OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

VOORRECHTEN EN HYPOTHEKEN 1991-1997 (*)

door

Eric DIRIX
Hoogleraar K.U.Leuven

INHOUD

TITEL I
DE OPENBAARMAKING

Afdeling 1
Akten onderworpen aan overschrijving (1-5)

1. Algemeen – 2. Akten vernoemd in artikel 1 Hypotheekwet – 3-4. Gevolgen – 5. Persoonlijke rechten.

Afdeling 2
Vorm van de over te schrijven akten (6)

6. Algemeen.

Afdeling 3
Derden die door de overschrijving worden beschermd (7-9)

7. Algemeen – 8. Goede trouw – 9. Schuldeisers na beslag of faillissement.

Afdeling 4
Akten onderworpen aan kantmelding (10-11)

10. Akten vernoemd in art. 3 Hypotheekwet – 11. Pauliana en paulianabeslag.

TITEL II
DE VOORRECHTEN

Hoofdstuk I
ALGEMEEN

Afdeling 1
Algemene begrippen (12-36)

12. Principes. Artikelen 7 en 8 Hyp.W. – 13. Trustachtige verhoudingen – 14. Openbare orde – 15. Samenloop – 16. Samenloop. Gevolgen – 17. Posities schuldeisers na faillissement – 18. Ontbinding rechtspersoon – 19. Gerechtelijk akkoord – 20. Andere gevallen – 21. Opeenvolgende situaties van samenloop – 22. Faillissement na beslag – 23. Fiduciaire overdracht tot zekerheid – 24. Verbintenisrechtelijke constructies – 25. Geen conventionele voorrechten – 26. Toepassing. Solidariteitsbedingen – 27. Boedelschulden – 28. Vervolg. Ver-

(*) Het vorige overzicht van de hand van P. HEURTERRE besloeg de periode 1977-1990 en verscheen in *T.P.R.*, 1992, 1261-1456. Voordien: periode 1961-1965: *T.P.R.*, 1967, 103, periode 1966-1970: *T.P.R.*, 1971, 111 en periode 1971-1976: *T.P.R.*, 1978, 1143. Teneinde de hanteerbaarheid te bevorderen werd de indeling van de stof zoveel als mogelijk behouden.

derzetting procedures – 29. Vervolg. Onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling – 30. Negatieve boedel – 31. Boedelschulden en separatisten – 32. Bevoegde rechtbank – 33. Voorrecht als nevenrecht – 34. Zaaksvorming en natrekking – 35. Zakelijke subrogatie – 36. Wetsopvolging.

Afdeling 2
Retentierecht (37-41)

37. Begrip – 38. Voorwaarden – 39. Geen voorrecht – 40. Boekhoudkundige stukken e.d. – 41. Tegenwerpelijkheid.

Hoofdstuk II
VOORRECHTEN OP ALLE GOEDEREN

Afdeling 1
Het voorrecht van de gerechtskosten (art. 17, 19,1° en 21 Hyp.W.) (42-47)

42. Begrip – 43. Besteed door de schuldeiser – 44. Nuttige kosten – 45. Kosten faillissement – 46-47. Voorrecht der gerechtskosten en faillissement.

Afdeling 2
Het voorrecht van de advocaat voor de strafrechtelijke verdediging van de veroordeelde (wet 5-15 september 1807) (48)

48. Toepassingsgebied.

Hoofdstuk III
ALGEMENE VOORRECHTEN OP ROERENDE GOEDEREN

Afdeling 1
Het voorrecht der begrafeniskosten (art. 19, 2° Hyp.W.) (49)

49.

Afdeling 2
Het voorrecht van de werknemers (art. 19, 3°*bis* Hyp.W., eerste en tweede lid Hyp.W.) (50-51)

50. Loonvordering – 51. Bevoorrechte vordering.

Afdeling 3
Het voorrecht van het Fonds tot vergoeding van in geval van sluiting van onderneming ontslagen werknemers (art. 19, 3°*bis*, derde lid Hyp.W.) (52)

52. Rang.

Afdeling 4
Het voorrecht van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (art. 19, 4*ter* Hyp. W.) (53)

53. Termijn.

Afdeling 5
Het voorrecht voor de leveringen van levensmiddelen (art. 20, 5° Hyp.W.) (54)

54. Bevoorrechte schuldvorderingen.

Afdeling 6
De voorrechten van de Schatkist voor directe belastingen en B.T.W. (art. 422 en 423 W.I.B., art. 86 en 87 W.B.T.W.) (55-56)

55. Algemeen – 56. Artikel 19 in fine Hypotheekwet.

Hoofdstuk IV
BIJZONDERE VOORRECHTEN

Afdeling 1
Voorrecht van de verhuurder (art. 20, 1° Hyp.W.) (57-63)

57. Toepassingsgebied – 58. Bevoorrechte vordering. Interesten – 59. Ont-

staan en voortbestaan – 60. Vervolg. Overdracht gehuurde goed – 61. Onderpand – 62. Uitoefening van het voorrecht – 63. Rang.

Afdeling 2
Het voorrecht voor de kosten van de oogst (art. 20, 2° Hyp.W.) (64)

64. Bevoorrechte vordering.

Afdeling 3
Het voorrecht van de pandhoudende schuldeiser (art. 20, 3° Hyp.W.) (65-95)

§ 1. Algemeen

65. Ontstaan.

§ 2. Vuistpand

66. Goederen van derden – 67. Retentierecht – 68. Warrant.

§ 3. Verpanding geldsom

69. Gevolgen.

§ 4. Inpandgeving schuldvorderingen

70. Vatbaarheid voor verpanding – 71. Totstandkoming. Oude recht – 72. Nieuwe recht – 73. Positie debiteur verpande vordering – 74. Conflicten met derden – 75. Inningsbevoegdheid – 76. Conflict inhouding voor R.S.Z. en Fiscus – 77. Pand op aandelen.

§ 5. Pand handelszaak

78. Ontstaan en omvang – 79. Inschrijving – 80. Overdracht en verplaatsing handelszaak – 81. Volgrecht – 82. Pandverzilvering – beslag – 83. Gevolgen beslag. Schuldvorderingen – 84. Procedure en bevoegdheid – 85. Verkoop – 86. Faillissement – 87. Conflict tussen houders registerpanden – 88. Conflict voorrecht verhuurder – 89. Conflict onbetaalde verkoper – 90. Conflict vuistpand. Warrant – 91. Conflict commissionair – 92. Conflict pand schuldvorderingen – 93. Conflict voorrecht onderaannemer – 94. Conflict rechtstreekse vordering onderaannemer – 95. Conflict 'sale lease back'.

Afdeling 4
Het voorrecht van de kosten tot behoud van de zaak (art. 20,4° Hyp.W.) (96-101)

96. Bevoorrechte schuldvordering – 97. Kosten tot behoud – 98. Bepaalde zaak – 99. Ereloon advocaat – 100. Andere toepassingsgevallen – 101. Onroerende goederen.

Afdeling 5
Voorrecht van de verkoper (102-107)

102. Algemeen – 103. Machines, toestellen, gereedschap en ander bedrijfsuitrustingsmaterieel – 104. Nieuw faillissementsrecht – 105. Eigendomsvoorbehoud – 106. Ontbindingsrecht – 107. Retentierecht.

Afdeling 6
Voorrecht vervoerder (art. 20, 7° Hyp. W.) (108)

108.

Afdeling 7
Voorrecht slachtoffer van een ongeval (art. 20,9° Hyp.W.) (109)

109.

Afdeling 8
Het voorrecht van de onderaannemer (art. 20, 12° Hyp.W.) en de rechtstreekse vordering (art. 1798 B.W.) (110-122)

110. Algemeen – 111. Voorrecht – 112. Voorwerp – 113. Rang – 114. Rechtstreekse vordering – 115. Onderpand – 116. Voorwaarden – 117. Excepties –

118. Uitoefening vorderingsrecht – 119. Meerdere vorderingen – 120. Conflict pandhouder – 121. Conflict R.S.Z. en Fiscus – 122. Na faillissement of beslag.

Afdeling 9
Het voorrecht van de commissionair (art. 14 en 15 Wet 5 mei 1872) (123-124)

123. – 124. Rang.

Afdeling 10
Het voorrecht van de verzekeraar (art. 60 Verzekeringswet) (125)

125.

Afdeling 11
Het landbouwvoorrecht (wet 15 april 1884) (126)

126.

Afdeling 12
Vorderingen voor leveringen en werken voor rekening van de Staat (127)

127.

Afdeling 13
Het voorrecht van de ontvanger der registratierechten (art. 150 W.Reg.) (128)

128.

Hoofdstuk V
VOORRECHTEN OP ONROERENDE GOEDEREN (129)

129. Verkoper onroerend goed.

TITEL III
DE HYPOTHEKEN

Afdeling 1
Algemene begrippen (130-139)

130. Algemeen – 131. Hypotheek luchtvaartuigen – 132. Volgrecht – 133. Toebehoren – 134. Zakelijke subrogatie – 135. Overdracht van hypothecaire schuldvorderingen – 136. Effectisering – 137. Autonome executierechten – 138. Nieuwe faillissementsrecht – 139. Uitvoerbare titel.

Afdeling 2
Wettelijke hypotheken (140)

140. Algemeen.

Afdeling 3
Bedongen hypotheken (141-145)

141. Causale overeenkomst – 142. Hypotheek 'alle sommen' – 143. Vervolg. Opzegbaarheid – 144. Vervolg. Overgang hypotheek – 145. Hypothecaire volmacht.

Afdeling 4
De hypothecaire inschrijving (146-149)

146. Algemeen – 147. Samenloop – 148. Artikelen 445, vierde lid, 447 en 448 Faill.W. – 149. Effectisering.

TITEL I

DE OPENBAARMAKING

AFDELING 1

AKTEN ONDERWORPEN AAN OVERSCHRIJVING

1. ALGEMEEN — Door de wet van 9 februari 1995 (*B.S.*, 18 maart 1995) werd de Hypotheekwet gewijzigd. Deze wet heeft als voornaamste doel de werkmethodes in de hypotheekkantoren bij de tijd te brengen (zie nader over deze wet: Chr. Engels, „De wet van 9 februari 1995 tot wijziging van de Hypotheekwet: een gemiste kans of een nieuwe aanloop?", *T.Not.*, 1995, 493-516; D. Michiels, „Wijzigingen in de hypotheekwet", *R.W.*, 1995-96, 5-10; A. Verbeke, „De hypotheekwet. Kaas met gaten", *T.B.B.R.*, 1995, 428-464). De inwerkingtreding van deze bepalingen wordt door de Koning bepaald.

Over de hier aan de orde zijnde problematiek ook: A. Verbeke, „Informatie over andermans vermogen", *R.W.*, 1993-94, 1129-1155; A. Van Oevelen, „De zgn. goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht", *T.P.R.*, 1990, 1093-1155).

2. AKTEN VERNOEMD IN ARTIKEL 1 HYPOTHEEKWET — Overeenkomsten die de overdracht van onroerende zakelijke rechten tot voorwerp hebben, zijn eerst tegenwerpelijk nadat zij zijn overgeschreven conform art. 1 Hyp.W. (Luik, 17 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1613, *R.G.E.N.*, 1996, 24.560). Omtrent de overschrijving van een akkoord nopens de modaliteiten van een conventionele erfdienstbaarheid: Rb. Brussel, 6 april 1993, *T.Vred.*, 1994, 231 met noot C. Mostin.

Art. 1 Hyp.W. werd door de wet van 30 juni 1994 betreffende de appartementsmede-eigendom aangevuld met de verplichte overschrijving van de akten bedoeld in de nieuwe artikelen 577-4, § 1 en 577-13, §4 B.W. De basisakten en het reglement van mede-eigendom moeten derhalve voortaan worden overgeschreven.

Huurcontracten aangegaan voor langer dan negen jaar zijn eveneens onderworpen aan de overschrijving. Werd de huurovereenkomst overgeschreven voor de inschrijving van een hypotheek dan is de huur voor de ganse duur tegenwerpelijk aan de hypothecaire schuldeiser (Luik, 30 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1616).

3. GEVOLGEN — De overschrijving beoogt enkel de tegenwerpelijkheid aan derden. Tussen de partijen geldt de overeenkomst. Bestaat er een verschil tussen de onderhandse akte en de authentieke akte, dan moet gezocht worden naar de werkelijke bedoelingen van de partijen (Bergen, 31 maart 1995, *Rev.Not.B.*, 1995, 589. Zie voor een andere toepassing: Vred. Berchem, 21 maart 1995, *Not. Fisc. M.*, 1996/4, 97 met noot A. Verbeke). Voor de geldigheid inter partes is niet vereist dat de akte gedagtekend is (Gent,

4 december 1990, *R.G.E.N.*, 1993, nr. 24.264). De partijen zijn reeds gebonden door de onderhandse akte tenzij het ontstaan van de overeenkomst uitdrukkelijk werd afhankelijk gemaakt van het verlijden van de authentieke akte (Luik, 17 maart 1995, *R.G.E.N.*, 1996, nr. 24.560).

Dat een akte niet werd overgeschreven, staat er niet aan in de weg dat omgekeerd, derden zich in hun belang op deze niet overgeschreven akten beroepen (Luik, 1 maart 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 692 op Rb. Dinant, 14 februari 1990, *Rev.Not.B.*, 1990, 267).

4. Een schuldeiser mag bijgevolg steunen op een eigendomstitel van zijn debiteur, ook al werd die nog niet overgeschreven. De schuldeisers van de koper kunnen zodoende reeds ten laste van hun debiteur beslag leggen en dit beslag laten overschrijven. (Gent, 21 december 1993, *R.W.*, 1994-95, 824 met noot M.E. Storme, *T.Not.*, 1994, 338, *Pas.*, 1993, II, 38). In het gegeven geval had een schuldeiser een bevel doen overschrijven tegen de koper van een onroerend goed van wie de aankooptitel nog niet werd overgeschreven. De koper had tevens een hypothecaire lening aangegaan en deze hypotheek werd ingeschreven na de overschrijving van het bevel. De anterioriteitsregel uit art. 1577 Ger.W. vindt toepassing: de hypotheek is niet tegenwerpelijk aan de schuldeiser die voordien het bevel heeft doen overschrijven.

Dit arrest is een goede aanleiding om de positie te belichten van de schuldeisers van de koper van wie de titel nog niet is overgeschreven. Samengevat kan gezegd worden dat de koper geldt als eigenaar van het goed en dat derden die kennis hebben van de overdracht, hem ook als zodanig mogen beschouwen, maar dit alles echter zonder afbreuk te doen aan de rechten van derden, die art. 1 Hyp.W. poogt te beschermen. De koper mag dus het goed reeds hypothekeren en zijn schuldeisers mogen het in beslag nemen. De vraag of een hypothecaire schuldeiser van de koper reeds voor de overschrijving van de akte van verkrijging mag overgaan tot inschrijving van zijn hypotheek wordt door het Hof van Beroep te Gent bevestigend beantwoord. Hierbij wordt aangesloten bij de heersende opvatting in de rechtsleer. Een hypothecaire inschrijving is mogelijk, maar heeft echter slechts uitwerking vanaf de overschrijving van de koopakte. Evenzo kunnen de schuldeisers van de koper, zoals gezegd, reeds voor de overschrijving van de titel op het onroerend goed beslag leggen en dit beslag doen overschrijven. Deze inschrijving of dit beslag kan echter de positie van de rechtverkrijgers of schuldeisers van de verkoper die zijn afgegaan op de hypothecaire publiciteit niet in het gedrang brengen.

Moeilijker is het conflict met de onbetaalde verkoper zelf. Kan de verkoper jegens derden die zich op het bestaan van de overeenkomst beroepen, het gebrek aan overschrijving van de overeenkomst tegenwerpen? De heersende opvatting is terecht in die zin gevestigd dat uit het systeem van de wet voortvloeit dat de verkoper ten aanzien van rechtverkrijgers of schuldeisers van de koper als eigenaar geldt zolang de titel niet werd overgeschreven. Deze schuldeisers kunnen derhalve door een anterieur beslag of inschrijving

het voorrecht van de onbetaalde verkoper niet in het gedrang brengen. Deze opvatting is ook redelijk. Derden die zich op de niet-overgeschreven overeenkomst beroepen, mogen geen afbreuk doen aan de rechten die de verkoper juist aan die overeenkomst ontleent.

5. PERSOONLIJKE RECHTEN — Rechten die van persoonlijke aard zijn, verkrijgen geen zakelijke werking doordat zij werden bekendgemaakt door overschrijving ten hypotheekkantore. Aldus werd iedere zakelijke werking ontzegd aan een solidariteitsbeding in een basisakte (Antwerpen, 13 maart 1996, *R.W.*, 1996-97, 131 met noot Delesie, *T.Not.*, 1997, 116, zie infra nr. 26). Een recht van voorkoop is eveneens een persoonlijk recht, zonder zakelijke werking (zie hierover: Antwerpen, 9 mei 1994 en Beslagr. Turnhout, 25 februari 1994, *T.Not.*, 1994, 401 met noot A. Van den Bossche).

AFDELING 2

VORM VAN DE OVER TE SCHRIJVEN AKTEN

6. Enkel authentieke akten kunnen worden overgeschreven (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1278, nrs. 15-16).

Over de weigering van de hypotheekbewaarder om een beslag op onroerend goed over te schrijven krachtens een beschikking van de onderzoeksrechter: Voorz. Rb. Antwerpen, 12 december 1995, *A.J.T.*, 1996-97, 55 met noot T. De Meester. Inmiddels werd deze problematiek opgelost door de wetgever (zie art. 17 van de wet van 20 mei 1997).

AFDELING 3

DERDEN DIE DOOR DE OVERSCHRIJVING WORDEN BESCHERMD

7. ALGEMEEN — Derden in de zin van art. 1 Hyp.W. zijn diegenen die geen partij waren bij de akte en die op een conflicterend recht kunnen bogen. Iemand die beschikt over een louter persoonlijk recht behoort niet tot de kring van de beschermde derden. Dit is het geval voor een derde die beschikt over een recht van voorkeur (Gent, 25 oktober 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 355 met noot S. Snaet). Een huurder is evenmin een derde in de zin van art. 1 Hyp.W.

8. GOEDE TROUW — De hypothecaire publiciteit strekt tot de bescherming van derden die te goeder trouw zijn. Derden die kennis hebben van de niet gepubliceerde akten kunnen zich derhalve niet op die bescherming beroepen (Luik, 1 maart 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 693). De goede trouw moet bestaan op het ogenblik waarop de derde het concurrent recht verkrijgt. Indien de derde op een later tijdstip kennis krijgt van de niet-overgeschreven akte, dan blijft hij verder beschermenswaard (Cass., 21 februari 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, 675, *R.W.*, 1991-92, 293, *R.G.E.N.*, 1993, nr. 24.137).

9. SCHULDEISERS NA BESLAG OF FAILLISSEMENT — De beslagleggende schuldeisers en de schuldeisers na faillissement gelden als derden die beschermd worden door art. 1 Hyp.W. (zie vorig overzicht: *T.P.R.*, 1992, 1280, nr. 21). De curator kan derhalve in de uitoefening van zijn gerechtelijk mandaat de niet tegenwerpelijkheid aan de boedel opwerpen van een voor het faillissement door de gefailleerde gesloten verkoopovereenkomst betreffende onroerend goed wegens afwezigheid van tijdige overschrijving van de verkoopakte (Antwerpen, 13 februari 1996, *R.W.*, 1996-97, 1161 met noot Dirix; Kh. Gent, 27 oktober 1994, *T.G.R.*, 1995, 21. Zie ook: Kh. Brugge, 24 oktober 1991, *T.Not.*, 1992, 173 met noot). Evenzo kan hij in het belang van de boedel beslissen om een niet overgeschreven akte te erkennen (Luik, 17 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1613, *R.G.E.N.*, 1996, nr. 24.560).

AFDELING 4

AKTEN ONDERWORPEN AAN KANTMELDING

10. AKTEN VERNOEMD IN ART. 3 HYPOTHEEKWET — Iedere eis strekkende tot de vernietiging of tot de herroeping van een aan overschrijving onderworpen akte, is slechts toelaatbaar wanneer zij werd gekantmeld. Deze verplichting geldt ongeacht of de eis wordt ingesteld bij hoofdvordering, dan wel bij tegenvordering (Brussel, 15 september 1992, *Rev.Not.B.*, 1995, 22). Wordt de eis ingesteld bij tussenvordering, dan dient de conclusie waarin deze vordering wordt gesteld, te worden gekantmeld (Rb. Dinant, 6 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 766).

Een vordering tot de ontbinding van de koopovereenkomst van een onroerend goed dient aldus te worden gekantmeld (Rb. Dinant, 6 februari 1996, gecit.). De verplichting tot kantmelding van vorderingen tot vernietiging of tot herroeping geldt voor iedere overdracht en dus ook voor de nietigverklaring van de toewijzing na uitvoerend beslag (Bergen, 13 oktober 1993, *J.T.*, 1994, 297, *R.G.E.N.*, 1993, nr. 24.379; Beslagr. Charleroi, 23 mei 1995, *Act.dr.*, 1996, 385). Hetzelfde geldt voor een vordering tot nietigverklaring van een schenking of een vordering tot inkorting (Brussel, 15 september 1992, gecit.). Omtrent de kantmelding van een vordering tot opheffing van een erfdienstbaarheid: Vred. Marchienne-au-Pont, 25 juni 1993, *T.Vred.*, 1995, 198 met noot C. Mostin.

De door art. 3 Hyp.W. opgelegde verplichting geldt slechts wanneer de eis tot vernietiging of tot herroeping betrekking heeft op akten die effectief overgeschreven zijn of voor overschrijving vatbaar zijn. Een vordering die strekt tot vernietiging van een onderhandse akte is niet onderworpen aan art. 3 Hyp.W. (Cass., 6 september 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 8, nr. 6, *R.W.*, 1991-92, 610 met conclusie advocaat-generaal M. De Swaef, *R.G.E.N.*, 1994, 330, nr. 24.248, *Rev.Not.B.*, 1993, 44 met noot J.L. Ledoux, *Pas.*, 1992, I, 7. Zie ook: Rb. Nijvel, 13 december 1988, *R.G.E.N.*, 1993, 326, nr. 24.247). De vordering tot nietigverklaring van een onderhandse koopovereenkomst waarbij commandverklaring plaatsvindt, moet echter worden gerandmeld op de

overgeschreven akte van commandverklaring (Gent, 25 oktober 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 355 met noot S. Snaet).

11. PAULIANA EN PAULIANABESLAG — Strekt een *actio pauliana* tot de niet-tegenwerpelijkheid van een overdracht van een onroerende goed, dan dient deze vordering te worden gekantmeld (Rb. Brussel, 3 maart 1997, *T.Not.*, 1997, 454: ook een hypothecaire schuldeiser kan belang hebben om een dergelijke vordering in te stellen).

De schuldeiser die de pauliaanse vordering wenst in te stellen kan ook reeds op die gronden op het betrokken goed bewarend beslag leggen. De mogelijkheid van zo'n *pauliana-beslag* wordt door de rechtspraak erkend (Antwerpen, 4 januari 1993, *R.W.*, 1993-94, 199 met noot Dirix; Gent, 22 juni 1993, *R.W.*, 1993-94, 204). Dergelijk beslag strekt dan tot zekerheid van de schuldvordering die de beslaglegger heeft op zijn debiteur. Het wordt echter gelegd op een goed dat zich alsnog in het vermogen van een derde bevindt. De beslaglegger mag immers op grond van art. 1167 B.W. de tegenwerpelijkheid van deze eigendomsoverdracht bestrijden, zodat het goed verder aan zijn verhaalsrecht wordt blootgesteld. Heeft de actio pauliana betrekking op onroerende goederen en werd de vordering reeds ingesteld, dan kan een gelijkaardige bescherming worden verkregen door de kantmelding en is een zgn. 'paulianabeslag' in feite overbodig (Gent, 19 december 1995, *T.Not.*, 1996, 226 met noot Chr. Van Heuverswyn).

TITEL II

DE VOORRECHTEN

HOOFDSTUK I

ALGEMEEN

AFDELING 1

ALGEMENE BEGRIPPEN

12. PRINCIPES. ARTIKELEN 7 EN 8 HYP.W. — Het vermogen van de debiteur geldt als het één en ondeelbaar onderpand van de gezamenlijke schuldeisers. Het verhaalsrecht van de schuldeiser kan in beginsel enkel worden uitgeoefend op het vermogen van de debiteur en niet op dat van een derde. Dit algemeen pandrecht is niet uitgerust met enig volgrecht (Luik, 1 maart 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 692. Zie ook: Beslagr. Antwerpen, 17 december 1996, *R.W.*, 1997-98, 578 m.b.t. art. 1469, § 1 Ger.W.). De omstandigheid dat de derde vermogensrechtelijke banden heeft met de schuldenaar laat nog niet toe dat te zijnen laste beslag zou worden gelegd (Cass., 6 december 1996, *R.W.*, 1997-98, 46. Zie ook: Cass., 27 juni 1996, *R.W.*, 1996-97, 789 met noot

Dirix). Zo'n beslag is wel mogelijk wanneer de goederen slechts in schijn aan de derde toebehoren. In dat geval mogen de schuldeisers de gesimuleerde eigendomsverhoudingen tussen de debiteur en de derde ter zijde schuiven (Cass., 11 mei 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 466, nr. 233, *R.W.*, 1995-96, 745).

13. TRUSTACHTIGE VERHOUDINGEN — De fiduciaire verhouding wordt door onze wetgever niet geregeld. De scherpe scheiding tussen persoonlijke en zakenrechtelijke rechten en het 'numerus clausus'-beginsel der zakelijke rechten, leiden ertoe dat een fiduciaire verhouding door de rechtsleer uitsluitend wordt gedacht in termen van een verbintenisrechtelijke verhouding. Tussen fiduciegever en fiduciair bestaat enkel een obligatoir verband. Aan de fiduciegever worden geen zakenrechtelijke aanspraken verleend op het aan de fiduciair toevertrouwde vermogen. Dit neemt niet weg dat wij op talrijke plaatsen worden geconfronteerd met 'trustachtige' verhoudingen (zie hierover o.m.: H. Swennen, „Trustachtige rechtsfiguren in België", *T.P.R.*, 1992, 1097 e.v.; M.E. Storme, „Vertrouwen is goed, dual ownership is beter", *R.W.*, 1996-97, 137 e.v.; J. Herbots & D. Phillipe (ed.), *Trust en fiducie*, Brussel, 1997. Voor Nederland: D. Hayton e.a., *Vertrouwd met de trust*, Zwolle, 1996).

Zo'n trustachtige verhouding die gaandeweg erkenning krijgt is de kwaliteitsrekening. Hieronder wordt verstaan de rekening waarbij bij de tenaamstelling wordt aangegeven dat de titularis de rekening houdt in een bepaalde kwaliteit. De tegoeden op een dergelijke rekening blijven dan afgescheiden van het vermogen van de rekeninghouder zodat zij niet kunnen worden blootgesteld aan het verhaalsrecht van diens privé-schuldeisers (Zie o.m.: E. Dirix, „Kwaliteitsrekeningen", *T.P.R.*, 1996, L. Lanoye, „Beslag onder derden op een bankrekening", *Liber amicorum M. Briers*, Gent, 1993 (281), 285 e.v.; Id., „Knelpunten in verband met bankrekening, eurocheque en overschrijving", *Handels- economisch en financieel recht*, Gent, 1995 (409), 414 e.v.). De externe werking van dergelijke rekeningen wordt allengs door de rechtspraak erkend en doorstaat de samenloop (b.v. Antwerpen, 13 februari 1996, *R.W.*, 1996-97, 610: na faillissement).

14. OPENBARE ORDE — Het verhaalsrecht van schuldeisers en de paritasregel raken — ofschoon het tegendeel vaak wordt verdedigd (Brussel, 16 maart 1995, *J.T.*, 1995, 811) — niet de openbare orde. Wat niet mogelijk is, is dat partijen op een aan derden tegenwerpelijke wijze afbreuk zouden doen aan de beginselen neergelegd in de art. 7 en 8 Hyp.W. (infra nr. 14). Niets staat er daarentegen aan in de weg dat een schuldeiser wat hem betreft hiervan afstand doet, hetzij door een beperking van zijn verhaalsrechten (art. 7 Hyp.W.), hetzij door het innemen van een lagere rang (art. 8 Hyp.W.). Een dergelijke overeenkomst c.q. eenzijdige wilsuiting is overigens als feit tegenwerpelijk aan derden die hierop in hun voordeel een beroep mogen doen.

Een illustratie van die regel levert volgend arrest van het Hof van Cassatie waarbij werd beslist dat bij een documentair krediet, de opdrachtgever geen beslag kan leggen onder derden op de schuldvordering die de begunstigde van het krediet heeft op de bank. Hierbij kan geen onderscheid gemaakt worden naargelang de schuldvordering waarvoor het beslag wordt gelegd voortvloeit uit de onderliggende verhouding, dan wel geheel vreemd is aan het documentair krediet. Het antwoord luidt niet anders bij uitvoerend derdenbeslag wanneer de opdrachtgever beschikt over een uitvoerbare titel jegens de begunstigde. Dit beslagverbod vloeit voort uit de overeenkomst tussen partijen. (Cass., 23 juni 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 652, nr. 328, *R.W.*, 1994-95, 564 met noot Dirix, *J.L.M.B.*, 1994, 986, *Bank.Fin.*, 1995, 107 met noot L. Simont). Vanuit het oogpunt van de verhaalsaansprakelijkheid kan die overeenkomst zo worden gelezen, dat de partijen afspreken dat de opdrachtgever terzake van eventuele schuldvorderingen op de begunstigde, zich het recht ontzegt om verhaal te zoeken op de schuldvordering van de begunstigde op de bank. Een beding waarbij de partijen overeenkomen dat voor de schuldvordering die tussen hen bestaat geen beslag kan worden gelegd (of geen beslag kan worden gelegd voor een bepaalde periode of op bepaalde goederen) is immers geoorloofd. Het documentair krediet brengt dus de 'onbeschikbaarheid' mee van de schuldvordering van de begunstigde op de bank. De art. 7 en 8 Hyp.W. staan, zo beslist het Hof van Cassatie, een dergelijke contractuele beperking van de executierechten niet in de weg.

15. SAMENLOOP — Het gelijkheidsbeginsel en de preferentieproblematiek worden eerst op de proef gesteld in gevallen van samenloop. Door de samenloop wordt, volgens de gekende formulering van het Hof van Cassatie, de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers onherroepelijk vastgelegd.

De uitoefening van voorrechten onderstelt een situatie van samenloop (Luik, 26 januari 1995, *R.G.E.N.*, 1995, 146). Ook het onderpand van het voorrecht dient te bestaan ten tijde van de samenloop (Kh. Luik, 10 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 562). Verder is voor het bestaan en de rang van het voorrecht de wet bepalend die van toepassing is op het ogenblik dat de samenloop ontstaat (infra nr. 36).

16. SAMENLOOP. GEVOLGEN — Ook al bestaan er diverse gevallen van samenloop en is de concrete uitwerking hiervan vaak verschillend, dan geldt steeds het 'fixatiebeginsel'.

Individuele schuldeisers kunnen van dan af niet meer de zijdelingse vordering (art. 1166 B.W.) instellen. Is er geen samenloop dan kan zij wel worden ingesteld, maar komt het provenu van de vordering in het vermogen van de rechtstreekse debiteur (Brussel, 5 december 1991, *J.L.M.B.*, 1993, 74 met noot). Volgens het hof kan de schuldeiser die de zijdelingse vordering instelt geen veroordeling van de onderschuldenaar vragen in zijn voordeel. Er valt echter niet in te zien waarom, wanneer hij zijn debiteur in het geding heeft

betrokken en wanneer er zich geen andere schuldeisers aandienen, de schuldeiser geen veroordeling mag vragen in zijn voordeel.

De paritas-regel staat er ook aan in de weg dat bij uitvoerend derdenbeslag de beslaglegger het provenu van het beslag rechtstreeks zou ontvangen van de derde-beslagene zonder dat de procedure van evenredige verdeling wordt nageleefd (Cass., 1 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 186 met noot Dirix, *J.L.M.B.*, 1997, 911 met noot F. Georges, *T.B.B.R.*, 1997, 204 met noot B. Maes). Voorheen werd aangenomen dat zo'n rechtstreekse betaling mogelijk was op voorwaarde dat op de schuldvordering door geen andere schuldeiser beslag werd gelegd (c.q. verzet was gedaan) (b.v. Antwerpen, 3 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 827 met noot).

Schuldvergelijking moet na samenloop worden uitgesloten, behoudens wanneer het gaat om verknochte of samenhangende vorderingen (zie o.m.: M. Van Quickenborne, „Réflexions sur la connexité objective justifiant la compensation après faillite", *R.C.J.B.*, 1992, 354-390; E. Dirix en S.C.J.J. Kortmann, „Compensatie en concursus creditorum", *T.P.R.*, 1989, 1657). Dit is het geval na derdenbeslag (art. 1298 B.W.) of na faillissement (Kh. Charleroi, 16 februari 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 147: vordering voor de aannemingsprijs en tegenvordering voor gebreken in de werken. Zie o.m. ook: Luik, 19 december 1995, *J.L.M.B.*, 1997, 142; Kh. Charleroi, 22 juni 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 158). Deze regel geldt echter ook in andere gevallen van samenloop zoals bij het openvallen van een onbeheerde nalatenschap (Cass., 12 januari 1996, *R.W.*, 1996-97, 269). Is die samenhang niet voorhanden, dan is evenmin een gerechtelijke compensatie mogelijk (Bergen, 6 april 1994, *T.B.H.*, 1995, 585, *J.L.M.B.*, 1995, 1315). Verder moet de eis worden gesteld dat beide vorderingen ontstaan zijn voor de samenloop (Bergen, 6 april 1994, gecit.). Een beroep op compensatie blijft mogelijk wanneer de voorwaarden voor wettelijke compensatie reeds voor de samenloop waren vervuld. Zo'n samenhang kan ook bestaan tussen verbintenissen uit afzonderlijke overeenkomsten (Cass., 8 september 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1602). De rechter kan het bestaan van de samenhang afleiden uit de bedoelingen van partijen en de aard en de strekking van de overeenkomst (Luik, 22 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 873). De samenhang kan conventioneel worden vastgelegd door een compensatiebeding of een ondeelbaarheidsclausule (Kh. Charleroi, 8 september 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 1626 met noot Parmentier). Ook een raamakkoord kan duiden op de samenhang tussen de overeenkomsten die hieruit zijn voortgevloeid (Kh. Brussel, 8 augustus 1990, *T.B.H.*, 1991, 658). Een gedeelte van de rechtspraak stelt zich op een strenger standpunt en aanvaardt de externe werking van dergelijke bedingen slechts wanneer zij ook beantwoorden aan de aard en de strekking van de overeenkomst (Kh. Namen, 21 december 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 1225).

