

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

ACHILLES CUYPERS, De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer 793

Rechtspraak

Burgerlijke rechtspleging – Betekening en kennisgeving – Keuze van woonplaats – Nietigheid

Cass., 9 januari 1997 (*met noot van Jean Laenens*, «Woonstkeuze als bananenschil») 811

Rechten van verdediging – Verweer van beklaagde – Cass., 29 april 1997 (*met noot van A. Vandeplas*, «Over het recht van verdediging») 812

Jeugdbescherming – Bijzondere jeugdbijstand – Maatregel – Vervanging

Cass., 27 mei 1997 813

Gewijsde (rechterlijk) – Beslissing van de strafrechter – Gezag – Draagwijdte – Rechten van de mens – Recht van verdediging – Burgerlijk geding – Derde die geen partij was in het strafgeding

Cass., 2 oktober 1997 (*met conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle en noot*) 814

Intellectuele eigendom – Merk – Namaking – Klachtvereiste

Hof Brussel, 13 september 1995 (*met noot van Steven Van Overbeke*, «Over het klachtmisdrijf in de merkenwet») 820

Leasing – Meer-partijen-operatie – Ontbinding van de koopovereenkomst van de geleasde zaak – Gevolgen

Hof Gent, 21 november 1996 (*met noot van J.H. Herbots*, «De leasingovereenkomst: een synecdoche. Verzwindt de huur bij verdwijning van de koop?») 823

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Einde overeenkomst – Uitwinningsvergoeding – Aanbreng van clientèle – Concurrentiebeding – Nietigheid – Gevolg

Arbh. Brussel, 6 juni 1997 827

Beslag en executie – Uitvoerbare titel – Notariële akte – Kredietopening – Verwijzing naar onderhandse stukken

Rb. Mechelen, 8 oktober 1996 827

Overeenkomst – Geldigheidsvereisten – Toestemming – Wilsgebrek – Dwaling – Verschoonbaarheidsvereiste – Verzekeraar – Vergoedingskwijting – Inwinnen van onvoldoende informatie

Vred. Westerlo, 28 april 1995 828

Rechtspraak in kort bestek

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Verschijningstermijn – Kort geding

Cass., 31 januari 1997 829

Advocaat – Vertegenwoordiging van partijen – Weerlegbaar vermoeden – Bewijslast

Cass., 17 april 1997 829

Aanneming van werk – Niet-geregistreerd aannemer – Niet-naleving door de opdrachtgever van zijn verplichtingen tegenover de fiscus – Sancties – Niet toepasselijk bij onoverkomelijke dwaling

Cass., 2 mei 1997 830

Boeken

Belgische vereniging voor criminologie, Rechtspositie en beklagrecht van gedetineerden – Société belge de criminologie, Position en droit et droit de plainte du détenu (*door J. Luyckx*) 830

De Raad van State. Een stand van zaken (*door M. van Damme*) 831

R. Blanpain (red.), De organisatie van de sport (*door I. Van Tilborgh*) 831

J.M. Smits, Niet-nakoming (*door K. Van Raemdonck*) 832

M. Rigaux en W. Van Eeckhoutte (red.), Actuele problemen van het arbeidsrecht - 5 (*door I. Plets*) 832

J. Van der Lee, Maritaal beslag (*door J. Laenens*) 832

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteurs: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, A. Van Oevelen,
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,
A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
(redactiesecretariaat bereikbaar
van 9 tot 12 uur)
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
F. Aps
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
P. Humblet
W. Lambrechts
J. Meeusen
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
M. van Damme
S. Van Overbeke
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Churchilllaan 108, 2900 Schoten
Tel.: 03/680.15.50 - Fax: 03/658.71.21 Abonnementenprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

Wij verzorgen al uw administratief drukwerk

Brieven
Enveloppen
Zak-enveloppen
Dossiermappen
Papier voor laser en inkjet
...

Vraag onze uitgebreide documentatie aan per fax



Drukkerij De Bie

Herentalsebaan 68 • B-2100 Deurne
Tel. 03/322 50 20 • Fax 03/321 73 93

ADVOCaat

verkoopt aan de hoogst biedende
zijn volledige collectie van
het **RECHTSKUNDIG WEEKBLAD**
(Uitgaven van 1931 tot en met 1997)
Grote bibliofiele waarde

Tel. 056/34.24.94

The Brussels office of the international law firm

ASHURST MORRIS CRISP

seeks

an associate

with a commercial and corporate law background
for its Belgian law practice.

The associate should have between two to four years experience
in private practice and be admitted to a Belgian Bar.

He/she should be fluent in Dutch, English and French.

CV's should be sent to:

Mr Carl Meyntjens

375 Avenue Louise - Box 3, 1050 Brussels

DE RECHTSTREEKSE VORDERING EN HET VOORRECHT VAN DE ONDERAANNEMER

INLEIDING

1. Juridische adviseurs van een kredietinstelling worden er door kredietbeslissers vaak van beschuldigd geen rechtlijnige antwoorden in petto te hebben op de door hen gestelde vragen. Ter illustratie van het feit dat dit niet altijd aan de jurist zelf ligt, maar vaak het gevolg is van een onvolledige en dubbelzinnige wetgeving, die gepaard gaat met tegenstelde rechtsleer en dito rechtspraak, kan bv. verwezen worden naar de tot voor kort bestaande controverse in rechtsleer en rechtspraak over de rechtsgeldigheid van het in de bankpraktijk vaak toegepaste zekerheidsmechanisme, waarbij schuldvorderingen tot waarborg van kredieten in eigendom worden overgedragen.¹ Behoudens in de door de wetgever expliciet toegelaten gevallen, heeft de voorzichtige praktijkjurist hier in het licht van die onzekerheid steeds tot de nodige voorzichtigheid aangespoord. Hoewel dit advies de kredietbeslissers niet altijd gelukkig maakte, kan de adviseur intussen zijn terughoudendheid wel motiveren met verwijzing naar een recent cassatiearrest,² krachtens hetwelk overeenkomsten, waarbij een niet bij de wet bepaald zakelijk zekerheidsrecht tot stand wordt gebracht, bij samenloop niet aan concurrerende schuldeisers kan worden tegengeworpen en naar de rechtsleer die de overdracht tot zekerheid bij de hier door het Hof bedoelde overeenkomsten onderbrengt.³

Hier wordt nader ingegaan op de problematiek van de rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer, inzonderheid wanneer die door de wetgever aan de onderaannemer ter beschikking gestelde rechtsmiddelen in conflict komen met de door de bankier van de aannemer bedongen waarborgen, zoals inpandgeving van een schuldvordering en pand op de handelszaak. Alvorens de specifieke samenloopproblematiek te behandelen, volgt eerst een algemene behandeling en situering van de rechtstreekse vordering resp. van het voorrecht van de onderaannemer.

II. DE RECHTSTREEKSE VORDERING VAN DE ONDERAANNEMER

A. Art. 1798 B.W. en zijn voorgeschiedenis

2. Artikel 1798 B.W. gaf vanaf het begin⁴ aanleiding tot tegengestelde interpretaties bij de vraag naar de aard van het door dit artikel toegekende recht, alsmede bij de vraag of ook onderaannemers zich op dit artikel konden beroepen. Terwijl bepaalde auteurs het door dit artikel toegekende recht (verkeerdelijk) kwalificeerden als een occult voorrecht of als een zijdelingse vordering,⁵ bestempelden anderen de door het artikel toegekende vordering (toen reeds) als een rechtstreekse vordering.⁶ Hoewel de rechtspraak zich reeds lang had aangesloten bij de laatste interpretatie,⁷ weigerde zij deze rechtstreekse vordering evenwel nagenoeg unaniem en conform de toenmalige heersende rechtsleer aan de onderaannemer. De weigering werd gemotiveerd met het argument dat de wetgever hier met een sociaal oogmerk een rechtstreekse vordering had toegekend in het voordeel van werklieden die door hun eigen handenarbeid hadden bijgedragen tot de constructie van het gebouw.⁸ Alleen de onderaannemer die zelf handenarbeid had verricht, kon zich volgens een bepaalde interpretatie op de bescherming van het artikel beroepen.⁹

3. Luidens het huidige art. 1798 B.W. – als gewijzigd door de wet van 19 februari 1990¹⁰ – hebben metselaars, timmerlieden, arbeiders, vaklui en onderaannemers gebezigd bij het

⁴ Krachtens het originele art. 1798 B.W. hadden metselaars, timmerlieden en andere werklieden, gebezigd bij het oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd, tegen de persoon voor wie de werken waren gemaakt, geen rechtstreekse vordering dan ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd was op het ogenblik van hun rechtstreekse vordering werd ingesteld.

⁵ LAURENT, *Principes*, XXVI, 96, nr. 78; SIMONT, L. «Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil», *R.C.J.B.*, 1964, (34), 43.

⁶ BELTJENS, G., *Encyclopédie de droit civil*, T. III, Art. 1798, nr. 1; DE PAGE, H., *Traité*, IV, 1972, 1061, nrs. 915 en 918; DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984, 109; *Pand. B.*, v° Entrepreneur d'ouvrages, 234, nr. 391.

⁷ Rb. Gent, 19 december 1849, *B.J.*, 1850, 41; Rb. Luik, 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean*, VIII, 638; Kortrijk, 14 november 1957, *R.W.*, 1957-1958, 1450. Zie ook de talrijke verwijzingen naar voornamelijk Franse rechtspraak bij DELVAUX, A., *Traité juridique des bâtisseurs*, Brussel, Bruylant, 1947, 541, nr. 430 en bij BAUDRY-LACANTINERIE en WAHL, *Traité*, XXII, 1907, 1146, nr. 4027.

⁸ KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht*, IV, *De contracten*, 499, nr. 368; LAURENT, F., *Principes*, XXVI, 91, nr. 77.

⁹ Luik, 21 februari 1964, *R.C.J.B.*, 1964, 31, noot L. SIMONT; Rb. Brugge, 2 februari 1988, *T. Aann.*, 1989, 191, noot P. VAN DER STICHELEN en J. VAN ROMPUY.

¹⁰ Cf. art. 2 van de wet van 19 februari 1990 tot aanvulling van art. 20 van de hypotheekwet en tot wijziging van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de bescherming van de onderaannemers, *B.S.*, 24 maart 1990.

¹ Zie bv. COLIN, H., «De cessie-retrocessietransactie (wet van 2 januari 1991): een wettelijke regeling inzake fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidsstelling», *R.W.*, 1991-92, 1 e.v.

² Cass., 17 oktober 1996, *R.W.*, 1996-97, 1395, noot M.E. STORME, *J.L.M.B.*, 1997, 520, *Bank Fin.*, 2/1997, 127, noot I. PEETERS.

³ MOREAU-MARGRÈVE, I., «Vente et cession de créance», in *C.U.P.*, Vol. XV, maart 1997, 127 e.v.; PEETERS, I., noot onder Cass., 17 oktober 1996, *Bank Fin.*, 1997, 117.

oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aaneming zijn uitgevoerd, tegen de bouwheer een rechtstreekse vordering ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat hun rechtsoverdracht wordt ingesteld. De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van eerstgenoemde. Door enerzijds de term «rechtstreekse vordering» te gebruiken en anderzijds ook de onderaannemers (en vaklui) expliciet bij de houders van de rechtstreekse vordering te vermelden, behoren de juist gesignaleerde discussies sedertdien dan ook tot de rechtsgeschiedenis. Daar de wetwijziging van 1990 zich tot deze twee punten beperkte, kunnen de tot dan bestaande opvattingen over andere rechtsoverdrachten over dit artikel dan ook als richtlijn blijven dienen. Terecht stipt Dirix aan dat uit de wetwijziging van 1990 geen argumenten kunnen worden geput voor een herdenken van de principes die de verhoudingen beheersen tussen de drie bij een dergelijke vordering betrokken protagonisten.¹¹ Eigenaardig genoeg beroepen anderen zich op dezelfde parlementaire voorbereiding om een aantal innoverende standpunten in te nemen (cf. infra).

B. Wat is een rechtstreekse vordering?

4. Normaliter schept een contract slechts rechten en plichten tussen partijen. Een contractant mag derhalve op grond van zijn contract geen aanspraak laten gelden jegens een derde. Evenmin kan hij door een derde tot nakoming van zijn contractuele verbintenissen worden gedwongen.¹² In afwijking van dit beginsel van de relativiteit van de overeenkomst, geeft de wet in bepaalde gevallen nochtans aan een schuldeiser de macht om te ageren tegen de schuldenaar van zijn schuldenaar, zonder dat hij hiervoor eerst via deze laatste hoeft te gaan. Hierdoor verkrijgt de schuldeiser een eigen recht, dat hem van zijn eigen schuldenaar losmaakt en het hem mogelijk maakt in eigen naam en voor eigen rekening de onderschuldenaar rechtstreeks aan te spreken alsof deze zijn eigen schuldenaar is. De insteller van een dergelijke «rechtstreekse vordering» haalt aldus een recht uit een contract (tussen zijn schuldenaar en diens schuldenaar) waarbij hij geen partij is. Hij verkrijgt dat eigen recht niet via het vermogen van zijn eigen schuldenaar, zodat hij alvast niet in samenloop komt met andere schuldeisers van zijn schuldenaar. Hij zal alleen in samenloop komen met de schuldeisers van de onderschuldenaar.¹³

5. De rechtstreekse vordering veronderstelt derhalve dat de insteller een schuldvordering heeft op zijn schuldenaar en deze laatste nog schuldeiser is van zijn schuldenaar. Het instellen van de rechtstreekse vordering maakt de schuld-

vordering van de schuldenaar op de onderschuldenaar dan onbeschikbaar en dit ten belope van het kleinste bedrag van beide schulden. De houder van de rechtstreekse vordering kan m.a.w. slechts binnen de perken van zijn eigen vordering de onderschuldenaar aanspreken en dit (slechts) voor hetgeen deze op dat ogenblik nog aan de schuldenaar verschuldigd is.

Aangezien de rechtstreekse vordering de houder ervan laat ontsnappen aan de samenloop met de schuldeisers van zijn oorspronkelijke schuldenaar, kan zij slechts uitgeoefend worden op basis van een wettekst. De schuldeiser is niet verplicht om van dit wettelijk recht gebruik te maken. Zolang hij de door de wet gegunde mogelijkheid niet benut, is er evenwel geen rechtstreekse vordering. Van dit wettelijk recht zijn vooral voorbeelden te vinden in de verzendingssector, zoals in de aansprakelijkheidsverzekering, waarin de benadeelde een rechtstreekse vordering verkrijgt tegen de verzekeringsmaatschappij van de dader.¹⁴ Zoals hierboven reeds mocht blijken, beschikt ook de onderaannemer over een directe vordering, waardoor hij de bouwheer rechtstreeks kan aanspreken om van hem betaling te verkrijgen ten belope van wat deze nog aan de aannemer verschuldigd is (art. 1798 B.W.).

6. Tenzij de wet het anders bepaalt, ontstaat het eigen recht van de houder van een rechtstreekse vordering niet vanaf het moment dat hij recht op betaling heeft, maar eerst vanaf het tijdstip waarop de vordering wordt ingesteld. Heeft de houder zijn vordering ingesteld vooraleer hij in samenloop komt met andere schuldeisers van zijn schuldenaar, dan behoudt hij het voordeel van zijn vordering, niettegenstaande een later ingetreden faillissement van de schuldenaar of een posterieur beslag onder derden bij de onderschuldenaar. Ook een latere cessie van schuldvordering door de schuldenaar van zijn vordering op zijn schuldenaar kan hem niet tegengeworpen worden. Is er daarentegen reeds samenloop ontstaan vooraleer de rechtstreekse vordering wordt ingesteld, dan kan de insteller van de rechtstreekse vordering geen betaling meer krijgen. Wanneer aldus bv. een andere schuldeiser van de gemeenschappelijke schuldenaar reeds een bewarend beslag onder de onderschuldenaar heeft gelegd, of de schuldenaar reeds failliet werd verklaard of een gerechtelijk akkoord heeft aangevraagd, zal de rechtstreekse vordering een maat voor niets zijn. Vandaar dat de rechtsleer het dan ook heeft over de «onvolmaakte» rechtstreekse vordering.¹⁵

De hamvraag bij de rechtstreekse vordering van de onderaannemer is dan ook of het hier een zgn. onvolmaakte rechtstreekse vordering betreft dan wel of de wetgever hier verder heeft willen gaan en de rechtstreekse vordering nog een effectief resultaat kan opleveren na samenloop. De rechtstreekse vordering laat zich immers niet vangen in één uniform concept. Er is niet één rechtstreekse vordering, maar er is een veelheid van rechtstreekse vorderingen met telkens eigen kenmerken, die uit de specifieke wetgeving zullen moeten worden afgeleid. Vandeputte merkte trouwens reeds lang geleden opdat het zelfs pervers zou zijn om aan

¹¹ DIRIX, E., «Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer», *R.W.*, 1989-90, 1233.

¹² Als feit kan de overeenkomst wel tegengeworpen worden aan derden, wat impliceert dat zij de gevolgen die de overeenkomst tussen de contracterende partijen teweegbrengt moeten erkennen en er zich ook op kunnen beroepen. Cf. o.m. Cass., 18 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 711. Zie DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Maklu, 1984, 17 e.v.; DIRIX, E., en VAN OEVELEN, A., *Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-92)*, *R.W.*, 1992-93, 1251.

¹³ DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 106 e.v.

¹⁴ Wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 (*B.S.*, 20 augustus 1992), art. 86.

¹⁵ NONET, Ph., «Action directe et inopposabilité des exceptions», *Ann. Dr. Liège*, 1963, 74.

de rechtstreekse vordering een stelselmatig statuut te geven.¹⁶

C. Toepassingsgebied van art. 1798 B.W.: wie kan deze rechtstreekse vordering instellen?

7. Art. 1798 B.W. verleent een rechtstreekse vordering aan metselaars, timmerlieden, arbeiders, vaklui en onderaannemers, die gebezigd werden bij de oprichting van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd. Aldus kan nu ook bv. een studiebureau, dat in onderaanneming belast werd met het opmaken van berekeningen en plannen en bijgevolg alleen intellectuele arbeid presteert, eveneens een beroep doen op de rechtstreekse vordering. Het werk hoeft geen betrekking te hebben op een onroerend goed. Voldoende is dat de in art. 1798 B.W. genoemde houders werden gebezigd bij een werk dat bij aanneming is uitgevoerd.¹⁷ Het personele toepassingsgebied is hier dan ook ruimer dan bij het voorrecht van de onderaannemer, dat slechts aangevoerd kan worden bij werk aan een gebouw.

Het feit dat art. 23 van de wet van 24 december 1993 op de overheidsopdrachten (*B.S.*, 22 januari 1994) de bij een overheidsopdracht van werken gebezigde arbeiders en onderaannemers een specifieke bescherming biedt in de vorm van een voorrecht (art. 23, §5), belet niet dat zij zich eveneens kunnen beroepen op de rechtstreekse vordering van art. 1798 B.W.¹⁸

8. Gelet op het beginsel van de relativiteit (art. 1165 B.W.), moet de door art. 1798 B.W. toegestane afwijking restrictief worden geïnterpreteerd. Aldus kan deze bepaling niet worden aangevoerd door:

- de leveranciers of de bedienden van de aannemer,¹⁹
- de sub-onderaannemer.²⁰ Afwijkingen van het gemeene recht, inzonderheid van het principe van de gelijkheid van de schuldeisers, moeten restrictief worden toegepast. Krachtens de wetswijziging van 1990 wordt de onderaannemer als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers. Lezing van deze bepaling inzake de sub-onderaanneming en het gebrek aan enige aanwijzing daarover in de parlementaire voorbereiding, moeten tot het besluit leiden dat de onderaannemer van de onderaannemer de rechtstreekse vordering niet kan instellen;²¹
- de arbeiders van de onderaannemer. Terwijl het oude art. 1798 B.W. de arbeiders nog toestond hun rechtstreekse vordering in te stellen tegen de «persoon voor wie de werken zijn gemaakt», konden hieruit nog argumenten worden geput om te betogen dat ook de werklieden van de onderaannemer de rechtstreekse vordering konden instellen tegen de hoofdaannemer.²² Een dergelijke interpretatie is voortaan uitgesloten, daar de vordering volgens de huidige tekst alleen kan worden ingesteld tegen de bouwheer, waarbij (uitsluitend) de aannemer als bouwheer wordt beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers.

D. Vanaf wanneer, tot hoelang en voor welke schuldvorderingen kan deze rechtstreekse vordering worden ingesteld?

9. Een gedeelte van de rechtsleer betoogt dat de rechtstreekse vordering van 1798 B.W. slechts zou kunnen worden ingesteld bij insolventie van de aannemer.²³ Terecht wordt hiertegen ingebracht dat een dergelijke voorwaarde ingaat tegen het rechtstreeks karakter van een dergelijke vordering en evenmin in de wettekst is terug te vinden.²⁴ Uiteraard moet de rechtstreekse vordering slechts in laatste instantie worden aangewend, maar de aanwending van dit rechtsmiddel moet ook mogelijk zijn wanneer de hoofdaannemer ten onrechte en ondanks een ingebrekestelling weigert te betalen. Van een absolute insolventie van de hoofd-

¹⁶ VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 368.

¹⁷ t'KINT, F., *Sûreté et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 1991, 269, nr. 519.

¹⁸ DELVAUX, A., «Privilege, action directe et compensation dans le droit des marchés publics», *Act. Dr.*, 1992, 249; SIMONT, L., «Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil», *R.C.J.B.*, 1964, 42, nr. 7 inzake de wet van 3 januari 1958 betreffende de cessies en inpandgevingen van schuldvorderingen op de Belgische Staat uit hoofde van werken en leveringen, die thans met een uitgebreider toepassingsgebied is vervangen door art. 23. Adde: FLAMME, A., *Practische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, N.C.B., Brussel, 1986, 186.

Krachtens art. 6, §3 van het K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken (*B.S.*, 18 oktober 1996, 26868) moet de aannemer de met de aanbestedende overheid overeengekomen betalingsmodaliteiten meedelen aan de onderaannemer bij het sluiten van de overeenkomst van onderaanneming. De onderaannemer heeft het recht zich op deze bepalingen te beroepen om betaling te krijgen van de hoofdaannemer. Deze regel kan eveneens worden aangevoerd door een onderaannemer in lagere graad. Na een opmerking in het advies van de Raad van State werd in het verslag aan de Koning beklemtoond dat deze bepaling geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van de door art. 1798 B.W. ter beschikking gestelde directe vordering, doch integendeel een bijkomende bescherming aan de onderaannemer biedt door aan de hoofdaannemer de transparantie van de met de aanbestedende overheid overeengekomen betalingsregels op te leggen (cf. verslag aan de Koning, *B.S.*, 18 oktober 1996, 26833).

¹⁹ BRULS, J.P., «La loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d'efficacité limitée», in *Act. Dr.*, 1991, 774, nr. 30; DELVAUX, A., *Traité juridique des bâtisseurs*, nr. 431; DE PAGE, H., *Traité*, IV, 1972, 1063, nr. 919.

²⁰ DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 331, nr. 545, voetnoot; JASSOGNE, «Action directe et privilège du sous-traitant», *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 123; POILVACHE, F., «La loi du 19 février sur la protection des sous-traitants», *J.T.*, 1990, 638-639; Brussel, 8 november 1995, *D.A.O.R.*, 1995, nr. 37, (89), 92.

²¹ POILVACHE, F., «La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants», *J.T.*, 1990, 639; PONCELET, R., «Les privilèges mobiliers», in *Rép. Not.*, T. X, L. III, 235, nr. 268.

²² FLAMME, M.-A., en LEPAFFE, J., *Le contrat d'entreprise*, Brussel, Bruylant, 1966, 331, nr. 590.

²³ DEKKERS, R., *Handboek Burgerlijk recht*, II, 1971, 642, nr. 1141; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 1061, nr. 915; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 327, nr. 539.

²⁴ GEORGES, F., «De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du code civil», noot onder Luik, 23 mei 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 603, voetnoot, 23; SIMONT, L. o.c., 39, voetnoot 38.

aannemer kan daarbij geen sprake zijn, aangezien hij nog een schuldvordering op de bouwheer heeft.

De in art. 1798 B.W. genoemde begunstigden kunnen hun rechtstreekse vordering dan ook instellen vanaf het ogenblik dat hun vordering op de aannemer bestaat (en dit is reeds vanaf het sluiten van het contract van onderaanneming).²⁵ In tegenstelling met wat vereist wordt bij een bewarend beslag, hoeft er geen sprake te zijn van urgentie. Wel moet hun schuldvordering een zeker karakter hebben en moet zij eisbaar zijn. Gelet op het feit dat de rechtstreekse vordering in essentie een bewarende maatregel is, die omgezet kan worden in een uitvoeringsmaatregel moet het bedrag van de schuldvordering op dat ogenblik nog niet onvoorwaardelijk vaststaan.²⁶ Het feit dat het bedrag van de schuld van de aannemer jegens de onderaannemer nog bepaald moet worden op basis van een raming of een deskundigenonderzoek, kan de uitoefening van de rechtstreekse vordering derhalve niet verhinderen. In de praktijk zal de onderaannemer, die op vaste basis werkt met een grote projectontwikkelaar-hoofdaannemer, deze vordering echter niet te snel instellen om zijn goede zakenrelatie met de aannemer voor de toekomst niet te verstoren.²⁷

De in het oude art. 1789 B.W. reeds genoemde metseleers, timmerlieden, arbeiders en vaklui kunnen hun rechtstreekse vordering niet instellen wegens onverschillig welke schuldvordering die zij hebben tegen de aannemer. De oorzaak van hun optreden kan alleen bestaan uit hun niet betaald loon,²⁸ beter: alle mogelijke schuldvorderingen uit hoofde van hun arbeidscontract. Bij gebrek aan enige tegenindicatie in de parlementaire voorbereiding, mag er dan ook logischerwijze van worden uitgegaan dat ook de anno 1990 toegevoegde onderaannemer de samenloop zomaar niet kan ontlopen, – lees: de rechtstreekse vordering kan instellen – wegens onverschillig welke schuldvordering, die hij zou hebben op de hoofdaannemer. Zijn wettelijke bescherming moet m.i. dan ook haar oorzaak vinden in niet-betaalde facturen wegens een in onderaanneming toegewezen opdracht.²⁹

10. Het «onderpand» van deze rechtstreekse vordering is de vordering die de aannemer nog heeft op de bouwheer op het ogenblik dat de rechtstreekse vordering wordt ingesteld. Zij slaat evenwel alleen op die bedragen die de bouwheer op dat ogenblik verschuldigd is. Elke latere schuldvordering van de aannemer ontsnapt aan de rechtstreekse vordering.³⁰ Dit moet echter juist begrepen worden. Dat de recht-

streekse vordering tegen de bouwheer kan worden ingesteld «ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is» betekent geenszins dat de schuld van de bouwheer op dat ogenblik reeds effen en opeisbaar moet zijn. Het feit dat bepaalde bedragen nog niet opeisbaar zijn of dat de nalatige aannemer nog geen factuur heeft opgesteld, belet derhalve niet dat het een bedrag betreft dat de bouwheer finaal verschuldigd is, rekening houdend met de mogelijke (antérieure) excepties die hij – bv. wegens gebreken aan het door de aannemer uitgevoerde werk – rechtsgeldig kan opwerpen.³¹

Art. 1789 B.W. vereist nergens dat de schuld van de bouwheer aan de aannemer moet voortspuiten uit het aannemingscontract, waarbij de in het artikel genoemde en niet-betaalde houders zijn gebezigd. Het is m.a.w. geenszins noodzakelijk dat hun onbetaalde vordering jegens de aannemer en die van de aannemer jegens de bouwheer op hetzelfde aannemingscontract betrekking hebben. De rechtstreekse vordering kan zelfs op schulden van de bouwheer slaan wegens andere oorzaken dan een aannemingscontract.³² Ook hier kan gewezen worden op het verschil met het voorrecht van de onderaannemer (art. 20, 12°, Hyp. W.), waarvoor de vordering van de onderaannemer en de vordering van de aannemer betrekking moeten hebben op dezelfde bouwwerken.

11. Bij de in 1990 toegevoegde bescherming van de onderaannemer in de vorm van het in art. 20, 12°, Hyp. W. toegevoegde voorrecht (cf. infra) bleek de bezorgdheid van de wetgever dit voorrecht in de tijd te beperken om nalatige onderaannemers niet aan te moedigen en om de gewone schuldeisers niet te zeer te benadelen.³³ Vandaar dat dit voorrecht slechts voor vijf jaar vanaf de datum van de factuur kan worden aangevoerd. N.a.v. de wetswijziging inzake de rechtstreekse vordering is – wellicht uit onachtzaamheid – van een zelfde bekommernis niets terug te vinden. De rechtstreekse vordering kan dan ook gedurende dertig jaar worden ingesteld en zolang de bouwheer nog iets verschuldigd is aan de aannemer.³⁴ Wellicht is een dergelijke uitgebreide termijn louter theoretisch, aangezien de onderaannemer er alle belang bij heeft zijn vordering zo snel mogelijk in te stellen. Een betaling door de bouwheer aan de hoofdaannemer maakt de rechtstreekse vordering immers zonder voorwerp. Anders dan bij het voorrecht, is dit ook het geval wanneer de bouwheer, bij faillissement van de hoofdaannemer, aan de curator heeft betaald.

²⁵ De eisbaarheid van de vordering ontstaat daarentegen pas volgens het vorderen en de goedkeuring van de werken.

²⁶ COZIAN, M., *L'action directe*, Parijs, 1969, nrs. 335-343; GEORGES, F., o.c., 603.

²⁷ VRANCKEN, I., en PANIS, L., «De onderaanneming in Belgisch en Europees verband», *Limb. Rechtsl.*, 1992, 125.

²⁸ BELTIJENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge*, T. III, «Art. 1798», 732, nr. 2; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 1063, nr. 919; SIMONT, L., o.c., 39, nr. 6.

²⁹ Anders: CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, J.B. Luik, (losbladig), 80/9, §2, en LEDOUX J.L., «Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et la publicité foncière», *J.T.*, 1994, 336, nr. 82, voor wie de onderaannemer de rechtstreekse vordering kan instellen voor onverschillig welke schuldvordering jegens de hoofdaannemer.

³⁰ CAEYMAEX, J., o.c., 80/10, §4; JASSOGNE, C., «Action directe et privilège du sous-traitant», *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 124.

³¹ Luik, 23 mei 1996, *T. Aann.*, 1997, (37) 41, *J.L.M.B.*, 1997, (589) 594, noot F. GEORGES.

³² BRULS, J.P., «Le droit du sous-traitant au paiement du prix dans le droit privé» in *Actualités du droit*, 1992, 239, nr. 22; CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, o.c., 80/9, §4 en «Les sûretés conventionnelles et légales», in *Guide de l'entreprise*, 2e editie, T. IV, L. 49, Kluwer, 57, nr. 1119; Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 378; Luik, 23 mei 1996, *T. Aann.*, 1997, 41, *J.L.M.B.*, 594, noot F. GEORGES.

³³ Zie *Hand. Kamer*, vergadering van 30 maart 1983, 2099.

³⁴ CAEYMAEX J., *Manuel des sûretés mobilières*, 80/10, §6.

E. Hoe dient de rechtstreekse vordering te worden ingesteld?

12. Art. 1798 B.W. staat de aldaar genoemde houders toe een directe vordering in te stellen tegen de bouwheer ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik «dat hun rechtsoverdracht wordt ingesteld». Op grond van de bewoordingen van de wettekst («rechtsoverdracht») gaat de meerderheid van de rechtsleer ervan uit dat de rechtstreekse vordering slechts gestalte kan verkrijgen en de vordering van de aannemer op de bouwheer slechts onbeschikbaar kan maken na dagvaarding van de bouwheer.³⁵

Wanneer de rechtsingang bij dagvaarding plaatsvindt, is de zaak bij de rechter aanhangig gemaakt op de datum van de betekening van de dagvaarding, voor zover de zaak op de algemene rol is ingeschreven voor de in de dagvaarding aangegeven zitting.³⁶ Het ogenblik waarop de in art. 1798 B.W. bedoelde rechtsoverdracht wordt ingesteld, ligt in deze visie dan normaliter op de betekendingsdatum van de dagvaarding van de bouwheer. De bouwheer kan evenwel slechts bevrijdend aan de onderaannemer betalen nadat deze zijn rechtsoverdracht heeft ingeschreven op de algemene rol voor de aangegeven zitting. In afwachting kan de onderaannemer wel bewarend derden beslag leggen in de handen van de bouwheer om zijn (tevens) bevoorrechte schuldsoverdracht veilig te stellen.³⁷

13. Nu deze meerderheidsopvatting vooral de rechtszekerheid in het voordeel van de bouwheer op het oog heeft,³⁸ kunnen bij deze visie nochtans vragen worden gesteld. In het procesrecht duidt het woord «rechtsoverdracht» (*action en justice*) alleen op de wettelijke bevoegdheid om een zaak voor de rechtbank aan te brengen, terwijl het begrip «eis» wijst op de processuele handeling waardoor deze rechtsoverdracht

dering concreet wordt uitgeoefend en dit op de gemeenschappelijke wijze van dagvaarding.³⁹ De stelling dat de rechtstreekse vordering bij dagvaarding wordt uitgeoefend, is dan ook het gevolg van een verwarring tussen de begrippen «rechtsoverdracht» en «eis». Daarbij is de rechtstreekse vordering niet meer dan een door de wetgever aangeboden waarborg om betaling te verkrijgen, waarbij het genoemde houders vrijstaat al dan niet van deze waarborg gebruik te maken. Het valt moeilijk in te zien waarom deze wilsuitering met een veruitwendigd moet worden via een proces met de bouwheer.⁴⁰ Het is immers niet de bedoeling de onderschuldenaar in gebreke te stellen, noch hem uit te winnen. Uiteindelijk is de rechtstreekse vordering niets anders dan een met toestemming van de wetgever gestelde vraag tot betaling aan de onderschuldenaar, gezien zijn schuld aan de hoofdaannemer en diens schuld aan de insteller van de rechtstreekse vordering. Vandaar dat de uitoefening van de rechtstreekse vordering volgens een aantal auteurs – en m.i. terecht – niet aan enig vormvoorschrift met de daarbij horende kosten is gebonden en een aangetekende brief reeds kan volstaan.⁴¹

F. Kan de aannemer de rechtstreekse vordering van de onderaannemer beletten?

14. De hoofdaannemer en de bouwheer kunnen in hun contract geen beding opnemen waardoor de uitoefening van de rechtstreekse vordering door de onderaannemer onmogelijk wordt gemaakt. De grondslag hiervoor moet gezocht worden in art. 1165 B.W., krachtens hetwelk een overeenkomst alleen gevolgen teweegbrengt tussen partijen en geen nadeel kan toebrengen aan derden, zoals in casu de onderaannemer.⁴²

Kan de hoofdaannemer t.a.v. de onderaannemer vooraf rechtsgeldig bedingen dat deze zijn rechtstreekse vordering niet zal uitoefenen? Gelet op de sociale bekommernis van de wetgever om de bij hypothese economisch zwakkere personen van art. 1798 B.W. te beschermen,⁴³ is deze bepaling wellicht van dwingend recht, zodat een dergelijke afspraak met de sanctie van de relatieve nietigheid betwist zal wor-

³⁵ DE PAGE, H., *Traité*, IV, 1972, nr. 917; RENARD, J.P., en VAN DEN ABBEELE, M., «Le garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général», *T. Aann.*, 1997, 139; STRANART, A.M., «Les sûretés traditionnelles. Développements récents», in *Le droit des sûretés*, Brussel, J.B., 1992, 116; Antwerpen, 1 maart 1995, *R.W.*, 1996-97, met goedgekeurde noot G. BAERT, die echter geen van allen hun stelling motiveren. Adde: het n.a.v. de wetsoontwerpen betreffende het gerechtelijk akkoord en van faillissementwet opgestelde verslag VANDEURZEN, *Parl. St., Kamer*, 1995-96, 329/17, 165, waarin de minister van Justitie de mening is toegedaan dat de rechtstreekse vordering moet worden ingesteld bij dagvaarding «gelet op het belang ervan».

Ook in de parlementaire voorbereiding, voorafgaand aan de wijziging van art. 1798 B.W. en de invoering van art. 20, 12°, Hyp. W. betreffende een voorrecht t.v.v. de onderaannemer, wordt ervan uitgegaan dat het instellen van de in art. 1798 B.W. bedoelde rechtsoverdracht zal gepaard gaan met kosten ten gevolge van de dagvaarding, de betekening van het vonnis en de betaling van de advocaat. Het vermoeden van de wetgever dat deze financiële last waarschijnlijk zou meebrengen dat de onderaannemer dit rechtsmiddel niet zal gebruiken, inspireerde hem dan ook om de onderaannemer daarnaast ook een voorrecht te bezorgen (cf. verslag VERHAEGEN, *Hand., Kamer*, 1981-1982, 294/3, 7).

