

# Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoempijn

Matthias E. STORME

*Deze bijdrage bevat een kritische commentaar bij het arrest van de Franstalige eerste kamer van het Hof van Cassatie van 7 mei 2010 dat het eigendomsvoorbehoud van de verkoper niet tegenwerpelijk acht bij samenloop buiten faillissement en ook weigert daarover het Grondwettelijk Hof te bevragen. Na een overzicht van de beginselen van ons zakenrecht inzake roerende zaken en de rol van het bezit daarin, schetst ze de geschiedenis van de opvattingen inzake eigendomsvoorbehoud van 1804 tot vandaag en analyseert ze hoe het juridisch is misgegaan in 1933. Dat de wetgever in 1997 principieel voor de tegenovergestelde oplossing heeft gekozen, verhindert het Hof echter niet om in die dwaling te volharden voor de gevallen buiten het toepassingsgebied van de Faillissementswet – door te weigeren een prejudiciële vraag te stellen – en die bovendien af te schermen voor elke kritiek dat een verschillende behandeling bij faillissement en andere gevallen van samenloop discriminerend zou zijn.*

1. Het in dit nummer gepubliceerde arrest van de Franstalige eerste kamer van het Hof van Cassatie van 7 mei 2010 beperkt de rechten van de onbetaalde verkoper van roerende goederen bij een samenloop andere dan het faillissement, die de verkoop niet ontbonden heeft vóór het ingaan van de samenloop, tot het voorrecht van art. 20, 5°, Hyp.W.; het weigert in zo'n geval uitwerking te geven aan een schriftelijk bedongen eigendomsvoorbehoud. Het arrest is niet bepaald een hoogtepunt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In dit arrest baseert het Hof zich zowel op een incoherente en erg betwistbare en in de huidige stand van het recht m.i. zelfs onbestaande algemene rechtsregel en creëert het vervolgens zelf een onbestaande lacune in het recht om daarmee zowel de bedoelingen van de wetgever te negeren als het Grondwettelijk Hof nogmaals buitenspel te zetten. Ik verklaar me hieronder nader.

2. Het arrest heeft *in casu* betrekking op een collectieve schuldenregeling, maar het arrest geeft een motivering die uitdrukkelijk betrekking heeft op alle gevallen van samenloop andere dan faillissement. In deze annotatie wordt om die reden dan ook niet ingegaan op de mogelijke specificiteit van de collectieve schuldenregeling, waarbij ik er onmiddellijk aan toevoeg dat er inzake collectieve schuldenregeling alvast *de lege lata* geen enkele bijzondere regel inzake eigendomsvoorbehoud is opgenomen in de wet of eruit voortvloeit.

3. De bespreking blijft ook beperkt tot wat men noemt het «gewoon» eigendomsvoorbehoud, meer precies het eigendomsvoorbehoud zoals het door art. 101 Faill.W. wordt erkend. Het gaat hier dus niet over het zgn. verlengd eigendomsvoorbehoud (eigen-

domsvoorbehoud dat gehandhaafd wordt in goederen, andere dan de verkochte goederen zelf, die in de plaats daarvan komen<sup>1</sup>) noch over het zgn. verruimd eigendomsvoorbehoud (eigendomsvoorbehoud bedongen tot zekerheid van andere schuldvorderingen dan de prijs van de zaak zelf en de accessoria van die prijs). Nog veel minder gaat het hier over de tegenwerpelijkheid van eigendom die niet voorbehouden wordt, maar door de schuldenaar wordt overgedragen aan een derde, al dan niet fiduciair of met zekerheidsoogmerk (fiduciaire overdracht, *sale & leaseback*, enz.). Daarbij gaat het immers niet om rechten op de zaak die de schuldeiser zich bij vervreemding voorbehoudt, maar om rechten die hij verkrijgt door een overdracht of vestiging door de schuldenaar, een situatie waarin andere rechtsregels en andere rechtspolitieke overwegingen spelen.<sup>2</sup>

## I. Basisbeginselen van ons goederenrecht vandaag, waaronder de rol van het bezit

4. In het stelsel van ons Burgerlijk Wetboek gaat de eigendom van zowel roerende als onroerende zaken

<sup>1</sup> Dat betreft dan met name de vraag of het eigendomsvoorbehoud gehandhaafd kan worden door middel van zakelijke subrogatie in het product, bij vermenging, of in de prijsvordering bij doorverkoop.

<sup>2</sup> Over het onderscheid tussen voorbehouden rechten en gevestigde rechten, zie mijn «Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden», *TPR* 2006, (939), 974 e.v. Grotendeels in dezelfde zin: V. SAGAERT, «Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?» in *Insolventierecht, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, Mechelen, Kluwer, 2006, (191), 192 e.v.

over op het tijdstip dat partijen daarvoor gekozen hebben en zonder enig vereiste van vorm of *traditio*; zijn partijen niets overeengekomen, dan worden ze geacht te zijn overeengekomen dat de eigendom overgaat zodra de overeenkomst is gesloten (art. 1138 BW). Die regel is helemaal niet dwingend en partijen kunnen overeenkomen dat de eigendom pas overgaat door de vervulling van een opschortende voorwaarde, waaronder ook de voorwaarde van betaling van de prijs (zie nader onder V, randnr. 19). Deze opvatting, die vandaag algemeen aanvaard is, werd in het verleden evenwel precies niet algemeen aanvaard, en het is de tegenovergestelde opvatting die onderhuids blijft doorwerken tot in het hier geannoteerde arrest, zoals ik hieronder zal proberen te verduidelijken.

5. Daarnaast heeft ons recht natuurlijk een stel regels ter bescherming van derden-verkrijgers te goeder trouw. In geval van conflict tussen de persoon die eigenaar is volgens de overeenkomst tussen partijen en een derde-verkrijger speelt de publiciteit van het zakelijk recht een belangrijke rol. Bij roerende zaken is het feitelijk bezit van de zaak de belangrijkste vorm van publiciteit (zie onder meer art. 2279 BW), bij onroerend goed de registers van de hypotheekbewaarder (zie art. 1 Hyp.W.) en bij schuldvorderingen op naam de informatie van de schuldenaar van die schuldvordering (kennisgeving, zie art. 1690 BW; bij sommige schuldvorderingen het beslagregister).

Twee voorbeelden kunnen de werking hiervan bij roerende zaken illustreren:

- a) wanneer een roerende zaak tweemaal wordt overgedragen, en de eerste verkrijger nog niet in het bezit is gesteld van de zaak, zal een derde-verkrijger voorrang krijgen als hij de zaak eerst in bezit krijgt en daarbij te goeder trouw is. Vereist is daarbij dat het bezit zowel feitelijk is (*corpus*, macht<sup>3</sup>) als juridisch (*animus*, voor zichzelf, als eigenaar, dus geen louter detentie);
- b) wanneer anderzijds een roerende zaak in het feitelijk bezit is gesteld van een koper, zonder dat de eigendom reeds wordt overgedragen (bv. verhuur, bewaargeving, verkoop onder eigendomsvoorbehoud), en deze koper de zaak verder onbevoegd vervreemdt, zal de derde-verkrijger eveneens voorrang krijgen op de onbetaalde oorspronkelijke verkoper indien die derde in het (feitelijk én juridisch) bezit is gesteld van die zaak en daarbij te goeder trouw was.

Bij deze toepassingen van art. 2279 BW gaat het erom of de derde-verkrijger zelf in het feitelijk én juridisch bezit is gekomen van de zaak; de wijze waarop de vervreemder de zaak hield, kan hoogstens van be-

lang zijn voor de waardering van de goede trouw van de derde-verkrijger. In het licht van de discussie hieronder wil ik bv. benadrukken dat het zeker niet zo is dat de derde-verkrijger beschermd zou worden indien de vervreemder de zaak in bezit had voor zichzelf en niet wanneer de vervreemder de zaak slechts in detentie had (het is zelfs eerder het omgekeerde, aangezien de revindicatie mogelijk is bij gestolen en verloren goederen; zie art. 2280 BW).

6. De vraag rijst vervolgens in welke mate de publiciteit dezelfde rol speelt bij een conflict tussen de eigenaar en de schuldeisers van de wederpartij in geval van samenloop. Met andere woorden: kunnen de schuldeisers in samenloop zich verhalen op goederen die slechts schijnbaar – d.i. volgens de publiciteit – aan hun schuldenaar toebehoren? Op deze vraag geeft ons recht traditioneel een verschillend antwoord bij roerende en onroerende goederen.

- a) Bij onroerend goed kunnen de schuldeisers zich verhalen op een goed dat volgens de hypotheekregisters op naam van hun schuldenaar staat, onder meer indien deze schuldenaar de zaak reeds heeft overgedragen aan een derde maar de overdrachtsakte nog niet is overgeschreven.
- b) Bij schuldvorderingen daarentegen is zowel de overdracht als de inpandgeving tegenwerpelijk in geval van samenloop zonder enige publiciteit (art. 1690, eerste lid, en art. 2075 BW); voor zover er sprake is van buitenbezitstelling (in art. 2075 BW) is deze zuiver fictief.
- c) Bij roerende zaken is het beginsel eveneens zeer duidelijk dat schuldeisers in samenloop zich niet kunnen verhalen op goederen die de schuldenaar slechts in detentie heeft, althans voor zover de eigenaar zijn eigendomsrecht kan bewijzen.<sup>4</sup> Het feitelijk bezit heeft in dit conflict dus wel een bewijsfunctie, maar geen materieelrechtelijke functie. Op het geval van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud na, is ons burgerlijk recht altijd van dit beginsel uitgegaan en niet van het tegenovergestelde. Zo is er omzeggens nooit aan getwijfeld dat *de lege lata* de persoon die roerende zaken heeft aangekocht van een vervreemder die nadien failliet gaat of een andere vorm van samenloop van schuldeisers ondergaat, maar deze nog niet in zijn macht heeft op het tijdstip van de samenloop, deze zaken kan revindiceren uit de failliete boedel of het beslag.<sup>5</sup> Er is evenmin ooit aan getwijfeld dat de eigenaar

<sup>4</sup> Zie onder meer: G. VAN HECKE, «Verhaalsrecht van schuldeisers op roerende goederen die hun schuldenaar in detentie heeft» in *Jaarboek Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, VII, 1958-1959, (167), 168 e.v. met verwijzingen.

