

DE REDACTIE PRIVAAT IN SUBSIDIAIRE ORDE

Matthias E. STORME
gewoon hoogleraar KU Leuven
co-directeur TPR

1. Niets behoort meer tot het DNA van een goede advocaat dan het ontwikkelen van stellingen en aanspraken in subsidiaire orde. Sinds de Wet van 19 oktober 2015 houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie vinden we daarvan in het Belgisch Gerechtelijk Wetboek een uitdrukkelijke erkenning. In art. 744, dat een verplichte structuur oplegt voor de schriftelijke conclusies in een rechtsgeding, staat sindsdien te lezen dat de conclusies “bevatten tevens, achtereenvolgens en uitdrukkelijk: 1° de uiteenzetting van de voor de beslechting van het geschil pertinente feiten; 2° de aanspraken van de concluderende partij; 3° de middelen die worden ingeroepen ter ondersteuning van de vordering of het verweer, waarbij in voorkomend geval verschillende middelen genummerd worden en hun voordracht in hoofdorde of in ondergeschikte orde wordt vermeld”.

2. Buitenstaanders hebben hier soms moeite mee. Is de waarheid niet één en ondeelbaar? Mag men wel op twee paarden wedden? Ontduikt men de bewijsregels niet als men niet kan bewijzen wat in hoofdorde wordt aangevoerd en dan maar ondergeschikt iets anders aanvoert? Dit wantrouwen in de logica van de advocaat kwam tot recent tot uiting in de rechtspraak die een aanspraak op vergoeding wegens ongegronde verrijking afwees indien ze slechts ondergeschikt werd geldend gemaakt aan een in hoofdorde gestelde aanspraak (bv. uit overeenkomst) die men niet kon bewijzen. Nog in 2015 besliste het Hof van Cassatie - waarvan de rechtspraak intussen is gewijzigd, zie verder - dat het feit dat een eiser een lening aanvoert als grond voor verarming, maar die niet kan bewijzen, ertoe leidt dat de verrijking wel een grondslag heeft en niet zonder oorzaak is, zodat ze niet kan worden teruggevorderd(1).

(1) Cass. 5 juni 2015, C.14.0354.N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150605-1, *Jaarverslag cassatie* 2015, 39 = *RW* 2016-17, 225.

3. Nochtans getuigt de genoemde redenering van de advocaat in de meeste gevallen van een gezonde logica. Het is niet omdat een bepaalde aanspraak materieelrechtelijk slechts een subsidiaire aanspraak is, dat men niet in hoofddeorde de aanspraak zou kunnen laten gelden waaraan die eerstgenoemde subsidiair is. Een proces is geen weddenschap, en de advocaat wenst niet beide aanspraken te laten gelden, maar slechts één ervan.

Met die redenering geeft de advocaat meestal te kennen dat volgens zijn inzicht wat in ondergeschikte orde wordt aangevoerd ook materieelrechtelijk maar speelt voor zover het in hoofddeorde aangevoerde rechtsfeit zich niet heeft voorgedaan of niet zo dient te worden gekwalificeerd (niet tot het in hoofddeorde gestelde rechtsgevolg leidt). Het kan ook zijn dat de advocaat van oordeel is dat de partij die hij vertegenwoordigt de keuze heeft tussen verschillende rechtsgevolgen, daarbij een keuze maakt die in hoofddeorde wordt gesteld, maar veiligheidshalve de andere optie openhoudt voor het geval materieelrechtelijk aan de voorwaarden van de eerste optie toch niet zou zijn voldaan. Wanneer het rechtsgevolg van beide stellingen voor de partij hetzelfde is, hoeft de advocaat overigens niet aan onderschikking te doen: hij mag perfect het voorwerp van de eis parallel op twee rechtsgronden, de ene bij gebrek aan de andere, vorderen, en aan de rechter overlaten om de juiste rechtsgrond te bepalen; immers, *curia novit ius*.