³⁶ Cass., 1 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 962; *J.T.*, 1992, 475, noot F. ROMAIN.

³⁷ BAERT, G., noot onder Antwerpen, 1 maart 1995, *R.W.*, 1995-96, 478.

³⁸ Zie de mogelijke praktische problemen, zoals geschets door G. BAERT, o.c.

³⁹ DE CORTE, R., «Hoe autonoom is procesrecht?», *T.P.R.*, 1980, 3 e.v. nrs. 7, 13 en 14; FETTSWEISS, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1985, 33 e.v., nrs. 19 en 25.

⁴⁰ COZIAN, M., *L'action directe*, o.c., nrs. 378 e.v.; GEORGES, F., «De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du code civil», noot onder Luik, 23 mei 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 602.

⁴¹ BAERT, G., *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1994, 626; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 327, nr. 539, die zich hierbij baseren op de Franse rechtsleer inzake de rechtstreekse vordering in het algemeen. Adde de door G. BAERT geciteerde Nederlandse auteurs DIEPHUIS en PITLO: G. BAERT, o.c., nr. 2.

⁴² SIMONT, L., «Contribution à l'étude de l'article 1798 du Code civil», noot onder Luik, 21 februari 1964, *R.C.J.B.*, 1964, 43, nr. 8. Andere auteurs steunen op het beweerd «openbaar orde»-karakter van art. 1798 B.W. (DELVAUX, A., *Traité des bâtisseurs*, 542, nr. 430). Deze stelling overtuigt niet, aangezien het hier geen bepaling betreft die de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.

⁴³ Cf. verslag VERHAEGEN, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, 294/3 en verslag ARTS *Parl. St., Senaat*, 1989-90, 855/2.

den.⁴⁴ Concreet betekent dit dat een dergelijk beding pas rechtsgeldig kan worden opgesteld zodra de onderaannemer zich niet meer bevindt in de omstandigheden die de vernietigbaarheid veroorzaakten, nl. zodra zijn vordering op de hoofdaannemer eisbaar is geworden en hij zijn rechtstreekse vordering kan uitoefenen.

15. Van het voorgaande moet de situatie onderscheiden worden waarin de hoofdaannemer de rechtstreekse betaling door de bouwheer aan de onderaannemer wil verhinderen omdat hij bv. van oordeel is dat de onderaannemer zijn eigen verbintenissen niet is nagekomen. Een dergelijk verzet is mogelijk, maar kan niet geschieden door een buitengerechtelijk verzet. Een verzet tegen een betaling dat de in het Gerechtelijk Wetboek bepaalde vorm- en grondvereisten niet naleeft, heeft geen enkel juridische waarde. De aannemer kan in die omstandigheden de betaling aan de onderaannemer dan ook alleen verhinderen door middel van een beslag onder derden in handen van de bouwheer.⁴⁵

G. De rechtstreekse vordering van art. 1798 B.W. versus andere aanspraken op dezelfde vordering (van de hoofdaannemer op de bouwheer)

1° Het onvolmaakt karakter van de rechtstreekse vordering

16. Zoals gezegd, levert de wet van 1990 geen breuk op in dezen van de bestaande opvattingen nopens de aard van de rechtstreekse vordering uit art. 1798 B.W. Zoals voorheen het geval was, gaat het ook nu onverminderd om een onvolmaakte rechtstreekse vordering. In tegenstelling met de volmaakte rechtstreekse vordering waarvan de draagwijdte reeds wordt vastgesteld bij het ontstaan van de vordering en de schuldeiser *ab initio* krachtens de wet wordt beschermd tegen handelingen van zijn schuldenaar, wordt de draagwijdte van deze rechtstreekse vordering pas bepaald op het ogenblik dat de vordering wordt uitgeoefend.⁴⁶ Dat nu ook de onderaannemers een rechtstreekse vordering hebben tegen de bouwheer ten belope van hetgeen deze aan de hoofdaannemer verschuldigd is «op het ogenblik dat hun rechtstreekse vordering wordt ingesteld», wijst er alleen op dat de vordering pas dan concreet wordt en dat pas dan het ogenblik wordt vastgelegd waarop de vordering van de hoofdaannemer op de bouwheer onbeschikbaar wordt.⁴⁷ De houder van de rechtstreekse vordering ontsnapt dan ook maar aan de samenloop en verkrijgt *de facto* pas een bevoorrechte positie vanaf het ogenblik waarop hij zijn rechtstreekse vordering

instelt. Pas van dan af mag de bouwheer geen rechtsgeldige betalingen meer verrichten aan de hoofdaannemer en kan hij geen schuldvergelijking meer aanvoeren met de eigen vordering(en) op de hoofdaannemer, tenminste als de voorwaarden van schuldvergelijking op dat ogenblik nog niet vervuld waren. De voordien bestaande excepties zijn daarentegen, zoals dat het geval was onder het oude art. 1798 B.W., volledig tegenwerpbaar aan de onderaannemer.⁴⁸ Hier kan voor de vuist reeds gedacht worden aan:

- de door de bouwheer te goeder trouw aan de hoofdaannemer reeds betaalde facturen of voorschotten, ook als zij geen vaste datum hebben;⁴⁹
 - de bij de contractsluiting tegen de hoofdaannemer bedongen kortingen wegens vertraging in het werk;
 - de wegens tekortkomingen van de hoofdaannemer door de bouwheer opgeworpen exceptie van niet-uitvoering (*exceptio non adimpleti contractus*).⁵⁰ Deze exceptie is als verweermiddel immers inherent aan de aard van een wederkerige overeenkomst (*in casu* het aannemingscontract met de aannemer), zodat zij potentieel reeds bestaat vanaf de contractsluiting⁵¹ en bijgevolg de uitoefening van de rechtstreekse vordering voorafgaat;
 - een door een andere schuldeiser van de aannemer voordien reeds gelegd beslag in handen van de bouwheer.⁵² Terwijl andere houders van de rechtstreekse vordering op hun beurt derdenbeslag kunnen leggen om aldus in samenloop te komen met de eerste beslaglegger,⁵³ kan de onderaannemer zich beroepen op zijn voorrecht;⁵⁴
 - de wettelijke compensatie tussen de bouwheer en de hoofdaannemer als de voorwaarden reeds zijn vervuld⁵⁵ of, als dat niet het geval is, de compensatie *ex eadem causa*.⁵⁶
- Aangezien de rechtstreekse vordering (van de onderaannemer) slechts een wettelijke toelating impliceert om de on-

⁴⁴ BRULS, J.P., «La loi du 19 février 1990...», *Act. Dr.*, 1991, 775, nr. 32; VRANCKEN, I., en PANIS, L., «De onderneming in Belgisch en Europees verband», *Limb. Rechtsl.*, 1992, 125.

⁴⁵ DIRX E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 327, nr. 539; VERBEKE, A., *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypotheek en andere zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 110, nr. 182. Zie ook Cass., 19 april 1990, *R.W.*, 1990-91, 561, noot E. DIRIX.

⁴⁶ CORNELIS, L., en GEELLEN, R., «De rechtstreekse vordering», in *Verzekeringen en gerechtelijke procedures*, Vlaams Pleitgenootschap bij de Balie te Brussel (ed.), Kalmthout, Biblo, 1996, 116; COZIAN, M., o.c., 258, nr. 425; DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 108, nr. 143.

⁴⁷ Verslag ARTS, *Parl. St., Senaat*, 1989-90, 855/2, 3, onder verwijzing naar SIMONT, *R.C.J.B.*, 1964, 31, en DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, nr. 918.

⁴⁸ VRANCKEN, I., en PANIS, L., «De onderaanneming in Belgisch en Europees verband», *Limb. Rechtsl.*, 1992, 125; POILVACHE, F., «La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants», *J.T.*, 1990, 639.

⁴⁹ DELVAUX, A., *Traité juridique des bâtisseurs*, o.c., 544; DE PAGE, H., *Traité*, IV, 1972, 1064, nr. 921; FLAMME, M.A. en LEPAFFE, J., *Le contrat d'entreprise*, 330, nr. 588bis.

⁵⁰ BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, o.c., 627, nr. 6., BRULS, J.P., «La loi 19 19 février 1990...», *Act. Dr.*, 1991, 777, nr. 36; CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, o.c., 80/12; DIRIX, E., «Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer», *R.W.*, 1989-90, 1234; JASSOGNE, «Action directe et privilège du sous-traitant», *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 124; Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 376; Luik, 23 mei 1996, *T.Aann.*, 1997, (36), 42, *J.L.M.B.*, 1997 (589), 595; Rb. Aarlen, 7 juni 1962, *J.T.*, 1962, 555.

⁵¹ Cass., 13 september 1973, *R.C.J.B.*, 1973, 352, noot M.L. STENGERS; Cass., 27 september 1984, *A.C.*, 1984-85, 156, *R.C.J.B.*, 1987, 511, noot Y. MERCHERS; Bergen 5 april 1983, *T.B.H.*, 1984, 513.

⁵² DE PAGE, H., *Traité*, IV, 1972, 1064; DIRIX, E., «Rechtstreekse vordering en samenloop», noot onder Kh. Antwerpen, 24 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 266; VRANCKEN, I., en PANIS, L., o.c., 126.

⁵³ BELTIJENS, *Encyclopédie de droit civil belge, I, Code civil*, Art. 1798, nr. 12; KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht, IV, De contracten*, 500, nr. 369.

⁵⁴ DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 329, nr. 542.

⁵⁵ COZIAN, M., o.c., 260, nr. 427.

⁵⁶ CAEYMAEX, J., o.c., 80/12; Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 376.

derschuldenaar (de bouwheer) rechtstreeks aan te spreken wegens een schuldvordering jegens de schuldenaar (hoofdaannemer), kan de bouwheer eveneens de bij het instellen van de vordering in de persoon van de hoofdaannemer bestaande excepties opwerpen.

2° De rechtstreekse vordering versus een door de hoofdaannemer verleende overdracht van zijn schuldvordering op de bouwheer

17. In Frankrijk werd de bescherming van de onderaannemer verwezenlijkt in een aparte wettekst, die de onderaannemer eveneens een rechtstreekse vordering bezorgt. Terwijl deze wet de hoofdaannemer verbiedt het door de onderaannemer uitgevoerde gedeelte van de werken te cederen of te verpanden, tenzij hij de onderaannemer in ruil een bankborgstelling bezorgt of tenzij hij zijn vordering op de bouwheer ten belope van het door de onderaannemer uitgevoerde werk aan hem delegeert,⁵⁷ bevat art. 1798 B.W. geen analoog verbod. De stelling dat dit verbod moet worden vermoed omdat anders de rechtstreekse vordering slagkracht wordt ontnomen, houdt een toevoeging aan de wettekst in.⁵⁸ De anno 1990 tijdens de parlementaire voorbereiding geuite bezorgdheid van de wetgever om de situatie van de onbetaalde onderaannemer te verbeteren, kan evenmin een dergelijk drastisch besluit verantwoorden.⁵⁹ In België kan derhalve ook de hoofdaannemer van een particulier werk,⁶⁰ die een beroep doet op een onderaannemer, (zijn schuldvordering op de bouwheer uit hoofde van) het hele werk cederen of verpanden. De vraag is dan hoe een conflict met de rechtstreekse vordering moet worden opgelost.

Hier dient vooraf nog even het onvolmaakt karakter van de rechtstreekse vordering in herinnering te worden gebracht. De in art. 1798 B.W. genoemde houders hebben tegen de bouwheer een directe vordering ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik waarop hun rechtsoverdracht wordt ingesteld. Zij kunnen de bouwheer m.a.w. maar aanspreken in de mate waarin hij nog schuldenaar is van de aannemer. Krachtens het oude art. 1690 B.W. was de overdracht van schuldvordering tegen-

werpbaar aan derden – waaronder de onderaannemer – en aan de schuldenaar/bouwheer vanaf de betekening van de overdracht aan de schuldenaar of vanaf diens aanvaarding van de overdracht in een authentieke akte. Van zodra deze formaliteit werd uitgevoerd t.a.v. de bouwheer, was deze dan ook geen schuldenaar meer van de aannemer-cedent. Als schuldenaar van de cessionaris kon hij deze bestaande exceptie opwerpen tegenover een posterieure insteller van de rechtstreekse vordering. Als hij gevolg zou geven aan deze rechtstreekse vordering, zou hij immers nog steeds door de cessionaris tot een tweede betaling verplicht kunnen worden. Bij een voordien uitgeoefende rechtstreekse vordering, is hij op dat ogenblik nog altijd betaling verschuldigd aan de aannemer en wordt de vordering van de aannemer jegens hem onbeschikbaar, zodat art. 1798 B.W. wel volledige uitwerking krijgt.⁶¹

18. De vraag is dan of het door de wet van 6 juli 1994 gewijzigde art. 1690 B.W. daaraan enige wijziging heeft aangebracht. Geen moeilijkheden zijn er wanneer de cessie ter kennis werd gebracht aan de gecedeerde debiteur (de bouwheer) of door deze werd erkend. De vordering van de aannemer op de bouwheer is voor de onderaannemer uit het vermogen van de aannemer verdwenen, terwijl de bouwheer op verbintenisrechtelijk vlak evenmin nog schuldenaar van de overdragende hoofdaannemer is. De overdracht kan in dit geval zonder discussie worden tegengeworpen aan de onderaannemer.⁶²

Wat is echter de toestand bij een «stille cessie»? Voor sommigen wordt vanaf de overdracht de rechtstreekse vordering onmogelijk, aangezien het onderpand vanaf dat tijdstip voor de onderaannemer uit het vermogen van de hoofdaannemer is verdwenen.⁶³ De vraag is echter of een dergelijke stelling ook voldoende rekening houdt met art. 1798 B.W., dat een rechtstreekse vordering toekent op hetgeen de bouwheer aan de aannemer verschuldigd is. Vóór de kennisgeving (of aanvaarding) is de bouwheer nog steeds betaling aan de hoofdaannemer verschuldigd, zodat de strikte toepassing van art. 1690, eerste lid, B.W. de bewoordingen van art. 1798 B.W. miskent. Daar art. 1798 B.W. werd geschreven in het licht van het oude art. 1690 B.W., dat de tegenwerpbaarheid aan de onderaannemer (als derde) en aan de bouwheer op hetzelfde tijdstip inhield, kan de vraag worden gesteld of dit wel de bedoeling was van de wetgever, die zich toch altijd bezorgd heeft getoond om het lot van de onderaannemer. In de aan de wijziging van art. 1690 B.W. voorafgaande parlementaire voorbereiding werd wel even de vraag gesteld naar de weerslag van de aan art. 1690 B.W. aangebrachte versoepeling op de verhouding tussen de hoofd- en de onderaannemer, maar uitsluitend m.b.t. de tussen beide betrokkenen bestaande rekening-courant. Volgens bewuste passage is een overeenkomst van rekening-courant de beste bescherming tegen het faillissement van de tegenpartij «on-

⁵⁷ Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975, relative à la sous-traitance, artt. 13-14. Zie o.m. BACHELOT, Y., en BERNIZET, J.M. «La sous-traitance dans la construction et les banques», *Rev. Banque*, 1986, 847; FLAMME, M.A., en FLAMME, Ph., «De la protection des sous-traitants en cas de faillite de l'entrepreneur principal», *T. Aann.*, 1982, 145; ROMANI, A.M., «La protection des sous-traitants de marchés privés titulaires de l'action directe dans le conflit les opposant aux banquiers bénéficiaires de transferts de créances», *Rec. Dalloz*, 1990, *Chronique*, XXXI, 179.

⁵⁸ DELVAUX, A., o.c., 545; P.B., v° *Entrepreneur d'ouvrages*, nr. 430-431.

⁵⁹ Vergelijk RIKKERS, J.M., «L'action directe du soustraitant prévue par l'article 1798 du Code civil: hypothèses de conflit», in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, 1997, Diegem, Kluwer, 349.

⁶⁰ De mate waarin de hoofdaannemer van een overheidsopdracht zijn vordering kan cederen of verpanden en de samenloop van dit pand met het bij deze wet toegekende voorrecht van de onderaannemer, wordt bepaald door art. 23 van de wet van 23 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten, B.S., 22 januari 1994. Zie CUYPERS, A. en DIRIX, E., W. 3 januari 1958 in *Comm. Voor.*, Kluwer rechtswetenschappen België. Cf. eveneens *infra*, nr. 53.

⁶¹ BELTJENS, G., *Encyclopédie de droit civil belge, Code civil*, Art. 1798 C.c., nr. 8; DELVAUX, A., o.c., 545; DEMOGUE, R., *Traité des obligations, T. VI, II, Effets des obligations*, nr. 1005; LAURENT, *Principes*, T. XXVI, 96, nr. 79; SIMONT, L., o.c., 40, nr. 6.

⁶² DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 328, nr. 540.

⁶³ BRULS, J.P., o.c. *Act. Dr.*, 1991, 775, nr. 34 en *Act. Dr.*, 1992, nr. 23; CAEYMAEX, J., o.c., 80/10, §4; RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, M., «Le garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général», *T. Aann.*, 1997, (134), 143.

verminderd het voorrecht dat de onderaannemers recentelijk nog hebben verkregen...». ⁶⁴ De bedoeling om de draagwijdte van art. 1798 B.W. te beperken was dus zeker niet aanwezig.

De opvatting van Dirix om hier art. 1690, derde lid, B.W. toe te passen, zou in dezen dan ook de nodige rechtszekerheid meebrengen, waaraan de rechtspraktijk behoefte heeft. Wanneer eenzelfde vordering verscheidene malen wordt gecedeerd, verleent deze bepaling voorrang aan de cessionaris die te goeder trouw het eerst de overdracht aan de schuldenaar ter kennis heeft gebracht of als eerste zijn erkenning heeft verkregen. Daar de rechtstreekse vordering aanleunt tegen de figuur van overdracht van schuldvordering, stelt genoemde auteur voor deze ook onder de hier angewende term «overdracht» onder te brengen. ⁶⁵ Hoewel een dergelijke uitlegging alvast rechtszekerheid teweeg zou brengen bij een dergelijke conflictsituatie, wordt het voorstel door anderen op rechtstheoretische gronden afgewezen. ⁶⁶ Op hun bezwaar dat de rechtstreekse vordering geen echte (vrijwillige) overdracht van schuldvordering is, maar veeleer de gevolgen van een derdenbeslag teweegbrengt, kan geantwoord worden dat de rechtstreekse vordering *qua techniek* in elk geval een gedwongen overdracht van de schuldvordering van de tussenliggende schuldenaar (*in casu* de hoofdaannemer) teweegbrengt, daar de insteller ervan zijn recht maar kan uitoefenen binnen de perken van deze schuldvordering en omdat hij ook de aan deze vordering gehechte zekerheden kan genieten. ⁶⁷

19. Wat als de bouwheer-schuldenaar van de door de hoofdaannemer overgedragen vordering reeds zou betalen aan de onderaannemer ingevolge een door deze uitgeoefende rechtstreekse vordering vooraleer de tegenwerpbaarheidsvereisten aan de bouwheer (kennisgeving of erkenning) zijn verwezenlijkt? De toepassing van art. 1690, derde lid, B.W. zou ook hier een oplossing kunnen bieden, daar de insteller van de rechtstreekse vordering alsdan niet meer verontrust kan worden door een anterieure cessie waarvan bij de uitoefening nog geen kennis werd gegeven en waarvan hij op dat ogenblik geen weet had. Hoe dan ook kan de oplossing worden gezocht in art. 1690, vierde lid, B.W., krachtens hetwelk de overdracht (*in casu* door de hoofdaannemer) niet kan worden aangevoerd tegen de te goeder trouw zijnde schuldeiser van de overdrager (*in casu* de onderaannemer) aan wie de schuldenaar (*in casu* de bouwheer) te goeder trouw en vóór de overdracht hem ter kennis werd gebracht, bevrijdend heeft betaald. De in de persoon van de ontvangende schuldeiser vereiste goede trouw veronderstelt dan wel dat de onderaannemer op het ogenblik van de ontvan-

gen betaling nog geen weet heeft van de overdracht. Dit vereiste zal niet meer aanwezig zijn wanneer cedent en cessionaris de onderaannemer over de overdracht inlichten. ⁶⁸

3° De rechtstreekse vordering versus een door de hoofdaannemer verleend pand op zijn schuldvordering

20. Volgens Caeymaex wordt het eigen recht van de onderaannemer om via de rechtstreekse vordering rechtstreeks betaling aan de bouwheer te vragen en aan de samenloop met de schuldeisers van de hoofdaannemer te ontsnappen geenszins verhinderd door een eerder pand op de schuldvordering van de hoofdaannemer. Het pand op de vordering van de hoofdaannemer tegen de bouwheer schept slechts een voorrecht op deze vordering. Zolang de (reeds verpande) vordering op de bouwheer zich nog in het vermogen van de hoofdaannemer bevindt, impliceert de rechtstreekse vordering van de onderaannemer daarentegen het exclusieve recht om de betaling van die vordering buiten het vermogen van de pandgevende hoofdaannemer en rechtstreeks aan diens schuldenaar (bouwheer) te vragen. Er kan hier dus gewoon geen sprake zijn van enig rangconflict, daar vanaf de uitoefening van de rechtstreekse vordering, elke – zelfs voorrechten – aanspraak van andere schuldeisers van de hoofdaannemer op dezelfde vordering wordt uitgesloten. ⁶⁹

21. Deze visie strookt niet met het onvolmaakt karakter van de rechtstreekse vordering. Krachtens art. 1798 B.W. hebben de in dat artikel genoemde houders een rechtstreekse vordering tegen de bouwheer «ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat hun rechtsoverdracht wordt ingesteld». Welnu, het pand is voortaan, zoals de overdracht, een consensuele overeenkomst, die tegenwerpbaar wordt aan derden – zoals de onderaannemer – vanaf het sluiten van het contract. ⁷⁰ Zoals dat het geval is bij overdracht, kan het anderzijds tegen de verpande schuldenaar-bouwheer pas worden opgeworpen vanaf de kennisgeving aan hem of vanaf zijn erkenning (art. 2075 B.W.). Zolang deze tegenwerpbaarheidsvereisten niet zijn vervuld en de bouwheer van de verpanding geen weet heeft (art. 1691, eerste lid, B.W.), is hij nog betaling verschuldigd en betaalt hij bevrijdend aan de hoofdaannemer-pandgever, zodat de onderaannemer tot dan niet gehinderd wordt bij het instellen van zijn rechtstreekse vordering. De kennisgeving van het pand aan de bouwheer of zijn erkenning creëert evenwel een bijzondere rechtsband tussen de (bouwheer-schuldenaar) van de (door de hoofdaannemer) verpande vordering en de pandhoudende schuldeiser. Ondanks de verpanding de schuldvordering niet uit het vermogen van de hoofdaannemer doet verdwijnen, kan de bouwheer van dan

⁶⁴ Verslag LISABETH, *Parl. St., Senaat*, 1993-94, 1409/3, 12.

⁶⁵ DIRIX, E., «De vormvrije cessie», *R.W.*, 1994-95, 141, nr. 19; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 80-81, nr. 106. In dezelfde richting; RIKKERS, J.M., o.c., 350. Vergelijk VERBEKE, A., «Artikel 1690 B.W. en de financiële verrichtingen. Faillissementsrechtelijke vragen en conflicten bij samenloop», in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 94-95.

⁶⁶ FORIERS, «La cession de créance, les principes généraux à la lumière de la loi du 6 juillet 1994», in *La cession de créance*, 1995, Brussel, Jeune Barreau, 20, nr. 21; VAN OMMESELAGHE, P., «Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances», *J.T.*, 1995, 533, nr. 13.

⁶⁷ COZIAN, M., o.c., nrs. 440 en 443.

⁶⁸ RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, M., o.c., 144; RIKKERS, J.M., o.c., 351; VERBEKE, A., o.c., in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, o.c.

⁶⁹ CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, o.c., (losbladig), 80/10, §5. In dezelfde zin: GEORGES, F., noot onder Luik, 23 mei 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 601, voetnoot 11. Zie ook: Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555.

⁷⁰ VERBEKE, A. en PEETERS, I., *Voorrechten, hypotheeken en andere zekerheden*, Permanent documentatiesysteem, Gent, Mys & Breesch, 1995, nrs. 223 e.v. en nr. 446; VAN OMMESELAGHE, P., «Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances», *J.T.*, 1995, 536, nr. 20.

af geen betaling meer verrichten ten nadele van de pandhoudende schuldeiser. ⁷¹ Aangezien de (schuldenaar-)bouwheer bij het instellen van de rechtstreekse vordering alle bestaande excepties kan opwerken, kan en moet de bouwheer ook de kennisgeving (of erkenning) van het pand met de juist beschreven gevolgen als bestaande exceptie aan de latere insteller van de rechtstreekse vordering tegenwerpen. Op basis van deze redenering wees de Rechtbank van Eerste Aanleg van Turnhout recent dan ook de rechtstreekse vordering van de onderaannemer af ten voordele van de bankier, pandhoudende schuldeiser van de vorderingen van de hoofdaannemer op de bouwheer, aan wie de verpanding bij het instellen van de rechtstreekse vordering reeds was betekend. ⁷²

22. De juist gehuldigde redenering over het onvolmaakt karakter van de rechtstreekse vordering ten voordele van een eerder pand moet m.i. worden goedgekeurd. Allereerst omdat ze volledig in overeenstemming is met de bewoordingen van de desbetreffende wettekst. Vervolgens omdat er nergens aanwijzingen zijn dat de sociale bewogenheid van de wetgever in 1804 (ten voordele van o.m. de arbeiders en metselaars) en in 1990 (toevoeging van de onderaannemers) zover ging dat hij de reeds bestaande kredietrelatie met de geëigende waarborg van verpanding van de schuldvordering op de bouwheer door een later ingestelde rechtstreekse vordering wou laten verstoren. ⁷³ Dit bleek recent nog bij de parlementaire voorbereiding van de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord en van de nieuwe faillissementswet, waarbij een amendement werd ingediend om art. 1798 B.W. expliciet aan te vullen met de bepaling dat geen enkele inpandgeving van de schuldvordering van de wederpartij-aannemer tegen de bouwheer aan de onderaannemer kan worden tegenworpen. ⁷⁴ Op dit uiteindelijk verworpen amendement inzake inpandgeving antwoordt de minister dat de rechtstreekse vordering volgens hem teniet gaat zodra de bouwheer geen schuldenaar meer is van de aannemer. ⁷⁵ Welnu, dit is ook de hier gehuldigde opvatting. Vanaf de kennisgeving of de erkenning van het pand is de bouwheer geen schuldenaar meer van de hoofdaannemer, zodat een latere rechtstreekse vordering geen kans meer maakt.

De hierboven uiteengezette regelen inzake het conflict tussen een overdracht van schuldvordering en de rechtstreekse vordering en de bedenkingen inzake de toepassing van art.

1690, derde en vierde lid, B.W. kunnen hier voor het overige *mutatis mutandis* worden toegepast.

4° De rechtstreekse vordering versus een door de hoofdaannemer verleend pand op zijn handelszaak, met inbegrip van schuldvorderingen

23. Met een uitdrukkelijk beding in de pandakte kan een pand op de handelszaak eveneens de handelsvorderingen van de pandgever omvatten. ⁷⁶ Wanneer de hoofdaannemer van een particuliere opdracht ⁷⁷ gefinancierd wordt tegen inpandgeving van zijn handelszaak, met inbegrip van zijn cliëntenvorderingen, bestaat derhalve de mogelijkheid van een conflict tussen een eerder ingeschreven pand op de handelszaak van de hoofdaannemer en een later ingestelde rechtstreekse vordering van de onderaannemer.

Zich mede baserend op een advies van Moreau-Margrève oordeelde de Rechtbank van Koophandel van Luik dat er slechts van samenloop sprake kan zijn wanneer de onderaannemer zich zou beroepen op zijn voorrecht (art. 20, 12°, Hyp. W.). Wanneer hij echter zijn rechtstreekse vordering aanwendt, beroept hij zich op een waarborg die buiten het vermogen van de pandgevende hoofdaannemer omgaat en die hem aldus laat ontsnappen aan de samenloop met de schuldeisers van de hoofdaannemer. Er kan derhalve geen sprake zijn van enig rangconflict, gezien de verschillende aard van beide waarborgen. De directe vordering bestaat juist in een eigen recht voor de onderaannemer rechtstreeks en exclusief betaling aan de bouwheer te vragen, waardoor elke al dan niet bevoorrechte aanspraak van andere schuldeisers op de (door de directe vordering getroffen zelfde) schuldvordering van de hoofdaannemer wordt uitgesloten. Hoewel enkele banken voordien (op een in de conclusies vermelde datum een door de tegenpartij niet betwist) beslag hadden gelegd op de handelszaak met inbegrip van de vorderingen, betwijfelt de rechtbank dit beslag en oordeelt zij dat niettemin de rechtstreekse vordering niet gehinderd wordt door een eerder beslag. ⁷⁸

24. Terwijl Caeymaex de hier gehuldigde stelling overneemt (cf. *supra*, nr. 20) en zowel toepast op het conflict met een eerder pand op de handelszaak (met inbegrip van schuldvorderingen) van de hoofdaannemer als met een eerder specifiek pand op de schuldvorderingen tegen de bouwheer, maakt Rijkers een onderscheid tussen het gewone pand op schuldvorderingen en de verpanding van dezelfde vorderingen via een pand op de handelszaak. Betreffende de in voormeld vonnis in concreto gehuldigde oplossing geeft deze auteur toe dat het inderdaad een conflict betreft tussen twee waarborgen van verschillende aard, maar dat zij daarentegen wel dezelfde vordering van de hoofdaannemer op de bouwheer betreffen. Gelet op het feit dat de rechtstreekse vordering tot bij de uitoefening op een verborgen manier op

⁷¹ DE PAGE, H., *Traité*, VI, 1953, 1041, nr. 1041; LAURENT, F., *Principes*, XXVIII, 456, nr. 463.

⁷² Rb. Turnhout, 21 mei 1997, *R.W.*, 1997-98, 411, met noot E. DIRIX. Er werd geen beroep ingesteld. In dezelfde zin: DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 328; JASSOGNE, Chr., «Action directe et privilège du sous-traitant», *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 124; RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, o.c., *T. Aann.*, 1997, 142, onder verwijzing naar een onuitgegeven vonnis van Rb. Charleroi van 14 mei 1996, A.R., nr. 100.608 en 100.977, dat zich gebaseerd zou hebben op JASSOGNE. Vergelijk RIKKERS, o.c., in *Liber Amicorum Y. HANNEQUART en R. RASIR*, 1997, 353.

⁷³ Cf. Verslag Arts, *Parl. St.*, *Senaat*, 1989-90, 855/2, 4, waarin expliciet gesteld wordt dat art. 1798 B.W. niet ingrijpt op de voorrechtenregeling van de Hypotheekwet. Welnu, men kan er niet omheen dat pand op de vordering van de hoofdaannemer de pandhoudende schuldeiser een voorrecht verschaft (art. 20, 3°, Hyp. W.), terwijl de rechtstreekse vordering diezelfde vordering betreft.

⁷⁴ Amendement SIMONET, *Parl. St.*, *Kamer*, 1995-96, 330/5, 3.

⁷⁵ Verslag VANDEURZEN, *Parl. St.*, *Kamer*, 1995-96, 329/17, 165.

⁷⁶ Cass., 6 november 1970, *R.W.*, 1970-71, 1326, *Pas.*, 1971, I, 200, *R.C.J.B.*, 1972, noot M. FONTAINE. Zie ook Cass., 6 november 1986, *R.W.*, 1988-89, 57, noot E. DIRIX, *T.B.H.*, 1987, 723, noot B. MAES.

⁷⁷ Gelet op de redactie van art. 23, §§3 en 4, van de wet van 23 december 1993 op de overheidsopdrachten, zal een financiering tegen inpandgeving van de handelszaak tot bij de voorlopige oplevering niet mogelijk zijn. Zie CUYPERS, A., en DIRIX, E., o.c., in *Comm. Voorr.*, nr. 26.

⁷⁸ Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555.

de cliëntenvordering van de hoofdaannemer weegt, terwijl het pand op de handelszaak, met inbegrip van vorderingen, van het begin af tegenwerpbaar is vanaf de inschrijving op het bevoegde hypotheekkantoor, ⁷⁹ betwijfelt hij dat zomaar voorrang kan worden gegeven aan de rechtstreekse vordering, die voor hem niet voldoende zwaar weegt om de krediet- en waarborgconstructie tussen bankier en hoofdaannemer te verstoren. ⁸⁰ Deze motivering om de latere directe vordering terug te wijzen ten voordele van het anterieure pand op de handelszaak overtuigt mij niet, hoewel het onvolmaakt karakter van de directe vordering in bepaalde gevallen tot dezelfde oplossing moet leiden.

25. Bij inpandgeving van de handelszaak worden de expliciet in het pand vervatte schuldvorderingen niet afzonderlijk, maar als soortzaak verpand met permanente zaakvervanging. Pas bij de realisatie van het pand zal blijken op welke specifieke op dat ogenblik nog uitstaande vorderingen het pandrecht slaat. Tijdens het pand zullen de schuldenaars (waaronder de bouwheer) dan ook aan de pandgevendende hoofdaannemer blijven betalen, tenzij de bankier een beslag onder derden in hun handen legt. ⁸¹ In dat stadium is het de pandhoudende schuldeiser zelfs verboden kennisgeving van zijn pand te doen aan de schuldenaars van de via het pand op de handelszaak verpande schuldvorderingen, aangezien hij anders reeds zou beschikken over een bestanddeel van de handelszaak. ⁸² Het enkele feit dat de hoofdaannemer zijn handelszaak in pand geeft, met inbegrip van de cliëntenvorderingen op o.m. de bouwheer en dat dit pand de nodige publiciteit verkrijgt via inschrijving op het hypotheekkantoor, kan dan ook niet beletten dat de bouwheer (-schuldenaar) in dat stadium nog steeds betaling is verschuldigd aan de pandgevendende hoofdaannemer en dat de onderaannemer met succes de directe vordering kan instellen. Zoals hier reeds meermaals werd gesteld, kan de onvolmaakte directe vordering immers worden ingesteld zolang de bouwheer betaling is verschuldigd aan de hoofdaannemer.

26. Vraag is dan vanaf wanneer de bouwheer, schuldenaar van de pandgevendende hoofdaannemer van de handelszaak met inbegrip van schuldvorderingen, geen betaling meer verschuldigd is aan de pandgever. Dit tijdstip, dat de tijdslimiet vormt om de rechtstreekse vordering in te stellen, zal ten vroegste liggen bij de realisatie van het pand. In dezen zal de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak vooraf beslag moeten leggen op de elementen van de handelszaak. Dit is mogelijk zonder uitvoerbare titel of zonder toelating van de rechtbank, mits de kredietnemer vooraf in gebreke wordt gesteld. Wel is vereist dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel toelating verleent om de in beslag genomen handelszaak hetzij in haar geheel hetzij bij de-

len te verkopen (art. 12 Wet van 25 oktober 1919). De meerderheid van de rechtsleer gaat ervan uit dat het hier een beslag *sui generis* betreft, zodat het niet nodig is het beslag te leggen volgens de verschillende bestanddelen van de handelszaak. Wanneer in het pand ook de schuldvorderingen begrepen zijn, vallen deze dan ook onder het beslag. ⁸³ Strikt genomen zou dit dan ook tot gevolg moeten hebben dat de vordering op de bouwheer hierdoor onbeschikbaar wordt en dat de bouwheer of een derde niets meer mogen ondernemen waardoor deze schuldvordering geheel of ten dele zou tenietgaan. Zolang de bouwheer (-schuldenaar) evenwel geen weet heeft van dit beslag, zullen deze gevolgen zich beperken tot de beslagene (pandgevendende hoofdaannemer) en zal eerstgenoemde bevrijdend betalen aan de te goeder trouw zijnde onderaannemer die zijn rechtstreekse vordering heeft ingesteld. De pandhoudende schuldeiser, die dit wil beletten, zal de bouwheer dan ook moeten informeren over dit beslag en dit kan zowel door een bijkomend derden-beslag in zijn handen als door hem een aangetekende brief van kennisgeving te zenden. ⁸⁴ Zoals bij een gewone inpandgeving van een schuldvordering zal van dan af de onvolmaakte rechtstreekse vordering van de onderaannemer falen.

5° Conflict met de rechtstreekse vordering van andere onderaannemers of van andere in art. 1798 B.W. genoemde personen

27. Hoe moet de bouwheer handelen wanneer verscheidene van de in art. 1798 B.W. genoemde personen – bv. vier onderaannemers of (een) onderaannemer(s) met een timmerman of een arbeider – hun rechtstreekse vordering instellen, terwijl het door hem op dat ogenblik nog verschuldigde bedrag onvoldoende is om al deze schuldeisers te voldoen? Moet de bouwheer deze personen voldoen in de volgorde van hun aanspraken of moeten ze ponsponsdsgewijze worden betaald?