<sup>5</sup> G. VAN HECKE, o.c., in *Jaarboek Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, VII, 1958-1959, 176: «Het is door niemand ooit in twijfel getrokken dat de koper in het faillissement van de verkoper de gekochte zaak, die de verkoper voor zijn

<sup>3</sup> Rechtstreeks, dan wel via een derde, andere dan de vervreemder, die de zaak voor de verkrijger houdt.

die goederen in huur, bruikleen of bewaring geeft, deze goederen kan revindiceren bij de bewaarnemer, lener of huurder, ook in geval van samenloop tussen diens schuldeisers.

d) Bij mijn weten heeft ook altijd evenzeer gegolden dat schuldeisers in samenloop zich niet kunnen verhalen op roerende zaken die de schuldenaar weliswaar in eigenbezit heeft (niet louter in detentie dus), maar waarop een oudere eigenaar zijn eigendomsrecht kan bewijzen, met name bij verloren en gestolen goederen. De revindicatie van verloren en gestolen goederen conform art. 2279 en 2280 BW blijft mogelijk na samenloop.

e) Anders is het traditioneel wanneer de schuldenaar een pandrecht wil vestigen op een roerende zaak. Hier geldt in het systeem van de *Code Napoléon* en tot op vandaag de regel dat het pandrecht ten voordele van de wederpartij eerst gevestigd wordt door de buitenbezitstelling – een verwarrende term, aangezien die buitenbezitstelling inhoudt dat niet het eigenbezit, maar enkel de detentie van de zaak overgaat van de pandgever naar de pandhouder. Deze uitzondering heeft overigens sinds lang geleid tot moeilijkheden inzake het precieze toepassingsgebied van dit vereiste, namelijk de vraag of men aan de vereiste buitenbezitstelling ontsnapt bij een overeenkomst tot eigendomsoverdracht, ook wanneer deze mede een zekerheidsoogmerk heeft (zoals in het bijzonder de *sale & leaseback*).<sup>6</sup> Schuldeisers in samenloop moeten er dus van uitgaan dat goederen in het feitelijk bezit van hun schuldenaar slechts in detentie kunnen zijn voor een derde (eigenaar), maar moeten er niet van uitgaan dat zij bezwaard kunnen zijn met een louter zekerheidsrecht dat door hun schuldenaar zou zijn gevestigd ten gunste van een andere schuldeiser. Het betreft hier het hierboven reeds vermelde onderscheid tussen voorbehouden en gevestigde zekerheden.

7. De Faillissementswet gaat evenzeer uit van het hierboven uitgewerkte beginsel inzake roerende zaken. Art. 101, eerste lid bepaalt «Het faillissement doet

rekening was blijven houden, kan vindiceren». Uitzonderlijk zijn er vonnissen die bij beslag de beslaglegger toch als een derde-verkrijger beschouwen. Een voorbeeld wordt besproken in J. KOKELENBERG, V. SAGAERT, Th. VAN SINAY en R. JANSEN, «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (2000-2008)», *TPR* 2009, (1113), p. 1703, nr. 614. De auteurs concluderen evenwel dat als de revindicant een titel kan bewijzen, de schuldeiser slechts via de pauliaanse vordering, dus bij bedrog, die titel kan ontkrachten.

<sup>6</sup> Bij schuldvorderingen daarentegen heeft deze specifieke vraag inzake de verhouding tussen inpandgeving en fiduciaire cessie haar belang verloren sedert de afschaffing van het vereiste van buitenbezitstelling bij schuldvorderingen (of liever: het louter fictief maken ervan in art. 2075 BW) in 1994. Bleef de vraag of de fiduciaire cessie meer rechten kan verschaffen dan een inpandgeving, welke vraag beslecht is door het cassatiearrest van 3 december 2010, *RW* 2010-11, 1177, noot R. FRANSSIS.

geen afbreuk aan het recht van terugvordering van de eigenaar van de goederen die in het bezit zijn van de schuldenaar», wat betekent dat het recht van terugvordering (revindicatie) vanzelfsprekend uit het gemene recht voortvloeit, en niet eerst door de Faillissementswet wordt toegekend. De oude Faillissementswet was hierin minder duidelijk, maar ook toen werd algemeen aanvaard dat, behoudens de discussie over de rechten van de verkoper, de revindicatiemogelijkheden zoals opgesomd in art. 566 e.v. van de oude Faillissementswet niet beperkend dienden te worden uitgelegd.<sup>7</sup>

8. Wanneer het Hof van Cassatie beslist dat een gelidig beding van eigendomsvoorbehoud in geval van samenloop niet geldt ten aanzien van de schuldeisers van de koper wanneer de verkochte zaak in het bezit van de koper is gesteld, dan gaat deze stelling in tegen de algemene regel van ons recht, nog los van het feit dat men (eigen)bezit en detentie niet eens schijnt uit elkaar te houden. Het beginsel is evident dat eigendom tegenwerpelijk is aan derden en de niet-tegenwerpelijkheid een specifieke rechtsregel vereist.

Voor de vraag of er zo'n afwijkende regel is in ons recht, moeten we een onderscheid maken tussen hoofdzakelijk drie periodes: de periode van de oorspronkelijke *Code civil* van 1804 *c.q.* *Code de Commerce* van 1808, de periode van de Hypotheekwet van 1851 samen met de Faillissementswet van 1851, en de periode sedert de nieuwe Faillissementswet van 1997.

## II. Het systeem van de wetboeken van 1804 / 1807: geen eigendomsvoorbehoud, enkel voorrecht en een beperkt revindicatierecht

9. Hoewel de bepalingen van de *Code civil* van 1804 alsook de voorbereidende documenten daarvan niet steeds een toonbeeld zijn van coherentie, kan men toch het systeem dat voortvloeit uit het wetboek van 1804, zoals het doorgaans werd begrepen, als volgt samenvatten.

De regel dat de eigendom van een roerende specifieke zaak bij verkoop eerst overgaat door de *traditio* (overgave) en/of de betaling van de prijs is vervangen door de regel dat de eigendom overgaat bij het sluiten van de overeenkomst (art. 1583 BW, in overeenstemming met art. 1138 BW). Nergens blijkt dat deze bepaling enkel geldt behoudens andersluidende overeenkomst tussen partijen en het lijkt veeleer zo te zijn dat

<sup>7</sup> G. VAN HECKE, *o.c.*, in *Jaarboek Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, VII, 1958-1959, p. 168, met verwijzing naar Namur en Fredericq.

de regel dat de eigendom reeds bij het sluiten van de verkoop overging dwingend werd geacht.<sup>8</sup>

Dit dwingend karakter van de onmiddellijke eigendomsovergang is gecompenseerd door de erkenning van een voorrecht voor de onbetaalde verkoper in art. 2102 BW, dat van rechtswege geldt (dus zonder dat enige zekerheid moet bedongen zijn).

Hieruit volgt dat in het systeem van de *Code Napoléon*, zoals het in de eerste helft van de negentiende eeuw werd begrepen, een beding van eigendomsvoorbehoud eigenlijk geconverteerd en gereduceerd werd tot de wettelijke zekerheden: tot aan de feitelijke levering een retentierecht en na de feitelijke levering (enkel) een voorrecht; bij de verkoop zonder termijn bovendien nog gedurende acht dagen na levering een zgn. revindicatierecht.<sup>9</sup>

Dit spoort ook met de opvatting in die periode dat de koper aan wie de zaak reeds feitelijk geleverd is, niet louter een detentor is van de zaak, maar een bezitter in juridische zin (bezit voor zichzelf, niet voor een ander). Ook hieruit volgt m.i. dat in die tijd ook tussen partijen, ondanks een beding van eigendomsvoorbehoud, de koper reeds eigenaar was (en niet enkel in verhouding tot derden). Als de koper in zijn verhouding tot de verkoper nog geen eigenaar is, kan hij immers in zijn verhouding tot de verkoper ook nog geen bezitter zijn in juridische zin (eigenbezit, *pro suo*).

10. Bovendien gold in geval van faillissement in beginsel géén afwijkende regeling. Het derde boek van de *Code de Commerce* (1807) dat de Faillissementswet inhield, bevatte geen afwijkende regel inzake het voorrecht van de verkoper (dat dus ook gold bij faillissement). Inzake de revindicatiemogelijkheden waren de regels licht verschillend, maar dat verschil was beperkt: de Faillissementswet beperkte zich tot enkele preciseringen inzake de revindicatie van goederen die nog niet bij de koper waren aangekomen (*stoppage in transitu*, art. 577-580 C.Comm.). In geen van beide regelingen was uitdrukkelijk uitgesloten dat een ontbinding van de verkoop na samenloop werking zou hebben jegens de samenlopende schuldeisers. Naar men schrijft, zou dat een vergetelheid zijn geweest van de wetgever veeleer dan een bewuste keuze, maar ook dat is maar een hypothese.

<sup>8</sup> Zoals dat tot op vandaag het geval is in het Italiaanse recht.

<sup>9</sup> Enkel op dit punt was er een zekere incoherentie, die werd weggere-deneerd door de interpretatie dat het hier niet om een echte revindicatie gaat, maar om een quasi-revindicatie of reclamerecht, nl. een middel om de verkoper opnieuw in de situatie te plaatsen waarin hij zich vóór de feitelijke levering bevond en te verhinderen dat zijn voorrecht zou tenietgaan door een doorverkoop door de koper. Procureur-generaal Leclercq beschrijft in zijn conclusie voor Cass. 9 februari 1933, *Pas.* 1933, I, p. 118, dat deze interpretatie niet de bedoeling van de wetgever was, maar de oplossing die vanaf 1839 aanvaard is geworden om die incoherentie weg te krijgen.

