

# HOE OP HET FAILLISSEMENT, DE REORGANISATIE OF DE VEREFFENING VAN DE TEGENPARTIJ ANTICIPEREN IN COMMERCIEËLE OVEREENKOMSTEN?

Tom DELWICHE

*Assistent KU Leuven, Instituut voor Handels- en Insolventierecht*

Matthias E. STORME

*Gewoon hoogleraar KU Leuven, Instituut voor Handels- en Insolventierecht*

*Advocaat*

## 1. INLEIDING

1. Contractpartijen die goederen of diensten leveren zonder contante betaling of anderszins krediet leveren of het risico lopen schade te lijden door wanprestatie van de wederpartij, doen er goed aan maatregelen te nemen voor het geval van insolventie van de wederpartij (faillissement of andere vormen van samenloop, dan wel gerechtelijke reorganisatie). Behalve wanneer men een zakelijk zekerheidsrecht heeft op een bepaald actief van de schuldenaar (en dan nog als er geen conflict rijst, waarbij men als verliezer uitkomt), of wanneer men kan rekenen op een voorrecht dat door de wet is geregeld, blijft men immers als schuldeiser vaak grotendeels in de kou staan. Men kan dat trachten te voorkomen door vooruit te lopen op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij, en wel op twee manieren. Enerzijds kan een betere informatievergaring over en strakkere controle op de solvabiliteit van de tegenpartij bijdragen tot een efficiëntere en strategischere afdwinging van het eigen recht. Zoals reeds in een eerdere bijdrage voor het Vlaams Pleitgenootschap werd aangegeven<sup>1</sup>, is het een belangrijke eerste stap om de tegenpartij op zijn kredietwaardigheid te *screenen*. Hoe dat meestal wordt gedaan en op welke wijze dat voordelig kan zijn, wordt uitgewerkt in het luik over het controlerecht en de informatieverplichtingen.

---

<sup>1</sup> M.E. STORME, “Kontraktuele controlerechten en bewijsovereenkomsten” in G. CARLE e.a., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel, 1993, 76-77.

2. Anderzijds kan een anticipatie op de samenloop eveneens op een contractuele wijze bewerkstelligd worden. Er bestaat geen faillissementscontractenrecht, dat afwijkt van het gemene overeenkomstenrecht.<sup>2</sup> Artikel 46 Faill.W. bevestigt die regel: het faillissement doet geen afbreuk aan de continuïteit van de lopende overeenkomsten. Vandaar de mogelijkheid om als tweede remedie gebruik te maken van het gemene overeenkomstenrecht door contractuele waarborgmechanismen in contracten in te voegen. De volgende casus verschaft een helder beeld van een probleem dat zich kan voordoen:

Een echtpaar sluit een erfpachtcontract met een landeigenaar. In die overeenkomst wordt overeengekomen dat het echtpaar gedurende 90 jaar een idyllisch stukje grond met hoeve, dat zich leent tot commerciële activiteiten, mag bewonen en uitbaten als restaurant tegen betaling van een jaarlijkse canon. Na een zestal jaar gaan de zaken minder goed en ziet het echtpaar alle inspanningen verloren gaan in een gedwongen aanvraag tot faillissement. Daardoor komt hun hele hebben en houden in handen van de curator, die instaat voor de vereffening van de boedel. Ook het erfpachtcontract, dat door het loutere feit van faillissement niet ontbonden of teniet gaat, valt in de boedel, met als gevolg dat de curator het zakelijk recht te gelde mag maken ten gunste van alle boedelschuldeisers (en ten nadele van de landeigenaar).

De vraag die iedere schuldeiser zoals de eigenaar, die een goed of zakelijk recht aan zijn schuldenaar heeft verleend in ruil voor een nog te leveren tegenprestatie, stelt, is hoe men de samenloop van schuldeisers kan vermijden en zijn zakelijk recht simpelweg kan terughalen zonder te moeten aanschuiven bij de curator met als risico dat men zijn schuldvordering maar voor een gedeelte of zelfs niet terugbetaald ziet.

3. Een mogelijke oplossing voor het voorgaand probleem is de opname van verbintenisrechtelijke zekerheidsmechanismen in het contract met de schuldenaar. Meestal gaat het daarbij om clauses die bij een situatie van samenloop de overeenkomst beëindigen, de eigendom doen overgaan door de uitwerking van een opschortende voorwaarde bij een situatie van samenloop, de uitvoering via netting als gevolg hebben, een vervroegde opeisbaarheid teweegbrengen of de overeenkomst doen schorsen.<sup>3</sup> Ook kan een *anticipatory breach*-clause in een contract ingevoegd worden. Partijen koppelen dan bijvoorbeeld het niet-betalen van één factuur aan de (mogelijkheid van) ontbinding van de gehele overeenkomst (verval van tijdsbepaling). De werking van die clauses is van beding tot

<sup>2</sup> S. BRIJS, "Art. 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?" (noot onder Cass. 24 juni 2004), *RW* 2005-06, afl. 2, 56; E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, 203; R. JANSSEN en M.E. STORME, "Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!", *RW* 2009-10, 1479.

<sup>3</sup> R. BOLLENBERGER, "'Kautelarjurisprudentz' – Possibilities and Limitations of Drafting Contracts in Austria", *ERPL* 2012, 747.

beding en van geval tot geval verschillend en de vraag is in de eerste plaats of dergelijke clausules geldig zijn vanuit verbintenisrechtelijk oogpunt. Dat is eenvoudig te analyseren door een toetsing aan de regels van het verbintennisrecht. De zakelijke werking of tegenwerpelijke van verbintenisrechtelijke zekerheidsmechanismen aan derden zoals de schuldeisersboedel en schuldeisers met een concurrerend recht, is daarentegen een veel moeilijkere kwestie. Een dergelijke clause en een aantal toepassingsgevallen worden in het derde luik besproken.

## 2. ANTICIPATIE DOOR INFORMATIE- EN CONTROLERECHTEN

4. Een eerste doeltreffende manier om de schade uit een faillissement te beperken of te voorkomen, is door gebruik te maken van een wettelijk of contractueel voorzien controle- of informatierecht. De schuldeiser zelf of een door hem aangestelde deskundige kan dat recht in dit verband aanwenden door hetzij inzage te nemen in de boekhouding van zijn schuldenaar, hetzij diens jaarrekening door te nemen. Een schuldeiser kan zich zo wapenen tegen een nakende samenlooptoestand door zekerheidsrechten (bv. eigendomsvoorbehoud) te vestigen, uitvoering te eisen, schuldvorderingen te cederen,... We bespreken twee soorten overeenkomsten waarin dit een bijzonder belang kan hebben.

