

samenwerkingsovereenkomst aan de overnemer van het handelsfonds.

Integendeel blijkt uit de voorliggende stukken dat T.M. en R.T. zelf in de overtuiging verkeerden dat hun samenwerkingsovereenkomst met NV J.G. CO een einde had genomen en aan BVBA T. verzekerden dat zij niet langer gebonden waren door een samenwerkingsovereenkomst, wat uitdrukkelijk in de overnameovereenkomst van 10 april 2010 werd vermeld.

De door NV J.G. Co voorgehouden familiale banden tussen BVBA T. en T.M. en R.T. doen hieraan geen afbreuk. BVBA T. is een afgescheiden rechtspersoon die niet kan worden herleid tot haar voormalige zaakvoerders.

Waar in de overdrachtsovereenkomst uitdrukkelijk is opgenomen dat T.M. en R.T. gedurende een periode van 6 maanden na de overdracht dagelijks zouden meewerken in de handelszaak, doet ook hun aanwezigheid op het ogenblik van de vaststellingen door gerechtsdeurwaarder Daenen hieraan geen afbreuk.

In het licht van deze gegevens kan niet *prima facie* worden besloten tot derde-medeplichtigheid in hoofde van BVBA T. of NV R.T. Activiteiten aan de voorgehouden contractbreuk, zodat deze evenmin aanleiding kan geven tot een veroordeling tot de voorlopige uitvoering *in natura* van de overeenkomst van 19 december 2007.

12. De vraag of *prima facie* is aangetoond dat de samenwerkingsovereenkomst met tussenpersoonstelling van 19 december 2007 rechtsgeldig werd aangegaan en dat T.M. en R.T. een ernstige inbreuk begingen tegen artikel 10 van deze overeenkomst door na te laten de overnemer BVBA T. op te leggen het contract voort te zetten en in stand te houden, doch integendeel in de overnameovereenkomst te verklaren geen samenwerkingsovereenkomsten met andere ondernemingen in de ruime zin (amusementspelen, brouwerijen, enz.) te hebben gesloten, dient in het kader van onderhavige kortgedingprocedure dan ook niet verder te worden onderzocht.

Om die redenen:

Het hof,

Rechtsprekend op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Verwijst NV J.G. Co in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van partijen M.-T., BVBA T. en NV R.T. Activiteiten telkens begroot op 1.320 EUR rechtsplegingsvergoeding.

(...)

Noot

Enkele vragen naar aanleiding van een casus over derde-medeplichtigheid aan contractbreuk in de kansspelsector

Elisabeth Verjans¹

I. FEITEN

1. In 2005 sluiten de NV J. en de eigenaars van drankgelegenheid Brasserie C., M. en T., een samenwerkingsovereenkomst voor de gezamenlijke uitbating van een aantal automatische ontspanningstoestellen. Deze overeenkomst wordt in 2007 vervangen door een vergelijkbare overeenkomst, voor een termijn van 9 jaar, met ingang vanaf 1 januari 2008. In deze nieuwe overeenkomst verbinden M. en T. zich ertoe bij overdracht van de handelszaak aan elke overnemer de voortzetting en nakoming van de samenwerkingsovereenkomst op te leggen.

In 2010 dragen M. en T. (hierna: “de overdragers”) de drankgelegenheid over aan de BVBA T. (hierna: “de overnemer”).

Tussen de overdragers en de zaakvoerders van de overnemende vennootschap bestaan familiale banden. De overdragers hebben zich bovendien ertoe verbonden gedurende een periode van 6 maanden na de overdracht dagelijks mee te werken in de handelszaak. Enkele dagen na de overdracht sluit de overnemer een nieuwe overeenkomst over de uitbating van automatische ontspanningstoestellen met de NV R. Vervolgens vraagt hij aan de NV J. om de door haar geplaatste speelautomaten te komen terughalen. De NV J. gaat niet in op dat verzoek en verwijst naar het contract dat zij gesloten heeft met de overdragers. De overdragers beweren echter dat dit contract reeds beëindigd was. Een dag later

¹ Assistente Instituut voor verbintenissenrecht, KU Leuven.

stelt een gerechtsdeurwaarder vast dat de speelautomaten van de NV J. vervangen werden door automaten van de NV

R. De automaten van de NV J. werden in een garage opgeslagen.

II. PROCEDURE

2. De NV J. verzoekt de rechter in kort geding te bevelen dat de toestellen van de NV R. worden verwijderd en dat de toestellen van de NV J. worden teruggeplaatst onder verbeurte van een dwangsom per dag vertraging. De rechter verklaart deze vordering ongegrond. De NV J. tekent vervolgens hoger beroep aan, maar het hof van beroep bevestigt het vonnis.