17. POSITIE SCHULDEISERS NA FAILLISSEMENT — Het faillissement is bij uitstek een situatie van samenloop (zie overzicht faillissementsrecht, *T.P.R.*, 1996, 984, nr. 100 e.v.). Het faillissement geldt als een collectief beslag (Gent,

24 juni 1994, *R.W.*, 1994-95, 675: gevolgen voor lastgeving; Antwerpen, 24 januari 1995, *R.W.*, 1995-96, 780: deze onbeschikbaarheid is algemeen en treft zelfs de niet voor beslag vatbare goederen). De individuele uitvoeringsmaatregelen door samenlopende schuldeisers zijn in beginsel niet meer mogelijk. De paritas-regel en het daaruit vloeiend verbod tot het verrichten van individuele tenuitvoerlegging is van wezenlijk belang voor de economische en sociale orde en behoort tot de internationale openbare orde (Cass., 26 september 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 92, nr. 49).

De beslagleggingen door bijzonder bevoorrechte schuldeisers komen door het faillissement echter niet te vervallen (Vz. Kh. Verviers, 4 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 501. Over de positie van separatisten: infra nrs. 31 en 46). De curator heeft echter het recht om het onderpand van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers te vereffenen zonder dat hij vooraf hun toestemming dient te verkrijgen (Brussel, 29 oktober 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 500). Onder het nieuwe faillissementsrecht worden de executierechten van 'separatisten' op gelijke voet geplaatst. In principe worden hun uitwinningsrechten geschorst tot aan de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen (art. 26 en 100 Faill.W., infra nrs. 62, 86, 123 en 138). Gebeurt de vereffening van hun onderpand door de curator, dan moeten deze goederen als een 'sub-boedel' worden beschouwd en kan de curator de door hem bestede kosten ter bewaring en uitwinning op de opbrengst ervan als bevoorrechte gerechtskosten voorafnemen (infra nr. 46).

De rente van de schuldvorderingen van de hypothecaire, de pandhoudende en de bijzonder bevoorrechte schuldeisers wordt door het faillissement niet gestuit. Deze rente kan echter enkel worden verhaald op hun onderpand (art. 23 Faill.W., voorheen art. 451 oud Faill.W.. Zie overzicht faillissementsrecht, *T.P.R.*, 1996, 1049-1050, nr. 164). De rente die aan deze schuldeisers is verschuldigd, blijft dus verder lopen na faillissement (Luik, 26 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 544). Vooraf dient echter de vraag te worden gesteld of deze interesten bevoorrecht zijn (F.D. noot onder Cass., 5 juni 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 933. Zie over deze problematiek: G. Van Haegenborgh, „Artikel 12 Hyp.W.", 5-6 in *Comm.Voorr. & Hyp.*; voor de verhuurder: infra nr. 58, de pandhouder: nr. 78, de verkoper: nr. 102).

Hoe lang blijven deze interesten dan lopen? Algemeen wordt thans aangenomen dat dit niet beperkt is tot de periode tot aan het tijdstip van de tegeldemaking van het onderpand door de curator, maar dat de interesten blijven lopen tot aan het tijdstip van de effectieve uitbetaling aan de schuldeiser (Zie: Cass., 18 december 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 401; Luik, 28 juni 1968, *B.R.H.*, 1969 met noot E. Degraeve; *A.P.R.*, tw. *Interest*, 215-216, nr. 236. Zie ook: Gent, 7 mei 1996, *A.J.T.*, 1996, 418 met noot A. Verbeke, in dit arrest en de annotatie wordt ook onderzocht welke aanspraken de separatist jegens de curator kan doen gelden op de opbrengst van de verkoop). De schuldeiser kan zijn rechten voor de hoofdsom en de interesten uitoefenen, niet enkel op de opbrengst van de verkoop, maar ook op de interesten die door die sommen worden gegenereerd (Gent, 7 mei 1996, gecit. Zie in

dezelfde zin: Bergen, 17 april 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1101; Luik, 17 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 637). Wat dient er te gebeuren indien dit bedrag (prijs en interesten) niet toereikend is om het kapitaal en de interesten van de schuldvordering te voldoen? De heersende opvatting is van oordeel dat ingevolge art. 1254 B.W. de aanrekening eerst op de interesten dient te gebeuren (Cass., 26 oktober 1939, *Pas.*, 1939, I, 438. Zie *A.P.R.*, tw. *Interest*, 218, nr. 237 en verwijzingen aldaar). Deze derogatie van art. 1254 B.W. aan de regel van art. 451 oud Faill.W. wordt terecht door een gedeelte van de rechtsleer hardnekkig bestreden (A. Cloquet, *Les concordats et la faillite* in *Les Novelles*, 1985, 515, nr. 1738 e.v.; *R.P.D.B.*, tw. „Faillite et banquerotte", nr. 561 e.v.). Mede gelet op het uitgangspunt dat preferenties steeds beperkend worden opgevat, verdient het de voorkeur dat de verkoopopbrengst eerst moet worden aangewend ter voldoening van het kapitaal en dat de interesten die vervallen zijn na het faillissement enkel op het eventueel saldo kunnen verhaald.

De executierechten van de chirografaire schuldeisers en dezen met een algemeen voorrecht worden door het faillissement geschorst. Ook de rente die op deze schuldvorderingen verschuldigd is, wordt geschorst (art. 23 Faill.W.). Deze schorsing ziet enkel op de verhouding tot de failliete boedel en niet op de verhouding tussen de schuldeiser en de gefailleerde debiteur. De betalingen die de curator aan de schuldeiser heeft verricht dienen niet eerst op de interesten te worden toegerekend. Op deze betalingen is art. 1254 B.W. niet van toepassing (Cass., 16 februari 1995, *R.W.*, 1995-96, 88, *Rec.Cass.*, 269 met noot B. De Temmerman).

Het vorenstaande belet echter niet dat concurrente schuldeisers nog een rechtsvordering instellen tegen de gefailleerde ten einde een titel te verkrijgen (Antwerpen, 27 januari 1997, *R.W.*, 1997-98, 781 met noot. Anders: Kh. Kortrijk, 10 mei 1994, *R.W.*, 1994-95, 234). Ook kan de benadeelde zich burgerlijke partij stellen tegen de gefailleerde, doch bij afwezigheid van de curator is het vonnis niet tegenwerpelijk aan de boedel (Cass., 25 januari 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 75, nr. 42). Het instellen van de actio pauliana door individuele schuldeisers is niet meer mogelijk (Kh. Hasselt, 9 juli 1997, *T.B.H.*, 1997, 633; Kh. Dendermonde, 9 december 1993, *T.B.H.*, 1997, 103).

18. ONTBINDING RECHTSPERSOON — De ontbinding van een vennootschap doet eveneens een toestand van samenloop ontstaan, derwijze dat het gelijkheidsbeginsel moet worden gerespecteerd (Gent, 26 mei 1997, *T.G.R.*, 1997, 222). De uitoefening van individuele executierechten is niet toegestaan wanneer hierdoor afbreuk zou worden gedaan aan het gelijkheidsbeginsel (Beslagr. Luik, 21 april 1993, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 354. Zie hierover o.m.: Ph. Gérard, „A propos de la suspension du droit d'exécution individuelle des créanciers d'une société en liquidation", *R.C.J.B.*, 1993, 600-617). Separatisten behouden derhalve in beginsel hun executierechten.

Dezelfde beginselen gelden bij de ontbinding van een V.Z.W. Ook daar ontstaat een situatie van samenloop (Rb. Brugge, 19 december 1988, *R.W.*,

1989-90, 1265) en moeten uitvoeringshandelingen worden verhinderd die de belangen van de overige schuldeisers kunnen benadelen (Beslagr. Charleroi, 28 juni 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1996, 600).

Op dezelfde wijze moet een fiscale notificatie (art. 325-326 oud W.I.B.) worden beoordeeld ten laste van een vennootschap in vereffening. Een dergelijke maatregel krijgt geen uitwerking wanneer hij het normaal verloop van de vereffening verstoort en afbreuk doet aan de rechten van de samenlopende schuldeisers (Cass., 23 januari 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 465, nr. 268; *R.W.*, 1992-93, 1085 met noot G. Van Haegenborgh, *R.C.J.B.*, 1994, 398 met noot M. Grégoire, *T.Not.*, 1992, 391 en bespreking door G. Maertens, „Beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 januari 1992", *T.Not.*, 1992, 401-408). De samenloop staat er ook aan in de weg dat nog een hypothecaire inschrijving zou worden genomen (Gent, 26 mei 1997, *T.G.R.*, 1997, 222). De inschrijving van een wettelijke hypotheek (door de schatkist) na de ontbinding kan geen uitwerking krijgen wanneer hierdoor afbreuk zou worden gedaan aan de rechten van de samenlopende schuldeisers (Cass., 23 januari 1992, gecit.). Dat de vennootschap in vereffening werd gesteld, sluit een later faillissement niet uit wanneer het krediet ervan is geschokt (Cass., 17 juni 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 637, nr. 319, *R.W.*, 1994-95, 561 met conclusie advocaat-generaal Bresseleers, *T.Not.*, 1995, 245, *T.R.V.*, 1994, 598 met noot Termote, *A.J.T.*, 1994-95, 44 met noot G. Straetmans; Bergen, 16 oktober 1989, *T.B.H.*, 1991, 28 met noot; Gent, 19 juni 1997, *T.B.H.*, 1997, 609: de faillissementsvoorwaarden zijn vervuld wanneer de vereffeningswerkzaamheden geen vertrouwen bieden dat het gelijkheidsbeginsel zal worden gerespecteerd; Kh. Antwerpen, 31 augustus 1993, *A.J.T.*, 1994-95, 42; Kh. Mechelen, 6 september 1993, *A.J.T.*, 1994-95, 43. Voorheen anders o.m.: Kh. Brussel, 2 april 1991, *T.B.H.*, 1991, 62, met noot M. Gregoire). Over de aansprakelijkheid van de vereffenaars wegens de miskenning van de regels der samenloop zie o.m.: Antwerpen, 4 oktober 1994, *R.W.*, 1994-95, 1335; Gent, 22 juni 1994, *T.R.V.*, 1994, 612; Rb. Namen, 20 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 907).

19. GERECHTELIJK AKKOORD — Ook het gerechtelijk akkoord (Reg.besl. 1946) doet een situatie van samenloop ontstaan. Deze samenloop treedt in vanaf het tijdstip van de indiening van het verzoekschrift tot gerechtelijk akkoord (Bergen, 6 november 1989, *T.B.B.R.*, 1992, 396 met noot D. Lechien; Brussel, 6 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 639, *J.L.M.B.*, 1991, 628; Bergen, 26 december 1990, *T.B.H.*, 1992, 349; Kh. Luik, 10 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 562: principe). Beantwoorden deze vraag bevestigend onder het nieuwe recht o.m.: M. Tisson, „Depistage en gerechtelijk akkoord na de wet van 17 juli 1997", *R.W.*, 1997-98 (377), 421, nr. 91 e.v.; E. Dirix, „Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten", *Faillisement en Gerechtelijk akkoord. Het nieuwe recht*, Antwerpen, 1998, 369, nr. 2 e.v.). Het akkoord staat er niet aan in de weg dat chirografaire schuldeisers nog de veroordeling van de debiteur nastreven. Wel zal de tenuitvoerlegging van

deze titel door het akkoord worden geschorst (Luik, 15 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 241). Onder het nieuwe recht worden alle executierechten in beginsel opgeschort tijdens de akkoordprocedure (zie nader: art. 13, tweede lid, 21, 22 en 30 W.Ger.Akk.)

Het gerechtelijk akkoord met boedelafstand doet een samenloop ontstaan tussen de chirografaire schuldeisers en dezen met een algemeen voorrecht. Vanaf het verzoekschrift worden de rechten van deze schuldeisers onherroepelijk vastgelegd en wordt de loop der interesten geschorst (Bergen, 22 september 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 140). Volgens het Hof van Beroep te Luik treedt de samenloop daarentegen eerst in na de homologatie van het akkoord (Luik, 8 december 1995, *T.B.H.*, 1997, 127). Een schuldeiser kan zijn vordering instellen tegen de vereffenaar, zonder dat de debiteur in het geding moet worden betrokken (Cass., 16 november 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, nr. 160, *R.C.J.B.*, 1991, 93). Over de aard van het bewind en de bevoegdheden van de vereffenaar: A. Meinertzhagen-Limpens, „Portée des pouvoirs du liquidateur en matière de concordat judiciaire par abandon d'actif", *R.C.J.B.*, 1991, 97-111).

20. ANDERE GEVALLEN — Ook het openvallen van een onbeheerde nalatenschap heeft een situatie van samenloop tot gevolg, waardoor schuldvergelijking enkel nog mogelijk is voor samenhangende vorderingen (Cass., 12 januari 1996, *R.W.*, 1996-97, 269). Zolang dit vereffeningsbewind niet werd ingesteld, blijven echter individuele executiemaatregelen mogelijk. De curator kan derhalve geen restitutie vragen van hetgeen schuldeisers uit dergelijke beslagen hebben ontvangen (Cass., 2 juni 1994, *T.Not.*, 1995, 283 met noot F. Bouckaert). Voor executiemaatregelen na het ontstaan van de samenloop bepleit de annotator terecht een schorsing indien daardoor de paritasregel in gevaar zou komen. De curator moet beschouwd worden als een gerechtelijk bewindvoerder waarvan het ereloon wordt begroot door de rechtbank (Rb. Gent, 19 december 1996, *T.G.R.*, 1997, 216). Voor het Franse recht oordeelde de Cour de Cassation dat een onbeheerde nalatenschap er niet aan in de weg staat dat individuele schuldeisers nog tot tenuitvoerlegging overgaan (Cass.fr., 15 juni 1994, *Bull.*, 1994, I, nr. 208, *Rev.trim.dr.civ.*, 1995, 409-411 met bespreking J. Patarin).

Ook de beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap doet een situatie van samenloop ontstaan waardoor individuele executierechten worden geschorst indien hierdoor de paritas-regel in gevaar zou komen (Gent, 29 maart 1994, *R.W.*, 1995-96, 62 met noot).

De aanstelling van een voorlopig bestuurder van een vennootschap doet geen samenloop ontstaan (Luik, 8 december 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 896; Kh. Luik, 10 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 562). Dit is evenmin het geval wanneer een V.Z.W. onder een voorlopig bewind wordt geplaatst. De door deze bewindvoerders aangegane schulden gelden derhalve niet als schulden van de boedel die op een preferentiële betaling kunnen rekenen (Rb. Luik, 22 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 883 met noot Caeymaex).

21. OPEENVOLGENDE SITUATIES VAN SAMENLOOP — Door de samenloop worden de onderlinge posities van de schuldeisers op onherroepelijke wijze vastgelegd. Het is echter mogelijk dat achtereenvolgens verschillende situaties van samenloop intreden. Ook al beantwoorden die gevallen van samenloop aan afwijkende specifieke regels, dan blijft het uitgangspunt, nl. het 'fixatiebeginsel' zonder discontinuïteit behouden. Aldus zal bijvoorbeeld een hypothecaire inschrijving die niet tegenwerpelijk is ten gevolge van een eerste samenloopmoment (b.v. de ontbinding van de vennootschap), niet tegenwerpelijk blijven in een daaropvolgende samenloop (b.v. het faillissement) (zie nader: G. Van Haegenborgh, noot onder Cass., 23 januari 1992, *R.W.*, 1992-93, 1090, nr. 6). Om dezelfde reden is een eigendomsvoorbehoud dat werd ingeroepen na de aanvraag van het gerechtelijke akkoord evenmin tegenwerpelijk in het later faillissement, nu het faillissement niet kan beschouwd worden als een tweede samenloop: de situatie van samenloop is ontstaan bij de aanvraag tot gerechtelijk akkoord en is zonder onderbreking blijven voortbestaan na het faillissement (Brussel, 6 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 628, *T.B.H.*, 1991, 639. Zie voor een toepassingsgeval: Antwerpen, 10 maart 1997, *R.W.*, 1997-98, 1057 met noot).

Dit is enkel zo indien de opeenvolgende situaties naadloos op elkaar aansluiten. Aldus zal een tijdig ingeroepen eigendomsvoorbehoud voor de ontbinding van de vennootschap, zoals gezegd, ook tegenwerpelijk blijven in de tweede samenloop die ontstaat door het later faillissement van die vennootschap. Een eigendomsvoorbehoud tijdig ingeroepen voor een eerste faillissement dat werd ongedaan gemaakt, is echter niet relevant wanneer de koper nadien opnieuw wordt failliet verklaard (Luik, 15 november 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 910, *Rev.Rég.Dr.*, 1995, 48 dat hervormt: Kh. Namen, 12 maart 1992, *T.B.H.*, 1992, 1080).

Wat de overige aspecten betreft, moet geval per geval bekeken worden of een dergelijke doorwerking gewenst is. Aldus werd terecht beslist dat de boedelschulden in een eerste samenloop (i.c. een vereffening), nog geen boedelschulden opleveren in een daaropvolgende situatie van samenloop (i.c. het faillissement) (Antwerpen, 22 april 1996, *R.W.*, 1996-97, 712 met noot E. Dirix, *Limb. Rechtsl.*, 1996, 226. Zie ook: Rb. Luik, 22 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 883 met noot J. Caeymaex). Deze oplossing strookt immers met het uitgangspunt om preferenties zoveel als mogelijk terug te dringen.

In het nieuwe insolventierecht worden wat dit aspect betreft belangrijke wijzigingen aangebracht. Aldus krijgen de schulden die tijdens de procedure van gerechtelijk akkoord bevoegdelijk zijn aangegaan (art. 44: „met medewerking, machtiging of bijstand van de commissaris inzake opschorting") een bijzonder statuut. Wordt de schuldenaar in de loop van de akkoordprocedure failliet verklaard, dan behouden deze schulden dit statuut van boedelschuld in het later faillissement (art. 44).

22. FAILLISSEMENT NA BESLAG — Zolang na het beslag de bedragen niet werden uitgekeerd aan de beslaglegger (en de schuldeisers die zich bij het beslag hebben aangesloten), blijven die in het vermogen van de beslagene.

Andere schuldeisers kunnen op die sommen nog steeds verzet doen ten einde mee te delen in het provenu van het beslag. Werd de beslagene inmiddels failliet verklaard, dan zal de curator de afgifte van de gelden kunnen vorderen. Het antwoord is enkel verschillend wanneer het beslag is 'voltooid'. De vraag rijst dan op welk tijdstip dit moet worden gesitueerd. Dit is niet eerst het ogenblik waarop de gelden door de gerechtsdeurwaarder werden uitgekeerd (in die zin nochtans: Kh. Gent, 1 maart 1996, *T.G.R.*, 1996, 96). Het antwoord lijkt te zijn: vanaf het ogenblik waarop de verdeling van de verkoopopbrengst definitief is geworden. Bij roerend beslag wordt in de rechtsleer aangenomen dat de aangifte gedaan na de verzending van het ontwerp van verdeling als laattijdig moet worden beschouwd en niet meer in aanmerking komt (*A.P.R.*, tw. *Beslag*, 314, nr. 60 en de verwijzingen aldaar). Is het verzet door individuele schuldeisers niet meer mogelijk, dan moeten a fortiori de aanspraken van de curator worden uitgesloten (Antwerpen, 5 november 1996, *R.W.*, 1997-98, 22. Vgl.: Bergen, 6 mei 1992, *T.B.H.*, 1992, 1074 met noot Chr. Van Buggenhout: afgifte aan de curator, tenzij de beslaglegger een bijzonder bevoorrechte schuldeiser is; Kh. Charleroi, 13 oktober 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 1631). Blijft er na de verdeling nog een saldo over, dan komt dit toe aan de curator. Dezelfde regels gelden bij derdenbeslag. Ook na onroerend beslag moet worden aangenomen dat samenloop niet meer mogelijk is wanneer tegenspraak tegen het ontwerp van rangregeling is uitgesloten (Gent, 2 januari 1996, *R.W.*, 1996-97, 441 met noot. Anders: Antwerpen, 10 februari 1997, *T.B.H.*, 1997, 629).

23. FIDUCIAIRE OVERDRACHT TOT ZEKERHEID — Ons recht kent diverse wettelijke voorbeelden van fiduciaire overdracht tot zekerheid (b.v. de loonoverdracht zoals geregeld in de art. 27 e.v. Loonbeschermingswet) en daarnaast een aantal toepassingsgevallen waarvan de rechtsgeldigheid niet wordt betwist (b.v. de betaling van een geldsom tot zekerheid, infra nr. 69). Of buiten deze gevallen het eigendomsrecht tot zekerheid kan worden aangewend, is omstreden (Zie o.m.: P. Van Ommeslaghe, „Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents", in *Le droit des sûretés*, Brussel, 1992,(377), 382 e.v.; E. Krings, „Actuele trends inzake zekerheden", *T.P.R.*, 1992, (671), 680, nr. 14 e.v.; A. Verbeke, „Eigendomsoverdracht tot zekerheid", in *Trust en fiducie*, Brussel, 1997, 335-344).

Een dergelijke zekerheidsoverdracht met betrekking tot lichamelijke roerende goederen was moeilijk verdedigbaar. Gunstiger lagen daarentegen de kaarten voor een zekerheidscessie van schuldvorderingen (zie voor aflijningsvragen met pand: Kh. Charleroi, 31 januari 1996, *J.L.M.B.*, 196, 1584 en met een gewone cessie: Rb. Brussel, 1 maart 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 154). De zekerheidscessie werd evenwel in de ban gedaan door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 oktober 1996. Een debiteur draagt bepaalde schuldvorderingen tot zekerheid over aan zijn bankier. De schuldenaar-cedent wordt ontbonden. De bank-cessionaris gaat echter ook na de ontbin-

ding door met de inning van de aan haar gecedeerde schuldvorderingen. De vereffenaars komen hiertegen in het geweer en vorderen de terugbetaling van de na de ontbinding door de bank geïnde bedragen. Over de voor dat tijdstip geïnde bedragen bestond geen betwisting: deze kwamen toe aan de bank. Wat de na de samenloop geïnde bedragen betreft, moet de cessionaris echter bakzeil halen voor het Hof van Beroep te Luik. Ook in cassatie krijgt de cessionaris nul op het request. De wilsautonomie en het beginsel van de tegenwerpelijkheid van overeenkomsten aan derden wegen niet zwaar genoeg om de externe werking van een dergelijke overdracht te verantwoorden. De partijen kunnen zo'n fiduciaire overdracht wel bewerkstellingen, maar die kan geen uitwerking meer krijgen eens er een situatie van samenloop is ontstaan. Het gelijkheidsbeginsel en de art. 7 en 8 Hyp.W. verhinderen dat een niet door de wet bepaald zakelijk zekerheidsrecht zou worden in het leven geroepen (Cass., 17 oktober 1996, *R.W.*, 1996-97, 1395 met noot M.E. Storme, *T.Not.*, 1997, 442, *Bank.Fin.*, 1997, 114 met noot. I. Peeters, *J.L.M.B.*, 1997, 520. Zie hierover ook: F. Bouckaert, „Cessie, inpandgeving en fiduciaire eigendomsoverdracht van schuldvorderingen, een kluwen voor de notaris?", *T.Not.*, 1997, 432-441).

24. VERBINTENISRECHTELIJKE CONSTRUCTIES — In zijn annotatie plaatst M.E. Storme deze principiële uitspraak in het juiste perspectief en onderzoekt hij de gevolgen voor andere zekerheidsfiguren, zoals eigendomsvoorbehoud, leasing, 'sale lease-back' operaties, retentierecht en zekerheidsfiguren die gesteund zijn op louter verbintenisrechtelijke mechanismen. Wat deze laatste betreft is de auteur terecht van oordeel dat de externe werking ervan verder moet worden erkend aangezien hierdoor geen afbreuk wordt gedaan aan het 'numerus clausus' beginsel van het zakenrecht (*o.c.*, *R.W.*, 1996-97, 1402-1403, nr. 17-18).

Aldus moet de externe werking van een zgn. 'minnelijk' kantonnement worden aanvaard. De schuldeisers kunnen op de door hun debiteur gekantonneerde gelden immers niet meer aanspraken hebben dan die debiteur zelf. Aldus besliste het Hof van Beroep te Gent dat de storting op een gemeenschappelijke rekening van de raadslieden geldt als een voorwaardelijke betaling en de werking van deze voorwaarde aan de schuldeisers van de debiteur tegenwerpelijk is (Gent, 26 april 1996, *R.W.*, 1996-97, 680 met noot E. Dirix. In gelijke zin: Antwerpen, 26 maart 1991, *R.W.*, 1991-92, 1066; Brussel, 18 december 1991, *T.B.H.*, 1991, 883, *J.L.M.B.*, 1992, 701; Bergen, 5 april 1995, *P&B*, 1996, 100, *Act.Dr.*, 1996, 110, *Rev.Rég.Dr.*, 1995, 464. Zie: Cass., 9 november 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 288, *R.W.*, 1991-92, 535 met noot E. Dirix en overzicht beslagrecht, *T.P.R.*, 1996, 1422, nr. 22 e.v.). Deze externe werking moet worden onthouden aan een minnelijk kantonnement na bewarend beslag (Luik, 6 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1038). Dit laatste is enkel in beginsel juist. Nu een kantonnement bij bewarend beslag niet geldt als betaling, moet er ook bij een 'minnelijk kantonnement' na een dergelijk beslag worden van uitgegaan dat de partijen geen voorwaardelijke

betaling hebben beoogd. De partijen kunnen hierover iedere twijfel wegnemen door uitdrukkelijk kleur te bekennen.

In gelijke zin werd door de Franse Cour de cassation geoordeeld in geval van een delegatieovereenkomst. Bij een dergelijke overeenkomst wijst een debiteur zijn schuldeiser (delegataris) een andere schuldenaar (de gedelegeerde) aan die hierin toestemt. Door de (onvolmaakte) delegatie ontstaat een nieuwe verbintenis tussen de gedelegeerde schuldenaar en de delegataris. Zij heeft geen overdracht tot gevolg van de schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde, maar maakt deze wel onbeschikbaar. De delegataris ontsnapt op die manier aan de samenloop met de overige schuldeisers van de delegant die in handen van de gedelegeerde beslag zouden leggen. Een dergelijk beslag kan de aanspraken van de delegataris op de gedelegeerde niet doorkruisen (Cass.fr., 16 april 1996, *D.*, 1996, jur., 571 met noot Larroumet).

25. GEEN CONVENTIONELE VOORRECHTEN — Schuldeiser en schuldenaar kunnen niet op conventionele wijze preferenties in het leven roepen die aan derden tegenwerpelijk zouden zijn. Evenmin kunnen zij de strekking van een door de wet erkend voorrecht wijzigen of moduleren. Aldus kunnen de partijen niet overeenkomen dat het goed waarop het voorrecht betrekking heeft, wordt vervangen door een ander goed onder behoud van het voorrecht (Bergen, 20 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 706 infra nr. 35). Wat de partijen niet is toegestaan, komt evenmin toe aan diegene aan wie de organisatie van de samenloop is opgedragen. Aldus kan een gerechtsdeurwaarder aan een retentor geen preferentiële betaling toezeggen als tegenprestatie voor de vrijgave van de goederen waarop het retentierecht rust. Evenmin kan een curator een bepaalde schuldeiser een voorrecht toekennen wanneer de wet daarin niet heeft voorzien (Brussel, 16 maart 1995, *J.T.*, 1995, 811; Gent, 23 januari 1997, *R.W.*, 1997-98, 644: een overeenkomst die terzake zou bestaan met de curator bindt de overige schuldeisers niet) of kan een notaris in de verkoopsvoorwaarden een beding opnemen met een dergelijke strekking (Cass.fr., 2 december 1992, *D.*, 1994, jur., 116 met noot Verschave).

Om die reden kan de curator die in eerste instantie een schuldeiser heeft toegelaten tot het bevoorrecht passief, in hoger beroep het geweer van schouder veranderen door voor de appèlrechter het bevoorrecht karakter te betwisten (Gent, 6 december 1996, *R.W.*, 1997-98, 537). In dezelfde zin werd beslist dat wanneer de curator door een hypothecaire schuldeiser werd belast met de verkoop van diens onderpand, de verkoopsvoorwaarden niet kunnen bepalen dat de kosten van de verkoop ten laste zullen vallen van de faillissementsboedel (Kh. Namen, 3 juli 1995, *J.T.*, 1996, 417).

26. TOEPASSING. SOLIDARITEITSBEDINGEN — Deze problematiek komt aan bod bij de zgn. 'solidariteitsbedingen' in de basisakten van appartementsgebouwen luidens welke de koper zich ertoe verbindt mede gehouden te zijn tot de door zijn rechtsvoorganger nog verschuldigde bijdrage in de gemeen-

schappelijke kosten. Een dergelijk beding bindt de koper slechts op voorwaarde dat hij ermee heeft ingestemd. In de regel wordt de toestemming van de koper gerealiseerd door de werking van een zgn. 'kettingbeding'. De rechtspraak stelt terzake strenge eisen: de koopovereenkomst moet duidelijk en ondubbelzinnig melding maken van dit beding (zie bij: A. Van Oevelen, „De bijdrage van de mede-eigenaars van een appartementsgebouw in de gemeenschappelijke lasten", *R.W.*, 1991-92, 280). Bij een openbare verkoop zal de gebondenheid van de koper voortvloeien uit de verkoopsvoorwaarden. Nochtans worden hier door de rechtspraak dezelfde strenge eisen gesteld. Een loutere verwijzing naar de basisakte zonder dat het solidariteitsbeding uitdrukkelijk wordt vermeld en evenmin het bedrag wordt bepaald waartoe de koper zal gehouden zijn, is onvoldoende. De overschrijving van de akte dingt daar niet van af (Antwerpen, 13 maart 1996, *R.W.*, 1996-97, 131 met noot Delesie, *T.Not.*, 1997, 116).

De vraag rijst of een dergelijk beding ook kan worden tegengeworpen aan de andere schuldeisers van de eigenaar. Hebben zij zich neer te leggen bij een opname van een dergelijk beding in de verkoopsvoorwaarden na uitvoerend beslag op het appartement? Door een gedeelte van de rechtspraak wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Het bedrag van de achterstallige bijdragen wordt dan van de te verdelen koopsom voorafgenomen, zodat de vereniging van mede-eigenaren integrale betaling krijgt. (Rb. Namen, 10 juli 1996, *T.Not.*, 1997, 119 met afkeurende noot Ch. A. Leunen). Hierdoor wordt afbreuk gedaan aan de positie van de andere schuldeisers en in het bijzonder aan deze van de hypothecaire schuldeisers. Het lijdt geen twijfel dat deze werkwijze neerkomt op het toekennen van een preferentie langs contractuele weg. De andere schuldeisers kunnen derhalve met succes in verzet komen tegen het opnemen van een dergelijke clausule in de verkoopsvoorwaarden (in die zin o.m.: Dirix en De Corte, *Zekerheidsrechten*, 144, nr. 246; Ch.- A. Leunen, *o.c.*, *T.Not.*, 1997, 123-124, nr. 8; Beslagr. Antwerpen, 5 december 1989, *R.W.*, 1989-90, 1230. Voor Frankrijk in dezelfde zin: Cass.fr., 2 december 1992, gecit.).

Hoe liggen de kaarten na de wet van 30 juni 1994? Het nieuwe art. 577-11, § 1 B.W. laat enkel toe dat de partijen in een afzonderlijke overeenkomst een van de wet afwijkende regeling treffen terzake de bijdrageplicht. Nu deze bepaling van dwingend recht is en de wet enkel spreekt van overeenkomst en niet van statuten, wordt hieruit afgeleid dat een zgn. 'solidariteitsbeding' niet meer in de basisakten kan worden opgenomen (zie: H. Vandenberghe m.m.v. S. Snaet, *Zakenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, dl. III, *Mede-eigendom*, Antwerpen, 1997, 267-268, nr. 109; Ch. A. Leunen, *o.c.*, *T.Not.*, 1997, 122, nr. 3). Indien men van oordeel zou zijn dat een dergelijk beding wel nog in de statuten kan worden opgenomen, dan blijft de principiële benadering onder het vroegere recht onverkort zijn gelding behouden. Ten onrechte zou hierover twijfel kunnen ontstaan nu het gewijzigde art. 1 Hyp.W. de overschrijving van deze statuten met het oog op hun tegenwerpelijkheid voorschrijft en art. 577-10, § 1 B.W. bepaalt dat de statuten

„rechtstreeks kunnen worden tegengesteld door degenen aan wie ze kunnen worden tegengesteld en die houder zijn van een zakelijk of persoonlijk recht op het gebouw in mede-eigendom". Er anders over oordelen zou afbreuk doen aan het bepaalde in art. 1165 B.W.

27. BOEDELSCHULDEN — Buiten de samenloop vallen de schulden van de boedel. De schuldeisers van deze boedelschulden behouden het recht om afzonderlijke daden van tenuitvoerlegging te verrichten. Boedelschulden moeten ten volle uit de opbrengst van het actief worden voldaan, vooraleer tot uitkering aan de andere schuldeisers (schulden in de boedel) kan worden overgegaan. Is het actief ontoereikend dan treden de boedelschuldeisers niet in gelijke orde aan, maar wordt rekening gehouden met hun eventuele preferenties (infra nr. 30).

Onder boedelschulden worden, algemeen gesproken, de schulden bedoeld die door de bewindvoerder worden aangegaan met het oog op de vereffening van het onder zijn bewind gestelde vermogen. De goederen van de debiteur die bestemd zijn ter voldoening van de zgn. separatisten vallen echter buiten de boedel. Enkel het saldo dat overblijft na voldoening van deze schuldeisers komt in de boedel. Ook al wordt de vereffening van deze goederen toevertrouwd aan de bewindvoerder, dan vormen zij a.h.w. een 'sub-boedel'. De schulden die terzake van deze goederen werden aangegaan kunnen derhalve niet beschouwd worden als boedelschulden ten nadele van de samenlopende schuldeisers (Luik, 29 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1488; Luik, 7 april 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 1209, *T.B.H.*, 1997, 116: schulden die enkel de gehypothekeerde goederen aanbelangen zijn geen schulden van de faillissementsboedel, i.c. kosten van de mede-eigendom van een appartement dat voor rekening van de hypothecaire schuldeiser wordt uitgewonnen).

