

KONINKRIJK BELGIE.
-----ROYAUME DE BELGIQUE.
-----ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.
-----AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 22e mei 1985 door de Minister van Economische Zaken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 tot reglementering van de hypothecaire leningen en tot inrichting van de controle op de ondernemingen van hypothecaire leningen", heeft de 13e juni 1985 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Affaires économiques, le 22 mai 1985, d'une demande d'avis sur un projet de loi "modifiant l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires", a donné le 13 juin 1985 l'avis suivant :

Vermits de Regering aandringt op een zeer spoedig advies, beperkt de Raad van State zich tot de opmerkingen die hierna volgen.

I. VOORAFGAANDE OPMERKING.

Het ontwerp, dat 4 artikelen bevat, wijzigt, onder zijn artikel 1, een aantal bepalingen van titel I van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 tot reglementering van de hypothecaire leningen en tot inrichting van de controle op de ondernemingen van hypothecaire leningen, bekrachtigd bij de wet van 4 mei 1936. Naar luid van de memorie van toelichting is evenwel om redenen van duidelijkheid de voorkeur eraan gegeven titel I in zijn geheel te herschrijven.

Het kan niet worden ontkend dat de algehele herschrijving van de bepalingen van titel I de leesbaarheid van het ontwerp bevordert. De voorgestelde herschrijving is nochtans niet zonder moeilijkheden.

Titel I van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 bevat in de huidige stand van zaken 32 artikelen. De nieuwe titel I, zoals die in het ontwerp wordt voorgesteld, zou 42 artikelen bevatten, met het gevolg dat in het genoemde besluit, dat in totaal 104 artikelen telt, er overlapping in de nummering van artikelen zou zijn, wat niet toelaatbaar is.

Diverse oplossingen zijn mogelijk.

Ofwel wordt de indeling in artikelen herschikt derwijze dat de nieuwe bepalingen, zoals de bestaande, over 32 artikelen worden gespreid.

Ofwel wordt het ontwerp van een wijzigende tekst omgevormd tot een autonome tekst, derwijze dat de erin vervatte bepalingen een afzonderlijke wet zouden vormen, los van de andere bepalingen vervat in de titels II en III van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936. Uit de beschouwingen die hierna volgen, mag blijken dat die tweede oplossing best doenbaar en zelfs verkieslijk is.

De bepalingen van titel I van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 vormen, samen met die van inzonderheid de artikelen 1907 en 1907bis van het Burgerlijk Wetboek, het civielrechtelijk statuut van de hypothecaire lening en de hypothecaire kredietopening en richten zich tot eenieder die er al dan niet beroepsmatig bij betrokken is. Inhoudelijk is er geen bezwaar om die bepalingen los te maken van de bepalingen van de titels II en III van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 die de beroepsmatige uitoefening van met hypotheekvestiging gepaard gaande leen- of kredietactiviteiten betreffen en de controle regelen op de ondernemingen die, met of zonder tussenkomst, aan hypothecaire leningen en kredietopeningen doen.

Van titel III sluit enkel de overgangsbepaling van artikel 102 aan bij de bepalingen van titel I.

Wanneer dit ontwerp tot een autonoom wetsontwerp zou worden omgewerkt, zullen de teksten dienovereenkomstig moeten worden aangepast en zal de overgangsbepaling van genoemd artikel 102 moeten worden opgenomen in de overgangsbepaling vervat in artikel 2 van het thans voorliggend ontwerp. Voorts zal in de opheffing moeten worden voorzien van de artikelen 1 tot 32 en 102 van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936.

Het bedoelde, omgevormde ontwerp zou als opschrift kunnen hebben : "Ontwerp van wet op de hypothecaire leningen en hypothecaire kredietopeningen".

In ieder geval kan de machtiging tot coördinatie, opgenomen in artikel 3 van dit ontwerp, geen sluitende oplossing bieden voor de aangeklaagde overlapping van artikelen, omdat een tijd zal verlopen tussen de totstandkoming van de wet en de vaststelling van de coördinatie. Tenzij de herziening van titel I van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 niet van die dringende aard is dat met de inwerkingstelling ervan kan worden gewacht, wat dan wel in strijd zou zijn met het spoedadvies dat aan de Raad van State thans is gevraagd.

Met de beoogde coördinatie kan alsnog een ander bezwaar gemoeid zijn. De bepalingen van de meergenoemde titels II en III van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 zijn vervangen door het koninklijk besluit van 26 oktober 1984 dat is vastgesteld, in uitvoering van artikel 67 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, om de regelen betreffende de controle op de ondernemingen van hypothecaire leningen in overeenstemming te brengen met die welke de controle op de verzekeringsondernemingen betreffen.

Het koninklijk besluit van 26 oktober 1984 is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 23 november 1984; het is alsnog niet in werking getreden. Wel is op 7 januari 1985 bij de Senaat een ontwerp van wet ingediend tot bekrachtiging van onder meer het bedoelde koninklijk besluit van 26 oktober 1984 (Gedr. St., Senaat, 1984-1985, nr 800/1), om aldus

aan de bepalingen van de titels II en III van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 onder meer dezelfde rechtskracht te laten als die van titel I van dat besluit. Zo lang die bekrachtiging geen wet is geworden, zou de in dit ontwerp aangekondigde coördinatie teksten bevatten met een onderling gans verschillende rechtskracht : die van titel I zouden kracht van wet hebben, die van titels II en III kracht van reglement. Het hoeft geen betoog dat een samenbrengen in een zelfde tekst van bepalingen met een verschillende rechtskracht af te keuren is.

Er zijn dan ook redenen, vooral als het ontwerp van dringende aard is, zoals de Regering aan de Raad van State heeft laten weten, om het ontwerp tot een autonoom ontwerp om te vormen.

II. ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. In de memorie van toelichting is in de commentaar bij de artikelen kennelijk een bijzondere inspanning gedaan om de bepalingen van het ontwerp te verduidelijken.

Erop gelet dat de Regering, terecht, de voorkeur eraan gegeven heeft de bepalingen van meergenoemde titel I in hun geheel te herschrijven, zou het nochtans geraten zijn in het algemeen deel van de memorie van toelichting een bondige opsomming te geven van de voornaamste wijzigingen welke met dit ontwerp aan de vigerende wetgeving worden aangebracht.

2. De bepalingen van titel I van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 zijn stijlloos

en in een zeer gesloten taal gesteld. De commentatoren op die wetgeving hebben daar bij herhaling op gewezen (A.E. Van Hoestenbergh, *Considérations sur le prêt hypothécaire*, in *Revue pratique du notariat belge*, nr 2518 van april 1966, blz. 99; L. Maingie en R. Feyaerts, *Commentaire de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires*, Brussel, z.d.). Desalniettemin zijn de stijl en de taal van dit ontwerp niet beter. Bovendien is het Nederlands bijzonder onvoldoende.

Het is zeer de vraag in hoeverre teksten van die kwaliteit voor de rechtzoekenden toegankelijk zijn. Die vaststelling klemmt des te meer daar de bepalingen mede of vooral bedoeld zijn om de leners te beschermen in hun relatie met de ondernemingen die aan hypotheccaire leningen doen. Het ligt voor de hand dat het bedoelde beschermingseffect in een ruime mate bepaald wordt door de graad van leesbaarheid van de teksten waarover thans om advies is gevraagd.

Verder in dit advies worden enkele tekstverbeteringen in overweging gegeven. Daaruit mag niet worden geconcludeerd dat de andere teksten voldoen. Vooral de Nederlandse tekst is aan een zeer grondige herziening toe. Het is niet aan de Raad van State om alle teksten te herschrijven.

3. Meer artikelen van de nieuwe titel I zijn gebrekkig gestructureerd. Bij wijze van voorbeeld kan worden vermeld :

a. de artikelen 1 tot 3 bevatten definities die best in een inleidend hoofdstuk samengebracht zouden worden met de definities en de begripsbepalingen die schuilgaan in andere artikelen en in de memorie van toelichting; deze laatste heeft inderdaad geen normatieve draagwijdte;

b. artikel 4 betreft de vervroegde opeisbaarheid (§ 1) en de handhaving van verzekeringscontracten (§ 2); die bepalingen horen bij hoofdstuk III (Diverse bepalingen);

c. artikel 40 bevat een aantal burgerrechtelijke sancties gesteld op de niet-naleving van uiteenlopende bepalingen van het voorontwerp. Naast deze verzameling van sancties in artikel 40 bestaan nog andere artikelen waarin sancties zijn opgenomen (bijvoorbeeld de artikelen 12 en 33). Ofwel groepeert men de sancties in één hoofdstuk ofwel worden ze in de verschillende artikelen vermeld na de bepalingen waarop ze betrekking hebben. Het lijkt voor de duidelijkheid wenselijk in de artikelen zelf de bijzondere sancties te vermelden bij de verschillende voorschriften. De algemene sanctie van artikel 42 kan in hoofdstuk III behouden worden;

d. verschillende artikelen zijn onoverzichtelijk (de artikelen 33 en 40 bijvoorbeeld beslaan verschillende pagina's) en zijn op een ongebruikelijke manier ingedeeld (cf. artikel 33 waarvan § 1 onderverdeeld is met Romeinse cijfers). In vele artikelen worden uiteenlopende bepalingen opgenomen die zonder problemen beter in afzonderlijke artikelen zouden ondergebracht worden, hetgeen de leesbaarheid en de begrijpelijkheid ten goede zou komen.

.../...

III. BIJZONDERE OPMERKINGEN.Artikel 1 van het ontwerp.Artikel 1.

De artikelen van de nieuwe Titel I zijn in hoofdstukken ingedeeld. Wanneer men een tekst in hoofdstukken indeelt, dienen alle artikelen in een hoofdstuk hun plaats te vinden. Bijgevolg dienen de artikelen 1 tot 4 in een hoofdstuk I.- Algemene bepalingen, te worden gegroepeerd en dienen de andere hoofdstukken te worden vernummerd.

In het ontwerp is geregeld sprake "van dit besluit". Zoals het ontwerp is gesteld, zijn de teksten weliswaar bedoeld om in het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 te worden opgenomen, doch zulks neemt niet weg dat het gaat om teksten die door de wetgever zullen worden vastgesteld en dan ook "een wet" zullen zijn. Men schrijve dan ook telkens "van deze wet".

