

Overzicht van rechtspraak (1990-2004)

Het voorrecht en de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer

François Kint¹ en Werner Derijcke

INHOUD

Inleiding	853
Hoofdstuk I. De rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer	854
<i>Afdeling 1. – Rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer en de vordering van diezelfde onderaannemer tegen de hoofdaannemer</i>	854
<i>Afdeling 2. – Artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 23 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten</i>	856
<i>Afdeling 3. – Het lot van de subonderaannemers</i>	856
<i>Afdeling 4. Rechtstreekse rechtsvordering en faillissement, gerechtelijk akkoord, vereffening, beslag onder derden of vereffening van een rechtspersoon</i>	857
<i>Afdeling 5. – Verweermiddelen van de bouwheer</i>	859
<i>Afdeling 6. – De vorm van de rechtstreekse rechtsvordering</i>	860
<i>Afdeling 7. – Rechtstreekse rechtsvordering en pand op schuldvordering of pand op handelszaak</i>	861
<i>Afdeling 8. – Schuldvordering waarvoor de rechtstreekse rechtsvordering kan worden ingesteld</i>	862
<i>Afdeling 9. – Schuldvordering waarop de rechtstreekse rechtsvordering toepasselijk is</i>	863
<i>Afdeling 10. – De gevolgen van de rechtstreekse rechtsvordering wanneer de bouwheer niet of slecht betaalt</i>	864
<i>Afdeling 11. – Meerdere rechtstreekse rechtsvorderingen</i>	867
Hoofdstuk II. – Het voorrecht van de onderaannemer	869
<i>Afdeling 1. – Het voorrecht zonder de rechtstreekse rechtsvordering</i>	869
<i>Afdeling 2. – De bevoorrechte schuldvordering</i>	869
<i>Afdeling 3. – Onderpand van het voorrecht van de onderaannemer</i>	871
<i>Afdeling 4. – Rang van het voorrecht van de onderaannemer</i>	871
<i>Afdeling 5. – Het lot van de subonderaannemers</i>	873
Besluit	873

Examen de jurisprudence (1990-2004)

Le privilège et l'action directe du sous-traitant

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	853
Chapitre I ^{er} – L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage	854
<i>Section 1^{ère}. – Action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage et action de ce même sous-traitant contre l'entrepreneur principal.</i>	854
<i>Section 2. – Article 1798 du Code civil et article 23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services</i>	856
<i>Section 3. – Sort des sous-traitants de rang inférieur</i>	856
<i>Section 4. – Action directe et faillite, concordat judiciaire, saisie-arrêt ou liquidation d'une personne morale</i>	857

¹ Professor aan de Universiteit Catholique de Louvain, advocaat bij het Hof van Cassatie.

<i>Section 5. – Exceptions susceptibles d’être invoquées par le maître de l’ouvrage</i>	859
<i>Section 6. – La forme de l’action directe</i>	860
<i>Section 7. – Action directe et gage sur créance ou gage sur fonds de commerce</i>	861
<i>Section 8. – Créance pour laquelle l’action directe peut être introduite</i>	862
<i>Section 9. – Créance sur laquelle l’action directe est applicable</i>	863
<i>Section 10. – Conséquences de l’action directe lorsque le maître de l’ouvrage ne paye pas ou paye mal</i>	864
<i>Section 11. – Pluralité d’actions directes</i>	867
Chapitre II. – Le privilège du sous-traitant	869
<i>Section 1^{ère}. – Le privilège du sous-traitant sans l’action directe</i>	869
<i>Section 2. – La créance privilégiée</i>	869
<i>Section 3. – Assiette du privilège du sous-traitant</i>	871
<i>Section 4. – Rang du privilège du sous-traitant</i>	871
<i>Section 5. – Sort du privilège du sous-traitant</i>	873
Conclusion	873

RÉSUMÉ

1. La loi du 19 février 1990 complétant l’article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l’article 1798 du Code civil en vue de protéger les sous-traitants a fait l’objet d’abondants commentaires, dès le lendemain de sa publication. Les nouveaux textes avaient les qualités que Sieyès attribuait aux bonnes constitutions: ils étaient courts et obscurs. La doctrine a tenté de leur donner leur exacte place dans le droit des sûretés et des obligations en général. La médiocre qualité des débats parlementaires vouait cependant à l’échec toute tentative de construction raisonnée de nature à emporter une large conviction adhésion.

2. Il restait donc à la jurisprudence à créer le droit sous le couvert de l’interpréter; ce qu’elle fit au cours des quinze dernières années, donnant satisfaction tantôt aux uns, tantôt aux autres. En raison de l’intervention de la Cour de cassation, il est aujourd’hui entendu que le privilège s’étend aux accessoires tels que les intérêts et la clause pénale (arrêt du 22 mars 2002). Quant à l’action directe, le sous-traitant ne peut s’en prévaloir “qu’à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître à l’entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant” (arrêt du 21 décembre 2001). Par ailleurs, cette action directe n’est plus recevable après que la créance de l’entrepreneur principal sur le maître de l’ouvrage est devenue indisponible dans le patrimoine du premier; à tout le moins lorsque cette créance a fait l’objet d’une saisie-arrêt ou lorsque l’entrepreneur principal a été déclaré en faillite (arrêt du 27 mai 2004) ou encore a été mis en liquidation (arrêt du 23 septembre 2004). Le sort de l’action directe, lorsque l’entrepreneur principal bénéficie d’un sursis provisoire, est plus incertain.

Il reste d’autres questions pour lesquelles la Cour de cassation n’a pas encore pu se prononcer et à propos desquelles la jurisprudence reste divisée: l’action directe suppose-t-elle l’introduction d’une procédure ou suffit-il que le sous-traitant s’en soit prévalu de manière certaine? lorsque l’entrepreneur principal a perdu son enregistrement, le maître de l’ouvrage actionné directement doit-il procéder aux retenues sociales et fiscales prévues par les articles 402 du Code des impôts sur les revenus 1992 et 30bis de la loi du 27 juin 1964 révisant l’arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs? comment régler le sort d’actions directes multiples introduites devant des juridictions différentes, notamment lorsque la concentration du contentieux devant une seule juridiction n’est pas possible? quel est le rang du privilège du sous-traitant?...

3. La matière est donc loin d’être arrivée au terme de ses développements. Le praticien serait enclin à espérer une intervention législative afin de mettre fin à une perte d’énergie considérable. Une telle intervention n’est cependant souhaitable que si le législateur se donne le temps de la réflexion et de la comparaison avec des systèmes juridiques, notamment le système français, où des institutions comparables fonctionnent de longue date.

INLEIDING

1. Op 24 maart 1990 verscheen in het *Belgisch Staatsblad* de Wet van 19 februari 1990 tot aanvulling van artikel 20 van de *Hypotheekwet en tot wijziging van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de bescherming van de onderaannemers*².

Artikel 1 van die wet voerde in artikel 20 van de *Hypotheekwet* een twaalfde bijzonder voorrecht in:

“[De schuldvorderingen, op bepaalde roerende goederen bevoorrecht, zijn:

(...)]

12° gedurende vijf jaar vanaf de datum van de factuur, de schuldvordering die de onderaannemer tegenover zijn medecontractant-aannemer heeft wegens werken die hij aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd of laten uitvoeren, op de schuldvordering die deze medecontractant-aannemer wegens dezelfde aanneming heeft tegenover de bouwheer.

De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.”

Artikel 2 van die wet verving als volgt artikel 1798 van het *Burgerlijk Wetboek*:

“Metselaars, timmerlieden, arbeiders, vaklui³ en onderaannemers gebezigd bij het oprichten van een gebouw of voor andere werken die bij aanneming zijn uitgevoerd, hebben tegen de bouwheer een rechtstreekse vordering ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat hun rechtsoverdracht wordt ingesteld.

De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.”

Het wetsvoorstel kwam er eerst op initiatief van volksvertegenwoordigers Ph. Maystadt en M. Wathelet⁴ en werd later bijna ongewijzigd opnieuw ingediend door volksvertegenwoordigers M. Wathelet en J.-P. Grafé⁵. Het wetsvoorstel was alleen bedoeld om een nieuw bijzonder voorrecht in te voeren. Pas tijdens de debatten in de kamercommissie voor justitie opperde de toenmalige Minister van Justitie, de heer J. Gol, het idee om liever de reeds bestaande rechtstreekse rechtsoverdracht van artikel 1798 van het *Burgerlijk Wetboek* ten gunste van de onderaannemers uit te breiden⁶. Principieel had hij er immers geen bezwaar tegen om de onderaannemers beter te beschermen, maar hij wenste “te beletten dat de onderaannemers (die meestal beter dan wie ook vertrouwd zijn met de financiële moeilijkheden van de hoofdaannemer) een voorrecht zou worden toegekend dat automatisch zou worden toegepast ook als de begunstigden ervan geen enkele voorzorg hebben genomen vóór het faillissement.” Zijn analyse was onder meer gebaseerd op een bijdrage van prof. L. Simont waarin laatstgenoemde, aldus de minister, “de verschillende twistpunten [ontleedde] en ook de voorwaarden omschreef [eef] waaronder artikel 1798 op dit ogenblik kan toegepast worden.”

Nu de volksvertegenwoordigers de knoop niet hebben kunnen doorhakken, hebben ze beslist om zowel het nieuwe voorrecht als de uitgebreide rechtstreekse rechtsoverdracht in te voeren.

2. Die wet heeft veel pennen in beweging gebracht⁷. Veel auteurs, met inbegrip van ondergetekenden, hebben de precieze draagwijdte van deze nieuwe bepalingen, en vooral van de rechtstreekse rechtsoverdracht, proberen nader te omschrijven. Hun taak was echter hopeloos.

Om een wet te interpreteren, moet men ervan uitgaan dat de wetgever rationeel heeft gehandeld, zelfs indien iedereen weet dat dit niet meer dan een postulaat is⁸. Maar om te over-

² Die wet is van kracht sinds 3 april 1990: Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, blz. 253, noot. Er is beslist dat een onderaannemer zich slechts op de door die wet ingevoerde rechtstreekse rechtsoverdracht kan beroepen voor overeenkomsten die na de inwerkingtreding ervan zijn aangegaan: Brussel 13 september 1996, A.R. nr. 92/AR/3058; *Juridat*, nr. JB40345_1 [dit arrest toont terloops aan dat de rechtstreekse rechtsoverdracht overbodig is wanneer de vermeende hoofdaannemer eigenlijk de lasthebber (of schijnlasthebber) van de bouwheer is]. Vgl. Luik 6 februari 1996, *R.R.D.* 1996, p. 244; *T. Aann.* 1997, p. 387; Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542; Rb. Brussel (besl.) 30 november 1992, *J.L.M.B.* 1993, p. 281, noot G. DE LEVAL.

³ De begunstigden zijn dus niet alleen de onderaannemers, maar de gepubliceerde rechtspraak heeft alleen betrekking op hen. *Brevitatis causa*, zullen wij hierna dus spreken van de rechtstreekse rechtsoverdracht van de onderaannemer.

⁴ Wetsvoorstel tot aanvulling van art. 20 van de *Hypotheekwet* met het oog op de bescherming van de onderaannemers, *Gedr. St. Kamer* B.Z. 1979, nr. 27/1.

⁵ Wetsvoorstel tot aanvulling van art. 20 van de *Hypotheekwet* met het oog op de bescherming van de onderaannemers, *Gedr. St. Kamer* zitting 1981-82, nr. 294/1.

⁶ Wetsvoorstel tot aanvulling van art. 20 van de *Hypotheekwet* met het oog op de bescherming van de onderaannemers, verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer G. Verhagen, *Gedr. St. Kamer* zitting 1982-83, nr. 294 (1981-82)/3, p. 2-4. Zie, onder de oorspronkelijke tekst van het *Burgerlijk Wetboek*: Brussel 7 februari 1990, *Res. Jur. Imm.* 1990, p. 173; Luik 15 september 1987, *J.L.M.B.* 1988, p. 82, noot J. CAEYMAEX; Brussel 24 mei 1985, *J.T.* 1986, p. 162; Rb. Brugge 2 februari 1988, *T. Aann.* 1989, p. 191, noot P. VAN DER STICHELEN en J. VAN ROMPUY; Luik 21 februari 1964, *R.C.J.B.* 1964, p. 31, noot L. SIMONT; Vred. Grivegnée 14 september 1917, III, p. 106, noot. Vgl. Brussel 5 december 1991, *J.L.M.B.* 1993, p. 74, noot J.-F.J.; Rb. Brussel 12 december 1988, *J.L.M.B.* 1989, p. 1265.

⁷ Voor een uitgebreide bibliografie, zie de bibliografie op het einde van deze bijdrage.

⁸ Zie hieromtrent Fr. OST, “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, in *L’interprétation en droit* 1978, Brussel, Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 97-184.

tuigen, moet een op die basis gevestigde redenering zich te minste kunnen beroepen op een wetgever die een schijn van rationaliteit heeft gewekt. Welnu, bij de invoering van artikel 20.12° van de Hypotheekwet, bijvoorbeeld, blijkt de wetgever er zich niet eens van bewust te zijn geweest dat de onderaannemer – ingeval van faillissement van de hoofdaannemer – voortaan een separatist zou zijn⁹. Wat de (uit)werking van de rechtstreekse rechtsvordering betreft, verwijzen de voorbereidende werkzaamheden met klem naar een auteur die op overtuigende wijze tot het besluit komt dat de oorspronkelijke wetgever van 1804 eigenlijk nooit de bedoeling heeft gehad om, in het raam van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, een rechtstreekse rechtsvordering te organiseren¹⁰. De wetgever heeft niet kunnen kiezen tussen het voorrecht en de rechtstreekse rechtsvordering maar heeft ook nooit uitgelegd waarom die twee instellingen *ratione personae* verschillende toepassingsgebieden (blijken te) hebben. Verder is het enige dat van de voorbereidende werk-

zaamheden met zekerheid kan worden afgeleid het feit dat de rechtstreekse rechtsvordering “*de eiser een eigen recht verschafft*”¹¹, maar wanneer het erop aankomt te begrijpen wat dat *in concreto* volgens de wetgever betekent, is het maar gissen.

Het echte werk zou dus voor de rechtspraak zijn.

Daarom is het ons na vijftien jaar nuttig gebleken om alle theoretische discussies wat naar de achtergrond te verdrijven en om na te gaan hoe de rechtspraak de kwetsieuzere wetsbepalingen concreet heeft ingevuld. Onze bedoeling bestaat er dus niet in om onze (soms tegenstrijdige) opvattingen nog eens op een rijtje te zetten¹² of om, voor elk aspect, de rechtspraak met de verschillende posities van de rechtsleer te confronteren. We willen hier gewoon de rechtspraak uiteenzetten en ze toetsen zowel aan de algemene beginselen van de zekerheidsrechten als, waar mogelijk, aan de enkele beschikbare arresten van het Hof van Cassatie.

HOOFDSTUK I. DE RECHTSTREEKSE RECHTSVORDERING VAN DE ONDERAANNEMER TEGEN DE BOUWHEER

Afdeling 1. – Rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer en de vordering van diezelfde onderaannemer tegen de hoofdaannemer

3. De rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer en de vordering van diezelfde onderaannemer tegen de hoofdaannemer zijn twee aparte procedures, die weliswaar tegelijkertijd kunnen worden ingeleid, met dien verstande dat “*vanaf het ogenblik waarop zij wordt gesteld, [de rechtstreekse rechtsvordering] onafhankelijk van de vordering van de onderaannemer op de aannemer bestaat*” en “*deze laatste vordering onverkort [laat] bestaan*”¹³. “*Het staat de onbetaalde onderaannemer derhalve vrij hetzij de een of de andere, hetzij beiden aan te spreken*”¹⁴.

Een onderaannemer stelt eerst de rechtstreekse rechtsvordering in. Nadien beroept hij zich tevens op het voorrecht. De pandhoudende schuldeiser op de handelszaak houdt vol dat na de rechtstreekse vordering te hebben ingesteld, de onderaannemer zich niet langer op het voorrecht kan beroepen. De Rechtbank van Koophandel te Mechelen verwerpt deze zienswijze: “*Het is duidelijk dat het voorrecht bestaat zodra de schuldvordering bestaat (...), maar slechts kan worden uitgeoefend in geval van samenloop (...). De onderaannemer kan dus niet eindeloos zitten wachten op een faillietverklaring van zijn hoofdaannemer (die er wellicht nooit komt) en intussen de kans tot een wellicht succesvolle rechtstreekse vordering laten voorbijgaan. (...) Het zou anderzijds onaanvaardbaar zijn dat de enkele dagen vóór het faillissement ingestelde rechtstreekse vordering hem zijn voorrecht zou ontnemen*”¹⁵.

⁹ Zie echter *contra*: Bergen 29 september 2003, *R.R.D.* 2003, p. 407, maar dit arrest houdt geen rekening met artikel 26 van de Faillissementswet.

¹⁰ L. SIMONT, ‘Contribution à l’étude de l’article 1798 du code civil’, noot onder Luik 21 februari 1964, *R.C.J.B.* 1964, p. 52, nr. 17.

¹¹ Wetsvoorstel tot aanvulling van art. 20 van de Hypotheekwet met het oog op de bescherming van de onderaannemers, verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer G. Verhagen, *Gedr. St. Kamer zitting 1982-83*, nr. 294 (1981-1982)/3, p. 4.

¹² Fr. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuites des créanciers*, 4^{de} uitgave, 2004, Brussel, Larcier, nrs. 185-187, p. 101-103; nrs. 517-519, p. 268-271; W. DERIJCKE, ‘Entre crédit et discrédit: Questions spéciales de droit des sûretés à l’usage des PME’, *Ann. dr. Louvain* 1999, p. 144-154, nrs. 46-55; ‘Rechtstreekse vordering van de onderaannemer en faillissement van de hoofdaannemer’, noot onder Kh. Brussel 27 juli 1997, *T.B.H.* 1999, p. 211-214; ‘De rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer kan niet meer worden ingesteld na faillissement van de hoofdaannemer of na beslag op diens vordering ten opzichte van de bouwheer’, noot onder Antwerpen, 13 december 2001 (twee arresten), *T.B.H.* 2002, p. 472-474; ‘Étendue de la créance-cause et de la créance-objet de l’action directe visée à l’article 1798 du code civil’, noot onder Cass. 21 december 2001, *T.B.H.* 2002, p. 446-448.

¹³ Antwerpen 13 december 2001, *T.B.H.* 2002, p. 466, noot W. DERIJCKE.

¹⁴ Gent 28 maart 2002, *NjW* 2002, nr. 6, p. 211, noot. Zie ook Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot; Kh. Leuven 24 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, p. 213. Vgl. Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542.

¹⁵ Kh. Mechelen 5 maart 2001, *R.W.* 2001-02, p. 1510. *Adde* Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 110: na tegen de bouwheer een rechtstreekse rechtsvordering te hebben ingeleid, kan een onderaannemer zich ook op het voorrecht beroepen ten opzichte van het faillissement van de hoofdaannemer, hetgeen “*uiteraard niet met zich mee [brengt] dat de onderaannemers tweemaal hun vorderingen zouden kunnen innen*”; wanneer een rechtbank zich uitspreekt over de rechtstreekse rechtsvordering zal zij mogelijke van (het faillissement van) de hoofdaannemer ontvangen bedragen “*in mindering*” brengen.

