

INTERTEMPORAAL RECHT IN VERBAND MET DE WET VAN 12 JUNI 1991 OP HET CONSUMENTENKREDIET

1. De werking in de tijd van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet dient ontleed te worden, enerzijds vanuit de specifieke bepalingen van deze wet, anderzijds in het licht van de algemene beginselen inzake «intertemporaal recht» of werking van de wet in de tijd.

Art. 118 van de wet, als gewijzigd bij W. 6 juli 1992, bepaalt dat de inwerkingtreding zal aanvangen op 1 januari 1993, behoudens wat de bepalingen aangaat die bij K.B. afzonderlijk in werking worden gesteld. Bedoeld K.B. is inmiddels genomen en reeds twee maal gewijzigd: de gecoördineerde versie treft men aan in het K.B. 4 augustus 1992 (B.S., 8 september 1992).

Voor de doelstellingen van de hiernavolgende analyse zal evenwel worden geredeneerd alsof de gehele wet in werking is getreden. Op bijzondere regelen die in de uitvoeringsbepalingen kunnen zijn vermeld, zal als zodanig niet worden ingegaan.

A. ALGEMENE REGELEN IN VERBAND MET HET INTERTEMPORAAL RECHT

2. De algemene doctrine betreffende de werking van de wet ten aanzien van juridische toestanden of verbintenissen die zich over een bepaalde tijdsperiode uitstrekken, is een complexe en onzekere materie¹. Hierna wordt hoofdzakelijk aandacht besteed aan de invloed van regelen van openbare orde of dwingend recht op bestaande, hoofdzakelijk privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Deze materie is het voorwerp geweest van talrijke analyses, discussies en controverses. De geformuleerde oplossingen sluiten nauw aan bij de tijdsgeest waarin zij zijn uitgewerkt: aldus werd in de 19e eeuw veel aandacht besteed aan de leer van de «verkregen rechten», daar deze voorrang verleende aan de rechtspositie of aan de wil van de partijen boven de wensen van de wet-

gever². Met de ontwikkeling van meer en meer regelend recht in de twintigste eeuw krijgt het toch ook voorheen erkende beginsel van de «onmiddellijke werking» greep op de vroeger als «verkregen» beschermde rechtsbetrekkingen³. Nu de eenentwintigste eeuw nadert is de tijd aangebroken om de almacht van de wetgever te relativeren: ook wanneer regelen van openbare orde of van dwingend recht worden uitgevaardigd, dienen zij niet per se onmiddellijk op bestaande rechtsbetrekkingen in te werken, maar is er ruimte voor een naar billijkheid strevende afweging van de belangen⁴.

3. Deze materie wordt traditioneel verbonden met art. 2 B.W., dat bepaalt: «De wet beschikt alleen voor het toekomstende; zij heeft geen terugwerkende kracht.»

² Men vergelijkte bv. AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français*, I (1897), § 30, p. 111, waar reeds in de vorige eeuw de afweging van de belangen vermeld wordt, zij het alleen bij de wetgever. In contractuele materies werd toen algemeen de «eerbiediging van de verkregen rechten» aanvaard. Niettemin merkt men reeds een zeker bewustzijn van een behoefte aan beperkte uitzonderingen: *ibidem*, pp. 128-129. In dezelfde zin: BAUDRY-LACANTINERIE en HOUQUES-FOURCADE, 3e ed., *Traité théorique et pratique de droit civil français*, (1907), I, nrs. 125 e.v., pp. 103 e.v. Men vergelijkte met de uitvoerige analyse en kritiek van deze opvattingen in het *Supplément II* op het laatstvermelde werk van Baudry-Lacantinerie, zoals bewerkt door J. BONNECASE, 1925, nr. 11, p. 12, waar reeds een evolutie naar de nieuwe opvatting kan worden vastgesteld.

³ Zie de hierna als de klassieke opvatting ontlede opinies; F. LAURENT, minder duidelijk in zijn *Principes de droit civil*, d. 1, nr. 153, pp. 226 e.v. (1878), maar scherper geformuleerd in *Cours élémentaire de droit civil*, nr. 30 e.v. (1881), was reeds van oordeel dat plaats diende ingeruimd te worden voor regelen van openbare orde en zulks in verband met de afweging van de belangen van de particulier tegen die van het algemeen. Zie hierover BAUDRY-LACANTINERIE, *Supplément II*, zoals bewerkt door J. BONNECASE, 1925, nr. 121, p. 139. L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, d. 1, (1932), nrs. 78 e.v., pp. 53 e.v., erkent wel de onmiddellijke werking van regelen van openbare orde, maar beperkt het begrip tot wetten die «agissent intensément, conformément aux besoins sociaux, s'appliquant immédiatement sans plus» (nr. 82, p. 55). Van dwingend recht was er nog geen sprake.

⁴ Zie de hierna nrs. 22 e.v. ontwikkelde opvattingen en de aldaar geciteerde bronnen. PLANIOL, RIPERT en BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 1950, d. 1, nrs. 271 e.v., pp. 126 e.v., besteden reeds ruime aandacht aan het onderscheid «openbare orde» en «dwingend recht»: laatstgenoemde regelen worden evenwel niet van onmiddellijke toepassing geacht op de bestaande overeenkomsten. Deze auteurs nemen de onmiddellijke werking aan ten aanzien van regelen van «openbare orde» als gevolg van het toenemend interventionisme van de overheid in het maatschappelijk bestel. Ook in andere gevallen kan onmiddellijke toepassing worden aanvaard, zonder dat de openbare orde als zodanig erbij betrokken is, nr. 273. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Thèse Lille, 1977, geciteerd door J. GHESLIN en G. GOUBEUX, *Traité de droit civil*, nr. 373, pp. 334-335.

¹ B.C. DE DIE, «Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar», *R.M. Themis*, 1979, 253 haalt de uitspraak aan van het Nederlandse parlementslid SYPKENS uit 1828: «Het hoofd der ervarenste regtsgeleerden duizelt niet zelden bij het opsporen der beginselen, die de toepassing van nieuwe wetten regelen op daden en verbintenissen, regten en verwachtingen, gedeeltelijk begonnen onder vorige wetten, maar niet voleindigd of niet uitgevoerd, niet volkomen tot stand gebracht of niet onherroepelijk verkregen.» Zie ook B.C. DE DIE, «Beginselen van overgangsrecht», *Ars Aequi*, 1992, 104; voor de oudere Nederlandse opvattingen zie vooral L.J. HUMANS VAN DEN BERGH, *Opeenvolging van rechtsregels*, Diss. Utrecht, en later P. SCHOLTEN, «Opmerkingen over intertemporaal privaatrecht naar aanleiding van eenige nieuwe wetten en ontwerpen», in *Verzamelde geschriften van Prof. Mr. P. Scholten*, III, nr. 62, pp. 94 e.v., en *W.P.N.R.*, 1906, nrs. 1896 e.v.; VAN ZEBEN, «Overgangsrecht» in de bundel HUMANS VAN DEN BERGH, *Met eerbiedigende werking*, 1971, 23 e.v.

Het beginsel van de niet-retroactiviteit raakt de openbare orde en kan ambtshalve en in elke stand van het geding worden aangevoerd⁵. Het geldt behoudens strijdige bepaling door de wetgever zelf opgelegd⁶.

In de analyse die hierna volgt, wordt de regel ontleed zoals hij inwerkt op de privaatrechtelijke betrekkingen. Buiten het bestek blijven de vragen welke waarde de regel heeft als algemene norm⁷, als bevoegdheidsverdelende norm⁸ of als norm van strafrechtelijke aard. Meerdere malen heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, o.m. in fiscale zaken, erop gewezen dat het voorschrift geen voor de wetgever bindende regel inhoudt, zodat behoudens in strafzaken (op grond van internationale verdragen⁹) uitdrukkelijke retroactiviteit aan de wetten kan worden toegekend.

4. De algemene doctrine inzake intertemporaal recht¹⁰ neemt aan dat nieuwe wetgeving in beginsel onmiddellijk van toepassing is: men spreekt hierbij van «onmiddellijke werking» in tegenstelling tot de «terugwerkende kracht» of de «afwezigheid van werking» van de nieuwe wet ten aanzien van de lopende rechtsverhoudingen¹¹. De nieuwe wet wordt geacht beter te zijn dan de oude¹²; vooral wil men voor gelijke feitelijke toestanden gelijklopende juridische oplossingen bereiken¹³.

Op die eerste regel wordt een zogenaamde «uitzondering» gemaakt voor de overeenkomsten: deze uitzondering is slechts schijnbaar omdat zij slechts geldt voor de materies die het voorwerp waren en zijn van de vrije wilsvorming van de partijen. Nieuwe suppletiefrechtelijke regelen gelden

⁵ Cass. fr., 24 november 1955, *J.C.P.*, 1955, IV, 181.

⁶ Cass. civ. fr., 5 mei 1955, *Gaz Palais*, 1955, I, 400; Cass. crim. fr., 14 mei 1957, *D.*, 1957, 542.

⁷ De regel van art. 2 wordt als algemene norm erkend, telkens als de wetgever geen bijzondere, of de andere afwijkende regelen van toepassing heeft verklaard: Cass., 22 oktober 1970, *Pas.*, 1971, I, 144, concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH en Cass., 16 september 1969, *J.T.T.*, 1970, 19, nt. MAGREZ-SONG, waar de «causae finitae»-leer wordt gehuldigd, waarover hierna nr. 24. Vgl. Cass., 19 febr. 1987, *Pas.*, 1987, I, nr. 361, concl. proc.-gen. E. KRINGS.

⁸ Alleen de wetgever kan terugwerkende kracht verlenen. Een uitvoeringsbesluit geldt slechts voor het heden en dus de toekomst: R.v.St., 27 april 1984, *Arr.*, 1984, 711; Cass., 22 oktober 1970, *Pas.*, 1971, I, 144, concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁹ Art. 7(1) E.V.R.M. Nochtans zal de meest gunstige wet gelden.

¹⁰ Zie o.m. AUBRY-RAU, 10e ed., d. 1, § 30; P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2e ed., Dalloz, 1960, 590, vooral pp. 292 e.v. Aan deze materie werd in Nederland, met het gespreid in werking treden van het NBW veel aandacht besteed: ter illustratie van de complexiteit van de materie, zie B. WESSELS e.a., *Overgangsrecht*, Kluwer, Deventer, 1991, losbladig, waar terecht op de veelvormigheid van het inwerken van normen, inclusief verdragsrechtelijke, jurisprudentiële, enz. wordt gewezen.

¹¹ Deze uitdrukking wordt verkozen boven de nogal verwarrende en onvolkomen terminologie die in het begin van de eeuw door L.J. HUMANS VAN DEN BERGH werd uitgedacht, zoals o.m. de «exclusieve» werking en «eerbiedigende» werking. Zie voor de overtuigende kritiek: B.C. DE DIE, o.c., *R.M. Themis*, 1979, 258 e.v.

¹² Billijkheids- en eenvoudigheidsoverwegingen blijken de Nederlandse wetgever te hebben aangezet voor de onmiddellijke werking, uitdrukkelijk het kwaliteitsargument verwerpend; zie B. WESSELS, o.c., I.1. Inl., 11.

¹³ Het beginsel zelf van de niet-retroactiviteit is van openbare orde en moet door de rechter ambtshalve worden opgeworpen: Cass. civ. fr., 24 november 1955, *J.C.P.*, 1955, IV, 181.

derhalve niet voor voortdurende rechtsgevolgen van vroegere overeenkomsten, daar zowel onder de oude als onder de nieuwe regelingen de materie aan de vrije beoordeling van de partijen was overgelaten. De oude aanvullende wet blijft, ook bij wijziging van de suppletiefrechtelijke regeling, de rechtspositie van de partijen bepalen¹⁴.

De regel van de onmiddellijke werking wordt, mede ter eerbiediging van de belangen van de partijen, met grotere strengheid toegepast voor de voortdurende niet-contractuele verhoudingen¹⁵. Indien de rechtspositie waarop de rechtzoekende mocht rekenen hoofdzakelijk van wettelijke aard is, zal de wet ze ook met onmiddellijke werking kunnen wijzigen.

Daarentegen treft men in de rechtspraak enkele uitzonderlijke gevallen aan waarin een later uitgevaardigde wet van toepassing werd geacht op de rechtsgevolgen van een vóór deze wet uitgesproken veroordeling¹⁶.

Daarentegen kent men onmiddellijke werking toe aan wetbepalingen die van dwingende aard zijn¹⁷. Deze onmiddellijke werking komt *a fortiori* toe aan de bepalingen van openbare orde aangezien de wetgever ze tot wezenlijke regelen van de samenleving heeft verheven.

5. De werking in de tijd van nieuwe wetgeving ten aanzien van bestaande overeenkomsten blijkt in het verleden steeds controversieel te zijn geweest en de laatste jaren nieuwe ontwikkelingen te hebben gekend. De gevestigde opvatting, hierna *brevitatis causa* als de klassieke mening aangeduid, wordt vertolkt door vooraanstaande rechtsgeleerden als Paul Scholten¹⁸, Henri De Page¹⁹ en Walter Van Gerven²⁰.

De nieuwe leer werd op gang gebracht door Paul Roubier, in zijn fundamentele analyse, gepubliceerd onder de titel *Le droit transitoire*²¹. Hij betwist de regel dat in het algemeen de nieuwe wet onmiddellijk inwerkt op contractuele verhoudingen, zelfs indien hij de openbare orde raakt²². Recente Franse civilisten als Ghestin²³ en Chabas²⁴ hebben met de

¹⁴ Zie aldus VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 70-71; zo ook DE PAGE, I, nr. 231, *quater*, p. 340.

¹⁵ Cass. comm. fr., 27 februari 1962, *Bull. civ.*, 1962, III, nr. 130, 105; Parijs, 16 februari 1956, *D.*, 1956, 204; Parijs, 15 juni 1956, *D.*, 1956, 508; Orléans, 17 oktober 1956, *Gaz. Pal.*, 1957, 1-15.

¹⁶ Het beginsel van de niet-retroactiviteit werd niet van toepassing geacht op het stuk van de «politieke bekwaamheid». Een Franse wet van 1945, waarbij bepaalde personen onbekwaam werden verklaard, kon daarom toegepast worden op voorheen uitgesproken veroordelingen: Cass.soc.fr., 13 april 1951, *D.*, 1951, 362.

¹⁷ VAN GERVEN, o.c., 72.

¹⁸ P. SCHOLTEN, *Algemeen deel*, Asser-Scholten, 1934, 182 e.v.

¹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, (1962), nrs. 231 e.v., pp. 330 e.v.

²⁰ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nrs. 23 e.v., pp. 66 e.v.

²¹ PAUL ROUBIER, *Le droit transitoire*, 1e ed., 1929; 2e ed., 1960 nr. 84, pp. 423 e.v. die voorstelde een onderscheid te maken tussen de regelen van het contract en de regelen die het «wettelijke statuut» (1e statut légal) beheersen, dat uit het contract voortvloeit. Het onderscheid tussen beide elementen is niet bijzonder duidelijk en werd in de rechtspraak niet gevolgd. Ook in de doctrine komen slechts enkele verwijzingen in die richting voor: zie o.m. BACH, *Encycl. Dalloz*, Tw. «Conflits des lois dans le temps».

²² Zie P. ROUBIER, o.c., nr. 83, p. 415, waar een meer genuanceerd systeem wordt voorgesteld.

²³ J. GHESTIN en G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3e ed., 1990.

kritiek van Roubier ten dele ingestemd, maar hebben zijn conclusies aangepast in het licht van de omvangrijke rechtspraak.

De Franse rechtspraak, hoofdzakelijk van het Franse Hof van Cassatie heeft evenwel nooit de opvattingen van Roubier gevolgd. Zij heeft zich steeds soepel opgesteld en rekening gehouden met de concrete inpassing van de voorgestelde oplossing in het rechtsverkeer.

Ook in België en in Nederland hebben de opvattingen van Roubier grote belangstelling gewekt, zonder dat ze in de rechtspraak zijn doorgedrongen. Het Belgische Hof van Cassatie heeft herhaalde malen kennis genomen van vragen van intertemporaal recht. Slechts zelden blijken hierbij nochtans zuiver contractuele materies betrokken te zijn geweest²⁵.

Franse rechtspraak en opvattingen, die steunen op hetzelfde basisvoorschrift van art. 2 B.W., kunnen, gelet op het beperkte eigen bronnenmateriaal, als inspiratiebron worden vermeld. Zij zullen hierna in het onderzoek worden opgenomen.

6. Overeenkomsten die onder de vroegere wet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, blijven gelden, zelfs indien de nieuwe wet regelen invoert die andere voorwaarden bepalen. Hierbij is zonder belang te weten of die regelen van openbare orde of van dwingend recht zijn. Als voorwaarden voor het geldig ontstaan van de rechtsgevolgen gelden de voorwaarden of formaliteiten van toepassing ten dage van het ontstaan van de overeenkomst²⁶.

Daarom zullen de consumentenkredieten, die rechtsgeldig overeengekomen zijn onder de wet van 9 juli 1957, van kracht blijven, zelfs indien de wetgever nieuwe regelen op het stuk van de contractsluiting zou bepalen²⁷.

Uitzonderlijk zou de wetgever hiervan kunnen afwijken en de voorwaarden bepalen waaronder vroeger aangegane overeenkomsten zullen worden erkend onder het nieuwe recht. Alsdan wordt terugwerkende kracht aan de bedoelde wetsbepaling toegekend. De wetgever zal dat dan wel uitdrukkelijk moeten bepalen, daar hij afwijkt van het bepaalde in art. 2 B.W. Hier treft men volle retroactiviteit aan, zonder

dat het van belang is of de regel van openbare orde is of niet²⁸.

Beide scholen – de klassieke en de moderne – aanvaarden wat hier voorafgaat. In een belangrijk deel van de oudere doctrine werd deze vraagstelling ontleed als een vraag van «verkregen rechten» («droit acquis»), een ontleding die vandaag de dag niet meer als relevant wordt gezien²⁹.

7. De moeilijkheid begint pas wanneer men aan de nieuwe wet de eigenschap toekent van voorschrift van openbare orde of van dwingend recht. Op laatstgenoemd onderscheid wordt verderop (nrs. 19 e.v.) ingegaan. Hier is de vraag aan de orde wat het effect is van de nieuwe regelen op de lopende overeenkomsten.

Luidens de klassieke opvatting dienen de voorschriften van openbare orde of van dwingend recht onmiddellijk toegepast te worden op alle bestaande rechtsverhoudingen: de partijen hebben geen recht op het ongewijzigd voortbestaan van hun rechtsbetrekking, zeker nu de wetgever de nieuwe wet beter acht dan de oude³⁰.

De onmiddellijke toepassing wordt in de klassieke leer gemakkelijk aanvaard, zowel voor de regelen van openbare orde, als – wat meer betwistbaar voorkomt – voor de regelen van dwingend recht³¹. Ze geldt voor de voortdurende rechtsgevolgen van de voorheen aangegane overeenkomsten.

Toch nemen deze klassieke auteurs aan dat de in het vorig nummer onderzochte vraag, namelijk of de overeenkomst verder rechtsgevolg kan krijgen, ofschoon zij is aangegaan zonder inachtneming van de voortaan noodzakelijk geachte waarborgen als ingesteld door de nieuwe wet, slechts in het licht van de oude wet moet worden beoordeeld. Voor het ontstaan worden met andere woorden andere regelen gehanteerd dan voor de verbintenissen die uit de rechtshandeling zijn voortgevloeid. «Anders beslissen zou aan de nieuwe wet terugwerkende kracht verlenen zijn»³².

Enkele Franse cassatiearresten hebben op laatstgenoemde problematiek betrekking.

Aldus werd geoordeeld dat het nieuw ingevoerde Franse fiscale voorschrift luidens hetwelk een eenzijdige verkoopbelofte van een onroerend goed binnen tien dagen na de aanvaarding, moet worden neergelegd in een authentieke akte of in een onderhandse geregistreerde akte, en dit op straffe van nietigheid, niet van toepassing was op de eenzijdige belofte die vóór het in werking treden van deze wets-

²⁴ F. CHABAS, in MAZEUD en MAZEUD, *Leçons de droit civil*, I, *Introduction à l'étude du droit*, 10e ed., 1991.

²⁵ Zie hierna nrs. 15 e.v. voor een overzicht van enkele belangrijke beslissingen.

²⁶ Zie o.m. P. SCHOLTEN: «Verbiedt de wetgever bepaalde overeenkomsten of eischt hij een vorm, dan hangt de toepassing van deze regel van het ogenblik van het verrichten der handeling af» (p. 190). Deze materies behoren tot de zogenaamde «causae finitae»: zie o.m. BAUDRY-LACANTINIERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, (3e ed., 1907), I, nrs. 125 e.v., pp. 103 e.v., vooral nr. 154, p. 130, betreffende de ontstaanvoorwaarden en nr. 155, p. 131 betreffende de toepassing van de lex contractionis op de interestvoorwaarden. Inzake overdracht van vorderingen: zie 3: 94, NNBW, besproken bij WESSELS, o.c., I, 1, Inl., 14. In vergelijkbare zin werd beslist naar Frans recht: Cass. Com. fr., 24 februari 1949, *Bull. civ.*, 1949, III, nr. 163, 210; Cass. comm. fr., 17 november 1954, *J.C.P.*, 1954, IV, 174; zie verder: *Encycl. Dalloz*, (1953) V°, «Lois et décrets», nr. 168, PLANIOL-RIPERT, *Traité*, I (1950), nr. 239, p. 114; nr. 269, p. 125.

²⁷ Zie bv. de regelen vermeld in art. 14, § 4, W. 12 juni 1991 in verband met het vereiste van ondertekening met vermelding van de geleende som: deze regel geldt alleen voor de nieuwe overeenkomsten.

²⁸ Aldus H. DE PAGE, nr. 231^{quinq}, p. 342. Vgl. Conseil d'Etat, 9 november 1955, *Gaz. Pal.*, 1955, 2, 417 voor het geval de wet geen betekenis zou hebben zonder retroactiviteit. Vgl. Parijs, 10 juni 1937, *D.H.*, 1937, 413.

²⁹ O.m. *Encycl. Dalloz*, 1953, V°, «Lois et décrets», nrs. 144 e.v.; DE PAGE, I, nr. 231^{quater}. Het was voornamelijk ROUBIER, o.c., nr. 36, pp. 167 e.v. die zich tegen deze opvatting van de verkregen rechten keerde o.m. op grond van de onmogelijkheid de onmiddellijke werking te verklaren (p. 170); PLANIOL-RIPERT, *Traité*, I, (1950), nr. 237, p. 112. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, (1932), nrs. 78 e.v., pp. 53 e.v. onderschrijft in die zin het onderscheid «droits acquis» en «expectaties».

³⁰ Aldus o.m. W. VAN GERVEN, o.c., 72.

³¹ Aldus W. VAN GERVEN, o.c. p. 72, nr. 25: «moet eveneens worden aangenomen dat geen eerbiedigende, maar wel onmiddellijke werking toekomt aan dwingende wetteksten betreffende de overeenkomsten: de regel van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet met uitsluiting van de oude wet herneemt dan zijn volle geldigheid».

³² W. VAN GERVEN, o.c., p. 72, nt. 102.

bepaling werd aanvaard. Aan de toestand die zijn beslag heeft gekregen onder de oude wet, wordt niet meer geraakt door een inmiddels gewijzigde verplichting³³.

Dezelfde strekking kan men lezen in de samenvatting van het arrest van 1 juli 1987³⁴: «Fût-elle d'ordre public, la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier³⁵, n'est pas applicable aux contrats en cours dès lors qu'elle ne contient aucune disposition sur ce point.»

8. Het beginsel dat regelen van openbare orde of van dwingend recht onmiddellijk van toepassing zijn op de contractuele verbintenissen die ontstaan uit voorheen tot stand gekomen rechtshandelingen, werd door het Franse Cassatiehof soms op erg uiteenlopende wijze toegepast. In de meer frequente gevallen waarin de toepassing van de nieuwe wet van de hand werd gewezen, spreekt men ook van het «voortleven van de vroegere wet»³⁶.

Het Franse Hof heeft in deze materie overwogen dat «la survie peut être admise chaque fois qu'aucune raison ne commande d'y déroger»³⁷. Men zou er op het contractuele vlak derhalve de voorkeur aan dienen te verlenen dat de oude wet verder van toepassing blijft. Hiermee wordt voorrang gegeven aan de wilsvrijheid van de partijen, aan de eerbiediging van het contractueel evenwicht en dus aan het verder van toepassing zijn van de oude wet.

Als argumentering verwijst de doctrine naar de verscheidenheid van de contractuele situaties ten gevolge waarvan eenvormige juridische oplossingen minder nuttig zijn dan in zake niet-contractuele materies. De overeenkomst is daarenboven een beoordeling van toekomstige risico's: het op losse schroeven zetten van deze beoordeling bedreigt de rechtszekerheid en verhoogt derhalve de kostprijs voor de later te sluiten overeenkomsten. Overigens speelt de uitvoering van de overeenkomst zich in de regel af binnen een relatief beperkte tijd. Bij afweging met het maatschappelijke belang om de nieuwe regel nageleefd te zien, kan aan de eigen beoordeling van de partijen de voorrang worden gegeven. Ten slotte is het bijzonder moeilijk om het onderscheid te maken tussen contractsluiting³⁸ en latere uitvoering, «la validité du contrat, soumise à la loi en vigueur lors de sa formation, se sépare difficilement de son efficacité ultérieure»³⁹.

9. Hiermee wordt de wet geopend naar een verdere differentiëring van de werking van de wet in de tijd, met verfijning volgens de densiteit van «openbare orde» die in de betrokken nieuwe regel is neergelegd. Belangrijk in deze ontwikkeling is dat geen automatische gelijkstelling meer wordt voorgestaan van openbare orde (inclusief dwingend recht) en onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet. Het verzamelbegrip «openbare orde» heeft immers betrekking op een ruime waaier aan belangen, waarvan sommige fundamenteeler zijn dan andere.

De afweging waartoe deze rechtspraak overgaat, geschiedt aan de hand van het algemeen belang in zijn diverse aspecten, tegenover het belang van de contractanten. De strikte onmiddellijke toepassing op de lopende rechtsgevolgen na het in werking treden van een nieuwe wet, geldt alleen in die gevallen waarin «les intérêts collectifs en jeu doivent être d'une importance particulière puisqu'il s'agit d'un ordre public d'une intensité spéciale»⁴⁰⁻⁴¹. «Les tribunaux recherchent, en fait, si l'ordre public risque d'être sérieusement compromis par la survivance de droits antérieurs»⁴².

10. De rechtscollages blijken af te wegen in welke mate de betrokken wetgeving de maatschappelijke orde verstoort: onmiddellijke toepassing werd aangenomen voor wetgeving in verband met de betaalde vakantie⁴³, inzake regelen in verband met de opzegging in arbeidsverhoudingen⁴⁴, of waarbij de betaling in goud werd verboden of betaling in Franse frank werd opgelegd⁴⁵. In deze gevallen werd de densiteit van «openbare orde» zeer groot geacht en wordt de regel onmiddellijk op de bestaande rechtsgevolgen van een vroegere rechtshandeling toegepast.

Aldus werd de Franse wet van 1914, waarbij de omwisselbaarheid tegen goud werd opgeheven, van toepassing geacht op een uit de vorige eeuw daterende overeenkomst die betaling in Britse ponden oplegde. Die met de nieuwe Franse wet strijdige clausule werd voor nietig gehouden wegens inbreuk op de openbare orde: het monetaire beleid moet immers onmiddellijk kunnen ingrijpen⁴⁶.

11. De Franse rechtspraak is klaarblijkelijk verdeeld ten aanzien van een typisch contractuele materie als de werking van een nieuwe wet op voorheen gesloten huurovereenkomsten. Een arrest van 13 januari 1932, gewezen in verenigde

⁴⁰ GHESTIN, o.c. nr. 378.

⁴¹ Ook CHABAS, o.c., nr. 148, p. 223, staat deze verdere differentiëring van het begrip «openbare orde» voor. GHESTIN en GOUBEAUX blijken zich later bij deze opvatting aangesloten te hebben.

⁴² CHABAS, o.c. nr. 148, 223.

⁴³ Cass. civ., 17 februari 1937, *D.H.*, 1937, 218. Vgl. Cass. civ., 8 januari 1907, *D.P.*, 1907, I, 57, nt. LACOUR; Cass. civ., 22 april 1929, *D.H.*, 1929, I, 281; gecomm. bij MAZEAUD-MAZEAUD en CHABAS, o.c., p. 239. Het argument luidt dat deze sociale wetten geen enkel effect zouden hebben indien zij slechts voor de toekomst zouden gelden: «réclamées par le prolétariat, votées dans un souci d'apaisement, elles devaient régir immédiatement tous les rapports de travail, quelle que soit la date du contrat de travail». Ook in andere gevallen vloeit de onmiddellijke toepassing voort uit de strekking zelf van de wet: Cass. civ. fr., 16 nov. 1965, *J.C.P.*, 1966, II, 14478, nt. P.P.

⁴⁴ Cass. civ. fr., 22 april 1929, *D.H.*, 1929, 281, S., 1932, I, 129.

⁴⁵ Cass. civ. fr., 17 mei 1927, *D.*, 1928, I, 25, concl. P. MATTER; nt. H. CAPITANT, S., 1927, I, 289, nt. P. ESMEIN; ROUBIER, o.c., nr. 84, 425-428. Vgl. in België, Brussel, 11 december 1923, *J.P.A.*, 1924, 35.

⁴⁶ Cass. civ. fr., 17 mei 1917, *D.*, 1918, 25, nt. CAPITANT.

³³ Cass. civ. fr., 7 november 1968, *J.C.P.*, 1969, II, 15771: «Attendu que la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf retroactivité expressément stipulée par le législateur, aux conditions de l'acte juridique, conclu antérieurement; que même si elle intéressait l'ordre public cette loi ne pourrait frapper de nullité les actes valablement passés avant sa promulgation; que l'arrêt, ayant constaté que le bénéficiaire de la promesse avait donné son acceptation antérieurement à la promulgation de la loi, a, à bon droit, déclaré que ce texte n'était pas applicable...» Ook Cass. civ. fr., 7 november 1968, *J.C.P.*, 1969, II, 15771, nt. PL.

³⁴ *J.P.C.*, 1987, IV, 313.

³⁵ Deze wet heeft betrekking op de voorwaarden van contractsluiting.

³⁶ De oude wet leeft dan voort, «met de daaromheen gewezen rechtspraak»; zie WESSELS, o.c., I.1, Inl., 16.

³⁷ Cass. comm. fr., 27 oktober 1969, *Bull. civ.*, IV, 310, 293, geciteerd door J. GHESTIN, o.c., nr. 376, p. 338.

³⁸ Zoals boven, nrs. 7 en 9, gesteld, te beoordelen onder de oude wet.

³⁹ J. GHESTIN en G. GOUBEAUX, o.c., nr. 373, p. 334.

kamers, evenals latere arresten ⁴⁷, hebben geweigerd nieuwe wetten toe te passen op de verbintenissen die voortvloeien uit voorheen gesloten huurovereenkomsten.

«Si toute loi nouvelle régit, en principe, les situations établies et les rapports juridiques formés avant sa promulgation, il est fait échec à ce principe par la règle de la non-rétroactivité des lois, lorsque l'application de la loi nouvelle porterait atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure (c. civ., art. 2);

La loi du 29 juin 1929 n'a pas eu pour objet d'interpréter les articles de la loi du 1er avril 1926 visés dans son article unique, mais, au contraire, de les modifier et de les compléter 'à dater du 1er juillet 1929', c'est-à-dire sans rétroactivité;

D'autre part, le congé-préavis donné par le propriétaire qui exerce son droit de reprise pour surélever ou reconstruire l'immeuble, n'est pas un acte de procédure (L. 1er avril 1929 - 29 juin 1929, art. 21);

Par suite, un tel congé-préavis, donné à une date et pour une époque antérieure à la promulgation de la loi du 29 juin 1929, n'est pas régi par cette dernière loi, qui ne saurait s'appliquer sans porter atteinte au droit régulièrement acquis par le propriétaire sous l'empire de la loi du 1er avr. 1926» ⁴⁸.

Een aantal arresten hebben betrekking op de maatregelen die de opeenvolgende Franse regeringen hebben genomen in verband met het recht op hernieuwing tegen dezelfde prijs na het verstrijken van de lopende huurperiode (o.m. de wet van 6 januari 1986). De vraag rees o.m. of dit recht op hernieuwing ook gold bij het beëindigen van de negenjarige huurperiode. De lagere rechtspraak was verdeeld, en na een eerste arrest uit 1981 heeft het Hof in meerdere arresten thans zijn standpunt als volgt bepaald: de nieuwe wet heeft onmiddellijke toepassing en geldt ook voor de vroegere overeenkomsten. Maar de grondslag van het recht op hernieuwing van de huur ligt besloten in de wet, niet in de huurovereenkomst ⁴⁹. Het betreft hier derhalve geen materie van onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet op bestaande overeenkomsten, maar om de toepassing van de nieuwe wet op een toestand buiten, preciezer *na* contract.

«A défaut d'accord entre les parties, le droit au renouvellement a sa source dans la loi et que même acquis dans son principe, il se trouve dans ses modalités demeurant à définir, affecté par la loi nouvelle laquelle régit immédiatement les effets des situations juridiques ayant pris naissance

avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées» ⁵⁰.

«La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif; (...) alors que la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques non définitivement réalisées ayant pris naissance avant son entrée en vigueur, non en vertu du contrat, mais en raison des seules dispositions légales alors applicables».

12. Recente rechtspraak blijkt evenwel ook in een andere zin te zijn gevestigd. In een arrest was de vraag of een nieuwe wet, waarvan de dwingende aard werd vooropgesteld door de wetgever zelf. Diende deze wet van toepassing verklaard te worden op de bestaande rechtsverhoudingen? De betwisting betrof de wijziging van de reglementen van medeëigendom van appartementsgebouwen, op grond waarvan de medeëigenaars gehouden zijn tot de kosten van de gemene delen. Dienden de eigenaars van de winkels beneden bij te dragen in de kosten voor de vernieuwing van de liften, die vanzelfsprekend alleen de bewoners van de verdiepingen bedienden? De vroegere regeling, die in de meeste overeenkomsten van medeëigendom vermeld stond, maakte geen onderscheid: een deel van de rechtspraak oordeelde dan ook dat de winkeleigenaars op dezelfde wijze dienden bij te dragen in deze kosten. De wet van 10 juli 1965, van toepassing niettegenstaande elk strijdig beding, bepaalde dat «les copropriétaires sont tenus de participer aux charges entraînées par les services collectifs et des éléments d'équipement commun en fonction de l'utilité que ces services et éléments présentent à l'égard de chaque lot».

Deze bepaling werd van toepassing geacht op een procedure tot terugvordering van de kosten voor een nieuwe lift waartoe door de medeëigenaars was besloten op 8 oktober 1964. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de voormelde bepaling diende te worden aangeduid als een «texte d'ordre public, d'application immédiate, et que toute clause d'un règlement de copropriété faisant peser sur les copropriétaires du rez-de-chaussée une partie des dépenses relatives à un ascenseur, inutile pour leur lot, a été atteinte d'une nullité radicale le jour de l'entrée en vigueur de la dite loi».

