
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 26 NOVEMBER 2008

VERVOER

Wegvervoer – Ontvankelijkheid van het hoger beroep – Ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vordering – Borgstelling bij toepassing van het KB van 18 maart 1991 – Vormvereisten – Opzegging van de borgtocht – Toepassing van het KB van 7 mei 2002 voor de levering van banden – Betwisting van de wettigheid van het KB van 2002 aan de hand van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake borgtocht

Het hoger beroep door Fortis AG, na fusie door overneming van FB Verzekeringen en verandering van benaming in NV Fortis Insurance Belgium, wordt niet ingesteld door een onbestaande vennootschap bij toepassing van artikel 682 Venn.W.

De vordering ingeleid door een vennootschap onder een onvolledige benaming heeft niet tot gevolg de onontvankelijkheid van de vordering doch enkel de nietigheid van de dagvaarding indien gedaagde in haar belangen wordt geschaad en dit middel in limine opgeworpen werd.

De mededeling per aangetekende brief van een uitvoerbare titel, tegen de vervoeronderneming ten voordele van wie de borgstelling wordt verleend, alsmede van de facturen gericht aan deze laatste, is vereist om aanspraak te kunnen maken op de borg.

Na de opzegging van de borg, heeft de schuldeiser in principe nog negen maanden om zijn rechten te laten gelden en zowel in het kader van het KB van 18 maart 1991 als van het KB van 7 mei 2002, volstaat er dat de aangetekende brief met de vereiste stukken, en niet de vordering, gedurende deze termijn verzonden wordt.

Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de borgtocht gesteld door een ondernemer van goederenvervoer over de weg onder de termen van het KB van 18 maart 1991 beperkt was tot zekerheid van de schuldvorderingen die in rechtstreeks verband staan met de uitoefening van een vervoer van zaken voor een tegenprestatie. Het KB van 7 mei 2002, in werking getreden op 1 januari 2003, geeft een opsomming van de gewaarborgde schulden zoals deze ten aanzien van een leverancier van banden. De vordering tot nietigverklaring voor de Raad van State van een aantal bepalingen van dit KB is nog steeds hangend.

Het KB van mei 2002 is niet strijdig met artikel 1134 BW ondanks de mogelijke uitbreiding van het voorwerp van de borgtocht in vergelijking met het vorige KB, aangezien het een wettelijke borgtocht betreft (wet van 3 mei 1999) die opzegbaar was door de borg.

Dit KB is evenmin strijdig met artikelen 2013, lid 1 (accessoire karakter van de borgtocht) ofwel 2028 BW. Artikel 70 als overgangsbepaling van dit KB heeft geen terugwerkende kracht en bij gebrek aan opzegging door de borg van de borgstelling toegekend onder het KB van 1991, kan worden gesteld dat de gemeenschappelijke bedoeling van partijen was een hoofdelijke borgstelling aan de wegvervoerder te verschaffen in overeenstemming met de vigerende wetgeving inzake vervoer van goederen over de weg.

TRANSPORT

Transports par route – Recevabilité de l'appel – Recevabilité de l'action originaire – Cautionnement en application de l'AR du 18 mars 1991 – Exigences de forme – Résiliation du cautionnement – Application de l'AR du 7 mai 2002 à la créance pour la livraison de pneus – Contestation de la légalité de l'AR de 2002 au regard des dispositions du Code civil en matière de cautionnement

L'appel par Fortis A.G., après sa fusion par absorption de FB Assurances et changement de sa dénomination en SA Fortis Insurance Belgium, n'est pas interjeté par une société devenue inexistante en vertu de l'article 682 du Code des sociétés.

L'action introduite sous la dénomination incomplète d'une société n'entraîne pas l'irrecevabilité de celle-ci mais seulement la nullité de la citation si le cité démontre que cette irrégularité a nui à ses intérêts et s'il a soulevé ce moyen avant tout autre.

L'envoi par pli recommandé d'un titre exécutoire obtenu contre l'entreprise de transport bénéficiant du cautionnement et des factures adressées à celle-ci est requis pour faire valablement appel au cautionnement.

Après la résiliation du cautionnement, le créancier dispose encore en principe d'un délai de neuf mois pour faire valoir ses droits. Aussi bien sous l'empire de l'AR du 18 mars 1991 que de celui du 7 mai 2002, il suffit que sa lettre recommandée avec pièces justificatives soit expédiée dans ce délai sans qu'une action en justice contre la caution doive être intentée.

La Cour de cassation a jugé que le cautionnement constitué par un entrepreneur de transport de marchandises par la route en vertu de l'AR du 18 mars 1991 ne s'appliquait qu'aux créances en relation directe avec l'accomplissement d'un transport de choses contre rémunération. L'AR du 7 mai 2002, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2003, donne une énumération des créances garanties dont celle du livreur de pneus. L'action en annulation de certaines dispositions de cet arrêté royal est toujours pendante devant le Conseil d'État.

L'AR de mai 2002 est conforme à l'article 1134 du Code civil, nonobstant la possible extension de son champ d'application par rapport au précédent AR, car il s'agit d'un cautionnement légal (loi du 3 mai 1999) qui pouvait être résilié par la caution.

Cet AR n'est pas davantage en contradiction avec les articles 2013, alinéa 1^{er} (caractère accessoire du cautionnement) ou 2028 du Code civil.

