

# Vervreemding of verlies van het onderpand: een einde aan het voorrecht van de onbetaalde schuldeiser?

Emilie De Baere<sup>1</sup>

<b>Inleiding</b> .....	332
<b>Hoofdstuk 1. Bestaansreden van het voorrecht van de onbetaalde verkoper</b> .....	333
<b>Hoofdstuk 2. Uitdoving van het voorrecht: de vervreemding van het onderpand</b> .....	333
<i>Afdeling 1. Principe</i> .....	333
<i>Afdeling 2. Verklaring en tijdstip van het uitdoven van het voorrecht</i> .....	334
§ 1. <i>Bezit in de zin van "vermogen"</i> .....	334
§ 2. <i>Bezit in de gemeenrechtelijke betekenis</i> .....	335
§ 3. <i>Bedenkingen bij het bezit in functie van de onderverkrijger</i> .....	335
<b>Hoofdstuk 3. De achterpoortjes</b> .....	336
<i>Afdeling 1. Inleiding</i> .....	336
<i>Afdeling 2. Wederverkoop van het onderpand en de koopprijs werd reeds betaald</i> .....	336
<i>Afdeling 3. De onderverkrijger moet de koopprijs nog betalen</i> .....	337
<i>Afdeling 4. Het onderpand wordt vervangen door een ander goed</i> .....	338
<i>Afdeling 5. Het ultimum remedium: de gebeurlijke aansprakelijkheid van de onderverkrijger</i> .....	339
<b>Conclusie</b> .....	340

## SAMENVATTING

*De Hypotheekwet bepaalt in artikel 20, 5° dat het voorrecht van de onbetaalde verkoper uitdooft wanneer het onderpand zich niet langer in het "bezit" van de schuldenaar bevindt. De wetgever laat evenwel na te verduidelijken wat met dit bezit wordt bedoeld en kent daardoor weinig rechtszekerheid toe aan de onbetaalde verkoper.*

*In deze bijdrage wordt vooreerst nagegaan wat nu precies onder bezit moet worden verstaan en wat de gevolgen daarvan zijn op het bestaan en het uitdoven van het voorrecht. Daarna wordt aangetoond dat de bevoorrechte verkoper in de praktijk meer garanties heeft dan de letter van de wet op het eerste gezicht doet vermoeden.*

## RÉSUMÉ

*La loi hypothécaire prévoit en son article 20, 5° que le privilège du vendeur impayé s'éteint si le gage n'est plus en la "possession" du débiteur. Le législateur omet toutefois de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par "possession" et offre ainsi une sécurité juridique insuffisante au vendeur impayé.*

*Dans cette contribution, nous vérifions en premier lieu ce qu'il faut entendre par "possession" et quelles en sont les conséquences sur l'existence et l'extinction du privilège. Ensuite, nous démontrerons qu'en réalité, le vendeur privilégié dispose de plus de moyens d'action que la lettre de la loi laisse supposer à première vue.*

## INLEIDING

1. De voorrechten vormen in de praktijk een belangrijk, uitzonderlijk en dubbelzinnig leerstuk. Belangrijk, omdat het bescherming biedt aan bepaalde categorieën van schuldeisers. Zij genieten een preferentiële behandeling ten aanzien van de chirografaire schuldeisers. Bijgevolg ook uitzon-

derlijk want het wijkt af van de algemene regel van gelijkheid onder de schuldeisers. Maar bovenal is de gehele materie dubbelzinnig. De wetgever heeft een uiterst gebrekkige regeling<sup>2</sup> ingevoerd waardoor de toepassing ervan geheel onvoorspelbaar wordt. Hierdoor is het essentieel, voor de

<sup>1</sup> Advocaat, advocatenkantoor Storme, Leroy, Van Parijs te Gent. De eerste versie van dit artikel werd bekroond met de APR-prijs 2004-2005.

<sup>2</sup> Namelijk de Hypotheekwet van 16 december 1851.

praktijkjurist, grondig de rechtspraak en rechtsleer te bestuderen.

2. Een dergelijk dubbelzinnig thema is de beëindiging van het voorrecht van de onbetaalde verkoper. Dit voorrecht, voorzien in artikel 20, 5° Hyp.W., verleent de verkoper een preferente aanspraak op zijn verkochte goederen indien de koper nalaat deze te betalen. Volgens de letter van de wet blijft het voorrecht behouden zolang de onbetaalde goederen zich nog in het “bezit” van de schuldenaar bevinden. In de

praktijk betekent dit dat de vervreemding van het onderpand het voorrecht doet uitdoven, maar in theorie dringen zich een aantal vragen op: waarom dooft het voorrecht dan uit, op welk ogenblik gebeurt dit precies en heeft de onbetaalde verkoper dan geen enkele verhaalsmogelijkheid op de schuldenaar of eventueel op een derde? Om deze vragen op een zinvolle manier te beantwoorden wordt vooreerst kort de bestaansreden van het voorrecht toegelicht, daarna wordt een antwoord aangereikt op de verschillende vragen.

## HOOFDSTUK 1. BESTAANSREDEN VAN HET VOORRECHT VAN DE ONBETAALDE VERKOPER<sup>3</sup>

3. De prestatie die de onbetaalde verkoper levert (nl. een goed in het “bezit”<sup>4</sup> brengen van de schuldenaar) komt ten goede aan alle schuldeisers. Zolang dit goed zich in de massa bevindt, kunnen de chirografaire schuldeisers er ook hun vorderingen op uitoefenen. Zij zien hun onderpand aangroeien. Ze kunnen zich dus verrijken op kosten van de onbetaalde verkoper. Door laatstgenoemde een preferente aanspraak te verlenen op dat goed, versterkt de wetgever de positie van de onbetaalde schuldeiser tegenover de chirografaire<sup>5</sup>.

4. Anderen beweren dat aan de verkoper een voorrecht

wordt toegekend omdat hij nog een zakelijk recht zou hebben op het onbetaalde goed<sup>6</sup>. Deze stelling kan echter niet worden gevolgd daar het indruist tegen de bewoording en de geest van het Burgerlijk Wetboek. Een koopovereenkomst komt immers tot stand bij consensus over de essentiële bestanddelen van de koop, nl. over de zaak en de prijs. Door de loutere wilsovereenstemming is niet alleen de koop gesloten, maar gaat ook het eigendomsrecht over op de koper. Het zakelijk recht gaat dus reeds op het moment van sluiten van de overeenkomst over van de ene titularis naar de andere<sup>7</sup>. De nog te betalen prijs of de effectieve levering doen aan dit principe geen afbreuk<sup>8</sup>.

## HOOFDSTUK 2. UITDOVING VAN HET VOORRECHT: DE VERVREEMDING VAN HET ONDERPAND

### Afdeling 1. Principe

5. Op het eerste gezicht lijkt dit principe vrij eenvoudig: de schuldenaar vervreemdt zijn onbetaalde goederen, het onderpand van de oorspronkelijke verkoper gaat verloren en de schuldeiser ziet zijn voorrecht verloren gaan. Een duidelijke toepassing van het algemeen geldend principe dat op de

voorrechten geen volgrecht rust: de schuldeiser kan zijn zekerheid niet afdwingen in handen van derden<sup>9</sup>. Wanneer de rechtsleer en rechtspraak echter van nabij worden bekeken blijken twee theoretische problemen de meningen te verdelen: waarom dooft dit voorrecht nu precies uit bij vervreemding van het onderpand en wat is bijgevolg het precieze tijdstip van tenietgaan?