Volgens het hof kan de uitvoering *in natura* van de overeenkomst niet bevolen worden, aangezien, enerzijds, de overdragers de handelszaak niet meer kunnen verbinden en, anderzijds, de overnemer en de NV R. zich er niet toe verbonden hebben de verplichtingen uit het contract tussen de overdragers en de NV J. na te leven. De contractvrijheid en artikel 1165 BW verhinderen dat de overnemer zonder zijn toestemming verplicht kan worden het contract tussen de NV J. en de overdragers verder te zetten. Dat hij kennis van het contract heeft of behoort te hebben, verandert daar niets aan. De miskennis van een overeenkomst door een derde heeft immers, aldus het hof, niet tot gevolg dat de derde gehouden wordt de overeenkomst waarbij hij geen partij is,

na te komen. Dit kan hooguit tot gevolg hebben dat hij op grond van artikel 1382 BW tot schadevergoeding gehouden kan zijn.

Het Hof beslist bovendien dat er op het eerste gezicht niet geoordeeld kan worden dat er sprake is van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. In de eerste plaats heeft de eiser niet aangetoond dat de overdragers of de NV R. op de hoogte waren of behoorden te zijn van het bestaan en de inhoud van de overeenkomst tussen de overdragers en de NV J. Noch de voorgehouden familiale banden tussen de overdrager en overnemer, noch het feit dat de overeenkomst bepaalde dat de overdragers gedurende 6 maanden na de overdracht dagelijks zouden meewerken in de handelszaak, doen hieraan afbreuk. Verweerders betwisten daarnaast dat de overeenkomst rechtsgeldig werd aangegaan. Zij verwijzen hierbij ook naar de overnameovereenkomst, waarin zij de overnemer verzekeren niet langer gebonden te zijn door een samenwerkingsovereenkomst. Dit laatste punt werd echter niet verder onderzocht door de beroepsrechters, aangezien het antwoord op de eerste vraag negatief was.

III. ONDERZOCHE VRAGEN

3. In deze noot worden enkele specifieke vragen behandeld die naar aanleiding van dit arrest rijzen, over derde-medeplichtigheid aan contractbreuk in de kansspelsector. Drie problemen komen aan bod. In de eerste plaats wordt ingegaan op de vraag naar het kennisvereiste in hoofde van een professioneel die actief is in de kansspelsector. Vervolgens bestuderen we de mogelijkheid van onrechtstreekse derde-medeplichtigheid van de medecontractant van de (rechtstreekse) derde-medeplichtige. Ten slotte rijst de vraag naar de mogelijkheid van herstel *in natura*: kan de begun-

stigde van een geschonden kettingbeding² eisen dat de derde-medeplichtige, als een gepaste vorm van herstel *in natura*, de verplichtingen uit dat kettingbeding moet naleven?

Het dient opgemerkt worden dat het hof van beroep zich niet over de grond van de zaak heeft uitgesproken. Aangezien het gaat om hoger beroep tegen een uitspraak van de rechter in kort geding, heeft het hof zich slechts uitgesproken over de vraag of de aanspraak van eiser *prima facie* gegrond is.

IV. HET KENNISVEREISTE IN HOOFDE VAN DE (PROFESSIONELE) DERDE

4. De theorie van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk wordt vastgeknoopt aan artikel 1382 BW. Dit heeft tot gevolg dat de contractant die de derde aansprakelijk wil stellen, het bewijs moet leveren van een fout in hoofde van de derde, schade en oorzakelijk verband. Het Hof van

Cassatie heeft in een principearrest van 22 april 1983 geoordeeld dat de fout in hoofde van de derde kan worden afgeleid uit “*enerzijds de kennis die hij had of moest hebben van een bestaande toestand en anderzijds uit de medewerking die hij niettemin aan de contractbreuk verleende*”³. De rechtspraak⁴

² Een kettingbeding is een beding waarbij een contractant belooft dat hij een bepaalde verbintenis bij clause zal inlassen in latere contracten die hij zal sluiten met derden (zie hierover S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht I*, Brugge, die Keure, 2005, 239).

³ Cass. 22 april 1983, *RW* 1983-84, 427, noot E. DIRIX, *RCJB* 1984, 359.