### 2.1. ANTICIPATIE OP DE SAMENLOOP BIJ DISTRIBUTIE- CONTRACTEN, I.H.B. FRANCHISING

5. In het distributierecht is er de laatste jaren veel te doen geweest over de precontractuele informatieplicht van de distributeur jegens de distributienemer.<sup>4</sup> Hier willen we echter de aandacht vestigen op het controlerecht en de informatieplicht bij uitvoering van de overeenkomst. Meestal vindt men in dergelijke contracten een controlerecht inzake kwaliteit of naleving van bepaalde verplichtingen terug. Concreet gaat het om een inspectie van de activiteit via de boekhouding. De dis-

<sup>4</sup> Zie o.m. Bergen 13 januari 2003, *DAOR* 2002, 377; *JDSC* 2004, 264, noot M. DELVAUX en *JLMB* 2004, 54, noot C. STAUDT en P. KILESTE; Brussel 7 februari 2007, *DAOR* 2007, 493, noot S. CLAEYS; Bergen 26 april 2007, *TBH* 2007, 1024; Kh. Luik 14 mei 2009, *DAOR* 2010, 388, noot S. CLAEYS; S. CLAEYS, *Franchising, Tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 287 e.v.; P. DEMOLIN, *Le contrat de franchise, Chronique de jurisprudence française et belge 1995-2000*, Brussel, Larcier, 2001, 21 e.v.; P. DEMOLIN en V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise, les règles juridiques applicables au contrat de franchise en Belgique: analyse et commentaire de quinze années de jurisprudence, 1995-2010*, Brussel, Larcier, 2011, 25 e.v.; B. PONET, "De wet betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten: 6 jaar toepassing in de praktijk", *RW* 2012-13, 162-175; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRYN, C. HEEB en P. NAEYAERT, "Overzicht van rechtspraak Bijzondere overeenkomsten: tussenpersonen (1) 1999-2009", *TPR* 2010, 1128 e.v.; O. VAES, *Franchising, praktijkgids voor juristen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 83 e.v.

tributeur kan op die wijze een overzicht behouden over een rampzalige boekhouding, dan wel uit een verlieslatende activiteit zijn conclusies trekken.<sup>5</sup>

6. Als we dit doortrekken naar franchisecontracten, zien we dat die overeenkomst de franchisegever gebeurlijk het recht verschaft om de franchisenemer regelmatig te controleren op de nakoming door de franchisenemer van zijn verplichtingen uit de franchiseovereenkomst. Deze controlebevoegdheid is logisch te verantwoorden omdat de uitstraling van een keten als geheel bepaald wordt door alle individuele schakels. Kritiek, tekortkomingen en zwaktes moeten dan ook via een duidelijke rapportering aan de franchisegever kenbaar gemaakt worden. De rapportering brengt de bevindingen over mogelijke bedrijfsproblemen van de franchisenemers in kaart en verleent een strekkend advies aan de franchisegever. De inspectie- en controlebevoegdheid door de franchisegever wordt vaak gelezen in functie van het onderzoek naar de correctheid van de royalty's en de bescherming van het merk,<sup>6</sup> maar is dus ook ingegeven door de mogelijke verandering van de rentabiliteit. Door het beding in de overeenkomst in te lassen, hoopt de franchisegever het systeem op tijd aan te passen aan de nieuwe marktsituatie en de economische toestand van zijn franchisenemer.<sup>7</sup> Een clause aangaande die "access to the books" of de controle en toezicht op de boekhouding en administratie kan er als volgt uitzien:

"De franchisenemer moet de franchisegever steeds op redelijke tijdstippen toegang verlenen tot de administratie, de boekhouding en alle andere documenten die daarop betrekking hebben. De franchisegever kan dit recht hetzij zelf uitoefenen, hetzij door een door hem aangeduide accountant of bedrijfsrevisor, zijnde ..... laten uitoefenen, die daartoe volledig en bijzonder is gevolmachtigd. De franchisegever verwacht daarnaast dat de franchisenemer hem binnen de drie maanden van het betreffende boekjaar een jaarrekening ter beschikking stelt."<sup>8</sup>

7. Langs de andere kant moet de franchisegever zich hoeden voor overdreven en ongeoorloofde controle (of kortweg inmenging), omdat dat kan leiden tot een

<sup>5</sup> Een vergelijkbaar controlerecht vindt men ook terug in de relatie met een bankier-kredietverlener.

<sup>6</sup> M.E. STORME, "Kontraktuele controlerechten en bewijsovereenkomsten" in G. CARLE e.a., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel, 1993, 74.

<sup>7</sup> J. BILLIET, "Onderzoek van contractuele rechten en verplichtingen in de concessie- en franchiseovereenkomst" in J. BILLIET e.a., *XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 154.

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld M. HESSELINK, J. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON en M. VELDMAN, *Principles of European Law, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, München, Sellier European Law Publishers, 2006, 254-256.

herkwalificatie van de franchiseovereenkomst in een arbeidscontract.<sup>9</sup> Daarnaast bestaat de kans dat de rechtbank oordeelt dat de franchisegever *de facto* een feitelijk bestuurder is van de franchisenemer-vennootschap.<sup>10</sup> De franchisegever moet in een eerste fase rekening houden met wat over zijn controlebevoegdheid contractueel is overeengekomen. Vaak bevat een franchiseovereenkomst heel wat (geldige) clausules in die aard, gaande van de verplichte oplegging van de huisboekhouder, de inzage in de BTW-aangifte tot de raadpleging van de lezing op de verkoopkassa.<sup>11</sup> Een bepaald niveau van controle wordt door de rechtspraak aanvaard, maar de grens tussen getolereerde controle en inmenging blijft echter onduidelijk. Een helder en vaststaand criterium kan men dan ook niet ontwaren. Uiteraard zijn er voorbeelden waar de controle als overdreven gekwalificeerd werd<sup>12</sup>, waardoor de franchisegever als feitelijk bestuurder werd beschouwd en de contractuele relatie tussen beide partijen werd geherkwalificeerd.