De bepalingen van het ontwerp zijn van toepassing op de leningen tegen interesten en de kredietopeningen tegen interesten, niet op de kredietopeningen die interestloos zullen worden toegestaan. Bijgevolg schrijve men in het eerste lid : "... de lening tegen interest en de kredietopening tegen interest gewaarborgd ...".

In het tweede lid, 2°, is gesteld dat met de hypothecaire lening of de hypothecaire kredietopening zijn gelijkgesteld, de lening tegen interest en de kredietopening tegen interest wanneer de uitlener recht heeft "deze zelfde waarborgen" te eisen op grond van contractuele bepalingen. Met de woorden "deze zelfde waarborgen" zijn be-

doeld de waarborgen vermeld in het eerste lid, zijnde een hypotheek of een inpandgeving. Volgens de gemachtigde ambtenaar zijn niet bedoeld de leningen of kredietopeningen gewaarborgd door een voorrecht op een onroerend goed. Om verwarring te vermijden ware het dan ook geraden de bepalingen van 1° en 2° onderling van plaats te doen wisselen.

Volgens het derde lid worden niet als hypothecair beschouwd, onder meer de lening en de kredietopening bedoeld in de vorige leden die hoofdzakelijk toegestaan zijn met beroeps- of handelsdoeleinden. Deze laatste doeleinden moeten gezien worden in hoofde van de lener of van de kredietnemer. De tekst ware best in die zin aangevuld.

Artikelen 2 en 3.

In de artikelen 2 en 3 worden een aantal definities gegeven die onmisbaar zijn voor een verdere lezing van het ontwerp. Aldus worden gedefinieerd, aflossing van het geleende kapitaal, reconstitutie van het geleende kapitaal, tussenkomende partij, reconstituerende derde, gereconstitueerd kapitaal, toegevoegd contract en aangehecht contract. Terugbetaling van kapitaal wordt gedefinieerd in de memorie van toelichting doch niet in het ontwerp zelf. Vermits de memorie van toelichting zonder normatieve draagwijdte is, dient ook terugbetaling van kapitaal in het ontwerp te worden gedefinieerd.

Juridisch is er een fundamenteel verschil tussen een lening en een kredietopening. In het ontwerp is er geregeld sprake van "lener" en "geleend kapitaal", waar duidelijk zowel de lener als de kredietnemer, respec-

tievelijk geleend kapitaal en het ten gevolge van een kredietopening ter beschikking gesteld kapitaal zijn bedoeld. Om misvatting te voorkomen is het dan ook geraden in artikel 2 of in artikel 3 een definitie op te nemen van de termen lener en geleend kapitaal, in de zin als zoëven uiteengezet.

+

In artikel 2, § 2, worden de begrippen "tussenkommende partij" en "reconstituerende derde" gedefinieerd. De beide definities lijken mekaar te overlappen in het geval dat de reconstitutieve stortingen worden gedaan aan de persoon die door de derde (tussenkommende partij) is aangewezen of aangenomen.

+

In artikel 2, § 3, is er in het eerste lid sprake van "reconstitutievoet". Het lijkt meer aangewezen te schrijven "restitutierentevoet". Terloops mag worden opgemerkt dat ook dit begrip zonder definitie is.

+

In artikel 3, eerste lid, vervange men na het eerste streepje de woorden "een verzekeringscontract van het verschuldigd blijvend saldo" door "een contract van schuldsaldoverzekering".

In fine van artikel 3 is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst : "een

.../...

andere uitkering" staat tegenover "toute autre prestation" en "de verzekerde" tegenover "l'emprunteur". De teksten zullen onderling dienen in overeenstemming te worden gebracht.

Artikel 5.

Het opschrift van hoofdstuk I, dat zoals boven is opgemerkt hoofdstuk II dient te worden, stelle men als volgt : "Vermeldingen die in de akte van lening of van kredietopening moeten worden opgenomen".

+

In artikel 5 en elders in het ontwerp is geregeld sprake van "bij onderscheiden clausules". Naar het voorbeeld van het bepaalde in artikel 1907 van het Burgerlijk Wetboek schrijve men telkens "in afzonderlijke bepalingen".

+

Volgens het bepaalde in het tweede lid, 4°, dient, "bij veranderlijkheid van de rentevoet", in de akte van lening of van kredietopening melding te worden gemaakt onder meer van het ogenblik waarop de rentevoet kan worden aangepast.

Uit die tekst moet blijken dat voortaan de rentevoet kan schommelen. Op die wijze wordt een einde gemaakt aan de controverse of de overeengekomen rentevoet in de loop van de lening kan worden aangepast. Volgens arti-

.../...

kel 2 van het ontwerp zal die bepaling evenwel niet van toepassing zijn op de hypothecaire leningen en kredietopeningen gesloten vóór de dag waarop de nieuwe bepalingen van titel I, vervat in dit ontwerp, in werking zullen treden. Daaruit moet volgen dat de lopende controverse omtrent de mogelijkheid van aanpassing van de rentevoet volledig blijft bestaan wat betreft de leningen en kredietopeningen die thans lopen.

+

De woorden "perioderentevoet" en "periodevoet" worden, ofschoon geen van die begrippen gangbaar is in het Nederlands, in het ontwerp niet omschreven. Met betrekking tot de rente is evenmin gesteld of in de akte van lening of van kredietopening ervan melding moet worden gemaakt of de interesten vóór of na termijn te betalen zijn.

+

Om enig parallellisme te hebben tussen het bepaalde in 3° en 5° van het tweede lid, schrijve men in 3° : "de perioderentevoet van het kapitaal, uitgedrukt in een percent van het geleende kapitaal;".

Artikel 6.

Artikel 6, § 2, tweede lid, bepaalt wat volgt :

"Indien de grosse aan order of aan toonder uitgegeven is door een handelsvennootschap die onderworpen is aan de controle opgericht door een openbare in-

.../...

stelling op dewelke titel II niet toepasselijk is krachtens artikel 65, is deze vennootschap of openbare instelling bij ontstentenis van aanduiding van een lasthebber bij authentieke akte, van rechtswege lasthebber".

Deze tekst staat model voor de weinige zorg die aan de redactie van het ontwerp is besteed. Niet alleen is een deel van de tekst weggevallen wat deze onleesbaar maakt, bovendien wordt verwezen naar een artikel 65 zoals dat bestond voordat het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 door het koninklijk besluit van 26 oktober 1984 werd gewijzigd. De bepaling welke destijds in het bedoeld artikel 65 was opgenomen, stelde een aantal openbare instellingen buiten de controle op de ondernemingen van hypothecaire leningen. Met het koninklijk besluit van 26 oktober 1984 werd die regel inhoudelijk sterk gewijzigd. Het is niet de zaak van de Raad van State na te gaan in welke mate de bepaling, vervat in artikel 6, § 2, tweede lid, dient te worden herschreven om hem met de nieuwe reglementering in overeenstemming te brengen.

Volledigheidshalve mag wel worden opgemerkt dat het koninklijk besluit van 26 oktober 1984 alsnog niet in werking is getreden, maar men mag aannemen dat dit ontwerp niet vroeger dan dat besluit in werking zal treden.

+

In artikel 6 en elders in het ontwerp is er geregeld sprake van "vrijmakend". Men schrijve telkens "bevrijdend".

.../...

Artikel 7.

De structuur van de bepalingen van artikel 7 dient te worden herzien. Het zou aanbeveling verdienen dat artikel in twee paragrafen in te delen waarvan de ene betrekking heeft op de bepalingen die in de akte moeten voorkomen in geval van aflossing van het kapitaal, en de andere op de bepalingen die in de akte moeten voorkomen wanneer er een aangehecht contract is.

Artikel 10.

Artikel 10 regelt twee aangelegenheden die van een gans verschillende aard zijn, met name het loon voor negotiëring en de vergoeding voor wederbelegging. Het verdient aanbeveling het ene van het andere te scheiden, best in aparte artikelen.

+

Het derde lid van artikel 10 bepaalt sommige vermeldingen die in de akte van lening of van kredietopening verplicht dienen te worden opgenomen. Een spreiding van dergelijke verplichte vermeldingen over diverse artikelen van het ontwerp bevordert stellig niet de leesbaarheid van de tekst. Het ware geraden alle vermeldingen die verplicht in de akte moeten opgenomen worden, te groeperen.

.../...

Artikel 12.

Het eerste lid stelle men als volgt :

"De tekst van artikel 31 moet in de vestigingsakte in een afzonderlijke bepaling worden opgenomen, met een verwijzing naar deze (wet)".

Artikel 13.

Men vervange de woorden "indien het een bedrijf betreft dat" door "indien het een onderneming betreft die".

Artikel 15.

In dit artikel is gesteld dat de lasten bepaald in een toegevoegd of een aangehecht contract niet verhoogd mogen worden. Die regel onderstelt dat de lasten op een vast bedrag worden berekend.

Artikel 17.

In het eerste lid is er sprake van geleend kapitaal. Wanneer het om een kredietopening gaat, is hiermee uiteraard bedoeld het kapitaal dat ter beschikking is gesteld.

In het tweede lid leze men :

"Het geleend kapitaal mag aan geen index gekoppeld worden".

In artikel 17 en elders is er regelmatig sprake van betaling "in specie". Men schrijve telkens "in gereed geld".

Artikel 18.

De opsomming onder 1° is mogelijk te beperkend omdat ook andere roerende waarden zoals deelbewijzen, kasbons, vastgoedcertificaten enz. bedoeld zijn.

Voor deze bepaling wordt de volgende tekst in overweging gegeven : "roerende waarden zoals obligaties, aandelen, deelbewijzen en participaties, in welke vorm ook, te kopen, te ruilen of erop in te schrijven".

In het tweede lid schrijve men "coöperatieve vennootschap" in plaats van "samenwerkende vennootschap".

Artikel 19.

De bepaling van artikel 19 is onleesbaar. Zonder de lectuur van de memorie van toelichting is het zelfs niet mogelijk de verrichtingen te onderkennen waaromtrent verbodsbepalingen worden vastgesteld.

Een wetsbepaling en vooral een verbodsbepaling horen volledig te zijn op zichzelf. In artikel 19 moet derhalve een omschrijving worden opgenomen van de verrichtingen waarvan verboden is ze aan te kondigen of op te leggen of aan werving te doen.

Volgens de memorie van toelichting gaat het om "drieledige verrichtingen", ook nog kruisverrichtingen genoemd. Het is belangrijk te onderstrepen dat die verrichtingen als dusdanig niet worden verboden, doch wel bepaalde activiteiten die op zodanige verrichtingen betrekking hebben.