11. Een dergelijke regeling zoals net samengevat is vrij coherent en is een legitieme rechtspolitieke keuze (net zoals de omgekeerde keuze eveneens legitiem is, mits ze evenzeer coherent wordt gemaakt). De rechtsgeschiedenis is meermaals heen en weer gegaan in dezen; er zijn altijd tendensen geweest om contractueel het eigendomsrecht als zekerheid te gebruiken om aan de beperkingen van het zekerhedenrecht te ontsnappen, net zoals er altijd tendensen geweest zijn om door een hervorming van de regels inzake zekerheden een einde te maken aan het gebruik van de eigendom tot zekerheid. Daarbij ging het bijna steeds om ofwel de vraag of men een zakelijke zekerheid kon scheppen zonder de wettelijke vorm- en publiciteitsvereisten (waaronder eventueel ook buitenbezitstelling) ofwel de vraag of men door het gebruik van de eigendom als zekerheid een sterker recht kon verkrijgen dan door middel van een zekerheidsrecht (in verband met individuele executie, gebruik van de meerwaarde ten opzichte van de onbetaalde prijs of schuld, enz.) (of beide vragen natuurlijk). Deze tweede vraag blijft actueel, getuige bv. de discussie over de effecten van een fiduciaire cessie – waartegen sinds de afschaffing van het vereiste van buitenbezitstelling voor de in pandgeving van schuldvorderingen geen bezwaar van gebrek aan publiciteit meer kon worden aangevoerd. Deze discussie lijkt in ons recht beslecht te zijn met het cassatie-arrest van 3 december 2010<sup>10</sup> dat de fiduciaire cessie converteert in een in pandgeving. In wezen is dit een analoge oplossing als degene die de wetgever in 1804 heeft gekozen door het beding van eigendomsvoorbehoud te reduceren tot een voorrecht.

12. De laatste oplossing was wel nog een stuk radicaler dan de reductie tot een pandrecht. De reductie tot een voorrecht hield in het bijzonder drie zaken in:

- dat de koper, eigenaar zijnde, bevoegd is om over de nog niet betaalde zaak te beschikken, minstens om ze verder te vervreemden aan een derde (en daardoor het voorrecht kan laten tenietgaan);
- dat de verkoper geen individueel executierecht heeft en geen separatist is in geval van samenloop;
- dat het voorrecht niet verder strekt dan de verzekerde schuldvordering, zijnde de onbetaalde prijs, en het eigendomsvoorbehoud niet kan worden gebruikt om het reeds geïnde deel van de koopprijs te behouden of te compenseren met andere schulden van de koper jegens de verkoper.

<sup>10</sup> Cass. 3 december 2010, *RW* 2010-11, 1177, noot R. FRANSSIS.

### III. De wetten van 1851 en de rechtspraak inzake ontbinding en eigendomsvoorbehoud onder de gelding daarvan ontstaan

13. In 1851 werden zowel het Burgerlijk Wetboek inzake voorrechten en hypotheek als Boek 3 van het Wetboek van Koophandel vervangen door respectievelijk de Hypotheekwet en de Faillissementswet van 1851. De wetgever heeft daarbij onder meer:

- voor het geval van faillissement het voorrecht van de verkoper afgeschaft, evenals het revindicatierecht gedurende acht dagen na levering bij verkoop zonder krediet, alsook het ontbindingsrecht van de verkoper (art. 546 Faill.W.) (de preciseringen inzake *stoppage in transitu* kwamen nu in art. 568 en 569 terecht);
- terwijl bij conflicten buiten faillissement het voorrecht van de verkoper werd behouden, maar het ontbindingsrecht eveneens verviel t.a.v. de schuldeisers, behalve in het beperkte geval waarin er nog quasi-revindicatie<sup>11</sup> mogelijk was (nl. gedurende acht dagen na levering bij verkoop zonder krediet) (vervanging van art. 2102, 4°, BW door art. 20, 5°, Hyp.W.).

In een aantal cassatiearresten vinden we diverse aspecten hiervan geïnterpreteerd, welke interpretaties uiteindelijk zouden leiden tot een incoherente regeling inzake eigendomsvoorbehoud die blijkens het hier besproken arrest tot op vandaag doorwerkt, en dit sinds 1998 tegen de wil van de wetgever in.

14. Ten eerste vinden we twee geschilpunten inzake de ontbinding.

- a) Enerzijds werd verduidelijkt dat het verval van het ontbindingsrecht niet enkel geldt bij de verkoop zonder tijdsbepaling, maar ook voor de verkoop op krediet (interpretatie bevestigd in een cassatiearrest van 23 mei 1946 met op dit punt uitvoerige conclusies van P.G. Cornil).<sup>12</sup>
- b) Anderzijds werd de inperking van het ontbindingsrecht op belangrijke wijze genuanceerd. In een arrest van 21 maart 1929<sup>13</sup> werd namelijk aanvaard dat in geval van ontbinding van de verkoop vóór het ingaan van de samenloop (*in casu* een faillissement), de ontbinding tegenwerpelij is aan de boedel. Latere rechtspraak verduidelijkte dat dit geldt ongeacht of de goederen zich ten tijde van de samenloop nog in handen van de schuldenaar bevinden of niet.<sup>14</sup> In een arrest

van 23 mei 1946 werd verduidelijkt dat de ontbinding omgekeerd niet meer werkt indien er vóór de ontbinding reeds door een schuldeiser beslag is gelegd op de zaak. De verklaring gegeven voor de zakelijke werking van de ontbinding, ook vóór de terugname van de zaak, luidt dat vanaf de ontbinding de koper géén bezitter meer is van de zaak maar nog slechts een (restitutieplichtige) detentor (zie ook hiervoor de conclusie van procureur-generaal P.G. Cornil). Hieruit blijkt dat het criterium voor de (niet-)tegenwerpelijheid aan de samenlopende schuldeisers van de rechten van de verkoper dus niet het *feitelijk* bezit van de schuldenaar is, maar de vraag of de schuldenaar de zaak zowel feitelijk als juridisch (*pro suo*) bezit.

Gezien de door de wetgever van 1851 gemaakte keuze, was ook dit coherent. Het kan evenwel niet genoeg onderstreept worden dat zowel hieruit als uit het feit dat nooit is betwist dat de verhuurder, bewaargever of koper aan wie nog niet is geleverd, allen de zaak uit de boedel kunnen revindiceren (dat werd ook in 1851 bevestigd in de art. 566 e.v. Faillissementswet), blijkt dat schuldeisers géén verhaalsrecht hebben op goederen die de schuldenaar slechts in detentie heeft, ook al vormt dat feitelijk bezit een schijn van eigendom. Met andere woorden, het wettelijk systeem heeft nooit ingehouden dat de schuldeisers in samenloop gelijkgesteld worden met een derde-verkrijger in het bezit van de roerende zaak.

15. Op het gebied van het eigendomsvoorbehoud kunnen we vaststellen dat, al dan niet onder buitenlandse invloed, dit beding in de praktijk opnieuw in zwang kwam, maar dat de aard van het beding niet begrepen werd en dat er door de keuzes van het Hof van Cassatie een incoherente regeling ontstond, die tot in 1997 wel nog ten dele kon worden gerechtvaardigd vanuit het wettelijk systeem, maar sindsdien niet meer.

- a) Ten eerste werd sedert een cassatiearrest van 26 juli 1872<sup>15</sup> aanvaard dat een beding van eigendomsvoorbehoud contractueel geldig is; uit latere arresten blijkt dat dit nog niet betekent dat het beding tegenwerpelij is aan derden.
- b) In een arrest van 1877 werd uit het genoemde art. 546 Faill.W. (dat bepaalt dat de verkoper noch een voorrecht heeft, noch een revindicatie, noch een ontbindingsrecht) afgeleid dat in geval van faillissement het beding van eigendomsvoorbehoud niet tegenwerpelij is aan de

<sup>11</sup> In 1851 was reeds algemeen aanvaard dat het niet om een echte revindicatie gaat, omdat de verkoper geen eigenaar meer was.

<sup>12</sup> Cass. 23 mei 1946, *Pas.* 1946, I, 204; dit was voordien betwist.

<sup>13</sup> Cass. 21 maart 1929, *Bull.* en *Pas.* 1929, I, 139, besproken door M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, p. 238, nrs. 344 e.v.

<sup>14</sup> *A contrario*: Cass. 23 mei 1946, *Pas.* 1946, I, 204 en expliciet in de conclusie van procureur-generaal CORNIL; *a contrario*: Cass. 27 maart 1952, *Arr.Verbr.* 1952, 412, *Pas.* 1952, I, 475; expliciet: Cass. 31 mei

1956, *RCJB* 1956, 241, noot A. KLUYSKENS; *a contrario* uit Cass. 22 september 1994, *Pas.* 1994, I, 754, *RW* 1994-95, 1264, noot E. DIRIX, *TBH* 1995, 601, noot P. COPPENS, *JT* 1995, 237, *T.Not.* 1995, 572, noot F. BOUCKAERT, *JLMB* 1995, 124, noot J. CAEYMAEX.

<sup>15</sup> Cass. 26 juli 1872, *Bull.* en *Pas.* 1872, I, 452.

schuldeisers en daardoor de eigendom van de zaak in de boedel valt.<sup>16</sup>

c) In 1883 was de motivering licht anders; een arrest van 2 november 1883<sup>17</sup> besliste dat art. 546 Faill.W. aan de samenlopende schuldeisers verschaft «un droit propre qu'ils ne tiennent aucunement de leur débiteur», «en modifiant les effets légaux des conventions», ongeacht de gevolgen van het beding tussen koper en verkoper. Het recht van de schuldeisers wordt dus niet meer afgeleid uit het dwingend karakter van de eigendomsovergang maar uit een specifieke afwijkende bepaling van faillissementsrecht (die weliswaar volgens dat arrest zou zijn ingevoerd wegens de schijn van eigendom die uit het bezit van de koper zou voortvloeien).

d) In de beruchte arresten van 9 februari 1933 (met conclusie van procureur-generaal Leclercq)<sup>18</sup> wordt beslist dat het beding van eigendomsvoorbehoud wel geldig is, maar desondanks niet tegenwerpelijk is aan de schuldeisers van de koper wanneer de koper in het bezit is gesteld van de verkochte zaak, en wordt dit gelezen in art. 20, 5°, Hyp.W. (en dus niet meer enkel in de bijzondere bepaling van art. 546 Faill.W.).