8. Een verglijding van controle of bijstand naar inmenging in het geval van opvraging van de boekhouding met het oog op de anticipatie op de samenloop is moeilijk hard te maken. Het behoud van een merk gecombineerd met de economische afhankelijkheid<sup>13</sup> die eigen is aan de relatie tussen de twee contractpartijen in een franchiseovereenkomst, maakt een ruime controlebevoegdheid ongetwijfeld aanvaardbaar. Naar het voorbeeld van de Franse rechtspraak moet de franchisegever wel opletten met het houden van documenten uit de boekhouding. Dat kan inmenging uitmaken, zeker als dat gepaard gaat met de aanwerving van personeel, voorbereiding van papierwerk en andere betalingsopdrachten.<sup>14</sup> Het rechtstreeks aanstellen van de boekhouder, door het Franse Hof van Cassatie gekwalificeerd als inmenging, is wel wat overdreven. De franchisegever neemt de controlebevoegdheid verder wel het best op in een clause, maar ook zonder

<sup>9</sup> S. CLAEYS, *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 80.

<sup>10</sup> S. CLAEYS, "De bijstandsverplichting van de franchisegever en het gevaar gekwalificeerd te worden als feitelijk bestuurder", *DAOR* 2004, 13 e.v.; B. TILLEMANS, E. DURSIN, E. TERRY, C. HEEB en P. NAEYAERT, "Overzicht van rechtspraak Bijzondere overeenkomsten: tussenpersonen (1) 1999-2009", *TPR* 2010, 1141-1142; O. VAES, *Franchising, praktijkgids voor juristen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 121-122.

<sup>11</sup> J. BILLIET, "Onderzoek van contractuele rechten en verplichtingen in de concessie- en franchiseovereenkomst" in J. BILLIET e.a., *XXVIste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1999-2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 154.

<sup>12</sup> Hier werd geen gepubliceerde Belgische rechtspraak gevonden. Een doorlichting van de Franse rechtspraak levert de volgende voorbeelden van inmenging op: een franchisegever die de franchisenemer opdraagt om personeel te ontslaan of aan te werven, ondertekening van cheques en het aangaan van leningen in naam van de franchisenemer, ... Zie voor extra voorbeelden Cass. Fr. 15 december 2010, [www.lexisnexis.fr](http://www.lexisnexis.fr); S. CLAEYS, *Franchising: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking?*, Brugge, die Keure, 2009, 54-55; C. MATRAY, "Le contrat de franchise" in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Larcier, Brussel, 1992, 89-90.

<sup>13</sup> Arbh. Bergen 22 januari 2010, *JTT* 2010, afl. 1070, 247 en [www.go-dis.eu](http://www.go-dis.eu).

<sup>14</sup> Cass. Fr. 9 november 1993, *JCP* 1994, II, 309, nr. 22304, *Rev.Soc.* 1994, 321, noot. P. Le TOURNEAU en D. 1995, somm. Comm., 79.

een dergelijke clause is een controlerecht in ons Belgische recht aanvaard. Men kan zelfs argumenteren dat de franchisegever tot een zekere controle verplicht is jegens zijn franchisenemers.<sup>15</sup>

## 2.2. SITUATIE VAN DE PANDHOUDER

### 2.2.1. Huidige situatie

**9.** Voor een goed begrip onderscheiden we allereerst het controlerecht van de mogelijkheid om te realiseren. Bij inpandgeving impliceert het controlerecht louter de mogelijkheid voor de pandhouder om na te gaan of verpande goederen niet verdwijnen. Dat is niet van belang als de pandhouder de goederen zelf in zijn macht heeft, maar wel bij een pand zonder buitenbezitstelling, en in zekere mate bij een pand in de macht van een derde die het in pand houdt voor de pandhouder. De mogelijkheid om die goederen te realiseren en zo buiten de samenloop te blijven, is daarentegen de daaropvolgende stap. Hoewel executieproblemen meestal in die latere fase de kop opsteken, kunnen we niet genoeg benadrukken hoe belangrijk een sterk controlerecht is om een overzicht te bewaren en om ten gepaste tijde maatregelen te nemen.

**10.** Pandhouders en meer in het bijzonder pandhoudende schuldeisers die de verpande goederen niet in hun macht hebben (de zogenaamde “stille pandhouders”), worden dikwijls geconfronteerd met een controleprobleem betreffende hun onderpand, omdat er geen buitenbezitstelling is. Men kan dan slechts spreken van een echte anticipatie op de samenloop indien de schuldeiser niet alleen als zakelijk gerechtigde een pand vestigt, en dus een potentieel realisatierecht verkrijgt buiten de boedel, maar ook over doortastende middelen beschikt om zijn pandgever te controleren en te verhinderen dat de pandgever over de verpande goederen zou beschikken in strijd met de overeenkomst.<sup>16</sup> In de huidige wetgeving over pandrecht zonder buitenbezitstelling is er niets bepaald over een dergelijke algemene controlebevoegdheid, zodat het nuttig is dit contractueel te bedingen.

**11.** Wel kan de pandhouder van een handelszaak tot beveiliging van zijn pandrecht (en dus tot zekerheid van zijn schuldvordering) alle goederen die deel uitmaken van de handelszaak in beslag nemen. Hij kan vragen om als bewaarder aangesteld te worden zodra de pandgever in gebreke is te betalen; alsook wanneer

<sup>15</sup> C. MATRAY, “Le contrat de franchise” in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel, Larcier, 1992, 89.

<sup>16</sup> M.E. STORME, “Kontraktuele kontrolerechten en bewijsovereenkomsten” in G. CARLE e.a., *De behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel, 1993, 78.

goederen van de handelszaak zonder zijn toestemming worden verplaatst.<sup>17</sup> De termijn om zich op dit volgrecht (een soort reclamerecht) te beroepen, bedraagt 6 maanden na de buitenbezitsstelling. Op de voorraden kan hij uiteraard het recht slechts uitoefenen op 50% van de waarde. Om dit nuttig, dit is tijdig, te kunnen doen, moet de pandhouder wel over de vereiste informatie beschikken.

12. De pandhouder op schuldvorderingen is zelf verantwoordelijk voor de mate waarin hij controle heeft. Door van zijn pandrecht kennis te geven aan de schuldenaar, heeft hij een effectieve controle: de schuldenaar kan niet meer bevrijdend betalen aan de pandgever en derden-verkrijgers (van de schuldvordering zelf of een pandrecht erop) kunnen geen voorrang meer verkrijgen bovenop de pandhouder die kennis heeft gegeven.

2.2.2. *Toekomstig recht na inwerkingtreding van de wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake*

13. Nu de inwerkingtreding van de nieuwe wet inzake roerende zekerheden niet meer al te lang op zich zal laten wachten, en de situatie er voor een pandhouder anders zal uitzien, kunnen we analyseren in welke zin het controlerecht van de pandhouder in de toekomst verandert. De grootste vernieuwing van de wet, namelijk het feit dat voor publiciteit een inschrijving in een nationaal, online en actueel register, voldoende is, heeft onder meer rechtstreekse implicaties op het controlerecht van de pandhouder.