Artikel 21.

In § 1 schrijve men : "Bij een kredietopening kan de terbeschikkingstelling van het kapitaal gespreid worden ...".

In § 2 schrijve men : "Wanneer de lener het geleend kapitaal geheel of gedeeltelijk terugstort aan de uitlener ...".

In § 4 zijn de woorden "tot het passend bedrag" overbodig. In fine van die paragraaf vervange men "bijhorige kosten" door "bijkomende kosten".

Artikel 22.

In § 1 vervange men "het vervallen van de lening" door "het op vervaldag komen van de lening".

Volgens de bepaling van § 2, eerste lid, is de lener er niet toe verplicht op het tijdstip dat, om welke reden ook, het kapitaal opeisbaar of geheel of voor een deel terugbetaalbaar is, een in hoofdsom groter bedrag te storten dan dit berekend zoals aangeduid in de artikelen 23 en 24 van het ontwerp.

Aan de Raad van State is medegedeeld dat die bepaling de lener moet beschermen derwijze dat, bijvoorbeeld in geval van reconstitutie, de uitlener de lener in ieder geval slechts kan aanspreken voor het bedrag dat nog niet is gereconstitueerd. Het kan aanbeveling verdienen zulks meer uitdrukkelijk in de tekst te verwoorden.

Artikel 26.

Dit artikel neemt met een lichte vormwijziging de bepaling over van artikel 19 van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936.

Duidelijkheidshalve lijkt te moeten worden gelezen :
"... blijven de rechten van de partijen onveranderd wat het gedeelte van het gereconstitueerd kapitaal betreft dat niet voor terugbetaling is aangewend".

Artikel 27.

In de inleidende zin leze men "heeft de lener de keuze : ...".

Artikel 29.

Onder 1° wordt een definitie gegeven van sociale leningen. In de desbetreffende bepaling leze men : "Sociale leningen in de zin van (deze wet) zijn de leningen toegestaan door ...".

In diezelfde bepaling wordt verwezen naar artikel 46 en volgende van de Huisvestingscode. Vermits de materie van de huisvesting een krachtens artikel 107quater van de Grondwet geregionaliseerde materie is, waarvoor onder meer door het Vlaamse Gewest al een eigen regeling is uitgewerkt, schrijve men in fine van het derde gedeelte van 1° : "... die daarmee gelijkgesteld zijn overeenkomstig de wetten of decreten op de sociale huisvesting". In dezelfde bepaling vervange men het woord "aangenomen" telkens door "erkend".

Artikel 30.

In § 1 schrijve men :

- in de inleidende zin van het eerste lid : "er niet mee instemt deze te verlengen, heeft de lener ...";
- in het tweede lid : "de bedongen rentevoet mag niet hoger zijn dan die welke ten tijde van de terugbetaling al naar het geval door de uitlener of door de tussenkomende partij gewoonlijk toegepast wordt; daarenboven ...".

De bepaling van § 2 staat toe dat nog gedurende een tijd de uitlener zich in de vestigingsakte het recht kan voorbehouden de terugbetaling van zijn schuldvordering te eisen bij het verstrijken van het vijfde jaar of, na het vijfde jaar, op een verjaardatum van de lening. Pas wanneer het in artikel 38 van dit ontwerp aangekondigde koninklijk besluit in werking zal zijn getreden, zal aan die mogelijkheid een einde worden gemaakt. Uit de tekst van

.../...

artikel 30 en van artikel 38 volgt dat de bedingen van vijfjaarlijkse opzegging welke vóór de datum van die inwerkingtreding in de vestigingsakte zijn vermeld, hun volle uitwerking zullen behouden. De rechtspraak heeft zodanige bedingen al nietig verklaard (Hoei, rechtb. v. eerste aanleg, 28 nov. 1983, Tijdschrift voor Belgisch handelsrecht, 1984, blz. 704). Dit ontwerp kan de gelegenheid zijn om klaarheid te scheppen.

Artikel 31.

Volgens de memorie van toelichting is geen toeslag, loon of vergoeding verschuldigd tenzij aan een dubbele voorwaarde voldaan is. Men kan die bedoeling duidelijker verwoorden door het eerste lid te stellen als volgt :

"Geen toeslag, loon of vergoeding, onder welke benaming en voor wie ook bestemd, is verschuldigd, tenzij die in de vestigingsakte vermeld is en bedoeld is in de artikelen 5, tweede lid, 5°, 10, 11 en 21".

Artikel 32.

Volgens het bepaalde in § 1 dient onder meer de reële jaarrentevoet vermeld te worden in het bedoelde aanvraagformulier. Uit het bepaalde in § 2 mag blijken dat die vermelding tevens dient voor te komen in het aanbod dat door de uitlener aan de kandidaat-lener wordt gedaan. Het ontwerp lijkt evenwel geen bepaling te bevatten waaruit blijkt dat de reële jaarrentevoet tevens in de akte van hypothecaire lening of van kredietopening dient te worden opgenomen.

In § 2 is bepaald dat de aanvrager een kopie van het aanbod kan bezorgen aan de instrumenterende notaris die het zal vergelijken met de ontwerp-akte. Het ontwerp laat in het ongewisse wat de verantwoordelijkheid van de notaris is wat die vergelijking betreft.

Artikel 33.

Paragraaf 1 van dit artikel regelt de overdracht van het loon of van andere schuldvorderingen die de lener, bij wijze van bijkomende zekerheid voor het naleven van zijn verbintenissen, aangaat.

Onverminderd de slotopmerking bij deze paragraaf, gebruike men de terminologie van artikel 1689 en volgende van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 27 en volgende van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, en vervange men derhalve "afstand" door "overdracht" en "bezoldigingen" door "loon".

Paragraaf 1, I, bevat onder meer een regeling van de loonsoverdracht vastgesteld in een authentieke akte.

Krachtens artikel 34 van de voormelde wet van 12 april 1965 is deze niet van toepassing op een dergelijke overdracht.

Het is dan ook ten onrechte dat in § 1, I, 2°, wordt bepaald dat die regeling wordt getroffen "in afwijking van artikel 34 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers".

Deze vermelding moet dus worden geschrapt.

.../...

Paragraaf 1, I, 3°, bepaalt onder meer dat de gecedeerde schuldenaar (dit wil zeggen de werkgever) zich van bij de ontvangst van het afschrift bedoeld in artikel 28, 2°, van de wet van 12 april 1965, te weten het afschrift van de brief die de uitlener aan de lener stuurt en waarbij hij deze laatste zijn voornemen mededeelt de overdracht uit te voeren, niet meer mag ontdoen van de bedragen die het voorwerp uitmaken van de overdracht (dit wil zeggen het overdraagbaar gedeelte van het loon).

Deze bepaling wijkt af van de regeling vervat in de wet van 12 april 1965 waarbij de werkgever de overdracht ten vroegste mag uitvoeren na ontvangst van het afschrift van de akte van overdracht bedoeld in artikel 28, 3°, van de wet, dit wil zeggen na het verstrijken van de termijn van tien dagen volgende op de mededeling bedoeld in artikel 28, 2°, van voormelde wet, tijdens welke termijn verzet tegen de overdracht kan worden gedaan.

In de memorie van toelichting (blz. 68, onderaan), wordt aangestipt dat deze afwijking wordt ingevoegd "om te vermijden dat het toestaan van een termijn een ongunstige weerslag zou hebben op de voorrang van de vordering van de uitlener tegenover die van eventuele andere schuldeisers".

De vraag rijst of er een voldoende reden is om voor de bij dit ontwerp beoogde hypothecaire leningen op dit stuk een gunstiger regeling in te stellen dan voor de andere schulden.

.../...

Dezelfde vraag rijst met betrekking tot de andere bepaling van 3°, die de bij authentieke akte vastgestelde loonsoverdracht betreft en een afwijking van het gemeen recht uitmaakt.

Paragraaf 1, I, 4°, bepaalt dat, wanneer de overdracht bij onderhandse akte wordt vastgesteld, de artikelen 28 tot 32 van de wet van 12 april 1965 er moeten in opgenomen worden.

Deze bepaling is blijkbaar overbodig omdat dit voorschrift reeds vervat is in artikel 27 van voormelde wet.

Maar indien, in weerwil van de hierboven geuite kritiek, § 1, I, 3°, wordt behouden, dient wel te worden bepaald dat ook de tekst van 3° zowel in de onderhandse als in de authentieke akte moet worden opgenomen.

+

De Nederlandse tekst van de inleidende zin van § 1, II, moet worden aangevuld als volgt :

"Wanneer de lener, als bijkomende waarborg, zijn huidige ...".

Voor het overige gelden met betrekking tot 8° en 9° de opmerkingen die hierboven bij § 1, I, 3° en 4°, werden gemaakt.

.../...

Ten slotte wordt aangeraden voor het herwerken van de Nederlandse tekst van deze paragraaf, gebruik te maken van de wet van 12 april 1965, zoals dit blijkbaar is gedaan voor de Franse versie.

+

Paragraaf 2 hoort in dit artikel niet thuis en moet in een afzonderlijk artikel worden opgenomen.

Artikel 34.

Volgens § 1 heeft de lener het recht om op elk ogenblik het geleend kapitaal geheel vervroegd terug te betalen. Volgens § 2 heeft de lener het recht op elk ogenblik het geleend kapitaal gedeeltelijk vervroegd terug te betalen, tenzij in de akte anders bepaald is. Duidelijkheidshalve stelle men § 2 als volgt :

"§ 2. De lener heeft het recht op elk ogenblik het geleende kapitaal gedeeltelijk vervroegd terug te betalen, tenzij in de vestigingsakte anders is bedongen.

Niettegenstaande elk beding, behoudt de lener het recht om per jaar minstens één gedeeltelijke vervroegde terugbetaling te doen.

Er mag niet bedongen worden dat tussen twee opeenvolgende gedeeltelijke vervroegde terugbetalingen meer dan een jaar moet verlopen, noch dat een gedeeltelijke vervroegde terugbetaling van een bedrag dat 10 pct. of meer van het geleend kapitaal vertegenwoordigt, uitgesloten is".

.../...

Artikel 38.

In artikel 38 wordt aan de Koning de opdracht gegeven het tijdstip, de voorwaarden en de modaliteiten van de in de vestigingsakte bedongen verandering van de rentevoet nader te regelen.