⁴ Luik 21 april 2004, *TBBR* 2006, 394; Gent 13 oktober 2003, *TBH* 2005, 45; Brussel 25 november 2003, *RW* 2006-07, 518; Kh. Tongeren 14 april 2009, *RABG* 2010, 497, noot K. VAN LANDEGHEM; Kh. Gent 19 februari 2003, *TGR* 2003, 8.

en de rechtsleer⁵ hebben uit dit arrest vier cumulatieve voorwaarden afgeleid: (1) er moet een geldige contractuele verbintenis bestaan tussen een schuldeiser en een schuldenaar, (2) de schuldenaar van deze verbintenis moet zich schuldig gemaakt hebben aan contractbreuk, (3) de derde moet de contractuele relatie kennen of behoorde haar te kennen en (4) de derde moet bewust hebben deelgenomen aan de wanprestatie van de schuldenaar. Vooral de derde en de vierde voorwaarden geven aanleiding tot betwisting.

5. Uit de derde voorwaarde blijkt dat een fout slechts kan worden aangenomen in hoofde van de derde indien hij de contractuele situatie kende of behoorde te kennen. Dit laatste impliceert dat een redelijke en voorzichtige persoon in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, wel kennis had van de contractuele verbintenis⁶. De meeste rechters stellen zich echter terughoudend op en zullen slechts besluiten tot derde-medeplichtigheid wanneer het bewijs van een zekere, effectieve kennis in hoofde van de derde wordt aangetoond of, minstens, wanneer het vaststaat dat de derde niet anders kon dan kennis gehad te hebben of zeer waarschijnlijk kennis had⁷.

Er wordt in principe niet verwacht van de derde dat hij nagaat of zijn medecontractant, door met hem te contracte-

ren, een eerder aangegane contractuele verbintenis zal schenden⁸. Indien hij echter beschikt over aanwijzingen dat er in hoofde van zijn tegenpartij reeds onverenigbare contractuele verplichtingen bestaan, mag hij niet langer een passieve houding aannemen en dient hij de nodige inlichtingen in te winnen⁹. In bepaalde gevallen rust er dus een onderzoeksplicht op de derde.

6. Voor het bestaan en de omvang van een onderzoeksplicht in hoofde van de derde, spelen de concrete omstandigheden, zoals zijn hoedanigheid (professioneel versus "leek"), de aard van zijn rechtsverhouding met de contractanten en zijn kennis van sectorspecifieke gebruiken een belangrijke rol¹⁰. *In casu* gaat het om een professioneel in de kansspelsector. Van een professioneel wordt verwacht dat hij op de hoogte is van gebruiken en vaak voorkomende contractuele verplichtingen in zijn sector¹¹. Een professioneel die actief is in de sector van tweedehandsvoertuigen behoort bijvoorbeeld te weten dat contractuele bedingen met een vreemdingsverbod of een eigendomsvoorbehoud gebruikelijk zijn in de sector¹². Hij zal zich dan ook niet kunnen bevrijden van zijn aansprakelijkheid voor derde-medeplichtigheid door te beweren dat hij niet op de hoogte was van de aanwezigheid van een dergelijk beding. Er mag van hem