4. De Rechtbank van Koophandel te Luik heeft benadrukt dat een goede rechtsbedeling er belang bij heeft dat de twee vorderingen samen worden behandeld¹⁶.

Het Hof van Beroep te Luik beschouwt dat er echter geen aanleiding bestaat tot hoofdelijke veroordeling van de bouwheer en van de hoofdaannemer. Het veroordeelt alleen “de ene bij gebrek aan de andere”¹⁷.

5. Een onderaannemer had tegelijkertijd de hoofdaannemer en de bouwheer tot betaling van zijn facturen gedagvaard. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Charleroi gaat op de eis in.

De hoofdaannemer tekent tijdig hoger (hoofd)beroep aan tegen het gehele *dictum* en ten aanzien van alle partijen. De bouwheer stelt nadien een laattijdig hoofdberoep in en later een incidenteel hoger beroep. Het Hof van Beroep te Bergen verklaart het hoofdberoep van de hoofdaannemer ontvankelijk evenals het incidenteel beroep van de bouwheer, maar het hoofdberoep van laatstgenoemde wordt niet ontvankelijk verklaard.

De onderaannemer stelt een voorziening in cassatie in en het Hof van Cassatie vernietigt het bestreden arrest¹⁸. Overeenkomstig artikel 1054 van het Gerechtelijk Wetboek kan slechts een “*gedaagde in hoger beroep (...) te allen tijde incidenteel beroep instellen tegen alle partijen die in het geding zijn*”. Nu de hoofdaannemer voor de eerste rechter blijkbaar niets had gevorderd ten opzichte van de bouwheer, kon deze laatste niet als een “*gedaagde in hoger beroep*” worden beschouwd in het raam van het hoofdberoep dat was ingeleid door die hoofdaannemer. De bewuste bouwheer kon dus geen incidenteel hoger beroep instellen.

Het louter procedurele aspect wordt uitgelegd in de conclusie van het openbaar ministerie bij dit arrest, en komt hier dus niet aan bod¹⁹. Wat juridisch duidelijk is, hoewel econo-

misch wat eigenaardig, is dat de vorderingen van de onderaannemer tegen de hoofdaannemer en tegen de bouwheer niet onsplitsbaar zijn. Het is niet ondenkbaar dat, al was het maar om procedurele redenen, de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer ontvankelijk en gegrond wordt verklaard terwijl de vordering van diezelfde onderaannemer, gericht tegen de hoofdaannemer, wordt afgewezen (of omgekeerd).

6. In een arrest van 23 oktober 1998²⁰, poneert het Hof van Beroep te Luik dat er geen conflict kan bestaan tussen de rechtstreekse rechtsvordering en het voorrecht van de onderaannemer, aangezien de eerste op het vermogen van de bouwheer slaat, terwijl het tweede binnen het vermogen van de hoofdaannemer wordt uitgeoefend²¹.

Dit lijkt ons ietwat onnauwkeurig uitgedrukt.

Het voorrecht van artikel 20.12° van de Hypotheekwet is immers een *bijzonder* voorrecht *op een schuldvordering*, t.w. precies die schuldvordering ten belope waarvan de onderaannemer een rechtstreekse rechtsvordering tegen de hoofdaannemer heeft. Indien een derde in handen van de bouwheer beslag onder derden legt op de schuldvordering van de hoofdaannemer of indien laatstgenoemde failliet wordt verklaard of indien hij zijn schuldvordering cedeert, wordt die schuldvordering onbeschikbaar in het vermogen van de hoofdaannemer en bestaat er geen ruimte meer voor een rechtstreekse rechtsvordering²². Wij komen hier nog op terug (*infra*, nrs. 9 e.v.).

Omgekeerd, indien een onderaannemer een rechtstreekse rechtsvordering inleidt, kan de bouwheer niet meer geldig in handen van de hoofdaannemer betalen, zodat het voorrecht geen voorwerp meer heeft, tenzij na aftrek van de schuldvordering van de rechtstreeks vorderende onderaannemer er ten gunste van de hoofdaannemer een saldo overblijft.

¹⁶. Kh. Luik 24 december 1999, *R.R.D.* 2000, p. 493.

¹⁷. Luik 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, p. 589, noot Fr. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36.

¹⁸. Cass. 19 september 2003, A.R. nr. C.02.490.F, conclusie adv.-gen. A. Henkes.

¹⁹. Er kan wel worden opgemerkt dat de hoofdaannemer volgende grond van niet-ontvankelijkheid van het cassatiemiddel had ingeroepen wegens gebrek aan belang: “[H] et hof van beroep [diende] *alleen (...) uitspraak (...) te doen over de ontvankelijkheid en, in voorkomend geval, over de gegrondheid van de door [de onderaannemer] tegen [de bouwheer] op grond van artikel 1798 van het burgerlijk wetboek ingestelde rechtstreekse rechtsvordering, op grond dat de [hoofdaannemer] belang had bij de betwisting van de ontvankelijkheid, ja zelfs van de gegrondheid van die rechtstreekse vordering, aangezien “de onderaannemer”, door een dergelijke rechtsvordering in te stellen, “zich in zeker opzicht (in zijn eigen voordeel) de schuldvordering van de hoofdaannemer op de opdrachtgever toeïgert [‘]”*. Met andere woorden: met of zonder het kwestieuze incidenteel hoger beroep, had het hof van beroep zich over de problematiek moeten uitspreken, alleen op basis van het hoger beroep van de hoofdaannemer. Het Hof van Cassatie verwerpt dit argument en weigert aldus afbreuk te doen, ingeval van rechtstreekse rechtsvordering, aan de zogenaamde relatieve kracht van het hoger beroep. Ondanks de door de hoofdaannemer benadrukte bijzonderheden van een rechtstreekse rechtsvordering, past het Hof van Cassatie de desbetreffende beginselen strikt toe: “[H] et [bestreden] *arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, beslist dat het hoofdberoep van [de bouwheer] niet ontvankelijk is [H] et middel volgens hetwelk het incidenteel beroep van [de bouwheer] eveneens niet ontvankelijk had moeten worden verklaard [is derhalve] niet van belang ontbloot.*”

²⁰. Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY.

²¹. Zie ook Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot.

²². Tenzij, in het geval van het beslag, er een saldo overblijft na betaling van een beslagleggende onderaannemer.

Afdeling 2. – Artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 23 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten

7. Artikel 23, § 1, van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten bepaalt: “*De schuldvorderingen van de aannemers uit hoofde van de uitvoering van een door een in artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8° en 10°, bedoelde aanbestedende overheid gegunde overheidsopdracht voor de aanneming van werken, leveringen of diensten, mogen tot aan de voorlopige oplevering niet het voorwerp zijn van beslag, overdracht of inpandgeving.*” Wat beslagleggingen of verzetten betreft, voorziet § 2 van diezelfde wetsbepaling in een uitzondering ten gunste van, onder meer, de onderaannemers.

Voor het Hof van Cassatie stelt het Vlaamse Gewest voornamelijk dat de uitzonderingen op artikel 23, § 1, “*restrictief [dienen] te worden uitgelegd [A] angezien vermeld artikel 23, § 2, enkel de bewarende maatregelen beslag en verzet toelaat en niet het instellen van een rechtstreekse vordering, kan tegen de bouwheer van overheidsopdrachten geen rechtstreekse vordering worden ingesteld door de onderaannemer.*” Volgens het Vlaamse Gewest, zou “[d]e toepassing op overheidsopdrachten van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek (...) bovendien onverenigbaar [zijn] met de bijzondere wettelijke regeling van vermeld artikel 23 en dus door de wet impliciet uitgesloten. Met name [zou] de toepassing op overheidsopdrachten van vermeld artikel 1798 onverenigbaar [zijn] met het bijzondere aparte preferentiesysteem van artikel 23 (...)”.

Met zijn verder in dit nummer gepubliceerde arrest van 27 mei 2004, verwerpt het Hof van Cassatie dit middel en poneert het “*dat de bij een overheidsopdracht gebezigde onderaannemer zowel geniet van de bescherming verzekerd door artikel 1798, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, als deze geboden door artikel 23 van de Overheidsopdrachtenwet*”²³.

Het gaat hier om een principearrest, waar het Hof niet anders kon dan een standpunt in te nemen. Of er echt een mogelijkheid bestond om dat – of een ander – standpunt juridisch te onderbouwen blijft een open vraag. Het Hof stelt wel “*dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 23 van de Overheidsopdrachtenwet de bescherming waarvan de onderaannemer wordt verzekerd door artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, vervolledigt*”. En in de toelichting bij artikel 23 is weliswaar op de valreep gesteld: “*Voor de onderaannemers betekent artikel 23 de aanvulling van de bepalingen van de Wet van 19 februari 1990 betreffende de rechtstreekse vordering van de onderaannemer en de bevoorrechte aard van zijn schuldvordering*”²⁴. Maar deze stelling valt een beetje uit de lucht en heeft tijdens de parlementaire debatten van niemand aandacht gekregen.

Men verlieze hier overigens niet uit het oog dat artikel 23 van de Wet van 24 december 1993 eigenlijk slechts de uitbreiding uitmaakt van de vroegere Wet van 3 januari 1958 op de cessie en inpandgeving van schuldvorderingen op de Belgische Staat²⁵ die zelf een Decreet van 26 pluviöse-28 ventôse en het Decreet van Posen heeft opgevolgd²⁶. Indien er moet worden aangenomen dat er een tekst is die de andere aanvult, gaat het dus blijkbaar om de Wet van 19 februari 1990 die – wat de onderliggende beginselen betreft – de jongste is. In de voorbereidende werkzaamheden van deze laatste wet vindt men echter geen – zelfs impliciete – allusie op deze problematiek²⁷.

De door het Hof van Cassatie gemaakte keuze heeft het voordeel dat het op een – licht – tekstargument kan steunen. De voorziening in cassatie merkt op dat de taak van de overheid erdoor zeker niet zal worden vergemakkelijkt²⁸.

Afdeling 3. – Het lot van de subonderaannemers

8. Het tweede lid van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek poneert het volgende: “*De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.*”

²³. Zie reeds Antwerpen 17 mei 1999, *T. Aann.* 1999, p. 293.

²⁴. Ontwerp van Wet betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, Memorie van Toelichting, *Gedr. St. Senaat* zitting 1992-93, nr. 656 (1992-93)/1, p. 32.

²⁵. Ontwerp van Wet betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, verslag namens de Commissie voor Financiën uitgebracht door de heer J. Weyts, *Gedr. St. Senaat* zitting 1992-93, nr. 656 (1992-93)/2, p. 56.

²⁶. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XII, Zekerheidsrechten* 1999, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, nr. 294, p. 199.

²⁷. Wetsvoorstel tot aanvulling van art. 20 van de Hypotheekwet met het oog op de bescherming van de onderaannemers, verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer G. Verhagen, *Gedr. St. Kamer* zitting 1982-83, nr. 294 (1981-82)/3; Ontwerp van Wet tot aanvulling van art. 20 van de Hypotheekwet en tot wijziging van art. 1798 van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de bescherming van de onderaannemers, verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer A. AARTS, *Gedr. St. Senaat* zitting 1989-90, nr. 855 (1989-1990)/2.

Volgens de Beslagrechter te Luik²⁹ houdt deze zin voor de subonderaannemer de mogelijkheid in, om, op basis van zijn eigen facturen – dus zonder rechterlijke machtiging – bewarend beslag onder derden te leggen in handen van de bouwheer. Nu de subonderaannemer tegen de hoofdaannemer een rechtstreekse rechtsvordering heeft, is deze hoofdaannemer dus de rechtstreekse debiteur van de subonderaannemer. Laatstgenoemde kan bijgevolg, zoals elke schuldeiser, krachtens artikel 1445 van het Gerechtelijk Wetboek, beslag onder derden leggen in handen van de schuldenaar van zijn schuldenaar, in dit geval in handen van de bouwheer.

Afdeling 4. – Rechtstreekse rechtsvordering en faillissement, gerechtelijk akkoord, vereffening, beslag onder derden of vereffening van een rechtspersoon

9. Het is uiteraard nooit betwist dat de rechtstreekse rechtsvordering kan worden ingesteld vóór de faillietverklaring van de hoofdaannemer³⁰. De wetgever heeft echter geen standpunt ingenomen omtrent de ontvankelijkheid van de rechtstreekse rechtsvordering na de faillietverklaring van de hoofdaannemer.

Een deel van de rechtspraak was de mening toegedaan dat, nu de rechtstreekse rechtsvordering tegen de bouwheer en

niet tegen de hoofdaannemer wordt gericht, de faillietverklaring van laatstgenoemde geen beletsel uitmaakt voor die rechtstreekse rechtsvordering³¹, uiteraard voor zover de bouwheer nog niet aan de hoofdaannemer of aan de curator heeft betaald op het ogenblik van het instellen ervan³².

Een ander deel van de rechtspraak, daarentegen, beschouwde dat de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer niet meer ontvankelijk was na het faillissement van de hoofdaannemer³³.

10. Sinds het verder in dit nummer gepubliceerde arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 2004, is het pleit beslecht.

Op 11 december 1998 legt een niet nader bepaalde schuldeiser van de hoofdaannemer beslag onder derden op alle bedragen die door het Vlaamse Gewest, hier bouwheer, aan de hoofdaannemer verschuldigd zijn. Op 25 juni 1999 wordt de hoofdaannemer failliet verklaard. Pas op 4 augustus 1999 laat de onderaannemer een dagvaarding betekenen waarmee hij tegen het Vlaamse Gewest een rechtstreekse rechtsvordering inleedt.

Met een arrest van 29 november 2001, verklaart het Hof van Beroep te Gent de rechtstreekse rechtsvordering ontvankelijk en gegrond. Het Hof van Cassatie vernietigt dat arrest. Het stelt dat, krachtens artikel 16 van de Faillissementswet, “*het faillissement tot gevolg heeft dat de schuldvordering*

²⁸. Er kan hier terloops worden verwezen naar het arrest d.d. 1 maart 2002 van het Hof van Cassatie (*J.L.M.B.* 2002, p. 710). Dit arrest is op zichzelf niet relevant voor onderhavig overzicht van rechtspraak. Het beslist dat het voorrecht – geregeld door de artt. 1 en 3 van de Wet van 3 januari 1958, later opgenomen in de coördinatie van de Wetten inzake de Rijkscomptabiliteit (Koninklijk Besluit van 17 juli 1991) – ook kon worden ingeroepen door “*de onderaannemers van werken die voor rekening van een Gewest zijn uitgevoerd*”. Het Hof van Cassatie verwerpt hierbij een voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Bergen. Uit de tekst van de voorziening blijkt dat het ging om een zaak waar een reeks onderaannemers het Waalse Gewest hadden aangesproken zowel op basis van de Wet van 3 januari 1958 als op basis van art. 1798 van het Burgerlijk Wetboek. De hoofdaannemer had echter, vóór het indienen van de rechtsvordering, zijn schuldvordering op het Waalse Gewest aan zijn bank overgedragen. De voor ons onderwerp interessante passage is de volgende: “*De rechtsvorderingen van de onderaannemers kunnen niet louter op grond van artikel 1798 van het burgerlijk wetboek gegrond worden verklaard, aangezien het Waalse gewest, op het tijdstip waarop die rechtsvorderingen zijn ingesteld, wegens de hem betekkende overdracht van schuldvorderingen geen schuldenaar van de hoofdaannemer meer was. Artikel 3, tweede lid, van de Wet van 3 januari 1958 betreffende de cessies en inpassing van schuldvorderingen op de Belgische staat uit hoofde van werken en leveringen, kent daarentegen aan de onderaannemers een “supervoorrecht” toe dat voorrang heeft op de rechten van de geldschieter overnemer van schuldvorderingen van de hoofdaannemer (...). Dat punt wordt door alle partijen aanvaard.*” Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Bergen zou van 14 mei 1999 dateren en is blijkbaar nooit gepubliceerd maar het schijnt overeen te komen met het arrest van hetzelfde hof van beroep met datum 12 maart 1999 (A.R. nr. 96/RG/755) beschikbaar op *Juridat*, nr. JB993C1_1.

²⁹. Rb. Brussel (besl.) 30 november 1992, *J.L.M.B.* 1993, p. 281, noot G. DE LEVAL.

³⁰. Zie bv. Rb. Oudenaarde 17 november 1997, *T.G.R.* 1998, p. 116.

³¹. Luik 6 februari 2001, *R.R.D.* 2001, p. 137; Luik 31 maart 1995, *J.L.M.B.* 1995, p. 1340; Rb. Brussel 25 mei 1998, A.R. nr. 951235A, *Juridat*, nr. JB406698_1; Kh. Verviers 10 november 1997, *T.B.H.* 1998, p. 462; Kh. Brussel 30 juni 1994, *T.B.H.* 1994, p. 928; Rb. Gent 4 oktober 2000, *T.G.R.* 2001, p. 15, noot P. VAN CANEGEM; Rb. Brussel 26 maart 1998, A.R. nr. 94/9045/A, *Juridat*, nr. JB40779_1. Voor dezelfde stelling, in geval van beslag, zie Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542.

³². Gent 10 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 932, noot; Gent 28 maart 2002, *NjW* 2002, nr. 6, p. 211; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS; Kh. Brussel 31 juli 2002, *T. Aann.* 2003, p. 317; Kh. Turnhout 21 mei 1997, *R.W.* 1997-98, p. 411, noot E. DIRIX. Zie ook: Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 254, noot; Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542, die de rechtstreekse vordering als een persoonlijke zekerheid beschouwen.

³³. Gent 5 juni 2003, *NjW* 2003, nr. 45, p. 1080, noot WG; *R.W.* 2003-04, p. 467, noot; *RABG* 2003, p. 1193, noot W. GOOSSENS; Antwerpen 7 maart 2002, *R.W.* 2002-03, p. 1392, noot; Antwerpen 13 december 2001, *T.B.H.* 2002, p. 467, noot W. DERIJCKE; Kh. Hasselt 24 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 934, noot MT; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS; Rb. Brussel 8 september 2000, *R.W.* 2000-01, noot; Kh. Brussel 27 juli 1998, *T.B.H.* 1999, p. 209 met goedkeurende noot W. DERIJCKE; Kh. Leuven 24 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, p. 213. Voor dezelfde stelling, in geval van beslag, zie: Rb. Hasselt 3 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, p. 424, noot H. VAN GOMPEL. *Adde* Brussel, 22 november 2001, *J.T.* 2002, p. 370: in deze zaak had een onderaannemer de rechtstreekse rechtsvordering een eerste keer ingesteld vóór de wijziging van art. 1798 van het Burgerlijk Wetboek door de Wet van 20 februari 1990; de vordering is afgewezen maar na de inwerkingtreding van de nieuwe wet doet de ondernemer een nieuwe poging; zijn vordering wordt opnieuw afgewezen, ditmaal omdat de faillissementsverklaring (vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet) de respectievelijke rechten van de schuldeiseres definitief had vastgelegd.

van de aannemer op de bouwheer onbeschikbaar wordt” terwijl de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer veronderstelt dat “de schuldvordering van de aannemer op de bouwheer nog beschikbaar is in het vermogen van de aannemer”. De rechtstreekse rechtsvordering kan dus niet meer worden ingesteld na de faillietverklaring van de hoofdaannemer.