Boven is al opgemerkt dat van de inwerkingtreding van dat koninklijk besluit afhangt tot hoelang de betwiste mogelijkheid blijft bestaan om in de vestigingsakte de vijfjaarlijkse terugbetaling van de schuldvordering te bedingen. De wetgever zal moeten oordelen of het niet wenselijk is te voorzien in een datum vóór dewelke het beoelde koninklijk besluit dient te worden vastgesteld en in werking te treden.

Er is geen noodzaak om in artikel 38 uitdrukkelijk te bepalen dat het desbetreffende koninklijk besluit op de voordracht van de Minister van Economische Zaken zal worden vastgesteld.

Het ontwerp bepaalt niet wat de sanctie zal zijn op het niet-naleven van het aangekondigde koninklijk besluit. Het ligt voor de hand dat, zonder uitdrukkelijke machtiging vanwege de wetgever, de Koning geen straffen zal kunnen stellen op de niet-naleving van de bepalingen die Hij zal nemen.

Artikel 40.

Volgens het bepaalde in artikel 6, § 1, zijn de uitgifte van wissels en de ondertekening van orderbriefjes ter vertegenwoordiging van een hypothecaire lening of kredietopening verboden.

Artikel 40 bepaalt dan in zijn § 3 het hierna-volgende :

"§ 3. Wanneer, wegens het niet-naleven van artikel 6, § 1, wissels uitgegeven zijn of order-briefjes ondertekend, moet de lener deze waarden niet betalen, zelfs na de acceptatie wanneer het om een wissel gaat, en de bepalingen van hoofdstuk VII met als titel "Recht van regres in geval van niet-acceptatie of niet-betaling" en van hoofdstuk VIII met als titel "Tussenkoms", van titel VIII van het Wetboek van Koophandel zijn niet op hem toepasselijk".

De bepaling van de aangehaalde § 3 is kennelijk gewild als een burgerrechtelijke sanctie op het niet-naleven van het bepaalde in artikel 6, § 1. Zij is zo algemeen gesteld dat de lener-betrokkene, die in strijd met de wet een wissel of een orderbriefje heeft ondertekend, in ieder geval bevrijd wordt van de verplichting die te betalen, ook ten aanzien van de derde die door endossement te goeder trouw houder van de wissel is geworden.

Zo gelezen wijkt de bepaling van artikel 40, § 3, af van de wisselwet van 10 augustus 1953 (gecoördineerd bij de wet van 31 december 1955 en Nederlandse tekst vastgesteld bij de wet van 10 juli 1964) en komt zij in botsing met de verdragen betreffende een eenvormige wet op de wisselbrieven en het orderbriefje, ondertekend te Genève op 7 juni 1930 en goedgekeurd bij de wet van 16 augustus 1932.

In de regel heeft de wisselverbintenis van de betrokkene, in dit geval de lener, een abstract karakter en vormt de wisselbrief een zelfstandige titel van schuld-vordering. Alleen tussen de onmiddellijk verbonden wissel-

partijen, zoals de betrokkene en de trekker, blijven de uit hun onderlinge verhoudingen voortspuitende verweermiddelen, tegenstelbaar (zie Cass. 12 november 1976, Rechtsk. Weekbl., 1976-1977, Kol. 1641 en Cass. 30 september 1977, Rechtsk. Weekbl., 1977-1978, Kol. 832, telkens met noot J. Ronse). Het abstract karakter van de wisselverbintenis houdt in dat de derde die door endossement te goeder trouw houder is geworden van de wisselbrief, tegenover de betrokkene een eigen vorderingsrecht heeft dat vreemd is aan de onderliggende verbintenis van de betrokkene tegenover de trekker.

Dat abstract karakter behoort tot de essentie van de regels vastgelegd in de verdragen van Genève. Een bepaling als die van artikel 40, § 3, van het ontwerp - welke, zoals al opgemerkt is, inhoudt dat ook de derde, die door endossement te goeder trouw houder is geworden van de wisselbrief, zijn vorderingsrecht verliest - is, in zover zij raakt aan het vorderingsrecht van wie geen onmiddellijk verbonden wisselpartij is, duidelijk in strijd met de onvoorwaardelijkheid van de wisselverbintenissen, de zelfstandigheid of onderlinge onafhankelijkheid van die verbintenissen en de beperktheid van de verweermiddelen (zie onder meer de artikelen 1, 9, 10, 15 en 17 van het verdrag). Van die bepalingen kan België niet afwijken.

Ook door het niet-toepasselijk verklaren van hoofdstuk VII (recht van regres in geval van niet-acceptatie of niet-betaling) en van hoofdstuk VIII (tussenkoms) van titel VIII van het Wetboek van Koophandel, wordt op de invoering van de overeenstemmende bepalingen van de hoofdstukken VII en VIII van het verdrag een uitzondering gemaakt voor wissels en orderbriefjes die tot stand komen ter gelegenheid van hypothecaire leningen en kredietopeningen.

.../...

Aangezien in het verdrag houdende de eenvormige wisselwet niet is bepaald dat de verdragsstaten bij de invoering van die wet in hun nationale wetgeving dergelijke afwijkingen en uitzonderingen kunnen invoeren en vermits België niet bij alle betrokken bepalingen van het verdrag voorbehoud gemaakt heeft, zou België tekort komen aan zijn internationale verbintenissen indien de bepalingen van § 3 zonder meer worden aangenomen.

Rekening gehouden met de evolutie in de rechtspraak, mag het zelfs niet uitgesloten worden geacht dat de desbetreffende verdragsbepalingen door de hoven en rechtbanken van directe werking worden verklaard, waardoor zij voorrang zouden verwerven op de nationale wet, met het gevolg dat de bepaling van artikel 40, § 3, van het ontwerp - in de mate als boven aangegeven - buiten toepassing zou kunnen worden verklaard.

Die bepaling dient dan ook grondig te worden herzien.

In dat verband kan gewezen worden op de wet van 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en van zijn financiering die, met betrekking tot de persoonlijke leningen op afbetaling, in haar artikel 19bis, § 2, eveneens de uitgifte van wissels en de ondertekening van orderbriefjes verbiedt, doch, wat de gevolgen van het niet-naleven van het verbod betreft, zich beperkt tot het bestraffen van wie de wissels of de orderbriefjes doet tekenen (artikel 29, 6°). Wel wordt de verplichting opgelegd om het verbod een wissel uit te geven of een orderbriefje te ondertekenen, in het contract op te nemen (artikel 19ter, 9°).

De Regering zal moeten nagaan of een dergelijke oplossing in dit ontwerp kan worden overgenomen.

Artikel 42.

Luidens artikel 42 mogen de partijen niet afwijken van de bepalingen vervat in titel I.

Het ontwerp bepaalt niet welke gevolgen aan de niet-naleving van artikel 42 verbonden zijn.

Artikel 42 van het ontwerp is een herschrijving van het vigerende artikel 32 van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936, dat luidt als volgt :

"Artikel 32. Is van rechtswege nietig elk beding waarbij de partijen van de bepalingen van hoofdstuk II van deze titel afwijken".

Het geïmplementeerde hoofdstuk II regelt de gehele of gedeeltelijke terugbetaling van het geleend kapitaal of van de ingevolge een kredietopening ter beschikking gestelde gelden.

In de commentaar bij artikel 42 vermeldt de memorie van toelichting het volgende :

"Dit artikel komt overeen met het huidige artikel 32, met de volgende wijzigingen :

- Artikel 32 slaat slechts op de bepalingen van hoofdstuk II van titel I, d.w.z. de artikelen 15 tot 23, terwijl het nieuwe artikel 42 titel I in zijn geheel omvat.

- Artikel 32 maakt de bedoelde bepalingen van openbare orde en maakt de bedingen waardoor de partijen er van afwijken volstrekt nietig, terwijl krachtens het nieuw artikel 42 de bepalingen van titel I slechts van dwingend recht zijn en de bedingen waarin afgeweken wordt met betrekkelijke nietigheid geslagen zijn.

Dienaangaande dient aangestipt te worden dat in de huidige tekst van het koninklijk besluit de afwijkingen van een zeker aantal bepalingen artikelsgewijs nietig verklaard zijn door de invoeging, in de tekst, van de woorden "niettegenstaande elke andersluidende overeenkomst"; deze woorden werden uit het ontwerp geschrapt daar al deze bepalingen vervangen zijn door artikel 42".

Uit die toelichting mag blijken dat de bepaling van artikel 42 ertoe strekt op een algemene wijze te stellen dat voortaan alle bepalingen van titel I van dwingend recht zijn, doch niet van openbare orde, wat erop neerkomt dat het niet-naleven ervan tot een betrekkelijke nietigheid leidt. Volgens de regels van het gemeen recht dient elke nietigheid, zowel de absolute als de betrekkelijke, door de rechter te worden vastgesteld, met dien verstande dat in geval van betrekkelijke nietigheid, de nietigheid van het beding - niet van de overeenkomst - alleen kan aangebracht worden door de persoon wiens belang door de niet-nageleefde rechtsregel is beschermd en de rechter een ruim appreciatierecht behoudt.

De Regering zal moeten nagaan of de betrekkelijke nietigheid, zoals in het ontwerp voorgesteld, een voldoende bescherming inhoudt voor de lener.

.../...

Overigens is het ook zo dat in bepaalde artikelen van het ontwerp de gevolgen van het niet-naleven van de rechtsregel al zijn geregeld (zie de artikelen 16 en 17). Waaruit mag blijken dat artikel 42 een meer beperkte draagwijdte heeft dan de memorie van toelichting laat vermoeden.

Artikel 2 van het ontwerp.

In de overgangsbepaling vervat in artikel 2 van het ontwerp wordt verwezen naar artikel 75 van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936. Sinds het wijzigend koninklijk besluit van 26 oktober 1984, dat weliswaar nog niet in werking is getreden, is de bepaling van het vroegere artikel 75 opgenomen in artikel 102.

Indien de Regering ingaat op de aanbeveling om het ontwerp tot een autonoom ontwerp om te vormen, zullen de bepalingen van artikel 2 van het ontwerp en van artikel 102 van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 dienen te worden samengevoegd.

Artikel 3 van het ontwerp.

Volgens dit artikel wordt de Koning ertoe gemachtigd "de ongewijzigde bepalingen van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 (...) in overeenstemming te brengen met de nieuwe bepalingen die er ingevoerd werden door deze wet en met de wijzigingen die ondertussen zouden aangebracht zijn aan de bestaande bepalingen". Verder in het artikel wordt die vast te stellen tekst, als een coördinatie aangemerkt.