#### IV. De incoherentie van de arresten van 1933 met het burgerlijk recht

16. In deze rechtspraak zien we m.i. het afglijden van de doctrine in verwarring. Terwijl de regels van de *Code Civil* en wellicht ook die van 1851 nog lijken uit te gaan van een correcte analyse in termen van het wel of niet erkend worden van zakelijke rechten, spreekt men nu enkel nog in termen van geldigheid en tegenwerpelijkheid van overeenkomsten en bedingen in overeenkomsten. Ondanks het feit dat procureur-generaal Leclercq aan het vernietigde arrest verweet de overeenkomst en de verbintenis door elkaar te gooien, zien we in zijn conclusies een manifeste verwarring zowel tussen overeenkomst en verbintenis als tussen de verbintenis (obligatoir aspect) en de eigendomsovergang (zakenrechtelijk aspect).

Eens dat men immers de werking van het beding van eigendomsvoorbehoud tussen partijen – dus het uitstel van de eigendomsovergang – aanvaardt, ontstaan er verschillende incoherenties als men dan niet ook aanvaardt dat de koper louter detentor is en dat

het eigendomsrecht dus ook tegenwerpelijk moet zijn aan de schuldeisers.

Ten eerste komt men in strijd met de tekst zelf van de bepalingen van de Hypotheekwet. Art. 20, 5°, Hypotheekwet betreft immers slechts het geval waarin de verkoper juist géén eigenaar meer is van de verkochte zaak.<sup>19</sup> Enerzijds kan een schuldeiser geen voorrecht hebben op de eigen zaak,<sup>20</sup> anderzijds bepaalt ook art. 8 Hypotheekwet (de bepaling die de gelijkheid van de schuldenaar) zijn die strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers, en waarvan de prijs onder hen naar evenredigheid van hun vordering wordt verdeeld, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang – nl. voorrechten en hypotheeken – bestaan. Anders dan in het arrest van 1883 heeft men in 1933 ten onrechte een regel die in 1883 nog gold als een afwijking van het gemene recht nu beschouwd als de regel van gemeen recht.

In dat licht en dat van de systematiek van de wet kan men uit art. 20, 5°, Hyp.W. slechts een niet-tegenwerpelijkheid van het eigendomsrecht van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud afleiden (zoals het Hof van Cassatie ten onrechte deed in 1933) indien men ook kan uitleggen waarin het «bezit» van de koper onder eigendomsvoorbehoud fundamenteel verschilt van het «bezit» van een bewaarnemer, van een leasingnemer of andere huurder, van een verkoper die nog niet heeft geleverd, of van de koper wiens koopovereenkomst reeds is ontbonden maar die de zaak nog niet heeft teruggegeven, zodanig dat dat «bezit» in het eerste geval aan de samenlopende schuldeisers een eigen recht / verhaalsrecht verschaft (zij het buiten faillissement wel beperkt door het blijven gelden van het voorrecht van art. 20, 5°, Hyp.W.) en in de andere gevallen niet.

Dat de verkoper die de zaak reeds feitelijk heeft geleverd *zonder* beding van eigendomsvoorbehoud de overeenkomst niet meer met zakelijke werking jegens de schuldeisers kan ontbinden na de samenloop, is een onvoldoende grondslag: zolang de overeenkomst niet ontbonden is, is de koper in dat geval immers wel degelijk eigenaar van de zaak; het is de retroactiviteit van die ontbinding die ingeperkt wordt. Bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud komt er evenwel geen dergelijke retroactiviteit aan te pas: de koper is immers nooit eigenaar geworden van de zaak en dus ook nooit eigenbezitter.

<sup>16</sup> Cass. 25 januari 1877, *Pas.* 1877, I, 106; het was wel een geval waarin het eigendomsvoorbehoud pas achteraf zou zijn bedongen.

<sup>17</sup> Cass. 2 november 1883, *Bull.* en *Pas.* 1883, I, 364.

<sup>18</sup> Cass. 9 februari 1933 (twee arresten), *Pas.* 1933, I, 103, met conclusie van procureur-generaal J.F. LECLERCQ.

<sup>19</sup> In die zin ook Verslag-Vandeurzen, *Parl.St.* Kamer, nr. 49-329/17, p. 158.

<sup>20</sup> Het klopt dat het Burgerlijk Wetboek van 1804 niet helemaal coherent was; de voorlaatste alinea van art. 2102, 4°, leek in te houden dat de verkoper tegelijk eigenaar kon zijn en een voorrecht kon hebben. Dit werd evenwel rechtgezet in 1851 in art. 20, 5°, en art. 23 Hyp.W.

17. De stelling die ter rechtvaardiging gehanteerd wordt in het arrest van 1933 en impliciet ook in het hier besproken arrest, luidt dat de koper onder eigendomsvoorbehoud die in het feitelijk bezit is van de zaak, niet louter detentor is, maar een juridisch bezitter van de zaak (de zaak voor zichzelf bezit en niet voor een ander).<sup>21</sup> Deze stelling is evenwel zowel irrelevant voor onze vraag als foutief.

Ze is irrelevant voor de toepassing van art. 2279 BW, omdat het zonder belang is of de persoon van wie de derde-verkrijger zijn bezit verkrijgt, daarvan een juridisch bezitter was dan wel slechts een detentor (zie *supra*<sup>22</sup>), zodat deze bepaling ook niet naar analogie in die zin kan worden ingeroepen. Weliswaar kan men betogen dat in het systeem van de wetgever van 1804 en wellicht ook 1851, zoals hierboven uiteengezet, de samenlopende schuldeisers wel beschermd werden wanneer de schuldenaar in het juridisch én feitelijk bezit was (nl. bij verkoop waarin de zaak reeds feitelijk is geleverd), maar niet wanneer de schuldenaar enkel detentor was. Maar de verklaring daarvoor is precies dat in het eerste geval de koper in de opvatting van die tijd wél eigenaar was en precies om die reden ook de zaak voor zichzelf bezit (juridisch bezit), welke verklaring niet meer opgaat eens dat men aanvaardt dat het beding van eigendomsvoorbehoud wél uitwerking heeft tussen koper en verkoper (zodat de verkoper wel nog eigenaar is).

De stelling is bovendien minstens naar huidig recht foutief, omdat de koper onder eigendomsvoorbehoud, eens dat men aanvaardt dat het beding van eigendomsvoorbehoud wel uitwerking heeft tussen koper en verkoper, krachtens dat beding de zaak juist níet voor zichzelf mag bezitten zolang ze niet volledig is betaald. Het bezit van een zaak voor zichzelf in plaats van voor een ander (zie art. 2230 en 2231 BW) vereist een bezit als eigenaar (vgl. ook art. 2229 BW).<sup>23</sup> De koper die een zaak koopt met een beding van eigendomsvoorbehoud is natuurlijk níet begonnen met de zaak voor zichzelf te bezitten, maar wel ze voor een ander (de eigenaar-verkoper) te bezitten, en blijft dus slechts detentor zolang er geen omkering van titel (*interversión de titre*) heeft plaatsgevonden. De fout, die voortging op een ook reeds in 1833 achterhaalde theorie van het

bezit, werd reeds in 1933 opgemerkt door de latere eerste voorzitter van het Hof van Cassatie L. Soenens,<sup>24</sup> maar de consequenties hiervan zijn blijkbaar nog niet doorgedrongen tot de Franstalige eerste kamer van het Hof vandaag. Nochtans is in ons huidig recht duidelijk dat de koper onder eigendomsvoorbehoud wel degelijk een detentor is en niet voor zichzelf bezit.<sup>25</sup> Zo bv. wordt in de Wet Afbetalingsovereenkomsten van 1957 (intussen in de Wet Consumentenkrediet) de verkoper onder eigendomsvoorbehoud verplicht om de kredietnemer te waarschuwen voor de toepassing van art. 491 Sw., dat nochtans enkel geldt voor goederen «die hem overhandigd zijn onder verplichting om ze terug te geven of ze voor een bepaald doel te gebruiken of aan te wenden».

18. Uit de conclusie van procureur-generaal Leclercq blijkt dat de gemaakte keuze m.i. ook nog op een andere vergissing berust. Als rechtspolitieke reden voor de niet-tegenwerpelijke van het eigendomsvoorbehoud en de inperking tot het voorrecht van 20, 5°, Hyp.W. wordt namelijk opgegeven dat moet worden vermeden dat de verkoper het reeds ontvangen deel van de prijs zou behouden.<sup>26</sup> Dat berust evenwel op een verkeerde beoordeling van de gevolgen van de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud (met terugname van de goederen). Bovendien is het zo dat wanneer er een dergelijke ongerechtvaardigde verrijking zou plaatsvinden, dit niet enkel jegens de andere schuldeisers het geval zou zijn, maar ook jegens de koper zelf. Dit argument kan dus nooit worden gebruikt om een beding van eigendomsvoorbehoud wel geldig te verklaren jegens de koper, maar niet jegens diens andere schuldeisers.

Nogmaals: het zou een perfect legitieme rechtspolitieke keuze kunnen zijn om te bepalen dat een beding van eigendomsvoorbehoud juist níet de volle eigendom voorbehoudt aan de verkoper, maar slechts een beperkt zakelijk recht (pandrecht) en dat eigendomsrecht dus geconverteerd wordt in een soort pandrecht (vgl. het hierboven vermelde arrest van 3 december 2010 inzake fiduciaire cessie), en men kan zelfs betogen dat dit *de lege lata* het geval is (af te leiden uit de regels in de Faillissementswet), maar men kan niet volhouden dat onder de regeling van het Burgerlijk Wetboek het eigendomsvoorbehoud tegelijk geldig was maar bij samenloop aan de verkoper noch eigendom noch pandrecht zou verlenen (zodat enkel het voor-

<sup>21</sup> J.F. LECLERCQ, conclusie voor Cass. 9 februari 1933, *Pas.* 1933, I, 117, voetnoot 1; L. CORNIL, conclusie voor Cass. 1946, *Pas.* 1946, I, 211, voetnoot 1.

<sup>22</sup> Dit in tegenstelling tot de conclusie van procureur-generaal J.F. LECLERCQ, *Pas.* 1933, I, 116 *in fine* – 117 bovenaan.

