ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 51.680/2/V
DU 27 AOÛT 2012

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par la Ministre de la Justice, le 11 juillet 2012, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 août 2012 (*), sur un avant-projet de loi « modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », a donné l'avis suivant :

(*) Par courriel du 11 juillet 2012.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. LE REGISTRE DES GAGES

1. Les articles 30 et suivants de l'avant-projet mettent en place les éléments essentiels du registre des gages, lequel est, le cas échéant [1], appelé à se substituer à la dépossession de l'objet gagé aux fins de publicité du gage. L'article 31 précise qu'il s'agit d'un fichier informatisé, soumis au dispositif de la loi du 8 décembre 1992 'relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel' (ci-après dénommée la loi du 8 décembre 1992), dont les modalités de fonctionnement seront précisées par arrêté royal. Ce fichier sera accessible à toute personne (article 39), moyennant authentification (article 32) et rétribution (sauf exception : article 33). Le service des hypothèques de l'administration générale de la Documentation patrimoniale du Service public fédéral Finances est désigné comme responsable du traitement, au sens de la loi du 8 décembre 1992.

Les données reprises dans le fichier sont mentionnées à l'article 35. L'ensemble de celles-ci sera consultable (article 36). Lesdites données seront enregistrées par le créancier gagiste lui-même (article 34), sous sa seule responsabilité. L'exposé des motifs précise en ce sens qu'

> « il est opté pour un système électronique dans lequel les gages sont introduits par voie électronique (le *filing*) et qui peut être consulté '*on line*' par tous […]. L'importante différence avec les systèmes d'enregistrement que connaît notre pays (hypothèques, gages sur fonds de commerce) réside dans le fait qu'il fonctionne sans l'intervention d'un conservateur des registres […]. Un système de ce type n'existe pas encore dans notre pays. L'on peut toutefois établir une comparaison avec le fichier central des avis de saisies (loi du 29 mai 2000), qui est entré en application le 29 janvier 2011 » (p. 23).

[1] L'article 45 prévoit en effet que la mise en possession du créancier gagiste ou du tiers convenu réalise également l'opposabilité aux tiers.

Il est encore précisé que le rôle du registre des gages est « purement réceptif ». Toujours selon l'exposé des motifs, « le créancier gagiste a le droit en vertu de la convention de gage de faire enregistrer son gage par inscription au registre des gages et […] il n'a pas besoin de l'accord du constituant du gage » (p. 24, voir article 34).

Ce système appelle les observations qui suivent.

Quant à l'applicabilité de la loi du 8 décembre 1992

2. Eu égard à l'objet des données traitées, la loi précitée du 8 décembre 1992 s'applique par évidence au registre des gages en devenir, ce que constatent indirectement diverses dispositions de l'avant-projet (article 31). À défaut d'indication contraire, l'application de cette loi a lieu dans l'intégralité de ses dispositions. Dès lors, les dispositions de l'avant-projet qui précisent que tels ou tels dispositifs de la loi du 8 décembre 1992, ponctuellement identifiés, trouvent à s'appliquer, sont superfétatoires et même susceptibles d'induire en erreur, car laissant entendre *a contrario* que d'autres dispositifs de la loi du 8 décembre 1992 ne trouveraient quant à eux pas à s'appliquer. Tel est par exemple le cas de l'article 38 de l'avant-projet, qui précise que les personnes enregistrées dans le registre des gages « disposent d'un droit d'accès et de rectification conformément à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée […] ».

Si l'intention des auteurs de l'avant-projet est d'apporter un certain nombre de dérogations à la loi du 8 décembre 1992, cette volonté doit être clairement exprimée et il leur appartient de justifier lesdites dérogations au regard de l'article 22 de la Constitution et des directives dont la loi constitue la transposition.

Quant à la finalité du traitement

3. L'indication explicite de la finalité du traitement des données est un élément essentiel de la protection organisée par la loi du 8 décembre 1992 [2-3]. C'est à l'aune de cette finalité, notamment, que peut être fait le départ entre traitement licite et illicite, et que peut être évalué le caractère « adéquat, pertinent et non excessif » des données à traiter [4]. C'est également à l'aune de cette finalité que peut être évaluée la pertinence d'un droit plus ou moins large de consultation au profit du public.

[2] Voir l'article 4, 2°, de la loi du 8 décembre 1992.

[3] Commission de la protection de la vie privée, avis 22/2012, 4 juillet 2012, observation n° 9.

[4] Article 4, 3°, de la loi du 8 décembre 1992.

L'avant-projet de loi procède à une identification explicite de la finalité du traitement (article 15 en projet, article 19 de l'avant-projet), même si certains passages de l'exposé des motifs sont, à cet égard, emprunts d'équivoque [5].

Cette finalité est de constituer une forme de publicité alternative à celle qui était assurée par la dépossession de l'objet gagé. Il s'agit d'avertir de l'existence du gage les personnes qui, à titre professionnel, seraient susceptibles de se porter acquéreuses du bien gagé (et à l'encontre desquelles un droit de suite trouve à s'exercer), ainsi que les personnes qui seraient susceptibles de voir un second gage constitué, à leur profit et pour sûreté d'une créance, sur le bien d'ores et déjà gagé.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de veiller au strict respect de cette finalité, ce qui n'est pas toujours le cas [6].

Quant aux obligations du responsable du traitement du fichier

4. La Commission de la protection de la vie privée a, dans son avis 22/2012 donné le 4 juillet 2012, fait part de ce qui suit :

> « 15. La Commission apprécie que l'alinéa final de l'article 26 désigne explicitement le responsable du traitement (le service des Hypothèques), comme le requiert l'article 1er, § 4, alinéa 2, de la LVP. L'exposé des motifs [7] indique cependant que le rôle du registre est purement réceptif. La Commission constate que le rôle dévolu au responsable du traitement est allégé par rapport à la LVP :
>
> - en ce qui concerne la responsabilité quant à la qualité des données :
>
> Art. 29, alinéa 2 inséré : le créancier gagiste répond de tout dommage que résulterait de l'inscription de données erronées ;
>
> Art. 30, 6° inséré : parmi les données à mentionner dans le registre, figure la déclaration du créancier garanti selon laquelle il est responsable de tout dommage qui résulterait de l'inscription de données erronées ;
>
> - en ce qui concerne l'information à la personne concernée (c'est-à-dire le constituant du gage) :

[5] Certains passages de l'exposé des motifs pourraient laisser entendre que le fichier pourrait servir des finalités plus étendues d'« information patrimoniale » à l'intention de personnes n'ayant ni la vocation de candidats créanciers gagistes potentiels ni la vocation de « candidats acquéreurs » potentiels du bien gagé (Ainsi est-il précisé, en page 25 de l'exposé des motifs : « Le registre des gages est consultable librement par tous (article 39) et fournit donc des renseignements importants aux créanciers, aux financiers, aux co-contractants et tiers intéressés (curateurs, médiateurs de dettes, huissiers de justice dans le cadre de la saisie et de la distribution par contribution ou compagnies d'assurances dans le cadre de l'article 58 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre) ».

[6] Voir notamment l'observation particulière sous les articles 35 et 36 de l'avant-projet.

[7] *Note de bas de page 8 de l'avis cité* : Commentaire des propositions de modification, C. Gages, 4) Publicité.

Art. 29, alinéa 3 – Art. 32, alinéa 3 – Art. 35, alinéa 4 insérés : c'est le créancier gagiste qui informe par écrit le constituant du gage de l'enregistrement / de la modification du gage / de son renouvellement ;

Concernant l'information au constituant concerné par le créancier gagiste de l'enregistrement [8] du gage, la Commission constate qu'il s'agit d'une dérogation autorisée, visée à l'article 9, § 2, alinéa 2, *littera* b) de la LVP dispensant le responsable du traitement de l'information lorsqu'il n'a pas obtenu les données auprès de la personne concernée et que l'enregistrement est effectué en vue de l'application d'une disposition prévue par ou en vertu d'une loi.

La Commission constate néanmoins que si l'information n'est pas effectivement fournie par le créancier gagiste, le traitement ne peut pas être considéré comme loyal (absence de transparence). Aucune sanction n'est, par ailleurs, prévue à l'encontre du créancier gagiste.

16. La Commission rappelle de manière générale que l'article 16 de la LVP requiert que des mesures de sécurité soient adoptées par le responsable du traitement. Sur ce point, la Commission se réfère aux 'Mesures de référence en matière de sécurité applicables à tout traitement de données à caractère personnel' ainsi qu'aux 'Normes minimales de sécurité d'application à partir du 1er janvier 2011' [9] ».

La particularité du registre en devenir est son caractère purement « réceptif ». Les mentions du fichier sont l'œuvre de l'utilisateur du fichier lui-même, sans aucun filtre ni contrôle du responsable du fichier, et les éventuelles erreurs – avec les préjudices que cela peut occasionner – relèvent de la responsabilité exclusive de cet utilisateur [10]. L'on peut s'interroger sur la compatibilité d'un tel dispositif avec l'article 4, § 2, de la loi du 8 décembre 1992, aux termes duquel « il incombe au responsable du traitement d'assurer le respect (des obligations visées à l'article 4, § 1er de la même loi) » et de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE [11] dont la disposition précitée constitue la transposition. De manière plus générale, il convient de s'interroger sur la compatibilité de ce rôle purement « passif » du responsable du traitement par rapport à l'obligation positive que l'article 22 de la Constitution, interprété à la lumière de l'article 8 de la CEDH, impose à l'autorité publique en vue du respect effectif du droit au respect de la vie privée [12].

---

[8] *Note de bas de page 9 de l'avis cité* : Mais aussi de la modification du gage ou de son renouvellement.

[9] *Note de bas de page 10 de l'avis cité* : Voir le site internet de la Commission.

[10] Comparer avec le système français où la responsabilité de l'inscription incombe au greffe de la juridiction auprès de laquelle le gage est inscrit : http://www.cngtc.fr/fichier-national-gages.php.

[11] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[12] Voir C.C., n° 166/2011, 10 novembre 2011 : « B.16.6. L'article 8 de la Convention européenne comporte non seulement une interdiction des ingérences arbitraires dans la vie privée et familiale mais également une obligation pour les États contractants de prendre les mesures nécessaires en vue de garantir la jouissance effective de la vie privée et familiale (voir, entre autres, CEDH, 26 mars 1985, *X et Y* c. Pays-Bas, § 23 ; 22 octobre 1996, *Stubbings et autres* c. Royaume-Uni, § 62 ; 24 février 1998, *Botta* c. Italie, § 33 ;

Quant à l'accès au fichier et à la rectification des données

5. L'article 38 de l'avant-projet (article 33, alinéa 2, en projet) précise que les personnes enregistrées dans le registre des gages disposent du droit d'accès et du droit de rectification visés par la loi du 8 décembre 1992. Dans le système de cette loi (article 12, § 2), la demande de rectification est adressée directement au responsable du traitement, en l'occurrence, le service des hypothèques de l'administration générale de la Documentation patrimoniale du Service public fédéral Finances.

L'article 37 de l'avant-projet en ce qu'il laisse entendre que la modification des données erronées suppose nécessairement l'intervention du créancier gagiste, agissant d'initiative ou à la requête (article 33, alinéa 1er en projet) du constituant, n'est pas admissible au regard du rôle essentiel qui revient au responsable du traitement d'assurer la sécurité juridique. Le dispositif sera revu à la lumière de cette observation.

Par ailleurs, et aux termes de l'article 12 de ladite loi du 8 décembre 1992, le droit de rectification s'exerce « sans frais ». Cette gratuité est cependant contredite, en apparence, par l'article 33 de l'avant-projet, qui prévoit la débition d'une « rétribution » (à fixer par le Roi) pour l'enregistrement, la consultation, la modification, le renouvellement ou la radiation de données. Ce n'est qu'en ce qui concerne la consultation du registre que la gratuité peut, par exception, être prévue par le Roi.

L'article 32 de l'avant-projet prévoit que chaque enregistrement ou consultation requiert l'authentification de l'utilisateur du registre des gages. Ni le texte lui-même ni l'exposé des motifs, ne précise cependant ce qu'il y a lieu d'entendre par « authentification ». Vise-t-on la mention du numéro de registre national ?

II. LES HABILITATIONS AU ROI

6. Plusieurs dispositions de l'avant-projet sont complétées par une habilitation faite au Roi d'en fixer « les modalités d'application ».