3. Hier wordt zowel de onbetaalde verkoper van “gewone” goederen als de onbetaalde verkoper van bedrijfsuitrustingsmateriaal geïnviseerd. Laatstgenoemde verkrijgt geen afzonderlijk voorrecht maar een modaliteit van het voorrecht van de onbetaalde verkoper. Zie K. Byttebier, *Voorrechten en hypotheek in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 406. Zie voor verdere nuancering *infra*, randnr. 35 en de verwijzingen aldaar.

4. Zie voor verklaring begrip *infra*, randnr. 8 e.v.

5. Zie voor redenering, K. BYTTEBIER, *o.c.*, 391; A. CUYPERS, *Voorrechten en hypotheek. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, Antwerpen, Kluwer, 1999, art. 20, 5°, 16; W. DELVA, *Voorrechten en hypotheek*, Gent, E.Story-Scientia, 1977, 97; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, *Les privilèges – les hypothèques – la transcription – la prescription*, Brussel, Bruylant, 1957, 167-168; E. SCHREUDER, “La protection juridique du vendeur non payé d’effets mobiliers”, *Ann. dr. Liège* 1979, 44; J. VAN DEN BERGH, *Afbetalingsovereenkomsten*, in *A.P.R.*, Gent – Leuven, E.Story-Scientia, 1975, 107. Met de bedenking dat aan de ruiler dit voorrecht niet wordt toegekend.

Er lijkt discussie te bestaan over het *ogenblik van ontstaan* van het voorrecht. Schreuder is terecht van mening dat het voorrecht wordt gevestigd bij het louter sluiten van de koopovereenkomst: E. SCHREUDER, *o.c.*, 44. Anderen beweren echter dat het pas ontstaat bij de effectieve levering van het goed: CLAEYS-BOUUAERT en A. D’HOORE, “Rechtsmiddelen voor de niet-betaalde verkoper bij de verkoop van roerende goederen”, *Jura Falc.* 1991-92, 93. Deze laatste redenering kan niet worden gevolgd daar het goed reeds in het vermogen van de schuldenaar komt bij loutere wilsovereenstemming. Zie volgend randnr.

6. E. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques ou commentaire de la loi du 16 décembre sur la révision du régime hypothécaire*, II, Brussel, Decq, 1863, 138-139.

7. Zie de art. 1138 en 1583 B.W.; ook Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 5. Dit wordt het translatief karakter van de koop genoemd.

8. F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, T. XXIX, Brussel, Bruylant, 1878, 499-500 en bevestigd door F. LEPINOIS, *Traité théorique et pratique de la transcription, des privilèges et des hypothèques*, T. V, Luik, Godenne, 1893, 445.

9. De wetgever heeft uitzonderlijk een volgrecht aan de onbetaalde verhuurder toegekend (art. 20, 1° Hyp.W.). Dit volgrecht blijft echter uitzonderlijk daar een algemene toepassing ervan nefast zou zijn voor vlotte commerciële transacties. F. LAURENT, *o.c.*, 505.

## Afdeling 2. Verklaring en tijdstip van het uitdoven van het voorrecht

6. Een eerste stelling luidt dat de *bestaansreden van het voorrecht* verdwenen is. Zoals hoger uiteengezet, kunnen de andere schuldeisers zich verrijken ten koste van de verkoper. Maar wanneer het goed wordt vervreemd, verlaat het de massa en kunnen de overige schuldeisers er geen aanspraak meer op maken. De verkoper verworft de overige schuldeisers geen enkel voordeel meer<sup>10</sup>.

Hierna zal blijken dat deze opvatting echter te ongenueerd is<sup>11</sup>. Het is immers mogelijk dat bij doorverkoop van het onderpand gelden de plaats innemen van het vervreemde goed. Die gelden kunnen strikt genomen nog steeds in verband worden gebracht met de oorspronkelijke, onbetaalde verkoper. De schuldeisers kunnen opnieuw genieten van een verruimd onderpand, terwijl de oorspronkelijke verkoper nog steeds niet werd betaald. Hoewel het onderpand dus werd vervreemd, zal blijken dat de bestaansreden voor het voorrecht nog aanwezig is.

7. Bijgevolg lijkt het logischer het uitdoven van het voorrecht te verklaren aan de hand van de *tekst van de wet*. Volgens artikel 20, 5°, 1° lid van de Hypotheekwet kan het voorrecht enkel behouden blijven zolang het goed zich nog in het "bezit" van de schuldenaar bevindt. Hoewel de meerderheid van de rechtsgeleerden dit uitgangspunt ondersteunen, ontwikkelen zich binnen deze strekking twee uiteenlopende visies<sup>12</sup>. Wat met bezit wordt bedoeld is immers voor interpretatie vatbaar.

### § 1. Bezit in de zin van "vermogen"

8. De heersende rechtsleer is terecht van mening dat bezit in het leerstuk van de voorrechten een autonome invulling

krijgt. Bezit moet hier worden begrepen als het vermogen van de schuldenaar<sup>13</sup>. Daarin bevinden zich zowel alle goederen waarvan hij eigenaar is, als alle schuldvorderingen. Bezit wordt in deze visie benaderd vanuit de positie van de schuldeisers. Zij staan immers niet in relatie met de schuldenaar, enkel met zijn vermogen. Hun enige bekommernis is het welslagen van hun schuldvordering, en dit zal afhangen van het onderpand, het vermogen.

9. Wat is nu het precieze tijdstip waarop het voorrecht uitdooft? Volgens de (dubbelzinnige) letter van de wet vindt dit plaats van zodra de schuldenaar het bezit verliest over het bevoorrechte goed. Volgens deze visie dus van zodra het goed verdwijnt uit het vermogen van de schuldenaar. De regels toepasselijk op de koopovereenkomst bepalen dan het precieze tijdstip van het verloren gaan van het voorrecht<sup>14</sup>. Op het moment van de wilsovereenstemming gaat het eigendomsrecht van de verkoper over op de koper. Het goed wisselt op dit moment reeds fictief van eigenaar, het verdwijnt uit het vermogen van de verkoper en is reeds aanwezig in het vermogen van de koper. Dit is bijgevolg het ogenblik van tenietgaan van het voorrecht. Deze overdracht geschiedt ongeacht het plaatsvinden van de materiële levering van het goed. Ook al werd het goed nog niet geleverd, toch zal het zich niet meer in het vermogen van de schuldenaar bevinden<sup>15</sup>.

10. Deze visie verklaart ook waarom het voorrecht enkel tenietgaat bij een werkelijke vervreemding en niet bij een loutere afgifte van het onderpand<sup>16</sup>. Hierbij wordt gedacht aan lening, inbewaargeving, vruchtgebruik, huur... Er is hier immers geen sprake van vervreemding, enkel van inbezitstelling. Bij laatstgenoemde is vreemd genoeg nog steeds voldaan aan de voorwaarde "in het bezit van de schuldenaar", dit komt precies door de gehanteerde interpretatie van het begrip bezit<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> F. LAURENT, *o.c.*, 504.