De annotator, raadsheer in het Hof, vestigt de aandacht op de vrije interpretatie van het begrip «openbare orde», en op de billijkheidsmotieven ⁵¹. Deze beslissing werd als een «bijzonder» geval gezien, gelet op de specificiteit van de wetswijziging. Het verduidelijkt dat de rechtspraak in deze materie niet volledig als vaststaand kan worden gezien, en dat de afweging van belangen, waartoe de rechter overgaat, ofschoon onuitgesproken, dikwijls erg genuanceerd en verijnd kan zijn.

13. Nieuw ingevoerde wetgeving die de conventionele interessen reglementeert, ofschoon van openbare orde, werd geacht niet onmiddellijk van toepassing op de lopende contracten te zijn.

⁴⁷ O.m. Cass. soc. fr., 21 december 1953, *Bull. civ.*, 1953, IV, 819, 590.

⁴⁸ Cass. civ. fr., 13 januari 1932, *D.*, 1932, I, 18; zo ook Cass. civ. fr., 28 december 1953, *Gaz. Pal.*, 1954, I, 141, besproken in MAZEAUD-MAZEAUD, *o.c.*, 239.

⁴⁹ Aldus ook GHESTIN en GOUBEAUX, *o.c.* nr. 380, p. 341, die in dit verband verwijzen naar de Roubiers opvatting van het «wettelijk statuut», met name naar het geheel van bepalingen die op grond van de wet een bepaalde rechtsverhouding vastleggen zodat de dwingende voorschriften zouden overwegen op de wilsvrijheid. De geciteerde auteurs zijn van oordeel dat deze analyse voor kritiek vatbaar is, o.m. wegens de vaagheid van de begrippen en criteria. Een andere zienswijze verduidelijkt dat het hier om een «wettelijke verplichting» zou gaan: vgl. *Dalloz, Encycl. civil*, V° «Lois et décrets», (1953), nr. 175, 93.

⁵⁰ Cass. civ. fr., 15 maart 1989, *Bull. civ.*, III, nr. 65, 37; Cass. fr., 22 maart 1989, *Bull. civ.*, 1989, III, 69, 39. In dezelfde zin Cass. fr., 8 februari 1989, *D.*, 1989, IR, 62. Vergelijkbare arresten zijn: Cass. fr., 16 december 1987, *Gaz. Pal.*, 1988, 84, nt. BARBIER, *J.C.P.*, 1988, I, 3351, en Cass. fr., 16 mei 1990, *D.*, 1990, S., 253, obs. ROZES.

⁵¹ Cass. civ. fr., 5 juni 1970, *J.C.P.*, 1970, II, 16537, ann. E.J. GUILLOT. Men vergelijk met Cass. com. fr., 28 december 1953, *Bull. civ.*, 1953, III, nr. 397, 282.

Een décret-loi van 30 oktober 1935 had de rente op leningen gereduceerd met een derde indien de rentevoet de gebruikelijke rentevoet voor *bona fide* leningen van dezelfde aard overschreed. De maatregel had een anti-inflatoire bedoeling en behoorde onmiskenbaar tot de openbare orde van strikte toepassing. Het Hof te Algiers had deze nieuwe regeling toegepast op voorheen gesloten leningen. Dit werd door het Hof van Cassatie onjuist bevonden bij gebrek aan een uitdrukkelijke bepaling die de regel van de niet-retroactiviteit, bedoeld in art. 2 B.W., uitsluit.

«Attendu qu'en l'absence d'une disposition spéciale lui attachant un effet rétroactif, la loi, qui vient modifier les conditions dans lesquelles les parties pouvaient fixer le taux des intérêts conventionnels, gouverne les seuls contrats à venir, les créanciers antérieurs conservant le droit de percevoir, pendant le cours d'exécution de leurs contrats précédents, tous les intérêts stipulés conformément à la législation en vigueur à l'époque de ces conventions»⁵².

J. Carbonnier⁵³ verduidelijkt terecht dat men bij de lening op interest niet elke termijn als een afzonderlijke overeenkomst mag behandelen, «car le prêt à intérêt, pour être un contrat successif, n'en garde pas moins son unité d'acte juridique».

Ook in andere arresten werd beslist dat inzake wetgeving met betrekking tot de conventionele interessen, partijen die onder het bewind van de vroegere wetgeving hebben gecontracteerd, het recht hebben hun rechtsverhouding verder te laten beheersen door de wet die van kracht was ten dage van de contractsluiting⁵⁴.

Woeker, ofschoon strafrechtelijk gesanctioneerd, werd aan een soortgelijke regeling onderworpen: de nieuwe regel geldt niet voor voorheen gesloten overeenkomsten⁵⁵. De wetgever heeft in latere wetten daarom uitdrukkelijk de onmiddellijke toepassing bepaald⁵⁶.

Een zelfde houding treft men aan inzake prijsmaatregelen, onmiskenbaar een materie die de economische orde raakt. De afschaffing van de prijsblokkering werd niettemin geacht niet te gelden ten aanzien van de voorheen onder het stelsel van de prijsblokkering gesloten overeenkomsten⁵⁷. Cass., 7 augustus 1944⁵⁸ had betrekking op een aankoopop-

tie betreffende een landelijk onroerend goed. De optieprijs was gestipuleerd in een bepaalde hoeveelheid graan, te betalen in natura, tenzij de partijen akkoord gingen over de toe te passen graankoers. Na de oorlog werd de graanprijs niet meer op de markt vastgesteld, maar door de overheid bepaald. De betaling in natura werd hierdoor overigens onmogelijk. De koper stelde dat hij van zijn aankoopoptierecht gebruik kon maken op grond van de officieel vastgestelde prijs, wat door de verkoper werd geweigerd op grond van het argument dat er geen prijsvaststelling op de normale graanmarkt meer was. De appelrechter had geoordeeld ten voordele van de eigenaar argumenterend dat de overeenkomst verwees naar de wil van de partijen. Het cassatieberoep werd afgewezen op grond van de onaantastbare beoordeling van de feitenrechter.

Het arrest van het Hof van Beroep te Aix-en-Provence van 11 oktober 1962⁵⁹ had betrekking op de huurwetgeving. De opzegging gedaan door een huurder teneinde het appartement door diens zoon te laten bewonen, wordt beheerst door de wet ten dage van de opzegging, en niet door de gewijzigde wetgeving die tijdens de appelprocedure werd ingevoerd:

«Attendu que l'appelante invoque en second lieu le bénéfice de l'art. 22bis ajouté à la loi du 1er septembre 1948 par celle du 4 août 1962 promulguée depuis l'appel;

Mais attendu que l'intimée réplique, à bon droit, que cette loi, bien que d'ordre public, ne peut être considérée comme ayant un caractère rétroactif en l'absence d'une disposition expresse dans ce sens;

Attendu qu'une décision rendue, frappée d'appel, constitue au profit de son bénéficiaire un véritable droit acquis susceptible de produire ses effets dans le temps lorsque le recours est rejeté;

Attendu que tel est bien le cas en l'espèce.»

Een bijkomend argument werd afgeleid uit een andere bepaling van dezelfde wet waarin de retroactiviteit wel uitdrukkelijk werd opgelegd.

Maar in een later arrest betreffende huurhernieuwing sprak het Hof zich uit voor onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet, zelfs indien de partijen reeds een akkoord hadden gesloten betreffende de modaliteiten van de huurhernieuwing, de prijs uitgezonderd⁶⁰.

14. Een cassatiearrest van 26 februari 1991⁶¹ had de leveringen van petroleumprodukten tot voorwerp:

«Une nouvelle réglementation ne s'applique pas, à défaut d'une disposition expresse, aux actes juridiques conclus antérieurement et quand bien même serait-elle d'ordre public, ne peut avoir pour effet de rendre caducs les actes passés avant son entrée en vigueur. A violé l'art. 2 C. civ. la Cour d'appel qui, pour accueillir la demande d'un locataire-gérant d'une station-service tendant au bénéfice des dispositions de l'arrêté du 29 avril 1982 modifiant le système de calcul du prix de vente en vrac des produits pétroliers et obligeant les sociétés pétrolières à déposer des barèmes d'écart faisant apparaître leurs rabais, remises et ristournes aux détaillants, a retenu que les conditions de vente devaient être déterminées au moment des livraisons et se référant à la rég-

⁵⁹ *Gaz.Pal.*, 1962, 2, 262.

⁶⁰ Cass., civ. fr., 9 november 1988, *Bull.civ.*, 1988, nr. 157, 85.

⁶¹ *Gaz.Pal.*, 12-13 juli 1991, 187.

⁵² Cass. fr., 9 december 1942, *Gaz. Pal.*, 1943, I, 93, *R.T.*, *Dr. Civ.*, 1943, 123, ann. J. CARBONNIER, die nochtans deze regeling niet van toepassing zou verklaren op de woeker.

⁵³ «Contrats spéciaux», *Rev.T.Dr.Comm.*, 1943, 123, die onderscheid maakt tussen de regelen die de woeker beheersen en de deflatoire maatregelen die de Franse regering nam in 1935 en het voorwerp waren van het voormelde cassatiearrest van 1942.

⁵⁴ Cass. civ. fr., 19 maart 1969, *J.C.P.*, 1970, II, 16361, nt. J.P. LEVY, *D.*, 1947, 295.

⁵⁵ Voor een overzicht van de relatief talrijke beslissingen: zie BACH, o.c., *Répertoire Droit Civil*, *Encycl. Dalloz*, V° «Conflits de lois dans le temps», nr. 244, verwijzend naar de uitdrukkelijke afwijkende bepalingen die voortaan in de wetgeving worden opgenomen.

⁵⁶ Aldus in de Franse W. 28 december 1966.

⁵⁷ Cass.fr., 23 april 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3722, nt. C.B.; Cass. civ.fr., 15 juni 1953, *Bull.civ.*, 1953, II, nr. 13, 9.

⁵⁸ S., 1944, Chr. 58; *R.T. Dr. Civ.*, 1945, 40. J. CARBONNIER merkte op dat in het concrete geval voorrang kon worden gegeven aan de wilsvrijheid. Indien dit niet het geval zou zijn geweest zou de bedoelde clausule te lezen zijn als een clausule van monetaire aard, en derhalve onmiddellijk toepasselijk. Vgl. *R.T.Dr.Civ.*, 1943, 266, nt. CARBONNIER, die verwijst naar de openbare orde «sensu stricto».

lementation au moment de la livraison et donc à partir du 1er novembre 1982, date d'application de l'arrêté du 29 avril 1982.»

De wettelijke regeling betreffende de «sociétés civiles immobilières», ingevoerd bij W. 16 juli 1971, bepaalde dat de vennoten in een dergelijke vennootschap voortaan gehouden zouden zijn in verhouding tot hun aandelen. De regel werd van openbare orde verklaard. De eiser in cassatie was een van de vier vennoten, die overeenkomstig het voorheen geldende recht tot een vierde van de schulden zouden zijn gehouden. Daar zij minder dan 25% van de aandelen bezat verzocht zij om de reductie van haar verbintenis. Het Hof ⁶² oordeelde :

«Attendu que l'arrêt énonce à bon droit qu'il résulte des dispositions de l'article 2 du Code civil que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés et qu'en conséquence si la loi du 16 juillet 1971 est immédiatement applicable, cette application ne saurait concerner des engagements contractés antérieurement à sa promulgation ; que le moyen n'est pas fondé.»

Cass. comm., 15 juni 1962 ⁶³ betrof de werking van een nieuwe wettelijke schaderegeling in verband met de opzegging van een agentuurovereenkomst.

«Attendu qu'en faisant régir par un texte nouveau les effets d'un contrat conclu en considération des règles antérieures, alors qu'aucune disposition de ce texte ne prévoit qu'il déroge au principe ci-dessus énoncé, qu'il n'a pas consacré sur ce point le projet proposé par les organisations professionnelles d'agents commerciaux et qu'au contraire l'arrêté du 19 juin 1959, pris pour l'application d'un de ses articles, prescrit que les agents commerciaux doivent 'avant de commencer à exercer leur activité' se faire immatriculer, la cour d'appel a violé le texte sus-visé.»

Een analoge zienswijze treft men aan inzake consumentenbescherming in het algemeen :

Een wet van 13 juli 1979 had ter bescherming van de kredietnemers de rechtbanken het recht verleend de leningsovereenkomsten op te schorten en dit in het licht van de economische ontwikkelingen en de toenemende werkloosheid.

Een schorsingsbeslissing met betrekking tot een voorheen gesloten overeenkomst werd gecasseerd :

«Alors que, fût-elle d'ordre public, la loi du 13 juillet 1979, ne contient aucune disposition prévoyant son application aux contrats en cours» ⁶⁴.

Ghestin overweegt bij het arrest :

«(La jurisprudence) a également refusé l'application immédiate des lois relatives à la protection des consommateurs, mais il est exact de relever qu'il ne s'agit ici que d'un ordre public de protection» ⁶⁵.

De Belgische cassatierechtspraak

15. De Belgische rechtspraak is veel minder gevarieerd op het vlak van het intertemporaal recht.

De meeste beslissingen hebben betrekking op niet contractuele materies en voornamelijk op de toepassing van een nieuwe wet op de uit de wet zelf voortvloeiende rechtsbetrekkingen. Ze worden hierna slechts pro memorie vermeld, omdat zij een regel formuleren die als heersende mening wordt aanvaard ⁶⁶. In dezen wordt in ruime mate het beginsel van de onmiddellijke toepassing gehuldigd (zie nr. 3). Als aanknopingspunt geldt de datum van bekendmaking in het Staatsblad ⁶⁷. Zeldzaam zijn daarentegen de arresten die de toepassing van nieuwe wetgeving op de contractuele gevolgen van voorheen gesloten overeenkomsten aanbelangen.

In 1939 bevestigde het Hof de algemene strekking van het in artikel 2 B.W. bepaalde voorschrift dat tot de wetgever is gericht : «La règle, énoncée par l'article 2 du code civil n'est applicable que sous réserve des dérogations qu'y apporte la loi» ⁶⁸.

De strikte toepassing van de regel leidde evenwel niet altijd tot de onmiddellijke toepassing ervan. Aldus werd geoordeeld inzake aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen dat de nieuwe, gunstiger wet slechts geldt voor de ongevallen overkomen na de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet, en niet op de hangende procedures. Ten aanzien van een arbeidsongeval, dat zich had voorgedaan op 15 augustus 1929 diende de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsregeling te worden beoordeeld, niet overeenkomstig de bepalingen van de gunstiger wet van 15 mei 1929 die eerst op 1 januari 1930 in werking was getreden ⁶⁹, maar van de minder voordelige wetgeving van kracht ten dage van het ongeval :

«Attendu qu'aucune loi, fût-elle d'ordre public, qui modifie une règle de responsabilité ou établit une responsabilité nouvelle, ne régit la réparation des dommages dont la cause est antérieure à sa mise en vigueur, à moins que, de toute certitude, le législateur n'ait entendu déroger au précepte qu'il s'est dicté dans l'article 2 du Code civil».

Maar anderzijds zal de nieuwe wet die verbiedt de ten gevolge van een arbeidsongeval verschuldigde rente in kapitaal uit te betalen aan het slachtoffer van een arbeidsongeval, van toepassing zijn op alle lopende renten, behalve die welke vóór het in werking treden van de nieuwe wet reeds in kapitaal uitkeerbaar waren ⁷⁰.

De wetgever kan een bestaande rechtsverhouding wijzigen. Hij maakt geen inbreuk op het eigendomsrecht noch op enige overeenkomst wanneer hij het pensioen van een militair vermindert. Indien hij zulks doet, dient de rechter

⁶⁶ Zie boven, nr. 4.

⁶⁷ R.v.St., 21 september 1984, *Arr.*, 1984, 1693. Tot bedoelde datum mag de vroegere regeling worden toegepast.

⁶⁸ Cass., 28 november 1939, *Pas.*, 1939, I, 494.

⁶⁹ Cass., 12 september 1940, *Pas.*, 1940, I, 215. Inzake betaalde vakantie had het Franse Hof (zie noot 43) zich voor de onmiddellijke werking uitgesproken, gelet op de maatschappelijke weerslag.

⁷⁰ Cass., 21 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 1572, verwijzend naar de «openbare orde»; Cass., 23 oktober 1989, *Pas.*, 1990, I, 221, *R.W.*, 1989-90, 747.

⁶² Cass. civ. fr., 3 juli 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19337, met kritische noot van DEFOSSEZ-DEKEUWER.

⁶³ *Gaz. Pal.*, 1962, 200.

⁶⁴ Cass. civ. fr., 1 juli 1987, *Bull. civ.*, 1987, III, 138, 81.

⁶⁵ GHESTIN en GOUBEAUX, *o.c.*, nr. 379, p. 340.

aan de uitdrukkelijk bepaalde terugwerkende kracht volledig rechtsgevolg te verlenen ⁷¹.

De procedureregelen, met inbegrip van de regelen van bewijsrecht ⁷², gelden onmiddellijk, ook voor de aan gang zijnde gedingen, althans voor zover er geen beslissing ten gronde is geweest ⁷³. Nieuwe voorschriften inzake verjaring gelden evenzeer voor de lopende verjaringen, zonder dat ze een onder de vroegere wetgeving verworven verjaring kunnen komen verontrusten. Op beide laatstgenoemde gebieden zijn de Franse ⁷⁴ en de Belgische ⁷⁵ rechtspraak erg gelijkend.

Ook in België komt een duidelijk afwijkend geval voor. In een zaak van oorlogsschade werd aldus, mede om billijkheidsredenen, de retroactiviteit van de nieuwe wet aangenomen ⁷⁶: de oorlogsschaderegeling van 1917 werd toegepast op een hoevebrand die zich had voorgedaan in 1915.

16. In de contractuele materie blijkt het aantal Belgische cassatiebeslissingen erg beperkt te zijn ⁷⁷. Men kan alleen

verwijzen naar drie oude cassatiearresten die betrekking hebben op het bewijsrecht in contractuele materies, onder meer in een vennootschapsrechtelijke betwisting.

In een arrest overwoog het Hof ⁷⁸ «que si la manière de procéder à une preuve est régie par la loi du temps où la preuve se fait, l'admissibilité du genre de preuve se règle d'après la loi du temps où s'est accompli le fait à prouver».

In dezelfde zaak oordeelde een ander arrest, van dezelfde datum, «que la validité ou la confirmation de l'acte ne devaient pas être, et en réalité n'ont pas été jugés d'après les lois citées par le demandeur, qui sont postérieures de 20 ans à la convention et aux faits qu'il s'agissait d'apprécier».

17. Een arrest dat duidelijker een contractuele materie tot voorwerp heeft, is Cass., 6 januari 1989, met betrekking tot de toepassing van de wet van 14 juli 1976 tot wijziging van het huwelijksgoederenstelsel op lopende overeenkomsten ⁷⁹.

De vraag had betrekking op de betwisting of de op grond van de vroegere wettelijke regeling in gemeenschap gevallen voorhuwelijkse roerende goederen (in casu een verzekeringsportefeuille) tot de gemeenschap gerekend dienden te worden, dan wel of de nieuwe wettelijke regeling retroageerde. In concreto beweerde de eiseres in cassatie dat de inbreng van deze portefeuille in 1957 door haar echtgenoot in een associatie met een andere verzekeringsmakelaar niet rechtsgeldig was kunnen geschieden, en o.m. ten opzichte van haar geen vaste datum had.

De vraag had derhalve geen betrekking op de invloed van het gewijzigde stelsel op de lopende verhoudingen, maar wel of de nieuwe wetgeving, terugwerkend, de vroegere, verworven verhoudingen beheerste. Een dergelijke retroactiviteit werd door het Hof van de hand gewezen: «dat de opheffing van de oude regels bij artikel 2 van genoemde wet, op zichzelf niet tot gevolg heeft dat onder meer voorbijge handeligen en toestanden niet meer volgens de opgeheven regels moeten worden beoordeeld».

Men zal hieruit afleiden dat het bedoelde arrest geen betrekking heeft op de hier onderzochte problematiek.

Een arrest van 26 maart 1976 had betrekking op de toepassing van de wet van 1971 inzake concessies voor alleenverkoop: deze wet was in werking getreden na de opzegging van een concessieovereenkomst. De eiser stelde dat, nu de overeenkomst eerst een einde neemt met het verstrijken van

te verbieden in de contractueel bepaalde omstandigheden (in casu in het katholiek onderwijs). Proc.-gen. Dumon nam aan dat deze wet van onmiddellijke toepassing was: zie conclusie nt. 10, *Pas.*, 1977, I, p. 403. Vgl. Cass., 16 september 1969, *Arr.Cass.*, 1970, I, 50, met concl. proc.-gen. F. DUMON.

⁷⁸ Cass., 16 maart 1850, *Pas.*, 1850, I, 192 en 228. Vgl. Bordeaux, 27 juni 1951, *D.*, 1951, 572 (de wijziging van de regelen inzake getuigenbewijs geldt niet voor de overeenkomsten gesloten vóór de datum van de wetswijziging).

⁷⁹ Cass., 6 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1327 e.v., nt. N.S. Cass., 6 januari 1989, *Rec.Gén.Enr.Not.*, 1990, 334 heeft aangenomen dat de wetgever aan de wet van 14 juli 1976 noch uitdrukkelijk noch impliciet terugwerkende kracht heeft toegekend. Deze materie is het voorwerp geweest van talrijke beslissingen en uiteenlopende rechtspraak; zie o.m. Brussel, 27 januari 1986, *J.M.L.B.*, 1987, 1556; Rb. Brussel, 10 juli 1986, *Rec.Gén.Enr.Not.*, 1987, 384; Bergen, 24 december 1984, *Pas.*, 1985, II, 57; Rb. Brussel, 10 juli 1986, *Rev. Not. Belge*, 1986, 591; Rb. Mechelen, 22 maart 1983, *Rec.Gén.Enr. Not.*, 1986, 135.

⁷¹ Cass., 27 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 172. Vgl. inzake de verjaring Cass., 18 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 84; Cass., 27 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1399, dat de verjaring betreft. Vgl. inzake voorrechten o.m. Cass., 21 oktober 1988, *Arr.Cass.*, 1988, nr. 125.

⁷² Lyon, 7 november 1955, *J.C.P.*, 1956, II, 9170, nt. D. BASTIAN, *D.*, 1956, 359; Bordeaux, 27 juni 1951, *D.*, 1951, 572. Indien de nieuwe wet evenwel door een wijziging van de bewijsregelen, bv. door het instellen van vermoedens, de rechtshandeling zelf raakt, wordt de in de tekst vermelde regel verlaten.

⁷³ Cass., 27 mei 1929, *Pas.*, 1929, I, 200, waar werd geoordeeld dat het beroepsrecht van de minister tegen een beslissing van de militeïinstanties retroactief kan worden ingesteld: het betreft hier een regel van openbare orde. Zie verder o.m. Cass., 16 oktober 1985, *Rev.dr.pén.*, 1986, 406, nt. J. LECLERCQ; Cass., 16 okt. 1985, *Pas.*, 1986, I, 181; Cass., 27 april 1987, *J.T.*, 1987, 365; Cass., 9 februari 1989, *Pas.*, 1989, I, 609, *J.T.*, 1989, 380; Cass., 27 okt. 1988, *Pas.*, 1989, I, 217; Cass., 23 november 1989, *Pas.*, 1990, I, 348, *R.W.*, 1989-90, 1350, nt. L. HUYBRECHTS. Doch vgl. Cass., 27 oktober 1977, *Pas.*, 1977, I, 253, luidens hetwelk de rechtsmiddelen gelden overeenkomstig de wetgeving toepasselijk ten dage van het vonnis a quo.

⁷⁴ Zie voor de regelen inzake procedure: vaststaande rechtspraak o.m. Cass.fr., 1 juni 1945, *J.C.P.*, 1945, IV, 82; Cass.civ.fr., 6 maart 1953, *D.*, 1953, 460; Cass.crim.fr., 14 mei 1969, *J.C.P.*, 1970, II, Ed. G., 16358, nt. J.H. Syr. Vgl. Cass.comm.fr., 26 maart 1962, *J.C.P.*, 1962, IV, 62, voor het geval er reeds een vonnis is uitgesproken; voor de regelen inzake verjaring: Cass.civ.fr., 9 juli 1934, *S.*, 1935, I, 99, nt. P. GUYOT; Cass.Reg.fr., 18 mei 1942, *J.C.P.*, 1942, II, 2056, nt. ROUBIER; Cass.fr., 5 januari 1962, *J.C.P.*, 1962, IV, 22; Cass.com.fr., 3 mei 1954, *D.*, 1954, 437.

⁷⁵ Cass., 22 februari 1988, *Pas.*, 1988, nr. 381, concl. adv.-gen. LIEKENDAEL, *R.W.*, 1988-89, 193; Cass., 27 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1399; Cass., 31 okt. 1988, *Pas.*, 1989, I, 227; Cass., 3 juni 1987, *Rev.Dr.pén.*, 1987, 981, inzake de verjaring van de strafvordering; Cass., 13 maart 1989, *Pas.*, 1989, I, 721, *R.W.*, 1988-89, 1400. Maar de nieuwe regel geldt niet zo de samenloop zich reeds heeft voorgedaan: Cass., 17 juni 1987, *Pas.*, 1987, I, 1284; Luik, 1 febr. 1990, *Rec.Gén.Enr.Not.*, 1990, 221; MARCHAL, B., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruylant, Brussel, 1983, 275 pp.

⁷⁶ Cass., 18 januari 1924, *Pas.*, 1924, I, 141.

⁷⁷ Cass., 19 september 1974, *Pas.*, 1975, I, 73, en Cass., 8 februari 1985, *Pas.*, 1985, I, 707, inzake huurovereenkomsten bevatten geen toepassing van de hier onderzochte problematiek, omdat bijzondere wetsbepalingen overgangsregelen instelden. Cass., 8 december 1976, *Pas.*, 1977, I, 394, concl. adv.-gen. F. Dumon, betrof de werking op de lopende arbeidscontracten van het bij de wet van 21 november 1969 ingestelde verbod om het huwelijk van een werknemer

de opzegperiode, de schadevergoeding bepaald diende te worden overeenkomstig de gunstiger, nieuwe wetgeving. Het technische argument werd door het Hof van de hand gewezen: het recht op schadevergoeding wordt bepaald op de dag van de opzegging, zelfs indien de partijen bedongen hebben dat de overeenkomst verder in werking blijft tot het einde van de opzegperiode⁸⁰.

Het besluit zal derhalve zijn dat in België nagenoeg geen cassatierechtspraak wordt aangetroffen waarin de hier bedoelde betwisting aan bod is gekomen.

Cass., 19 februari 1987, *Pas.*, 1987, I, nr. 361, concl. proc.-gen. E. Krings.

Tussenbesluit

18. Bij wijze van tussenbesluit kan men tot volgende bevindingen komen.

Anders dan de Franse cassatierechtspraak blijkt de Belgische cassatierechtspraak nog geen eenduidig standpunt te hebben ingenomen betreffende de wijze waarop nieuwe wetgeving op de lopende overeenkomsten dient in te werken. De gepubliceerde rechtspraak heeft eigenlijk geen betrekking op de toepassing van een nieuwe wetgeving op voorheen ontstane contractuele verbintenissen.

Daarom dient de heersende rechtsleer, die voorschriften van openbare orde of van dwingend recht van onmiddellijke toepassing verklaart, genuanceerd te worden. De onmiddellijke toepassing geldt in beginsel voor alle wetbepalingen, ongeacht of zij de «openbare orde» raken.

De Franse cassatierechtspraak heeft die verdere nuancerings aangebracht, voornamelijk met betrekking tot de contractuele verhoudingen: de vraag of de nieuwe rechtsregel van onmiddellijke toepassing dient te zijn, wordt hierbij niet op eenvormige wijze beantwoord. Het onderscheid «openbare orde – dwingend recht» wordt door deze rechtspraak als volstreekte leidraad van de hand gewezen⁸¹. De keuze voor de toepassing van de oude dan wel de nieuwe wet zal veeleer worden bepaald aan de hand van de afweging van de bij de toepassing van beide wetten betrokken belangen. Vooral in contractuele materies zal van de regel van het voortbestaan van de oude wet slechts worden afgeweken indien er daartoe imperatieve redenen van algemeen belang zijn⁸².

Anderzijds werden meerdere arresten aangetroffen waarin de nieuwe wetgeving niet werd toegepast op de voortdurende rechtsgevolgen van voorheen gesloten overeenkomsten. Deze gevolgtrekking heeft niet verhinderd dat de bedoelde arresten zelf vaststelden dat de nieuwe wetgeving van «openbare orde» was.

De vaststelling dat een regel de openbare orde raakt, dient derhalve niet «per se» te leiden tot de onmiddellijke werking van nieuwe wet. De vraag rijst daarom welke de leidraad is die de rechter in deze materie met het beste gevolg kan hanteren.

B. DE REGELEN VAN OPENBARE ORDE OF VAN DWINGEND RECHT

19. De vraag welke voorschriften van een bepaalde wetgeving van openbare orde zijn vergt een genuanceerd antwoord. In de klassieke opvatting was er alleen de «openbare orde». Later werd het begrip verfijnd door de erkenning van minstens twee trappen in de «openbare orde», namelijk de «openbare orde» («sensu stricto») en het «dwingend recht». Sinds enkele jaren stelt men vast dat de rechtsorde het begrip verder ontrafelt en verfijnt, en hierbij meerdere trappen in het juridische apparaat heeft ingelast. In die zin begrijpen men de Vennootschappenwet waarin sinds 1973 een «nietigheidssanctie» met beperkte werking (artt. 13ter tot *quinquies*) is opgenomen. In dezelfde gedachte kan men het arrest ontleiden waarbij het Hof van Cassatie besliste dat bij «ultra vires» handelen de nietigheid van de rechtshandeling niet kan worden opgeworpen door de wederpartij⁸³. Men denke verder aan de «nietigheidssanctie» in de Faillissementswet: art. 445 verklaart de erin vermelde handelingen «nietig en zonder gevolg ten aanzien van de boedel». De wetten op het consumenten- en op het hypothecair krediet bevatten meerdere verfijningen van het nietigheidsbegrip, vooral in de artt. 88 tot 100 W. Consumentenkrediet, waar de wetgever heeft gepoogd de sanctionering preciezer af te stemmen op de concrete behoeften van het beoogde geval. Ook de doctrine verdedigt meer en meer de opvatting dat het begrip «openbare orde» een wisselende inhoud heeft, en graadueel moet worden ontleed met het oog op het te bereiken doel⁸⁴.

Eerstgenoemd begrip heeft betrekking op de regelen die de maatschappelijke ordening in het algemeen in stand moeten houden, waaronder de algemene belangen van de Staat, de fundamentele maatschappelijke ordening, de essentiële morele waarden inclusief de grondrechten. De rechtsorde kan de schending van die regelen niet dulden. De eruit voortvloeiende nietigheid wordt dikwijls «absoluut» genoemd, ofschoon het begrip nogal onduidelijk is. Partijen kunnen er onder geen beding van afwijken, noch bij de contractsluiting, noch achteraf. Ontduiking van de regel wordt gesanctioneerd aan de hand van «wetsontduiking» of van «misbruik van recht»⁸⁵. Elk van de partijen kan de nietigheid opwerpen, en zulks ongeacht de motieven die haar daartoe hebben bewogen. De nietigheid moet in de regel

⁸³ Cass., 12 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1056, *T.B.H.*, 1988, 500, ann. M. GRÉGOIRE, *R.P.S.*, 1989, nr. 6503, 42, ann. D. MOUGENOT.

⁸⁴ In dezen valt een historische evolutie op langere termijn te onderkennen. BAETEMAN, G., «Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés», *R.C.J.B.*, 1960, 163, nr. 5, behoorde tot de eerste auteurs die in België de opsplitsing van de openbare orde in openbare orde en dwingend recht analyseerde; zo ook DE HARVEN, P., «Contribution à l'étude de la notion d'ordre public», *R.C.J.B.*, 1954, 259-266. De recente Franse auteurs pleiten voor een begrip met variabele inhoud: zie J. GHESTIN, *o.c.*, nr. 378, p. 339 en CHABAS, *o.c.*, nr. 148, p. 223, die terecht de vergelijking maakt met de wisselende inhoud van de IPR-regelen die verschillen naargelang de toegepaste openbare orde. Zie verder J. GHESTIN, *Les obligations, le contrat en formation*, 1988, nrs. 95 e.v., p. 89 e.v., nrs 742 e.v., p. 881 e.v.

⁸⁵ Voor de discussie zie VAN OMMESLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», *R.C.J.B.*, 1976, 303, nt. bij Cass., 10 september 1971.

⁸⁰ Cass., 25 maart 1976, *Pas.*, 1976, I, 825: ook dit derhalve een toepassing van de «causae finitae» doctrine, waarover boven nt. 7 en 26.

⁸¹ Aldus ROUBIER, *o.c.*, nr. 75, p. 363; BACH, *Encycl. Dalloz*, V° «Conflits de lois dans le temps», nr. 246.

⁸² Zie voor deze redenering o.m. GHESTIN, *o.c.*, nr. 379, p. 339.

door de rechter worden opgeworpen, zelfs ambtshalve, daar ook de rechtbank moet zorgen voor de naleving van deze fundamentele regelen van de maatschappelijke ordening. In beginsel leidt deze nietigheid tot het terugschroeven van de handeling tot aan haar ontstaan (terugwerkende kracht van de nietigheid). Op geen enkele wijze kan er uitvoering aan worden gegeven: alle inmiddels ingetreden rechtsgevolgen worden retroactief ongedaan gemaakt. Correcties treft men hier en daar aan in de wetgeving ter bescherming van de derden te goeder trouw (bv. art. 60, § 2, Venn.W.). De restituties bij nietigheid zullen niet steeds toegelaten worden, daar ze naar omstandigheden indruisen tegen dezelfde openbare orde (toepassing van het adagium «in pari causa turpitudinis cessat repetitio»). Toch treft men ook hier een nuancering aan: de terugvordering is niet geheel onmogelijk maar wordt overgelaten aan de beoordeling van de rechter, en dit rekening houdend met de aard en draagwijdte van de inbreuk ⁸⁶.

De aldus nietige rechtshandeling is niet voor bevestiging vatbaar.

20. Naast die fundamentele openbare orde, kent het rechtstelsel meerdere gevallen waarin een bepaalde regel wordt opgelegd, zonder dat deze als zo fundamenteel wordt beschouwd dat de rechtsgevolgen van strijdige gedragingen tot in de wortel moeten worden uitgeroeid. Men kan hier spreken van een verzwakte openbare orde, zonder dat deze reeds als regel van «dwingend recht», als louter beschermen-de regel, kan worden aangeduid.

Onder deze titel zou men gewag kunnen maken van de gevallen waarin inbreuk is gemaakt op de regelen van marktorganisatie, wezenlijk een materie van openbare orde, terwijl geen nietigheidssanctie wordt uitgesproken.