In het raam van de faillissementsvereffening worden boedelschulden omschreven als deze die ontstaan zijn na het faillissement en die door de curator werden aangegaan teneinde de boedel behoorlijk te beheren (Zie hierover: Cass., 16 juni 1988 (drie arresten), *T.B.H.*, 1988, 765; *R.C.J.B.*, 1990, 5 met noot I. Verougstraete; Ph. Colle, „Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht", in *Handels-economisch en financieel recht*, (W. Delva-cyclus), Gent, 1995, (1), 16 e.v.; C. Van Buggenhout en I. Van de Mierop, „De boedelschulden onder faillissementsbeheer: status quaestionis", *Not.-Fisc.M.*, 1996, 85-96. Zie ook: overzicht faillissementsrecht, *T.P.R.*, 1996, 1098, nr. 215 e.v.). In de recente rechtspraak wordt het begrip boedelschuld beperkt tot deze die het gevolg is van het actief beheer van de boedel door de curator, met name door de voortzetting der handelsactiviteiten van de gefailleerde, door de uitvoering van de overeenkomsten die door deze waren gesloten of het gebruik van diens goederen voor het beheer van het faillissement (Cass., 20 januari 1994, *R.W.*, 1994-95, 227, *T.B.H.*, 1994, 906 met noot Dumon, *J.L.M.B.*, 1994, 362. Zie ook: Cass., 27 april 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 813, nr. 451, *J.L.M.B.*,1993, 146, *J.L.M.B.*, 1994, 838; Cass., 2 mei 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 438, nr. 210, *R.W.*, 1994-95, 861, *J.L.M.B.*, 1994,

1022: bijvoorbeeld uit het verderzetten van de handelsactiviteiten; Cass., 30 maart 1995, *R.W.*, 1995-96, 549, *J.L.M.B.*, 1995, 780. Toepassingsgevallen o.m.: Antwerpen, 25 april 1995, *T.B.H.*, 1996, 549: kosten besteed aan een gebouw (afsluiting en opruiming van puin) opdat de openbare veiligheid niet in het gedrang zou komen; Bergen, 21 juni 1994, *T.B.H.*, 1995, 561; Kh. Verviers, 27 september 1994, *T.B.H.*, 1997, 625: vordering uit het verderzetten van de activiteiten). Aan deze voorwaarde is bijvoorbeeld niet voldaan voor een na het faillissement ontstane B.T.W.-schuld met betrekking tot een voor het faillissement door de gefailleerde gedane B.T.W.-aftrek (Gent, 17 april 1996, *R.W.*, 1996-97, 479, *T.B.H.*, 1997, 121) of met betrekking tot de vergoeding verschuldigd door de curator wegens de beëindiging van een overeenkomst (Luik, 29 april 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1045). De curator die besluit de handelsbedrijvigheid van de gefailleerde voort te zetten en de arbeidsovereenkomsten verder uit te voeren, beheert de boedel, zodat de schulden die het gevolg zijn van de opzegging van die overeenkomsten, boedelschulden zijn (Cass., 2 mei 1997, *R.W.*, 1997-98, 503. Zie voorheen: Antwerpen, 23 februari 1996, *T.B.H.*, 1997, 117 met noot R. Parijs: R.S.Z.-bijdragen op de lonen zijn boedelschulden, niet deze verschuldigd op de opzegvergoeding).

Dezelfde benadering dient voorop te staan bij de bepaling van het begrip boedelschuld in andere gevallen van samenloop. Het volstaat niet dat de schuld is ontstaan na de samenloop. De schuld moet kaderen in het vereffeningsbewind (Luik, 29 april 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1045: principe; Luik, 16 februari 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 366: akkoord met boedelafstand; Kh. Charleroi, 4 december 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 1671: ontbinding van vennootschap; Rb. Brugge, 19 december 1988, *R.W.*, 1989-90, 1265: vereffening van een V.Z.W.).

28. VERVOLG. VERDERZETTING PROCEDURES — Wat is het lot van de gerechtskosten besteed door een schuldeiser van een boedelschuld om zijn vorderingsrecht tegen de boedel te doen erkennen? Deze kosten vallen onder het begrip 'boedelschulden' nu zij een gevolg zijn van het behoorlijk beheer door de bewindvoerder (anders: Bergen, 6 november 1989, *T.B.B.R.*, 1992, 396 met kritische noot Lechien). Gaat het om de voortzetting van een voor de samenloop reeds aangevat geding, dan dienen de gerechtskosten logischerwijze te worden omgeslagen over de beide periodes (Lechien, *o.c.*, 402-403. Zie ook overzicht faillissementsrecht, *T.P.R.*, 1996, 1110, nr. 227). Deze opvatting vindt steun in het nieuwe faillissementsrecht (art. 46 Faill.W.).

29. VERVOLG. ONRECHTMATIGE DAAD EN ONVERSCHULDIGDE BETALING — Een onrechtmatige daad die aan de failliete boedel is toe te rekenen, geldt als boedelschuld (Antwerpen, 24 januari 1995, *R.W.*, 1995-96, 780: voor een merkwaardig toepassingsgeval van art. 1385 B.W., nl. de aansprakelijkheid voor een waakhond van de gefailleerde. Zie ook: Antwerpen, 25 april 1995, *T.B.H.*, 1996, 549). Gelet op de beperkende interpretatie van preferentie-

posities moet de eis worden gesteld dat het gaat om onrechtmatige daden die werden gepleegd in de uitoefening van het vereffeningsbewind. Een vordering van de overheid tot vergoeding wegens de opruiming van afvalstoffen kan niet beschouwd worden als een boedelschuld. Een onrechtmatige daad doet steeds een schuld in de boedel ontstaan, ook indien de schadelijke gevolgen na het faillissement voortduren (Kh. Charleroi, 26 januari 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1497).

Een onverschuldigde betaling na faillissement doet een boedelschuld ontstaan. Het lot van dergelijke betalingen kwam recent bij onze noorderburen aan de orde. Volgens de Hoge Raad handelt de curator in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing. Hieruit wordt afgeleid dat hij deze vordering onmiddellijk dient te honoreren, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten. Ook brengt de aard van de verplichting mee dat de curator te dier zake geen bijdrage in de algemene faillissementskosten mag verlangen maar slechts de redelijke kosten die als gevolg van de vergissing en de nakoming van de bedoelde verplichting zijn veroorzaakt (H.R., 5 september 1997, *T.v.I.*, 1997/5, Nieuwsbrief, 65. Zie over deze problematiek o.m.: S.C.J.J. Kortmann, „Onverschuldigde betaling aan de curator", *W.P.N.R.*, 1995, nr. 6171, 159-160; C.F.W.A. Hamm, „De onrechtmatige daad van een curator en de onverschuldigde betaling aan de boedel", *T.v.I.*, 1996/4, 96-99; F.M.J. Verstylen, „Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement", *N.T.B.R.*, 1995/4, 93-96).

30. NEGATIEVE BOEDEL — De boedelschulden worden bij voorrang betaald. Kunnen deze schulden niet volledig uit het actief worden voldaan dan wordt gesproken van een zgn. 'negatieve boedel'. Tussen boedelschuldeisers geldt in dat geval de paritas-regel. De vorderingen worden naar evenredigheid voldaan, tenzij er een wettelijke reden van voorrang bestaat.

In Nederland is de afwikkeling van een boedelfaillissement en de rangorde van boedelschulden het voorwerp van controverse (zie o.m.: R.J. van Galen, „De rangorde onder boedelschulden in faillissement", *W.P.N.R.*, 1997, nrs. 6266 en 6267; R.J. van Galen, „Een regeling voor het boedelfaillissement", *T.v.I.*, 1997, 148-153; E.W.J.H. de Liagre Böhl, „De 'Nijmeegse leer' inzake de bijzondere faillissementskosten en de verdeling van de negatieve boedel", *T.v.I.*, 1997, 77-85).

31. BOEDELSCHULDEN EN SEPARATISTEN — Separatisten zoals de hypothecaire schuldeiser en de pandhouder bevinden zich buiten de faillissementsboedel. De boedelschulden die door de curator werden aangegaan, kunnen derhalve hun onderpand in beginsel niet aantasten. Dit onderpand blijft immers buiten de faillissementsboedel in de mate dat de opbrengst ervan de waarde van de verzekerde schuldvordering niet overtreft. Enkel wanneer zij voordeel hebben gehad bij het maken van deze schulden, dienen zij

hiertoe in die mate bij te dragen (Brussel, 15 september 1994, *J.T.*, 1995, 7; Luik, 26 januari 1995, *J.T.*, 1995, 790 infra nr. 46).

Omgekeerd kunnen schulden door de vereffenaar aangegaan in het uitsluitend belang van deze separatisten niet worden aangemerkt als boedelschulden ten nadele van de samenlopende schuldeisers (Luik, 29 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1488; Luik, 7 april 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 1209; supra nr. 27).

Over het lot van de interesten: supra nr. 17.

32. BEVOEGDE RECHTBANK — Enkel de rechtbank van koophandel is bevoegd te oordelen over de opname van een schuldvordering in het passief van het faillissement of kan bepalen dat een schuld als een boedelschuld moet worden aangemerkt (Cass., 8 december 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 1099, nr.536, *J.L.M.B.*, 1996, 865). De termijn van 15 dagen om hoger beroep in te stellen tegen elk vonnis inzake faillissement is van toepassing op de vorderingen en de betwistingen die rechtstreeks uit het faillissement voortvloeien en waarvan de oplossing zich bevindt in het bijzondere recht dat het faillissement beheerst (Cass., 27 februari 1997, *T.B.H.*, 1997, 614). Dit is niet het geval voor een betwisting omtrent het voorrecht van de onbetaalde verkoper (Cass., 18 juni 1992, *R.W.*, 1992-93, 445, *T.B.H.*, 1992, 1043) of omtrent de tegenwerpelijkheid van een 'minnelijk kantonnement' (Cass., 30 mei 1996, *Arr.Cass.*, 1996, 508, nr. 197). De problematiek van de voorrechten is volgens het Hof van Beroep te Bergen echter niet specifiek voor de faillissementsvereffening, aangezien het aan de orde komt in alle gevallen van samenloop. Derhalve geldt de gemeenrechtelijke termijn voor hoger beroep tegen een vonnis met betrekking tot de toelating tot het bevoorrecht passief (Bergen, 30 december 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1481; Bergen, 17 januari 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 863. Anders: Luik, 13 april 1995, *Rev.Rég.Dr.*, 1995, 305; Antwerpen, 10 maart 1997, *R.W.*, 1997-98, 575). In dezelfde zin werd geoordeeld over de beroepstermijn tegen een beslissing over de erkenning van een schuld als boedelschuld, nu het begrip boedelschuld ook gekend is bij andere vereffeningen (Bergen, 21 juni 1994, *T.B.H.*, 1995, 561, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 531. Anders: Antwerpen, 18 oktober 1994, *T.B.H.*, 1995, 565: een geschil omtrent de mogelijkheden van schuldvergelijking na faillissement is een betwisting waarvan de oplossing bepaald wordt door het faillissementsrecht). Onder het nieuwe faillissementsrecht worden de beroepstermijnen afgestemd op het gemeenrecht (art. 37 Faill.W.).

Een geschil betreffende het voorrecht van de verhuurder naar aanleiding van een pandbeslag kan worden beslecht zonder verwijzing naar het faillissementsrecht, zodat de beslagrechter ook na faillissement bevoegd blijft om te oordelen over de zwarigheden tussen de onbetaalde verhuurder en andere schuldeisers (Beslagr. Hasselt, 7 maart 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 511).

33. VOORRECHT ALS NEVENRECHT — Voorrechten en andere zekerheidsrechten gelden in beginsel als nevenrechten die het lot ondergaan van de gewaarborgde schuldvordering. Wordt de schuldvordering overgedragen,

dan wordt de overnemer ook beschermd door de voorrechten die betrekking hebben op de overgenomen schuldvordering. Aldus werd beslist dat ongeacht of de indeplaatsstelling wettelijk of conventioneel is, de gesubrogeerde van de zekerheidsrechten geniet van de oorspronkelijke schuldeiser en deze regel evenzeer geldt voor het pandrecht op de handelszaak (Kh. Luik, 14 december 1994, *J.L.M.B.*, 1996, 559, *T.B.H.*, 1996, 559). Een commissionair die de B.T.W. voor zijn principaal heeft voorgeschoten geniet als in de plaatsgestelde schuldeiser van het voorrecht van de schatkist (Kh. Tongeren, 20 september 1994, *R.W.*, 1994-95, 715).

Ook het eigendomsvoorbehoud moet als een nevenrecht worden beschouwd dat ten goede komt aan de overnemer van de schuldvordering van de onbetaalde koopprijs (zie E. Dirix, „Eigendomsvoorbehoud", *R.W.*, 1997-98, 494-495, nr. 48 en verwijzingen aldaar).

34. ZAAKSVORMING EN NATREKKING — Betreft het een voorrecht op bepaalde goederen, dan wordt de eis gesteld dat de goederen nog herkenbaar aanwezig zijn in het vermogen van de debiteur. Dezelfde eisen worden gesteld bij de uitoefening van een revindicatievordering door de verkoper die zich de eigendom heeft voorbehouden (Kh. Brugge, 31 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 665; Kh. Charleroi, 21 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 898. Zie m.b.t. nader: E. Dirix, „Eigendomsvoorbehoud", *R.W.*, 1997-98, 489-490, nrs. 26-29).

Gaan de bezwaarde goederen teniet of ondergaan zij fundamentele wijzigingen, dan gaat ook het voorrecht teniet. Deze problematiek komt vooral aan de orde wanneer het goederen betreft die bewerkingen ondergaan. De vraag rijst dan of het voorrecht bijvoorbeeld nog kan worden uitgeoefend op boomstammen die werden gezaagd tot planken, op tarwe die tot bloem werd verwerkt of op druiven waarvan wijn werd gemaakt. Ons recht geeft geen precieze criteria om uit te maken of de betrokken zaak nog identificeerbaar of herkenbaar is. Het gaat hier om een feitenkwestie waarbij de verkeersopvattingen richtinggevend zijn. Het komt er aldus op aan na te gaan of de goederen nog kunnen worden aangewezen ongeacht de vormverandering die zij hebben ondergaan. Aldus werd beslist dat het voorrecht op geoogste erwten behouden bleef ook na verwerking tot diepvriespakketten en conserven (Gent, 17 september 1992, *onuitgeg.* bevestigd door Cass., 16 december 1994, *R.W.*, 1994-95, 1364 met noot G. Van Haegenborgh, dat teniet doet: Kh. Brugge, 31 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 753. Dezelfde rechtbank besliste op dezelfde datum in gelijke zin over een revindicatie van veldgroenten die waren verwerkt tot conserven en diepvriespakketten: Kh. Brugge, 31 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 665).

Het voorrecht (c.q. eigendomsvoorbehoud) wordt ook bedreigd wanneer de zaak wordt samengevoegd met een andere en daardoor zijn zelfstandigheid verliest. Veelal wordt aangenomen dat het onderpand niettegenstaande de incorporatie in een geheel, niet teloor gaat wanneer de zaak nog duidelijk herkenbaar is en zonder grote moeilijkheden kan worden afgescheiden (voor Nederland: art. 3:4 tweede lid N.B.W.). Aldus liet de Franse Cour de cassa-

tion de revindicatie toe van onbetaalde scheepsmotoren in afgewerkte en nog in aanbouw zijnde schepen (Cass.fr., 11 maart 1997, *Bull.*, 1997, IV, 63, nr. 70). Ook hier dient rekening te worden gehouden met de verkeersopvattingen. Niet alleen de vraag of de afscheiding zonder veel problemen kan gebeuren is determinerend, maar ook die of het samengestelde goed naar de gangbare opvattingen niet als een geheel moet worden beschouwd.

35. ZAKELIJKE SUBROGATIE — De zakelijke subrogatie kan niet beschouwd worden als een algemeen rechtsbeginsel. Ons recht aanvaardt wel diverse toepassingsgevallen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het zgn. 'wisselpand' of bij beslag op voorraden. Daar wordt aangenomen dat het pand c.q. het beslag op de voorraden behouden blijft niettegenstaande de vervanging ervan door andere voorraden binnen een normale exploitatie (b.v.: Luik, 21 maart 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1042 m.b.t. een beslag op voorraden; Beslagr. Luik, 20 november 1995, *Act.Dr.*, 1996, 231). De regel van het 'wisselpand' geldt ook voor onder warrant geplaatste goederen (Kh. Verviers, 7 januari 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1992, 443 met kritische noot W. Derycke, bevestigd door Luik, 15 december 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 421).

Benevens deze gevallen kan wel als algemeen principe geponeerd worden dat zakelijke subrogatie plaatsvindt telkens een bepaald goed wordt vervangen door een schuldvordering. Wordt aldus de bevoorrechte zaak vervreemd of beschadigd, dan kan het voorrecht onverminderd worden uitgeoefend op de schuldvordering tot betaling van de koopprijs c.q. de schadevergoeding (Zie nader: R. Dekkers, „Over de grondslag van de zakelijke subrogatie", *R.W.*, 19954-55, 1329-1334; E. Dirix, „Zakelijke subrogatie", *R.W.*, 1993-94, 273-290).

De vraag of het voorrecht ook kan worden uitgeoefend op goederen die in ruil werden ontvangen, moet derhalve ontkennend worden beantwoord (Kh. Brussel, 7 februari 1996, *T.B.H.*, 1997, 125). Evenmin kunnen schuldeiser en schuldenaar afspreken om het goed waarop het voorrecht betrekking heeft, te vervangen door een ander goed onder behoud van het voorrecht (Bergen, 20 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 706, *J.L.M.B.*, 1991, 500).

Daarentegen zal de onbetaalde verkoper wel zijn voorrecht kunnen uitoefenen op de niet betaalde koopprijs verschuldigd door de onderverkrijger. In gelijke zin kan de verhuurder zijn voorrecht uitoefenen op de prijs die aan de huurder verschuldigd is door de koper van de stofferende goederen (Antwerpen, 28 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 678: dit geldt onverminderd na faillissement van de huurder. In dezelfde zin: Bergen, 19 juni 1997, *T.B.H.*, 1998, 109). Hetzelfde wordt aangenomen voor de schuldeiser die kosten heeft besteed tot behoud van de zaak. Deze schuldeiser (b.v. de hersteller) kan zijn voorrecht uitoefenen op de verschuldigde verzekeringsvergoeding (Kh. Brussel, 14 november 1995, *T.B.H.*, 1997, 123: de zakelijke subrogatie wordt in principe aanvaard, maar in het gegeven geval nochtans afgewezen omdat de herstelde zaak voor het ontstaan van de samenloop was verkocht). Werd deze prijs inmiddels voldaan, dan dooft het voorrecht uit,

wanneer door de betaling iedere identificatie is uitgesloten (Bijv.: Kh. Aarlen, 28 januari 1993, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 144). Een betaling na het faillissement kan de zakelijke subrogatie echter niet in het gedrang brengen (Antwerpen, 28 april 1997, gecit.).

36. WETSOPVOLGING — De problematiek van de voorrechten ziet op de verhouding tussen schuldeisers (supra nr. 15). Die komt eerst aan de orde in geval van samenloop. Bij wetsopvolging in de tijd, dient derhalve rekening te worden gehouden met de wetgeving die van toepassing is op het tijdstip waarop de samenloop ontstaat (zie ook: L. Loones, „Wetsopvolging bij voorrechten", *De Gerechtsd.*, 1993, 103-112).

Ook voor de vraag of een schuldeiser over een rechtstreekse vordering beschikt die door een latere wetgeving werd ingesteld, moet het tijdstip van de samenloop in aanmerking worden genomen. Een rechtstreekse vordering betreft immers ook de verhouding tussen schuldeisers. Aldus dient voor de vraag of de onderaannemer over een rechtstreekse vordering beschikt (art. 1798 B.W., infra nr. 114) geen rekening worden gehouden met het tijdstip waarop de overeenkomst tot stand is gekomen (anders: Luik, 6 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 379, *Rev.Rég.Dr.*, 1996, 245: datum van de overeenkomst tussen onderaannemer met hoofdaannemer). Evenzo staat de rechtstreekse vordering uit art. 86 Verzekeringswet (infra nr. 109) ter beschikking van iedere benadeelde en dit ook voor schadegevallen van voor de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 1992 zolang er geen samenloop was ingetreden (Kh. Brussel, 3 februari 1997, *R.W.*, 1997-98, 23, *T.B.H.*, 1997, 704 met noot C. Van Schoubroeck; Kh. Hasselt, 20 februari 1997, *T.B.H.*, 1997, 708; Vred. Westerlo, 10 januari 1997, *T.B.H.*, 1997, 719).

AFDELING 2
RETENTIERECHT

37. BEGRIP — Het retentierecht komt neer op een geoorloofde vorm van eigenrichting en geldt als algemeen rechtsbeginsel (zie ook infra nrs. 107 en 108). In bepaalde gevallen wordt de uitoefening ervan uitgesloten. Dit is bijvoorbeeld het geval in art. 1885 B.W. (Voorz. Kh., Charleroi, 17 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 117).

Het retentierecht kan worden uitgeoefend op roerende, zowel als op onroerende goederen (wat dit laatste betreft: Poitiers, 10 december 1996, *J.C.P.*, éd. G, I-4033, 297. Voor Nederland: H.R., 23 juni 1995, *N.J.*, 1996, nr. 216 met noot W.M.K.; H.R., 4 april 1997, *N.J.*, 1997, nr. 608 met noot P.A.S.: retentie door een huurder). Door de rechtspraak werd de uitoefening van het retentierecht bijvoorbeeld ook nog erkend op: schepen (Hof Den Haag, 7 augustus 1996, *N.J.*, 1997, 678), op vliegtuigen (Brussel, 23 februari 1994, *DAOR*, 1994, nr. 31, 103), op een bestand op een magnetische drager (Cass.fr. 8 februari 1994, *Bull.*, 1994, IV, nr. 56), e.d.m.

38. VOORWAARDEN — De uitoefening onderstelt een nauw verband tussen de schuldvordering en de teruggehouden zaak. Aldus is de vervoerder gerechtigd om tot zekerheid van de vrachtprijs het retentierecht uit te oefenen op de koopwaar die hij nog in bezit heeft (Brussel, 6 november 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 188). De uitoefening van het retentierecht is niet mogelijk op een goed dat de schuldeiser toevallig in zijn bezit heeft gekregen. Aldus beschikt een stuwadoor niet over het retentierecht op de lading voor een vordering uit vroegere transacties (Voorz. Antwerpen, 8 augustus 1992, *Rechtspr. Antw.*, 1992, 54). Dit objectief verband kan bestaan wanneer de schuldvordering en het bezit van de zaak voortvloeien uit verschillende transacties die als één geheel moeten worden beschouwd (Brussel, 18 februari 1994, *T.B.H.*, 1995, 492). Zo'n verband werd in een gegeven geval ook aangenomen met betrekking tot de schuldvorderingen ten gevolge van verschillende onderhoudsbeurten van vliegtuigen die aldus moeten beschouwd worden als deel uit makend van een enkele ondeelbare overeenkomst (Brussel, 23 februari 1994, *DAOR*, 1994, afl. 31, 103, zie en vergl. infra nr. 108).

De retentor moet beschikken over een opeisbare schuldvordering (Vred. Aalst, 24 april 1996, *T.G.R.*, 1996, 184: retentierecht van een garagehouder). Verder moet het retentierecht ook te goeder trouw worden uitgeoefend (Vred. St. Niklaas, 14 januari 1991, *R.W.*, 1991-92, 1436. Zie ook: Brussel, 23 februari 1994, gecit.). Hierbij komt ook het proportionaliteitsbeginsel aan de orde (infra nr. 40). Andere voorwaarden stelt de wet niet. De rechter kan derhalve de uitoefening van het retentierecht niet afhankelijk stellen van de vrees voor de insolvabiliteit van de debiteur (anders: Voorz. Rb. Luik, 21 december 1994, *Act.Dr.*, 1996, 157 met noot Georges). De vergelijking die door de rechter wordt gemaakt met de voorwaarde der urgentie bij het leggen van bewarend beslag loopt mank. Het retentierecht vindt zijn grondslag en verantwoording in de samenhang of connexiteit, terwijl een bewarend beslag op om het even welk goed van de debiteur kan worden gelegd en zijn verantwoording bij uitstek vindt in het urgentievereiste.

Dit recht van de schuldeiser om te weigeren de zaken van zijn schuldenaar vrij te geven die verband houden met de schuldvordering is enkel een feitelijk machtsmiddel. Verliest de retentor de feitelijke heerschappij over de zaak, dan eindigt ook zijn retentierecht. Dit verlies is onherroepelijk; het kan niet weer tot leven worden gebracht doordat de schuldeiser op een toevallige wijze het goed terug in zijn bezit krijgt. Deze regel lijdt uitzondering wanneer de schuldeiser het bezit herkrijgt in het raam van de opeenvolgende uitvoeringshandelingen die een onderdeel vormen van dezelfde ondeelbare overeenkomst. Aldus werd in het reeds genoemde geval van het onderhoudscontract van vliegtuigen beslist dat de schuldeiser zijn retentierecht kan uitoefenen op vliegtuigen die hij eerst had vrijgegeven en die hij op een later tijdstip terug in zijn bezit krijgt in het raam van dezelfde ondeelbare overeenkomst (Brussel, 23 februari 1994, gecit.).

39. GEEN VOORRECHT — Het retentierecht verleent geen voorrecht. Evenmin kan men langs contractuele weg een preferentiële voldoening van de retentor uit de verkoopsopbrengst van de zaak realiseren op een wijze die aan andere samenlopende schuldeisers tegenwerpelijk is (supra nr. 25). Het retentierecht houdt immers op wanneer de retentor het bezit van de zaak prijsgeeft (infra nr. 107). De gerechtsdeurwaarder noch de curator kunnen derhalve aan de retentor, als tegenprestatie voor de vrijgave van de goederen, een preferentiële betaling uit de opbrengst van het goed in het vooruitzicht stellen (zie nochtans: Luik, 7 juni 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 633). In ieder geval kunnen andere schuldeisers met succes tegen een dergelijke afspraak in het geweer komen. Aan de retentor kan derhalve geen fout worden verweten wanneer hij weigert onder die voorwaarden de goederen vrij te geven (anders: Kh. Charleroi, 27 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1993, 174).

In de praktijk gebeurt het vaak dat de goederen worden vrijgegeven tegen de overhandiging van een vervangende zekerheid, bijvoorbeeld de aflevering van een bankgarantie die afroepbaar is als de geldigheid van het retentierecht door de rechter wordt erkend. Is deze voorwaarde vervuld, dan is de retentor tot de afroep van de bankgarantie gerechtigd (Antwerpen, 4 januari 1994, *R.W.*, 1993-94, 1432. Zie ook: Voorz. Kh. Charleroi, 17 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 117). Een patronaatsverklaring is echter niet zo'n gelijkwaardig zekerheidsrecht (Brussel, 23 februari 1994, gecit.)

40. BOEKHOUDKUNDIGE STUKKEN E.D. — De rechtspraak staat weigerachtig tegenover de uitoefening van een retentierecht door accountants, fiscale raadgevers e.d. op boekhoudkundige stukken van hun cliënt tot zekerheid van de betaling van hun ereloon (Voorz. Kh. Brugge, 18 november 1991, *R.W.*, 1992-93, 1380, *DAOR*, 1993, afl. 28, 87 met noot I. Vernimmen. De voorzitter laat zich vooral leiden door het argument dat dergelijke stukken geen verkoopswaarde hebben. In dezelfde zin: Voorz. Rb. Luik, 6 augustus 1992, *Pas.*, 1992, III, 100: ook al werden op die stukken inschrijvingen verricht; Kh. Dinant, 6 november 1990, *J.T.*, 1991, 132). Het retentierecht wordt wel erkend op de stukken die de vrucht zijn van de eigen arbeid van de boekhouder of accountant (bijvoorbeeld jaarrekeningen, computerlistings e.d.m.) (Voorz. Kh. Gent, 24 maart 1992, *T.G.R.*, 1992, 55).

Na faillissement van de debiteur maakt de uitoefening van het retentierecht op dergelijke stukken nog weinig kans. Het retentierecht uitgeoefend door de accountant van de gefailleerde op boekhoudkundige stukken weegt immers niet op tegen het belang van de faillissementsvereffening (Voorz.Kh. Dinant, 6 november 1990, bevestigd door Luik, 29 juni 1990, *J.T.*, 1991, 132). In gelijke zin werd in Nederland geoordeeld over het retentierecht van een advocaat op het dossier van zijn inmiddels gefailleerde cliënt. De verdere uitoefening van het retentierecht is volgens de Hoge Raad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, nu de belangen van de boedel zoveel zwaarder wegen (H.R., 15 april 1994, *N.J.*, 1995, nr. 640; Arrondrb. Rotterdam, 22 november 1994, *N.J.*, 1995, nr. 641).

41. TEGENWERPELIJKHEID — Het retentierecht is als recht met zakelijke werking tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers. Het retentierecht is derhalve ook tegenwerpelijk aan de curator (Luik, 7 juni 1996, *J.L.M.B.*, 197, 633; Kh. Charleroi, 27 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1993, 174. Zie ook overzicht faillissementsrecht, *T.P.R.*, 1996, 998, nr. 114). De retentor behoudt zijn rechten eveneens in een procedure van gerechtelijk akkoord of in het raam van een vereffening van een rechtspersoon. Dit retentierecht blijft in al die gevallen tegenwerpelijk ook al werd door de retentor geen aangifte gedaan in de collectieve procedure.

Die tegenwerpelijkheid wordt ook aangenomen ten aanzien van de eigenaar van de goederen en ten aanzien van de koper ervan (zie ook: H.R. 28 juni 1996, *N.J.*, 1997, nr. 494). Aldus werd beslist dat de garagehouder die herstellingen heeft uitgevoerd aan het geleasde voertuig van zijn cliënt, zijn retentierecht mag uitoefenen ten aanzien van de leasingmaatschappij (Kh. Charleroi, 4 december 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 1671).

In het algemeen moeten de conflicten die kunnen rijzen met derden die een zakenrechtelijke aanspraak doen gelden op de goederen beslecht worden aan de hand van de anterioriteitsregel (zie nader: E. Dirix, „De tegenwerpelijkheid van het retentierecht", *T.B.H.*, 1996, 219-225). De toepassing van deze regel moet echter genuanceerd worden door de vertrouwensleer (art. 2279 B.W.). Om die reden is het retentierecht eveneens tegenwerpelijk aan de eigenaar van het goed wanneer de schuldeiser erop mocht vertrouwen dat zijn wederpartij de eigenaar was (Antwerpen, 4 januari 1994, *R.W.*, 1993-94, 1432). Dezelfde bescherming moet worden geboden wanneer de retentor ervan op de hoogte was dat hij niet met de eigenaar te doen had, maar erop mocht vertrouwen dat zijn wederpartij rechtens bevoegd was tot het sluiten van de overeenkomst waarop het retentierecht is gesteund.

Het retentierecht kan niet worden tegengeworpen aan een hypothecaire schuldeiser (Cass., 16 juni 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 616, nr. 303, *R.W.*, 1995-96, 309, *T.B.H.*, 1996, 215 met noot Dirix). Ook dit strookt in het gegeven geval met de anterioriteitsregel. Een retentierecht kan immers geen afbreuk doen aan een in casu ouder hypotheekrecht.

HOOFDSTUK II

VOORRECHTEN OP ALLE GOEDEREN

AFDELING 1

HET VOORRECHT VAN DE GERECHTSKOSTEN (ART. 17, 19,1° EN 21 HYP.W.)

42. BEGRIP — Onder gerechtskosten worden in dit verband verstaan de kosten besteed onder gerechtelijk gezag die strekken tot het behoud of de vereffening van het vermogen van de debiteur (cf. Cass., 23 juni 1834, *Pas.*, 1834, I, 272. Zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1326, nr. 63).

De kosten van een voorlopig bewindvoerder zijn derhalve in de regel geen gerechtskosten in de hier besproken betekenis. Dit is onmiskenbaar het geval wanneer de bewindvoerder (of vereffenaar) niet door de rechtbank werd aangesteld (Luik, 7 november 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 49). Om dezelfde reden wordt door het Hof van Beroep te Gent het ereloon van een bedrijfskundig expert, die door de vennootschap werd aangesteld met oog op de reorganisatie, niet bevoorrecht geacht (Gent, 22 december 1993, *R.W.*, 1994-95, 159. Zie ook: Kh. Dendermonde, 1 maart 1993, *T.B.H.*, 1994, 939: erelonen en kosten van een vereffenaar zijn niet bevoorrecht op grond van art. 20, 1° Hyp., noch krachtens art. 20, 4° Hyp.W.). Evenmin kunnen deze schulden gelden als schulden van de boedel van het latere faillissement van de debiteur (Antwerpen, 22 april 1996, *R.W.*, 1996-97, 712 met noot E. Dirix, *Limb.Rechtsl.*, 1996, 226; Kh. Dendermonde, 1 maart 1993, gecit.; zie ook infra nr. 98).

Werd de bewindvoerder of bedrijfsconsulent daartegen wel door de rechtbank aangesteld, dan worden zijn erelonen en kosten in de regel ten laste gelegd van de vennootschap of van de partij die oorzaak was van het geschil (J.P. Buyle, „De voorlopige bewindvoerder: enkele opmerkingen uit de praktijk", *TRV*, 1996, (3), 12, nr. 25. Zie b.v.: Kh. Luik, 27 februari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 247: ereloon voorlopig bewindvoerder). Wordt de vennootschap nadien failliet verklaard, dan kan hij in het kader van deze samenloop in beginsel aanspraak maken op zijn als 'gerechtskosten' bevoorrechte schuldvordering voor de erelonen (Brussel, 16 maart 1995, *J.T.*, 1995, 811; Kh. Luik, 6 november 1995, *T.B.H.*, 1997, 635). De door dergelijke bewindvoerders aangegane verbintenissen zijn echter noch boedelschulden noch bevoorrechte gerechtskosten in de latere vereffening of in het later faillissement (Rb. Luik, 22 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 883 met noot Caeymaex).

43. BESTEED DOOR DE SCHULDEISER — De kosten dienen besteed te zijn door de schuldeiser. De raadsman van de debiteur kan met betrekking tot de door hem aan zijn cliënt voorgeschoten gerechtskosten aanspraak maken op het voorrecht (Kh. Luik, 20 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 740 met noot A. Verheyden).