<sup>11</sup> *Infra*, randnr. 19 e.v.

<sup>12</sup> Zie voor een beknopte overweging van beide stromingen met overzicht van aanhangers, J. VAN DEN BERGH, *o.c.*, 109-110.

<sup>13</sup> **Rechtsleer:** K. BYTTEBIER, *o.c.*, 403; J. CAEYMAEX, *Manuel des sûretés mobilières*, Luik, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1985, art. 20, 5°, 22/10; A. CLOQUET, "Les concordats et la faillite", in *Les Nouvelles: Corpus Juris Belgici: Droit commercial*, T. V, Brussel, Larcier, 1985, 595-596; A. CUYPERS, *o.c.*, art. 20, 5°, 31; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, deel 1, *inleiding – personenrecht – zakenrecht – overschrijving – verjaring*, Brussel, Bruylant, 1972, 855; W. DELVA, *o.c.*, 98; H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 178-179; R. DERYCKE, *Voorrechten*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1958, 72; E. DIRIX en R. DECORTE, *Beginselen van het Belgisch privaatrecht, deel 12: zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1999, 188; P. HEURTERRE, "Overzicht van rechtspraak. Voorrechten en hypotheeken (1971-1976)", *T.P.R.* 1978, 1206; F. LAURENT, *o.c.*, 505-507; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 614-615; E. SCHREUDER, *l.c.*, 51; A.M. STRANART, *Le droit des sûretés*, Brussel, E.Story-Scientia, 1992, 113. F. CLAEYS-BOUUAERT en A. D'HOORE, *l.c.*, 93. De auteurs spreken zichzelf op dezelfde pagina tegen. Volgens hen ontstaat het voorrecht pas bij effectieve levering want er is bezit nodig (zie ook *supra*, voetnoot 80). Drie alinea's verder stellen ze dat bezit moet worden geïnterpreteerd als vermogen. Vanaf het sluiten van de koopovereenkomst zal het vermogen van de schuldenaar reeds worden verrijkt en de bestaansreden van het voorrecht zal reeds aanwezig zijn. Hier is er blijkbaar toch geen inbezitstelling nodig.

**Rechtspraak:** Antwerpen 11 december 1984, *R.W.* 1985-86, 190; Brussel 3 januari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1097. Zie ook de uitdrukkelijke verwijzing in de arbitrale beslissing: Arbit. Besl. 13 september 1954, *J.P.A.* 1955, 109.

<sup>14</sup> *Supra*, randnr. 4 en de verwijzingen aldaar.

<sup>15</sup> *Supra*, randnr. 4 *in fine*. Wanneer het goed nog niet werd geleverd is de schuldenaar juridisch gezien enkel nog detentor. Daar het bezit hier wordt gekoppeld aan het eigendomsrecht, kan het voorrecht niet blijven bestaan bij loutere detentie. *Infra*, randnr. 15 en de verwijzingen aldaar.

<sup>16</sup> J. CAEYMAEX, *o.c.*, art. 20, 5°, 22/11; R. DEKKERS, *o.c.*, 855; W. DELVA, *o.c.*, 98; H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 179-180; R. DERYCKE, *o.c.*, 73; E. SCHREUDER, *l.c.*, 51.

<sup>17</sup> Deze redenering brengt echter praktische moeilijkheden met zich mee. Bv. m.b.t. de huur, A. CUYPERS, *o.c.*, art. 20, 5°, 31-32.

## § 2. Bezit in de gemeenrechtelijke betekenis

11. Volgens een tweede stroming<sup>18</sup> richt de vereiste van bezit zich niet tot de schuldeiser maar tot de onderverkrijger. Hier wordt de gemeenrechtelijke benadering van bezit bedoeld, nl. de bezitsbescherming in artikel 2279 BW: “Met betrekking tot roerende goederen geldt het bezit als titel”<sup>19</sup>. Dit bezit veronderstelt twee wezenlijke bestanddelen. Vooreerst moet er een materieel element aanwezig zijn: het *corpus possessionis*. Dit wil zeggen dat men de feitelijke, exclusieve heerschappij moet hebben over het goed. De bezitter moet daden stellen die in de ogen van anderen overeenstemmen met daden van een eigenaar; hij moet zich gedragen als titularis van het eigendomsrecht. Daarnaast veronderstelt het bezit een intentioneel element, dit is het *animus possessionis*. De bezitter moet zich niet alleen gedragen als eigenaar, hij moet ook de wil hebben dit voor zichzelf te doen<sup>20</sup>.

12. Wanneer we naar de Hypotheekwet kijken, dooft het voorrecht uit wanneer de schuldenaar het bezit verliest over het goed. Anders gezegd: wanneer een andere persoon het goed bezit. Als we onze hoger gestelde voorwaarden hierop toepassen, zal een derde pas als bezitter kunnen optreden wanneer, in zijn hoofde, het *animus* en het *corpus* verenigd zijn. Dit wil zeggen dat bij vervreemding van het bevoorrechte onderpand, de onderverkrijger pas bezitter zal zijn wanneer de zaak hem effectief werd afgegeven. Het voorrecht dooft hier derhalve pas uit, na de werkelijke inbezitting, dit is na de levering. Immers, zolang *animus* en *corpus* niet verenigd zijn, kan de onderverkrijger niet genieten van de bescherming die artikel 2279 B.W. hem biedt. Dit artikel beschermt de bezitter tegen aanspraken die derden beweren te hebben op het desbetreffende goed<sup>21</sup>. In casu zal het hem beschermen tegen de aanspraken van de onbetaalde verkoper.

## § 3. Bedenkingen bij het bezit in functie van de onderverkrijger

13. De tweede stroming lijkt mijns inziens in te gaan tegen de geest en bewoording van het Burgerlijk Wetboek<sup>22</sup>. Het druist op verschillende punten in tegen de wil van de wetgever.

14. Een eerste bedenking kan worden gemaakt ten aanzien van het perspectief van waaruit de redenering wordt benaderd. Het valt te betwijfelen dat de wetgever een andere relatie wou viseren dan de relatie schuldeiser-schuldenaar. Mijns inziens kan de Hypotheekwet enkel vanuit dit standpunt worden benaderd. De bezitsvoorwaarde is dan ook niets anders dan een herhaling van het gebrek aan volgrecht en wil de onbetaalde verkoper waarschuwen. Het zegt niets over de voorwaarden die in hoofde van een derde moeten vervuld zijn om zich af te weren tegen mogelijke aanspraken van derden<sup>23</sup>.

15. Bovendien druist de hele redenering in tegen de algemeen aanvaarde beginselen van het koopcontract. Zoals herhaaldelijk erop gewezen, verlaat het goed reeds bij het sluiten van de overeenkomst het vermogen van de schuldenaar. Ook al werd het goed nog niet geleverd en bevindt het zich nog materieel bij de oorspronkelijke koper, kan de onbetaalde verkoper er zijn voorrecht niet meer op laten gelden<sup>24</sup>. De oorspronkelijke koper heeft nu slechts nog de loutere detentie van het bevoorrechte goed. En met “bezit” kan de wetgever zeker dit laatste niet hebben bedoeld<sup>25</sup>.