In de rechtspraak kent men hiervan meerdere voorbeelden: aldus oordeelde de Nederlandse Hoge Raad dat de uitvoering van beursorders in strijd met de toenmalige regelen van beursdwang, gebaseerd op de Beschikking beursverkeer 1947, geen nietigheid tot gevolg had ⁸⁷.

Ook naar Belgisch en naar Frans recht werden transacties, uitgevoerd in strijd met de regel van beursdwang, of met het monopolie van de vroegere wisselagenten, niet voor ongeldig gehouden ⁸⁸.

Schending van het verbod van fondsenopname of van analoge verbodsregelingen wordt luidens de rechtspraak van naburige landen niet gesanctioneerd met nietigheid van de operatie ⁸⁹.

Men denke verder aan de gevallen van inbreuken op de deviezenwetgeving: ook hier heeft de schending van de norm niet steeds nietigheid van de transactie tot gevolg ⁹⁰.

Een lagere trap in de openbare orde treft men aan in het vennootschapsrecht: schending van de regelen inzake oprichting, of voor bepaalde vennootschappen, schending van de bepalingen bedoeld in art. 13^{ter} leidt tot «nietigheid». Deze moet in feite gelezen worden als een gedwongen vereffening. Bevestiging door de partijen is mogelijk door regularisatie, minstens wat betreft de gevallen van schending van de vormvoorschriften ⁹¹. Ten slotte wordt de nietigheid de retroactieve werking ontnomen, zowel tegenover derden, als «inter partes».

Wellicht kan men hier ook art. VIII (2)(b) van het IMF-Verdrag vermelden, op grond waarvan verrichtingen strijdig met de deviezenwetgeving van andere Lid-Staten, niet voor nietig, maar voor «unenforcable» moeten worden gehouden ⁹².

21. De opvatting dat er naast de «openbare orde» slechts regelen zijn van «dwingend recht», naargelang zij algemene dan wel privé-belangen raken, komt in de huidige rechtsontwikkeling als te absoluut, te weinig genuanceerd voor. Zoals geformuleerd in de klassieke opvatting hebben regelen van dwingend recht tot functie een bepaald belang te beschermen, in de regel dat van de «economisch zwakkere» in de contractsverhouding. In werkelijkheid zijn «openbare» en «privé»-belangen nochtans nauw verweven. De vraag of het hier gaat om privé-belangenbescherming is trouwens een kringredenering: immers, het doel van de wetgever bepaalde belangen te beschermen is een element van algemeen maatschappelijk beleid en dus van «openbare orde» «sensu stricto». Het onderscheid «openbare orde» en «dwingend recht» kan hier m.a.w. niet goed gehanteerd worden.

Op enkele gebieden ziet men dat de rechtsorde deze ver-fijning toepast. Immers, slechts zelden kwalificeert de wetgever zelf de regel die hij uitvaardigt. Op het vlak van de sanctieregeling merkt men een grotere soepelheid. De rechtspraak daarentegen verschaft, zij het op het vlak van de sanctieregeling, maar evenzeer op dat van de werking van de wet in de tijd en in de ruimte (I.P.R.) ⁹³, talrijke aanknopingspunten die op een meer genuanceerd begrip van openbare orde wijzen. Het is deze tendens die uit de hiervoor ontlede rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie kan worden afgeleid.

22. Het verschil in rechtsgevolgen kan beter gezien worden in een perspectief van optimale bescherming van de belangen die de wetgever op het oog had. Gaat het om de bescherming van algemeen maatschappelijke belangen, dan is aannemelijk dat het bedoelde rechtsgevolg onmiddellijke werking vereist, en in de bestaande rechtsverhouding onmiddellijk, soms zelfs retroactief moet ingrijpen. Ter bescherming van individuele of privé-belangen zal de wetgever

⁸⁶ Zie daarover DE BERSAQUES, ann. Gent, 9 november 1949, *R.C.J.B.*, 1949, 342, e.v., o.m. nrs. 12 tot 14; Gent, 16 mei 1947, *R.C.J.B.*, 1947, 193, ann. DE HARVEN.

⁸⁷ H.R., 1 november 1957, *N.J.*, 1959, nr. 61, nt. DJV.

⁸⁸ Trib. Seine, 3 april 1912, *J.T.*, 1912, 1026; Kh. Brussel, 14 januari 1930, *R.P.S.*, 1930, 176; vgl. voor de verboden praktijk van de «grattage»: Kph. Brussel, 14 januari 1930, *Jur. Comm.Bruxelles*, 1930, 117, *R.P.S.*, 1930, 176; Luik, 14 juli 1957, *Pas.*, 1958, II, 1.

⁸⁹ Zie Cass. comm., 19 nov. 1991, *Banque*, 1992, 426. In de andere zin LG Essen, 7 mei 1991, *WN*, 1992, 1224.

⁹⁰ O.m. Cass. comm., 30 juni 1980, *D.*, 1981, IR, 337; Kh. Brussel, 20 juni 1939, *Jur. Comm.Bruxelles*, 1941, 204; *R.P.S.*, 1940, nr. 3839, 7, nt.; Brussel, 8 oktober 1948, *R.W.*, 1948-49, 622. Zie verder Cass.

fr., 3 februari 1976, *R.C.D.I.P.*, 1978, 129, an. B. AUDIT; B. AUDIT, «Les conséquences de la nullité d'une convention qui enfreint les règles du contrôle des changes», *R.C.D.I.P.*, 1977, 841.

⁹¹ Voor de grondschriften is twijfel mogelijk: vgl. L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, nr. 5812, pp. 223 e.v.

⁹² Zie in de rechtspraak: United City Merchants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada, 1983, (H.L.) 1982, 2 All. E.R., 720; Cass. civ. fr., 7 maart 1972, *R.T.D.I.P.*, 1974, 486. Verder: BGH, 17 februari 1971, *NJW*, 1971, 963; Parijs, 14 mei 1970, *J.C.P.*, 1971, nr. 16751, en de studie van P. JULLIARD, *J.C.P.*, 1971, nr. 2399.

⁹³ Zie vooral K. GRODECKI, «Intertemporal conflicts of laws?», in *International Encyclopedia of comparative law*, Vol. III, Ch. 8.

– zelfs in publiekrechtelijke materies zoals inzake onderwijs – uitdrukkelijk retroactiviteit verlenen, hetzij om bestaande toestanden te bekrachtigen, hetzij om redenen van billijkheid of om een einde te maken aan de rechtsonzekerheid. De bescherming van de bedoelde belangen is evenwel steeds ook een doeleinde van algemeen beleid. Vandaar dat het onderscheid «openbare orde» – «dwingend recht» slechts een te onprecieze, en zeker te abrupte, maatstaf oplevert om in onze samenleving, die toenemend door rechtsregelen wordt beheerst, de doelmatige afweging van belangen te verwezenlijken die de rechtsorde in acht dient te nemen. Een zelfde bedenking kan worden gemaakt met betrekking tot de werking van de wet in de tijd zelf: ook hier is er tussen de retroactieve en de onmiddellijke werking een scala aan nuanceringen aan te brengen ⁹⁴.

De afweging tussen de diverse belangen van algemene aard en de privé-, hoofdzakelijk financiële belangen van de partijen geschiedt in de eerste plaats door de wetgever zelf. Aan deze afweging wordt uiting gegeven door een differentiëring in het vlak van de rechtsgevolgen die verbonden worden aan de schending van de regel. Bij afwezigheid aan instructies is het de taak van de rechter, om, rekening houdend met alle betrokken belangen, tot een adequate afweging over te gaan. Zoals boven gesteld blijkt de Franse cassatierechtspraak deze weg ingeslagen te zijn, althans wat de toepassing van de wet in de tijd betreft. Maar ook in België zijn analoge redeneringen verdedigd ⁹⁵. In de contractuele materie is het ingrijpen in de bestaande rechtsverhoudingen het resultaat van de prioriteit die de rechter toekent aan argumenten van algemeen belang, boven dat van de partijen, die per hypothese bij de contractsluiting hun risico's voldoende hebben afgewogen. In vele gevallen is dit «algemeen belang» evenwel niet eenduidig: overwegingen van micro- en van macrobeleid doorkruisen elkaar, systeembescherming en bescherming van de particulieren dienen tegen elkaar te worden afgewogen, billijkheids- en doelmatigheidsmotieven zullen bij de afweging betrokken worden ⁹⁶.

23. In het consumentenkredietrecht lijken de regelen uitsluitend van schuldenaarsbeschermende aard te zijn. Toch

maakt een meer aandachtige studie het mogelijk vast te stellen dat heel wat van die voorschriften gemengde doelstellingen nastreven, of andere gebieden raken waarvoor even sterk, zo niet meer, dwingende normen gelden. Bij de toepassing van die regelen, onder meer wat betreft de toepassing in de tijd, kan de rechter niet alleen rekening houden met een enkel van deze doeleinden, maar zal hij op deze ruimere samenhang moeten letten. In bepaalde omstandigheden zal hij de diverse belangen tegen elkaar moeten afwegen.

Aldus hebben meerdere regelen van de nieuwe wet consumentenkrediet niet alleen een schuldenaarsbeschermende functie, maar raken ze ook het algemeen economisch beleid van het land. De regel van het verplichte voorschot van 15%, maar ook de verplichte kostenpercentages zijn maatregelen die door de overheid kunnen worden aangewend ter bijsturing van de conjunctuur.

Kredietverlening is essentieel risicobeoordeling en derhalve wezenlijk verbonden met de rentabiliteit van de kredietverleners. Deze rentabiliteit is de toegang tot hun solvabiliteit en derhalve de hoeksteen van het macro-economisch beleid ter versteviging van de financiële instellingen. Een wijziging van de risico's en van de rentabiliteit heeft daarom een onmiddellijke weerslag op het kredietwezen als zodanig. Opnieuw zijn macro- en micro-overwegingen vervlochten.

Bepaalde voorschriften van de wet consumentenkrediet hebben een algemeen maatschappelijke doelstelling: men denke aan de maatregelen inzake overmatig krediet, zoals de regelen inzake de onderzoeksplicht van de kredietgever, inzake schuldherschikking of kredietbemiddeling ⁹⁷.

Ten slotte kan men ook wijzen op een element van ontwikkeling in de tijd: voorschriften die bij de uitvaardiging van de wet gezien werden als algemeen economische maatregelen (bv. de 15% aanbetaling bij de verkoop op afbetaling ter ontmoediging van overmatige schuldbelasting) hebben wellicht ternauwernood nog die functie vandaag. De overheid kan ze nochtans op elk ogenblik nieuw leven verlenen.

24. Tegen die achtergrond lijkt de taak van de rechter schier een onmogelijke: hoe kan hij die belangen kennen, en naar behoren afwegen?

Deze vrees wordt grotendeels opgevangen door de bepalingen van de wet zelf die de civiele sanctionering organiseren. Voor deze materies heeft de wetgever zelf de afweging geregeld.

Het is hoofdzakelijk op het vlak van de werking van de nieuwe wet in tijd en ruimte dat nog blanco's zullen dienen te worden ingevuld.

Op het vlak van het internationaal privaatrecht kan verwezen worden naar art. 5 van het I.P.R.-Verdrag van Rome. Moeilijke vragen, onder meer in het kader van de interpretatie van de tweede bankrichtlijn kunnen hier alleen maar worden aangestipt ⁹⁸.

Op het intertemporale vlak heeft de wetgever geen normen uitgevaardigd. Het zal derhalve de rechtspraak toekomen hier duidelijkheid tot stand te brengen. De hiervoor

⁹⁴ Zie B.C. DE DIE, o.c., *R.M. Themis*, 1979, 267 e.v.

⁹⁵ Men kan hier wellicht herinneren aan de gedachtenwisseling tussen prof. W. Van Gerven en ondergetekende betreffende de rechtsgevolgen van de schending van de jurisprudentiële regel inzake matiging van verhogingsbedingen in *R.W.*, 1976-77, 1379 en 1382.

⁹⁶ De gedachte van de belangenafweging wordt, behoudens bij de boven geciteerde auteurs, bij vele andere aangetroffen: aldus B.C. DE DIE, o.c., *R.M. Themis*, 1979, 270, «Beginselen van overgangsrecht». Zo ook Cass., 29 januari 1951, *R.W.*, 1951-52, 720 (openbaar belang v. particuliere belangen; art. 2 van toepassing). Ofschoon de in aanmerking genomen belangen veel beperkter waren, treft men deze gedachtegang ook in de 19e-eeuwse doctrine frequent aan: aldus ruimde LAURENT, in zijn *Cours élémentaire de droit civil*, 1881, nrs. 30 e.v., plaats in voor de openbare orde in verband met de afweging van de belangen van de particulier tegen die van het algemeen. AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français*, I (1897), § 30, pp. 111 e.v., vermeldde deze benadering, zij het in de persoon van de wetgever. De toen nog algemeen aanvaarde «eerbiediging van de verkregen rechten» werd door deze auteurs reeds gerelativeerd op grond van een bewustzijn van de vereisten van de onmiddellijk werkende voorschriften van openbare orde: *ibidem*, pp. 128-129.

⁹⁷ Art. 67, W. Consumentenkrediet betreffende de schuldbemiddeling.

⁹⁸ Zie hierover M. TISON, «Europese bankintegratie en het algemeen belang», te verschijnen in *Bank. Fin.*

ontlede rechtspraak kan daarbij als leidraad worden gebruikt.

In dit licht wordt hierna gepoogd enkele van de elementen te verduidelijken waarop een dergelijke beoordeling zou kunnen steunen wat de toepassing van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet betreft. Deze materie is niet alleen theoretisch boeiend. Ook praktisch zal zij van belang zijn, aangezien talloze wetsvoorschriften strafrechtelijk en administratief gesanctioneerd worden: indien de nieuwe wetgeving niet van toepassing is, zal vanzelfsprekend van deze sancties geen gebruik kunnen worden gemaakt. Hierbij zij nog opgemerkt dat geen soortgelijke vragen rijzen onder de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet, daar de wetgever de voortgezette toepassing van de vroegere wetgeving heeft bepaald voor alle overeenkomsten, gesloten vóór de datum van erkenning van de kredietverlener op grond van de nieuwe wet ⁹⁹.

C. TOEPASSING OP DE WET CONSUMENTENKREDIET

25. De wet van 12 juni 1991 geldt met ingang van 1 januari 1993 ¹⁰⁰. De wetgever heeft geen bijzondere regelen ingevoerd ten aanzien van de voorheen gesloten overeenkomsten. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de minister van Economische Zaken verklaard dat de nieuwe wet «in principe» niet op de lopende contracten van toepassing is ¹⁰¹. Die verklaring is evenwel in de wet zelf niet doorgetrokken. Vandaar dat er de waarde aan kan worden toegekend van een aanwijzing voor de wetsinterpretatie, zonder dat er bindende kracht aan kan worden toegekend. De algemene beginselen, voortvloeiend uit o.m. art. 2 B.W., kunnen immers slechts door een wet worden gewijzigd.

De voortdurende toepassing van de vroegere wetgeving kan tevens worden verdedigd in het licht van de bovenvermelde Franse cassatierechtspraak en de erop steunende heersende mening in Frankrijk: de vroegere wetgeving blijft in beginsel gelden, tenzij anders voortvloeit uit de nieuwe wet zelf, of blijkt uit de belangenafweging waartoe de rechter is overgegaan. Laatstgenoemde afweging is een complexe aangelegenheid. Ze zal hierna worden onderzocht.

26. In het kader van dit onderzoek vragen de volgende punten aandacht: is de nieuwe wet van toepassing op types van overeenkomsten die voorheen helemaal niet aan de wet waren onderworpen en waarvan de rechtsgevolgen zich uitstrekken onder het stelsel van de nieuwe wet? (1°)

Daar de nieuwe wet heel wat voorschriften bevat met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst zelf, dient ermee rekening gehouden te worden. (2°)

Ten slotte, in welke mate zijn de nieuwe voorschriften inzake uitvoering van de overeenkomst van toepassing op de

verbintenissen voortspruitend uit de voorheen aangegane overeenkomsten. (3°)

1° De toepassing van de nieuwe wet op nieuwe contracttypes

27. De wet consumentenkrediet heeft enkele nieuwe contracttypes aan de wetgeving onderworpen. Daarenboven reglementeert ze voortaan overeenkomsten die voorheen slechts ten dele (bv. tot een bepaald bedrag) gereguleerd waren.

Op grond van de boven ¹⁰² aangeheerde algemene ontleding zal een nieuwe wet in beginsel geen regelen introduceren met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomsten waarop ze voorheen niet van toepassing was. Wat in het verleden definitief zijn beslag heeft gekregen, kan niet meer ongedaan worden gemaakt. In die zin wordt, in overeenstemming met artikel 2 B.W. de wet geen retroactieve werking toegekend. Vanzelfsprekend kan de wetgever steeds van artikel 2 afwijken, maar een uitdrukkelijke, minstens een ondubbelzinnige bepaling is daartoe vereist.

28. Niettemin rijst de vraag of overeenkomstig het algemeen beginsel ¹⁰³ van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet, deze laatste van toepassing zou kunnen worden geacht op de voortdurende rechtsgevolgen van voorheen gesloten overeenkomsten, zelfs indien deze voorheen niet aan soortgelijke wetgeving waren onderworpen.

Voormelde vraag rijst in andere termen ten aanzien van enerzijds de voorheen bestaande contracttypes – zoals de verkoop op afbetaling of de lening op afbetaling – die thans op grond van de wet van 12 juni 1991 worden geherreguleerd, dan wel anderzijds voor de hierna vermelde contracttypes die thans voor het eerst aan de wetgeving worden onderworpen. Voor zover de wetgever bepaalde contracttypes reglementeert, en niet bepaalde *verbintenissen*, kan men stellen dat de thans voor het eerst gereguleerde contracttypes slechts aan de nieuwe wet onderworpen zijn in de mate waarin ze onder het stelsel van de nieuwe wet tot stand zijn gekomen. Eerst na het in werking treden van de wet beantwoorden ze aan de wettelijke definitie. Deze analyse leidt ertoe de nieuwe wet niet van toepassing te achten op de *types* kredietovereenkomsten die voorheen niet aan de schuldenaarsbeschermende wetgeving waren onderworpen, in casu aan de wet van 9 juli 1957.

Een soortgelijk argument kan steunen op de inleidende zin van artikel 1 van de wet van 12 juni 1991: de wettelijke definities gelden slechts «voor de toepassing van deze wet». De omschrijving van de begrippen kan alleen aangevoerd worden voor de contracttypes die aan deze wet onderworpen zijn. Vandaar dat men zou kunnen argumenteren dat de contracttypes die niet aan de vroegere wetgeving onderworpen waren, en eerst met ingang van 1 januari 1993 gereguleerd worden, niet onder de toepassing van de wet van 12 juni 1991 vallen.

29. Die argumentering is evenwel niet geheel overtuigend. Enerzijds reglementeert de wetgever, naast *types* overeenkomsten, hoofdzakelijk de *kredietovereenkomst* in haar geheel. De hoofdstukken II (kredietpromotie) en III (kre-

⁹⁹ Art. 54, W. 4 augustus 1992, dat een typevoorbeeld inhoudt van uitgestelde werking. Het voortleven van de vroegere wetgeving voor de vroegere overeenkomsten is bepaald in art. 55 van de wet.

¹⁰⁰ Zie K.B. van 5 augustus 1991, als geheel gewijzigd door het K.B. van 4 augustus 1992 (1), B.S., 8 september 1992.

¹⁰¹ *Parl.Besch., Kamer*, 1491/5(1990-1991), p. 21 (verslag Bartholomeeusens). Hierbij werd een ander voorschrift gehanteerd ten aanzien van de kredietopeningen, «aangezien men moeilijk kan toelaten dat deze omwille van hun onbepaalde duurtijd, aan de toepassing van de wet kunnen ontsnappen». Op deze moeilijkheid wordt verder ingegaan nrs. 33 en 48.

¹⁰² Zie nr. 6.

¹⁰³ Zoals boven geformuleerd in nr. 3.

dietovereenkomst) gelden voor alle kredietverhoudingen, en niet voor bepaalde types. De typegebonden regelen komen voor in hoofdstuk IV (bijzondere regelen voor bepaalde kredietovereenkomsten). De toepassing van deze typegebonden regelen zal niet kunnen worden ingeroepen ten aanzien van types overeenkomsten (bv. de leasing of financieringshuur) die niet voorheen gereguleerd waren. Wanneer de wetgever daarentegen verbintenissen reguleert, geldt het voorschrift voor alle overeenkomsten, ongeacht of de verbintenis uit een nieuwe dan wel uit een oude overeenkomst voortspuit. Aldus de bepaling van art. 30 op grond waarvan de kredietgever niet eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst kan wijzigen. Deze bepaling geldt voor alle kredietovereenkomsten. Ze heeft betrekking op een verbintenis, niet op een type kredietovereenkomst. Derhalve moet de toepasselijkheid van de wet op nieuwe types overeenkomsten verder onderzocht worden, en kan men de toepassing niet in haar geheel afwijzen.

Daarentegen, in de gevallen waarin hij regelen uitvaardigt die typisch verbonden zijn met een bepaalde krediettechniek die voorheen niet werd gereguleerd, zijn er ernstige gronden om aan te nemen dat deze regelen niet zullen gelden voor de voorheen gesloten overeenkomsten. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar art. 54, dat de revindicatie bij leasing beperkt ¹⁰⁴. Deze regelen kunnen alleen gelden voor de nieuwe overeenkomsten.

30. De vraag van de *wijziging van het toepassingsgebied* rijst ten aanzien van meerdere gevallen, die onderling verschillend zijn. Gelet op de algemene strekking van de regel dat nieuwe wetgeving onmiddellijk geldt voor alle bestaande overeenkomsten, is het nuttig de wijziging van het toepassingsgebied verder te onderzoeken ten aanzien enerzijds van de nieuwe contracttypes, anderzijds van de voorheen *ratione summae* niet gereguleerde contracten.

Allereerst zijn er de overeenkomsten die voorheen aan de wet van 1957 waren onderworpen, maar ten aanzien waarvan de wetgever thans nieuwe regelen vaststelt. Aldus worden verkoop en lening op afbetaling op enkele punten anders gereguleerd, terwijl de lening en de persoonlijke lening worden samengevoegd.

De vraag rijst ook wat de maximumbegrenzing betreft: onder de vroegere wet was het toepassingsgebied beperkt tot 1 miljoen frank ¹⁰⁵. De huidige wet bevat geen maximumbegrenzing meer. Overeenkomsten die voorheen geenszins als «consumentenkrediet» te ontlede waren en geheel in het algemeen kredietrecht vielen, verdienen hun statuut te behouden, zoals hierna wordt verduidelijkt.

In een derde reeks gevallen wordt de gelding van de wet uitgebreid tot contracttypes die voorheen ofwel onbekend waren, ofwel niet aan de wetgeving van 1957 onderworpen waren.

De leasing was voorheen niet aan de wet onderworpen, voortaan is dit wel het geval. De weliswaar weinig talrijke bijzondere regelen (artt. 47-54) hebben betrekking op het ontstaan van de rechtsverhouding.

De wet van 12 juni 1991 onderwerpt bepaalde kredietopeningen voortaan aan bijzondere regelen ¹⁰⁶. Kredietopeningen die niet aan de wettelijke definitie beantwoorden, zijn voortaan onderworpen aan de algemene regeling van de «kredietovereenkomst», die als een residuaire categorie is gedacht. Deze overeenkomsten werden vroeger rechtsgeldig aangegaan zonder dat enige bijzondere regel erop van toepassing was.

Ten slotte zijn er de gevallen die voorheen *ratione summae* aan de wetgeving onderworpen waren maar waarvoor de W. 12 juni 1991 *ratione summae* geen bijzondere bepalingen meer oplegt ¹⁰⁷.

31. Bij wijze van eerste algemene regel kan worden gesteld dat de nieuwe wet, aangezien ze niet uitdrukkelijk retroageert, niet van toepassing kan zijn op de totstandkoming zelf van de vroegere overeenkomsten. Wat rechtsgeldig is gebeurd in het verleden, blijft rechtsgeldig vandaag ¹⁰⁸.

De vraag rijst evenwel wat moet worden verstaan onder *totstandkoming van de overeenkomst*.

Ongetwijfeld betreft het hier de formaliteiten opgelegd voor de contractsluiting zelf. Aldus kan men een lening op afbetaling niet ongeldig verklaren omdat ze vóór 1 januari 1993 niet onderworpen werd aan de formaliteit van het «gelezen en goedgekeurd voor xxx frank op krediet», zoals thans opgelegd door art. 17 van de W. 12 juni 1991. Men merke terloops op dat deze regel van bewijsformalisme ¹⁰⁹ door de wetgever is verheven tot een regel van bestaanformalisme ¹¹⁰. Hetzelfde geldt voor de formaliteiten te vervullen bij het sluiten van de kredietovereenkomst (o.m. art. 14 i.v.m. het kredietaanbod, of de raadpleging van de gegevensbank — art. 15): deze hoeven niet te worden hernieuwd voor de bestaande contracten. Zelfs indien zou worden vastgesteld dat een voorheen toegestaan krediet overmatig was, of — na raadpleging van de gegevensbank — blijkbaar aan een kredietonwaardige persoon is toegestaan, kan zulks niet motiveren dat de kredietgever op zijn kredietverbintenis zou mogen terugkomen ¹¹¹.

32. De voorschriften met betrekking tot de zekerheden ¹¹² of waarborgen die in de transactie begrepen zijn — essentieel vooral inzake huurkoop en financieringshuur — kunnen daarom evenzeer als voorschriften van totstandkoming van het contract worden gezien. De oude overeenkomsten worden niet geraakt door de latere wetgeving ¹¹³. Maar het argument is hierbij reeds dubbel: enerzijds kan de wetgever niet terugkomen op de aard of structuur van de rechtshandeling en een huurovereenkomst herkwalficeren als een kredietovereenkomst, anderzijds behoort hij zich niet te mengen in het evenwicht van de contractsverhoudingen tus-

¹⁰⁶ Art. 1, 12°, en art. 57 e.v.

¹⁰⁷ Zie bv. de zeer kleine kredieten tussen de voorheen geldende drempel van 5500 fr. en de huidige drempel van 8600 fr.

¹⁰⁸ Voor de algemene fundering van dit voorschrift, zie boven nr. 6.

¹⁰⁹ Te vergelijken met de regel van het «goed voor» als bedoeld in art. 1325 B.W.

¹¹⁰ De sanctie is immers de reductie tot de prijs tegen contante betaling (art. 92, 3°).

¹¹¹ Onverminderd de toepassing van art. 59, § 3.

¹¹² Zie de regeling vervat in art. 53.

¹¹³ Voor zover men de toepassing van de nieuwe wet hoe dan ook aanneemt: zie hierover boven nrs. 25 e.v.

¹⁰⁴ Zie verder nr. 31.

¹⁰⁵ Op grond van het K.B. van 23 december 1957. Art. 2 (1)(f) van de richtlijn 87/102/EEG van 22 december 1986, *Pb.*, L.42 van 12 februari 1987, 48-52, bevatte nochtans een toelating om contracten voor meer dan 20.000 Ecu vrij te stellen.

sen de partijen. Dit laatste argument wordt verder nog herhaaldelijk vermeld en verijnd.

Art. 54 betreffende de revindicatie van het geleasede goed behoort, ofschoon het een voorschrift is van dwingend recht, niet tot de materies die de ruimere maatschappelijke belangen raken. Weliswaar is het behoud van het recht van eigendom in de persoon van de leasingsmaatschappij economisch aangegaan met het oog op de enkele zekerheidstelling, juridisch is de constructie essentieel die van een huurovereenkomst ¹¹⁴. Een later optreden van de wetgever – waarbij de overeenkomst onder de categorie van de kredietovereenkomsten wordt gerangschikt – vermag niet op die regeling terug te komen. Vanzelfsprekend zou de wetgever in een uitdrukkelijke wettelijke bepaling anders kunnen voorschrijven, maar alsdan kent hij de wet retroactieve werking toe, in uitdrukkelijke afwijking van art. 2 B.W. Men kan deze gedachtengang ook anders formuleren: de wijze waarop de transactie wordt geconstrueerd – bv. leasing in plaats van verkoop op afbetaling, of van huurkoop – is essentieel een vraag van afweging van belangen waartoe de partijen bij de contractsluiting zijn overgegaan. De impliciete zekerheidstelling bij de leasing bekleedt hierbij een belangrijke rol, mede gelet op de niet-tegenwerpbaarheid van het eigendomsvoorbehoud naar Belgisch recht ¹¹⁵. Bij afwezigheid van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag, is gerechtelijke inmenging in deze afweging daarom niet toegelaten. Ook om die reden – en aansluitend bij wat hierna zal worden vermeld – kan men deze regel beter geen onmiddellijke werking in de tijd toekennen.

33. Een soortgelijk vraagstuk doet zich voor inzake de *kredietopeningen*, die voorheen niet wettelijk werden gerelementeerd.

Voortaan worden de kredietopeningen op twee wijzen gerelementeerd: enerzijds zijn er de kredieten die beantwoorden aan de definitie van art. 1, 12°, namelijk «elke kredietovereenkomst waarbij koopkracht, geld of gelijk welk ander betaalmiddel ter beschikking wordt gesteld van de consument die ervan gebruik kan maken door middel van geldopname (...) en tot terugbetaling gehouden is op de datum van zijn keuze».

Anderzijds zijn er de kredietopeningen die, bv. omdat ze terugbetalingsverplichtingen bevatten, zij het slechts bij wijze van eindtermijn, niet kunnen worden ondergebracht noch onder art. 1, 12°, noch onder de regelen voor de lening op afbetaling ¹¹⁶ (art. 1, 11°), maar ressorteren onder de algemene categorie van de «kredietovereenkomsten» (art. 1, 4°). Opnieuw rijst de vraag of men die oude overeenkomsten onder de hoofdstukken II en III van de wet moet situeren.

Een bijkomende moeilijkheid doet zich voor nu die kredietopeningen in vele gevallen niet in de tijd begrensd zijn, en kunnen blijven voortbestaan tot een van de partijen de overeenkomst opzegt. In tegenstelling tot wat geldt in de verzekeringssector, bepaalt de wet evenmin dat tot aanpassing van de contractvoorwaarden kan worden overgegaan

naar aanleiding van de jaarlijkse premieervaldag: de verzekerde krijgt alsdan de keuze tussen de voortzetting van de overeenkomst tegen de nieuwe voorwaarden, of de beëindiging ervan ¹¹⁷. Anderzijds lijkt het onredelijk dat alle bestaande kredietopeningen onbeperkt onder de oude gemeenschappelijke voorschriften zouden blijven voortbestaan ¹¹⁸. Vandaar dat men, nu de partijen in het algemeen de plicht hebben zich aan de wet te conformeren, van een redelijke aanpassingsplicht kan spreken. In het licht hiervan dienen zij, binnen een redelijke termijn, de aanpassing van de bestaande kredietopeningen aan de nieuwe wet uit te voeren, waarbij de kredietgegevens hun cliëntèle de mogelijkheid bieden de bestaande verhouding te beëindigen, dit laatste overeenkomstig de voorheen bedongen voorwaarden ¹¹⁹. Deze aanpassing bestaat erin dat de nieuwe wet zal gelden ten aanzien van de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, zonder dat tot een nieuwe contractsluiting hoeft te worden overgegaan. Teneinde de toepassing van de nieuwe wet te verzekeren kan men redelijkerwijze de opzegging door de kredietgever niet verplicht stellen ¹²⁰.

In feite komt de toepassing van de nieuwe wet op de kredietopeningen neer op de onmiddellijke werking van de artikelen 59 tot 61 ¹²¹.

34. Bepaalde types overeenkomsten die aan de vroegere wet wel waren onderworpen, bestaan thans niet meer als afzonderlijk type. De vroegere wet kende alleen de lening op afbetaling – essentieel verbonden met een aankoop van een roerend goed – of de persoonlijke lening op afbetaling, thans gereduceerd tot een enkele categorie, te weten de «lening op afbetaling». De voorheen geldende reglementering verschilt niet wezenlijk van de huidige specifieke wetgeving ¹²², het geval van de vervroegde terugbetaling uitgezonderd ¹²³. Derhalve kan men van continuïteit van wetgeving spreken.

De nieuwe wetgeving inzake vervroegde terugbetaling is wellicht wat consumentvriendelijker. Zowel de oude als de nieuwe regel is consumentbeschermend, en in die zin van dwingende aard. Dient men daaruit af te leiden dat de nieuwe regeling zonder meer geldt voor alle gevallen van voortijdige terugbetaling na 1 januari 1993? Zowel de oude als de nieuwe regeling bevat een forfaitair systeem van vergoeding van de schade die de kredietgever ondergaat wanneer hij, anders dan op de bedongen tijdstippen, het ontleende kapitaal terug ontvangt.

¹¹⁷ Zie voor de brandverzekeringsovereenkomst art. 23 van het K.B. van 1 februari 1988.

¹¹⁸ Aldus de verklaring van de minister luidens het kamerverslag Bartolomeeusens (zie nt. 101), de aldaar geformuleerde stelling vindt evenwel geen grond in de wet zelf.

¹¹⁹ En niet overeenkomstig art. 58, § 3 dat betrekking heeft op het aanbod voor een kredietopening. Evenmin dienen de voorwaarden betreffende de nieuwe contracten te worden nageleefd. Anders dan voor de andere contractstypes geldt voor de kredietopeningen evenmin dat de verbintenissen van partijen van bij de contractsluiting als steunend op een bepaald evenwicht worden vastgesteld.

¹²⁰ Zie hierover verder nr. 33.

¹²¹ Zie hierover ook verder nr. 48.

¹²² Artt. 55 en 56.

¹²³ Beheerst door het K.B. van 4 augustus 1992 (2), B.S., 8 september en Err., B.S., 25 november 1992. Voorheen gold hier o.m. art. 9^{quater} van het K.B. van 23 december 1957.

¹¹⁴ Zie Cass. civ. fr., 10 juni 1980, J.C.P., 1981, 19655, ann. E.M. BEY; Cass. crim. fr., 14 februari 1979, D., 1979, IV, 177; doch vgl. Parijs, 25 april 1979, J.C.P., 1980, II, 19327, ann. ARMAND-PREVOST.

¹¹⁵ Luidens Cass., 9 februari 1933, Pas., 1933, I, 103, concl. proc.-gen. P. LECLERCQ; Cass., 23 mei 1946, Pas., 1946, I, 204, concl. proc.-gen. L. CORNIL, 1938.

¹¹⁶ Deze regelen impliceren «periodieke stortingen».

De vraag welk percentage van de aan de voortijdig terugbetaalde kredietgever toegebrachte schade in geval van voortijdige terugbetaling vergoed dient te worden, houdt verband met een globale berekening van de potentiële schade ten aanzien van alle contracten en maakt in die zin deel uit van de globale kostprijs van deze kredietvorm. Het financiële evenwicht van de prestaties zal in beginsel schadepos-ten van die aard in de prijszetting hebben begrepen.