<sup>23</sup> Met die nuance natuurlijk dat men ook een beperkt zakelijk recht voor zichzelf kan bezitten. De pandhouder bezit aldus de in pand gegeven zaak voor de pandgever, maar bezit het pandrecht voor zichzelf; de vruchtgebruiker bezit de zaak voor de blote eigenaar maar bezit het vruchtgebruik voor zichzelf.

<sup>24</sup> L. SOENENS, kritische noot onder Cass. 9 februari 1933, *BJ* 1933, 178. In dezelfde zin: M. GRÉGOIRE, *o.c.*, p. 248, nrs. 360 e.v.

<sup>25</sup> Zo reeds H. DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 21, 4°, wat hem niet belet in IV, nr. 276 toch de schijn van eigendom in te roepen als argument voor de niet-tegenwerpelijke.

<sup>26</sup> *Pas.* 1993, I, 115.

recht van de verkoper nog zou overblijven, en tot 1997 bij faillissement ook dat niet).

## V. De foute kwalificatie van het eigendomsvoorbehoud in de rechtspraak

19. De foute stelling dat de koper onder eigendomsvoorbehoud juridisch bezitter zou zijn, hangt ook samen met enkele andere foutieve opvattingen over de gevolgen van de koopovereenkomst en de modaliteiten die daarvan deel kunnen uitmaken, die we met name in de conclusie van procureur-generaal Leclercq uit 1933 kunnen lezen, die wellicht ook toen reeds onjuist waren, maar dat in ieder geval in het huidige recht zijn.

In de arresten van 1933 werd het eigendomsvoorbehoud immers als een tijdsbepaling<sup>27</sup> gekwalificeerd en niet als een opschortende voorwaarde. Dit is natuurlijk onzin: een tijdsbepaling is een toekomstige maar zekere gebeurtenis,<sup>28</sup> terwijl het beding juist bedongen wordt omdat de volledige betaling van de prijs onzeker is en dus geen tijdsbepaling vormt.

Procureur-generaal Leclercq legt eerst uit waarom het beding geen opschortende voorwaarde voor het contract kan zijn. Hoewel de redenering me niet geheel overtuigt, klopt het wel dat het bij een eigendomsvoorbehoud niet de overeenkomst is die onder opschortende voorwaarde is. Vervolgens betoogt Leclercq dat ook de eigendomsoverdracht niet aan een opschortende voorwaarde kan worden gekoppeld, omdat de eigendomsoverdracht een handeling zou zijn wat onjuist is aangezien de eigendomsoverdracht een rechtsgevolg is van een of meer handelingen plus eventueel de vervulling van een voorwaarde. Ten slotte legt Leclercq ook niet uit waarom de verbintenis om de eigendom over te dragen niet onder opschortende voorwaarde zou zijn of kunnen zijn, tenzij impliciet door te betogen dat een verbintenis onder opschortende voorwaarde nog niet bestaat (en daarbij te veronderstellen dat een overeenkomst waarin de verbintenis tot eigendomsoverdracht nog niet bestaat geen verkoop kan zijn). Nu gaat het bij een eigendomsvoorbehoud in ieder geval ofwel om

een opschortende voorwaarde voor de (opeisbaarheid van de) verbintenis tot eigendomsoverdracht in de zin van verbintenis tot juridische levering (verbintenis die zuiver consensueel kan worden uitgevoerd) ofwel om een opschortende voorwaarde voor het rechtsgevolg «eigendomsoverdracht» (dat rechtsgevolg kan immers dadelijk voortvloeien uit de leveringshandeling, dan wel op termijn of onder voorwaarde).

Indien de tweede kwalificatie de juiste is,<sup>29</sup> en dat lijkt me ook zo te zijn, is de beruchte vraag of de nakoming van de verbintenis van één partij een opschortende voorwaarde kan zijn voor de opeisbaarheid van de verbintenis van de andere partij<sup>30, 31</sup> niet eens relevant voor de vraag van het eigendomsvoorbehoud. Te vele auteurs gooien de verbintenis tot eigendomsoverdracht, de nakoming daarvan door toestemming in de eigendomsoverdracht, en het rechtsgevolg eigendomsoverdracht nog steeds door elkaar.<sup>32</sup> Bij een koop-verkoop zijn er immers twee rechtshandelingen, of minstens een rechtshandeling met twee aspecten: enerzijds het aangaan van de verbintenis om de zaak in eigendom over te dragen

<sup>29</sup> Reeds F. LAURENT (*Principes de droit civil*, XXIV, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 4) kwalificeerde het beding als een opschortende voorwaarde van de eigendomsovergang. In die zin ook: C. LEBON, *TPR* 2004, p. (409), 437; G. VERSCHULDEN, «Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden», *AJT* 1998-99, (821), 823; Rb. Brugge 1 februari 2000, *T.App.* 2000/3, 33.

<sup>30</sup> Dat de nakoming van een verbintenis uit een overeenkomst geen opschortende voorwaarde kan zijn voor het ontstaan van die overeenkomst, is natuurlijk juist. Dat belet niet dat de nakoming van een prestatie als zodanig wel de opschortende voorwaarde kan zijn voor het ontstaan van een overeenkomst tot vergoeding ervan.

<sup>31</sup> Er is inderdaad nog relatief recente rechtspraak die nog steeds meent te moeten aannemen dat «de nakoming of de niet-nakoming van een van de verbintenissen waartoe partijen zich hebben verbonden, niet kan worden beschouwd als een opschortende voorwaarde» (Cass. 8 september 2005, *FJF* 2006, afl. 4, 345, *NJW* 2006, 119, *Pas.* 2005, I, 1585, *RW* 2008-09, 980, *T.Not.* 2006, 12, noot J. GRILLET, *TFR* 2006, 573, noot W. VERMEULEN en T. DUMONT). M.i. moet dat arrest evenwel gelezen worden in het licht van het feit dat het om een vraag van fiscaal recht ging. Een belangrijk deel van de rechtsleer in het burgerlijk recht neemt die stelling gewoon over, maar burgerrechtelijk is de stelling m.i. gewoon fout, aangezien in een wederkerige overeenkomst de exceptie van niet-nakoming in wezen juist inhoudt dat de opeisbaarheid van de verbintenis van de ene partij opgeschort is zolang de andere partij niet nakomt of aanbiedt na te komen. Bovendien spreekt het Burgerlijk Wetboek ook van een ontbindende voorwaarde inzake de mogelijkheid om zich van een verbintenis te bevrijden indien de wederpartij de tegenprestatie niet nakomt (art. 1184 BW). De verwarring berust m.i. hierop dat het ontstaan en de opeisbaarheid van een verbintenis worden verward. Zo verdedigt Van Quickenborne de traditionele stelling met de redenering dat de verbintenis onder opschortende voorwaarde *pendente conditione* nog niet bestaat (wat ook voor hem niet uitsluit dat uit de overeenkomst intussen wel een andere verbintenis *pendente conditione* kan gelden) (*Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 128), terwijl de verbintenis tot eigendomsoverdracht wel reeds bestaat.

<sup>32</sup> Bv. nog: S. STIJNS, «De opschortende voorwaarde in de onroerende koop», *NFM* 2008, (77), 88. Zie daartegenover de kritiek op die verwarring in het Franse recht door C. WITZ, «Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand» in *Festschrift Jahr* 1993, p. (533), 545 e.v.

<sup>27</sup> Zo ook: DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 21; nog steeds in die zin: S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2007, nrs. 9 en 28 (met enige aarzeling); E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XII, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 413, nr. 594. Ter verontschuldiging van het arrest van 1933 moet wel worden aangevoerd dat het daar ging om een verkoop op afbetaling, die bepaalde dat de prijs in termijnen zou worden betaald en dat de eigendom bij de betaling van de laatste termijn zou overgaan, wat de kwalificatie van het eigendomsvoorbehoud als tijdsbepaling nog enigszins begrijpelijk maakte.

<sup>28</sup> Cass. 20 december 1883, *Pas.* 1884, I, 14, dat oordeelde dat een «retour à meilleure fortune est un évènement d'une incertitude évidente»; Cass. 17 april 1975, *Arr.Cass.* 1975, 914, *Pas.* 1975, I, 826.

(rechtshandeling waarvan het rechtsgevolg die verbintenis is); anderzijds de toestemming in de eigendomsovergang in uitvoering van die verbintenis (rechtshandeling waarvan het rechtsgevolg de eigendomsovergang is).

## VI. Het wettelijk systeem wijzigt in 1997 maar het Hof van Cassatie volhardt dan nog in de dwaling ...

20. In de loop der jaren kwam er nog meer incoherentie in de rechtspraak. Toen de financieringshuur (*finance leasing*)<sup>33</sup> in zwang kwam, werd de tegenwerpelijheid van het eigendomsrecht van de leasinggever bij samenloop wel degelijk aanvaard en de leasing niet gelijkgesteld met de huurkoop, die nog in 1946 werd gelijkgesteld met een verkoop. Bij leasing werd aanvaard dat de leasinggever in verhouding tot de andere schuldeisers zowel bezitter als eigenaar van de zaak blijft.<sup>34</sup> In de rechtspraak van de hoven en rechtbanken werd zelfs de tegenwerpelijheid van de *sale & leaseback* in de meeste gevallen aanvaard,<sup>35</sup> wat een veel fundamentele afwijking is van de traditionele regels. De rechtspraak inzake eigendomsvoorbehoud zowel als de wettelijke regel die zelfs het voorrecht van de verkoper afschaft bij faillissement (art. 546 Faill.W., *supra*) verwerden dus tot een steeds onbegrijpelijker anomalie.<sup>36</sup>

Bijkomend begon een deel van de doctrine in te zien dat de stellingen die over de aard van het eigendomsvoorbehoud werden ingenomen in de arresten van 1933, in verschillende opzichten foutief waren, zoals hierboven reeds geadstrueerd.