---

25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide* c. Roumanie, § 94 ; 7 février 2002, *Mikulic* c. Croatie, § 57 ; 17 juillet 2003, *Craxi n° 2* c. Italie, § 73). La Cour européenne des droits de l'homme a notamment déduit de cet article l'obligation de déployer des efforts suffisants pour faire cesser des atteintes répétées à la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale (*Surugiu* c. Roumanie du 20 avril 2004, § 68) et, en cas d'atteinte à ce droit, pour mener une enquête effective sur les circonstances concrètes de l'affaire et, au besoin, sanctionner les personnes responsables de certains manquements (*Craxi n° 2* c. Italie du 17 juillet 2003, §§ 74 et 75). L'article 22, alinéa 2, de la Constitution contient une obligation positive similaire. Il ressort des travaux préparatoires de cet article que le Constituant « [a] cherché à mettre le plus possible la proposition en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la CEDH » (*Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, n° 997/5, p. 2).

En principe, compte tenu de l'article 108 de la Constitution, aux termes duquel « [l]e Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution », pareille disposition est inutile. La portée de cette disposition constitutionnelle consiste en effet à autoriser de manière générale le Roi, sans nécessité d'une confirmation spécifique, à dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit [13], sans qu'Il puisse ni étendre la portée de la loi ni la restreindre.

La mention, dans certaines dispositions, d'une habilitation rédigée de la sorte peut laisser à penser qu'à défaut, pour d'autres dispositions, d'en contenir de similaires, le Roi serait privé de Son pouvoir général d'exécution, ce qui ne serait pas admissible.

Ces habilitations doivent en conséquence être omises.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet consiste à conférer au Roi des habilitations spécifiques, allant au-delà de ce pouvoir général, il lui appartient de les rédiger de manière plus précise en en mentionnant l'objet exact. Il ne peut toutefois perdre de vue que, lorsque les dispositions concernées portent sur des matières réservées à la loi par la Constitution, comme par exemple celles portant sur le registre des gages, qui sont susceptibles de limiter le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution, les habilitations au pouvoir exécutif doivent être limitées.

En ce cas en effet, le législateur doit régler lui-même les aspects essentiels des matières concernées, les habilitations, énoncées de manière suffisamment précises, ne pouvant porter que sur des principes qu'il a lui-même fixés [14].

Il est renvoyé pour le surplus aux observations particulières portant sur certaines des dispositions de l'avant-projet contenant des habilitations du type de celles faisant l'objet de la présente observation générale.

---

[13] Cass., chambres réunies, 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, pp. 25 à 27, spéc. p. 27. Voir aussi les conclusions du Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch, alors avocat général, avant l'arrêt du 17 mai 1963 de la Cour de cassation (*J.T.*, 1963, pp. 587 à 592, spéc. p. 589). C.C., n° 70/1992, 12 novembre 1992, B.4.2 ; n° 45/1993, 10 juin 1993, B.3.2 ; C.E. (section de législation), avis 37.687/2, 4 octobre 2004 ; consulter le rapport annuel 2007-2008 du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), §§ 8 et 9 ; *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », spéc. § 7.2.

[14] W. Pas et B. Steen, « Met het nodige voorbehoud - Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever - deel 1 », *T.v.W.*, 2004, pp. 362-384.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

L'intitulé du projet ne traduit qu'imparfaitement son contenu, étant donné qu'il ne se borne pas à modifier le Code civil.

Il doit être revu.

DISPOSITIF

Article 1er

Selon l'article 1er, la législation en projet ressortirait intégralement de la procédure bicamérale optionnelle visée à l'article 78 de la Constitution.

Les articles 93 et 94 de l'avant-projet de loi portent cependant des dispositions modificatives de la compétence d'attribution de juridictions judiciaires, lesquelles ressortissent, de la procédure bicamérale intégrale (article 77, alinéa 1er, 9°, de la Constitution) [15].

Articles 6 et 8

À la lecture de l'article 2 en projet, le lecteur a l'impression que le gage est une convention purement consensuelle qui se forme par le seul échange des consentements, tandis qu'il semble résulter de l'article 4, alinéa 2, en projet que lorsque le constituant du gage est un consommateur, la validité de la convention dépend de l'établissement d'un écrit répondant à un certain nombre de critères formels. Cette ambiguïté devrait être levée.

Article 8

À l'alinéa 2 en projet, il serait opportun de renvoyer plus précisément au 3° de l'article 2 de la loi du 6 avril 2010 'relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur'.

La même observation vaut pour la suite de l'avant-projet.

---

[15] Voir notamment l'avis 51.491/2 donné le 2 juillet 2012 sur un avant-projet de loi 'visant à assurer la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants'.

Article 15

Le Conseil d'État n'aperçoit pas la portée exacte de l'article 11, alinéa 3 en projet.

L'exposé des motifs ne fait que paraphraser le texte. Il serait judicieux que celui-ci soit plus explicite par rapport au but visé.

Article 19

À l'article 15 en projet, le Conseil d'État n'aperçoit pas pourquoi le même régime ne serait pas applicable aux alinéas 2 et 3 en projet.

Bien que l'exposé des motifs se réfère à cet égard aux recommandations du guide législatif de la CNUDCI [16], il est recommandé à l'auteur de l'avant-projet de justifier davantage dans l'exposé des motifs les solutions différentes adoptées à l'un et à l'autre alinéas.

Article 20

À l'article 16 en projet, sans doute faut-t-il comprendre l'expression « en bon constituant » comme équivalente à celle classique de « bon père de famille »**.**

Si tel n'était pas le cas, le texte devrait être revu.

La même observation vaut pour l'article 49.

Article 23

L'article 19 en projet, contrairement à l'exposé des motifs, ne distingue pas selon que l'immobilisation a lieu par destination ou par incorporation. Le texte serait utilement complété sur ce point.

Article 33

1. À l'article 28, alinéa 1er en projet, il serait préférable de remplacer le mot « rétribution » par le mot « redevance ».

[16] Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

2. À l'article 28, alinéa 2 en projet, vu qu'en l'espèce il s'agit d'une loi qui touche à la vie privée, matière réservée au législateur, il appartient à ce dernier de déterminer lui-même le principe qui doit guider le Roi dans la détermination des catégories de personnes ou d'institutions bénéficiant de la gratuité.

Articles 35 et 36

Dans le système de la loi du 8 décembre 1992 et de la directive dont elle constitue la transposition, les données enregistrées et *a fortiori* consultées [17] devraient être « adéquates, pertinentes et non excessives » au regard de la finalité du traitement. Peuvent apparaître comme « adéquates, pertinentes et non excessives », les données relatives à l'identité du constituant du gage, à l'identité de l'objet gagé, à la date de l'inscription (qui déterminera le rang), et au montant de la créance garanti par le gage. Par contre, le Conseil d'État s'interroge sur la réelle pertinence, et, partant, le caractère non excessif, eu égard à cette finalité, de données supplémentaires telles l'identité du créancier gagiste (point 2° de l'article 31 en projet) et la désignation des créances garanties (point 5° de l'article 31 en projet) [18].

Article 41

À l'article 36, alinéa 2 en projet, il serait souhaitable de rappeler de manière explicite qu'en cas de paiement de la dette, le créancier gagiste a l'obligation de faire en sorte que l'enregistrement soit radié du registre.

Article 53

1. Le Conseil d'État relève que contrairement à ce que mentionne son commentaire, l'article 46 en projet ne reprend pas mot à mot le texte de l'actuel article 2078 du Code civil en ce qui concerne la réalisation du gage lorsque le constituant est consommateur, dès lors qu'il ajoute la possibilité pour le créancier gagiste d'être autorisé à vendre de gré à gré. Cet ajout devrait être justifié.

[17] Voir l'article 39 de l'avant-projet dont il ressort une publicité extrêmement large des données visées par les articles 35 et 36, que le registre est accessible à toute personne sans distinction.

[18] L'on notera que dans la législation française, il n'y a pas de droit de consultation « direct » de l'ensemble de ces données (http://www.cngtc.fr/fichier-national-gages.php).

2. À l'article 46, alinéa 1er en projet, dans la version française, il y a lieu d'écrire : « sauf à lui à faire ordonner en justice […] ».

Article 54

1. Les deux innovations essentielles de l'avant-projet sont :

- que le gage peut être constitué sans dépossession ; et

- que le créancier peut réaliser le gage sans autorisation judiciaire préalable.

Dans l'état actuel du droit, outre le privilège que l'article 2073 du Code civil accorde au créancier gagiste, l'intérêt du gage réside précisément dans la dépossession et donc dans la situation très favorable, par rapport à un créancier non gagiste, dans laquelle se trouve le créancier gagiste qui dispose déjà du bien dont il peut demander en justice, soit que le bien « lui demeurera en paiement » (et jusqu'à due concurrence), soit qu'il sera vendu aux enchères (article 2078 du Code civil), sans devoir au préalable procéder à la saisie du bien pour l'extraire du patrimoine de son débiteur.

Dès lors que l'avant-projet prévoit un gage sans dépossession, le Conseil d'État n'aperçoit pas comment le créancier gagiste va pouvoir effectivement réaliser le gage alors qu'il ne possède pas le bien mis en gage, dans l'hypothèse, en pratique probable, où le constituant refuse de le lui remettre spontanément. Sans disposer du bien mis en gage, il sera, en pratique, très difficile, sinon impossible, à tout le moins pour certains biens mis en gage, au créancier de vendre ou louer ce bien. L'exposé des motifs, après avoir précisé que la réalisation doit se faire d'une manière économiquement justifiée, précise ce qui suit :

> « Évidemment, le créancier gagiste conserve le droit d'exercer son gage selon les voies d'exécution prévues au Code judiciaire en pratiquant une saisie ».

Il semble qu'une telle saisie sera toujours nécessaire lorsqu'il s'agit d'un gage sans dépossession et que le constituant refuse de remettre le bien au créancier au moment où celui-ci décide de réaliser le gage, ce qui restreint très fortement l'intérêt de pouvoir réaliser le gage sans autorisation judiciaire préalable, dès lors que la saisie-exécution (qui seule permet la mise en vente du bien saisi) impose que le créancier saisissant détienne une créance certaine, liquide et exigible, ce qu'il ne pourra prouver que par la production d'un titre exécutoire dont, précisément, le texte en projet a pour objet de dispenser le créancier.

Il serait utile que l'auteur de l'avant-projet rencontre cette objection.

2. À l’article 47, alinéa 2 en projet, afin de faire correspondre le texte à la fois à sa version néerlandaise et au commentaire qui est donné dans l’exposé des motifs, il conviendrait de remplacer le mot « raisonnable » par le mot « justifié ».

Article 55

À l’article 48, alinéa 1er en projet, il est question de « dix jours ouvrables ».

Cette dernière notion ne recevant aucune qualification juridique précise et l’avant-projet ayant vocation à s'appliquer dans des contextes dans lesquels la notion de jour ouvrable peut varier, il conviendrait soit de la définir, soit, de préférence, de prévoir un délai calculé en « jours ».

Articles 61 et 63

1. Le texte en projet prévoit dorénavant, sauf lorsque le constituant du gage est un « consommateur », le droit pour le créancier gagiste de procéder à la réalisation du gage sans aucune intervention judiciaire préalable. Le créancier gagiste est ainsi libre de procéder à l’exécution forcée des obligations de son débiteur, par le biais de la réalisation du gage, sans disposer d’aucun titre exécutoire (exposé des motifs, p. 28). La seule exigence imposée au créancier gagiste est qu’il doit notifier préalablement au débiteur son intention de réaliser le gage. « En vue de la sécurité juridique » (exposé des motifs, p. 28), la loi en projet prévoit un délai de dix jours entre la notification et la réalisation du gage.

Ce droit exorbitant du droit commun est compensé par la possibilité pour le constituant du gage, notamment, de saisir le juge, « à tout moment », « pour faire trancher tout litige pouvant survenir dans le cadre de la mise en œuvre de la réalisation » (article 54 en projet à l’article 61). Selon l’exposé des motifs, la possibilité de saisir le juge, à ce stade de la procédure de réalisation, devrait « en principe porter seulement sur les questions de savoir si le débiteur est en défaut et si le mode de réalisation envisagé est justifiée sur le plan économique » (p. 28). Cette restriction quant à l’objet de l’action ne figure toutefois pas dans le texte de l’article en projet, qui vise « tout litige pouvant survenir dans le cadre de la mise en œuvre de la réalisation », ce qui est nettement plus large. Il s’impose de lever cette ambiguïté.