De omvang van deze schade kan ook onder het vroegere recht aanzienlijker kunnen zijn: bij een wezenlijke rentedaling had de overstap naar lager rentende leningen verwacht kunnen worden¹²⁴. Het financieel evenwicht van de kredietgever zou erdoor in gevaar gebracht kunnen worden, des te meer nu de rentevergoeding niet aanpasbaar is¹²⁵. De vroegere voorwaarden inzake vervroegde terugbetaling streefden dan ook veeleer een beperking van die mogelijkheid na¹²⁶. Het vroeger meer beperkte risico van vervroegde terugbetaling en wederaanwending van de gelden in lager rentende financieringen werd in de kostprijs van het krediet begrepen.

Indien de nieuwe wetgever een maatschappelijk nuttige doelstelling (de bevrijding van de leningsschuld) mogelijk wil maken door de terugbetaling tegen voor de consument gunstiger voorwaarden toe te laten, doorkruist hij hierbij nochtans de risicoafweging en de kostenbegroting die de partijen waren overeengekomen. Een ingreep in deze contractsverhouding dreigt daarom tevens een ingreep te zijn in het macro-economisch evenwicht waarop deze vorm van kredietverlening is gebaseerd. Men denke bv. aan een ernstige renteverlaging die tot massale terugbetaling aanleiding zou geven, en daardoor de financiële instelling in gevaar zou brengen. Immers, zij heeft die kredieten toegestaan met werkmiddelen aangetrokken tegen hogere rentevoeten. De regel heeft derhalve ook macro-economische effecten, en is in die zin van openbare orde. Tussen laatstgenoemde overwegingen en die van consumentbescherming, slaat de balans door ten voordele van het behoud van de vroegere wetgeving.

Tegen de onmiddellijke toepassing van bedoelde bepaling op de bestaande kredieten kunnen derhalve ernstige bezwaren worden gemaakt.

2° De toepassing van de nieuwe wet inzake voorwaarden van totstandkoming

35. Het is een ruim aanvaarde regel dat de voorwaarden van *totstandkoming* van de kredietovereenkomst beheerst blijven door de oude wetgeving wat betreft de voorheen ontstane overeenkomsten.

De voorwaarden van totstandkoming worden in de artikelen 5 tot en met 20 van de W. 12 juni 1991 uiteengezet.

¹²⁴ De vraag heeft zich zeer duidelijk voorgedaan inzake hypothecaire leningen in de jaren 1988-1989.

¹²⁵ Zie hierover verder nr. 37; vergelijk het variabiliteitsstelsel dat door de W. 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet is ingevoerd. De wederbeleggingsvergoeding maakt het mogelijk deze schadebepaling te objectiveren.

¹²⁶ De consumentenorganisaties hebben de aandacht op dit punt gevestigd door erop te wijzen dat de consument nagenoeg geen voordeel had bij een terugbetaling vóór termijn, althans onder de oude wetgeving.

Deze bepalingen kunnen niet meer worden ingeroepen ten aanzien van de voorheen aangegane kredieten omdat zij specifiek betrekking hebben op de omstandigheden van contracteren. Vandaar dat art. 15 — dat de kredietgever verplicht de kredietwaardigheid en de terugbetalingscapaciteit van de kredietnemer te beoordelen — niet geldt voor vroeger aangegane kredieten.

Die regel geldt ook voor de kredietopeningen. Ten aanzien van deze kredietovereenkomsten zou men hebben kunnen bepalen dat de nieuwe voorwaarden van toepassing zullen zijn bv. bij de eerstkomende verjaardag van de overeenkomst. De wetgever heeft evenwel geen desbetreffende bepaling opgenomen. De wet stelt alleen bepalingen in met betrekking tot het «kredietaanbod», zonder hierbij enige verplichting tot opzegging voor manifest terugbetalingsonbekwame partijen te bepalen. Art. 59, § 3, bepaalt slechts dat de kredietgever «de geldopneming *kan* onderbreken (...) mits hij over inlichtingen beschikt waaruit hij kan afleiden dat de consument niet meer in staat zal zijn om zijn verplichtingen na te komen».

Zoals hiervoor¹²⁷ gesteld zal men tot onmiddellijke werking van deze regelen op de bestaande kredietopeningen kunnen besluiten. Er bestaat dan ook geen aanleiding de regelen van het kredietaanbod toe te passen.

3° De toepassing van de nieuwe wet op de uitvoering van de oude overeenkomsten

36. In de klassieke leer werd vooropgesteld dat de bepalingen van de nieuwe wet die betrekking hebben op de uitvoering van de voorheen aangegane verbintenissen in beginsel van onmiddellijke toepassing zijn. Deze regel vloeit niet voort uit de omstandigheid dat de nieuwe wetbepaling de openbare orde raakt, maar is het gevolg van de gedachte dat de nieuwe wet, beter zijnde dan de oude, onmiddellijk toegepast moet worden¹²⁸. Art. 2 B.W. bevat precies dit voorschrift.

Die opvatting is door enkele recente auteurs in twijfel getrokken, mede in het licht van de cassatierechtspraak: van een algemene regel van onmiddellijke werking is geen sprake. Ten aanzien van alle niet in de wet geregelde gevallen dient de rechter af te wegen op welke wijze met optimale doelmatigheid de doeleinden van de wetgever en de rechtmatige verwachtingen van de partijen kunnen worden verzoend. Deze belangenafweging kan als volgt verlopen.

a) DE «MAXIMALE JAARLIJKSE KOSTENPERCENTAGES»

37. Afdeling 2 van hoofdstuk III van de wet van 12 juni 1991 heeft luidens haar opschrift betrekking op de «Uitvoering van het krediet».

Art. 21 heeft betrekking op de «maximale jaarlijkse kostenpercentages». Het gaat hier ongetwijfeld om regelen van openbare orde, die de kredietpolitiek in het land beheersen. Conform de algemene beginselen van de klassieke leer zou men die regelen dienen toe te passen op alle lopende overeenkomsten, zo oude als nieuwe.

¹²⁷ Zie nr. 25.

¹²⁸ Zie voor de algemene uiteenzetting, boven, nr. 4, en de bronnen.

Een dergelijke stelling is op zijn minst revolutionair te noemen en zou niet in overeenstemming zijn met de maatschappelijke gebruiken. De aanpassing van alle bestaande, oude of nieuwe, overeenkomsten aan de nieuw vastgestelde kostenpercentages zou voor de kredietnemer onvoorzienbare gevolgen, en vooral een evenwichtverstorende verzwaring van zijn lasten tot gevolg kunnen hebben. Aanpassingen aan gewijzigde rentetarieven zijn daarom niet geoorloofd. In die zin leze men dan ook § 3 van artikel 21 op grond waarvan de «krachtens dit artikel vastgestelde kostenpercentages en rentevoeten hoe dan ook van toepassing blijven tot aan hun herziening». Deze norm richt zich tot de kredietgevers, die bij de toekenning van nieuwe kredieten tot de inachtneming van deze maximale kostenpercentages gehouden zijn tot aan de herziening ervan door de Koning.

Men zou ook een andere redenering kunnen volgen en stellen dat art. 21 geen regel van uitvoering, maar van contractsluiting tot voorwerp heeft. Behoudens het bezwaar dat hierbij met een misslag van de wetgever moet worden geargumenteed, gaat de gedachte niet geheel op: voor de kredietopeningen is wel een aanpassing van de rentevoet mogelijk ¹²⁹.

Is het dan niet antinomisch dat zelfs in afwezigheid van een uitdrukkelijke bepaling aan een regel die onmiskenbaar de openbare orde raakt, geen onmiddellijke toepassing toekomt? De bovenvermelde rechtspraak, daarin bijgevalen door de auteurs, aanvaardt dat zelfs regelen van openbare orde niet «per se» onmiddellijke werking hoeven te hebben: alleen bij redenen van een «ordre public particulièrement exigeant» zal tot onmiddellijke werking moeten worden besloten ¹³⁰.

b) BIJKOMENDE OVEREENKOMSTEN

38. Andere bepalingen die betrekking hebben op de totstandkoming van de overeenkomst zijn: art. 31: verbod van toegevoegde overeenkomsten; art. 33: verbod van wisselbrieven.

Ook hier betreft het de voorwaarden van contractsluiting, en kan reeds op die grond bezwaarlijk betwist worden dat deze regelen geen onmiddellijke werking hebben.

Overigens zullen nieuwe en voorheen uitgegeven wisselbrieven rechtsgeldig blijven: alleen de uitgifte is verboden en wordt specifiek gesanctioneerd.

c) EXCEPTIES EN SCHORSING VAN HET KREDIET — DOORWERKING (artt. 19, 24 en 27)

39. De artikelen 19 en 24 bevatten gevallen waarin gebreken in de uitvoering van de op krediet verkregen voorwerpen of diensten aan de financier kunnen worden tegengeworpen. De verbinding tussen de gefinancierde verhouding en het krediet is een afwijking van de regel van de zelfstandigheid van beide overeenkomsten.

Art. 19 bepaalt dat de kredietverhouding geschorst blijft, zolang de gefinancierde verhouding niet is uitgevoerd, althans voor zover naar deze laatste uitdrukkelijk is verwezen.

Voor de overeenkomsten met onmiddellijke uitvoering is er geen dergelijke doorwerking, art. 24 uitgezonderd. De vraag van het overgangsrecht rijst hier derhalve niet.

Moelijkheden kunnen zich voordoen voor overeenkomsten met successieve prestaties, onder meer in de dienstverleningssector. Op grond van art. 19, eerste lid, in fine, en in de aldaar omschreven specifieke omstandigheden — met name dat een uitdrukkelijke verbinding tussen krediet en gefinancierde verbintenis is gemaakt — worden de verplichtingen van de consument geschorst tot bij de levering van het gefinancierde goed of prestatie. Deze verbinding tussen krediet en gefinancierde verrichting heeft een onmiskenbare consumentbeschermende werking, waarbij de doorwerking bestaat ongeacht de gekozen kredietvorm. Volstaat deze overweging om aan de regel onmiddellijke toepassing in de tijd toe te kennen?

De vraag naar het overgangsrecht dient rekening te houden met de voorheen bestaande praktijk, waarbij de verkoper de koper aanraadt een lening op afbetaling te kiezen teneinde hem de onmiddellijke overhandiging van de fondsen te verzekeren. Deze praktijk werd toen als regelmatig ervaren, te meer daar de «persoonlijke lening» op afbetaling tot een zelfde resultaat leidde.

Indien deze nieuwe rechtsregel reeds vanaf de contractsluiting toepasselijk is, kan de financier in de nodige maatregelen voorzien om zijn risico te beperken, bv. door een verhaal daartoe op de leverancier te bedingen, eventueel zelfs om hem tot uitvoering te kunnen dwingen. Een latere toepassing wijzigt derhalve ook hier het evenwicht van de risico's dat partijen voor ogen hadden.

Anders dan in het hierna besproken, in artikel 24 bedoelde geval, zal de rechter er de voorkeur aan dienen te geven art. 19 niet toe te passen op de lopende overeenkomsten.

40. De wetgever heeft, ter uitvoering van de Europese Richtlijn ¹³¹, in artikel 24 de regel ingevoerd naar luid waarvan de excepties uit de gefinancierde verhouding wel aan de financier kunnen worden tegengeworpen, indien er een «economische eenheid» is tussen deze beide partijen, steunend op een voorafgaand akkoord. Zeer dikwijls, bv. in de automobielsector, gaat het om een moeder-dochterverhouding. De opsplitsing van de verrichting van verkoop op afbetaling in een contante verkoop en een lening op afbetaling met een aan de verkoper verwante vennootschap, leidde onder het vroegere recht tot verlies van de excepties tegen de financier. De wetgever heeft dit willen corrigeren, in navolging van onder meer de gevestigde Duitse rechtspraak ¹³², door middel van doorwerking van de excepties. Het nieuwe Belgische recht laat evenwel geen doorwerking toe, maar stelt een specifieke regeling in (zie art. 24). Anders dan in artikel 19, zou men onder artikel 24 wel voor onmiddellijke toepassing kunnen pleiten, minstens in de gevallen waarin de financier over voldoende invloed kan beschikken om de

¹³¹ Richtlijn 87/102/EEG van 22 december 1986 inzake consumentenkrediet, als gewijzigd door richtlijn 90/88/EEG van 22 februari 1990, *P.B.*, L 42, 12 februari 1987, 48-53 en L 61, 10 maart 1990, 14-18.

¹³² Zie o.m. BGH 19 november 1981, *WM*, 1982, 156; BGH, 25 maart 1982, *MW*, 1982, 658 e.v.; BGH, 12 februari 1987, *WM*, 1987, 616; P. DIERIECHS en R. RIXCKER, «Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Darlehensrecht», *WM*, 1985, bijlage nr. 7, pp. 15 e.v.

¹²⁹ Zie de artt. 30 en 65, waarover meer hierna nrs. 43 e.v.

¹³⁰ Aldus raadsheer E.J. GUILLOT in de annotatie boven, in noot 51, vermeld.

leverancier te dwingen de tekortkomingen te herstellen. De ingreep in de rechtsverhoudingen en in de risicoafweging valt hier – zij het niet denkbeeldig – wellicht toch beter te beheersen.

41. Art. 27 betreft de tegenwerpbaarheid van de verweermiddelen na overdracht van de vordering. De nieuwe regel is een bevestiging van het gemene recht, behoudens wat de schuldvergelijking betreft¹³³. Toch treft men in de voorheen gebruikelijke overeenkomsten regelmatig de clausule aan dat de kredietnemer zich het recht ontzegt na overdracht van de vordering excepties aan de financier tegen te werpen. Tegen een dergelijke afstand van recht kon men, vanuit de algemene contractsvrijheid, onder het vroegere recht geen bezwaar maken. De functie van de clausule bestond erin de kredietverlening door overdracht van vordering uit de koop-verkoop op dit vlak equivalent te maken met het krediet op grond van een afzonderlijke lening op afbetaling.

De toepassing van het nieuwe voorschrift op de voorheen aangegane leningen houdt voor de financier nochtans een naar omstandigheden niet te verwaarlozen verzwaring van zijn risico in. Immers, deze risico's zijn niet vooraf met de leverancier besproken kunnen worden, noch hebben leverancier en overnemer-financier schikkingen kunnen treffen om deze risico's af te dekken (bv. door verzekering). Bij overdrachten à forfait zal de financier afstand hebben gedaan van elk verhaal op de overdrager van de vordering.

Deze ingreep in de risicobeoordeling zou evenzeer leiden tot het besluit dat deze regel niet onmiddellijk kan worden toegepast op lopende overeenkomsten, waarin een dergelijke afstand van recht is bedongen.

Onder de vroegere wetgeving was het niveau van bescherming op dit vlak over de gehele lijn geringer: daarom liet men ook het gebruik van wisselbrieven toe. Men kan argumenteren met een gelijkenis tussen beide gevallen: de kredietnemer die onder het vroegere recht een wisselbrief aanvaardde, verloor zijn verweermiddelen. Voor de oude wisselbrieven blijft deze regel gelden, ook na het in werking treden van de wet van 12 juni 1991. De in artikel 27 bedoelde clausules hebben een zelfde strekking, op juridisch, maar vooral op economisch gebied: tussen beide gevallen zou daarom ook in het kader van het overgangsrecht geen volstrekt verschillende regeling mogen gelden. Had de wetgever deze materie zo belangrijk geoordeeld, dan had hij in de eerste plaats het vraagstuk van de oude wisselbrieven moeten regelen. Dat heeft hij duidelijk niet gedaan.

d) VERVROEGDE TERUGBETALING (art. 23)

42. De modaliteiten van vervroegde terugbetaling zijn op een andere, meer voor de consument gunstige wijze omschreven in het uitvoeringsbesluit¹³⁴. Boven werd aandacht besteed aan deze materie¹³⁵. Men kan argumenteren dat deze regelen deel uitmaken van de contractsluiting en derhalve dat lopende overeenkomsten aan de oude wet onderworpen blijven. In de lijn van de Franse cassatierechtspraak zal men verder aannemen dat hier ingegrepen wordt in de

risicoverdeling: indien alle consumenten vroegere overeenkomsten zouden beëindigen, wordt het financieel evenwicht in de sector «consumentenkrediet» ernstig verstoord. De financiële instellingen hebben het gewijzigde, juistere nieuwe risico niet kunnen incalculeren in hun prijszetting. Daarom blijft de oude wetgeving verder van toepassing.

e) WANPRESTATIE, NALATIGHEIDSINTEREST, INBETALINGGEVING (artt. 28-29-32)

43. De beperking van de nalatigheidsinterest (art. 28) behoort tot de contractuele schaderamingen en is, om de redenen boven vermeld bij art. 19, eerste lid, niet van onmiddellijke toepassing op de lopende verbintenissen.

Voor de beperking van het uitdrukkelijk ontbindend beeding bevat art. 29 een nagenoeg ongewijzigde regeling, zij het dat ze van toepassing is op andere contractstypes.

Wat betreft het verbod van inbetalinggeving (art. 32), kan ernstig getwijfeld worden aan de toepassing van de oude wet: men kan stellen dat de wetgever deze ongezone praktijk specifiek heeft willen verbieden. Weliswaar worden hierdoor de vroegere contractsverhoudingen ernstig verstoord. Gelet op de minder uitgesproken macro-juridische weerslag, en de uitgesproken beschermende werking zou, in het verlengstuk van de voormelde Franse cassatierechtspraak, onmiddellijke werking kunnen worden bepleit. Nader onderzoek van de concrete verhoudingen lijkt nochtans aangewezen.

f) GEEN EENZIJDIGE WIJZIGING VAN DE CONTRACTSBEDINGEN (art. 30)

44. Deze bepaling, naar luid waarvan voor niet geschreven worden gehouden bedingen die de kredietgever machtingen de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen, heeft onmiskenbaar beschermende werking en strekt om te verhinderen dat de kredietgever eenzijdig de toestand van de schuldenaar verzwart. Strikt genomen geldt ook het omgekeerde: ook wijzigingsbedingen die de schuldenaar benificiëren, zijn voor ongeschreven te houden. Aangezien art. 30 op specifieke wijze wordt gesanctioneerd¹³⁶, kan de algemene werking van art. 4 niet worden aangevoerd tegen eenzijdige wijzigingen die consumentenvriendelijk zouden zijn.

Op grond van deze bepaling dient men aan te nemen dat een eenzijdige wijziging van de kostenpercentages niet toegelaten is¹³⁷. Art. 60 bevat voor de enkele kredietopening een bepaling op grond waarvan de overeengekomen debet-rentevoet kan worden gewijzigd. Deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid sluit aan bij de heersende marktgebruiken. Alle andere bepalingen van de kredietovereenkomsten blijven nochtans onderworpen aan het verbod van art. 30.

Dient die regel toegepast te worden op de bestaande overeenkomsten die niet onder de toepassing vielen van de wet van 1957? Er zijn verschillende mogelijkheden. Enerzijds zijn er de kredieten die, zonder aan de wetgeving op de hy-

¹³⁶ M.n. door strijdige bedingen voor niet geschreven te houden. Art. 4 geldt slechts in samenloop met de bijzondere sancties van de artikelen 88 tot 100.

¹³⁷ Zie hierover boven, nr. 37. Voor de types kredieten die hij aanwijst bepaalt de Koning de maximale jaarlijkse kostenpercentages (art. 21, § 1). Tenzij Hij anders zou bepalen zijn deze niet voor wijziging vatbaar.

¹³³ Zie hierover art. 1248 B.W.

¹³⁴ Zie K.B. van 4 augustus 1992 (2), B.S., 8 september 1992 en Err., B.S., 25 november 1992.

¹³⁵ Zie hierover nr. 34.

pothecaire leningen onderworpen te zijn, strekten tot financiering van een onroerend goed, en derhalve noch aan het K.B. nr. 225 van 7 januari 1936, noch aan de wet van 9 juli 1957 onderworpen waren¹³⁸. Anderzijds zijn er de kredieten voor bedragen boven het toenmalige wettelijke maximumbedrag van 1 miljoen frank. Ten slotte kan men ook aan de lange-termijnkredietopeningen denken die een terugbetaling bepalen, anders dan op «de datum van keuze door de schuldenaar», zoals bij art. 1, 12°, van de wet van 12 juni 1991 bepaald. In bedoelde kredieten kunnen, zoals gebruikelijk in de hypothecaire leningen, clausules voorkomen die de aanpassing van de rentevoet, na het verstrijken van een bepaalde periode tot voorwerp hebben. Hierbij denke men, zoals inzake hypothecaire leningen, aan de clausules van beëindiging van de overeenkomst, of aan clausules waarbij de lening tegen de nieuwe rentevoet wordt voortgezet¹³⁹.

Vanuit het oogpunt van de werking van de financiële markten worden de kredieten die op lange termijn worden toegekend gefinancierd met werkmiddelen die op middellange tot lange termijn worden aangetrokken. Vandaar dat de mogelijkheid de rentevoet aan te passen een noodzakelijk element is bij de contractsluiting. Bij afwezigheid van een aanpassingsbeding zullen, zoals duidelijk blijkt op de markt van de hypothecaire kredieten, de kredieten tegen duurdere voorwaarden, zoniet tegen minder lange termijnen worden toegestaan. Inzake hypothecaire kredieten heeft de rechtspraak van het Hof van Cassatie impliciet de juistheid van deze financiële benadering erkend¹⁴⁰. Ofschoon de betwisting zich slechts inzake hypothecaire leningen voordeed, geldt de onderliggende motivering meer algemeen voor alle lange-termijnkredieten. Voor de korte-termijnkredieten, en voor de doorsnee consumentenkredieten geldt de regel nochtans niet¹⁴¹. Wat betreft de termijn vanaf welke deze redenering kan worden gevolgd, bestaat geen duidelijke norm. Men zou kunnen verwijzen naar het standpunt dat is ingenomen ten aanzien van de hypothecaire leningen, namelijk dat de aanpassing kan geschieden vanaf het derde jaar, en om de drie jaar.

45. De toepassing van artikel 30 op de overeenkomsten die vóór 31 december 1992 zijn gesloten, geeft aanleiding tot ernstige verstoringen, te meer indien het om overeenkomsten gaat die niet aan de wet van 1957 onderworpen waren. Onverminderd de principiële vraag of de nieuwe wet kan worden toegepast op voorheen niet gereguleerde contracttypes¹⁴² zou de toepassing van art. 30 leiden tot een duidelijke verstoring van het evenwicht waarmee de partijen, bij de contractsluiting, hebben ingestemd. Het toekennen van de «bescherming» van art. 30 ten aanzien van een vroegere overeenkomst zou neerkomen op een onverwachte voorkeursbehandeling voor de schuldenaar, die gelet op de door hem bedongen lagere rentevoet — redelijkerwijze een herziening na het verstrijken van de overeengekomen perio-

de kon verwachten. Vandaar dat minstens wat de lange-termijnovereenkomsten betreft, de toepassing van artikel 30 uitgesloten dient te worden.

Overeenkomstig de laatstvermelde motivering dient de toepassing van een beding volgens hetwelk eenzijdige wijzigingen in de contractsverhouding kunnen worden aangebracht, beperkt te blijven tot de rentevooraanwaarden, en behoort ze niet tot de andere contractsbepalingen uitgebreid te worden. Dit standpunt kan overigens worden verdedigd zonder een beroep te hoeven doen op art. 30, maar op grond van het gemene recht.

g) *SOEPELER REGELEN INZAKE UITSTEL VAN BETALING (art. 38)*

46. Art. 38 bepaalt dat, onverminderd de toepassing van art. 1244 B.W. de vrederechter betalingsfaciliteiten kan toestaan aan de consument wiens financiële toestand is verslechterd. Men zou dit voorschrift de werking kunnen toekennen van een procedureregulering. Conform de algemene leer zou men dan tot het besluit komen dat deze regel van onmiddellijke toepassing in de tijd dient te zijn, en derhalve geldt voor de lopende verbintenissen¹⁴³. Een dergelijke analyse is evenwel onvoldoende verfijnd: zij houdt geen rekening met het feit dat artikel 38 de rechtspositie van de partijen wezenlijk wijzigt. Voortaan immers kan uitstel van betaling (betalingsfaciliteiten, in de zin van de wet) verleend worden zodra de «financiële toestand is verslechterd». Dit criterium is, naar men kan aannemen, heel wat schuldenaarsvriendelijker dan het in art. 1244 B.W. gebruikte, waar «grote omzichtigheid» en «gematigd uitstel» vereist zijn. Daarenboven bevat art. 38 een ruimere bevoegdheid en laat het toe dat de vrederechter de overeenkomst aanpast: de bijkomende kosten die het gevolg zijn van het toestaan van betalingsfaciliteiten kunnen door de vrederechter ten laste van de consument worden gelegd. Artikel 38 is derhalve geen procedureregulering, maar een voorschrift dat de inhoud van de verbintenis bepaalt.

Overeenkomstig wat hiervoor werd gesteld, is de mogelijkheid om op andere dan voorheen geldende termen betalingsfaciliteiten te krijgen een aangelegenheid die de risicobeoordeling van de partijen diepgaand beïnvloedt. Onmiddellijke werking valt derhalve van de hand te wijzen.

Bijkomend zou men kunnen argumenteren dat art. 38 betrekking heeft op consumentenkrediet, zoals blijkt uit § 3, en — zij het minder duidelijk — uit de §§ 1 en 2 van artikel 38. Consumentenkrediet zouden dan alleen de nieuwe overeenkomsten omvatten die onder het stelsel van de nieuwe wet tot stand zijn gekomen. Deze interpretatie is erg legalistisch: ook onder de wet van 1957 werden verkopen en leningen op afbetaling verstrekt. Het feit dat zij nu onder een nieuwe naam onder een andere wetgeving ressorteren, onttrekt ze niet aan de eventueel verleende bescherming.

Anderzijds lijkt toepassing op de voorheen niet aan de wetgeving van 1957 onderworpen krediettypes moeilijk te verdedigen¹⁴⁴.

47. De rechtspraak heeft reeds enkele malen van vragen van toepassing van art. 38 kennis genomen.

¹⁴³ Zie voor de toepassing van wijzigende procesregelen op de lopende geschillen: boven, nr. 15, en de geciteerde rechtspraak.

¹⁴⁴ Zie hierover nrs. 30 e.v.

¹³⁸ Men denke bv. aan de leningen met volmacht voor hypotheek.

¹³⁹ Zie daarover Cass., 15 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 446, *J.T.*, 1992, 311, en F. MOERMAN, «Intrestvastheid en hypothecaire leningen», *T.B.H.*, 1987, 81.

¹⁴⁰ Cass., 15 februari 1991, gecit.

¹⁴¹ Zie boven in verband met de kostenpercentages, nr. 37.

¹⁴² Zie hierover boven, nrs. 30 e.v., waar op deze vraag ontkennend werd geantwoord.

De vrederechter van Marchienne-au-Pont¹⁴⁵ heeft de toepassing van art. 38 op een oude overeenkomst zonder meer aangenomen, wat door de partijen niet was betwist. Waarschijnlijk kon men hetzelfde resultaat bereiken op grond van art. 1244 B.W.

In een zaak voor de Arrondissementsrechtbank te Verviers¹⁴⁶, betrof de betwisting eveneens de bevoegdheid van de vrederechter: luidens art. 591 Ger.W., als gew. W. 12 juni 1991, is de vrederechter bevoegd, ongeacht het bedrag van de eis, voor alle betwistingen onderworpen aan deze wet.

De vrederechter had gesteld dat de oude overeenkomst in generlei mate aan de nieuwe wet onderworpen was, nu deze nog niet geheel in werking was getreden en zeker niet voor de regelen inzake verkoop op afbetaling.

De rechtbank stelde daarentegen vast dat de vrederechter zich niet onbevoegd kan achten nu reeds bepaalde artikelen van de wet 12 juni 1991 in werking zijn getreden en deze op de litigieuze overeenkomst van toepassing kunnen zijn (bv. reductie van excessieve strafbedingen).

Men merke op dat de vraag van de werking in de tijd als zodanig niet aan de orde werd gesteld en dat de rechtbank slechts vaststelt dat bepaalde regelen van de nieuwe wet in werking zijn getreden, ten gevolge waarvan de vrederechter bevoegd is. Ze stelt *niet* dat deze regelen kunnen gelden ten aanzien van een vordering uit een oude overeenkomst.

Uit deze schijnbaar tegenstrijdige rechtspraak kan o.i. geen eenduidige conclusie getrokken worden.

Ten slotte kan nog gewezen worden op een beslissing van de Arrondissementsrechtbank te Brussel¹⁴⁷ waar de bevoegdheid van de vrederechter werd geaffirmeerd voor alle geschillen die voortspruiten uit overeenkomsten aan de wet onderworpen, ook wanneer het om overeenkomsten gaat gesloten vóór het in werking treden van deze wetgeving. Deze regel verleent onmiddellijke werking aan een wijzigend bevoegdheidsvoorschrift, en stemt overeen met de heersende opvatting. De rechtbank heeft niet geoordeeld dat het geschil zelf in het kader van de nieuwe wet beoordeeld diende te worden¹⁴⁸.

h) DE KREDIETOPENINGEN (artt. 59 tot 61)

48. Boven¹⁴⁹ werd uiteengezet dat de toepassing van de nieuwe wet op de bestaande kredietopeningen binnen een redelijke termijn verzekerd dient te worden, waarbij de klanten de keuze geboden moet worden de overeenkomst te beëindigen. Dit is ook de strekking van artikel 60, derde lid.

De toepassing van de regelen van de artikelen 59, §§ 1 en 2, en 60 op de bestaande overeenkomsten is niet van dien aard dat ze de consument of de kredietgever wezenlijk belast. Derhalve kan tot onmiddellijke toepassing worden besloten.

Delicater is de vraag in verband met de toepassing van de regelen in verband met verlies, diefstal of namaking van de «kredietkaarten», zijnde de betaalkaarten door het gebruik waarvan het krediet wordt opgenomen.

Enerzijds kan men argumenteren dat het K.B. van 12 februari 1992¹⁵⁰ deze aansprakelijkheidsregeling in werking heeft gesteld. Hoewel deze regeling ongetwijfeld geldt voor alle nieuwe overeenkomsten, werd de Koning evenwel niet gemachtigd af te wijken van het bepaalde in artikel 2 B.W. en kan hij de in het K.B. vervatte regeling derhalve niet onmiddellijk toepassen op alle lopende overeenkomsten. Naar aanleiding van de eerstkomende verlenging van de bedoelde kaarten zal voorzichtigheidshalve een wijziging van de contractvoorwaarden aan de toestemming van de kaarthouder moeten worden onderworpen.

Anderzijds kan men argumenteren dat de regelen inzake risicoverdeling bij verlies of diefstal van de betaal- of kredietkaarten onmiddellijk samenhangen met de kredietopeningen waarmee deze betaalmiddelen in werking worden gesteld. De toepassing ervan in de tijd kan daarom gezien worden in samenhang met de toepassing van de nieuwe wet op voorheen toegestane kredietopeningen. Onmiddellijke toepassing werd vooropgesteld¹⁵¹. Dit kan ook gelden voor de aansprakelijkheidsregeling van de betaalkaarten, waarmee tevens rekening wordt gehouden met de vermoede wil van de wetgever en de bewoordingen van het uitvoeringsbesluit.

*Prof. Eddy WYMEERSCH
U.Gent*

¹⁴⁵ Vred. Marchienne-au-Pont, 7 februari 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 533.

¹⁴⁶ 24 januari 1992, niet gepubliceerd.

¹⁴⁷ Arrond. Brussel, 2 maart 1992, *J.T.*, 1992, 580.

¹⁴⁸ Immers de overeenkomst was aan de oude wet onderworpen.

¹⁴⁹ Zie nr. 33.

¹⁵⁰ K.B. 24 februari 1992, *B.S.*, 4 april 1992. Het treedt in werking op 1 januari 1993.

¹⁵¹ Zie nr. 33.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

27 JANUARI 1993

Voorzitter: de h. André

Rapporteurs: de hh. de Wasseige en De Grève

Advocaten: mrs. Schoeters loco Devers en Cambier

Gemeenschap en gewest – Onderwijs – Bescherming van het loon – Vervanging van toelagen door maaltijdbons

De onderwijsbevoegdheid van de Gemeenschappen bevat niet de bevoegdheid om af te wijken van strafrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht die zonder onderscheid voor alle werknemers gelden, zoals die van art. 3 van de wet van 12 april

1965, dat de vrijheid van de werknemer om naar goeddunken over zijn loon te beschikken, beoogt te verzekeren.

De vervanging van de uitbetaling van een verschuldigde toelage in geld door een betaling in de vorm van maaltijdbons brengt een beperking mee van de vrijheid van sommige werknemers om naar eigen goeddunken over hun loon te beschikken.

V.Z.W. G. e.a.
Arrest nr. 6/93

Onderwerp van de bestreden normen

Artikel 33 van het begrotingsdecreet van de Franse Gemeenschap van 24 december 1990, waartegen het beroep in de zaak met rolnummer 330 is gericht, maakt een einde aan de toepassing van het koninklijk besluit van 23 oktober 1979 houdende toekenning van een eindejaarstoelage aan sommige leden van het onderwijzend personeel (§2) en kent, onder analoge voorwaarden, aan de in paragraaf 1 beoogde personeelsleden ten hoogste 180 maaltijdbons toe ter waarde van ten minste 144 frank voor een voltijdse functie (§3). In paragraaf 4 van het bestreden artikel 33 is voorgeschreven dat die bepaling op 1 januari 1991 in werking treedt terwijl zijn paragraaf 5 bepaalt dat de uitgaven voor maaltijdbons kunnen worden gedaan als vaste uitgaven.

Artikel 20 van het decreet van 15 oktober 1991, waartegen het beroep in de zaak met rolnummer 366 is gericht, bepaalt van zijn kant dat de bepalingen van artikel 33 van het decreet van 24 december 1990 in 1992 worden gehandhaafd.

In rechte

...

2.B.1. Artikel 59bis van de Grondwet bepaalt: «De Gemeenschapsraden regelen, ieder wat hem betreft, bij decreet: (...) 2° het onderwijs, met uitsluiting van: a) de bepaling van het begin en het einde van de leerplicht; b) de minimale voorwaarden voor het uitreiken van de diploma's; c) de pensioenregeling».

2.B.2. Artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gewijzigd bij de bijzondere wet van 8 augustus 1988, luidt als volgt: «(...) Bovendien is alleen de nationale overheid bevoegd voor: (...) 12° Het arbeidsrecht en de sociale zekerheid».

2.B.3. Uit artikel 59bis van de Grondwet kan worden afgeleid dat, met inachtneming van artikel 17 en onder voorbehoud van de drie hiervoor vermelde uitzonderingen, het geheel van de aangelegenheid onderwijs is toegewezen aan de Gemeenschappen: die bevoegdheid omvat het vaststellen van de regels betreffende het administratief en geldelijk statuut van het onderwijzend personeel, met uitsluiting van zijn pensioenregeling.

2.B.4. Evenwel omvat die onderwijsbevoegdheid van de Gemeenschappen niet de bevoegdheid om af te wijken van strafrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht die zonder onderscheid voor alle werknemers gelden, zoals die van artikel 3 van de wet van 12 april 1965, dat de vrijheid van de werknemer om naar goeddunken over zijn loon te beschikken, beoogt te verzekeren.