In de mate waarin zij allen hun vordering hebben ingesteld vooraleer de bouwheer (vrijwillig of ingevolge een veroordeling) tot betaling is overgegaan, gaat de meerderheid ervan uit dat er samenloop geldt, zodat al die schuldeisers zonder enig onderscheid naar evenredigheid van hun vor-

⁷⁹ Hoewel het borderel en de inschrijving niet expliciet moeten vermelden dat de pandakte mede de schuldvorderingen omvat (cf. Cass., 6 november 1986, *R.W.*, 1988-89, 57, noot E. DIRIX) moeten derden volgens deze auteur ervan uitgaan dat de pandakten van kredietinstellingen steeds een expliciet beding daarover bevatten.

⁸⁰ RIKKERS, J.M., o.c., in *Liber Amicorum Y. HANNEQUART et R. RASIR*, 352. In dezelfde zin: RENARD, J.P., en VAN DEN ABBEELE, M., o.c., *T. Aann.*, 1977, 144 e.v.

⁸¹ CUYPERS, A., «W. 25 oktober 1919», in *Comm. Voorr.*, nr. 59.

⁸² VERBEKE, A., «De inpandgeving van schuldvorderingen», in *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, 64, nr. 73.

⁸³ CAUPIN, M.-Th., «La réalisation du gage sur fonds de commerce et la cession du fonds de commerce: – le droit de suite – le droit fiscal», in *Liber Amicorum Marcel Briers*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 49; DIRIX, E., noot onder Gent, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 195, en «Beslag op roerende goederen» in *Uitvoeringsrecht*, Nationale kamer van gerechtsdeurwaarders (ed.), Diegem, Kluwer rechtswetenschappen, 9; DIRIX, E., en BROECKX, K., *Beslag, A.P.R.*, 286, nr. 538 en de verwijzingen aldaar.

⁸⁴ DIRIX, E., o.c., *R.W.*, 1995-96, 195; LEROY, E., «La problématique du fonds de commerce», in *Permanente vorming van de gerechtsdeurwaarder*, Leuven, K.U.L., 14 oktober 1995. Volgens deze auteurs kan een dergelijke kennisgeving reeds in de periode tussen het beslag op de handelszaak en de machtiging tot pandverzilvering door de voorzitter, te herhalen na de machtiging van de voorzitter. De praktijk leert evenwel dat vele discussies worden voorkomen door in die periode een bewarend beslag onder derden op de schuldvordering te leggen. De pandhouder van de handelszaak kan de vordering alsdan innen wanneer hij beschikt over de machtiging van de voorzitter. Vergelijk LEROY, E., «La réalisation du gage sur fonds de commerce», *Act. Dr.*, 1995, 268.

dering moeten worden betaald.⁸⁵ Dat zij volgens art. 1798 B.W. een directe vordering tegen de bouwheer hebben ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is «op het ogenblik dat hun rechtsovereenkomst wordt ingesteld», wijst geenszins op de anterioriteitsregel, maar duidt alleen op het ogenblik vanaf wanneer de bouwheer geen rechtsgeldige betaling meer kan verrichten aan de hoofdaannemer.⁸⁶

28. De oplossing staat buiten kijf wanneer het om verscheidene rechtstreekse vorderingen van hetzelfde type gaat, zoals van verscheidene onderaannemers.⁸⁷ Geldt zij echter ook wanneer een tevens bijzonder bevoorrechte persoon, zoals de onderaannemer (art. 20, 12°, Hyp. W.) tegenover een algemeen bevoorrechte, zoals een arbeider (art. 19, 3°bis, eerste lid, Hyp. W.) of tegenover een schuldeiser, zoals een metselaar komt te staan? Volgens DIRIX gaat dan de tevens bevoorrechte onderaannemer voor.⁸⁸ Deze auteur verwijst naar Cozian, die in dergelijke omstandigheden de directe vordering als een accessorium van het voorrecht beschouwt. De directe vordering is dan niets anders dan een praktisch middel om zich op het voorrecht te beroepen.⁸⁹ Volgens de meerderheid van de rechtsleer is het echter technisch onmogelijk dat de insteller van de directe vordering zich tevens op zijn voorrecht beroept. Het (t.a.v. het vermogen van de hoofdaannemer ingeroepen) voorrecht verleent immers voorrang tegenover de andere schuldeisers van de hoofdaannemer en blijft volledig vreemd aan de rechtstreekse vordering en de bouwheer.⁹⁰ Terwijl de pondspoonsgewijze verdeling volgens de parlementaire voorbereiding inderdaad de algemene regel moet zijn in de verhouding tussen de in dienstverband werkende houders van de rechtstreekse vordering van art. 1798 B.W. en de zelfstandig opererende onderaannemers, kan de vraag echter worden gesteld of deze zienswijze niet ingaat tegen de door de wetgever nagestreefde bescherming van de onderaannemer. Aan-

vankelijk werd immers alleen de toekenning van een voorrecht aan de onderaannemer voorgesteld.⁹¹ Hierop werden door de minister een aantal wisseloplossingen voorgesteld, waaronder de uitbreiding van art. 1798 B.W. tot de onderaannemers. Met het oog op een zo breed mogelijke bescherming werd ten slotte beslist om beide mogelijkheden ter beschikking van de economisch zwakkere onderaannemers te stellen.⁹² De door de meerderheid van de rechtsleer op basis van de parlementaire voorbereiding geponeerde stelling impliceert echter dat de onderaannemer in de beschreven situatie zijn voorrecht wordt ontnomen.

6° De rechtstreekse vordering versus de R.S.Z. en de fiscus (inhoudingsplicht)

29. Om het «zwart» werk en de praktijk van de koppelen tegen te gaan moet de bouwheer die een beroep doet op een niet of niet meer geregistreerde aannemer, telkens 30% van het factuurbedrag (zonder B.T.W.) inhouden. De helft moet hij doorstorten aan de fiscus en de andere helft aan de R.S.Z. Deze inhoudingsplicht geldt ook voor elke betaling aan een aannemer die zijn registratie verliest tijdens de uitvoering van het werk en ze geldt voor elke betaling die verricht wordt vanaf de tiende dag van de publicatie van de schrapping in het Belgisch Staatsblad.⁹³

Terwijl deze inhoudingsplicht zijn weerslag heeft op een eventueel door de aannemer verleend pand op zijn schuldverordeningen of facturen jegens de bouwheer, aangezien deze nog maar 70% aan de pandhoudende schuldeiser kan betalen, is de oplossing anders bij een door de onderaannemer ingestelde rechtstreekse vordering. In dat geval oefent de onderaannemer immers een eigen recht uit en treedt hij op voor eigen rekening, zodat de opbrengst van de rechtstreekse vordering exclusief aan hem toekomt, zonder dat hij in samenloop komt met andere schuldeisers van de (in casu geschrapte) aannemer. De bouwheer die bijgevolg deze onderaannemer betaalt, verricht derhalve een rechtsgeldige en bevrijdende betaling, die niet via het vermogen van de geschrapte aannemer gaat. Hij betaalt dan ook niet aan schuldenaar van de geschrapte aannemer, zodat hij niet verplicht is tot bedoelde inhouding van tweemaal 15%.⁹⁴

H. Kan de rechtstreekse vordering nog worden ingesteld na een derdenbeslag, na faillissement of bij gerechtelijk akkoord bij de hoofdaannemer?

1° Beslag onder derden dat door een andere schuldeiser wordt gelegd

30. Zo de rechtstreekse vordering is ingesteld vóór enige beslagmaatregel van een schuldeiser van de hoofdaanne-

⁸⁵ BRULS, J.P., o.c., in *Act. Dr.*, 1991, 776, nr. 35, *Act. Dr.*, 1992, 240, nr. 24; CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, o.c., 80/11, §7; POILVACHE, F., «La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants», *J.T.*, 1990, 639, telkens onder verwijzing naar het verslag ARTS, *Parl. St., Senaat*, 1989-90, 855/2,3-4.

⁸⁶ Verslag ARTS, o.c.

⁸⁷ VAN HOUTTE-VAN POPPEL, V., «Art. 1798 B.W.», in *Comm. Bijz. Over.*, (losbladig), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, nr. 9; VERBEKE, A., en PEETERS, I., *Voorrechten, hypotheek en andere zekerheden*. Permanent documentatiesysteem, nr. 3 Gent, Mys en Breesch, 1997, 278, nr. 694; VRANCKEN, I., en PANIS, L., «De onderaanneming in Belgisch en Europees verband», *Limb. Rechtsl.*, 1992, 126, nr. 23; Kh. Antwerpen, 24 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 264, noot E. DIRIX; Luik, 23 mei 1996, *T.Ann.*, 1997, 40, *J.L.M.B.*, 1997, 593, noot F. GEORGES.

⁸⁸ DIRIX, E., «Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer», *R.W.*, 1989-90, 1235, nr. 7, «Onderaanneming», *T.Ann.*, 1991, 39, nr. 16, «Art. 20, 12°, Hyp. W.», in *Comm. Voorr.* (losbladig), Kluwer rechtswetenschappen, nr. 10; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., 329, nr. 541.

⁸⁹ COZIAN, M., *L'action directe*, Parijs, 1969, 302, nrs. 507-508.

⁹⁰ CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, o.c., 80/11, §7, «Les sûretés conventionnelles et légales», in *Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, 57, nr. 1130; RENARD, J.P. en VAN DEN ABBEELLE, M., «Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général», *T.Ann.*, 1997, 140; RIKKERS, J.M., o.c., in *Liber Amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Kluwer, 1997, 347.

⁹¹ Zie wetsvoorstel MAYSTADT en WATHELET, *Parl. St., Kamer*, 1978-1979, 513/1, *Kamer*, 1979, 27/1, en wetsvoorstel WATHELET en GRAFE, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, 294/1.

⁹² Verslag VERHAEGEN, *Parl. St., Kamer*, 1981-1982, 294/3; *Parl. Hand.*, *Kamer*, vergadering van 30 maart 1983, 2099.

⁹³ Cf. art. 402 W.I.B. 1992 (oud 299bis, §3), art. 30bis Basiswet Sociale Zekerheid en het uitvoeringsk.B. van 5 oktober 1978, *B.S.*, 7 oktober 1978.

⁹⁴ Luik, 6 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 379.

mer in handen van de bouwheer, kan de directe vordering verder worden uitgeoefend. De bouwheer was reeds rechtstreeks schuldenaar van de houder van de directe vordering, zodat het nagekomen derdenbeslag de uitoefening van de directe vordering niet meer kan deren.

Het reeds meermaals beklemtoond onvolmaakt karakter van de door art. 1798 B.W. verleende directe vordering heeft daarentegen tot gevolg dat een eerder in handen van de bouwheer gelegd derdenbeslag de uitoefening van de directe vordering onmogelijk maakt.⁹⁵ Door dit anterior (bewarend of uitvoerend) derdenbeslag werd de vordering van de hoofdaannemer op de bouwheer onbeschikbaar, zodat zij niets meer mogen ondernemen waardoor de schuldvordering zou tenietgaan. Een betaling door de bouwheer aan de insteller van de directe vordering kan de beslaglegger niet tegengehouden worden, zodat eerstgenoemde tot een tweede betaling gedwongen kan worden (art. 1242 B.W.). Dit is een voorafbestaande exceptie die hij kan tegenwerpen aan de «onvolmaakte» rechtstreekse vordering. Om zich te beschermen tegen zijn rechten en zijn situatie te kennen, kan de insteller van de directe vordering op zijn beurt een bewarend derdenbeslag leggen in handen van de bouwheer. Deze is dan verplicht om binnen vijftien dagen een verklaring af te leggen over hetgeen hij eventueel nog verschuldigd is aan de hoofdaannemer (art. 1452 Ger.W.).⁹⁶ In de samenloop met de eerdere beslaglegger kan de onderaannemer zich evenwel nog steeds beroepen op zijn voorrecht (art. 20, 12°, Hyp.W.).⁹⁷

In tegenstelling met wat de Rechtbank van Koophandel te Luik⁹⁸ in de hierboven vermelde zaak van het conflict tussen het pand op de handelszaak en de directe vordering van de onderaannemer (cf. *supra*, nr. 23) beweert, is de directe vordering dan ook helemaal niet superieur aan een eerder gelegd derdenbeslag.

⁹⁵ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 1064; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 329, nr. 542; JASSOGNE, *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 124; KLUYSKENS, A., *De contracten*, 500, nr. 369; SIMONT, L., o.c., *R.C.J.B.*, 1964, 40, nr. 6. *Contra*: F. GEORGES, noot onder Luik, 23 mei 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 607.

⁹⁶ VAN HOUTTE-VAN POPPEL, V., «Art. 1798 B.W.», in *Comm. Bijz. Ov.*, (losbladig), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, nr. 6.

⁹⁷ DIRIX, E., en DE CORTE, R., o.c.

⁹⁸ Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 558. De rechtbank verwijst naar Cozian, *L'action directe*, nr. 480. Enkele nummers voordien merkt de auteur van dit in 1969 reeds uitgegeven werk evenwel op dat het conflict tussen een derdenbeslag en de directe vordering slechts kan rijzen wanneer de directe vordering wordt uitgeoefend op een ogenblik dat het beslag nog niet van waarde is verklaard. Vanaf deze vanwaardeverklaring, die de vordering van de schuldenaar op de onderschuldenaar t.v.v. de beslaglegger overdraagt, is de directe vordering evenwel onmogelijk (nr. 469). Dit onderscheid was en is echter niet bruikbaar in het toenmalige (cf. SIMONET, L., o.c., 40, voetnoot 43), noch in het huidige Belgische recht. Het derdenbeslag heeft immers geen overdracht van de beslagen schuldvordering tot gevolg (DIRIX, E., en BROECKX, K., *Beslag*, A.P.R., nr. 629). Een voorafbestaand derdenbeslag in handen van de bouwheer is derhalve van het begin af een bestaande exceptie, die de directe vordering onmiddellijk maakt, aangezien de derde beslagene vanaf dan niets meer mag ondernemen waardoor de rechten van de beslaglegger teniet worden gedaan.

2° Faillissement van de hoofdaannemer

31. Er bestaat geen betwisting over het feit dat de vóór het faillissement van de hoofdaannemer uitgeoefende directe vordering ook na het faillissement van de hoofdaannemer mag worden voortgezet. De separatistenpositie van de insteller van de rechtstreekse vordering wordt door het latere faillissement niet aangetast. Een betaling door de bouwheer aan de curator in weerwil van een eerder ingestelde vordering kan deze schuldeiser dan ook niet worden tegengehouden.⁹⁹

Kan de rechtstreekse vordering nog worden ingesteld na het faillissement van de hoofdaannemer? Gelet op het feit dat de rechtstreekse vordering niet meer mogelijk is na een anterior derdenbeslag in handen van de bouwheer, zou men geneigd kunnen zijn deze vordering ook meteen elke rechtskracht te ontzeggen na een voorafgaand faillissement van de hoofdaannemer. Wat geldt bij een derdenbeslag met de hoofdaannemer als beslagene, zou *a fortiori* moeten gelden bij faillissement als collectief beslag.¹⁰⁰

Het eigen recht dat de houder van de directe vordering uit de wet verkrijgt om de onderschuldenaar buiten het vermogen van de (gefaillieerde) schuldenaar om tot betaling aan te manen, behoudt hij evenwel zolang deze laatste nog betaling verschuldigd is aan zijn schuldeiser-hoofdaannemer. Het faillissement van de hoofdaannemer brengt in dezen echter geen enkele wijziging. Bovendien beklemtoonden de oudere klassieke rechtsleer en de toenmalige rechtspraak reeds de bedoeling van de wetgever van 1804 met het originele art. 1798 B.W. de arbeiders te beschermen tegen de insolventie van de werkgever, zodat deze wettelijke begunstiging hen niet mag worden afgenomen bij het faillissement van de aannemer. Het tegenovergestelde aanvaarden impliceert dat de gezamenlijke schuldeisers zich verrijken dankzij de nog niet betaalde arbeid van een derde.¹⁰¹ De onderaannemer die zijn vordering in het faillissement indient, ver-

⁹⁹ DIRIX, E., noot onder Kh. Antwerpen, 24 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 266, nr. 5.

¹⁰⁰ In die zin BAERT, G.J.A., *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1994, 627, nr. 9; DIRIX, E., o.c., nr. 6; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., nr. 543; VERBEKE, A., met medewerking van DE CORTE, R., en PEETERS, I., *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypotheken en andere zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 110, nr. 182.

¹⁰¹ Aldus wijst A. KLUYSKENS op het voordeel voor de werklieden om dankzij de directe vordering de samenloop met de andere schuldeisers niet te hoeven ondergaan bij faillissement van de hoofdaannemer, terwijl hij twee nummers verder stelt dat diezelfde werklieden niet meer rechtstreeks betaald kunnen worden door de bouwheer nadat in zijn handen derdenbeslag werd gelegd: KLUYSKENS, A., *De Contracten*, IV, 499, nr. 367 en 500, nr. 369. Adde: BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit civil Belge, I, Code civil*, T. III, «Art. 1798», 733, nr. 13; CLOQUET, A., *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et les faillites*, nr. 411; LAURENT, F., *Principes*, T. XXVI, 100; P.B., *° Entrepreneur d'ouvrages*, nrs. 398-401; SIMONT, L., o.c., 40. Zie ook de talrijke verwijzingen naar (Franse) rechtsleer en rechtspraak bij BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Traité*, XXII, 1907, 1147, nr. 4027, die het hier evenwel niet meer eens zijn omdat zij (ten onrechte) in art. 1798 B.W. een zijdelingse vordering onderkennen. Rb. Gent, 19 december 1849, *B.J.*, 1850, 41; Rb. Luik, 28 maart 1859, *Cloes et Bonjean*, VIII, 638; Rb. Kortrijk, 14 november 1957, *R.W.*, 1957-58, 1450.

liest geenszins de mogelijkheid om vooralsnog zijn rechtstreekse vordering in te stellen. Hij heeft immers twee schuldenaars, die hij samen of afzonderlijk tot betaling kan aanspreken.¹⁰² Het feit dat deze mogelijkheid was ingegeven door billijkheidsoverwegingen omdat de arbeiders geen bijzonder voorrecht hadden, wat de onderaannemer nu wel heeft, doet niets af aan dit besluit, daar de wetwijziging aan art. 1798 B.W. zich louter beperkte tot de invoering van de onderaannemers.

32. De stelling dat de directe vordering van de onderaannemer niet meer zou kunnen worden ingesteld na het faillissement van de hoofdaannemer, wordt gemotiveerd door een verwijzing naar de parlementaire voorbereiding, waarin letterlijk wordt gesteld dat de begunstigde van de directe vordering zijn vordering tot betaling tegen de opdrachtgever moet hebben ingesteld vóór de samenloop.¹⁰³ Dit argument weegt m.i. niet zwaar genoeg, gelet op het feit dat de originele bedoeling van de wetgever van 1990 erin bestond de onderaannemer een voorrecht te bezorgen opdat hij niet het slachtoffer zou worden van het faillissement van de hoofdaannemer.¹⁰⁴ Nu deze bezorgdheid dan uiteindelijk zowel in een voorrecht als in de uitbreiding van art. 1798 B.W. tot de onderaannemer resulteerde, wordt m.b.t. dit laatste in dezelfde parlementaire voorbereiding expliciet verwezen naar de toenmalige commentaar van L. Simont, die de wijze beschrijft waarop de rechtstreekse vordering kan worden uitgeoefend. Welnu, volgens deze commentator kon de arbeider bij faillissement van de hoofdaannemer rechtstreekse betaling eisen van de opdrachtgever in de mate waarin deze nog schuldenaar van de gefailleerde was.¹⁰⁵ De meerderheid van de huidige rechtsleer en rechtspraak staat de directe vordering dan ook nog toe na faillissement van de hoofdaannemer,¹⁰⁶ in zoverre de bouwheer bij het instellen van de vordering nog niet heeft betaald aan de curator. De nieuwe Faillissementswet schijnt op dit vlak geen verandering te brengen.¹⁰⁷

3° De hoofdaannemer vraagt een gerechtelijk akkoord aan

33. De huidige formule van het gerechtelijk akkoord ken- de tot op heden weinig succes. De vraag naar de weerslag van een aanvraag om een gerechtelijk akkoord door de hoofdaannemer (of de inleiding van de akkoordprocedure door

de procureur des Konings, art. 11, §2) op de uitoefening of voortzetting van de directe vordering door (o.m. naar inzonderheid) de onderaannemer wordt hier dan ook louter be- keken vanuit de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord.¹⁰⁸

Een sleutelartikel van deze nieuwe wet is art. 21, krach- tens hetwelk tijdens de observatieperiode geen enkel mid- del van tenuitvoerlegging op de roerende of onroerende goe- deren van de aanvrager kan worden voortgezet of aange- wend (§1) voor zover de interesten en lasten betaald wor- den (§2). Daar deze bepaling van het begin af eveneens ex- pliciet van toepassing is verklaard op de hypotheaire, be- voorrechte of pandhoudende schuldeisers, kan de vraag worden gesteld of zij ook geldt voor die andere separatist, namelijk de insteller van de rechtstreekse vordering. Het is namelijk zo dat de bevoorrechte schuldeisers in samenloop komen t.a.v. het vermogen van de hoofdaannemer, aanvrager van het gerechtelijk akkoord, terwijl de onderaannemer buiten dit vermogen om rechtstreeks betaling kan vragen aan de onderschuldenaarbouwheer.

Hoewel de tekst alleen de hypotheaire, bevoorrechte en pandhoudende schuldeisers vermeldt, betwijfelt Rijkers of ook de rechtstreekse vordering nog kan worden uitgeoefend of voortgezet vanaf de toekenning van de (voorlopige opschorting voor een) observatieperiode (van maximaal zes maanden (art. 15), eenmaal verlengbaar met drie maanden, (art. 23)). Hij baseert zich hiervoor op de parlementaire voorbereiding waarin gesteld wordt dat een ongebreidelde vrijheid voor de schuldeiser om zijn rechten individueel uit te oefenen tot ellende zal leiden voor de andere schuldeisers en waarin erop gewezen wordt dat het mislukken van het vroegere gerechtelijk akkoord voornamelijk het gevolg was van de mogelijkheid voor deze schuldeisers hun zekerheid onmiddellijk te gelde te maken en aldus de voortzet- ting van de onderneming in het gedrang te brengen.¹⁰⁹

34. Renard en Van Den Abbeele zijn het hiermee niet eens. Zij zien niet in waarom de rechtstreekse vordering bij een gerechtelijk akkoord anders behandeld moet worden dan bij een faillissement van de hoofdaannemer, in welk ge- val de directe vordering nog wel kan worden uitgeoefend.¹¹⁰

Er is echter een fundamenteel verschil tussen beide pro- cedures. Terwijl het bij faillissement er hoofdzakelijk op neer- komt het actief van de gefailleerde te gelde te maken en de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers, heeft de nieu- we wet op het gerechtelijk akkoord juist de bedoeling meer dan vroeger een kader te vormen waarbinnen bedrijven in moeilijkheden de mogelijkheid krijgen om door geëigende maatregelen tot een duurzaam herstel te komen. De funda- mentele opzet van deze nieuwe wetgeving is dan ook de be- staande bepalingen aan te passen aan de behoeften van van- daag, waarbij de maatschappelijke rol van de onderneming wordt onderkend. De huidige wetgeving is te palliatief ten nadele van het preventieve. De bedoeling is via een curatief gerechtelijk akkoord tot een herstel te komen in plaats van de weg te openen naar het faillissement, dat de uitzonde-

¹⁰² Rb. Kortrijk, 14 november 1957, *R.W.*, 1957-58, 1452.

¹⁰³ Cf. Verslag VERHAEGEN, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, nr. 294/3, 3.

¹⁰⁴ Cf. wetsvoorstel MAYSTADT en WATHELET, *Parl. St., Kamer*, 1978-1979, 513/1, *Kamer*, 1979, 27/1 en wetsvoorstel WATHELET en GRAFE, *Parl. St., Kamer*, 1981-1982, 294/1.

¹⁰⁵ SIMONT, L., o.c., 40, onder verwijzing naar de toenmalige recht- spraak. Ook in het verslag ARTS, *Parl. St., Senaat*, 1989-90, nr. 855/ 2, 4, wordt verwezen naar Kluyskens, voor wie de directe vordering aan de werklieden juist het voordeel verschafte om bij faillissement van de aannemer de concurrentie van de andere schuldeisers te ver- mijden en aldus veel kans te hebben om betaald te worden. Cf. KLUYSKENS, A., *De Contracten*, 498-499.

¹⁰⁶ BRULS, J.P., o.c., *Act. Dr.*, 1991, 774, nr. 31, *Act. Dr.*, 1992, 239, nr. 21; CAEYMAEX, J., o.c., 80/11, §8; RENARD, J.P. en VAN DEN ABEELE, M., o.c., 140, met verwijzing naar onuitgegeven rechtspraak; Luik, 31 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1340; Kh. Brussel, 30 juni 1994, *T.B.H.*, 1994, 928.

¹⁰⁷ RIKKERS, J.M., o.c., 354.

¹⁰⁸ Wet van 17 juli 1997 inzake het gerechtelijk akkoord, *B.S.*, 28 oktober 1997.

¹⁰⁹ Cf. M.v.T., *Parl. St., Kamer*, 1993-94, 1406/1, 21 inzake het vroegere art. 23.

¹¹⁰ RENARD, J.P. en VAN DEN ABEELE, M., o.c., *T.Aann.*, 1997, 142, voetnoot 46.

ring zou moeten worden in de echt hopeloze situaties.¹¹¹ De opschortingsregel is hierbij essentieel om het gerechtelijk akkoord te doen slagen. Vandaar dat de huidige tekst ingevolge een amendement van de regering aan het algemeen opschortingsprincipe nog expliciet toevoegt dat deze opschorting van toepassing is op «alle schuldeisers, ongeacht de zekerheid waarover ze beschikken» en op de terugvordering door een verkoper met eigendomsvoorbehoud (art. 21, §1, tweede lid).

35. De voorlopige opschorting geldt dan ook voor alle schuldeisers zonder uitzondering.¹¹² Het is dan ook volkomen terecht dat Dirix de rechtstreekse vordering onder de door art. 21 geviseerde uitvoeringsmaatregelen rangschikt.¹¹³ De bepaling dat de voorlopige opschorting geen afbreuk doet aan andersluidende bepalingen voorgeschreven door bijzondere wetten in geval van samenloop, heeft enkel als bedoeling de al enige jaren door de financiële wetgevingen geregelde vereenvoudigde procedures voor tegeldemaking (zoals ingevolge pand op fungibele effecten of ingevolge het voorrecht van de financiële bemiddelaar) mogelijk te maken.¹¹⁴ Het belang van de onderaannemer is dan ook niet voldoende groot om de juist uiteengezette opzet van de wetgever te dwarsbomen en het faillissement van de hoofdaannemer uit te lokken. De onderaannemer kan zijn directe vordering dan ook niet meer uitoefenen of zelfs voortzetten vanaf het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat.¹¹⁵

III. HET VOORRECHT VAN DE ONDERAANNEMER

A. Bij niet-overheidsopdrachten

1° De ratio legis van het voorrecht

36. De wet van 19 februari 1990¹¹⁶ voerde eveneens een bijzonder roerend voorrecht in ten voordele van de onder-

aannemer door art. 20 Hyp. W. met een 12° aan te vullen. Krachtens deze bepaling heeft de onderaannemer gedurende vijf jaar vanaf de datum van zijn factuur een voorrecht op de vordering van de hoofdaannemer tegen de bouwheer wegens werken aan het gebouw waaraan hij heeft meegewerkt. Het voorrecht is aan geen publiciteitsvereiste onderworpen.

De wetgever had met deze aanvulling de bedoeling de situatie van de onderaannemer in de bouwsector te verbeteren bij het faillissement van de hoofdaannemer. Tot dan genoten alleen de onderaannemers van staatswerken een voorrecht,¹¹⁷ terwijl het nochtans reeds uitgebreide arsenaal aan andere voorrechten niet volstond voor de onderaannemer van een particuliere opdracht. Ook het door art. 20, 4°, Hyp. W. toegekende voorrecht voor de schuldeiser die kosten heeft gemaakt om een lichamelijke zaak of een schuldvordering in het vermogen van zijn schuldenaar te bewaren, kwam de onderaannemer niet ten goede. Men zou nochtans kunnen denken dat hij als uitvoerder van een gedeelte van het werk van de hoofdaannemer heeft bijgedragen tot de nakoming van diens verbintenissen jegens de bouwheer en aldus kosten heeft gemaakt om diens schuldvordering tegen de bouwheer te bewaren. Het Hof van Cassatie besliste echter dat de behouden zaak – *in casu* de schuldvordering op de bouwheer – reeds vooraf moet bestaan, wat hier niet het geval is, aangezien de schuldvordering pas door het werk van de onderaannemer tot stand komt.¹¹⁸

Hoewel tijdens de parlementaire voorbereiding aanvankelijk nog werd getwijfeld tussen een rechtstreekse vordering of een nieuw voorrecht, werd uiteindelijk voor een dubbele bescherming geopteerd. De enkele invoeging in de wet van de vóór de samenloop in te stellen rechtstreekse vordering had immers het nadeel dat dit rechtsmiddel reeds enige juridische onderlegdheid bij de onderaannemer veronderstelt en kosten meebrengt.¹¹⁹

¹¹¹ Verslag VANDEURZEN, *Parl. St., Kamer*, 1995-96, 329/17, 3-4, en verslag HATRY en VANDENBERGHE, *Parl. St., Senaat*, 1996-97, 498/11, 3-5. Adde: HAMER, Ph., «La réforme du concordat et de la faillite. Les objectifs – Les apports», in *Concordat et restructuration préventive des entreprises*, Studiedag E.F.E., Brussel, 20 november 1996.

¹¹² VAN OLDENEEL, Ch.-A., «Les procédures préventives. Droit actuel. Projet de loi sur l'accord et le sursis de paiement», in *L'entreprise en difficulté: vers un nouveau droit*, C.D.V.A., Luik, 1995, 83: «une période de sursis provisoire, durant laquelle les voies d'exécution sont suspendues pour tous les créanciers – et j'ai bien dit tous...»

¹¹³ DIRIX, E., «Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten», in *Het nieuwe faillissementsrecht*, Studiedagen K.U.L., U.I. Antwerpen en U. Gent, resp. op 6, 11 en 13 juni 1997, 3.

¹¹⁴ Cf. amendement nr. 75 van de regering, *Parl. St., Kamer*, 1995-96, 329/9, 11.

¹¹⁵ De in Frankrijk gehuldigde opvatting dat de bij een «Redressement judiciaire» ingestelde opschorting van het individuele uitvoeringsrecht niet geldt voor de houder van een rechtstreekse vordering, omdat hij niet uitvoert tegen de schuldenaar in staking van betaling, doch tegen een derde (cf. GUYON, Y., en DERUPPE, J., in *Rép. com. Dalloz*, «Entreprise en difficulté – Redressement judiciaire (Phase de traitement – les créanciers)», nr. 617, en de verwijzingen aldaar) is dan ook onverenigbaar met de nieuwe wet op het gerechtelijk akkoord.

¹¹⁶ Wet van 19 februari 1990 tot aanvulling van art. 20 van de Hypotheekwet en tot wijziging van art. 1798 van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de bescherming van de onderaannemer, *B.S.*, 24 maart 1990.

¹¹⁷ Wet 3 januari 1958 betreffende de overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen op de Belgische Staat uit hoofde van werken en leveringen (*B.S.*, 16 januari 1958), nadien opnieuw opgenomen in de artt. 96 tot 99 van het K.B. van 17 juli 1991 tot coördinatie van de wetten op de rijkscomptabiliteit (*B.S.*, 21 augustus 1991), thans art. 23 van de wet van 23 december 1993 op de overheidsopdrachten (*B.S.*, 22 januari 1994).

¹¹⁸ Cass., 18 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 45, *T.B.H.*, 1988, 756, noot S. RAES. Zie DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 142, nr. 244. Zelfs indien de eis van het vooraf bestaan van de behouden zaak niet zou worden gesteld, mocht gevreesd worden dat de onderaannemer vaak in de praktische onmogelijkheid zou zijn om zich te beroepen op dit voorrecht waarvoor, zoals bij het voorrecht van de onbetaalde verkoper van een roerend goed (art. 20, 5°, Hyp. W.), een door de «verkoper» eensluidend verklaard afschrift van de factuur op de plaatselijke griffie van de rechtbank van koophandel dient te worden gedeponneerd binnen vijftien dagen na de levering. De praktijk wijst uit dat dit door de betrokkenen nogal eens uit het oog verloren wordt.

¹¹⁹ Cf. verslag VERHAEGEN, *Parl. St.*, 1981-82, 294/3, 6-7; BRULS, J.P., «La loi du 19 février 1990 complétant l'article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l'article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d'efficacité limitée», *Act. Dr.*, 1991, 753.

2° Wie kan het voorrecht inroepen?

37. Terwijl de directe vordering door alle onderaannemers kan worden uitgeoefend, is de schuldvordering van de onderaannemer luidens art. 20, 12°, Hyp. W. slechts bevoorrecht voor «werken die hij aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd». Het hier besproken voorrecht kan dan ook maar worden aangevoerd door onderaannemers in de bouw.¹²⁰ Daarmee worden echter zowel de zelfstandigen, die al dan niet werknemers tewerkstellen, als de handelsvennootschappen bedoeld.¹²¹

Luidens art. 20, 12°, tweede lid, Hyp. W. wordt de onderaannemer als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de sub-onderaannemer. Hiermee wordt het geval beoogd waarin een onderaannemer voor een andere onderaannemer werkt. Het voorrecht kan derhalve alvast ook worden ingeroepen door een onderaannemer in de tweede graad. Terwijl een eerste formulering van dit principe onduidelijk was, werd beslist gewoon het tweede lid van het nieuwe art. 1798 B.W. over te nemen. Hierboven werd hierover reeds gesteld dat afwijkingen van het principe van de gelijkheid van de schuldeisers restrictief geïnterpreteerd moet worden (cf. *supra*, nr. 8), zodat het voorrecht – evenmin als de directe vordering – kan worden aangevoerd door een onderaannemer in een lagere graad.¹²²

3° De door het voorrecht gewaarborgde schuldvordering

38. Bevoorrecht is «de schuldvordering die de onderaannemer tegenover zijn wederpartij-aannemer heeft wegens werken die hij aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd of laten uitvoeren». Gelet op het feit dat het voorrecht wordt uitgeoefend «op de schuldvordering die deze wederpartij-aannemer wegens dezelfde aanneming heeft tegenover de bouwheer», moeten de bevoorrechte schuldvordering van de onderaannemer en het onderpand van het voorrecht derhalve hetzelfde gebouw betreffen.

Terwijl de Nederlandse tekst het heeft over werken aan «het gebouw», spreekt de Franse tekst van «travaux... à l'immeuble». Afhankelijk van de Nederlandstalige dan wel Franstalige versie zou het voorrecht dan ook al dan niet voor werken aan andere onroerende goederen dan gebouwen – zoals voor wegenwerken – aangevoerd kunnen worden. De meerderheid van de rechtsleer begrijpt ook de onroerende goederen van nature onder het hier bedoelde «gebouw»/

«immeuble», zodat de onderaannemer zijn voorrecht kan aanvoeren voor werken aan een gebouwd onroerend goed, dat zowel een onroerend goed van nature als door incorporatie kan zijn.¹²³ Aldus geniet de onderaannemer van bv. werken aan fontein en of aan een luchtmachtbasis het hier besproken voorrecht.¹²⁴ Aldus ontzegde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk ten onrechte het voorrecht van art. 20, 12°, Hyp. W. aan een onderaannemer van wegenwerken omdat alleen werken aan «een gebouw» in letterlijke zin bedoeld zouden zijn.¹²⁵ Dit is moeilijk aan te nemen, gelet op het feit dat het voorrecht werd ingesteld ter bescherming van onderaannemers «in het bouwbedrijf»,¹²⁶ waartoe de wegenbouw behoort.

Dit «gebouw» zou ook de onroerende goederen door bestemming omvatten.¹²⁷ Hier kunnen alleen de onroerende goederen door bestemming zijn bedoeld die de eigenaar blijvend aan het erf verbonden heeft (artt. 524 *in fine* en 525 B.W.), met uitsluiting van die goederen die de eigenaar voor de dienst en de exploitatie op het erf geplaatst heeft (art. 524 B.W.). De onderaannemer van werken aan bedrijfsmaterieel, zoals machines, vrachtwagens en meubilair kan zich op het voorrecht dan ook niet beroepen, omdat zijn werk niet past in een aanneming van bouwzaken.