14. Voor de pandhouder die in het bezit van de verpande goederen komt, verandert er niets. Ook na de nieuwe wet kan er door buitenbezitstelling een vuistpand worden gevestigd.<sup>18</sup>

15. Onder meer de regeling in de wet van 25 oktober 1919 betreffende de inpandgeving van een handelszaak wordt opgeheven door de nieuwe wet. In plaats daarvan komt er een algemene regeling van het registerpand op alle soorten roerende goederen (inbegrepen algemeenheden zoals de landbouwexploitatie en de handelszaak<sup>19</sup>). Men heeft er na discussie niet voor geopteerd om ook het vuistpand aan registratie te onderwerpen, zodat ook de buitenbezitstelling blijft gelden als publiciteit, en beide vormen van pand naast elkaar zullen bestaan. De pandhouder zonder buitenbezitstelling bevindt zich door de registratie alleen overigens nog niet helemaal in dezelfde positie. Een vuistpandhouder kan aan de

<sup>17</sup> Art. 11 wet 25 oktober 1919 betreffende de inpandgeving van een handelszaak.

<sup>18</sup> Art. 39 wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake (hierna: 'Wetsontwerp').

<sup>19</sup> Art. 7 Wetsontwerp.

rechter vragen het goed, dat in zijn macht is, openbaar te verkopen of ter betaling aan hem te laten verblijven, zonder dat hij het goed in beslag moet nemen.<sup>20</sup> Bij uitwinning van een registerpand gegeven door een niet-consument zal de pandhouder weliswaar zijn pandrecht kunnen uitoefenen door de verpande goederen geheel of gedeeltelijk te verkopen of te verhuren ter voldoening van de gewaarborgde schuldvordering<sup>21</sup>, maar de vraag is hoe dit in de praktijk verzekerd wordt. Meestal zal de pandgever immers niet spontaan het goed willen overhandigen wanneer er zich financiële problemen voordoen en zijn schuldeiser wenst over te gaan tot uitwinning. In dat geval moet de pandhouder zich toch tot de rechter wenden (art. 47 en 54 zoals voorzien door art. 55 en 62 Wetsontwerp). De rechtsfiguur van het vuistpandrecht is dan ook bedoeld om vertraging en procedureslag af te wenden.<sup>22</sup>

16. In het wetsontwerp wordt voor de daling in het controlerecht in een compensatie voorzien door een sterkere positie aan de pandhouder te verlenen bij de pandverzilvering. Het gaat echter om bepalingen die in het huidig recht reeds bestaan en dus het probleem niet volledig oplossen. Artikel 19, dat door artikel 24 van het Wetsontwerp zou worden ingevoegd, laat het recht om bij voorrang uit de opbrengst van de goederen te worden voldaan, indien de verpande goederen onroerend worden, onverlet. Thans is dat reeds het geval bij een pand op handelszaak: bij onroerendmaking door bestemming blijft het pand behouden, maar moet de pandhouder bij de afwikkeling eventueel rekening houden met o.a. hypothecaire schuldeisers. De datum van inschrijving is dan van tel. Onroerendmaking door incorporatie doet onder het huidige recht het pandrecht wel verloren gaan. In die zin is artikel 19 wel een goede zaak, al zal het anterioriteitsbeginsel ook hier het conflict met de hypothecaire schuldeisers moeten oplossen. Verder bepaalt artikel 20 (in te voegen door art. 25 Wetsontwerp) dat de vermenging van vervangbare goederen die volledig of gedeeltelijk met een pandrecht zijn bezwaard door één of meer pandgevers, het pandrecht onverlet laten. Dit is in ons huidig recht al het geval dankzij hetzij de leer van de zakelijke subrogatie, hetzij het wisselpand.

17. Voor de inpandgeving van schuldvorderingen is de bezitsvereiste of controle geregeld in artikel 60 (in te voegen door art. 71 Wetsontwerp). De pandhouder verkrijgt het bezit van een in pand gegeven schuldvordering door het sluiten van de overeenkomst op voorwaarde dat hij bevoegd is tot kennisgeving van het pandrecht aan de schuldenaar van de verpande schuldvordering. Het pandrecht

<sup>20</sup> Art. 2078 BW.

<sup>21</sup> Bij uitwinning van een pandgever consument is dat echter niet mogelijk en is er een rechterlijke tussenkomst noodzakelijk: art. 46 Wetsontwerp.

<sup>22</sup> Zie ook Adv.RvS 51.680/2/V bij het voorontwerp van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft, BS 18 oktober 2012.



is aan de schuldenaar tegenwerpe­lijk zodra het hem ter kennis is gebracht of door hem is erkend.

### 2.3. ANDERE “BEWARENDE MAATREGELN” OM ONDER CONTROLE TE HOUDEN

**18.** Er bestaan uiteraard nog andere manieren om controle uit te oefenen. De meest algemene methode om te voorkomen dat er zaken zouden verdwijnen, is het bewarend beslag. Een schuldeiser met een vordering die aan bepaalde kwaliteiten voldoet, kan de vermogensbestanddelen van de schuldenaar “onder de hand van het gerecht plaatsen” om de latere afwikkeling veilig te stellen. Reeds gelegde beslagen worden ‘opgeslorpt’ door het faillissement, waarbij de voordelen van de beslaglegger vervallen. Zo de executie wordt voortgezet door de curator, geschiedt dit voor rekening van ‘de boedel’.<sup>23</sup> Bij gerechtelijke reorganisatie verleent de opening van de procedure de schuldenaar een moratorium, waardoor schuldeisers hun bewarend beslag niet meer kunnen voortzetten. De reeds gelegde beslagen behouden hun bewarende werking, maar kunnen door de rechtbank onder omstandigheden worden opgeheven in het belang van de procedure.<sup>24</sup> Bewarende maatregelen van niet-separatisten blijven bij de vereffening van een rechtspersoon mogelijk voor zover zij het normale verloop van de vereffening niet storen en geen afbreuk doen aan de rechten van de samenlopende schuldeisers.<sup>25</sup>

**19.** Verder vinden we in het Gerechtelijk Wetboek een aantal bewarende maatregelen, die de reële executie, andere dan verhaal op het vermogen, beveiligen. Zo organiseren art. 1462 e.v. Ger.W. het beslag tot terugvordering, een bewarend beslag dat de uitoefening van een zakelijk recht tot terugvordering (revindicatie) moet beveiligen. Ook organiseren de artikelen 1369bis/1 e.v. Ger.W. het beslag inzake namaak, eveneens een soort bewarend beslag, dat de uitoefening van bepaalde intellectuele eigendomsrechten (octrooien, kwekersrechten, auteursrechten en aanverwante rechten) moet beveiligen.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> E. DIRIX, *Beslagrecht, Kort begrip van het beslag- en executierecht*, Leuven, Acco, 2012, 55.