- ⁵ S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, 121; S. DEBUSSCHERE, "Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk: de vereiste kennis in hoofde van de derde-medeplichtige. Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983", *D.A. O.R.* 1999, (24) 24; J.-L. FAGNART, "La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale", *TBH* 1989, (468) 478; J. HERBOTS, "De derde-medeplichtigheid en de verkopers van niet-afbetaalde automobielen" (noot onder Antwerpen 24 maart 1986), *RW* 1986-87, (801) 801; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)", *TPR* 1994, (171) 559; Y. MERCHIEERS, "Contractbreuk en derde-medeplichtigheid", *RW* 1985-86, (2086) 2089; Y. MERCHIEERS, "La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude" (noot onder Cass. 22 april 1983), *RCJB* 1984 (366) 377; S. STIJNS, "Contractanten en derden: derde-medeplichtigheid en *actio pauliana*, sterkmaking en schijnvertegenwoordiging, derdenbegunstiging" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht. Themis nr. 41*, Brugge, die Keure, 2007, (25) 34; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht I*, Brugge, die Keure, 2005, 231; S. STIJNS, "Les contrats et les tiers" in P. WÉRY, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brussel, die Keure, 2004, (189) 217-218; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 245; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 655-656; P. WÉRY, "Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente", *TBBR* 1998, (81) 104.
- ⁶ C. CAUFFMAN, "Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk" in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. IV. Commentaar Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., 14; J. HERBOTS, "De derde-medeplichtigheid en de verkopers van niet-afbetaalde automobielen" (noot onder Antwerpen 24 maart 1986), *RW* 1986-87, (801) 801; Y. MERCHIEERS, "La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude" (noot onder Cass. 22 april 1983), *RCJB* 1984 (366) 366; S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, "Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk" in D. LAMBRECHTS en V. SAGAERT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (37) 70.
- ⁷ S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, 126; S. DEBUSSCHERE, "Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk: de vereiste kennis in hoofde van de derde-medeplichtige. Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983", *D.A. O.R.* 1999, (24) 27; K. VAN LANDEGHEM, "Derde-medeplichtigheid bij schending leasingovereenkomst vóór het faillissement van de leasingsnemer" (noot onder Kh. Tongeren 14 april 2009), *RABG* 2010, (506) 508.
- ⁸ Luik 9 mei 1995, *RRD* 1996, 72; Rb. Brussel 7 juni 1988, *RW* 1988-89, 1378; I. BANMEYER, "L'action paulienne et la tierce complicité: points de contact" in I. BANMEYER en P. WÉRY, *La théorie générale des obligations*, Luik, Formation Permanente CUP, 1998, (239) 269; S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, 126; J.-L. FAGNART, "La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale", *TBH* 1989, (468) 481; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)", *TPR* 1994, (171) 563; Y. MERCHIEERS, "La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude" (noot onder Cass. 22 april 1983), *RCJB* 1984 (366) 397; A. VAN OEVELEN, *Algemeen verbintenissenrecht*, Antwerpen, Universitas, 2011, 378.
- ⁹ I. BANMEYER, "L'action paulienne et la tierce complicité: points de contact" in I. BANMEYER en P. WÉRY, *La théorie générale des obligations*, Luik, Formation Permanente CUP, 1998, (239) 269-270; S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, 127; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)", *TPR* 1994, (171) 563; A. VAN OEVELEN, *Algemeen verbintenissenrecht*, Antwerpen, Universitas, 2011, 378.
- ¹⁰ V. SAGAERT en E. DEWITTE, "Actuele ontwikkelingen inzake de derdenwerking van contracten" in S. STIJNS, V. SAGAERT, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, (135) 154; S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, "Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk" in D. LAMBRECHTS en V. SAGAERT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (37) 70.
- ¹¹ S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, 128.
- ¹² Zie hierover uitgebreid: E. VERJANS, "Derde-medeplichtigheid en de onderzoeksplicht van beroepshandelaars in tweedehandsvoertuigen" (noot onder Brussel 21 december 2010), *TBBR* 2012, 142-148.

verwacht worden dat hij bij aankoop van een tweedehands-wagen controleert of de wagen werkelijk “vrij en onbelast” is¹³. Hij mag zich niet tevreden stellen met een loutere verklaring van de verkoper¹⁴. Het is inmiddels vaste rechtspraak geworden dat hij de originele aankoopfactuur moet opvragen om aan zijn onderzoeksplicht te voldoen¹⁵.

Ook een professioneel die actief is in de kansspelsector moet weten dat exclusiviteitsbedingen vaak voorkomen in de sector¹⁶. Het hof van beroep van Brussel spreekt zich uit over een dergelijke zaak in een arrest van 25 november 2003. Een overnemer van een horecazaak sluit een overeenkomst voor de uitbating van automatische ontspanningstoestellen met firma A. De overeenkomst werd gesloten voor een minimumduur van 5 jaar en bepaalt dat de overnemer zich ertoe verbindt geen andere, gelijksoortige toestellen te plaatsen. Twee weken later sluit hij een overeenkomst met firma B., waarbij hij aan firma B. het alleenrecht verleent om kansspelttoestellen te plaatsen in haar zaak. De overnemer vraagt vervolgens aan firma A. dat zij haar toestellen komt terughalen. De rechtbank van eerste aanleg oordeelt dat de overnemer zich schuldig gemaakt heeft aan contractbreuk en stelt firma B. aansprakelijk voor derde-medeplichtigheid aan die contractbreuk. Het hof van beroep is het niet eens met dat laatste. Volgens het hof moet de derde in beginsel niet nagaan of de wederpartij haar vroeger aangegane contractuele verplichtingen heeft geschonden. Indien hij beschikt over gegevens die wijzen op het bestaan van onverenigbare