L'article 70, en tant que disposition transitoire, n'a pas d'effet rétroactif et à défaut de résiliation du cautionnement donné en application de l'AR de 1991, il faut considérer que la commune intention des parties a été de consentir au transporteur routier une caution conforme à la législation en vigueur en matière de transport routier de marchandises et donc à la nouvelle réglementation.

(...)

Fortis Insurance Belgium NV/Lambrecht Nummer Een in Banden NV
Zet.: I. Diercksens (raadsheer)
Pl.: Mrs. C. Cauwe en G. Bruynseraede

(...)

De procedure in eerste aanleg en in hoger beroep

Bij dagvaardingexploot betekend op 17 november 2004 heeft de NV Lambrecht Nummer Een in Banden, later de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg, een inleidende vordering ingesteld tegen de NV Fortis AG die – na uitbreiding in conclusie – ertoe strekte laatstgenoemde te horen veroordelen tot betaling van de som van 21.299,07 EUR, te vermeerderen met de interesten aan 9,5 % vanaf 12 januari 2004 en tot de som van 2.129,90 EUR ten titel van billijke schadevergoeding op grond van de wet van 2 augustus 2002 en tot de advocatenkosten begroot op 5.000 EUR provisioneel.

De NV Fortis AG concludeerde tot de onontvankelijkheid van de vordering van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden, minstens tot de ongegrondheid ervan.

Zij stelde een tegenvordering in die ertoe de NV Lambrecht Nummer Een in Banden te horen veroordelen haar een bedrag van 3.750 EUR provisioneel te betalen ten titel van kosten van haar raadsman.

De eerste rechter heeft de vordering van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg ontvankelijk en grotendeels gegrond verklaard. De NV Fortis AG werd veroordeeld tot betaling van de som van 21.299,07 EUR, te vermeerderen met de interesten aan de wettelijke rentevoet vanaf 12 januari 2004 tot en met 16 november 2004 en de gerechtelijke interesten vanaf 17 november 2004. Het meer gevorderde werd afgewezen.

De tegenvordering werd ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

Tegen dit vonnis heeft de NV Fortis AG hoger beroep aangetekend. Zij vraagt haar beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, dienvolgens het bestreden vonnis teniet te doen en de oorspronkelijke vordering onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren, haar tegenvordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg te veroordelen tot betaling van de som van 5.000 EUR te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf 20 juli 2005, zijnde de datum van de neerlegging van haar syntheseconclusie voor de eerste rechter.

De NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg concludeert tot de bevestiging van het bestreden vonnis wat de hoofdsom betreft. Zij vordert tevens betaling van een bedrag van 5.000 EUR provisioneel ten titel van advocatenkosten.

Ter zitting van 7 mei 2008 hebben beide partijen afstand gedaan van hun vordering tot betaling van de advocatenkosten gelet op de inmiddels in werking getreden wet van

21 april 2007 betreffende de verhaalbaarheid van de erelonen en kosten verbonden aan de bijstand van een advocaat en van het KB van 26 oktober 2007 en zij vorderen het maximumbedrag van 4.000 EUR.

(...)

Beoordeling

A. Het hoofdberoep

1. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Geïntimeerde stelt dat het hoger beroep tijdig werd aangetekend maar dat de NV Fortis AG ingevolge fusie opgehouden heeft te bestaan overeenkomstig artikel 682 Venn.W. zodat het hoger beroep werd aangetekend door een onbestaande vennootschap die noch belang noch hoedanigheid heeft om hoger beroep aan te tekenen en de procedure verder te zetten.

Het hoger beroep werd bij verzoekschrift neergelegd op 11 juli 2006 door de NV Fortis AG aangetekend terwijl zij op 23 juni 2006 fusioneerde met de NV FB Verzekeringen.

Geïntimeerde leidt daaruit af dat een onbestaande vennootschap beroep heeft ingesteld.

Het hoger beroep werd aangetekend door de NV Fortis AG met zetel te 1000 Brussel, Emile Jacquainlaan 53, KBO-nr. 0404.494.849.

Uit de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad* d.d. 11 juli 2006 blijkt dat op 30 juni 2006 de fusie van de NV Fortis AG met de NV FB Verzekeringen van kracht is geworden bij wijze van overdracht door deze laatste van haar gehele vermogen, zowel de rechten en verplichtingen, overeenkomstig artikel 671 van het Wetboek van Vennootschappen, en dat de NV Fortis AG op 30 juni 2006 van naam is veranderd en vanaf dan de naam draagt NV Fortis Insurance Belgium.

Het betreft bijgevolg een fusie door overneming waarbij het hele vermogen van de NV FB Verzekeringen, zowel de rechten als de plichten, door de NV Fortis Insurance Belgium werd opgeslorpt. Laatstgenoemde vennootschap, als opslorpande vennootschap, werd nooit ontbonden en heeft bijgevolg niet opgehouden te bestaan.

De NV Fortis AG vordert dat haar akte wordt verleend van haar nieuwe maatschappelijke benaming, met name de NV Fortis Insurance Belgium.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

2. Ten gronde

2.1. DE ONTVANKELIJKHEID VAN DE OORSPRONKELIJKE HOOFDVORDERING

2.1.1. De NV Fortis AG thans de NV Fortis Insurance Bel-

gium (hierna afgekort Fortis) stelt dat de vordering onontvankelijk is omdat de vennootschap die vordert, kennelijk onbestaande is.