De werken aan het gebouw moeten op het bouwterrein zelf gebeuren. Wanneer de hoofdaannemer derhalve ramen en deuren koopt om ze vervolgens door een aannemer-schilder te laten schilderen en ze ten slotte zelf in het gebouw plaatst, is de aannemer-schilder niet bevoorrecht.¹²⁸ De fabrikant van door de hoofdaannemer op maat bestelde betonkokers, die deze kokerelementen enkel levert maar ze

¹²³ BRULS, J.P., *o.c.*, *Act. Dr.*, 1991, 754, nr. 7; CAEYMAEX, J., *o.c.*, 80/4, §2; LEDOUX, J.L., «Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et la publicité foncière», *J.T.*, 1994, 336, nr. 77; t'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit des poursuites des créanciers*, Brussel, Larcier, 1991, 268, nr. 517; RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, M., *o.c.*, *T. Aann.*, 1997, 147.

¹²⁴ Brussel, 8 november 1995, *D.A.O.R.*, 1995, nr. 37, 89.

¹²⁵ Rb. Kortrijk, 28 januari 1993, onuitg., A.R. 35090. Vermeldenswaard is dat de hier bedoelde wegenwerken werden opgedragen door het Wegenfonds, zodat de onderaannemer hier eveneens het door de wet van 3 januari 1958 «betreffende de overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen op de Staat uit hoofde van werken en leveringen» toegekende voorrecht had kunnen aanvoeren, in welk geval deze discussie zich niet kon voordoen. Deze wet kende de onderaannemer van vastgoedwerken voor rekening van de Staat eveneens een voorrecht toe. Terwijl het Hof van Cassatie aanvankelijk oordeelde dat deze wet geen toepassing vond op de door het Wegenfonds opgedragen werken wegens haar afzonderlijke rechtspersoonlijkheid (Arr. Cass., 1980-81, 959), kwam het Hof hierop terug in een later arrest door de wet van toepassing te verklaren zodra de werken werden uitgevoerd voor rekening van de Staat, ongeacht de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de opdrachtgever (cf. Cass., 3 april 1992, *R.W.*, 1992-93, 249, noot VAN HAEGENBORGH, G.).

¹²⁶ Cf. wetsvoorstel MAYSTADT en WATHELET, *Parl. St., Kamer*, 1978-79, nr. 513/1 en wetsvoorstel WATHELET en GRAFE, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, nr. 294/1.

¹²⁷ CAEYMAEX, J., *o.c.*, 80/4, §2; LEDOUX, J.L., *o.c.*, *J.T.*, 1994, 336, nr. 77.

¹²⁸ Beslagr. Luik, 15 mei 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 881, met noot dat hoger beroep werd ingesteld.

¹²⁰ BRULS, J.P., «Le droit du sous-traitant au paiement du prix dans le droit privé», in *Act. Dr.*, 1992, 234, nr. 8; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *o.c.*, 174, nr. 288bis.

¹²¹ DIRIX, E., «Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer», *R.W.*, 1989-90, 1232; «Onderaanneming», *T. Aann.*, 1991, 36, nr. 13, «Art. 20, 12° Hyp. W.», in *Comm. Voorr.*, Kluwer rechtswetenschappen, (losbladig) nr. 2; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *o.c.*, nr. 288bis.

¹²² CAEYMAEX, J., *Manuel des sûretés mobilières*, *o.c.*, 80/5, §3; POILVACHE, F., «La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants», *J.T.*, 1990, 638; PONCELET, R., «Les privilèges mobiliers», in *Rép. Not.*, T. X, L. III, 136, nr. 270; Brussel, 8 november 1995, *D.A.O.R.*, 1995, nr. 37, (89) 92. *Contra*: BRULS, J.P., *o.c.*, *Act. Dr.*, 1991, 757, nr. 9, en *Act. Dr.*, 1992, 235, nr. 11; RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, M., «Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur général», *T. Aann.*, 1997, 148.

niet zelf in het gebouw verwerkt, is evenmin een onderaannemer die zich op het voorrecht kan beroepen.¹²⁹

De onderaannemer kan zijn voorrecht niet inroepen voor de accessoria van zijn schuldvordering, zoals de door de hoofdaannemer verschuldigde moratoire interesten en vertragsboeten. Deze vormen slechts een door de hoofdaannemer te betalen schadevergoeding wegens niet- of vertraagde betaling, terwijl het voorrecht uitsluitend geldt wegens werken aan het gebouw.¹³⁰

39. De vordering van de onderaannemer is slechts gedurende vijf jaar bevoorrecht, te rekenen vanaf de datum van de factuur. Na de vaststelling dat er reeds te veel voorrechten bestaan die afwijken van het beginsel van de gelijkheid tussen de schuldeisers, werd tijdens de parlementaire voorbereiding beslist de bescherming van de onderaannemer via het voorrecht in de tijd te beperken. Het voorrecht zou aanvankelijk maar kunnen aangevoerd worden voor de schuldvorderingen die ontstaan zijn tijdens de laatste drie jaren vóór de samenloop. Als de onderaannemer meer dan drie jaar getalmd heeft om zijn schuldvordering te doen gelden, zal dit niet zozeer te wijten zijn aan zijn beperkte juridische kennis, maar aan zijn nalatigheid. Daar de mogelijke betwistingen met de bouwheer inzake technische onvolkomenheden van de bouw en de daarmee gepaard gaande expertises de onderaannemer er evenwel meer toe kunnen dwingen om zijn vordering tegen de hoofdaannemer nog niet te doen gelden, werd een termijn van drie jaar te kort bevonden en werd deze verlengd tot vijf jaar.¹³¹

Terwijl er aanvankelijk aan gedacht werd het vertrekpunt van die termijn vast te stellen vanaf de factuur of vanaf de laatste aanmaning, werd deze laatste mogelijkheid wegge laten om de nalatigheid van de onderaannemer in de vervolging van zijn rechten nog niet meer aan te moedigen. Bij een dergelijke tekst zou hij ermee kunnen volstaan om de vijf jaar een aanmaning aan de hoofdaannemer te sturen om telkenmale een nieuwe termijn van vijf jaar te doen ingaan en zich op zijn voorrecht onbegrensd te kunnen beroepen.¹³²

40. De parlementaire voorbereiding leert ons derhalve dat hoe dan ook de bedoeling van de wetgever voorlag om de nalatige onderaannemer af te straffen, zodat:

– de wettekst niet de factuur van de hoofdaannemer aan de bouwheer¹³³ maar wel de factuur van de onderaannemer aan de hoofdaannemer als vertrekpunt neemt.¹³⁴ Het voorrecht kleefte niet aan de vordering vanaf haar ontstaan, maar vanaf het opmaken van de factuur.¹³⁵ Als het con-

tract van onderaanneming betaling in schijven oplegt, zal de corresponderende factuur dan ook telkens de termijn laten lopen voor het erin opgenomen bedrag.¹³⁶ Eventuele moeilijkheden omtrent de aanvang van deze termijn kunnen worden opgelost aan de hand van het in het handelsrecht geldende bewijsrecht (register van de facturen, de briefwisseling, de protesten, e.d.m.);¹³⁷

– de wetgever hier een niet aan stuiting of schorsing onderhevige verjaringstermijn, maar een vervaltermijn oplegt.¹³⁸ De wettekst heeft hier niet bepaald dat deze fatale termijn ophoudt verder te lopen vanaf de samenloop, zoals dat het geval is bij het voorrecht van de onbetaalde verkoper van bedrijfsmaterieel. Dienaangaande bepalen de artt. 20, 5°, Hyp. W. en 546 Faill. W. dat bij beslag op het verkochte en onbetaalde materieel of bij faillietverklaring van de koper het voorrecht blijft bestaan tot na de verdeling van de penningen of tot na de vereffening van het faillissement.

Wanneer het voorrecht bestaat bij samenloop, wil de wetgever hier vermijden dat de bevoorrechte schuldeiser na deel zou ondervinden van de traagheid van de rechtspleging. Op voorwaarde dat de factuur op het ogenblik van een derdenbeslag bij de bouwheer of van het faillissement van de hoofdaannemer is opgemaakt, heeft de wetgever aan de onderaannemer een voorrecht verschaft. Het zou dan ook ongerijmd zijn hem deze wettelijke vervaltermijn te ontnemen wanneer de rechtspleging buiten zijn wil eindigt buiten de wettelijke vervaltermijn. Bijgevolg zal in de gegeven omstandigheden de vervaltermijn van rechtswege verlengd worden tot na de afwikkeling van de rechtspleging.

4° Waarop slaat het voorrecht?

41. Het voorrecht wordt uitgeoefend op de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer «wegens dezelfde aanneming». Dit zou dan betekenen dat deze schuldvordering niet alleen de tegenwaarde van het werk omvat, maar eveneens alle andere bedragen die de bouwheer aan de hoofdaannemer verschuldigd is.¹³⁹

Vereist is wel dat deze schuldvordering nog in het vermogen van de hoofdaannemer aanwezig is. Een betaling door de bouwheer aan de hoofdaannemer doet het voorrecht dan ook teniet,¹⁴⁰ tenzij de door hem betaalde geldsom nog geïdentificeerd kan worden in het vermogen van de hoofdaannemer. De onderaannemer kan hier een beroep doen op de figuur van de zaakvervanging, die van toepassing is op alle bijzondere voorrechten.¹⁴¹ Een betaling door de bouwheer

¹²⁹ Kh., Ieper, 6 februari 1995, *T.B.H.*, 1996, 564.

¹³⁰ CAEYMAEX, J., o.c., 80/4, §2; DIRIX, E., «Art. 20, 12°, Hyp. W.», in *Comm. Voorr.*, nr. 3; PONCELET, R., o.c., in *Rép. Not.* T. X, L. III, 136, nr. 271. Vergelijk JASSOGNE, Chr., «Action directe et privilège du sous-traitant», *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 125, die wel betwistingen verwacht.

¹³¹ Verslag VERHAEGEN, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, 6.

¹³² Cf. amendement DELAHAYE, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, 294/4.

¹³³ In die zin: t'KINT, o.c., 268, nr. 517.

¹³⁴ CAEYMAEX, J., o.c., 80/6, §6; PONCELET, R., in *Rép. Not.*, T. X, L. III, nr. 271; STRANART, A.M., «Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents», in *Le droit des sûretés*, Brussel, Jeune Barreau, 1992, 115.

¹³⁵ CAEYMAEX, J., o.c., 80/6, §5; RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, M., o.c., *T. Aann.*, 1997, 149; Brussel 8 november 1995, *D.A.O.R.*, 1995, nr. 37, (89), 92.

¹³⁶ CAEYMAEX, J., o.c., 80/6, §6.

¹³⁷ DIRIX, E., o.c., *R.W.*, 1989-90, 1233, o.c., *T. Aann.*, 1991, 36; o.c., *Comm. Voorr.*, nr. 5; DIRIX, E., en DE CORTE, R., o.c., 174, nr. 290, onder verwijzing naar het verslag VERHAEGEN, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, 294/3, 8.

¹³⁸ BRULS, J.P., o.c., *Act. Dr.*, 1991, 767, nr. 19; o.c., *Act. Dr.*, 1992, 237, nr. 15; CAEYMAEX, J., o.c., 80/6, §6; DIRIX, E., o.c., *R.W.*, 1989-90, 1233, o.c., *T. Aann.*, 1991, 36, o.c., *Comm. Voorr.*, nr. 5; DIRIX, E., en DE CORTE, R., o.c., 174, nr. 290, telkens onder verwijzing naar het verslag VERHAEGEN. Zie voor het verschil tussen een wettelijke verjarrings- en vervaltermijn: DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1135.

¹³⁹ CAEYMAEX, J., o.c., 80/5, §3.

¹⁴⁰ Kh. Luik, 10 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 562.

¹⁴¹ DIRIX, E., «Zakelijke subrogatie», *R.W.*, 1993-94, (273), 274-275, en de verwijzingen aldaar.

kan hem niet tegengeworpen worden na een voorafgaand derdenbeslag in handen van de bouwheer (art. 1451 Ger. W.) of na het instellen van zijn directe vordering. Het voorrecht zal eveneens verloren zijn nadat de hoofdaannemer, bv. in het kader van factoring, zijn vordering op de bouwheer aan een derde in eigendom heeft overgedragen.¹⁴²

5° Samenloop met een door de hoofdaannemer verleende inpandgeving van schuldvorderingen of pand op handelszaak

42. Wanneer een kredietinstelling een werk van een hoofdaannemer financiert tegen inpandgeving van de vorderingen uit hoofde van het werk of tegen pand op de handelszaak, met inbegrip van schuldvorderingen, moet de kredietbeslissers rekening houden met een mogelijke samenloop met het voorrecht van de onderaannemer. Deze situatie kan immers niet op gelijke voet worden behandeld met de eigendomsoverdracht door de hoofdaannemer van zijn schuldvordering op de bouwheer, aangezien bij beide panden het onderpand van het voorrecht nog in het vermogen van de hoofdaannemer aanwezig is, zij het bezwaard met pand. Teneinde de waarde van de door hem bedongen waarborg in te schatten, zal de praktijkjurist de kredietbeslissers ook moeten adviseren over deze samenloop. Dat hier bij gebrek aan een duidelijk antwoord in de wettekst¹⁴³ evenmin zo maar een zwart-wit antwoord kan gegeven worden mogen blijken uit het hierna volgend overzicht van de desbetreffende rechtsleer en rechtspraak.

43. «Wat is nu het systeem van het nieuwe wetsvoorstel? In plaats van de rechtstreekse vordering zijn er nu twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid betreft een voorrecht dat zelfs voorrang heeft op de andere schuldeisers, de hypothecaire schuldeisers inclusief... een voorrecht dat primeert boven alle andere en dat om die reden beperkt is wat de tijdsduur betreft».¹⁴⁴ Op basis van deze in de plenaire zitting van de Kamer door verslaggever Verhaegen afgelegde verklaring laat Dirix het voorrecht van de onderaannemer dan ook boven beide panden primeren.¹⁴⁵

Bruls stelt hier tegenover dat de door de rapporteur beoordeelde samenloop met een hypothecaire schuldeiser onmogelijk is, gezien het verschillend onderpand (onroerend goed enerzijds, schuldvordering anderzijds), en betoogt dat deze paar zinnen onvoldoende worden geschraagd door het verslag van deze rapporten van de besprekingen in de commissie. De auteur past hier dan – zoals Dirix trouwens – art. 13 Hyp. W. toe, krachtens hetwelk voorrang tussen de bevoorrechte schuldeisers wordt geregeld naar hun verschillende aard, d.w.z. dat de rechter bij een gebrek aan mogelijke gelijkenissen met andere bij de wet geregelde gevallen de voorrechten moet rangschikken naar de voorkeur die hij er zelf

aan meent te moeten toekennen. Het belang van de onderaannemer is voor hem echter onvoldoende groot om de voordien tussen de hoofdaannemer en zijn bankier opgezette krediet- en waarborgconstructie te dwarsbomen, zodat het voorrecht rang neemt na beide handelspanden. Het feit dat deze auteur de samenloop met beide panden eenzelfde oplossing geeft, is het gevolg van zijn stelling dat de anterioriteitsregel met voorrang voor het oudste voorrecht slechts toepasselijk is wanneer beide voorrechten aan publiciteit onderhevig zijn.¹⁴⁶

Ook Grégoire meent dat, behoudens uitdrukkelijke wettelijke bepaling, een vóór de samenloop tegenwerpbaar gemaakt pand voorrang heeft boven het voorrecht dat pas kan worden uitgeoefend vanaf de samenloop en dit op het op dat ogenblik reeds bezwaarde onderpand. Zij past hiervoor blijkbaar wel de anterioriteitsregel toe, gezien haar opmerking dat het onderhavig conflict niet kan worden opgelost aan de hand van art. 13 Hyp. W. Bedoeld artikel biedt voor deze auteur slechts een oplossing voor de confrontatie tussen twee bevoorrechte schuldeisers en niet voor de samenloop tussen een bevoorrechte schuldeiser en een schuldeiser met een zakelijke zekerheid.¹⁴⁷ Elders wordt hierop gereageerd met de opmerking dat de wetgever het pand op dat vlak met een voorrecht gelijkstelt.¹⁴⁸

Anderen komen dan weer tot een verschillende oplossing naargelang de samenloop. Aldus verlenen Jassogne en Caeymaex eveneens voorrang aan een vóór de samenloop door de hoofdaannemer verleende en tegenwerpbaar gemaakte inpandgeving van een schuldvordering.¹⁴⁹ Wat het conflict met een pand op de handelszaak betreft, menen zij dat de vordering als reeds bezwaard met het voorrecht in de verpande handelszaak komt en geven zij om die reden voorrang aan het voorrecht aan de onderaannemer.¹⁵⁰ Daarover kan evenwel worden opgemerkt dat de vordering van de hoofdaannemer op de bouwheer vanaf haar ontstaan deel uitmaakt van de door hem met inbegrip van schuldvorderingen pas ontstaat vanaf het opmaken van zijn factuur aan de hoofdaannemer.¹⁵¹

44. Het minste wat men kan zeggen, is dan ook dat de meningen over het hier behandelde vraagstuk verdeeld zijn, zodat de rechtspraak de oplossing zal moeten brengen. Dienaangaande zijn tot op heden twee uitspraken bekend inzake de samenloop met de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak. Aldus verleende de Rechtbank te Brugge, blijk-

¹⁴⁶ BRULS, o.c., *Act. Dr.*, 1991, 757 e.v., o.c., *Act. Dr.*, 1992, 235, nr. 12.

¹⁴⁷ GRÉGOIRE, M., «Samenloop van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer en van de vordering van de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak», *Snelberichten Handelsrecht*, 17 mei 1995, nr. 5, 67.

¹⁴⁸ GEORGES, F., «Le privilège et l'action directe du sous-traitant», *C.U.P.*, vol. IX, 277, voetnoot 13, geciteerd door RENARD, J.P., en VAN DEN ABBEELE, M., *T. Aann.*, 1997, 151.

¹⁴⁹ Onder de huidige wetgeving is het pand op een (zelfs toekomstige bepaalbare) schuldvordering aan andere derden dan de debiteur, en dus ook aan de onderaannemer, tegenwerpbaar vanaf het sluiten van de pandovereenkomst.

¹⁵⁰ CAEYMAEX, J., o.c., 80.7, §7; JASSOGNE, C., «Action directe et privilège du sous-traitant», *Rev. Rég. Dr.*, 1991, 126. In dezelfde zin: F. t'KINT, F., *Sûretés*, o.c., 268, nr. 518.

¹⁵¹ Brussel, 8 november 1995, *D.A.O.R.*, 1995, (89), 94.

¹⁴² BRULS, J.P., o.c., *Act. Dr.*, 1991, 763, nr. 16, *Act. Dr.*, 1992, 236, nr. 6; DIRIX, E., o.c., *R.W.*, 1989-90, 1233, *T. Aann.*, 1991, 37, o.c., *Comm. Voorr.*, nr. 4; DIRIX, E., en DE CORTE, R., o.c., 175, nr. 293.

¹⁴³ De wetgever heeft nagelaten de rang van het voorrecht te bepalen, terwijl de rangorde van de in art. 20 opgesomde voorrechten niet bepaald wordt door de volgorde van hun opsomming.

¹⁴⁴ *Hand., Kamer*, vergadering van 30 maart 1983, 2099.

¹⁴⁵ DIRIX, E., o.c., *Comm. Voorr.*, nr. 6, o.c., *R.W.*, 1989-90, 1233; o.c., *T. Aann.*, 1991, 37; DIRIX, E., en DE CORTE, R., o.c., nr. 293. In dezelfde zin: CUYPERS, A., «Wet 25 oktober 1919», in *Comm. Voorr.*, o.c., nr. 87.

baar onder verwijzing naar de door Dirix gehuldigde stelling, voorrang aan de onderaannemer.¹⁵² Tegen het vonnis werd evenwel hoger beroep ingesteld, zodat het wachten is op het arrest van het Hof van Beroep. Anderzijds had het Hof van Beroep te Brussel recent eveneens te oordelen over een dergelijke samenloop. Nu het Hof van Cassatie, bij gebrek aan een wettelijk geregelde rangorde, het anterioriteitsbeginsel reeds toepaste bij samenloop tussen een pand op de handelszaak en een goederenpand en de regel bijgevolg ook kan worden toegepast wanneer één van beide bevoorrechte schuldvorderingen niet aan enige publiciteit is onderworpen,¹⁵³ zoals bij de samenloop tussen het voorrecht van de pandhouder op de handelszaak en het voorrecht van de verhuurder, verleende het Hof te Brussel dan ook voorrang aan het eerder gevestigde en ingeschreven pand op de handelszaak van de hoofdaannemer.¹⁵⁴ Uit de stelling van het arrest dat het voorrecht van de onderaannemer pas ontstaat vanaf de factuurdatum, terwijl het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak zich tot de schuldvorderingen uitstrekt vanaf hun ontstaan, kan niet worden afgeleid welke de twee te vergelijken data zijn. Aangenomen mag worden dat alsdan de factuurdatum dient te worden vergeleken met de inschrijvingsdatum van het pand op de handelszaak, zijnde de datum vanaf wanneer het pand op de erin begrepen toekomstige schuldvorderingen tegenwerpbaar wordt,¹⁵⁵ zoals dit trouwens ook in het beroepen en bevestigde onuitgegeven vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Leuven van 21 februari 1995 reeds beslist werd.

O.m. met het argument dat dit pand gepubliceerd wordt en de onderaannemer steeds vóór het contract met de hoofdaannemer kan verifiëren of de handelszaak van zijn contractant – normaliter steeds met inbegrip van schuldvorderingen – reeds verpand is,¹⁵⁶ draagt dit arrest de goedkeuring weg van de meest recente rechtsleer.¹⁵⁷ De zeer eenvoudig toe te passen en daarom juist aantrekkelijke anterioriteits-

zegel zou het dan ook wel eens kunnen halen voor de oplossing van deze samenloop.

B. Bij overheidsopdrachten

45. In het verleden moest de financier van een hoofdaannemer van staatswerken of van een levering aan het Ministerie van Landsverdediging eveneens rekening houden met het voorrecht van de onderaannemer, zoals hem dit was toegekend door de wet van 3 januari 1958 op de cessie en in pandgeving van schuldvorderingen op de Belgische Staat uit hoofde van werken en leveringen. Zonder hier in bijzonderheden te treden kan in herinnering worden gebracht dat krachtens deze wet:

- de schuldeisers van aannemers, die vastgoedwerken uitvoeren voor rekening van de Staat of leveren aan het leger, tot aan de voorlopige oplevering geen derdenbeslag kunnen leggen op de schuldvorderingen van deze aannemers op de opdrachtgevende overheden. Deze schuldvorderingen kunnen tot dan evenmin worden overgedragen of in pand gegeven worden;

- op voormelde verbodsbepalingen uitzondering wordt gemaakt voor de werknemers, onderaannemers en leveranciers van de hoofdaannemer, die ook vóór de voorlopige oplevering beslag kunnen leggen voor de aan hen verschuldigde lonen en bedragen. Anderzijds mag de hoofdaannemer eveneens zijn schuldvordering op de opdrachtgevende overheid overdragen (tot zekerheid) of verpanden aan de geldschieters die voorschotten hebben verleend met het oog op deze werken of leveringen;

- de overdracht of het pand aan de geldschietster evenwel geen nadeel mag toebrengen aan de positie van de hierboven genoemde categorie van schuldeisers, namelijk de werknemers, leveranciers en onderaannemers. De door de geldschietster bedongen overdracht of pand krijgt slechts uitwerking nadat genoemde schuldeisers, die verzet hebben gedaan t.v.v. de werknemers, leveranciers en onderaannemers.¹⁵⁸ Kenmerkend voor dit voorrecht is dat het zelfs een volgrecht heeft, aangezien het zelfs een anterieure overdracht in eigendom of tot zekerheid door de hoofdaannemer overleeft.

46. Daar deze wet slechts van toepassing was bij leveringen aan het Ministerie van Landsverdediging en op vastgoedwerken voor rekening van de Staat en – sedert de staatshervorming – van de Gemeenschappen en Gewesten,¹⁵⁹ was deze wet met haar supervoorrecht van de onderaannemer weinig bekend bij de financier van de hoofdaannemer. Aldus was ook weinig bekend dat het in de bankwereld vaak aangewende «alle sommen»-pand hier tot bij de voorlopige oplevering geen effect kon sorteren, aangezien het door de financier bedongen pand (of overdracht) tot dan slechts toegelaten was voor zover het uitsluitend als waarborg diende voor de door de kredietverstrekker met het oog op het desbetreffende werk de desbetreffende levering toegestane kre-

¹⁵² Kh. Brugge, 16 november 1994, onuitg., A.R. 56.683 (SHR 153), besproken en bekritiseerd door M. GRÉGOIRE in *Snelberichten Handelsrecht* van 17 mei 1995, 67.

¹⁵³ Cass., 19 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 1021, noot G. VAN HAEGENBORGH, *T.B.H.*, 1994, 43, *J.L.M.B.*, 1993, 689.

¹⁵⁴ Brussel, 8 november 1995, *D.A.O.R.*, 1995, nr. 37, 89. Pikant detail hierbij is dat de door de onderaannemer ingeroepen schuldvorderingen resulteerden uit door hem geleverde vastgoedwerken in opdracht van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest resp. de Belgische Staat, alsmede uit een levering van koopwaar aan Landsverdediging, in welke gevallen hij een beroep had kunnen doen op de wet van 3 januari 1958 betreffende de overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen op de Staat uit hoofde van werken en leveringen, die hem een op het pand van de financier primerend voorrecht verleende (cf. *infra*, nr. 45).

¹⁵⁵ CATARUZZA, J., *Le gage sur fonds de commerce*, in *Pratiques du droit*, nr. 2, Kluwer, Diegem, 1997, 99.

¹⁵⁶ Tussen haakjes: dit was ook het argument dat gehanteerd werd om de anterioriteitsregel bij de samenloop tussen een eerder ingeschreven pand op de handelszaak en een later door een andere bankier gemeenrechtelijk pand op voorraden of schuldvorderingen te verantwoorden.

¹⁵⁷ GEINGER, H., VAN BUGGENHOUT, Chr., en VAN HEUVERSWEYN, Chr., «Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord 1990-1995», *T.P.R.*, 1996, 1097; RENARD, J.P., en VAN DEN ABEELE, M., o.c., *T. Aann.*, 1997, 152.

¹⁵⁸ STRANART, A.M., «Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents», in *Le droit des sûretés*, Brussel, Jeune Barreau, 1992, 117.

¹⁵⁹ t'KINT, *Sûretés*, o.c., 270, nr. 523; VAN HAEGENBORGH, G., «De wet van 3 januari 1958 en het Wegenfonds», noot onder Cass., 3 april 1992, *R.W.*, 1992-93, (249), 253, nr. 5.

dietopening of voorschotten. Opening van een afzonderlijk krediet per aanneming was dan ook noodzakelijk.

De bepalingen van deze wet werden opnieuw vastgesteld door de artt. 96-99 van het K.B. van 17 juli 1991 tot coördinatie van de wetten op de rijkscomptabiliteit en zijn thans opgenomen onder art. 23 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten.¹⁶⁰ In tegenstelling met de wet van 3 januari 1958 heeft deze wet een veel beter toepassingsgebied en dit zowel op het vlak van de aan de wet onderworpen entiteiten als op het vlak van de opdrachten. Aldus dient de financier van de hoofdaannemer met deze wet en met het supervoorrecht van de onderaannemers, leveranciers en werknemers rekening te houden bij opdrachten van werken, leveringen en diensten door de in artikel 4, §1 en §2, 1° tot 8° en 10° van deze wet genoemde aanbestedende overheden. De wet is aldus van toepassing bij opdrachten van de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de gemeenten en de door hen gevormde verenigingen, de organismen van openbaar nut, de publiekrechtelijke verenigingen, gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen, O.C.M.W.'s, kerkfabrieken en rechtspersonen die een

doel nastreven van algemeen belang dat niet van industriële of commerciële aard is en dat door de overheid wordt gefinancierd.¹⁶¹

IV. BESLUIT

47. De financier van een hoofdaannemer, die zijn juridisch adviseur ondervraagt over de juridische waarde van de door hem bedongen waarborgen als pand op (schuldvorderingen uit hoofde van) het gefinancierde werk of pand op de handelszaak, krijgt graag een rechtlijnig antwoord en zal hier dan ook ontgoocheld worden door het juridisch advies. Dit advies zal er hem immers op wijzen dat de door hem opgezette waarborgconstructie zowel gedwarsboemd kan worden door een directe vordering als door het voorrecht van een onderaannemer. Hierbij dient erop gewezen dat de wetgeving ter bescherming van de onderaannemer werd geschreven zonder dat de weerslag op de financiering van de hoofdaannemer expliciet in ogenschouw werd genomen. Uit deze bijdrage moet voldoende blijken dat het vraagstuk van «samenloop» een verdeelde rechtsleer en rechtspraak heeft uitgelokt. Het moge duidelijk zijn dat een expliciete wet die eveneens oog zou hebben voor de verhouding van de wettelijke beschermingsmiddelen van de onderaannemer tot de financiering van de hoofdaannemer met haar geëigende waarborgen, veel tijd- en energieverlies in de bedrijfswereld en in de rechtbanken zou besparen.

Achilles CUYPERS

¹⁶⁰ Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *B.S.*, 22 januari 1994.

¹⁶¹ Zie voor een bespreking van deze wet: CUYPERS, A., en DIRIX, E., «Wet 3 januari 1958», in *Comm. Voorr.*; DIRIX, E., en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, o.c., 175.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 JANUARI 1997

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal

Advocaat: mr. Delahaye

Burgerlijke rechtspleging – Betekening en kennisgeving – Keuze van woonplaats – Nietigheid

Indien de partij op wier verzoek de betekening in het buitenland verricht is, de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend wordt, in België, kende, diende zij te betekenen aan die plaats. Het betreft niet een mogelijkheid, maar een verplichting, die de openbare orde raakt.

A. t/W

Gelet op het bestreden vonnis, op 24 oktober 1995 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel;

Over het middel: schending van de artikelen 40, eerste en vierde lid, 861 en 862 van het Gerechtelijk Wetboek, laatstgenoemd artikel zoals het van toepassing was vóór de wijziging ervan bij de wet van 3 augustus 1992,

...
Overwegende dat uit het bestreden vonnis blijkt dat het door de vrederechter op 4 juni 1991 bij verstek gewezen vonnis aan eiser is betekend op verzoek van verweerster; dat zij in het betekeningsexploot woonplaats heeft gekozen bij de optredende gerechtsdeurwaarder; dat eiser tegen dat vonnis verzet heeft gedaan en dat heeft betekend aan de woonplaats van verweerster in Zuid-Afrika;

Overwegende dat artikel 40, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek met name bepaalt dat de betekening in het buitenland ongedaan is indien de partij op wier verzoek ze verricht is, de gekozen woonplaats van degene aan wie betekend wordt, in België, kende;

Dat eiser de gekozen woonplaats van verweerster kende, zodat hij zijn verzet aan haar diende te betekenen aan die plaats; dat het hier niet een mogelijkheid, maar een verplichting betreft; dat uit het gebruik van de woorden «ongedaan is» (in het Frans «est non avenue») blijkt dat die verplichting de openbare orde raakt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – *Woonstkeuze als bananenschil*

1. Niet alleen bij de betekening van exploten in maritieme zaken is extra waakzaamheid geboden (zie Broeckx, K., «Betekening in maritieme zaken: extra waakzaamheid geboden», *R.W.*, 1996-97, 1404-1406). De strenge sanctie van artikel 40, *in fine*, Ger.W. moet de procespartijen ertoe aanzetten zeer voorzichtig te zijn en de nodige voorzorgen te nemen bij elke betekening van een exploit in het buitenland.

2. In bovenstaand arrest bevestigt het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak. Ongedaan is de betekening in het buitenland, wanneer de gekozen woonplaats in België gekend is. Wie de gekozen woonplaats van tegenpartij kende, moet aan die plaats betekenen. Het Hof is van oordeel dat het hier niet een mogelijkheid, maar een verplichting betreft. Uit het gebruik van de woorden «ongedaan is» (in het Frans «est non avenue») in art. 40, vierde lid, Ger.W. blijkt volgens het Hof dat die verplichting de openbare orde raakt.

3. De geadieerde rechter kan zodanige betekening niet rechtsgeldig verklaren op de enkele grond dat degene aan wie aldus in het buitenland betekend is, moet bewijzen dat de aangevoerde onregelmatigheid zijn belangen heeft geschaad (zie onder meer: Cass., 15 november 1991, *R.W.*, 1991-92, 934, noot; Cass. 15 september 1993, *P. & B.*, 1994, 31, noot Raes, S.).

4. Ongetwijfeld zijn betekeningen in het buitenland nodeloos en procesoneconomisch, wanneer de partij op wier verzoek de betekening aldaar verricht is, de gekozen woonplaats in België kent of geacht wordt te kennen. Een binnenlandse betekening biedt immers in beginsel meer rechtszekerheid inzake behoorlijke oproeping en houdt een besparing van tijd (geen verlenging van termijnen) en kosten (geen verzendings- en vertalingskosten) in.

5. Dat het eindvonnis de partij die – op grond van art. 40 Ger.W. ten onrechte – in het buitenland betekende, hoe dan ook in de supplementaire kosten verwijst, lijkt niet meer dan logisch en billijk. Zij ageerde immers niet volgens de regels van de proceseconomie en moet hiervan de gevolgen dragen. Deze partij bestraffen met een absolute nietigheid van de akte van betekening lijkt daarentegen maatschappelijk onaanvaardbaar, zeker wanneer de geadresseerde – ondanks de betekening van de akte in het buitenland – ter zitting voor de geadieerde rechter is verschenen en verweer gevoerd heeft.

6. In het geannoteerd arrest geeft het Hof van Cassatie weerom blijk van een overdreven formalisme. Art. 867 Ger.W. verplicht nochtans ook de cassatierechter om het normdoel te onderzoeken voor het toepassen van een processuele sanctie. Het Hof van Cassatie negeert in het besproken arrest niet alleen de toets van het bereikte normdoel (met name de aanwezigheid van de geadresseerde ter zitting). Het miskent eveneens de regel van de proportionaliteit: wanneer de rechter van oordeel is dat het normdoel niet bereikt werd, moet

hij evenwel vooraf toetsen of de opgelegde sanctie niet kennelijk onredelijke gevolgen met zich brengt (in vergelijking met het te bereiken normdoel) (zie hierover: De Corte, R. Laenens, J., Taelman, P. en Broeckx, K., «Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht», in *De norm achter de regel*, 1995, (45), 79-80, nr. 64).

7. Uit bovenstaand arrest blijkt overduidelijk dat het Hof van Cassatie het werpen van een bananenschil voor de voeten van de tegenpartij acceptabel blijft vinden. Een en ander blijkt uit de feiten. Verweerster met woonplaats in Zuid-Afrika had in haar gedinginleidende akte geen woonstkeuze gedaan. Ze deed het pas in de akte van betekening van het door haar verkregen verstekvonnis. Een dergelijke keuze van woonplaats in een exploit van betekening gebeurt vaak nogal onopvallend en in kleine letters. De wet voorziet daarenboven geenszins in een verplichte woonstkeuze in de akte van betekening van een vonnis.

8. Hoe dan ook, de boodschap van het Hof van Cassatie is overduidelijk: wie in het buitenland zijn woonplaats of zetel heeft, doet best een woonstkeuze in een of andere proceshandeling in de hoop dat zijn argeloze tegenpartij in de val trapt; een betekening in het buitenland is absoluut nietig, al verschijnt de arglistige partij ter terechtzitting.

Jean Laenens

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 29 APRIL 1997

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Vanes

Rechten van verdediging – Verweer van beklaagde

Door bij het bepalen van de strafmaat o.m. in aanmerking te nemen de wijze waarop de beklaagde zijn verweer voerde, ontkent de strafrechter de beklaagde het recht om zijn verdediging op te bouwen zoals hij zelf oordeelde dit te moeten doen. Zodoende wordt zijn recht van verdediging miskend.

Van S.