44. NUTTIGE KOSTEN — De gerechtskosten besteed door een schuldeiser voor het verkrijgen van een gerechtelijke veroordeling zijn niet bevoorrecht, nu zij enkel in het eigen belang werden gemaakt (Bergen, 6 november 1989, *T.B.B.R.*, 1992, 396 met noot D. Lechien). Over de gerechtskosten als boedelschulden: supra nr. 31.

De kosten van de betekening van het vonnis zijn derhalve evenmin bevoorrecht (Kh. Luik, 15 november 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 492 met noot Caeymaex. Zie ook: Kh. Hasselt, 3 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 1089, *T.B.H.*, 1995, 620, *Limb. Rechtsl.*, 1995, 69: de kosten van dagvaarding, de rechts-

plegingsvergoeding en de expeditie- en betekeningskosten zijn niet bevoorrecht).

De kosten voor de betekening van het bevel zijn bevoorrecht, aangezien het hier gaat om de eerste daad van de tenuitvoerlegging (Zie o.m.: Kh. Luik, 15 november 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 492; Kh. Hasselt, 3 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 1089, *T.B.H.*, 1995, 620; Kh. Gent, 30 maart 1994, *T.G.R.*, 1994/3, 73; Kh. Hasselt, 17 maart 1991, *T.B.H.*, 1992, 714). Hetzelfde geldt uiteraard voor de kosten van een beslag en de overige uitvoeringskosten. Deze kosten moeten echter nuttig zijn. Dit is bijvoorbeeld niet het geval wanneer de tenuitvoerlegging niet werd doorgezet en de goederen uiteindelijk werden verkocht door toedoen van de curator (Kh. Luik, 15 november 1989, gecit. Zie ook: Luik, 1 december 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 896: beslag dat niet werd verdergezet). Wat de kosten van het beslag betreft, moet niet noodzakelijk enkel worden rekening gehouden met het eerste beslag. Ook een later beslag kan tot het voordeel strekken van de samenlopende schuldeisers wanneer daardoor ook andere goederen aan de uitwinning werden onderworpen. Ook de kosten van een beslag tot vergelijking zullen in de regel bevoorrecht zijn.

Kosten voor een bewarend beslag zijn in de regel eveneens bevoorrecht (Antwerpen, 28 april 1992, *Eur.Vervoer.*, 1992, 792: kosten van het bewarend scheepsbeslag door een schuldeiser met een maritiem voorrecht). Hetzelfde geldt voor de kosten van de dagvaarding tot faillietverklaring (Kh. Hasselt, 3 maart 1994, gecit.)

45. KOSTEN FAILLISSEMENT — Wanneer het ambtshalve faillissement wordt ingetrokken, dan komen deze kosten, inclusief de kosten van het salaris van de curator, ten laste van de Staat, in zoverre de faillietverklaring niet aan enige fout van de gefailleerde is te wijten (Cass., 24 mei 1996, *Arr.Cass.*, 1996, 493, nr. 190, *J.L.M.B.*, 1996, 1197, *T.B.H.*, 1997, 96. Voor een geval van gedeelde aansprakelijkheid: Luik, 9 januari 1992, *T.B.H.*, 1992, 1049). Voorheen werd beslist dat deze kosten ten laste vielen van de gefailleerde (Bergen, 9 november 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 1215, *T.B.H.*, 1996, 487, dat door Cass., 24 mei 1996, gecit. werd vernietigd) of dat de curator op de gefailleerde op grond van zaakwaarneming een verhaal heeft voor de nuttige en noodzakelijke kosten (Antwerpen, 25 oktober 1994, *R.W.*, 1994-95, 1231).

46. VOORRECHT DER GERECHTSKOSTEN EN FAILLISSEMENT — De zgn. 'separatisten', bijvoorbeeld de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser en de pandhoudende schuldeiser, blijven in principe buiten de boedel (supra nr. 31). Zij kunnen hun executierechten verder uitoefenen als ware er geen faillissement. Ook onder het nieuwe faillissementsrecht blijven deze separatistenposities behouden, ook al worden hun executierechten enigszins teruggedrongen (supra nr. 17). Meer nog dan thans het geval is, zal het voortaan de curator zijn die tot de vereffening overgaat. In die gevallen waar de curator tot de verkoop is overgegaan, wordt aanvaard dat hij kan aanspraak maken op het bevoorrecht karakter van zijn ter zake gemaakte kosten

en honoraria op de opbrengst van het onderpand op grond van de artikelen 17 en 19, 1° Hyp.W. (Bergen, 23 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 486; Bergen, 15 december 1992, *T.B.H.*, 1994, 935, *J.L.M.B.*, 1995, 129; Gent, 8 september 1994, *R.W.*, 1995-96, 326, *T.B.H.*, 1995, 604, *A.J.T.*, 1994-95, 304 met noot C. Grenson; Luik, 26 januari 1995, *J.T.*, 1995, 790; Luik, 17 oktober 1996, *J.T.*, 1997, 274, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 47; Kh. Veurne, 30 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 329 met noot Chr. Van Buggenhout; Kh. Namen, 3 juli 1995, *J.T.*, 1996, 417; Kh. Namen, 22 mei 1997, *J.T.*, 1997, 586). Indien de opbrengst voldoende is om zowel de hypothecaire of pandhoudende schuldeisers als de erelonen en onkosten van de curator te voldoen, dan is er geen aanleiding om deze schuldeisers te doen bijdragen tot deze kosten (Luik, 26 maart 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1564).

De toepassing van de artikelen 17 en 19, 1° Hyp.W. blijft niet beperkt tot de hypothese van de verkoop door de curator van de goederen, maar kan onder omstandigheden ook aan de orde zijn wanneer de curator andere nuttige tussenkomsten heeft gedaan bij de bewaring of de tegeldemaking van de goederen (Bergen, 15 december 1992, gecit.). Hiertoe is het nodig dat deze kosten werkelijk nuttig waren voor de schuldeiser (Luik, 26 januari 1995, gecit.). Telkens moet dus in concreto worden onderzocht in welke mate schuldeisers baat hebben gehad bij de tussenkomst van de curator (b.v.: Luik, 8 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 943; Brussel, 15 september 1994, *J.T.*, 1995, 7: aankoop van machines ten einde de handelsactiviteiten te kunnen voortzetten waren niet nuttig voor de pandhouder op de handelszaak, nu de waarde van de handelszaak hierdoor niet is toegenomen; Luik, 17 oktober 1996, *J.T.*, 1997, 274, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 47: wanneer een vastgoedmakelaar werd belast met het vinden van een koper een commissieloon van 5% in rekening brengt, dan kan de curator niet op zijn beurt een ereloon ten belope van 3% in rekening brengen).

De curator kan deze separatisten echter niet doen bijdragen tot de algemene faillissementskosten. Ook al werd de vereffening van het gehypothekeerde of de verpande goederen overgelaten aan de curator, dan moeten die goederen worden aangemerkt als een van het faillissement te onderscheiden boedel (Luik, 26 januari 1995, *J.T.*, 1995, 790. Zie in het bijzonder ook: Luik, 19 mei 1994, *Rev.Rég.Dr.*, 1995, 50; Kh. Gent, 24 februari 1995, *R.W.*, 1995-96, 679; Kh. Namen, 3 juli 1995, *J.T.*, 1996, 417, *Rev.Rég.Dr.*, 1995, 473). Enkel de kosten die nodig waren voor de bewaring en de tegeldemaking van deze onderscheiden boedel komen in aanmerking, zonder dat de curator gerechtigd is hen te doen bijdragen tot de algemene faillissementskosten. Volgens het Hof van Beroep te Bergen wordt daarentegen aangenomen dat ook de algemene faillissementskosten over deze sub-boedels moeten worden verdeeld naar evenredigheid van hun waarde (Bergen, 27 november 1991, *T.B.H.*, 1992, 325 met noot Van Buggenhout en Grégoire, *J.L.M.B.*, 1993, 151. Zie ook: Bergen, 23 mei 1990, *T.B.H.*, 1991, 704 met noot Parijs, *J.L.M.B.*, 1991, 486: „il est judicieux de répartir la charge des frais généraux d'administration de la faillite proportionnellement à l'importance des café-

gories de créanciers"; Bergen, 15 december 1992, *T.B.H.*, 1994, 935, *J.L.M.B.*, 1995, 129).

47. — Hoe moeten die kosten dan verdeeld worden over de schuldeisers die aanspraak maken op de opbrengst van de goederen? Verschillende oplossingen werden in de rechtspraak voorgesteld: 1) het voorafnemen van alle kosten van de opbrengst van de tegeldemaking van alle activa, 2) de pondspondsgewijze verdeling tussen de schuldeisers die delen in de opbrengst van de betrokken activa en 3) de voorafname van de kosten van de verkoopopbrengst. De eerst genoemde benadering werd door het Hof van Cassatie verworpen. Het aanrekenen van alle algemene kosten en honoraria op de hele opbrengst van de tegeldemaking van alle activa, met inbegrip van de goederen waarop een bijzonder voorrecht of een hypotheek rust, is strijdig met de artikelen 17 en 21 Hyp.W. (Cass., 13 september 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 43, nr. 24, *R.W.*, 1991-92, 581, *T.B.H.*, 1992, 322 met noot Van Buggenhout en Grégoire, *Pas.*, 1992, I, 38, nr. 24, *R.G.E.N.*, 1992, 281, nr. 24.378). Volgens het Hof moeten, wanneer de curator een goed heeft verkocht waarop een voorrecht of een hypotheek betrekking heeft, de kosten en honoraria van de curator die voor de tegeldemaking noodzakelijk zijn gemaakt, eerst van de opbrengst van die goederen worden afgenomen. Hieruit valt af te leiden dat de voorkeur moet gegeven worden aan de laatst genoemde aanrekeningswijze (zie ook: K. Delesie, „Artikel 17 Hyp.W.", in *Comm.Voorr.& Hyp.*; infra nr. 86).

Wat de verdeling over de bevoorrechte en hypothecaire schuldeisers betreft, moeten deze kosten dus voorafgenomen worden van de te verdelen massa en dus niet: pondspondsgewijze te worden omgeslagen over de schuldeisers die delen in de opbrengst van de verkoop. Aldus werd beslist dat wanneer de curator werd belast met de verkoop van gewarranteerde goederen, hij de kosten betreffende de tegeldemaking kan aanrekenen aan de warranthouders door deze kosten en honoraria vooraf te nemen op de verkoopopbrengst en zulks voor iedere verdeling tussen de warranthouders. Het saldo zal dan vervolgens tussen de warranthouders worden verdeeld (Gent, 8 september 1994, *R.W.*, 1995-96, 326, *T.B.H.*, 1995, 604, *A.J.T.*, 1994-95, 304 met noot Grenson. Zie ook: Kh. Veurne, 30 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 329 met noot Van Buggenhout en Grégoire; Kh. Verviers, 22 juni 1989, *T.B.H.*, 1989, 1180 met noot Caeymaex. Vgl.: Kh. Namen, 22 mei 1997, *J.T.*, 1997, 586). Deze benadering waarbij niet de schuldeisers voorop staan, maar wel de uitgewonnen goederen, verdient de voorkeur.

AFDELING 2

HET VOORRECHT VAN DE ADVOCAAT VOOR DE STRAFRECHTELIJKE VERDEDIGING VAN DE VEROORDEELDE (WET 5-15 SEPTEMBER 1807).

48. TOEPASSINGSGEBIED — Het ereloon van de advocaat voor de strafrechtelijke verdediging van de veroordeelde wordt gewaarborgd door een voor-

recht op al de goederen van de cliënt. Dit voorrecht geldt niet bij een vrijspraak (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1336-1337, nrs. 73-76). De advocaat die de burgerlijk aansprakelijke partij voor de strafrechter bijstaat beschikt niet over het voorrecht van de wet van 5-15 september 1807 (Kh. Leuven, 21 november 1995, *A.J.T.*, 1995-96, 466 met noot Grenson).

Over de toepassing van art. 20, 4° Hyp.W. op het ereloon van de advocaat: infra nr. 99.

HOOFDSTUK III

ALGEMENE VOORRECHTEN OP ROERENDE GOEDEREN

AFDELING 1

HET VOORRECHT DER BEGRAFENISKOSTEN (ART. 19, 2° HYP.W.)

49. Een arrest van het Hof van Beroep te Luik onderzoekt de vraag naar de gehoudenheid van de erfgenamen die de nalatenschap hebben verworpen tot de begrafeniskosten (Luik, 18 april 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 898). Volgens het hof kan er van zo'n gehoudenheid geen sprake zijn wanneer de nalatenschap toereikend is om de bevoorrechte schuldeiser te voldoen.

AFDELING 2

HET VOORRECHT VAN DE WERKNEMERS (ART. 19, 3°*BIS* HYP.W., EERSTE EN TWEEDE LID HYP.W. EN ART. 90 FAILL.W.)

50. LOONVORDERING — De forfaitaire verplaatsingsvergoeding van een handelsvertegenwoordiger is wegens dit forfaitair karakter bevoorrecht loon in de zin van art. 19, 3° *bis* Hyp.W. (Antwerpen, 19 februari 1991, *Soc.kron.*, 1992, 409 met noot Rauws. zie ook: Cass., 24 mei 1992, *J.T.T.*, 1992, 202 met conclusie advocaat-generaal Lenaerts). Hetzelfde geldt voor een zwangerschapsvergoeding waarop de werknemer recht heeft (Kh. Charleroi, 14 november 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 898). Een schuldvordering op een loontegoed ex delicto zou niet bevoorrecht zijn (Kh. Dendermonde, 24 april 1997, *T.B.H.*, 1997, 639 met kritische noot R. Parijs). Vergoedingen ten titel van vervroegd pensioen en aanvullende vergoedingen bij het pensioen kunnen niet beschouwd worden als loon in de zin van de wet van 12 april 1965 (Brussel, 19 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 711).

Enkel de vordering van de werknemers op hun werkgever is bevoorrecht. De vordering van een uitzendbureau op de cliënt valt hier niet onder. Evenmin kan het uitzendbureau op het voorrecht aanspraak maken op grond van subrogatie, nu er geen schuldvordering bestaat tussen de uitzendkracht en de cliënt (Kh. Hasselt, 3 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 1089, *Limb.Rechtsl.*, 1995, 69).

Het voorrecht strekt zich niet uit tot de interesten op het achterstallig loon en de opzegvergoeding (Bergen, 6 november 1989, *T.B.B.R.*, 1992, met noot Lechien. Zie voorheen: Cass., 16 juni 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 1357, *R.W.*, 1988-89, 433, *T.B.H.*, 1988, 765).

51. BEVOORRECHTE VORDERING — Het voorrecht strekt zich enkel uit tot het netto-loon. Art. 19, 3°*bis* Hyp.W. is niet van toepassing op de sociale-zekerheidsbijdragen van de werknemer en de bedrijfsvoorheffing die betrekking hebben op het loon waarop de werknemer recht heeft. Ten aanzien van deze bedragen heeft de werknemer geen vorderingsrecht om in eigen handen betaling te krijgen (Cass., 23 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 1036, *T.B.H.*, 1993, 862 met noot Van Buggenhout en Parijs, *J.T.*, 1993, 736 met noot t'Kint, *T.S.R.*, 1993, 90, *J.T.T.*, 1993, 63, *Pas.*, 1992, I, 1295; Cass., 23 mei 1996, *Arr.Cass.*, 1996, 479, nr. 187, *R.W.*, 1996-97, 563 met conclusie advocaat-generaal De Swaef, *T.B.H.*, 1996, 718 met noot Werquin. Zie ook: Gent, 21 februari 1990, *R.W.*, 1990-91, 1065, *J.L.M.B.*, 1992, 457; Gent, 1 maart 1995, *R.W.*, 1995-96, 707; Kh. Namen, 22 oktober 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 40. Anders: Brussel, 22 maart 1991, *T.B.H.*, 1993, 237, *J.T.*, 1991, 601, *T.B.B.R.*, 1993, 237). De curator moet derhalve de schuldvordering van de werknemer voor de vorderingen ontstaan voor het faillissement, berekenen op grond van het bruto-loon, verminderd met de sociale zekerheidsbijdrage van de werknemer en met de bedrijfsvoorheffing.

Hoe moet deze berekening gebeuren? Volgens het Hof van Beroep te Gent dient de curator een tweevoudige berekening te maken. In de eerste plaats moet het netto-loon worden bepaald volgens de gemeenrechtelijke schalen. Het aldus bepaalde bedrag van de bedrijfsvoorheffing is echter fictief en moet niet aan de fiscus worden doorgestort. Vervolgens zal de curator krachtens de schaal van het K.B. van 30 juli 1994 op het bedrag van de schuldvordering de bedrijfsvoorheffing van 27,25% berekenen en dit bedrag inhouden en aan de fiscus doorstorten (Gent, 1 maart 1995, *gecit.*). Deze berekeningswijze wordt door het Hof van Cassatie verworpen. De curator dient slechts één berekening uit te voeren aan de hand van de forfaitair bepaalde bedrijfsvoorheffing (Cass., 23 mei 1996, *Arr.Cass.*, 1996, 479, nr. 187, *R.W.*, 1996-97, 563 met conclusie advocaat-generaal De Swaef, *T.B.H.*, 1996, 718 met noot Werquin). De aldus ingehouden bedrijfsvoorheffing dient volgens het Hof te worden doorgestort aan het bestuur, als de rang van de respectieve voorrechten dit toelaat. De schatkist geniet slechts van het voorrecht met de rang van art. 19, 4°*ter* Hyp.W. (art. 423, tweede lid W.I.B.. Zie hierover: nader: Th. Werquin, *o.c.*, *T.B.H.*, 1996, 727-728).

AFDELING 3

HET VOORRECHT VAN HET FONDS TOT VERGOEDING VAN IN GEVAL VAN SLUITING VAN ONDERNEMING ONTSLAGEN WERKNEMERS (ART. 19, 3°*BIS*, DERDE LID HYP.W.)

52. RANG — Door de wet van 22 januari 1985 werd aan art. 19, 3°*bis* een derde lid ingevoerd ten einde de positie van het Sluitingsfonds in de samenloop met de slechts gedeeltelijk betaalde werknemer te versterken (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1342-1346, nrs. 82-85; m.b.t. het vroegere recht nog: Cass., 13 december 1993, *J.T.T.*, 1994, 142). Deze wetswijziging strekt ertoe het Sluitingsfonds wat het voorrecht betreft op dezelfde voet als de werknemer te plaatsen, maar niet om aan het Sluitingsfonds een voorrecht toe te kennen dat de werknemer niet geniet (Cass., 6 oktober 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 853, nr. 418, *R.W.*, 1995-96, 996, *Rev.Rég.Dr.*, 1996, 67, *Soc.Kron.*, 1996, 331). Het Sluitingsfonds kan derhalve evenmin aanspraak maken op het bevoorrecht karakter van de interesten (Gent, 21 februari 1990, gecit.)

Na de wet van 1985 werd door een gedeelte van de rechtsleer verder verdedigd dat de samenloop tussen de gedeeltelijk betaalde werknemers en het Sluitingsfonds onverminderd dient beslecht te worden in het voordeel van eerstgenoemden. In die zin werd ook door een gedeelte van de rechtspraak geoordeeld (o.m.: Brussel, 22 maart 1991, gecit.). Het was echter onmiskenbaar de bedoeling van de wetgever om aan beide schuldeisers dezelfde preferentie tot te kennen. Vanuit die optiek geldt tussen hen een pondspondsgewijze verdeling (in die zin o.m.: Luik, 27 maart 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 381; Kh. Verviers, 9 juli 1991 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 208 met noot Caeymaex; t'Kint, *o.c.*, *J.T.*, 1993, 738; vorig overzicht: *T.P.R.*, 1992, 1346, nr. 85).

AFDELING 4

HET VOORRECHT VAN DE RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID (ART. 19, 4°*TER* HYP.W.)

53. TERMIJN — Dit voorrecht is onderworpen aan een driejarige verjaringstermijn. Deze termijn wordt luidens art. 19, 4°*ter* Hyp.W. geschorst door de dood van de schuldenaar, de ontneming van het bezit of de inbeslagneming, zelfs gedeeltelijk, van zijn goederen. Deze regel mag wanneer het een rechtspersoon betreft, niet worden uitgebreid tot de hypothese van de ontbinding van de rechtspersoon (Kh. Verviers, 10 maart 1997, *Rev.Reg.Dr.*, 1997, 214).

AFDELING 5

HET VOORRECHT VOOR DE LEVERINGEN VAN LEVENSMIDDELEN (ART. 20, 5° HYP.W.)

54. BEVOORRECHTE SCHULDVORDERINGEN — Dit voorrecht betreft enkel de leveringen van levensmiddelen. De schuldvordering van een rusthuis is

derhalve wat dit onderdeel betreft bevoorrecht en niet voor wat betreft de kosten voor logement (Rb. Luik, 25 april 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 156).

AFDELING 6

DE VOORRECHTEN VAN DE SCHATKIST VOOR DIRECTE BELASTINGEN EN B.T.W. (ART. 422 EN 423 W.I.B., ART. 86 EN 87 W. B.T.W.)

55. ALGEMEEN — Door de wet van 22 juli 1993 voerde de wetgever enkele belangrijke wijzigingen door aan de voorrechten met betrekking tot de directe belastingen en de B.T.W. (Zie hierover: G. Van Haegenborgh, „Wijzigingen aan de fiscale voorrechten", *R.W.*, 1993-94, 319-322; Chr. Van Heuverswyn, „Het voorrecht van de schatkist en art. 19 *in fine* Hyp.W.: de wetgever grijpt in", *T.Not.*, 1994, 119-126). Het nieuwe artikel 422 W.I.B. kent een voorrecht toe voor de invordering van de directe belastingen en van de voorheffingen in hoofdsom en opcentiemen, van de interesten en van de kosten en dit op al de inkomsten en de roerende goederen van de belastingplichtige (met uitzondering van schepen en vaartuigen). Het voorrecht neemt rang onmiddellijk na dat vermeld in art. 19, 5° Hyp.W. (met uitzondering van dit inzake de bedrijfsvoorheffing dat dezelfde rang neemt als het voorrecht uit art. 19, 4° *ter* Hyp.W.) Het wordt uitgeoefend gedurende twee jaar te rekenen vanaf de datum van de uitvoerbaarverklaring van het kohier. Een gelijkaardig voorrecht wordt toegekend voor de invordering van de B.T.W., intresten en kosten (art. 86 en 87 W. B.T.W.).

Het voorrecht en de wettelijke hypotheek werden nog bijgesteld door de wet van 26 juli 1996 en het K.B. van 12 december 1996 (B.S., 31 december 1996. Zie voor een grondige bespreking: J. Verstappen, „Wijzigingen aan het voorrecht en de wettelijke hypotheek van de Schatkist: kleine retouches met verregaande gevolgen", *T.Not.*, 1997, 377-387).

56. ARTIKEL 19 *IN FINE* HYPOTHEEKWET — Voorheen bestond er een controverse over de toepassing van art. 19 *in fine* Hyp.W. op het voorrecht van de schatkist. Door het Hof van Cassatie werd beslist dat zo'n uitbreiding niet strookt met een beperkende interpretatie van de wettelijke bepalingen omtrent de voorrechten (Cass., 22 november 1990, *R.W.*, 1990-91, 1370, *J.T.*, 1991, 366 met noot I. Moreau-Margrève, *Rev.Not.B.*, 1991, 214 met noot J.L. Ledoux, *J.L.M.B.*, 1991, 481; Bergen, 13 december 1990, *J.T.*, 1991, 371; Gent, 14 september 1993, *T.Not.*, 1993, 497, *T.G.R.*, 1994, 43). Door de nieuwe wet werd art. 19 *in fine* Hyp.W. thans uitdrukkelijk van toepassing verklaard (art. 423, derde lid W.I.B., art. 87, tweede lid W. B.T.W.). Voortaan kan de fiscus dus ook op de opbrengst van de onroerende goederen bevoorrecht zijn (b.v.: Rb. Bergen, 9 januari 1997, *Rev.Not.B.*, 1997, 487). Is het resterend saldo ontoereikend om al de bevoorrechte schuldeisers te voldoen, dan dient tussen hen de volgorde van art. 19 Hyp.W. in acht te worden genomen.

HOOFDSTUK IV

BIJZONDERE VOORRECHTEN

AFDELING 1
VOORRECHT VAN DE VERHUURDER (ART. 20,1° HYP.W.)

57. TOEPASSINGSGEBIED — Het voorrecht strekt tot zekerheid van elke verhuurder van om het even welk onroerend goed, ongeacht of hij er eigenaar van is. Aldus geldt het voorrecht bij de verhuur van een mijnterril (Bergen, 30 december 1992, *T.B.H.*, 1994, 891, *J.L.M.B.*, 1993, 1481: de exploitatie staat het bestaan van een huurovereenkomst niet in de weg).

Het voorrecht geldt niet voor de verhuur van roerende goederen. Het kan evenmin worden ingeroepen wanneer de rechtsverhouding tot de debiteur niet als een huur kan worden gekwalificeerd. Dit is het geval wanneer op het onroerend goed een zakelijk recht werd verschaft (recht van erfpacht, recht van opstal) of wanneer het gaat om domeingoederen die in concessie werden gegeven (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1360-1362, nrs. 110-112). Hetzelfde geldt bij een bezit ter bede (Kh. Gent, 12 april 1990, *T.B.H.*, 1991, 738), voor vergoedingen verschuldigd krachtens een overeenkomst van onroerende leasing (Gent, 6 december 1996, *R.W.*, 1997-98, 537) of voor de vergoeding verschuldigd voor het gebruik na de beëindiging van de huurovereenkomst (Kh. Charleroi, 15 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 879: deze vordering heeft een buiten-contractuele grondslag). Het voorrecht kan evenmin worden toegepast op een 'cultuurcontract' waarbij landbouwgrond wordt ter beschikking gesteld gepaard gaande met het verstrekken van een pakket aan diensten (Kh. Brugge, 15 september 1993, *T.V.B.R.*, 1995, afl. 3, 60 met noot P.A.).

58. BEVOORRECHTE VORDERING. INTERESTEN — Het voorrecht van de verhuurder strekt tot zekerheid van de huurgelden bedoeld in art. 20, 1°, tweede lid Hyp.W., de huurherstellingen en „alles wat de uitvoering van de huur betreft". Derhalve geldt het voorrecht ook voor de door de huurder verschuldigde interesten (Kh. Hasselt, 29 juni 1995, *R.W.*, 1996-97, 507: vergoedende interesten en gerechtelijke interesten verschuldigd op de vergoeding voor huurherstellingen). Een bezettingsvergoeding verschuldigd wegens het zonder recht noch titel bezetten van een onroerend goed is niet bevoorrecht (Kh. Gent, 12 april 1990, *T.B.H.*, 1991, 738). Hetzelfde geldt voor de buiten-contractuele vergoeding wegens het verder in gebruik houden van het goed na de beëindiging van de huur (Kh. Charleroi, 15 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 879).

59. ONTSTAAN EN VOORTBESTAAN — Het voorrecht ontstaat van zodra de huurovereenkomst uitvoering heeft gekregen. Deze uitvoering kan worden afgeleid uit feitelijke omstandigheden, zoals de afgifte van de sleutels, de betaling van de eerste huurtermijn, het binnenbrengen van meubilair e.d.m.

Het ogenblik waarop de roerende goederen in het gehuurde goed werden binnengebracht is echter niet determinerend (Gent, 29 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 854 met noot A. Coppens: het binnenbrengen van de meubelen is geen essentieel vereiste voor het bestaan van de huurovereenkomst en het voorrecht; Kh. Brussel, 4 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 72, *T.Not.*, 1993, 122 met noot Bouckaert. Anders: Kh. Brussel, 5 maart 1996, *J.T.*, 1996, 344). Het voorrecht slaat op al de stofferende goederen die op het ogenblik van de uitoefening van het voorrecht in het gehuurde pand worden aangetroffen. Men kan, zo oordeelt de Rechtbank van Koophandel te Brussel terecht, van de verhuurder niet het bewijs verlangen op welk tijdstip het eerste meubel in het gehuurde goed werd gebracht. Evenmin is van belang: het tijdstip van de registratie van de huurovereenkomst (Kh. Brussel, 4 september 1992, gecit.).

Het voorrecht blijft voortbestaan en behoudt zijn rang ingeval van huuroverdracht of van huurverlenging op voorwaarde dat er geen discontinuïteit optreedt in de permanente stoffering van de gehuurde panden (Kh. Charleroi, 7 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 159).

60. VERVOLG. OVERDRACHT GEHUURDE GOED — Algemeen wordt geleerd dat het voorrecht van de verhuurder teniet gaat bij vervreemding van het gehuurde goed (cf. De Page, *Traité*, VII, nr. 110, nr. 135 en 153, nr. 188). Deze regel houdt verband met de opvatting dat het voorrecht van de verhuurder moet begrepen worden als een pandrecht op de stofferende goederen dat de verhuurder uitoefent middels het onroerend goed. Doet hij het onroerend goed van de hand, dan eindigt ook dit pandrecht, behoudens wanneer op de stofferende goederen beslag werd gelegd (Gent, 20 december 1994, *T.Not.*, 1995, 291).

Wat is dan de positie van de koper van het onroerend goed? Is de huurovereenkomst overeenkomstig het bepaalde van art. 1743 B.W. tegenwerpelijk aan de koper van het onroerend goed, dan wordt de koper „in de plaats gesteld" van de oorspronkelijke verhuurder (cf. Cass., 28 februari 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 816, *R.W.*, 1980-81, 1777). De verhouding tussen de drie protagonisten wordt door de rechtsleer geanalyseerd als een contractsoverdracht (o.m. P. Van Ommeslaghe, „La transmission des obligations en droit belge" in *La transmission des obligations*, Brussel, 1980, 157, nr. 64). Overwegend wordt aangenomen dat deze overdracht, behoudens andersluidend beding, enkel werkt voor de toekomst. Dit betekent dat de naar het tijdstip van de overdracht reeds vervallen huurgelden aan de verkoper verschuldigd blijven en dat de huurgelden verschuldigd na dit tijdstip aan de koper toekomen. Voor deze schuldvordering geniet de koper dan van het voorrecht van zijn rechtsvoorganger (Kh. Brussel, 4 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 72, *T.Not.*, 1993, 122 met noot F. Bouckaert). Voor de invordering van de voorheen vervallen huurgelden is enkel de verkoper gerechtigd, die voortaan evenwel niet meer over het voorrecht beschikt. Het is echter, zoals gezegd, mogelijk dat de partijen afspreken dat ook de nog verschuldigde

huurgelden overgaan op de koper. In dat geval is de koper ook voor deze bedragen bevoorrecht.

De vraag rijst van welk ogenblik af het voorrecht van de koper rang neemt. De Rechtbank van Koophandel te Brussel gaat ervan uit dat het voorrecht van de koper geacht moet worden eerst te ontstaan op het ogenblik van de eigendomsoverdracht (Kh. Brussel, 4 september 1992, gecit.). Indien men echter voor ogen houdt dat art. 1743 B.W. neerkomt op een contractsoverdracht, dan moet worden aangenomen dat de koper in de rechten treedt van zijn rechtsvoorganger ook wat diens zekerheidspositie aangaat, en dus ook wat diens rang betreft (zie ook: Kh. Charleroi, 7 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 159).

61. ONDERPAND — Het voorrecht kan worden uitgeoefend op de 'stofferende' goederen op het ogenblik van het beslag of de samenloop. De 'stofferende goederen' maken een fluctuerend geheel uit, zodat zonder belang is op welk tijdstip bepaalde van die goederen werden binnengebracht (supra nr. 59). Het voorrecht kan op de goederen worden uitgeoefend ongeacht wie er de eigenaar van is. De verhuurder — die te goeder trouw is — kan derhalve beslag leggen op de stofferende goederen, ook al behoren die toe aan derden (Gent, 20 december 1994, *T.Not.*, 1995, 291; Kh. Verviers, 11 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 338; Rb. Hasselt, 7 maart 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 511; Kh. Charleroi, 17 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 245).

Om die reden kan het voorrecht worden uitgeoefend op de goederen van een onderhuurder (Kh. Brussel, 4 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 72, *T.Not.*, 1993, 122). Evenzo behoren de door de huurder geleasde roerende goederen eveneens tot het onderpand van de verhuurder, ook al heeft de leasinggever het publiciteitsvoorschrift van het K.B. nr. 55 van 10 maart 1967 nageleefd (Rb. Luik, 30 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 897. Vgl. L. Du Jardin, „Le leasing et le privilège du bailleur de l'immeuble", *J.T.*, 1994, 113-118). Hetzelfde geldt ten aanzien van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud (Brussel, 29 oktober 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 500). De eigenaar kan zijn eigendom aan het voorrecht onttrekken wanneer hij erin slaagt aan te tonen dat de verhuurder naar het tijdstip waarop de goederen in het gehuurder goed werden binnengebracht op de hoogte was dat deze niet aan de huurder toebehoorden (Gent, 20 december 1994, gecit.).

Met een 'weten' dient een 'behoren te weten' worden gelijkgesteld. Aldus kunnen bij de huurder geconsigneerde goederen worden gerevindiceerd wanneer zulke consignatie een algemeen erkend gebruik is in de betrokken sector (Kh. Verviers, 11 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 338: gebruik in de betrokken branche). Zo'n 'behoren te weten' mag echter niet lichtvaardig worden aangenomen (voor een te strenge beoordeling van de positie van de verhuurder: Kh. Brussel, 14 november 1995, *J.T.*, 1996, 310 m.b.t. geleasde voertuigen. Zie daarentegen terecht: Rb. Luik, 30 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 897: ook al is leasing een courante financieringsvorm, dan

wordt hierdoor het vermoeden van goede trouw aan de zijde van de verhuurder nog niet weggenomen).

Met het vorige houdt verband dat onder stofferende goederen enkel kunnen worden gerekend: de goederen die verband houden met de normale bestemming van de plaatsen waarin ze zich bevinden. Dit is bijvoorbeeld het geval voor een personenvoertuig in een gehuurde parking, ook al bevindt het voertuig zich er niet op bestendige wijze (Kh. Brussel, 6 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 336. Vgl.: Kh. Brussel, 4 oktober 1994, *J.L.M.B.*, 1996, 897). Dit kan daarentegen niet worden aangenomen voor goederen die enkel op precaire wijze werden binnengebracht (Cass., 25 november 1993, *Arr.-Cass.*, 1993, nr. 486, 991, *Pas.*, 1993, I, 995, nr. 486).

62. UITOEFENING VAN HET VOORRECHT — Het voorrecht van de verhuurder wordt vaak geduid als een stilzwijgend pandrecht, waarbij de huurder de goederen houdt voor rekening van de verhuurder. Het voorrecht dooft derhalve uit wanneer de goederen buiten het gehuurde goed werden gebracht (Kh. Brussel, 14 november 1995, *J.T.*, 1996, 310).