<sup>24</sup> Art. 31, lid 2 WCO.

<sup>25</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht, II en V*, Gent-Mariakerke, 2012, 974, <http://storme.be/Insolventierechtmei2012.pdf>.

<sup>26</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht, II en V*, Gent-Mariakerke, 2012, 82, <http://storme.be/Insolventierechtmei2012.pdf>.

### 3. ANTICIPATIE DOOR MODALISERING

#### 3.1. ALGEMENE BEGINSELEN BIJ SAMENLOOP-SITUATIES

20. In dit deel onderzoeken we hoe op contractuele wijze op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij geanticipeerd kan worden in commerciële overeenkomsten. Het lijkt ons allereerst billijk om te herhalen welke principes er spelen zodra er een samenloop ontstaat. De titel van deze bijdrage beweegt de lezer er vermoedelijk toe spontaan te denken aan de beschikkingsonbevoegdheid en het fixatiebeginsel. Dat zijn meteen twee basisbeginselen die op het eerste gezicht een juridische blokkade vormen voor de tegenwerpelijheid aan de boedel van eender welke clause die in werking treedt bij samenloop. De samenloopvastheid of -bestendigheid van bepaalde contractuele clauses lijkt dus op de helling te staan. Of niet?

##### 3.1.1. *Fixatiebeginsel*

21. De afwikkeling van commerciële overeenkomsten wordt mede bepaald door het zich al dan niet voordoen van solvabiliteitsproblemen bij één van de contractanten. Zowel bij faillissement als bij vereffening vindt er door de samenloop een fixatie van de aanspraken van de schuldeisers plaats<sup>27</sup>, hetgeen betekent dat het aandeel in de opbrengst van het gemeenschappelijk onderpand (de boedel), waarop elke schuldvordering recht geeft, *in abstracto* wordt gefixeerd. Dat aandeel is voor de chirografaire schuldeisers een evenredig deel in de opbrengst dat overblijft na uitbetaling van de zakelijke (zekerheids)rechten en de algemene voorrechten.<sup>28</sup> Zo geformuleerd, kan men niet anders dan erkennen dat het fixatiebeginsel zeker te rijmen valt met clauses die anticipatief werken ten aanzien van samenlooptoestanden. Een ontbindend beding of een overdracht van een zakelijk recht onder opschortende voorwaarde van samenloop, vereffening of reorganisatie is namelijk net een clause die de gerechtigde ervan een recht op voorafname doet toekomen. Het fixatiebeginsel biedt dan ook geen juridische draagkracht om dergelijke clauses af te schieten.

##### 3.1.2. *Paritas creditorum en executieverbod bij samenloop (als relatieve principes)*

22. Als uitgangspunt geldt dat een samenloop geen enkele individuele executie van een contractuele of andere schuldvordering meer toelaat, en een betaling na samenloop buiten de rang om evenmin tegenwerpelijk is aan de boedel (en dus

<sup>27</sup> Bij gerechtelijke reorganisatie is er geen samenloop, en dus ook geen echte fixatie.

<sup>28</sup> M.E. STORME, "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, 954.

kan worden teruggevorderd). Alle schuldeisers die in de procedure opkomen, worden geacht hun rechten gerealiseerd te hebben bij het beginpunt van die samenloop. Zodoende heeft de samenloop onmiddellijk een gelijktijdige realisatie tot gevolg en verkrijgen de schuldeisers slechts een collectief zakelijk recht op de goederen van de (rechts)persoon, die samen de boedel vormen. Zij worden in principe gelijk behandeld; iedereen krijgt een gelijk deel van wat overblijft na tegeldemaking van de goederen van de (rechts)persoon. Het *paritas creditorum*-principe komt in die gegeven omstandigheden volledig tot zijn recht.

23. Op die geschetste manier gaat het er echter nauwelijks aan toe. De schuldeisersaanspraken worden weliswaar gefixeerd, toch moet hierbij een sterk voorbehoud worden gemaakt. Wettelijke voorrechten en zakelijke zekerheidsrechten spelen regelmatig een belangrijke rol in de uitholling van de hierboven geponeerde regel. Vermits deze uitzonderingsgevallen niet te onderschatten en overschouwen zijn, en men in de praktijk vaak zal moeten constateren dat er niets meer overblijft voor de chirografaire schuldeisers, is het belang van de *paritas creditorum* dan ook relatief beperkt.

24. Op de keper beschouwd, mag men ook het uitvoeringsverbod bij samenloop geen absolute draagwijdte toedichten. Het klopt dat schuldeisers in de besproken omstandigheden niets meer kunnen doen dan de gevolgen van het algemeen moratorium afwachten tot de bewindvoerder na de tegeldemaking en het opmaken van een rangregeling en verdeling de schuldvorderingen één voor één uitbetaalt. Nochtans geldt er voor een heel aantal schuldeisers met een afscheidingsrecht (de zogenaamde separatisten) een voorkeursregime. Dat houdt in dat zij hun onderpand afzonderlijk te gelde kunnen maken, zonder dat ze het initiatief van de bewindvoerder daarbij moeten afwachten. Zij kunnen bij faillissement hun executierechten reeds na de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen voortzetten.<sup>29</sup> Bij een ontbinding en vereffening van een vennootschap worden de executierechten van de separatisten zelfs niet opgeschort en kunnen zij dus zonder rekening te houden met een soortgelijke regeling als bij een faillissement verder executeren. Die afwijking van het uitvoeringsverbod zou dan ook van toepassing zijn op schuldeisers met een contractueel recht om op de samenloop te anticiperen. Men kan hen beschouwen als separatisten in de mate dat het contractueel recht als gevolg heeft dat een zakelijk recht wordt behouden of verkregen. In dat opzicht heeft hun contractueel recht zakelijke werking ten opzichte van de bewindvoerder, met in zijn kielzog de resterende schuldeisers.

<sup>29</sup> Art. 26 Faill.W.