16. *A fortiori* miskent het de principes van het ontstaan van het voorrecht<sup>26</sup>. Verder bouwend op voorgaande redenering, zal bij de loutere wilsovereenstemming de bestaansreden van het voorrecht verdwijnen. De schuldeisers kunnen niet meer genieten van het bevoorrechte goed, het heeft het vermogen reeds verlaten. Er kan dan ook geen enkele reden worden aangevoerd om het voorrecht nog te behouden wanneer de schuldenaar nog de loutere detentie heeft.

17. Ten slotte veronderstelt de redenering o.g.v. artikel 2279 B.W. dat de onderverkrijger te goeder trouw is. Wat nu

18. A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, VI, *Voorrechten en hypotheeken*, Antwerpen, Standaard, 1951, 130; F. LEPINOIS, *o.c.*, 453-454; E. MARTOU, *o.c.*, 141.

19. Zie voor een uitgebreide bespreking van bezit, H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels (II) et les biens (I)*, Brussel, Bruylant, 1975, 733-791; J. HANSENNE, *Les biens: précis*, Luik, T. I, Université de Liège, 1996, 153-216; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, V, *Zakenrecht*, Antwerpen, Standaard, 1953, 411 p.; F. VAN NESTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Deel V, *Zakenrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 1990, 191-257; L. WODON, *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, Brussel, Bruylant, 1866, 2 delen.

20. Voor overzicht van rechtspraak voor zowel *corpus* als *animus*, H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, die Keure, 1994, 39-42.

21. Zie o.a. F. VAN NESTE, *o.c.*, 203 e.v. voor de functies van het bezit en in het bijzonder de bescherming voorzien in art. 2279 B.W.

22. Merk op dat de tweede stroming steun vindt in de oudere rechtsleer. In de moderne opvattingen blijkt die interpretatie van bezit niet overeen te blijven.

23. Dit kan worden gemotiveerd vanuit de achterliggende idee van de Hypotheekwet. Het wil de verhouding tussen de schuldeisers en de schuldenaar regelen, maar ook de verhouding tussen de schuldeisers onderling (zie bv. de materie van de rangregeling).

24. *Supra*, randnr. 7 *in fine*.

25. Zie voor deze bedenking, F. LAURENT, *o.c.*, 506-507. Over detentie, H. VUYE, *o.c.*, 47-62.

26. *Supra*, randnr. 6.

als die koper te kwader trouw is en hij bijgevolg kennis had van het bestaan van het voorrecht? Zou dit niet impliceren dat de oorspronkelijke onbetaalde verkoper het goed wel nog zou kunnen revindiceren in handen van de derde? Deze gevolgtrekking druist geheel in tegen de wet, daar aan bijzondere voorrechten in de regel geen volgrecht wordt gekoppeld<sup>27</sup>.

18. Het is duidelijk dat aan het begrip bezit een autonome invulling moet worden gegeven. De gemeenrechtelijke betekenis is hier niet alleen ontoereikend maar ook manifest in strijd met de wil van de wetgever.

### HOOFDSTUK 3. DE ACHTERPOORTJES

#### Afdeling 1. Inleiding

19. Wanneer het goed wordt vervreemd kan de onbetaalde verkoper zijn vordering niet meer met voorrang uitoefenen op het onbetaalde goed. Uit de praktijk kan echter worden afgeleid dat het voorrecht niet steeds uitdooft wanneer het onderpand materieel uit het vermogen van de schuldenaar verdwijnt na wederverkoop van dit goed. Bijgevolg worden ex lege een aantal bijkomende waarborgen toegekend aan de onbetaalde verkoper.

#### Afdeling 2. Wederverkoop van het onderpand en de koopprijs werd reeds betaald

20. In de rechtsleer en rechtspraak wordt aanvaard dat de onbetaalde verkoper zijn voorrecht nog steeds kan uitoefenen bij doorverkoop van het onderpand wanneer de koopprijs reeds is gestort in handen van zijn schuldenaar, de oorspronkelijke koper<sup>28</sup>. De uitoefening ervan wordt echter beperkt tot de gevallen waarin de gelden “nog identificeerbaar” zijn in het vermogen van de schuldenaar<sup>29</sup>. Dit is logisch aangezien de principiële gelijkheid onder schuldeisers zou worden doorbroken indien de bevoorrechte schuldeiser zich op eender welk goed zou mogen verhalen. Deze identificatieplicht impliceert dat de gelden zich nog niet mogen hebben vermengd met de rest van het patrimonium<sup>30</sup>. De meest voor de hand liggende situatie die hier

wordt geïllustreerd is de gelden in handen van de curator na realisatie van het vermogen van de gefailleerde schuldenaar<sup>31</sup>. Daarnaast kan ook worden gedacht aan de openbare verkoop onder leiding van de gerechtsdeurwaarder na uitvoerend beslag<sup>32</sup>. Het is duidelijk dat deze identificatieplicht sneller zal zijn vervuld bij een gedwongen verkoop dan bij een vrijwillige verkoop wat de toepassing ervan in de praktijk uiteraard sterk beperkt<sup>33</sup>.

21. Het behoud van het voorrecht bij identificeerbaarheid van de gestorte gelden kan worden verklaard vanuit een traditionele en een moderne visie.

22. De *traditionele visie* beroept zich op de bestaansredenen van het voorrecht om het behoud te verklaren. Zoals hoger reeds vermeld, zorgt de onbetaalde verkoper ervoor dat het onderpand van de chirografaire schuldeisers aangroeit door een goed in de massa te brengen. Hoewel het goed, na de verkoop, er materieel niet meer in terug vinden is, blijft de massa aangegroeid met de gelden die in de plaats zijn gekomen. Zolang die gelden nog identificeerbaar zijn, kan die aanwas van de massa in relatie gebracht worden met de oorspronkelijke verkoper. De overige schuldeisers kunnen zich nog steeds ten koste van hem verrijken. De bestaansreden is dus nog aanwezig<sup>34</sup>.

23. Daarnaast kan een meer *pragmatische oplossing* aangeboden worden op grond van de leer van de zakelijke

27. J. CAEYMAEX, *o.c.*, art. 20, 5°, 22/9; A. CUYPERS, *o.c.*, art. 20, 5°, 36; R. DERYCKE, *o.c.*, 73.

28. Dit wordt ook “het beginsel van de overwijzing op de prijs genoemd”. H. GEINGER, C. BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERS Wyn, “Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, *T.P.R.* 1996, 1049.