contractuele verplichtingen van zijn wederpartij, moet hij echter wel de nodige inlichtingen inwinnen. In dit geval had de overnemer aan de firma B. twee contracten voorgelegd ter inzage: één in verband met de huur van het café en één in verband met de overname van het handelsfonds. In geen van beide contracten werd de samenwerkingsovereenkomst met de firma A. vermeld. Firma A. heeft evenmin zelf firma B. op de hoogte gebracht van haar overeenkomst met de overnemer. Ze kan ook niet aantonen dat haar toestellen nog aanwezig waren in het café en dat de firma B. ze had moeten waarnemen op het ogenblik dat de overeenkomst ondertekend werd. Het is daarom volgens het hof niet aangetoond dat firma B. op de hoogte was of moest zijn van de contractuele verbintenis in hoofde van de overnemer.

In het geannoteerde arrest lijken er echter voldoende argumenten aanwezig te zijn om aan te nemen dat de overnemer wél kennis had of moest hebben van de contractuele verbintenis in hoofde van zijn medecontractant. Aangezien de overnemer als professioneel actief is in de sector, had hij moeten weten dat exclusiviteitsbedingen met verplichting tot overname bij de overdracht van de handelszaak, gebruikelijk zijn in de kansspelsector. Hij had zich dan ook niet tevreden mogen stellen met de loutere verklaring van de eigenaars, dat zij dachten niet meer gebonden te zijn door de overeenkomst, maar had, net zoals de beroepshandelaar in tweedehandsvoertuigen, de overlegging van de samenwerkingsovereenkomst moeten vragen.

V. INDIRECTE DERDE-MEDEPLICHTIGHEID?

7. Het hof maakt in zijn beoordeling geen onderscheid tussen de derde-medeplichtigheid van de overnemer en die van de NV R. De vraag rijst echter of derde-medeplichtigheid mogelijk is in hoofde van NV R., aangezien zij niet heeft deelgenomen aan de rechtshandeling die de contractbreuk heeft veroorzaakt. In het vorige onderdeel werd reeds de vraag naar derde-medeplichtigheid van de overnemer, die *rechtstreeks* betrokken was bij de contractbreuk, beant-

woord. In dit onderdeel gaan we in op de vraag naar de *indirecte* derde-medeplichtigheid van de NV R., die geen rechtstreeks contact gehad heeft met de overdrager, maar slechts op een onrechtstreekse manier een rol gespeeld heeft naar aanleiding van de contractbreuk door de overnemer.

8. Het Hof van Cassatie heeft in een recent arrest van 29 juni 2012 geoordeeld dat enkel de derde die rechtstreeks

¹³. A. DE BOECK, “De onderzoeksplichten onderzocht, in het bijzonder bij de aankoop van tweedehandswagens” (noot onder Antwerpen 27 maart 2003), *TBH* 2004, (281) 283.

¹⁴. Antwerpen 27 maart 2003, *TBH* 2004, 280, noot A. DE BOECK; Gent 20 februari 2002, *TBH* 2002, 475; Gent 4 december 2002, *RABG* 2003, 676; Brussel 7 november 1997, *AJT* 1997-98, noot I. BOONE; Rb. Brussel 19 december 1996, *JLMB* 1997, 1137; Bergen 8 oktober 1990, *RRD* 1991, 36, noot P. JADOUL; Antwerpen 19 oktober 1988, *TBBR* 1989, 468, noot Y. MERCHIERS; Antwerpen 24 maart 1986, *RW* 1986-87, (798) 801; Kh. Dendermonde 16 september 1999, *AJT* 1999-2000, 657, noot G. BALLON; Kh. Gent 22 maart 1990, *TGR* 1990, 91; J. BEKAERT, “Insolventierechtelijke aspecten van leasing en tegenwerpelijheid van leasing” in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Handboek leasing*, Brugge, die Keure, 2007, (591) 631; S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in D. LAMBRECHTS en V. SAGAERT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (37) 73; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 576.