### 3.1.3. Beschikkingsonbevoegdheid

25. Een derde beginsel dat bij samenloop speelt, is tot slot de onderbewindstelling van het vermogen van de schuldenaar, waardoor hij onbevoegd wordt om over zijn vermogen te beschikken. Daardoor mag hij geen handelingen om niet of ten bezwarende titel meer stellen met betrekking tot de onder bewind gestelde activa. Het probleem met clausules die op het moment van het ontstaan van de samenloop getriggerd worden of op dat ogenblik een wilsuïting vereisen, lijkt te zijn dat die beschikkingsonbevoegdheid enige uitwerking van dergelijke bedingen onmogelijk maakt. Nochtans is het noodzakelijk, doch voldoende dat de beschikkingsonbevoegdheid aanwezig is op het moment dat de voorwaardelijke overdracht tot stand komt, en dat is in de meeste gevallen vóór de samenloop.

## 3.2. FREQUENT GEBRUIK VAN ALLERHANDE SAMENLOOPVERMIJDENDE CLAUSULES IN DE PRAKTIJK

26. In de praktijk is het gebruikelijk dat partijen beëindigings- en opschortingsbedingen in hun overeenkomsten opnemen.<sup>30</sup> In de eerste plaats kan een ontbindend beding ingeroepen worden, waarbij de ontbinding wordt gevraagd door het loutere feit van het ontstaan van een samenloop situatie.<sup>31</sup> Bij overeenkomsten die strekken tot overdracht van eigendom of uitgifte van een zakelijk recht heeft de clausule als gevolg dat dat zakelijk recht, waarover de boedel normaal beschikte en dat diezelfde boedel in die zin verrijkte, onttrokken wordt aan het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers. Heel wat tegenargumenten ten spijt, de meerderheid van de doctrine aanvaardt toch de tegenwerpelijkheid van het beding aan de curator<sup>32</sup>, zolang het inroepen van het beding niet strijdig is met

<sup>30</sup> R. BOLLENBERGER, “Kautelarjurisprudenz’ – Possibilities and Limitations of Drafting Contracts in Austria”, *ERPL* 2012, 747.

<sup>31</sup> Zie bv. Cass. 24 januari 2011, C.09.0446.N, [http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=N-20110124-2](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20110124-2), waar de volgende clausule in werd gevonden: “In geval van faillissement van de NV MVD PLASTICS wordt onderhavige overeenkomst van rechtswege en door het loutere feit van faillissement volledig ontbonden, met het tenietgaan van alle rechten en plichten van partijen.”

<sup>32</sup> Zie *infra* voor de nuance bij verkoop van roerende goederen en het ontbindend beding in geval van samenloop. In het Duitse recht is er een tendens om “*insolvenzabhängige Lösungsklauseln*” niet te aanvaarden. In Nederland kan een dergelijk beding niet ingeroepen worden wanneer het gaat om een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming (art. 37b Fw). In het Oostenrijkse recht kan sedert de wijziging van § 25b II Insolvenzordnung door het Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 de enkele faillietverklaring geen ontbindende voorwaarde meer zijn (voorheen wel geldig; zie R. BOLLENBERGER, “Rechtsgeschäftliche Vorsorgeklauseln für den Insolvenzfall”, *ÖBA* 2006, 881).

het principe dat overeenkomsten te goeder trouw dienen te worden uitgevoerd en behoudens andersluidende wetsbepaling.<sup>33</sup>

*Voorbeeldclausule:*

*“Chacune des parties a le droit de résilier la présente convention avec effet immédiat et sans préavis, par écrit recommandé, en cas de faillite, cessation de paiement, accord judiciaire de la partie adverse ou toute autre cause qui mettrait ses droits sérieusement en péril.”*

27. Een tweede interessante wijze om een zakelijk recht aan de boedel te onttrekken, is door de overdracht ervan onder opschortende voorwaarde van het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de vereffening van een vennootschap te bedingen. Het betreft een situatie waarbij een partij vooralsnog genoeg heeft aan een persoonlijk (obligatoir) gebruiksrecht, maar zich het verlies van het gebruik door faillissement van haar wederpartij niet kan veroorloven. Een toepassing hiervan is het kleinere bedrijf dat een product heeft ontwikkeld dat belangrijk is voor een multinational. Het faillissement van dat kleine bedrijf vormt dan *de trigger* voor de vervolmaking van de eigendomsoverdracht. Deze strategie is in België nog niet wijdverspreid maar kan op heel wat recente belangstelling in Nederland rekenen<sup>34</sup>, waar men het niet eens is over de zakelijke werking van het beding. Vooral de al dan niet succesvolle aanvechting om reden van de *actio pauliana* speelt een rol voor het aanvaarden van de clausule. De toetsing aan de voorwaarden in het Belgische recht zal meer duidelijkheid verschaffen over de tegenwerpelijkheid van het beding.

28. Een variant van de ontbindende clausules of voorwaarden die partijen vaak stipuleren ter vermijding van de *concursum creditorum* zijn de close-outbedingen. Deze clausules, die zijn vastgelegd om de compensatie of netting mogelijk te maken, stipuleren concreet de ontbinding (automatisch of na bijkomende wilsuïting) of de vervroegde opeisbaarheid bij bepaalde *events of default*, zoals alle vormen van samenloop van schuldeisers. Binnen de wet van 15 december 2004 betreffende de Financiële Zekerheden (hierna: WFZ) zijn die clausules perfect aanvaard

<sup>33</sup> A. CLOQUET, *Les Nouvelles, Droit commercial. IV: Les Concordats et la Faillite*, Brussel, Larcier, 1985, 431, nr. 1463; P. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Antwerpen, Maklu, 1989, 136; L. FREDERICQ, *Traité de Droit Commercial Belge, Tome VII, Faillites et Banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires. Première partie*, Gent, Fecheyr, 1949, 534, nr. 360; S. STIJNS, “La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en œuvre, Rapport belge” in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles: études de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 579; K. VANHOVE, “Erfpacht: meer contractvrijheid dan gedacht!” (noot onder Cass. 30 maart 2006), *RW* 2006-07, 680.

<sup>34</sup> Zie daarover o.m. W.M.T. KEUKENS en R.M. WIBIER, “Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling”, *WPNR* 2011, 379-382; W.M.T. KEUKENS en R.M. WIBIER, “Naschrift”, *WPNR* 2011, 626-627; B. WINTERS, “Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulineus”, *WPNR* 2011, 623-625.

binnen de grenzen van die wet en volgens de bepaalde voorwaarden. De wet is van toepassing op zekerheidsovereenkomsten betreffende financiële instrumenten, bankvorderingen, rekeningtegoeden, zij het sedert de aanpassing en in 2011 *ratione personae* grotendeels beperkt tot ondernemingen en overheden.