29. K. BYTTEBIER, *o.c.*, 403-404; A. CLOQUET, *o.c.*, 596; A. CUYPERS, *o.c.*, art. 20, 5°, 32-33; H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 181-182; R. DERYCKE, *o.c.*, 73; E. DIRIX, “Zakelijke subrogatie”, *R.W.* 1993-94, 275; M. GRÉGOIRE, “Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et les privilèges. 2<sup>ème</sup> partie (1975-2000): Les privilèges mobiliers”, *Bank. Fin.* 2001, 39. SAGAERT spreekt eerder over de traceerbaarheid van het surrogaat dan over de individualiseerbaarheid: V. SAGAERT, *o.c.*, 544. Kh. Brussel 14 november 1995, *T.B.H.* 1997, 124; Kh. Aarlen 28 januari 1993, *R.R.D.* 1993, 144.

*Contra* W. DELVA, *o.c.*, 98; F. LAURENT, *o.c.*, 507-508. Volgens LAURENT zou de verkoper zijn voorrecht enkel kunnen uitoefenen op de prijs als de wet dit uitdrukkelijk voorziet. Dit is immers een geval van subrogatie en kan volgens hem niet buiten de wet gestelde gevallen.

30. In het kader van de bijzondere voorrechten is deze identificatieplicht ook bijzonder logisch. Een bijzonder voorrecht heeft immers een specifiek goed als onderpand, het voorrecht kan enkel op dit goed worden uitgeoefend. Indien de voorwaarde van de identificatieplicht niet zou worden gesteld dan zou de onbetaalde verkoper worden uitbetaald op het gehele vermogen van de schuldenaar en aldus een algemeen voorrecht krijgen. Hierdoor zou hij onrechtvaardig worden verrijkt ten koste van de failliete boedel.

31. Cass. 18 december 1970, *R.W.* 1970-71, 1758; Gent 7 mei 1996, *A.J.T.* 1996-97, 418-424; Luik 28 juni 1968, *T.B.H.* 1969, 93; Kh. Aarlen 17 juni 1976, *Jur. Liège* 1976-77, 14-15; Rb. Aarlen 10 september 1970, *Jur. Liège* 1970-71, 116.

32. Brussel 24 januari 1964, *R.W.* 1963-64, 1511-1512.

33. Bij een vrijwillige verkoop kan worden gedacht aan de uitzonderlijke situatie waarbij de gelden op een geblokkeerde rekening werden gestort. Zie verder ook A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 693.

34. Aanhangers van de traditionele visie, A. CUYPERS, *o.c.*, art. 20, 5°, 33 (waarin de traditionele redenering wel wordt opgenomen maar waarin de auteur zich tevens op het pad van de zakelijke subrogatie waagt); H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 181-182 en R. DERYCKE, *o.c.*, 73.

subrogatie. Sagaert definieert deze rechtsfiguur als “*het mechanisme dat onder strikte voorwaarden het voortbestaan van een zakelijk recht waarborgt op de tegenwaarde van haar oorspronkelijk object wanneer dat oorspronkelijk object in natura is onttrokken aan het zakelijk recht*”<sup>35</sup>. Deze definitie illustreert duidelijk het belang van de zaaksverving. Het bestaat erin de titularis van een zakelijk recht te beschermen door de continuïteit van bestaande rechtsverhoudingen te waarborgen<sup>36</sup>. De continuïteit wordt gerealiseerd door het zakelijk recht te laten overgaan op het goed of de geldwaarde dat in de plaats is gekomen van het oorspronkelijke onderpand. Van belang is dus het redden van waarden<sup>37</sup>, immers zal de oorspronkelijke schuldeiser niet geïnteresseerd zijn in de aard of de verschijningsvorm van zijn onderpand, zolang het maar de waarde vertegenwoordigt van zijn zakelijk recht.

**24.** De titularis van een zakelijk recht kan zich slechts op de zaaksverving beroepen wanneer er een causaal verband bestaat tussen het teloorgegangene en het nieuwe onderpand<sup>38</sup>. Er moet bijgevolg een noodzakelijke band bestaan tussen het verlies van het ene goed en de aanwinst van het andere. Sagaert merkt hierbij op dat er ook een band moet bestaan tussen de waarde van de goederen, “*de omvang van het surrogaat moet bepaald worden in functie van de waarde van het oorspronkelijke onderpand [...], de waarde van het oorspronkelijke onderpand moet (één van de) berekeningselement(en) zijn voor de bepaling van de omvang van het surrogaat*”<sup>39</sup>.

**25.** In ons Belgisch recht is er tot op heden geen uitdrukkelijke wetsbepaling die een algemene toepassing van de subrogatieleer mogelijk maakt. Deze blijft derhalve beperkt tot de gevallen expliciet geïndiceerd in de wet<sup>40</sup>. Ter illustratie kan hiervoor worden verwezen naar artikel 10 Hyp.W. waarbij de bevoorrechte schuldeiser zijn voorrecht kan laten gelden op de vergoeding die in de plaats is gekomen van het teloorgegangene onderpand<sup>41</sup>. De typische aard van de voorrechten maken dit nu precies het leerstuk bij uitstek waar de zakelijke subrogatie zijn toepassing kan vinden. Immers

heeft de bevoorrechte schuldeiser nooit een aanspraak op de zaak zelf maar steeds op de waarde van zijn onderpand. Wie recht heeft op de waarde van zijn onderpand zal immers weinig belang hechten aan de materiële verschijningsvorm van dit onderpand. De meerderheid van de auteurs zijn het er dan ook over eens dat de zakelijke subrogatie een toepassing kan vinden binnen de voorrechten<sup>42</sup>. Dit wordt bevestigd door de rechtspraak<sup>43</sup>.

**26.** Voor de onbetaalde verkoper zou een toepassing van de zakelijke subrogatie het volgende betekenen: wanneer zijn onderpand wordt doorverkocht zal de verkoopprijs automatisch de plaats innemen van dat onderpand, de continuïteit is hier aanwezig in zijn meest zuivere vorm: de materiële aanwezigheid van het goed wordt hier immers vervangen door zijn geldelijke tegenwaarde. De onbetaalde verkoper zal dus op grond van de leer van de zakelijke subrogatie zijn voorrecht kunnen uitoefenen op de reeds betaalde verkoopprijs.

### Afdeling 3. De onderverkrijger moet de verkoopprijs nog betalen

**27.** Ook in het geval waar de oorspronkelijke koper het goed reeds heeft doorverkocht maar waarbij de verkoopprijs nog niet werd gestort in handen van de oorspronkelijke koper, wordt aanvaard dat de bevoorrechte schuldeiser zijn zekerheid nog steeds kan uitoefenen. Dit valt te verklaren vanuit dezelfde visies.

**28.** Zolang de verkoopprijs nog niet is betaald, zal de oorspronkelijke koper een schuldvordering hebben op de onderverkrijger. Deze schuldvordering is gelijk aan de waarde van het onbetaalde goed. In het vermogen van de oorspronkelijke koper is het goed materieel niet meer terug te vinden, maar de schuldvordering, die de waarde van het goed vertegenwoordigt, wel. Zolang kunnen de chirografaire schuldeisers zich nog verrijken ten koste van de onbetaalde verkoper. De reden om een voorrecht toe te kennen blijft dus bestaan<sup>44</sup>.

<sup>35</sup>. V. SAGAERT, *o.c.*, 6.

<sup>36</sup>. A. CUYPERS, *o.c.*, art 10, 4; E. DIRIX, *l.c.*, 273 en 276.