Gelet op de redenering van het Hof dient te worden aangenomen dat dezelfde oplossing zich opdringt wanneer de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer het voorwerp uitmaakt van een beslag onder derden. Ook dan is het voorwerp van het beslag niet langer “beschikbaar in het vermogen van de aannemer”³⁴.

11. Kan er van het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 2004 iets worden afgeleid over het lot van de rechtstreekse rechtsvordering ingeval van voorlopige opschorting? Dit kan worden nagegaan door dit arrest te confronteren met de Luikse beslissingen in de Franki-zaken.

Met het vonnis van 11 februari 1998 verkrijgt de naamloze vennootschap Franki het voordeel van de voorlopige opschorting op basis van artikel 15 van de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord. Verschillende onderaannemers beschouwen dat dit echter geen belemmering uitmaakt voor het instellen van de rechtstreekse rechtsvordering van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek.

Met een eerste vonnis, van 19 februari 1998, dat goedkeuring verdient, heropent de Rechtbank van Koophandel te Luik³⁵ de debatten teneinde aan partijen de mogelijkheid te bieden de hoofdaannemer bij te zaak te betrekken of deze laatste ertoe in staat te stellen om vrijwillig tussen te komen. Er kan inderdaad bezwaarlijk worden betwist dat de rechtstreekse rechtsvordering rechtstreekse gevolgen heeft op de inhoud van het op te stellen herstel- of betalingsplan³⁶.

Op 3 april 1998 spreekt de rechtbank van koophandel een reeks vonnissen uit³⁷. Volgens de rechtbank maakt een rechtstreekse rechtsvordering een door artikel 21, § 1, van de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord verboden middel van gedwongen tenuitvoerlegging uit. De rechtstreekse rechtsvordering zou voor de wetgever overigens hoofdzakelijk bedoeld zijn om de onderaannemers te begunstigen in een geval van samenloop, terwijl, aldus de rechtbank, de voorlopige opschorting geen samenloop doet ontstaan³⁸. De rechtbank ziet overigens niet in waarom de onderaannemers de enige schuldeisers zouden zijn die aan

de gevolgen van een aan de hoofdaannemer toegekende voorlopige opschorting zouden ontsnappen.

In een andere zaak, ingeleid door een andere onderaannemer maar eveneens beslecht met een vonnis van 3 april 1998, benadrukt het Hof van Beroep te Luik daarentegen, met zijn arrest van 25 juni 1998³⁹, dat de rechtstreekse rechtsvordering zeker geen “middel van tenuitvoerlegging” in de zin van bovenvermeld artikel 21, § 1, is maar wel een eigen recht van de onderaannemer ten opzichte van de bouwheer. Het vermogen van de hoofdaannemer zou niet eens betrokken zijn. Nergens zou blijken dat, met de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, de wetgever de bedoeling zou hebben gehad de rechtstreekse rechtsvordering te verlammen tijdens de voorlopige opschorting die door de hoofdaannemer zou zijn bekomen.

Als dusdanig kan de stelling van het hof van beroep, na het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 2004, niet bekliven, nu het hof van beroep geen rekening houdt met het feit dat het lot van de rechtstreekse rechtsvordering enigszins afhangt van de beschikbaarheid, in het vermogen van de hoofdaannemer, van diens schuldvordering op de bouwheer.

Dit betekent echter nog niet dat de door het Hof van Beroep te Luik aangenomen positie niet meer correct zou zijn, maar een andere benadering dringt zich op.

Er bestaan twee mogelijke invalshoeken.

De ene hangt af van de analyse van het begrip *rechtstreekse schuldvordering*: valt deze onder het begrip *middel van tenuitvoerlegging* zoals bedoeld door artikel 21, § 1, 1^{ste} lid, van de Wet van 17 juli 1997? De Rechtbank van Koophandel te Luik, met haar bovenvermeld vonnis van 3 april 1998, heeft daar een bevestigend antwoord op gegeven. In dat geval, kan de rechtstreekse rechtsvordering per definitie niet meer worden uitgeoefend na het neerleggen van het verzoekschrift tot gerechtelijk akkoord.

De andere hangt af van de analyse van het begrip *gerechtelijk akkoord of voorlopige opschorting*: heeft het gerechtelijk akkoord als gevolg dat de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer onbeschikbaar wordt in de zin van het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 2004? Dit zou er ons echter toe dwingen de gevolgen van een gerechtelijk akkoord grondig te onderzoeken, hetgeen binnen het onderwerp van onderhavig overzicht niet zou passen. Het volstaat hier te stellen dat, indien wordt aangenomen dat de toekenning van een voorlopige opschorting de totstandkoming van

³⁴. Zie artt. 1451 en 1540 van het Gerechtelijk Wetboek. In een eerste arrest van 13 december 2001 had het Hof van Beroep te Antwerpen precies de stelling aangenomen die nu door het Hof van Cassatie is bekrachtigd wat de gevolgen van het faillissement van de hoofdaannemer op de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer betreft; met een tweede arrest van diezelfde 13 december 2001 trekt het hof van beroep de lijn door naar het beslag: Antwerpen 13 december 2001 [twee arresten], *T.B.H.* 2002, p. 466, noot W. DERLICHE.

³⁵. Kh. Luik 19 februari 1998, *R.P.S.* 1998, nr. 6754, p. 303, noot Th. BOSLY.

³⁶. Art. 29 van de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord.

³⁷. O.m. Kh. Luik 3 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1092; *T.B.H.* 1999, p. 188, noot en Kh. Luik 3 april 1998, *R.P.S.* 1998, nr. 6756, p. 314, noot Th. BOSLY.

³⁸. Zie hierna, voetnoot nr. 40.

³⁹. Luik 25 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1475, noot Y. DUMON en A. ZENNER [p. 1483]; *R.P.S.* 1998, nr. 6751, p. 289, noot Th. BOSLY; *T.B.H.* 1999, p. 186, noot; *T. Aann.* 1999, p. 247, noot.

een samenloop als gevolg heeft⁴⁰, eveneens moet worden aangenomen dat de schuldvordering van hoofdaannemer op de bouwheer niet langer beschikbaar is in het vermogen van eerstgenoemde zodat de rechtstreekse rechtsvordering niet meer kan worden ingesteld. Indien er daarentegen wordt verondersteld dat het gerechtelijk akkoord geen samenloop tot stand brengt, bestaat er geen hindernis tegen de inleiding van een rechtstreekse rechtsvordering.

12. Het Hof van Beroep van Antwerpen had reeds in 2001 duidelijk de positie aangenomen die het Hof van Cassatie met bovenvermeld arrest van 27 mei 2004 heeft bekrachtigd met betrekking tot de (on)mogelijkheid om in bepaalde omstandigheden de rechtstreekse rechtsvordering in te stellen⁴¹. Het is daarom niet onbelangrijk te benadrukken dat dat hof van beroep zijn redenering heeft doorgetrokken naar de vereffening van een rechtspersoon⁴²: “*Hoewel derhalve geen zijdelingse vordering, is de rechtstreekse vordering van de onderaannemer tegen de bouwheer toch geënt op de voorafbestaande vordering van de hoofdaannemer ten overstaan van de bouwheer*”⁴³. *De rechtstreekse vordering van de onderaannemer is beperkt tot de rechten die de hoofdaannemer zelf kon laten gelden ten overstaan van de bouwheer op het ogenblik dat de onderaannemer zijn vordering stelt. Dit houdt in dat het tijdstip van de vordering door de onderaannemer tegen de bouwheer bepalend is voor de beoordeling van de tegenwerpelijheid van de excepties en dat enkel de na het instellen van de vordering ontstane excepties niet meer aan de onderaannemer tegenwerpelij zijn. Vermits het recht van onderaannemer slechts ontstaat op het ogenblik dat het wordt uitgeoefend kan dit geen afbreuk doen aan de rechten van de andere schuldeisers van de aannemer zoals die bestonden ten tijde van de uitoefening van het rechtstreeks vorderingsrecht*”⁴⁵. [De ontbinding van de hoofdaan-

nemer doet] *een samenloop (...) ontstaan tussen de schuldeisers van [die hoofdaannemer] en hun rechten op [zijn] vermogen (...) zijn op dat ogenblik vastgelegd. Hierdoor is de vordering van de aannemer ten overstaan van de bouwheer onbeschikbaar geworden en [kan een onderaannemer] geen [rechtstreekse] vordering meer stellen tegen [de bouwheer]*⁴⁶.

Met zijn arrest van 23 september 2004 (A.R. nr. C.020424.F en C.0204.25), heeft het Hof van Cassatie zich bij die stelling aangesloten.

Afdeling 5. – Verweermiddelen van de bouwheer

13. In het in vorig randnummer besproken arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 7 november 2002 wordt reeds gesteld dat de rechtstreekse rechtsvordering slechts uitwerking krijgt op het ogenblik waarop het wordt ingesteld en dat de bouwheer zich jegens de onderaannemer alleszins op de excepties en verweermiddelen kan beroepen die bestonden vóór het instellen van de rechtstreekse rechtsvordering. Dit wordt vrij algemeen aanvaard⁴⁷.

Volgens het Hof van Beroep te Luik, gaat het hier zowel om de eigen excepties en verweermiddelen van de bouwheer (zoals het bestaan van gebreken, eerder verrichte betalingen, vergoedingen wegens vertragingen,...) jegens de hoofdaannemer als die van deze hoofdaannemer t.o.v. de onderaannemer⁴⁸.

De hoofdaannemer zou zich vanzelfsprekend niet kunnen beroepen op een betaling⁴⁹ die hij zou hebben verricht na het instellen van de rechtstreekse rechtsvordering.

40. Het gaat hier om een fel besproken aangelegenheid. Zie, onder meer, Ph. COLLE, “Enkele vragen i.v.m. de toepassing van de nieuwe wetten van het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, in *Rechtspersonenrecht, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, p. 232-239, nrs. 22-29; X. DIEUX en J. WINDEY, “Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers – à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications”, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe 2000*, Bruxelles, Bruylant, p. 377-405; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XII, Zekerheidsrechten 1999*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, nrs. 66-70, p. 54-60; O. POELMANS, “Le concordat judiciaire et le concours après la loi du 17 juillet 1997”, *T.B.H.* 1999, p. 144-156; M. TISON, “Dépistage en gerechtelijk akkoord na de Wet van 17 juli 1997”, *R.W.* 1997-98, p. 421-422, nr. 91; Chr. VAN BUGGENHOUT, “Gerechtelijk akkoord en samenloop”, *T.B.H.* 1999, p. 157-162. Adde Ph. GÉRARD, J. WINDEY en M. GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite, Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, in *Les dossiers du journal des tribunaux*, nr. 17, 1998, Brussel, Larcier, nrs. 166-174, p. 173-182; Fr. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers 2004*, Brussel, Larcier, nrs. 95-97, p. 57-58; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la faillite et du concordat 2003*, Brussel, Kluwer, nr. 142, p. 100 en nr. 164, p. 114.

41. Cf. *supra*, nr. 10.

42. Antwerpen 7 november 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 930, noot.

43. Zie ook Brussel 22 november 2001, *J.T.* 2002, p. 370 [p. 371, middenkolom].

44. Verg. Antwerpen 7 maart 2002, *R.W.* 2002-03, p. 1392, noot; Antwerpen 13 december 2001 [twee arresten], *T.B.H.*, 2002, p. 466 noot W. DERUCKE.

45. Wij bespreken dit hierna, onder randnr. 13.

46. *Contra* – maar om redenen die niet te verzoenen zijn met het arrest van 27 mei 2004 van het Hof van Cassatie – Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot.

47. Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 910, noot S. VERBEKE; Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot; Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 254, noot; Kh. Turnhout 21 mei 1997, *R.W.* 1997-98, p. 411, noot E. DIRIX; Kh. Brussel 30 juni 1994, *T.B.H.* 1994, p. 928; Rb. Hasselt 3 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, p. 424, noot H. VAN GOMPEL; Kh. Tongeren 10 oktober 1994, *Limb. Rechtsl.* 1995, p. 72.

48. Luik 27 februari 2001, *R.R.D.* 2001, p. 137. Zie blijkbaar ook in die zin Luik 8 januari 1996, *R.R.D.* 1997, p. 193; *J.L.M.B.* 1997, p. 376, dat tevens de na het instellen van de rechtstreekse rechtsvordering toegepaste schuldvergelijking verantwoordt op basis van de samenhang tussen de wederzijdse schuldvorderingen

49. Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542; volgens sommigen ook niet onder de vorm van een schuldvergelijking: Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 110.

Maar dit betekent niet dat de bouwheer slechts de reeds ingeroepen excepties of verweermiddelen zou kunnen aanwenden. In zijn arrest van 30 juni 2001 poneert het Hof van Beroep te Luik dat de *exceptio non adimpleti contractus* steeds kan worden ingeroepen⁵⁰; het hof van beroep beschouwt hier dat de bouwheer ten opzichte van de onderaannemer zich kan beroepen op een schadebeding voor laat-tijdige uitvoering en op een *ex aequo et bono* bepaalde schadevergoeding wegens verlies van de contractuele en wettelijke waarborgen.

Afdeling 6. – De vorm van de rechtstreekse rechtsvordering

14. Nu een rechtstreekse rechtsvordering om ontvankelijk te zijn moet worden ingediend op een ogenblik waar de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer in het vermogen van eerstgenoemde nog beschikbaar is, stelt zich tevens de vraag van de vorm die deze rechtsvordering moet aannemen.

Een deel van de rechtspraak is de mening toegedaan dat het instellen van de rechtstreekse rechtsvordering niet aan een of andere vorm is onderworpen.

Een onderaannemer stelt op 20 augustus 1999 een factuur op. Aangezien de hoofdaannemer hem niet betaalt, stuurt hij op 15 september 1999 een aangetekend schrijven aan de bouwheer waarin hij zich op artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek beroept. Op 4 oktober 1991, antwoordt de bouwheer dat hij aan de hoofdaannemer vraagt of deze zich met een rechtstreekse betaling aan de onderaannemer akkoord kan verklaren; de bouwheer verbindt er zich toe om met de onderaannemer spoedig opnieuw contact op te nemen. De hoofdaannemer reageert echter niet en wordt op 22 november 1999 failliet verklaard. Op 13 december 1999

verzoekt de curator om betaling van de factuur en de bouwheer gaat hierop in. Op 29 september 2000 spant de onderaannemer met dagvaarding een geding aan tegen de bouwheer. Met vonnis van 18 december 2001 beslist de Rechtbank van Koophandel te Bergen dat de eis ongegrond is, nu, op het ogenblik waarop de vordering is ingesteld, de bouwheer reeds betaald had; alleen de bij de rechtspleging betrokken curator wordt tot betaling veroordeeld. De onderaannemer tekent hoger beroep aan. Het Hof van Beroep te Bergen beslist dat de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer wellicht een onvolmaakte rechtstreekse rechtsvordering uitmaakt in de zin dat zij pas uitwerking krijgt na een wilsuïting vanwege de begunstigde⁵¹, *in casu* de onderaannemer, maar deze wilsuïting is vormvrij⁵². Het hof van beroep geeft toe dat een letterlijke interpretatie tot het besluit zou kunnen leiden dat een procedure nodig is; de Franse tekst heeft het immers over een "*action (...) intentée*"⁵³. Het beschouwt nochtans dat die formalistische benadering geen rekening houdt met het feit dat de rechtstreekse rechtsvordering gewoonweg een rechtstreeks recht is van de onderaannemer tegen de bouwheer dat, in voorkomend geval, aanleiding geeft tot de inleiding van een vordering in rechte. Een wilsuïting door middel van een aangetekend schrijven is dus voldoende zodat *in casu* de brief van 15 september 1999 de rechtstreekse rechtsvordering rechtsgeldig had ingeroepen⁵⁴.

Een ander deel van de rechtspraak, daarentegen, stelt dat een rechtstreekse rechtsvordering pas rechtsgeldig is ingesteld wanneer "*de vordering in rechte wordt gesteld*"⁵⁵. Dit was overigens de stelling vóór de wetwijziging van 1990, met dien verstande dat die wetwijziging niet de bedoeling heeft gehad om het systeem te wijzigen, wel om het uit te breiden⁵⁶. Die stelling heeft meer begrip voor de positie van de bouwheer die niet zelden met verschillende rechtstreekse rechtsvorderingen van verschillende onderaannemers wordt geconfronteerd en meestal niet gewapend is om de juiste regeling tussen die verschillende eisers toe te passen.

⁵⁰. Luik 30 juni 2000, *J.T.* 2001, p. 597; *adde* Luik 29 januari 1999, *J.L.M.B.* 1991, p. 637; *T.B.B.R.* 2000, p. 312; Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY; Luik 8 januari 1996, *R.R.D.* 1997, p. 193; *J.L.M.B.* 1997, p. 376; Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542.

⁵¹. *Cf. supra*, randnr. 13.

⁵². Bergen 9 januari 2003, *J.L.M.B.* 2003, p. 1041. In dezelfde zin: Gent 28 maart 2002, *NjW* 2002, nr. 6, p. 211, Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 910, noot S. VERBEKE; Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 254, noot. Vgl. Antwerpen 13 december 2001, *T.B.H.* 2002, p. 467, noot W. DERIJCKE.

⁵³. Het argument is nog duidelijker in de Nederlandse tekst die het uitdrukkelijk heeft over een "*rechtsvordering... ingesteld*".

⁵⁴. Het hof van beroep gaat zelfs nog verder: de bouwheer heeft sowieso een fout gepleegd door aan de curator te betalen, zonder de onderaannemer hiervan op de hoogte te houden, terwijl, gelet op het antwoord dat deze had ontvangen, de onderaannemer mocht verwachten dat er met zijn rechten rekening zou worden gehouden. De schadevergoeding stemt overeen met het bedrag van de kwetsieve factuur. Dit op de legitieme verwachtingen gebaseerde argument lijkt echter vooral op een anticassatieverzekering; het is immers hoofdzakelijk op feitelijke beschouwingen en vaststellingen gebaseerd, die aan het toezicht van het Hof van Cassatie zouden ontsnappen. Echt overtuigend is het niet: de bouwheer had een snelle reactie beloofd; die is er niet gekomen en de hoofdaannemer is inmiddels failliet verklaard; uit het arrest blijkt dat de onderaannemer dit allemaal laat voorbijgaan en dat hij er pas op 18 april 2000 – dus meer dan zes maanden later – aan denkt om een herinneringsbrief te sturen.