Le juge des saisies (dont la compétence spéciale en cette matière est prévue à l’article 1395, alinéa 3 nouveau du Code judiciaire, en projet à l’article 94) doit statuer « toutes affaires cessantes ». Il est appelé à trancher, au fond, les contestations qui lui sont soumises. Sa décision ne sera susceptible d’aucun recours ordinaire.

2. Ces dérogations importantes au droit commun de la procédure ne sont pas suffisamment justifiées par l’auteur du texte. Elles ne seraient susceptibles d’être justifiées

que si le texte en projet prévoyait que l'action introduite sur la base de l'article 54 en projet, avait un effet suspensif sur la procédure de réalisation du gage, entamée par le créancier. Cet effet suspensif, nécessairement limité dans le temps eu égard à l'obligation faite au juge de statuer toutes affaires cessantes et à l'absence de voies de recours ordinaires, contrebalancerait utilement le droit exorbitant du droit commun reconnu au créancier de procéder sans titre exécutoire et sans contrôle judiciaire préalable à la réalisation du gage. Il pourrait, dans ce cas, être utilement prévu dans le texte en projet que l'objet de l'action visée à l'article 54 en projet ne pourrait porter que sur l'exigibilité de la créance (« le débiteur est-il en défaut de s'exécuter ? ») et sur le caractère « économiquement justifié du mode de réalisation envisagé » [19].

À défaut d'un tel effet, cette procédure ne peut pas constituer une compensation effective aux droits exorbitants du droit commun reconnus aux créanciers gagistes.

Un tel effet donnerait par ailleurs tout son sens à l'obligation faite au créancier gagiste de devoir notifier son intention de réalisation du gage et au délai d'attente imposé au créancier gagiste par l'article 55 de l'avant-projet, entre la notification de son intention de réaliser le gage et la mise en œuvre effective de cette réalisation.

Pour éviter tout retard dans la réalisation du gage, il pourrait alors utilement être précisé que l'action doit être introduite dans le délai de dix jours suivant la notification par le créancier gagiste de son intention de réaliser le gage. Dans ce cas, en vue de garantir les droits des parties, le texte en projet devrait préciser la forme que doit respecter cette notification qui devrait, au minimum, être faite par pli recommandé à la poste. Il devrait également être renvoyé à l'article 53 du Code judiciaire en ce qui concerne la computation du délai de 10 jours.

L'effet suspensif de l'action visée à l'article 54 en projet imposerait à l'auteur du texte de revoir le régime spécifique prévu à l'article 49 en projet à l'article 56, à propos de la réalisation de biens périssables (soit en maintenant une obligation de notification mais avec un délai réduit, soit en prévoyant une procédure unilatérale d'autorisation, permettant au juge de vérifier la réalité du risque de dépérissement du gage, soit toute autre solution permettant de rencontrer la nécessité de réaliser le gage dans l'urgence sans porter atteinte de façon disproportionnée aux droits des autres parties intéressées et particulièrement du constituant).

Le Conseil d'État relève par ailleurs que, si le sort des biens périssables donnés en gage est réglé en ce qui concerne la situation particulière de sa réalisation, l'avant-projet n'envisage pas l'hypothèse, sans doute plus fréquente, du dépérissement du bien pendant la

[19] L'usage du terme « envisagé », dans l'exposé des motifs, laisse entendre qu'un débat sur le mode de réalisation doit pouvoir avoir lieu, devant le juge des saisies, à l'initiative, notamment, du débiteur constitué, avant que celle-ci ne soit effective. Ceci justifie d'autant plus le caractère suspensif dont devrait être assortie cette action.

durée du gage, avant que les conditions de sa réalisation soient remplies. Il semble nécessaire de fixer les obligations de la partie qui détient le bien mis en gage, si celui-ci dépérit, et de fixer la procédure qu'il conviendrait de respecter dans ce cas, en veillant à l'équilibre des droits respectifs en présence.

3. L'article 56 en projet à l'article 63 prévoit quant à lui un « contrôle judiciaire *a posteriori* ». Il s'agit d'une action attitrée au seul constituant du gage qui peut, « dans un délai raisonnable » saisir le juge « au terme de la réalisation », « lorsqu'il y a une contestation sur le mode de réalisation ou sur l'affectation du produit ». Une telle action pourrait, eu égard à son objet, porter en tout ou en partie sur les mêmes questions litigieuses que celles soumises au juge des saisies en vertu de la procédure visée à l'article 54 en projet.

Par ailleurs, de façon générale, l'article 94 de l'avant-projet attribue au juge des saisies la compétence de connaître de « toutes les demandes qui ont trait à des sûretés réelles mobilières et au registre des gages ». De telles demandes sont également susceptibles de porter sur les mêmes questions litigieuses que celles visées aux articles 54 et 56 en projet.

Eu égard à cette compétence générale du juge des saisies, le Conseil d'État s'interroge sur l'opportunité de prévoir la procédure spécifique visée à l'article 56 en projet, qui est de droit.

Par ailleurs, le Conseil d'État ne perçoit pas la raison qui justifierait que l'action visée à l'article 56 en projet soit réservée au seul constituant du gage. Cette restriction est d'autant moins justifiée, que

- d'autres parties peuvent avoir un intérêt à contester la façon dont le gage a été réalisé et/ou le produit affecté (notamment d'autres créanciers) ; et que

- l'exposé des motifs précise que cette action pourrait également être introduite par le tiers constituant (p. 67), ce que le texte de l'avant-projet ne prévoit pas.

4. Des interférences préjudiciables aux droits des parties pourraient apparaître entre les deux procédures visées par la loi en projet. La décision prise par le juge des saisies, dans le cadre de la procédure visée à l'article 54 en projet aura, sans autres précisions, autorité de chose jugée et s'imposera, le cas échéant, au même juge saisi ultérieurement de l'action de contrôle *a posteriori*, qui peut porter sur les mêmes questions litigieuses, rendant sans effet cette procédure. Et ce alors même que la décision rendue dans le cadre de l'article 54 en projet n'est susceptible d'aucun recours ordinaire et n'aura bénéficié que d'une mise en état nécessairement très limitée – restreignant corrélativement les droits de la défense – dès lors que le juge doit statuer « toutes affaires cessantes ».

Pour pallier cet inconvénient et dans le respect de l'esprit des dispositions en projet, il semble judicieux de limiter les effets de la décision rendue en cours de réalisation du

gage en précisant que, dans ce cas, le juge des saisies statue au provisoire et que sa décision ne sera dès lors pas revêtue de l'autorité de chose jugée. Cette action devrait, dans ce cas, être considérée comme un quasi-référé. Saisi au fond, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, qui ne peut en réalité n'être qu'une action en responsabilité, le juge des saisies ne sera pas lié par la décision prise, dans l'urgence, au provisoire, en cours de réalisation du gage. La situation serait alors exactement la même que lorsque, dans un même contentieux, le juge du fond statue en dommages et intérêts après l'intervention, au provisoire, du juge des référés.

5. Le texte en projet prévoit une compétence spéciale du juge des saisies pour « toutes les demandes qui ont trait à des sûretés réelles mobilières et au registre des gages » (article 1395, alinéa 3, nouveau du Code judiciaire, en projet à l'article 94). La concentration de ces contentieux entre les mains d'un seul juge est une initiative heureuse, qui favorise la spécialisation du juge et l'uniformisation de la jurisprudence. Le juge des saisies étant le juge naturel de l'exécution, ce choix est justifié.

Toutefois, la compétence qui lui est reconnue va au-delà des problèmes d'exécution puisque le contentieux relatif au registre des gages lui est également attribué. Pour éviter toute insécurité et pour autant que cela soit l'intention réelle de l'auteur de l'avant-projet, il conviendrait de préciser expressément dans le texte en projet qu'il est dérogé, en ce qui concerne le registre des gages, à la compétence spéciale du président du tribunal de première instance, siégeant comme en référé, visée à l'article 14 de la loi du 8 décembre 1992.

L'auteur de l'avant-projet doit cependant demeurer attentif au fait que l'exclusion de l'applicabilité de l'article 14 de la loi 8 décembre 1992 et de l'action qu'il met en place, réalisée au profit de la compétence exclusive du juge des saisies, aurait pour effet d'amputer la règle contenue à l'article 15 de la même loi d'une partie de la protection qu'elle accorde à la personne dont les données sont traitées dans le registre des gages. Selon cet article 15 en effet,

> « Dès la réception de la demande tendant à faire rectifier, supprimer ou interdire d'utiliser ou de divulguer des données à caractère personnel ou *dès la notification de l'introduction de l'instance visée à l'article 14*, et jusqu'à ce qu'une décision soit coulée en force de chose jugée, le responsable du traitement doit indiquer clairement, lors de toute communication d'une donnée à caractère personnel, que celle-ci est contestée » [20].

Le dispositif en projet devrait par conséquent être complété en vue de prévoir, au bénéfice de la personne qui aurait saisi le juge des saisies à des fins analogues à celles énoncées dans l'article 15 précité, une garantie en substance identique à celle que prévoit ce dernier.

[20] Non accentué dans le texte.

Enfin, le texte en projet exclut la compétence spéciale du juge des saisies lorsque le constituant est un « consommateur » au sens de la loi du 6 avril 2010 ‘relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur’. Dans ce cas, le droit commun trouve à s’appliquer et le créancier gagiste devra se faire autoriser à réaliser le gage par le juge normalement compétent, soit le tribunal de première instance. Dès lors que le juge des saisies appartient à ce tribunal et qu’il devient, dans le projet, le juge spécialement compétent pour toute demande relative aux suretés réelles mobilières, il serait heureux et cohérent d’étendre sa compétence à l’hypothèse du gage constitué par un « consommateur » au sens de la loi précitée, sans que cette attribution de compétence ne soit de nature à porter atteinte aux droits desdits « consommateurs ». Cette solution aurait l’avantage de mieux garantir l’uniformité de la jurisprudence en cette matière.

6. L’article 54 en projet, dérogeant au droit commun de la procédure, prévoit que la demande peut être introduite par citation ou par requête, sans qu’une explication soit fournie.

Une telle option n’est par ailleurs pas prévue pour l’action visée à l’article 56 en projet. Cette différence de traitement entre les articles 54 et 56 en projet, dont on ne perçoit pas la raison d’être, devrait également être justifiée.

Il est de jurisprudence constante que, lorsque la loi déroge au droit commun de l’article 700 du Code judiciaire, en autorisant l’introduction de la cause par voie de requête, la partie demanderesse pourra toujours recourir à la citation par exploit d’huissier pour introduire sa demande, sous réserve que les frais liés à ce mode d’introduction de la demande resteront à sa charge s’ils ont été exposés sans nécessité. Dès lors que le législateur prévoit expressément la possibilité d’introduire l’action soit par citation, soit par requête, le recours à la citation est libre et les frais seront mis à charge de la partie succombante sans qu’il faille encore justifier leur nécessité. Est-ce bien l’intention de l’auteur de l’avant-projet ?

7. La précision, à l’article 56 en projet à l’article 63, que l’action de contrôle a posteriori doit être introduite « dans un délai raisonnable » est de nature à créer une insécurité juridique qu’il convient de rencontrer.

Le commentaire des articles précise que l’action doit être introduite dès que le demandeur « dispose de toutes les données » « et après qu’il est apparu qu’aucun accord n’est possible » (p. 67). Le Conseil d’État ne voit pas pourquoi, en l’espèce, le législateur exige comme préalable à l’action la recherche d’un accord, ce qui déroge au droit commun, sauf à prévoir expressément une procédure préalable en conciliation.

L’exposé des motifs précise encore que, dès lors que ce délai ne peut pas être « fixé *a priori*, on a choisi de parler d’un ‘délai raisonnable’ qui devra être apprécié par le juge » (p. 67), ce qui constitue une source d’insécurité importante qui ne manquera pas de

susciter des jurisprudences divergentes sur l'appréciation de ce délai. Si l'on comprend la volonté de limiter dans le temps le contentieux lié à la réalisation du gage et à la répartition du produit, il apparaît plus efficace de prévoir un délai préfix au-delà duquel l'action ne sera plus recevable, étant rappelé que, conformément au droit commun, les parties à un procès peuvent compléter leur dossier en cours de mise en état et que la découverte d'une pièce ou d'un fait nouveau peut justifier soit la réouverture du droit de conclure (article 748 du Code judiciaire), soit la réouverture des débats (article 772 du Code judiciaire)[21], ce qui rencontre suffisamment la nécessité de permettre à la partie demanderesse de « dispose[r] de toutes les données ».