2.B.5. Wanneer een eindejaarstoelage verschuldigd is, vormt zij een bestanddeel van het loon dat door artikel 3 van de wet van 12 april 1965 wordt beschermd door de werkgever te verbieden de vrijheid van de werknemer om er naar

eigen goeddunken over te beschikken, op enigerlei wijze te beperken. De uitbetaling van die toelage in geld heeft de Franse Gemeenschap bij een besluit van haar Executieve, en nadien bij het bestreden decreet, vervangen door een betaling in de vorm van maaltijdbons. Hoewel hij in Belgische frank is uitgedrukt, kan die titel slechts worden verhandeld in welbepaalde instellingen en voor de verwerving van welbepaalde consumptiegoederen. Zij houden aldus een beperking in van de vrijheid van sommige werknemers om naar eigen goeddunken over hun loon te beschikken.

2.B.6. Het middel, ontleend aan de schending van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, gewijzigd bij de bijzondere wet van 8 augustus 1988, is gegrond.

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 16 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar Ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal
Advocaat: mr. Bützler

1. Leerovereenkomst – Begrip – 2. Collectieve arbeidsovereenkomst – C.A.O.-wet – Toepassingsfeer – Leerovereenkomst – Loon

1. De leerling die door een leerovereenkomst gebonden is, verricht, onder het gezag van een patroon, arbeid om door het opdoen van praktijkervaring een vak te leren.

2. Een in een paritair comité gesloten c.a.o. kan lonen voor leerlingen bepalen. Zulks is o.a. het geval in de c.a.o. van 14 mei 1980 gesloten in het paritair comité voor het drukkerij-, grafische kunst- en dagbladbedrijf.

M. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 januari 1991 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het tweede onderdeel van het middel: schending van artikelen 4, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 4 oktober 1976 betreffende de voortdurende vorming van de middenstand, 1, 2, 13.13 van het ministerieel besluit van 27 oktober 1978 houdende bepaling van de erkenningsvoorwaarden van de leerovereenkomsten en van de gecontroleerde leerverbintenissen in de voortdurende vorming van de middenstand, 2, § 1, 28 en 31 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, 1, 2, 3, 6, 8, 11, 15 tot 19 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 14 mei 1980, gesloten in het paritair comité voor het drukkerij-, grafische kunst- en dagbladbedrijf, tot vaststelling van de arbeidsvoorwaarden, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 30 januari 1981, van artikel 1 van dit algemeen verbindend verklarend koninklijk besluit en voor zoveel als nodig van sectie 'Binderij-Brocheerderij', II, groep 8, klasse XIII van de bijlage (waarvan sprake in artikel 6 van de collectieve arbeidsovereenkomst) bij de collectieve arbeidsovereenkomst van 14 mei 1980 (B.S., 24 maart 1981, 3.479 e.v.), (...),

doordat het Arbeidshof te Antwerpen in de bestreden beslissing, na te hebben vastgesteld dat eiseres op 4 februari 1983 een leerovereenkomst in het kader van de voortdurende vorming van de middenstand aanging voor de duur van 54 maanden, met ingang op 10 januari 1983, voor het aanleren van het beroep van handboekbindster, en dat de opleiding afgebroken werd in de loop van de maand maart 1985, oordeelt, met betrekking tot de aard van de leerovereenkomst en het eventueel recht op vergoeding of bezoldiging, «dat principieel de gecontroleerde leerovereenkomst niet strekt tot het verrichten van beroepsarbeid; dat de leerling geen beroep uitoefent en geen werkzaamheden verricht om in zijn levensonderhoud te voorzien (Cass., 29 oktober 1990, 3e kamer, A.R. 7177, niet gepubliceerd); dat de 'leer-toeslag', bedoeld in artikel 6, tweede lid, 6°, van het K.B. van 4 oktober 1976 of de 'minimumvergoeding', bepaald in artikel 13 van het M.B. van 27 oktober 1978, geen beroepsinkomen is, maar wel een vergoeding zowel voor het volbrengen van de praktijk in de onderneming als voor de leer- gangen die de leerling bijwoont en de examens die hij aflegt krachtens de leerovereenkomst; dat deze overeenkomst geenszins tot doel heeft een beroepsinkomen te verwerven, maar wel beroepskennis te vergaren via een basisopleiding dienstig tot het verwerven van de nodige bekwaamheid om een zelfstandig beroep, in casu dat van boekbinder uit te oefenen; dat ongetwijfeld een dergelijke opleiding gebeurt onder 'leiding en toezicht', daar het ondernemingshoofd zich ertoe verbindt aan de leerling een algemene en technische opleiding te geven of te doen geven, die voorbereidt op de overgangsexamens en het eindexamen van de leertijd en op de uitoefening van het beroep dat hij op het oog heeft – en waarbij de leerling, van zijn kant, zich ertoe verbindt onder leiding en toezicht van het ondernemingshoofd het beroep aan te leren (m.a.w. de leerovereenkomst uit te voeren overeenkomstig artikel 14 van het M.B. van 27 oktober 1978); dat (eiseres) hieruit ten onrechte meent te moeten afleiden dat een dergelijke leerovereenkomst de identieke kenmerken van een arbeidsovereenkomst vertoont en dien- tegevolge als zodanig dient te worden beschouwd, waar- door een minimumloon verschuldigd is, met toepassing van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve ar- beidsovereenkomsten; dat het 'erkend' leercontract, ver- schillend van het contract van verhuur van diensten, een contract van bijzondere aard is en in de regel uitgesloten is van bezoldiging maar dat studiebeurzen en premies toege- kend kunnen worden (Cass., 5 mei 1966, R.W., 1966-67, 934); dat de maandelijkse minimumvergoedingen, toege- kend aan de leerlingen, geen tegenprestaties vormen voor het leveren van al dan niet productieve arbeid, maar een ver- goeding die, zonder een beroepsinkomen te zijn, dienstig als bron van levensonderhoud, een forfaitaire aanmoedigende tegemoetkoming vormt voor de leerling, die niet in verhou- ding staat tot de omvang of de kwaliteit van de in het prak- tijkonderricht ingeschakelde prestaties; dat in casu artikel 13, § 13, van het M.B. van 27 oktober 1978 in dergelijke 'pro- gressieve maandelijkse minimumtoelage' voorziet, hetgeen niet impliceert dat er 'loon' verschuldigd is; dat de afwezig- heid van de begrippen 'arbeidsovereenkomst' en 'loon', als bedoeld in de voormelde wetgeving, reeds impliceert dat de ingeroepen collectieve arbeidsovereenkomst niet van toe- passing kan zijn»; (...)

Overwegende dat de C.A.O.-wet, luidens artikel 2, § 1, tweede lid, 1, ook toepasselijk is op «de personen die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon»; dat de leerling, die door een leerovereenkomst gebonden is, onder het gezag van een patroon arbeid verricht om door het opdoen van praktijkervaring een vak aan te leren; dat een in een paritair comité gesloten c.a.o. derhalve lonen voor leerlingen kan be- palen;

Overwegende dat hoofdstuk IV van de c.a.o. van 14 mei 1980, gesloten in het paritair comité voor het drukkerij-, gra- fische kunst- en dagbladbedrijf en algemeen verbindend ver- klaard bij koninklijk besluit van 30 januari 1981, de lonen van de leerlingen bepaalt; dat, luidens artikel 11, daaronder vallen «de leerlingen, al dan niet verbonden door een leer- lingencontract gehomologeerd door het Ministerie van Mid- denstand»;

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt dat eiseres met verweerster verbonden was door «een leerovereenkomst in het kader van de voortdurende vorming van de midden- stand»; dat de voormelde loonregeling derhalve toepasselijk was op eiseres en verweerster;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 NOVEMBER 1992

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Verbist, Simont en Delahaye

1. Pand – Warrant – Handelszaak – Eigendom – 2. Voorrechten – Samenloop – Pand van de handelszaak en warrant – Rang

1. De totstandkoming van de warrant betekent niet dat de exploitant van de handelszaak het bezit van de koopwaar onder warrant verliest.

*2. Het in pand geven van de handelszaak kan door de in-
schrijving van de akte van inpandgeving worden tegengeworpen
aan derden. Daardoor wordt de voorrang bepaald, volgens de
datum van die inschrijving en zonder acht te slaan op de bij-
zondere aard van de schuldvorderingen, bij samenloop tussen
het pand op een handelszaak en de warrant die na de inschrij-
ving van dat pand is uitgegeven.*

Nationaal Instituut voor Landbouwkrediet t/
Faillissement N.V. Etablissements M. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 december 1990 door
het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de
Grondwet, 1134, 1135, 2073, 2074, 2076, 2079, 2082, 2083
van het Burgerlijk Wetboek, 1, 3, 4, 6, 7, 8, 16, 17, 21 van
de wet van 18 november 1862 houdende invoering van het
warrantstelsel, 1, 2, 4, 8, 11 van de wet van 25 oktober 1919
betreffende het in pand geven van een handelszaak, het en-
dossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de

keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen, als gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 282 van 30 maart 1936, 1, 2, 9 van de wet van 5 mei 1872 betreffende het pand in handelszaken, dat is titel IV van boek I van het Wetboek van Koophandel, 8, 12, 13, 14, 18, 20, 3° en 26 van de Hypotheekwet van 16 december 1851,

doordat het arrest eisers hoger beroep ontvankelijk maar niet gegrond verklaart, bijgevolg met bevestiging van het beroepen vonnis beslist dat de respectieve rechten van eiser en van de tweede en derde verweerder dienen te worden bepaald met toepassing van de regel dat het oudste voorrecht voorrang heeft, en aldus voor recht zegt dat eiser, tot beloop van de waarden onder warrant en in zoverre zij niet is opgeslorpt door de schuldvorderingen van de tweede en derde verweerder, de waarde moet ontvangen van de tegeldemaking van de koopwaar die aan de eerste verweerder toebehoort en opgeslagen ligt in de exploitaties te Mons-lez-Liège en Morhet, op grond dat: «het pand op de handelszaak en het voorrecht ten gevolge van de warrant zeker bijzondere voorrechten zijn; het pand op de handelszaak immers niet ophoudt bijzonder te zijn door het feit dat het op alle en elk van de goederen betrekking heeft — ook al zijn sommige wisselend — die het geheel uitmaken; om de samenloop van de voorrechten te regelen bijgevolg geen toepassing dient te worden gemaakt van artikel 26 van de Hypotheekwet dat bepaalt dat de bijzondere voorrechten de voorrang hebben boven de algemene voorrechten; tussen de bevoorrechte schuldeisers de voorrang wordt geregeld naar de verschillende aard van de voorrechten (artikel 13 van de Hypotheekwet); de wet de aard van de schuldvorderingen en hun respectieve rang bepaalt en, wanneer de rang niet uitdrukkelijk is vastgesteld, de rechter de vermoedelijke bedoeling van de wet dient na te gaan inzonderheid door te steunen op analoge gevallen (zie de conclusie van advocaat-generaal Krings, voor Cass., 28 september 1972, *Pas.*, 1973, I, 103); men overigens merkt dat het hout waarop het warrant is gevestigd ten bate van (eiser) (zie *infra*), zowel te Mons-lez-Liège als te Morhet was opgeslagen en dat (de tweede verweerder), in haar brief van 5 juni 1982 waarin zij haar akkoord bevestigde om het krediet van 20.000.000 frank toe te staan, zelf van oordeel was dat de N.V. Etablissements M. een economische en commerciële entiteit vormde, die op twee verschillende adressen werd geëxploiteerd; (de tweede verweerder) die gegevens niet betwist en preciseert dat 'het ware probleem gelegen is in de regel van openbaarheid opgelegd door de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak'; de inschrijving in het handelsregister door een vennootschap van een onderneming of een agentschap die in een ander gerechtelijk arrondissement is gelegen, een verplichting vormt die is opgelegd bij artikel 4, eerste lid, van de gecoördineerde wetten betreffende het handelsregister, maar als dusdanig geen bewijs vormt van het bestaan van een handelszaak die onderscheiden is van dat van het 'hoofdhuis' (zie *supra*); artikel 4 van de voornoemde wet van 25 oktober 1919 op zijn beurt bepaalt dat de inschrijving moet gebeuren op het kantoor der hypotheek van het gerechtelijk arrondissement binnen welks gebied de handelszaak is gevestigd; het derde lid, 3°, van diezelfde bepaling, door te zeggen dat het borderel de volgende gegevens moet bevatten: de bijzondere aanwijzing van de in pand gegeven handelszaak — dat wil zeggen de handelsnaam van de zaak, het voorwerp en de zetel ervan

(Frédéricq, *op.cit.*, II, blz. 92 en 93) — het nummer van inschrijving in het handelsregister en de vermelding of het pand al dan niet de voorraad bevat, geenszins een inschrijving oplegt in elk arrondissement waar een natuurlijke of een rechtspersoon een succursaal zou hebben die, zoals te dezen, geen afzonderlijke handelszaak uitmaakt; er tussen het pand in de klassieke opvatting en het pand op de handelszaak voldoende gelijkenissen bestaan om alle bepalingen inzake het pand op de inpandgeving van de handelszaak toe te passen als ze niet onverenigbaar zijn met de aard ervan (*Les Nouvelles. Droit commercial*, IV, «Les concordats et la faillite», uitg. 1985, nr. 1985) en inzonderheid om geen enkel onderscheid te maken tussen de twee soorten pand bij de uitspraak over de samenloop tussen beiden (Cass., 10 november 1967, *Pas.*, 1968, I, 347; Cass., 28 september 1972, *Pas.*, 1973, I, 103); (eiser) ter verdediging van zijn voorrecht bijgevolg onder meer tevergeefs aanvoert dat hij door afgifte van de titels die de koopwaar vertegenwoordigen, het materieel en rechtstreeks bezit heeft en tegenwerpt dat (de tweede verweerder) wat haar betreft geen aanspraak kan maken op toepassing van artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek aangezien de handelszaak geen roerende lichamelijke zaak is; de wet van 25 oktober 1919, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 282 van 30 maart 1936, betreffende het in pand geven van een handelszaak is uitgevaardigd om aan handel en industrie nieuwe kredietmogelijkheden te bieden; de wet van 18 november 1862 houdende invoering van het warrantstelsel eveneens een wet is die de totstandkoming van roerend krediet behelst, en die derhalve de omloop van roerende kapitalen wil versnellen, wat kenmerkend is voor de XIXe eeuw (proc.-gen. Wurth, openingsrede voor het hof van beroep, 'De la législation des warrants', *Belg. jud.*, 1863, 1585); aangenomen kan worden, in zoverre het ter beschikking stellen van gelden door de pandhoudende schuldeisers — die in beide gevallen een kredietinstelling is — het actief van de schuldenaar vergroot, dat beide verrichtingen een even groot economisch belang hebben en dat op grond van het respectieve nut van die contracten dus de rangorde van de daaruit voortvloeiende voorrechten niet kon worden bepaald (in die zin Cass., 10 november 1967, *Pas.*, 1968, I, 343); de schuldenaar die zijn handelszaak in pand geeft, de normale exploitatie ervan moet kunnen voortzetten, wat noodzakelijk impliceert dat hij voor de uitoefening van zijn handel over de elementen ervan moet kunnen beschikken; er in beginsel geen bezwaar bestond tegen het onder warrant brengen door de Etablissements M. van de koopwaar die, aangezien ze te Mons-Lez-Liège en te Morhet was opgeslagen, tot de handelszaak bleef behoren; (de tweede verweerder), aan (eisers) verwijt dat hij de rechtsmiddelen niet heeft uitgeoefend bepaald bij de wet betreffende het in pand geven van een handelszaak — terwijl de sancties waarover de pandhoudende schuldeiser beschikt hem weinig zekerheid verschaffen (I. Moreau-Margrève, «Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce», *R.C.J.B.*, 1980, 144) —, kan tegenwerpen dat (eiser) op enkele maanden van het faillissement van de Etablissements M., alvorens het krediet toe te staan, de financiële toestand van de aspirant-lener kon doorlichten en kennis kon nemen van het bestaan van het pand op de handelszaak dat betrekking had op 50 pct. van de koopwaar in voorraad; drie op dezelfde dag gewezen arresten van het Hof van Cassatie van 28 september 1972 een einde hebben gemaakt aan een aan-

slepende controverse in rechtsleer en rechtspraak door te beslissen dat het voorrecht van de verkoper van professionele uitrusting voorrang heeft op het voorrecht op de handelszaak van de pandhoudende schuldeiser; die oplossing volledig overeenstemt met de billijkheid doordat de pandhoudende schuldeiser geen aanspraak kan maken op voorrang boven andere schuldeisers, wanneer die later – de pandhoudende schuldeiser heeft bij het verstrekken van de kredietopening geen rekening kunnen houden met materiaal dat nog niet tot het vermogen van zijn schuldenaar behoorde – tot de verrijking van dat vermogen hebben bijgedragen en zij krachtens de wet een voorrecht op bepaalde goederen hebben (conclusie advocaat-generaal Krings voor Cass., 28 september 1972, voornoemd); de warrant, net zoals het pand op de handelszaak overigens, betrekking heeft op goederen die, aangezien zij bij de toekenning van het krediet tot het vermogen van de lener behoren (zie de brief van een curator aan mr. Renard dd. 7 maart 1984), dat vermogen vanzelfsprekend niet vergroten en zulks des te meer aangezien de gelden die door de warrant worden verkregen helemaal niet bedoeld zijn voor de toekomstige aankoop van koopwaar, maar 'zijn aangewend om een geheel van openstaande schulden te betalen die niet alleen betrekking hadden op leveringen, maar ook op allerhande lonen en lasten' (zie brief van een curator aan mr. Renard dd. 9 januari 1989); de argumenten gegrond op economische redenen en op billijkheidsoverwegingen die de rechters in acht moeten nemen bij de oplossing van het geschil (I. Moreau-Margrève, «Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce», *op.cit.*, blz. 165) evenzeer in het voordeel van de pandhoudende schuldeiser met voorrecht op de handelszaak als in dat van de schuldeiser met warrant spreken; aangezien het twee soortgelijke voorrechten betreft die, althans gedeeltelijk, dezelfde goederen betreffen – ter herinnering: op de dag van het vonnis van faillietverklaring, het ogenblik waarop de samenloop ontstaat, bedroeg het percentage van de waarde van het hout onder warrant 57 pct. van de totale waarde van de voorraad (brief van de curator dd. 7 maart 1984) en het pand op de handelszaak omvatte de koopwaar tot beloop van 50 pct. van de waarde ervan –, voorrang moet worden verleend aan het oudste voorrecht (eiser) ten onrechte aanvoert dat de toepassing van de regel «prior tempore, potior jure», alleen geldt voor het conflict tussen twee zekerheden die op het kantoor voor bewaring der hypotheeken dienen te worden bekendgemaakt; uit het onderzoek van de recente rechtspraak integendeel blijkt dat de hoven en rechtbanken die regel geregeld hanteren om conflicten te beslechten tussen gewone pandhoudende schuldeisers, die krachtens de wet tot geen enkele inschrijving zijn gehouden (zie onder meer, met betrekking tot de samenloop tussen de verhuurder en de pandhoudende schuldeiser met een voorrecht op de handelszaak, Cass., 11 juni 1982, *J.T.*, 1983, 235, en de opmerkingen van F. Glansdorff); die oplossing bijdraagt tot de rechtszekerheid van de verschillende pandhoudende schuldeisers bij de totstandkoming van hun respectieve panden; zij de gewone pandhoudende schuldeiser immers ertoe aanzet na te gaan of de handelszaak eventueel reeds in pand is gegeven, waarbij de wet houdende invoering van het warrantstelsel, door de daarin bepaalde openbaarheid, de toekomstige pandhoudende schuldeiser met een voorrecht op de handelszaak overigens in staat stelt de juiste samenstelling van de goederen die zijn pand zullen vormen te achter-

halen; het voorrecht (van eiser) bijgevolg komt na dat de (tweede verweerder), die schadeloos zal worden gesteld door betaling bij voorrang van de waarde van de helft van de voorraad koopwaar die bestond op de dag van het vonnis van faillietverklaring van de Etablissements M.»; de appelrechters aldus, zonder te betwisten dat de warrants uitgegeven ten voordele van eiser geldig zijn en tegenwerpbaar aan de tweede en derde verweerder, in hoofdzaak beslissen dat er een toestand van samenloop bestaat tussen het voorrecht van eiser en dat van de tweede en derde verweerder, die moet worden opgelost door toepassing van de regel dat het oudste voorrecht voorrang heeft,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, eiser, indien het arrest in die zin moet worden begrepen dat de appelrechters hebben geoordeeld dat de N.V. Etablissements M. door de warrants niet het bezit van de belaste goederen verliezen en dat de goederen onder warrant tot de handelszaak van die vennootschap blijven behoren, aanvoert dat, ingevolge artikel 2 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het pand op de handelszaak het geheel der waarden omvat die de zaak uitmaken, namelijk de clientèle, het uithangbord, de handelsinrichting, de merken, het recht op de huurceel, het meubilair van het magazijn en het gereedschap, dat alles behoudens strijdig beding; het eveneens de aanwezige voorraad opgeslagen waren, tot een bedrag van 50 pct. van hun waarde, mag omvatten; uit artikel 8, eerste lid, van de voornoemde wet volgt dat hij die zijn handelszaak in pand heeft gegeven, door het feit zelf der inpandgeving, tot bewaarder van de bestanddelen van het pand wordt aangesteld; de schuldenaar-pandgever aldus het bezit van de bestanddelen van de handelszaak uitoefent voor rekening van de schuldeiser; de bedrieglijke vervreemding of de bedrieglijke verplaatsing van alle of van een gedeelte van die bestanddelen, strafbaar is krachtens artikel 8, tweede lid, van de wet, terwijl de schuldeiser de grondstoffen, het materieel en de gereedschappen in beslag kan nemen wanneer deze zonder zijn toestemming werden verplaatst om daarop zijn voorrecht te behouden mits hij het binnen de tijd van zes maanden heeft opgeëist; het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak bijgevolg alleen kan worden uitgeoefend op de zaken die materieel in het bezit van de pandgevende schuldenaar zijn; artikel 1 van de wet van 18 november 1862 houdende invoering van het warrantstelsel, warrants omschrijft als handelspapieren in tweevoud door een derde afgegeven aan degene die het bewijs levert dat hij de vrije beschikking heeft over de koopwaar waarop die papieren betrekking hebben; naar luid van artikel 4, §§ 3 en 4, van die wet, de warrant zonder ceel het bezit van de koopwaar als pand belichaamt, terwijl de ceel, zonder warrant, het recht belichaamt om te beschikken over de koopwaar, door de warrant met pand bezwaard; de houder van de warrant het juridisch bezit van de koopwaar heeft terwijl de derde bewaarder de materiële houder is voor rekening van de houder van de warrant in het kader van een met de schuldenaar gesloten commodaatsovereenkomst; de schuldenaar-pandgever, wanneer hij een goed dat behoort tot een handelszaak die ten voordele van de schuldeiser in pand is gegeven, onder warrant brengt ten voordele van een andere schuldeiser, niet langer bezitter noch materiële houder is van die zaak, zodat het goed niet meer behoort tot de grondslag van het pand op de handelszaak; daaruit volgt

dat het appelgerecht, dat, zonder de geldigheid of de tegenwerpbaarheid aan de tweede en derde verweerder van de ten voordele van eiser uitgegeven warrants tegen te spreken; en niettegenstaande de bewoordingen van de commodaatsovereenkomst tussen de N.V. Etablissements M. en de vierde verweerder, beslist dat de goederen onder warrant blijven tot de handelszaak van de N.V. Etablissements M. blijven behoren, de wettelijke regels inzake de grondslag van het pand op de handelszaak miskent (schending van de artikelen 1, 2, 4, 8 en 11 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak), evenals het wettelijk begrip warrant en het gevolg van de buitenbezitstelling van de schuldenaar dat krachtens de wet verboden is met de uitgifte van een warrant of met het in pand geven van een gewone zaak of een handelszaak (schending van de artikelen 2073, 2074, 2076, 2079, 2082, 2083 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 3, 4, 6, 7, 8, 16, 17, 21 van de wet van 18 november 1862 houdende invoering van het warrantstelsel, en 1, 2, 9 van de wet op het pand van handelszaken, dat is titel VI van boek I van het Wetboek van Koophandel) en aan de commodaatsovereenkomst niet het gevolg toekent dat zij wettig tussen de partijen heeft (schending van de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek);

derde onderdeel, indien het arrest naar recht kon beslissen dat de goederen die ten bate van eiser onder warrant stonden, op de dag van het faillissement tot de handelszaak van de N.V. Etablissements M. behoorden, die goederen met twee onderscheiden zekerheden waren belast; het conflict tussen een pandhoudende schuldeiser met voorrecht op een handelszaak en een schuldeiser houder van warrants door de wetgever niet uitdrukkelijk is geregeld; in een dergelijke onderstelling geen enkele wetsbepaling zegt dat de regel dat het oudste voorrecht voorrang heeft, moet worden gehanteerd om die toestand van samenloop op te lossen; de regel dat het oudste voorrecht voorrang heeft, alleen kan worden toegepast in de gevallen waarin er samenloop is tussen twee zekerheden die van dezelfde aard zijn en waarvoor dezelfde regel van openbaarheid geldt; naar luid van artikel 13 van de Hypotheekwet, tussen de bevoorrechte schuldeisers de voorrang wordt geregeld naar de verschillende aard van de voorrechten; de gewone pandhoudende schuldeiser, waarmee de houder van de warrant kan worden gelijkgesteld, ingevolge dat beginsel voorrang moet krijgen op de pandhoudende schuldeiser met voorrecht op een handelszaak; naar analogie van artikel 26 van de Hypotheekwet dient te worden geoordeeld dat het bijzonder karakter van de warrant de voorrang moet hebben boven het meer algemene karakter van het pand op de handelszaak; de houder van de handelszaak die koopwaar van die zaak in pand geeft, aan zijn onderneming een geldinbreng verschafft die onontbeerlijk kan blijken voor de goede gang van zijn zaken; het conflict inzake de rangorde oplossen door voorrang te geven aan het oudste voorrecht, in feite zou betekenen dat altijd voorrang zal worden gegeven aan de pandhoudende bankier-schuldeiser met een voorrecht op de handelszaak, die zijn kredietverlening vaak doet afhangen van die zekerheidstelling, zelfs vooraleer de handelszaak is ontwikkeld en dus alvorens koopwaar onder warrant kan worden gebracht; bijgevolg de instelling van de warrant vlug alle belang zou verliezen, waardoor de bedrijven een belangrijke bron van krediet zouden verliezen; de pandhoudende schuldeiser met voorrecht op de handelszaak bovendien over een bewarend

beslag en over een rechtsvordering tot terugvordering beschikt, zodat hij kan beletten dat de goederen die de grondslag van zijn zekerheid uitmaken zonder zijn toestemming worden verplaatst; daaruit volgt dat het arrest niet kan beslissen dat, nu het pand op de handelszaak en de warrant voorrechten van dezelfde aard zijn, die geheel of ten dele op dezelfde goederen betrekking hebben, voorrang moet worden gegeven aan het oudste voorrecht, zonder schending van de artikelen 2073, 2074, 2076, 2079, 2082, 2083 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 3, 4, 6, 7, 8, 16, 17 en 21 van de wet van 18 november 1862 houdende invoering van het warrantstelsel, 1, 2, 9 van de wet van 5 mei 1872 op het pand in handelszaken, dat is titel VI van boek I van het Wetboek van Koophandel, en ook van de artikelen 13, 18, 20, 3^o en 26 van de Hypotheekwet van 16 december 1851);

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 1, § 1, van de wet van 18 november 1862 houdende invoering van het warrantstelsel bepaalt dat warrants handelspapieren zijn in tweevoud door een derde afgegeven aan degene die het bewijs levert dat hij de vrije beschikking heeft over de koopwaar waarop die papieren betrekking hebben;

Overwegende dat de totstandkoming van de warrant, hoewel zij de tussenkomst impliceert van een derde bewaarder die in de regel het materiële bezit van de koopwaar behoudt, niet betekent dat de exploitant van de handelszaak het bezit van die koopwaar als eigenaar verliest;

Overwegende dat het hof van beroep, bijgevolg, zonder schending van de in het middel aangewezen wetsbepalingen, en zonder miskenning van de wettelijke gevolgen tussen de partijen van de commodaatsovereenkomst die is gesloten om de bewaring van de koopwaar onder warrant te waarborgen, naar recht beslist dat die koopwaar tot de handelszaak van de naamloze vennootschap Etablissements M. blijft behoren;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat naar luid van artikel 4, eerste lid, van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, de akte van inpandgeving openbaarheid verkrijgt door de inschrijving ervan in een afzonderlijk register, daartoe gehouden in het kantoor der hypotheek van het gerechtelijk arrondissement binnen het gebied waarvan de handelszaak is gevestigd;

Dat het in pand geven van de handelszaak door die inschrijving aan derden kan worden tegengeworpen en dat daardoor de voorrang wordt bepaald, volgens de datum van die inschrijving en zonder acht te slaan op de bijzondere aard van de schuldvorderingen, bij samenloop tussen het pand op een handelszaak en de warrant die na de inschrijving van dat pand is uitgegeven;

Dat de omstandigheid dat een van de samenlopende zekerheden geen instrumentaire openbaarheid behoeft, niets afdoet aan de toepassing van de regel dat het oudste voorrecht voorrang heeft;

Overwegende dat het feit dat de handelszaak een geheel van goederen omvat niets afdoet aan het bijzonder karakter van het pand, zodat artikel 26 van de wet van 16 december 1851 niet toepasselijk is;

Overwegende dat de warrant op goederen die tot een in pand gegeven handelszaak behoren geen wijziging van de grondslag van het pand op de handelszaak inhoudt en bijgevolg de schuldeiser niet noopt tot aanwending van de rechten die hij krachtens artikel 11 van de wet van 25 oktober 1919 heeft;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de inschrijving van de zekerheid van de eerste verweerster voorafgaat aan de uitgifte van de warrants tot dekking van de kredieten die eiser aan de naamloze vennootschap Etablissements M. heeft toegekend;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

NOOT – Over de samenloop tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houder van een warrant

1. Met de invoering van het warrantstelsel door de wet van 18 november 1862 had de wetgever destijds de bedoeling om de kredietverlening te bevorderen door ondernemingen de mogelijkheid te geven hun goederenvoorraad op eenvoudige wijze te mobiliseren.

De wetgever zorgde er dan ook voor dat de voornaamste verrichtingen (verkoop en inpandgeving) m.b.t. ingeslagen koopwaar mogelijk gemaakt werden, zonder materiële verplaatsing, door de enkele overhandiging van een document, de warrant-ceel. De warrant-ceel wordt afgeleverd door de derde-bewaarnemer van de goederen en bestaat uit twee onderdelen: de warrant die het pandbezit van de goederen vertegenwoordigt en de ceel, zonder warrant, de houder waarvan het beschikkingsrecht heeft over de goederen, die echter bezwaard blijven met het pandrecht (zie art. 4 W. 18 november 1862). Slechts diegene die zowel over de warrant als over de ceel beschikt, heeft de vrije beschikking over de koopwaar (art. 4, § 1; over de warrant: Moreau-Margrève, I., «Evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 1983, 135-138; Moretus Plantin, R., *Bezitloos pandrecht*, Brussel, 1970, nrs. 254-266; Stranart, A.M., «De Zekerheden», in *Beginnels van Belgisch Privaatrecht*, Dillemans, R. en Van Gerwen, W. (red.), Brussel, Story, 1989, XIII, *Handels- en Economisch Recht*, I.B., nrs. 731-733).

In de praktijk wordt de warrant thans vrijwel uitsluitend gehanteerd om een krediet te verkrijgen tegen verpanding van de koopwaar. Bij het onder warrant brengen van goederen is net als bij het gemeenrechtelijk pand buitenbezitstelling vereist. De houder van de warrant oefent hier zijn pandrecht uit door middel van de derde-bewaarnemer, veelal een gespecialiseerde warrantmaatschappij. Meestal worden de goederen opgeslagen in een opslagruimte die toebehoort aan de kredietnemer en die, voor de duur van de warrant, verhuurd of in bruikleen gegeven wordt aan de derde-uitgever van de warrant. De opslagruimte staat onder controle van de warrantmaatschappij en wordt op een voor derden kenbare wijze afgescheiden van de overige bedrijfsruimte van de kredietnemer.

2. Aangezien het pand op de handelszaak bij een uitdrukkelijk beding daaromtrent in de vestigingsakte ook de aanwezige voorraden bezwaart ten belope van maximaal 50% van hun waarde (art. 2, tweede lid, Wet Inpandgeving Handelszaak), is samenloop tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houder van de warrant mo-

gelijk. Recent kwam deze samenloop meermaals aan bod in de rechtspraak (Luik, 14 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 487; Kh. Luik, 15 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 982; Kh. Namen, 17 maart 1988, *Rev.rég.dr.*, 1988, 289; Kh. Brussel, 16 december 1986, *J.T.*, 1988, 484).

De rechtspraak toonde zich voorstander van de toepassing van de «prior tempore»-regel, die gewoonlijk gehanteerd wordt bij samenloop tussen twee houders van een conventionele zakelijke zekerheid. Deze opvatting vond bijval in een gedeelte van de doctrine (Bouckaert, F., «De handelszaak», in *A.P.R.*, nr. 192; Kokelenberg, J., «Inpandgeving van de handelszaak en andere voorrechten», in *Het Zakenrecht: Absoluut niet een rustig bezit*, XVIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 1991-1992, 164, nr. 40; Stranart, A.M., «Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents», in *Le droit de sûretés*, Brussel, 1992, 121-125).

Uit de toepassing van die prioriteitsregel volgt dat de houder van de warrant boven de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak voorrang heeft als de warrant geëndosseerd is vóór de inschrijving van het pand op de handelszaak. Dateert het endossement van na de inschrijving, wat veelal het geval zal zijn, dan zal de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak de bovenhand hebben op de houder van de warrant, met de beperking dat de pandhoudende schuldeiser uiteraard slechts zijn pandrecht kan laten gelden op 50% van de waarde van de totaal aanwezige voorraden.

Deze rechtspraak werd streng bekritiseerd door sommige auteurs (zie en vgl. Storme, M.E., «Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie», in *Het Zakenrecht: Absoluut niet een rustig bezit*, XVIIIe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 1991-1992, (405), i.h.b. 477, nr. 57; T'Kint, F., «Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant», *J.T.*, 1992, 49-57). Naar hun opvatting kan de datum van de vervulling van de publiciteit niet als criterium gehanteerd worden bij samenloop tussen pandrechten van een geheel andere aard, zoals een bezitloos pand en een pand onderworpen aan buitenbezitstelling (Storme, M.E., *l.c.*, p. 469, nr. 51, en T'Kint, F., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 51). De schuldenaar, zo wordt betoogd, wordt geenszins volstrekt beschikkingsonbevoegd door het verlenen van een pandrecht op zijn handelszaak. De schuldenaar moet zich immers slechts van die handelingen onthouden die de substantie van de handelszaak zelf aantasten (cf. art. 8 Wet Inpandgeving Handelszaak). De bijzondere aard van het pandrecht op de handelszaak, die van nature een fluctuerend vermogen is, verzet er zich niet tegen dat de schuldenaar bestanddelen van de handelszaak vervreemdt of verpandt op voorwaarde dat deze verrichtingen passen in het rationeel beheer van de handelszaak. Zo wordt geargumenteed dat het onder warrant brengen van goederen tot financiering van de aankoop van voorraden of tot waarborg van voorschotten verleend bij een kredietopening het onderpand van de pandhouder niet aantast, omdat deze verrichtingen noodzakelijkerwijze de handelszaak zelf verrijken door de inbreng van nieuwe middelen. Volgens die stelling is er dan ook geen enkele economische verantwoording om de pandhouder bij samenloop te beschermen ten koste van de houder van een zgn. financierings- of waarborgwarrant (T'Kint, F., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 50-51). De houder van een der-

gelijke warrant heeft dan ook de bovenhand op de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak.