⁵⁵. Bergen 29 september 2003, *R.R.D.* 2003, p. 407; Gent 5 juni 2003, *NjW* 2003, nr. 45, p. 1080, noot WG; *R.W.* 2003-04, p. 467, noot; *RABG* 2003, p. 1193, noot W. GOOSSENS; Antwerpen 1 maart 1995, *R.W.* 1996-97, p. 477, noot G. BAERT; Rb. Gent 1 december 1999, *R.W.* 2000-01, p. 487, *T.G.R.* 2001, p. 30 [slechts door deze twee publicaties naast elkaar te plaatsen komt men tot een – bijna – volledige tekst van het vonnis]; Rb. Gent 4 oktober 2000, *T.G.R.* 2001, p. 15, noot P. VAN CANEGEM; Rb. Hasselt 3 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, p. 424, noot H. VAN GOMPEL; Rb. Oudenaarde 17 november 1997, *T.G.R.* 1998, p. 116.

⁵⁶. Kh. Brussel 27 juli 1998, *T.B.H.* 1999, p. 209 met goedkeurende noot W. DERIJCKE.

15. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent blijkt te hebben aangenomen dat een beslag onder derden, betekend op verzoek van een onderaannemer in handen van de bouwheer, impliciet inhoudt dat die onderaannemer de rechtstreekse rechtsoverdracht instelt⁵⁷. Het Hof van Beroep te Bergen heeft de tegengestelde positie aangenomen, nu het leggen van een beslag onder derden niet noodzakelijk betekent dat de rechtstreekse rechtsoverdracht zal worden ingesteld⁵⁸.

Afdeling 7. – Rechtstreekse rechtsoverdracht en pand op schuldoverdracht of pand op handelszaak

16. De in deze afdeling besproken vraag van het conflict of samenloop tussen enerzijds de rechtstreekse rechtsoverdracht van de onderaannemer tegen de bouwheer en anderzijds de pandhoudende schuldeiser van de hoofdaannemer kan uiteraard pas ontstaan indien er eerst worden vastgesteld (i) dat het pandrecht geldig is gevestigd en (ii) tevens, wanneer het om een pand op de handelszaak gaat, dat het pandrecht ook, zoals meestal het geval is, de schuldoverdrachten omhelst⁵⁹.

17. Wat het conflict met het pand op de handelszaak betreft, poneert het Hof van Beroep te Gent, in zijn arrest van 10 december 2002, dat er geen sprake zou kunnen zijn van een echte samenloop: *“Door de rechtstreekse vordering van de onderaannemer wordt niet het vermogen van de hoofdaannemer aangesproken, maar wel het vermogen van de opdrachtgever. Haar titularis komt niet in samenloop met de andere schuldeisers van de hoofdaannemer – waaronder ook de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak –, maar uitsluitend met de schuldeisers van de bouwheer. (...) De bedoeling van de wetgever van 1990 met het gunnen van een rechtstreekse vordering aan de onderaannemer bestond er trouwens in om hem te beschermen opdat hij niet het slachtoffer zou worden van het faillissement van de hoofdaannemer”*⁶⁰. Deze stelling kan niet meer worden gehandhaafd na het hierboven besproken arrest d.d. 27 mei 2004 van het Hof van Cassatie (cf. *supra*, nr. 10). Zoals gezien kan de rechtstreekse rechtsoverdracht slechts worden ingesteld *“wanneer de schuldoverdracht van de aannemer op de bouw-*

heer nog beschikbaar is in het vermogen van de aannemer”. De bekendmaking van een pand op de handelszaak vervangt en heeft derhalve dezelfde uitwerking als de buitenbezitstelling van een vuistpand, met weliswaar als uitzondering dat derden die te goeder trouw handelen zich kunnen beroepen op de bescherming van artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek⁶¹. Er kan dus bezwaarlijk worden gesteld dat, na de inpandgeving van de handelszaak, de daarin begrepen schuldoverdrachten nog *“beschikbaar”* zouden zijn.

Kan er worden opgeworpen dat *“[b]ij het in pand geven van de handelszaak (...) de expliciet in het pand vervatte schuldoverdrachten niet afzonderlijk doch als een soortzaak verpand [worden] met een permanente zaakvervangende”* zodat *“[p]as bij de realisatie van het pand zal blijken op welke specifieke op dat ogenblik nog uitstaande vorderingen het pandrecht slaat”*, met dien verstande dat *“[t]ijdens het pand (...) de schuldenaars (waaronder de bouwheer) dan ook aan de pandgevendende hoofdaannemer blijven betalen, tenzij de bankier een beslag onder derden in hun handen legt”*⁶²? Het is inderdaad zo dat, zolang er geen beslag op de handelszaak wordt gelegd, de pandgevendende schuldenaar vrij zijn schuldoverdrachten kan innen en dat er een permanente zaakvervangende plaatsvindt, maar uit artikel 8 van de Wet van 25 oktober 1919⁶³ vloeit voort dat hij dit doet in zijn bijzondere hoedanigheid van *“bewaarder van de bestanddelen van het pand”*.

18. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent stelt een andere benadering voor⁶⁴.

Eerst en vooral, aldus de rechtbank, is het onjuist te beweren dat er geen vorm van samenloop zou kunnen plaatsvinden tussen de rechtstreeks vorderende onderaannemer en de pandhoudende schuldeiser. Door de verpanding van de schuldoverdracht en de geldige kennisgeving ervan aan de schuldenaar, krijgt de pandhoudende schuldeiser een rechtstreeks recht tegen die schuldenaar.

De pertinente vraag zou dan beter zijn: is de rechtstreekse rechtsoverdracht van onderaannemer al dan niet van het onvolmaakte type? Met andere woorden: kan de bouwheer zich ten opzichte van de onderaannemer beroepen op de verweermiddelen die hij ten opzichte van de hoofdaannemer zou kunnen opwerpen? Nu het antwoord op deze vraag

⁵⁷. Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 110.

⁵⁸. Bergen 29 september 2003, *R.R.D.* 2003, p. 407.

⁵⁹. Gent 10 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 932, noot; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS. Zie ook Luik 20 juni 2000, *J.T.* 2001, p. 505; *R.R.D.* 2000, p. 489.

⁶⁰. Gent 10 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 932, noot; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS. Zie ook Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot; Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542. Verg. Antwerpen 7 maart 2002, *R.W.* 2002-03, p. 1392, noot.

⁶¹. Zie art. 11.II, 2^{de} lid, van de Wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak, het disconto en het in pand geven van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen.

⁶². Gent 10 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 932, noot; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS.

⁶³. Wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak, het disconto en het in pand geven van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen. Zie tevens hierna voetnoten 153 en 156.

⁶⁴. Rb. Gent 1 december 1999, *R.W.* 2000-01, p. 487, *T.G.R.* 2001, p. 30 [slechts door deze twee publicaties naast elkaar te plaatsen komt men tot een – bijna – volledige tekst van het vonnis].

bevestigend blijkt te zijn⁶⁵, besluit de rechtbank het volgende: “Op straffe een tweede maal te zullen moeten betalen – wat duidelijk niet de bedoeling is – dient de [bouwheer] aan de rechtstreeks vorderende onderaannemer de exceptie voortspuitend uit de haar ter kennis gebrachte verpanding⁶⁶ van de schuldvordering tegen te werpen”⁶⁷.

19. Wanneer de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer gecedeerd of geëndosseerd is, heeft de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer geen voorwerp meer⁶⁸.

Afdeling 8. – Schuldvordering waarvoor de rechtstreekse rechtsvordering kan worden ingesteld

20. Volgens de Rechtbank van Koophandel te Luik⁶⁹, kan de rechtstreekse rechtsvordering alleen worden ingeleid indien de schuldvordering van de onderaannemer t.o.v. van de hoofdaannemer zeker en opeisbaar is, met dien verstande dat een vordering slechts als betwist kan worden beschouwd wanneer de betwisting ernstig is. De rechtbank kan bovendien ook rekening houden met de ontwikkelingen die zich sinds de inleiding van de zaak hebben voorgedaan.

21. In tegenstelling tot het voorrecht van artikel 20.12° van de Hypotheekwet (*infra*, randnr. 34) is de rechtstreekse rechtsvordering van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek niet beperkt tot de werkzaamheden uitgevoerd aan een *gebouw* of ten minste aan *een onroerend goed*.

De Rechtbank van Koophandel te Brussel heeft aangenomen dat er aanleiding tot een rechtstreekse rechtsvordering kon bestaan in een zaak waar de “hoofdaannemer” belast was

met het maken van reclamebrochures en de “onderaannemer” met bepaalde voorbereidende werkzaamheden⁷⁰.

Er werd ook beschouwd dat “een rechtstreekse rechtsvordering [kan] worden ingesteld wanneer deze vordering voortspuit uit het produceren van onderdelen, bestemd om in een machine te worden gemonteerd”⁷¹.

Het Hof van Beroep te Brussel heeft beslist dat als onderaannemer diende te worden beschouwd degene die er zich niet toe beperkt containers te verhuren maar tevens instaat voor het weghalen en het sorteren van de afval, des te meer wanneer deze opdrachten een onderdeel uitmaken van de aan de hoofdaannemer gegeven opdracht⁷².

Het Hof van Beroep te Luik⁷³, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak, heeft de rechtstreekse rechtsvordering van een onderaannemer toelaatbaar verklaard voor het geheel der werken van vervaardiging en installatie van ventilatieonderdelen. De eerste rechter had de vervaardigingswerken uitgesloten en had zich daarvoor onder meer gebaseerd op de vaststelling dat er verschillende BTW-tarieven werden toegepast⁷⁴.

De Rechtbank van Koophandel te Verviers⁷⁵ vonniste dat, gelet op de omstandigheden van de zaak, de levering van een ingewikkelde machine een aannemingsovereenkomst en geen loutere verkoop, uitmaakte, ondanks de benaming van het contract. De specificiteit van de machine, die was ontworpen om aan de bijzondere verlangens van de uiteindelijke klant te beantwoorden, is hierbij van doorslaggevend belang geweest.

Het Hof van Beroep te Antwerpen beschouwt dat de rechtstreekse rechtsvordering zou kunnen worden ingesteld voor intellectuele prestaties⁷⁶ zoals “het tekenen van (...) *buisleidingstelsels*” terwijl die werkzaamheden niet zouden kunnen

⁶⁵. Cf. *supra*, randnr. 13. De rechtbank poneert onder meer het volgende: “Luidens de tekst zelf van art. 1798 B.W. heeft de onderaannemer immers slechts een rechtstreekse vordering tegen de bouwheer ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat de rechtstreekse vordering wordt ingesteld. De rechtstreekse vordering van de onderaannemer ontstaat met andere woorden pas op het ogenblik van het instellen ervan, meer bepaald op het ogenblik dat de onderaannemer de bouwheer dagvaardt. Pas op dat ogenblik wordt de vordering van de onderaannemer op de bouwheer onbeschikbaar. Alle op het ogenblik van de dagvaarding reeds bestaande excepties kunnen dan ook door de bouwheer worden tegengeworpen aan de onderaannemer.”

⁶⁶. Het is wel de datum van de kennisgeving aan de bouwheer, en niet de datum van de pandovereenkomst die in acht moet worden genomen: zie in dezelfde zin Kh. Turnhout 21 mei 1997, *R.W.* 1997-98, p. 411, met de goedkeurende noot (op dat punt) van prof. E. DIRIX.

⁶⁷. Deze zaak werd nadien naar de faillissementsrechtbank verwezen en heeft aanleiding gegeven tot het hierna besproken vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen 5 maart 2001, *R.W.* 2001-02, p. 1510 [*infra*, randnr. 38].

⁶⁸. Luik 20 juni 2000, *J.T.* 2001, p. 505; *R.R.D.* 2000, p. 489.

⁶⁹. Kh. Luik 24 december 1999, *R.R.D.* 2000, p. 493. Vgl. Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot; volgens dit laatste vonnis is de verjaring van de rechtstreekse rechtsvordering onderworpen aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen – “zolang nog iets verschuldigd is aan de aannemer” – terwijl het voorrecht slechts kan worden uitgeoefend “[g] edurende vijf jaar vanaf de datum van de factuur”.

⁷⁰. Kh. Brussel 31 juli 2002, *T. Aann.* 2002, p. 317.

⁷¹. Kh. Hasselt 24 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 934, noot MT; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS. Zie ook Kh. Verviers 10 november 1997, *T.B.H.* 1998, p. 462.

⁷². Brussel 17 september 1999, *R.R.D.* 2000, p. 41, noot P. WÉRY [p. 50]. Zie ook Brussel 19 december 2002, *Res Jur. Imm.* 2003, p. 138. Vgl. Brussel 7 februari 1990, *Res Jur. Imm.* 1990, p. 173.

⁷³. Luik 29 januari 1999, *J.L.M.B.* 1991, p. 637; *T.B.B.R.* 2000, p. 312.

⁷⁴. Zie ook hierna randnr. 34, laatste lid.

⁷⁵. Kh. Verviers 10 november 1997, *T.B.H.* 1998, p. 462.

⁷⁶. Met uitzondering van een juridische daad: Brussel 19 december 2002, *Res Jur. Imm.* 2003, p. 138.

genieten van het voorrecht van artikel 20.12° van de Hypotheekwet⁷⁷.

22. Met zijn arrest van 21 december 2001⁷⁸, heeft het Hof van Cassatie beslist “dat de onderaannemer de rechtstreekse vordering tegen de opdrachtgever enkel kan instellen tot beloop van de schuldvorderingen die verband houden met de werken op de bouwplaats die door de opdrachtgever aan de hoofdaannemer, en daarna, door laatstgenoemde aan de onderaannemer is toegewezen”. Een onbetaald gebleven onderaannemer kan de rechtstreekse rechtsvordering dus niet instellen voor om het even welke schuldvorderingen die hij ten opzichte van de hoofdaannemer zou hebben⁷⁹.

Dit doet onmiddellijk een andere vraag rijzen: werkt dit beginsel ook in de andere richting, t.w. moet er een verband bestaan tussen enerzijds de bedragen die door de bouwheer aan de hoofdaannemer nog verschuldigd zijn en anderzijds de bedragen waarvoor de rechtstreekse rechtsvordering wordt ingesteld? Wij komen op deze vraag terug in de volgende afdeling.

23. Verder in dit overzicht (*infra*, randnr. 35) bespreken wij het arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 2002 dat de omvang van de bevoorrechte schuldvordering van de onderaannemer nader bepaalt: het voorrecht slaat niet alleen op de hoofdsom maar tevens op de bijzaken (schadebeding, interesten, gerechtskosten). Het elders in dit overzicht meermaals besproken arrest d.d. 9 januari 2003 van het Hof van Beroep te Bergen past deze rechtspraak toe op de rechtstreekse rechtsvordering⁸⁰. Deze toepassing dient te worden goedgekeurd⁸¹: het arrest van 22 maart 2002 van het Hof van Cassatie⁸² benadrukt zelf het parallelisme tussen de rechtstreekse rechtsvordering en het voorrecht.

Het Hof van Beroep te Luik is echter de mening toegedaan dat, nu de onderaannemer geen contractuele band heeft met de

bouwheer, hij geen kapitalisatie van de interesten kan vorderen overeenkomstig artikel 1154 van het Burgerlijk Wetboek⁸³.

Afdeling 9. – Schuldvordering waarop de rechtstreekse rechtsvordering toepasselijk is⁸⁴

24. Krachtens artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek hebben de onderaannemers “tegen de bouwheer een rechtstreekse vordering ten belope van hetgeen deze aan de aannemer verschuldigd is op het ogenblik dat hun rechtsvordering wordt ingesteld”⁸⁵. De rechtstreekse rechtsvordering kan dus slechts een voor de onbetaalde onderaannemer nuttig effect hebben indien de hoofdaannemer “nog een tegoed heeft op de opdrachtgever. Dit laatste tegoed vormt het ‘onderpand’ van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer. (...) [D]e uitoefening van [het] recht [van de onderaannemer is] niet beperkt (...) tot het deel van de aannemingsprijs dat overeenstemt met het door hem uitgevoerd werk”⁸⁶. Volgens het Hof van Beroep te Gent⁸⁷ “betekent [dit] helemaal niet dat de schuld van [de bouwheer] op dat ogenblik reeds effen en opeisbaar moet zijn⁸⁸. Enkel is vereist, zelfs indien bepaalde bedragen nog niet opeisbaar zijn of nog niet gefactureerd werden door de (nalatige) hoofdaannemer, dat er zekerheid bestaat over een bedrag dat de opdrachtgever aan de hoofdaannemer finaal zal verschuldigd zijn”. Het Hof van Beroep te Luik voegt eraan toe dat er anders over oordelen als gevolg zou hebben dat de rechtstreekse rechtsvordering zou kunnen worden verhinderd zolang een mogelijk geschil tussen de bouwheer en de hoofdaannemer niet is beslecht of zelfs als gevolg van het feit dat een te kwader trouw handelende of onachtzame hoofdaannemer zou nalaten facturen op te stellen⁸⁹.

25. De rechtstreekse rechtsvordering krijgt alleen uitwerking vanaf het ogenblik dat ze wordt ingesteld: de bouwheer

⁷⁷. Antwerpen 21 december 1998, *T. Aann.* 1999, p. 241.

⁷⁸. Cass. 21 december 2001, *Pas.* 2001, I, nr. 720, p. 2207, concl. adv.-gen. X. DE RIEMAECKER; *T.B.H.* 2002, p. 443, noot W. DERIJCKE; *DAOR* 2002, p. 63, noot P. WÉRY.

⁷⁹. *Contra* maar dus ten onrechte: Brussel 19 december 2002, *Res Jur. Imm.* 2003, p. 138.

⁸⁰. Bergen 9 januari 2003, *J.L.M.B.* 2003, p. 1041. *Contra*: Rb. Brussel 26 maart 1998, A.R. nr. 94/9045/A, *Juridat*, nr. JB40779_1. Zie ook Brussel 19 december 2002, *Res Jur. Imm.* 2003, p. 138.

⁸¹. Ten minste voor zover dit niet als gevolg heeft dat de bouwheer aan de onderaannemer meer zou moeten betalen dan wat hij in normale omstandigheden aan de hoofdaannemer had moeten betalen; cf. *infra*, randnr. 29.

⁸². Zoals trouwens ook bovengemeld arrest van 21 december 2001 (*supra*, randnr. 22).

⁸³. Luik 23 mei 1996, *T. Aann.* 1997, p. 589, noot Fr. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36 (te vergelijken met het vonnis *a quo* Rb. Luik 21 december 1994, *T. Aann.* 1995, p. 29, noot, dat benadrukt dat de bouwheer alleen de op zijn eigen rechtstreekse schuld verschuldigde interesten moet betalen en niet de interesten verschuldigd door de hoofdaannemer).

⁸⁴. Wanneer de hoofdovereenkomst tussen de bouwheer en de onderaannemer aan het Belgisch recht is onderworpen, dient dat recht ook te worden toegepast op de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer (Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. Wéry).