Article 65

L'avant-projet de loi introduit la possibilité de constituer plusieurs gages sur le même objet. Ceci pose un problème de rang que la loi rencontre mais ne règle pas de façon satisfaisante.

En effet dans ce cas, le rang est pris à la date de l'enregistrement. L'enregistrement visé à l'article 19 de l'avant-projet, outre un effet sur l'opposabilité du gage à l'égard des tiers, confère rang.

Toutefois l'avant-projet de loi continue à envisager la possibilité de rendre le gage opposable par la dépossession (article 45). Dans ce cas, l'ordre du rang est déterminé par la prise en possession. Pareil dispositif n'est pas satisfaisant pour le règlement du conflit de rang, vu l'incertitude quant à la date exacte de la prise en possession du bien.

Le Conseil d'État s'interroge sur l'opportunité d'abandonner le système actuellement en vigueur du Code civil qui distinguait la constitution du gage entre parties par dépossession d'une part, et l'opposabilité du privilège du gage vis-à-vis des tiers d'autre part, par « l'enregistrement » réglé à l'article 2074 du Code civil, que l'avant-projet de loi supprime.

Dès lors que la dépossession rend le gage opposable et donne rang, le législateur doit régler le régime de la preuve de la date de la dépossession vis-à-vis des tiers

[21] Outre que la procédure visée à l'article 63 de l'avant-projet manque de cohérence par rapport à celle prévue aux articles 8, 9, 9/1 et 11 de la loi du 15 décembre 2004 'relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers', que l'avant-projet ne modifie pas (exposé des motifs, p. 9), qui autorise également la réalisation du gage sans intervention judiciaire préalable mais
- qui ne prévoit pas de recours possible en cours de réalisation ; et
- qui se contente de préciser, en ce qui concerne le contrôle *a posteriori*, que les droits reconnus aux créanciers gagistes, par les dispositions précitées, « ne portent pas préjudice à la possibilité pour les cours et tribunaux de contrôler ultérieurement les conditions de la réalisation des instruments financiers donnés en garantie ou l'évaluation de ces instruments financiers ou du montant de la créance garantie ».

par rapport à la date de l'enregistrement qui donne rang aux gages constitués sans dépossession.

Article 70

À l'article 60, alinéa 3 en projet, il y a lieu d'insérer « § 1er » entre « 1690 » et « alinéas 3 et 4 ».

Articles 96 à 100

1. Le chapitre 4 « Dispositions abrogatoires » de l'avant-projet abroge une série de dispositions législatives qui, selon le commentaire des articles, ne seraient plus nécessaires en raison même de l'adoption de la nouvelle réglementation du gage.

L'explication ainsi donnée est sommaire ; il conviendrait d'être plus explicite et de donner les raisons pour lesquelles ces dispositions n'auraient plus de raison d'être.

Il en va d'autant plus ainsi que certaines d'entre elles prévoient que l'octroi des catégories de prêts qu'elles réglementent est réservé à des établissements spécialisés devant présenter toute une série de garanties et soumis de ce fait à un régime d'autorisation ou d'agrément. Ainsi, l'article 7 de la loi du 25 octobre 1919 'sur la mise en gage du fonds de commerce, l'endossement de la facture, ainsi que l'agréation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation', abrogé par l'article 98 de l'avant-projet, dispose que le gage sur fonds de commerce ne peut être consenti qu'à des établissements de crédit agréés dans un État membre de la Communauté européenne ainsi qu'à des établissements financiers définis par arrêté royal [22]. Ainsi encore les articles 1er et 2 de la loi du 15 avril 1884 'sur les prêts agricoles', abrogée par l'article 99 de l'avant-projet, prévoient que les prêts et ouvertures de crédit aux agriculteurs sont réalisés à l'intervention de comptoirs agréés par le conseil général de la Caisse Générale d'Épargne et de Retraite.

En ce qui concerne ces dispositions, le Conseil d'État se demande si leur abrogation a pour conséquence que désormais la mise en gage des éléments corporels et incorporels constituant le fonds de commerce ne doit plus avoir lieu auprès des établissements agréés et si les prêts aux agriculteurs peuvent être consentis par n'importe quel prêteur.

[22] L'article 7 a fait l'objet d'une disposition interprétative : l'article 4 de la loi du 15 octobre 2008 (*Moniteur belge*, 17 octobre 2008 (deuxième édition)) : « L'article 7 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture ainsi que l'agréation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation est interprété comme ne limitant pas les catégories considérées d'établissements financiers à celles visées dans la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit ».

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État s'interroge aussi sur l'incidence que le projet pourrait avoir sur l'article 306 du Code pénal qui a voulu empêcher la concurrence aux monts-de-piété autorisés par le gouvernement et dont l'objet social consiste à consentir des prêts sur gages mobiliers [23].

2. En procédant à l'article 96 de l'avant-projet à l'abrogation de l'article 11 de la loi du 5 mai 1872 'portant révision des dispositions du Code de commerce relatives au gage et à la commission', l'auteur de l'avant-projet perd de vue que cet article rend applicables les articles 2 et 4 à 10 inclus au gage assurant le privilège légal des commissionnaires ou de leurs bailleurs de fonds, dont il est question à la section 2, du Titre II de la même loi, section toujours en vigueur et non abrogée par le présent avant-projet.

Cette difficulté doit être résolue.

OBSERVATIONS FINALES

1. Suivant l'article 2 de l'avant-projet,

> « Le Titre XVII du Livre III du Code civil, comportant les articles 2071 à 2091, est remplacé par un nouveau Titre XVII intitulé 'Des sûretés réelles mobilières'et comportant les articles 1er à 75 ».

La numérotation des articles constituant le dispositif du Code civil doit cependant demeurer continue, de sorte qu'il ne convient pas que le titre remplacé débute par un article 1er, plutôt que 2071 [24].

---

[23] L. KENNES et A. WEYEMBERGH, *Droit pénal spécial*, T. I, Anthemis, 2011, p. 377 :
« 736. Aux termes de l'article 306, seront punis d'un emprisonnement de 8 jours à 3 mois et d'une amende de 143 à 5.500 euros – centimes additionnels compris – 'ceux qui, sans autorisation légale, auront tenu des maisons de prêt sur gages ou nantissement'.
Les maisons de prêt sur gages sont les maisons qui se livrent à l'activité de prêts sur gages, c'est-à-dire à des prêts contre remise d'une chose mobilière pour sûreté de la dette. Les maisons privées de prêt sur gage sont en principe prohibées. Étant donné qu'un monopole légal a été conféré aux monts-de-piété publics ou caisses publiques de prêt pour ces activités, aucune maison privée ne peut encore recevoir d'autorisation pour s'y livrer. Ce que la loi punit, c'est le défaut d'autorisation, peu importe l'intention de l'auteur. Il s'agit donc d'une faute infractionnelle, qui n'exige aucun élément intentionnel spécifique ».

[24] *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 52, b) – et, pour le mode de numérotation de nouveaux articles à insérer entre des articles existants, recommandation n° 123.
Voir, par exemple, la numérotation des articles 1389*bis*/1, à 1391 constituant le chapitre Ier*bis* du titre premier de la cinquième partie du Code judiciaire, remplacés par l'article 2 de la loi du 29 mai 2000 'portant création d'un fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes et modifiant certaines dispositions du Code judiciaire'.

2. Il convient de s’assurer de la parfaite concordance entre les textes français et néerlandais. Notamment,

- le même terme néerlandais « pandovereenkomst » est traduit, dans l’article 10 de l’avant-projet, par le terme français « convention de gage », et, dans l’article 14 de l’avant-projet (article 10, alinéa 2 en projet), par le terme français « acte de gage » ;

- le même terme français « accessoires » est traduit, dans l’article 16 de l’avant-projet, par le terme néerlandais « bijhorigheden » et, dans l’article 74 de l’avant-projet, par le terme néerlandais « toebehoren ».

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. VANDERNOOT, M. PÂQUES,	conseillers d'État,
	S. VAN DROOGHENBROECK, J. ENGLEBERT,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par Monsieur J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER LE PREMIER PRÉSIDENT

A.-C. VAN GEERSDAELE R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.680/2/V
VAN 27 AUGUSTUS 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede vakantiekamer, op 11 juli 2012 door de Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 30 augustus 2012 (*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft", heeft het volgende advies gegeven :

(*) Bij e-mail van 11 juli 2012.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. HET PANDREGISTER

1. In de artikelen 30 en volgende van het voorontwerp worden de hoofdbestanddelen vastgelegd van het pandregister dat in voorkomend geval[1] in de plaats moet komen van de buitenbezitstelling van het verpande goed met het oog op de openbaarheid van het pand. In artikel 31 wordt gesteld dat het een geïnformatiseerd bestand betreft waarvoor de regeling geldt van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van de persoonsgegevens’ (hierna de wet van 8 december 1992 genoemd), waarvan de nadere regels inzake de werkwijze bij koninklijk besluit moeten worden vastgesteld. Dit bestand moet voor eenieder toegankelijk zijn (artikel 39), door middel van authenticatie (artikel 32) en tegen betaling van een retributie (behoudens uitzondering: artikel 33). De dienst Hypotheken van de algemene administratie van de Patrimoniumdocumentatie van de federale overheidsdienst Financiën wordt belast met de verwerking in de zin van de wet van 8 december 1992.

De gegevens die in het bestand zijn opgenomen, worden vermeld in artikel 35. Ze zijn in hun geheel raadpleegbaar (artikel 36). Deze gegevens worden door de pandhouder zelf geregistreerd (artikel 34), louter onder zijn verantwoordelijkheid. In die zin wordt in de memorie van toelichting het volgende gesteld:

> “[Er] wordt geopteerd voor een elektronisch systeem waarin de pandrechten elektronisch worden ingevoerd (zgn. ‘*filing’*) en dat ‘*on line*’ door iedereen consulteerbaar is. […] Het belangrijke verschilpunt met de in ons land bekende registratiesystemen (hypotheek, pand handelszaak) is dat het functioneert zonder de tussenkomst van een bewaarder van de registers […]. Een dergelijk systeem bestaat in ons land nog niet. Wel kan een vergelijking gemaakt worden met het Centraal Bestand van Beslagberichten (wet 29 mei 2000) dat op 29 januari 2011 in werking is getreden” (blz. 23).

[1] In artikel 45 wordt immers bepaald dat de inbezitstelling van de pandhouder of van de overeengekomen derde eveneens tegenwerpelijk aan derden wordt.

Tevens wordt gepreciseerd dat de functie van het pandregister “louter receptief” is. Verder wordt in de memorie van toelichting nog gesteld dat “de pandhouder krachtens de pandovereenkomst gerechtigd is om zijn pandrecht te laten registreren door de invoering in het Pandregister en dus niet de instemming van de pandgever behoeft” (blz. 24, zie artikel 34).

Deze regeling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Betreffende de toepasselijkheid van de wet van 8 december 1992

2. Gelet op de aard van de verwerkte gegevens is de voornoemde wet van 8 december 1992 duidelijk van toepassing op het toekomstige pandregister, wat onrechtstreeks wordt vastgesteld in verschillende bepalingen van het voorontwerp (artikel 31). Bij gebrek aan andersluidende vermelding zijn alle bepalingen van deze wet toepasselijk. De bepalingen van het voorontwerp waarin wordt gesteld dat deze of gene nauwkeurig aangeduide bepaling van de wet van 8 december 1992 toepasselijk is, zijn derhalve overbodig; ze kunnen zelfs verwarring creëren aangezien ze de indruk doen ontstaan dat *a contrario* andere bepalingen van de wet van 8 december 1992 niet toepasselijk zouden zijn. Zulks is bijvoorbeeld het geval in artikel 38 van het voorontwerp, waarin wordt gesteld dat de personen die in het pandregister worden geregistreerd “beschikken over een recht tot toegang en een recht tot verbetering in overeenstemming met de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer […]”.

Indien het de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp om op een bepaald aantal punten af te wijken van de wet van 8 december 1992, dienen ze deze bedoeling duidelijk te formuleren en moeten ze de genoemde afwijkingen rechtvaardigen ten aanzien van artikel 22 van de Grondwet en ten aanzien van de richtlijnen die de wet omzet.