Het onder warrant brengen van voorraden met de bedoeling zekerheid te verschaffen voor reeds bestaande leningen gaan echter, volgens die opvatting, niet in een normaal bedrijfsbeheer. De houder van deze zgn. «warrant de sauve-tage» wordt geacht te kwader trouw te zijn omdat hij weet of behoort te weten dat zijn handeling de substantie van het pand op de handelszaak aantast (T'Kint, F., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 52). De voorrang komt dan ook toe aan de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak.

Volgens T'Kint weet de houder van een financierings- of waarborgwarrant zich daarenboven tevens op grond van zijn bezitsrecht of op grond van zijn retentierecht beschermd tegen de aanspraken van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak, ook al heeft deze een schuldvordering van hogere rang (T'Kint, F., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 53-54). Deze stelling-name is echter strijdig met de vrij beperkte rol die traditioneel wordt toegekend aan het bezitsrecht en het retentierecht van de pandhouder. Zo werkt volgens De Page het bezitsrecht van de pandhouder slechts tegenover derden die tijdens de duur van het pandrecht aanspraken formuleren op de zaak zelf (De Page, H., *Traité*, VI, nr. 1058). Bij samenloop wordt de pandhouder voldoende beschermd geacht door zijn voorrecht. Zijn zakelijk pandrecht op de in pand gegeven goederen geeft hem dan ook niet de mogelijkheid zich te verweren tegen de aanspraken van bevoorrechte schuldeisers met hogere rang. Veelal wordt ook aangenomen dat het retentierecht van de pandhouder slechts werkt inter partes en niet tegenover andere schuldeisers (De Page, H., *Traité*, VI, nr. 1065; Dirix, E. en De Corte, R., *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1992, nr. 381; Lamine, L., *Het retentierecht*, Antwerpen, 1982, nr. 185). De niet-tegenwerpbaarheid van het retentierecht van de pandhouder wordt eveneens verantwoord door erop te wijzen dat hij zich bij samenloop voldoende beschermd weet door zijn voorrecht.

De hierboven weergegeven economische argumenten ter ondersteuning van de prioriteit van de houder van de warrant worden door anderen resoluut verworpen. Een supplementaire kredietverlening door een tweede verpanding van dezelfde goederen wordt niet wenselijk geacht omdat ze de schuldenlast van een onderneming op artificiële wijze laat aangroeien (Stranart, A.M., *l.c.*, in *Le droit de sûretés*, 123-124). Door voorrang te verlenen aan de tweede pandhouder kan de pandgever tevens al te eenvoudig het onderpand van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak uithollen.

3. Over de oplossing van de samenloop tussen een pandrecht op de handelszaak en een *burgerlijk pand* of een *pand in handelszaken* bestaat eveneens grote onenigheid. Mocht hierover duidelijkheid bestaan, dan zou de oplossing bij samenloop met de houder van een warrant voor de hand liggen. De warrantconstructie wordt immers veelal beschouwd als een andere manier om een pand met buitenbezitstelling te vestigen. Hier wordt kort een overzicht gegeven van alle verdedigde opvattingen.

Bij samenloop tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houder van een pandrecht met buitenbezitstelling moet volgens een eerste opvatting de «prior tempore»-regel toepassing vinden, zonder dat hierbij een onderscheid gemaakt moet worden naargelang het pandrecht betrekking heeft op lichamelijk roerende goederen of schuldvorderingen (Dirix, E. en De Corte, R., *o.c.*, nr. 413;

Kokelenberg, J., *l.c.*, p. 160, nr. 35; vgl. Moreau-Margrève, I., «Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce», *R.C.J.B.*, 1980, (127), 168, noot 135). Beweerd wordt dat de pandhouder slechts over de bestanddelen van zijn handelszaak kan beschikken met instandhouding – onder de last – van het reeds verleende pandrecht. De pandhoudende schuldeiser van de handelszaak kan zijn eerder ingeschreven pandrecht dan ook tegenwerpen aan de houder van een later gevestigd pandrecht.

Anderen verwerpen om de hierboven reeds geschetste redenen de toepassing van de «prior tempore»-regel (T'Kint, F., *Sûretés*, Brussel, 1991, 179; zie ook Cuypers, A., «Het pand op de handelszaak», *T.Not.*, 1989, 315). Voor hen heeft de gemeenrechtelijke pandhouder altijd voorrang op voorwaarde dat de latere inpandgeving past in een normaal bedrijfsbeheer. Volgens een laatste opvatting is de «prior tempore»-regel slechts van toepassing bij samenloop met pand op schuldvorderingen (Bouckaert, F., *l.c.*, in *A.P.R.*, nrs. 189-190; Thilmany, J., noot onder Kh. Brussel, 22 september 1977, *J.T.*, 1978, 634). Bij samenloop tussen de pandhouder van de handelszaak en de pandhouder van een lichamelijk goed zou deze laatste echter steeds voorgaan. De buitenbezitstelling van de schuldenaar zou immers als gevolg hebben dat de verpande goederen niet langer deel uitmaken van de handelszaak zodat deze dan ook niet langer bezwaard zijn door de aanspraken van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak.

4. Het hierboven afgedrukte arrest verwerpt het cassatieberoep tegen het reeds geciteerde arrest van het Hof van Beroep te Luik van 12 december 1990, dat na een uitvoerige motivering bij samenloop tussen het pandrecht op de handelszaak en het pandrecht van de houder van de warrant de «prior tempore»-regel toepaste. De tegen het arrest van het Hof van Beroep te Luik aangevoerde middelen worden door het Hof van Cassatie verworpen. Zo verwerpt het Hof van Cassatie onder meer een middel waarin geargumenteed wordt dat art. 26 Hyp.W. toegepast diende te worden. Volgens deze bepaling hebben bijzondere voorrechten voorrang op algemene. De stelling dat het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser geassimileerd moet worden met een algemeen voorrecht, omdat dit voorrecht een algemeenheid van goederen als onderpand heeft, wordt door het Hof verworpen. Terecht beschouwt het Hof van Cassatie het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak als een bijzonder voorrecht. Deze kwalificatie is overigens tot op heden door niemand betwist.

Ook de toepassing van art. 14 Hypotheekwet op deze samenloop wordt geweerd. Het is niet omdat het Hof van Beroep te Luik oordeelt dat beide schuldvorderingen een gelijkwaardig economisch belang hebben, dat art. 14 Hyp.W. toegepast zou moeten worden. Bij samenloop tussen concurrente schuldeisers die beiden houder zijn van een zakelijk zekerheidsrecht onderworpen aan publiciteit, kan art. 14 Hyp.W. geen toepassing vinden (over het toepassingsgebied van art. 14 Hyp.W.: Van Haegenborgh, G., «Art. 14, Hyp.W.» in *Comm. Voorrechten en Hypotheken*, Dirix, E., Cuypers, A. en Lanoye, L. (red.)).

Zeer duidelijk beslist het Hof van Cassatie dat de onder warrant gebrachte voorraden deel blijven uitmaken van de handelszaak. De buitenbezitstelling, die het gevolg is van de latere verpanding, brengt geen wijziging aan in het onderpand van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak

omdat de pandgever nog steeds geldt als eigenaar. Aangezien de verpande goederen deel blijven uitmaken van de handelszaak, is de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak dan ook niet verplicht die goederen op grond van art. 11, II, Wet Inpandgeving Handelszaak te revindiceren om zijn voorrecht veilig te stellen. Een te goeder trouw zijnde houder van een later pandrecht kan dan ook de aanspraken van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak niet afweren door zich te beroepen op het verval van dit terugvorderingsrecht.

Na dit arrest is het duidelijk dat, bij conflict tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houder van de warrant, de «prior tempore»-regel toegepast moet worden. De omstandigheid dat een van de conflicterende zekerheidsrechten niet onderworpen is aan een inschrijving op het hypotheekkantoor, doet hieraan geen afbreuk. Het arrest brengt ook ten overvloede in herinnering dat art. 13 Hyp.W. slechts toepasselijk is bij conflict tussen bijzondere voorrechten zonder zakelijke werking en niet bij samenloop tussen twee houders van een zakelijk recht (Grégoire, M., *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, 1992, nr. 92). De inschrijving van het pandrecht op de handelszaak verzekert dan ook de prioriteit van dit zakelijk zekerheidsrecht tegenover andere pandhoudende schuldeisers wier pandrecht dateert van na de inschrijving. Deze oplossing sluit aan bij de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie. In het bekende arrest van 10 november 1967 kon men reeds lezen dat de inschrijving van het pand op het hypotheekkantoor de tegenwerpbaarheid ervan aan derden meebrengt net zoals de buitenbezitstelling van de in pand gegeven zaak de tegenwerpbaarheid van het gewoon pand verzekert (Cass., 10 november 1967, *R.W.*, 1967-68, 1045 met conclusie adv.-gen. Krings).

De toepassing van de «prior tempore»-regel moet dan ook bij wijze van analogie uitgebreid worden tot de samenloop tussen de pandhoudende schuldeiser en de houder van een burgerlijk pand of een pand in handelszaken (in die zin reeds vóór dit arrest, Stranart, A.M., *l.c.*, in *Le droit des sûretés*, 123). Het arrest beschouwt het onder warrant brengen van een deel van de bedrijfsvoorraad immers slechts als een bijzondere variant van een pandrecht met buitenbezitstelling. Met dit arrest is een duidelijke regel voorhanden voor het beslechten van de samenloop bij dubbele verpanding.

5. Hierna wordt nog kort aandacht besteed aan de meest voorkomende samenloop, nl. die met de houder van een *pand in handelszaken*. De datum van inschrijving van het pandrecht op de handelszaak zal steeds vergeleken moeten worden met de datum van buitenbezitstelling, d.i. het moment waarop de schuldenaar het bezit van de zaak aan de pandhoudende schuldeiser heeft overgedragen. Bij het pand in handelszaken op lichamelijk roerende goederen kan het bewijs van de buitenbezitstelling met alle middelen rechtens bewezen worden (art. 1, tweede lid, W. 5 mei 1873).

Aangezien het partijen toegestaan is te bedingen dat ook de *schuldvorderingen* op derden in het pand op de handelszaak begrepen zijn, zal niet zelden samenloop ontstaan tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houder van een pandrecht op die vorderingen. Terecht wordt aangenomen dat het pandrecht van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak op die schuldvorderingen tegenwerpbaar is zonder dat de naleving van art. 1690 B.W. voor elke schuldvordering afzonderlijk vereist is (zie Cass.,

6 november 1970, *R.W.*, 1970-71, 1326, *R.C.J.B.*, 1972, 320, met noot Fontaine; Cuypers, A., *o.c.*, *T. Not.*, 1989, 293; Dirix, E. en De Corte, R., *o.c.*, nr. 401; Fredericq, L., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, IV, Brussel, 1981, 430-431; Van Compernelle, J., «Les sûretés réelles en droit belge», in *Les sûretés*, Brussel, 1984, (57), 88). Gaat het om een pand in handelszaken op schuldvorderingen, dan komt de buitenbezitstelling tot stand door de betekening bij deurwaarders-exploot van het feit van de inpandgeving aan de schuldenaar. Na de betekening is het voor de pandgever immers juridisch onmogelijk geworden om nog over de schuldvordering te beschikken door ze opnieuw te cederen, in pand te geven of voor eigen rekening te innen (Ronse, J., «Handelspand op schuldvorderingen zonder afgifte van een titel», in *Liber Amicorum L. Fredericq*, 1966, II, 829 e.v.; Dirix, E. en De Corte, R., *o.c.*, nr. 390). Vond de inschrijving plaats vóór de betekening, wat veelal het geval zal zijn, dan zal de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak voorgaan.

In geval van samenloop met pandrecht op facturen zal de dagtekening van het endossement van de factuur de mogelijke prioriteit van het pandrecht op de factuur bewijzen (Bouckaert, F., *l.c.*, in *A.P.R.*, nr. 192). Een daadwerkelijke buitenbezitstelling is hier niet vereist. De tekst van art. 16, derde lid, Wet Inpandgeving Handelszaak is op dat punt zeer duidelijk: de overdracht en de inpandgeving van de schuldvordering kunnen aan derden worden tegengeworpen door het enkele feit van het endossement.

6. Moet de prioriteitsregel ook toegepast worden bij conflict tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de cessionaris van de schuldvordering? Overwegend wordt aangenomen dat de cessionaris van een schuldvordering, mits de vereiste formaliteiten nageleefd zijn, voorrang geniet boven de pandhouder van de handelszaak (Van Ryn en Heenen, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 2603; Van Compernelle, J., *l.c.*, in *Les sûretés*, 88; zie ook Philippe, D., «De inpandgeving van de handelszaak», *D.A.O.R.*, 1989/2, 35; anders: Kh. Brussel, 16 december 1986, *J.T.*, 1988, 484). Bij samenloop tussen een pandrecht met buitenbezitstelling en een latere cessie is de oplossing evenwel anders. Daar geldt dat de eigenaar, door het eerder verlenen van een pandrecht, slechts beschikkingsbevoegd is m.b.t. de verpande schuldvordering onder de last van het daarop rustende pandrecht. De cessionaris moet zich dan ook een eerder gevestigd pandrecht laten tegenwerpen. Deze oplossing kan echter niet gehanteerd worden bij conflict tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houder van een later eigendomsrecht. Door de overdracht in eigendom verdwijnen de schuldvorderingen immers onherroepelijk uit het vermogen van schuldenaar, zodat het pandrecht van de pandhoudende schuldeiser op deze bestanddelen zonder voorwerp wordt. Dit brengt ons tot de belangrijke vaststelling dat de cessionaris door een beroep op zijn eigendomsrecht kan ontkomen aan de samenloop met de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak. Door het aanwenden van het eigendomsrecht kan men de toepassing van de prioriteitsregel vermijden.

Indien de overdracht van schuldvorderingen echter is gebeurd met bedrieglijke benadeling van de rechten van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak, kan deze de pauliaanse vordering (art. 1167 B.W.) instellen tegen de cessionaris. Bij het welslagen van deze vordering kan de overdracht niet worden tegengeworpen aan de pandhoudende

schuldeiser, zodat deze zijn verhaalsrecht op de schuldvorderingen herwint.

Ook de vraag of de overnemer van de schuldvordering niet medeplichtig geacht moet worden aan de contractbreuk van de pandgever, verdient bijzondere aandacht. Het sluiten van de cessie-overeenkomst heeft immers ogenschijnlijk als gevolg dat het onderpand van de pandhoudende schuldeiser bij samenloop vermindert. Om tot derde-medeplichtigheid van de overnemer te kunnen besluiten is onder meer vereist dat de overnemer wist of behoorde te weten dat hij door te contracteren de bestaande pandovereenkomst zou miskenen (Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427, met noot Dirix, *R.C.J.B.*, 1984, 359, met noot Merchiers). Welnu, de inschrijving van het pand op de handelszaak laat derden in het ongewisse omtrent de vraag of de schuldvorderingen in het pand begrepen zijn (cf. Cass., 6 november 1986, *R.W.*, 1988-89, 57, met noot Dirix, *T.B.H.*, 1987, 723, met noot Maes). Toch kan de professionele kredietverlener zich niet achter deze gebrekkige publiciteit verschuilen omdat hij behoort te weten dat de pandakte vrijwel steeds een standaardbeding bevat waardoor de schuldvorderingen op derden deel uitmaken van het pand. De overnemer mag er daarentegen wel van uitgaan dat een overdracht van schuldvorderingen in het kader van een rationeel bedrijfsbeheer geen afbreuk doet aan de rechten van de pandhoudende schuldeiser. Zo'n overdracht tast het onderpand van de pandhoudende schuldeiser niet aan maar strekt hem tot voordeel omdat de inbreng van nieuwe geldmiddelen, waarop hij eveneens zijn pandrecht kan laten gelden, de exploitatie van de handelszaak bevordert.

7. *Besluit*. Het geannoteerde arrest formuleert een duidelijke en eenvoudig te hanteren oplossing voor de samenloop tussen twee pandhouders. Bij dubbele verpanding zal de eerst ingeschreven pandhoudende schuldeiser van de handelszaak met toepassing van de prioriteitsregel steeds de bovenhand hebben op de houder van een later pandrecht.

Men kan zich echter afvragen of met dit arrest een einde zal komen aan de betwisting tussen de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak en de houders van een warrant. Zij zullen wellicht in de toekomst argumenteren dat zij niet een pandrecht maar wel een fiduciair eigendomsrecht hebben op de koopwaar. Zodoende plaatsen zij zich buiten het toepassingsgebied van de prioriteitsregel. In de praktijk komt het immers zelden voor dat de warrant en de ceel afzonderlijk verhandeld worden. De overdracht van de warrant-ceel aan de bank, waardoor de kredietverlener juridisch eigenaar wordt van de goederen (cf. art. 4 Warrantwet) kan gekwalificeerd worden als een eigendomsoverdracht tot zekerheid van de terugbetaling door de ontlener van zijn schuld (Dirix, E. en De Corte, R., *o.c.*, nr. 414; Van Gerven, W., *Handels- en Economisch recht*, in *Beginnelen van het Belgisch Privaatrecht*, XIII, 1975, 454; Van Ommeslaghe, P., «Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté», in *Les Sûretés*, Brussel, 1984, 392; vgl. T'Kint, F., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 56 e.v.). Het betreft dan wel een bijzondere vorm van fiduciaire overdracht omdat de tot zekerheid overgedragen koopwaren niet langer verblijven onder de ex-eigenaar, maar door een derde (een warrantmaatschappij) gehouden worden voor rekening van de fiduciaire eigenaar. Naar huidige recht stuit de fiduciaire overdracht van roerende goederen echter op veel bezwaren, waaraan ook deze bijzondere variant met effectieve inbezitstelling van de schuldeiser niet

kan ontkomen. Volgens de meerderheidsopvatting is de eigendomsoverdracht tot zekerheid slechts een verkapte in pandgeving met de bedoeling om de dwingende voorschriften m.n. het verbod op uitdrukkelijk ontbindende bedingen en de verplichte rechterlijke tussenkomst bij pand (art. 2078 en art. 4 en 10 W. 5 mei 1872) te omzeilen. Het doel zelf van deze zekerheidsoverdracht zou ongeoorloofd zijn wegens wetsontduiking (Foniers, P., «La fiducie en droit belge», in *Les opérations fiduciaires*, 302; Simont, L., «Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent» in *Les sûretés*, Brussel, 1984, 290-291).

In navolging van het arrest van het Hof van Cassatie van 26 juli 1872 moet echter aangenomen worden dat de regels van het pandcontract geen toepassing kunnen vinden zodra partijen een eigendomsoverdracht van de goederen voor ogen stond (Cass., 26 juli 1872, *Pas.*, I, 452; zie hierover uitvoerig Colin, H., «De cessie-retrocessietransactie (wet van 2 januari 1991): een wettelijke regeling inzake fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidsstelling», *R.W.*, 1991-92, 7-8). De dwingende bepalingen van het pandrecht kunnen niet tot strekking hebben partijen te beletten om het eigendomsrecht op roerende goederen fiduciair over te dragen wanneer zij een pandovereenkomst om welke reden ook niet passend achten. Bij fiduciaire eigendomsoverdracht verkrijgt de schuldeiser reeds vanaf het sluiten van het contract een voorwaardelijk eigendomsrecht op de overgedragen goederen en de eigendomsoverdracht vormt daarbij een noodzakelijke voorwaarde voor de kredietverschaffing. Hier is geen strijdigheid met de dwingende voorschriften inzake pand omdat het eenvoudigweg geen pandovereenkomst betreft (Krings, E., «Actuele trends inzake zekerheden», *T.P.R.*, 1992, 680-681).

Het eigendomsrecht van de fiduciarius (de houder van de warrant en de ceel) is dan ook, volgens de stelling die hier verdedigd wordt, tegenwerpbaar aan de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak. Deze laatste kan echter door het tijdig instellen van het door art. 11, II, Wet Inpandgeving Handelszaak verleende terugvorderingsrecht zijn voorrecht op de fiduciair overgedragen koopwaren veilig stellen. Dit terugvorderingsrecht moet op straffe van verval uitgeoefend worden binnen zes maanden na de vervreemding en werkt slechts tegen een te kwader trouw zijnde fiduciarius. Het niet tijdig uitoefenen van het terugvorderingsrecht belet niet dat de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak alsnog zijn verhaalsrecht zal terugwinnen wanneer de fiduciarius veroordeeld wordt wegens derde-medeplichtigheid aan de contractbreuk van de pandgever. De toepassing van de theorie der derde-medeplichtigheid of de uitoefening van het terugvorderingsrecht is slechts aan de orde bij kwade trouw van de fiduciarius, nl. als de fiduciarius in redelijkheid de overdracht in eigendom niet als een normale bedrijfsvervreemding kon beschouwen (T'Kint, F., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 56, nr. 42).

Geert Van Haegenborgh
Assistent K.U. Leuven

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 NOVEMBER 1992

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. De Bruyn

Inkomstenbelastingen – Indirecte vervolgingen – Dwangschrift – Voorafgaande betekening aan belastingsschuldige

De deurwaarder die ermee belast is tot uitvoerend beslag onder derden over te gaan, kan slechts optreden krachtens een dwangschrift dat de ontvanger der belastingen op grond van een uitvoerbare titel heeft uitgevaardigd. Noch art. 216 van het K.B. van 4 maart 1965, noch enige andere wetsbepaling zegt dat het dwangschrift of een met een dwangbevel gelijkstaande akte aan de schuldenaar van de belasting ter kennis gebracht of betekend moet worden voordat de in art. 215 bedoelde vervolging wordt ingesteld.

Belgische Staat t/ N.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 juni 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 2, 1495, inzonderheid het eerste lid, 1539 van het Gerechtelijk Wetboek, 207, 208 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, 180, 195, 196 en 215 van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat de ontvanger der belastingen, overeenkomstig artikel 215 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de werkgever van verweerder had verzocht om, op het voor beslag vatbare gedeelte van het loon van verweerder, het door verweerder verschuldigde bedrag aan belastingen in zijn handen te betalen en vervolgens, nadat verweerder had verklaard dat hij zich tegen het verzoek verzette, op 5 december 1984 bij exploit van een gerechtsdeurwaarder te zijnen laste uitvoerend beslag onder derden bij die werkgever had doen leggen, en het arrest dat uitvoerend beslag onder derden nietig verklaart en de opheffing ervan beveelt, op grond: «dat inzake inkomstenbelastingen de administratie zich een wettige titel tot inning verschaft door de uitvoerbaarverklaring van het kohier waardoor aan de belastingsschuldige of aan derden het bevel wordt gegeven om de gevraagde belasting te betalen, terwijl onder dwangschrift wordt verstaan de akte waardoor de ontvanger der belastingen de deurwaarder opdracht geeft om op te treden teneinde gerechtelijke vervolgingen in te stellen, welk bevel dus niet wordt gegeven aan de belastingsschuldige te wiens aanzien het dwangbevel de eerste handeling van gedwongen tenuitvoerlegging is; dat, zo de rechtstreekse vervolgingen worden begonnen met de betekening aan de belastingsschuldenaar van dat dwangbevel, waarin een dwangschrift, in de zin van artikel 196 van het koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, voorkomt door de vermelding van een uittreksel van het kohierartikel dat hem betreft en een afschrift van de uitvoerbaarverklaring, die betekening, in geval van onrechtstreekse vervolging, slechts aan derden wordt

gedaan; dat, te dezen, de ontvanger, die had besloten de belasting door een beslag onder derden te innen overeenkomstig artikel 215 van voormeld koninklijk besluit, zijn schuldvordering ter kennis heeft gebracht van de derde-houder met het verzoek de bedragen in de voor juist verklaarde staat van die schuldvordering te betalen; dat (eiser) aanvoert dat artikel 215 de ontvanger geenszins verplichtte om het dwangschrift ter kennis te brengen van de belastingsschuldige en zeker niet om het hem in origineel of afschrift te doen betekenen; dat echter een onrechtstreekse vervolging die niet wordt voorafgegaan door een aan de schuldenaar betekend dwangbevel niet kan worden ingesteld zonder dat de uitvoerbare titel, te weten het dwangschrift dat met het kohier de grondslag van de vervolgingen vormt, vooraf ter kennis is gebracht van de belastingsschuldige; dat het fiscaal beslag, dat in beginsel aan de regels van het gemene recht is onderworpen, evenals een uitvoerend beslag onder derden niet kan worden gelegd zonder voorafgaande betekening van de uitvoerbare titel aan de schuldenaar; dat het betwist uitvoerend beslag onder derden derhalve nietig moet worden verklaard wegens het niet betwist ontbreken van enige met een dwangbevel tot betalen gelijkstaande akte die vóór dat beslag ter kennis werd gebracht van verweerder»,

...

Overwegende dat, krachtens artikel 196 van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de rechtstreekse zowel als de onrechtstreekse vervolgingen worden ingesteld ingevolge persoonlijke of gemeenschappelijke dwangschriften, uitgevaardigd door de ontvangers die met de inning zijn belast;

Overwegende dat onder het dwangschrift bedoeld in de artikelen 207 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen en 196 van het koninklijk besluit tot uitvoering van dat wetboek moet worden verstaan de akte waardoor de ontvanger der belastingen aan de gerechtsdeurwaarder of aan de deurwaarder der directe belastingen opdracht geeft om ten laste van bepaalde belastingsschuldigen vervolgingen uit te oefenen en op grond waarvan de deurwaarder een dwangbevel zal mogen betekenen met bevel tot betaling van de verschuldigde belastingen op straffe van tenuitvoerlegging door beslag;

Overwegende dat geen enkele wetsbepaling voorziet in de betekening of kennisgeving van het dwangschrift aan de schuldenaar van de belasting, voordat de vervolgingen worden ingesteld;

Overwegende dat artikel 215 van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 ten voordele van de Openbare Schatkist een aan eigen regels onderworpen specifieke procedure instelt waardoor de ontvanger der belastingen van een derde-bewaarnemer of schuldenaar van aan de belastingsschuldige verschuldigde of toebehorende inkomsten, sommen en zaken, met kwijting insluitend gevolg voor de belastingsschuldige, en tot beloop van het verschuldigde bedrag, betaling kan eisen van het bedrag van de belastingen, belastingverhogingen, nalatigheidsinteressen, boeten en kosten van vervolging of tenuitvoerlegging; dat het daartoe bij ter post aangezekende brief aan de derde gedane verzoek, volgens § 3 van dezelfde bepaling, geldt als aanmaning met verzet tegen afgifte van de inkomsten, sommen en zaken;

Overwegende dat, in tegenstelling met wat voor de rechtstreekse vervolgingen is bepaald, het aan de derde-bewaarnemer

nemer of schuldenaar gedane verzoek, eerste handeling van de onrechtstreekse vervolgingen, niet door een dwangbevel hoeft te worden voorafgegaan; dat voormeld artikel 215 geen betekening of kennisgeving aan de belastingschuldige voorschrijft;

Overwegende dat, zoals uit artikel 216, §§ 1 en 3, van hetzelfde besluit blijkt, de ontvanger der belastingen, wanneer de uitvoering van het in artikel 215, § 1, bedoelde verzoek belemmerd wordt door verzet van de belastingschuldige, onverminderd de bewarende uitwerking van het gezegde verzoek, doet overgaan tot uitvoerend beslag onder derden dat geschiedt op de wijze die in het Gerechtelijk Wetboek, inzonderheid in de artikelen 1539 tot 1544 van dat wetboek, is bepaald;

Overwegende dat de deurwaarder die ermee belast is tot het uitvoerend beslag onder derden over te gaan, slechts kan optreden krachtens een dwangschrift dat de ontvanger der belastingen op grond van een uitvoerbare titel heeft uitgevaardigd; dat noch artikel 216, noch enige andere wetsbepaling zeggen dat dit dwangschrift of een met een dwangbevel gelijkstaande akte ter kennis gebracht of betekend moet worden voordat de in artikel 215 bedoelde vervolging wordt ingesteld;

Dat uit het voorgaande blijkt dat het arrest, door te oordelen dat een onrechtstreekse vervolging niet kan worden ingesteld zonder dat de uitvoerbare titel, te weten het dwangschrift dat met het kohier de grondslag van de vervolgingen vormt, vooraf ter kennis is gebracht van de belastingschuldige, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 15 DECEMBER 1992

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de hh. Luyckx en Hulpiau

Advocaten: mrs. Byvoet en Noelmans loco Janssen

Borgtocht en garantie — Toestemming — Oorzaak — Voorwerp — Informatieverplichting van hoofdschuldeiser

De aanvaarding, door de hoofdschuldeiser (hier een kredietgever), van een borgstelling kan blijken uit de bewoordingen van de akte van borgstelling.

Het toestaan van kredieten voor een bedrag dat hoger is dan dat waarvoor borgtocht gegeven is, tast de rechtsgeldigheid van de borgstelling niet aan.

Geldig is de borgstelling voor toekomstige schulden die bepaalbaar zijn.

De kredietgever hoeft de borg niet op de hoogte te houden van de stijgende schulden van de hoofdschuldenaar als het niet bedongen is. Ook buitencontractueel bestaat geen verplichting de borg die slechts een beperkte zekerheid heeft gegeven, op de hoogte te houden van de financiële toestand van de hoofdschuldenaar.