De initiële vordering werd ingesteld bij dagvaarding betekend op 17 november 2004 op verzoek van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden, ondernemingsnummer 0417.352.002, H.R. Hasselt 69166, met zetel te 3530 Houthalen-Helchteren, Grote Baan 4.

De volledige naam van de vennootschap met ondernemingsnummer 0417.352.002, H.R. Hasselt 69166, met zetel te 3530 Houthalen-Helchteren, Grote Baan 4 luidt NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg.

Hieruit volgt dat geen onbestaande vennootschap Fortis heeft gedagvaard maar dat de dagvaarding betekend werd op verzoek van een vennootschap waarvan de naam onvolledig was vermits het woord “Limburg” ontbrak. Deze vennootschap was weliswaar identificeerbaar aan de hand van de andere elementen, zoals de maatschappelijke zetel, het ondernemingsnummer en het nummer in het handelsregister.

Deze vergissing in de naamaanduiding van de verzoekende vennootschap kan hoogstens beschouwd worden als een onregelmatigheid in de benaming van de eisende partij.

Krachtens de artikelen 43, 2° en 702, 1° Ger.W. moet het exploit van dagvaarding de naam van de persoon die dagvaardt en in voorkomend geval de inschrijving in het handelsregister, op straffe van nietigheid, bevatten. De sanctie van een vergissing in de naam is bijgevolg de nietigheid van de dagvaarding en niet de onontvankelijkheid van de vordering wegens afwezigheid van het bestaan van de rechtspersoon die de vordering inleidt.

Vergissingen in de naamaanduidingen leveren enkel de nietigheid op indien de gedaagde vennootschap in haar belangen werd geschaad (zie in die zin Cass. 12 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86). Te dezen bewijst Fortis niet dat zij in haar belangen werd geschaad door het weglaten van het achtervoegsel uit de maatschappelijke benaming van de rechtspersoon die haar gedagvaard heeft, wat duidelijk op een verschrijving wijst. De vermelding van het eerste deel van de naam gekoppeld aan het ondernemingsnummer, het adres van de maatschappelijke zetel en het handelsregisternummer maakten de identificatie van de vennootschap mogelijk die niet kon verward worden met andere vennootschappen van de groep Lambrecht. Fortis kon bijgevolg weten wie haar werkelijke schuldeiser was en tegen wie zij haar tegenvordering instelde.

Bovendien wordt de nietigheid van een exploit van dagvaarding wegens de niet-vermelding van de naam, voornaam en de woonplaats van de eisende partij, bepaald in artikel 702, 1° Ger.W., gedekt indien ze niet is opgeworpen vóór enig rechtsmiddel (Cass. 28 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 165).

Fortis heeft de nietigheid van de dagvaarding voor de eerste rechter niet opgeworpen, wat zij erkent (zie haar syntheseconclusie neergelegd voor de rechtbank van koophandel op 7 september 2005, p. 3 “Concluante roept geen nietigheid op, maar de onontvankelijkheid van een vordering, die ingeleid wordt door een niet-bestaande vennootschap”).

Ten slotte blijkt dat de vergissing in een verbeterde syntheseconclusie voor de eerste rechter werd rechtgezet en dat de in hoger beroep neergelegde conclusies de juiste benaming vermelden.

Uit het voorgaande volgt dat de dagvaarding niet nietig is en dat de vordering uitgaat van een bestaande vennootschap die hoedanigheid en belang heeft om deze in te stellen.

De oorspronkelijke vordering is ontvankelijk.

2.1.2. Fortis heeft een hoofdelijke borgstelling verleend ten behoeve van de NV Malico, een vervoeronderneming.

De NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg is een leverancier in banden die een uitvoerbare titel tegen de NV Malico bekwam bij vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel d.d. 17 september 2003.

De raadsman van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg heeft bij brief van 12 januari 2004 gericht aan Fortis aanspraak gemaakt op de borg conform zowel artikel 22 § 1 van het KB van 18 maart 1991 tot vaststelling van de voorwaarden inzake toegang tot het beroep van ondernemer van nationaal en internationaal goederenvervoer over de weg als artikel 18 § 1 van het KB van 7 mei 2002 betreffende het vervoer van zaken over de weg.

Fortis stelt dat de aan haar gerichte aangetekende brief van 12 januari 2004 van de raadsman van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg, waarin aanspraak wordt gemaakt op de borg, onvoldoende de partij identificeert voor wie werd opgetreden, nu de raadsman optrad voor de “NV Lambrecht” zodat de borg niet rechtsgeldig werd aangesproken en hij dan ook geen gevolg moet geven aan het verzoek tot betaling.

Fortis erkent dat de (uitvoerbare) rechterlijke beslissing die noodzakelijk is om aanspraak te kunnen maken op de borg, zijnde het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel d.d. 17 september 2003, en de facturen waarop de vordering van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg tegen de NV Malico gestoeld was, gevoegd werden aan de brief van 12 januari 2004.

Het vonnis vermeldt als identiteit van de schuldeiser de NV Lambrecht Nummer Een in Banden (zonder het achtervoegsel “Limburg”) en de maatschappelijke zetel en het handelsregisternummer van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg. De facturen gevoegd aan het vonnis vermelden als schuldeiser de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg. Er kan dan ook geen twijfel bestaan over de

identiteit van de vennootschap die de schuldeiseres is van de NV Malico en die op de borg aanspraak heeft gemaakt.