Betreffende het doeleinde van de verwerking

3. De uitdrukkelijke vermelding van het doeleinde van de verwerking van de gegevens is een wezenlijk bestanddeel van de bescherming die wordt geregeld door de wet van 8 december 1992[2-3]. Het is met name naar de maatstaf van dit doeleinde dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen rechtmatige en onrechtmatige verwerking en dat kan worden nagegaan of de te verwerken gegevens “toereikend, terzake dienend en niet overmatig” zijn[4]. Het is eveneens naar de maatstaf van dit doeleinde dat de relevantie kan worden beoordeeld van een al dan niet ruim gesteld recht op raadpleging ten behoeve van het publiek.

[2] Zie artikel 4, 2°, van de wet van 8 december 1992.

[3] Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, advies 22/2012, 4 juli 2012, opmerking 9.

[4] Artikel 4, 3°, van de wet van 8 december 1992.

Het voorontwerp van wet vermeldt expliciet het doeleinde van de verwerking (ontworpen artikel 15, artikel 19 van het voorontwerp), hoewel bepaalde passages van de memorie van toelichting in dit verband aanleiding geven tot onduidelijkheid[5].

Dit doeleinde bestaat erin dat een alternatieve vorm van openbaarheid wordt gecreëerd naast de openbaarheid gecreëerd door de buitenbezitstelling van het verpande goed. Het is erom te doen personen die beroepshalve het verpande goed (waartegen een recht van zaaksgevolg zou worden uitgeoefend) zouden aanschaffen, alsook personen voor wie een tweede pand op het reeds verpande goed tot stand zou kunnen komen, te hunnen gunste en tot zekerheid van een schuldvordering, opmerkzaam te maken op het bestaan van het pand.

De steller van het voorontwerp dient erover te waken dat dit doeleinde nauwlettend in acht wordt genomen, wat niet altijd het geval is[6].

Betreffende de verplichtingen van de persoon belast met de verwerking van het bestand

4. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft in haar advies 22/2012, gegeven op 4 juli 2012, het volgende meegedeeld:

> "15. De Commissie waardeert dat het laatste lid van artikel 26 de verantwoordelijke voor de verwerking (de dienst Hypotheken) expliciet aanduidt zoals vereist door artikel 1, § 4, 2de lid van de WVP. De memorie van toelichting[7] vermeldt evenwel dat de rol van het register louter receptief is. De Commissie stelt vast dat de rol die voorbehouden wordt aan de verantwoordelijke voor de verwerking verminderd werd ten opzichte van de WVP:
>
> - wat de verantwoordelijkheid betreft met betrekking tot de kwaliteit van de gegevens:
>
> Ingevoegd artikel 29; 2de lid: De pandhouder is tot schadevergoeding gehouden voor iedere schade ten gevolge van de invoering van onjuiste gegevens;
>
> Ingevoegd artikel 30, 6°: onder de in het register te vermelden gegevens bevindt zich de verklaring van de pandhouder dat hij aansprakelijk is voor iedere schade ten gevolge van de invoering van onjuiste gegevens;

[5] Bepaalde passages van de memorie van toelichting zouden de indruk kunnen wekken dat het bestand ruimere doeleinden van "vermogensinlichtingen" zou kunnen dienen ten behoeve van personen die geschikt zijn noch als mogelijke pandhouder noch als mogelijke "kandidaat-verkrijger" van het verpande goed. Zo wordt op bladzijde 25 van de memorie van toelichting gesteld: "Het pandregister is (…) door iedereen vrij consulteerbaar (artikel 39) en verschaft dus belangrijke informatie aan schuldeisers, financiers, medecontractanten en andere belanghebbenden (curatoren, schuldbemiddelaars, gerechtsdeurwaarders bij beslag en evenredige verdeling of aan verzekeringsmaatschappijen in het raam van art. 58 Verzekeringswet)".

[6] Zie met name de bijzondere opmerking bij de artikelen 35 en 36 van het voorontwerp.

[7] *Voetnoot 8 van het geciteerde advies:* Commentaar bij de voorstellen van wijziging, C. Pandrechten, 4) publiciteit.

- wat de kennisgeving betreft aan de betrokkene (m.a.w. de pandgever):

Ingevoegd art. 29, 3de lid - art. 32, 3de lid - art. 35, 4de lid: de pandhouder brengt schriftelijk de pandgever op de hoogte van de registratie / de wijziging van de registratie / de hernieuwing van de registratie;

Betreffende de kennisgeving van de registratie[8] aan de betrokken pandgever door de pandhouder, stelt de Commissie vast dat het gaat om een geoorloofde afwijking, bedoeld in artikel 9, § 2, 2de lid, *littera* b) van de WVP die de verantwoordelijke voor de verwerking vrijstelt indien de persoonsgegevens niet bij de betrokkene zijn verkregen en wanneer de registratie verricht wordt met het oog op de toepassing van een bepaling voorgeschreven door of krachtens een wet.

De Commissie stelt niettemin vast dat als de kennisgeving niet effectief door de pandhouder wordt verricht, de verwerking niet als loyaal kan beschouwd worden (gebrek aan transparantie). Er is overigens in geen enkele sanctie voorzien jegens de pandhouder.

16. De Commissie herinnert er in het algemeen aan dat artikel 16 van de WVP vereist dat veiligheidsmaatregelen worden genomen door de verantwoordelijke voor de verwerking. Ter zake verwijst de Commissie naar de 'referentiemaatregelen voor de beveiliging van elke verwerking van persoonsgegevens' alsook naar de 'minimale veiligheidsnormen van toepassing sedert 1 januari 2011'[9]"

Het bijzondere van het toekomstige register is dat het louter "receptief" is. De gebruiker zelf van het bestand brengt de vermeldingen daarin aan, zonder enige filter of toezicht door de persoon die voor het bestand zorg draagt, en eventuele vergissingen - met het nadeel dat daardoor kan worden berokkend - vallen enkel onder de verantwoordelijkheid van deze gebruiker[10]. Er kunnen vragen rijzen over de verenigbaarheid van een dergelijke regeling met artikel 4, § 2, van de wet van 8 december 1992, dat stelt: "Op de verantwoordelijke voor de verwerking rust de plicht om voor de naleving van het bepaalde in [artikel 4,] § 1[, van deze wet] zorg te dragen", en met artikel 6, lid 2, van richtlijn 95/46/EG[11] dat door de voornoemde bepaling wordt omgezet. Meer in het algemeen rijst de vraag of deze louter "passieve" rol van de persoon belast met de verwerking verenigbaar is met de positieve verplichting die door artikel 22 van de Grondwet, uitgelegd in het licht van artikel 8 van het EVRM, wordt opgelegd aan het openbaar gezag met het oog op de daadwerkelijke naleving van het recht op eerbiediging van het privéleven[12].

---

[8] *Voetnoot 9 van het geciteerde advies:* Maar ook van de wijziging van het pand en de hernieuwing.

[9] *Voetnoot 10 van het geciteerde advies:* Cf. website van de Commissie.

[10] Vergelijk met het Franse systeem waar de griffie van de rechtbank waar het pand is ingeschreven, zorg moet dragen voor de inschrijving: http://www.cngtc.fr/fichier-national-gages.php.

[11] Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens'.

[12] Zie GwH 10 november 2011, nr. 166/2011: "B.16.6. Artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens houdt niet alleen een verbod in op willekeurige inmengingen in het privé- en gezinsleven, maar

Betreffende de toegang tot het bestand en de verbetering van de gegevens

5. In artikel 38 van het voorontwerp (ontworpen artikel 33, tweede lid) wordt gesteld dat de personen die in het pandregister worden geregistreerd over een recht tot toegang en een recht tot verbetering beschikken, zoals bedoeld bij de wet van 8 december 1992. In deze wet wordt bepaald (artikel 12, § 2) dat het verzoek om verbetering rechtstreeks wordt gericht aan de persoon die belast is met de verwerking, *in casu* de dienst Hypotheken van de algemene administratie van de Patrimoniumdocumentatie van de federale overheidsdienst Financiën.

Ten aanzien van de wezenlijke rol die de persoon belast met de verwerking vervult bij het waarborgen van de rechtszekerheid, is artikel 37 van het voorontwerp niet toelaatbaar doordat het de indruk wekt dat het optreden van de pandhouder, handelend uit eigen beweging of op verzoek van de pandgever (ontworpen artikel 33, eerste lid), noodzakelijk is om onjuiste gegevens te wijzigen. De tekst moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

Daarbij komt nog dat, luidens artikel 12 van de voornoemde wet van 8 december 1992, het recht op verbetering “kosteloos” kan worden uitgeoefend. Deze kosteloze verbetering is echter schijnbaar in tegenspraak met artikel 33 van het voorontwerp, waarin wordt bepaald dat een “retributie” (te bepalen door de Koning) verschuldigd is voor de registratie, raadpleging, wijziging, hernieuwing of verwijdering van gegevens. De Koning kan enkel voor de raadpleging van het register bepalen dat deze, bij wijze van uitzondering, kosteloos is.

Artikel 32 van het voorontwerp bepaalt dat de authenticatie van de gebruiker van het pandregister vereist is voor elke registratie of raadpleging. In de tekst zelf noch in de memorie van toelichting wordt evenwel aangegeven wat moet worden verstaan onder authenticatie. Wordt hier de vermelding van het nummer van het rijksregister bedoeld?

---

eveneens een verplichting voor de verdragsstaten om de nodige maatregelen te nemen met het oog op het verzekeren van het effectieve genot van het privé- en gezinsleven (zie onder meer EHRM, 26 maart 1985, *X en Y* t. Nederland, § 23; 22 oktober 1996, *Stubbings e.a.* t. Verenigd Koninkrijk, § 62; 24 februari 1998, *Botta* t. Italië, § 33; 25 januari 2000, *Ignaccolo-Zenide* t. Roemenië, § 94; 7 februari 2002, *Mikulic* t. Kroatië, § 57; 17 juli 2003, *Craxi nr. 2* t. Italië, § 73). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft uit dat artikel onder meer de verplichting afgeleid om voldoende inspanningen te leveren met het oog op het beëindigen van herhaalde inbreuken op het genot van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven (*Surugiu* t. Roemenië van 20 april 2004, § 68), en om, in geval van aantasting van dat recht, een daadwerkelijk onderzoek te voeren naar de concrete omstandigheden van de zaak en zo nodig de personen die verantwoordelijk zijn voor bepaalde tekortkomingen te bestraffen (*Craxi nr. 2* t. Italië van 17 juli 2003, §§ 74 en 75). Artikel 22, tweede lid, van de Grondwet bevat een soortgelijke positieve verplichting. Uit de parlementaire voorbereiding van dat artikel blijkt dat de Grondwetgever ‘een zo groot mogelijke concordantie [heeft willen nastreven] met artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), teneinde betwistingen over de inhoud van dit Grondwetsartikel respectievelijk art. 8 van het EVRM te vermijden’ (*Parl St.*, Kamer, 1993-1994, nr. 997/5, p. 2)”.

II. MACHTIGINGEN AAN DE KONING

6. Meerdere bepalingen van het voorontwerp worden aangevuld met een machtiging aan de Koning om “de wijze van toepassing” ervan te bepalen.

Een dergelijke bepaling is in principe zinloos, gelet op artikel 108 van de Grondwet dat stelt: “De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen”. De strekking van deze grondwettelijke bepaling is immers dat aan de Koning in het algemeen en zonder dat een bijzondere bekrachtiging vereist is, machtiging wordt verleend waarbij Hij uit het beginsel van de wet en uit haar algemene opzet de gevolgen moet afleiden die er natuurlijk uit voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en volgens de doelstellingen die zij nastreeft, zonder dat Hij de draagwijdte van de wet mag uitbreiden of beperken[13].

Dat in sommige bepalingen een aldus geformuleerde machtiging wordt vermeld, doet de indruk ontstaan dat de Koning voor andere bepalingen, waar een soortgelijke machtiging ontbreekt, verstoken zou zijn van Zijn algemene uitvoeringsbevoegdheid, wat niet aanvaardbaar is.

Dienovereenkomstig moeten deze machtigingen worden weggelaten.

Indien het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp de Koning bijzondere machtigingen te verlenen die verder gaan dan deze algemene bevoegdheid, moet hij ze nauwkeuriger omschrijven en hun precieze strekking vermelden. Hij mag evenwel niet over het hoofd zien dat de machtigingen aan de uitvoerende macht beperkt moeten zijn wanneer de betrokken bepalingen betrekking hebben op aangelegenheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt, zoals bijvoorbeeld aangelegenheden betreffende het pandregister, die de eerbiediging van het recht op privéleven, gewaarborgd door artikel 22 van de Grondwet, kunnen beperken.