De verhuurder beschikt over twee middelen om zijn voorrecht veilig te stellen: het pandbeslag en het volgrecht. Het pandbeslag is niets anders dan een vereenvoudigd bewarend beslag (Rb. Hasselt, 7 maart 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 511). De gevolgen van een dergelijk beslag houden niet op wanneer de goederen met toestemming van de verhuurder werden verplaatst (Gent, 20 december 1994, *T.Not.*, 1995, 291).

Meer ingrijpend is zijn volgrecht. Werden stofferende goederen weggebracht buiten zijn toestemming, dan beschikt de verhuurder over een volgrecht gedurende een termijn van 15 dagen (voor een interessant toepassingsgeval m.b.t. een conflict tussen opeenvolgende verhuurders: Kh. Brussel, 14 november 1995, gecit.). Aan de verpachter en de landbouwlener wordt een gelijkaardig volgrecht toegekend gedurende een termijn van 40 dagen (infra nr. 126.). Dit volgrecht wordt uitgeoefend door een beslag tot terugvordering. De mogelijkheid voor de verhuurder (c.q. verpachter of landbouwlener) om dit volgrecht uit te oefenen, kan echter niet het beslag door andere schuldeisers op die goederen beletten. De verhuurder zal in de samenloop die dan ontstaat immers zijn voorrecht kunnen doen gelden. In dat verband is het dan ook zonder belang te weten of hij tijdig een beslag tot terugvordering heeft ingesteld (Cass., 28 februari 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, 696, nr. 348, *R.W.*, 1991-92, 327, *T.Not.*, 1991, 349, *Pas.*, 1991, I, 621: i.v.m. de landbouwlener).

Herkrijgt de verhuurder aldus het bezit van de goederen, dan kan hij hierop zijn voorrecht uitoefenen (Beslagr. Hasselt, 7 maart 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 511). Wordt het tijdig ingesteld, dan weerstaat het volgrecht een beroep op art. 2279 B.W. vanwege de derde-verkrijger. Werden de stofferende goederen echter weggebracht met kunstgrepen teneinde de verhuurder (verpachter c.q. landbouwlener) te verschalken, dan begint die termijn eerst te lopen vanaf het tijdstip dat de verhuurder de ware toedracht heeft kunnen achter-

halen (Luik, 7 april 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 26: i.c. ging het om de landbouwlener).

De omstandigheid dat de verhuurder reeds voor het wegbrengen van de goederen hierop een bewarend of een pandbeslag had gelegd, maakt een tijdig instellen van het volgrecht niet overbodig (impliciet: Kh. Brussel, 14 november 1995, gecit.). Een beslag op roerende lichamelijke goederen heeft immers geen derdenwerking. Ook na een inmiddels ingetreden faillissement blijft een tijdig beslag tot terugvordering noodzakelijk (Kh. Charleroi, 10 november 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 158).

Na het faillissement van de huurder blijft de verhuurder een aparte positie innemen (zie art. 26 Faill.W., voorheen: art. 454). Deze kan niettegenstaande het faillissement nog overgaan tot het leggen van een pandbeslag of van een beslag tot terugvordering krachtens zijn volgrecht teneinde zijn voorrecht (art. 20, 1° Hyp.W.) veilig te stellen (Kh. Charleroi, 10 november 1993, gecit.). De verhuurder kan derhalve ook na faillissement een beslag tot terugvordering leggen en zijn voorrecht op deze goederen uitoefenen (Rb. Hasselt, 7 maart 1995, *T.B.B.R.*, 1995, 511). Werden de goederen echter in beslag genomen door een andere schuldeiser dan dient het provenu van de koop na faillissement te worden overgemaakt aan de curator (Beslagr. Luik, 8 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 927).

63. RANG — Het voorrecht van de verkoper gaat slechts voor op dat van de verhuurder wanneer deze wist dat de prijs niet was betaald (art. 23 Hyp.W.). De kennis moet bestaan op het ogenblik dat de verkochte goederen in het gehuurde pand werden binnengebracht. Uit art. 23 Hyp.W. kan worden afgeleid dat terzake geen onderzoeksplicht rust op de verhuurder. De neerlegging door de verkoper van de factuur volstaat derhalve niet (Bergen, 7 september 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1093).

Over het conflict met de pandhouder op de handelszaak: infra nr. 88.

AFDELING 2
HET VOORRECHT VOOR DE KOSTEN VAN DE OOGST (ART. 20, 2° HYP.W.)

64. BEVOORRECHTE VORDERING — Het aannemingsloon waartoe de landbouwers gerechtigd zijn jegens de 'landbouwer-producent' voor de terbeschikkingstelling van hun grond en hun teelprestaties is geen 'prijs van de oogst' in de zin van art. 20, 2° Hyp.W.. Het zou volgens de rechtbank te Brugge enkel gaan om een kostenfactor, net zoals de loonkosten verschuldigd voor het binnenhalen van de oogst (Kh. Brugge, 31 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 753. Zie hierover nader: G. Van Haegenborgh, noot onder Cass., 16 december 1994, *R.W.*, 1995-96, 1366-1367, nrs. 2-5).

Over de problematiek van de identificatie van de oogst: supra nr. 34.

AFDELING 3

HET VOORRECHT VAN DE PANDHOUDENDE SCHULDEISER (ART. 20, 3° HYP.W.)

§ 1. Algemeen

65. ONTSTAAN — Eens het pandrecht is tot stand gekomen kan hieraan door de pandgever niet meer eenzijdig een einde worden gemaakt. De pandovereenkomst kan niet worden beschouwd als een overeenkomst met voortdurende prestaties die vatbaar zou zijn voor eenzijdige opzegging door de pandgever (Kh. Brussel, 25 september 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 101).

Een pandrecht kan worden verleend voor toekomstige schulden (Kh. Charleroi, 8 september 1993, *J.L.M.B.*, 195, 151: pand handelszaak; infra nr. 78).

§ 2. Vuistpand

66. GOEDEREN VAN DERDEN — Het pandrecht strekt zich ook uit tot de goederen van derden, wanneer de pandhouder hiervan het bezit te goeder trouw heeft verkregen. Dit is het geval wanneer de pandhouder erop mocht vertrouwen met de eigenaar te doen te hebben. Men mag dit ook uitbreiden tot het geval dat de pandhouder erop mocht vertrouwen dat de pandgever rechtens bevoegd was om de goederen — ook al behoren die aan een derde toe — aan een verpanding te onderwerpen (zie: Antwerpen, 21 december 1993, *R.W.*, 1994-95, 331, infra nr. 123).

67. RETENTIERECHT — In aansluiting met de heersende opvatting werd beslist dat de pandhouder zich niet kan verzetten tegen een beslag door een andere schuldeiser op de verpande zaken. Het retentierecht van de pandhouder geldt slechts ten aanzien van de pandgever. De pandhouder wordt in de samenloop die dan ontstaat immers beschermd door zijn voorrecht (Gent, 29 september 1987, *R.W.*, 1991-92, 955).

68. WARRANT — Aan het vereiste der buitenbezitstelling beantwoorden ook de voorschriften uit art. 3 Warrantwet nopens de identificatie van de onder warrant geplaatste goederen. Deze voorwaarden moeten worden nageleefd ook wanneer de goederen worden opgeslagen in de magazijnen van een derde en zonder dat hieraan afbreuk kan worden gedaan door plaatselijke gebruiken (i.c. deze van de haven van Antwerpen) (Kh. Verviers, 7 januari 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1992, 443 met noot W. Derijcke, bevestigd door: Luik, 15 december 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 421). Wanneer door verschillende partijen goederen werden opgeslagen in deze magazijnen zonder enige identificatie of materiële afscheiding, zodat niet valt te achterhalen waarop de onderscheiden warranten betrekking hebben, dan is de warrantage nietig en komt de aansprakelijkheid van de uitgever van deze waardepapieren in het gedrang. Het vorenstaande sluit niet uit dat binnen elke partij onder warrant geplaatste koopwaren er substitutie mag plaatsvinden. De regeling van het

'wisselpand' wordt door het Hof van Beroep te Luik aanvaard (vgl. W. Derijcke, geciteerde annotatie).

Het systeem van 'warrant aan huis' van de schuldenaar is geldig op voorwaarde dat de buitenbezitstelling geloofwaardig blijft. Dit is niet het geval wanneer de plaatsen waar de onder warrant geplaatste goederen zich bevinden, zonder problemen door derden kunnen worden betreden en geen bericht van warrantage op de toegang tot deze ruimten werd aangebracht (Kh. Hasselt, 24 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 749; Kh. Hasselt, 27 februari 1997, *R.W.*, 1997-98, 468. zie hierover: K. Ronse, „Enkele beschouwingen bij de warrant", *T.B.H.*, 1989, 548-554).

§ 3. Verpanding geldsom

69. GEVOLGEN — De betaling van een geldsom tot zekerheid komt neer op een eigendomsoverdracht tot zekerheid. De 'pandhouder' wordt immers eigenaar van de tot zekerheid overhandigde gelden. Komt de pandgever de gewaarborgde verbintenissen niet na, dan mag de pandhouder overgaan tot compensatie. De rechtsgeldigheid van dit zekerheidsmechanisme wordt algemeen aanvaard. Dit werd recent bevestigd door de Franse Cour de cassation. De werking van deze zekerheidsfiguur is niet strijdig met het bepaalde in art. 2078 B.W. (Cass.fr., 3 juni 1997, *D.*, 1998, jur., 61 met noot J. François, *Rev.trim.dr.comm.*, 1997, 686-687; Cass.fr., 9 april 1996, *D.*, 1996, jur., 399 met noot Larroumet). Hier loopt de pandgever geen gevaar: over de waarde van de verpande goederen kan immers geen onzekerheid bestaan.

§ 4. Inpandgeving schuldvorderingen

70. VATBAARHEID VOOR VERPANDING — Een schuldvordering kan worden verpand ook al is de opeisbaarheid ervan uitgesteld of opgeschort door de niet-uitvoeringsexceptie (Cass., 21 april 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1238).

71. TOTSTANDKOMING. OUDE RECHT — Wat de verpanding van schuldvorderingen betreft, legde artikel 2075 *oud* B.W., de betekening op van de pandakte aan de schuldenaar van de inpandgegeven schuldvordering. De vraag of voor de buitenbezitstelling bijkomend nog de afgifte van de titel noodzakelijk is, was — althans in burgerlijke zaken — het voorwerp van controverse (cf. Ph. Colle, „La mise en gage d'une créance non incorporée dans un titre négociable", *J.T.*, 1992, 377-383). Terecht werd door een gedeelte van de rechtsleer aangenomen dat die buitenbezitstelling werd gerealiseerd door de betekening ex art. 1690 *oud* B.W. aan de debiteur van de verpande schuldvordering. Door deze betekening wordt de pandgever immers onbevoegd om nog over de schuldvordering te beschikken. Of het Hof van Cassatie in het arrest van 29 maart 1990 zich heeft aangesloten bij laatstgenoemde stelling bleef omstreden (Cass., 29 maart 1990, *Arr.Cass.*, 1990, nr. 458, 1006, *R.W.*, 1990-91, 364 met noot E. Dirix).

72. NIEUWE RECHT — De versoepeling van art. 1690 B.W. maakte ook een wijziging van de regels inzake het pandrecht op schuldvorderingen noodzakelijk. De vormvrije cessie heeft zijn pendant gekregen in het 'stil' pandrecht op schuldvorderingen (zie nader: A. Verbeke, „De inpandgeving van schuldvorderingen", in *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, in *Comm.Voorr.*, 80, nrs. 96 e.v.; Id., „Vormvrije cessie en bezitloos pand op schuldvorderingen", *T.Not.*, 1995, (2), 30, nr. 69 e.v.).

Luidens het nieuwe art. 2075 B.W. verkrijgt de pandhouder het 'bezit' van de in pand gegeven schuldvordering door het sluiten van de pandovereenkomst. Het pand op schuldvorderingen komt voortaan dus tot stand door de loutere wilsovereenstemming tussen pandgever en pandhouder. Ten aanzien van de schuldenaar van de in pand gegeven schuldvordering geldt dit pandrecht evenwel eerst nadat dit hem ter kennis werd gebracht of door hem werd erkend (art. 2075, tweede lid B.W.).

De schuldeiser verkrijgt dus de in pand gegeven schuldvordering ten aanzien van derden op het ogenblik van de pandovereenkomst. In handelszaken worden aan de totstandkoming van de pandakte geen nadere eisen gesteld. In burgerlijke zaken geldt het voorschrift van art. 2074 B.W.

73. POSITIE DEBITEUR VERPANDE VORDERING — Art. 2075, tweede lid B.W. bepaalt dat de inpandgeving aan de schuldenaar van de verpande vordering eerst tegenwerpelijk is vanaf het ogenblik van de kennisgeving of van diens erkenning. Door de kennisgeving wordt het 'stil' pandrecht omgezet in een 'openbaar' pandrecht. De term kennisgeving moet worden opgevat in zijn gebruikelijke betekenis van mededeling aan de debiteur. De kennisgeving moet enkel het feit van de inpandgeving vermelden; niet de inhoud van de pandakte. De kennisgeving dient evenmin het bedrag te vermelden tot beloop waarvan het pandrecht werd gevestigd (zie: Cass., 19 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 722). De kennisgeving kan gebeuren door zowel de pandhouder als de pandgever. De partijen kunnen hieromtrent ook nadere afspraken maken. Bijvoorbeeld om de kennisgeving eerst te doen wanneer de pandgever in verzuim komt. Ook kunnen zij afspreken om gezamenlijk tot kennisgeving over te gaan. Die bevoegdheid komt eveneens toe aan de curator van het faillissement van de pandhouder. De tegenwerpelijkheid van de verpanding wordt ook gerealiseerd door de erkenning door de schuldenaar. Deze instemming met de verpanding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn.

74. CONFLICTEN MET DERDEN — Conflicten die kunnen ontstaan tussen dit pandrecht en andere schuldeisers die op de schuldvordering concurrente aanspraken hebben, worden in de regel beslecht op grond van de anterioriteitsregel. Inmiddels werd in een zgn. 'reparatiewet' (Wet 12 december 1996, art. 21) bevestigd dat de uitzonderingen uit art. 1690, derde en vierde lid B.W. eveneens gelden voor het beslechten van conflicten met derden met concurrente rechten op de in pand gegeven schuldvordering. De verpanding

van de schuldvordering moet worden beschouwd als een 'overdracht' in de zin van art. 1690, derde lid B.W.

Ingevolge art. 1690, derde en vierde lid B.W. is de peildatum voor het beslechten van die conflicten niet de dagtekening van de pandakte, maar het tijdstip van de kennisgeving aan de schuldenaar van de verpande vordering of van diens erkenning. Voor het conflict tussen de pandhouder met een *cessionaris* moet dus worden gelet op het voorschrift uit art. 1690, derde lid B.W. De datum van deze kennisgeving (of erkenning) bepaalt de rangorde. Wanneer een schuldvordering aldus zowel het voorwerp uitmaakt van een cessie als van een inpandgeving, moet het conflict tussen de overnemer en de pandhouder beslecht worden naar het tijdstip waarop de overdracht c.q. de inpandgeving ter kennis werd gebracht aan de debiteur. Is de pandgever als eerste overgegaan tot kennisgeving, dan kan zijn pandrecht niet meer in het gedrang komen door een eerdere 'stille' cessie.

Ook het conflict tussen verschillende *pandhouders* van dezelfde schuldvordering moet op dezelfde wijze worden beslecht. Wordt dezelfde schuldvordering achtereenvolgens verpand aan A en aan B en gaat B als eerste over tot kennisgeving, dan wordt geen voorrang verleend aan het oudste pandrecht (dat van A), maar wel aan dat van B. De vraag rijst of die kennisgeving nog kan gebeuren na faillissement (of andere gevallen van grote samenloop). Gelet op de regel dat de samenloop de onderliggende verhouding tussen schuldeisers onherroepelijk vastlegt ('fixatiebeginsel'), moet verdedigd worden dat er geen rangwisseling meer kan optreden. Het oudste pandrecht gaat dan voor het jongere.

Een soortgelijk conflict kan rijzen met de *pandhouder op de handelszaak* wanneer het pand ook de schuldvorderingen omvat. Volgens een gedeelte van de rechtsleer moet uit art. 1690, derde lid B.W. worden afgeleid dat de rang van de pandhouder op de handelszaak niet wordt bepaald door de inschrijving van zijn pandrecht, maar afhangt van het tijdstip van de kennisgeving aan de schuldenaar. Deze opvatting doet echter afbreuk aan de eigen aard van het pand op de handelszaak. Eens men aanvaardt dat schuldvorderingen deel kunnen uitmaken van het pand op de handelszaak, dan kan men aan deze pandhouder bezwaarlijk bijkomende formaliteiten opleggen voor de tegenwerpelijkheid van bepaalde bestanddelen van zijn pand. Een dergelijk registerpand vergt, ook al omvat het schuldvorderingen, geen bijkomende formaliteiten; enkel de datum van de inschrijving van de pandakte dient in ogenschouw te worden genomen. Deze datum moet dan vergeleken worden met die van de kennisgeving door de pandhouder aan de schuldenaar van de verpande schuldvordering (zie in die zin terecht: Kh. Turnhout, 7 februari 1995, *R.W.*, 1994-95, 1337; infra nr. 91).

75. INNINGSBEVOEGDHEID — Zolang er bij een 'stil' pandrecht geen kennisgeving is gedaan aan de derde-schuldenaar, betaalt deze bevrijdend aan de pandgever, op voorwaarde van zijn goede trouw. Door deze betaling dooft de schuldvordering uit en gaat het pandrecht teniet.

Eens er kennisgeving werd gedaan, mag de derde-schuldenaar niet meer betalen aan de pandgever. Laatstgenoemde is onbevoegd om nog de inning van de schuldvordering na te streven. De pandhouder is in beginsel echter evenmin gerechtigd om de betaling van de schuldvordering in ontvangst te nemen. Bij het handelspand wordt aan de pandhouder de bevoegdheid toegekend om op de vervaldagen zowel de interesten, dividenden als kapitalen van de in pand gegeven schuldvordering te innen en deze aan te rekenen op de eigen schuldvordering. Ontvangt de pandhouder de betaling voor de vervaldag van de eigen schuldvordering, dan wordt geleerd dat hij niet mag overgaan tot verrekening, maar dat hij de ontvangen gelden behoudt tot zekerheid. In burgerlijke zaken beschikt de pandhouder slechts over beperkte rechten. Artikel 2081 B.W. laat de pandhouder enkel toe de rente te innen en deze aan te rekenen op hetgeen hem nog verschuldigd is.

In beginsel dienen beide partijen de wijze van betaling overeen te komen. De geldigheid van clausules in de pandakte waarbij aan de pandhouder de bevoegdheid wordt verleend om de schuldvordering te innen en/of nakoming ervan in en buiten rechte te eisen, wordt overwegend aangenomen (Antwerpen, 16 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1202. Zie nader: A. Cuypers, „De financiering van ziekenhuizen door inpandgeving van de schuldvorderingen op de ziekenfondsen", *R.W.*, 1992-93, (1050), 1053; A. Verbeke, „De inpandgeving van schuldvorderingen", in *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, in *Comm.Voorr.*, (37), 80, nrs. 96 e.v.). De ratio legis van art. 2078 B.W. komt door deze inning niet in het gedrang.

Men mag aannemen dat de pandhouder in dergelijk geval ook gerechtigd is de uitvoerbare titel te executeren waarover de pandgever jegens de schuldenaar beschikt.

Komt aldus aan de pandhouder, hetzij krachtens de wet (in handelszaken) of krachtens overeenkomst (of rechterlijke machtiging) de bevoegdheid toe de schuldvordering te innen, dan beschikt hij niet over de schuldvordering, maar oefent hij enkel door compensatie zijn voorrecht uit. Is de eigen schuldvordering van de pandhouder nog niet opeisbaar, dan komt het pandrecht op de geïnde bedragen te rusten. Het gevaar bestaat echter dat deze bedragen zich met het vermogen van de pandhouder vermengen. Is dat het geval, dan geldt de pandhouder als eigenaar van de geïnde bedragen en loopt de pandgever groot gevaar wanneer hij een samenloop moet doorstaan met andere schuldeisers van de pandhouder. Om die redenen dienen de geïnde gelden te worden ondergebracht op een daartoe door de pandhouder speciaal geopende 'kwaliteitsrekening' (supra nr. 13).

Deze inningsbevoegdheid blijft in beginsel ook bestaan na faillissement en andere gevallen van samenloop. Een dergelijke inningsbevoegdheid kan echter niet meer worden toegestaan wanneer er een samenloop is ontstaan met andere schuldeisers die op dezelfde schuldvordering preferente aanspraken kunnen doen gelden (Antwerpen, 16 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1202 met noot).

76. CONFLICT INHOUDING VOOR R.S.Z. en FISCUS — De bouwheer die een beroep doet op een niet geregistreerde aannemer moet ten belope van 30% van het factuurbedrag inhoudingen doen die worden doorgestort aan de schatkist en de R.S.Z. (art. 402 W.I.B. voorheen art. 299*bis* W.I.B. en art. 30*bis*, § 2 R.S.Z.-wet). Geldt deze verplichting ook wanneer de schuldvordering van de aannemer op de bouwheer werd verpand en de pandhouder tot inning van deze schuldvordering overgaat? Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord, zodat de bouwheer slechts 70% van de vordering aan de pandhouder mag betalen (vergelijk met de uitoefening van het rechtstreekse vorderingsrecht uit art. 1798 B.W.: infra nr. 121). De pandhouder beschikt ten aanzien van fiscus en R.S.Z. niet over meer rechten dan de pandgever (anders: Bergen, 4 mei 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1019 met afkeurende noot B. Louveaux). Inmiddels is aan iedere onzekerheid een einde gekomen, nu de wetgever de inhoudingsplicht uitdrukkelijk heeft toepasselijk verklaard „in geval van samenloop of elke andere samenloop van schuldeisers alsook bij cessie, beslag onder derden, inpandgeving en inbetalinggeving" (art. 404 § 2 W.I.B. en art. 30*ter*, § 8 R.S.Z.-wet).

77. PAND OP AANDELEN — De pandhouder beschikt niet over de vennootschapsrechten (Kh. Charleroi, 31 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1584). Zie hierover nader: J.P. Blumberg en J. Van Lancker, „De totstandkoming en de tegenwerpelijkheid van de inpandgeving van aandelen op naam", *T.R.V.*, 1995, 445 e.v.; I. Peeters, „Aandelen van een coöperatieve vennootschap kunnen in pand worden gegeven", *T.R.V.*, 1990, 437 e.v.

Over de pandverzilvering en de problemen die rijzen ten gevolge van de wettelijke of statutaire beperkingen van de overdracht: D. Michiels, „Beslag op aandelen van een B.V.B.A.", *T.Not.*, 1995, 184 e.v.; I. Peeters, „Pandverzilvering van aandelen in een B.V.B.A.", noot Voorz. Rb. Kh. Tongeren, 7 februari 1994, *T.R.V.*, 1995, 515-520.

§ 5. Pand handelszaak

78. ONTSTAAN EN OMVANG — De pandgever moet eigenaar zijn van de handelszaak. Het eigendomsvoorbehoud van de verkoper van de handelszaak is tegenwerpelijk aan de pandhouder die wist dat het toegestane krediet strekte tot de aankoop van de handelszaak (Luik, 22 december 1992, *J.L.M.B.*, 1995, 134: de pandhouder had zich in die omstandigheden de koopakte moeten laten overleggen). Het pandrecht strekt zich niet uit tot een andere vestiging van de pandgever die beschikt over een eigen exploitatiezetel en een onderscheiden cliënteel (Bergen, 21 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 970).

Een verzekeringsportefeuille van een verzekeringstussenpersoon is een handelszaak en is vatbaar voor verpanding (Kh. Ieper, 14 december 1992, *T.B.H.*, 1994, 364 met noot Ph. Colle). Over de verpanding van een apotheek:

P. Vrielynck, „Pand op de handelszaak en apotheek", *R.W.*, 1989-90, 1345 e.v.).

Het pandrecht omvat slechts de voorraden, wanneer zulks is bedongen. In dat geval blijft het pandrecht beperkt tot de helft van de waarde van de voorraden. Toonzaalmeubelen kunnen niet als voorraden worden beschouwd (Rb. Dendermonde, 10 oktober 1995, *R.W.*, 1996-97, 446).

Het pandrecht kan zich ook uitstrekken tot andere bestanddelen van de handelszaak; de opsomming in art. 2 van de wet van 20 oktober 1919 is immers niet exhaustief. Zo kan het pandrecht ook de schuldvorderingen omvatten. Is zulks bedongen in de pandakte, dan worden enkel de schuldvorderingen bedoeld die verband houden met de exploitatie van de handelszaak. Het pandrecht omvat dan bijvoorbeeld ook de vergoeding verschuldigd door de brandverzekeraar met betrekking tot vernielde voorraden (Kh. Hasselt, 11 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 26). Een schuldvordering die toekomt aan de pandgever, maar die geheel vreemd is aan die exploitatie, valt daar buiten (Luik, 11 februari 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1105).

Het voorrecht strekt zich ook uit tot de interesten en de loop der interesten wordt niet geschorst door het faillissement (Luik, 26 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 544; supra nr. 17).

Ofschoon dit pandrecht voorbehouden is aan banken en kredietinstellingen is het als nevenrecht vatbaar voor overdracht aan om het even welke overnemer van de gewaarborgde schuldvordering. Het pandrecht komt derhalve toe aan de gesubrogeerde ongeacht of de indeplaatsstelling wettelijk of conventioneel is (Kh. Luik, 14 december 1994, *T.B.H.*, 1996, 559).

79. INSCHRIJVING — Het pand op de handelszaak is een registerpandrecht. Het is eerst tegenwerpelijk en neemt rang vanaf het tijdstip van de inschrijving. Deze inschrijving geldt voor de duur van 10 jaar en is hernieuwbaar. Na het faillissement van de pandgever is in het kader van de afwikkeling van het faillissement, een verlenging van de inschrijving overbodig (Kh. Luik, 17 september 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 159).

80. OVERDRACHT EN VERPLAATSING HANDELSZAAK — Het pandrecht gaat in beginsel niet teniet bij een overdracht van de handelszaak en evenmin bij een inbreng ervan in een vennootschap, bij een fusie of een naamsverandering (Gent, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 193: overdracht; Antwerpen, 14 november 1995, *R.W.*, 1995-96, 1098: inbreng in vennootschap; Kh. Brussel, 15 januari 1996, *J.T.*, 1996, 485). De pandhouder beschikt immers over een volgrecht. Dit volgrecht loopt echter gevaar wanneer de handelszaak niet meer identificeerbaar is. Dit is het geval bij inbreng in een bestaande vennootschap waardoor de handelszaak geheel met het vermogen van die vennootschap is vermengd (Kh. Gent, 24 februari 1995, *R.W.*, 1995-96, 679. Zie ook: F. Bouckaert, „Pand handelszaak, fusies en splitsingen", *T.R.V.*, 1994, 309 e.v.).

Een verplaatsing van de handelszaak binnen hetzelfde arrondissement brengt de inschrijving niet in gevaar (o.m.: Bergen, 7 september 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1093; Kh. Brussel, 5 maart 1996, *J.T.*, 1996, 344).

Controverse bestaat over de hypothese van de verplaatsing van de handelszaak naar een ander arrondissement. Volgens een gedeelte van de rechtspraak blijft de schuldeiser zijn pandrecht behouden zonder inschrijving op het nieuw bevoegde hypotheekkantoor (Gent, 14 december 1995, *T.B.H.*, 1996, 911 met afkeurende noot W. Derijcke, *A.J.T.*, 1995-96, 433 met noot S. Snaet; Brussel, 17 november 1994, *T.Not.*, 1995, 85 met goedkeurende noot F. Bouckaert, *T.B.H.*, 1995, 614, *A.J.T.*, 1995-96, 103 met noot M. Dalle; Kh. Gent, 22 oktober 1992, *T.B.H.*, 1994, 82 met noot). Hiervoor wordt o.m. gewezen op het feit dat de wetgever aan de pandhouder niet de verplichting oplegt tot een nieuwe inschrijving. Terecht legt een andere strekking in de rechtspraak wel die verplichting op (Kh. Brussel, 8 maart 1994, *T.B.H.*, 1994, 943; Kh. Brussel, 15 januari 1996, *J.T.*, 1996, 485). De wet stelt nu eenmaal de voorwaarde van een inschrijving in het kantoor van het arrondissement waar de handelszaak gevestigd is. Deze opvatting verdient de voorkeur omdat zij bovendien tegemoet komt aan de noden van een veilig handelsverkeer. Er anders over oordelen strookt niet met het systeem van registerpandrechten.

81. VOLGRECHT — De pandhouder beschikt over een volgrecht. Een betwisting die bij de uitoefening ervan rijst tussen de pandhouder en de derde-verkrijger kan echter niet beschouwd worden als een revindicatievordering waarvoor de beslagrechter bevoegd is (Gent, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 193 met noot Dirix).

Betreft de overdracht materiële bestanddelen van de handelszaak, dan kan dit volgrecht niet worden uitgeoefend ten aanzien van derden die de goederen te goeder trouw hebben verkregen. Art. 11, II doet immers geen afbreuk aan de bescherming die door art. 2279 B.W. aan de derde-bezitter wordt geboden (Antwerpen, 16 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 229).

82. PANDVERZILVERING — BESLAG — De pandhouder beschikt over het recht van parate executie in die zin dat hij tot uitwinning van zijn pand kan overgaan zonder over een uitvoerbare titel te moeten beschikken. Door de Wet Inpandgeving Handelszaak wordt voor de na te leven pleegvormen in hoofdzaak verwezen naar de artikelen 4 e.v. Handelspandwet. Artikel 11, I Wet Inpandgeving Handelszaak legt enkel bijkomend de verplichting op van een beslag op de elementen van de in pand gegeven handelszaak (art. 11, I Wet Inpandgeving Handelszaak). De aanmaning en het beslag mogen bij hetzelfde exploot gebeuren.

Aangezien het hier gaat om een bezitloos pandrecht wordt eerst door het beslag aan de schuldenaar-pandgever de beschikkingsbevoegdheid ontnomen. Over de vorm van het beslag bestaat geen eensgezindheid. Overwegend wordt echter aangenomen dat het gaat om een beslag *sui generis* op de

handelszaak in zijn geheel (Gent, 15 september 1994, *R.W.*, 1995-96, 205, *T.B.H.*, 1996, 729. Gent, 27 juni 1995, *T.Not.*, 1995, 477. Vgl. Kh. Charleroi, 21 november 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 53. Zie ook: overzicht beslagrecht, *T.P.R.*, 1996, 1469-1470, nr. 129). Er valt inderdaad moeilijk in te zien hoe het mogelijk is de handelszaak „in haar geheel te verkopen" indien men haar niet in haar geheel in beslag zou mogen nemen. Verder wordt hierdoor ook beter recht gedaan aan de algemeen aanvaarde opvatting dat in het raam van de inpandgeving — anders dan bij andere transacties — de handelszaak werkelijk als algemeenheid moet worden beschouwd.

Omtrent de wijze waarop dit beslag moet worden gelegd beslist het Hof van Beroep te Gent terecht dat enkel dient te worden gelet op de algemene regel uit art. 1389, 4° Ger.W. en dat het voorschrift uit artikel 1506 Ger.W. niet van toepassing is. Deze laatste bepaling betreft enkel het beslag op bepaalde roerende lichamelijke goederen en is niet bedoeld voor een algemeenheid zoals de handelszaak. In het betrokken geval had de gerechtsdeurwaarder wat de voorraden betreft, verwezen naar een inventaris opgesteld door de zaakvoerder van de pandgevende vennootschap die aan het P.V. was gehecht. De door de gerechtsdeurwaarder gevolgde werkwijze beantwoordt volgens het hof ten volle aan het voorschrift van artikel 1389, 4° Ger.W. (Gent, 15 september 1994, gecit.).

83. GEVOLGEN BESLAG. SCHULDVORDERINGEN — Door het beslag wordt de pandgever onbevoegd om nog over de handelszaak te beschikken ten nadele van de pandhouder. De pandgever moet voortaan beschouwd worden als een sekwester die de handelszaak onder zich houdt in het belang van de pandhouder. Omvat het pand ook de schuldvorderingen, dan vallen deze eveneens onder het beslag. Een afzonderlijk derdenbeslag in handen van de debiteuren van die schuldvorderingen is niet nodig om de inbezitstelling te realiseren. Dit is zeker het geval nu door het nieuwe art. 2075 B.W. een bezitloos pandrecht op schuldvorderingen werd ingevoerd (supra nr. 72). De pandgever zal deze schuldvorderingen verder kunnen innen, zij het in zijn hoedanigheid van sekwester voor rekening van de pandhouder.

Indien de pandhouder dergelijke betalingen (of andere beschikkingshandelingen terzake van die schuldvorderingen) wenst te verhinderen, kan hij bijkomend derdenbeslag leggen in handen van de debiteuren van die schuldvorderingen. Ingevolge de nieuwe artikelen 1690 en 2075 B.W. is dit echter niet noodzakelijk en kan worden volstaan met het zenden van een brief ter kennisgeving aan de debiteur van de schuldvordering. De pandhouder blijft dan ook als separatist, in beginsel (supra nr. 75) tot inning van deze vorderingen bevoegd, ook na het faillissement van de pandgever (Luik, 26 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 554 met noot S. Geerts; supra nr. 31 en infra nr. 86).

84. PROCEDURE EN BEVOEGDHEID — Tot de verkoop kan eerst worden overgegaan nadat het beslag door de voorzitter van de rechtbank van koophandel

is geldig verklaard. De vordering wordt bij de voorzitter aangebracht overeenkomstig de artikelen 4 e.v. Handelspandwet. De aanmaning en het verzoekschrift waarvan sprake in art. 4 moeten niet aan de schuldenaar bij afzonderlijke akte worden betekend (Kh. Brussel, 16 januari 1996, *DAOR*, 1996, nr. 38, 89).

De voorzitter van de rechtbank van koophandel onderzoekt de regelmatigheid van de procedure (inmorastelling, beslag) en van de vestiging van het pand. Het komt aan de voorzitter hierbij niet toe om aan de debiteur termijnen van *respijt* te verlenen (Antwerpen, 2 augustus 1994, *R.W.*, 1995-96, 205; Kh. Luik, 24 november 1994, *T.B.H.*, 1995, 982). De grondslag van deze regel moet gezocht worden in de wet van 5 mei 1872 die in handelszaken een snelle en efficiënte procedure van pandverzilvering heeft willen organiseren en de mogelijkheden voor de schuldenaar tot chicanes drastisch heeft willen beperken.