Om de titels II en III van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936 naar de vorm in overeenstemming te brengen met de bepalingen van dit ontwerp, is geen speciale machtiging aan de Koning vereist. Die bevoegdheid is al besloten in artikel 67 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen.

Wat de mogelijkheid van een coördinatie betreft, is er maar behoefte en ruimte om in een machtiging tot coördinatie te voorzien, wanneer het wijzigend karakter van het ontwerp zou behouden worden en de nieuwe bepalingen van de titels II en III van het koninklijk besluit nr 225 van 7 januari 1936, zoals die door het koninklijk besluit van 26 oktober 1984 zijn vastgesteld, door een bekrachtiging door de wetgever, kracht van wet zouden verworven hebben. Dienomtrent mag verwezen worden naar de opmerkingen welke vooraf in dit advies zijn gemaakt.

Mocht om de ene of de andere reden, de coördinatie doorgang vinden, dan stelde men het opschrift ervan als volgt : "Wet op de hypothecaire leningen en hypothecaire kredietopeningen".

Artikel 4 van het ontwerp.

Dit artikel laat het aan de Koning over om de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet, vast te stellen.

De wetgever zal moeten oordelen of er in geen datum dient te worden voorzien waarop, in elk geval, de wet in ontwerp in werking zal treden.

Le Gouvernement ayant insisté pour obtenir un avis dans les plus brefs délais, le Conseil d'Etat se borne à faire les observations suivantes.

I. OBSERVATION PREALABLE.

Le projet, qui comporte 4 articles, modifie en son article 1er une série de dispositions du titre Ier de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires, confirmé par la loi du 4 mai 1936. L'exposé des motifs précise que, dans un souci de clarté, l'on a toutefois préféré, réécrire l'ensemble des dispositions du titre Ier.

S'il est indéniable qu'une refonte globale des dispositions du titre Ier profite à la lisibilité du projet, le remaniement proposé ne va cependant pas sans susciter des difficultés.

Dans l'état actuel des choses, le titre Ier de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936, comporte 32 articles. Le nouveau titre Ier, tel qu'il est proposé dans le projet, en comprendrait 42. Il en résulterait que l'arrêté précité, qui compte au total 104 articles, présenterait un certain chevauchement dans la numérotation de ses articles, ce qui est inadmissible.

Diverses solutions s'offrent.

.../...

Première solution : réarranger les articles de telle sorte que les nouvelles dispositions, à l'exemple des anciennes, se trouvent réparties sur 32 articles.

Seconde solution : transformer le projet de texte modificatif en un projet de texte autonome, de telle manière que les dispositions de ce dernier forment une loi distincte, indépendante des autres dispositions portées par les titres II et III de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936. Les considérations qui suivent feront apparaître que cette seconde solution est parfaitement praticable et est même à préférer.

Les dispositions du titre Ier de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 forment, avec les dispositions, notamment, des articles 1907 et 1907bis du Code civil, le statut de droit civil du prêt hypothécaire et de l'ouverture de crédit hypothécaire. Elles s'adressent à quiconque est intéressé par ces opérations, que ce soit ou non à titre professionnel. Du point de vue de leur contenu, rien ne s'oppose à ce que ces dispositions soient dissociées des dispositions des titres II et III de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 qui concernent l'exercice professionnel d'activités de prêt ou de crédit assorties de la constitution d'hypothèques et qui règlent le contrôle des entreprises qui consentent, directement ou par intervention, des prêts ou des ouvertures de crédit hypothécaires.

On observera qu'en ce qui concerne le titre III, seule la disposition transitoire de l'article 102 se rattache aux dispositions du titre Ier.

Si le présent projet est transformé en projet de loi autonome, il y aura lieu d'adapter les textes en conséquence et d'incorporer la disposition transitoire de l'article 102 précité dans la disposition transitoire portée par l'article 2 du présent projet. Il conviendra en outre de prévoir l'abrogation des articles 1er à 32 et de l'article 102 de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936.

Ce projet ainsi remanié pourrait porter l'intitulé suivant : "Projet de loi sur les prêts hypothécaires et les ouvertures de crédit hypothécaires".

De toute manière, l'autorisation de coordination inscrite à l'article 3 du présent projet ne permettra pas d'apporter une solution adéquate au problème du chevauchement d'articles évoqué ci-dessus, étant donné qu'il s'écoulera un certain laps de temps entre la promulgation de la loi et l'établissement de la coordination. A moins que la révision du titre Ier de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 ne présente pas un caractère d'urgence telle que la mise en vigueur ne puisse en être différée, auquel cas on ne s'expliquerait pas l'insistance mise à obtenir d'urgence un avis du Conseil d'Etat.

La coordination envisagée peut encore comporter un autre inconvénient. Les dispositions des titres II et III précités de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 ont été remplacées par l'arrêté royal du 26 octobre 1984 qui a été pris en exécution de l'article 67 de la loi du

9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et qui a mis les règles concernant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires en concordance avec celles qui ont trait au contrôle des entreprises d'assurances.

L'arrêté royal du 26 octobre 1984 a été publié au Moniteur belge du 23 novembre 1984; il n'est pas encore entré en vigueur à ce jour. Un projet de loi visant à confirmer entre autres l'arrêté royal du 26 octobre 1984 a cependant été déposé au Sénat le 7 janvier 1985 (Doc., Sénat, 1984-1985, n° 800/1) dans le but, notamment, d'assurer aux dispositions des titres II et III de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936, la même force juridique qu'à celles du titre Ier de cet arrêté. Tant que ce projet de confirmation n'aura pas été adopté, la coordination annoncée par le présent projet comportera des textes de force juridique très différente : les dispositions du titre Ier auraient force de loi, tandis que les dispositions des titres II et III auraient force de règlement. Il va sans dire que le procédé consistant à regrouper au sein d'un même texte des dispositions de force juridique inégale est à proscrire.

Il y a de bonnes raisons, dès lors, de transformer le présent projet en un projet de loi autonome, surtout s'il revêt le caractère d'urgence dont le Gouvernement fait état.

II. OBSERVATIONS GENERALES.

1. Dans la partie de l'exposé des motifs consacrée au commentaire des articles, les auteurs du projet ont

manifestement fourni un effort particulier pour clarifier les diverses dispositions du projet.

Le Gouvernement ayant préféré, à juste titre, réécrire entièrement les dispositions du titre Ier susvisé, il s'indiquerait toutefois de donner dans la partie générale de l'exposé des motifs une énumération sommaire des principales modifications que le présent projet vise à apporter à la législation en vigueur.

2. Les dispositions du titre Ier de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 manquent d'élégance et sont rédigées dans un langage fort hermétique. Les commentateurs de cette législation l'ont souligné à maintes reprises (A.E. Van Hoestenbergh, Considérations sur le prêt hypothécaire, Revue pratique du notariat belge, n° 2518, avril 1966, p. 99; L. Maingie et R. Feyaerts, Commentaire de l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936 réglementant les prêts hypothécaires et organisant le contrôle des entreprises de prêts hypothécaires, Bruxelles, s.d.). Le style et la langue du présent projet ne sont cependant guère meilleurs. Le texte néerlandais, surtout, laisse beaucoup à désirer.

La question doit être posée en quelle mesure des textes d'une telle qualité sont accessibles aux justiciables. Cette constatation est d'autant plus pertinente que les dispositions dont il s'agit visent notamment - sinon au premier chef - à protéger les emprunteurs dans leur relation avec les entreprises qui consentent des prêts hypothécaires. Il est évident que l'effet de protection recherché est déterminé dans une large mesure par le degré de lisibilité des textes dont le Conseil d'Etat est présentement saisi.

Dans la suite du présent avis, une série d'améliorations de texte seront proposées. Il ne faudrait pas en conclure que les autres textes sont à l'abri de toute critique. La version néerlandaise, surtout, nécessite une sérieuse révision. Il n'incombe pas au Conseil d'Etat de réécrire tous les textes.

3. Plusieurs articles du nouveau titre Ier sont structurés de manière défectueuse. A titre d'exemple, l'on peut relever ce qui suit :

a. les articles 1er à 3 contiennent des définitions qu'il convient de regrouper dans un chapitre préliminaire en y ajoutant les définitions qui sont dissimulées dans d'autres articles et dans l'exposé des motifs; ce dernier n'a, en effet, aucune portée normative;

b. l'article 4 concerne l'exigibilité avant terme (§ 1er) et le maintien en vigueur de contrats d'assurances (§ 2); ces dispositions devraient figurer au chapitre III (Dispositions diverses);

c. l'article 40 assortit de sanctions civiles l'inobservation de diverses dispositions de l'avant-projet. Outre l'article 40, d'autres dispositions du projet (par exemple les articles 12 et 33) renferment de telles sanctions. De deux choses l'une : ou bien l'on regroupe les sanctions dans un seul chapitre, ou bien l'on mentionne les sanctions dans les différents articles à la suite des dispositions auxquelles elles se rapportent. Pour la clarté du texte, il paraît souhaitable de mentionner dans les articles mêmes les sanctions particulières qui frappent l'inobservation de chacune

des prescriptions. La sanction générale de l'article 42 peut être maintenue dans le chapitre III;

d. plusieurs articles sont d'une longueur qui les rend confus (les articles 33 et 40, par exemple, s'étendent sur plusieurs pages) et sont subdivisés de manière inhabituelle (cf. l'article 33, dont le § 1er présente des subdivisions annoncées par des chiffres romains). De nombreux articles contiennent des dispositions fort divergentes qui pourraient, sans inconvénient, faire l'objet d'articles distincts, ce qui améliorerait leur lisibilité et faciliterait leur compréhension.

III. OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Article 1er du projet.

Article 1er.

Les articles du nouveau titre Ier sont groupés en chapitres. Lorsqu'on divise un texte en chapitres, tous les articles de ce texte doivent figurer dans l'un ou l'autre de ces chapitres. Il convient dès lors de grouper les articles 1er à 4 dans un chapitre Ier - Dispositions générales, et de modifier en conséquence la numérotation des autres chapitres.

Dans plusieurs articles du projet, il est question du "présent arrêté". Tel que le projet est rédigé, les textes proposés sont destinés, il est vrai, à être incorporés dans l'arrêté royal, n° 225, du 7 janvier 1936. Il n'empêche qu'il s'agit de textes qui seront établis par le

législateur et qui constitueront donc une "loi". L'on écrira dès lors chaque fois "de la présente loi".