---

[13] Cass. (ver. k.) 18 november 1924, *Pas*. 1925, I, 25-27, inz. 27. Zie ook de conclusie van procureur-generaal W.J. Ganshof van der Meersch, toenmalig advocaat-generaal, voor het arrest van 17 mei 1963 van het Hof van Cassatie (*J.T.*, 1963, 587-592, inz. 589). GwH 12 november 1992, nr. 70/1992, B.4.2; 10 juni 1993, nr. 45/1993, B.3.2; RvS (afdeling Wetgeving) 4 oktober 2004, advies 37.687/2; raadpleeg het jaarverslag 2007-2008 van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be), §§ 8 en 9; *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, inz. aanbeveling 7.2.

In dat geval moet de wetgever immers zelf de wezenlijke kenmerken van de betrokken aangelegenheden regelen, waarbij de machtigingen, voldoende nauwkeurig omschreven, alleen betrekking kunnen hebben op de beginselen die hijzelf heeft vastgesteld[14].

Voor het overige wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen betreffende sommige bepalingen van het voorontwerp die soortgelijke machtigingen bevatten als die welke in deze algemene opmerking worden behandeld.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

OPSCHRIFT

Het opschrift van het ontwerp geeft de inhoud ervan slechts onvolledig weer, aangezien het ontwerp niet louter het Burgerlijk Wetboek wijzigt.

Het opschrift moet worden herzien.

DISPOSITIEF

Artikel 1

Luidens artikel 1 zou de ontworpen wetgeving volledig onder het optionele bicamerisme vallen bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

De artikelen 93 en 94 van het voorontwerp bevatten echter bepalingen tot wijziging van de bevoegdheid ratione materiae van de gewone rechtbanken, die onder het volledige bicamerisme vallen (artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet).[15]

Artikelen 6 en 8

Bij het lezen van het ontworpen artikel 2 heeft de lezer de indruk dat het pand een louter op consensus berustende overeenkomst is, die gewoon via wederzijdse instemming tot stand komt, terwijl uit het ontworpen artikel 4, tweede lid, opgemaakt lijkt te kunnen worden dat wanneer de pandgever een consument is, de overeenkomst alleen geldig is indien

[14] W. PAS en B. STEEN, “Met het nodige voorbehoud - Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever - deel 1”, *T.v.W.*, 2004, 362-384.

[15] Zie inzonderheid advies 51.491/3, op 2 juli 2012 verstrekt over een voorontwerp van wet ‘betreffende de implementatie van het Verdrag van ’s-Gravenhage van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen’.

een schriftelijk document is opgesteld dat aan een aantal formele criteria beantwoordt. Die dubbelzinnigheid moet worden weggewerkt.

Artikel 8

Het zou goed zijn in het ontworpen tweede lid nauwkeuriger te verwijzen naar onderdeel 3° van artikel 2 van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’.

Dezelfde opmerking geldt voor de rest van het voorontwerp.

Artikel 15

De precieze strekking van het ontworpen artikel 11, derde lid, is de Raad van State niet helemaal duidelijk.

In de memorie van toelichting wordt de tekst enkel geparafraseerd. Het verdient aanbeveling deze bepaling duidelijker te stellen wat het beoogde doel betreft.

Artikel 19

Het is de Raad van State niet duidelijk waarom in het ontworpen artikel 15 niet dezelfde regeling van toepassing zou zijn in het ontworpen tweede en het ontworpen derde lid.

Ook al wordt in de memorie van toelichting wat dat betreft verwezen naar de aanbevelingen van de *UNCITRAL, Legislative Guide*[16], toch wordt aan de steller van het voorontwerp aangeraden de verschillende regelingen gehanteerd in de beide leden nader te verantwoorden in de memorie van toelichting.

Artikel 20

De uitdrukking “goede pandgever” in het ontworpen artikel 16 moet wellicht begrepen worden als een equivalent van de gebruikelijke uitdrukking “goede huisvader”.

Zo niet moet de tekst worden herzien.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 49.

[16] Commissie van de Verenigde Naties voor Internationaal Handelsrecht.

Artikel 23

In tegenstelling tot de memorie van toelichting maakt het ontworpen artikel 19 geen onderscheid naargelang de goederen onroerend worden door bestemming of door incorporatie. De tekst moet op dat punt naar behoren worden aangevuld.

Artikel 33

1. Het zou beter zijn in de Franse tekst van het ontworpen artikel 28, eerste lid, het woord “rétribution” te vervangen door het woord “redevance”.

2. Aangezien het in het ontworpen artikel 28, tweede lid, gaat om een wet die de persoonlijke levenssfeer raakt, een aangelegenheid die uitsluitend in handen van de wetgever ligt, moet deze laatste zelf bepalen volgens welk principe de Koning bepaalt welke categorieën personen of instellingen kosteloosheid genieten.

Artikelen 35 en 36

Volgens de regeling van de wet van 8 december 1992 en de richtlijn die daarbij wordt omgezet, zouden de geregistreerde gegevens en *a fortiori* de geraadpleegde gegevens[17] “toereikend, terzake dienend en niet overmatig” moeten zijn, uitgaande van de doeleinden van de verwerking. Van de gegevens betreffende de identiteit van de pandgever, de omschrijving van het in pand gegeven voorwerp, de datum van inschrijving (die bepalend is voor de rang) en het bedrag van het krediet dat het pand vertegenwoordigt zou gesteld kunnen worden dat ze “toereikend, terzake dienend en niet overmatig” zijn. De Raad van State plaatst echter vraagtekens bij de relevantie en derhalve het niet-overmatige karakter uit het oogpunt van het doeleinde van de verwerking, van extra gegevens zoals de identiteit van de pandhouder (ontworpen artikel 31, 2°) en de aanduiding van de gewaarborgde schuldvorderingen (ontworpen artikel 31, 5°).[18]

Artikel 41

Het is wenselijk er in het ontworpen artikel 36, tweede lid, uitdrukkelijk op te wijzen dat in geval van betaling van de schuld, de pandhouder ervoor moet zorgen dat de registratie in het register geschrapt wordt.

---

[17] Zie artikel 39 van het voorontwerp waaruit blijkt dat een grote openbaarheid wordt gegeven aan de gegevens bedoeld in de artikelen 35 en 36, doordat het register voor iedereen zonder onderscheid toegankelijk is.

[18] Er zij opgemerkt dat de Franse wetgeving geen “rechtstreeks” inzagerecht van al die gegevens kent (http://www.cngtc.fr/fichier-national-gages.php).

Artikel 53

1. De Raad van State wijst erop dat, in tegenstelling tot wat in de bespreking van het ontworpen artikel 46 staat, dit artikel de tekst van het huidige artikel 2078 van het Burgerlijk Wetboek niet letterlijk overneemt wat betreft de uitwinning van het pand wanneer de pandgever een consument is, aangezien het ook voorziet in de mogelijkheid dat de pandhouder gemachtigd wordt het pand onderhands te verkopen. Die toevoeging moet gewettigd worden.

2. In de Franse versie van het ontworpen artikel 46, eerste lid, schrijve men: “sauf à lui à faire ordonner en justice […]”.

Artikel 54

1. De twee voornaamste nieuwigheden van het voorontwerp zijn:

- dat een pand kan worden gevestigd zonder buitenbezitstelling; en

- dat de schuldeiser het pand kan uitwinnen zonder voorafgaande rechterlijke machtiging.

Bij de huidige stand van het recht bestaat het voordeel van het pand, naast het voorrecht dat bij artikel 2073 van het Burgerlijk Wetboek aan de pandhouder wordt toegekend, juist in de buitenbezitstelling, en dus in de zeer gunstige situatie voor een pandhoudende schuldeiser ten opzichte van een niet-pandhoudende schuldeiser, waarbij de eerstgenoemde reeds beschikt over het goed en hij de rechter kan vragen dat het ofwel “aan hem zal verblijven [ter] betaling” (en ten belope van de schuld), ofwel openbaar verkocht wordt (artikel 2078 van het Burgerlijk Wetboek), zonder dat hij het goed eerst in beslag moet laten nemen om het uit het vermogen van zijn schuldenaar te lichten.

Aangezien het voorontwerp voorziet in een pand zonder buitenbezitstelling, is het de Raad van State niet duidelijk hoe de pandhouder – die het in pand gegeven goed niet bezit - het pand daadwerkelijk zal kunnen uitwinnen in het – in de praktijk waarschijnlijke – geval dat de pandgever weigert hem het goed spontaan te overhandigen. Als de schuldeiser niet over het in pand gegeven goed beschikt zal het voor hem in de praktijk erg moeilijk zo niet onmogelijk zijn, op zijn minst voor sommige in pand gegeven goederen, deze te verkopen of te verhuren. In de memorie van toelichting staat dat de uitwinning op een economisch verantwoorde wijze moet plaatsvinden en wordt het volgende gepreciseerd:

> “Uiteraard behoudt de pandhouder het recht om zijn pandrecht uit te oefenen overeenkomstig de middelen van tenuitvoerlegging van het Gerechtelijk Wetboek, nl. door beslag te leggen”.

Het laat zich aanzien dat zulk een inbeslagname altijd nodig zal zijn wanneer het gaat om een pand zonder buitenbezitstelling en de pandgever weigert het goed aan de schuldeiser te overhandigen wanneer deze beslist het pand uit te winnen, wat het voordeel dat het pand uitgewonnen kan worden zonder voorafgaande rechterlijke machtiging bijzonder sterk afzwakt, vermits het uitvoerend beslag (de enige manier om het in beslag genomen goed te koop te stellen) vereist dat de beslagleggende schuldeiser een zekere, vaststaande en opeisbare schuldvordering bezit, wat hij enkel kan bewijzen door een uitvoerbare titel over te leggen. De ontworpen regeling sterkt er net toe de schuldeiser die titel te ontzeggen.

De steller van het voorontwerp zou dit bezwaar moeten ondervangen.

2. In de Franse versie van het ontworpen artikel 47, tweede lid, moet het woord “raisonnable” vervangen worden door het woord “justifié”. Aldus stemt het beter overeen met de Nederlandse versie en met de bespreking van het artikel in de memorie van toelichting.

Artikel 55

In het ontworpen artikel 48, eerste lid, is er sprake van “tien werkdagen”.

Aangezien dit begrip in juridisch opzicht nergens duidelijk omschreven wordt en het voorontwerp van toepassing zal zijn in contexten waarin het begrip werkdag kan verschillen, zou het moeten worden gedefinieerd, ofwel zou moeten worden voorzien in een termijn berekend in “dagen”. Dat laatste verdient de voorkeur.

Artikelen 61 en 63

1. In de ontworpen tekst wordt voortaan voorzien in het recht voor de pandhouder om tot uitwinning van het pand over te gaan zonder enige voorafgaande rechterlijke tussenkomst, behalve wanneer de pandgever een “consument” is. De pandhouder kan aldus de gedwongen tenuitvoerlegging eisen van de verplichtingen van zijn schuldenaar, door middel van de uitwinning van het pand, zonder te beschikken over enige uitvoerbare titel (memorie van toelichting, blz. 28). De enige verplichting van de pandhouder is dat deze de debiteur vooraf in kennis stelt van zijn voornemen tot uitwinning van het pand. “Met het oog op de rechtszekerheid” (memorie van toelichting, blz. 28) wordt in de ontworpen wet voorzien in een termijn van tien dagen tussen de kennisgeving en de uitwinning van het pand.

Dit van het gemene recht afwijkend recht wordt gecompenseerd door de mogelijkheid voor de pandgever om zich inzonderheid “op ieder ogenblik” tot de rechter te wenden “ter beslechting van ieder geschil dat bij de uitwinning kan rijzen” (het in artikel 61 ontworpen artikel 54). Volgens de memorie van toelichting zou de mogelijkheid om zich tot

een rechter te wenden, in dit stadium van de uitwinningsprocedure, “in principe enkel betrekking [kunnen] hebben [op] de vraag of de schuldenaar in verzuim is en [op de] vraag of de voorgenomen wijze van uitwinning economisch verantwoord is” (blz. 28). Deze beperking wat betreft het voorwerp van de vordering blijkt evenwel niet uit de tekst van het ontworpen artikel, waarin sprake is van “ieder geschil dat bij de uitwinning kan rijzen”, hetgeen beduidend ruimer is. Deze dubbelzinnigheid behoort te worden weggewerkt.

De beslagrechter (wiens bijzondere bevoegdheid in deze aangelegenheid bepaald wordt in het in artikel 94 ontworpen nieuwe artikel 1395, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek) dient uitspraak te doen “bij voorrang boven alle zaken”. Hij beslecht de geschillen die hem worden voorgelegd ten gronde. Tegen zijn beslissing kan geen gewoon rechtsmiddel worden aangewend.