H. en V. t/ N.V. G.

Overwegende dat de eis van geïntimeerde strekte om appellanten solidair te doen veroordelen tot het betalen van

een bedrag van 1.500.000 frank, te vermeerderen met de moatoire rente vanaf 5 maart 1979 tegen een jaarlijkse rentevoet van 12,75% tot de dag der volledige betaling en met de ten aanzien van de appellanten gemaakte gerechtskosten van 37.901 frank, met de kosten van het geding;

Overwegende dat geïntimeerde haar eis in rechte baseert op een borgstellingsakte door appellanten op 31 oktober 1974 ondertekend luidens welke dezen zich hoofdelijk en ondeelbaar borg hebben gesteld tot beloop van het kapitaal van 1.500.000 frank, te verhogen met de interesten en kosten ten einde de betaling te waarborgen van alle om het even welke bedragen die de heer en mevrouw H.-P. aan geïntimeerde nu of in de toekomst verschuldigd zouden kunnen zijn;

Overwegende dat in het bestreden vonnis de eis van geïntimeerde volledig werd ingewilligd;

Overwegende dat appellanten in hoger beroep als verweer tegen de eis van geïntimeerde primair aanvoeren dat de akte van borgstelling niet rechtsgeldig is omdat niet blijkt dat ze door geïntimeerde werd aanvaard; dat appellanten de stelling ontwikkelen dat de akte van borgstelling van 31 oktober 1974 slechts een eenzijdig aanbod is om zich ten belope van 1.500.000 frank borg te stellen; dat, naar hetgeen appellanten beweren, uit geen enkel gegeven, noch uit de akte zelf noch in een latere wilsuiking, zou blijken dat het aanbod van appellanten om zich borg te stellen door geïntimeerde aanvaard is; dat de borgstellingsakte geen eenzijdige rechtshandeling zou zijn doch een contract, een consensuele overeenkomst; dat derhalve een overeenstemmende wilsuiking van de bij de borgtocht betrokken partij en noodzakelijk vereist is aangaande het voorwerp van deze overeenkomst;

Overwegende dat, zonder dat te dezen vereist is de door de appellanten ontwikkelde rechtstellingen nader te onderzoeken, allereerst dient te worden vastgesteld dat zelfs in de veronderstelling dat tot de ingeroepen stelling in rechte aangenomen zou kunnen worden, het gevoerde verweer feitelijke grondslag mist, nu, zoals hierna uiteengezet zal worden, genoegzaam zeker aangetoond is dat de borgstelling van appellanten door geïntimeerde aanvaard werd;

Overwegende dat immers ten aanzien van de bewering dat de borgstellingsakte van 31 oktober 1974 slechts een eenzijdig aanbod is om zich borg te stellen en dat geïntimeerde derhalve dient aan te tonen dat zij het aanbod van appellanten aanvaard heeft, het bestaan van de aanvaarding formeel blijkt uit de bewoordingen zelf van de borgstellingsakte, waarin bedongen werd: «Deze verbintenis, (borgstelling), die door 'de Bank' (geïntimeerde) werd aanvaard, mag echter de som van 1.500.000 fr. niet overschrijden aan welk bedrag, vanaf de eis tot betaling aan de hoofdschuldenaar gericht, toegevoegd zullen worden de bijkomende debetinteresten en provisies...»;

Overwegende dat «de verklaring» van appellanten als ondertekenaars van de akte van borgstelling gewis niet door geïntimeerde geconstrasigneerd is, maar zulks in rechte ook niet behoefde aangezien zij door hun eigen eenzijdige verklaring in de akte van borgstelling, duidelijk en ondubbelzinnig toegaven dat de verleende borgstelling reeds door geïntimeerde geuit was voorafgaande aan het formeel ondertekenen van de akte van borgstelling; dat het niet overeenstemmend is met de bekentenis van appellanten zoals deze blijkt uit de bewoordingen van de akte zelf, nu te be-

weren dat deze aanvaarding nog bijkomend zou moeten blijken door een handtekening van geïntimeerde op de akte van borgstelling zelf dan wel uit een opvolgende formele akte van aanvaarding of een bijkomende feitelijke wilsuiving van geïntimeerde ;

Overwegende dat daarenboven ook opgemerkt moge worden dat uit het feitelijk relaas in de conclusie van appellanten onder «Probleemstelling ten gronde» blijkt dat appellanten zelf ook subjectief ervan overtuigd zijn dat de gegeven borgstelling door geïntimeerde werd aanvaard en dat zij er derhalve ook door gebonden waren ; dat zulks dient te worden afgeleid uit het gezegde : «Het lag duidelijk in de bedoeling van de betrokken partijen en dit werd uitdrukkelijk gesteld door en aan de verantwoordelijke van de zetel te G., dat de borgstelling van de ouders 'zou worden vervangen' door de hypotheek op de goederen van H.-P.» ; dat men niet kan aannemen dat er redenen bestonden om de door appellanten gegeven persoonlijke waarborgen te «vervangen» door zakelijke zekerheden, wanneer men zich niet geboden acht door de akte van borgstelling, die niet verder gereikt zou hebben dan een aanbod om zich borg te stellen ;

Overwegende dat appellante vervolgens inroept dat de hoofdverbintenis waarvoor borg werd gesteld niet naar recht is aangetoond ;

Overwegende dat geïntimeerde de akte kredietopening van 28 oktober 1974, die zij aan H.-P., de hoofdschuldenaar, toestond voor 1.500.000 fr., overlegt ; dat zij tevens de akte van 15 januari 1975 overlegt houdende het openen in het voordeel van H.-P. van een hypothecaire kredietopening van 2.000.000 fr. ;

Overwegende dat geïntimeerde tot voldoening van het recht de hoofdverbintenissen aantoonde waarvoor appellanten zich borg hebben gesteld tot een maximum bedrag van 1.500.000 fr. met toebehoren waarnaar de borgstellingsakte in duidelijke bewoordingen verwijst ;

Overwegende dat appellanten tevergeefs opwerpen dat geïntimeerde hogere kredieten heeft toegestaan dan die waarvoor zij zich borg hebben gesteld ; dat dit verweer immers de rechtsgeldigheid van de gegeven borgstelling niet aantast, nu hoe dan ook de verleende borgstelling van appellanten beperkt is tot maximaal 1.500.000 frank en toebehoren ;

Overwegende dat appellanten nog opwerpen dat de borgstelling voor schulden die door de heer en mevrouw H.-P. aan geïntimeerde verschuldigd zouden kunnen zijn uit welken hoofde ook, zo algemeen is uitgedrukt dat het voorwerp van de hoofdvordering waarvoor borg gesteld werd, niet bepaald noch bepaalbaar is ;

Overwegende dat appellanten evenwel de inhoud van de borgstellingsakte niet volledig lezen waar de bestaande en toekomstige schulden van de heer en mevrouw H.-P. nader bepaald worden als zijnde die welke zouden ontstaan uit bankverrichtingen met de hoofdschuldenaar of voor zijn rekening afgesloten zijn ; dat bij wijze van voorbeeld en tot betere voorlichting van de borgstellers onder meer gespecificeerd wordt : «geldschietingen op rekening, of anderszins, leningen en kredietopeningen» ;

Overwegende dat de schulden waarvoor appellanten zich borg stelden, niet alleen bepaald zijn maar ook wat betreft hun effectieve bedragen zo voor het verleden als naar de toekomst toe, bepaalbaar zijn, zoals blijkt uit het door de geïntimeerde overgelegd filmisch overzicht van de zichtrekening van de hoofdschuldenaar ;

Overwegende dat appellanten ten slotte inroepen dat geïntimeerde als bankier een fout heeft begaan door de schulden van de hoofdschuldenaar te laten oplopen tot 6.504.934 frank en appellanten hiervan niet te hebben verwittigd noch op de hoogte te hebben gehouden ;

Overwegende dat in dat verband appellanten niet aantonen welke effectieve de doeltreffende maatregelen zij wel hadden kunnen nemen zo zij op de hoogte waren gesteld van het oplopen van de schulden van de hoofdschuldenaars en van de in dat verband door geïntimeerde verleende kredieten ;

Overwegende dat appellanten hoe dan ook door het verhogen van de aan de hoofdschuldenaars toegestane kredieten gebonden bleven door de verleende persoonlijke waarborgen, die evenwel beperkt bleven tot 1.500.000 frank, met toebehoren ; dat de samenloop tussen de verleende persoonlijke waarborgen met onder meer andere zakelijke zekerheden (art. 4, e, borgstellingsakte) appellanten niet ontslagen zou hebben van de verleende persoonlijke waarborgen ; dat appellanten daarenboven afstand deden van het recht van uitwinning (art. 3.a, van de akte) ; dat zij ook afstand deden van het recht op subrogatie in de rechten van de «Bank» uit hoofde van de betalingen die zij als borg ter ontlasting van de hoofdschuldenaar gedaan zouden hebben, zolang de Bank niet volledig terugbetaald is door de hoofdschuldenaar (art. 3,c, van de akte) ;

Overwegende dat tevergeefs als een fout aangemerkt wordt het feit dat geïntimeerde appellanten niet op de hoogte heeft gehouden van de stijgende schulden van de hoofdschuldenaar ; dat immers niet blijkt dat geïntimeerde dienaangaande enige contractuele verbintenis ten aanzien van appellanten had aangegaan ; dat in zoverre appellanten zouden steunen op een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 Burgerlijk Wetboek, zij niet aantonen dat voor geïntimeerde enige verplichting bestond de borgen, die slechts beperkte zekerheden verleenden, op de hoogte te houden van de algemene financiële toestand van de hoofdschuldenaar, daar zulks uiteraard tot de privacy van deze hoofdschuldenaars behoort en uiteraard gedekt wordt door het beroepsgeheim van de bankier ;

Overwegende dat ten slotte, zelfs in de veronderstelling dat geïntimeerde appellanten op de hoogte had gebracht van de financiële toestand waarin de heer en mevrouw H.-P. verkeerden, zij niet aantonen dat zulks enige gevolgen zou hebben op het verminderen van de gehoudenheid van appellanten om de door hen verleende persoonlijke zekerheden te honoreren ;

Overwegende dat in zoverre aan de Bank het verwijt wordt gemaakt meer kredieten te hebben toegestaan dan die welke door zakelijke waarborgen gedekt waren, dit geen fout is in oorzakelijk verband met de verplichting die op appellanten als borg berust om de beloofde persoonlijke waarborgen te verlenen ; dat immers niet is betwist dat de verleende kredieten alsook de verleende persoonlijke waarborgen van appellanten betrekking hebben op het exploiteren van een handelszaak door de heer en mevrouw H.-P. ; dat zowel geïntimeerde als appellanten, ieder wat hen betreft, in dat verband een handelsrisico hebben genomen samen met de hoofdschuldenaar ; dat, nu blijkt dat de gestelde gunstige verwachtingen in de goede afloop van het genomen handels-

risko falikant zijn afgelopen, dit niet aantoon dat zulks eerder aan geïntimeerde als bankier te wijten is dan aan de partij die persoonlijke zekerheden gaf;

...

NOOT – *Borgtocht en informatieverplichting van de bankier*

Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft bij arrest van 15 december 1992 – met bevestiging van een vonnis van 8 april 1985 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt – een aantal belangrijke thema's met betrekking tot de borgstelling extra in de verf gezet.

Het hof doet uitspraak over vier punten: de aanvaarding van de borgstelling door de bankier, de oorzaak en het voorwerp van de borgtochtakte en tot slot de informatieverplichting van de bankier.

1. Terwijl de laatste drie punten veelvuldig aan bod komen in betwistingen, is het vrij uitzonderlijk dat de borgen het feit van de niet-acceptatie van de borgtochtakte door de bankier opwerpen teneinde tot de niet-totstandkoming van de overeenkomst als dusdanig te doen besluiten.

De borgen starten goed door te stellen dat de «borgstellingsakte geen eenzijdige rechtshandeling is doch een contract, een consensuele overeenkomst en dat derhalve een overeenstemmende wilsuiving van de bij de borgtocht betrokken partijen noodzakelijk vereist is aangaande het voorwerp van deze overeenkomst».

Het valt te betreuren dat het Hof op dit punt niet ingaat; het had zich immers kunnen beperken tot een verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 1960 (*Pas.*, 1960, I, 1190, *J.T.*, 1960, 557, *R.C.J.B.*, 1962, 301, noot Heenen, J., en *T.P.R.*, 1969, 303, noot Wymeersch E.) dat inzake een borgstelling uitvoerig de voorwaarden en omstandigheden onderzoekt van de aanvaarding door de schuldeiser die uitdrukkelijk maar ook impliciet kan worden gegeven.

De principes van dit arrest, uitgesproken in het kader van een borgstelling gesloten tussen «verwijderde personen», heeft de bankiers ertoe aangezet in de borgtochtakte een clausule op te nemen waaruit blijkt dat zij uitdrukkelijk ingaan op het aanbod van de borg zich borg te stellen.

Aangezien een borgstelling slechts verplichtingen inhoudt voor de borg wordt namelijk soms over het hoofd gezien dat het niettemin een consensuele overeenkomst is waarbij een samenloop van de wilsuivingen van partijen nodig is omtrent het voorwerp om geldig tot stand te kunnen komen. De verdienste van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen bestaat er wel in de problematiek opnieuw uitvoerig in het licht te hebben gebracht in niet mis te verstane bewoordingen.

Dat het niet uitdrukkelijk verwees naar bovenvermeld arrest van het Hof van Cassatie vindt wellicht zijn oorsprong in het feit dat in het concrete geval de borgtochtakte een uitdrukkelijke aanvaardingsclausule bevatte en bovendien «uit het feitelijk relaas in de conclusie blijkt dat de borgen er zelf van waren overtuigd dat de borgstelling door de bankier werd aanvaard».

Als extraatje verduidelijkt het hof dat een medeondertekening door de bankier in rechte niet behoefte en dat de eenzijdige vermelding van de aanvaarding door de bankier in de akte van borgstelling ruimschoots volstaat.

2. Wat betreft de oorzaak verwijst het hof in korte bewoordingen naar de onderliggende kredietopening en het beslist dat een later toestaan van hogere kredieten geen invloed heeft op de rechtsgeldigheid van de borgstelling daar de borgen enkel gehouden blijven tot het (oorspronkelijk) maximumbedrag waarvoor zij zich borg hadden gesteld (cf. Brussel, 17 oktober 1986, *T.B.B.R.*, 1989/2, 150, noot Dalcq, Chr.).

3. Het Hof is even summier, maar wel erg duidelijk waar het poneert dat uit de bewoordingen van de borgstelling niet afgeleid kan worden dat het voorwerp ervan niet bepaald noch bepaalbaar zou zijn. Het Hof aanvaardt bijgevolg, in een formulering die geen enkele twijfel laat, dat de borgstellingsakte ter waarborging van bestaande en toekomstige schulden van de gewaarborgde volkomen rechtsgeldig is voor zover de akte daaromtrent nadere bepalingen omvat: «als zijnde die welke zouden ontstaan uit bankverrichtingen met de hoofdschuldenaar of voor zijn rekening afgesloten».

4. Schril in tegenstelling tot de Franse rechtspraak (Parijs, 10 mei 1990, *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1991, nr. 23, p. 22, punt 7; Parijs, 12 juni 1992, *Sem. Jur.*, 1993, II, 21988, 35, noot Croze, H.; Cass. fr., 3 maart 1992, *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1992, nr. 32, p. 150, III) die evenwel hoofdzakelijk steunt op een wettelijke verplichting (art. 48 van de wet van 1 maart 1984 dat aan kredietinstellingen die geld uitlenen aan een onderneming tegen borgstelling door een derde, o.m. een jaarlijkse meldingsplicht aan die derde-borg oplegt) meent het hof niet dat de bankier een informatieplicht heeft ten aanzien van de borgen, ondermeer met betrekking tot een stijging van de schulden van de hoofdschuldenaar.

Het hof wijst erop dat er te dezen geen contractuele verplichting bestaat en meent dat daarenboven in geval van een eventuele quasi-delictuele aansprakelijkheid, de fout niet werd aangetoond.

Het hof sluit hier aan bij de overheersende Belgische rechtspraak (zie o.m. Brussel, 25 november 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 160; Bergen, 10 februari 1992, *J.T.*, 1992, 641; meer genuanceerd Rb. Luik, 16 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1988/2, 257; *contra*: Rb. Charleroi, 3 april 1992, *J.T.*, 1993, 71, waartegen evenwel hoger beroep werd ingesteld) die ervan uitgaat dat de borg zelf de solvabiliteit van de schuldenaar dient na te gaan. Deze stelling volgt m.i. logischerwijze uit de bestaansreden van de borgstelling die een vertrouwensrelatie onderstelt tussen borg en gewaarborgde (althans minstens op het ogenblik van de ondertekening van de borgtochtakte). Niets belet trouwens de borg op elk moment de schuldenaar te ondervragen. De bankier hieromtrent interpellieren zou volgens het hof in botsing komen met «het beroepsgeheim van de bankier» en «de privacy van de hoofdschuldenaar».

Teneinde alle moeilijkheden te voorkomen stipuleren in de praktijk de bankiers uitdrukkelijk enerzijds in hun borgtochtakte dat zij niet gehouden zijn de borg op de hoogte te houden omtrent zijn relatie met de hoofdschuldenaar (o.a. kredietverhoging, wijziging in de toestand van de eventuele andere zekerheden) en anderzijds in hun kredietovereenkomst met de schuldenaar dat zij op elk moment het recht heeft om aan de borg de stand van de verbintenissen van de schuldenaar mee te delen.

Laurie Lanoye
Bedrijfsjuriste

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

5e KAMER – 17 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Marcelis

Raadsheer: de h. Heylen

Raadsheer in sociale zaken: de h. De Vriendt

Openbaar ministerie: de h. Van den Bon

Advocaten: mrs. Van Staen en De Bock

Sociaal statuut zelfstandigen – Onderwerping – Bijdrageplicht – Gepensioneerde ambtenaar – Vertaalwerk voor gerecht – Gezagsverhouding – Winstoogmerk – Beroepsbezigheid

Vertaalwerk verricht door een gepensioneerde ambtenaar op verzoek van gerechtelijke instanties, dat met winstoogmerk en geregeld wordt uitgevoerd, brengt onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen en bijdrageplicht met zich.

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

Overwegende dat geïntimeerde sedert 1982 het statuut heeft van gepensioneerde ambtenaar bij het Ministerie (...);

Overwegende dat hij tevoren de functie uitoefende van (...) en dat hij in die periode tevens vertaalwerk verrichtte op verzoek van de procureur des Konings en van onderzoekers, en eveneens als zittingstolk optrad;

Overwegende dat hij na zijn pensionering verder vertaalwerk bleef doen op verzoek van dezelfde magistraten;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat hij uit deze activiteit de volgende inkomsten heeft betrokken: 1982: 105.850 fr.; 1983: 159.700 fr.; 1984: 158.980 fr.; 1985: 120.677 fr.; 1986: 200.129 fr.;

Overwegende dat artikel 3, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, bepaalt dat onder zelfstandige dient te worden verstaan ieder natuurlijk persoon die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is;

Overwegende dat het verrichten van vertaalwerk evident een beroepsbezigheid uitmaakt;

Overwegende dat deze bezigheid te dezen buiten iedere context van een arbeidsovereenkomst of een statuut valt;

Overwegende dat geïntimeerde als gepensioneerde ambtenaar geen enkele hiërarchische verplichting meer had t.a.v. zijn vroegere chefs; dat het hem vrijstond de verzoeken tot vertaling van de procureur des Konings en de onderzoekers te weigeren; dat uit de door geïntimeerde zelf overgelegde stukken blijkt dat het wel degelijk ging om «verzoeken» tot vertaling en geenszins om vorderingen; dat, welke ook de gebruikte bewoordingen waren, geïntimeerde trouwens steeds het recht had om het verzoek tot vertaling te weigeren;

Overwegende dat nergens een spoor te bekennen valt van enige gezagsverhouding, noch in het kader van een arbeidsovereenkomst noch in de context van een statuut; dat er geen richtlijnen werden gegeven; dat geïntimeerde zijn werk bij hem thuis organiseerde naar eigen goeddunken en hiervoor geen verantwoording diende te geven; dat de procureur des Konings te (...) reeds in zijn brief van 16 mei 1980

(dus vóór de pensionering) zelf stelde dat het vertaalwerk als privé-werk kan worden aangemerkt, daar het niet onder leiding of toezicht van de vorderende overheid geschiedde;

Overwegende dat uit de omvang der inkomsten blijkt dat er in heel de betwiste bijdrageperiode winstoogmerk voorhanden was;

Overwegende dat uit dezelfde omvang blijkt dat het vertaalwerk over heel de vermelde periode niet als een occasionele aangelegenheid kan worden beschouwd maar een voortdurende en geregelde beroepsbezigheid heeft uitgemaakt;

Overwegende dat het feit dat de vermelde inkomsten niet werden aangegeven en belast als bedoeld in artikel 20, 1°, 2°, b of c, of 3°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, enkel tot gevolg heeft dat het vermoeden ingesteld bij artikel 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit nr. 38 ter zake niet van toepassing is, maar niets afdoet aan de vaststelling dat deze inkomsten de tegenprestatie zijn geweest voor het vertaalwerk;

Overwegende dat het feit dat de vergoedingen werden vastgesteld aan de hand van tarieven van het Ministerie van Justitie niet relevant is, aangezien geïntimeerde die vergoedingswijze aanvaardde en zijn onderwerping en bijdrageplicht niet in de weg staat;

Overwegende dat het feit dat geïntimeerde niet B.T.W.-plichtig was evenmin relevant is, aangezien dit de onderwerping aan het sociaal statuut niet uitsluit wanneer, zoals te dezen, het bewijs van deze onderwerping voorhanden is;

Overwegende dat het feit dat geïntimeerde zich beperkte tot vertalingen voor magistraten en geen uitbreiding zocht in vertaalwerk voor andere personen, niets afdoet aan de onderwerping en bijdrageplicht in het kader van die beperkte activiteit;

...

ARRONDISSEMENTSRECHTBANK TE GENT

8 APRIL 1991

Voorzitter: de h. Matthijs

Rechters: de hh. De Schrijver en Petit

Advocaten: mrs. Daneels en De Rouck

Bevoegdheid en aanleg – Concubinaat – Samenhangen – de vorderingen – Bevoegdheid jeugdrechtbank

Indien een persoon die ongehuwd samenwoont machtiging vraagt om afzonderlijk verblijf te houden, het hoederecht over het minderjarig kind vordert en een notaris wil doen aanstellen om een inventaris op te maken, is, gelet op de samenhang, de jeugdrechtbank bevoegd voor al deze vorderingen.

S. t/ C.

Gezien de stukken, o.m. het eensluidend verklaard afschrift van het vonnis van 19 november 1990 waarbij de vrederechter van het zevende kanton Gent zijn bevoegdheid in twijfel heeft getrokken en, met toepassing van artikel 640 van het Gerechtelijk Wetboek, de zaak naar de arrondissementsrechtbank heeft verwezen;

Overwegende dat eiser de verweerster voor de vrederechter heeft laten dagvaarden om zich te horen machtigen afzonderlijk verblijf te houden, om zich het hoederecht over de minderjarige S. te horen toekennen, om aan verweerster eventueel een omgangsrecht te horen verlenen en om notaris F. te horen belasten met het opmaken van een inventaris;

Overwegende dat de partijen samenwonen (woonden) zonder gehuwd te zijn en de vrederechter terecht van oordeel was dat zijn bevoegdheid op grond van artikel 594, 19°, Gerechtelijk Wetboek om kennis te nemen van de vorderingen ingesteld met toepassing van artikel 214 e.v. van het Burgerlijk Wetboek van openbare orde is, slechts geldt voor geschillen tussen echtgenoten en niet bij analogie op concubinerenden kan worden toegepast;

Overwegende dat de problematiek van het hoederecht en het omgangsrecht met betrekking tot het gemeenschappelijk kind tot de bevoegdheid van de jeugdrechtsbank behoort (art. 373 B.W.); dat de overige ingestelde vorderingen ermee samenhangen en niet tot de uitsluitende bevoegdheid van de burgerlijke kamers van de rechtbank van eerste aanleg behoren; dat de jeugdrechtsbank ook kennis neemt van de samenhangende eisen die ten dele tot de bevoegdheid van de burgerlijke kamers van de rechtbank van eerste aanleg en ten dele tot de bevoegdheid van de jeugdrechtsbank behoren (A. Fettweis, *Bevoegdheid*, nr. 394 en nr. 86, met voetnoot nr. 16; J. Laenens, «De bevoegdheid. Overzicht van rechtspraak 1970-78», *T.P.R.*, 1979, 287, nr. 74);

Overwegende dat de partijen in een akkoordconclusie, neergelegd voor de arrondissementsrechtbank, een overeenkomst over hun geschil hebben uitgewerkt en, op grond van artikel 1043 van het Gerechtelijk Wetboek, akte vragen van die overeenkomst;

Overwegende echter dat de arrondissementsrechtbank slechts bevoegd is om uitspraak te verlenen over geschillen van bevoegdheid overeenkomstig de artikelen 640 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek; dat het haar derhalve niet toekomt de grond van de zaak te beoordelen en evenmin akte te verlenen aan de partijen van een overeenkomst waarbij een minnelijke regeling of een dading tot stand kwam; dat dit alleen voor de rechtbank ten gronde kan geschieden;

...

NOOT – *Bevoegdheid bij geschillen tussen ex-concubanten*

1. Een man stelde, na de beëindiging van een concubinaatsrelatie, voor de vrederechter een vordering in op grond van artikel 223 B.W. tegen zijn ex-partner. Naast een machtiging om afzonderlijk verblijf te houden, vroeg hij de toekenning van het hoederecht over hun minderjarig kind (met eventueel de toekenning van een omgangsrecht aan de moeder) en de aanstelling van een notaris voor het opmaken van een inventaris.

De vrederechter meende niet bevoegd te zijn om kennis te nemen van de vordering, gezien «zijn bevoegdheid op grond van artikel 594, 19°, Ger.W. om kennis te nemen van de vorderingen ingesteld met toepassing van artikel 214 e.v. B.W. slechts geldt voor geschillen tussen echtgenoten en niet bij analogie op concubinerenden kan worden toegepast», en hij verwees de zaak, met toepassing van artikel 640 Ger.W., naar de arrondissementsrechtbank.

2. Allereerst kan men zich afvragen of het vereiste «echtgenoot te zijn» wel een component van de materiële bevoegdheid is.

Daarop dient onzes inziens ontkennend te worden geantwoord. Immers betreft het «al dan niet echtgenoot zijn» de vereiste hoedanigheid die de eisende partij dient te hebben opdat zijn vordering toelaatbaar zij (artikel 17 Ger.W.). Alleen personen die gehuwd zijn, hebben de door artikel 17 Ger.W. vereiste hoedanigheid om een vordering ex artikel 223 B.W. voor de vrederechter in te leiden (zie Daenens, P., «De procedure van de artikelen 221, 223 B.W. en 1253bis e.v. Ger.W.», in *De vrederechter en het gerechtelijk recht*, Baeteman, G. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1992, 210; Senaeve, P., «De procesrechtelijke aspecten van de voorlopige maatregelen», in *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten* (art. 223 B.W. en art. 1280 Ger.W.), Senaeve, P. (red.), Leuven, Acco, 1989, nr. 286; Vred. Sint-Truiden, 22 december 1987, *T. Vred.*, 1988, 216).

Derhalve had de vrederechter zich in het onderhavige geval geenszins onbevoegd mogen verklaren, maar had hij wel de op grond van artikel 223 B.W. ingestelde vordering als ontoelaatbaar moeten afwijzen, gelet op het feit dat de eiser niet de vereiste hoedanigheid had.

In die veronderstelling, dat de vrederechter de vordering ontoelaatbaar had verklaard, had hij de zaak ook niet, met toepassing van artikel 640 Ger.W., naar de arrondissementsrechtbank moeten verwijzen.

3. De Arrondissementsrechtbank te Gent daarentegen meende dat de vrederechter terecht zijn onbevoegdheid had opgeworpen.

Nu is de arrondissementsrechtbank slechts bevoegd om bevoegdheidsincidenten op te lossen. De beoordeling van de toelaatbaarheid (en/of de ontvankelijkheid) van de vordering valt buiten de bevoegdheid van het voorzitterscollege (Laenens, J., «Kroniek van het gerechtelijk privaatrecht», *R.W.*, 1976-77, 2517; Arrondrb. Neufchâteau, 16 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 132).

In de onderhavige casus is er echter geen sprake van een bevoegdheidsincident, nu «het echtgenoot zijn» slechts op de toelaatbaarheid van de vordering slaat, zodat de regeling inzake bevoegdheidsincidenten niet van toepassing is of zelfs kan zijn.

Alleen dat had de arrondissementsrechtbank kunnen oordelen: «In casu gaat het niet om een bevoegdheidsincident, maar wel om een kwestie van al dan niet toelaatbaarheid, waarover alleen de geadieerde rechter zich kan uitspreken.» Bijgevolg had zij de zaak dienen terug te wijzen naar de vrederechter.

4. De zaak werd echter naar de jeugdrechtsbank verwezen met de motivering dat het geschil van hoede- en bezoekrechten tot de bevoegdheid van de jeugdrechtsbank behoort (art. 373 B.W.) en de overige ingestelde vorderingen (machtiging afzonderlijk verblijf te houden en aanstelling van een notaris voor het opmaken van een inventaris) ermee samenhangen.

Vooraf kan worden opgemerkt dat het zeer verwonderlijk is dat de eiser machtiging vraagt om afzonderlijk verblijf te houden. Immers bestaat er voor concubanten geen wettelijke verplichting tot samenwoning. Artikel 213 B.W. geldt alleen voor gehuwden en kan niet bij analogie op samenwonende partners worden toegepast. In analoge zin oordeelde de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat «de rechter in kort geding geen maatregelen kan bevelen

zoals de vaststelling van afzonderlijke verblijfplaatsen, daar deze maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure slechts kunnen worden genomen op grond van een tekst (artikel 1280 Ger.W.) die niet van toepassing is op niet-gehuwden» (Kort ged. Luik, 24 september 1984, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 72).

5. Voorts kan men de vraag stellen of de vorderingen tot aanstelling van een notaris voor het opmaken van een inventaris enerzijds en tot machtiging om afzonderlijk verblijf te houden anderzijds, samenhangend zijn met de vordering aangaande het hoede- en bezoekrecht.

Er is immers maar sprake van samenhang wanneer de rechtsvorderingen onderling zo nauw verbonden zijn dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten, ten einde oplossingen te vermijden die onverenigbaar kunnen zijn, wanneer de zaken afzonderlijk worden berecht (artikel 30 Ger.W.). Er dient een objectieve verbinding tussen de vorderingen te bestaan: het is niet voldoende dat twee of meer rechtsvorderingen op soortgelijke aangelegenheden betrekking hebben (Laenens, J., «De procedure inzake bevoegdheidsincidenten voor de arrondissementsrechtbank», *R.W.*, 1974-75, 1545).

Wij zijn van oordeel dat er in casu geen samenhang is in de zin van artikel 30 Ger.W., daar een objectieve verbinding tussen de vorderingen manifest ontbreekt.

6. Eventueel had de arrondissementsrechtbank, in het licht van haar oordeel dat het wel degelijk een bevoegdheidsincident (en geen kwestie van toelaatbaarheid) betrof, toch minstens de ontstentenis van samenhang tussen de verschillende vorderingen moeten vaststellen, derhalve de eisen moeten opsplitsen en afzonderlijk naar de bevoegde rechtbanken moeten verwijzen (Laenens, J., *l.c.*, 1546; Laenens, J., «De bevoegdheid. Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1979, nr. 202; Laenens, J., «Samenhangende vorderingen», noot onder Vred. Brugge, 9 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1912).

7. De geschillen tussen ex-samenwonende partners na de verbreking van hun concubinaatsrelatie zijn onderworpen aan de algemene regels van bevoegdheid en procedure (voor zover ook aan de voorwaarden van de toelaatbaarheid is voldaan (artikel 17 Ger.W.)).

Zo zal de vrederechter bevoegd zijn om kennis te nemen van onderhoudsvorderingen (artikel 591, 7°, Ger.W.; zie in die zin Vred. Hamme, 30 december 1986, *T.Vred.*, 1991, 245).

De jeugdrechtbank zal bevoegd zijn voor de geschillen betreffende de uitoefening van het ouderlijk gezag (artikelen 374 en 377 B.W.; Vred. Hamme, 30 december 1986, *T.Vred.*, 1991, 245) en eventueel van de samenhangende vordering tot onderhoudsgeld voor de kinderen.

Een vordering tot vereffening en verdeling van de tussen hen in onverdeeldheid zijnde goederen dient te worden ingesteld voor de rechtbank van eerste aanleg (art. 569, 4°, Ger.W.).

Elk van de ex-concubanten kan, indien een ernstig belang aanwezig is, aan de vrederechter de verzegeling vragen van de voorwerpen die tot de tussen hen bestaande onverdeeldheid behoren (artikel 1148 e.v. Ger.W.).

Onafhankelijk van een vordering tot verzegeling, kan elk van beide partners, indien hij doet blijken van een ernstig belang in de bewaring, aan de vrederechter machtiging vragen om een boedelbeschrijving te laten opmaken, van de tus-

sen hen in onverdeeldheid zijnde goederen (artikel 1177 Ger.W.; zie meer uitgebreid De Leval, G., «Le menage de fait et les questions de compétence, de procédure et de saisies», in *Le menage de fait*, actes du colloque organisé par le centre de recherches juridiques de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 21 et 22 november 1985, 22 e.v.). Het opmaken van een inventaris kan slechts gevraagd worden voor de goederen in onverdeeldheid. Normalerweise blijven de vermogens van concubanten echter gescheiden. Zo weigerde de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel de vraag tot aanstelling van een notaris voor het opmaken van de inventaris op grond van de overweging dat zelfs in geval van materiële vermenging van de goederen, de vermogens van de partijen gescheiden blijven, tenzij er een uitdrukkelijke vennootschapsovereenkomst is gesloten (Kort ged. Brussel, 10 december 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 78).

Tot slot dient ook gewezen te worden op de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg om in de gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak te doen in alle zaken (artikel 584 Ger.W.). Terecht wordt algemeen, zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak, aangenomen dat artikel 1280 Ger.W. niet van toepassing is op samenwonende partners (De Leval, G., *l.c.*, 19-20; Jeanmart, N., *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel, Larcier, 1986, 243-244; Kort ged. Hoei, 1 maart 1983, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 70; Kort ged. Luik, 11 januari 1984, *Jur. Liège*, 1984, 218; Kort ged. Luik, 24 september 1984, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 72 (supra nr. 4); Kort ged. Gent, 7 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 88-89; Kort ged. Brussel, 10 december 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 78).

8. Besluit: in casu had de eiser zich moeten wenden tot de jeugdrechtbank voor de toekenning van het hoederecht over het minderjarig kind en had hij de vrederechter moeten adriëren op grond van artikel 1177 Ger.W. om zich te laten machtigen een inventaris op te laten maken (weliswaar alleen voor de goederen in onverdeeldheid).

B. Poelemans
Wetenschappelijk medewerkster
Seminarie voor Familierecht
U. Gent.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 16 november 1992

Cassatie – Middel betreffende een rechtsgrond waarop de eiser zijn rechtsvordering niet heeft laten steunen – Nieuw, ook al raakt het de openbare orde

Eisers middel tegen het bestreden arrest (Arbh. Gent, afd. Brugge, 27 september 1991) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat eiser zijn vordering uitsluitend grondde op het rechtsfeit dat de geneesheren, de apotheker en de kinesisten door een arbeidsovereenkomst met verweerder waren verbonden; dat hij niet aanvoerde dat die medici

en paramedici hun prestaties in statutair verband hebben geleverd;

«Overwegende dat het arbeidshof de vordering verwerpt op grond dat die medici en paramedici niet door een arbeidsovereenkomst met verweerder waren verbonden;

«Overwegende dat, nu eiser zelf zijn vordering niet op de statutaire rechtsverhouding heeft gegrond, het arbeidshof zijn beslissing, zonder de oorzaak van de vordering te wijzigen, niet kon laten steunen op een statutaire rechtsverhouding;

«Overwegende dat eiser een middel betreffende een rechtsgrond waarop hij zijn vordering niet heeft laten steunen, niet voor het eerst in cassatie kan aanvoeren, ook al raken de bepalingen met betrekking tot de voor de feiten-rechter niet aangevoerde rechtsgrond de openbare orde;

«Dat het middel nieuw en derhalve niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter : de h. Marchal — Rapporteur : de h. Forrier — Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal — Advocaten : mrs. De Bruyn en Bützler — In de zaak : R.S.Z. t/ O.C.M.W. Blankenberge)

NOOT — Zie Cass., 27 juni 1988 (antwoord op het tweede middel), *R.W.*, 1988-89, 225, en de conclusie van advocaat-generaal H. Lenaerts.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 19 november 1992

Tuchtrecht — Geneeskunde — Beslissing — Uitspraak door alle leden van het rechtscollege die alle zittingen over de zaak hebben bijgewoond

De bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde van Geneesheren, 7 april 1992) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat de bestreden beslissing de vermelding bevat 'aldus beslist door de hh. R., magistraat, voorzitter, D., T., K., Y., magistraten, R., N., L., T., J., doctors in de geneeskunde en De R., griffier' en 'uitgesproken (...) door de bovengenoemden behalve de hh. R., magistraat, voorzitter, en dokter J., die wettig verhinderd waren';

«Overwegende dat artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt : 'Het vonnis kan enkel worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters. Dezen moeten alle zittingen over de zaak bijgewoond hebben. Een en ander op straffe van nietigheid'; dat het tweede lid bepaalt welke procedure moet worden gevolgd wanneer een rechter wettig verhinderd is de uitspraak bij te wonen van een vonnis waarover hij mee heeft beraadslaagd;

«Overwegende dat uit die wetsbepaling, die krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek te dezen van toepassing is, blijkt dat de leden van de raad van beroep die hebben meegewerkt aan de beslissing, noodzakelijkerwijs de terechtzitting waarop zij is uitgesproken moeten bijwonen, tenzij toepassing is gemaakt van het tweede lid van artikel 779, wat te dezen niet het geval was;

«Dat immers, zolang de beslissing niet is uitgesproken, de rechters die eraan hebben meegewerkt haar kunnen intrekken, wijzigen, op hun standpunt terugkomen of een nieuwe beslissing uitlokken;

«Dat het in die gevallen niet is uitgesloten dat bij een nieuwe stemming een meerderheid een andere beslissing uitspreekt;

«Dat de bestreden beslissing, nu zij is uitgesproken door acht leden van de raad van beroep, terwijl tien leden erover hadden beraadslaagd, nietig is.»

(Voorzitter : de h. Sace — Rapporteur : mevr. Charlier — Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven — Advocaten : mrs. Draps en De Bruyn)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 23 november 1992

Voorrecht — Faillissement van werkgever — Werknemer — Voorrecht slechts m.b.t. het nettoloon

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 22 maart 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat artikel 19, 3^o bis, van de Hypotheekwet bepaalt dat het loon van de werknemers, bedoeld in artikel 1 van de wet van 12 april 1965, zoals bepaald in artikel 2 van die wet bevoorrecht is op alle roerende goederen, zonder dat het bedrag daarvan 300.000 frank te boven mag gaan;

«Dat luidens artikel 2 van de wet van 12 april 1965 onder loon onder meer wordt verstaan het loon in geld en de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever;

«Overwegende dat de sociale-zekerheidsbijdragen van de werknemer en de bedrijfsvoorheffing deel uitmaken van het aldus omschreven loon; dat evenwel, behoudens een te dezen niet vastgesteld andersluidend beding inzake bedrijfsvoorheffing, de werknemer ten aanzien van de werkgever en, in geval van diens faillissement, van de gezamenlijke schuldeisers, geen vorderingsrecht heeft, om in eigen handen betaling te verkrijgen van die bedragen, die door de belasting-schuldige of de schuldenaar op het loon zijn ingehouden om aan het bestuur en aan de betrokken instellingen te storten;

«Dat hieruit volgt dat, behoudens voormeld andersluidend beding, het bij artikel 19, 3^o bis, van die wet gevestigde voorrecht niet van toepassing is op die bedragen, daar deze verschuldigd zijn aan het Bestuur der Directe Belastingen en aan de instellingen voor sociale zekerheid;

«Dat het arrest, door het tegengestelde te beslissen, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt.»