29. Schuldeisers kunnen vervolgens een beding opnemen waarin bedongen is dat de schuldvordering in geval van faillissement opeisbaar wordt. Bij faillissement heeft dat in principe geen zin vermits schuldvorderingen automatisch opeisbaar worden bij faillissement, maar voor andere collectieve procedures is het wel een doeltreffende clause. Maar evengoed kan men ook bij het risico van faillissement een soortgelijke clause opnemen waarbij de vervroegde opeisbaarheid van later opeisbare schuldvorderingen gestipuleerd wordt bij bijvoorbeeld de niet-betaling van de eerste factuur. Op die manier kan men trachten een nakend faillissement voor te zijn door al schuldvergelijking toe te passen vooraleer de samenloop intreedt of toch minstens de eigen verbintenissen reeds te kunnen opschorten.

30. Ten slotte zijn er nog clauses die een conventioneel retentierecht beogen. De tegenwerpelijkheid ten aanzien van samenloopprocedures van het retentierecht op een goed in nauw verband met de verzekerde schuldvordering (*debitum in re iunctum*) is bekend. De vraag is nu of men die zakelijke werking kan doortrekken naar verbintenisrechtelijke clauses die de schuldeiser toelaat om de teruggave van bepaalde goederen te schorsen om hen ook tot zekerheid van (een) andere schuldvordering(en) te houden, zonder dat er enige objectieve connexiteit voorhanden is.<sup>35</sup> Ook de tegenwerpelijkheid van een verruimd retentierecht is niet onbetwist, maar zal makkelijker aanvaard worden omwille van het verband van wederkerigheid dat hier wel aanwezig is. Men kan een verlengd retentierecht omschrijven als een contractuele uitbreiding van het retentierecht via een bedongen ondeelbaarheid.<sup>36</sup> De onbetaalde schuldvorderingen die betrekking hebben op vroeger uitgevoerde bewerkingen op goederen die reeds zijn teruggegeven, kunnen daardoor ‘afgedwongen’ worden door andere goederen als zekerheid te houden tot die schuld betaald is. Het gaat in feite om een (afgezwakt) vuistpandrecht.<sup>37</sup> Het wetsontwerp bepaalt overigens dat de gevolgen van een retentierecht dezelfde zijn als die van een pandrecht (wat o.i. eigenlijk maar relevant is indien er geen overeenkomst is en men dus een beroep moet doen op de samenhang om een retentierecht te laten gelden).

<sup>35</sup> J. De WEGGHELEIRE, “Opschortingsbedingen – Over de rechtsgeldigheid en tegenwerpelijkheid van contractuele clauses inzake de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht”, *RW* 2011-12, 734.

<sup>36</sup> J. De WEGGHELEIRE, “Opschortingsbedingen – Over de rechtsgeldigheid en tegenwerpelijkheid van contractuele clauses inzake de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht”, *RW* 2011-12, 733.

<sup>37</sup> Cass. 7 oktober 1976, *Arr.Cass.* 1977, 153, *Pas.* 1977, I, 154 met concl. A. KRINGS, *RCJB* 1979, 5, noot FAGNART en *RW* 1976-77, 1832.

### 3.3. ARGUMENTEN VOOR DE TOELAATBAARHEID VAN SAMENLOOPVERMIJDENDE CLAUSULES

31. Aangezien een aanvaarding van strategieën om de samenloop te vermijden of om erop te anticiperen in het licht van de *paritas creditorum* en het fixatiebeginsel, wat discussie losweekt en ook in andere landen geen vanzelfsprekendheid uitmaakt, kan het misschien geen kwaad om de argumenten te geven die aantonen dat het niet onredelijk is deze bedingen uitwerking te geven.

32. Een belangrijke motivering vindt men in de contractvrijheid. Weliswaar kan de wet ook ter bescherming van de belangen van derden beperkingen aanbrengen aan de gevolgen van contractuele bedingen (bv. bescherming van het gezin, bepalingen inzake de verdachte periode en de *actio pauliana*). Maar waar de wet dit niet doet, moet het beding in beginsel wel geldig worden geacht. Een verdere inperking van de mogelijkheid zich door bedingen te beschermen tegen insolventie (buiten de bestaande regels inzake schuldeisersbedrog en verdachte periode) is evenmin wenselijk. Meer specifiek zou bijvoorbeeld een verbod om het contract te beëindigen bij insolventie als gevolg hebben dat eigenaars hun grond niet meer willen verpachten en dat in het algemeen potentiële wederpartijen er nog huiverachtiger tegenover zouden staan om met een in financiële moeilijkheden verkerende onderneming te contracteren.

33. Indien aan het beding publiciteit is gegeven, kan bovendien geen tegenargument gevonden worden in de bescherming van het vertrouwen van derden. Dat geldt in het bijzonder voor bedingen in overeenkomsten die in openbare registers worden opgenomen (met name bedingen in akten betreffende onroerend goed, die immers worden overgeschreven in de hypotheekregisters). Ook al is het nadelig voor schuldeisers om kennis te nemen van een dergelijke clause in het register, toch verleent het hen zekerheid over wat er zal gebeuren met de goederen van de schuldenaar. Zo kunnen zij nog op een andere manier trachten een zekerheid voor hun schuldvordering te verkrijgen. Zonder die publiciteit was dat niet mogelijk en zouden andere schuldeisers pas bij insolventie geconfronteerd worden met de onbeschikbaarheid voor beslag, hetgeen een gevoel van rechtsonzekerheid creëert. Voor roerende goederen is er geen dergelijke publiciteit, maar ons vijfde argument toont aan dat dat niet onoverkomelijk hoeft te zijn.

34. Ten derde is het ook een eis van rechtszekerheid dat dergelijke bedingen uitwerking krijgen. Zij handhaven immers de economie van de overeenkomst. De erfverpachter heeft maar met de erfpachtovereenkomst ingestemd omdat hij volgens die overeenkomst in geval van samenloop het erf kan terugnemen, de multinational heeft er maar mee ingestemd zijn vertrouwen te geven aan de kleine toeleverancier omdat de overeenkomst garandeert dat bij faillissement van de toeleverancier de intellectuele eigendom toekomt aan de afnemer.

35. Samenhangend met het vorige, is het argument dat ons recht competitief moet blijven voor internationale handelstransacties, en er dus belang bij heeft separatistenposities te erkennen die in vele andere landen ook erkend worden.

36. Een vijfde argument betreft specifiek het faillissement, waarbij de schuldenaar en meestal zijn schuldeisers handelaars zijn. In de traditie (gebruiken en gewoontes onder handelaars) is er dikwijls geen publiciteit maar wetenschap van het gebruik van dergelijke clausules. Ook andere schuldeisers zijn in de praktijk bekend met die clausules en zijn daardoor feitelijk op de hoogte ervan.