Artikel 22 § 1 van het KB van 18 maart 1991 en artikel 18 § 1 van het KB van 7 mei 2002 stellen als vereiste om aanspraak te maken op de borg dat de (uitvoerbare) rechterlijke beslissing bij een ter post aangetekende brief wordt overgelegd. Van belang is bijgevolg de overlegging van de rechterlijke beslissing en niet de inhoud van de begeleidende brief waarbij deze rechterlijke beslissing wordt overgelegd zodat de onnauwkeurigheid in de benaming van de vennootschap waarvoor de raadsman optreedt, niet kan leiden tot het besluit dat de aanspraak op de borg niet rechtsgeldig werd gedaan.

Fortis stelt dat de vordering van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg laattijdig is omdat zij niet binnen de wettelijke termijn in rechte zou zijn ingesteld.

In het KB van 18 maart 1991 bepaalt artikel 23 § 1 dat de hoofdelijke borg bevrijd is van zijn verplichtingen na het verstrijken van een termijn van drie maanden, te rekenen vanaf de datum waarop de minister of zijn gevolmachtigde van de hoofdelijke borg de brief, houdende kennisgeving van zijn beslissing, zich geheel of gedeeltelijk van zijn verplichtingen te ontdoen, heeft ontvangen. Evenwel kan nog op de borgtocht een beroep worden gedaan gedurende zes maanden na de datum van de bevrijding van de hoofdelijke borg, voor zover de schuldvordering vóór deze datum is ontstaan.

Krachtens artikel 20 § 1 van het KB van 7 mei 2002 is de hoofdelijke borg bevrijd van zijn verplichtingen jegens de eventuele schuldeisers na een termijn van negen maanden, te rekenen vanaf de datum waarop de minister of zijn gemachtigde van de hoofdelijke borg de brief, houdende kennisgeving van zijn beslissing zich geheel of gedeeltelijk van zijn verplichtingen te ontdoen, heeft ontvangen. Gedurende de laatste zes maanden van deze termijn kan slechts op de borgtocht aanspraak worden gemaakt indien de schuldvordering vóór het begin van deze laatste zes maanden is ontstaan.

Fortis stelt dat zij de borgtocht heeft opgezegd op 2 oktober 2003. Zij stelt dat zij in rechte moest worden aangesproken ten laatste op 1 juli 2004, zijnde zes maanden na de periode van gebondenheid en dat de vordering in rechte slechts werd ingesteld bij dagvaarding betekend op 17 november 2004, hetzij buiten de termijn van negen maanden, die een vervaltermijn is.

Fortis legt het bewijs niet voor van het ogenblik waarop de minister of zijn gemachtigde de brief, houdende kennisgeving van haar beslissing zich geheel of gedeeltelijk van zijn verplichtingen te ontdoen, heeft ontvangen. Zij legt ook geen kopie over van de opzegbrief die zij aan de minister heeft gericht.

Zelfs indien zou worden aangenomen dat de borgtocht opgezegd werd op 2 oktober 2003 dan nog is de vordering van de

NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg niet laattijdig.

Om beroep of aanspraak te maken op de borgtocht is krachtens artikel 22 § 1 van het KB van 18 maart 1991 vereist dat de houders van de schuldvorderingen bij ter post aangetekende brief geadresseerd aan de hoofdelijke borg, ofwel de uitdrukkelijke instemming van de onderneming met betrekking tot het bestaan en de opeisbaarheid van de aangebrachte schuldvordering overleggen ofwel een ten laste van deze onderneming in België uitvoerbare rechterlijke beslissing.

Hieruit volgt dat het volstaat de vereiste stukken per aangetekende brief over te leggen om aanspraak te maken op de borgtocht. Artikel 23 § 1 van voormeld KB stelt geen andere vereiste wanneer bepaald wordt dat de borg nog gedurende zes maanden na verloop van de drie maanden na de opzegging kan worden aangesproken of een beroep op hem kan worden gedaan.

Dezelfde redenering geldt voor de verplichting de borg aan te spreken in het kader van het KB van 7 mei 2002.

De verwijzing naar artikel 23 § 3 van het KB van 18 maart 1991 (art. 20 § 2 van het KB van 7 mei 2002) door Fortis is niet van aard om haar stelling dat een vordering in rechte moet ingesteld worden binnen de bewuste termijn van zes maanden, te staven.

Dit artikel schort de termijn van zes maanden op indien de schuldeiser vóór het verstrijken van deze termijn tegen de onderneming een rechtsvordering instelt en daarvan de hoofdelijke borg in kennis stelt.

De ingebrekestelling van de borg is immers niet voldoende om deze aan te spreken. De schuldeiser zal de borg slechts rechtsgeldig aanspreken mits overlegging van een (uitvoerbare) rechterlijke beslissing. De opschorting van de termijn van zes maanden heeft als doel de schuldeiser die nog geen rechterlijke beslissing vóór het verstrijken van de bewuste termijn heeft bekomen maar de vordering in rechte tegen de onderneming vóór het verstrijken van deze termijn heeft ingesteld, de mogelijkheid te bieden vooralsnog binnen de wettelijke termijn op rechtsgeldige wijze aanspraak te maken op de borg door overlegging van een rechterlijke beslissing.

Of de termijn al dan niet een vervaltermijn is doet hieraan geen afbreuk.