Les dispositions du projet sont applicables aux prêts à intérêt et aux ouvertures de crédit à intérêt, mais elles ne s'appliquent pas aux ouvertures de crédit accordées sans intérêt. Il convient donc d'écrire à l'alinéa 1er :
" .. le prêt à intérêt et l'ouverture de crédit à intérêt garantis ...".

L'alinéa 2, 2°, dispose que sont assimilés au prêt hypothécaire ou à l'ouverture de crédit hypothécaire le prêt à intérêt et l'ouverture de crédit à intérêt lorsque le prêteur a le droit de requérir "ces mêmes garanties" en vertu de dispositions contractuelles. Les mots "ces mêmes garanties" désignent les garanties mentionnées à l'alinéa 1er, c'est-à-dire les hypothèques et les nantissements. Ne sont pas visés, selon le fonctionnaire délégué, les prêts ou les ouvertures de crédit garantis par un privilège sur un immeuble. Pour éviter toute confusion, il se recommanderait dès lors de permuter les dispositions du 1° et du 2°.

L'alinéa 3 prévoit que ne sont pas considérés comme hypothécaires, notamment, le prêt et l'ouverture de crédit visés aux alinéas précédents consentis principalement à des fins professionnelles ou commerciales. Ces fins doivent s'entendre dans le chef de l'emprunteur ou du bénéficiaire du crédit. Il serait préférable de compléter le texte du projet en ce sens.

Articles 2 et 3.

Les articles 2 et 3 énoncent une série de définitions qui sont indispensables à la lecture de la suite du projet. Se trouvent ainsi définies les notions d'amortissement du capital prêté, de reconstitution du capital prêté, de partie intervenante, de tiers reconstituant, de capital reconstitué, de contrat adjoint et de contrat annexé. La notion de remboursement du capital est définie dans l'exposé des motifs, mais pas dans le projet lui-même. L'exposé des motifs n'ayant pas de portée normative, c'est, de même, dans le projet que le remboursement du capital doit être défini.

D'un point de vue juridique, il y a une différence fondamentale entre un prêt et une ouverture de crédit. Le projet utilise à plusieurs reprises les termes "emprunteur" et "capital prêté", pour désigner manifestement, à la fois, l'emprunteur et le bénéficiaire du crédit, d'une part, et le capital prêté et le capital mis à la disposition du bénéficiaire de l'ouverture de crédit, d'autre part. Pour éviter tout malentendu, il se recommande dès lors d'ajouter à l'article 2 ou à l'article 3 une définition des termes emprunteur et capital prêté, dans le sens de ce qui vient d'être exposé.

+

L'article 2, § 2, définit les notions de "partie intervenante" et de "tiers reconstituant". Les deux définitions ~~semblent~~ chevaucher dans le cas où les versements constitutifs

sont effectués à la personne qui a été désignée ou agréée par le tiers (partie intervenante).

+

Dans l'article 2, § 3, il est question, à l'alinéa 1er, d'un "taux d'intérêt de reconstitution" (en néerlandais : "reconstitutievoet"). Il paraît plus indiqué d'utiliser en néerlandais le terme "reconstitutierentevoet". L'on remarquera au passage que cette notion n'est pas non plus définie.

+

Dans le texte néerlandais de l'article 3, alinéa 1er, il convient de remplacer au premier tiret les termes "een verzekeringscontract van het verschuldigd blijvend saldo" par les termes "een contract van schuldsaldoverzekering".

A la fin de l'article 3, il y a discordance entre les texte français et néerlandais : en regard de "een andere uitkering" on lit "toute autre prestation" et en regard de "de verzekerde" on trouve "l'emprunteur". Il conviendra de mettre les deux textes en concordance.

Article 5.

L'intitulé du chapitre Ier, qui, comme il a été observé ci-avant, devrait devenir le chapitre II, sera rédigé comme suit : "Des indications qui doivent figurer dans l'acte de prêt ou d'ouverture de crédit".

+

Dans le texte néerlandais de l'article 5 et de plusieurs autres dispositions du projet, on rencontre la formule "bij onderscheiden clausules". A l'exemple de l'article 1907 du Code civil, il convient d'écrire chaque fois "in afzonderlijke bepalingen".

+

L'alinéa 2, 4°, prévoit qu'"en cas de variabilité du taux de l'intérêt", l'acte de prêt ou d'ouverture de crédit doit mentionner notamment le moment où le taux d'intérêt peut être adapté.

Il résulte de ce texte que dorénavant le taux d'intérêt pourra fluctuer. Il est ainsi mis fin à la controverse sur le point de savoir si le taux d'intérêt convenu peut être adapté au cours de l'emprunt. L'article 2 du projet prévoit toutefois que cette disposition ne sera pas applicable aux prêts et ouvertures de crédit hypothécaires conclus avant la date à laquelle les nouvelles dispositions du titre Ier, contenues dans le projet, entreront en vigueur. Cela implique que

la controverse actuelle relative à la possibilité d'adapter le taux d'intérêt demeurera entière en ce qui concerne les prêts et les ouvertures de crédit actuellement en cours.

+

Le projet ne définit pas les termes "taux d'intérêt par période - perioderentevoet" et "taux par période - periodevoet", alors que ces notions ne sont pas d'un usage courant, du moins en néerlandais. De plus, en ce qui concerne les intérêts, le projet ne précise pas si l'acte de prêt ou d'ouverture de crédit doit mentionner si les intérêts sont payables anticipativement ou à terme échu.

+

Par souci de parallélisme entre les dispositions du 3° et du 5° de l'alinéa 2, il convient d'écrire dans le texte néerlandais du 3° : "de perioderentevoet van het kapitaal, uitgedrukt in een percent van het geleende kapitaal;".

Article 6.

L'article 6, § 2, alinéa 2, dispose :

"Si la grosse à ordre ou au porteur est émise par une société commerciale soumise au contrôle institué par le chapitre Ier du titre II ou par une institution publique à laquelle le titre II n'est pas applicable en vertu de l'article 65, cette société ou cette institution publique est mandataire de plein droit à défaut de désignation d'un mandataire par acte authentique".

Ce texte est un exemple typique du peu de soin avec lequel le projet a été rédigé. Non seulement une partie du texte néerlandais a été omise, ce qui rend celui-ci illisible, mais il est en outre fait référence à l'article 65 de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936 tel qu'il était en vigueur avant que cet arrêté ne fût modifié par l'arrêté royal du 26 octobre 1984. La disposition que l'article 65 contenait à l'époque soustrayait certaines institutions publiques au contrôle des entreprises de prêts hypothécaires. Elle fut profondément modifiée quant au fond par l'arrêté royal du 26 octobre 1984. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'examiner dans quelle mesure il conviendrait de réécrire la disposition de l'article 6, § 2, alinéa 2, en vue de la mettre en concordance avec la nouvelle réglementation.

Pour être complet, il y a lieu d'observer que l'arrêté royal du 26 octobre 1984 n'a pas encore été mis en vigueur. On peut néanmoins admettre que la loi en projet n'entrera pas en vigueur avant cet arrêté.

+

Dans le texte néerlandais de l'article 6 et de plusieurs autres dispositions du projet, il est question de "vrijmakend". On écrira chaque fois "bevrijdend".

Article 7.

Il y a lieu de revoir la structure des dispositions de l'article 7. Il se recommanderait de diviser cet article en deux paragraphes, qui concerneraient respectivement les mentions que l'acte doit contenir s'il y a amortissement du capital et celles qu'il doit contenir s'il y a un contrat annexé.

Article 10.

L'article 10 règle deux matières qui, de par leur nature, sont totalement différentes l'une de l'autre, à savoir la rémunération due pour la négociation et l'indemnité de emploi. Il se recommande de dissocier ces deux matières, de préférence en consacrant un article distinct à chacune d'elles.

+

L'alinéa 3 de l'article 10 désigne certaines indications qui doivent figurer dans l'acte de prêt ou d'ouverture de crédit. En éparpillant dans divers articles du projet les dispositions prévoyant de telles indications obligatoires, on n'améliore certainement pas la lisibilité du texte. Il serait préférable de grouper toutes les dispositions relatives aux indications qui doivent être données dans l'acte.

Article 12.

Il conviendrait de rédiger l'alinéa 1er de cet article comme suit :

"L'acte constitutif doit reproduire, dans une clause distincte, le texte de l'article 31, avec une référence (à la présente loi)".

Article 13.

Dans le texte néerlandais de cet article, on remplacera les mots "indien het een bedrijf betreft dat" par les mots "indien het een onderneming betreft die".

Article 15.

Cet article dispose que les charges stipulées dans un contrat adjoint ou dans un contrat annexé ne peuvent être majorées. Cette règle implique que les charges soient calculées sur une base forfaitaire.

Article 17.

A l'alinéa 1er de cet article, il est question de "capital prêté". Lorsqu'il s'agit d'une ouverture de crédit, il faut évidemment entendre par là "le capital mis à la disposition du bénéficiaire".

On rédigera l'alinéa 2 comme suit :

"Le capital prêté ne peut être lié à un index".

Dans le texte néerlandais de l'article 17 et de plusieurs autres dispositions du projet, il est question de paiement "in specie". On écrira chaque fois "in gereed geld".

Article 18.

L'énumération donnée au 1° est peut-être trop restrictive, dès lors que sont également visées d'autres valeurs mobilières, telles que les parts sociales, les bons de caisse, les certificats fonciers, etc.

Il est proposé de rédiger cette disposition comme suit :
"d'acheter, d'échanger ou de souscrire des valeurs mobilières telles que des obligations, des actions, des parts et des participations, quelle qu'en soit la forme".

Dans le texte néerlandais de l'alinéa 2, on écrira "coöperatieve vennootschap" au lieu de "samenwerkende vennootschap".

Article 19.

La disposition de l'article 19 est illisible. Elle ne permet même pas, sans consulter l'exposé des motifs, de distinguer les opérations à l'égard desquelles le projet prévoit des interdictions.

Une disposition légale, et à plus forte raison une disposition prohibitive, doit être complète en soi. Dès lors, l'article 19 doit définir les opérations qu'il est interdit d'annoncer ou d'imposer ou à l'égard desquelles il est interdit de faire du démarchage.

Selon l'exposé des motifs, il s'agit, en l'occurrence, d'une "triple opération", dénommée aussi opération croisée. Il importe de souligner que la loi en projet n'interdit pas ces opérations en tant que telles, mais bien certaines activités qui s'y rapportent.

Article 21.