⁸⁵. Zie bv. Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot.

⁸⁶. Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 910, noot S. VERBEKE.

⁸⁷. Gent 28 maart 2002, *NjW* 2002, nr. 6, p. 211, noot; Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY. Adde Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot. Zie echter Kh. Luik 3 april 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1092; *T.B.H.* 1999, p. 189, noot: de onderaannemer stelt een rechtstreekse rechtsvordering in tegen de bouwheer ondanks het feit dat de hoofdaannemer een voorlopige opschorting heeft bekomen; de rechtbank merkt op dat het zou kunnen volstaan, om tot ongegrondheid te besluiten, vast te stellen dat de schuldvordering van de hoofdaannemer totnogtoe niet opeisbaar is; over dit vonnis, zie *supra*, randnr. 11.

⁸⁸. Zie ook Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot; Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 110 [inzonderheid p. 114, eerste kolom, eerste lid].

⁸⁹. Luik 23 mei 1996, *T. Aann.* 1997, p. 589, noot Fr. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36.

kan door de onderaannemer slechts worden aangesproken binnen de perken van wat hij aan de hoofdaannemer schuldig blijft op dat ogenblik⁹⁰.

26. Wij hebben hierboven gezien dat zich dan de vraag stelt of de onderaannemer zijn rechtstreekse rechtsoverdracht kan uitoefenen op om het even welk bedrag dat door de bouwheer aan de hoofdaannemer zou zijn verschuldigd⁹¹, dan wel of er een verband moet bestaan tussen enerzijds de *schuldvordering waarvoor* de rechtstreekse rechtsoverdracht wordt ingesteld [dus de *oorzaak* van deze laatste] en de *schuldvordering waarop* die rechtstreekse rechtsoverdracht slaat [dus het *voorwerp* ervan].

In tegenstelling tot wat één van de ondertekenenden meende te mogen schrijven⁹², stelt prof. P. Wéry dat er uit het bovenvermelde arrest van 21 december 2001 (*supra*, randnr. 22) zou kunnen worden afgeleid dat het Hof van Cassatie die vraag uitdrukkelijk heeft beantwoord.

Het Hof sprak zich uit in een zaak waar eenzelfde onderaannemer van eenzelfde hoofdaannemer op twee verschillende bouwplaatsen van twee verschillende opdrachtgevers had gewerkt. De onderaannemer had beide opdrachtgevers afzonderlijk gedagvaard maar in graad van beroep werden de zaken gevoegd. Het Hof vernietigde het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Bergen dat beide opdrachtgevers, *elk voor het geheel*, tot betaling ten gunste van de onderaannemer had veroordeeld⁹³.

Het Hof van Cassatie poneert, in de oorspronkelijke Franse tekst: “[L]e sous-traitant ne peut agir directement contre le maître de l’ouvrage qu’à raison des créances se rapportant aux travaux relatifs au chantier confié par le maître de

l’ouvrage à l’entrepreneur principal et, ensuite, par celui-ci au sous-traitant”⁹⁴.

In zijn bespreking van dit arrest merkt prof. P. Wéry zeer pertinent op dat er van de onderstreepte negatieve uitdrukking kan worden afgeleid dat het Hof van Cassatie elke schuldvordering uitsluit die een andere oorzaak zou hebben⁹⁵. De woorden “à raison” kunnen inderdaad worden begrepen als de benadrukking van een noodzakelijk causaal verband. En dit zou inderdaad volledig overeenstemmen met wat de heer advocaat-generaal X. De Riemacker voor het Hof van Cassatie had benadrukt, t.w. dat, ondanks het feit dat de rechtstreekse rechtsoverdracht een eigen recht is van de onderaannemer, deze vordering kaderde in de driehoekige relatie bouwheer-hoofdaannemer-onderaannemer.

De woorden “à raison de(s)” kunnen echter ook een andere, louter aritmetische betekenis hebben⁹⁶, zoals blijkt uit de Nederlandse vertaling van het arrest: “tot beloop van”⁹⁷.

Dit gezegd zijnde, pleit prof. P. Wéry op overtuigende wijze voor een beperkende interpretatie van het voorwerp van de rechtstreekse rechtsoverdracht en beklemtoont hij terecht dat het niet redelijk is de voorbereidende werkzaamheden van de Wet van 19 februari 1990 in te roepen om een extensieve interpretatie te verantwoorden.

Afdeling 10. – De gevolgen van de rechtstreekse rechtsoverdracht wanneer de bouwheer niet of slecht betaalt⁹⁸

27. In zijn arrest van 9 januari 2003⁹⁹, besliste het Hof van Beroep te Bergen dat de bouwheer ten onrechte de curator

⁹⁰. Luik 30 juni 2000, *J.T.* 2001, p. 597; Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 910, noot S. VERBEKE. Zie ook *supra*, randnr. 13.

⁹¹. In die zin: Luik 27 février 2001, *R.R.D.* 2001, p. 137; Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY; Luik 23 mei 1996, *T. Aann.* 1997, p. 589, noot F. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36; Luik 8 januari 1996, *R.R.D.* 1997, p. 193; *J.L.M.B.* 1997, p. 376; Kh. Dendermonde 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot. Blijkbaar *contra*: Kh. Tongeren 10 oktober 1994, *Limb. Rechtsl.* 1995, p. 72.

⁹². W. DERIJCKE, “Étendue de la créance-cause et de la créance objet de l’action directe visée à l’article 1798 du code civil”, noot onder Cass. 21 december 2001, *R.D.C.B.* 2002, p. 447-448, nr. 4.

⁹³. Weliswaar slechts *a rato* van de schuld van opdrachtgever die het laagste openstaande saldo had ten opzichte van hoofdaannemer. Een opdrachtgever kan sowieso niet worden veroordeeld om aan de onderaannemer een hoger bedrag te betalen dan wat hijzelf aan de hoofdaannemer nog schuldig blijft. Slechts de bouwheer met het hoogste bedrag wordt veroordeeld tot betaling van het verschil tussen de respectieve, door de opdrachtgevers aan de hoofdaannemer verschuldigde bedragen.

⁹⁴. Nederlandse vertaling: “dat de onderaannemer de rechtstreekse vordering tegen de opdrachtgever enkel kan instellen tot beloop van de schuldverdringen die verband houden met de werken op de bouwplaats die door de opdrachtgever aan de hoofdaannemer en, daarna, door laatstgenoemde aan de onderaannemer is toegewezen”.

⁹⁵. ‘La formulation négative de cet attendu (‘ne... qu’...’) écarte toute créance procédant d’une autre cause.’ P. WÉRY, “L’assiette de l’action directe du sous-traitant”, *DAOR* 2002, nr. 63, p. 265, nr. 4.

⁹⁶. Zie M. GREVISSE, *Le bon usage*, 11de uitgave, 2de druk, 1980, Parijs-Gembloers, Duculot, nr. 2301, p. 1135.

⁹⁷. Zie *Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal*, 13de uitg., 1999, I, p. 344, v° “beloop”, vierde definitie: “4 (fin., veroud.) bedrag: ten belope van-, ten bedrage van-”.

⁹⁸. De moeilijkheden waartoe de rechtstreekse rechtsoverdracht aanleiding kan geven, hebben er in de praktijk toe geleid in de aannemingsovereenkomsten bedingen op te nemen op basis waarvan de hoofdaannemer de bouwheer moet waarborgen tegen alle nadelige gevolgen van mogelijke rechtstreekse rechtsoverdrachten. Het Hof van Beroep van Luik beschouwt dat de bouwheer op die basis van de verschuldigde bedragen de kosten van de tegen hem gerichte rechtstreekse rechtsoverdracht mag aftrekken: Luik 30 juni 2000, *J.T.* 2001, p. 597. Vgl. Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 910, noot S. Verbeke. Het Hof van Beroep te Luik besliste tevens dat, wanneer de hoofdaannemer niet of niet meer geregistreerd is, de door een onderaannemer rechtstreeks aangesproken bouwheer niet moet overgaan tot de inhoudingen waarin wordt voorzien door artt. 403 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en 30bis van de Wet van 27 juni tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (Luik 6 februari 1996, *R.R.D.* 1996, p. 244; *T. Aann.* 1997, p. 387; vgl. Bergen 12 maart 1999, A.R. nr. 96/RG/755, *Juridat*, nr. JB993C1_1).

⁹⁹. Bergen 9 januari 2003, *J.L.M.B.* 2003, p. 1041.

heeft betaald, zonder rekening te houden met de door de onderaannemer ingestelde rechtstreekse rechtsvordering. De bouwheer had echter een subsidiaire tussenvordering tegen de curator *q.q.* ingesteld. Deze vordering was door de curator niet betwist en hij werd veroordeeld tot terugbetaling van alle bedragen tot betaling waarvan de bouwheer ten gunste van de onderaannemer werd veroordeeld. Hoewel het arrest dit niet duidelijk vermeldt, kan worden aangenomen dat het hier om een boedelschuld gaat. De vraag is: waarom wordt de curator veroordeeld tot terugbetaling van de veroordeling van de bouwheer, en niet gewoon tot terugbetaling van wat hij heeft ontvangen, met als gevolg dat hij ook moet instaan voor het schadebeding terwijl hij dat bedrag blijkbaar niet heeft ontvangen?

In een gelijkaardig geval hadden de curatoren de tussenvordering met succes betwist: de aan de curatoren overgemaakte bedragen maken uiteraard geen onverschuldigde betaling uit¹⁰⁰. De rechtbank kwam echter tot het besluit dat de curatoren, die op de hoogte waren van het bestaan van de rechtstreekse vorderingen, “*een onvoorzichtigheid hebben begaan in de uitoefening van hun mandaat door ongeacht hun kennis van minstens één van de ingestelde rechtstreekse vorderingen aan de [bouwheer] mee te delen dat zij bevrijdend aan hen konden betalen. Het feit dat de [bouwheer] van deze rechtstreekse vorderingen zelf geen gewag heeft gemaakt doet hieraan geen afbreuk. De schade die de [bouwheer] leed door deze fout omvat de door [hem] gedane betalingen*”.

28. De Rechtbank van Koophandel te Brussel heeft zich moeten uitspreken in een geval waar de rechtstreekse rechtsvordering is ingesteld na het faillissement van de hoofdaannemer en waar de bouwheer aan de curator heeft betaald, met dien verstande dat deze zich ertoe verbond het geld terug te geven indien de rechtbank ooit moest beslissen dat die betaling eigenlijk in handen van de onderaannemer had moeten geschieden¹⁰¹. Op basis van thans voorbijgestreefde beschouwingen (*cf. supra*, randnr. 10), kent de rechtbank de rechtstreekse rechtsvordering toe.

Twee vragen moesten worden beantwoord.

De onderaannemer vorderde interesten sinds de betaling, terwijl de curator stelde dat interesten slechts verschuldigd waren vanaf de inleidende dagvaarding. De rechtbank neemt deze datum in aanmerking, onder meer omdat de betaling *in casu* is verricht voor rekening van wie het zou behoren.

De onderaannemer vorderde tevens de solidaire veroordeling van de curator en van de bouwheer, ondanks het feit dat de

bouwheer reeds – de curator weliswaar – had betaald. Op basis van artikel 1202 van het Burgerlijk Wetboek¹⁰², beschouwt de rechtbank dat er geen aanleiding tot hoofdelijkheid bestaat. Verder is het wel zo dat de bouwheer betaald had ondanks het bestaan van de rechtstreekse rechtsvordering, maar die betaling is slechts uitgevoerd onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de curator er zich toe verbond het betaalde bedrag terug te storten indien de rechtbank de rechtstreekse rechtsvordering zou toekennen. De rechtbank lost de moeilijkheid op door voor recht te zeggen dat het aan de curator betaalde bedrag eigenlijk aan de onderaannemer toekwam en veroordeelt de curatele om dat bedrag, vermeerderd met de interesten sinds de dagvaarding, aan de onderaannemer over te maken. Het gaat hier om een praktische oplossing. Er kan worden opgeworpen dat de betaling van de bouwheer aan de curator voor de onderaannemer een *inter alios acta* uitmaakte, zodat deze recht had op de veroordeling van de bouwheer én op de opname van zijn schuldvordering in het passief van het faillissement van de hoofdaannemer.

In een zaak waar de bouwheer aan de curator had betaald ondanks de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer en waar de rechtbank beschouwde dat de bouwheer door zijn betaling niet bevrijd was ten opzichte van de onderaannemer, stelde de curator dat hij niet tot terugbetaling kon worden veroordeeld, nu de aan hem verrichte betaling geen onverschuldigde betaling uitmaakte. De rechtbank besliste echter dat, nu de schuldvordering van de onderaannemer tevens bevoorrecht was, er aan de curator sowieso geen betaling verschuldigd was. Deze laatste stelling is niet volledig juist: het voorrecht van de onderaannemer is weliswaar een bijzonder voorrecht, dat, in beginsel, ongeacht het faillissement van die hoofdaannemer, door de onderaannemer kan worden uitgevoerd. Maar dit neemt niet weg dat de bewuste bedragen ook door de curator kunnen worden geïnd met dien verstande dat hij het voorrecht van de onderaannemer in acht zal moeten nemen¹⁰³.

29. Sinds het arrest van 27 mei 2004 van het Hof van Cassatie (*supra*, randnr. 10) zijn de zaken ietwat duidelijker geworden. De bouwheer kan er niet meer aan twijfelen: de rechtstreekse rechtsvordering kan door de onderaannemer niet meer worden ingesteld na het faillissement van de hoofdaannemer. Dezelfde regel blijkt te moeten worden toegepast wanneer de hoofdaannemer in vereffening wordt gesteld of wanneer de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer het voorwerp uitmaakt van een beslag, een pandrecht of een eigendomsoverdracht.

Zoals gezien (*supra*, randnr. 11), heerst echter nog onduide-

¹⁰⁰ Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 110.

¹⁰¹ Kh. Brussel 31 juli 2002, *T. Aann.* 2002, p. 317.

¹⁰² “Hoofdelijkheid wordt niet vermoed; zij moet uitdrukkelijk bedongen zijn.

Deze regel lijdt alleen uitzondering in de gevallen waarin hoofdelijkheid bestaat van rechtswege, krachtens een bepaling van de wet.”

¹⁰³ Vgl. Kh. Verviers 3 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1248; *R.R.D.* 2000, p. 344. Het voorrecht van de onderaannemer is een bijzonder zekerheidsrecht, net zoals een pand op handelszaak; het wordt niet betwist dat de curator zelf kan overgaan tot verzilvering van de handelszaak zonder dat dit de verduijning van de rechten van de pandhoudende schuldeiser als gevolg zou hebben.

lijkheid in het geval van een gerechtelijk akkoord. Ook wanneer er verschillende rechtstreekse vorderingen aanhangig zijn, soms voor verschillende rechtbanken, bevindt de bouwheer zich in een moeilijke situatie (*infra*, randnr. 30-32). Verder blijft de vorm van de rechtstreekse rechtsvordering een discussiepunt (*supra*, randnr. 14-15).

Daarom stelt zich de vraag van de houding die de bouwheer moet aannemen wanneer er redelijkerwijs kan worden aangenomen dat hij in de onmogelijkheid verkeert om zelf uit te maken aan wie hij moet betalen. De praktijk leert dat, in zo een geval, de hoofdaannemer (of zijn vereffenaar of curator) en de onderaannemer aan de bouwheer de mogelijkheid bieden om de principieel onbetwiste bedragen uit handen te geven, bijvoorbeeld door ze te consigneren op een gemeenschappelijke rekening op naam van de hoofd- en onderaannemers¹⁰⁴. Wanneer zo een akkoord niet kan worden bereikt, kunnen de hoven en rechtbanken niets anders doen dan, indien zij een vordering tegen de bouwheer inwilligen, deze ook te veroordelen tot het schadebeding, de interesten en de kosten¹⁰⁵.

Die veroordeling is, op zichzelf, onvermijdelijk nu uiteindelijk zal blijken dat, ongeacht het feit dat de bouwheer wel degelijk wenste te betalen maar zelf niet redelijk kon uitmaken aan wie dat moest gebeuren, de bouwheer geweigerd heeft een bedrag te betalen waarvan het verschuldigd karakter principieel niet betwist was.

Men zou kunnen opwerpen dat de veroordeling ten gunste van de onderaannemer alleszins beperkt is door wat de bouwheer aan de hoofdaannemer schuldig is *op het ogenblik waar de rechtstreekse rechtsvordering wordt ingesteld*¹⁰⁶. En dit bedrag, indien het kleiner is dan de oorzaak van de rechtstreekse rechtsvordering, kan uiteraard niet meer toenemen wegens vertraging, nu de bouwheer aan de hoofdaannemer niet geldig meer kan betalen. Het is echter niet zo dat het Hof

van Beroep te Antwerpen¹⁰⁷ het heeft begrepen: “[De bouwheer] *betwist ten onrechte op* [het bedrag dat hij nog aan de hoofdaannemer moest betalen] *interesten verschuldigd te zijn* [ten gunste van de onderaannemer]. *Hij is gerechtelijke interesten aan de wettelijke rentevoet verschuldigd vanaf* [de] *datum waarop* [de onderaannemer] [zijn] *rechtstreekse vordering stelde. Dat de aan deze zaak eigen moeilijkheden de* [bouwheer] *in de onzekerheid brachten over de vraag wie op welke bedragen recht had, neemt niet weg dat de* [bouwheer] *de som (...) die hij erkende verschuldigd te zijn als saldoprijs uit hoofde van zijn overeenkomst met* [de hoofdaannemer] *bij zich heeft gehouden en er de opbrengst*¹⁰⁸ *van heeft genoten*”¹⁰⁹. Men kan zich de vraag stellen of, indien het Arbitragehof ooit zou worden gevat, deze situatie de constitutionele proportionaliteitstoets zou kunnen doorstaan¹¹⁰.

Er dient nochtans te worden aangestipt dat de Hof van Beroep te Antwerpen de reële positie van de bouwheer toch in aanmerking neemt, nu het hof aanvaardt dat de registratierechten op de gerechtelijke beslissing niet door de bouwheer moeten worden gedragen: “*Het mechanisme van de rechtstreekse vordering strekt tot de bescherming van de onderaannemer, zonder dat dit in beginsel mag leiden tot een meeruitgave in hoofde van de bouwheer. Buiten de fout van de* [bouwheer] *om zijn de partijen in zulke rechtsverhoudingen beland – inzonderheid door het feit dat meerdere rechtstreekse vorderingen voor verschillende rechtbanken hangend zijn – dat een veroordeling van de* [bouwheer] *noodzakelijk is opdat, behoudens alsnog minnelijke oplossing onder betrokkenen, op grond daarvan tot vereffening kan worden overgegaan. Daar deze werkwijze noodzakelijk gepaard gaat met het verschuldigd zijn van registratierechten moet het bedrag hiervan, op straffe de rechten van de* [bouwheer] *te schenden, in aftrek komen op het beschikbaar bedrag (...) en dit aan te rekenen op de datum waarop de registratierechten door de* [bouwheer] *werden betaald*”¹¹¹.