Gelet op het bestreden vonnis, op 16 februari 1996 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Mechelen;

Overwegende dat eiser wordt veroordeeld wegens het negeren van een verkeersbord B5 op grond van een procesverbaal waarin naar luid van het vonnis de verbalisant vermeldde: «Vaststeller kon ternauwernood aanrijding vermijden toen overtreder plots kruispunt op reed»;

Overwegende dat eiser in conclusie bij de appelrechters onder meer aanvoerde: «niet alleen bevat het procesverbaal geen gegevens betreffende het eigen rijgedrag van de betrokken verbalisant, maar bovendien kan hij uiteraard onmogelijk een neutraal en objectief waarnemer zijn geweest»;

Overwegende dat de appelrechters de aan eiser opgelegde straf verzwaren met de bijzondere motivering: «rekening

houdend met de ernst van de overtreding en het feit dat (eiser) weinig blijkt geeft van verantwoordelijkheidszin nu hij de door hem begane overtreding weigert in te zien en deze tracht af te wentelen op andere weggebruikers, meent deze rechtbank met éénparigheid dat de hiernavolgende straf meer aangepast is»;

Overwegende dat uit de context blijkt dat de appelrechters bij het bepalen van de strafmaat onder meer in aanmerking nemen de wijze waarop eiser zijn verweer voerde;

Dat zij hiermee eiser het recht ontkennen om zijn verdediging op te bouwen zoals hij zelf oordeelde dit te moeten doen en zodoende zijn recht van verdediging miskennen;

(...)

NOOT – Over het recht van verdediging

1. Elke beklaagde is vrij om zijn verdediging te organiseren en te voeren zoals hij meent dit te moeten doen en de strafrechter mag bij de bepaling van de straf of de aard van de maatregel geen rekening houden met de wijze waarop de beklaagde zijn verdediging voert (Cass., 6 maart 1990, *Arr.Cas.*, 1989-90, nr. 408; Hof Antwerpen, 8 mei 1992, *R.W.*, 1992-93, 160).

2. De strafrechter mag ongetwijfeld rekening houden met post factum gegevens: de goede voornemens, inkeer, schuldbesef, berouw, leedwezen t.a.v. de slachtoffers zullen de strafrechter tot mildheid kunnen stemmen, terwijl leedvermaak, volharding in de boosheid, bedreiging van het slachtoffer of zijn familie, een zware bestraffing rechtvaardigen, zelfs als deze gedragingen pas na het plegen der feiten plaatsvonden.

3. Maar het boosaardig gedrag na het plegen der feiten heeft niets te maken met het recht van verdediging. De ontkenning van de strafbare feiten, het van zich afschuiven van de verantwoordelijkheid, het beschuldigen van derden of het aanwenden van vertragsmanoeuvres zijn geen redenen om de beklaagde strenger te beoordelen. Ze zijn slechts een reactie op de beschuldigingen en elke beklaagde heeft zijn eigen stijl, zijn eigen manier en zijn eigen middelen om zich schrap te zetten.

De strafrechter heeft zich niet uit te spreken over de gepastheid van deze reactie en mag de bestraffing niet laten afhangen van de manier waarop het recht van verdediging wordt uitgeoefend.

Cet animal est très méchant, quand on l'attaque, il se défend...

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 27 MEI 1997

Voorzitter: de h. Holsters

Rapporteur: de h. Frère

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Frejlich

Jeugdbescherming – Bijzondere jeugdbijstand – Maatregel – Vervanging

De jeugdrechtbank kan een met toepassing van art. 23, § 1, van de op 4 april 1990 gecoördineerde decreten inzake bijzondere jeugdbijstand in problematische opvoedingssituaties genomen maatregel slechts door een andere maatregel die in dat artikel geregeld is, vervangen op verzoek van de minderjarige, zijn wettelijke vertegenwoordiger, de in art. 40, § 2, bedoelde sociale dienst of het openbaar ministerie.

De jeugdrechtbank vermag dat niet ambtshalve te doen.

M.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 maart 1997 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, jeugdkamer;

Over het eerste middel:

...

Overwegende dat artikel 36, eerste lid, 2°, van de wet van 8 april 1965 betreffende de Jeugdbescherming, voor de Vlaamse Gemeenschap is opgeheven bij artikel 22, 2°, van het decreet van 28 maart 1990, welk artikel ingevolge de artikelen 1, 1°, en 4, van het besluit van 20 juli 1994 van de Vlaamse Regering in werking is getreden op 27 september 1994, de dag waarop de wet van 2 februari 1994 tot wijziging van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming in werking trad;

Overwegende dat artikel 52^{quater}, Jeugdbeschermingswet slechts geldt ten aanzien van de personen die vervolgd worden wegens een als misdrijf omschreven feit gepleegd vóór de volle leeftijd van achttien jaar;

Overwegende dat naar luid van het eveneens op 27 september 1994 in werking getreden artikel 22, lid 1, 1°, van de bij besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 1990 gecoördineerde decreten inzake bijzondere jeugdbijstand, de jeugdrechtbank kennis neemt van problematische opvoedingssituaties wanneer het openbaar ministerie een afdwingbare pedagogische maatregel noodzakelijk acht, nadat de zaak hem door de bemiddelingscommissie is doorverwezen overeenkomstig artikel 17, § 2, lid 4, van het vermelde besluit;

Dat naar luid van artikel 23, § 1, van de vermelde gecoördineerde decreten de jeugdrechtbank in problematische opvoedingssituaties als bedoeld in het vermelde artikel 22, lid 1, 1°, onder meer, (11°) uitzonderlijk en voor ten hoogste één jaar, de minderjarige kan toevertrouwen aan een geschikte open inrichting, (12°) uitzonderlijk en voor ten hoogste drie maanden, de minderjarige die de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, kan toevertrouwen aan een geschikte gesloten gemeenschapsinstelling, wanneer wordt aangetoond onder meer dat de minderjarige zich aan de in de in (11°) bedoelde maatregel herhaaldelijk onttrekt en dat deze maatregel noodzakelijk is voor het behoud van de integriteit van de persoon van de minderjarige;

Dat, naar luid van artikel 26, § 1, van de vermelde gecoördineerde decreten, de maatregelen bedoeld in artikel 23, § 1, zowel tijdens de voorbereidende rechtspleging als tijdens en na de rechtspleging over de grond van de zaak kunnen worden genomen en ze te allen tijde kunnen worden ingetrokken of op verzoek van de minderjarige, zijn wettelijke vertegenwoordiger, de in artikel 40, § 2, bedoelde sociale dienst of het openbaar ministerie worden vervangen door een andere maatregel die in dat artikel is geregeld;

Overwegende dat uit de context van de vermelde artikelen volgt dat de jeugdrechtbank een met toepassing van artikel 23, § 1, van de op 4 april 1990 gecoördineerde decreten inzake bijzondere jeugdbijstand in problematische op-

voedingssituaties genomen maatregel slechts door een andere maatregel die in dit artikel is geregeld kan vervangen op verzoek van de minderjarige, zijn wettelijke vertegenwoordiger, de in artikel 40, § 2, bedoelde sociale dienst of het openbaar ministerie en dat de jeugdrechtbank dit niet ambtshalve vermag te doen;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat eiseres op 4 april 1996, op bevel van 26 maart 1996 van het openbaar ministerie, voor de Jeugdrechtbank te Antwerpen werd gedagvaard «ten einde de maatregel te herzien, genomen bij vonnis van 8 mei 1995 van de Jeugdrechtbank te Antwerpen waarbij (eiseres) behouden bleef in het gezin van Van L. te Antwerpen»;

Dat de Jeugdrechtbank te Antwerpen bij vonnis van 22 april 1996 «met toepassing van artikel 36/2 van de wet van 8 april 1965, zoals thans omschreven in artikel 2, a, van de gecoördineerde decreten van 4 april 1990, met toepassing van artikel 23, § 1, 11°, 24, 25/2°, 26 en artikel 42 van de gecoördineerde decreten van 4 april 1990, artikel 45/2b, 46, 60, 63bis, ter en *quinquies* van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, gewijzigd en aangevuld door de wet van 2 februari 1994», de maatregel genomen bij vonnis van 8 mei 1995 wijzigt en «zegt dat (eiseres) toevertrouwd wordt aan home Wingerdbloei, Cogels Osylei 61 te Antwerpen-Berchem (...) voor de duur van een jaar»;

Dat de jeugdrechtbank bij beschikking van 31 januari 1997 heeft bevolen «dat (eiseres) behouden blijft in Home Wingerdbloei (...) onder het stelsel van Begeleid Zelfstandig Wonen, met toelating voor (eiseres) te verblijven op het adres (...) te 2018 Antwerpen»;

Dat de jeugdrechtbank bij de beroepen beschikking van 6 maart 1997, «gezien (de) artikelen 36/2 van de Wet van 8 april 1965 betreffende de Jeugdbescherming zoals thans omschreven in artikel 2/a van de gecoördineerde decreten van 4 april 1990, artikel 26 van het decreet van 28 maart 1990; gezien artikel 23, § 1, 12°, 26 en 42 van de gecoördineerde decreten van 4 april 1990», beslist dat, «gezien de negatieve berichten over het gedrag van (eiseres) in home Wingerdbloei», eiseres «toevertrouwd wordt aan de groep Openbare Instellingen voor observatie en opvoeding onder toezicht, zijnde de Gemeenschapsinstelling voor Bijzondere Jeugdbijstand 'De Zande', afdeling Beernem, St.-Andreaslaan 5 te Beernem (...) voor een voorlopige duur van drie maanden»; dat de onmiddellijke uitvoering van de beschikking wordt bevolen;

Dat het bestreden arrest, met verwijzing naar de in de beroepen beschikking vermelde wetsbepalingen evenals naar, onder meer, de artikelen 52^{quater}, 58, vierde lid, 61, 62, 63bis, § 1, 63ter en 63^{quater} van de Jeugdbeschermingswet, de beroepen beschikking bevestigt;

Overwegende dat het bestreden arrest, op grond van de wetsbepalingen die het aanwijst, de ambtshalve genomen beschikking van de jeugdrechtbank tot vervanging van een bij vonnis genomen maatregel bedoeld in artikel 23, § 1, van de vermelde gecoördineerde decreten door een andere maatregel die in dit artikel is geregeld, niet wettig vermag te bevestigen, mitsdien de beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 2 OKTOBER 1997

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Bützler

Gewijsde (rechterlijk) – Beslissing van de strafrechter – Gezag – Draagwijdte – Rechten van de mens – Recht van verdediging – Burgerlijk geding – Derde die geen partij was in het strafgeding

Krachtens art. 4 V.T.Sv. mogen, in de regel, beslissingen op de strafvordering niet opnieuw ter sprake worden gebracht ter gelegenheid van een burgerlijk proces.

Die regel moet evenwel gelezen worden in samenhang met het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging en art. 6, lid 1, E.V.R.M.

Het gezag van het strafrechtelijk gewijsde staat er niet aan in de weg dat een partij in een later burgerlijk proces de kans moet hebben de gegevens, afgeleid uit het strafgeding, te betwisten in zoverre zij geen partij was in het strafgeding of er niet vrij haar belangen kon laten gelden.

N.V. R. t/ V.

Conclusie van advocaat-generaal G. Dubrulle

De bestreden beslissing heeft het vonnis van de eerste rechter bevestigd, dat de regresvordering van eiseres tegen haar verzekerde, verweerder, op grond van zware fout (art. 25.9 en 25.10 van de modelpolis), had afgewezen.

Verweerder werd bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de strafrechter veroordeeld tot onderscheiden straffen wegens het onopzettelijk toebrengen van letsels enerzijds en sturen in staat van strafbare alcoholintoxicatie en dronkenschap anderzijds.

De (door eiseres reeds vergoede) benadeelden stelden zich geen burgerlijke partij, zodat eiseres kon, noch mocht aanwezig zijn in het strafproces.

Het bestreden arrest stelt dat de regresvordering ongegrond is omdat eiseres hoe dan ook zich niet kon bemoeien met de toepassing van de strafwet, meer bepaald door toepassing te eisen van artikel 65 Sw. (één enkele straf, waaruit meteen het oorzakelijk verband tussen de alcoholintoxicatie en/of de dronkenschap en de schade valt af te leiden). Redenen van openbare orde beletten, volgens het arrest, dat zelfs art. 6.1 E.V.R.M. de absolute regel van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde zou kunnen opheffen.

Deze verdragsbepaling geeft een ieder het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak, wat volgens de rechtspraak van uw Hof (Voltallige terechtzitting, 15 februari 1991, op conclusie van A.G. D'Hoore, A.C., 1990-91, nr. 322) o.m. inhoudt dat de partijen in een burgerlijk geding gelijke kansen moeten hebben om de door de andere partijen aange dragen bewijzen te weerleggen. Dit verdragrechtelijk gewaarborgd recht met directe werking primeert dus het internrechtelijk algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde.

Deze rechtspraak is volgens het bestreden arrest te dezen niet relevant: in die casus had de verzekeraar voor de straf-

rechter een louter feit (de plaats van het ongeval) niet kunnen betwisten, terwijl, in het onderhavige geval, eiseres niet eens het recht had zich in te laten met de strafwet, zodat ze ook niet meer (voor de burgerlijke rechter) kon beweren dat haar rechten geschonden waren.

Het enig middel voert schending aan van artikel 6, lid 1 E.V.R.M. en van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging door de appèlrechter, omdat hij eiseres niet heeft toegelaten de afwezigheid van een causaal verband tussen het besturen van zijn voertuig, door verweerder, in staat van alcoholintoxicatie en dronkenschap en het ongeval te betwisten.

Het motief waarop deze weigeringsbeslissing steunt, nl. dat eiseres in het strafproces geen rechten kon laten gelden en o.m. zich met de toepassing van de strafwet zelf niet mocht bemoeien, is op zichzelf geen voorwerp van kritiek en voor eiseres zelfs «niet relevant». Ook de omvang van het strafrechtelijk gewijsde zoals het bestreden arrest dat beschouwt staat in het middel als zodanig niet ter discussie. Het middel vecht de beslissing slechts aan omdat de burgerlijke rechter daarin eiseres niet toestaat hem een bewijsing over haar rechten voor te dragen, nadat ze dat reeds voor de strafrechter niet mocht doen, terwijl ze dit laatste wettelijk verbod niet kan noch wil betwisten. Het middel, dat enkel, behalve van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, de schending van art. 6, lid 1, E.V.R.M. aanvoert, lijkt me derhalve ontvankelijk. Overigens was dat ook zo in 1991, wat het Hof niet belette, op grond van de ontwikkelingen in het middel, de inhoud van deze verdragrechtelijke bepaling met het begrip van het internrechtelijk algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde af te wegen.

Deze zaak verschilt evenwel van de zaak die het voorwerp was van dat belangrijk arrest van 15 februari 1991, niet wezenlijk om de door het bestreden arrest aangehaalde reden, maar omdat thans aan de burgerlijke rechter gevraagd werd niet een louter door de strafrechter vastgesteld feit alsnog te mogen betwisten, maar een uit het tot het penale beperkte dictum van de strafrechter afgeleid civielrechtelijk gevolg: het oorzakelijk verband tussen (een) als misdrijf geacht feit(en) en de schade, wat een beoordeling inhoudt.

Bij arrest van 14 april 1994 (A.C., 1994, nr. 178) hebt U ook deze door het arrest van 15 februari 1991 geformuleerde regel – nl. dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. meebrengt dat het gezag van het strafrechtelijk gewijsde aan derden, die geen partij waren in het strafproces, slechts kan worden tegengeworpen behoudens tegenbewijs – toegepast op de voorziening van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds, dat geen partij was in een strafproces maar voor de burgerlijke rechter de dekkingplicht van de verzekeraar bewees: het gezag van het strafrechtelijk gewijsde, waaruit het niet-bestaan van een verzekeringsovereenkomst werd afgeleid, kan aan het fonds niet tegengeworpen worden.

En het arrest van 14 juni 1996 (A.R. nr. C.94.0449.F, A.C., 1996, nr. 234) besliste dat een eerlijk proces hem niet gewaarborgd was indien het de verzekeraar niet toegestaan was de feitelijke elementen waarop de vrijspraak van de verzekerde gebaseerd was te betwisten.

Thans rijst de vraag of deze regel ook hier geldt en, indien niet, welk het verschil is met de aangehaalde preceden-ten dat het doortrekken van deze oplossing zou beletten.

Op het vlak van de regel zelf zie ik dit verschil niet: het komt me voor dat ook in die preceden-ten enige beoorde-ling van de strafrechter aan de orde was, die de civiele rech-ter niet bond: het bepalen van de plaats van een aanrijding waarover betwisting is, aangezien de oplossing van deze be- twisting noodzakelijk is voor de beoordeling van de verant- woordelijkheid; de beslissing dat er geen verzekeringsover- eenkomst is; of het bepalen van de feitelijke elementen waar- op een vrijspraak gebaseerd is. Waarom zou deze vrijheid van de burgerlijke rechter niet bestaan als het gaat over de be- oordeling van een oorzakelijk verband tussen misdrijven en een schadeverwekkende gebeurtenis, wanneer de strafrech- ter niet eens kennis heeft genomen van een daarop stoelen- de burgerlijke rechtsvordering?

Dat men deze regel zou toepassen lijkt me nl. des te meer verantwoord wanneer men dus niet eens de zekerheid heeft dat het strafrechtelijk gewijsde zich inderdaad tot een der- gelijke beoordeling uitstrekt, zoals het bestreden arrest dat beschouwt. Mij lijkt dat te dezen zelfs helemaal niet het ge- val te zijn, waarbij het antwoord dan wellicht voor de hand ligt: dit arrest kan de kritiek van het middel niet weerstaan... zonder hoofdbrekerij over dat gewijsde. Hoewel eiseres te- genspraak heeft kunnen voeren en ook gevoerd heeft over de omvang van het strafrechtelijk gewijsde, waarbij ze, vol- gens de vaststellingen van het arrest, zelfs stelde dat er geen gewijsde was over dat oorzakelijk verband, zodat de burger- lijke rechter volledig vrij bleef, wordt haar toch – op grond van een anders begrepen gewijsde – elke kans tot weerleg- ging van een door de verweerder (haar verzekerde) tegen- geworpen middel ontnomen. Ze heeft dan toch, minstens op het vlak van de bewijsvoering, niet dezelfde kansen gehad als de verzekerde, die reeds verweer heeft kunnen voeren voor de strafrechter en voor de burgerlijke rechter, qua be- wijs, kan volstaan met het voorleggen van een vonnis van die strafrechter, die zich niet eens over de burgerlijke aspecten van de zaak hoefde uit te spreken. De toegang tot de bur- gerlijke rechter aan een partij weigeren omdat ze hoe dan ook reeds voor de strafrechter haar rechten niet mocht la- ten gelden, lijkt me in elk geval geen «eerlijke» behandeling van haar zaak. Deze eerlijke behandeling slaat toch op het geheel burgerlijk proces en niet alleen op het debat over de toegang tot de rechter.

Ik zou hier kunnen eindigen met het besluit dat het mid- del gegrond lijkt, ware het niet dat dit een al te beperkte con- clusie zou zijn voor een ruime problematiek die de volle aan- dacht van uw Hof verdient.

Het bestreden arrest houdt nl. een kluwen van beslissin- gen in m.b.t. gevoelige en moeilijke rechtsvragen, die inder- daad voortvloeien uit de in ons recht aangehouden dualiteit van rechtspraak en haalt bestaan en omvang van het gewijs- de door mekaar, alvorens tot de eindbeslissing te komen.

Het beslist o.m. dat «de niet-toepassing van art. 65 Sw. (na- tuurlijk meebrengt) dat de dronkenschap/intoxicatie geen oorzaak of mede-oorzaak is van het ongeval» en dat «het be- wijs erga omnes van het ontbreken van ieder causaal ver- band tussen het ongeval en de dronkenschap/intoxicatie in casu enkel (voortspruit) uit de loutere toepassing van de strafwet (...) en niet uit in de vroegere strafprocedure aan- genomen motieven of feitelijke vaststellingen (...)»

Hoewel het middel dus geen schending aanvoert van het algemeen rechtsbeginsel van het gezag, erga omnes, van het strafrechtelijk gewijsde (noch van artikel 65 Sw.) en zijn kri-

tiek beperkt tot de weigering van de burgerlijke rechter het verweer van een partij betreffende haar burgerlijke rechten te aanhoren (terwijl diens motief daarvoor zelfs «niet relevant» is) beslist het arrest toch dat de verdragsbepaling hier moet wijken voor dat intern algemeen rechtsbeginsel... en dus dat het interne recht het rechtstreeks toepasselijk verdragsrecht primeert! Het beslist vooraf namelijk als volgt: «Om redenen van openbare orde en rechtszekerheid is iedereen gehouden door wat de strafrechter zeker en noodzakelijk beslist heeft en dat daaruit voor sommigen bepaalde nadelige gevolgen kunnen voortspuiten, is geen geldige basis om het soevereine beoordelingsrecht van de strafrechter achteraf uit te hollen door een beroep te doen op artikel 6, lid 1, E.V.R.M. dat geen afbreuk kan doen aan wat de strafrechter overeenkomstig de geldende strafwet besliste noch aan de gevolgen die daaraan noodzakelijkerwijze verbonden zijn.» Nochtans twijfelt, sedert uw arrest van 27 mei 1971 (*A.C.*, 1971, 959, met concl. proc.gen. Ganshof van der Meersch, *Bull. en Pas.*, 1971, I, 888, inzake *Le Ski*, waaraan nog herinnerd werd door adv.-gen. D'Hoore in zijn voormelde conclusie voor het arrest van 15 februari 1991, *l.c.*, p. 644) niemand er nog aan dat de verdragsbepaling, die een directe werking heeft, voorrang moet hebben op de nationale rechtsregels.

Het is dus, m.i., zelfs in deze zaak, niet zonder belang eraan te herinneren hoezeer de rechtspraak van het Hof, in het kader van de regresvordering van de verzekeraar – en in het licht van art. 65 Sw. – de inhoud van dat gewijsde, waaraan het arrest zo'n absoluut gezag verbindt, nochtans op zeer genuanceerde wijze is gaan afbakenen, zodanig dat men wel mag zeggen dat het beginsel zelf bijzonder relatief is geworden. De rechtspraak van de beroepshoven en rechtbanken hollen het zelfs volledig uit (Vandenbergh, H., Van Quickenborne, M. en Wynant, L., «Overzicht van rechtspraak aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1985-1993», *T.P.R.*, 1478-1481, nrs. 170-170; Gent, 21 oktober 1994, *R.W.*, 1994-1995, 1297). In de meeste ons omringende landen is het bedoeld beginsel zelfs onbekend, werd het zeer afgezwakt of helemaal verlaten (zie de voormelde conclusie van A.G. D'Hoore, *l.c.*, p. 645).

Nadat procureur-generaal Ganshof van der Meersch, met verwijzing naar opgemerkte studies van drie eminente leden van het Hof, herinnerd had aan het algemeen aanvaard, doch ongeschreven, beginsel van de preëminentie van de publieke vordering op de burgerlijke rechtsvordering, omdat de eerste betrekking heeft op openbare belangen, terwijl de tweede slechts private belangen betreft, voegde hij daar meteen aan toe dat, ondanks de rijke literatuur, over de draagwijdte van dat beginsel, d.w.z. de grenzen die, in de beslissing van de strafrechter, zich aan de burgerlijke rechter opdringen, nogal wat vragen bleven rijzen (conclusie voor Cass., 21 mei 1970, *Pas.*, 1970, 827). Hij herinnerde aan de rechtspraak van het Hof dat het gezag van gewijsde slechts verbonden wordt aan wat de strafrechter zeker en noodzakelijk beslist heeft en dat daarbij niet alleen het dictum maar ook de noodzakelijke motieven die het ondersteunen in aanmerking genomen dienen te worden.

De artikelen 58 t.e.m. 65 Sw. hebben betrekking op de samenloop van verscheidene misdrijven en de in die gevallen toe te passen straftoemeting, dus op het onderling verband tussen die misdrijven... en niet op het oorzakelijk verband tussen een misdrijf of meerdere misdrijven en daaruit ont-

stane schade, die nl. slechts in voorkomend geval de burgerlijke rechtsvordering betreft.

Luidens (het toepasselijk) artikel 65 Sw. moet de rechter één straf uitspreken: 1. wanneer een zelfde feit verscheidene misdrijven oplevert; 2. wanneer verschillende misdrijven de uitvoering zijn van een zelfde misdadig opzet. Wanneer hij dat dus niet doet betekent dit dat, doordat hij de regelen van de meerdaadse samenloop toepast, het voor hem niet vaststaat dat het hetzelfde feit of hetzelfde opzet is, m.a.w. dat hij bijgevolg noodzakelijk beslist – mogelijk enkel omdat hij geen zekerheid heeft over de uniciteit van het strafbaar gedrag en/of zich, zonder dat uit te drukken, bewust is van de gevolgen op burgerrechtelijk vlak, bv. wegens de waarschijnlijkheid van een regresvordering van de verzekeraar, die hij aldus schept en dus uitermate behoedzaam te werk gaat – dat er twee onderscheiden strafbare feiten zijn, bv. enerzijds het, door onvoorzichtigheid of gebrek aan voorzorg, toebrengen van letsels, dus lichamelijke (en eventueel andere) schade, anderzijds een («aflopende») verkeersovertredding of het («voortdurend») sturen in staat van alcohol-intoxicatie en/of dronkenschap. Maar ook niet meer. Dit betekent dus niet dat de strafrechter, in dat geval, «noodzakelijk» heeft beslist dat deze toestand van de beklaagde zelfs niet gedeeltelijk heeft kunnen bijdragen tot zijn onvoorzichtigheid.

Volgens de bij arresten van 19 september 1968 (*A.C.*, 1969, 72) en 21 mei 1970 (*l.c.*) gevestigde rechtspraak van het Hof volgt uit het uitspreken, door de strafrechter, van twee onderscheiden straffen wegens (bv.) onopzettelijke letsels en/of een verkeersovertredding enerzijds en dronkenschap anderzijds in beginsel dat de toestand van dronkenschap als vreemd aan het misdrijf van onvoorzichtigheid moet worden beschouwd. Maar dit geldt dus slechts in beginsel. In zijn reeds vermelde conclusie voor laatstgenoemd arrest (*l.c.*, p. 836) stelt P.G. Ganshof van der Meersch dat dit niet steeds het geval is en dat de burgerlijke rechter o.m. oog moet hebben voor wat de strafrechter «zeker» beslist heeft. Het arrest van 27 november 1970 (*A.C.*, 1971, 293) leert dat de burgerlijke rechter gebonden is door de beslissing van de strafrechter die geen met het toepassen van twee afzonderlijke straffen strijdige redenen inhoudt en dus impliciet een oorzakelijk verband tussen de (afzonderlijke) fout (i.c. sturen in staat van strafbare alcoholintoxicatie) en het ongeval uitsluit.

De arresten van 12 maart 1984 (*A.R.* nr. 4231, *A.C.*, 1983-84, nr. 399) en 18 juni 1987 (*A.R.* nr. 7637, *A.C.*, 1986-87, nr. 640) versoepelden deze regel als volgt: de strafrechter die, in hetzelfde geval niet bepaalt welk van de misdrijven de oorzaak van het verkeersongeval en de schade is, «sluit» elk oorzakelijk verband tussen het misdrijf sturen in staat van dronkenschap en alcoholintoxicatie en de schade niet noodzakelijk uit.

En het arrest van 11 maart 1988 (*A.R.* nr. 5663, *A.C.*, 1987-88, nr. 435) stelt zelfs dat, steeds in hetzelfde geval, de strafrechter, die geen uitspraak heeft hoeven te doen en zich niet heeft uitgesproken over de schade en over de oorzaak van de schade, niet beslist dat de toestand van de beklaagde noch de oorzaak noch één van de oorzaken van het ongeval is geweest.

Het arrest van 22 juni 1989 (*A.R.* nr. 8427, *A.C.*, 1988-89, nr. 625) beslist dat de burgerlijke rechter, steunend op de motieven van de strafrechter, niettemin kan beslissen dat het

ontbreken van een oorzakelijk verband tussen de staat van dronkenschap en het doden niet bewezen is (zie evenwel de noot E.K. onder dit arrest).

En het arrest van 6 mei 1993 (A.R. nr. 9428, A.C., 1993, nr. 222) stelt dat de burgerlijke rechter zijn beoordelingsvrijheid eveneens behoudt wanneer hij in de motivering van de strafrechter een tegenstrijdigheid meent te ontdekken, doordat, volgens deze motivering, de staat van dronkenschap geen oorzakelijk verband met het ongeval vertoonde.

Ten slotte moet de aandacht toch gevestigd worden op de vervanging – hoewel te dezen niet toepasselijk – van artikel 65 Sw. door artikel 45 van de wet van 11 juli 1994, waardoor zelfs de strafrechter kan geroepen worden met mogelijks hetzelfde opzet gepleegde feiten te beoordelen na een andere strafrechter en alsdan met de door deze reeds uitgesproken straffen rekening moet houden. Hoewel deze regel geen betrekking heeft op «een zelfde feit» maar op verschillende opeenvolgende en voortgezette misdrijven/feiten, plaatst hij de zo-even overlopen rechtspraak meteen toch in een ander perspectief en de vraag rijst m.i. zelfs of hij – mede gelet op de voormelde uitholling – niet verlaten moeten worden: het strafrechtelijk gewijsde, meer bepaald de reeds toegepaste straftoemeting, is een factor van een nieuwe beoordeling. Houdt een bepaalde straftoemeting een andere boodschap in voor een burgerlijke rechter dan voor een «tweede» strafrechter?

Het bestreden arrest beslist dat door de afzonderlijke bestraffing er dus erga omnes uitgemaakt is dat het causaal verband ontbreekt tussen de alcoholintoxicatie/dronkenschap en het ongeval (en geeft een reden daartoe die evenmin bekritiseerd wordt).

Er zij, om samen te vatten, herinnerd aan de in het zo-even aangehaald arrest van 6 mei 1993 en laatst in het arrest van 24 januari 1997 (A.R. nr. C.94.119.N) opnieuw geformuleerde algemene regel dat het gezag van gewijsde in strafzaken nl. alleen geldt voor hetgeen zeker en noodzakelijk door de strafrechter is beslist, met betrekking tot het bestaan van de aan de beklaagde ten laste gelegde feiten en rekening houdend met de motieven die de noodzakelijke grondslag van de beslissing in strafzaken uitmaken.

Ook na bedoelde wetwijziging dient het respect voor de beslissing van de rechter, meer bepaald van de strafrechter, welke beslissing dus bij uitstek de openbare orde aanbelangt – een van de nog zeldzame maar ook zekerste waarborgen voor een democratische samenleving – hoog te worden gehouden, in ieder geval op het zuiver penaal vlak. Maar dit overzicht toont m.i. toch ook aan dat het gezag van diens beslissing door de rechtspraak van uw Hof enigszins «gedemystifieerd» werd en in elk geval geen hinderpaal mag zijn voor de uitoefening van de door het E.V.R.M. – althans door zijn artikel 6, lid 1, – gewaarborgde rechten van derden, dus op civielrechtelijk vlak.

Omdat het – zoals in het precedent van 1991 – zelfs geen schending van het bedoeld algemeen rechtsbeginsel aanvoert, maakt het middel, m.i., het Hof echter niet mogelijk een, met deze verdragsbepaling overeenstemmende, beperkte draagwijdte aan te geven en dus, eerder dan, zoals in 1991, een conflictsituatie in het voordeel van de internationale norm op te lossen (zoals prof. Rigaux dat, in zijn noot onder het arrest van 15 februari 1991 (*R.C.J.B.*, 1992, 10-17, inz. 17) voorstelde). Dit beginsel is inderdaad in geen enkele wettekst uitdrukkelijk geformuleerd, maar wordt o.m. uit arti-

kel 4 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering afgeleid.

Volgens de vaste rechtspraak van het Hof (Cass., 12 september 1991, A.R. nr. 9099, A.C., 1991-92, nr. 19) verbiedt deze bepaling dat beslissingen op de strafvordering opnieuw worden betwist ter gelegenheid van een burgerlijk proces: ze hebben gezag van gewijsde «erga omnes».

De kans lijkt me dus nog niet geboden om het principe reeds naar een folkloristisch museum te brengen, zoals em. advocaat-generaal R. Declercq («Feit en kwalificatie in de strafrechtspleging», in *Strafrecht voor rechtspractici*, IV, 240) het kleurrijk uitdrukte. Laten we in elk geval de deur niet openzetten voor schokkende extremen, zoals in de Noord-Amerikaanse rechtspraak, waarbij verrassende, zowel vrijsprekende als veroordelende, jury-uitspraken onmiddellijk worden tegengesproken door een beslissing van de rechter.

Misschien ligt een toekomstige oplossing op een ander vlak. Tot zolang er wettelijke hinderpalen en derhalve redenen blijken te bestaan om niet alle belanghebbenden samen, met al hun middelen, toegang tot een zelfde rechter te bieden om van hem een alomvattende oplossing te krijgen, waarbij vele gewijsde-conflicten, over wat een andere rechter al dan niet zeker en noodzakelijk mag hebben beslist, vanzelf in dat museum zouden belanden, kan men van dat beginsel, bij deze gelegenheid, hoogstens (impliciet?) zeggen wat het niet vermag te doen, zodat het een duidelijker «verdragvriendelijk» imago krijgt en bv. (slechts) zeggen dat het derden, die dus geen partij waren in het strafproces, niet mag beletten, op gevaar van schending van hun recht op een eerlijke behandeling van hun zaak, een door een partij, uit een strafrechtelijk dictum afgeleid, aangedragen «juridisch feit» te weerleggen.

De oplossing in de zin van het arrest van 15 februari 1991 dringt zich m.i. dus zeker op als de toepassing van artikel 6, lid 1, E.V.R.M. geweerd wordt om reden van een internrechtelijk rechtsbeginsel waarvan de draagwijdte in het algemeen reeds zeer relatief is, waarvan de toepasselijkheid te dezen zelfs niet eens vaststond en waarvan, zoals in dat precedent, de schending ook niet wordt aangevoerd. Zoals het reeds vermelde arrest van 14 april 1994 het overweegt, lijkt me alleen al de schending van deze verdragsbepaling tot vernietiging van de bestreden beslissing te kunnen leiden, terwijl het recht van verdediging me nl. op zichzelf niet lijkt te zijn geschonden: enerzijds wordt dit recht als zodanig niet expliciet in artikel 6, lid 1, E.V.R.M. vermeld, zodat het, hoewel het daaruit natuurlijk wel kan worden afgeleid, daarvan toch niet afhankelijk is, terwijl artikel 6, lid 3, E.V.R.M. het wel uitdrukkelijk voorziet in strafzaken; anderzijds liet het hof van beroep eiseres wel haar argumenten uiteenzetten, krachtens welke zij vermocht alsnog haar betwisting ten gronde aan (deze) burgerlijke rechter voor te leggen en heeft dat hof deze argumenten op gemotiveerde wijze, doch niet op grond van een ambtshalve aangevoerd middel, afgewezen.

De verzekerde voert een bewijs aan dat enkel steunt op een dictum van de strafrechter op louter strafrechtelijk vlak, terwijl geen bijzondere motivering als noodzakelijke grondslag hieraan voorafgaat. De wet staat de verzekeraar slechts toe voor de strafrechter tussen te komen, voor zover tegen de verzekerde een burgerlijke rechtsvordering tot vergoeding van de door een motorrijtuig veroorzaakte schade wordt ingesteld (art. 14, § 1, vijfde lid en § 2 W.A.M.; Cass., 27 oktober 1992, A.R. nr. 5356, A.C., 1991-92, nr. 698 en 19 janu-

ari 1994, A.R. nr. B.93.1101.F, A.C., 1994, nr. 31, m.b.t. art. 9 van de wet van 1 juli 1956, waarvan voormeld art. 14 in hoofdzaak de bepalingen overneemt), maar in dat geval kan hij geen rechten tegen de verzekerde doen gelden (art. 14, § 2, tweede lid, W.A.M.). En voor de burgerlijke rechter zou het vonnis van de strafrechter hem weer beletten zijn burgerlijke verplichting, m.n. zijn dekkingsplicht t.o.v. van zijn verzekerde, aan te vechten, terwijl dit vonnis nl. op strafrechtelijk gebied erga omnes en dus uiteraard ook hem tegenwerpbaar is en er, op burgerrechtelijk gebied, geen geding was en hij dus ook daarin niet kon geroepen worden noch partij zijn (art. 14, § 1, eerste lid, W.A.M.). De verzekeraar kan dus voor geen enkele rechter zijn rechten doen gelden. Dit is vanzelfsprekend niet verenigbaar met art. 6, lid 1, E.V.R.M., welke schending, zoals gezegd, volstaat.

Het bedoeld beginsel lijkt me dus ook in deze zaak voor de verdragsbepaling te moeten wijken (en slechts eventueel een met het verdrag verenigbare beperkte uitlegging te kunnen krijgen): hoewel men aldus, zij het slechts theoretisch, een – louter uit de toepassing van de strafwet afgeleide – beoordeling door de strafrechter, maar waaraan geen bijzondere, noodzakelijke motivering voorafgaat, opnieuw in geding kan brengen, lijkt me de verzekeraar – die voor de strafrechter geen enkele kans had – alleszins voor de (burgerlijke) rechter geen gelijke kansen te hebben als zijn verzekerde indien men hem niet toestaat het door deze aangedragen bewijs van een louter uit het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling of uit die toepassing van de strafwet afgeleid gegeven, nl. dat er geen oorzakelijk verband is tussen fout en schade, te weerleggen, in elk geval wanneer, zoals te dezen, de strafrechter zich hierover niet expliciet – en, m.i. zelfs niet impliciet – heeft uitgesproken.