Au paragraphe 1er de cet article, on écrira : "En cas d'ouverture de crédit, la mise à disposition du capital peut être échelonnée ...".

Au paragraphe 2, on écrira : "Lorsque l'emprunteur rembourse en tout ou en partie le capital prêté, soit au prêteur, ...".

Au paragraphe 4, les mots "à due concurrence" sont superflus. A la fin du texte néerlandais de ce paragraphe, on remplacera les mots "bijhorige kosten" par "bijkomende kosten".

Article 22.

Au paragraphe 1er de cet article, on remplacera les mots "l'échéance du terme du prêt" par les mots "l'arrivée de l'échéance du terme du prêt".

Le paragraphe 2, alinéa 1er, dispose qu'au moment où le capital prêté devient exigible ou remboursable en tout ou en partie, pour quelque raison que ce soit, l'emprunteur n'est pas tenu de verser une somme supérieure, en principal, à celle calculée comme il est dit aux articles 23 et 24 du projet.

Il a été communiqué au Conseil d'Etat que cette disposition est destinée à protéger l'emprunteur de telle sorte que, en cas de reconstitution par exemple, le prêteur ne puisse en tout cas lui réclamer que le montant qui n'a pas encore été reconstitué. Il se recommande sans doute de le dire plus explicitement dans le texte.

Article 26.

Cet article reprend, moyennant une légère adaptation de forme, la disposition de l'article 19 de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936.

.../...

Par souci de clarté, il conviendrait d'écrire :
"... , les droits des parties demeurent inchangés relativement à la fraction du capital reconstitué non affectée au remboursement".

Article 27.

Dans la phrase introductive de cet article, on écrira : "... , l'emprunteur a le choix : ...".

Article 29.

Le 1° donne une définition des prêts sociaux. Dans le texte néerlandais de la disposition en question, il y a lieu d'écrire : "Sociale leningen in de zin van (deze wet) zijn de leningen toegestaan door ...".

Dans la même disposition, il est fait référence à l'article 46 et suivants du Code du logement. Dès lors que le logement est une matière régionalisée en vertu de l'article 107quater de la Constitution, matière pour laquelle la Région flamande notamment a déjà élaboré une réglementation propre, on écrira à la fin de la troisième partie du 1° : "... assimilées conformément aux lois et aux décrets relatifs au logement social". Dans le texte néerlandais de la même disposition, il convient de remplacer chaque fois le mot "aangenomen" par le mot "erkend".

Article 30.

Dans le texte néerlandais du paragraphe 1er de cet article, on écrira :

- dans la phrase introductive de l'alinéa 1er : "er niet mee instemt deze te verlengen, heeft de lener ...";
- à l'alinéa 2 : "De bedongen rentevoet mag niet hoger zijn dan die welke ten tijde van de terugbetaling al naar het geval door de uitlener of door de tussenkomende partij gewoonlijk toegepast wordt; daarenboven ...".

Le paragraphe 2 prévoit que le prêteur peut encore pendant un certain temps se réserver, dans l'acte constitutif, la faculté d'exiger le remboursement de sa créance à l'expiration de la cinquième année ou, après la cinquième année, à une date anniversaire du prêt. Il ne sera mis fin à cette faculté que lorsque l'arrêté royal annoncé par l'article 38 du projet sera entré en vigueur. Il résulte du texte des articles 30 et 38 que les clauses de résiliation quinquennale inscrites dans l'acte constitutif avant la date de cette entrée en vigueur conserveront leur plein et entier effet. La jurisprudence a déjà déclaré nulles de telles clauses (Tribunal de première instance de Huy, 28 novembre 1983, Revue de droit commercial belge, 1984, p. 704). Le présent projet peut fournir l'occasion de mettre les choses au point.

Article 31.

Selon l'exposé des motifs, il n'est dû aucun chargement, rémunération ou indemnité, à moins qu'il ne soit satisfait à une double condition. On peut formuler cette intention plus clairement en rédigeant l'alinéa 1er comme suit :

.../...

"Aucun chargement, rémunération ou indemnité, quels qu'en soient la dénomination ou le bénéficiaire, n'est dû, à moins qu'il n'ait été stipulé dans l'acte constitutif et qu'il ne s'agisse d'un chargement, d'une rémunération ou d'une indemnité prévus aux articles 5, alinéa 2, 5°, 10, 11 et 21".

Article 32.

Le paragraphe 1er de cet article prévoit que le formulaire de demande visé doit comporter notamment l'indication du taux d'intérêt annuel réel. Il résulte des dispositions du paragraphe 2 que cette indication doit également figurer dans l'offre faite par le prêteur au candidat-emprunteur. Toutefois, aucune disposition du projet ne semble indiquer que le taux d'intérêt annuel réel doive également être mentionné dans l'acte de prêt ou d'ouverture de crédit hypothécaire.

Le paragraphe 2 dispose que le demandeur peut remettre une copie de l'offre au notaire instrumentant qui la comparera avec le projet d'acte. Le projet ne précise pas quelle est la responsabilité du notaire en ce qui concerne cette comparaison.

Article 33.

Le paragraphe 1er de cet article règle la cession de la rémunération ou d'autres créances que l'emprunteur contracte à titre de sûreté supplémentaire pour l'exécution de ses engagements.

Indépendamment de l'observation finale faite à propos de ce paragraphe, il y a lieu d'utiliser la terminologie de l'article 1689 et suivants du Code civil et de l'article 27 et suivants de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, et de remplacer dès lors dans le texte néerlandais le mot "afstand" par "overdracht" et "bezoldigen" par "loon".

Le paragraphe 1er, I, comporte notamment une disposition qui règle la cession de la rémunération constatée par un acte authentique.

En vertu de l'article 34 de la loi précitée du 12 avril 1965, cette loi n'est pas applicable à pareille cession.

C'est donc à tort que le paragraphe 1er, I, 2°, prévoit que ce régime est établi "par dérogation à l'article 34 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs".

Cette mention doit donc être supprimée.

Le paragraphe 1er, I, 3°, dispose notamment que dès la réception de la copie visée à l'article 28, 2°, de la loi du 12 avril 1965, à savoir la copie de la lettre par laquelle le prêteur informe l'emprunteur de son intention d'exécuter la cession, le débiteur cédé (c'est-à-dire l'employeur) ne peut plus se dessaisir des sommes qui font l'objet de la cession (c'est-à-dire la partie cessible de la rémunération).

Cette disposition déroge au régime de la loi du 12 avril 1965 selon lequel l'employeur ne peut exécuter la cession au plus tôt qu'après réception de la copie de l'acte de cession visé à l'article 28, 3°, de la loi, c'est-à-dire après l'expiration du délai

de dix jours suivant la notification visée à l'article 28, 2°, de la loi précitée, délai pendant lequel il peut être fait opposition à la cession.

L'exposé des motifs (p. 68, in fine) souligne que cette dérogation a été prévue "afin d'éviter que l'octroi d'un délai ne puisse avoir des effets défavorables sur l'antériorité de l'action du prêteur par rapport à celle d'autres créanciers éventuels".

La question se pose de savoir si, en ce qui concerne les prêts hypothécaires visés par le projet, il existe un motif suffisant pour établir sur ce point un régime plus favorable que pour les autres créances.

L'autre disposition du 3°, qui a trait à la cession de la rémunération constatée par un acte authentique et qui déroge au droit commun, appelle une question identique.

Le paragraphe 1er, I, 4°, prévoit qu'au cas où la cession est constatée par un acte sous seing privé, celui-ci doit reproduire les articles 28 à 32 de la loi du 12 avril 1985.

Cette disposition est manifestement superflue, ladite obligation étant déjà prévue par l'article 27 de la loi précitée.

Si, en dépit des critiques qui viennent d'être formulées, le paragraphe 1er, I, 3°, est maintenu, il y aura lieu de préciser que le texte du 3° doit lui aussi être reproduit tant dans l'acte sous seing privé que dans l'acte authentique.

Il y a lieu de compléter comme suit le texte néerlandais de la phrase introductive du paragraphe 1er, II, :

"Wanneer de lener, als bijkomende waarborg, zijn huidige ...".

Pour le surplus, les observations qui ont été faites ci-dessus concernant le paragraphe 1er, I, 3° et 4°, s'appliquent également aux 8° et 9°.

Enfin, il est recommandé, pour le remaniement du texte néerlandais de ce paragraphe, de s'inspirer de la loi du 12 avril 1965, comme on l'a fait manifestement pour le texte français.

+

Le paragraphe 2 n'est pas à sa place dans cet article et doit former un article distinct.

Article 34.

Selon le paragraphe 1er, l'emprunteur a le droit d'effectuer à tout moment le remboursement anticipé total du capital prêté. Selon le paragraphe 2, l'emprunteur a le droit d'effectuer à tout moment un remboursement anticipé partiel du capital prêté, sauf disposition contraire de l'acte. Par souci de clarté, il convient de rédiger le paragraphe 2 comme suit :

"§ 2. L'emprunteur a le droit d'effectuer à tout moment un remboursement anticipé partiel du capital prêté, à moins que l'acte constitutif n'en dispose autrement.

Nonobstant toute disposition contraire, l'emprunteur conserve le droit d'effectuer au moins un remboursement anticipé partiel par an.

Il ne peut être stipulé qu'un laps de temps de plus d'un an doit s'écouler entre deux remboursements anticipés partiels consécutifs, ni qu'un remboursement anticipé partiel pour un montant représentant 10 p.c. ou plus du capital prêté est exclu".

Article 38.

L'article 38 charge le Roi de préciser les époques, conditions et modalités de la variation du taux de l'intérêt stipulée dans l'acte constitutif.

Il a déjà été relevé que c'est de l'entrée en vigueur de cet arrêté royal qu'il dépendra pendant combien de temps subsistera encore la possibilité contestée de stipuler dans l'acte constitutif le remboursement quinquennal de la créance. Le législateur aura à apprécier s'il ne serait pas opportun de prévoir que ledit arrêté royal doit intervenir et entrer en vigueur avant une date déterminée..

Il n'est pas nécessaire de disposer expressément à l'article 38 que l'arrêté royal visé sera pris sur la proposition du Ministre des Affaires économiques.

Le projet ne précise pas quelle est la sanction qui frappera l'inobservation de l'arrêté royal annoncé. Il va sans dire que, sans habilitation expresse du législateur, le Roi ne pourra pas sanctionner l'inobservation des dispositions qu'Il arrêtera.

.../...