¹⁰⁴. Zie Kh. Leuven 24 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, p. 213; Kh. Verviers 10 november 1997, *T.B.H.* 1998, p. 462. Vgl. Luik 31 maart 1995, *J.L.M.B.* 1995, p. 1340.

¹⁰⁵. Antwerpen 13 december 2001 [twee arresten], *T.B.H.* 2002, p. 467, noot W. DERIJCKE.

¹⁰⁶. Zie Bergen 29 september 2003, *R.R.D.* 2003, p. 407.

¹⁰⁷. Antwerpen 21 december 1998, *T. Aann.* 1999, p. 241. In dezelfde zin: Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot.

¹⁰⁸. Deze redenering is kunstmatig in een periode waar de wettelijke rentevoet veel hoger ligt dan de beste rendementen – zeker op korte termijn – die beschikbaar zijn op de markt.

¹⁰⁹. *In casu* konden de nadelige gevolgen worden beperkt, nu het arrest in hoger beroep – gewezen na twee en half jaar procederen – het uitvoerbare vonnis van de eerste rechter bevestigde, hetwelk aanleiding had gegeven tot een kantonnement. Zie ook Luik 23 mei 1996, *T. Aann.* 1997, p. 589, noot Fr. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36.

¹¹⁰. In afwachting zou *mutatis mutandis* toepassing kunnen worden gemaakt van de Macron-rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie: Een natuurlijke persoon, de heer Macron, verbindt zich persoonlijk voor de schulden van de vennootschap die hij bestuurt. Hij wordt aangesproken door de begunstigde bank. Hij probeert zich tevergeefs aan een veroordeling tot betaling te onttrekken: de vordering van de bank wordt volledig ingewilligd. Maar, tegelijkertijd, wordt de bank, op tegenvordering, veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding wegens een precontractuele fout, hetgeen, *de facto*, tot gevolg heeft dat de verbintenis van de heer Macron wordt verminderd.

Indien de hoofd- en onderaannemers weigeren een gunstig gevolg te geven aan het voorstel van de bouwheer om de verschuldigde bedragen te consigneren, kan worden gesteld dat zij zich schuldig maken aan een fout op basis van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek (die fout is immers niet contractueel). De gepaste schadevergoeding waartoe zij zouden kunnen worden veroordeeld, bestaan uit het bedrag van de interesten, het schadebeding en de gerechtskosten. Betreffende de Macron-rechtspraak en de blijvende toepasselijkheid ervan ondanks het Marceau-arrest, zie W. DERIJCKE, “Sûretés: entre crédit et discrédit – Questions spéciales du droit des sûretés à l’usage des petites et moyennes entreprises”, *Ann. dr. Louvain* 1999, p. 116-118, nr. 13 en “Actuele vraagstukken inzake persoonlijke zekerheden”, in *Bancaire en financiële zekerheden*, Cahiers Aedbf/Evbf-Belgium, 15, 2004, Brussel, Bruylant, p. 30-34, nrs. 24-27.

¹¹¹. Antwerpen 21 december 1998, *T. Aann.* 1999, p. 247, nr. 3.4.3.

Er kan terloops nog worden verwezen naar een arrest van het Hof van Beroep te Luik, waar, in het raam van een rechtstreekse rechtsoverdracht, de hoofdaannemer vrijwillig is tussengekomen en zich op de hem toegekende voorlopige opschorting beriep om tot ongergrondverklaring van de vordering te besluiten. Het hof van beroep, terecht of ten onrechte (*supra*, randnr. 11), wijst de stelling van de hoofdaannemer af. Wat hier belangrijk is, is dat het hof vaststelt dat, nu de hoofdaannemer de verantwoordelijkheid draagt voor het feit dat de bouwheer had geweigerd te betalen, het de hoofdaannemer is die in de kosten moet worden verwezen¹¹². Hetzelfde hof van beroep besliste dat, wanneer er in handen van de bouwheer bewarend beslag onder derden wordt gelegd, er geen enkele reden is om de kosten ervan ten laste van die bouwheer te leggen¹¹³.

Afdeling 11. – Meerdere rechtstreekse rechtsoverdrachten

30. Wanneer meerdere rechtstreekse rechtsoverdrachten tegen eenzelfde bouwheer en ten laste van eenzelfde hoofdaannemer worden ingeleid, moeten er drie vragen worden beantwoord¹¹⁴: (i) wat is het bedrag van de schuldvordering van elke onderaannemer ten opzichte van de hoofdaannemer?; (ii) wat is het bedrag van de schuldvordering van de hoofdaannemer ten opzichte van de bouwheer?; (iii) hoe moet het beschikbare bedrag tussen de verschillende onderaannemers worden verdeeld?

Om de tweede vraag te beantwoorden moet er rekening worden gehouden met een geldig tussen de bouwheer en hoofdaannemer afgesloten beding op basis waarvan alle bestellingen bij laatstgenoemde als één geheel dienen te worden beschouwd zodat, bijvoorbeeld, de schuldvorderingen die verband houden met een bestelling gecompenseerd kunnen

worden met een in het raam van een andere bestelling verschuldigd bedrag¹¹⁵.

31. Wanneer er tegen eenzelfde bouwheer verschillende rechtstreekse rechtsoverdrachten aanhangig worden gemaakt, kan hij niet worden veroordeeld tot betaling van een hoger bedrag dan wat hijzelf aan de hoofdaannemer nog schuldig is. Het voorwerp van de rechtstreekse rechtsoverdracht, t.w. de schuld van de bouwheer ten overstaan van de hoofdaannemer, moet pondsgewijze worden verdeeld tussen de verschillende eisende onderaannemers¹¹⁶. De datum waarop de verschillende rechtstreekse rechtsoverdrachten zijn ingeleid is niet relevant¹¹⁷.

Het Hof van Beroep te Antwerpen¹¹⁸ poneert echter dat “*de rechtstreekse vordering enkel ten goede [komt] aan de onderaannemers die de vordering hebben gesteld*”. Wanneer er verschillende rechtstreekse vorderingen aanhangig zijn gemaakt voor verschillende gerechten¹¹⁹ en ze niet allemaal tegelijkertijd worden beslecht, kan het eerste gerecht dat zich uitspreekt geen “*uitspraak (...) doen over de vraag of er aanleiding is tot evenredige verdeling en deze desgevallend door te voeren*”^{120,121}. Het Hof van Beroep te Luik heeft nochtans beslist dat, wanneer een bouwheer veroordeeld wordt op basis van een niet-uitvoerbaar vonnis, terwijl er nog andere rechtstreekse rechtsoverdrachten aanhangig zijn, hij alles moet doen om een pondsgewijze verdeling mogelijk te maken en moet hij in voorkomend geval zelfs hoger beroep aantekenen tegen het vonnis om de veroordeling van de bewuste onderaannemer te laten herleiden¹²². Tegen deze laatste stelling kan worden opgeworpen dat het hier om een executiegeschil gaat, dat tot de bevoegdheid van de beslagrechter behoort¹²³. Indien er bovendien beslag onder derden is gelegd, zal de optredende gerechtsdeurwaarder voor de vrijwaring van de rechten van alle schuldeisers van de bouwheer zorgen, ook degenen die nog geen uitvoerbare titel hebben¹²⁴.

¹¹² Luik 25 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1475, noot Y. DUMON en A. ZENNER [p. 1483]; *R.P.S.* 1998, nr. 6751, p. 289, noot Th. BOSLY; *T.B.H.* 1999, p. 186, noot; *T. Aann.* 1999, p. 247, noot. Zie ook Kh. Luik 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 242: hier worden de pandhoudende schuldeisers in de kosten verwezen, nu zij zich tegen de rechtstreekse betaling door de bouwheer aan de onderaannemers hadden verzet.

¹¹³ Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot.

¹¹⁴ Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY.

¹¹⁵ Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY.

¹¹⁶ Luik 27 februari 2001, *R.R.D.* 2001, p. 137; Luik 14 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, p. 1169; Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 110; Kh. Antwerpen 24 april 1995, *R.W.* 1995-96, p. 264, noot E. DIRIX; Kh. Luik, 26 oktober 1994, *T.B.H.* 1996, p. 555; *R.R.D.* 1994, p. 542.

¹¹⁷ Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY; Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot; Luik 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, p. 588, noot Fr. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36 [vonnis a quo: Rb. Luik 21 december 1994, *T. Aann.* 1995, p. 29, noot]; Kh. Dendermonde (afd. Sint-Niklaas) 13 maart 1998, *T. Aann.* 1998, p. 253, noot. In zijn arrest van 23 mei 1996, poneert het Hof van Beroep te Luik dat, om de rechten van de rechtstreekse vorderende onderaannemers te bepalen, er rekening moet worden gehouden met alle door de bouwheer aan de hoofdaannemer verschuldigde bedragen tot op de datum van de inleiding van de laatste rechtstreekse vordering; dit heeft, aldus het hof, weliswaar het nadeel, voor de oudste rechtstreekse vorderende onderaannemers, dat hun aandeel in de verdeling vermindert maar dit wordt gecompenseerd door het feit dat er bijkomende schuldvorderingen op de bouwheer opeisbaar worden.

¹¹⁸ Antwerpen 21 december 1998, *T. Aann.* 1999, p. 241.

¹¹⁹ En de samenvoeging niet gevraagd of niet mogelijk is, zie volgend randnummer.

¹²⁰ *In concreto*, neemt het hof van beroep het probleem toch in aanmerking door de bouwheer weliswaar tot betaling te veroordelen “*doch dit alles onder voorbehoud van de evenredige verdeling die eventueel dient doorgevoerd ingevolge andere, door onderaannemers (...) tegen de [bouwheer] gestelde of tot de dag der betaling nog te stellen rechtstreekse vorderingen*”.

¹²¹ Antwerpen 21 december 1998, *T. Aann.* 1999, p. 241. Dit arrest stelt tevens vast dat dit evenmin de taak van de architect is.

¹²² Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot.

32. Het Hof van Beroep te Luik heeft zich moeten uitspreken in een zaak waar de Belgische Staat, als bouwheer, door verschillende onderaannemers werd gedagvaard voor de Rechtbanken van Eerste Aanleg te Brussel, Luik en te Hoei¹²⁵.

De Luikse zaken werden zonder probleem naar Brussel verwezen.

De twee dagvaardingen in Brussel en Hoei zijn op dezelfde dag betekend, maar de Brusselse zaak wordt als eerste ingeleid.

Op de inleidende zitting in Hoei, verschijnt de hoofdaannemer niet. Hij wordt bij verstek veroordeeld. Ten opzichte van de Belgische Staat wordt de zaak verdaagd. Deze beroept zich op aanhangigheid of ten minste op samenhang. De eisende onderaannemer verzet zich echter tegen de verwijzing. Nu, in geval van aanhangigheid, krachtens artikel 565, 2^{de} lid, 1^o, “*de rechtbank die over de zaak een ander vonnis heeft gewezen dan een beschikking van inwendige orde, (...) altijd voorrang [heeft]*”, en vermits ze reeds ten opzichte van één der partijen een veroordeling had uitgesproken, beschouwt de Hoeise rechtbank dat er geen aanleiding tot verwijzing is en veroordeelt zij eveneens de Belgische Staat tot betaling.

Het Hof van Beroep te Luik beschouwt echter dat er geen sprake kan zijn van aanhangigheid maar wel van samenhang. Volgens het hof van beroep is samenhang evident: zowel de onderaannemers als de bouwheer hebben er belang bij om tegenstrijdige beslissingen te vermijden en om het hele geschil voor eenzelfde rechtbank te brengen.

In geval van aanhangigheid sluit artikel 566, 1^{ste} lid, van het Gerechtelijk Wetboek de toepassing van bovengemeld artikel 565, 2^{de} lid, 1^o, uit.

Volgens het hof van beroep had de eerste rechter de zaak dus beter naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel verwezen op basis van artikel 565, 2^{de} lid, 5^o, van het Gerechtelijk Wetboek, t.w. “*naar de rechtbank waartoe men zich eerst [had gewend]*”. Het feit dat de hoofdaannemer reeds was veroordeeld stond daaraan niet in de weg, nu de vordering tegen de bouwheer een verschillende oorzaak had¹²⁶.

De vraag was echter of het hof van beroep de zaak nu zelf kon doorverwijzen. Artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek heeft als gevolg dat, tenzij het hof een onderzoeksmaatregel bevestigt, “*het hoger beroep (...) het geschil zelf aanhangig [maakt] bij de rechter in hoger beroep*”¹²⁷. Verder bestaat er, krachtens artikel 29 van het Gerechtelijk Wetboek, geen samenhang tussen een zaak in eerste aanleg (Brussel) en een zaak in hoger beroep (Luik).

Principieel was er dus geen verwijzing naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel mogelijk, terwijl dit nochtans de enige oplossing was die het collectieve karakter van de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer in acht nam.

Het Hof van Beroep te Luik weigert echter dat een alleenstaande weerspannige onderaannemer de goede rechtsbedeling zou verhinderen. Daarom kiest het voor de praktische aanpak en verwijst het toch de zaak door naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

Het hof van beroep benadrukt zelf de zwakte van zijn juridische redenering, maar kiest voor de enige redelijke en toepasselijke oplossing. Het zou immers absurd zijn geweest om te wachten tot op het ogenblik van de tenuitvoerlegging van verschillende vonnissen om pas dan, noodgedwongen, rekening beginnen te houden met het onvermijdelijk collectieve karakter van de rechtstreekse rechtsvordering¹²⁸.

¹²³. In zijn arrest van 23 mei 1996, gaat dit hof van beroep zelfs nog verder: wanneer een rechtstreekse rechtsvordering tegen de bouwheer is ingeleid, worden alle door de bouwheer aan de hoofdaannemer verschuldigde bedragen geblokkeerd zolang de bewuste onderaannemer niet is betaald, zij het onder de vorm van een consignatie (Luik 23 mei 1996, *T. Aann.* 1997, p. 589, noot Fr. GEORGES; *T. Aann.* 1997, p. 36; zie in dezelfde zin Bergen 29 september 2003, *R.R.D.* 2003, p. 407).

¹²⁴. Artt. 1627 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

¹²⁵. Luik 14 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, p. 1169.

¹²⁶. Gelet op de door het hof van beroep hier voorgestelde praktische aanpak, kan deze stelling worden begrepen. Het hof gaat wel zeer ver wanneer het schrijft dat de vordering tegen de hoofdaannemer niets te maken heeft met de rechtstreekse rechtsvordering tegen de bouwheer, nu het Hof van Cassatie zich heeft aangesloten bij de analyse van haar advocaat-generaal X. De Riemacker, die in zijn conclusie voor het elders in dit overzicht besproken arrest van het Hof van Cassatie van 21 december 2001 (*cf. supra*, randnr. 22 en 26), de “driehoekige relatie van het onderaannemingscontract” benadrukte (*Pas.* 2001, nr. 720, p. 2211, nr. 2.8.2).

¹²⁷. Het gaat hier niet om een bevoegdheidsgeschil waarop art. 643 van het Gerechtelijk Wetboek toepasselijk zou kunnen zijn. De toepassing van die bepaling zou overigens geen soelaas hebben gebracht, nu de verwijzing, op die basis, “*naar de bevoegde rechter in hoger beroep*” geschiedt.

¹²⁸. In een arrest van 23 oktober 1998 neemt dat hof van beroep zelfs een positie in omtrent een bij de procedure niet aanwezige onderaannemer, met dien verstande dat de aldus gemaakte berekening slechts tussen de bij de procedure aanwezige partijen bindend is. Het Hof van Beroep te Luik betreurt terloops de afwezigheid van de bewuste onderaannemer (Luik 23 oktober 1998, *R.R.D.* 2000, p. 43, noot P. WÉRY). Zie ook Luik 20 mei 1997, *T. Aann.* 1997, p. 382, noot.

HOOFDSTUK II. – HET VOORRECHT VAN DE ONDERAANNEMER

Afdeling 1. – Het voorrecht zonder de rechtstreekse rechtsvordering

33. Hierboven (randnr. 10), hebben wij gezien dat de rechtstreekse rechtsvordering van de onderaannemer tegen de bouwheer niet ontvankelijk was na het faillissement van de hoofdaannemer of na een beslag op diens schuldvoordring ten opzichte van de bouwheer.

Het verlies van de rechtstreekse rechtsvordering laat het genot van het voorrecht onverlet¹²⁹.

Afdeling 2. – De bevoorrechte schuldvoordring

34. Krachtens artikel 20.12° van de Hypotheekwet slaat de bevoorrechte schuldvoordring op de “werken... die [de onderaannemer] aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd of laten uitvoeren”. Op basis van die tekst meende een vereffenaar, voor de Rechtbank van Koophandel te Verviers, dat grondwerken [in het Frans: “travaux de terrassement”] uitgesloten waren. De rechtbank stelt echter vast dat de Franse tekst het niet heeft over een “gebouw” maar over een “immeuble”, wat een ruimer begrip zou zijn. Op basis van een niet nader bepaald “grondwettelijk beginsel” weigert de rechtbank de voorkeur te geven aan een versie van de wet boven een andere¹³⁰. Volgens de rechtbank was het de bedoeling van de wetgever om de “kleine”¹³¹ aannemer te beschermen die voor een hoofdaannemer werkt. Er bestaat daarom geen reden om het genot van het voorrecht te weigeren aan een onderaannemer die niet echt “bouwt” maar die grondwerken uitvoert, dewelke ongetwijfeld een onderdeel van de – ruim begrepen – bouwwerken uitmaken.

In de zaak waarover de Rechtbank van Koophandel te Verviers zich moest uitspreken dienden de grondwerken wel degelijk te worden uitgevoerd in verband met het “gebouw” van de bouwheer¹³². Daarentegen heeft het Hof van Beroep te Gent¹³³ beslist dat een onderaannemer die “werken van

tuinaanleg” heeft uitgevoerd zich niet op artikel 20.12° van de Hypotheekwet kan beroepen, zelfs wanneer die werken bestaan uit “het uitvoeren van beton- en bekistingswerken”, nu deze “los van het gebouw zelf” dienden te gebeuren. Men moet de “omschrijving van artikel 20, 12° Hyp. W” “overigens restrictief interpreteren”.

De Rechtbank van Koophandel te Gent laat overigens opmerken dat “het leveren van beton op een werf door middel van rechtstreeks storten of met gebruik van een pomp (...) niet als een onderaanneming [kan] worden aanzien. Indien men deze stelling zou bijtreden is de levering van welfsels, van cement, van stenen of van dakpannen eveneens als onderaanneming te beschouwen”¹³⁴.

Het Hof van Beroep te Brussel heeft het bevoorrecht karakter aanvaard van onderhoudswerken aan de fonteinen van de Brusselse Kunstberg, dewelke “deel uitmaken van een aangelegd geheel dat voorzien is van een vrij complexe uitrusting, waaronder een elektrisch bedieningspaneel” en “een bouwwerk vormen die tot een aanneming van werken hebben aanleiding gegeven en een gebouw onroerend goed vormen”¹³⁵.