Het middel afgeleid uit de schending van art. 6, lid 1, E.V.R.M. lijkt me dus *gegrond* en ik concludeer derhalve tot *vernietiging* van het bestreden arrest.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 29 september 1993 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, en van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging,

doordat het hof van beroep in de bestreden beslissing de regresvordering van eiseres, steunend op de artikelen 24 en 25, 10°, van de tussen partijen geldende modelpolis tot dekking van de burgerlijke aansprakelijkheid inzake motorvoertuigen en op artikel 16 van de Verzekeringwet van 11 juni 1874, ongegrond verklaart en het vonnis a quo bevestigt, dit op grond van de volgende overwegingen: «In deze aanleg wordt door (eiseres) nu ook aangevoerd dat het door de eerste rechter toegepaste rechtsbeginsel van het gezag van gewijsde erga omnes hoe dan ook in strijd is met de beginselen vastgelegd in artikel 6, lid 1, E.V.R.M. omdat zij, (eiseres), in de strafprocedure niet tussengekomen zijnde, voor de strafrechter ook niet in de gelegenheid is geweest haar standpunt nopens het causaal verband tussen het ongeval en de dronkenschap/intoxicatie voor te dragen; dat, nu zij ingevolge art. 6, lid 1, voornoemd recht heeft op een eerlijke

behandeling van haar zaak bij het vaststellen van haar burgerlijke rechten en verplichtingen, zulks ook impliceert dat zij thans in het onderhavige geding nog de gelegenheid moet krijgen de dronkenschap / zware fout en het causaal verband daarvan met het ongeval te bewijzen en derhalve het door (verweerder) aangevoerde bewijs, zijnde het gezag van gewijsde nopens het ontbreken van dit causaal verband te weerleggen. In feite beklagt (eiseres) er zich over dat de strafrechter bij de bestraffing van voormelde misdrijven a) en b-c) geen toepassing heeft gemaakt van art. 65 Sw. en derhalve afzonderlijke straffen heeft uitgesproken daar hij de ideële samenloop tussen de bewezen verklaarde misdrijven a) en b-c) verwierp. (Eiseres) maakt gewag van een schending van haar recht van verdediging en het haar ontnemen van gelijke kansen bij de verdediging van haar burgerlijke rechten. Van een schending van rechten zou slechts sprake kunnen zijn in de mate waarin (eiseres) de mogelijkheid werd ontnomen die rechten uit te oefenen die ze rechtens ook had kunnen en mogen uitoefenen. Toegepast op het onderhavige geding beduidt zulks dat (eiseres) minstens het recht had moeten bezitten zich tegen de niet-toepassing van art. 65 Sw. te verzetten indien ze in de strafprocedure aanwezig ware geweest en derhalve ook te vorderen dat er slechts één enkele straf zou worden uitgesproken wegens de misdrijven a) en b-c). (Eiseres) kwam in de strafprocedure niet tussen omdat ze de slachtoffers van het ongeval reeds had vergoed. Maar zelfs indien ze in de strafprocedure (vrijwillig) was tussengekomen, dan nog had ze hoegenaamd geen enkel recht om zich te bemoeien met de toepassing van de strafwet of om enige invloed uit te oefenen op het strafrechtelijk aspect van de strafzaak door toepassing te eisen van art. 65 Sw. Op dit stuk is enkel het Openbaar ministerie bevoegd.

Toepassing eisen van artikel 65 Sw. zou er trouwens op neerkomen dat de (eiseres)-verzekeraar voor het strafrecht een agressieve houding tegen haar verzekerde zou aannemen, wat strijdig is met artikel 9, vierde lid, in fine, van de wet van 1 juli 1956. De strafrechter van zijn kant beoordeelt soeverein of er al dan niet redenen zijn om artikel 65 Sw. toe te passen. Het kan niet aangenomen worden dat een derde, in casu (eiseres), die zich in welke mate ook geschaad voelt door de toepassing die de strafrechter van de strafwet heeft gemaakt, achteraf in een burgerlijk geding zou mogen gaan betwisten wat de strafrechter soeverein heeft beslist op louter strafrechtelijk gebied. Om redenen van openbare orde en rechtszekerheid is iedereen gehouden door wat de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist, en dat daaruit voor sommigen bepaalde nadelige gevolgen kunnen voortvloeien, is geen geldige basis om het soevereine beoordelingsrecht van de strafrechter achteraf uit te hollen door een beroep te doen op artikel 6, lid 1, E.V.R.M., dat geen afbreuk kan doen aan wat de strafrechter overeenkomstig de geldende strafwet beslist heeft noch aan de gevolgen die daaraan noodzakelijkerwijze verbonden zijn. Een verwijzing naar het cassatiearrest van 15 februari 1991 (*R.W.*, 1991-92, 15) is in casu niet relevant. In de onderhavige zaak gaat het om een loutere toepassing van de strafwet, nl. artikel 65 Sw., en de gevolgen die daaraan verbonden zijn. In de zaak welke het voorwerp uitmaakt van dat cassatiearrest ging het om een partij die in een burgerlijk geding tot schadevergoeding werd veroordeeld op grond van het strafrechtelijk gewijsde verbonden aan de materiële vaststellingen die de straf-

rechter in een eerder gevoerd strafgeding - maar buiten de aanwezigheid van de eiser in cassatie - had gedaan nopens de juiste plaats der aanrijding en die de aansprakelijkheid van deze partij impliceerden. In het cassatiearrest werd beslist dat aan de eiser in cassatie niet de mogelijkheid ontzegd mocht worden het tegenbewijs te leveren van dit feitelijk gegeven dat nochtans bekleed was met het gezag van het rechterlijk gewijsde erga omnes omdat anders het bij artikel 6, lid 1, E.V.R.M. genoemd recht op een eerlijke behandeling van de zaak geschonden zou zijn. Indien de eiser in cassatie in het eerder gevoerd strafgeding aanwezig ware geweest, dan had hij inderdaad het recht en de mogelijkheid gehad zijn argumenten en verdediging voor te dragen i.v.m. de precieze plaats van het ongeval. Thans heeft deze partij dit recht niet kunnen uitoefenen en kan dus gesproken worden van een schending van het recht van verdediging en ongelijke kansen. In de onderhavige zaak echter had zelfs een in de strafprocedure aanwezige (eiseres) niet eens het recht gehad zich met de toepassing van de strafwet in te laten zodat ze ook niet meer kan beweren dat haar rechten geschonden werden. Het voormeld cassatiearrest is trouwens uiteindelijk slechts de bevestiging van sedert lang bestaande rechtspraak, nl. dat motieven en beschouwingen in een vrijsprekend strafvonnis m.b.t. de fout van een derde geen gezag van strafrechtelijk gewijsde hebben. Het kan door de verzeke- raars mogelijk betreurd worden dat het artikel 9, vierde lid der wet van 1 juli 1956 hen geen ruimere tussenkomstmogelijkheden geeft en o.m. geen agressieve tussenkomst tegenover de verzekerde toelaat. Er kan echter slechts rekening gehouden worden met de huidige stand der wetgeving. Zodoende kunnen de gevolgen van een soevereine beoordeling nopens het al dan niet toepassen van artikel 65 Sw., door (eiseres) niet omzeild worden door voor de burgerlijke rechter aanspraak te maken op de uitoefening van een recht dat ze nooit heeft bezeten, nl. te eisen dat tegenover haar verzekerde toepassing gemaakt wordt van artikel 65 van het Strafwetboek. Natuurlijk brengt de niet-toepassing van art. 65 Sw. in casu mede dat de dronkenschap/intoxicatie geen oorzaak of medeoorzaak is van het ongeval maar dit is het gevolg van het tegenover elkeen geldend rechtsbeginsel dat de toepassing van de art. 418 en 420 Sw. iedere fout omvat, zelfs de lichtste, hoe ze ook kan worden omschreven of bepaald. Het bewijs erga omnes van het ontbreken van ieder causaal verband tussen het ongeval en de dronkenschap/intoxicatie spruit in casu enkel voort uit de loutere toepassing van de strafwet tegen de huidige geïntimeerde, voorheen beklagde, en niet uit in de vroegere strafprocedure aangenomen motieven of feitelijke vaststellingen die voor (eiseres) bezwarend of nadelig kunnen zijn en waartegen ze zich niet heeft kunnen verdedigen of die ze niet heeft kunnen weerleggen hoewel een eerlijke behandeling van haar zaak dit had vereist».

terwyl artikel 6, lid 1, E.V.R.M. eenieder het recht geeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen; dit onder meer inhoudt dat de partijen in een burgerlijk geding gelijke kansen moeten hebben om de door de andere partijen aange- dragen bewijzen te weerleggen; artikel 6, lid 1 E.V.R.M. recht- streekse werking bezit en voorrang heeft op het internrecht- elijk algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde, wanneer de toepassing van dit algemeen rechtsbeginsel in strijd komt met dit artikel 6, lid

1, van genoemd verdrag; te dezen verweerder door de straf- rechter was veroordeeld, zoals door het hof van beroep vast- gesteld, wegens het toebrengen van onopzettelijke slagen en verwondingen (a), het besturen van een voertuig in staat van alcoholintoxicatie (b) en het besturen van een voertuig in staat van dronkenschap (c); voor de telastleggingen a ener- zijds en b en c anderzijds een afzonderlijke boete werd op- gelegd; eiseres, die niet was kunnen tussenkomen in de straf- procedure, evenmin voor de burgerlijke rechter werd toe- gestaan de afwezigheid van een causaal verband tussen de dronkenschap en de alcoholintoxicatie enerzijds en het on- geval anderzijds te betwisten, en op geen enkele manier haar argumenten omtrent dit causaal verband heeft kunnen naar voren brengen; de overweging dat eiseres, volgens de be- woordingen van het arrest, geen enkel recht heeft om zich te bemoeien met de toepassing van de strafwet of om enige invloed uit te oefenen op het strafrechtelijke aspect van de strafzaak door toepassing te eisen van artikel 65 van het Straf- wetboek - waaruit het hof van beroep besluit dat van een schending van rechten slechts sprake zou kunnen zijn in de mate waarin eiseres de mogelijkheid werd ontnomen die rechten uit te oefenen die ze rechtens ook had kunnen en mogen uitoefenen - te dezen niet relevant is en geen af- breuk doet aan de omstandigheid dat eiseres het feit van de afwezigheid van het causaal verband tussen het besturen van een autovoertuig in staat van dronkenschap en alcoholin- toxicatie enerzijds en het ongeval anderzijds niet kon noch mocht betwisten, zodat het hof van beroep in de bestreden beslissing ten onrechte eiseres niet de mogelijkheid laat de afwezigheid van het causaal verband tussen het besturen van een autovoertuig in staat van alcoholintoxicatie en dronken- schap enerzijds en het ongeval anderzijds te betwisten (schen- ding van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot Be- scherming van de Rechten van de Mens en de Fundamen- tele Vrijheden en van het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging);

Overwegende dat, in de regel, krachtens artikel 4 van de voorafgaande titel van het Wetboek van strafvordering, be- slissingen op de strafvordering niet opnieuw ter sprake mo- gen gebracht worden ter gelegenheid van een burgerlijk pro- ces;

Dat die regel evenwel moet gelezen worden in samen- hang met het algemeen rechtsbeginsel van het recht van ver- dediging en artikel 6, lid 1, van het Europees verdrag tot be- scherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden dat inhoudt dat eenieder het recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen;

Dat het gezag van het strafrechtelijk gewijsde er niet aan in de weg staat dat een partij in een later burgerlijk proces de kans moet hebben de gegevens, afgeleid uit het strafge- ding, te betwisten in zoverre zij geen partij was in het straf- geding of er niet vrij haar belangen kon laten gelden;

Overwegende dat, als de strafrechter onderscheiden straf- fen uitspreekt, enerzijds, wegens het besturen van een voer- tuig in staat van alcoholintoxicatie of dronkenschap, ander- zijds, wegens het onopzettelijk toebrengen van slagen en ver- wondingen, de verzekeraar van de veroordeelde, die aan de slachtoffers van het ongeval bedragen heeft uitgekeerd, in een daarop volgend burgerlijk geding het bewijs mag leve- ren van het oorzakelijk verband tussen de alcoholintoxica- tie of dronkenschap en de schade;

Overwegende dat het arrest oordeelt: «Toepassing eisen van artikel 65 Sw. zou er trouwens op neerkomen dat de (eiseres)verzekeraar voor het strafrecht een agressieve houding tegen haar verzekerde zou aannemen, wat strijdig is met artikel 9, vierde lid, in fine, van de wet van 1 juli 1956. (...). Het kan niet aangenomen worden dat een derde, in casu (eiseres), die zich in welke mate ook geschaad voelt door de toepassing die de strafrechter van de strafwet heeft gemaakt, achteraf in een burgerlijk geding zou mogen gaan betwisten wat de strafrechter soeverein heeft beslist op louter strafrechtelijk gebied (...) Zodoende kunnen de gevolgen van een soevereine beoordeling nopens het al dan niet toepassen van artikel 65 Sw., door (eiseres) niet omzeild worden door voor de burgerlijke rechter aanspraak te maken op de uitoefening van een recht dat ze nooit heeft bezeten, nl. te eisen dat tegenover haar verzekerde toepassing zou gemaakt worden van artikel 65 van het Strafwetboek»;

Dat het arrest aldus door aan het gezag van het strafrechtelijk gewijsde een dergelijke draagwijdte te geven, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – Het arrest is gewezen in voltallige zitting.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

13e KAMER – 13 SEPTEMBER 1995

Voorzitter: de h. Winnen

Raadsheren: mevr. Van Cauwelaert en de h. Demyttenaere (rapporteur)

Openbaar ministerie: de h. Ruys

Advocaten: mrs. Smeets, Dotremont loco Marissens en Schotsmans

Intellectuele eigendom – Merk – Namaking – Klachtver-eiste

1. *In tegenstelling tot in Nederland, is in België de namaking van handelsmerken een klachtdelict. Het klachtvereiste is dan ook een voorafgaande voorwaarde voor de strafvervolg-ing.*

2. *De aangifte van feiten van namaking, in Nederland ge-pleegd, teneinde strafvervolg-ing overeenkomstig het Benelux-verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafza-ken, doet niets af aan de toepasselijkheid van de nationale re-gels inzake de vervolg-ing van in het buitenland gepleegde mis-drijven.*

O.M., N.V. La C. e.a. t/ G.

Gezien het arrest van het Hof van Cassatie van 25 mei 1993,

...

Overwegende dat de ten laste gelegde feiten door de Nederlandse minister van Justitie op 10 januari 1989 ter kennis werden gebracht van de Belgische minister van Justitie, overeenkomstig art. 42 van het Benelux-verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken, en dit teneinde een strafvervolg-ing in België uit te lokken;

Overwegende dat beklaagde niet betwist dat de ten laste gelegde feiten strafbaar zijn gesteld zowel in Nederland als in België, hetgeen voor de vervolg-ing in België door art. 7 V.T. Sv. wordt vereist, doch dat hij stelt niet in België te kun-nen worden vervolgd om reden dat er geen (geldige) klacht is van de benadeelde partijen, zoals vereist door art. 14 van de wet van 1 april 1879 betreffende de fabrieks- en de han-delsmerken;

Overwegende dat de ten laste gelegde feiten, in tegenstel-ling met Nederland, in België een klachtdelict betreffen; dat de klacht een voorafgaande voorwaarde voor de strafvervolg-ing is;

Dat de aangifte tot het uitlokken van strafvervolg-ing over-eenkomstig het Benelux-verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken *in casu* niets afdoet aan de toepasselijkheid van de nationale regels inzake de vervolg-ing van de in het buitenland gepleegde misdrijven;

Overwegende dat weliswaar in het door Nederland over-gezonden dossier brieven berusten van of in naam van ver-scheidene vennootschappen, maar dat deze brieven niet be-antwoorden aan de grondvoorwaarden van een klacht;

Dat allereerst door deze brieven geen enkel bepaald, con-creet en identificeerbaar feit ter kennis wordt gebracht; dat evenmin is aangetoond dat de opsteller van deze brieven be-voegd was en/of over de vereiste bijzondere volmacht be-schikte om in naam van de betrokken vennootschappen op te treden;

Dat daarenboven, wat de drie brieven van 19 maart 1987 uitgaande van X betreft, deze brieven niet te kennen geven dat strafvervolg-ing wordt gewenst.

Overwegende dat naast bedoelde brieven het strafdos-sier een klacht bevat uitgaande van de heer G., maar dat niet blijkt dat deze toen bevoegd was en over de nodige bijzon-dere volmacht beschikte om in naam van de N.V.P. een klacht in te dienen;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de straf-vordering in België werd ingesteld zonder dat door de be-nadeelde partijen een klacht was ingediend; dat de eerste rechter dan ook terecht, om de oordeelkundige redenen ver-meld in het bestreden vonnis die door het hof worden be-aamd, heeft geoordeeld dat de strafvordering niet ontvan-kelijk is;

...

NOOT – Over het klachtmisdrijf in de merkenwet

1. De feiten die aanleiding geven tot het bovenstaande ar-rest, leidden enige tijd terug tot een strafrechtelijke veroor-deling door het Hof van Beroep te Antwerpen. Aan deze veroordeling ging een tussenarrest vooraf, waarin de Antwerp-se appelrechters – in afwijking van het vonnis *a quo* dat door de correctionele rechtbank te Tongeren was gewezen – de strafvordering ontvankelijk hadden verklaard (Antwerpen, 22 november 1991, *R.W.*, 1991-92, 850, met noot L. Huy-brechts). De Antwerpse arresten werden door het Hof van Cassatie bij arrest van 25 mei 1993 evenwel vernietigd (Cass., 25 mei 1993, A.R. 6443, onuitg.; cf. *infra*, nr. 9). De zaak werd naar het Hof van Beroep te Brussel verwezen, dat met de thans geannoteerde beslissing het lot van de strafvordering definitief bezegelde.

2. De feiten zelf kunnen op zich geenszins complex wor-den genoemd. Een Belgische man wordt door de Nederland-

se overheid verdacht van gesjoemel in Nederland i.v.m. een handel in reukwerk en cosmeticaproducten die van valse merknamen zouden zijn voorzien. De man wordt dienaangaande in Nederland nader aan de tand gevoeld.

3. Hoewel bedrog met handelsmerken naar Nederlands recht strafbaar is overeenkomstig artikel 337 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht, verkiest de Nederlandse overheid om van de feiten aangifte te doen in België, teneinde de betrokkene in België te laten vervolgen. Ook hier te lande houdt het namaken van een merk immers een misdrijf in (art. 8 Wet van 1 april 1879 betreffende de fabrieks- en handelsmerken).

4. Tot dusver lijkt er niets aan de hand te zijn: het betreft blijkbaar een loutere toepassing van de theorie i.v.m. de territoriale werking van de strafwet (cf. art. 7 V.T.Sv.), geconcretiseerd a.h.v. een misdrijf dat betrekking heeft op de intellectuele eigendom (cf. Braun, A., *Précis des marques*, 1995 (3de ed.), p. 414, nr. 469; vgl. Villefort, A., *Des crimes et des délits commis à l'étranger et de la nécessité d'une réforme à ce sujet dans la législation française*, Parijs, Librairie générale de jurisprudence de cosse, 1856, 12 en 23-24): een vorm van internationale, zgn. «kleine» rechtshulp tussen staten.

5. De Nederlandse overheid maakte in het onderhavige geval gebruik van het eerste lid van artikel 42 van het tussen de Benelux-landen gesloten verdrag van 27 juni 1962 aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken, dat deze «kleine» rechtshulp regelt (Constant, J., «Le Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale», *R.D.P.*, 1962-63, (75-117), 112-113; zie bv. Cass., 11 april 1989, *A.C.*, 1988-89, nr. 447).

Onder de kop «aangifte tot het uitlokken van een strafvervolg» luidt deze bepaling als volgt: «Indien de rechterlijke autoriteiten van een Partij het wenselijk achten dat door de rechterlijke autoriteiten van een andere Partij een strafvervolg wordt ingesteld, doen zij het dossier door bemiddeling van de ministers van Justitie aan laatstbedoelde autoriteiten toekomen. Deze zullen onderzoeken welk gevolg aan dit verzoek kan worden gegeven: de verzoekende autoriteiten zullen langs dezelfde weg daarvan op de hoogte worden gebracht.» Deze regeling houdt slechts een «bijzondere» vorm in van een «gewone» aangifte (cf. Huybrechts, L., «Aangifte van misdrijven», in *Comm.Straf.*, (Afl. 17), p. 32, nr. 35). Een gelijksoortige bepaling vindt men terug in het eerste lid van artikel 21 van het Europees Verdrag van 20 april 1959 aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken.

6. Terloops zij opgemerkt dat, wat de Belgische regeling m.b.t. de internationale rechtshulp betreft, men verschillende verdragsteksten dient te raadplegen, waarvan er sommige door België evenwel nog niet zijn geratificeerd (zie dienaangaande o.m. Huybrechts, L., «Overname van strafvervolgingen, klachtdelict en evocatie» (noot onder Antwerpen, 22 november 1991), *R.W.*, 1991-92, (850), pp. 851-852, nr. 2; zie voorts Demanet, G., «Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale», *R.D.P.*, 1997, 809-831; zie ook Bosly, H.-D. en Renault, G., «La coopération policière et judiciaire», in Tulkens, F. en Bosly, H.-D. (red.), *La justice pénale et l'Europe*, XVes journées d'études juridiques Jean Dabin, 1996, 339-358; Vermeulen, G. en Vander Beken, T., «Eenvoudiger en ook beter? Nieuwe ontwikkelingen inzake uitlevering in de Europese Unie geëvalueerd», *Panopticon*, 1997, 111-140).

7. Het problematische karakter van de onderhavige zaak is een gevolg van de incongruentie tussen het Nederlandse en het Belgische recht wat de aard van het bewuste misdrijf betreft: het in artikel 8 van de Belgische wet van 1 april 1879 bedoelde misdrijf houdt immers een *klachtmisdrijf* in, terwijl dit niet het geval is voor het in artikel 337 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht omschreven strafrechtelijke misdrijf. In België kan de strafvordering m.a.w. slechts op klacht van een benadeelde partij op gang worden gebracht (art. 14 Wet van 1 april 1879; Cass., 18 november 1986, *A.C.*, 1986-87, nr. 170; Braun, A., *Précis des marques*, pp. 415-417, nrs. 470-474; De Ro, G., *Commentaire de la loi du 1er avril 1879 sur les marques de fabriques et du commerce*, 1879, 232-233; Vandeplas, A., «Betreffende de klachtmisdrijven in de merkenwetgeving» (noot onder Gent, 9 maart 1973), *R.W.*, 1973-74, 604-612).

8. Nu bevonden er zich in het door de Nederlandse overheden aan hun Belgische collega's gezonden dossier blijkbaar enkele brieven die aan de Nederlandse justitie waren bezorgd en waarin bepaalde personen de ten laste gelegde feiten aan de kaak hadden gesteld. Volgens de beklaagde hielden deze stukken evenwel geen regelmatige klacht in, zodat de strafvordering in België niet ontvankelijk zou zijn. De Antwerpse appelrechters hadden dit standpunt evenwel verworpen en hadden gesteld dat er wel degelijk een regelmatige klacht voorlag, zodat de strafvordering ontvankelijk was (*supra*, nr. 1).

9. Zoals gezegd, werden de arresten van het Hof van Beroep te Antwerpen, waartegen de beklaagde cassatieberoep had aangetekend, door het Hof van Cassatie vernietigd bij arrest van 25 mei 1993 (*supra*, nr. 1).

Deze vernietiging lijkt een routineklus voor het Hof te zijn geweest, nu blijkbaar werd vernietigd op grond van een motiveringsgebrek, nl. het niet-beantwoorden van de conclusies van de beklaagde (waardoor uiterste voorzichtigheid bij de interpretatie van het arrest geboden is, cf. de openingsrede van Dumon, F., *R.W.*, 1978-79, 268-269, nr. 9). Het cassatiearrest luidt immers als volgt: «dat eiser vervolgd en gestraft werd om, zoals door de appelrechters is vastgesteld, op het grondgebied van het Koninkrijk der Nederlanden, artikel 8 van de wet van 1 april 1879 betreffende de fabrieks- en handelsmerken overtreden te hebben; dat krachtens artikel 14 van de wet van 1 april 1879 betreffende de fabrieks- en handelsmerken de uitoefening van de strafvordering op grond van voornoemde wet afhankelijk is van een klacht van de benadeelde partij; dat eiser in zijn aan de appelrechters voorgelegde 'beroepsbesluiten' van bladzijde 7 tot en met bladzijde 13 onder meer tot grondige analyse overgaat van de stukken van het dossier waaruit de klachten van de benadeelden moeten blijken en daarbij betoogt dat niet alleen geen klacht maar zelfs geen aangifte werd gedaan; dat de appelrechters noch met de enkele affirmatie dat de benadeelde 'strafrechtelijke maatregelen vragen en dat de benadeelden aangifte deden conform aan het Nederlandse recht' noch met enige andere motivering eisers conclusie beantwoorden; dat de middelen in zoverre gegrond zijn» (Cass., 25 mei 1993, *A.R.*, 6443, onuitg.).

10. Een regelmatige klacht vereist naar Belgische recht dat in de klacht duidelijk de wil te kennen wordt gegeven dat een strafvervolg wordt gewenst: het is niet voldoende dat de feiten ter kennis van de overheid worden gebracht (Arnou, P., «Klachtmisdrijf», in *Comm.Straf.*, (Afl. 19), pp. 15-16, nrs.

54-55). Bovendien moet de klacht worden geformuleerd vóór het uitoefenen van de strafvordering, d.w.z. vooraleer een gerechtelijk onderzoek wordt gevorderd of een vervolging voor de correctionele rechtbank wordt ingesteld (Cass., 6 februari 1996, *A.C.*, 1996, p. 21, nr. 72; cf. ook Cass., 15 juni 1993, *A.C.*, 1993, nr. 285; Antwerpen, 15 februari 1990, *R.W.*, 1990-91, 752, met noot; Declercq, R., *Beginnelen van strafrechtpleging*, pp. 27-28, nr. 62); een pas na het instellen van de strafvordering ingediende klacht heeft geen regulariserende werking (Arnou, P., *l.c.*, p. 21, nr. 72; Vandeplas, A., *l.c.*, k. 610, nr. 23 Verstraeten, R., *Handboek strafvordering*, 2de ed., p. 48, nr. 54).

11. Het is evenwel niet noodzakelijk dat de klacht in België is geformuleerd: ook een klacht die wordt ingediend bij een buitenlands politiekorps kan in aanmerking worden genomen (zie bv. Brussel, 10 december 1879, *Pas.*, 1880, II, 56; Arnou, P., *l.c.*, p. 14, nr. 49 en p. 15, nr. 51). Zoals gezegd, betwistte de beklaagde te dezen evenwel dat de aan de Nederlandse overheid gerichte brieven als een klacht naar Belgisch recht zouden kunnen worden beschouwd (*supra*, nr. 8).

12. Op grond van feitelijke overwegingen – waarbij de motieven van het bestreden vonnis van de correctionele rechtbank blijkbaar werden overgenomen – oordeelt het hof van Beroep te Brussel in het bovenstaande arrest dat er in het onderhavige geval geen regelmatige klacht voorhanden was; de beweerde «klachten» hadden volgens de verwijzingsrechters geen betrekking op een concreet en identificeerbaar feit, terwijl evenmin vaststond dat ze waren opgesteld door personen die hiervoor bevoegd of hiertoe gemachtigd waren (vgl. Arnou, P., *l.c.*, pp. 9 e.v., nrs. 28 e.v.). Voorts stelt het hof van beroep dat in bepaalde brieven niet te kennen werd gegeven dat er een strafvervolgning werd gewenst.

Nu de strafvordering in België volgens de verwijzingsrechters werd ingesteld zonder een voorafgaande klacht, oordeelden ze dat de strafvordering onontvankelijk was (Arnou, P., *l.c.*, pp. 20 e.v., nrs. 69 e.v.).

13. Het verschil tussen het standpunt van de Brusselse verwijzingsrechters en het standpunt van de Antwerpse appelrechters in hun reeds aangehaalde arrest van 22 november 1991 lijkt op het eerste gezicht vooral van louter feitelijke aard te zijn: in tegenstelling tot hun Antwerpse collega's zijn de Brusselse rechters van oordeel dat uit de stukken niet blijkt dat er een regelmatige klacht voorhanden was.

Bij nader toezien bevat het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen evenwel nog een andere mogelijke rechtvaardiging van de beslissing nopens de ontvankelijkheid van de strafvordering. De Antwerpse appelrechters merkten immers (ten overvloede?) op dat de strafvordering naar Nederlands recht reeds regelmatig op gang was gebracht in Nederland, «zodat de strafvordering dan ook mocht worden voortgezet in België zonder nieuwe klacht» (*R.W.*, 1991-92, (850), 851). Het Antwerpse Hof van Beroep voegde hier bovendien aan toe «dat ook niet hoeft te worden onderzocht of de klacht dan wel aangifte in Nederland wel beantwoordt aan de Belgische normen inzake het klachtvereiste wanneer de strafvordering regelmatig op gang is gebracht en regelmatig werd overgedragen aan de Belgische justitiële autoriteiten» (*ibid.*). Nu het Hof van Beroep te Antwerpen evenwel (ook) oordeelde dat er hoe dan ook een geldige «klacht» voorlag en nu artikel 42 van het Benelux-verdrag van 27 juni 1962 niet vereist dat in de verzoekende staat reeds vervolgingen zijn ingesteld, was de vaststelling nopens het bestaan

van een vervolging in Nederland in het Antwerpse tussen-arrest strikt gezien niet relevant (cf. Huybrechts, L., *o.c.*, *R.W.*, 1991-92, p. 852, nr. 1, *sub c*, en p. 853, nr. 2).

14. Toch lijkt het de moeite waard het standpunt van het Antwerpse Hof nopens het «voortzetten» van de strafvordering nader te bekijken, nu dit standpunt blijkbaar werd verworpen door het Hof van Beroep te Brussel, dat oordeelde dat «de aangifte tot het uitlokken van strafvervolgning overeenkomstig het Benelux-verdrag aangaande de uitlevering en de rechtshulp in strafzaken *in casu* niets afdoet aan de toepasselijkheid van de nationale regels inzake de vervolging van de in het buitenland gepleegde misdrijven».

15. Blijkbaar gingen de Antwerpse rechters in dit verband uit van de volgende redenering: de strafvordering was in Nederland – uiteraard naar Nederlands recht – regelmatig *ingesteld*, zodat België, aan wie *deze* strafvordering werd *overgedragen*, de strafvordering zonder meer kon *voortzetten*. Vooraf zij opgemerkt dat het tweede lid van artikel 24 van het – door België evenwel nog niet-geratificeerde – Europese Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolgelingen (Straatsburg, 15 mei 1972), een expliciete regeling bevat m.b.t. de situatie waarin het misdrijf in het ene verdragsland een klachtmisdrijf is en in het andere niet (cf. Huybrechts, L., *o.c.*, *R.W.*, 1991-92, p. 853, nr. 2 *in fine*: Thomas, F., *De Europese rechts-hulpverdragen in strafzaken*, 1980, pp. 439-440, nr. 493).

Te dezen is het uiteraard bijzonder belangrijk om duidelijk te omschrijven wat met de – in artikel 42 van het Benelux-verdrag van 27 juni 1962 overigens niet-gebruikte-begrippen «overdracht», «overname» en «voortzetten» van een strafvervolgning precies wordt bedoeld (men raadplege hieromtrent o.m. Orie, A.M.M., van der Meijs, J.G. en Smit, A.M.G., *Internationaal strafrecht*, studiepockets strafrecht, nr. 6, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 115-126; Van den Wyngaert, C., «De internationale strafrechtelijke samenwerking bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude», *R.W.*, 1991-92, (417-424), 419; Van den Wyngaert, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, II, 1994, 843; zie ook Swart, A.H.J., *Nederlands uitleveringsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, pp. 6-7, nr. 10). Artikel 42 heeft het immers slechts over de (zeer bescheiden) wens van een verdragspartij dat de strafvordering in een ander verdragsland wordt *ingesteld* (zie over het onderscheid tussen aangifte en overdracht Huybrechts, L., *o.c.*, *R.W.*, 1991-92, p. 851, nr. 1 *sub a*).

16. Het eerste lid van artikel 42 van het Benelux-verdrag van 27 juni 1962 houdt o.i. (slechts) een soepele regeling in voor het tot stand komen van interstatelijke communicatie met het oog op een goede rechtsbedeling (vgl. Trousse, P.E. en Vanhalewijn, J., *Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken*, in *A.P.R.*, 1970, p. 161, nr. 509). Vanuit juridisch standpunt is het praktische belang van een dergelijke «aangifte» nogal gering (Huybrechts, L., *o.c.*, *R.W.*, 1991-92, p. 852, nr. 1, *sub c*); men zou het een vorm van «zeer kleine rechtshulp» kunnen noemen.

17. Deze rechtshulp doet dan ook – evenals de meeste andere vormen van rechtshulp – geen afbreuk aan het vereiste dat de ter kennis gebrachte feiten in principe volgens de gewone, Belgische procedureregels moeten worden vervolgd (cf. meer algemeen over het «*locus regit actum*»-principe: Stessens, G., *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*, Antwerpen, Intersentia, 1997, pp. 461-472, nrs. 1025-1045). De strafvordering zal in Bel-

gië overigens nog moeten worden *ingesteld*: dat België vanuit internationaal-rechtelijk perspectief de Nederlandse procedure – bij manier van spreken – *voortzet*, verhindert niet dat de procedure vanuit Belgisch internrechtelijk perspectief een *autonoom* karakter heeft.

18. Zo bv. zal het Belgische openbaar ministerie er zorg voor moeten dragen dat de n.a.v. een buitenlandse aangifte ter kennis gebrachte feiten aanhangig worden gemaakt bij de Belgische strafrechter en in voorkomend geval regelmatig worden gecorrectionaliseerd, ook al was er in Nederland reeds sprake van een strafvervolgning naar Nederlands recht (cf. over dit laatste Huybrechts, L., o.c., *R.W.*, 1991-92, p. 852, nr. 1 *sub c*). Dit geldt o.i. ook voor het Belgische klachtvereiste, dat een voorafgaande voorwaarde voor het instellen van de strafvordering inhoudt (Cass., 12 juni 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 581, *R.W.*, 1984-85, 1448, met noot A. Vandeplas): de Belgische strafrechter moet zich houden aan de Belgische strafwet (vgl. evenwel met de – weliswaar voorzichtige – bewoordingen van Arnou, P., l.c., p. 25, nr. 83). Uit artikel 42 van het Benelux-verdrag van 27 juni 1962 blijkt immers niet dat de desbetreffende Belgische procedureregels terzijde mogen worden geschoven.

19. Zoals gezegd, werden de Antwerpse arresten blijkbaar op grond van een louter motiveringsgebrek vernietigd, waarbij het Hof van Cassatie allicht tevens oordeelde dat de Antwerpse appelrechters ook hun beslissing dat de strafvordering *naar Nederlands recht* reeds was ingesteld, niet regelmatig met redenen hadden omkleed (cf. *supra*, nr. 9). Wel kan worden opgemerkt dat in het aangehaalde cassatiearrest in een voorafgaande overweging toch werd gewezen op het vereiste van de voorafgaande klacht (cf. *supra*, nr. 9).

20. Reeds eerder werd geklaagd over het grotendeels gedemodeerde klachtvereiste in de wet van 1 april 1879, dat een efficiënte vervolging vaak bemoeilijkt (Arnou, P., l.c., p. 33, nr. 116; Braun, A., *Précis des marques*, p. 415, nr. 470; Decorte, T., «De bestrijding van de handel in nep», *Panopticon*, 1995, (96-116), 106-107; Vandeplas, A., l.c., 618-609, nr. 17). Namaak is een vorm van bedrog dat de loutere privé-belangen overstijgt en maakt niet zelden het voorwerp uit van georganiseerde criminaliteit; niet voor niets gewaagt men van «piraterij». Er kan dan ook maar worden gehoopt dat het klachtvereiste in deze materie zo spoedig mogelijk tot de rechtsgeschiedenis zal behoren (cf. een wetsontwerp in dit verband, dat o.m. de afschaffing van het klachtvereiste inhoudt: Braun, A., «Vers le renouveau de la répression pénale des contrefaçons», in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, 1995, (19-35), pp. 33-34, nr. 11; vgl. met de nieuwe auteurswet van 30 juni 1994, Corbet, J., *Auteursrecht*, in *A.P.R.*, 1997, p. 107, nr. 271). Dat een wijziging van de merkenwet van 1 april 1879 – waaraan naar verluidt nog steeds wordt gewerkt – er beter vroeg dan laat komt, wordt nog maar eens bewezen door het geannoteerde arrest.