Article 40.

Selon l'article 6, § 1er, l'émission de lettres de change et la souscription de billets à ordre en représentation d'un prêt ou d'une ouverture de crédit hypothécaire, sont interdites.

L'article 40 dispose ensuite dans son paragraphe 3 :

"§ 3. Lorsque par suite d'inobservation de l'article 6, § 1er, des lettres de change ont été émises ou des billets à ordre souscrits, l'emprunteur n'est pas tenu au paiement de ces effets, même après acceptation lorsqu'il s'agit d'une lettre de change, et les dispositions du chapitre VII intitulé "Des recours faute d'acceptation et faute de paiement" et du chapitre VIII intitulé "De l'intervention", du titre VIII du Code de commerce ne lui sont pas applicables".

La disposition du paragraphe 3 précité se veut manifestement une sanction civile frappant l'inobservation de l'article 6, § 1er. Elle est formulée en termes tellement généraux que l'emprunteur-tiré qui a signé une lettre de change ou un billet à ordre contrairement à la loi, est en tout cas affranchi de l'obligation de les payer, même à l'égard du tiers qui, par endossement, est devenu de bonne foi porteur de la lettre de change.

Ainsi interprétée, la disposition de l'article 40, § 3, déroge à la loi sur la lettre de change du 10 août 1953 (coordonnée par la loi du 31 décembre 1955 et dont le texte néerlandais a été établi par la loi du 10 juillet 1964) et se heurte aux conventions portant loi uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre, signées à Genève le 7 juin 1930 et approuvées par la loi du 16 août 1932.

.../...

En principe, l'obligation cambiaire du tiré, en l'occurrence de l'emprunteur, a un caractère abstrait et la lettre de change constitue un titre autonome de créance. Ce n'est qu'entre les parties cambiales directement impliquées, tels que le tiré et le tireur, que les moyens de défense pris de leurs rapports réciproques demeurent opposables (voir Cass. 12 novembre 1976, Pas., 1977, I, p. 334-337, et Cass. 30 septembre 1977, Pas., 1978, I, p. 130-131; voir aussi les notes J. Ronse sous lesdits arrêts dans le Rechtskundig Weekblad 1976-1977, Kol. 1641 et 1977-1978, Kol. 832). Le caractère abstrait de l'obligation cambiaire implique que le tiers qui, par endossement, est devenu de bonne foi porteur de la lettre de change, possède à l'égard du tiré un droit de recours propre qui est étranger à l'obligation sous-jacente du tiré à l'égard du tireur.

Ce caractère abstrait participe de l'essence des règles arrêtées dans les conventions de Genève. Dans la mesure où elle touche au droit de recours de celui qui n'est pas l'une des parties cambiales directement impliquées, une disposition comme celle de l'article 40, § 3, du projet - dont il a été relevé ci-dessus qu'elle prive de son droit de recours également le tiers qui, par endossement, est devenu de bonne foi porteur de la lettre de change - est manifestement contraire au caractère inconditionnel des obligations cambiales, à l'autonomie ou à l'indépendance réciproque de ces obligations et à la limitation des moyens de défense (voir notamment les articles 1er, 9, 10, 15 et 17 de la convention). Il n'est pas loisible à la Belgique de déroger à ces dispositions.

De même, en déclarant inapplicables le chapitre VII (Des recours faute d'acceptation et faute de paiement) et le chapitre VIII (De l'intervention) du titre VIII du Code de Commerce, le projet établit une exception à l'instauration

des dispositions correspondantes des chapitres VII et VIII de la convention pour les lettres de change et billets à ordre souscrits à l'occasion de prêts et d'ouvertures de crédit hypothécaires.

Comme la convention portant loi uniforme sur la lettre de change ne dispose pas que les états signataires de la convention sont autorisés à établir pareilles dérogations et exceptions hors de l'intégration de cette loi dans leur législation nationale, et que la Belgique n'a pas fait de réserves à propos de toutes les dispositions concernées de la convention, la Belgique manquerait à ses engagements internationaux si les dispositions du paragraphe 3 étaient adoptées purement et simplement.

En égard à l'évolution de la jurisprudence, il ne faut même pas tenir pour exclu que les dispositions conventionnelles concernées soient déclarées d'application directe par les cours et tribunaux, ce qui leur donnerait la priorité sur la loi nationale, de sorte que - dans la mesure indiquée ci-dessus - la disposition de l'article 40, § 3, du projet pourrait être déclarée inapplicable.

La disposition examinée doit dès lors être sérieusement revue.

On se reportera, à cet égard, à la loi du 9 juillet 1957 réglementant les ventes à tempérament et leur financement, qui interdit également l'émission de lettres de change et la souscription de billets à ordre dans son article 19bis, § 2, mais qui se borne, pour ce qui est des conséquences du non-respect de cette interdiction, à punir celui qui fait souscrire des traites ou des billets à ordre (article 29, 6°). Cette loi impose toutefois l'obligation de mentionner dans le contrat l'interdiction d'émettre une lettre de change ou de souscrire un billet à ordre (article 19ter, 9°).

Il appartiendra au Gouvernement d'examiner si une telle solution peut être envisagée dans le présent projet.

Article 42.

Aux termes de l'article 42, les parties ne peuvent déroger aux dispositions du titre Ier.

Le projet ne précise pas quels seront les effets de l'inobservation de l'article 42.

L'article 42 du projet est une version remaniée de l'article 32 actuellement en vigueur de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936, qui est rédigé comme suit :

"Article 32. Est nulle de plein droit toute stipulation par laquelle les parties dérogent aux dispositions du chapitre II du présent titre".

Le chapitre II visé règle le remboursement total ou partiel du capital prêté ou des sommes mises à disposition à la suite d'une ouverture de crédit.

Dans son commentaire de l'article 42, l'exposé des motifs déclare :

"Cet article correspond à l'article 32 actuel, avec les différences suivantes :

- L'article 32 ne vise que les dispositions du chapitre II du titre Ier, c'est-à-dire les articles 15 à 23, tandis que le nouvel article 42 vise globalement tout le titre Ier.

- L'article 32 rend les dispositions qu'il vise d'ordre public et frappe donc de nullité absolue les stipulations par lesquelles les parties y dérogent, tandis qu'en vertu du nouvel article 42 les dispositions du titre Ier sont seulement rendues impératives et les stipulations par lesquelles il y est dérogé sont frappées de nullité relative.

Il est à noter, à ce sujet, que dans le texte actuel de l'arrêté royal les dérogations à un certain nombre de dispositions sont frappées de nullité article par article en raison de l'introduction dans le texte des mots "nonobstant toute convention contraire"; ces mots ont été supprimés dans le projet puisque ces diverses dispositions entrent dans le cadre du nouvel article 42".

Il est permis d'inférer de ce commentaire que l'article 42 entend disposer d'une manière générale que toutes les dispositions du titre Ier seront dorénavant impératives, et non pas d'ordre public, ce qui signifie que leur inobservation entraînera une nullité relative. Selon les règles du droit commun, toute nullité, tant absolue que relative, doit être constatée par le juge, étant entendu que, dans le cas d'une nullité relative, la nullité de la clause - et non pas de la convention - ne peut être invoquée que par la personne dont l'intérêt est protégé par la règle de droit méconnue, et que le juge conserve à cet égard un large pouvoir d'appréciation.

Il appartiendra au Gouvernement d'examiner si la nullité relative telle qu'elle est proposée dans le projet, offre une protection suffisante pour l'emprunteur.

Il apparaît, par ailleurs, que certains articles du projet règlent déjà les effets de l'inobservation de ladite règle de droit (voir les articles 16 et 17). Il en résulte que l'article 42 a une portée plus restreinte que ne le laisse supposer l'exposé des motifs.

.../...

Article 2 du projet.

La disposition transitoire de l'article 2 du projet se réfère à l'article 75 de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936. Depuis l'arrêté royal modificatif du 26 octobre 1984, qui n'est toutefois pas encore entré en vigueur, la disposition de l'ancien article 75 a été intégrée à l'article 102.

Si le Gouvernement se rallie à la suggestion visant à transformer le projet en un projet de loi autonome, il devra fusionner les dispositions de l'article 2 du projet et celles de l'article 102 de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936.

Article 3 du projet.

Cet article autorise le Roi à "mettre les dispositions non modifiées de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936 (...) en concordance avec les nouvelles dispositions qui y sont introduites par la présente loi et avec les changements qui auront été apportés entre-temps aux dispositions existantes". Dans la suite de l'article, le texte à établir est qualifié de coordination.

Le Roi ne doit pas se voir attribuer d'autorisation spéciale pour mettre les titres II et III de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936 en concordance formelle avec les dispositions du présent projet. Ce pouvoir est déjà contenu dans l'article 67 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances.

En ce qui concerne une éventuelle coordination, il n'est besoin d'une autorisation de coordonner et il n'y a de place pour une telle autorisation que si le caractère modificatif du projet est maintenu et si les nouvelles dispositions des titres II et III de l'arrêté royal n° 225 du 7 janvier 1936, telles qu'elles ont été établies par l'arrêté royal du 26 octobre 1984, devaient acquérir force de loi par l'effet d'une ratification législative. Il convient, à cet égard, de se reporter aux observations qui ont été formulées au début du présent avis.

Si, pour l'un ou l'autre motif, la coordination devait se faire, il y aurait lieu d'en rédiger l'intitulé comme suit : "Loi sur les emprunts hypothécaires et les ouvertures de crédit hypothécaire".

Article 4 du projet.

Cet article laisse au Roi le soin de fixer la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Le législateur aura à apprécier s'il ne conviendrait pas de prévoir une date à laquelle la loi en projet entrera de toute manière en vigueur.

De kamer was samengesteld uit

de Heer : H. COREMANS,
Monsieur :

de Heer : J. VERMEIRE,
Monsieur :
Mevrouw : S. VANDERHAEGEN,
Madame :

de Heren : S. FREDERICQ,
Messieurs :
G. SCHRANS,

Mevrouw : M. BENARD,
Madame :

De overeenstemming tussen de
Nederlandse en de Franse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. H. COREMANS.

Het verslag werd uitgebracht
door de H. P. DE WOLF, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

M. BENARD.

La chambre était composée de

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

griffier,
greffier.

La concordance entre la ver-
sion néerlandaise et la version
française a été vérifiée sous le
contrôle de M. H. COREMANS.

Le rapport a été présenté par
M. P. DE WOLF, auditeur.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

H. COREMANS.