Een voorbeeld van het eerste kan zijn dat men in hoofddeorde een vergoeding vordert wegens contractuele schade en een geldige overeenkomst aanvoert, ondergeschikt een - lagere - vergoeding voor buitencontractuele schade. Maar het kan er evengoed uit bestaan dat men in hoofddeorde een vergoeding vordert wegens buitencontractuele schade met betwisting van de geldigheid van een overeenkomst die een aansprakelijkheidsbeperking inhoudt, en ondergeschikt een beperktere vergoeding voor contractuele schade. Een voorbeeld van het tweede kan zijn dat een contractspartij in hoofddeorde de uitvoering in natura van een contractuele verbintenis vordert en ondergeschikt de ontbinding voor het geval de rechter de uitvoering in natura abusief zou vinden. Maar het kan er evengoed uit bestaan dat men in hoofddeorde de ontbinding vordert en ondergeschikt de nakoming voor het geval de rechter van oordeel zou zijn dat de wanprestatie niet ernstig genoeg is om de ontbinding te rechtvaardigen. Een voorbeeld van het derde vinden we wanneer het volgens de advocaat voor de omvang van de vergoeding in het concrete geval niets uitmaakt of de aansprakelijkheid contractueel of buitencontractueel is, of dat ze op een fout wordt gegrond of op een foutloze vergoedingsplicht.

4. Het feit dat materieelrechtelijk bepaalde aanspraken niet alternatief zijn, maar slechts subsidiair, maakt het dus nog geenszins tot een contradictie om procedureel in hoofddeorde een aanspraak aan te voeren die die subsidiaire aanspraak uitsluit. Dat men in het verleden vaak anders heeft geoordeeld voor aanspraken uit ongegronde verrijking, is des te merkwaardiger

omdat het subsidiair karakter van de aanspraak uit ongegronde verrijking helemaal niet zo bijzonder is in ons recht. Er zijn talloze andere voorbeelden van subsidiariteit waarbij de rechtspraak nooit besloten heeft de subsidiaire aanspraak te weigeren omdat men in hoofdorde een andere rechtsgrond heeft aangevoerd.

Bij nader toezien dient men bij die subsidiariteit van aanspraken of rechtsgronden in het recht m.i. wel een onderscheid te maken tussen twee vormen. In het ene geval - zoals bij ongegronde verrijking - kan men de subsidiaire aanspraak maar doen gelden indien men de aanspraak in hoofdorde nooit heeft gehad, in het andere geval kan men ze ook laten gelden indien de aanspraak in hoofdorde verloren is gegaan. In beide gevallen betekent de subsidiariteit wel dat het niet om zuivere alternatieven gaat, waartussen één van de partijen kan kiezen.

5. De situatie waarin men de subsidiaire aanspraak ook nog kan doen gelden wanneer de aanspraak in hoofdorde verloren is gegaan, zou ik uitoefeningssubsidiariteit willen noemen. Een typisch voorbeeld zien we bij zakelijke subrogatie: een zakelijk recht kan gehandhaafd worden op een vervangingsgoed, maar de aanspraak daarop kan slechts worden uitgeoefend wanneer het volgrecht op het oorspronkelijke goed verloren is gegaan⁽²⁾. Men kan die aanspraak niet afwijzen om de loutere reden dat de gesubrogeerde zijn volgrecht nog had kunnen uitoefenen indien hij sneller had gehandeld (en daardoor bv. had vermeden dat een derde-verkrijger te goeder trouw in het bezit van het oorspronkelijke goed is gekomen).

Bij een *delegatio solvendi* waarbij een schuldeiser betaald wordt met een betalingsinstrument op een derde, dient de schuldeiser-delegataris eerst dat instrument te gebruiken om betaling van die derde te bekomen, maar indien de aanspraak op de gedelegeerde verloren is gegaan verliest hij daarmee nog niet zijn subsidiaire aanspraak op de oorspronkelijke schuldenaar.

Enigszins vergelijkbaar is de hiërarchie van remedies in de consumentenkoop⁽³⁾: de consument dient in beginsel eerst de uitvoering in natura (herstel of vervanging) te vragen vooraleer ontbinding te kunnen bekomen, maar het is niet omdat de mogelijkheid daartoe verloren is gegaan, dat hij subsidiair geen ontbinding meer kan bekomen.

6. Deze uitoefeningssubsidiariteit vinden we niet bij alternatieve remedies, waarbij een partij de keuze heeft tussen verschillende remedies (voor zover aan de vereisten van elk ervan is voldaan), zoals bij fundamentele wanprestatie in de internationale koop onder CISG, en in zekere mate ook

(2) Uitvoering V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie* (Antwerpen: Intersentia 2003), 752 e.v.

(3) Waarover S. JANSEN, "Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs.VS", *TPR* 2017, 181.

bij fundamentele contractuele wanprestatie naar gemeen Belgisch recht (keuze tussen uitvoering en ontbinding, behoudens rechtsmisbruik)(4).