<sup>37</sup>. R. DEKKERS, “Over de grondslag van de zakelijke plaatsvervulling”, *R.W.* 1954-55, 1333.

<sup>38</sup>. V. SAGAERT, *o.c.*, 254.

<sup>39</sup>. *Ibid.*, 257-258.

<sup>40</sup>. Voor een opsomming, zie J. HANSENNE, *o.c.*, 50-53.

<sup>41</sup>. Zie voor een uitgebreide bespreking, A. CUYPERS, *o.c.*, art. 10.

<sup>42</sup>. Lepinois meent nog dat een uitdrukkelijke wettekst vereist is, F. LEPINOIS, *o.c.*, 456-457.

In H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 181. wordt de mogelijkheid aangehaald maar nog niet uitgewerkt.

Volgende auteurs volgen de zakelijke subrogatie, A. CUYPERS, *o.c.*, 33; R. DERYCKE, *o.c.*, 20; E. DIRIX, *l.c.*, 275; E. DIRIX en R. DECORTE, *o.c.*, 188; M. GRÉGOIRE, *l.c.*, 39; J. HANSENNE, *o.c.*, 47-57; J.-L. LEDOUX, *les sûretés réelles – Chronique de jurisprudence 1994-02*, Brussel, Larcier, 2003, 67; J.-L. LEDOUX, *o.c.*, 334; V. SAGAERT, *o.c.*, 595-596 en A. VERBEKE, “Toepassing van de separatistenpositie van de onbetaalde verkoper van bedrijfsuitrusting bij faillissement” (noot onder Gent 7 mei 1996), *A.J.T.* 1996-97, 421.

<sup>43</sup>. Zie o.a. Antwerpen 5 juni 2000, *R.W.* 2000-01, 1312 (landbouwvoorrecht); Luik 4 oktober 1984, *J.L.* 1985, 1-3 (voorrecht van de onbetaalde verkoper); Rb. Hoei 17 oktober 1983, *J.L.* 1984, 137 (voorrecht voor de kosten tot behoud van de zaak); Gent 21 december 1967, *R.W.* 1967-68, 1932 (hypothecaire schulden).

<sup>44</sup>. H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 180; R. DERYCKE, *o.c.*, 73; F. LAURENT, *o.c.*, 508-512 en E. SCHREUDER, *l.c.*, 51-52. Illustratie, Rb. Luik 23 maart 1909, *Pas.* 1909, III, 225-227.

*Contra* F. LEPINOIS, *o.c.*, 456-457; E. MARTOU, *o.c.*, 141-143 en W. DELVA, *o.c.*, 98; Kh. Brussel 16 juni 1987, *T.B.H.* 1988, 487-489.

29. Ook hier kan het behoud van het voorrecht worden verantwoord aan de hand van de zakelijke subrogatie. Het onderpand wordt hier immers vervangen door een schuldvordering die in se dezelfde waarde vertegenwoordigt. Er is voldoende identificatie tussen het oorspronkelijke onderpand en het onlichamelijke surrogaat om het voorrecht te behouden<sup>45</sup>.

#### Afdeling 4. Het onderpand wordt vervangen door een ander goed

30. Bij vervreemding dooft in de regel het voorrecht uit. Hierboven werd echter aangetoond dat het voorrecht nog kan worden uitgeoefend op de schuldvordering of op de prijs die reeds werd betaald na wederverkoop van het oorspronkelijke onderpand. Maar wat als het onderpand nu wordt vervangen door een in ruil ontvangen goed? Mag de onbetaalde schuldeiser zijn voorrecht uitoefenen op dit nieuw onderpand?

31. Waar de zakelijke subrogatie *ex lege* wordt aanvaard bij het vervangen van het onderpand door de verkoopprijs of door de schuldvordering, wordt dit door de rechtsleer en de rechtspraak niet aanvaard wanneer het wordt vervangen door een ander goed<sup>46</sup>. Hierbij kan worden opgemerkt dat dit verbod niet alleen wordt gehandhaafd in het leerstuk van de voorrechten<sup>47</sup>. In theorie zou de zakelijke subrogatie op een nieuw onderpand, zijnde een zaaksvervanging in natura, uiteraard mogelijk zijn. Een wagen wordt vervangen door een andere, de onbetaalde verkoper oefent zijn voorrecht uit op de tweede wagen. Hetzelfde geval doet zich voor wanneer de schuldenaar de opbrengst van het verkochte onderpand herbelegt in een nieuw roerend goed. In de praktijk stellen zich echter een aantal problemen. Hierna zullen drie mogelijke hindernissen worden besproken en waar mogelijk worden weerlegd.

32. Een eerste argument zou kunnen worden opgeworpen ten gunste van de rechtszekerheid van de chirografaïre

schuldeisers. Laatstgenoemde zullen door de verschillende transacties die gebeuren binnen het vermogen van hun gemeenschappelijke schuldenaar geen zicht meer hebben op zijn werkelijke solvabiliteit. Doordat het nieuwe roerend goed wordt uitgesloten van het gemeenschappelijke onderpand komt de positie van de medeschuldenaars in het gedrang, zij kunnen immers niet traceren welke zekerheden rusten op de nieuwe goederen. Maar ook voor derden brengt deze schijnsolvabiliteit enkel onzekerheid<sup>48</sup>. Zij kunnen immers niet langer met kennis van zaken contracteren met de geviseerde schuldenaar, zijn schijnbare solvabiliteit strookt immers niet langer met de werkelijke solvabiliteit. Dit argument kan mijns inziens geen reden zijn om de zaaksvervanging in natura niet toe te laten. De wetgever heeft immers voor het zakelijk recht van de onbetaalde verkoper (in zijn meest eenvoudige vorm) überhaupt geen publiciteit voorzien. Dit wil zeggen dat de chirografaïre schuldeisers nooit op de hoogte worden gesteld van het bestaan van het voorrecht en van het feit dat het goed dat ze aantreffen in het vermogen van de schuldenaar niet zal behoren tot hun onderpand. De niet aan publicatie onderworpen zakelijke rechten brengen in se een toestand van schijnsolvabiliteit met zich mee.

33. Ten tweede stelt zich het praktische probleem van het bewijs in hoofde van de oorspronkelijke onbetaalde verkoper. Laatstgenoemde wordt immers geconfronteerd met diverse transacties waarop hij nog weinig controle kan uitoefenen. Zoals hoger uiteengezet zal bij doorverkoop van het oorspronkelijk onderpand de opbrengst nog moeilijk te identificeren zijn binnen het vermogen van de schuldenaar. Hoe zou dan nog kunnen worden aangetoond dat met dezelfde gelden een nieuw goed werd aangekocht? In de rechtspraak kunnen enkele uitzonderlijke voorbeelden worden gevonden waarin wordt geoordeeld dat toch aan de identificatieplicht is voldaan. De rechtbank van koophandel te Aarlen besliste dat in een ruiltransactie de subrogatie wel kan worden toegestaan, de factuur levert immers het bewijs van de ruil, het onderpand blijft traceerbaar in het vermogen van de schuldenaar<sup>49</sup>. Een andere illustratie doet zich voor in een beslissing van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt<sup>50</sup>. Hierin wer-

<sup>45</sup>. In deze situatie spreekt Dirix niet van zakelijke subrogatie maar van persoonlijke subrogatie. E. DIRIX, *l.c.*, 278. Er wordt immers geen goed vervangen door een ander goed maar een persoon (de oorspronkelijke schuldenaar) wordt gerestitueerd door een andere (de oorspronkelijke verkoper).