(Voorzitter : de h. Marchal — Rapporteur : de h. Verheyden — Openbaar ministerie : de h. Leclercq — Advocaten : mrs. Kirkpatrick en Gérard — In de zaak : Sluitingsfonds t/ Faillissement N.V. V.)

NOOT — Zie Cass., 5 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, 826.

BOEKEN

Miskende vennootschapsvormen, Recyclagedagen 1990 van de Nederlandstalige Regionale Raad (red. Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen), Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen

De recyclagedagen van de Nederlandse Regionale Raad van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen was in 1990 integraal gewijd aan de zogenaamde «miskende vennootschapsvormen» nl. de vennootschap onder firma (V.O.F.), de gewone commanditaire vennootschap (Comm.V.), de commanditaire vennootschap op aandelen (Comm.V. op aandelen) en de coöperatieve vennootschap (C.V.). De referaten samen met een verslag over de gestelde vragen werden gebundeld in een boek met als titel «Miskende vennootschapsvormen».

Men kan het belang van zulk een initiatief nauwelijks overschatten. Hedendaagse doctrine of Nederlandstalige doctrine «tout court» over de genoemde rechtsvormen is nagenoeg niet bestaand, de C.V. niet te na gesproken.

Door de initiatiefnemers werd gekozen voor een afzonderlijke bespreking van elk van de vier rechtsvormen. Deze horizontale aanpak is zeker verdedigbaar wat betreft de C.V. en de Comm.V. op aandelen. Hij leidt evenwel tot herhaling wat betreft de V.O.F. en de Comm.V.: beide vennootschapsvormen zijn in de vennootschapswet karig bedeed zodat op beide vormen grotendeels de artt. 1832 e.v. B.W. toepasselijk zijn.

Van Bruystegem beschrijft in een eerste deel «Enkele aspecten van de vennootschap onder firma». In feite betreft het een vrij systematische beschrijving van deze vennootschapsvorm. Zo worden de regels m.b.t. het statuut van de vennoten (gehoudenheid tot de schulden, inbreng van arbeid, overdracht van aandelen, uittreding, uitsluiting, overlijden) en de zaakvoerder, de vergadering van de vennoten, het delen in winst en verlies, de jaarrekening en de ontbinding. Daarbij komen netelige kwesties aan bod, zoals de mogelijkheid om een vennoot uit te sluiten of de wijze waarop de algemene vergadering en het bestuur georganiseerd moeten worden. Waar nodig wordt verwezen naar Belgische en Franse doctrine.

De gewone commanditaire vennootschap en de commanditaire vennootschap op aandelen worden besproken door Van Bael. De practici zullen vooral de beschrijving van de commanditaire vennootschap op aandelen op prijs stellen nu deze vennootschapsvorm meer en meer aangeprezen wordt als ideale opvolgingsstructuur voor KMO's. De aandacht voor de meer vormelijke aspecten, m.n. de inhoud en de openbaarmaking van de oprichtingsakte, verraadt de notariële invalshoek van de auteur.

Het laatste deel, van de hand van Van Hulle, over de coöperatieve vennootschap is ten dele achterhaald door de wet van 20 juli 1991. Aan de hand van modelstatuten somt de auteur verschillende punten op die de bijzondere aandacht verdienen van elkeen die statuten van een C.V. redigeert. Uiteraard blijft de bespreking haar relevantie behouden m.b.t. die regels die de wet van 18 juli onverlet heeft gelaten. Dit zijn er heel wat aangezien genoemde wet hoofdzakelijk de regels omtrent het kapitaal in de C.V. met beperkte aansprakelijkheid ingrijpend heeft gewijzigd.

Het verslagboek wordt afgerond met een verslag van Wymeersch dat de ambitieuze titel «Kritische benadering en synthese van de besproken vennootschappen» draagt.

Voor de jurist wiens belangstelling verder reikt dan de klassieke N.V. en B.V.B.A. is dit boek een onmisbaar werkinstrument.

Hilde Laga

J. VAN HOUTTE, A. DUYSTERS, M. KEULENEER en K. VAN DEN BRANDE, **Erven en laten erven. Een rechtssociologische studie naar samenstelling en toedeling van nalatenschappen**, Leuven, Acco, 1991, 167 pp.

De activiteiten van het Centrum voor Rechtssociologie van de U.F.S.I.A. leggen de laatste tijd een belangrijke klemtoon op het familiaal vermogensrecht. Naast enkele belangwekkende studies over het familierecht (onderhoudsplicht tussen ouders en kinderen, onderhoud tussen echtgenoten, adoptie, gezin en gerecht) is in 1984

een studie over huwelijksvermogensrecht gepubliceerd, die thans met een studie over het erfrecht wordt aangevuld.

In een algemene inleiding schetsen de auteurs het historisch en juridisch kader van de devolutie van goederen. Zij wijzen er terecht op dat de economische betekenis van het erfrecht vrij relatief is geworden. De gemiddelde erfenis biedt immers thans geen bestaanszekerheid meer. Men erft op latere leeftijd en de erfenis is hoogstens een aanvulling op de levensstandaard die men door zijn beroepsinkomen heeft verworven. Voor de gemiddelde burger zijn diploma's, pensioenrechten, know-how belangrijker geworden dan de erfenissen die hem toevallen.

Vervolgens wordt de vraagstelling geformuleerd: 1) feitelijke doorstroming van de goederen bij het overlijden van de *de cuius*; 2) in welke mate en op welke wijze grijpt de *de cuius* in om de devolutie te bepalen; 3) welke rol speelt het erfrecht bij de opvolging in de familiale ondernemingen.

Ten slotte besteedt de studie aandacht aan het notariaat als voorrecht getuige van de afwikkeling van een nalatenschap.

Aan het empirisch onderzoek liggen twee gegevensbronnen ten grondslag: 1) een deelproof van 2545 (3,0% van het totale aantal) aangiften van nalatenschap voor het jaar 1985; 2) een enquête bij het notariaat.

Bij de verwerking van de aangifte van de nalatenschap wijzen de auteurs erop dat hun het een en ander ontsnapt: 1) sommige aangiften die geen aanleiding geven tot het heffen van successierechten worden mondeling ingediend en ontsnappen dus aan het onderzoek; 2) de «grijze» goederenstroom: de auteurs menen dat hun wellicht enkele in financieel opzicht belangrijke nalatenschappen ontsnappen en stellen dat de «grijze» devolutie door haar aard moeilijk op te sporen is. Dit is uiteraard het geval, en wellicht in grotere mate dan de auteurs doen uitkomen, zodat een ernstige hypothese op het onderzoek wordt gelegd. Het is immers bekend dat roerend vermogen zo weinig mogelijk wordt aangegeven, dat inboedels te laag worden geschat, enz. Dit fenomeen is daarenboven niet typisch voor de grote nalatenschappen maar doet zich eveneens voor bij middelgrote en kleine boedels.

Hoofdstuk II probeert de goederenstroom in kaart te brengen. De auteurs komen tot de conclusie dat de meeste nalatenschappen een vrij bescheiden omvang hebben: 60% van de nalatenschappen beslaat geen miljoen frank. Het is moeilijk deze cijfers op hun relevantie te beoordelen. Gelet op de «grijze» goederenstroom zullen de bedragen in de meeste gevallen merkkelijk moeten worden verhoogd. Het hier gehanteerde nettoactief geeft in elk geval geen goed beeld (vgl. p. 52) van wat er aan waarde bij een devolutie overgaat. Daarenboven is het te betreuren dat de auteurs geen aandacht aan de levensverzekering hebben besteed.

Wat de inhoud van de nalatenschappen betreft, is het opvallend dat bijna 90% van de erflaters met een schriftelijke aangifte een onroerend goed bezit.

De begunstigden van het devolutieproces zijn in aantal beperkt. De meeste nalatenschappen gaan slechts naar een of twee erfgenamen, voornamelijk de echtgenoot en de erfgenamen in rechte lijn. Naar personen buiten de familie gaat de nalatenschap zelden. Is dit toch het geval, dan valt de belangrijke positie op die de V.Z.W.'s innemen.

De hoofdstukken III tot V behandelen de schenkingen, de testamenten en de overeenkomsten tussen echtgenoten. Dit gedeelte bevat bijzonder veel statistische informatie die inzicht geeft in de praktijk van de testamenten en de huwelijkscontracten. Over de schenkingen bevatten deze hoofdstukken minder informatie, gelet op het toenemende belang van de (meestal niet geregistreerde) handgift. Samenvattend blijkt dat meer dan 40% van de erflaters met een schriftelijke aangifte maatregelen had getroffen. Bij gehuwden gaan deze duidelijk in de richting van een versterking van de positie van de langstlevende echtgenoot. Van de contractuele erfstelling wordt vrij veel gebruik gemaakt. Maar vele contractuele erfstellingen zijn vóór de wet van 1981 opgesteld. Wel blijkt uit de notariële enquête dat ze ook thans nog behoorlijk tot zeer vaak voorkomen. Het testament wordt vooral gebruikt door kinderloze niet-gehuwden.

Hoofdstuk VI bespreekt de anticipatieve erfregelingen in het kader van de opvolging in familiebedrijven. De studie bevestigt de onvolkomenheid van ons familievermogensrecht. De notarissen raden eerder aan een beroep te doen op vennootschapsrechtelijke technieken. Buiten de context van de regeling van de opvolging in

familiebedrijf komen anticipatieve ouderlijke schikkingen nog minder voor. De vermogensvennootschap wordt vrij zelden aangeraden.

Het laatste hoofdstuk bespreekt de instelling die het nauwst bij het devolutieproces is betrokken: het notariaat. De statistische gegevens geven inzicht in de spreiding van de activiteit van de notaris en in het belangrijke aandeel dat de akten uit het gezinsvermogensrecht hierin hebben. De studie geeft geen appreciatie over het notariaat, maar wijst wel op zijn impact en betekenis. Nu het notariaat de laatste maanden ter discussie staat en de minister van Justitie een wetsontwerp tot hervorming van het notariaat voorbereidt, heeft de studie op dit punt ook enige relevantie. Het notariaat speelt in ons land een belangrijke rol. Zijn verdiensten zijn groot: de notaris is in vele gevallen een erg geapprecieerd vertrouwenspersoon die naar best vermogen zijn cliënten informeert en adviseert, naar evenwichten zoekt in delicate geschillen, met een dienstverlening die de vergelijking met andere beroepen zonder enig probleem kan doorstaan. Het notariaat heeft als korps gedurende de laatste jaren een belangrijke inspanning geleverd om de kwaliteit van de prestatie nog te verbeteren. Het consultatiecentrum, de aandacht voor de zo noodzakelijke recyclage zijn hiervan slechts enkele voorbeelden. Andere beroepsbeoefenaars of staatsambtenaren kunnen ongetwijfeld de activiteiten van de notaris overnemen. Zal de service beter zijn, zal de professionele aanpak degelijker zijn, zal de toegankelijkheid groter zijn? Gelet op de know-how die het notariaat heeft weten te verzamelen, zal dit wellicht niet het geval zijn of zal het minstens een enorme inspanning vergen iets vergelijkbaars op te bouwen. Extreme voorstellen die het notariaat wensen af te schaffen of zijn bevoegdheden drastisch wensen te beperken zullen wellicht (en maar terecht) het lot van vallende dominostenen ondergaan.

Het laatste deeltje rond het notariaat handelt over de afkomst van de notaris en dus over de toegang tot het beroep. De auteurs komen eens te meer tot de conclusie dat de idee dat het notariaat van vader op zoon overgaat in grote mate waar is. De huidige regeling van de toegang tot het ambt, zowel voor de opvolging van vader op zoon als voor de andere benoemingen, is in hoge mate bekritiseerbaar en ten aanzien van een openbaar ambt niet meer aanvaardbaar. De duidelijke woorden die professor Dillemans hierover heeft geschreven (*T.Not.*, 1978, 212-213), kunnen volstaan. Het zou het notariaat sieren indien het zou opteren voor een open en democratische toegang tot het ambt en niet zou pleiten voor mechanismen zoals voorkeurrechten voor de kandidaat-notaris die vijf jaar op een bepaald notariskantoor heeft gewerkt.

Onder het mom van de continuïteit van het ambt wordt hierdoor slechts een nieuw monopolie gecreëerd dat de toets aan het gelijkheidsbeginsel niet zal kunnen doorstaan. Nu de minister van Justitie door de oprichting van een Wervingscollege der Magistraten en de organisatie van examens een ernstige poging heeft ondernomen en gerealiseerd om de toegang tot het gerechtelijk ambt ten dele te depolitiseren, mag het notariaat op dit punt niet aan de kant blijven staan.

W. Pintens

B. HESS, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten. Der private Kläger im Schnittpunkt von zivilgerichtlichem und völkerrechtlichem Rechtsschutz*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, 466 pp.

Aanleiding tot het schrijven van dit doctoraal proefschrift was de kernramp van Tchernobyl anno 1986. Sindsdien zijn een massa schadeclaims bij de USSR, en nadien bij het GOS, ingediend, niet alleen door andere staten, maar eveneens door particulieren. Juist met betrekking tot deze laatste categorie van slachtoffers stelt het onderhavige boek de centrale vraag: kan een staat zich op zijn volkenrechtelijke immuniteit beroepen tegenover particulieren die buiten zijn territorium schade van hem hebben ondervonden.

Systematisch en overzichtelijk brengt de auteur deze problematiek in kaart. Zo begint het eerste deel met een typologie van de internationale onrechtmatige daad. Allereerst zijn er daden die zich voordoen in een bepaalde staat en er ook hun schadelijk effect sorteren (de zogenaamde *Inlandsdelikte*). De tweede categorie omvat daden die zowel qua ontstaan als qua gevolg buiten de forumstaat plaatsvinden (de *Auslandsdelikte*). En ten slotte onderscheidt de au-

teur de zogenaamde grensoverschrijdende onrechtmatige daden die hun effecten sorteren in een *andere* staat dan waar ze zich hebben voorgedaan (de *grenzüberschreitende Distanzdelikte*). Deze laatste categorie — voor het boek veruit de belangrijkste — maakt het voorwerp uit van een verdergaande onderverdeling. Naast de typische grensincidenten (men denke hier aan het schoolvoorbeeld van de grensoverschrijdende kogel), onderscheidt Hess nog andere gevallen van grensoverschrijdende schadeverwekkende daden: milieuschade, inbreuk op de persoonslijksrechten (bv. lasterlijke radio-uitzendingen) en ten slotte extraterritoriale activiteiten zoals wetgeving die een nationaal mededingingsrecht verstoren.

Het toverwoord voor de landen die zich tegen de schadeclaims willen indekken luidt: immuniteit. Teneinde een algemeen overzicht te verwerven van de recente stand van zaken inzake de immuniteit, onderzoekt de auteur verschillende praktijkgevallen van het internationale recht. Dat leert ons dat immuniteit meestal afgewezen wordt in geval van *Inlandsdelikte* mits het gaat om *acta iure gestionis*. De huidige tendens bestaat er nu juist in deze categorie ruim te interpreteren zodat de marge om de immuniteit op te werpen voor de *acta iure imperii* steeds kleiner wordt. Voor de *Auslandsdelikte* daarentegen kan de immuniteit in de regel wel opgeworpen worden, te meer omdat het daar meestal gaat om soevereine daden van de desbetreffende staat. Soms gaat men zelfs zover ook voor schendingen van de mensenrechten geen afwijking op het immuniteitsbeginsel toe te staan. Voor de derde categorie is de toestand verre van eenduidig. Voor de typische grensoverschrijdende handelingen alsmede voor de grensoverschrijdende inbreuk op de persoonslijksrechten wordt immuniteit meestal toegestaan. Milieuschade daarentegen kan in beginsel op de staat van herkomst verhaald worden, maar nationaal procesrecht kan dat eventueel dwarsbomen. Voor de laatste categorie ten slotte werden in het verleden alle schadeclaims door de rechtbanken verworpen. De situatie is dus allesbehalve duidelijk, hetgeen de auteur motiveert op zoek te gaan naar criteria die de problematiek op heldere wijze kunnen afbakenen.

Wat die opdracht evenwel bemoeilijkt, is het constant op de achtergrond aanwezige belangenconflict tussen de particuliere schade-lijdende partij enerzijds en de soevereiniteit van de staten anderzijds. Wat volgens de auteur hoe dan ook belangrijk is om de belangen van de verwerende staat te evalueren, zijn het type handeling (*acta iure imperii/gestionis*), de *locus delicti commissi* en de status van de desbetreffende overheid. Voor de forumstaat is vooral de mate van schade op het eigen grondgebied van belang. Voor de (particuliere) eiser ten slotte zijn twee dingen heel belangrijk: hoe ernstig is de inbreuk op zijn rechten, en in hoeverre beschikt hij over de mogelijkheden om verhaal te krijgen voor de rechtbanken van de verwerende staat. Indien zijn overheid hem min of meer volledig schadeloos stelt, is er eigenlijk geen belang meer om de vreemde staat rechtstreeks te gaan dagvaarden.

Als supplementaire invalshoek die de nodige criteria moet opleveren, stelt de auteur de volgende vraag: wat is het voorwerp van de schadeclaim? Wanneer de schadelijdende partij een verbod of gebod vraagt (bv. het verbod om in de schadeverwekkende staat een nucleaire fabriek op te starten), zal doorgaans immuniteit toegestaan worden. Ook in geval van eventuele indirecte dwang (bv. de dwangsom) verzet het verbod van executie op overheidsgoederen zich tegen elke gevraagde maatregel. Het enige soelaas voor de schadelijdende partij kan in dat geval alleen nog geboden worden door afspraken op interstatelijk niveau. Alleen bij financiële schadeloosstelling maakt de particuliere eiser dus een kans om rechtstreeks verhaal te krijgen. En opnieuw grijpt de auteur terug op zijn viervoudige typologie. Voor de typische grensoverschrijdende daden wordt meestal immuniteit verleend, aangezien het daar in de meeste gevallen gaat om politieke en militaire aangelegenheden (*acta iure imperii*). Voor grensoverschrijdende milieuhinder liggen de zaken iets ingewikkelder. Zodra men bv. kan vermoeden dat de schade (deels) te wijten is aan gebrekkige toezicht door de overheid, rijst de moeilijke vraag hoe men dergelijke controle kan kwalificeren: een *actum iure gestionis of imperii*? Het gaat er met andere woorden om af te wegen of de staat in kwestie al dan niet in zijn soevereiniteit wordt geraakt. Voor het derde type van grensoverschrijdende daden lijken de kansen op elke andere vorm dan geldelijke schadeloosstelling (bv. recht op antwoord) uit den boze. En voor de laatste categorie ten slotte staat vast dat de particulier hoegenaamd geen mogelijkheid heeft hier te ageren tegen een staat.

Het is duidelijk dat het voor de particulier (trouwens ook voor diens staat) uitgesloten is om bv. in de vreemde staat aan te dringen op een wetswijziging.

Wat kan men hieruit besluiten? De auteur komt tot het besluit dat in de meeste gevallen de immuniteit van de vreemde staat erkend wordt. Gelet op het feit dat grensoverschrijding per definitie twee soevereine staten betreft, mag dat ons ook niet verwonderen. Daarom is het internationale recht dan ook een veel geschikter medium om deze problemen op te lossen dan het te eenzijdige nationale recht. Wel pleit de auteur voor een effectief verhaalsrecht van de schadelijgende partij op de eigen staat, die dan zelf poogt op interstatelijk niveau de andere staat tot schadeloosstelling te bewegen.

Christiaan Franck
Assistent K.U. Leuven

D. DEBRUYNE, De grenzen van de onderzoeksbevoegdheden van de Europese Commissie in mededingingszaken. Een juridische benadering, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1992, 173 pp.

Niet zelden leest men in de krant over een plotselinge inval van de diensten van de Europese Commissie in een of andere grote onderneming, op het spoor van een of ander belangrijk kartel (zie recent nog Meeus, T.-J., «De gewiekste invaltaktiek van de Brusselse DG4», *NRC Handelsblad*, 21 maart 1992, p. 18). Tegenover het stijgend beroep dat de Commissie van haar onderzoeksbevoegdheden in mededingingszaken heeft gemaakt, staat de toenemende contestatie van deze bevoegdheden door de geviseerde ondernemingen voor het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (dat deze contestatie soms succesvol is, mag bv. blijken uit het zgn. PVC-arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 27 februari 1992 (gevoegde zaken T-79/89 e.v., BASF/Commissie, *Rec.*, 1992, blz. II-315), waarin het Gerecht een beschikking van de Commissie wegens bijzonder ernstige en evidente gebreken non-existent verklaarde; tegen dit arrest is de Commissie in beroep gegaan (zaak C-137/92 voor het Hof)). Het hier besproken boek – door de auteur geschreven als licentiaatsverhandeling in het kader van de postuniversitaire licentie Europees recht aan de U.G. – komt in elk geval uit op een ideaal moment, nu de Europese binnenmarkt (in beginsel) voltooid is en de Commissie voor verscheidene sectoren heeft aangekondigd strenger de hand te zullen houden aan de communautaire mededingingsregelen.

Zoals de titel laat voorspellen, verricht de auteur een nader onderzoek naar de juridische begrenzing van de onderzoeksbevoegdheid die aan de Commissie in mededingingszaken toekomt. Concreet betekent dit vooral een analyse van de desbetreffende bepalingen in verordening 17/62, welke op 6 februari 1962 door de Raad genomen werd ter uitvoering van de artt. 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204). Na een korte situering van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie in mededingingszaken (m.n. wat betreft de ondernemingen ten aanzien waarvan deze bevoegdheid bestaat en de verschillende sectoren van de economische activiteit waarvoor deze bevoegdheid speelt), wordt vooral aandacht besteed aan de juridische aard van deze onderzoeksbevoegdheden (gaat het om strafrechtelijke geldboeten? Voldoen de procedurele waarborgen aan het EVRM? Vervult de Commissie een rechtsprekende functie, is zij een rechterlijk orgaan in de zin van art. 6 EVRM?) en de voorwaarden waaronder zij moeten worden uitgeoefend. Het onderzoek van deze voorwaarden maakt zowat de kern van het onderhavige boek uit. Nauwgezet analyseert de auteur de vereisten waaraan het onderzoek van de Commissie moet voldoen inzake bevoegdheid, de naleving van wezenlijke vormvoorschriften (in het bijzonder de motiveringsplicht) en evenredigheid en conformiteit met de (door de communautaire rechtsorde erkende) algemene rechtsbeginselen, de verdragsregelen en hun uitvoeringsbepalingen. Boeiende lectuur levert het onderzoek van de rechtspraak van het Hof van Justitie m.b.t. de rechten van de verdediging, het recht om zichzelf niet te beschuldigen, het recht op rechtsbijstand, het recht op het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen een cliënt en zijn advocaat, het recht op geheimhouding (zie recent nog i.v.m. zakengeheimen, Lavoie, Ch., «The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules», *E.L.R.*, 1992, 20-40) en de grondrechten (m.n. het

vermoeden van onschuld en de onschendbaarheid van de woning; dienaangaande mag tevens verwezen worden naar Edward, D., «Constitutional rules of Community law in EEC competition cases», *Fordh. Int. L.J.*, 1989-90, 111-148, tevens verschenen in 1992 and *EEC/U.S. Competition and Trade Law*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Hawk, B., (red.), New York, Transnational Juris Publications, 1990, 384-418). Daarnaast worden bondig de stelsels van rechtsbescherming behandeld in het kader van EEG en EVRM. Ten slotte wordt ingegaan op de begrenzing van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie *ratione temporis* en *ratione territorii*. Wat dit laatste betreft, geeft de auteur een interessant overzicht van de regelingen die de Lid-Staten hebben getroffen met het oog op de bijstand die de nationale bevoegde instanties aan de Commissie in het kader van haar onderzoeken dienen te verlenen. Zoals bekend, versterkt met name de nieuwe Belgische mededingingswet van 5 augustus 1991 (*B.S.*, 11 oktober 1991) de onderzoekspositie van de Commissie op het Belgische grondgebied aanzienlijk (hierover meer bij Levy-Morelle, J., «Conséquences pratiques de la nouvelle réglementation pour les entreprises», voordracht gehouden op de Derde Dag van de Bedrijfsjurist, Brussel, 29 oktober 1992).

Algemeen kan gesteld worden dat het gerecenseerde boek zeer toegankelijk en overzichtelijk geschreven is, en een verhelderende analyse maakt van het bestudeerde onderzoeks domein. Gelet op het complex karakter van de betrokken materie is dit geen geringe verdienste. «In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister»: dit geldt zeker voor de opzet van dit boek, al is het bv. jammer dat de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie in het kader van de concentratieverordening (verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB*, 1989, L 395, blz. 1) niet nader aan bod komen (ofschoon ook dit uiteraard mededingingszaken zijn, viel dit onderwerp volgens de auteur «buiten het bestek van deze verhandeling»: p. 24, voetnoot 32). Gezien het recent karakter en praktisch belang van de communautaire concentratiecontrole ware het de moeite geweest enige parallellen te trekken met de in het kader van verordening 17/64 opgedane bevindingen.

Jan Wouters

W. VAN EECKHOUTTE, Sociaal compendium 1992. Arbeidsrecht, Antwerpen, Kluwer, 1992, 1492 pp., 7.500 fr.

Het boek van prof. Van Eeckhoutte, hoofddocent aan de Universiteit Gent en advocaat aan de Balie te Gent, vormt een indrukwekkende encyclopedie van het arbeidsrecht. Na de uitgave 1991 is dit reeds de tweede herwerkte editie. De verdiensten van het werk zijn buitengewoon groot. Het is het enige recente Nederlandstalige handboek dat op volledige wijze het arbeidsrecht beslaat. Het is daarbij volledig, bijzonder betrouwbaar, helder geschreven, waarbij op verstandige wijze geselecteerd wordt in de rechtsleer en de rechtspraak. Het meesterwerk van Van Eeckhoutte vult een lacune in de literatuur, nu geen enkele andere auteur nog de euvelen moed opbrengt om een commentaar te schrijven op het hele arbeidsrecht. Bovendien worden zelfs nog een aantal fiscale regels toegelicht, waarbij Van Eeckhoutte voor de fiscaliteit samengewerkt heeft met W. Van Nieuwenhove. Het is de bedoeling elk jaar een nieuwe editie van het *Sociaal compendium arbeidsrecht* uit te brengen. Voor de herwerking van 1992 verleende mr. Ann Taghon haar medewerking.

Het is natuurlijk ondoenlijk om in het kader van dit tijdschrift het boek grondig te bespreken. Bovendien is het boek mijns inziens niet vatbaar voor een fundamentele kritiek. Kortheidshalve zullen er een paar minder belangrijke kritische vraagtekens worden geplaatst.

Over de mate van volledigheid kan natuurlijk blijvend worden gediscussieerd. Misschien kan overwogen worden in de toekomst met betrekking tot de zogenaamde zekerheidsbedingen in het kader van de vakbondsvrijheid, en meer bepaald met betrekking tot de uitsluitende aanwerving van werknemers die lid zijn van een werknemersorganisatie (closed shop), te verwijzen naar het arrest van het E.H.R.M. van 13 augustus 1981, inzake Young, James en Webster tegen Verenigd Koninkrijk, *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, vol. 44 (1981), p. 5 e.v.

Het antwoord op de vraag of een wanprestatie kan worden beschouwd als een niet-uitdrukkelijk onrechtmatig ontslag vindt men enigszins verscholen in het onderdeel met betrekking tot de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst (zie nr. 5341). Zelfs indien men de beëindiging van de individuele arbeidsovereenkomst door een wanprestatie met de bedoeling de overeenkomst te beëindigen als een onderdeel van de problematiek van de eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kan beschouwen, ware het misschien nuttig in de onderdelen met betrekking tot de sancties op de niet-nakoming van de arbeidsovereenkomst te verwijzen naar nr. 5341 in verband met de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door tekortkomingen (zie nr. 2302 en 4733).

Bij zo een omvangrijk boek is het onvermijdelijk dat de tikmachine uitzonderlijk eens hapert bij het uittikken van een eigenaam, zoals die van advocaat-generaal Van Nuffel bij het Arbeidshof te Antwerpen (nrs. 5187 en 5204).

In nr. 1058 wordt het decreet van 30 juni 1982 inzake de bescherming van de vrijheid van het taalgebruik van de Franse taal in de sociale betrekkingen tussen werkgevers en hun personeel bestempeld als een decreet van de Waalse Gewestraad, terwijl de Franse Gemeenschapsraad wordt bedoeld.

In nr. 5201 schrijft Van Eeckhoutte met betrekking tot de opzeggingstermijn die de lagere bediende moet respecteren, dat het de rechter niet verboden is een kortere termijn vast te stellen dan de wettelijke en dat de door de bediende in acht te nemen opzeggingstermijn derhalve niet noodzakelijk gelijk is aan de helft van die welke de werkgever in acht had moeten nemen. Deze opvatting is m.i. onjuist (zie bv. Steyaert, De Ganck en De Schrijver, *Arbeidsovereenkomst*, nr. 763) en de rechtspraak waarnaar verwezen wordt, o.m. Cass., 9 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 181, *Pas.*, 9 oktober 1975, I, 166 heeft duidelijk betrekking op de opzeggingstermijn die de hogere bediende moet respecteren (zie bv. ook Arbh. Brussel, 12 april 1983, *J.T.T.*, 1984, 134).

Deze opmerkingen doen geenszins afbreuk aan de ontzaglijke verdiensten van het boek. Het is een accuraat en onmisbaar werk-instrument voor ieder die als student, als bedrijfsjurist, als advocaat of magistraat arbeidsrechtelijke problemen wenst op te lossen. In de inleiding kondigt Van Eeckhoutte de vervollediging van zijn *Sociaal compendium arbeidsrecht* aan met delen sociale-zekerheidsrecht, sociale bijstand en sociaal procesrecht. Daarmee knoopt Van Eeckhoutte als discipel van de Gentse sociaalrechtelijke school aan bij vroegere leerboeken waarin ook het hele sociaal recht aan bod komt.

W. Rauws

R. FERNHOUT, *De Verenigde Staten van Europa zijn begonnen, maar voor wie?*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1992

In deze inaugurele rede, uitgesproken naar aanleiding van de toekenning van een Jean Monnet Leerstoel in het Europees Recht aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen, wordt een bijzonder actueel thema aangesneden. De vraag *voor wie* het Europese integratieproces is bestemd, wordt door de auteur immers vooral bekeken vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van personen en emigratie naar de Europese Gemeenschap.

Vrij verkeer van personen binnen de Gemeenschap, zoals het in het EEG-Verdrag is geregeld, wordt vooral behandeld als een economische aangelegenheid. Door de richtlijnen, genomen in het kader van het «Europa 1992», werd deze basis evenwel verruimd. Dit was het geval met de richtlijnen die het verblijfsrecht in de Lid-Staten van de Gemeenschap regelen van gepensioneerden, studenten en iedere EG-onderdaan die voldoende tegen ziektekosten is verzekerd en beschikt over voldoende middelen van bestaan. Het Akkoord van Maastricht gaat echter nog een stap verder door op principiële wijze de band tussen vrij personenverkeer enerzijds en economische doelstelling anderzijds los te maken. Elke burger van de Europese Gemeenschap krijgt nu in principe het recht om zich vrijelijk te bewegen op het grondgebied van een Lid-Staat en er te verblijven.

De moeilijkheid is echter niet zozeer de situatie van vrij verkeer en verblijf van EG-onderdanen op het grondgebied van een Lid-Staat van de Gemeenschap, maar wel de toegang en verblijf van

niet-onderdanen. Dit vormt dan ook de hoofdbrok van Fernhouts werkstuk. Een belangrijk punt hierbij is de relatie tussen vrij verkeer van personen in de Gemeenschap enerzijds en de situatie van niet-onderdanen anderzijds. In het EG-recht wordt het principe van de artikelen 9 en 10 EEG-Verdrag, luidens hetwelk niet-EG-goederen die geïmporteerd en gededouaneerd worden in een Lid-Staat van de Gemeenschap, als het ware de status van «communautair goed» verkrijgen waardoor het principe van vrij verkeer ervoor geldt, niet op mensen toegepast. Zelfs in het kader van de verwezenlijking van de Interne Markt blijken onder andere door het verzet van Groot-Brittannië en Denemarken nog een aantal moeilijke hindernissen niet weggeruimd. Hierdoor worden de andere Lid-Staten gedwongen op de niet-communautaire Schengen-Overeenkomst terug te vallen zodat in beperktere kring deze aangelegenheid wordt geregeld.

Begin anno 1993 staat het thema personenverkeer en migratie onder grote politieke en economische druk. Diverse krachten in de Lid-Staten van de Gemeenschap bespelen op een ongenueanceerde wijze gevoelens van angst tegenover «de andere». Ook het EG-beleid ondervindt hiervan een weerslag. Het is de verdienste van Fernhout dat hij de mogelijkheden en grenzen van de EG-rechtelijke infrastructuur in deze materie heeft geanalyseerd en beoordeeld. Zijn studie is dan ook voor iedereen die met de humane dimensie van de Europese Gemeenschap is begaan, ten zeerste aan te bevelen.

Prof. Marc Maresceau

MEDEDELINGEN

Universitair nieuws – Doctoraat Rechten K.U.Leuven

De heer David D'Hooghe zal op dinsdag 30 maart 1993 te 17u00 in de Promotiezaal van de Universiteitshal, Naamsestraat 22, Leuven, zijn proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten openbaar verdedigen.

Het proefschrift handelt over «De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken».

Promotor en co-promotor zijn resp. prof. dr. M. Boes en prof. dr. L.P. Suetens.

Voorzorgskas voor advocaten en gerechtsdeurwaarders – Uitnodiging

De Raad van Bestuur van de Voorzorgskas voor Advocaten en Gerechtsdeurwaarders nodigt uit tot het bijwonen van de Gewone Algemene Vergadering op donderdag 29 april 1993 om 15u00 en van de Buitengewone Algemene Vergadering om 16u00 in de Nationale Kamer van de Gerechtsdeurwaarders, Henri Jasparlaan 93, 1060 Brussel.

Dagorde van de Gewone Algemene Vergadering:

1. Goedkeuring van het proces-verbaal van de Gewone Algemene Vergadering van 7 mei 1992.
2. Verslag van de Raad van Bestuur.
3. Goedkeuring van de rekeningen van het boekjaar 1992 en voorstelling van de begroting voor het komende jaar.
4. Decharge van de bestuurders.
5. Statutaire benoemingen.
6. Allerlei.

Dagorde van de Buitengewone Algemene Vergadering:

1. Wijziging en aanpassing van de statuten.

Belangrijke herinnering:

De leden van de vereniging, die verhinderd zijn de vergadering bij de wonen mogen door een ander lid worden vertegenwoordigd. De volmacht moet geen bijzondere vorm hebben en kan afgegeven worden bij het bureau van de vergadering. Het aantal stemmen waarover een gemachtigde beschikt is beperkt tot tien (art. 31 van de statuten).

Voor de raad van Bestuur
de voorzitter, L. Gielen