Alternativiteit vinden we ook bij hoofdelijkheid, waarbij de schuldeiser kan kiezen welke van de hoofdelijke schuldenaren hij eerst aanspreekt. Deze situatie verschilt wel van de keuzevrijheid tussen remedies bij wanprestatie, in die zin dat de schuldeiser niet hoeft te kiezen en ook alle hoofdelijke schuldenaren tegelijk kan aanspreken om hen in hoofddeorde hoofdelijk, ondergeschikt de ene bij gebreke aan de andere, te laten veroordelen tot betaling, terwijl een contractuele schuldeiser wel moet kiezen tussen uitvoering en ontbinding(5) (althans een van beiden in hoofddeorde moet vorderen(6)).

7. Nu kan het wel zijn dat de subsidiaire aanspraak accessoir is aan de principale aanspraak, en om die reden de subsidiaire aanspraak verloren gaat wanneer de principale uitspraak verloren gaat.

Een typisch voorbeeld is de niet-hoofdelijke borg, die men subsidiaire borg noemt, en het voorrecht van uitwinning kan inroepen: dan moet de schuldeiser eerst de hoofdschuldenaar vervolgen. Indien de schuldvordering op de hoofdschuldenaar tenietgaat (bv. door verjaring), gaat ook de schuldvordering op de borg teniet (accessoir karakter van de borgtocht), behalve wanneer het om zuiver “persoonlijke excepties” van de hoofdschuldenaar gaat (bv. niet-vrijwillige kwijtschelding van de schuld van de hoofdschuldenaar in het kader van een insolventieprocedure). Maar de subsidiariteit betekent natuurlijk helemaal niet dat het bestaan van een schuldvordering op de hoofdschuldenaar een schuldvordering op de subsidiaire schuldenaar uitsluit, integendeel.

Vergelijkbare situaties kan men zien bij pluraliteit aan de actiefzijde. De inwoner van een gemeente die namens de gemeente in rechte wil optreden (art. 194 Gemeentedecreet), moet de gemeente eerst aanmanen om zelf op te treden. Treedt de gemeente effectief op, dan kan de inwoner het niet doen. Maar ook hier zal de inwoner slechts een recht of bevoegdheid geldend kunnen maken wanneer de gemeente over dat recht of die bevoegdheid beschikt (behalve wanneer de gemeente na het instellen van de vordering door de inwoner afstand zou doen). Een schuldeiser kan na faillissement in een beperkt aantal gevallen individueel bestuurders aansprakelijk stellen, met name voor door kennelijk grove fout aan de boedel veroorzaakte

(4) Cass. 30 januari 2003, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20030130-18 = *Arr.Cass.* nr. 69 = *RW* 2005-20065, 1219.

(5) Men kan niet tegelijk bevrijding willen van de eigen verbintenis en uitvoering bij equivalent van de tegenprestatie, zie bv. Cass. 15 mei 2009, C.08.0531.N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090515-1.

(6) Uitvoering vorderen sluit niet uit dat men later toch voor ontbinding kiest, bv. Antwerpen 27 oktober 2008, *RW* 2011-2012, 492; Rb. Antwerpen 4 maart 2014, *TBO* 2014, 102.

(collectieve) schade, maar ook hier veronderstelt die mogelijkheid dat de curator niet zelf die aanspraak uitoefent.

8. De subsidiariteit van de aanspraak uit ongegronde verrijking verschilt van de hierboven besproken uitoefeningssubsidiariteit, omdat men die aanspraak maar kan doen gelden indien men de aanspraak in hooforde nooit heeft gehad. Zo kan men geen vergoeding wegens ongegronde verrijking vorderen wanneer er een contractuele verhouding was tussen partijen en de contractuele aanspraak die men daaruit had verjaard is⁽⁷⁾. Het gebruik van de uitdrukking subsidiariteit voor deze situatie is m.i. erg ongelukkig en leidt tot verwarring. Immers, die aanspraak subsidiair noemen voegt eigenlijk niets toe aan het feit dat het om een verrijking moet gaan waarvoor er geen rechtsgrond is (meer precies dat de rechtsgrond de verrijking niet rechtvaardigt). Dat er geen restitutie-aanspraak is wanneer de verarming en verrijking het gevolg zijn van de toepassing van regels van contractenrecht, is ook niets bijzonder in ons recht. Het is slechts een van de vele voorbeelden van niet-samenloop of negatieve reflexwerking van regelingen, en in die andere gevallen spreekt men ook niet van subsidiariteit. Zo is er naar Belgisch recht geen buitencontractuele aanspraak mogelijk voor schade die tevens een contractuele schade vormt (schade door de niet-uitvoering van een contractuele verbintenis), ook niet wanneer die contractuele aanspraak verloren is gegaan (bv. door verjaring) of beperkt is (bv. door een exoneratiebeding). Minder duidelijk is of men nog een beroep kan doen op dwaling wanneer men krachtens de uitleg van de overeenkomst aanspraak heeft op datgene wat men in dwaling precies heeft verwacht, d.i. wanneer er een aanspraak is wegens niet-conformiteit, en men die door nalatigheid verloren heeft laten gaan. In de doctrine inzake het Weens kooprecht (CISG) wordt alvast in meerderheid geleerd dat de regels inzake nakoming en niet-nakoming ook hier een negatieve reflexwerking hebben en het beroep op dwaling uitsluiten.