<sup>46</sup>. **Rechtsleer:** K. BYTTEBIER, *o.c.*, 408; J. CAEYMAEX, *o.c.*, art. 20, 5°, 22/7; J. CAEYMAEX, (noot onder Kh. Aarlen 10 februari 2000), *J.L.M.B.* 2002, 243; A. CLOQUET, *o.c.*, 596-597; H. DE PAGE en R. DEKKERS, VII, *o.c.*, 28; E. DIRIX, *l.c.*, 279; P. HEURTERRE, "Overzicht van rechtspraak (1971-1976)", *l.c.*, 1398; J.-L. LEDOUX, *o.c.*, 67; J.-L. LEDOUX, *o.c.*, 334; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *T.P.R.* 1998, 714 en F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 245-246.

**Rechtspraak:** Bergen 20 november 1990, *R.R.D.* 1991, 43-47 en *R.D.C.* 1991, 706-710; Gent 14 juni 1957, *R.W.* 1957-58, 1052-1056; Kh. Brussel 7 februari 1996, *l.c.*, 125-126; Kh. Namen 18 september 1980, *Rev. gén. dr.* 1981, 44-47.

*Contra:* Rb. Hasselt 13 maart 2000, *A.J.T.* 2001-01, 553-555 (in het kader van de pauliaanse vordering) en Kh. Aarlen 10 februari 2000, *J.L.M.B.* 2002, 241-243 (voorrecht van de onbetaalde verkoper). In deze uitspraak wordt de zakelijke subrogatie op een geruild goed als algemene regel aanvaard.

<sup>47</sup>. Luik 17 november 1982, *T.B.H.* 1983, 381: de lessor kon de wagen die in de plaats was gekomen van de oorspronkelijke wagen niet langer terugvorderen van de lesee. De zakelijke subrogatie werd hier niet toegelaten. Zie ook de bespreking in J. HERBOTS en C. PAUWELS, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1982-1987)", *T.P.R.* 1989, 1462.

<sup>48</sup>. Voor verdere uitleg over de rechtsfiguur van de schijnsolvabiliteit: V. SAGAERT, *o.c.*, 32 e.v.

<sup>49</sup>. Kh. Aarlen 10 februari 2000, *l.c.*, 241-243.

<sup>50</sup>. Rb. Hasselt 13 maart 2000, *l.c.*, 555. Dit vonnis maakt geen toepassing van de subrogatie binnen de voorrechten maar binnen de pauliaanse vordering. Het principe is uiteraard vergelijkbaar.

den de goederen waarop eiseres beweerde een recht te hebben vernield door een brand. Deze goederen werden echter na de brand zoveel als mogelijk weer samengesteld. De rechter liet de subrogatie in natura toe op de nieuwe goederen. Ten slotte is het denkbaar dat het oorspronkelijke onderpand wordt bewerkt met grondstoffen of onderdelen die niet aan de onbetaalde verkoper toebehoren. Vormt dit bewerkte goed dan een nieuw onderpand, al dan niet identificeerbaar in het vermogen van de schuldenaar of wijzigt deze bewerking niets aan het oorspronkelijke onderpand? De rechtsleer is het hierover niet eens<sup>51</sup>. Deze voorbeelden illustreren de problematiek van het bewijs en tonen daarbij aan dat de traagbaarheid van het onderpand niet steeds onmogelijk is.

**34.** Het enige argument dat mijns inziens kan worden ingebracht tegen de zaaksvervangings in natura is dat de belangen van verschillende verkopers met elkaar in conflict kunnen komen. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. Verkoper A verkoopt een wagen aan B maar wordt daarvoor niet volledig betaald, hij verkrijgt een voorrecht op de wagen. Na geringe tijd beslist B de wagen te verkopen en de opbrengst te herbeleggen in een nieuwe wagen, aangekocht bij verkoper C. Stel nu dat die gelden inderdaad nog identificeerbaar zijn, dat inderdaad kan worden aangetoond dat met die gelden een nieuwe wagen werd gekocht, in dit geval zou theoretisch het voorrecht van A kunnen overgaan op de nieuwe wagen. Maar wat als verkoper C ook niet volledig werd betaald en dus ook een voorrecht heeft op de nieuwe wagen? Beide verkopers verkrijgen bijgevolg een conflicterend recht op hetzelfde onderpand. Deze realistische situatie komt de rechtszekerheid helemaal niet ten goede en lijkt mij dan ook een stevig argument om de zaaksvervangings in natura niet toe te laten.

**35.** Bovenstaande redeneringen zijn in beginsel overbodig wat betreft het voorrecht van de onbetaalde verkoper op bedrijfsmateriaal. Hier is het immers de letter van de wet zelf die zich tegen een zakelijke subrogatie in natura verzet. Het voorrecht van de onbetaalde verkoper van bedrijfsmateriaal vormt een uitzondering op de regel dat een voorrecht verloren gaat wanneer het roerend onderpand, onroerend wordt door bestemming of incorporatie<sup>52</sup>. De bevoorrechte schuldeiser kan slechts zijn voorrecht behouden na neerlegging van

de factuur (of een ander document) op de griffie van de rechtbank van koophandel. Welnu, deze factuur geeft een beschrijving weer van het verkochte goed en duidt ondubbelzinnig het onderpand aan. Wanneer dit onderpand wordt vervangen door een ander, willekeurig goed, zal de neergelegde factuur zich verzetten tegen het behoud van het voorrecht. Daar het oorspronkelijke goed erin beschreven staat, zal de verkoper zijn voorrecht niet kunnen uitoefenen op het in de plaats gesteld goed. De verkoper zal de formaliteiten opnieuw moeten vervullen t.a.v. het nieuwe goed<sup>53</sup>.

**36.** Als de zaaksvervangings in natura niet wordt aanvaard door de praktijk, kunnen partijen dit dan onderling overeenkomen? Dit kan niet worden toegestaan. De rechtsleer en rechtspraak zijn het erover eens dat de Hypotheekwet van strikte interpretatie is en er conventioneel niet van mag worden afgeweken<sup>54</sup>. De partijen mogen niet bedingen dat een nieuw voorrecht wordt gevestigd op het in de plaats gestelde goed (waarvan de factuur dus niet werd neergelegd), noch dat het oude voorrecht zou overgaan op het nieuwe goed<sup>55</sup>.