Het Hof van Beroep te Antwerpen¹³⁶ sluit het bevoorrecht karakter van “intellectuele prestaties” zoals het “tekenen van buisleidingstelsels” op volgende grond: “[E] en bouwwerk [is] een stoffelijk werk (...), dat uitgevoerd wordt met duurzame materialen die geïncorporeerd worden in de grond of in een gebouw, of een constructie die, zonder geïncorporeerd te zijn in de grond, haar beweeglijkheid verliest door zijn verbinding met het aardoppervlak; (...) een aannemingscontract voor bouwwerken [is] een overeenkomst (...) waarbij een persoon, de aannemer, zich ertoe verbindt een bepaald materieel werk voor een ander, de opdrachtgever-bouwheer, uit te voeren mits laatstgenoemde een prijs betaalt, zonder dat er tussen beide partijen enige band van ondergeschiktheid bestaat”¹³⁷.

Dit gezegd zijnde, zelfs indien er voor een bredere interpretatie wordt gekozen, is het wel zo dat het voorrecht van de

¹²⁹ Gent 5 juni 2003, *NjW* 2003, nr. 45, p. 1080, noot WG; *R.W.* 2003-04, p. 467, noot; *RABG* 2003, p. 1193, noot W. GOOSSENS; Antwerpen 13 december 2001 [twee arresten], *T.B.H.* 2002, p. 466, noot W. DERIJCKE.

¹³⁰ Terecht trouwens: zie art. 7 van de Wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in de wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen: “Eventuele verschillen tussen de Nederlandse en Franse tekst worden opgelost naar de wil van de wetgever, die bepaald wordt volgens de gewone interpretatie en zonder dat aan de ene tekst de voorkeur wordt gegeven boven de andere.” Zie ook Kh. Brussel 31 juli 2002, *T. Aann.* 2002, p. 317 [p. 319, nr. 2].

Het ging hier om een bedrag van 8.863,37 euro.

¹³¹ Vgl. Kh. Verviers 10 november 1997, *T.B.H.* 1998, p. 462 [p. 464, *in fine*].

¹³² Gent 21 februari 2001, *T.B.H.* 2002, p. 449, noot K. TROCH [vonnis *a quo*: Kh. Brugge 16 november 1994, A.R. nr. 56.693 (SHR 153), *Snelberichten Handelsrecht* 17 mei 1995, p. 67-68, bespreking door M. GRÉGOIRE].

¹³³ Kh. Gent 1 oktober 2001, *T.G.R.* 2002, p. 146. De rechtbank voegt eraan toe dat “[e]n registratie als onderaannemer (...) niet automatisch [impliceert] dat een levering van bouwmaterialen te aanzien is als een verrichting in het kader van een onderaanneming. Het feit dat de geleverde beton aan speciale vereisten moest voldoen en per levering specifiek geproduceerd werd, impliceert niet dat het om een aannemingswerk ging”.

¹³⁴ Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, p. 89.

¹³⁵ Antwerpen 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, p. 1046.

¹³⁶ Het hof van beroep voegt eraan toe: “[H]et feit dat partijen hun overeenkomst zelf bepaalden als een “overeenkomst van aanneming” [doet] hieraan geen afbreuk (...); (...) niet elke aannemingsovereenkomst [slaat overigens] noodzakelijk op de uitvoering van bouwwerken”.

onderaannemer veronderstelt dat de onderaannemer werken heeft uitgevoerd aan een *onroerende goed*¹³⁸. Zo heeft de Rechtbank van Koophandel te Luik¹³⁹ beslist dat het voorrecht op om het even welk onroerend goed slaat, met inbegrip van roerende goederen die in een onroerend goed worden geïncorporeerd zoals loketten, een portiershokje of de huwelijksstafel in een gemeentehuis. De rechtbank beschouwt daarentegen dat er geen sprake kan zijn van incorporatie van zetels, stoelen en andere tafels; deze goederen kunnen evenmin als onroerende goederen door bestemming worden bekeken, nu er voor een gemeente geen sprake kan zijn van een exploitatie in de zin van artikel 524 van het Burgerlijk Wetboek. De Beslagrechter te Luik voegde eraan toe dat er een verband moet bestaan tussen het gebouw van de bouwheer en de door de vermeende onderaannemer verrichtte werken: wanneer de hoofdaannemer bepaalde goederen aankoopt, ze door een derde laat verven en ze nadien in het gebouw installeert, is de verver nooit een onderaannemer geweest¹⁴⁰.

Het Hof van Beroep te Brussel, zonder aan de vaststelling van verschillende BTW-tarieven een uitdrukkelijk doorslaggevend belang te geven, maakt nochtans een verschil tussen wat de levering van goederen betreft (niet geïncorporeerd door art. 20.12° van de Hypotheekwet) en de levering van diensten (wel geïncorporeerd door art. 20.12° van de Hypotheekwet)¹⁴¹.

35. De Rechtbank van Koophandel te Namen heeft zich moeten uitspreken in een zaak waar de betwisting uitsluitend op de omvang van de bevoorrechte schuldvordering sloeg: de onderaannemer beriep zich immers op het voorrecht karakter niet alleen van de door de hoofdaannemer verschuldigde hoofdsom, maar ook van het schadebeding, van de interesten en van de gerechtskosten.

De rechtbank stelt gewoon vast dat artikel 20.12° van de

Hypotheekwet het heeft over het bevoorrecht karakter van de schuldvordering van de onderaannemer, zonder beperking dus – bijgevolg – met inbegrip van de bijhorigheden¹⁴².

In hoger beroep, somt het Hof van Beroep te Luik de vorderen tegenstanders op om nadien te poneren dat, nu de kwesieuze wetsbepaling deze vraag niet uitdrukkelijk regelt, deze moet worden opgelost aan de hand van de bedoeling van de wetgever. Volgens dit gerecht bestond die bedoeling erin de “kleine” aannemers te beschermen die niet betaald waren hoewel zij de lasten van hun werk reeds hadden moeten dragen, met dien verstande dat dit niet moest uitdraaien op een onrechtmatig voordeel voor een nalatige schuldeiser. Het hof van beroep neemt ook het feit in aanmerking dat het voorrecht van artikel 20.12° van de Hypotheekwet gepaard is gegaan met een gelijktijdige verruiming van de rechtstreekse rechtsvordering van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, zodat er tussen de twee een zekere coherentie moet bestaan en dat de door die twee wetsbepalingen begunstigde schuldvorderingen dezelfde moeten zijn. In de praktijk moet “de schuldvordering die de onderaannemer tegenover zijn medecontractant-aannemer heeft wegens werken die hij aan het gebouw van de bouwheer heeft uitgevoerd of laten uitvoeren” worden begrepen als het bedrag dat door een meestal in gebreke blijvende hoofdaannemer verschuldigd is, hetgeen dus ook meestal interesten en schadebeding zal inhouden¹⁴³. Artikel 20.12° van de Hypotheekwet verwijst weliswaar naar de factuur maar dit betekent niet dat het voorrecht beperkt zou zijn tot het werkelijk gefactureerde bedrag, nu deze verwijzing vooral bedoeld is om de verjaringstermijn van 5 jaar een aanvang te laten nemen¹⁴⁴.

Met zijn arrest d.d. 22 maart 2002, verwerpt het Hof van Cassatie de voorziening tegen het arrest van het Hof van Beroep te Luik¹⁴⁵.

De hoofdaannemer tekende immers cassatie aan en bena-

¹³⁸. Kh. Hasselt 24 december 2002, *NjW* 2003, nr. 41, p. 934, noot MT; *RABG* 2003, p. 1195, noot W. GOOSSENS.

¹³⁹. Kh. Luik 25 juni 1997, *J.L.M.B.* 1998, p. 1247; *T.B.H.* 1997, p. 655, noot Chr. VAN BUGGENHOUT.

¹⁴⁰. Rb. Luik (besl.) 15 mei 1995, *J.L.M.B.* 1996, p. 881. Zie ook Kh. Ieper 6 februari 1995, *T.B.H.* 1995, p. 564: “Er kan niet gesproken worden van onderaanneming telkens een hoofdaannemer een bestelling plaatst met opgave van technische gegevens; het begrip ‘onderaanneming’ vereist meer dan dat”.

¹⁴¹. Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, p. 89. In een vonnis van 17 juni 1997 (*R.W.* 1997-98, p. 680, noot; *T.B.H.* 1998, p. 117, noot) verwerpt de Rechtbank van Koophandel te Gent het voorrecht karakter van een factuur voor de verhuring van kranen; volgens de rechtbank: “Inzake ter beschikking stellen van kranen en personeel zijn twee mogelijkheden voorhanden: of een verhuur van diensten, of een verhuur van materiaal, zij het met personeel”; de rechtbank besluit *in casu* tot het bestaan van een verhuur van zaken; zij doet dat hoofdzakelijk omdat de factuur het over een verhuur had en er geen elementen naar voren werden gebracht om dit tegen te spreken; de rechtbank merkt op dat er BTW wordt aangerekend en poneert: “Evenmin toont het BTW-regime aan dat het gaat om werken in onroerende staat, nu in dat geval de BTW ten laste diende gelegd te worden van de wederpartij.” Vgl. Kh. Gent 1 oktober 2001, *T.G.R.* 2002, p. 146.

¹⁴². Kh. Namen 22 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 610, noot; *J.T.* 1998, p. 291.

¹⁴³. Luik 28 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, p. 875, kritische noot J. CAEYMAEX; *R.R.D.* 2000, p. 336. Zie ook Luik 27 februari 2001, *R.R.D.* 2001, p. 137; Luik 30 juni 2000, *J.T.* 2001, p. 597; Luik 29 januari 1999, *J.L.M.B.* 1991, p. 637; *T.B.B.R.* 2000, p. 312; Kh. Verviers 3 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1248; *R.R.D.* 2000, p. 344. Zie ook, *a contrario*, Antwerpen 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, p. 1046. *Contra*: Rb. Gent 14 februari 2001, *T. Aann.* 2001, p. 111; Kh. Hasselt 26 november 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 630, noot S. VAN OPPEN; *R.W.* 1998-99, p. 1285. Vgl. Rb. Gent 4 oktober 2000, *T.G.R.* 2001, p. 15, noot P. VAN CANEGEM.

¹⁴⁴. Dit vloeit voort uit een ultieme wijziging van de wettekst die door de kamer in plenaire vergadering is aangenomen: de door de commissie goedgekeurde tekst hield immers een verjaringstermijn van vijf jaar in “vanaf de datum van de factuur of van de laatste maanbrief”; op het voorstel van volksvertegenwoordiger Delahaye werden de woorden “of van de laatste maanbrief” weggelaten [*Integraal verslag* Kamer zitting 30 maart 1983, p. 2099].

¹⁴⁵. Cass. 22 maart 2002, *J.T.* 2002, p. 447; *DAOR* 2002, nr. 63, p. 266, met conclusie van adv.-gen. X. DE RIEMACKER; *Juristenkrant* 8 mei 2002, nr. 49, p. 9; *R.W.* 2003-04, p. 812; *Res Jur. Imm.* 2002, p. 129. Voor een latere toepassing hiervan, zie Kh. Verviers 6 januari 2003, *J.L.M.B.* 2002, p. 89.

drukte dat de tekst van artikel 20.12° van de Hypotheekwet “*de schuldvordering [bedoelt] die de onderaannemer [...] heeft wegens werken die hij heeft uitgevoerd of laten uitvoeren*”, waarin de verwijlinterest noch de vergoeding wegens een strafbeding begrepen zijn die de schade vergoeden die te wijten is aan de vertraging in de betaling of in de uitvoering van de verplichtingen van de contractant; uit de context blijkt dat de ‘de schuldvordering van onderaannemer’ waarvoor het voorrecht geldt de schuldvordering is die volgt uit de ‘de factuur’ die in het begin van de zin is vermeld; zij kan alleen de hoofdzaak betreffen; de bepalingen die een voorrecht instellen wijken af van het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers en moeten strikt worden uitgelegd”. Eiseres in cassatie benadrukte tevens dat artikelen 1798 van het Burgerlijk Wetboek en 20.12° van de Hypotheekwet een “verschillende redactie” hebben zodat “het niet mogelijk [is] deze als volledig samenvallend te beschouwen”.

Advocaat-generaal X. De Riemaeker daarentegen beklemtoonde de gelijkenissen tussen de twee voormelde wetsbepalingen die beide “[kaderen] in de contractuele driehoeksverhouding; (...) De schuldvordering van de onderaannemer tegen zijn medecontractant-aannemer voor het werk dat hij heeft uitgevoerd of laten uitvoeren aan het gebouw van de opdrachtgever, die bevoorrecht is krachtens artikel 20, 12°, eerste lid, Hypotheekwet, houdt verband met de overeenkomst van onderaanneming en beoogt dus zowel de gefactuurde prijs als de contractueel vastgelegde bijzaken”.

Het Hof van Cassatie sluit zich volledig aan bij zijn advocaat-generaal: “[I]n zoverre [artikel 20.12° van de Hypotheekwet] verwijst naar de schuldvordering van de onderaannemer voor de werken die hij heeft uitgevoerd of laten uitvoeren, [is die bepaling] in algemene bewoordingen (...) opgesteld en [bedoelt] zowel de prijs van dat werk als de bijzaken van die prijs (...) [U] it de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever de onderaannemer heeft willen beschermen tegen het risico dat zijn aannemer insolvent wordt [H]et oorspronkelijke wetsvoorstel, waarin enkel sprake was van een voorrecht, werd aangevuld met een rechtstreekse vordering tegen de opdrachtgever, die zowel de hoofdzaak als de bijzaken van de schuldvordering betreft”.

De oplossing is duidelijk. Advocaat-generaal X. De Riemaeker had in zijn conclusie herinnerd aan de klassieke leer van het Hof van Cassatie inzake strikte interpretatie van de voorrechten, maar hij voegde eraan toe “[D]ie leer sluit overigens niet uit dat aan het beginsel van de strikte uitlegging van de wet kan worden voorbijgegaan wegens de algemeenheid van de bewoordingen van de wet”. De advocaat-gene-

raal voegde eraan toe dat de twee lezingen – extensief of beperkend – van artikel 20.12° van de Hypotheekwet verdedigbaar zijn. Toch wordt, op basis van de wetsgeschiedenis, voor de breedste interpretatie gekozen. Het Hof van Cassatie heeft deze stelling gevolgd. Principieel, betekent dit arrest dus niet dat het Hof van Cassatie afwijkt van de hiervoor geschetste klassieke leer. Maar eens te meer – en het Hof van Cassatie treft hier geen schuld – heeft het hoogste rechtscollege een knoop moeten doorhakken zonder echt te kunnen overtuigen, nu de wetsgeschiedenis hier bijzonder slordig is geweest en de volksvertegenwoordigers zich nooit enige vraag hebben gesteld omtrent de coherentie van het systeem dat zij aan het creëren waren.

Afdeling 3. – Onderpand van het voorrecht van de onderaannemer

36. Het voorrecht heeft als enig onderpand de schuldvordering van de hoofdaannemer op de bouwheer¹⁴⁶. “Het bijzondere voorrecht uit artikel 20, 12°, Hypotheekwet vereist dat de schuldvorderingen op de datum van het vonnis van faillietverklaring nog individualisering waren, wat (...) door de betaling vóór het faillissement niet meer het geval is”¹⁴⁷. Indien de bouwheer zijn schuld aan de hoofdaannemer heeft betaald vooraleer elke vorm van samenloop tot stand is kunnen komen, heeft het voorrecht geen onderpand meer¹⁴⁸.

Afdeling 4. – Rang van het voorrecht van de onderaannemer

37. Om de rang van het voorrecht van de onderaannemer te bepalen, hebben de Hoven van Beroep te Brussel en te Gent gekozen voor de anterioriteitsregel.

Met haar arrest van 21 februari 2001, besliste de 21^{ste} kamer van het Hof van Beroep te Gent “dat de anterioriteitsregel geldt”¹⁴⁹. Blijkbaar had de eerste rechter beslist dat de wetgever van 1990 “de bedoeling [had] een soort supervoorrecht te creëren voor de onderaannemer”. Volgens het hof van beroep wenste de wetgever “het voorrecht van de onderaannemer (...) te laten primeren op de algemene voorrechten, maar niet op de bijzondere voorrechten”. Nu het voorrecht van de onderaannemer en het pand op de handelszaak beide bijzondere voorrechten¹⁵⁰ zijn, dient het conflict tussen hen aan de hand van de anterioriteitsregel te worden

¹⁴⁶. Kh. Verviers 3 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1248; *R.R.D.* 2000, p. 344.

¹⁴⁷. Gent 29 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, p. 1052.

¹⁴⁸. Kh. Luik 10 januari 1995, *T.B.H.* 1996, p. 562.

¹⁴⁹. Gent 21 februari 2001, *T.B.H.* 2002, p. 449, noot K. TROCH [vonnis a quo: Kh. Brugge 16 november 1994, A.R. nr. 56.693 (SHR 153), *Snelberichten Handelsrecht* 17 mei 1995, p. 67-68, bespreking door M. GRÉGOIRE].

¹⁵⁰. Afgezien van de opinie die iedereen kan hebben over de rang van het voorrecht van de onderaannemer, is het zo dat het pand op de handelszaak geen algemeen voorrecht doch een bijzonder voorrecht uitmaakt (zie bv. Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, p. 89, dat terecht stelt dat art. 26 van de Hypotheekwet [algemene voorrechten moeten wijken voor bijzondere voorrechten] hier überhaupt geen toepassing kan vinden).

beslecht, waarbij, respectievelijk de datum van de facturen en de datum van de inschrijving van het pand in acht worden genomen¹⁵¹.

Zonder de pertinentie van de oplossing te betwisten, kan er wel worden gezegd dat het Hof van Beroep te Gent ietwat te ver gaat wanneer het schrijft: “*Het is evenmin voor betwisting vatbaar dat, bij gebreke van wettelijke voorrangregel, de samenloop van twee afzonderlijke bijzondere voorrechten geregeld wordt door de anterioriteitsregel*”¹⁵². Deze anterioriteitsregel maakt wel degelijk een zeer gangbare oplossing uit, maar de wet laat een bredere waaier van oplossingen toe.

Ook de Rechtbank van Koophandel te Mechelen paste de anterioriteitsregel toe met dien verstande dat er rekening dient te worden gehouden met enerzijds “*de datum van de inpandgeving*” en anderzijds “*de datum... van de uitreiking van de facturen van de onderaannemer aan de hoofdaannemer*”¹⁵³. De rechtbank voegde eraan toe: “*De rechtbank sluit zich aan bij deze zienswijze, die overigens door de meest recente rechtspraak wordt gevolgd, en alles erop wijst dat het Hof van Cassatie, dat de relevantie van de anterioriteitsregel heeft bevestigd ingeval de wettelijke rangorde ontbreekt, deze regel eveneens zal toepassen in geval van samenloop van de pandhoudende schuldeiser van de handelszaak met het voorrecht van de onderaannemer*”¹⁵⁴.