Vermits de wettelijke bepalingen duidelijk zijn moeten zij niet geïnterpreteerd worden.

De NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg heeft rechtsgeldig en binnen de wettelijke termijn aanspraak gemaakt op de borgtocht door de uitvoerbare rechterlijke beslissing van 17 september 2003 bij aangetekende brief van 12 januari 2004, dit is binnen de termijn van zes maanden na verloop van de termijn van drie maanden na de opzeg of bin-

nen de termijn van negen maanden na de opzeg, over te leggen.

De vordering is om al de hoger vermelde redenen ontvanke-lijk.

2.2. TEN GRONDE

2.1. Fortis stelt dat er tussen de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg en haarzelf een contractuele relatie is ontstaan door enerzijds de eenzijdige verklaring die zij heeft neergelegd bij het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur en anderzijds de aanvaarding van de termen ervan door de schuldeiser die een beroep doet op de borgtocht.

In de bewijzen van borgtocht d.d. 3 april 1996 en 28 november 2002, overgemaakt aan het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur, wordt vermeld dat Fortis zich borg heeft gesteld overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 18 tot 25 van het KB van 18 maart 1991 tot vaststelling van de voorwaarden inzake toegang tot het beroep van ondernemer van nationaal en internationaal goederenvervoer over de weg alsmede de bepalingen van artikel 22 van het MB van 19 maart 1991 genomen ter uitvoering van voornoemd KB.

Dat KB werd opgeheven. Thans geldt het KB van 7 mei 2002 dat in artikel 17 § 1 bepaalt dat de verplichte borgtocht dient om de schulden van de (vervoer)onderneming te waarborgen o.a. voor zover zij voortvloeien uit de levering van banden wat te dezen het geval is voor de schulden ten aanzien van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg.

Fortis stelt dat het KB van 18 maart 1991 het voorwerp van haar verbintenissen omschrijft en dat zelfs als het KB op een latere datum werd opgeheven, dit geen invloed heeft op de verbintenissen die zij heeft opgenomen omdat deze van contractuele aard zijn zodat hun omvang enkel bepaald wordt door het KB van 18 maart 1991, ook na zijn opheffing.

Fortis laat gelden dat zij nooit aanvaard heeft dat het voorwerp van haar verbintenissen zou bepaald worden door het KB van 7 mei 2002 zodat dit KB niet van toepassing is om de omvang van haar verbintenissen te bepalen. Nu de borgtocht geregeld wordt door het Burgerlijk Wetboek kan een koninklijk besluit de essentiële elementen van de borgtocht niet wijzigen. Artikel 2015 BW stelt dat borgtocht niet vermoed wordt en zich niet verder kan uitstrekken dan de perken waarbinnen hij is aangegaan.

Het wordt niet betwist dat Fortis aan de NV Malico (hierna ook Malico genoemd) een borgtocht heeft verleend om tege- moet te komen aan één van de voorwaarden voor de toekenning van de noodzakelijke vergunningen om het beroep van vervoerondernemers te kunnen uitvoeren, zijnde de verplichting die aan ondernemers van goederenvervoer over de weg wordt opgelegd, hun financiële draagkracht te bewijzen. Deze ondernemers moeten hun financiële draagkracht aantonen door het bewijs te leveren dat een instelling zich hoofdelijk borg heeft gesteld voor het vereiste bedrag. De

borgtocht dient tot waarborg van de schulden van de onder-neming.

Te dezen werd een borgstellingscontract nr. 4.090.798 tus-sen Fortis en Malico getekend waarin Fortis verklaart zich borg te stellen volgens de borgstellingsakte van 1.250.000 BEF bij het Ministerie van Verkeer en Infrastruc-tuur met als tegenprestatie de betaling van een premie door Malico. Deze overeenkomst bevat geen verwijzing naar een koninklijk besluit. De bewijzen die Fortis op 3 juni 1996 en 28 november 2002 heeft opgesteld, verwijzen naar het KB van 18 maart 1991. Zij zijn evenwel opgesteld alvorens het KB van 7 mei 2002 in werking trad.

Er ontstonden vele betwistingen omtrent de draagwijdte van de borgstelling omdat de termen van het KB van 18 maart 1991 verschillend werden geïnterpreteerd. Het was niet duid-lijk welke schuldeisers beroep mochten doen op de borg-tocht. Artikel 21 van het KB van 18 maart 1991 bepaalde dat de borgtocht de schulden van de onderneming waarborgt voor zover die schulden voortspuiten uit de uitoefening van het beroep van ondernemer van goederenvervoer over de weg en voor zover de uitgeoefende werkzaamheden worden gedekt door een algemene vergunning voor nationaal ver-voer of een algemene vergunning voor internationaal ver-voer.

Aan deze bepaling werd door sommigen een ruime interpre-tatie gegeven in die zin dat alle schuldeisers van de vervoer-der zich kunnen richten tot de borg. Enkel de schulden die de vervoerders hebben aangegaan ofwel in de privésfeer ofwel in de uitoefening van hun beroep zonder over de vereiste machtiging te beschikken kunnen geen aanleiding geven tot een beroep op de borgtocht (Parlementaire Vraag Cortois van 16 augustus 1990, *Vr.en Antw.* Kamer 1990-91, 10557 en de vraag van de heer Baldewijns van 8 juli 1991, *Vr.en Antw.* Kamer 1990-91, 14761).