¹⁵. Cass. 28 november 2002, *TBBR* 2004, 402; Bergen 11 januari 1995, *RRD* 1996, 41, noot P. WERY; Brussel 21 december 2010, *TBBR* 2012, 140, noot E. VERJANS; Bergen 9 juni 1993, *RRD* 1994, 64; Bergen 8 oktober 1990, *RRD* 1991, 36, noot P. JADOUL; Antwerpen 19 oktober 1988, *TBBR* 1989, 468; Antwerpen 24 maart 1986, *RW* 1986-87, 801, noot J. HERBOTS; Antwerpen 20 juni 1984, *RW* 1985-86, 536; Kh. Dendermonde 16 september 1999, *AJT* 1999-2000, 657, noot G. BALLON; Kh. Gent 24 oktober 1996, *TGR* 1997, 5; Antwerpen 24 maart 1986, *RW* 1986-87, 798, noot J. HERBOTS; Brussel 10 oktober 1985, *TBH* 1986, 371; Rb. Brussel 19 december 1996, *JLMB* 1997, 1137; Kh. Charleroi 24 september 1992, *TBH* 1993, 281, noot C. PARMENTIER; Kh. Gent 22 maart 1990, *TGR* 1990, 91.

¹⁶. De kansspelsector komt vaak aan bod in de rechtspraak over derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. Zie bv. Cass. 29 juni 2012, *Pas.* 2012, I, 1517, *TBH* 2012, 936 (weergave O. VANDEN BERGHE); Luik 21 april 2004, *TBBR* 2006, 394; Brussel 25 november 2003, *RW* 2006-07, 518.

deelneemt aan de contractbreuk, aansprakelijk gesteld kan worden op grond van de theorie van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk¹⁷. De feiten die aanleiding gaven tot dit cassatiearrest, zijn gelijkaardig aan deze van het geannoteerde arrest. De vennootschap Unibox Games sluit een overeenkomst met de uitbater van een café over de plaatsing van een aantal speelautomaten. In de overeenkomst wordt een exclusiviteitsclausule opgenomen. De uitbater verbindt zich bovendien ertoe, bij een eventuele overdracht van het café, aan de overnemer de verplichting op te leggen om de overeenkomst over te nemen en verder uit te voeren. Hij draagt vervolgens het café over, zonder aan de overnemer de verplichting op te leggen om de overeenkomst met Unibox Games te respecteren. De overnemer, die op de hoogte was (of moest zijn) van het bestaan van deze overeenkomst, sluit een overeenkomst met een andere verdeler van kansspelen, de firma KTC. Het hof van beroep veroordeelt niet alleen de overnemer, maar ook de firma KTC wegens derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. Het Hof van Cassatie is het hier niet mee eens en oordeelt dat derde-medeplichtigheid “*de deelneming van een derde aan de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de niet-nakoming van de contractuele verbintenis*” impliceert. Aangezien de firma KTC enkel contractueel verbonden was met de overnemer en geen enkele verbintenis was aangegaan ten opzichte van de overdrager, kan zij niet beschouwd worden als derde-medeplichtige aan de contractbreuk van de overdrager ten aanzien van Unibox Games. Dit cassatiearrest ligt volledig in de lijn van de lagere rechtspraak¹⁸ en rechtsleer¹⁹.

Deze rechtspraak heeft tot gevolg dat ook in de voorliggende casus alleen de overnemer aansprakelijk gesteld kan worden op grond van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk. De

NV R. kan niet beschouwd worden als derde-medeplichtige, aangezien zij niet heeft deelgenomen aan de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de contractbreuk (nl. de overeenkomst tot overdracht van de brasserie). Zij heeft immers niet bijgedragen tot de contractbreuk gepleegd door de overdrager, die bestond in de schending van de (resultaats)verbintenis tot het opnemen van een clausule inzake de voortzetting van het contract met de speelautomatenfirma. Er bestaat, met andere woorden, geen oorzakelijk verband tussen de daad van de NV R. en de contractbreuk.

9. De rechtsleer aanvaardt dat de persoon die niet rechtstreeks deelneemt of meewerkt aan de contractbreuk aansprakelijk gesteld kan worden via een gemeenrechtelijke vordering op grond van artikel 1382 BW²⁰. De loutere miskenning van een overeenkomst waarvan hij het bestaan kent of behoort te kennen, is echter onvoldoende. Bijkomende omstandigheden zijn vereist, zoals bijvoorbeeld een inbreuk op de eerlijke handelsgebruiken, een professionele tekortkoming of het oogmerk om schade toe te brengen²¹. *In casu* lijken dergelijke omstandigheden niet aanwezig te zijn. Ook indien aangetoond wordt dat de NV R. op de hoogte was of moest zijn van de contractbreuk, kan haar o.i. geen enkele fout verweten worden. Zij heeft immers op geen enkele manier bijgedragen tot de contractbreuk, maar heeft enkel nuttig gebruik gemaakt van de omstandigheid dat de overnemer zich er niet toe verbonden had om het contract met de NV J. voort te zetten. Er anders over oordelen, zou tot gevolg hebben dat een zorgvuldige contractant niet enkel rekening moet houden met de contractuele verplichtingen van zijn medecontractant, maar ook met de reeds geschonden contractuele verplichtingen van de medecontractant van zijn medecontractant.