Steven Van Overbeke

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER – 21 NOVEMBER 1996

Voorzitter: de h. Staessens

Raadsheren: de hh. Debuquoy en Floren

Advocaten: mrs. Storme, Geldhof en Coppens

Leasing – Meer-partijen-operatie – Ontbinding van de koopovereenkomst van de geleasde zaak – Gevolgen

Bij afwezigheid van een uitdrukkelijk andersluidend beding in de leasingovereenkomst, heeft de ontbinding van de koopovereenkomst van de geleasde zaak het verval van de leasingovereenkomst tot gevolg.

N.V. F. t/ S. e.a.

Eerste geïntimeerde (hierna te noemen S.) en wijlen haar vader G. S., sluiten op 13 december 1989 met appellante een leasingovereenkomst, die betrekking heeft op de aanschaf van een automatische frietmachine («Fritesmatic»), die geleverd en geplaatst wordt door N. R., handel drijvende onder de naam «CN Benelux», bij wie de partijen S. de machine reeds op 30 november 1989 hadden besteld (bestelnummer 1247). De oorspronkelijke bestelling wordt aldus omgezet in enerzijds de reeds genoemde leasingovereenkomst, waarbij de partijen S. zich ertoe verbinden, naast een eenmalige betaling van 95.000 frank, gedurende vijf jaar een maandelijks huur te betalen van 11.282 frank (exclusief B.T.W.). Op 7 september 1990 gaan G. en M. S. over tot dagvaarding van N. R. en appellante. Zij stellen dat de machine niet normaal bruikbaar is en vorderen de ontbinding van de «overeenkomst» ten laste van beide gedaagden, terugbetaling van het voorschot en de reeds betaalde mensualiteiten, alsmede een fikse schadevergoeding.

De heer Willy Beel, die bij vonnis van 13 november 1990 was belast met een deskundigenonderzoek, legt op 30 juni 1992 een verslag neer, waarin hij tot het besluit komt «dat het betrokken type fritesmatic niet normaal continu kan aangewend worden voor het beoogde doel, waartoe het aangeschaft werd, en wegens de regelmatige buitengebruikstelling ervan geen rendabele exploitatie van de fritesmatic in de gegeven omstandigheden kan verzekeren». Op basis van dit advies veroordeelt de eerste rechter appellante om aan S. de reeds betaalde huursommen ten belope van 233.884 frank terug te betalen. De overige vorderingen van S. worden afgewezen, evenals de tegeneis van appellante, welke ertoe strekte S. te horen veroordelen tot betaling van 1.287.634 frank aan vervallen facturen. De eis tot vrijwaring van appellante tegen de inmiddels failliet verklaarde N. R. wordt aangehouden.

Appellante stelt hoger beroep in tegen deze beslissing en vordert de afwijzing van de vordering van S. en haar veroordeling tot betaling van 1.287.634 frank, met 487.648 frank contractuele intresten. Subsidiar vraagt zij dat gezegd wordt voor recht dat zij niet gehouden is tot terugbetaling van huur aan S., zolang zij de prijs niet heeft terugontvangen van het faillissement Redant.

...

Noch de curators, noch appellante, die in de leasingovereenkomst heeft bedongen dat de huurder zich inzake conformiteit van de levering of gebreken rechtstreeks dient te richten tot de verkoper, betwisten dat de frietmachine niet voldeed. Overigens werd deze machine met akkoord van alle partijen in januari 1992 teruggenomen door R., zonder dat het voornemen om de frietmachine te vervangen door een andere machine (sandwichmachine) werd uitgevoerd. In het overwegend gedeelte van de inleidende dagvaarding maakt S. enkel gewag van de «ontbinding» van de overeenkomst

ten laste van beide gedaagden», zonder hierop in het dispositief terug te komen, en ook in het beschikkend gedeelte van het bestreden vonnis wordt niets gezegd over het precieze lot van de overeenkomsten.

Uit de motieven van de bestreden beslissing, waarin onder meer wordt verwezen naar artikel 1641 B.W., blijkt evenwel dat de eerste rechter de koop *ex tunc* heeft ontbonden op grond van verborgen gebreken die de machine ongeschikt maakten voor het gebruik waarvoor ze normaal was bestemd.

Het deskundigenonderzoek heeft weliswaar geen concreet gebrek vastgesteld dat de zaak intrinsiek aantast, maar toch is gebleken dat de gebrekkige werking van de machine deze ongeschikt maakt tot het gebruik waartoe de koper ze, naar de verkoper wist, bestemde. Deze functionele opvatting van het begrip «verborgen gebrek» wordt door het Hof onderschreven en de toegepaste sanctie, de ontbinding van de koop, is terecht, nu de koper (S., die contractueel de rechten van appellante uitoefent) duidelijk heeft geopteerd voor de *actio redhibitoria*.

De hamvraag is *in casu* het lot van de leasingovereenkomst, na het wegvallen van het voorwerp van de huur ingevolge de ontbinding van de koop-verkoopovereenkomst.

In principe brengt de verdwijning van het voorwerp van de overeenkomst het verval mee van de overeenkomst zelf, gezien de onmogelijkheid van de uitvoering *in natura* die eruit voortspuit. Deze oplossing werd nog recent bevestigd door het Frans Hof van Cassatie: de verdwijning van de koopovereenkomst, die aanleiding was tot de leasingovereenkomst, brengt noodzakelijkerwijze de ontbinding mee van deze laatste, onder voorbehoud van de toepassing van eventuele contractuele bepalingen, die de gevolgen van de ontbinding regelen (Cass. Fr. (gem. kamers) 23 november 1990, aangehaald door S. Stijns in *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*). Dientengevolge moet worden nagegaan of in het onderhavige geval de leasingovereenkomst gesloten tussen appellante en S. de gevolgen van de ontbinding van de koop op de leasing op een afwijkende wijze regelt. Appellante verwijst in dit verband naar artikel 8a. van de overeenkomst, dat (vertaald) luidt als volgt: «Door de aanvaarding van het verhuurde voorwerp, ziet de huurder automatisch af van alle discussie tegenover de verhuurder nopens de conformiteit van levering of gebreken van het voorwerp, ook die gedeeltelijk door de waarborg van de fabricant of leverancier, welke rechtstreeks tegenover hem bedongen wordt». Appellante leidt hieruit af dat, terwijl S. zich verbond tot het betalen van de huurtermijnen (periodieke verbintenis), zij zelf slechts een eenmalige en niet-voortdurende verbintenis heeft aangegaan, namelijk de terbeschikkingstelling van het door de huurder als conform met hun bestelling erkend toestel. Hierop verder redenerend besluit zij dat er geen sprake kan zijn van een foutieve wanprestatie van harentwege, nu zij deze (eenmalige) verbintenis heeft uitgevoerd.

Niet alleen kan de beweerde eenmalige verbintenis van de verhuurder niet uit de thans voorliggende leasingovereenkomst worden afgeleid (zie onder meer artikel 6 van het contract, waarin wordt gesteld dat de huurprijs «enkel de huur van het ter beschikking gestelde materieel» omvat, hetgeen er duidelijk op wijst dat de verhuurder dient te zorgen voor de terbeschikkingstelling van het materieel gedurende de

volledige looptijd van de overeenkomst), appellante verliest bovendien uit het oog dat de ontbinding van de leasingovereenkomst niet steunt op een contractuele wanprestatie van een der partijen, maar automatisch volgt uit de ontbinding van de koopovereenkomst, waardoor het voorwerp van de leasing wegvalt. De hiervoor aangehaalde passage (artikel 8a van het contract) bevat weliswaar een geldig exonerationbeding wat de aansprakelijkheid van de leasinggever betreft, maar impliceert niet dat in geval van ontbinding van de koopovereenkomst de leasingovereenkomst onverkort blijft voortbestaan en verder dient te worden uitgevoerd. Zo is ook de verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 1993 niet relevant, daar uit de lezing van dit arrest blijkt dat in het aldaar behandeld geschil de partijen hadden bedongen dat, in geval van verlies van het gehuurde materieel de huurder de opschorting of de ontbinding van de huur niet kan vorderen en evenmin enige vermindering van de huurprijs of opschorting van de betaling ervan kan invoeren. Dergelijke bedingen, krachtens welke de huurder er zich toe verbindt de huur verder te betalen (ook bij het verdwijnen van de gehuurde zaak, uit hoofde van welke oorzaak dan ook), worden in het besproken arrest door het Hof van Cassatie aanvaard, maar maken geen deel uit van de overeenkomst tussen appellante en S.

...

Bij gebrek aan een uitdrukkelijke afwijkende regeling in de tussen partijen gesloten overeenkomst, moet worden besloten dat de leasingovereenkomst vervallen is ingevolge de ontbinding van de koopovereenkomst, terwijl het contract evenmin enig beding bevat, waardoor de leasingnemer gehouden is tot schadevergoeding (equivalente uitvoering) ten aanzien van de leasinggever. Bijgevolg is de vordering van appellante ongegrond.

Het hoger beroep van appellante betreft niet alleen afwijzing door de eerste rechter van haar tegenvordering, maar is tevens gericht tegen de gedeeltelijke toekenning van de eis van S. Het door S. voorgelegd dossier bevat geen enkel stuk waaruit blijkt dat, vóór de dagvaarding betekend op 7 september 1990, enige opmerking werd geformuleerd of enige ingebrekestelling werd gericht, hetzij aan R., hetzij aan appellante, aan wie de huur regelmatig werd betaald tot september 1990. Bovendien blijkt uit het deskundigenverslag dat de machine weliswaar op termijn niet normaal bruikbaar is gebleken, maar dit belet niet dat de machine gedurende een bepaalde tijd heeft gewerkt en inkomsten heeft opgeleverd.

De ontbinding *ex tunc* van de koopovereenkomst brengt niet automatisch mee dat ook de leasingovereenkomst *ex tunc* wordt ontbonden, waardoor de huurder aanspraak kan maken op terugbetaling van de betaalde huur. Om die reden blijft de huur, die werd betaald tot op het ogenblik van de dagvaarding (eerste kennisgeving van de klachten aan appellante), verworven door appellante, en kan ze door S. niet worden teruggevorderd. Het hoofdberoep is op dit punt gegrond en op de subsidiaire eis van appellante, die ertoe strekt te horen verklaren voor recht dat zij niet gehouden is tot terugbetaling van huur aan S. zolang zij de prijs niet effectief terugbetaald heeft gekregen, dient niet verder ingegaan te worden.

NOOT – *De leasingovereenkomst: een synecdoche. Verzwijnt de huur bij verdwijning van de koop?*

1. Synecdoche is een stijlfiguur waarbij *het geheel door een deel* aangeduid wordt. Bijvoorbeeld spreekt men van het groene laken om het biljard aan te duiden, of van een zwartrok om een Rooms-katholieke geestelijke te bestempelen. De leasingovereenkomst, die eigenlijk een huurovereenkomst is (*lease* in het Engels wil zeggen huur) is in dat opzicht te beschouwen als het deel. Het geheel dat door de term *leasing* (huur) aangeduid wordt, is de leasingoperatie, namelijk de meerpartijen financieringsoperatie.

2. De inleiding van deze noot klinkt wat schoolmeesterachtig, maar het is niet slecht om af en toe te proberen klare wijn te schenken. De leasingoperatie is geen meerpartijenovereenkomst. Laatstgenoemde overeenkomst is de overeenkomst die in zoverre afwijkt van het schoolmodel van afspraak tussen twee personen, dat er hetzij langs de kant van de schuldeiser, hetzij langs de kant van de schuldenaar, of langs beide kanten verscheidene personen in plaats van één individu deelnemen aan de afspraak. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer mede-eigenaars samen een goed verhuren, of wanneer verscheidene studenten samen een auto kopen om een wereldreis te ondernemen. Soms vertoont een meerpartijenovereenkomst het bijkomende kenmerk dat de verschillende partijen elk een eigen belang nastreven. (Zie nader: E. Dirix, «De meerpartijenovereenkomst», *T.P.R.*, 1983, 757 e.v.). In het voorbeeld van de verhuur door de mede-eigenaars of de aankoop door de studenten is dat niet het geval. Maar wel bijvoorbeeld in een overeenkomst tussen drie filatelisten m.b.t. de ruil van zeldzame postzegels. Er zijn dus twee types meerpartijenovereenkomsten. Om tot de leasingoperatie terug te keren, zij eraan herinnerd dat de meerpartijenovereenkomst onderscheiden moet worden van andere rechtsfiguren. Een *collectieve* overeenkomst, zoals een C.A.O., is geen meerpartijenovereenkomst. Evenmin is dit het geval voor een *groepering van contracten* (zoals een hoofdhuurovereenkomst en een onderhuurovereenkomst, een hoofdaanneming en een onderaanneming, een verkoop en onderverkoop). Dit is ten slotte evenmin het geval voor een *meerpartijenoperatie*. Voorbeelden van *meerpartijenoperaties* zijn het beding ten voordele van een derde, de overdracht van schuldvordering, en precies ook onze leasingoperatie.

3. Zoals men weet, is de leasingoperatie dus een meerpartijenoperatie waarin enerzijds een financieringsmaatschappij een goed aankoopt (nadat er hierover reeds contacten geweest zijn tussen de leverancier en de toekomstige gebruiker, en tussen laatstgenoemde en de financieringsinstelling), waarna het aangekochte goed verhuurd wordt aan de gebruiker die er eigenlijk de economische eigenaar van wordt en die zich verbindt tot het betalen van een periodieke huurprijs. Die atypische huurovereenkomst wordt aan een kenschetsend contractueel stelsel onderworpen, met clausules die men in een gemeenrechtelijke huurovereenkomst niet vindt. Het is echter verkeerd om deze huurovereenkomst een *gemengde* overeenkomst, of zelfs een *sui generis* overeenkomst te noemen. *Sui generis* is wel de voorafbestaande en tussen de *lessor* en de *lessee* stilzwijgend (gewoonterecht) gesloten *kaderovereenkomst* die de leasingoperatie overkoepelt. Is dit een *benoemde* overeenkomst? Hieraan kan getwijfeld worden, omdat noch het KB nr. 55 van

10 november 1967 over de voorwaarden waaraan roerende leasingbedrijven moeten beantwoorden, noch het KB van 28 december 1970 over de BTW bij onroerende leasing, evenmin als de bepalingen over de leasing aan consumenten in de Wet Consumentenkrediet van 12 juni 1991, een regeling bevatten m.b.t. de rechten en verplichtingen van de partijen, die het zou mogelijk maken een bepaalde afspraak als leasing te kwalificeren. Dit is wel het geval voor het verdrag van Ottawa van mei 1988 over de roerende leasing. Wanneer dit verdrag door ons Parlement zal bekrachtigd worden, zal ongetwijfeld de leasing-kaderovereenkomst als een benoemde overeenkomst kunnen bestempeld worden.

4. Welke gevolgen brengt de ontbinding van de door de lessor gesloten koop mee? Deze vraag is aan de orde in het hierboven afgedrukt arrest. De Belgische rechtsleer en een deel van de rechtspraak besluiten in dat geval tot het verval (*la caducité*) van de huur door verdwijning van het voorwerp ervan (F. Glansdorf, «Les répercussions de la défaillance du fournisseur sur les relations entre les parties au contrat de leasing», *J.T.*, 1991, 218; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van wederkerige overeenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 41.).

De feiten aan de basis van het hierboven gepubliceerde arrest van het Hof van Beroep van Gent liggen als volgt. Marina S., beenhouweres, en wijlen haar vader Gaston sluiten op 13 december 1989 met de leasingmaatschappij N.V. F. een leasingovereenkomst, die betrekking heeft op de aanschaf van een automatische fritesmachines, die geleverd en geplaatst werd door de firma CN Benelux, bij wie Marina en Gaston de machine reeds op 30 november hadden besteld. De lessees verbonden zich, naast een eenmalige betaling van 95.000 frank, gedurende vijf jaar een maandelijkse huur te betalen van 11.282 frank. Op 7 september 1990 dagvaardden Gaston en Marina de leverancier en de leasingmaatschappij. In de leasingovereenkomst werd bedongen dat de huurder zich inzake conformiteit van levering of gebreken rechtstreeks diende te richten tot de verkoper. De rechtbank ontbindt de koop op grond van een verborgen gebrek, in de functionele betekenis van het woord. De machine wordt door de verkoper teruggenomen, zonder dat het voornemen om de fritesmachine te vervangen door een andere machine (sandwichmachine) wordt uitgevoerd.

Art. 8 a van de leasingovereenkomst luidt enigszins sibilijns als volgt: «Door de aanvaarding van het verhuurde goed, verzaakt de huurder aan elke betwisting jegens de verhuurder m.b.t. een niet-conforme levering of een verborgen gebrek,...». Volgens het Hof van Beroep van Gent impliceert dit beding *niet* dat in geval van ontbinding van de koopovereenkomst de leasingovereenkomst onverkort blijft voortbestaan en verder dient uitgevoerd te worden. Het Hof vindt de verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 1993 niet relevant, omdat het beding dat stond in de aan het Hof van Cassatie voorgelegde leasingovereenkomst anders luidde. In dat beding werd gestipuleerd dat in geval van verlies van het gehuurde materieel de huurder geen opschorting of ontbinding van de huur kon vorderen en evenmin enige vermindering van de huurprijs of opschorting van de betaling. Art. 8 a daarentegen heeft volgens het Hof van Gent een andere betekenis. Bij gebrek aan een uitdrukkelijke afwijkende regeling in de leasingovereenkomst besluit het Hof dat laatstgenoemde huurovereenkomst vervallen is ingevolge de ontbinding van de koop.

5. Het Hof van Beroep van Brussel heeft in tegenovergestelde zin beslist in een zaak waarin dezelfde problematiek rees met dezelfde leasingmaatschappij en eenzelfde contract als datgene dat aan het Hof van Beroep te Gent werd voorgelegd. (Hof Brussel, 4 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1236). Ook in het Brusselse geval werd de leverancier failliet verklaard. Ook daar werd een fritesmatic geleverd. Het Hof van Beroep van Brussel stelt dat een overeenkomst van roerende leasing een financieringsoperatie is, waarbij de positie van de leasinggever analoog is met die van de bankier die een aanschaf van bedrijfsuitrusting financiert. Deze financieringsgedachte verantwoordt de rechtsgeldigheid van verregaande exoneratiebedingen en verklaart dat de teloorgang van het materieel niet tot gevolg heeft dat de leasingnemer wordt bevrijd van zijn contractuele verplichting tot betaling van de huurgelden. Art. 8 a beperkt volgens het hof van beroep het door de leasingmaatschappij te dragen risico contractueel tot die welke eigen zijn aan de activiteit van een financiële instelling, waartoe het risico van teloorgang van materieel (ook in de juridische zin van het woord) niet behoort. Het Hof van Brussel stelt dat de leasingmaatschappij zich ingevolge de inlassing van voormeld art. 8 a van de algemene voorwaarden bevrijd heeft van elk economisch risico m.b.t. het geleasde materieel. Daaruit vloeit voort dat de lessee gehouden blijven tot uitvoering van de overeenkomst en derhalve tot betaling van de huurgelden en dit niet-tengestaande de ontbinding van de koop.

De tegenstelling tussen de arresten van de Hoven van Beroep te Brussel en te Gent lijkt te moeten worden herleid tot de vraag omtrent de interpretatie van art. 8 a van de leasingovereenkomst. Volgens het Hof te Brussel is het mogelijk eruit te besluiten dat de partijen hebben uitgesloten dat de verdwijning van de koopovereenkomst die van de leasingovereenkomst meebrengt, terwijl het Hof te Gent de mening is toegedaan dat het art. 8 a het niet mogelijk maakt tot dit besluit te komen. Werd hier de bewijskracht van art. 8 a van de leasingovereenkomst miskend door één van de twee arresten?

Indien in de leasingovereenkomst duidelijk zou staan dat ook bij ontbinding van de koopovereenkomst de contractuele verplichtingen van de lessee jegens de lessor blijven bestaan, dan zou de oplossing duidelijk zijn. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 17 juni 1993 (*R.C.J.B.*, 1996, 227, noot J. Herbots) staat vast dat dergelijk beding geldig is.

6. Een lange tweestrijd tussen de eerste burgerlijke kamer en de commerciële kamer van het Franse Hof van Cassatie over het antwoord op de vraag naar het lot van de leasing bij ontbinding van de koop (*Cass.fr.civ.*, 11 december 1985, *Bull.civ.*, I, nr. 351; *Cass.fr.com.*, 15 januari 1985, *D.*, 1986, I, 12; *Cass.fr.civ.*, 9 januari 1990, *Rev.trim.dr.civ.*, 1990, 301, noot Remy). Eerstgenoemde beschouwde dat de ontbinding van de koop *de oorzaak* van de leasingovereenkomst deed verdwijnen, en dus retroactief ook de leasing zelf. De tweede hield het bij het behoud van de leasing, op voorwaarde dat er een clause in voorkwam volgens welke de lessor niet aangesproken kon worden bij non-conformiteit van het geleasde materieel. Na een eerste door sommige als dubbelzinnig bestempelde uitspraak (*Cass.fr.*, Ch. Mixte, 3 maart 1989, *D.*, 1990, *Jur.*, 301), heeft de gemengde kamer, verenigd op 23 november 1990, kortader gesteld: «La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la *résiliation* du contrat de crédit-bail sous réserve de l'application des clau-

ses ayant pour objet de régler les conséquences de cette *résiliation*» (*Rev.dr.bancaire et bourse*, 1991, 21; *Gaz.Pal.*, 27 juni 1991, concl. eerste adv.-gen. H.Dontenville).

De leasingovereenkomst zou dus noch ontbonden zijn, noch retroactief verdwijnen (zoals de burgerlijke kamer stelde), maar zou slechts voor de toekomst beëindigd worden, zodat de lessor de ontvangen huurgelden niet moet restitueren tot op de dag van de ontbinding van de koop. In elk geval wordt het belang onderstreept van de clauses die tot doel hebben de gevolgen van de beëindiging te regelen. Die zouden met grote zorg opgesteld moeten worden, zoals ook blijkt uit de twee hierboven aangehaalde arresten van Brussel en Gent (D. Gavalda en J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 1994, nr. 511). De clauses die de beëindiging van het contract regelen (schadevergoeding, restituties, niet-concurrentie, confidentialiteit, etc.) overleven het verdwijnen van de overeenkomst. In het bijzonder kan de clause waarin de lessee in geval van beëindiging van de koop de restituties ten voordele van de lessor en ten laste van de leverancier *waarborgt*, blijven voortbestaan. Die clause legt het risico van de insolventie van de verkoper op de lessee (De lessor zou zelfs vergoeding kunnen vorderen voor de door hem geleden schade ten gevolge van het slecht negociëren van de koop door de lessee. Zie T. Bonneau, *Droit bancaire*, 1994, nr. 254).

De beëindiging van de leasing doet slechts voor de toekomst de verbintenis verdwijnen om huurgelden te betalen voor materieel waarvan de lessee geen genot meer heeft en waarop hij ook zijn koopoptie verliest. De gemengde kamer van het Franse Hof van Cassatie heeft geit en kool willen sparen en na zeven jaar oorlog de godsvrede willen herstellen tussen de twee kamers. De overdracht aan de lessee van de vorderingen van de lessor tegen de verkoper mag wel niet beschouwd worden als *de oorzaak* van de schuld van de lessee, zoals de commerciële kamer het uitdrukte. Dat is wel spijtig, naar de mening van een Frans commentator, omdat de oorzaak het de hedendaagse rechter mogelijk maakt het evenwicht tussen partijen te handhaven, en dit niet alleen bij de totstandkoming van de overeenkomst (Ph. Remy, in *Rev.trim.dr.civ.*, 1991, 360).

7. Ter afronding. De huur verzwijndt inderdaad bij verdwijning van de koop. Maar niet getreurd: tussen lessor en lessee kan in de leasingovereenkomst overeengekomen worden dat niettemin de huurprijs tot het bittere einde verder opgehoest moet worden. Onbillijk is dit niet, indien het contract de lessee de mogelijkheid geeft de ontbinding van de koop te vorderen tegen de leverancier, en hem aldus het recht geeft de vergoeding en restituties van de ingebreke blijvende leverancier te verkrijgen. Indien de leverancier intussen onvermogen werd, is dit risico voor de lessee. Onbillijk is dit in het licht van de financieringsoperatie evenmin. Eens te meer echter merkt men hoe belangrijk een goede redactie van de contractuele bedingen is.

J.H. Herbots
K.U. Leuven

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

3e KAMER – 6 JUNI 1997

Voorzitter: de h. Groenen

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Doutrepont en Cauwenberghs

Advocaat: Vleminckx loco Lansbergen

Arbeidsovereenkomst – Handelsvertegenwoordiger – Einde overeenkomst – Uitwinningsvergoeding – Aanbreng van cliëntèle – Concurrentiebeding – Nietigheid – Gevolg

De nietigheid van het in de arbeidsovereenkomst ingeschreven concurrentiebeding, wegens ontoereikendheid van het jaarloon, verhindert niet dat het wettelijk vermoeden van aanbreng van cliëntèle, verbonden aan het concurrentiebeding, uitwerking heeft (art. 101 W.A.O.).

C.V. P. t/ V.

1. Het statuut van handelsvertegenwoordiger

Het hof deelt volkomen de mening desomtrent van de eerste rechter: de taakomschrijving in het contract, de bepalingen omtrent het commissieloon, en het concurrentiebeding wijzen er duidelijk op dat geïntimeerde als *hoofdtak* het opzoeken en opsporen van cliëntèle had, met het oog op het afsluiten *en/of* het onderhandelen van zaken voor rekening van zijn werkgever.

2. Aanbreng van cliëntèle

Geïntimeerde geniet het vermoeden van aanbreng van cliëntèle ten gevolge van het *bestaan* van een concurrentiebeding in zijn arbeidsovereenkomst.

Ten onrechte meent appellante dat door het niet bereiken van de loongrens bepaald door de wet op de arbeidscontracten, geïntimeerde het voordeel van dit wettelijk vermoeden verloren heeft.

De eventuele nietigheid van het concurrentiebeding op grond van de ontoereikendheid van het jaarloon, berekend op het ogenblik van het ontslag, komt enkel in aanmerking om de *uitwerking van de clause te verhinderen*, d.i. het verbod om bij een concurrent in dienst te treden. Het heeft niets te maken met het vermoeden van aanbreng van cliëntèle dat door de wetgever aan het enkele feit van de *aanwezigheid van het beding in de ondertekende arbeidsovereenkomst* gehecht is (Taquet en Wantiez, «Les clauses de non-concurrence souscrites par les représentants de commerce et les employés», *J.T.T.*, 1975, blz. 194 e.v.).

Deze interpretatie steunt terecht op de voorbereiding van de wet op het Statuut van de Handelsvertegenwoordiger, waarin artikel 19, overgenomen in de W.A.O., ervan uitgaat dat, door een concurrentieverbod aan zijn wederpartij op te leggen, de werkgever de reeds bestaande of te verwachten aanbreng van cliëntèle erkent – cliëntèle waarvan gevreesd wordt dat het aan de concurrentie zou kunnen worden overgedragen na de beëindiging van de overeenkomst. De *rechtsgeldigheid* van de clause speelt hierbij geen rol (zie Arbhof. Antwerpen, 26 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 1984).

Daar appellante het wettelijk vermoeden van aanbreng van cliëntèle niet weerlegt, en anderzijds de afwezigheid van schade niet kan worden afgeleid uit het enkele feit dat geïntimeerde op een zeker ogenblik na zijn ontslag als bediende

zou zijn tewerkgesteld, is appellante aan geïntimeerde het gevorderde bedrag verschuldigd, dat terecht berekend wordt op de hele bezoldiging, nu er geen sprake is van een *deeltijdse activiteit* als handelsvertegenwoordiger.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

8 OKTOBER 1996

Beslagrechter: de h. Luyten

Advocaat: mr. Coene

Beslag en executie – Uitvoerbare titel – Notariële akte – Kredietopening – Verwijzing naar onderhandse stukken

Een notariële akte levert slechts een uitvoerbare titel op wanneer die akte het mogelijk maakt de verbintenis te bepalen waartoe de debiteur zich verbonden heeft. Deze voorwaarde is niet vervuld wanneer in een akte strekkende tot een kredietopening met hypotheekstelling wordt verwezen naar onderhandse stukken betreffende de wijze van het gebruik van het krediet, de terugbetaling van de opgenomen bedragen en de hoogte van rente.

N.V. K. t/ L.

Terecht betoogt de verzoekende partij dat het «*onomstootbaar*» vaststaat «*dat men een notariële akte, in de vorm van een uitvoerbare uitgifte, kan uitvoeren*» en dat zij beschikt over een uitvoerbare uitgifte (bedoeld wordt grosse). De vraag die hier rijst is echter niet of een notariële akte voldoende is als titel voor tenuitvoerlegging, waarover uiteraard niet de minste twijfel kan bestaan, gelet op art. 19 van de ventôsewet op het notarisambt, maar wel in hoeverre de nagestreefde uitvoering betrekking heeft op verbintenissen waartoe de debiteur zich voor de notaris verbonden heeft. Het spreekt immers vanzelf dat een notariële akte geenszins de mogelijkheid biedt om de gedwongen tenuitvoerlegging te vervolgen van welke verbintenis ook maar slechts van die verbintenissen waarvan uit de akte zelf blijkt dat de debiteur zich ertoe verbonden heeft.

De titel op grond waarvan de verzoekende partij overgaat tot gedwongen tenuitvoerlegging, namelijk de notariële akte van 4 november 1987, verleden voor meester Charles Van Den Bossche, notaris te Herzele, betreft een loutere kredietopening met hypotheekstelling. In deze akte wordt verwezen naar het eraan gehecht «*Modelkohier van de algemene bedingen en voorwaarden van de kredietopeningen van het Discontokantoor voor het land van Aalst.*»

De bepalingen van deze akte zijn evenwel niet in het minst voldoende om het verschuldigd bedrag en de opeisbaarheid ervan te bepalen. Het «*Modelkohier*» bepaalt dienaangaande: «*De rentevoet, het bedrag, de duur, de wijze van aflossing en alle andere voorwaarden voor elke op het krediet toe te rekenen transactie worden in afzonderlijke overeenkomsten vastgelegd*» (zie p. 3 «*Modelkohier*»). De akte en evenmin het «*Modelkohier*» zelf maken evenwel geen melding van de voorwaarden inzake het gebruik van het krediet, de terugbetaling van de geleende bedragen en de rente. Deze akte levert dan ook geen uitvoerbare titel op (zie o.m. Cass.,

21 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 1361; Dirix, E., «Notariële akten tot betaling van een geldsom», *R.W.*, 1994-95, 504-505, nr. 6).

Er anders over oordelen zou erop neerkomen dat men zich een blanco uitvoerbare titel zou kunnen verschaffen die ontsnapt aan iedere controle van de rechter.

Nu de verzoekende partij niet aantoonde dat zij over een uitvoerbare titel voor de vervolgde tenuitvoerlegging beschikt, kan de vordering niet ingewilligd worden.

De argumentatie van de verzoekende partij dat de debiteur steeds de mogelijkheid heeft om de wettelijk voorziene rechtsmiddelen aan te wenden is niet ter zake dienend. De regels m.b.t. bewarende beslagen en gedwongen tenuitvoerlegging zijn immers van openbare orde en de beslagrechter dient in het kader van artikel 1580 van het Gerechtelijk Wetboek precies na te gaan of de gevoerde procedure regelmatig is, o.m. of de beslaglegger beschikt over een uitvoerbare titel (zie o.m. Dirix E., en Broeckx K., *Beslag, A.P.R.*, 1992, nr. 789, p. 491). Het betreft hier een voorafgaande controleplicht door de beslagrechter, waarvan geenszins afgeweken kan worden met de argumentatie dat de debiteur steeds de mogelijkheid heeft om het geëigende rechtsmiddel aan te wenden.

De argumentatie van de verzoekende partij i.v.m. de kosten verbonden aan het verkrijgen van een vonnis is eveneens irrelevant. Om opportuniteitsredenen kan vanzelfsprekend niet afgeweken worden van het elementaire vereiste dat voor een gedwongen tenuitvoerlegging een uitvoerbare titel vereist is. Het probleem dat rijst voor de verzoekende partij is eenvoudigweg het gevolg van de door partijen gekozen weg. Onmiskenbaar zijn er aan de techniek van de kredietopening bepaalde voordelen verbonden, alleszins voor de kredietverlener. Dit neemt niet weg dat men er de nadelen van de gekozen techniek moet bijnemen.

VREDEGERECHT TE WESTERLO

28 APRIL 1995

Rechter: de h. Carens

Advocaten: mrs. Raeymaekers en Soete

Overeenkomst – Geldigheidsvereisten – Toestemming – Wilsgebrek – Dwaling – Verschoonbaarheidsvereiste – Verzekeraar – Vergoedingskwijting – Inwinnen van onvoldoende informatie

Een verzekeraar die zich beroept op dwaling bij het uitschrijven van een vergoedingskwijting, dwaalt niet op verschoonbare wijze indien de dwaling het gevolg is van het niet voldoen van de inwinnen van informatie. Alvorens een overeenkomst te sluiten, moet een verzekeraar immers het nodige doen om de ware toedracht van de feiten te achterhalen.

S. en B. t/ N.V. S.A.

Aangezien de vordering ertoe strekt verwerende partij te horen veroordelen, hoofdens annulatieverzekering van 20 oktober 1992, tot betaling aan eisende partij de som van 44.466 fr te vermeerderen met de gerechtelijke interesten

vanaf 17 december 1993; verwerende partij tevens te horen veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding en het te wijzen vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad;

Gelet op de tegeneis ingesteld door eisende partij op tegeneis bij conclusies van 24 maart 1994, die ertoe strekt:

– verwerende partijen op tegeneis solidair in solidum te horen veroordelen tot betaling aan eisende partij op tegeneis van de som van 20.360 fr te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf 17 mei 1993 en te vermeerderen met de gerechtelijke interesten;

– verwerende partijen op tegeneis solidair *in solidum* te horen veroordelen in de kosten van het geding, de rechtsplegingsvergoeding inbegrepen;

Feiten

Eiseres op hoofdeis sloten op 20 oktober 1992 met verweerder op hoofdeis een annulatieverzekering af m.b.t. een reis naar Florida (USA) van 18 december 1992 tot 27 december 1992. Met aangetekende zending van 8 december 1992 deelde de heer S. aan de verzekeringsmaatschappij mee dat hij genoodzaakt was de reis te annuleren, wegens ernstige medische redenen. Op 17 mei 1993 deelde de maatschappij, thans verweerster op hoofdeis, aan Skipy Tours (het reisbureau) mede, dat zij zal bijdragen in het bedrag van de kosten. Bij deze brief werd een vergoedingskwitantie ad 20.360 fr gevoegd op naam van de familie S. De kwitantie vermeldt verder geen enkel voorbehoud t.a.v. de verzekeringnemer wat betreft de gehoudendheid van de maatschappij. Op 22 oktober 1993 deelde laatstgenoemde aan de heer S. mee dat uit een inmiddels in haar opdracht uitgevoerde medische expertise, bleek dat de annulatie in kwestie niet onder de waarborg van de polis valt, zodat het bedrag van 20.360 fr dan ook ten onrechte werd ontvangen. Eiseres op hoofdeis betwisten een en ander en vorderen met dagvaarding van 17 december 1993 een bijkomende vergoeding van 44.466 fr. Verweerster op hoofdeis vordert bij tegeneis de reeds betaalde 20.360 fr terug.

In rechte

1. Het door verweerster op hoofdeis onvoorwaardelijk uitgeschreven document, gevoegd bij de voormelde brief van 17 mei 1993, is een «vergoedingskwitantie», waarvan allereerst de juridische aard dient te worden onderzocht, nl. dading of niet. Een dergelijke kwijting kan in regel *niet* als dading worden gekwalificeerd, omdat een essentieel element van de dading meestal – en ook *in casu* – ontbreekt, nl. de wederzijdse toegevingen (Cf. Schuermans e.a., «Overzicht rechtspraak. Onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1994, nr. 2, nr. 27.2 blz. 1076 en Vred. Roeselare, 25 januari 1994, *R.W.*, 1994-95, 56).