Het Hof van Cassatie heeft deze ruime interpretatie afgewe-zen.

Volgens het Hof van Cassatie strekt de borgtocht gesteld door een ondernemer van goederenvervoer over de weg niet onbeperkt tot waarborg van alle vorderingen van derden tegen een vervoeronderneming maar dient alleen tot zekerheid van de schuldvorderingen die in rechtstreeks verband staan met hetzij de uitoefening van een vervoer van zaken voor een tegenprestatie hetzij met een verhuurd voertuig (Cass. 28 april 1995, *RW* 1995-96, 1308).

Het KB van 7 mei 2002 heeft verduidelijking gebracht en heeft een duidelijke opsomming gegeven van de schulden die door de borgtocht gewaarborgd zijn waaronder de schulden van de vervoeronderneming ten aanzien van een leverancier van banden. Te dezen dateren de schuldvorderingen van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg van het jaar 2003 en werd op de borg beroep gedaan op een ogenblik dat het KB van 7 mei 2002 in werking was getreden (1 januari 2003).

2.2. Fortis stelt dat zij een verzoekschrift tot vernietiging en schorsing van de tenuitvoerlegging van titel II, hoofdstuk III, artikelen 14 t.e.m. 20 en voor zover als nodig artikel 70 van het KB van 7 mei 2002 betreffende het vervoer van zaken over de weg heeft neergelegd ter griffie van de Raad van State. In haar conclusie verwijst zij naar het verzoekschrift dat zij voor de Raad van State heeft neergelegd en naar de middelen die zij daar ontwikkeld heeft en waarin de strijdigheid met hogere wetten wordt toegelicht. Zij legt haar verzoekschrift evenwel niet neer.

Fortis herneemt in haar conclusie enkele passages van het advies van de auditeur bij de Raad van State en verwijt aan de eerste rechter dit advies naast zich te hebben neergelegd maar zij legt het advies evenmin neer.

Bij arrest van de Raad van State van 15 maart 2004 werd het verzoek tot schorsing afgewezen op grond dat er geen moeilyk te herstellen ernstig nadeel was bewezen.

Over het verzoek tot vernietiging heeft de Raad van State zich nog niet uitgesproken.

2.3. Fortis stelt terecht dat krachtens artikel 159 van de Grondwet de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen en dat het hof krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet bevoegd is om in het kader van dit geschil dat slaat op subjectieve rechten, de wettigheid van het KB van 7 mei 2002 te beoordelen.

Volgens Fortis is het KB van 7 mei 2002 strijdig met de hogere wetten. Doordat het KB van 7 mei 2002 ingrijpt in het vastgelegde voorwerp van de borgtocht tast het, in strijd met de termen van het Burgerlijk Wetboek, haar subjectieve rechten aan, zodat het hof de toepassing van dit KB dient te weigeren.

Zij is van oordeel dat vermits het KB van 7 mei 2002 ingrijpt op de contractuele verbintenis, het strijdig is met artikel 1134 BW.

Hoewel elke borgtocht een overeenkomst veronderstelt, bestaan er naast de conventionele borgtochten ook wettelijke en gerechtelijke borgtochten.

De verplichting om een borg te leveren kan echter ook van wettelijke aard zijn. Soms maakt de wet het bekomen van een voordeel of de uitoefening van een recht afhankelijk van een borg (M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht*, p. 36, nr. 72).

De verplichte borgen kunnen aan bepaalde regels worden onderworpen. Volgens artikel 14 § 1 van de wet van 3 mei 1999 betreffende het vervoer van zaken over de weg bepaalt de Koning de regels inzake de aanspraak op de borgtocht. Het KB van 7 mei 2002 werd aangepast aan de Europese verordeningen en richtlijnen in verband met de toegang van de vervoerders tot het vervoer van goederen over de weg.

Het KB van 7 mei 2002 preciseert het toepassingsgebied van de borg. De instellingen die hun borgstelling verleenden ten behoeve van een vervoeronderneming of die deze bleven verlenen na de inwerkingtreding van het KB van 7 mei 2002 waren bijgevolg duidelijk ingelicht over de draagwijdte van hun borgtocht. Het KB heeft de mogelijkheid tot opzegging van een overeenkomst van borgtocht onverkort gelaten. De overeenkomst tussen Fortis en Malico voorziet overigens in de mogelijkheid om de borgtocht op te zeggen. De wilsautonomie van de contractpartijen, waaronder de borgsteller, is bijgevolg geëerbiedigd. Het KB van 7 mei 2002 is derhalve niet strijdig met artikel 1134 BW.

Dat het KB van 7 mei 2002 een uitbreiding van het voorwerp van de borgtocht in vergelijking met de bepalingen van het KB van 18 maart 1991 zou uitmaken, wat door de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg betwist wordt, heeft derhalve niet voor gevolg dat het KB van 7 mei 2002 strijdig zou zijn met de artikelen van het Burgerlijk Wetboek.

Volgens Fortis zou het KB van 7 mei 2002 strijdig zijn met artikel 2013, lid 1 BW in de mate dat op de borgtocht aanspraak kan gemaakt worden door overlegging van een niet-uitvoerbare rechterlijke beslissing zodat tegenover de hoofdebiteur de vordering niet uitvoerbaar is en tegenover de borg wel wat strijdig zou zijn met het subsidiair karakter van de borgtocht.