In dit licht is het een zeer gelukkige zaak dat het Hof van cassatie zijn rechtspraak heeft gewijzigd en in een arrest van 9 juni 2017⁽⁸⁾ besliste dat de subsidiariteitsvereiste bij ongegronde verrijking enkel betekent dat “de verrijkingsvordering niet (kan) worden ingewilligd wanneer zij tot doel heeft een wettelijk beletsel met betrekking tot een aan de eiser ter beschikking staande vordering te omzeilen”, maar er “niet aan in de weg (staat) dat de eiser zijn vordering in hooforde steunt op een of meer andere grondslagen en subsidiair op de verrijking zonder oorzaak voor het geval de rechter oordeelt dat eerst genoemde grondslagen in werkelijkheid niet voor handen zijn”.

(7) Cass. 25 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 307 = *Pas.* 1994, I 305 = *RW* 1996-97, 45 noot A. VAN OEVELEN.

(8) Cass. 9 juni 2017, C.16.0382.N, op komst in *RW* 2017-18 met noot Michelle AERTS.

9. Jammer genoeg zijn er in onze rechtspraak nog voorbeelden waar men onterecht een eiser afstraft omdat hij in hooforde een andere rechtsgrond of rechtsfiguur heeft aangevoerd. Hopelijk komt er nu ook een einde aan de onzinnige rechtspraak die meent dat het inroepen van een eigendomsvoorbehoud inhoudt dat de verkoper afstand doet van het voorrecht van de onbetaalde verkoper(9). Zo ook brengt de afwijzing van een fiduciaire cessie niet mee dat men ondergeschikt geen inpandgeving kan inroepen(10). Het argument dat eenmaal men heeft beweerd dat men eigenaar is, men subsidiair geen voorrecht meer zou kunnen inroepen, is vicieus en onterecht. We vinden het ook nog in andere betwistbare rechtspraak, bv. waar een verkoper van onroerend goed wiens voorrecht werd ingeschreven bij overschrijving van de verkoop, en de ontbinding van de verkoop later slechts *ex nunc* bekomt nadat een derde een hypotheek heeft ingeschreven, zijn voorrecht zou verliezen omdat hij door die ontbinding terug eigenaar is, ook al blijft zijn teruggekregen eigendom met die hypotheek bezwaard(11).

En misschien wordt het ook tijd om de traditionele regel te herzien die het onmogelijk maakt om met onderschikking tegelijk een bezitsvordering en een revindicatie in te stellen ?

Subsidiariteit is een prachtig constitutioneel en politiek beginsel, waarvan we de contouren hier niet ander bespreken. Maar laat ons vooral aan de term geen te verregaande draagwijdte toekennen in het materiële privaatrecht, en vooral goed onderscheiden tussen de verschillende situaties waarin deze wordt gebruikt, zonder ze op één hoop te gooien...

(9) Gent 11 maart 2013, *RW 2012-13*, 1627; Kh. Hasselt 19 augustus 2009, *RW 2010-11*, 1141. Terecht anders Kh. Gent 8 april 2008, *RW 2008-09*, 976; V. SAGAERT & D. GRUYAERT, "Het eigendomsvoorbehoud: risico's naar huidig en komend recht", M. Storme (ed.), *Insolventie en beslagrecht*, Themis Cahier nr. 94 (Brugge: die Keure 2015), (37) 44 nr. 20.

(10) Brussel 12 september 2014, 2008/AR/539, *Sabena Interservices NV in vereffening/Financiën, BNP Paribas Fortis en Trafalgar Catalyst Fund*.

(11) Antwerpen (5e Kamer) 11 februari 2016, 2014/AR/503.