2. Hieruit volgt allereerst dat de regeling van art. 2052 en art. 2053 B.W. niet toepasselijk is.

3. Zoals iedere overeenkomst kan de vergoedingskwitantie vernietigd worden indien de toestemming van één der partijen gebrekkig was, d.w.z. aangetast door dwaling of verkrepen onder invloed van bedrog of geweld. Van geweld is uiteraard geen sprake. Een vergoedingskwitantie kan ook wegens bedrog vernietigd worden, wanneer aan de gemeenschappelijke voorwaarden (art. 1116 B.W.) voldaan is. Bedrog is een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst, wanneer de kunstgrepen, gebedigd door één van de partijen, van die aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben gesloten. Ver-

eist is dus dat één van de partijen kunstgrepen heeft aangewend met de bedoeling de andere partij te bedriegen en dat die bedrieglijke handelingen determinerend waren voor diens toestemming. Er is *in casu* geen enkel spoor aanwezig van «kunstgrepen» die eisers op hoofdeis zouden hebben aangewend bij de totstandkoming van de overeenkomst, *in casu* de vergoedingskwitantie (cfr. ook *infra*).

4. Blijft ten slotte de dwaling over. Opdat de dwaling in aanmerking genomen kan worden als wilsgebrek, dient zij *verschoonbaar* te zijn, namelijk door ieder normaal redelijk handelend mens worden begaan. In het onderhavige concrete geval bestond er voor de maatschappij die de kwijting uitschreef de verplichting tot het inwinnen van de juiste informatie en mag worden vermoed dat zij de kwijting uitschreef op basis van de juiste gegevens. Een contractant-verzekeringsmaatschappij dwaalt *niet* op verschoonbare wijze indien de dwaling het gevolg is van het niet voldoende inwinnen van informatie. (Cf. Kruithof e.a., «Overzicht rechtspraak: Verbintenissenrecht», *T.P.R.*, 1994, nr. 1, nr. 116, blz. 338).

In casu dient derhalve geen verder onderzoek gevoerd te worden naar de aard van de aandoening van de heer S.

Zelfs ingeval zou komen vast te staan dat de maatschappij eigenlijk niet tot verzekeren gehouden was, blijft zij toch gehouden door het engagement opgenomen in haar brief van 17 mei 1993 met bijgevoegde kwitantie. Talrijke malen werd geoordeeld dat een verzekeringsmaatschappij, alvorens een overeenkomst te sluiten, het nodige moet doen om de ware toedracht van de feiten te achterhalen. Wanneer achteraf blijkt, dat zij gecontracteerd heeft op basis van onjuiste gegevens, wordt haar dikwijls een beroep op het wilsgebrek dwaling ontzegd, omdat de door haar begane dwaling niet verschoonbaar is (Cf. Antwerpen, 26 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 2072; Arbh. Antwerpen, 19 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1409; Rb. Doornik, 6 januari 1982, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10676; Rb. Hasselt, 16 december 1986, *R.G.A.R.*, 1989, nr. 11536; Rb. Antwerpen, 27 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 130 en 543, en *De Verz.*, 1989, 307; Kh. Brussel, 18 juli 1988, *De Verz.*, 1989, 320).

...

5. Uit het voorafgaande blijkt dat verweerster op hoofdeis tot integrale bijdrage gehouden is. Het totaal van 64.826 fr op zichzelf maakt blijkbaar niet het voorwerp van betwisting uit. Daarvan werd reeds 20.360 fr betaald, zodat nog 44.466 fr verschuldigd blijft. De hoofdeis is derhalve grond, de tegeneis ongegrond.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 31 januari 1997

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Verschijningstermijn – Kort geding

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep van 24 december 1993:

«Overwegende dat artikel 1040 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat wat betreft de inleiding van de vordering in kort geding artikel 1035 van dit wetboek van toepassing is

op de termijnen van verschijning voor het hof van beroep en voor het arbeidshof;

«Dat, krachtens artikel 1035, tweede lid, van dit wetboek, de termijn van dagvaarding ten minste twee dagen bedraagt;

«Overwegende dat het arrest het hoger beroep van de eisers tegen de beschikking van 26 mei 1993 van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, zitting houdend in kort geding, 'nietig' verklaart op grond dat de verschijningstermijn in hoger beroep vijftien dagen is en dat een kortere termijn niet toegelaten is;

«Dat het aldus de artikelen 1035 en 1040 van het Gerechtelijk Wetboek schendt»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. De Riemaecker – Advocaat: mr. Verbist – In de zaak: B. t/ B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 april 1997

Advocaat – Vertegenwoordiging van partijen – Weerlegbaar vermoeden – Bewijslast

Op de volgende gronden verwerpt het Hof de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 september 1995:

«Overwegende dat luidens artikel 440, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek de advocaat verschijnt als gevolmachtigde van de partij zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken, behalve indien de wet een bijzondere lastgeving eist; dat, met uitzondering van dat geval, de advocaat die voor een rechtscollege van de rechterlijke orde een akte van rechtspleging verricht en zich ertoe beperkt in die akte te verklaren dat hij optreedt in naam van een rechtspersoon die genoegzaam is geïdentificeerd door de opgaaf van zijn benaming, zijn rechtskarakter en zijn maatschappelijke zetel, wettelijk vermoed wordt daartoe een regelmatige lastgeving van het bevoegde orgaan van die rechtspersoon te hebben gekregen;

«Overwegende dat dit vermoeden niet onweerlegbaar is; dat een partij gerechtigd is te bevestigen dat de beslissing om een akte van rechtspleging te verrichten niet goedgekeurd is door de organen van de rechtspersoon en niet van hem uitgaat, maar dat de bewijslast rust op de partij die zulks betwist;

«Overwegende dat, wat dat betreft, de partij tegen wie een akte van rechtspleging wordt ingeroepen, luidens artikel 703, derde en vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, weliswaar het recht heeft om in elke stand van het geding te eisen dat de rechtspersoon haar de identiteit meedeelt van de natuurlijke personen die zijn organen zijn, wanneer die identiteit niet vermeld is in de akte, en dat het vonnis over de zaak kan worden uitgesteld zolang aan die vordering niet is voldaan; dat de wetgever die regel evenwel slechts heeft ingevoerd om die partij de inlichtingen te kunnen geven waarop zij recht heeft, en dat het ontbreken ervan op zich niet voldoende kan aantonen dat de akte die aldus is verricht in naam van de rechtspersoon, door hem niet is toegelaten;

«Overwegende dat het arrest erop wijst dat eiser en de vierde en de vijfde verweerder 'geen gewag maken van gegevens die ernstige twijfels kunnen wekken over de bevoegdheid van het orgaan van de (eerste verweerder) dat beslist

heeft verzet te doen' en dat de bewijslast rust op (deze partijen) die de regelmatigheid van de beslissing van de (eerste verweerster) om derden-verzet te doen, betwisten; dat (zij) geenszins aantonen dat hun betwisting gegrond is en dat het uit artikel 440, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek afgeleide vermoeden weerlegd is';

«Dat het arrest aldus de beslissing waarbij de door eiser uit artikel 703 van het Gerechtelijk Wetboek afgeleide exceptie wordt verworpen, naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Parmentier – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Houtekier, De Gryse, Gérard en Simont – In de zaak: M. t/ T.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 2 mei 1997

Aanneming van werk – Niet-geregistreerd aannemer – Niet-naleving door de opdrachtgever van zijn verplichtingen tegenover de fiscus – Sancties – Niet toepasselijk bij onoverkomelijke dwaling

Eisers middel tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 21 april 1994) wordt om de volgende redenen afgewezen.

«Overwegende dat artikel 229bis, § 3, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) aan de opdrachtgever die een beroep doet op een niet-geregistreerde aannemer, welomschreven verplichtingen en, in voorkomend geval, sancties oplegt; dat de artikelen 20 en 21 van het koninklijk besluit van 5 oktober 1978 dat ter uitvoering van die wetsbepalingen is uitgevaardigd, de publicatie en de publiciteit van de registratie van de aannemers regelen;

«Overwegende dat uit die bepalingen niet kan worden afgeleid dat de opdrachtgever die een beroep heeft gedaan op een niet-geregistreerde aannemer, van zijn eventuele daaruit voortvloeiende verplichtingen jegens eiser ontslagen wordt wegens het enkele feit dat hij in zijn contractuele relaties met de aannemer door deze omtrent zijn registratie misleid is;

«Dat evenwel de in genoemd artikel 299bis bepaalde sanctie niet kan worden opgelegd als de opdrachtgever in onoverkomelijke dwaling is gebracht;

«Overwegende dat het arrest, zonder deswege te worden bekritiseerd, aanneemt dat de opdrachtgever zich in een toestand van onoverwinnelijke dwaling bevond;

«Dat het aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen niet schendt.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Forrier – Openbaar ministerie: de h. Bresseleers – Advocaat: mr. Van de Velde (voor verweerster) – In de zaak: Belgische Staat t/ B.V.B.A. G. in vereffening)

BOEKEN

Belgische vereniging voor criminologie, **Rechtspositie en beklagrecht van gedetineerden**, Die Keure, 1997, 138 pp., Société belge de criminologie, **Position en droit et droit de plainte du détenu**, Die Keure, 1997, 134 pp.

Door de 19e eeuw heen zijn «opsluitingsplaatsen» meer een plaats geweest van «niet recht» aldus Pires (La réforme pénale et la réciprocité des droits, 1991).

De gedetineerde mocht zich gelukkig prijzen dat hij het recht behield om te denken maar het werd hem voortdurend duidelijk gemaakt dat hij ook van die gunst met gematigdheid en in tactvolle obediëntie gebruik diende te maken.

Het besproken werk is een congresboek en bevat een aantal bijdragen van binnen- en buitenlandse hoogleraren over de rechtspositie van gedetineerden, een thematiek die ook na de Witte Mars niet aan actualiteit heeft ingeboet.

In Engeland en Wales werd na de gevangenisopstanden van 14 april 1990 een penitentiaire ombudsman ingevoerd, een soort klachtenrechter.

Prof. Rod Morgan bespreekt het ontstaan en de ontwikkeling van het nieuwe systeem onder de titel «Het winnen aan geloofwaardigheid van de penitentiaire ombudsman».

Hij toont aan hoe het zgn. Woolf-rapport een onderscheid diende te maken tussen andere elementen van het begrip gerechtigheid, die van «due process».

Duitsland kent sedert 1976 een wet op het gevangeniswezen, «Strafvolzugsgesetz» genoemd, in werking sedert 1 januari 1977. Prof. Dr. Friedrich Dunkel gaat na welke de mogelijke vormen zijn van juridische controle op de penitentiaire beslissingen in Duitsland als opgenomen in § 108 en §§ 109 St.Volz.G.

Het Franse rapport van de hand van prof. Claude Faugeron, directeur van de Recherche aan het CNRS te Parijs, draagt als titel «Van gunsten naar rechten, een moeilijke evolutie?» Een stand van zaken in Frankrijk. Het bevat een vernieuwde analyse van de relatie tussen politieke democratie en gevangenis op macrosociologisch niveau en een micropenologie van de functies van de vrijheidsberoving die zorgvuldig onderscheiden moet worden van de theorie van de functie van de straf. De overgang van gunst naar recht kan maar gebeuren door een verandering van de opvatting omtrent vrijheidsberoving.

In Nederland hebben de gedetineerden het recht zich te beklagen bij een Commissie van Toezicht. Het Nederlandse gevangeniswezen is in een stroomversnelling gekomen. Hoe die ontwikkeling verloopt schetst prof. Constantijn Kelk, die op zeer objectieve manier enkele voordelen van het Nederlandse project van de Beginselenwet naar voren brengt, dit meer bepaald in termen van de juridische zekerheid.

Dat er behoefte bestaat aan een behoorlijke materiële rechtspositie voor gedetineerden, wordt toegelicht door prof. Walter Van Laethem (K.U.L.). Hij vergelijkt onze penitentaire politiek met een losgeslagen boot die aan het zwalpen is.

Greet Smaers bespreekt de bestaande beklagmogelijkheden voor gedetineerden in België (R.U. Limburg Maastricht). In dit land bestaan er geen specifieke, op de detentiesituatie toegesneden procedures die het gedetineerden mogelijk maken hun rechten te verdedigen en af te dwingen bij een onafhankelijke instantie. Zulks betekent echter niet dat gedetineerden aan een totale willekeur overgeleverd zijn. Tal van wets- en reglementaire bepalingen voorzien in controle en toezicht, zoals het Algemeen Reglement van de Strafinrichtingen (K.B. van 21 mei 1965) en artt. 611-612 Sv. Meer en meer gedetineerden stellen een vordering in voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in kort geding. Ook is een beroep mogelijk bij de Raad van State. Klachten bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens zijn nogal beperkt gebleven.

Prof. dr. Sonja Snacken (V.U.B.) behandelt de rechten van gedetineerden en het Europees Comité voor de preventie van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (CPT). De synthese van alle referaten wordt gegeven door prof. Guy Houchon onder de titel «Van een gunstpositie naar een rechtspositie».

Gevangenisdirecteurs hebben belangrijker dingen te doen dan Shakespeare te lezen, maar met Julius Caesar weten zij ook wel uit dagelijkse ervaring dat magere mannetjes die te veel denken, doorgaans gevaarlijk zijn.

Geen blad kan geel worden zonder het stille weten van de hele boom schreef Kahlil Gilbran. De maatschappij heeft dan ook de dwingende plicht ook voor haar gele bladeren zo goed mogelijk zorg te dragen.

Joris Luyckx.

De Raad van State. Een stand van zaken. Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 145 pp.

Naar aanleiding van het afscheid van vice-president Scholten van de Nederlandse Raad van State werd door een aantal staatsraden en ambtenaren van de Raad een bundel samengesteld met bijdragen die beogen de plaats en de activiteiten van de Nederlandse Raad van State anno 1997 te schetsen.

Het boek bevat geen exhaustieve beschrijving van de samenstelling en de werking van de Raad, ermee rekening houdend dat belangrijke aspecten daarvan reeds aan bod zijn gekomen in het lijvige gedenkboek dat in 1981 werd gepubliceerd (*Raad van State 450 jaar*, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, XV-446 pp.). Wel vangt het boek aan met een bijdrage waarin een aantal evoluties wordt geschetst die sinds 1981 op het vlak van de inrichting en de taken van de Raad van State heeft plaatsgevonden. Een en ander wordt daarbij doorspekt met cijfermatige gegevens omtrent de personeelssterkte en de werklast (bijdrage van Brink en Heijmans over de «Raad in kort bestek»).

Ook wordt aandacht besteed aan een aantal recente tendensen. Te denken valt daarbij o.m. aan de groei van de «regels voor de regelgeving» en de betekenis ervan voor de adviserende taak van de Raad van State (in de bijdrage van Polak over de toetsing in de adviezen), de eerste ervaringen van de Afdeling bestuursrechtspraak met het hoger beroep (de bijdrage van Schreuder-Vlasblom) en de uitdijende doorwerking van het gemeenschapsrecht in de advisering (de bijdrage van Lauwaars en Watson). Knelpunten zoals die m.b.t. de Procola-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens worden daarbij niet onbesproken gelaten (zie de kroniek van Boukema over de «rechtsbescherming in beweging»).

Een categorie van bijdragen die van een ietwat andere aard is dan de vorige, heeft niet zozeer op proceduriële nieuwigheden betrekking, als wel op aangelegenheden waaraan in het verleden relatief weinig aandacht is besteed. Het gaat hier om zaken waarover elders weinig te lezen valt en die bijwijlen een interessant licht werpen op de «interne keuken» van de Raad van State. Bedoeld worden o.m. de ambtelijke ondersteuning van de Raad (de bijdrage van Van der Wiel over de stafafdeling bestuursrechtspraak) en de positie van de Raad van State van het Koninkrijk (bijdrage van Wawoe). Een werkelijk uit het leven gegrepen bijdrage is die van Vis over de «herkomst van staatsraden». Hierin wordt o.m. op een verhelderende manier beschreven hoe men in Nederland tot staatsraad wordt benoemd – waarbij, zoals in België, «kwaliteit (...) uiteindelijk belangrijker (is) dan een bepaalde politieke affiniteit» die er ongetwijfeld is – en hoe een pas benoemde staatsraad wordt ingepast in een door stijl en traditie gekenmerkt korps.

Het gerecenseerde boek bevat in totaal tien, bijzonder lezenswaardige bijdragen, geschreven door specialisten, want leden of gewezen leden van de Nederlandse Raad van State. Die bijdragen verschaffen tevens een verhelderend inzicht in bepaalde wetgevende innovaties die ook in Nederland de laatste jaren tot stand zijn gebracht en die een directe invloed hebben gehad op de werking van de Raad. Om die reden alleen al is het voor de Belgische lezer interessant om, door middel van het boek, ervan op de hoogte te raken hoe een instelling, die veel ouder is dan haar Belgische zusterinstelling, die innovaties heeft verwerkt. Ook de Belgische Raad van State heeft immers de laatste jaren belangrijke wetgevende innovaties gekend.

M. van Damme

R. BLANPAIN (red.), **De organisatie van de sport**, Leuven, Peeters, 1997, 132 pp.

In België is er geen specifieke reglementering inzake de organisatie van de sport. Wie zich geroepen voelt, organiseert activiteiten zoals rafting, triatlon, challenge, beklimming van de Mont-Blanc, of zelfs een sportdag voor de collega's op het werk. Bij deze min of meer commercieel of publicitair getinte initiatieven, komen toch een heleboel juridische problemen aan bod.

Zijn er voorwaarden van erkenning voor het organiseren van zulke activiteiten? Welk statuut hebben de medewerkers bij zulke gebeurtenissen: werknemer, zelfstandige, vrijwilliger, zwartwerker? Hoe zit het met de fiscaliteit: personenbelasting, B.T.W., enz.? Onder welke vennootschapsrechtelijke vorm dient een sportmanifestatie plaats te hebben? Welke keuze maakt men tussen de feitelijke

vereniging, de V.Z.W. of de N.V.? Welke personen moet men aangeven aan de sociale zekerheid? Hoe zit het met de toepasselijkheid van de reglementering in verband met overuren, weekendwerk, nachtarbeid voor vrouwen, enz.?

Deze en aanverwante vragen kwamen aan bod op de studiedag van de Belgische Vereniging voor Sportrecht van 15 november 1996.

Uit de studiedag blijkt dat de regelgeving inzake sport op meerdere domeinen tekortschiet en ook de *mores* er niet zijn, noch bij bepaalde sportorganisatoren noch bij de overheid. Er heerst in ons land bij heel wat mensen en instellingen een mentaliteit die de sport als een «speciaaltje» ziet, waarbij ongeveer alles toegelaten is tot en met de meest cynische fraude. In het boek dat ter bespreking voorligt, geven acht auteurs een beeld van deze problematiek.

In het inleidende stuk «Voorwaarden voor organisatie, fiscaliteit en sociale zekerheid» vraagt H. Mulders zich af of het niet zinvol zou zijn erkenningsvoorwaarden vast te stellen voor de organisator/verkooper van sport. Bij gebreke van een dergelijke regeling, kan immers een heel zootje ongeregeld zich zonder enige beperking inlaten met de organisatie en verkoop van sport, waarbij de fysieke en financiële veiligheid van de consument van bijkomend belang is. Daarnaast spreekt deze bijdrage boekdelen over het misbruik van de rechtspersoon van de V.Z.W. voor verkapte commerciële doeleinden en hoe de fiscale wetgeving, vooral de B.T.W., door allerlei constructies als een lachertje omzeild wordt.

Hoe het wel moet in verband met V.Z.W.'s, vennootschappen en fiscaliteit blijkt o.m. uit de bijdragen van G. Ballon, H. Laga en Ph. Hinnekens.

G. Ballon behandelt in zijn bijdrage enkele problemen in verband met de oprichting en de rechtspersoonlijkheid van een V.Z.W.

In «Vennootschap, V.Z.W. en de faillissementswet» door H. Laga komt de vraag aan bod in welke mate een V.Z.W. een handelsactiviteit mag voeren evenals de vraag hoe een verboden handelsactiviteit kan getroffen worden door een faillissement. Ook deze auteur komt tot het besluit dat een wetgevend ingrijpen hoogst wenselijk is.

Ph. Hinnekens bespreekt uitvoerig de fiscale aspecten van de sportorganisatie.

Het artikel «Het arbeidsrechtelijk statuut van sportorganisatoren» van O. Vanachter toont duidelijk aan dat het arbeidsrechtelijk arsenaal tekortschiet om bepaalde specialia op te vangen. De sociale wetgeving is niet aangepast aan werknemers tewerkgesteld in andere situaties dan de industriële onderneming. Collectieve arbeidsverhoudingen staan voor organisatoren van sportieve evenementen nog niet eens in de kinderschoenen.

Wat het aspect sociale zekerheid betreft, lijkt het rechtsapparaat te beantwoorden aan de behoeften van sportorganisatoren. De implicaties inzake sociale zekerheid betreffende de organisatie van een sportgebeuren worden door D. Simoens uitvoerig behandeld.

R. Blanpain evalueert in «Betaalde sportbeoefenaars en transfers in België» het K.B. van 10 januari 1997 tot vaststelling van het bedrag van de vergoeding in geval van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de betaalde sportbeoefenaars. Het Bosman-arrest wordt in België voorlopig omzeild. De mensenhandel gaat verder... Er worden weer voetballers gekocht en verkocht in alle richtingen.

De overheid, vooral de federale, is ongelooflijk laks en laat bepaalde sportmaffia's maar doen. Mala fide personen voelen zich in feite door het optreden van de federale overheid gesterkt. Het K.B. van 10 januari 1997 getuigt daarvan, aldus de auteur.

Ten slotte is er geen tastbaar beleid inzake diploma's die kriskras aan gretige sportconsumenten worden aangeboden. Deze leemte brengt o.m. op het stuk van veiligheid en degelijkheid onvoorstelbare risico's mee. De Europese Gemeenschap neemt een aanvang met een regeling inzake diploma's en erkenning over de grenzen heen, aldus blijkt uit de studie «La reconnaissance des diplômes dans le domaine sportif» van Y. Le Lostecque van de Europese Commissie.

Het boek omvat m.a.w. een zeer volledig en grondig uitgewerkte studie van het onderwerp, bedoeld voor diegenen die actief zijn in het organiseren van sportieve evenementen evenals voor professionals die hen hierover adviseren.

Iris Van Tilborgh

J.M. SMITS, **Niet-nakoming**, *Ars Aequi cahiers*, deel 7, Nijmegen, Ars aequi libri, 1997, 76 pp.

Het boek belicht de «niet-nakoming» naar Nederlands recht. Daarbij heeft de auteur zowel aandacht voor de achtergrond van de betreffende regelen (bv. de billijkheid verzet zich tegen de toerekenbaarheid van de nakoming in geval van overmacht), als voor de rechtstechnische uitwerking ervan.

Het eerste hoofdstuk belicht het onderscheid tussen de *niet-gebondenheid* (bv. in geval van dwaling) en de *niet-nakoming* (niet-, niet tijdige, of gebrekkige nakoming).

In het tweede hoofdstuk komt de (contractuele) *schadevergoeding* bij niet-nakoming aan bod. Vereist is allereerst dat de niet-nakoming *toerekenbaar* is. Hierbij wordt vooral ingegaan op de vraag naar de toerekenbaarheid wanneer de nakoming (tijdelijk) onmogelijk blijkt. Toerekenbaarheid kan dan voorhanden zijn, indien de schuldenaar schuld heeft aan het ontstaan van de onmogelijkheid, indien hij contractueel het risico op zich heeft genomen, of indien het risico krachtens de wet (bv. de aansprakelijkheid voor hulpverleners) of krachtens de in het verkeer geldende opvattingen bij de schuldenaar rust. Vervolgens moeten de *schade* (cf. de vervangende en de aanvullende schadevergoeding) en het *causaal verband* worden bewezen. Ten slotte is principieel vereist dat de schuldenaar in verzuim verkeert. Behoudens de gevallen van verzuim van rechtswege, blijkt een aanmaning met ingebrekestelling vereist te zijn.

Het derde en laatste hoofdstuk behandelt de *ontbinding* en de *opschorting*. *Ontbinding* vergt een tekortkoming van de wederpartij, met wie men in een wederkerige overeenkomst is verbonden. De gevolgen van de ontbinding zijn principieel *ex nunc* (indien één partij echter al heeft gepresteerd: ongedaanmakingsverbintenissen) en bijkomend kan schadevergoeding worden geëist (aanvullende schadevergoeding, maar ook de ontbindingsschade). Bij de *opschorting* onderscheidt men de *exceptio non adimpleti contractus* en de *onze-kerheidsexceptie*. Deze laatste kan worden toegepast vóór de opeisbaarheid van de verbintenis van de wederpartij, indien de schuld-eiser vreest dat die niet zal presteren, terwijl hij van zijn kant eerst zal moeten presteren.

Het besproken boek geeft op een bevattelijke en didactische wijze het leerstuk van de niet-nakoming weer en tekent aldus duidelijk de contouren van de draagwijdte van het principe van de bindende kracht van de overeenkomst.

Koen Van Raemdonck

M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (red.), **Actuele problemen van het arbeidsrecht** - 5, Gent, Mys en Breesch, 1997, 617 pp.

De reeks *Actuele problemen van het arbeidsrecht* is sinds haar ontstaan in 1984 al aan haar vijfde editie toe. Deze verzameling referaatteksten is de uitgebreide versie van de mondelinge uiteenzettingen door een aantal rechtspractici op een van de studiedagen die in het voorjaar 1997 zowel te Gent als te Antwerpen plaatsvonden. Wie vertrouwd is met het concept, weet dat stevast een uitgebreide waaier van arbeidsrechtelijke onderwerpen aan bod komt.

Wat het individuele arbeidsrecht betreft, gaat men terug naar de *roots*. H. Buysens vergelijkt het ontslag wegens dringende reden met de eenzijdige of buitengerechtelijke ontbinding. Deze gemeenschappelijke beëindigingswijze van overeenkomsten met opeenvolgende prestaties is onder druk van de hedendaagse 'snelle' maatschappij duidelijk in opmars. M. De Vos onderwerpt zwart loon (door overgekomen ontduiking van socialezekerheidsbijdragen) eerst aan een gemeenschappelijke toetsing vooraleer hij overgaat tot een grondige bespreking van de arbeidsrechtelijke gevolgen van het fenomeen.

Naast het individuele arbeidsrecht komen ook aspecten van collectief arbeidsrecht aan bod. F. Dorssemont gaat in zijn bijdrage over de rechtspositie van de representatieve werknemersorganisaties onder meer na of de afwezigheid van rechtspersoonlijkheid niet moet worden gezien vanuit de onaangepastheid van de aanwezige rechtsinstrumenten. M. Rigaux snijdt een bijzonder actueel vraagstuk van het flexibiliteitsdebat aan. Hij analyseert de gevolgen van de netwerkondernemering op de collectieve arbeidsverhoudingen en hij verkent de mogelijke wegen van juridisch verweer tegen de nefaste gevolgen hiervan. Bij de problematiek van flexibiliteit en deregulering van de arbeidsrelatie sluit de hoofdzakelijk historisch getinte bijdrage van O. Vanachter over atypische arbeidsovereenkomsten aan.

In het hedendaagse arbeidsrecht is het internationale aspect niet meer weg te denken. Dat facet komt dan ook uitgebreid aan bod. L. Cornil en G. Van Limberghen geven een theoretische uiteenzetting over het toe te passen arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht bij grensoverschrijdende tewerkstelling.

Dat het boek zijn naam waardig is, bewijst wel de hyperactuele uiteenzetting van J. Herman over de uitloopbaan van de werknemer. De auteur bakent zijn bijdrage af tot een naast – en tegenover – elkaar plaatsen van deeltijdse arbeid, beroepsloopbaanonderbreking en halftijds brugpensioen. Hoewel deze aspecten van arbeidsverdeling en werkgelegenheidsbevordering gedoemd zijn snel te veranderen, is het opstel zeker niet onverdienlijk. De auteur slaagt er immers in de bestaande systemen en hun onderlinge samenhang los van de regelgeving kritisch te onderzoeken.

Naast recente arbeidsrechtelijke problemen wordt ook een oud thema «gerecycleerd». Rechtsmisbruik in het arbeidsrecht, dat door R. Blanpain al in de eerste editie van de reeks werd onderzocht, wordt door D. Cuypers geactualiseerd aan de hand van de recente rechtspraak en rechtsleer.

Een pluspunt van de bundel is zijn openheid naar andere rechts-takken toe. Er werd al gewezen op de link die door sommige referenten werd gelegd naar het gemene recht. R. Janvier begeeft zich met haar opstel over contractanten in overheidsdienst op het haar vertrouwde terrein van het publiekrecht. Bij gebrek aan ruimte en wegens de uitgebreidheid van het onderwerp beperkt zij zich tot de aanwerving van de contractanten. Voor een volledige en gedetailleerde bespreking van de loopbaan van de contractant in overheidsdienst alsmede voor de arbeidsreglementering en de collectieve arbeidsverhoudingen kan worden verwezen naar haar recent verschenen boek (Janvier, R., *Contractanten in overheidsdienst*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 196 pp.).

P. Humblet onderzoekt de grondrechten van de werknemer. Hij beperkt zich vooral tot de internationale verdragen waarin de fundamentele rechten zijn omschreven. Na een uiteenzetting over de juridische afdwingbaarheid ervan, geeft de auteur aan de hand van recente rechtspraak een thematisch en praktisch overzicht van de grondrechten in de onderneming.

De bijdrage van W. van Eeckhoutte is een klassieker. De auteur geeft een opsomming van de informele (of 'a'formele) bronnen van het arbeidsrecht. Informele bronnen definieert hij als bronnen van verbintenissen die van particulieren uitgaan en die niet aan formele voorschriften zijn onderworpen: de mondelinge (arbeids)overeenkomst, het gebruik, de natuurlijke verbintenis en de zogenaamde atypische akkoorden. Met zijn bijdrage wil de auteur een debat op gang brengen over de noodzaak aan uniformiteit en synthese binnen het amalgaam van deze rechtsbronnen.

Sommige praktizijnen uit onze kennissenkring vonden het boek iets te theoretisch. Niettemin kan o.i. iedere beoefenaar van het sociaal recht met enige intellectuele inspanning hieruit zeer veel nuttig materiaal putten.

Isabel Plets

J. VAN DER LEE, **Maritaal beslag**, Kluwer, 1997, 48 pp.

Deze korte monografie is een bewerking van de in december 1995 met de Mr. A.P. Funke-prijs onderscheiden doctoraalscriptie van J. van der Lee. Mede gelet op het 100-jarig bestaan van het maritaal beslag, dat sinds de inwerkingtreding van de Lex Hartogh per 1 januari 1897 deel uitmaakt van het Nederlands recht, was er alle aanleiding een bijdrage te leveren aan de vergroting van de populariteit van het maritaal beslag. De Nederlandse Vereniging voor Procesrecht nam de bekroonde scriptie op in haar procesrechtelijke reeks.

Bij scheidingsprocedures en procedures tot opheffing van de gemeenschap bestaat het gevaar dat een van de echtgenoten gemeenschapsgoederen wegmaakt voordat de boedelscheiding tot stand is gekomen. Om dit te voorkomen biedt de Nederlandse wet echtgenoten de mogelijkheid maritaal beslag te leggen. Het doel van dit maritaal beslag is bewaring van gemeenschapsgoederen. Het kan dan ook omschreven worden als een conservatoir echtgenotenbeslag.

Wie belangstelling heeft voor deze bewarende maatregel in Nederland, vindt in dit boekje een beknopt, maar helder overzicht van de huidige regeling in Nederland.

Jean Laenens



GROEP TRACTEBEL zoekt in het kader van de uitbreiding van haar activiteiten en ter versterking van haar juridische dienst

een jurist (M/V)

gespecialiseerd in het Europees recht, alsook in het mededingings- en handelsrecht.

Een zeer goede kennis van het Frans en het Engels is noodzakelijk. De functie vereist enkele jaren ervaring in bovenvermelde materies aan de balie of als bedrijfsjurist.

Gelieve uw kandidatuur met curriculum vitae te bezorgen aan
de Heer J. de Garcia, Hoofd van de juridische dienst, TRACTEBEL n.v.,
Troonplein, 1 te 1000 Brussel

De Vereniging voor Arbeidsrecht, rechtsgebied Antwerpen organiseert op

20 maart 1998 een colloquium over **"De nieuwe procedure collectief ontslag. Naar een efficiëntere bescherming van het recht op informatie en raadpleging?"**

Het colloquium gaat door om 14.00 uur in het provinciehuis te Antwerpen, Koningin Elisabethlei 22.

De inschrijvingsprijs bedraagt 1.500 BEF (1.200 BEF voor VvA-leden)
Aansluitend wordt aan de deelnemers een receptie aangeboden ter gelegenheid van het 10-jarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht.

21 april 1998 een studieavond over **"Kritische kanttekeningen bij de Wet Welzijn Werknemers"**.

De studieavond gaat door om 19.30 uur in het gebouw R, lokaal R.101 van de UIA-campus, Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk.

De inschrijvingsprijs bedraagt 350 BEF (300 BEF voor VvA-leden).

Voor meer informatie over deze wetenschappelijke initiatieven kunt u terecht bij Filip Dorssemont, assistent Arbeidsrecht UIA (tel. 03/820 29 44) of bij Els Peeters, secretariaat Sociaal Recht (tel. 03/820 29 41 - fax 03/820 29 29 - e-mail epeeters@uia.ua.ac.be).



behoort tot de top van de Belgische banken. Meer dan 3.600 medewerkers realiseren samen een balanstotaal van meer dan 1.412 miljard BEF.

De BACOB-bedrijfscultuur onderscheidt zich door een constante bekommernis voor de tevredenheid van de cliënt. Dit vergt van onze medewerkers een continu streven naar professionalisme en ver doorgedreven specialisatie in diverse financiële domeinen en markten. Haar succes dankt BACOB aan het geloof in permanente investeringen in zowel de technologie als in haar personeel.

Zo wenst BACOB zich voor haar directie Juridische Zaken te Brussel te versterken met:

JURIDISCH ADVISEUR

VERANTWOORDELIJKHEIDSGEBIED

- Juridische adviesverlening binnen het internationaal, vennootschaps- en financieel recht.
- Communicatie en argumentatie van juridische conclusies en BACOB-standpunten naar externe partijen.
- Opvolging van de wetgeving en regelgeving betreffende de vermelde rechtsdomeinen.

PROFIELVEREISTEN

- licentiaat in de rechten;
- uitgesproken interesse voor het internationaal, vennootschaps- en financieel recht;
- min. 3 jaar ervaring binnen de betrokken rechtstakken;
- vlotte drietaligheid (N/F/E) is vereist;
- teamgerichtheid;
- kwalitatieve, oplossingsgerichte denkwijze.

U kan uw interesse kenbaar maken per gemotiveerd schrijven met curriculum vitae aan:

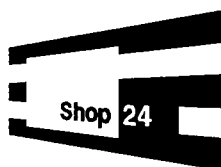
BACOB BANK C.V.

**Afd. Rekrutering en Loopbaanbegeleiding
Trierstraat 25 te 1040 Brussel**

Of u kan een sollicitatieformulier aanvragen op het nummer
02/285.11.21

New Distribution Systems

Value innovators in Retail



New Distribution Systems N.V. (NDS) is een Belgische onderneming met hoofdzetel te Herentals en lokale vestigingen in Nederland, Duitsland, Frankrijk, Scandinavië, Groot-Brittannië, Oostenrijk, Portugal en de Verenigde Staten. Het bedrijf ontwikkelt, produceert en commercialiseert **Shop 24**, een wereldwijd uniek concept inzake volautomatische winkels.

De internationale expansie van NDS leidt tot de versterking van het huidige team van 80 medewerkers met onder meer een (m/v)

BEDRIJFSJURIST

die een vertrouwenspersoon is van de algemene directie

Uw functie: • u adviseert over en implementeert het juridisch en fiscaal beleid, • op nationaal vlak volgt u het vennootschapsrecht en de wetgeving in de branche, • op internationaal niveau bouwt u een structuur van joint ventures uit, • tevens geeft u juridisch advies aan zustervenootschappen, exploitanten en klanten, • u rapporteert aan de secretaris van de Raad van Bestuur en de algemene directie

Uw profiel: • 25 à 28 jaar, • Licentiaat in de Rechten, bij voorkeur met een bijkomend diploma in internationaal/Europees recht, • grondige kennis van nationaal handels-, economisch en vennootschapsrecht, • een ruime talenkennis (N/F/E/D), • vlot gebruik van PC-Windows.

Het aanbod: een uitdagende functie met veel verantwoordelijkheid in een enthousiaste en internationaal gerichte omgeving.

Geïnteresseerd? Aarzel niet en stuur uw brief met gedetailleerd cv naar **Agis Consulting** t.a.v. Dirk Vochten, Prins Boudewijnlaan 147, 2610 Wilrijk. Tel. 03/448.00.21, Fax 03/449.88.32, E-mail: pub01055@INnet.be.
Wij garanderen u een snelle en discrete behandeling van uw kandidatuur.