Het bewarend beslag wordt als het ware omgezet in een uitvoerend beslag. Voor de beslagrechter is op dit gebied geen taak weggelegd. De beslagrechter is derhalve niet bevoegd om over de rechtsgeldigheid van dit beslag te oordelen. Wel wordt aangenomen dat hij bevoegd is om kennis te nemen van eventuele revindicatievorderingen van derden die beweren eigenaar te zijn van bepaalde van de in beslag genomen goederen (Antwerpen, 16 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 229; Gent, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 193).

Een betwisting die rijst tussen de pandhouder en de derde-verkrijger van de handelszaak kan echter niet beschouwd worden als revindicatievordering, aangezien het hier gaat over het volgrecht en de tegenwerpelijkheid van het pandrecht (Gent, 22 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 193 met noot Dirix).

De beslagrechter is gelet op de algemene strekking van art. 1395 Ger.W. wel bevoegd om kennis te nemen van betwistingen die rijzen omtrent de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Voorzitter (Kh. Luik, 24 november 1995, *T.B.H.*, 1995, 982: betwisting omtrent de rechtsgeldigheid van de betekening van de beschikking).

Met de aanspraken van een derde die beweert eigenaar te zijn van de in beslag genomen goederen moet geen rekening worden gehouden zolang geen revindicatievordering werd ingesteld (Luik, 19 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1456). Wordt de pandhouder wel met zo'n vordering geconfronteerd, dan rijst de vraag of hiervan een schorsende werking uitgaat. Deze vraag is omstreden (zie *A.P.R.*, tw. *Beslag*, 305, nr. 586). Ook indien men — terecht zo lijkt — aanneemt dat de pandhouder de vereffening kan verderzetten, dan gebeurt dit in ieder geval op eigen risico. Aan een pandhouder die in afwachting van een gerechtelijke beslissing de goederen onderbrengt bij een bewaarnemer, kan derhalve niets worden verweten (Rb. Namen, 8 april 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1457).

Wie is bevoegd om te oordelen over betwistingen die rijzen tussen de pandhouder en andere preferente schuldeisers op het provenu? Het verdient aanbeveling dat de vereffenaar optreedt volgens het bepaalde in art. 1627 e.v.

Ger.W. en dat de beslagrechter deze geschillen beslecht (zie: Beslagr. Antwerpen, 20 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 61).

85. VERKOOP — De voorzitter duidt de pandverzilveraar aan. Ingeval van faillissement bestaat de praktijk om de curator als vereffenaar aan te stellen (bijvoorbeeld: Antwerpen, 21 oktober 1996, *R.W.*, 1996-97, 1143). De voorzitter mag de wijze van verkoop (openbaar/onderhands, geheel of in delen) overlaten aan de door hem aangestelde vereffenaar (Kh. Luik, 24 november 1994, *T.B.H.*, 1995, 982). Dat de curator met de vereffening van het pand wordt belast, ontneemt de pandhouder niet diens recht op inzage (Bergen, 27 november 1991, *T.B.H.*, 1992, 1089, *Bank.Fin.*, 1992, 395 met noot Grégoire).

Tegen deze beschikking staat derdenverzet open door elke belanghebbende die niet in de zaak is tussengekomen. Aldus kan de curator verzet aantekenen tegen de aanstelling van een pandverzilveraar. Zo'n vordering tot vervanging van de pandverzilveraar kan worden ingeleid bij verzoekschrift overeenkomstig de art. 1025 e.v. Ger.W. (Cass., 16 december 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 1127, nr. 564, *Rec.Cass.*, 1995, 175 met noot M.E. Storme, *R.W.*, 1995-96, 29, *T.B.H.*, 1996, 535).

De overdracht van de handelszaak ten gevolge van de pandverzilvering moet beschouwd worden als een overdracht van onderneming in de zin van C.A.O. nr. 32*bis* (Kh. Namen, 10 en 16 oktober 1995, *Rev.Rég.Dr.*, 1996, 150).

86. FAILLISSEMENT — Ook al gebeurt de vereffening van het pand door de curator, hetzij door zijn aanstelling door de voorzitter, hetzij met instemming van de pandhouder, dan blijft de verpande handelszaak buiten de faillissementsboedel. Enkel het saldo dat overblijft nadat de pandhouder werd voldaan, komt naar de boedel. Deze principes worden in een omstandig gemotiveerd arrest van het Hof van Beroep te Luik uiteengezet (Luik, 26 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 544, *J.L.M.B.*, 1997, 133. Zie ook: Gent, 22 december 1994, *A.J.T.*, 1995-96, 406 met noot M. Dalle; Kh. Gent, 24 februari 1995, *R.W.*, 1995-96, 679). De verpande handelszaak vormt a.h.w. een 'sub-boedel' waarvan de curator de door hem gemaakte kosten van bewaring en vereffening zal voorafnemen (supra nr. 46). De curator is gerechtigd om het provenu onmiddellijk aan de pandhouder over te maken (Gent, 22 december 1994, gecit.).

De uitwinningsrechten van de pandhouder worden niet geschorst door het faillissement (Gent, 22 december 1994, gecit.). De pandhouder die aldus na faillissement nog betalingen ontvangt van de debiteuren van de pandgever, mag deze bedragen aanrekenen op de eigen schuldvordering, zonder dat hij kan gedwongen worden tot de afdracht ervan aan de curator wanneer niet blijkt dat zij de eigen schuldvordering overtreffen of dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan de posities van andere preferente schuldeisers (Luik, 26 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1997, 133).

De uitwinningsrechten van de pandhouder worden zoals gezegd niet geschorst door het faillissement. De veel voorkomende praktijk dat de voorzitter in geval van faillissement van de pandgever, de curator als verzilveraar aanstelt, vindt ook in de onderzochte periode bevestiging in de rechtspraak (Antwerpen, 21 oktober 1996, *R.W.*, 1996-97, 1143). De voorzitter oordeelt onaantastbaar in feite over wie het in pand gegeven goed moet verkopen (Cass., 16 december 1994, gecit.).

De curator zal overigens zelf tot pandverzilvering dienen over te gaan indien de pandhouder terzake in gebreke blijft. Gaat aldus de curator over tot pandverzilvering, dan is de pandhouder niet verplicht om aangifte te doen van zijn schuldvordering in het faillissement, behoudens indien hij wenst mee te delen in de niet-bevoorrechte boedel (Gent, 22 december 1994, gecit.).

87. CONFLICT TUSSEN HOUDERS REGISTERPANDEN — Tussen verschillende pandhouders van dezelfde handelszaak geldt de anterioriteitsregel (over de aansprakelijkheid van de notaris m.b.t. het bestaan van eerdere verpandingen: Brussel, 6 maart 1995, *Rev.Not.B.*, 1996, 22).

Dezelfde oplossing geldt voor het conflict met het landbouwvoorrecht (infra nr. 126).

88. CONFLICT VOORRECHT VERHUURDER — Ook dit conflict wordt beslecht aan de hand van de anterioriteitsregel (zie en vergl.: Kh. Brussel, 4 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 72, *T.Not.*, 1993, 122 met kritische noot F. Bouckaert). Het tijdstip waarop de huurovereenkomst vaste dagtekening heeft verkregen is zonder belang (Kh. Brussel, 4 september 1992, gecit. Zie: Cass., 11 juni 1982, *R.W.*, 1983-84, 1548, *T.B.H.*, 1983, 400 met noot Verbist, *R.C.J.B.*, 1985, 371 met noot I. Moreau-Margrève). Het relevante tijdstip is dit waarop de huurovereenkomst uitvoering kreeg (Bergen, 7 september 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1093; Luik, 18 juni 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 888: tijdstip waarop met de uitvoering van de overeenkomst werd begonnen, nl. de bezetting van de gehuurde lokalen). Hierbij kan echter geen rekening worden gehouden met de periode dat de huurder reeds voor het ingaan van de huurovereenkomst gebruik maakte van het onroerend goed. Uit deze handelingen kan de verhuurder geen hogere rang putten (Luik, 18 juni 1992, gecit.).

Deze uitvoering kan worden afgeleid uit omstandigheden, zoals de afgifte van de sleutels of de betaling van de eerste huurtermijn (b.v.: Beslagr. Brussel, 8 juni 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1079, *J.T.*, 1994, 637: tijdstip waarop de polis ter verzekering van de stofferende goederen werd onderschreven). Het ogenblik waarop de roerende goederen in het gehuurde goed werden binnengebracht is niet doorslaggevend (Gent, 29 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 854 met noot Coppens; Kh. Brussel, 4 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 72, *T.Not.*, 1993, 122 met noot Bouckaert. Anders: Kh. Brussel, 5 maart 1996, *J.T.*, 1996, 344). Men kan, zo oordeelt de Rechtbank van Koophandel te Brussel terecht, van de verhuurder niet het bewijs verlangen op welk tijdstip

het eerste meubel in het gehuurde goed werd gebracht (Kh. Brussel, 4 september 1992, gecit.).

89. CONFLICT ONBETAALDE VERKOPER — Het conflict met de onbetaalde verkoper wordt beslecht aan de hand van art. 23 Hyp.W. (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1420-1421, nr. 190 en de aldaar genoemde cassatierechtspraak). Wat de verkoper van investeringsgoederen betreft, wordt die bepaling zo opgevat dat de verkoper voorgaat op de pandhouder wanneer de facturen tijdig werden neergelegd ter griffie en zulks ongeacht of dit gebeurde voor of na de inschrijving van de pandakte (anders: Bergen, 7 september 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1093: deze formaliteit betreft enkel het behoud van het voorrecht, niet haar rang).

Door de nieuwe faillissementswet werd de regeling uit art. 546 Faill.W. niet overgenomen (infra nr. 104). Men mag aannemen dat dit geen invloed heeft voor het conflict met de pandhouder van de handelszaak.

90. CONFLICT VUISTPAND. WARRANT — Een dergelijk conflict komt geregeld voor wanneer het pandrecht ook de voorraden omvat. Door een gedeelte van de rechtsleer werd verdedigd dat de handelszaak als fluctuerend geheel zich niet verzet tegen het verpanden van voorraden in het raam van een normale bedrijfsvoering. Het Hof van Cassatie past echter de anterioriteitsregel ook toe op een conflict tussen de pandhouder op de handelszaak en de schuldeiser houder van een warrant op de voorraden (Cass., 19 november 1992, *Arr.-Cass.*, 1991-92, 1330, *R.W.*, 1992-93, 1021 met noot G. Van Haegenborgh, *R.C.J.B.*, 1994, 27 met noot M. Van Quickenborne, *Rec.Cass.*, 1993, nr. 21 met noot M.E. Storme, *T.Not.*, 1993, 443, *T.B.H.*, 1994, 43, *T.B.B.R.*, 1994, 55, *Pas.*, 1992, I, 1286, *J.L.M.B.*, 1993, 689. Zie in dezelfde zin: Luik, 14 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 487; Luik, 24 december 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 201. Zie hierover ook: F. 't Kint, „Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant", *J.T.*, 1992, 49-57; J. Kokelenberg, „Enige beschouwingen over de samenloop pand op handelszaak — warrant en fiduciaire eigendom", *T.B.B.R.*, 1994, 22-43; M. Gregoire, „La portée des droits du créancier gagiste sur fonds de commerce, en particulier face au créancier gagiste d'un autre type", *Act.Dr.*, 1994, 157-194). Deze oplossing geldt voor ieder ander conflict met een vuistpand. Deze benadering moet worden goedgekeurd. De pandgever kan de voorraden enkel maar verpanden bezwaard met een ouder pandrecht.

91. CONFLICT COMMISSIONAIR — Ook dit conflict wordt door de rechtspraak beslecht door de anterioriteitsregel. Het voorrecht van de commissionair neemt rang vanaf het tijdstip waarop de commissionair de goederen in bezit neemt (Kh. Kortrijk, 24 januari 1995, *Eur.Vervoerr.*, 1995, 661, zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1420, nr. 189). Deze oplossing dient genuanceerd te worden. De toepassing van de anterioriteitsregel moet hier kunnen doorbroken worden door de regel uit art. 2279 B.W. De verrichtingen met een

commissionair passen immers in de regel in een normale exploitatie van de handelszaak, zodat de pandhouder het voorrecht van de commissionair moet ondergaan als een normaal gevolg van dergelijke transacties.

92. CONFLICT PAND SCHULDVORDERINGEN — Wanneer het pand ook de schuldvorderingen omvat, dan kan een conflict rijzen met een schuldeiser aan wie schuldvorderingen worden verpand. Ook dit conflict moet worden beslecht door de anterioriteitsregel waarbij de datum van de inschrijving moet vergeleken worden met die van de kennisgeving door de pandhouder aan de schuldenaar van de verpande schuldvordering (Kh. Turnhout, 7 februari 1995, *R.W.*, 1994-95, 1337; supra nr. 74).

93. CONFLICT VOORRECHT ONDERAANNEMER — Indien de verpande handelszaak tevens de schuldvorderingen omvat, dan kan eveneens een conflict rijzen met de schuldeisers die bevoorrecht zijn op bepaalde van die schuldvorderingen. Hoe dient het conflict te worden opgelost met de onderaannemer (art. 20, 12° Hyp.W.)? Het Hof van Beroep te Brussel is van oordeel dat hierop eveneens de anterioriteitsregel moet worden toegepast (Brussel, 8 november 1995, *DAOR*, 1995, afl. 37, 89). Dit heeft tot gevolg dat in nagenoeg alle gevallen — zoals ook in het aangehaalde geval — de pandhouder op de handelszaak voorgaat. Het toekennen van het voorrecht aan de onderaannemer is, wanneer men vasthoudt aan die interpretatie een slag in het water, nu de wetgever de onderaannemer niet heeft beschermd tegen een anterieure verpanding door de hoofdaannemer van diens vordering op de bouwheer. Om die reden en mede gelet op de parlementaire voorbereiding, dient het conflict steeds te worden beslecht ten gunste van de onderaannemer.

94. CONFLICT RECHTSTREEKSE VORDERING ONDERAANNEMER — Volgens een gedeelte van de rechtspraak kan de rechtstreekse vordering nog worden ingesteld niettegenstaande de verpanding van de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer (Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 542; Kh. Charleroi, 26 november 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 51). De betwisting over de rang van het voorrecht heeft in die optiek dan niet veel zin meer.

Hierna zal worden verdedigd dat de rechtstreekse vordering niet meer kan worden ingesteld wanneer de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer niet meer beschikbaar is omdat zij bijvoorbeeld voordien reeds werd verpand (infra nr. 116 en 120). Dit geldt ook wanneer die verpanding gebeurt in het raam van een verpanding van de handelszaak. Hierbij dient wel de aantekening te worden gemaakt dat zolang door de pandhouder geen beslag werd gelegd onder de bouwheer, deze laatste nog steeds bevrijdend kan betalen aan de aannemer (supra nr. 83). Zolang dit het geval is, blijft de uitoefening van de rechtstreekse vordering mogelijk en betaalt de bouwheer bevrijdend aan de onderaannemer (zie tevens: A. Cuypers, „De rechtstreekse

vordering en het voorrecht van de onderaannemer", *R.W.*, 1997-98, 801-802, nrs. 23-26).

95. CONFLICT 'SALE LEASE BACK' — Een 'sale lease back' -operatie kan het onderpand van de pandhouder niet aantasten. Van professionele kredietverleners, zoals leasingmaatschappijen, mag een onderzoeksplicht worden verwacht terzake het bestaan van een registerpandrecht (Luik, 11 februari 1997, *Rev.rég.dr.*, 1997, 211 op Kh. Hoei, 3 mei 1995, *Rev.Rég.Dr.*, 1995, 340: de pandhouder dient geen beslag tot terugvordering te leggen om zijn pandrecht te behouden aangezien het goed in het bezit is gebleven van de pandgever).

AFDELING 4

HET VOORRECHT VAN DE KOSTEN TOT BEHOUD VAN DE ZAAK (ART. 20,4° HYP.W.)

96. BEVOORRECHTE SCHULDVORDERING — Het voorrecht strekt zich enkel uit tot de schuldvordering in hoofdsom en dus niet tot de rente en het schadebeding (vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1383, nr. 138 en verwijzingen aldaar).

97. KOSTEN TOT BEHOUD — Het voorrecht betreft enkel de kosten besteed tot het behoud van een bepaalde lichamelijke of onlichamelijke zaak. Het begrip 'behoud' wordt door de rechtspraak beperkend uitgelegd. Zo moet het gaan om een reeds bestaande zaak (Kh. Tongeren, 3 juni 1996, *T.B.H.*, 1997, 636: kosten waardoor een zaak, i.c. een schuldvordering, eerst ontstaat zijn niet bevoorrecht. Zie voorheen: Cass., 18 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 445, *T.B.H.*, 1988, 756). Kosten besteed met het oog op de overdracht van een zaak (i.c. een handelszaak) zijn niet bevoorrecht (Brussel, 8 juni 1989, *T.B.B.R.*, 1992, 252: ereloon voor de voorbereiding van de overdracht van de handelszaak is niet bevoorrecht in het later faillissement). Verder moet het gaan om een bestaande zaak.

Kosten die louter betrekking hebben op het in het bedrijf houden van de zaak (b.v. leveranties van olie en brandstof voor het in werking houden van machines) zijn niet bevoorrecht (Brussel, 28 februari 1991, *J.T.*, 1991, 524; Gent, 22 februari 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 227 met noot D. Blommaert; Kh. Kortrijk, 16 september 1996, *R.W.*, 1996-97, 1345: olie en brandstof voor voertuigen). Daarentegen wel: de kosten voor de vervanging van banden (Kh. Charleroi, 10 mei 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 897; Kh. Namen, 19 oktober 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 898). Niet overtuigend is een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde waarin werd beslist dat de leveranciers van veevoeders niet bevoorrecht zijn op de vetgemeste dieren (Kh. Oudenaarde, 18 januari 1990, *T.B.H.*, 1992, 345, o.m. omdat hierbij geen prestaties werden geleverd).

Niet alleen het materieel, maar ook het juridisch behoud komt in aanmerking. Aldus kunnen de kosten gemaakt om de invoer mogelijk te maken van een partij hout (invoerrechten, B.T.W., kosten douaneformaliteiten) wel als

bevoorrechte kosten worden beschouwd, nu zij noodzakelijk waren voor de bestemming die de debiteur eraan wenste te geven (Antwerpen, 13 juni 1995, *R.W.*, 1997-98, 49; Bergen, 5 december 1991, *T.B.H.*, 1992, 1100: B.T.W. voorgeschoten door douaneagent. Zie voorheen ook: Cass., 11 juni 1987, *R.W.*, 1988-87, 707, *T.B.H.*, 1988, 405). Over het begrip 'behoud' nader: vorig overzicht, *T.P.R.*, 1383-1388, nrs. 139-143).

98. BEPAALDE ZAAK — De schuldeiser moet een bepaalde zaak kunnen aanwijzen die door zijn toedoen werd behouden. Dit kan ook een schuldvordering zijn die in het vermogen werd behouden. Aldus bijvoorbeeld een terugvorderingsrecht op de fiscus door de tussenkomst van een accountant (Bergen, 17 januari 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 863, *R.G.E.N.*, 1995, 215, nr. 24.498). Indien de gelden zich echter in het vermogen van de debiteur hebben vermengd, dan is het voorrecht uitgedoofd (Luik, 7 november 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 49; Kh. Aarlen, 28 januari 1993, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 144).

Kosten besteed tot behoud van het gehele vermogen of een algemeenheid zonder dat specifieke activa kunnen worden aangeduid die baat hebben getrokken uit de bestede kosten, komen niet in aanmerking. Aldus kan art. 20,4° Hyp.W. niet toegepast worden op een handelszaak (Brussel, 28 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 729 met noot C. Parmentier, *J.T.*, 1991, 524: leveranties van brandstof e.d. die toelieten dat de handelsactiviteiten konden worden voortgezet; Brussel, 20 januari 1993, *T.B.H.*, 1994, 64, *J.L.M.B.*, 1995, 137; Antwerpen, 28 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 368: kosten voor het ter beschikking stellen van machines en de uitvoering van opdrachten voor rekening van de debiteur). De erelonen van een boekhoudkantoor dat in de onderneming orde op zaken heeft gesteld, zijn derhalve evenmin bevoorrecht (Kh. Charleroi, 12 december 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 1580; Kh. Brussel, 26 november 1991, *T.B.H.*, 1992, 340: boekhoudkundige prestaties. Zie ook: Antwerpen, 19 september 1989, *R.W.*, 1991-92, 989. Vgl. Kh. Bergen, 8 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 495 met noot J. Caeymaex).

Aldus kunnen bewindvoerders van een onderneming in moeilijkheden die bijstand hebben geleverd in het raam van een procedure van gerechtelijk akkoord geen aanspraak maken op een bevoorrechte schuldvordering voor hun kosten en erelonen in het later faillissement (Kh. Brussel, 23 februari 1993, *T.B.H.*, 1994, 91). Ook werd afgewezen: de vordering van de leverancier van auto-onderdelen wanneer niet mogelijk is de voertuigen uit het wagenpark aan te duiden waarop de leveranties betrekking hebben (Antwerpen, 20 april 1993, *Turn.R.*, 1993, 97). In gelijke zin werden ook afgewezen: de vordering van een uitzendbureau voor ter beschikking gestelde uitzendkrachten (Kh. Hasselt, 3 maart 1994, *T.B.H.*, 1995, 620, *R.W.*, 1994-95, 1089).

99. ERELOON ADVOCAAT — Om dezelfde reden zijn de erelonen van een advocaat niet bevoorrecht wanneer geen specifieke activa kunnen worden

aangewezen (Brussel, 20 januari 1993, *T.B.H.*, 1994, 64, *J.L.M.B.*, 1995, 137: kosten gemaakt tot behoud van een handelszaak; Brussel, 8 juni 1989, *T.B.B.R.*, 1992, 252 met noot D. Lechien). Hetzelfde geldt voor de erelonen en kosten van een advocaat door wiens tussenkomst een bepaalde vordering werd afgewezen (Brussel, 20 januari 1993, gecit.; Kh. Hasselt, 23 februari 1995, *R.W.*, 1996-97, 660).

Het antwoord luidt anders wanneer door zijn tussenkomst een schuldvordering van zijn cliënt gegrond werd verklaard en deze schuldvordering nog aanwijsbaar is. Hetzelfde geldt wanneer die tussenkomst op zichtbare wijze heeft geleid tot het behoud van een bepaald actief (Kh. Luik, 20 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 740 met noot A. Verheyden: verzet tegen uitvoerend beslag. Zie ook: Kh. Hasselt, 8 april 1993, *Limb.Rechtsl.*, 1993, 168).

Een advocaat kan in het later faillissement van zijn cliënt echter geen aanspraak maken op een voorrecht voor de door hem gevoerde procedures wanneer niet blijkt dat de curator dankzij deze procedures gelden heeft kunnen innen (Kh. Hasselt, 23 februari 1995, *R.W.*, 1996-97, 660. Zie ook: Kh. Leuven, 21 november 1995, *A.J.T.*, 1995-96, 466 met noot C. Grenson).

100. ANDERE TOEPASSINGSGEVALLEN — Werden eveneens bevoorrecht geacht: de kosten voor de levering en plaatsing van een nieuwe thermostaat en de levering van freongas voor de werking van een koelinstallatie waardoor in diepvries opgeslagen voorraden (gevogelte) konden worden bewaard (Gent, 28 juni 1991, *R.W.*, 1992-93, 782 met noot C. Van Heuverswyn). Het hof oordeelt terecht dat de diepgevroren „geslachte kippen, kuikens en kippefilets" dienen aangemerkt als door toedoen van de leverancier behouden zaken in de zin van art. 20, 4° Hyp.W. Strenger stelt de reeds geciteerde beslissing van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde zich op: de levering van veevoerders voor het fokken van biggen zijn geen bevoorrechte kosten nu zij geacht moeten worden de exploitatie van het bedrijf in zijn geheel te betreffen (Kh. Oudenaarde, 18 januari 1990, *T.B.H.*, 1992, 345). Ook zijn bevoorrecht: de kosten voor de bewaking van voorraden en machines waardoor diefstal en vandalisme kon worden vermeden (Luik, 29 september 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 145). Kosten met betrekking tot de bewaking van het gehele bedrijf zijn daarentegen niet bevoorrecht (Kh. Brussel, 29 oktober 1991, *T.B.H.*, 1992, 342).

Zoals steeds moet de eis worden gesteld dat de zaak nog aanwijsbaar bestaat in het vermogen van de debiteur. Dit is niet het geval wanneer het goed waarop de kosten betrekking hebben, werd verkocht. Krachtens de leer der zakelijke subrogatie kan het voorrecht nog worden uitgeoefend op de schuldvordering tot betaling van de koopprijs (supra nr. 34). Werd deze prijs inmiddels voldaan, dan dooft het voorrecht uit, aangezien iedere identificatie is uitgesloten (Bijv.: Kh. Aarlen, 28 januari 1993, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 144).

101. ONROERENDE GOEDEREN — Het voorrecht kan niet worden ingeroepen voor kosten gedaan tot behoud van een onroerend goed. De problematiek van

de schuldvordering die de gemeenschap van eigenaars van een onroerend goed heeft op de mede-eigenaar voor achterstallige bijdragen, werd hiervoor reeds onderzocht (supra nr. 26).

Het voorrecht van artikel 20, 4° Hyp.W. houdt ook op te gelden wanneer het behouden goed onroerend door bestemming of incorporatie is geworden (art. 20, 5°, tweede lid Hyp.W.). Het voorrecht kan echter verder worden uitgeoefend op machines, toestellen en gereedschappen en ander bedrijfsuitrustingsmaterieel gebruikt in handels- of ambachtsondernemingen niettegenstaande de onroerendmaking, indien de schuldeiser binnen een termijn van vijftien dagen de factuur waaruit zijn schuldvordering blijkt, heeft neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel van het arrondissement waar de schuldenaar zijn woonplaats heeft (art. 20, 5° derde lid Hyp.W.). Voertuigen die bestemd zijn voor het vervoer van werknemers naar de werven zijn onroerend door bestemming (Kh. Namen, 22 oktober 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 37). Hetzelfde geldt voor vrachtwagens die door een onderneming worden gebruikt voor haar industriële activiteiten. Het voorrecht van de hersteller van deze vrachtwagens gaat derhalve teniet wanneer de facturen niet tijdig werden neergelegd (Kh. Brussel, 29 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 80). Een personenwagen bestemd voor een kaderlid van de onderneming kan daarentegen niet als een onroerend goed door bestemming worden beschouwd (Kh. Kortrijk, 16 september 1996, *R.W.*, 1996-97, 1345).

Door de verkoop wordt een wortelvaste oogst als een vervroegde roerende zaak beschouwd. De vordering van de leverancier der meststoffen is derhalve bevoorrecht op grond van art. 20, 4° Hyp.W. (Luik, 15 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1997, 138).

AFDELING 5
VOORRECHT VAN DE VERKOPER (ART. 20,5° HYP.W.)

102. ALGEMEEN — Het voorrecht strekt zich uit tot de prijs, de kosten van de koop, de belastingen en de interesten (zie nader: A. Cuypers, „Artikel 20, 5° Hyp.W.", *Comm. Voorr. & Hyp.*, nrs. 88-92).

Onder de oude faillissementswet verliest de verkoper na faillissement van de koper dit voorrecht, behoudens wanneer het gaat om investeringsgoederen en op voorwaarde dat tijdig de publiciteitsvoorschriften werden nageleefd (art. 546 Faill.W., infra nr. 104). In andere gevallen van samenloop blijft het voorrecht echter onverkort behouden (b.v.: Kh. Namen, 17 september 1994, *T.B.H.*, 1995, 623: na gerechtelijk akkoord; Kh. Gent, 16 mei 1995, *T.G.R.*, 1996, 25: na ontbinding van een vennootschap).

103. MACHINES, TOESTELLEN, GEREEDSCHAP EN ANDER BEDRIJFSUITRUSTINGSMATERIEEL — Het voorrecht van de onbetaalde verkoper van dergelijke goederen blijft behouden niettegenstaande de onroerendmaking door bestemming of incorporatie (art. 20, 5° tweede lid Hyp.W.) en/of het faillissement van de koper (art. 546 oud Faill.W.) op voorwaarde dat de verkoper

binnen vijftien dagen na de levering de facturen heeft neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel van het arrondissement waarin de koper zijn woonplaats heeft. Is de koper een rechtspersoon dan is het de plaats waar de maatschappelijke zetel is gevestigd (Kh. Ieper, 26 oktober 1992, *T.B.H.*, 1994, 88). De omstandigheid dat de koper een vennootschap in oprichting is, neemt niet weg dat de neerlegging der facturen tijdig moet geschieden (Luik, 6 december 1990, *J.T.*, 1991, 496).

Bedoeld worden duurzame goederen die als bedrijfsmaterieel kunnen worden bestempeld (Bijv.: Kh. Brussel, 29 september 1992, *T.B.H.*, 1994, 80: vrachtwagens bestemd voor de exploitatie van een bedrijf). De goederen moeten dus op de balans terug te vinden zijn onder de vaste activa (vlottende activa zoals voorraden en grondstoffen komen niet in aanmerking). Het volstaat dat de goederen bestemd waren voor het gebruik in de onderneming. Een personenwagen die niet dienstig is voor de commerciële exploitatie (i.c. een horeca-zaak) valt hier dus niet onder (Kh. Charleroi, 26 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1993, 172. Zie ook: Bergen, 20 november 1990, *T.B.H.*, 1991, 706: voertuig 'Mercedes' louter gebruikt als status-symbool; Kh. Charleroi, 28 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1586: personenwagen van een slager die niet wordt gebruikt voor bestellingen of bevoorrading). Rekening moet worden gehouden met de concrete bestemming van de goederen (Kh. Charleroi, 28 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1586: dus niet de vermeldingen in de overeenkomst; Kh. Namen, 4 januari 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1996, 276: evenmin is de fiscale behandeling doorslaggevend). Dat de goederen soms ook voor privé-doeleinden worden aangewend, ontneemt hen niet de hoedanigheid van bedrijfsmaterieel (Bijv. een autovoertuig: Kh. Tongeren, 21 november 1994, *R.W.*, 1995-96, 331; Kh. Tongeren, 30 mei 1995, *DAOR*, 1996, afl. 38, 87).

Een personenwagen bestemd voor een kaderlid van een onderneming kan niet worden beschouwd als onroerend door bestemming (Kh. Kortrijk, 16 september 1996, *R.W.*, 1996-97, 1345).

104. NIEUW FAILLISSEMENTSRECHT — In de nieuwe faillissementswet werd het oude art. 546 Faill.W. geschrapt. Dit heeft tot gevolg dat het toepassingsgebied van het voorrecht gevoelig wordt uitgebreid: iedere onbetaalde verkoper beschikt thans na faillissement over een voorrecht, zonder enige te vervullen formaliteit en ongeacht de aard van de verkochte goederen.

Ook nu de verkoper de mogelijkheid heeft zich de eigendom voor te behouden, blijft het voorrecht van belang. Anders dan het eigendomsvoorbehoud kan het voorrecht immers bestand gemaakt worden tegen de gevolgen van de incorporatie van de geleverde zaken op voorwaarde dat de publiciteitsvoorschriften worden nageleefd. Het voorrecht uit art. 20,5° Hyp.W. heeft zijn rol dus nog geenszins uitgespeeld.

105. EIGENDOMSVOORBEHOUD — Sinds de arresten van het Hof van Cassatie van 9 februari 1933 wordt aangenomen dat een beding van eigendomsvoor-

behoud niet aan samenlopende schuldeisers van de koper (c.q. aan de curator van de koper) kan worden tegengeworpen. Deze opvatting werd recent nog door het Hof bevestigd (Cass., 22 september 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 772, *R.W.*, 1994-95, 1264 met noot Dirix, *T.B.H.*, 1995, 601 met noot Coppens, *J.T.*, 1995, 337, *J.L.M.B.*, 1995, 124 met noot Caeymaex, *T.Not.*, 1995, 572 met noot Bouckaert. Zie o.m.: Gent, 25 november 1987, *T.V.B.R.*, 1993, 14; Kh. Brugge, 31 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 665). Deze regel geldt niet enkel bij faillissement, maar ook in andere gevallen van samenloop (b.v.: Brussel, 6 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 639: gerechtelijk akkoord; Luik, 28 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 301; Kh. Verviers, 7 januari 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1992, 443: na beslag).

Op het principe van de niet-tegenwerpelijkheid van clausules tot eigendomsvoorbehoud bij samenloop worden er evenwel enkele uitzonderingen aanvaard. Dit is het geval wanneer de verkochte zaak nog niet is geleverd. Hetzelfde geldt wanneer de zaak aan de koper is geleverd, maar door de verkoper wordt gerevindiceerd voor het ontstaan van de samenloop op voorwaarde dat de koper van die wilsverklaring heeft kunnen kennisnemen (Cass., 22 september 1994, *gecit.*. Zie ook: Luik, 28 juni 1991, *T.B.H.*, 1992, 301: het zenden van een aangetekende brief; Luik, 15 november 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 910; Luik, 12 januari 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 1560: de loutere bevestiging van het bestaan van het eigendomsvoorbehoud is onvoldoende; Gent, 10 november 1994, *T.B.H.*, 1996, 440, *A.J.T.*, 1995-96, 304 met noot D. Blommaert; Kh. Charleroi, 5 mei 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 158; Kh. Namen, 24 november 1994, *T.B.H.*, 1995, 625: brief met inroeping eigendomsvoorbehoud ontvangen na de samenloop, maar reeds duidelijke wilsuiting voordien; Kh. Gent, 27 juni 1995, *T.G.R.*, 1996, 24: een beslag tot terugvordering voor het faillissement; Kh. Charleroi, 21 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 898; Kh. Kortrijk, 11 september 1995, *T.B.H.*, 1996, 462).

Door de nieuwe faillissementswet wordt de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud erkend. Luidens art. 101 Faill.W. kan de onbetaalde verkoper niettegenstaande het faillissement van de koper, de onder een beding van eigendomsvoorbehoud verkochte roerende goederen terugvorderen voorzover het eigendomsvoorbehoud schriftelijk werd overeengekomen uiterlijk op het ogenblik van de levering van de goederen. De goederen moeten zich nog in natura bevinden bij de schuldenaar en mogen niet onroerend door incorporatie geworden zijn, noch vermengd zijn met een ander roerend goed (zie over het nieuwe recht: E. Dirix, „Eigendomsvoorbehoud", *R.W.*, 1997-98, 481-496).