Dit is te dezen niet relevant in de mate dat de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg over een uitvoerbare titel ten aanzien van Malico beschikt.

Bovendien bepaalt artikel 2013 § 1 BW dat de borgtocht niet kan worden aangegaan voor meer dan hetgeen de schuldenaar verschuldigd is, noch onder meer bezwarende voorwaarden maar artikel 2013 § 2 BW stelt dat de borgtocht die voor meer dan de schuld of onder meer bezwarende voorwaarden is aangegaan niet nietig is: hij kan alleen worden verminderd tot hetgeen in de hoofdverbintenis begrepen is.

Hieruit volgt dat het accessoir karakter van de borgtocht moet worden beoordeeld op het ogenblik van het aangaan van de borgtocht. Een borgtocht voor een toekomstige schuld waarvan niet zeker is of ze ooit zal ontstaan, is geldig overeenkomstig de artikelen 1129 en 1130 BW. Het KB van 7 mei 2002 is dan ook niet strijdig met artikel 2013 § 1 BW.

Fortis houdt ook voor dat de termen van artikel 2028 BW worden overtreden nu de borg die heeft betaald, niet in de mogelijkheid is om het betaalde bedrag vanwege de hoofdebiteur te recupereren omdat een uitvoerbare rechterlijke beslissing niet noodzakelijk is om aanspraak te kunnen maken op de borg.

Artikel 2028 BW stelt enkel als vereiste dat de borg betaald heeft doch vereist niet dat de schuldeiser over een uitvoerbare titel tegenover de schuldenaar zou beschikken om de borg toe te laten het betaalde te recupereren.

Bovendien is dit, zoals hoger reeds gesteld, ter zake niet relevant vermits de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg over een uitvoerbare titel ten aanzien van Malico beschikt en Fortis in haar borgstellingsakte uitdrukkelijk heeft bedongen dat de vervoerder onmiddellijk alle bedragen moet terugbetalen die zij heeft moeten uitbetalen. Het KB van 7 mei 2002 verbiedt zulke bepalingen niet.

De artikelen 1386 en 1388 Ger.W. betreffen de vormvereisten voor een uitvoerbare titel terwijl artikel 1397 BW stelt dat het verzet of hoger beroep de tenuitvoerlegging van eindvonnissen schorsen. Zoals hoger gesteld zijn deze bepalingen niet relevant in het kader van huidig geschil, nu de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg over een uitvoerbare titel ten aanzien van Malico beschikt.

Bovendien licht Fortis niet toe in welke mate het KB van 7 mei 2002 strijdig zou zijn met de termen van deze wetsartikelen.

Fortis stelt vervolgens dat de termen van het KB discriminatoir zouden zijn omdat bepaalde leveranciers, zoals de leverancier van banden, wel aanspraak kunnen maken op de borgtocht terwijl dit voor andere leveranciers, zoals de leveranciers van brandstoffen, niet mogelijk is. Ook zou het onderscheid tussen rijdend personeel en begeleidend personeel niet verantwoord zijn.

De ingeroepen discriminatie is te dezen niet relevant nu de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg een bandenleverancier is wiens schulden volgens artikel 17 § 1 van het KB van 7 mei 2002 door de verplichte borgtocht gewaarborgd zijn zodat de subjectieve rechten van de partijen inzake niet aangetast worden door de voorgehouden discriminatie.

Fortis betwist ook de wettelijkheid van artikel 70 van het KB van 7 mei 2002.

Voormeld artikel 70 is een overgangsbepaling en bepaalt dat de borgtochten gesteld overeenkomstig artikel 38 § 2 van het KB van 5 september 1978 en deze gesteld overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk IV van het KB van 18 maart 1991, gewijzigd bij artikel 1 van het KB van 7 april 1995 gelijkgesteld worden, wat hun bedrag en hun gevolgen betreft, met deze gesteld krachtens titel II, hoofdstuk III van het KB van 7 mei 2002.

Fortis leidt uit deze bepaling ten onrechte af dat alle lopende contracten onder de nieuwe wetgeving zouden komen te vallen, waardoor de draagwijdte van de oude borgtochten, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de borg, zouden worden uitgebreid. Aldus krijgt volgens Fortis het KB van 7 mei 2002 een terugwerkende kracht, inwerkend op de gevolgen van in het verleden afgesloten borgtochten wat strijdig is met artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat de wet alleen beschikt over het toekomstige en geen terugwerkende kracht heeft.

In het verslag aan de Koning (*BS* 30 mei 2002) wordt het volgende gesteld:

“De Raad van State lijkt uit de lezing van dit artikel te hebben begrepen dat de op het ogenblik van inwerkingtreding van de nieuwe reglementering bestaande borgtochten onveranderd zouden voortbestaan en dat zij zonder aanpassing zouden blijven volstaan opdat de betrokken vervoerondernemingen zouden voldoen aan de voorwaarde van de financiële draagkracht. Deze interpretatie is echter niet wat de auteurs van het ontwerp hebben beoogd: de in dit artikel bedoelde gelijkstelling betekent dat de ‘oude’ borgtochten inderdaad wel blijven bestaan maar die continuïteit belet geenszins dat de bedragen moeten worden verhoogd indien zij lager zijn dan de vereiste nieuwe bedragen of dat zij mogen worden verminderd in het tegengestelde geval.”