38. In een andere zaak heeft de Rechtbank van Koophandel te Mechelen, principieel gevolgd door Hof van Beroep te Antwerpen¹⁵⁵, echter voor een andere oplossing gekozen en is zij de mening toegedaan dat de anterioriteitsregel hier geen toepassing kan vinden.

Volgens de rechtbank “*is [het] duidelijk dat zo men de anterioriteitsregel zou toepassen, zulks tot gevolg zou hebben dat de zekerheid van de onderaannemer ter verkrijging van de hem toekomende gelden op de gelden van de aanneming vol-*

ledig zou worden uitgehold, omdat in 99% van de gevallen een bouwonderneming met het oog op het verkrijgen van kredieten veelal van bij de aanvang van haar activiteiten haar volledige handelszaak als onderpand verstrekt, het voorrecht van de onderaannemer in 99% van de gevallen pas veel later totstandkomt (...)” Dit zou niet de bedoeling van de wetgever kunnen zijn.

Het hof van beroep sluit zich principieel bij dat standpunt aan, maar wenst het juridisch beter te onderbouwen en doet dat door de voorbereidende werkzaamheden¹⁵⁶ van de Wet van 19 februari 1990 uitgebreid te citeren. Zo had de heer G. Verhaegen, auteur van het verslag van de kamercommissie die het wetsvoorstel had besproken, tijdens de plenaire vergadering die dit voorstel heeft aangenomen, onder meer verklaard dat het om een voorrecht ging “*dat zelfs voorrang heeft op de andere schuldeisers, de hypothecaire schuldeisers inclusief*”¹⁵⁷. Ook de toelichting bij het wetsvoorstel zou die “*bedoeling van de wetgever [bevestigen] bij de creatie van dit nieuwe bijzondere voorrecht*”. Het voorrecht van de onderaannemer krijgt dus de voorrang t.o.v. het pandrecht op de handelszaak.

Wat de kracht van die analyse uitmaakt is eigenlijk vooral, zoals het hof van beroep het zelf benadrukt, het gevolg van het feit dat dat standpunt het gezag kan invoeren van prof. E. Dirix, wat zeker niet onbelangrijk is¹⁵⁸. Maar de gegeven uitleg doet de volksvertegenwoordiging veel eer aan. De verklaring van de heer G. Verhaegen is immers “*niet meer dan een verwoording van het algemeen beginsel uit artikel 12 Hypotheekwet*”¹⁵⁹ waarvan niets kan worden afgeleid. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden, heeft de wetgever overigens geen enkele aandacht besteed aan en was hij zich blijkbaar niet eens bewust van de problematiek van de rangregeling tussen voorrechten.

¹⁵¹. In dezelfde zin Rb. Gent 4 oktober 2000, *T.G.R.* 2001, p. 15, noot P. VAN CANEGEM.

¹⁵². Vgl. Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, p. 89.

¹⁵³. Zie tevens Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, p. 89: “*Overwegende dat het voorrecht van de onderaannemer niet tegelijk ontstaat met de rechten van de pandhouder op de schuldvorderingen die tot de handelszaak behoren; dat de onderaannemer met name een factuur dient uit te reiken en zijn schuldvordering slechts vanaf die datum bevoorrecht geniet terwijl voor de pandhouder van het handelsfonds, wanneer de schuldvordering van de debiteur daarin begrepen zijn, het voorrecht zich tot deze laatste uitstrekt vanaf het ontstaan van de schuldvordering*”.

¹⁵⁴. Kh. Mechelen 5 maart 2001, *R.W.* 2001-02, p. 1510.

¹⁵⁵. Antwerpen 28 november 2002, *R.W.* 2003-04, p. 145, noot, dat bevestigt: Kh. Mechelen 3 december 2001, *R.W.* 2002-03, p. 713, noot.

¹⁵⁶. Zie ook Kh. Verviers 3 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, p. 1248; *R.R.D.* 2000 p. 344. Dit vonnis stelt tevens dat de schuldvordering op de bouwheer in het vermogen van de hoofdaannemer, slechts bezwaard met het voorrecht van de onderaannemer terecht komt. Dit vonnis verwerpt de anterioriteitsregel onder meer omdat die niet toepasselijk zou zijn op het conflict tussen een voorrecht en een contractuele zakelijke zekerheid; dit is uiteraard onjuist, vermits de anterioriteitsregel bijvoorbeeld wordt toegepast op het conflict tussen het voorrecht van de verhuurder en het pand op de handelszaak (zie Fr. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*”, 4de uitgave, 2004, Brussel, Larcier, nrs. 449-450, p. 232-234, en de verwijzingen aldaar. Vgl. Kh. Luik 25 juni 1997, *J.L.M.B.* 1998, p. 1246; *T.B.H.* 1997, p. 655: dit vonnis is ietwat genuanceerder: die rechtbank stelt eveneens dat zij, krachtens artt. 13 en 14 van de Hypotheekwet “*de verschillende aard van de voorrechten*” moet nagaan; welnu, zij geeft de voorkeur aan een bijzonder voorrecht op een bepaald onderdeel (schuldvordering op de bouwheer) van een algemeenheid (het vermogen van de hoofdaannemer) boven het bijzonder voorrecht op die algemeenheid.

¹⁵⁷. *Integraal verslag* Kamer zitting 30 maart 1983, p. 2099.

¹⁵⁸. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, 1999, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, p. 198, nr. 293, voetnoot 175.

¹⁵⁹. Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, p. 89. Art. 12 van de Hypotheekwet: “*Voorrecht is een recht dat uit hoofde van de bijzondere aard der schuldvordering aan een schuldeiser toekomt en hem voorrang verleent boven de andere schuldeisers, zelfs de hypothecaire*”.

Afdeling 5. – Het lot van de subonderaannemers

39. Artikel 20.12°, 2^{de} lid, van de Hypotheekwet bepaalt: “De onderaannemer wordt als aannemer en de aannemer als bouwheer beschouwd ten opzichte van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde.”

Volgens de Rechtbank van Koophandel te Hasselt¹⁶⁰ moet de

reeks worden vervolgd: dit gerecht aanvaardt het bevoorrecht karakter van de schuldvordering van de onderaannemer in derde graad¹⁶¹ in de failliete boedel van de onderaannemer in tweede graad¹⁶². Het Hof van Beroep te Brussel, daarentegen, blijkt te stellen dat er niet verder dient te worden gegaan dan wat het de onderaannemers tot de tweede graad noemt¹⁶³.

BESLUIT

40. Vijftien jaar lang heeft de rechtspraak naar oplossingen gezocht om enkele regels van twee wetsbepalingen correct toe te passen.

De lezer zal hebben vastgesteld dat wij slechts een vast standpunt hebben ingenomen wanneer wij dat meenden te kunnen doen aan de hand van vaststaande rechtsbeginsels. De rechtspraak is wellicht talrijk en tegenstrijdig, maar dit

betekent lang niet dat zij zich vergist. Ze moet gewoon antwoorden vinden op de vragen die worden gesteld¹⁶⁴.

Stilaan krijgt het Hof van Cassatie de mogelijkheid om een reeks oplossingen aan de praktijk op te dringen, maar zo een proces vergt tijd. De vraag zou zich dus kunnen stellen of het niet tijd is dat wetgever ingrijpt. Maar er rijst dan weer de vrees dat het middel slechter dan de kwaal zal zijn.

BIBLIOGRAFIE

Voor meer rechtsleer zie G. BAERT Aanneming van werk, in de reeks *Algemene Praktische Rechtsverzameling* 2001, Antwerpen, Kluwer (E. Story-Scientia), nrs. 1763-1874, p. 582-616 en nrs. 1901-1922, p. 626-631; “Geen vorderingsrecht van de onderaannemer op de hoofdopdrachtgever, zonder een ingestelde rechtsvordering”, noot onder Antwerpen 1 maart 1995, *R.W.* 1996-97, p. 478-479; Chr. BIQUET-MATHIEU, “Actualités en matière de gage sur fonds de commerce”, in *De handelszaak – Le fonds de commerce*, H. COUSY, B. TILLEMEN en A. BENOIT-MOURY (ed.), 2001, Brugge, die Keure, nr. 146, p. 120-122; Th. BOSLY, “Les effets du concordat judiciaire sur l’exercice de l’action directe”, noot onder Kh. Luik 3 april 1998, *R.P.S.* 1998, nr. 6756, p. 321-326; J.-P. BRULS, “La loi du 19 février 1990 complétant l’article 20 de la loi hypothécaire et modifiant l’article 1798 du code civil en vue de protéger les sous-traitants, une réforme d’efficacité limitée”, *Act. dr.* 1991, p. 751-780; “Le droit du sous-traitant au paiement du prix dans le droit privé”, *Act. dr.* 1992, p. 231-243; K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 1997, Antwerpen, Maklu, nrs. 477-482, p. 426-429; nr. 586, p. 505; nr. 589, p. 507; J. CAEYMAEX, *Manuel des sûretés mobilières*, Hoofdstuk 80 (“les créances des sous-traitants”), januari 2004, Éd. du Jeune Barreau de Liège, p. 80/1-22; “Les créances des sous-traitants”, in *Le point sur le droit des sûretés*, reeks Formation permanente CUP, vol. 41, oktober 2000, Luik, p. 247-274; “La créance privilégiée du sous-traitant”, noot

onder Luik 28 maart 2000, *J.L.M.B.* 2000, p. 876-877; J. CATARUZZA, *Le gage sur fonds de commerce*, Reeks *Pratiques du droit*, nr. 2, 1997, Diegem, Kluwer, nr. 94, p. 98-99; Ph. COLLE, “Enkele vragen i.v.m. de toepassing van de nieuwe wetten van het faillissement en het gerechtelijk akkoord”, in *Rechtspersonenrecht, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1998-1999*, Gent, Mys & Breesch, p. 240-244, nrs. 30-35; P. COPPENS en Fr. T’KINT, “Examen de jurisprudence (1991-1996) – Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.* 1997, p. 422-424, nr. 117; A. CUYPERS, “De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer”, *R.W.* 1997-98, p. 793-810 en *err.* 1997-98, p. 936; “De rechtstreekse vordering en het voorrecht van de onderaannemer”, in *Overeenkomstenrecht 1999-2000, XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2000*, Antwerpen, Kluwer, p. 437-496; “Wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen”, november 1993, in *Voorrechten en hypotheeken, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, p. 108-109, nr. 87; G. DE LEVAL, opmerkingen bij Rb. Brussel (besl.) 30 november 1992, *J.L.M.B.*, p. 285-286; A. DELVAUX en D. DESSARD, “Le contrat d’entreprise de construction”, in *Rép. not.*, IX, *Contrats divers*, Boek VIII, 1991, Brussel, Larcier, p. 109-111, nrs. 92-93; E. DIRIX, “Het voorrecht en de directe vor-

¹⁶⁰ Kh. Hasselt 26 november 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 630, noot S. VANOPPEN, *R.W.* 1998-99, p. 1285.

¹⁶¹ Dus de subonderaannemer van de onderaannemer van de hoofdaannemer

¹⁶² Dus de onderaannemer van de onderaannemer van de hoofdaannemer

¹⁶³ Brussel 8 november 1995, *DAOR* 1995, nr. 37, p. 89.

¹⁶⁴ Art. 5 van het Gerechtelijk Wetboek.

dering van de onderaannemer”, *R.W.* 1989-90, p. 1232-1235; “Rechtstreekse vordering en samenloop”, noot onder Kh. Antwerpen 24 april 1995, *R.W.* 1995-96, p. 265-267; “De rechtstreekse vordering van de onderaannemer na verpanding”, *R.W.* 1997-98, noot onder Kh. Turnhout, p. 411-412; “Art. 20, 12° Hyp. W.”, december 1992, in *Voorrechten en Hypotheken, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 8 p.; “Onderaanneming”, *T. Aann.* 1991, p. 30-39; “Overzicht van rechtspraak – Voorrechten en hypotheken (1991-1997)”, *T.P.R.* 1998, p. 577-582, nrs. 110-122; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten* 1999, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, nrs. 288-293, p. 196-198; nr. 514, p. 342; nrs. 537-546, p. 366-373; Ph. FLAMME, “La sous-traitance – Panorama de jurisprudence 1975-1990”, *T. Aann.* 1991, p. 24-29, nrs. 31-38; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, *Le contrat d’entreprise, quinze ans de jurisprudence (1975-1990)*, 1991, Brussel, Larcier, nrs. 118-128, p. 94-103; H. GEINGER, Chr. VAN BUGGENHOUT en C. VAN HEUVERS WYN, “Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord (1990-1995)”, *T.P.R.* 1996, p. 1097-1098, nr. 213; F. GEORGES, “De quelques problèmes posés par l’action directe de l’article 1798 du code civil”, noot onder Luik 23 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, p. 600-607; “Les prérogatives du partenaire du commerçant en difficulté: état des lieux”, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, 1998, Éd. Collection scientifique de la faculté de droit de Liège, p. 425-427; Ph. GÉRARD en J. WINDEY, “Action directe des sous-traitants, faillite et concordat judiciaire: à contre-courant”, in *Liber Amicorum Lucien Simont* 2002, Bruxelles, Bruylant, p. 385-403; W. GOOSSENS, “De rechtstreekse vordering van de onderaannemer”, noot onder Gent 10 december 2002 en 5 juni 2003 en Kh. Hasselt 24 december 2002, *RABG* 2003, p. 1197-1200; M. GRÉGOIRE, “Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et les privilèges (II^{ème} partie: 1975-2000)”, *Bank Fin. R.* 2001, p. 89-92, nrs. 195-213 en p. 108-109, nr. 314; “Samenloop van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer en van de vordering van de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak”, *Snelberichten handelsrecht* 17 mei 1995, nr. 5, p. 67; “Développements récents en matière de sûretés réelles”, in *Droit des sûretés*, reeks *Formation permanente CUP*, vol. XX, november 1997, Luik, p. 39-41; J.H. HERBOTS, S. STIJNS, E. DEGROOTE, W. LAUWERS en I. SAMOY, “Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten 1995-1998”, p. 653-662, nrs. 768-780; p. 666-668, nrs. 787-788; Chr. JASSOGNE, “Action directe et privilège du sous-traitant”, *R.R.D.* 1991, p. 123-128; B. KOHL, “Sous-traitance: questions spéciales”, in *Contrat d’entreprise et droit de la construction*, reeks *Formation permanente CUP*, vol. 63, mei 2003, Luik, p. 129-149, nrs. 74-110; B. KOHL en M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “Droit des obligations et sous-traitance”, in *La sous-traitance*, studiedag van 18 april 2002 van de Commission droit et vie des affaires, 2003, Brussel, Bruylant, p. 62-70; J. KOKELENBERG, “Artikel 1798 van het

burgerlijk wetboek bij faillissement en gerechtelijk akkoord: een steriele discussie of een Babylonische spraakverwarving”, *T.B.B.R.* 1999, p. 166-184; J.-L. LEDOUX, “Les sûretés réelles, Chronique de jurisprudence 1994-2002”, in *Dossiers J.T.*, nr. 43, 2003, Brussel, Larcier, nrs. 53-56, p. 77-81; “Chronique de jurisprudence – Les sûretés réelles et la publicité foncière (1987-1993)”, *J.T.* 1994, p. 336-337, nrs. 76-84; B. LOUVEAUX, “L’action directe du maître de l’ouvrage contre le sous-traitant: à suivre...”, noot onder Bergen 30 juni 1995, *J.L.M.B.* 1997, p. 375-376; F. POILVACHE, “La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants”, *J.T.* 1990, p. 638-640; R. PONCELET, “Les privilèges mobiliers”, in *Rép. not.*, X, *Les sûretés*, Boek III, 1997, Brussel, Larcier, p. 170-172, nrs. 266-272; J.P. RENARD en M. VAN DEN ABELE, “Les garanties offertes aux sous-traitants en cas de défaillance de l’entrepreneur général”, *T. Aann.* 1997, p. 134-155; J.-P. RENARD, “Relations entre maîtres de l’ouvrage et sous-traitant: l’action directe – bilan et perspectives”, in *La sous-traitance*, studiedag van 18 april 2002 van de Commission droit et vie des affaires, 2003, Brussel, Bruylant, p. 171-189; J.-M. RIKKERS, “L’action directe du sous-traitant prévue par l’article 1798 du code civil: hypothèses de conflits”, *Liber Amicorum Y. Hannequart en R. Rasir* 1997, Diegem, Kluwer Éditions Juridiques Belgique, p. 345-355; L. SIMONT, J. DE GAVRE en P.-A. FORIERS, “Examen de jurisprudence (1981-1991) – Les contrats spéciaux”, *R.C.J.B.* 1999, p. 828-833, nrs. 197-198; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence – Les obligations: les sources (1985-1995)”, *J.T.* 1996, p. 747, nr. 166; A.-M. STRANART, “Les sûretés réelles traditionnelles: Développements récents”, in *Le droit des sûretés* 1992, Éd. du Jeune Barreau, p. 115-117; K. TROCH, “Over de samenloop van het voorrecht van de onderaannemer en de vordering van de pandhoudende schuldeiser op de handelszaak: Wie eerst komt, eerst maalt?”, noot onder Gent 21 februari 2001, *T.B.H.* 2002, p. 451-455; P. VAN CANEGEM, “De rang van het voorrecht van de onderaannemer”, noot onder Rb. Gent 4 oktober 2000, p. 18-19; H. VAN GOMPEL, “Het “onvolmaakt karakter” van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer”, noot onder Rb. Hasselt 3 november 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, p. 427-429; S. VANOPPEN, “Zwakke schakels? Over het voorrecht van art. 20, 12° Hyp.W. in een “ketting van onderaannemers” en de strikte interpretatie van voorrechten”, *A.J.T.* 1998-99, p. 631-634; S. VERBEKE, “De rechtstreekse vordering van de onderaannemer”, noot onder Gent 6 mei 1998, *A.J.T.* 1998-99, p. 912-913; J.-P. VERGAUWEN, “Action directe dans le droit de la construction”, *T. Aann.* 1998, p. 206-246; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat* 2003, Brussel, Kluwer, nr. 787, p. 473; nr. 869, p. 516; nr. 934, p. 546-547; I. VRANCKEN en L. PANIS, “De onderaanneming in Belgisch en Europees verband”, *Limb. Rechtsl.* 1992, p. 124-127; P. WÉRY, “L’action directe du sous-traitant contre le maître de l’ouvrage: bilan de sept années d’application de l’article 1798 du code civil”, *R.R.D.* 1997, p. 169-185; “L’action directe du sous-traitant”, noot onder Luik 23 oktober 1998,

R.R.D. 2000, p. 50-53; “L’assiette de l’action directe du sous-traitant”, noot onder Cass. 21 december 2001, *DAOR* 2002, nr. 63, p. 264-266; A. ZENNER, *Dépistage, Faillites &*

Concordats 1998, Brussel, Larcier, nr. 376, p. 282; nr. 615, p. 453; nrs. 669-675, p. 490-496; nr. 681, p. 498-499; nr. 722, p. 533; nrs. 1018-1019, p. 723-724; nr. 1352, p. 967.