Ook al werd de nieuwe wettelijke bepaling ingevoerd in de faillissementswet, dan is een uitbreiding van de erkenning van het eigendomsvoorbehoud tot de overige gevallen van samenloop verantwoord. Zoals onder het vroegere recht het geval was, moet ook thans de problematiek van de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud op eenvormige wijze worden behandeld.

Voortaan beschikt de onbetaalde verkoper die zich de eigendom heeft voorbehouden, over een sterkere positie bij faillissement en andere gevallen

van samenloop. De verkoper wordt niet meer verplicht om de positie van zijn koper nauwlettend in de gaten te houden met het oog op een tijdig inroepen van het eigendomsvoorbehoud. Evenmin bestaat er nog nood om zijn toevlucht te nemen tot het verhullen van het eigendomsvoorbehoud in andere overeenkomsten, zoals een consignatie (b.v.: Rb. Leuven, 3 december 1996, *R.W.*, 1996-97, 1239 met noot).

De vroegere rechtspraak blijft nochtans onder het nieuwe recht haar relevantie behouden, nl. in geval het eigendomsvoorbehoud niet voldoet aan de geldigheidsvereisten van art. 101 Faill.W.

106. ONTBINDINGSRECHT — In geval van samenloop wordt het ontbindingsrecht van de verkoper beperkt. Luidens art. 546 Faill.W. gaat het recht om de ontbinding te vorderen teniet in geval van faillissement. Een uitdrukkelijk beding waarop voor het ontstaan van de samenloop een beroep werd gedaan, blijft zijn uitwerking behouden (Gent, 10 noveber 1994, *T.B.H.*, 1996, 440). Een minnelijke ontbinding tot stand gekomen tijdens de verdachte periode is in beginsel tegenwerpelijk aan het later faillissement (Kh. Kortrijk, 3 april 1995, *T.B.H.*, 1996, 453: de verkoper draagt echter de bewijslast van zo'n overeenkomst). Wanneer echter de verkoper wist dat het faillissement van de koper nakend was, dan dient zo'n overeenkomst te worden vernietigd (Gent, 21 december 1995, *T.G.R.*, 1995, 183: is herstel in natura niet meer mogelijk, dan dient een vergoeding te worden toegekend die wordt berekend op basis van de waarde ten tijde van de terugname. Voor een gelijkaardig toepassingsgeval van art. 446 Faill.W. op een minnelijke ontbinding: Gent, 16 november 1994, *A.J.T.*, 1995-96, 540 met noot M. Dalle. Zie ook: Brussel, 18 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 949; Kh. Luik, 11 december 1990, *T.B.H.*, 1991, 662: „vernietiging van de factuur" door iemand die kennis heeft van de catastrofale toestand van de debiteur).

De schrapping van art. 546 Faill.W. in het nieuwe faillissementsrecht heeft echter geenszins tot gevolg dat voortaan het ontbindingsrecht na faillissement onbeperkt kan worden uitgeoefend. Na samenloop wordt het ontbindingsrecht van de verkoper die reeds geleverd heeft, immers ook aan banden gelegd door art. 20, 5°, zevende lid Hyp.W. Luidens deze bepaling heeft het verlies van het terugvorderingsrecht (zie: art. 20, 5°, zesde lid Hyp.W.) ook het verval van het ontbindingsrecht tot gevolg ten aanzien van de overige schuldeisers. Dit betekent dat een ontbindingsvordering in de regel niet tegenwerpelijk zal zijn aan de boedel wanneer zij niet voor het tijdstip van het faillissement (of van de samenloop) werd ingesteld (c.q. voor dat tijdstip een beroep werd gedaan op een uitdrukkelijk ontbindend beding).

107. RETENTIERECHT — De onbetaalde verkoper beschikt ook over een retentierecht. Dit retentierecht is tegenwerpelijk aan de curator van de koper. Het retentierecht gaat echter teloor van zodra werd geleverd (Bergen, 30 september 1992, *J.L.M.B.*, 1995, 157: omtrent het moment van levering van bomen op stam).

AFDELING 6

VOORRECHT VERVOERDER (ART. 20, 7° HYP.W.)

108. — De vervoerder kan zijn voorrecht slechts doen gelden voor zover hij de goederen onder zich heeft (Brussel, 6 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 722). Het voorrecht strekt tot zekerheid van de verschuldigde vracht en bijkomende kosten. Het strekt niet tot zekerheid van andere verbintenissen, zoals deze voortvloeiend uit de verhuur van opslagruimte (Brussel, 6 februari 1991, gecit.).

De vervoerder beschikt niet over het voorrecht voor in het verleden uitgevoerde transporten. Dit is enkel anders wanneer de diverse vervoeropdrachten in feite dienen beschouwd te worden als doorlopende verrichtingen van eenzelfde overeenkomst. De vervulling van die voorwaarde wordt door de rechtspraak soms (te) streng beoordeeld (b.v.: Kh. Gent, 17 november 1992, *Intern. vervoerr.*, 1993, 174 i.v.m. een raamovereenkomst; zie supra nr. 38).

De vervoerder beschikt tevens over een retentierecht op de vervoerde goederen in zijn bezit (Brussel, 6 november 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 188).

AFDELING 7

VOORRECHT SLACHTOFFER VAN EEN ONGEVAL (ART. 20, 9° HYP.W.) EN RECHTSTREEKSE VORDERING (ART. 86 VERZEKERINGSWET)

109. — Artikel 20, 9° Hyp.W. kent een voorrecht toe aan de benadeelde derde op de vergoeding verschuldigd door de verzekeraar van de aansprakelijke. De eigen verzekeraar van de benadeelde die in diens rechten wordt gesubrogeerd, geniet over hetzelfde voorrecht (Rb. Brussel, 18 december 1995, onuitgeg.) Dit voorrecht verleent aan de benadeelde geen rechtstreekse vordering jegens de verzekeraar (Gent, 17 februari 1988, *T.B.B.R.*, 1991, 71 met noot D. Lechien; Luik, 5 juni 1989, *Rev.Rég.Dr.*, 1990, 83, *R.G.A.R.*, 1992, nr. 11.913 met noot J. Hirsch; Bergen, 21 februari 1990, *T.B.H.*, 1991, 1092 met noot H. Cousy, *T.B.B.R.*, 1993, 356 met noot J. Binon; Luik, 23 maart 1992, *Rev.Rég.Dr.*, 1992, 464 met noot M. Derenne; Kh. Antwerpen, 25 april 1991, *Rechtspr. Antw.*, 1994, 243 met noot). Evenmin kan de benadeelde een sterker recht doen gelden dan dat waarover de aansprakelijke-verzekeringsnemer jegens zijn verzekeraar beschikt. Aldus kan de verzekeraar aan de benadeelde alle excepties tegenwerpen waarover hij ten opzichte van de verzekeringsnemer beschikt (Cass., 22 april 1993, *Arr.Cass.*, 1993, nr. 196, 391, *Pas.*, 1993, I, 386, *J.T.*, 1994, 235). De excepties die na het ongeval zijn ontstaan, zijn niet tegenwerpelijk aan de bevoorrechte schadelijder (Luik, 23 maart 1992, gecit.)

Artikel 20, 9° Hyp.W. is van toepassing op alle soorten van schadegevallen, ongeacht de aard der aansprakelijkheid (contractueel of buiten-contractueel) en de aard van de schade (materiële en morele) (in de zin van die ruime

interpretatie: Brussel, 11 oktober 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 367 met noot A. Delvaux; Gent, 24 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 576 met noot A. De Wilde).

Door de nieuwe wet op de landverzekering van 25 juni 1992 (*B.S.*, 20 augustus 1992) werd art. 20, 9° Hyp.W. opgeheven (zie hierover o.m.: S. Roland, „De rechtstreekse vordering tegen de aansprakelijkheidsassuradeuren", *Rechtspr. Antw.*, 1995, 291-300; *Comm.Voor.*, „Artikel 20, 9° Hyp.W."). In plaats daarvan kent art. 86 Verzekeringswet een rechtstreekse vordering ('eigen recht') toe aan de benadeelde op de verzekeraar. De door de verzekeraar verschuldigde vergoeding komt de benadeelde exclusief toe, zonder dat hij in samenloop komt met de overige schuldeisers van de verzekerde (art. 86, tweede lid). De nieuwe bepalingen zijn van toepassing sinds 1 januari 1993, ook op de voordien ontstane schadegevallen (Rb. Brussel, 5 december 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 1534; Kh. Brussel, 3 februari 1997, *R.W.*, 1997-98, 23 en supra nr. 36).

Door de wet van 16 maart 1994 werd art. 20, 9° Hyp.W. opnieuw ingevoerd. Door de opheffing bleek er immers geen voorrecht meer te bestaan op de vergoeding die verzekeraars verschuldigd zijn in gevallen waar de wet op de landverzekering niet van toepassing is. Voor die verzekeringen geldt dus verder art. 20, 9° Hyp.W. (bijvoorbeeld transportverzekeringen).

AFDELING 8

HET VOORRECHT VAN DE ONDERAANNEMER (ART. 20, 12° HYP.W.) EN DE RECHTSTREEKSE VORDERING (ART. 1798 B.W.)

110. ALGEMEEN — De wetgever stelt aan de onderaannemer twee zekerheidsmechanismen ter beschikking: een voorrecht op de nog door de bouwheer aan de hoofdaannemer verschuldigde aannemingsprijs (art. 20, 12° Hyp.W.) en een rechtstreeks vorderingsrecht op de bouwheer (art. 1798 B.W.).

Deze zekerheidsrechten leverden in de onderzochte periode een vruchtbare voedingsbodem op voor de rechtsleer. Zie o.m.: G. Baert, „Geen vorderingsrecht van de aannemer zonder een rechtsvordering", *R.W.*, 1996-97, 478-479; A. Cuypers, „De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer", *R.W.*, 1997-98, 793-811; E. Dirix, „Rechtstreekse vordering en samenloop", *R.W.*, 1995-96, 265-267; F. Georges, „De quelques problèmes posés par l'action directe de l'article 1798 du Code civil", *J.L.M.B.*, 1997, 600-607; J.-P. Renard en M. Van Den Abbeele, „Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur", *T.Aann.*, 1997, 134-155; J.M. Rikkers, „L'action directe du sous-traitant prévue par l'article 1798 du Code civil: hypothèses de conflits", in *Liber amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, Brussel, 1997, 345-353; P. Wéry, „L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage", *Rev. Rég.dr.*, 1997, 169-185).

111. VOORRECHT — De gewaarborgde schuldvordering is de contractuele vordering van de onderaannemer op de hoofdaannemer met betrekking tot

het werk dat hij aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd (Kh. Ieper, 6 februari 1996, *T.B.H.*, 1996, 564).

Het voorrecht geldt enkel voor de aanneming in bouwzaken. Het moet dus gaan om werken uitgevoerd aan onroerende goederen. Hieronder kunnen ook onderhoudswerken aan dergelijke goederen worden gerekend (Brussel, 8 november 1995, *DAOR*, 1995, 89). Aldus zijn de kosten voor het ter beschikking stellen van kranen en personeel niet bevoorrecht (Kh. Gent, 17 juni 1997, *R.W.*, 1997-98, 680, *T.B.H.*, 1998, 116). Leveranciers worden eveneens uitgesloten (Kh. Ieper, 6 februari 1995, *T.B.H.*, 1996, 564: leverancier van op maat gemaakte betonkokers; Kh. Luik, 25 juni 1997, *T.B.H.*, 1997, 655: levering van meubilair). Werken aan roerende goederen zijn uitgesloten. Aldus is niet bevoorrecht: de onderaannemer die hem door de aannemer toevertrouwde roerende goederen bewerkt (i.c. ramen die dienen geverfd te worden) en die door de hoofdaannemer in het onroerend goed worden ingebracht (Rb. Luik, 15 mei 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 881. Zie daarentegen terecht: Kh. Luik, 25 juni 1997, *T.B.H.*, 1997, 655: vervaardigen van meubelen die door de aannemer worden geïncorporeerd).

112. VOORWERP — Het onderpand van het voorrecht is de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer m.b.t. het betrokken bouwwerk. Het betreft al hetgeen krachtens die aannemingsovereenkomst verschuldigd is, en dus niet slechts de schuldvordering die betrekking heeft op de werken uitgevoerd door de onderaannemer.

Het voorrecht kan enkel worden uitgeoefend wanneer deze schuldvordering nog bestaat ten tijde van de samenloop. Een betaling voor de samenloop maakt dat het voorrecht zonder voorwerp is (Kh. Luik, 11 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 562). Aldus dooft het voorrecht uit wanneer de bouwheer voor het faillissement van de hoofdaannemer heeft betaald (Gent, 29 oktober 1997, *R.W.*, 1997-98, 1052). Het voorrecht loopt uiteraard geen gevaar door een betaling na faillissement.

113. RANG — Over de rang van het voorrecht van de onderaannemer bestaat controverse. Het meest voorkomend conflict is dit tussen de onderaannemer en de bankier aan wie de hoofdaannemer zijn handelszaak inclusief de schuldvorderingen heeft in pand gegeven. Volgens een gedeelte van de rechtspraak dient dit conflict te worden beslecht aan de hand van de anterioriteitsregel (Brussel, 8 november 1995, *DAOR*, 1995, afl. 37, 89; supra nr. 89). Wat de positie van de onderaannemer betreft, wordt het tijdstip in acht genomen waarop diens schuldvordering op de hoofdaannemer ontstaat (in de regel: de factuurdatum). De toepassing van de anterioriteitsregel op dit conflict is dan ook zeer voorspelbaar. Aangezien de inschrijving van het pandrecht in de regel eerder is genomen, treedt de pandhouder nagenoeg altijd als overwinnaar uit het strijdperk. Deze benadering kan niet bekoren. Zij doet immers onmiskenbaar afbreuk aan de doelstellingen van de wetgever. Gelet op deze ratio legis dient de voorkeur te worden gegeven aan de

positie van de onderaannemer (Kh. Brugge, 16 november 1994, *Snelberichten Handelsrecht*, 1995, 67, supra nr. 92).

De onderaannemer heeft echter nog andere pijlen op zijn boog. Indien men van oordeel is dat de onderaannemer ook nog na de verpanding zijn rechtstreekse vordering kan instellen (infra nr. 120), dan is de discussie omtrent de rang van zijn voorrecht natuurlijk irrelevant. In het conflict dat dan rijst, blijft de rang van het voorrecht buiten beschouwing (Kh. Charleroi, 21 november 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 51; Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 542).

114. RECHTSTREEKSE VORDERING — Op grond van art. 1798 B.W. kan de onderaannemer die door zijn schuldenaar, de hoofdaannemer, niet wordt betaald, een rechtstreekse vordering instellen tegen de bouwheer. Een dergelijke rechtstreekse vordering vervult een zekerheidsfunctie doordat het provenu exclusief aan de gerechtigde (i.c. de onderaannemer) toekomt, zonder dat hij samenloop hoeft te vrezen met andere schuldeisers van zijn debiteur (i.c. de hoofdaannemer).

Bij dit alles moet echter voor ogen worden gehouden dat deze gevolgen in de regel slechts intreden door het effectief instellen van de rechtstreekse vordering. Een zgn. 'onvolmaakte' rechtstreekse vordering zoals die uit art. 1798 B.W. krijgt haar definitieve gestalte op het moment van haar uitoefening. Eerst op dat ogenblik worden de rechten van de houder van de vordering als het ware 'gefixeerd' en verkrijgt hij een eigen recht op de opbrengst van de schuldvordering (zie ook: A. Cuypers, *o.c.*, 789, nr. 16 e.v.).

115. ONDERPAND — De rechtstreekse vordering kan worden uitgeoefend op al de bedragen die de bouwheer aan de hoofdaannemer verschuldigd is. De onbeschikbaarheid treft dus ook de schuldvorderingen die nog niet opeisbaar zijn of nog niet vaststaande zijn (Luik, 23 mei 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 589 met noot Georges). Evenmin kan de eis worden gesteld dat de door de bouwheer verschuldigde bedragen betrekking moeten hebben op het onderdeel van de werken die door de onderaannemer werden uitgevoerd.

De vraag rijst echter of dit 'onderpand' moet worden beperkt tot de schuldvorderingen die betrekking hebben op de overeenkomst waarvoor de onderaannemer werd ingeschakeld. Veelal wordt een ruime interpretatie voorgestaan (o.m.: Planiol & Ripert, *Traité*, IX, 212, nr. 965). Nu art. 1789 B.W. terzake geen beperking inhoudt, kan het onderpand niet beperkt worden tot de schulden van de bouwheer uit de aanneming. Aldus kan de onderaannemer de betaling vorderen van om het even welk bedrag waartoe de bouwheer jegens de hoofdaannemer gehouden is, zelfs wanneer die schuld vreemd is aan de betrokken aannemingsovereenkomst (Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 376; Luik, 23 mei 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 589, *T.Aann.*, 1997, 37; Kh. Charleroi, 3 maart 1995, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 51).

116. VOORWAARDEN — Door het instellen van de vordering wordt de vorde-

ring van de hoofdaannemer op de bouwheer zoals gezegd onbeschikbaar. De uitoefening onderstelt dat deze schuldvordering nog beschikbaar in het vermogen van de hoofdaannemer aanwezig is. De uitoefening van een rechtstreekse vordering onderstelt dus eerst en vooral dat er nog een schuldvordering van de onmiddellijke schuldenaar (hoofdaannemer) op de onderschuldenaar (bouwheer) bestaat. Een eerdere betaling door de bouwheer is bevrijdend en tegenwerpelijk aan de onderaannemer (Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 376). De betaling is niet voltooid zolang de gelden zich nog in handen van de lasthebber van de bouwheer bevinden (zie Luik, 8 december 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 896).

De rechtstreekse vordering kan evenmin nog worden ingesteld wanneer de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer voordien reeds werd verpand (Rb. Turnhout, 21 mei 1997, *R.W.*, 1997-98, 411 met noot Dirix. Anders: Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 542; Kh. Charleroi, 26 november 1996, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 51; infra nr. 120) of hierop door een andere schuldeiser van de hoofdaannemer beslag werd gelegd (infra nr. 122; anders: Kh. Charleroi, 26 oktober 1996, gecit.). Een rechtstreekse vordering kan een anterieur beslag niet doorkruisen (cf. De Page, *Traité*, IV, nr. 921, 1064; Planiol & Ripert, *Traité*, IX, 213, nr. 966). Door zo'n verpanding of derdenbeslag kan de bouwheer overigens niet tot betaling overgaan. Gaat het om een registerpandrecht zoals het pand op de handelszaak of om een 'stil' pandrecht dan moet wel de aantekening worden gemaakt dat de bouwheer nog verder bevrijdend kan betalen, zolang de pandhouder geen kennisgeving heeft gedaan of beslag heeft gelegd in zijn handen (supra nr. 93).

117. EXCEPTIES — De bouwheer kan aan de onderaannemer eveneens alle andere excepties tegenwerpen waarover hij in zijn verhouding tot de hoofdaannemer beschikt naar het tijdstip van het instellen van de vordering, zoals de exceptio non adimpleti contractus (Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 376, *Rev.Rég.Dr.*, 1997, 193; Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 542; Kh. Tongeren, 10 oktober 1994, *Limb.Rechtsl.*, 1995, 72).

Kan de bouwheer de excepties inroepen die bestaan in de verhouding tussen de onderaannemer en de hoofdaannemer ? Een ontkennend antwoord wordt gegeven door het Hof van Beroep te Luik (Luik, 8 januari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 376). Deze opvatting is moeilijk verzoenbaar met de structuur van de rechtsvordering. De onderaannemer kan tegenover de bouwheer bezwaarlijk over meer rechten beschikken dan tegenover zijn onmiddellijke schuldenaar, de hoofdaannemer. De bouwheer kan zich derhalve ook verweren met de excepties uit de overeenkomst van onderaanneming (zie in dezelfde zin: A. Cuypers, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 799, nr. 16).

118. UITOEFENING VORDERINGSRECHT — Het Hof van Beroep te Antwerpen besliste dat de rechtstreekse vordering uit art. 1798 B.W. eerst effect sorteert

wanneer de 'rechtsvordering' tegen de bouwheer wordt ingesteld. Derhalve treedt de onbeschikbaarheid niet in op het tijdstip waarop de onderaannemer de bouwheer in een brief tot betaling heeft aangesproken, maar eerst vanaf diens dagvaarding (Antwerpen, 1 maart 1995, *R.W.*, 1996-97, 477 met noot G. Baert). Dit formalisme wordt terecht in vraag gesteld (A. Cuypers, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 797, nr. 12).

In dat systeem heeft de onderaannemer geen aanspraak op de moratoire interesten over de periode tussen de aanmaning en de dagvaarding (G. Baert, *o.c.*, *R.W.*, 1996-97, 479). Of de bouwheer zich al dan niet heeft verzet tegen de ingebrekestelling door de aannemer is zonder belang (anders: Luik, 31 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1340).

119. MEERDERE VORDERINGEN — Indien meerdere rechtstreekse vorderingen van verschillende onderaannemers worden ingesteld, dan treden zij in gelijke rang aan. Algemeen wordt inderdaad aangenomen dat tussen de gerechtigden van rechtstreekse vorderingen (van dezelfde aard) in beginsel de *paritas*-regel geldt. De onderschuldenaar (de bouwheer) kan niet tot meer gehouden worden dan het bedrag van zijn eigen schuld. Is dit bedrag ontoereikend om allen te voldoen, dan moet worden overgegaan tot een pondspondsgewijze verdeling. De Rechtbank van Koophandel te Antwerpen gaat in dergelijk geval dan ook terecht over tot een pondspondsgewijze verdeling tussen de onderaannemers (Kh. Antwerpen, 24 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 264 met noot E. Dirix).

120. CONFLICT PANDHOUDER — Werd de vordering van de aannemer op de bouwheer voordien reeds gecedeerd, dan is het instellen van een rechtstreekse vordering een slag in het water. Werd deze schuldvordering voordien verpand, dan is zij evenmin nog beschikbaar aanwezig in het vermogen van de hoofdaannemer, zodat een rechtstreekse vordering niet meer kan slagen. Een mogelijk conflict met een cessionaris c.q. pandhouder van de schuldvordering moet worden beslecht aan de hand van de anterioriteitsregel (anders: Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.*, 1996, 555, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 542). Voor de toepassing van deze regel wordt het tijdstip van het instellen van de rechtstreekse vordering vergeleken met dat van de kennisgeving van de verpanding (cf. art. 1690, derde lid B.W.) (Rb. Turnhout, 21 mei 1997, *R.W.*, 1996-97, 411). Terecht werd geoordeeld dat ook de gerechtigde van een rechtstreekse vordering moet worden aangemerkt als een 'beschermde derde' bedoeld in art. 1690 derde lid B.W. zodat een verpanding (of een cessie) hem eerst tegenwerpelijk is nadat werd overgegaan tot kennisgeving van de verpanding c.q. van de cessie (o.m.: A. Cuypers, *o.c.*, 800-801, nrs. 20-22. Zie ook: J.M. Rikkers, *o.c.*, 350-351).

Voor het conflict met de pandhouder op de handelszaak: supra nr. 93.

121. CONFLICT R.S.Z. EN FISCUS — De bouwheer die een beroep doet op een niet geregistreerde aannemer is gehouden tot het doen van inhoudingen ten

belope van 30% van het factuurbedrag die dan moeten worden doorgestort aan de schatkist en de R.S.Z. (supra nr. 76). Dient de bouwheer die 'rechtstreeks' aangesproken wordt door de onderaannemer deze inhoudingen te doen ? Op deze vraag wordt ontkennend geantwoord gelet op de aard van het vorderingsrecht van de onderaannemer (Luik, 6 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 379; A. Cuypers, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 803, nr. 29). Door de uitoefening van het vorderingsrecht ontkomt de onderaannemer immers aan de samenloop met andere schuldeisers van de bouwheer (i.c. schatkist en R.S.Z.).

122. NA FAILLISSEMENT OF BESLAG — Kan de rechtstreekse vordering nog worden ingesteld na *faillissement* ? Er bestaat geen betwisting over de vraag of de gerechtigde die zijn directe vordering heeft ingesteld *voor* het faillissement, die ook verder nog mag uitoefenen na faillissement. Onzekerheid is er wel over de vraag of de rechtstreekse vordering nog kan worden ingesteld *na* faillissement. In de rechtspraak werd die vraag bevestigend beantwoord (Luik, 31 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1340; Kh. Brussel, 30 juni 1994, *T.B.H.*, 1994, 928 op gezag van A. Cloquet, *Les concordats et la faillite*, Brussel, 1985, nr. 411 onder verwijzing naar Kh. Kortrijk, 14 november 1957, *R.W.*, 1957-58, 1450). Deze opvatting vindt ook ruime steun in de rechtsleer (o.m.: A. Cuypers, *o.c.*, *R.W.*, 1997-98, 804-805, nrs. 31-32; Renard en Van Den Abbeele, *o.c.*, 140; J.M. Rikkers, *o.c.*, 354). Volgens een andere opvatting kan na faillissement (en andere gevallen van samenloop) de rechtstreekse vordering niet meer worden ingesteld (zie voor de diverse argumenten o.m.: E. Dirix, „Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer", *R.W.*, 1989-90, 1235, nr. 8 ; Id., „Rechtstreekse vordering en samenloop", *R.W.*, 1995-96, 265-267). Concreet betekent zulks dat na faillissement enkel nog de curator bevoegd is om de schuldvordering op de bouwheer te innen en dat de onderaannemer zich in de samenloop beveiligd weet door zijn voorrecht (art. 20, 12 Hyp.W.).

De mogelijkheid om de rechtstreekse vordering in te stellen na een derdenbeslag dat werd gelegd door een andere schuldeiser van de hoofdaannemer is eveneens omstreden. Ook hier lijkt een groot gedeelte van rechtsleer en rechtspraak dit voetstoots aan te nemen (Kh. Luik, 26 oktober 1994, gecit.). Nochtans kan het antwoord enkel maar ontkennend luiden (supra nr. 116. Zie overigens in gelijk zin: A. Cuypers, *o.c.*, 803-804, nr. 30). Men kan overigens niet inzien dat de bouwheer in weerwil van het beslag zou overgaan tot de betaling aan de onderaannemer en zulks op gevaar af een tweede maal te moeten betalen (cf. art. 1242 B.W.).

Het vorenstaande geldt voor alle gevallen van samenloop. Om die reden kan niet worden aanvaard dat bij gerechtelijk akkoord een onderaannemer tijdens de opschortingsperiode nog een directe vordering zou instellen. Een dergelijke vordering valt evenzeer onder de uitvoeringsmaatregelen bedoeld in art. 21 Wet Gerechtelijk Akkoord (zie ook: A. Cuypers, *o.c.*, 805-806, nr. 33-35).

AFDELING 9

HET VOORRECHT VAN DE COMMISSIONAIR (ART. 14 EN 15 WET 5 MEI 1872)

123. — Het voorrecht van de commissionair vertoont grote gelijkenissen met een pandrecht. Dit geldt zowel wat de grondslag betreft als wat de uitoefening aangaat.

Zoals bij het pandrecht (supra nr. 66), kan het voorrecht van de commissionair zich ook uitstrekken tot de goederen van derden, wanneer de commissionair hiervan het bezit te goeder trouw heeft verkregen (Kh. Kortrijk, 24 januari 1995, *Eur.Vervoerr.*, 1995, 661. Zie ook: Parijs, 18 mei 1994, *D.*, 1995, jur. 15). Deze goede trouw moet beoordeeld worden naar het tijdstip waarop het bezit ontstaat. De eisen van een vlot handelsverkeer vereisen dat bijvoorbeeld een commissionair-expediteur mag veronderstellen dat de goederen die hem in het raam van zijn opdracht werden toevertrouwd, ook toebehoren aan de committent. Op de commissionair rust geen enkele onderzoeksplicht nopens de strekking van de door de principaal gesloten koopovereenkomst en de strekking van een eventueel beding van eigendomsvoorbehoud (Antwerpen, 23 september 1996, *R.W.*, 1996-97, 1234; Kh. Kortrijk, 24 januari 1995, gecit.). Men mag dit ook uitbreiden tot de hypothese dat de commissionair erop mocht vertrouwen dat zijn principaal rechtens bevoegd was om de goederen — ook al behoren die aan een derde toe — aan commissieverrichtingen te onderwerpen. Het voorrecht van de commissionair is dan een noodzakelijk gevolg van deze aan de committent toevertrouwde bevoegdheid die de derde-eigenaar heeft te ondergaan (Antwerpen, 21 december 1993, *R.W.*, 1994-95, 331, *Eur.Vervoerr.*, 1994, 658).

Ook zoals bij het pand, blijft het voorrecht slechts bestaan zolang de commissionair het bezit behoudt van de goederen. Dit bezit kan ook toevertrouwd worden aan een overeengekomen derde. Aan het bezit-vereiste is niet meer voldaan wanneer de goederen werden verzonden naar een douane-entrepot (Brussel, 15 juni 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 904).

De commissionair beschikt niet enkel over het voorrecht maar ook over dezelfde uitwinningsbevoegdheid als de pandhouder. Hij mag derhalve als 'separatist' zijn verhaalsrechten uitoefenen niettegenstaande het faillissement van de committent (Bijv.: Kh. Tongeren, 20 september 1994, *R.W.*, 1994-95, 785). Deze uitwinningsrechten blijven ook overeind in het raam van een gerechtelijk akkoord (Reg.Besl. 1946) (Voorz. Kh. Antwerpen, 26 februari 1993, *Eur.Vervoerr.*, 1994, 112; voor het nieuwe recht: supra nr. 17 en 18).

124. RANG — Het conflict van de commissionair met een pandhouder wordt beslecht aan de hand van de anterioriteitsregel (Gent, 18 januari 1995, *T.B.H.*, 1996, 539, *T.G.R.*, 1995, 244. zie voorheen: Brussel, 20 mei 1986, *T.B.H.*, 1987, 738 met noot J. Kokelenberg). Indien de commissionair ermee

heeft ingestemd op te treden als derde-pandhouder, dan kan een rangafstand niet worden vermoed.

Over het conflict met de pandhouder van de handelszaak: supra nr. 90.

AFDELING 10

HET VOORRECHT VAN DE VERZEKERAAR (ART. 60 VERZEKERINGSWET)

125. — Het voorrecht van de verzekeraar is thans neergelegd in art. 60 Verzekeringswet (voorheen: art. 23 Verzekeringswet). Het voorrecht strekt zich enkel uit tot de premies, niet tot de rente of de conventionele schadevergoeding. Verder moeten de premies betrekking hebben op de periode waarvoor effectief dekking werd verleend. Het voorrecht neemt, zonder inschrijving, rang onmiddellijk na het voorrecht der gerechtskosten (Rb. Verviers, 12 februari 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 985. zie thans art. 60, tweede lid Verzekeringswet). Heeft het voorrecht betrekking op een onroerend goed, dan wordt het conflict met de hypotheekhouder beslecht volgens art. 12 Hyp.W.

AFDELING 11

HET LANDBOUWVOORRECHT (WET 15 APRIL 1884)

126. — Het voorrecht strekt ertoe de kredietverlening aan de landbouwers aan te moedigen. De tegenwerpelijkheid en rang worden bepaald door de inschrijving in een daartoe door de ontvanger der registratie gehouden register (art. 5). De inschrijving verleent ook een volgrecht overeenkomstig art. 20, 1 Hyp.W. (supra nr. 62). Dit voorrecht wordt voorafgegaan door dit van de verpachter (art. 8, eerste lid).

Het landbouwvoorrecht kan slechts de leningen waarborgen die worden toegestaan aan een landbouwer. Ontplooit een vennootschap benevens die landbouwactiviteiten, ook nog commerciële activiteiten, dan geldt die vennootschap met een gemengd doel niettemin als landbouwer (Luik, 2 februari 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 871).

Indien de landbouwer ook nog een handelsactiviteit uitoefent, dan is het mogelijk dat de landbouwer-handelaar ook zijn handelszaak in pand geeft. Aangezien het voorrecht van de geldschieter, zoals dat van de verpachter, zich uitstrekt tot al de 'stofferende' goederen, slaat het eveneens op de goederen bestemd voor de handelsactiviteit. Volgens een andere strekking in rechtsleer en rechtspraak betreft het voorrecht enkel de zaken die dienen tot de agrarische activiteiten, met uitsluiting van deze bestemd voor de handelsactiviteit (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1992, 1411, nr. 173 en de verwijzingen aldaar).

Het voorrecht vertoont grote gelijkenissen met het pand op de handelszaak. In beide gevallen gaat het immers om een registerpand: een bezitloos pandrecht waarvan de tegenwerpelijkheid wordt bewerkstelligd door de naleving

van publiciteitsvoorschriften (zie: G. Van Haegenborgh, „Het landbouwvoorrecht", in *Comm.Voorr.*, nrs. 3-4).

Rijst er een conflict met een pandgever op de handelszaak, dan zal eveneens de anterioriteitsregel worden toegepast. Het conflict met de onbetaalde verkoper van bedrijfsuitrusting moet worden beslecht zoals bij het pand op de handelszaak, gelet op de gelijkenis tussen beide 'registerpanden' (supra nr. 87). De verkoper gaat voor indien hij binnen de termijn van 15 dagen de facturen heeft neergelegd (Gent, 17 februari 1993, *T.B.H.*, 1994, 66, *R.W.*, 1993-94, 987 met goedkeurende noot G. Van Haegenborgh). De annotator wijst er terecht op dat afbreuk zou worden gedaan aan de systematiek van ons vermogensrecht indien conflicten die rijzen met diverse vormen van registerpandrechten op verschillende wijzen zouden worden beslecht (voorheen werd door hetzelfde hof toepassing gemaakt van art. 23, tweede lid Hyp.W.: Gent, 25 mei 1979, *R.W.*, 1980-81, 1928, *T.Not.*, 1981, 176, *R.G.E.N.*, 1981, nr. 22637).

AFDELING 12
VORDERINGEN VOOR LEVERINGEN EN WERKEN VOOR REKENING VAN DE STAAT

127. De wet van 3 januari 1958 organiseert een bijzondere preferentiesysteem voor de schuldvorderingen op de overheid voor werken en leveringen. Deze regeling werd thans opgenomen onder art. 23 Wet Overheidsopdrachten (Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten. Zie over de nieuwe bepaling: A. Cuypers en E. Dirix, „Wet 3 januari 1958", in *Comm.Voorr.*). De schuldvorderingen uit dergelijke opdrachten zijn in principe niet vatbaar voor beslag en verpanding of overdracht. Beslag is wel mogelijk door de werknemers, de onderaannemers en de leveranciers, terwijl de overdracht of verpanding mogelijk blijft aan kredietverleners. Aldus wordt voor deze categorieën van schuldeisers op onrechtstreekse wijze een voorrecht in het leven geroepen. In hun onderlinge verhouding wordt de voorkeur gegeven aan de werknemers, onderaannemers en leveranciers (art. 23, § 5). Na de voorlopige oplevering der werken kunnen de door de overheid verschuldigde sommen door om het even welke schuldeiser worden in beslag genomen.