21. Bij de herziening van de Faillissementswet wilde de wetgever dan ook komaf maken met deze anomalie. In de wet van 8 augustus 1997, die de oude Fail-

lissementswet van 1851 verving, heeft de wetgever tegelijkertijd art. 567 Faill.W. afgeschaft dat het voorrecht van de verkoper uitschakelde bij faillissement, de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop in het algemeen vooropgesteld, en de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud bij faillissement aanvaard met enkele nuances. Daarmee heeft de wetgever inzake het voorrecht van de verkoper de van het gemene recht afwijkende bepaling afgeschaft en inzake het eigendomsvoorbehoud het gemene recht in ere hersteld met enkele nuances bij faillissement, nl. enerzijds een beperkt vormvereiste en anderzijds de inperking van de schuldvorderingen waarvoor het eigendomsvoorbehoud kan worden uitgeoefend en die de curator dus moet betalen om het voorbehoudsgoed toch in de boedel te krijgen.

De schuldeiser die méér wil verzekeren moet er dus nog steeds voor zorgen om de verkoopovereenkomst te ontbinden vóór de dag van faillietverklaring. Maar de wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om de verkoper de mogelijkheid te geven zich méér rechten voor te behouden dan enkel maar het voorrecht van de verkoper (namelijk een recht dat de koper beschikkingsonbevoegd maakt zolang de prijs niet is betaald) en hem daarbij in beginsel een separatistenpositie toe te kennen. Natuurlijk houdt dat niet in dat de koper bij terugname van de zaak door de verkoper geen recht zou hebben op restitutie van het reeds betaalde deel van de prijs (behalve wanneer dat in compensatie kan worden gebracht met andere schulden van de koper; het zou ons te ver leiden hier uit te werken in welke gevallen die verrekeningsmogelijkheid al dan niet blijft bestaan).

De wetgever heeft er aldus voor gekozen om over de hele lijn de zakelijke rechten van de verkoper, zoals die buiten elke samenloop gelden, op een enkele nuance na ook in het faillissement van de koper te laten gelden. Zo werd het voorstel om publiciteit te organiseren voor het eigendomsvoorbehoud afgewezen met de motivering dat het beding van eigendomsvoorbehoud juist niet als een voorrecht dient te worden beschouwd, maar wel als een loutere toepassing van het «erga omnes»-kenmerk van het eigendomsrecht.<sup>37</sup>

22. Uit de parlementaire voorbereidingsstukken blijkt ook dat de keuze om de verkoper de mogelijkheid te geven zich méér rechten voor te behouden dan enkel maar het voorrecht van de verkoper, een bewuste keuze was die gestoeld werd op twee soorten argumenten: enerzijds een rechtseconomisch argument (verkoper beter geplaatst dan de curator om de waarde van

<sup>33</sup> Als onderscheiden van de operationele leasing, waar er geen koopoptie voor een nominaal bedrag of restwaarde is bij het einde van de huurovereenkomst.

<sup>34</sup> Cass. 27 november 1981, *Arr.Cass.* 1981-82, nr. 208, *RW* 1981-82, 2141, met conclusie van procureur-generaal F. DUMON, *BRH* 1982, 67, *Pas.* 1982, I, 434; Antwerpen 30 juni 1980, *RW* 1980-81, 2071, noot L. NEELS. In Cass. 17 juni 1993 (*Pas.* 1993, I, 582, *RW* 1994-95, 1435, *JT* 1993, 732, *TBH* 1994, 148, *R.Cass.* 1993, 179-180, noot M.E. STORME, «De wijde mantel van de huurovereenkomst biedt ook plaats aan zuivere financieringshuur zonder vrijwaring door de lessor») werd bijkomend geoordeeld dat die kwalificatie en tegenwerpelijheid ook blijven gelden indien de onderhoudsverplichting van de verhuurder wegbedongen is.

<sup>35</sup> Bv. Luik 11 februari 1997, *JLMB* 1997, 1656, *RRD* 1997, 211; Brussel 7 februari 1990, *RW* 1990-91, 639, noot H. LIBERT; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 431, nr. 615; I. PEETERS, «Eigendom tot zekerheid» in *Comm. Voorrechten en hypotheke*, p. 11, nr. 18; K. VANHOVE, «Bezit en revindicatie bij sale and lease back», *NJW* 2003, 150-155; V. SAGAERT, *o.c.*, in *Insolventierecht, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, (191), 194.

<sup>36</sup> K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheke*, 2005, 2<sup>e</sup> uitg., nr. 448, spreekt van wereldvreemd.

<sup>37</sup> Verslag-Vandeuren, *Parl.St.* Kamer, nr. 49-329/17, p. 158.

de goederen niet verloren te laten gaan<sup>38</sup>); anderzijds een argument van rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht (Belgische positie stilaan de uitzondering in Europa<sup>39</sup>).

Wat het tweede betreft, wilde men uitdrukkelijk meer harmonisatie met de andere rechtsstelsels in Europa, om te maken dat een eigendomsvoorbehoud op in België gelegen goederen even effectief zou zijn als op goederen gelegen in andere lidstaten.<sup>40</sup> Men was er zich ook van bewust dat er ook in de EU reeds duidelijk een tendens was naar sterkere erkenning van het eigendomsvoorbehoud. Dat kwam onder meer reeds voor in de Voorstellen en Verdragen inzake Insolventierecht<sup>41</sup> en de voorstellen inzake eigendomsvoorbehoud, onder meer in de voorstellen voor een richtlijn ter bestrijding van de betalingsachterstand<sup>42</sup>; die laatste zouden leiden tot art. 4 van de richtlijn nr. 2000/35 van 29 juni 2000 (nu art. 9 van richtlijn 2011/7). Weliswaar mag onder die bepaling de *lex rei sitae* nog steeds nadere eisen stellen voor de goederenrechtelijke werking van het eigendomsvoorbehoud (bv. vormvereisten), maar de lidstaten moeten minstens de rechtsfiguur erkennen en moeten de verbintenisrechtelijke vereisten voor het beding overlaten aan de *lex contractus*. In het IPR zou in 2000 de Insolventieverordening uitgevaardigd worden, die in art. 7, eerste lid de erkenning oplegt van de op een eigendomsvoorbehoud berustende rechten van de verkoper op goederen die zich bevinden in een andere lidstaat dan die waar de insolventieprocedure wordt geopend.

23. Laat me even herinneren aan het praktische belang van de erkenning van het eigendomsvoorbehoud veeleer dan enkel een voorrecht. Het gewoon eigendomsvoorbehoud zoals het bij faillissement wordt erkend (met de beperking qua verzekerde schuld die in de wet is ingeschreven) verschilt van het voorrecht van art. 20, 5° hoofdzakelijk in twee opzichten:

<sup>38</sup> «Men wil onder meer vereffening tegen lage prijzen voorkomen van activa die veel beter teruggevorderd zouden worden door de schuldeisers die de activa kunnen gebruiken op een zodanige manier dat ze een hogere toegevoegde waarde krijgen» (Verslag-Hatry en Vandenberghe, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-498/11, p. 10-11 en 24).

<sup>39</sup> Met name sinds Frankrijk zijn recht had aangepast in 1980.

<sup>40</sup> Verslag-Hatry en Vandenberghe, *Parl.St.* Senaat 1996-97, nr. 1-498/11, p. 10.

<sup>41</sup> Waarvan het eerste reeds van 1969 dateerde. Voor een bespreking van de situatie *anno* 1982, zie: G. SCHRANS, «Het beding van eigendomsvoorbehoud en zijn externe werking tegenover de schuldeisers van de koper van een zaak» in M. STORME (ed.), *De internationalisering van het Belgisch privaatrecht*, Gent, 1982, (145), 151 e.v.

<sup>42</sup> Voordien waren er reeds sedert 1979 pogingen om een richtlijn in te voeren tot erkenning van het (gewoon) eigendomsvoorbehoud (zie: G. SCHRANS, *o.c.*, in *De internationalisering van het Belgisch privaatrecht*, 157 e.v.).

a) anders dan de onbetaalde verkoper met louter een voorrecht, is de verkoper met voorbehouden eigendom een separatist met individueel executierecht; dat vervalt slechts wanneer de volledige verzekerde schuld wordt betaald;

b) anders dan de onbetaalde verkoper met louter een voorrecht, heeft de verkoper met voorbehouden eigendom een volgrecht op de zaak, dat slechts tenietgaat indien de zaak verkregen wordt door een derde-verkrijger die beschermd wordt door art. 2279 B.W, d.w.z. die te goeder trouw in het feitelijk bezit van de zaak is gekomen (in welk geval de verkoper overigens onder bepaalde voorwaarden zijn recht nog kan handhaven door zakelijke subrogatie; de bespreking daarvan gaat het bestek van deze bijdrage te buiten).

Van de andere kant strekken de gevolgen van het eigendomsvoorbehoud bij faillissement niet verder dan die van een voorbehouden pandrecht, om welke reden ik eerder verdedigd heb dat het eigendomsvoorbehoud evengoed begrepen kan worden als een voorbehouden pandrecht.<sup>43</sup>

24. Wat nu de regeling buiten faillissement betreft, is er geen enkele aanwijzing dat de wetgever daarbij de bedoeling had een strikter regime in te stellen of in stand te houden voor andere gevallen van samenloop, zoals met name beslag, procedure van gerechtelijk akkoord (intussen gerechtelijke reorganisatie), vereffening van een beneficiair aanvaarde nalatenschap of vereffening van een rechtspersoon (de collectieve schuldenregeling vermeld ik niet in dit lijstje, omdat ze op dat ogenblik nog niet bestond). In de wet op het gerechtelijk akkoord van 17 juli 1997, die tegelijk behandeld was in het Parlement, worden wel eveneens enkele nuances aangebracht bij de rechten van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud (zie art. 21, 29 en 30), maar de tegenwerpelijke van het eigendomsrecht in de samenloop wordt principieel erkend. En in het Verslag-Vandeuren over de bespreking van de Faillissementswet in de Kamer wordt weliswaar gezegd dat de wet enkel een regeling inhoudt voor het faillissement en het gerechtelijk akkoord, maar de reden daarvoor is dat men anders de hele Hypotheekwet moest herzien en men niet alles tegelijk kon doen en erop rekende dat de rechtspraktijk in andere gevallen in dezelfde richting zou gaan.<sup>44</sup> Meer nog, de cassatierechtspraak die uit art. 20, 5°, Hyp.W. de niet-tegenwerpelijke van

<sup>43</sup> Stelling die vooral wordt bestreden door V. SAGAERT, onder meer in *o.c.*, *Insolventierecht, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2004-2005*, p. 195 e.v. Wat Sagaert doet, is evenwel de verschillen weergeven tussen het eigendomsvoorbehoud en een door de schuldenaar gevestigd (stil) pandrecht; die verschillen kunnen evengoed verschillen zijn tussen een voorbehouden pandrecht en een gevestigd pandrecht en geven dus eigenlijk geen antwoord op deze kwalificatievraag.