VI. UITVOERING OF HERSTEL *IN NATURA* IN GEVAL VAN DERDE-MEDEPLICHTIGHEID AAN CONTRACTBREUK

10. Uitvoering en herstel *in natura* worden in ons recht zowel inzake contractuele als inzake buitencontractuele aansprakelijkheid bevoorrecht²². Ook bij derde-medeplichtigheid aan contractbreuk kan de rechter het herstel *in natura*

bevelen²³, voor zover dit mogelijk is en geen rechtsmisbruik uitmaakt²⁴. In de rechtspraak en rechtsleer omtrent derde-medeplichtigheid wordt voornamelijk aandacht besteed aan het herstel *in natura* bij de miskenning van een voorkeurs-

¹⁷ Cass. 29 juni 2012, *Pas.* 2012, I, 1517, *TBH* 2012, 936 (weergave O. VANDEN BERGHE).

¹⁸ Gent 18 november 2009, *TGR* 2010, afl. 2, 78; Luik 16 november 2007, *JLMB* 2008, 1183 en *TBH* 2008, 814.

¹⁹ S. STIJNS en E. VERJANS, “Variaties op het begrip ‘derde’ in het contractenrecht” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Positie van de derde in het privaats vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (19) 61; S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 29.

²⁰ S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 29; O. VANDEN BERGHE, weergave Cass. 29 juni 2012, *TBH* 2012, (936) 937.

²¹ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 44.

²² S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 54; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 570. Zie bv. Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270, *JLMB* 2004, 672, *Pas.* 2003, I, 227, *TBBR* 2004, 405.

²³ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintennisrecht*, Leuven, Acco, 2006, 245.

²⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 570.

recht²⁵. De lagere rechtspraak aanvaardt dat wanneer een koper een onroerend goed aankoopt, terwijl hij weet dat de eigenaar gehouden is door een voorkeursrecht, het herstel *in natura* kan bestaan in de vernietiging van de koop²⁶. Het Hof van Cassatie heeft deze rechtspraak bevestigd in zijn arrest van 27 april 2006²⁷. Het ging in deze zaak om de verkoop van een complex van onroerende goederen aan de NV Robelco. De verkoopster had eerder een voorkeursrecht verleend met betrekking tot een lot uit het complex aan de NV Delacre, en had daarom met de koper, de NV Robelco, afgesproken het lot eerst tegen een “niet-realistische en fel overdreven prijs” aan te bieden aan de NV Delacre, in de hoop dat zij hier niet op zou ingaan. De beroepsrechters oordeelden dat de verkoopster het voorkeursrecht had miskend en dat de koper hieraan derde-medeplichtig was en spraken de nietigverklaring van de verkoopovereenkomst uit als een vorm van herstel *in natura*. Het Hof van Cassatie bevestigde de uitspraak en overwoog het volgende: “*Het niet nakomen van een voorkeursrecht door de verkoper, heeft in beginsel, niet de nietigheid tot gevolg van de koopovereenkomst die in weerwil van dit voorkeursrecht werd gesloten. Indien de koper aansprakelijkheid oploopt wegens derde-medeplichtigheid aan de contractbreuk van de verkoper, kan de rechter wanneer ook de verkoper in het geding is betrokken de nietigheid van de overeenkomst uitspreken als vorm van herstel van de schade van de begunstigde van het voorkeursrecht ten gevolge van deze derde-medeplichtigheid aan de contractbreuk van de verkoper.*”

11. Het Franse Hof van Cassatie is in een belangrijk arrest van 26 mei 2006 nog een stap verder gegaan²⁸. Het Hof aanvaardt niet alleen dat de begunstigde van het voorkeursrecht het recht heeft de nietigverklaring van de overeenkomst te eisen, maar neemt bovendien aan dat hij gesubstitueerd kan worden in de plaats van de derde-medeplichtige: “*Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un*

tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.” Vóór dit arrest waren er tegen een dergelijke oplossing nochtans heel wat bezwaren in de Franse rechtsleer²⁹. Zo werd onder meer aangevoerd dat een dergelijke substitutie leidt tot contractdwang.