Onder de oude wet was het toepassingsgebied beperkt tot de werken en leveringen besteld door de Staat in enge zin. In de rechtspraak begon zich echter een ruimere interpretatie af te tekenen (b.v. Cass., 3 april 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 746, nr. 416, *R.W.*, 1992-93, 249 met conclusie advocaat-generaal De Swaef en noot G. Van Haegenborgh: werken in opdracht van het Wegenfonds; Antwerpen, 10 oktober 1994, *R.W.*, 1995-96, 62, *T.B.H.*, 1995, 607). Thans wordt door het nieuwe art. 23 Wet Overheidsopdrachten het toepassingebied gevoelig uitgebreid. De wet is van toepassing op de in art. 4, § 1 en § 2, 1 tot 8 en 10 bedoelde aanbestedende overheidsinstellingen. Hieronder worden o.m. gerekend: de Staat, de Gemeenschap-

pen, de Gewesten, de provincies, de gemeenten en de door hen gevormde verenigingen, de organismen van openbaar nut, publiekrechtelijke verenigingen, O.C.M.W.'s., kerkfabrieken en rechtspersonen die een doel nastreven van algemeen belang dat niet van industriële of commerciële aard is en die door de overheid worden gefinancierd.

De onbeslagbaarheid van de schuldvordering geldt niet voor de arbeiders, bedienden, onderaannemers en leveranciers van de aannemer van werken, leveringen of diensten. Door zo'n beslag kunnen zij de betaling verhinderen waardoor hun onderpand zou verdwijnen. Dit beslag kan ook nog gelegd worden niettegenstaande het faillissement (Antwerpen, 18 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 341). In feite is zo'n beslag of verzet na faillissement overbodig. Het beslag of het verzet doen het voorrecht immers niet ontstaan, maar strekken er enkel toe dat het onderpand behouden blijft (Cass., 25 maart 1993, *Arr.Cass.*, 1993, 325, nr. 159, *R.W.*, 1993-94, 644 met noot C. Franck: een beslag is facultatief). Na faillissement loopt dit onderpand echter geen gevaar meer. Het voorrecht blijft bestaan na het faillissement van de hoofdaannemer/leverancier. De beschermde schuldeisers dienen na het faillissement dus niet meer tot beslag over te gaan om hun voorrecht veilig te stellen. Het voorrecht strekt zich ook uit tot de interesten verschuldigd na het faillissement (Bergen, 23 januari 1991, *T.B.H.*, 1991, 716, *J.T.*, 1991, 582).

AFDELING 13

HET VOORRECHT VAN DE ONTVANGER DER REGISTRATIERECHTEN (ART. 150 W.REG.)

128. — De betaling van de op vonnissen en arresten verschuldigde registratierechten en eventuele boeten wordt door de wetgever op verschillende wijzen veilig gesteld. In de eerste plaats wordt de betaling gewaarborgd door middel van een solidaire gehoudenheid van eisers en verweerders (art. 35 W.Reg.). De eiser is echter maximaal gehouden ten belope van de helft van de ontvangen bedragen. Verder wordt een verbod opgelegd aan notarissen, gerechtsdeurwaarders, griffiers, curators, vereffenaars en ambtenaren van de Deposito- en Consignatiekas, om gelden of waarden voorkomend van een veroordeling of van een verdeling vrij te geven, dan na de aflevering door de ontvanger van registratie, van een getuigschrift dat geen enkele som eisbaar blijft als registratierecht of als boete uit hoofde van die veroordeling of verdeling (art. 184*bis* W.Reg.). Ten slotte verleent art. 150 W.Reg. aan de schatkist een voorrecht op de sommen en waarden die het voorwerp uitmaken van de veroordeling of verdeling.

Het voorrecht strekt tot zekerheid van de verschuldigde rechten en de eventuele boeten. Het voorrecht geldt niet voor de kosten en interesten (Rb. Hasselt, 5 februari 1991, *R.G.E.N.*, 1991, 176, nr. 23.959).

Het onderpand van dit voorrecht zijn dan de sommen of waarden die het voorwerp uitmaken van de veroordeling of verdeling. Het voorrecht is zonder voorwerp geworden van zodra de sommen of waarden inmiddels

werden overgemaakt aan de begunstigde. Hetzelfde geldt wanneer de betaling werd verricht zonder tussenkomst van een openbaar of ministerieel ambtenaar (anders: Luik, 26 januari 1995, *R.G.E.N.*, 1995, 146, nr. 24.476).

Het voorrecht heeft slechts een relatieve werking. Het kan door de schatkist uitsluitend worden uitgeoefend ten aanzien van de begunstigde en zulks ten belope van de aan deze toekomende bedragen. Ten aanzien van andere schuldeisers die in de samenloop opkomen, geldt de schatkist als een chirografaire schuldeiser (Brussel, 28 september 1995, *J.T.*, 1996, 175). De schatkist overwint echter de voorrechten die de begunstige zelf zou kunnen doen gelden. Een uitzondering moet echter worden gemaakt voor het voorrecht der gerechtskosten.

De vraag rijst hoe het voorrecht van art. 150 W.Reg. nu precies moet worden uitgeoefend. De voorkeur verdient de opvatting dat het voorrecht beperkt dient te worden tot de helft van het bedrag dat normaliter aan de begunstigde zou toekomen. Hiervoor wordt gewezen op art. 35 W.Reg. dat de persoonlijke gehoudenheid van de begunstigde beperkt tot de helft van de ontvangen bedragen. De sommen die de schuldeiser uit de verdeling ontvangt, gelden evenzeer als een betaling van de veroordeelde debiteur. Een verschillende behandeling van de schuldeiser naargelang het gaat om een vrijwillige betaling of betaling na dwanguitvoering valt moeilijk te verantwoorden. De gedachte dat de uitoefening van het voorrecht er niet toe mag leiden dat aan de begunstigde meer dan de helft van de hem toekomende bedragen wordt ontnomen, strookt bovendien met de bedoeling van de wetgever (Rb. Turnhout, 3 april 1997, *R.W.*, 1997-98, 918 met noot Dirix; Rb. Antwerpen, 23 juni 1997, *R.W.*, 1997-98, 921).

HOOFDSTUK V

VOORRECHTEN OP ONROERENDE GOEDEREN

129. VERKOPER ONROEREND GOED — Het voorrecht van de onbetaalde verkoper van onroerend goed is afhankelijk van de inschrijving. De overschrijving van de akte geldt als inschrijving. Op de hypotheekbewaarder rust de verplichting tot ambtshalve inschrijving. De vrijstelling die hiertoe werd verleend door de partijen, heeft tot gevolg dat de verkoper het voorrecht verliest, evenals het recht om de ontbinding van de overeenkomst te vorderen (Gent, 22 november 1996, *A.J.T.*, 1997-98, 207 met noot S. Snaet).

De Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen kreeg te oordelen over volgend geval. A verkoopt een onroerend goed tegen lijfrente aan B. Op 5 juni 1974 wordt een inschrijving genomen ten gunste van A. Op 21 september 1989 verkoopt B het goed aan C. C verbindt zich ertoe, benevens tot de betaling van een koopprijs, alle verplichtingen van zijn rechtsvoorganger te honoreren (o.m. de lijfrente). B stelt de hypotheekbewaarder vrij van een ambtshalve inschrijving. Op een ogenblik waarop de inschrijving vervallen was,

gaat A op 22 november 1989 opnieuw tot inschrijving over. Hiertegen komt C in verzet. Volgens de rechtbank is dit verzet ongegrond ook al werd de bestaande inschrijving niet tijdig hernieuwd, nu C zich tot alle verplichtingen van zijn koper (B) had verbonden (Rb. Antwerpen, 2 december 1993, *T.Not.*, 1994, 377. Zie hierover nader: A. Verbeke, „Hernieuwing van inschrijving, nieuwe inschrijving en de derde-verkrijger van een met voorrecht of hypotheek bewaard goed", *T.Not.*, 1994, 359-376).

TITEL III

DE HYPOTHEKEN

AFDELING 1

ALGEMENE BEGRIPPEN

130. ALGEMEEN — Het hypotheekrecht is een zakelijk, onroerend, bijkomend en ondeelbaar recht (zie vorige overzichten: *T.P.R.*, 1978, 1217-1218; *T.P.R.*, 1992, 1427).

131. HYPOTHEEK LUCHTVAARTUIGEN — Anders dan in sommige ons omringende landen kent ons recht geen hypotheek op luchtvaartuigen. Wel werden reeds wetgevende initiatieven genomen in die zin. De wet van 6 augustus 1993 tot goedkeuring van het verdrag van Genève van 19 juni 1948 dwingt de Belgische rechter wel tot de erkenning van in het buitenland gevestigde hypotheken (Zie hierover: G. Jakhian, „L'hypothèque sur les aéronefs: développements récents", *J.T.*, 1995, 377-379).

132. VOLGRECHT — Het zakelijk hypotheekrecht verschaft een volgrecht: de hypothecaire schuldeiser mag zijn rechten uitoefenen ook al gaat het goed over op een derde (art. 41, derde lid en 96 Hyp.W.). De zgn. 'derde-bezitter' heeft de keuze om hetzij de schuld te voldoen, hetzij afstand te doen van het goed. Dit keuzerecht moet worden uitgeoefend binnen 30 dagen na de betekening van het bevel aan de oorspronkelijke schuldenaar en na aanmaning van de derde-bezitter (art. 99 Hyp.W.). Werd het bevel betekend op 1 september en oefent de derde-bezitter zijn keuzerecht niet uit, dan kan de hypothecaire schuldeiser op 2 oktober de verkoop vervolgen (Rb. Brussel, 28 februari 1994, *Rev.Not.B.*, 1994, 509). Voor het verstrijken van de termijn van 30 dagen is het verzoekschrift tot aanstelling van een notaris (art. 1580 Ger.W.) niet ontvankelijk (Beslagr. Bergen, 30 november 1994, *Act.Dr.*, 1996, 349).

133. TOEBEHOREN — Krachtens art. 45, tweede lid Hyp.W. strekt de hypotheek zich uit tot het toebehoren dat als onroerend goed wordt beschouwd (zie vorig overzicht *T.P.R.*, 1992, 1431-1432, nrs. 211-212). Krachtens deze regel kan de hypothecaire schuldeiser zijn rechten niet enkel doen gelden op

de door de koper betaalde prijs, maar ook op de interesten op dit bedrag. Dit geldt ook na faillissement (Bergen, 17 april 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1101, *R.G.E.N.*, 1991, 358, nr. 24.027; supra nr. 17).

134. ZAKELIJKE SUBROGATIE — De regel uit art. 10 Hyp.W. werd gewijzigd door de wet van 25 juni 1992. Wat de verzekeringsuitkeringen betreft, dient thans gelet te worden op de artt. 58 en 66 Verzekeringswet. Samengevat komt de regeling neer op het volgende. In de eerste plaats moet er een verzekeringsovereenkomst bestaan. Mag de polis zijn aangegaan voor of na de inschrijving van de hypotheek, dan moet die inschrijving wel dateren van voor het schadegeval. Vervolgens kan de hypothecaire schuldeiser niet meer rechten doen gelden dan de polis aan de verzekeringsnemer toekent (zie art. 66 Verzekeringswet). Verder mag de vergoeding niet worden aangewend tot herstel of wederopbouw. Tenslotte moet de schuldeiser nuttig gerangschikt zijn. Art. 58 Verzekeringswet legt aan de verzekeraars een onderzoeksplicht op naar het voorhanden zijn van een hypotheek of een (gepubliceerd) voorrecht op het verzekerde goed. Een betaling aan de verzekeringsnemer met miskenning van de schuldeisers met een bekendgemaakt zekerheidsrecht, is niet bevrijdend. Schuldeisers wier zekerheidsrecht niet aan enig publiciteitsvoorschrift is onderworpen, moeten daarentegen verzet doen, willen zij een bevrijdende betaling aan de verzekeringsnemer verhinderen. Dit verzet is niet aan bepaalde formaliteiten onderworpen.

135. OVERDRACHT VAN HYPOTHECAIRE SCHULDVORDERINGEN — Een hypothecaire schuldvordering is vatbaar voor overdracht. De overdracht van de schuldvordering heeft de overgang van de hypotheek, als nevenrecht, tot gevolg. Hetzelfde geldt wanneer de schuldvordering overgaat ten gevolge van subrogatie. De overdracht van de hypothecaire rechten is in beide gevallen slechts tegenwerpelijk na de kantmelding (art. 5 Hyp.W.). Teneinde de hypothecaire schuldvorderingen gemakkelijker te kunnen mobiliseren worden soms hypothecaire grossen aan order of aan toonder opgesteld. De grosse aan order of op naam wordt beheerst door de algemene regels inzake waardepapieren. De hypothecaire schuldvordering kan dan, hetzij door enkel endossement (grosse aan order), hetzij door eenvoudige afgifte (grosse aan toonder) worden overgedragen. Op deze overdrachten is art. 5 Hyp.W. niet van toepassing; deze bepaling heeft immers enkel betrekking op de gemeenrechtelijke overgang van schuldvorderingen (Zie hierover: E. Dirix en G. Van Haegenborgh, „Overdracht van bevoorrechte en hypothecaire schuldvorderingen", *R.W.*, 1992-93, 1177-1186).

136. EFFECTISERING — Ten einde deze nieuwe financieringstechniek mogelijk te maken, werden de diverse juridische belemmeringen één voor één opgeruimd (zie hierover o.m.: E. Dirix en G. Van Haegenborgh, „De effectisering van schuldvorderingen in België", *W.P.N.R.*, 1993, 791-796; I. Peeters, „Effectisering", in *Overdracht en inpandgeving van schuldvor-*

deringen, Antwerpen, 1995, 106-161; Chr. Sunt en J. Van Lancker, „Het wettelijk kader voor de effectisering van schuldvorderingen", *T.R.V.*, 1994, 369-396; K. Van Der Elst, „Effectisering van schuldvorderingen in België", *Bank.Fin.*, 1995, 593-604; F. Werdefroy, „La titrisation des créances hypothécaires en relation avec les conservateurs des hypothèques", *R.G.E.N.*, 1995, 361-384, nr. 24.534). In de eerste plaats was een versoepeling noodzakelijk van de regels inzake de overdracht van schuldvorderingen op naam. Dit gebeurde door de wet van 6 juli 1994 tot wijziging van de artikelen 1690 e.v. B.W.. Vervolgens werd iedere onzekerheid omtrent de 'alle sommen' hypotheek weggenomen (infra nr. 142). Ten slotte werden nog de regels inzake de hypothecaire publiciteit versoepeld voor de overdracht van hypothecaire schuldvorderingen. Luidens artikel 5 Hyp.W. is de tegenwerpelijkheid van de overdracht van een hypothecaire schuldvordering afhankelijk van de kantmelding in de registers van de hypotheekbewaarder. Artikel 92, tweede lid Hyp.W. bepaalt verder dat aan de overnemer van een hypothecaire schuldvordering geen doorhaling of vermindering kan worden toegestaan, tenzij de overdracht werd neergelegd in een authentieke akte. Door artikel 51 Wet Hypothecair Krediet worden deze voorschriften terzijde geschoven wanneer de overdracht (of de verpanding) plaatsvindt in het raam van effectisering (infra nr. 149).

137. AUTONOME EXECUTIERECHTEN — Uit art. 564 Faill.W. wordt afgeleid dat de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser op ieder ogenblik de bezwaarde goederen kan uitwinnen zonder dat hij in een wedloop komt met de curator. De indeplaatsstelling door de eerst ingeschreven schuldeiser van de beslagprocedure ingezet door een andere schuldeiser heeft niet tot gevolg dat hij dit autonoom executierecht verliest (Kh. Brussel, 18 januari 1996, *T.B.H.*, 1997, 110 met noot W. Derijcke, *T.Not.*, 1996, 208 met bespreking: D. Michiels, „Uitvoerend beslag en faillissement", *T.Not.*, 1996, 201-207).

De omstandigheid dat de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser werd betaald, impliceert nog niet dat zijn inschrijving is doorgehaald of vervallen. Uit deze betaling kan de daaropvolgende hypothecaire schuldeiser niet afleiden dat hij als „de facto" eerst ingeschreven schuldeiser, een beroep kan doen op art. 564 Faill.W. (Cass., 16 december 1994, *Arr.Cass.*, 1994, 1124, nr. 563).

138. NIEUWE FAILLISSEMENTSRECHT — Onder het nieuwe faillissementsrecht worden deze executierechten afgezwakt. In beginsel kan na faillissement, wanneer voor dit tijdstip geen vervolgingen werden ingesteld, alleen de curator nog tot verkoop overgaan (art. 100, eerste lid Faill.W.). De curator beschikt dus in beginsel over de uitsluitende bevoegdheid voor de tegeldemaking van de onroerende goederen van de boedel. Werd wel reeds beslag gelegd en werd dit overgeschreven op het hypotheekkantoor, dan kan de

curator op ieder ogenblik de rechtbank verzoeken om zelf de uitwinning verder te zetten (art. 100, vierde lid).

De eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser blijft een aparte positie behouden, zij het dat zijn positie van separatist wordt afgezwakt. De autonome executierechten van deze schuldeiser worden door de nieuwe faillissementswet niet afgeschaft, maar enkel geschorst tot na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen (art. 100, tweede lid). Als argumenten voor deze schorsing worden in de parlementaire voorbereiding genoemd: het veilig stellen van een mogelijke overdracht van onderneming, de mogelijkheid van een onderhandse verkoop en de belangen van de overige schuldeisers (Verslag Vandeurzen, *Parl.St.*, Kamer, 1995-96, nr. 329/17, 124). De curator kan in het belang van de boedel een bijkomende schorsing nastreven voor een maximum periode van een jaar op voorwaarde dat te verwachten valt dat de tegeldemaking door de curator de hypothecaire schuldeisers niet benadeelt.

Werd de uitwinning door de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser reeds aangevat voor het faillissement, dan kan deze in principe worden verdergezet na faillissement. Deze hypothese valt echter onder het toepassingsgebied van art. 100, vierde lid Faill.W. (zie ook: A. Verbeke, „Schuldeisers in het ontwerp van faillissementswet", *Cah.Jur.*, 1997, 16, nr. 25; I. Lebbe, „La réforme du droit de la faillite" *Act.Dr.*, 1997, 365, nr. 59). Werd het onroerend beslag reeds overgeschreven dan kan luidens deze bepaling, de curator met machtiging van de rechtbank van koophandel de tenuitvoerlegging doen stuiten ten einde zelf over te gaan tot de verkoop.

De nieuwe regeling doet derhalve terug een wedloop ontstaan tussen de curator en de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser. In verband met de toepassing van de schorsingsbevoegdheid van de curator wordt terecht verdedigd dat zo'n verzoek als laattijdig moet worden beschouwd wanneer dit gebeurt na de betekening van de beschikking van de aanstelling van de notaris (art. 1580 Ger.W.) (zie: A. Michielsen, „De verkoping na faillissement", in *Zekerheden beslag- en faillissement*, (ed.) Ned. Raad Kon. Fed. Belg. Not., 1998, nr. 29).

139. UITVOERBARE TITEL — De uitwinning van de gehypothekeerde goederen onderstelt dat de schuldeiser over een uitvoerbare titel beschikt en deze titel een vaststaande en zekere schuldvordering bevat (art. 1494 Ger.W.). De toepassing van art. 564 oud Faill.W. impliceert dat de schuldeiser over een uitvoerbare titel beschikt (Rb. Gent, 17 december 1996, *T.B.H.*, 1997, 620). De akte moet derhalve een duidelijke schuldvordering bevatten. Een akte tot hypotheekvestiging of een hypothecaire volmacht zijn daartoe onvoldoende (Beslagr. Antwerpen, 29 oktober 1991, *R.W.*, 1991-92, 685; Beslagr. Turnhout, 7 december 1995, *T.B.B.R.*, 1997, 125).

Het Hof van Cassatie maakt hierbij een scherp onderscheid tussen de bindende kracht van de akte en haar uitvoerbare kracht. Deze rechtspraak doet de verwijzing in de notariële akten naar externe elementen, zoals

bijvoorbeeld onderhandse geschriften, in de ban. Een tenuitvoerlegging op grond van een notariële akte is niet mogelijk wanneer de bepalingen van die akte niet kunnen volstaan om het verschuldigd bedrag en de opeisbaarheid ervan te bepalen (zie: Cass., 17 november 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 162, *R.W.*, 1988-89, 1168, *T.Not.*, 1989, 360; Cass., 21 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 616, *Rev.Not.*, 1990, 488). Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de kredietvoorwaarden zijn vervat in een bijgevoegde onderhandse akte (Rb. Gent, 17 december 1996, gecit.). Een akte waarin verwezen wordt naar de bijgevoegde algemene kredietvoorwaarden die door de partijen en de notaris werden ondertekend in dier voege dat zij met die akte één geheel uitmaken, levert daarentegen wel een uitvoerbare titel op (Antwerpen, 7 maart 1994, *R.W.*, 1994-95, 503 met noot E. Dirix. Zie nader: overzicht beslagrecht, *T.P.R.*, 1996, 1480, nr. 152 e.v.).

AFDELING 2
WETTELIJKE HYPOTHEKEN

140. ALGEMEEN — De wettelijke hypotheek van de fiscus neemt slechts rang vanaf de inschrijving. Zij kan worden genomen op al de onroerende goederen van de belastingplichtige. Zij kan derhalve ook worden ingeschreven op een onroerend goed waarvan de aankoop werd gefinancierd door een hypotheek op dat goed (Luik, 5 februari 1993, *J.L.M.B.*, 1993, 1100, *Not.Fisc.M.*, 1993, 275 met noot Vandenberghe).

De wettelijke hypotheek van de schatkist werd bijgesteld door de wet van 26 juli 1996 en het K.B. van 12 december 1996 (B.S., 31 december 1996. Zie hierover: J. Verstappen, „Wijzigingen aan het voorrecht en de wettelijke hypotheek van de Schatkist: kleine retouches met verregaande gevolgen", *T.Not.*, 1997, 377-387).

AFDELING 3
BEDONGEN HYPOTHEKEN

141. CAUSALE OVEREENKOMST — De vestiging van een hypotheek is een causale overeenkomst. Wanneer er geen verbintenis om een hypotheek te verschaffen blijkt te bestaan, komt ook de hypotheek te vervallen (Antwerpen, 20 februari 1995, *A.J.T.*, 1994-95, 505 met noot M.E. Storme).

142. HYPOTHEEK 'ALLE SOMMEN' — De erkenning van de principiële geoorloofdheid van de zgn. 'alle sommen' hypotheek vond in de rechtspraak van de onderzochte periode verder bevestiging (o.m.: Antwerpen, 11 maart 1996, *R.W.*, 1996-97, 446; Kh. Charleroi, 8 september 1993, *J.L.M.B.*, 1995, 151, *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 419). Hieronder wordt verstaan de hypotheek die wordt gevestigd voor alle bestaande en toekomstige bedragen die door de schuldenaar aan de schuldeiser verschuldigd zijn. Een dergelijke hypotheek neemt

rang volgens het ogenblik van haar inschrijving, ongeacht de tijdstippen waarop de gewaarborgde schuldvorderingen ontstaan.

Sinds de wet van 13 april 1995 is hierover iedere twijfel weggenomen. De rechtsgeldigheid van de hypotheek 'alle sommen' is thans erkend door de invoering van een nieuw art. 51*bis* in de Wet Hypothecair Krediet (zie hierover o.m.: A. Cuypers, „De hypotheek voor toekomstige vorderingen", *T.Not.*, 1995, 322-362; J. Cattaruzza en I. Peeters, „Art. 51bis W.H.K.", in *Comm.Voorr. & Hyp.*; I. Moreau-Margrève, „L'hypothèque pour toutes sommes", *J.T.*, 1996, 181-188; A. Verbeke, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1995, 453 e.v.; F. Werdefroy, „Hypothèques pour sûreté de créances futures ou créances découlant d'un contrat à durée indéterminée", *R.G.E.N.*, 1996, nr. 24.599. Zie voorheen ook nog o.m.: A.M. Stranart, „Hypothèque pour toutes sommes", *Bank.Fin.*, 1991, 145-152; J. Willemen, „De hypotheek voor alle schulden bij kredietverlening", *R.W.*, 1990-91, 1158-1163). Luidens § 1 van deze bepaling mag een hypotheek worden verleend „tot zekerheid van toekomstige schuldvorderingen indien de gewaarborgde schuldvorderingen bepaald zijn of bepaalbaar zijn op het ogenblik van de hypotheekstelling". De hypotheek neemt rang op het moment van de inschrijving, ongeacht de tijdstippen waarop de gewaarborgde schuldvorderingen ontstaan.

Nu de 'alle sommen' hypotheek wordt erkend, zullen de discussies zich voortaan toespitsen op het bepaalbaarheidsvereiste. Hoe algemeen een 'alle sommen' hypotheek mag luiden, blijft het voorwerp van controverse. Hierover bestaat dan ook heel wat casuïstiek. Aldus werd beslist dat een schuldvordering uit onrechtmatige daad niet valt onder de omschrijving 'alle sommen' (Luik, 7 oktober 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 1031). Veelal wordt genoegen genomen met de voorwaarde dat de hypotheekakte moet toelaten het referentiekader te bepalen waarbinnen de schuldvorderingen zullen tot stand komen. Een dergelijke hypotheek is voldoende bepaalbaar wanneer wordt verwezen naar de zakenrelatie die bestaat tussen de bank en haar cliënt. Onder een dergelijke omschrijving vallen dan zowel de beroepschulden als de privéschulden van de cliënt (Antwerpen, 11 maart 1996, *R.W.*, 1996-97, 446).

143. VERVOLG. OPZEGBAARHEID — Om tegemoet te komen aan de bezwaren die werden geuit door de tegenstanders van de 'alle sommen' hypotheek inzake de beperkingen op de verhandelbaarheid van onroerende goederen, werd in § 2 het principe van de opzegbaarheid neergelegd. Zowel een 'alle sommen 'hypotheek als een hypotheek tot zekerheid van een kredietopening kunnen, wanneer zij werden aangegaan voor onbepaalde duur, worden opgezegd door diegene tegen wie de hypotheek werd ingeschreven of door de derde-bezitter. Voor deze opzegging moet een termijn in acht worden genomen die in de hypotheekakte kan worden bepaald maar die ten minste drie maanden en maximum zes maanden bedraagt. Wie de hypotheek opzegt kan eisen dat de schuldeiser hem schriftelijk de inventaris meedeelt van de schuldvorderingen die nog gewaarborgd zijn op het einde van de opzegter-

mijn. Door deze opzegging blijft de zekerheidsfunctie van de hypotheek behouden voor de schulden die op dat ogenblik bestaan.

144. VERVOLG. OVERGANG HYPOTHEEK — De vraag of dergelijke hypotheek strekt tot zekerheid van de derde aan wie de hypothecaire schuldvordering is overgegaan door cessie of subrogatie, is in ons land nog maar nauwelijks onderzocht. Voor het Nederlandse recht besliste de Hoge Raad, dat het hier gaat om een vraag van uitlegging (H.R., 16 november 1988, *NJ*, 1989, nr. 10; Asser-Van Velten, *Zakenrecht*, III, 268, nr. 286 e.v.. Zie daarentegen: Achterberg, „Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde bankzekerheden", *WPNR*, 1994, 295 e.v.. Rechtsvergelijkend: C.G. Van Der Merwe en E. Dirix, „A comparative review of covering bonds and mortgages securing fluctuating debts", *Stell.Law.Rev.*, 1997, 17-30). Vanuit die optiek kan verdedigd worden dat bij een hypotheek 'alle sommen' de partijen bedoeld hebben dit zekerheidsrecht uitsluitend te hebben gevestigd ten voordele van de oorspronkelijke schuldeiser.

Het Belgische recht lijkt veeleer uit te gaan van de regel dat de hypotheek als nevenrecht mee overgaat met het vorderingsrecht. Een vingerwijzing in die zin geeft alleszins het nieuwe artikel 51*bis* § 3 WHK voor het geval de overdracht plaats heeft in het raam van een effectiseringsverrichting. Luidens de nieuwe bepaling wordt in dat geval de overgedragen schuldvordering zelfs bij voorrang betaald boven de schuldvorderingen ontstaan na de datum van de overdracht.

145. HYPOTHECAIRE VOLMACHT — In de praktijk wordt de volmacht verleend aan een vertrouwenspersoon van de schuldeiser. Verder wordt ook de onherroepelijkheid van de volmacht bedongen. De geldigheid van zo'n onherroepelijke volmacht wordt overwegend aanvaard. Een hypothecair mandaat beantwoordt aan een mandaat in gemeenschappelijk belang. Van een mandaat van gemeenschappelijk belang is niet enkel sprake wanneer het mede in het belang van de lasthebber is verleend, maar ook wanneer het tot voordeel strekt van een derde. Wanneer aldus een lastgevingsovereenkomst wordt aangegaan in gemeenschappelijk belang, dan verantwoordt dit gemeenschappelijk belang dat wordt afgeweken van de regel van de artt. 2003 en 2004 B.W. (Cass., 28 juni 1993, *R.W.*, 1993-94, 1425 met noot A. Van Oevelen. Zie hierover ook: M.E. Storme, „Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappellijk belang in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk", *T.Not.*, 1996, 7-19). Hieruit wordt afgeleid dat de volmacht ook nog kan worden uitgevoerd na het overlijden van de lastgever. Deze opvatting moet in die zin worden genuanceerd dat het mandaat na het overlijden van de lastgever enkel uitwerking kan krijgen tot aan de opzegging door diens rechtsopvolgers.

Over de aantasting van een hypothecaire volmacht door wilsgebreken: Gent, 29 november 1996, *T.G.R.*, 1997, 64.

De hypothecaire volmacht en de hypotheekvestiging worden als afzonder-

lijke zekerheidsfiguren beschouwd. Deze benadering heeft zijn gevolgen voor de toepassing van art. 445, vierde lid Faill.W. Enkel de datum van de hypotheekvestiging wordt in aanmerking genomen om uit te maken wat nieuwe of oude schulden zijn. Een hypotheek genomen in de verdachte periode voor oude schulden valt derhalve onder deze bepaling, ook al gaat het om de uitvoering van een eerder verleende hypothecaire volmacht. De datum van de hypotheekbelofte of de hypothecaire volmacht blijft in dit verband buiten beschouwing (Luik, 29 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 945; Gent, 15 februari 1995, *T.B.H.*, 1996, 448; Antwerpen, 3 oktober 1995, *R.W.*, 1995-96, 929 met noot).

De lege ferenda bepleit K. Byttebier de mogelijkheid tot bekendmaking van dergelijke volmachten (K. Byttebier, „Toetsing van de technieken van het hypothecair mandaat en de hypothecaire volmacht aan de beginselen van de Hypotheekwet", *T.Not.*, 1997, 528-537).

AFDELING 4
DE HYPOTHECAIRE INSCHRIJVING

146. ALGEMEEN — Zie voor een overzicht en een aantal praktische problemen: J. Byttebier, „Enkele beschouwingen omtrent de hypothecaire inschrijving", *T.Not.*, 1996, 509-525.

Door de wet van 4 augustus 1992 werden enige wijzigingen aangebracht aan de hypothecaire inschrijving. De belangrijkste van die wijzigingen betreft de geldigheidsduur van de inschrijving. Door de wet werd art. 90 Hyp.W. gewijzigd en de geldigheidsduur van de inschrijving gebracht van 15 op 30 jaar en dit met ingang van 1 januari 1993. Deze bepaling is van onmiddellijke toepassing, ook op alle op het ogenblik van de inwerkingtreding bestaande inschrijvingen (Zie hierover: J. Byttebier, „De hypothecaire inschrijving", *R.W.*, 1993-94, 33 e.v.).

De rang van de 'alle sommen' hypotheek wordt bepaald door het tijdstip van de inschrijving, ongeacht het ontstaan van de gewaarborgde schuldvorderingen (Antwerpen, 11 maart 1996, *R.W.*, 1996-97, 446, supra nr. 142).

147. SAMENLOOP — Zolang een hypotheek niet werd ingeschreven, is zij niet tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers (Antwerpen, 10 februari 1997, *T.B.H.*, 1997, 629).

Het ontstaan van een situatie van samenloop staat eraan in de weg dat een schuldeiser nog overgaat tot inschrijving van een hypotheek. Althans: deze hypotheek heeft geen uitwerking ten aanzien van de samenlopende schuldeisers (Gent, 26 mei 1997, *T.G.R.*, 1997, 222).

De inschrijving van een wettelijke hypotheek (door de schatkist) na de ontbinding van een vennootschap kan geen uitwerking krijgen wanneer hierdoor afbreuk zou worden gedaan aan de rechten van de samenlopende schuldeisers (Cass., 23 januari 1992, *R.W.*, 1992-93, 1085 met noot G. Van

Haegenborgh, *T.Not.*, 1992, 391 en bespreking door G. Maertens, „Beschouwingen bij het cassatiearrest van 23 januari 1992", *T.Not.*, 1992, 401-408).

148. ARTIKELEN 445, VIERDE LID, 447 en 448 FAILL.W. — Deze materie wordt behandeld in het overzicht van rechtspraak over het faillissement: *T.P.R.*, 1996, 909 e.v.

Over de hypothecaire volmacht: supra nr. 145.

149. EFFECTISERING — Voor de overdrachten in het raam van effectiseringsverrichtingen wordt de regel uit art. 92, tweede lid Hyp.W. buiten werking gesteld (art. 51, § 1 W.H.K.; supra nr. 136). De overnemer moet niet kunnen bogen op een authentieke akte waaruit de overdracht van schuldvordering blijkt. Luidens art. 51 § 3 W.H.K. dient de akte van toestemming tot doorhaling worden vergezeld van een voor eensluidend verklaard afschrift of een voor eensluidend verklaard woordelijk uittreksel van de onderhandse akte van overdracht. Het gebruik van onderhandse stukken in de hypothecaire publiciteit, levert een belangrijke breuk op met het verleden. De notaris en de hypotheekbewaarder kunnen wel op grond van art. 51 § 1 aan de cedent inlichtingen vragen nopens de identiteit van de overnemer.