<sup>44</sup> Verslag-Vandeuren, *Parl.St.* Kamer, nr. 49-329/17, p. 157 en 159.

het eigendomsvoorbehoud afleidt, werd uitdrukkelijk verworpen.<sup>45</sup> Bovendien blijkt uit de tekst van art. 101 Faill.W. – «Het faillissement doet geen afbreuk aan het recht van terugvordering van de eigenaar van de goederen die in het bezit<sup>46</sup> zijn van de schuldenaar» – dat de revindicatiemogelijkheid als regel werd voorondersteld; dat het faillissement geen afbreuk doet, impliceert vanzelfsprekend dat de samenloop in het algemeen in regel geen afbreuk doet.

De Europese ontwikkelingen waarop men zinspeelde, maken op dit punt ook geen enkel onderscheid tussen de diverse vormen van samenloop (noch de Richtlijn betalingsachterstand, noch de Insolventieverordening).

Het is dan ook terecht dat het grootste deel van de rechtspraak, en de Nederlandstalige rechtspraak omzeggens unaniem<sup>47</sup> de tegenwerpelijheid van eigendomsvoorbehoud bij andere vormen van samenloop heeft aanvaard. Hetzelfde geldt voor de doctrine,<sup>48</sup> behalve wellicht de *usual suspects* die doorgaans aan *restrictivitis* lijden, d.w.z. systematisch restrictieve of *a contrario* interpretaties geven aan wetgevende hervormingen.

25. De redenering waarmee de Franstalige eerste kamer van het Hof van Cassatie hier nu tegengaat is niet alleen rechtspolitiek maar ook rechtsdogmatisch bedroevend. Er wordt overwogen dat het geen algemeen rechtsbeginsel zou zijn dat het «beding van eigendomsvoorbehoud» in geval van samenloop geldt ten aanzien van derden. Alsof niet reeds uit de definitie zelf van eigendom en de invulling ervan in art. 544

BW voortvloeit dat eigendom als zakelijk recht per definitie tegenwerpelij is aan derden, tenzij precies wanneer de wet daarvan afwijkt. Alsof niet evenzeer uit de tekst van art. 101 Faill.W. volgt dat er buiten faillissement *a fortiori* revindicatie mogelijk is. Er wordt nog steeds een regel gelezen in art. 20, 5°, Hyp.W. die aldus in strijd is met de tezelfdertijd gehanteerde stelling dat het beding van eigendomsvoorbehoud geldig is, terwijl de wetgever precies van een andere (daarmee niet strijdige) lezing van art. 20, 5°, Hyp.W. is uitgegaan.

Er wordt ook nogmaals de fout herhaald dat de koper in het bezit zou zijn van de zaak, terwijl de koper slechts een detentor is, en in alle andere gevallen van detentie door de schuldenaar de eigendomsrechten van derden wel erkend worden.

Het is dan ook bijzonder getormenteerd om enerzijds art. 20, 5°, Hyp.W. extensief te gaan interpreteren tegen de wil van de wetgever in en tegelijkertijd art. 101 van de Faillissementswet evenzeer tegen de wil van de wetgever in restrictief te gaan interpreteren en te beperken tot de faillissementssituatie. Indien men het laatste artikel restrictief uitlegt omdat het zeggend zou afwijken van het «gemene recht», moet men dat ook doen met het eerste, dat in de gegeven extensieve interpretatie eveneens afwijkt van het gemene recht.

Het oordeel dat het eigendomsvoorbehoud niet erkend wordt door het «gemene recht inzake samenloop»<sup>49</sup> is overigens niet juist. De wetgever heeft nooit een gemeen recht inzake samenloop ontwikkeld; het zogenaamde gemeen recht inzake samenloop is steeds ontwikkeld geworden door de rechtspraak door een veralgemening vanuit de Faillissementswet.<sup>50</sup> Het is ingevolge de veralgemening van faillissementsregels

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>46</sup> Met bezit wordt hier duidelijk minstens ook detentie bedoeld.

<sup>47</sup> Onder meer: Antwerpen 18 november 2002, *DAOR* 2002/63, 290, *RW* 2003-04, 629 (vereffening vennootschap); Beslagr. Leuven 26 oktober 1999, *RW* 2001-02, 32 (collectieve schuldenregeling); Kh. Gent 24 december 1999, *TBBR* 2000, 379. *Anders*: Beslagr. Brussel 9 april 2001, *Jaarboek kredietrecht 2001*, 474 (collectieve schuldenregeling); Rb. Namen 8 oktober 2007, *JLMB* 2008, 73 (collectieve schuldenregeling); Arbrb. Luik 2 februari 2009, *JLMB* 2010, 513 (collectieve schuldenregeling); Luik 23 november 2009, *JLMB* 2010, 952, met afkeurende noot J. CAEYMAEX (vereffening vennootschap).

<sup>48</sup> Onder meer: E. DIRIX en R. DE CORTE, o.c., p. 411, nr. 591; E. DIRIX, «Eigendomsvoorbehoud», *RW* 1997-98, (481), p. 485, nr. 13; impliciet: R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 1014; A. CUYPERS, *Kredieten en zekerheden*, p. 98-99, nrs. 94-96; E. DIRIX, «Overzicht van rechtspraak (1998-2003). Voorrechten en hypotheke», *TPR* 2004, nr. 163; A. ZENNER, «Faillites et concordats 2002 – La réforme de la réforme et sa pratique», *Les dossiers du JT*, nr. 38, Brussel, Larcier, 2003, p. 223; Chr. VAN HEUVERSWYN, «Banken en hun zekerheidsrechten bij gerechtelijk akkoord en faillissement: actualia» in *Bancaire en Financière zekerheden*, *Cahiers AEDBF/EVBFR*, Brussel, 2004, (67), p. 110; M. GRÉGOIRE, «Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété» in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 465; J. CAEYMAEX, «La réserve de propriété en cas de concours», *JLMB* 2010, 955. *Anders*: F. 't KINT, *Sûretés*, Brussel, Larcier, 2004, nr. 495 (enkel faillissement en gerechtelijk akkoord).

<sup>49</sup> Als beslist in Luik 23 november 2009, *JLMB* 2010, 952, afkeurende noot J. CAEYMAEX.

<sup>50</sup> Zo heeft de rechtspraak *praeter legem* de leer ontwikkeld dat er bij ontbinding van vennootschappen eveneens een samenloop ontstaat (Cass. 23 november 1939, *Pas.* 1939, I, 486, *RPS* 1940, 47; Cass. 31 januari 1964, *Pas.* 1964, I, 573, *RCJB* 1965, 99, noot J. RENAULD en P. COPPENS, *JT* 1964, 293, *RW* 1964-65, 633; Cass. 30 mei 1968, *Pas.* 1968, I, 1126, *RPS* 1969, 239; Cass. 24 maart 1977 (twee arresten), *Arr. Cass.*, 1977, 802 en 804, *Pas.* 1977, I, 792 en 796, met conclusie van procureur-generaal R. DELANGE, *RW* 1977-78, 385, noot L. SIMONT, *RCJB* 1977, 628, noot Ph. GÉRARD «La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation», *RPS* 1977, 108 en 114; Cass. 19 januari 1984, *Pas.* 1984, I, 546, *RPS* 1985, 239, noot F. 't Kint, *JT* 1984, 548, *RGEN* 1985, nr. 23.204; Cass. 7 april 1986, *Pas.* 1986, I, 951, *JT* 1987, 5; Cass. 16 juni 1988, *Pas.* 1988, I, 1250. Zie voor de vzw bv. Cass. 17 oktober 1996, *RW* 1996-97, 1395, noot M.E. STORME, «Zekerheidsverdracht, numerus clausus van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na het cassatiearrest van 17 oktober 1996», *Pas.* 1996, I, 992, met conclusie van procureur-generaal J.-M. PIRET, *RPS* 1997, 145, noot Th. BOSLY, *JLMB* 1997, 520; Cass. 15 oktober 1999, *RW* 2000-01, 479, *TBH* 2000, 233, noot Ch.A. LEUNEN, *JLMB* 2000, 752, *RCJB* 2001, 166, noot N. THIRION, «La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation: nouveaux enseignements de la Cour de cassation».

door de rechtspraak dat de wetgever ook regelmatig het begrip samenloop is gaan hanteren, bijna steeds met de formulering «faillissement of enige andere vorm van samenloop», om de gelijke behandeling van de diverse gevallen van samenloop te beklemtonen.<sup>51</sup> Wel zijn er in het faillissementsrecht bepalingen die afwijken van het gemene burgerlijk recht en die niet veralgemeend worden. Het is juist kenmerkend voor ons recht dat er bij faillissement ten gunste van de schuldeisers strengere regels gelden dan daarbuiten, zoals de regels inzake de verdachte periode van art. 17 e.v. Faill.W. en de uitbreiding van de *pauliana* bij faillissement, die toch ook niet bij andere vormen van samenloop gelden, de inperking van de individuele executierechten van separatisten (o.m. door art. 26 Faill.W.), die evenmin in beginsel voor alle vormen van samenloop gelden (bv. niet bij vereffening van een rechtspersoon). Maar er is geen enkele rechtsbron voor een gemeen recht inzake samenloop dat zou afwijken van zowel het gemene burgerlijk recht als het faillissementsrecht en strenger zou zijn dan het laatste. De enige uitzonderingen in andere zin vonden we in de oude Wet Gerechdelijk Akkoord, waar bijkomende tijdelijke inperkingen te lezen waren. Overigens heeft de wetgever in die wet die samen met de Faillissementswet van 1997 werd behandeld, het eigendomsvoorbehoud specifiek ingeperkt (art. 21), wat er juist op wijst dat die beperking niet reeds uit het zgn. gemene recht bij samenloop volgt.