## Afdeling 5. Het ultimum remedium: de gebeurlijke aansprakelijkheid van de onderverkrijger

**37.** Indien de onbetaalde verkoper zich niet langer op zijn voorrecht of op bovenstaande uitbreidingen kan beroepen, kan hij nog steeds terugrijpen naar het gemeen recht. In uitzonderlijke gevallen zal de onbetaalde verkoper een aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen tegen de onderverkrijger. Volgens het Hof van Cassatie begaat de derde-koper immers een fout wanneer hij kennis had, of had moeten hebben van de oorspronkelijke overeenkomst en toch zijn medewerking verleende aan de contractbreuk<sup>56</sup>. Deze derde-koper kan in dit geval worden veroordeeld wegens *derdemedepligtigheid aan contractbreuk*. Daar er tussen de onbetaalde verkoper en de onderverkrijger geen contractuele band bestaat, zal deze vordering noodgedwongen worden ingesteld o.g.v. artikel 1382 B.W. Dit impliceert dat de oorspronkelijke verkoper de bewijslast van zowel de fout, de schade als het oorzakelijk verband tussen beiden draagt<sup>57</sup>. In

<sup>51</sup> Voor een overzicht, V. SAGAERT, "De vervreemding en bewerking van het onderpand der zakelijke zekerheden" (noot onder Antwerpen 5 juni 2000), *R.W.* 2000-01, 1313.

<sup>52</sup> Art. 20, 5°, 3° lid *in fine* Hypotheekwet. Voor een uitgebreide bespreking van dit voorrecht en oplossing van diverse interpretatieproblemen, H. GEINGER, C. BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERSWEYN, *l.c.*, 1084-1087 en P. HEURTERRE, "Overzicht van rechtspraak. Voorrechten en hypotheek (1977-1990)", *T.P.R.* 1992, 1397-1401.

Voor problematiek rond het faillissement, zie M. VERHAEGHE, "Voorrecht van de onbetaalde verkoper – Terug naar 1804", *R.W.* 1998-99, 424-431. En de bedenking daarop in C. ENGELS, "Bedrijfsuitrustingsgoederen – Voorrecht van de onbetaalde verkoper en faillissement: 2 problemen", in Y. MERCHIERS, *Liber Amicorum*, Brugge, die Keure, 2001, 509-520.

<sup>53</sup> Gent 14 juni 1957, *l.c.*, 1052-1056; Kh. Charleroi 1 februari 1983, *R.D.C.* 1984, 153; Kh. Namen 18 september 1980, *l.c.*, 44-47; M. GRÉGOIRE, *l.c.*, 40: "le privilège [...] se borne à celui qui fait l'objet de la facture déposée." Deze formaliteiten zijn bovendien van openbare orde, Brussel 10 februari 1960, *Pas.* 1960, II, 272.

<sup>54</sup> Cass. 22 september 1994, *T. Not.* 1995, 572-576; Bergen 20 november 1990, *l.c.*, 43-47; Kh. Brussel 7 februari 1996, *l.c.*, 125-126.

<sup>55</sup> Bergen 20 november 1990, *l.c.*, 43-47.

<sup>56</sup> Cass. 22 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1022-1031.

<sup>57</sup> Gent 20 februari 2002, *T.B.H.* 2002, 477.



de praktijk blijkt deze verhaalsmogelijkheid vooral succes te hebben bij financieringsovereenkomsten<sup>58</sup>. Hierbij sluit een kredietinstelling een overeenkomst met een koper ter financiering van bepaalde goederen. In ruil wordt de kredietinstelling gesubrogeerd in de rechten van de verkoper en verkrijgt zo een voorrecht op de goederen, voorwerp van de financieringsovereenkomst<sup>59</sup>. Bovendien laat deze kredietinstelling een vervreemdingsverbod opnemen in de financieringsovereenkomst. Zo komt het dan voor dat een derde koper, afhankelijk van de omstandigheden, kan worden aansprakelijk gesteld voor derdemedeplichtigheid aan contractbreuk.

**38.** In de rechtspraak wordt deze aansprakelijkheidsvordering ook vaak gesteund op een *schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht*. Zo wordt geoordeeld dat de professionele opkoper een beroepsfout begaat wanneer hij nalaat de staat van het doorverkochte goed na te gaan<sup>60</sup>. Deze rechtsgrond zal duidelijk vaker kunnen worden ingeroepen dan de derdemedeplichtigheid aan contractbreuk. Hierbij kan tenslotte worden opgemerkt dat de staat van bedrijfsuitrustingsgoederen eenvoudig kan worden achterhaald. Zoals hoger reeds vermeld, wordt aan dit voorrecht immers (beperkte) publiciteit gegeven<sup>61</sup>.

## CONCLUSIE

**39.** De praktijk wijst uit dat de onbetaalde verkoper niet automatisch zijn voorrecht verliest na vervreemding van het bevoorrechte goed. Wanneer de prijs door de onderverkrijger nog niet werd betaald kan de oorspronkelijke verkoper zijn voorrecht nog uitoefenen op de schuldvordering. Wordt de prijs wel al betaald, dan kan het voorrecht nog worden uitgeoefend op de prijs zolang die nog identificeerbaar is in het vermogen van de debiteur. Als het goed vervangen werd door een ander, dan gaat het voorrecht wel definitief verloren.

**40.** Het is vaak het oordeel geweest van de wetgever om de rechtszekerheid te laten primeren boven de rechtvaardig-

heid. In het kader van de zekerheden vertrekt de wetgever wel vanuit de billijkheid; hij kent voordelen toe aan bepaalde schuldeisers die door hun acties inderdaad een verschillende behandeling rechtvaardigen. Maar de wetgever doet afbreuk aan dit nobel perspectief door de gebrekkige manier waarop hij is te werk gegaan. De tekst is dubbelzinnig en voor vele interpretaties vatbaar. De bevoorrechte schuldeiser bevindt zich in een mooie positie op papier, maar in de praktijk ziet hij zich onderworpen aan allerlei onvoorspelbare, extra-legale beperkingen.

Het is duidelijk: rechtvaardigheid en rechtszekerheid gaan niet hand in hand.

<sup>58.</sup> Voor een korte bespreking, G.L. BALLON, "De aansprakelijkheid van de garagehouder bij aankoop van een niet-volledig afbetaalde wagen" (noot onder Kh. Dendermonde 16 september 1999), *A.J.T.* 1999-2000, 658-659.

Illustraties: Gent 20 februari 2002, *l.c.*, 475-479; Kh. Aarlen 10 februari 2000, *l.c.*, 241-243; Gent 7 oktober 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 179; Kh. Dendermonde 16 september 1990, *A.J.T.* 1999-2000, 657; Kh. Kortrijk 15 november 1988, *T.B.H.* 1989, 801-803.

<sup>59.</sup> A. CUYPERS, *o.c.*, art. 20, 5°, 37-40 en de exemplatieve opsomming aldaar in de voetnoten; P. HEURTERRE, "Overzicht van rechtspraak (1977-1990)", *l.c.*, 1401; J.-L. LEDOUX, "Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993)", *J.T.* 1994, 334.

<sup>60.</sup> Illustraties: Gent 11 februari 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 477-479; Luik 3 december 1992, *R.R.D.* 1993, 413; Antwerpen 20 juni 1984, *R.W.* 1985-86, 536; Gent 25 maart 1982, *R.W.* 1983-84, 2831.

<sup>61.</sup> *Supra*, randnr. 35.