nog altijd aan de eisende partij is om minstens een begin van effectief bewijs bij te brengen, alvorens een mogelijke uitdieping hiervan via een deskundig

---

overeenkomst haar verbintenis niet nakomt, de partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, de keuze heeft om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren ofwel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen met schadevergoeding. Overwegende dat de exceptio non adimpleti contractus niet meer dan een tijdelijke exceptie is die de partij de mogelijkheid geeft de uitvoering van de eigen verbintenissen op te schorten tot op het ogenblik dat de wederpartij haar verbintenissen uitvoert of aanbiedt uit te voeren".

[16] De excipiens moet immers subjectief en objectief te goeder trouw handelen voor een rechtmatige toepassing van de exceptie (cf. o.m. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek I, Die Keure, 2005, 210; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, 2001, 131).

[17] W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Acco, 2001, 131.

[18] Kh. Gent 30 januari 2003, *TGR* 2003, 199 (200): *"Naast het bestaan van deze wanpresatie is, in het licht van de vereiste dat de exceptio non adimpleti contractus te goeder trouw moet worden uitgeoefend, tevens vereist dat de excipiens de wederpartij minstens erop wijst en meedeelt waarin zij tekort schiet"*; cf. in dezelfde zin: Bergen 18 oktober 1988, *JT* 1989, 5 (6): *"Que l'appelante se trouve en droit d'invoquer à leur égard l'exceptio non adempleti contractus; Que dans les circonstances de la cause il n'apparaît pas qu'elle ait commis jusqu'ici un abus de droit ou ait agi dans l'intention de nuire; Qu'au contraire elle justifie avoir multiplié les interventions amiables et judiciaires avant d'interrompre ses fourniture; Attendu qu'elle ne s'est donc pas rendue coupable d'une voie de fait;"*

[19] S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Die Keure, 2005, 209: *"Van zodra er twijfel zou rijzen bij de wederpartij over wie eerst moet presteren of waarin de hem verweten tekortkoming bestaat, lijkt een ingebrekestelling hier op haar plaats omdat zij als waarschuwing in overeenstemming is met de eisen van de goede trouw in de uitvoering van contracten"*.

onderzoek kan worden bevolen. Het betreft een volledig correcte toepassing van het principe van de partijwerkzaamheid [20].

Hans VAN GOMPEL

Advocaat

---

[20] Cf. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Intersentia, 2007, 426, die dit principe omschrijft a.v.: *"Partijen moeten zelf de nodige inspanningen leveren om de bewijsvoering te bespoedigen en indien blijkt dat zij daarin schromelijk zijn tekort geschoten, is het niet aan de rechtbank om deze tekortkoming zomaar op te vangen."*