2. Deze belangrijke afwijkingen van het gemene recht inzake de rechtspleging worden niet op afdoende wijze gerechtvaardigd door de steller van de tekst. Ze zouden enkel gerechtvaardigd kunnen worden indien in de ontworpen tekst bepaald zou worden dat de vordering die ingesteld wordt op grond van het ontworpen artikel 54 opschortend zou werken wat betreft de door de schuldeiser aangevatte procedure voor de uitwinning van het pand. Die opschorting, die in ieder geval beperkt in de tijd zou moeten zijn gelet op het feit dat de rechter uitspraak dient te doen “bij voorrang boven alle zaken” en gelet op de ontstentenis van gewone rechtsmiddelen, zou een nuttig tegenwicht kunnen vormen voor het van het gemene recht afwijkend recht van de schuldeiser om zonder enige uitvoerbare titel en zonder voorafgaande rechterlijke controle over te gaan tot de uitwinning van het pand. In dat geval zou het nuttig zijn om in de ontworpen tekst te bepalen dat het voorwerp van de vordering bedoeld in het ontworpen artikel 54 enkel betrekking mag hebben op de afdwingbaarheid van de schuldvordering (“verzuimt de schuldenaar te betalen ?”) en op de vraag of de voorgenomen wijze van uitwinning economisch verantwoord is[19].

Zonder zulk een opschortende werking kan deze procedure geen daadwerkelijke compensatie vormen voor de van het gemene recht afwijkende rechten van de pandhouders.

Zulk een opschortende werking zou overigens ook verklaren waarom de pandhouder ertoe gehouden is kennis te geven van zijn bedoeling om over te gaan tot uitwinning van het pand en waarom de pandhouder een wachttijd in acht moet nemen, zoals bepaald in artikel 55 van het voorontwerp, tussen de kennisgeving van zijn bedoeling om het pand uit te winnen en de daadwerkelijke uitvoering van die uitwinning.

[19] Het gebruik van het woord “voorgenomen”, in de memorie van toelichting, veronderstelt dat een debat over de wijze van uitwinning mogelijk moet zijn, voor de beslagrechter, op het initiatief inzonderheid van de schuldenaar-pandgever, voordat de uitwinning effectief plaatsvindt. Dit is een reden te meer waarom die vordering opschortend zou moeten werken.

Teneinde vertraging te vermijden bij de uitwinning van het pand, verdient het aanbeveling om te preciseren dat de vordering moet worden ingesteld binnen een termijn van tien dagen volgend op de kennisgeving door de pandhouder van zijn bedoeling om het pand uit te winnen. In dat geval zou in de ontworpen tekst, om de rechten van de partijen te waarborgen, moeten worden gepreciseerd in welke vorm die kennisgeving dient te gebeuren, naast het vereiste dat deze op zijn minst bij een ter post aangetekende brief moet worden verzonden. Er behoort eveneens verwezen te worden naar artikel 53 van het Gerechtelijk Wetboek wat betreft de berekening van de termijn van 10 dagen.

Door de opschortende werking van de in het ontworpen artikel 54 bedoelde vordering, is de steller van de tekst genoodzaakt om de specifieke regeling te herzien die vastgelegd wordt in het in artikel 56 ontworpen artikel 49, met betrekking tot de uitwinning van bederfbare goederen (hetzij door het behoud van het vereiste van de kennisgeving, maar dan met een kortere termijn, hetzij door te voorzien in een unilaterale machtigingsprocedure waarbij de rechter de mogelijkheid geboden wordt na te gaan in welke mate er een risico bestaat van bederf van het pand, hetzij door enige andere oplossing waarbij tegemoetgekomen wordt aan de noodzaak om het pand met spoed uit te winnen zonder dat daardoor de rechten van de andere belanghebbende partijen en in het bijzonder van de pandgever op onevenredige wijze geschonden zouden worden).

De Raad van State merkt overigens op dat hoewel er in een regeling wordt voorzien voor de in pand gegeven bederfbare goederen wat betreft de bijzondere aard van de uitwinning ervan, in het voorontwerp niets wordt bepaald over het ongetwijfeld vaker voorkomend geval waarbij het goed bederft gedurende de inpandgeving, voordat voldaan is aan de voorwaarden voor de uitwinning ervan. Het lijkt noodzakelijk om te bepalen welke de verplichtingen zijn van de partij die het in pand gegeven goed onder zich heeft op het ogenblik dat dat goed bederft, en om de procedure te bepalen die in dat geval dient gevolgd te worden, rekening houdend met de verhouding tussen de respectieve rechten die in het geding zijn.

3. Het in artikel 63 ontworpen artikel 56 voorziet zijnerzijds in een “rechterlijke controle *a posteriori*”. Het betreft een rechtsvordering die uitsluitend toegewezen wordt aan de pandgever die zich “binnen een redelijke termijn” tot de rechter kan wenden “na de voltooiing van de uitwinning”, “bij betwisting over de wijze van uitwinning en de aanwending van de opbrengst”. Zulk een vordering zou, gelet op het voorwerp ervan, volledig of gedeeltelijk betrekking kunnen hebben op dezelfde betwistingen als die welke voorgelegd worden aan de beslagrechter krachtens de procedure bedoeld in het ontworpen artikel 54.

Overigens wordt in artikel 94 van het voorontwerp op algemene wijze aan de beslagrechter de bevoegdheid verleend om kennis te nemen “alle vorderingen betreffende roerende zakelijke zekerheden en betreffende het pandregister”. Zulke vorderingen kunnen

ook betrekking hebben op dezelfde geschilpunten als die bedoeld in de ontworpen artikelen 54 en 56.

Gelet op die algemene bevoegdheid van de beslagrechter, vraagt de Raad van State zich af of het wel opportuun is om in de specifieke procedure te voorzien waarvan sprake in het ontworpen artikel 56, die van rechtswege geldt.

Het is de Raad van State bovendien niet duidelijk waarom de vordering bedoeld in het ontworpen artikel 56 uitsluitend voorbehouden is aan de pandhouder. Deze beperking is des te minder gerechtvaardigd daar

- andere partijen een belang kunnen hebben bij de betwisting van de wijze waarop het pand is uitgewonnen en/of de opbrengst is aangewend (inzonderheid andere schuldenaars); en daar

- in de memorie van toelichting wordt gepreciseerd dat die vordering eveneens kan worden ingesteld door de derde-pandgever (blz. 67), hetgeen in de tekst van het voorontwerp niet wordt bepaald.

4. De twee procedures waarvan sprake in de ontworpen wet zouden kunnen interfereren en aldus de rechten van de partijen schaden. De beslissing die genomen wordt door de beslagrechter in het kader van de procedure bedoeld in het ontworpen artikel 54, krijgt, zonder meer, gezag van gewijsde en zal in voorkomend geval ook in acht moeten worden genomen door dezelfde rechter die in een later stadium uitspraak moet doen over de vordering in verband met de controle *a posteriori*, die betrekking kan hebben op dezelfde geschilpunten, waardoor die procedure doelloos wordt. En dit terwijl tegen de beslissing die genomen is in het kader van het ontworpen artikel 54 geen enkel gewoon rechtsmiddel openstaat en die zaak ook noodgedwongen op een zeer beperkte wijze in staat van wijzen zal zijn gebracht – waarbij, daarmee samenhangend, de rechten van de verdediging ingeperkt zullen worden – daar de rechter “bij voorrang boven alle zaken” uitspraak moet doen.

Om dat bezwaar te verhelpen en met inachtneming van de strekking van de ontworpen bepalingen, lijkt het aangewezen om de rechtsgevolgen van de beslissing die gewezen wordt op het ogenblik van de uitwinning van het pand te beperken, door te preciseren dat, in dat geval, de beslagrechter bij voorraad uitspraak doet en dat zijn beslissing derhalve geen gezag van gewijsde heeft. Die vordering zou in dat geval moeten worden beschouwd als een oneigenlijk kort geding. Wanneer de beslagrechter, in het kader van de controle *a posteriori*, ten gronde uitspraak moet doen over wat alleen maar een aansprakelijkheidsvordering kan zijn, zal hij niet gebonden zijn door de beslissing die tijdens een spoedbehandeling bij voorraad genomen is op het ogenblik van de uitwinning van het pand. De situatie zou dan precies dezelfde zijn wanneer, in een zelfde geschil, de bodemrechter uitspraak doet over de schadevergoeding nadat de rechter in kort geding al bij voorraad uitspraak heeft gedaan.

5. De ontworpen tekst verleent aan de beslagrechter een bijzondere bevoegdheid voor “alle vorderingen betreffende roerende zakelijke zekerheden en betreffende het pandregister” (artikel 94 van het ontwerp, artikel 1395, derde lid, nieuw van het Gerechtelijk Wetboek). Het samenbrengen van die geschillen bij één enkele rechter is een geslaagd initiatief, daar dit de specialisatie van de rechter en de uniformisering van de rechtspraak ten goede komt. Aangezien de beslagrechter de natuurlijke rechter is inzake tenuitvoerlegging, is deze keuze gerechtvaardigd.

De bevoegdheid die aan deze rechter wordt verleend, reikt evenwel verder dan de problemen inzake de tenuitvoerlegging, aangezien hem eveneens het contentieux betreffende het pandregister wordt toegewezen. Met het oog op de rechtszekerheid en voor zover dit ook daadwerkelijk de bedoeling is van de steller van het voorontwerp, zou in de ontworpen tekst uitdrukkelijk dienen te worden bepaald dat wat het pandregister betreft, afgeweken wordt van de bijzondere bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende zoals in kort geding, zoals bepaald in artikel 14 van de wet van 8 december 1992.

De steller van het voorontwerp dient er evenwel rekening mee te houden dat de niet-toepassing van artikel 14 van de wet van 8 december 1992 en van de vordering waarin dat artikel voorziet, ten voordele van de exclusieve bevoegdheid van de beslagrechter, ertoe zou leiden dat de regel die vervat ligt in artikel 15 van dezelfde wet een deel van de bescherming moet prijsgeven die hij biedt aan de persoon wiens gegevens verwerkt worden in het pandregister. Dat artikel 15 luidt immers als volgt:

> “Onmiddellijk bij het ontvangen van het verzoek tot verbetering, verwijdering of verbod van gebruik of bekendmaking van persoonsgegevens of bij de kennisgeving van de instelling van het geding bedoeld in artikel 14 en tot een beslissing in kracht van gewijsde is getreden, dient de verantwoordelijke voor de verwerking bij elke mededeling van een persoonsgegeven duidelijk aan te geven dat het gegeven betwist is”.[20]

Het ontworpen dispositief zou bijgevolg moeten worden aangevuld teneinde daarin, ten bate van de persoon die zich tot de beslagrechter wendt om soortgelijke redenen als die welke vermeld worden in het voornoemde artikel 15, een in hoofdzaak identieke garantie op te nemen als die welke in dat artikel 15 vervat ligt.

Tot slot geldt volgens de ontworpen tekst de bijzondere bevoegdheid van de beslagrechter niet wanneer de pandgever een “consument” is in de zin van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’. In dat geval is het gemene recht van toepassing en dient de pandhouder door de gebruikelijk bevoegde rechter, namelijk de rechtbank van eerste aanleg, gemachtigd te worden om zijn pandrecht te gelde te maken. Aangezien de beslagrechter deel uitmaakt van deze rechtbank en hij in het ontwerp

[20] Niet benadrukt in de tekst.

aangeduid wordt als de bijzonder bevoegde rechter voor alle vorderingen betreffende roerende zakelijke zekerheden, zou het aangewezen en logisch zijn om zijn bevoegdheid uit te breiden tot het geval waarbij het pand gegeven wordt door een “consument” als bedoeld in de voornoemde wet, zonder dat deze bevoegdheidstoewijzing van die aard is dat daarmee de rechten van die zogenaamde “consumenten” worden geschonden. Het voordeel van deze oplossing is dat de uniformiteit van de rechtspraak ter zake beter gewaarborgd wordt.

6. Het ontworpen artikel 54, dat afwijkt van het gemene recht inzake de rechtspleging, bepaalt dat de zaak kan worden ingeleid bij dagvaarding of bij verzoekschrift, zonder verdere toelichting daarbij.