Het KB van 18 maart 1991 werd bij het artikel 68, 5° van het KB van 7 mei 2002 opgeheven. Het KB van 7 mei 2002 werd gepubliceerd in het *BS* van 30 mei 2002 en trad volgens artikel 76 in werking op 1 januari 2003. Zodoende hadden de instellingen die zich borg hadden gesteld onder het KB van 18 maart 1991 voldoende tijd om hetzij hun borgtochtcontract aan te passen aan de nieuwe reglementering hetzij deze op te zeggen met het gevolg dat zij overeenkomstig artikel 23 § 1 van het KB van 18 maart 1991 bevrijd zouden zijn na het verstrijken van een termijn van drie maanden, dus vooraleer de nieuwe regeling in werking zou treden en slechts nog gevolgen zouden moeten geven aan aanspraken op de borgtocht gedurende zes maanden. Voormeld KB heeft bijgevolg geen terugwerkende kracht.

Het KB van 7 mei 2002 is overigens niet van toepassing op aanspraken die voor de inwerkingtreding ervan werden vastgelegd (Cass. 24 april 2008, *RDC – TBH* 2008, p. 620).

Fortis bewijst derhalve niet dat artikel 70 van het KB van 7 mei 2002 onwettig zou zijn.

2.4. Fortis stelt dat zij niet gehouden kan zijn krachtens de termen van het KB van 7 mei 2002 en dat de vordering van de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg niet gedekt is door een borgstelling die gesteld werd in uitvoering van het KB van 18 maart 1991. Zij stelt dat de borgtocht beperkend moet worden geïnterpreteerd en niet verder mag strekken dan de perken waarin hij is aangegaan (art. 2014 BW) en dat zij zich nooit heeft verbonden op grond van het KB van 7 mei 2002.

Krachtens artikel 1156 BW moet men in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.

Ook al is de borgtocht verleend door Fortis met een contract, toch gaat het om een verplichte administratieve borgtocht die aan eigen regels onderworpen is. Wanneer deze regels gewijzigd worden zullen de rechten van partijen en de

omvang van hun verbintenissen noodzakelijkerwijze hierdoor beïnvloed worden.

De gemeenschappelijke bedoeling van partijen was aan Malico de mogelijkheid te bieden om haar financiële draagkracht als vervoeronderneming te bewijzen en de verplichting die aan een vervoeronderneming opgelegd wordt een hoofdelijke borg te stellen, na te leven. Het voorwerp van de overeenkomst gesloten op 1 maart 1996 tussen Fortis en Malico bestond immers in het verlenen door Fortis van een waarborg ten behoeve van Malico conform aan de vereisten van de wetgeving inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van nationaal en internationaal goederenvervoer over de weg. In deze overeenkomst wordt niet verwezen naar het KB van 18 maart 1991. Een verwijzing naar dit KB komt weliswaar voor op de bewijzen van hoofdelijke borgstellingen d.d. 3 april 1996 en 28 november 2002 opgesteld door Fortis en die bestemd zijn voor het Bestuur van het Vervoer te land maar op dat ogenblik was het KB van 7 mei 2002 nog niet in werking zodat uit deze vermeldingen niet kan worden afgeleid dat de partijen de intentie hadden om de omvang van de verbintenissen van de borg strikt te beperken tot de omschrijving van deze omvang in het KB van 18 maart 1991 en de toepassing van iedere toekomstige wettelijke bepaling inzake uit te sluiten.

Als professionele kredietverstrekker wist Fortis, of diende zij minstens te weten dat de reglementering inzake door het KB van 7 mei 2002 gewijzigd was en kende zij de overgangsbepalingen die erin werden opgenomen. Zij heeft de borgtochtovereenkomst niet opgezegd en zij betwist niet dat zij na de inwerkingtreding van het KB van 7 mei 2002 de premie verder heeft geïnd. Zoals hoger gesteld was de gemeenschappelijke bedoeling van partijen aan Malico een hoofdelijke borgstelling te verschaffen in overeenstemming met de vigerende wetgeving inzake vervoer van goederen over de weg. Het kan nooit de bedoeling van partijen

geweest zijn zich niet te schikken aan de nieuwe wetgeving inzake.

Indien Fortis het toepassingsgebied van het KB van 7 mei 2002 niet aanvaardde en slechts een hoofdelijke borgstelling wilde verlenen conform de omvang van de verbintenissen van de borg zoals omschreven in het opgeheven KB van 18 maart 1991, had zij zowel Malico als het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur hiervan moeten inlichten om hen geen vertekend beeld te geven van de financiële draagkracht van de vervoeronderneming gelet op de wijziging in de reglementering. Dat Fortis dit niet gedaan heeft betekent duidelijk dat het de wil van de partijen was om blijvend de borgstelling te verzekeren en deze onder het toepassingsgebied van het KB van 7 mei 2002 te laten vallen.

Vermits de levering van banden, voorwerp van de facturen van Malico, plaats gevonden heeft na de inwerkingtreding van het KB van 7 mei 2002 en de NV Lambrecht Nummer Een in Banden – Limburg tijdig en conform de vereisten van het KB van 7 mei 2002 aanspraak op de borg heeft gemaakt, is haar vordering gegrond zoals toegekend door de eerste rechter.

(...)

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtsprekende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verleent akte aan de NV Fortis Insurance Belgium van haar naamswijziging;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

(...)