26. De praktische gevolgen van een regeling die strenger is bij beslag dan bij faillissement zijn ook eigenaardig: wanneer de beslagene failliet gaat vooraleer het beslag geheel is afgehandeld, wordt het beslag opgeslorpt door het faillissement, en zou het eigendomsvoorbehoud, dat niet tegenwerpelijk zou zijn bij beslag, dit ineens wel opnieuw worden door de faillietverklaring.<sup>52</sup>

27. Met enige «goede wil» kan men wel een zekere coherentie ontdekken in de rechtspraak van het Hof van Cassatie – minstens van de Franstalige eerste kamer – inzake insolventierecht, nl. een voorkeur voor de oplossing die het verhaal van schuldeisers zoveel mogelijk aan collectieve procedures onderwerpt, dus een keuze voor de oplossing die doorgaans het meest realisatiekosten veroorzaakt en het meest commissie oplevert voor curatoren en andere tussenpersonen.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Bv. in de Wet Financiële Zekerheden, in art. 334 Programmawet 27 december 2004, in enkele bepalingen van het W.Venn. betreffende effecten, in het KB nr. 62 van 10 november 1967 ter bevordering van de omloop van de effecten, e.d.

<sup>52</sup> Argument ook reeds gebruikt door E. DIRIX, *o.c.*, RW 1997-98, p. 485, nr. 13.

<sup>53</sup> Bv. Cass. 23 april 2010, RW 2010-11, 935, afkeurende noot R. JANSEN, «De weg bijster in het grensgebied tussen beslag en faillissement».

## VII. .... en schermt zich af in juridisch autisme

28. De verkramptheid van de Franstalige eerste kamer van het Hof van Cassatie gaat evenwel nog verder en uit zich ook in de onterechte weigering om de door de eiser gevorderde prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. De eiser voerde terecht aan dat er sprake is van discriminatie wanneer de bepalingen van art. 20, 5°, Hyp.W. en die inzake het ontstaan van samenloop bij collectieve schuldenregeling zo worden uitgelegd dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud in dat geval niet beschermd wordt en bij faillissement wel. Men zou er kunnen aan toevoegen dat er ook een discriminatie is omdat bij collectieve schuldenregeling andere eigenaars wél hun goederen die de schuldenaar in detentie heeft, kunnen revindicieren, en enkel de onbetaalde verkoper dat niet kan.

29. Zoals bekend, bepaalt art. 26 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 dat indien er een prejudiciële vraag wordt opgeworpen voor het Hof van Cassatie ten aanzien van de schending door een wet van onder meer art. 10 en 11 van de Grondwet, dit het Grondwettelijk Hof *moet* verzoeken op deze vraag uitspraak te doen, behalve bij twee uitzonderingen die zich *in casu* manifesteren niet voordeden.<sup>54</sup> Het is intussen stilaan even bekend dat het Hof van Cassatie de meest onmogelijke uitvluchten zoekt om toch geen prejudiciële vragen te stellen en daarmee op grote schaal art. 26 schendt.<sup>55</sup>

Zo is ook de stelling dat er geen prejudiciële vraag moet worden gesteld indien het Grondwettelijk Hof alleen maar zou kunnen vaststellen dat de wet een leemte vertoont, een schending van art. 26 Bijzondere Wet. Zelfs in het geval waarin het Grondwettelijk Hof alleen maar zou kunnen vaststellen dat de wet een leemte vertoont, heeft de rechtzoekende er belang bij te horen zeggen voor recht dat de wetgever discrimineert (wat

Vgl. in dit verband ook mijn «België als no-go-zone voor schuldeisers? De redactie privaat», TPR 2010, 373 e.v.

<sup>54</sup> Namelijk «1° wanneer de zaak niet door het betrokken rechtscollege kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag; 2° wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp».

<sup>55</sup> Zie voor een gedeeltelijk overzicht: P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 251 e.v. Nog een voorbeeld van een onwettige weigering vinden we in Cass. 7 oktober 2008, nr. P.08.0324.N («gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting over de interpretatie van de Grondwet»). Voor een poging om die onwettige houding te verdedigen, zie: L. HUYBRECHTS en M. TRAEEST, «De weigering door het hof van Cassatie om aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag te stellen» in *De verhouding tussen het Arbitragehof, de rechterlijke macht en de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2006, 195 e.v.; M. TRAEEST, «Over het stilzwijgen van de wet en de verplichting voor het Hof van Cassatie om prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof», RW 2008-09, 306 e.v.

immers een mogelijkheid biedt tot aansprakelijkheid van de overheid), wat veronderstelt dat de zaak aan het Grondwettelijk Hof wordt voorgelegd, aangezien het Hof van Cassatie niet bevoegd is om dat zelf voor recht te zeggen.

30. Erger is evenwel dat het in dit geval helemaal niet juist is dat het Grondwettelijk Hof alleen maar zou kunnen vaststellen dat de wet een leemte vertoont. Het is immers enkel wanneer bovendien wordt vastgesteld dat het om een zgn. extrinsieke lacune gaat en niet om een zogenaamde intrinsieke of zelfherstellende lacune,<sup>56</sup> dat dit geldt. De lacune is intrinsiek of zelfherstellend wanneer de discriminatie kan worden opgeheven door een grondwetconforme interpretatie van de wet (zie bv. naast vele andere arresten de arresten nr. 17/2004, 190/2009 en 79/2010 van het Grondwettelijk Hof). Daarbij is het bovendien zonder belang welke de wetsbepaling is door de grondwetconforme interpretatie waarvan de discriminatie wordt opgeheven. Het volstaat *dat* ze door een grondwetconforme interpretatie kan worden opgeheven. Voor zover dat niet had gekund door een grondwetconforme interpretatie van art. 101 Faill.W. *a pari* of zelfs *a fortiori* – *quod non*, aangezien dat wel kon<sup>57</sup> –, kon het in ieder geval door een grondwetconforme interpretatie van art. 20, 5°, Hyp.W.<sup>58</sup> Het volstaat om aan deze laatste bepaling de normale interpretatie te geven, nl. dat de regeling inzake een voorrecht maar relevant is wanneer de koper reeds eigenaar is geworden. Het is niet omdat de Franstalige kamer van het Hof van Cassatie aan de combinatie van art. 20, 5°, Hyp.W. en art. 101 Faill.W. een discriminerende interpretatie geeft dat dit de enig mogelijke is en dat een niet-discriminerende interpretatie niet mogelijk zou zijn. Er was dus helemaal geen lacune die niet door een grondwetconforme interpretatie kon worden vermeden, en de weigering een prejudiciële vraag te stellen was dus onwettig.

<sup>56</sup> M. MELCHIOR en CL. COURTOY, «Het verzuim van de wetgever of de lacune in de grondwettelijke rechtspraak», *TBP* 2008, 587-603.

<sup>57</sup> Waarbij men redelijkerwijze zowel kan oordelen dat de vormvoorwaarden van art. 101 Faill.W. ook bij andere vormen van samenloop gelden, als dat deze vormvoorwaarden als afwijkend van het gemene recht juist enkel bij faillissement gelden. Het Hof van Cassatie heeft echter juist de enige onredelijke interpretatie gekozen, nl. dat het eigendomsvoorbehoud bij samenloop andere dan faillissement helemaal niet tegenwerpelijk is.

<sup>58</sup> Zo ook: R. FRANZIS, «Tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop: de wetgever is opnieuw (dringend) aan zet», *NJW* 2010, (503), p. 504, nr. 4.

## VIII. Enkele conclusies

31. Tot slot wens ik nog een viertal meer algemene conclusies formuleren.

a) Een onderscheid maken tussen «geldigheid tussen partijen» en «tegenwerpelijkheid aan derden» kan wellicht nuttig zijn voor verbintenissen en verbintenrechtelijke gevolgen van overeenkomsten, maar is onbruikbaar – of doet in ieder geval meer kwaad dan goed – als het over zakenrecht gaat.

b) Het Hof van Cassatie heeft zijn best gedaan om de stelling van A. Watson te bevestigen dat «rules of private law are in large measure out of step with the needs and desires of society», fenomeen waarvoor «the main but by no means sole cause is inertia, a lack of serious interest in developing legal rules to a satisfactory point».<sup>59</sup> In het insolventierecht uit zich dat in een ongezonde voorkeur voor de meest collectivistische en minst efficiënte regels inzake realisatie van activa.

c) Het Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn ten aanzien van het Grondwettelijk Hof en graaft zich steeds verder in met theorieën die de onwettige afwijzing van prejudiciële vragen proberen te rechtvaardigen.

d) De wetgever is weer eens kortzichtig geweest door het eigendomsvoorbehoud te regelen in een bijzondere wet, nl. de Faillissementswet, veeleer dan in het Burgerlijk Wetboek waar de regeling thuishoort. In 1851 heeft de wetgever tegelijk de Hypotheekwet in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet herschreven; in 1997 is hij daartoe niet meer in staat geweest. Die kortzichtigheid heeft ook op andere vlakken tot een dergelijk debacle geleid, bv. door de contractuele schuldvergelijking te regelen in de Wet Financiële Zekerheden in plaats van in het Burgerlijk Wetboek,<sup>60</sup> door kwaliteitsrekeningen niet algemeen te regelen maar slechts fragmentair voor afzonderlijke beroepsgroepen,<sup>61</sup> enz. Het valt dus te hopen dat er nu zeer snel een algemene wettelijke regeling in het Burgerlijk Wetboek zelf komt.

<sup>59</sup> A. WATSON, *Society and Legal Change*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1977, p. IX.

<sup>60</sup> Wat het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid heeft gegeven om het absurde arrest nr. 167/2008 te vellen (GwH 27 november 2008, *NJW* 2008, 926, noot E. DIRIX ««Nettingovereenkomsten»: niet voor broekjes»).

<sup>61</sup> Wat de Franstalige eerste kamer van het Hof van Cassatie de mogelijkheid heeft gegeven het onzinnige arrest van 27 januari 2011 (*RW* 2010-11, 1775, noot V. SAGAERT) te vellen volgens welk het tegoed op een derdenrekening van een advocaat in zijn boedel valt, een arrest waarvan opnieuw opvalt dat het gewoon fout is in wat het zegt (nl. dat dat tegoed door de advocaat voor eigen rekening werd aangehouden).