In zulk een mogelijkheid wordt overigens niet voorzien voor de vordering bedoeld in het ontworpen artikel 56. Dat verschil in behandeling tussen de ontworpen artikelen 54 en 56, waarvoor geen duidelijke reden bestaat, zou ook moeten worden verantwoord.

Volgens een vaste rechtspraak is het zo dat wanneer de wet afwijkt van het gemene recht vervat in artikel 700 van het Gerechtelijk Wetboek, door toe te staan dat een zaak wordt ingeleid bij verzoekschrift, de eisende partij haar vordering nog steeds kan instellen door middel van een dagvaarding bij deurwaardersexploot, op voorwaarde dat de kosten die gekoppeld zijn aan deze wijze van inleiding van de vordering te haren laste blijven als blijkt dat deze onnodig waren. Daar de wetgever uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet om de vordering in te leiden hetzij bij dagvaarding, hetzij bij verzoekschrift, is iedereen vrij om een beroep te doen op de dagvaarding en worden de kosten gedragen door de verliezende partij, waarbij ook niet het bewijs moet worden geleverd dat deze nodig waren. Is dat inderdaad de bedoeling van de steller van het voorontwerp ?

7. De precisering in het ontworpen artikel 56 (artikel 63 van het ontwerp) dat de vordering met betrekking tot de controle *a posteriori* moet worden ingeleid “binnen een redelijke termijn” dreigt rechtsonzekerheid te doen ontstaan, die ondervangen moet worden.

In de artikelsgewijze bespreking wordt gesteld dat de vordering moet worden ingesteld zodra de aanvrager “over alle gegevens beschik(t)” “en nadat gebleken is dat geen vergelijk mogelijk is” (blz 67). Het is de Raad van State *in casu* niet duidelijk waarom de wetgever als voorafgaande vereiste voor de vordering stelt dat er een vergelijk gezocht moet worden, hetgeen afwijkt van het gemene recht, tenzij uitdrukkelijk voorzien wordt in een voorafgaande verzoeningsprocedure.

In de memorie van toelichting wordt voorts gesteld dat, “omdat het niet mogelijk is om deze termijn *a priori* te bepalen, […] ervoor gekozen [wordt] om te spreken van een ‘redelijke termijn’ die door de rechter zal dienen te worden beoordeeld” (blz. 67), hetgeen een bron van grote rechtsonzekerheid vormt die ongetwijfeld aanleiding zal geven tot

uiteenlopende rechtspraak wat de beoordeling van die termijn betreft. Hoewel begrip opgebracht kan worden voor het feit dat men de geschillen betreffende de uitwinning van het pand en de verdeling van de opbrengst in de tijd wil beperken, lijkt het meer aangewezen om een vooraf bepaalde termijn vast te stellen na verloop waarvan de vordering niet meer ontvankelijk is. In dat verband dient eraan herinnerd te worden dat overeenkomstig het gemene recht de gedingvoerende partijen hun dossier mogen aanvullen tijdens het in staat stellen van de zaak en dat de ontdekking van een nieuw stuk of een nieuw feit reden kan zijn om hetzij opnieuw conclusies te laten neerleggen (artikel 748 van het Gerechtelijk Wetboek), hetzij om de debatten te heropenen (artikel 772 van het Gerechtelijk Wetboek)[21], hetgeen op afdoende wijze tegemoetkomt aan de noodzaak om de eisende partij in staat te stellen om "over alle gegevens (te) beschikken".

Artikel 65

Het voorontwerp van wet voert de mogelijkheid in om verscheidene panden te vestigen op eenzelfde goed. Dat doet problemen rijzen wat de rang betreft. De wet komt daaraan tegemoet, maar niet afdoende.

In dat geval immers wordt de rang ingenomen op de datum van de registratie. De registratie bedoeld in artikel 19 van het voorontwerp heeft niet alleen gevolgen voor de tegenwerpelijkheid van het pand ten aanzien van derden, maar ze verleent ook rang.

Het voorontwerp van wet handhaaft evenwel de mogelijkheid om het pand tegenwerpelijk te maken door middel van buitenbezitstelling (artikel 45). In dat geval wordt de volgorde van de rang bepaald door de bezitverkrijging. Zulk een regeling is niet afdoende om het rangconflict op te lossen, gezien de onzekerheid die er bestaat omtrent de juiste datum van de bezitverkrijging van het goed.

De Raad van State vraagt zich af of het wel wenselijk is af te stappen van de thans geldende regeling van het Burgerlijk Wetboek, waarin een onderscheid werd gemaakt tussen enerzijds het vestigen van een pand tussen partijen met buitenbezitstelling, en anderzijds de tegenwerpelijkheid van het voorrecht van het pandrecht ten aanzien van derden

[21] Naast het feit dat de procedure bedoeld in artikel 63 van het voorontwerp een gebrek aan samenhang vertoont, vergeleken met die waarvan sprake in de artikelen 8, 9, 9/1 en 11 van de wet van 15 december 2004 "betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten", welke wet niet gewijzigd wordt door het voorontwerp (memorie van toelichting, blz. 9), en eveneens voorziet in de mogelijkheid om het pand uit te winnen zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, maar
- niet voorziet in mogelijke rechtsmiddelen in het stadium van de uitwinning; en
- zich ertoe bepaalt te stellen, wat betreft de controle *a posteriori*, dat de rechten die op grond van de voornoemde bepalingen verleend worden aan de pandhouders "geen afbreuk (doen) aan de mogelijkheid voor de hoven en rechtbanken om achteraf de voorwaarden te controleren voor de realisatie van de als zekerheid verschafte financiële instrumenten of de waardering van die financiële instrumenten of het bedrag van de gewaarborgde schuldvordering".

door de “registratie” geregeld in artikel 2074 van het Burgerlijk Wetboek, welk artikel bij het voorontwerp van wet wordt geschrapt.

Aangezien de buitenbezitstelling het pand tegenwerpelijk maakt en rang verleent moet de wetgever bepalen hoe ten aanzien van derden het bewijs wordt geleverd van de datum van de buitenbezitstelling ten opzichte van tot de datum van de registratie die rang verleent aan de panden gevestigd zonder buitenbezitstelling.

Artikel 70

In het ontworpen artikel 60, derde lid, moeten de woorden “§1,” ingevoegd worden tussen de woorden “1690,” en “derde en vierde lid”.

Artikelen 96 tot 100

1. In hoofdstuk 4 “Opheffingsbepalingen” van het voorontwerp worden een reeks wetsbepalingen opgeheven die luidens de artikelsgewijze bespreking niet meer nodig zouden zijn gezien de nieuwe regeling inzake het pand.

De aldus gegeven uitleg is beknopt; er moet meer duidelijkheid worden verschaft en uitgelegd worden waarom die bepalingen geen bestaansreden meer zouden hebben.

Dat is des te meer zo daar sommige daarvan bepalen dat de toekenning van de categorieën leningen die ze reglementeren voorbehouden is aan gespecialiseerde instellingen die een hele reeks waarborgen moeten bieden en daardoor onderworpen zijn aan een vergunnings- of erkenningsregeling. Zo bijvoorbeeld bepaalt artikel 7 van de 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’, dat wordt opgeheven door artikel 98 van het voorontwerp, dat het pand op een handelszaak enkel kan worden gegeven aan kredietinstellingen die een vergunning hebben verkregen in één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap alsook aan de bij koninklijk besluit bepaalde financiële instellingen.[22] Zo ook bepalen de artikelen 1 en 2 van de wet van 15 april 1884 ‘op de landbouwleningen”, dat wordt opgeheven door artikel 99 van het voorontwerp, dat leningen en kredietopeningen aan landbouwers worden verwezenlijkt door

[22] Er bestaat een uitleggingsbepaling voor artikel 7: artikel 4 van de wet van 15 oktober 2008 (*Belgisch Staatsblad*, 17 oktober 2008 (tweede editie)): “[Artikel 7] 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 word[t] aldus uitgelegd dat de beoogde soorten van financiële instellingen niet worden beperkt tot deze bedoeld in de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen.”

tussenkomst van de kredietinstellingen die erkend zijn door de algemene raad van de Algemene Spaar- en Lijfrentekas.

De Raad van State vraagt zich af of de opheffing van die bepalingen tot gevolg heeft dat de inpandgeving van de materiële en immateriële goederen waaruit een handelsfonds bestaat niet meer hoeft plaats te vinden bij erkende instellingen, en of leningen aan landbouwers door ongeacht welke kredietverstrekker kunnen worden toegekend.

In dezelfde orde van gedachten vraagt de Raad van State zich ook af welke gevolgen het ontwerp kan hebben voor artikel 306 van het Strafwetboek, dat heeft willen verhinderen dat er concurrentie zou zijn voor de bergen van barmhartigheid die een vergunning krijgen van de regering en waarvan het doel erin bestaat leningen op inpandgeving van roerende goederen toe te kennen.[23]

2. Waar de steller van het voorontwerp in artikel 96 daarvan, artikel 11 van de wet van 5 mei 1872 ‘houdende herziening van het wetboek van koophandel betreffende het pand en de commissie’ opheft, verliest hij uit het oog dat dat artikel de artikelen 2 en 4 tot en met 10 van toepassing verklaart op het pand tot zekerheid van het wettelijk voorrecht van de commissionairs of van hun geldschieters, waarvan sprake is in afdeling II van titel II van dezelfde wet, een afdeling die nog altijd van kracht is en niet wordt opgeheven door het voorliggende voorontwerp.

Dat moet worden verholpen.

[23] L. Kennes en A. Weyembergh, *Droit pénal spécial*, T. I, Anthemis, 2011, 377:
“736. Aux termes de l’article 306, seront punis d’un emprisonnement de 8 jours à 3 mois et d’une amende de 143 à 5.500 euros – centimes additionnels compris – ‘ceux qui, sans autorisation légale, auront tenu des maisons de prêt sur gages ou nantissement’.
Les maisons de prêt sur gages sont les maisons qui se livrent à l’activité de prêts sur gages, c’est-à-dire à des prêts contre remise d’une chose mobilière pour sûreté de la dette. Les maisons privées de prêt sur gage sont en principe prohibées. Étant donné qu’un monopole légal a été conféré aux monts-de-piété publics ou caisses publiques de prêt pour ces activités, aucune maison privée ne peut encore recevoir d’autorisation pour s’y livrer. Ce que la loi punit, c’est le défaut d’autorisation, peu importe l’intention de l’auteur. Il s’agit donc d’une faute infractionnelle, qui n’exige aucun élément intentionnel spécifique”.

SLOTOPMERKINGEN

1. Artikel 2 van het voorontwerp luidt als volgt:

> "Titel XVII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek, omvattende de artikelen 2071 tot 2091, wordt vervangen door een nieuwe Titel XVII, luidende «Zakelijke zekerheden op roerende goederen» en omvattende de artikelen 1 tot 75."

De nummering van de artikelen waaruit het dispositief van het Burgerlijk Wetboek bestaat moet evenwel doorlopen, zodat het niet opgaat dat de vervangen titel begint met een artikel 1 in plaats van met een artikel 2071.[24]

2. Er moet voor gezorgd worden dat de Franse en de Nederlandse tekst volledig met elkaar overeenstemmen. Zo wordt meer bepaald

- in artikel 10 van het voorontwerp de Nederlandse term "pandovereenkomst" in het Frans vertaald met "convention de gage", en in artikel 14 van het voorontwerp (ontworpen artikel 10, tweede lid) met "acte de gage";

- dezelfde Franse term "accessoires" in artikel 16 van het voorontwerp vertaald met de Nederlandse term "bijhorigheden" en in artikel 74 van het voorontwerp met de Nederlandse term "toebehoren".

---

[24] *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab Wetgevingstechniek, aanbeveling 52, b) – en, voor de wijze van nummering van nieuwe artikelen die ingevoegd moeten worden tussen de bestaande artikelen, aanbeveling 123. Zie bijvoorbeeld de nummering van de artikelen 1389*bis*/1 tot 1391, die deel V, titel I, hoofdstuk I*bis* van het Gerechtelijk Wetboek vormen en die vervangen zijn bij artikel 2 van de wet van 29 mei 2000 'houdende oprichting van een centraal bestand van berichten van beslag, delegatie, overdracht en collectieve schuldenregeling, alsook tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek'.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R.	ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	P.	VANDERNOOT,	staatsraden,
	M.	PÄQUES,	
	S.	VAN DROOGHENBROECK,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
	J.	ENGLEBERT,	
Mevrouw	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de Heer P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER DE EERSTE VOORZITTER

A.-C. VAN GEERSDAELE R. ANDERSEN