In België zijn verschillende auteurs voorstanders van de Franse oplossing³⁰. Zij zijn van oordeel dat de verkoper, door de overtreding van het voorkeursrecht, zijn wil heeft geuit om het goed te vervreemden en daardoor aan de begunstigde van dit recht een eenzijdige verkoopbelofte heeft gedaan, die vatbaar is voor uitvoering *in natura*. Ook in de lagere rechtspraak passen een aantal uitspraken deze vorm van herstel *in natura* reeds toe³¹.

12. In het geannoteerde arrest vraagt de kansspelautomatenfirma NV J. de wegneming van de toestellen van de NV R. en de terugplaatsing van haar eigen toestellen. Het gevorderde herstel *in natura* komt met andere woorden neer op de voortzetting van het contract tussen NV J. en de overnemer. In de hierboven besproken gevallen van miskening van een voorkeursrecht, vormde het voorkeursrecht het aanknopingspunt voor de substitutie. De verkoper had, door de toekenning van het voorkeursrecht, in het verleden reeds aangegeven bij een eventuele verkoop bereid te zijn een contract te sluiten met de begunstigde van dat recht. *In casu* is er echter geen enkel aanknopingspunt voor de voortzetting van het contract tussen de NV J. en de overnemer van de brasserie. Hij heeft de opneming van een voortzettingsclausule in het contract immers geweigerd en heeft dus te kennen gegeven niet bereid te zijn te contracteren met de NV J. Gelet op deze weigering, zou de gedwongen voortzetting van het contract in deze situatie een te verre gaande aantasting van de contractvrijheid uitmaken³².

25. Zie hierover uitgebreider: J. DEWEZ, “Le régime juridique du pacte de préférence et les sanctions de sa violation: nouvelles perspectives” (noot onder Cass. 27 april 2006), *TBBR* 2008, (429) 437-438 en B. TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten. Verkoop. Totstandkoming* in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 2001, 276-277.

26. Zie bv. Rb. Brussel 10 maart 1992, *Pas.* 1992, I, 62; Kh. Ieper 23 juni 2003, *TRV* 2006, 64.

27. Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, 993, *Pas.* 2006, I, 976, *RW* 2009-10, 236, *TBBR* 2008, 507, noot J. DEWEZ. In dezelfde zin: Cass. 30 januari 1965, *Pas.* 1965, 538, *RCJB* 1966, 77, noot J. DABIN en *RW* 1964-65, 1553.

28. Cass. fr. (ch. mixte) 26 mei 2006, *RTDC* 2006, 550, noot J. MESTRE en B. FAGES. Zie ook Cass. fr. (civ.) 14 februari 2007, *RTDC* 2007, 768, noot B. FAGES.

29. J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, Parijs, LGDJ, 2001, nr. 738.

30. M. VANWIJCK-ALEXANDRE en S. BAR, “Le droit de préférence ou le droit de conclure par priorité” in M. VANWIJCK-ALEXANDRE (ed.), *Le processus de formation du contrat*, Luik, Formation Permanente CUP, 2004, Brussel, Larcier, 176; S. STIJNS en F. VAN LIEMPT, “Derde-medeplichtigheid aan anderen contractbreuk” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, nr. 55; B. TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten. Verkoop. Totstandkoming* in W. VAN GERVEN en R. DILLEMANS (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 2001, 276-277; P. WERY, *Droit des obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 623.

31. Gent 5 juni 2002, *T.Not.* 2003, 216; Brussel 16 september 1999, *JT* 2001, 73; Rb. Brussel 10 maart 1992, *Pas.* 1992, III, 62.

32. A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN “Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie” in X (ed.), *Bijzondere overeenkomsten, XXXIV^{ste} Post-universitaire Cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, nr. 33.

VII. BESLUIT

13. Het hof van beroep heeft terecht geoordeeld dat de eis tot uitvoering *in natura* in kort geding moet worden afgewezen. De overnemer is een professionele derde die actief is in de kanspelsector. Er rust dan ook een onderzoeksplicht op hem. Hij moet nagaan of de voor de sector gebruikelijke contractuele verplichtingen, die voorzien worden voor het geval

van overdracht van de handelszaak, aanwezig zijn in hoofde van zijn medecontractant. Het slachtoffer van een dergelijke fout zal echter enkel een schadevergoeding in geld kunnen vorderen, aangezien de uitvoering *in natura in casu* zou neerkomen op een te verregaande inbreuk op de contractvrijheid.