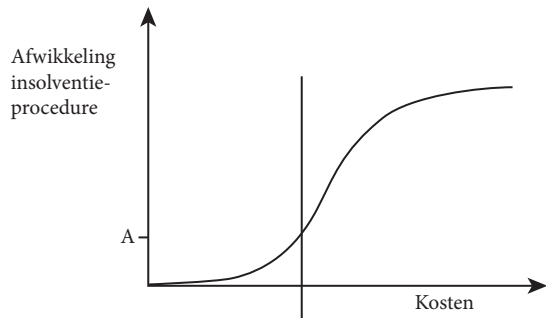
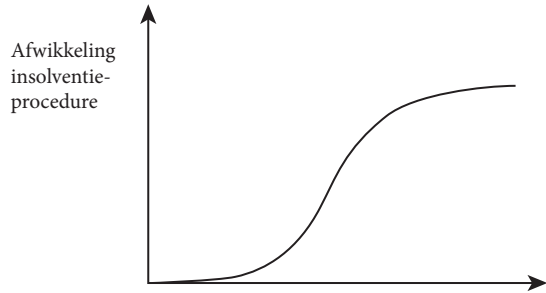
37. Tot slot kan de tegenwerpelijheid van de clausules ook op een economische manier verdedigd worden.<sup>38</sup> Zo zijn de transactiekosten lager wanneer een goed toekomt aan de partij die volgens de overeenkomst het best geplaatst is die te benutten, eerder dan het voorwerp te zijn van verschillende zakelijke rechten (met kosten van vestiging en publiciteit) en slechts door middel van procedures met allerlei kosten te kunnen worden gerealiseerd. Wanneer men aan deze clausules zakelijke werking verleent, heeft de curator minder werk, omdat de partijen zelf de ontbinding kunnen nastreven en er op die manier een 'mini-subboedel' ontstaat. Men delegeert als het ware de afwikkeling van de insolventie. Waar de curator anders al het werk moet doen, gebeurt alles vanzelf door de partijen door de tegenwerpelijheid van die clausules, aangezien zij er zelf baat bij hebben om hun overeenkomst te ontbinden, op te schorten, ... Men kan het werk van de curator in feite goed weergeven door een s-curve. Aan het begin tot een bepaald punt A loopt de afwikkeling van de procedure (of output) trager op dan de kosten. Vanaf punt A is er een verhoging in de efficiëntie van de output en lopen de kosten minder hoog op. Wanneer men deze theorie toepast op de afwikkeling van de insolventieprocedure, kan men aanzienlijk in de kosten snoeien door het werk te verdelen. Bij het ontstaan van een samenloop stelt de bewindvoerder routinehandelingen. Het werk gaat traag vooruit (hij moet de samenloop organiseren en is in grote mate afhankelijk van de snelheid waartegen schuldeisers hun schuldvorderingen neerleggen), en het gebeurt tegen een relatief hoge kostprijs. Enerzijds noemen we die kostprijs relatief hoog omdat de bewindvoerder zijn dossierkennis nog moet vormen (kost voor de inwerking in het dossier). Anderzijds is de kwalificatie van die kostprijs als relatief hoog te verklaren omdat de routinehandelingen aan het begin van de procedure van nature eerder lang duren en dus oplopen. Zodra het werk zich echter meer begint op te stapelen door de tegeldemaking van

<sup>38</sup> Zie E. DIRIX, "Fiscale schuldvorderingen in rechtsvergelijkend perspectief" in I. SPINATH, J. STADIG en M. WINDT (eds.), *Curator en Crediteuren, Insolad Jaarboek 2009*, Deventer, Kluwer, 2009, 67-68.

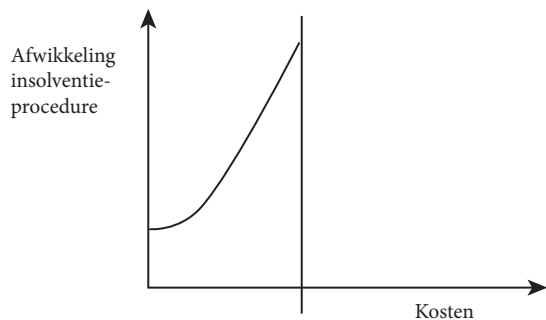


de boedel e.d., lopen de opbrengsten hoger op in verhouding tot de kosten. Bij toepassing van dergelijke bedingen krijgt de curator in de plaats van de goederen de prijs terug en kan hij die verdelen onder de resterende schuldeisers. Het resultaat is dan een (even snelle dan wel snellere) afwikkeling met lagere gerechtskosten.

**Grafiek 1 en 2: situatie zonder delegatie (en dus zonder aanvaarding zakelijke werking van onze contractuele clausules)**



**Grafiek 2: situatie met delegatie (en dus met aanvaarding zakelijke werking van onze contractuele clausules)**



### 3.4. ONTBINDENDE VOORWAARDE IN GEVAL VAN FAILLISSEMENT, GERECHTELIJKE REORGANISATIE OF VEREFFENING VAN DE VENNOOTSCHAP

#### 3.4.1. Omschrijving

**38.** Een ontbindende voorwaarde in geval van insolventie is een contractueel beding waarbij partijen de terugwerkende kracht en de automatische beëindiging van de overeenkomst laten hangen van de toekomstige en onzekere gebeurtenis van een samenloopprocedure of een gerechtelijke reorganisatie.<sup>39</sup> Het voordeel van een dergelijk beding is dat een zakelijk recht zoals het eigendomsrecht, het recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik<sup>40</sup>, waarover de boedel normaal beschikte en dat diezelfde boedel in diezelfde zin verrijkte, weggenomen wordt uit het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers door de gevolgen van een ontbinding, dat het gevolg is van het ontstaan van een samenlooptoestand.

#### 3.4.2. Rechtsgeldigheid en zakelijke werking

**39.** Veel duidelijkheid bestaat er in ons insolventierecht niet over de geldigheid en tegenwerpelijkheid van verbintenisrechtelijke bepalingen die in allerhande overeenkomsten worden ingevoegd, en die in het loutere geval van het ingaan van een samenloopsituatie een ontbinding van het contract teweegbrengen (de zogenaamde *ipso facto*-clausules). Een analyse van die ontbindende voorwaarde moet op tweezijdige manier gemaakt worden. Enerzijds kan de clausule onderzocht worden op haar geldigheid, d.i. het verbintenisrechtelijke luik. Wat anderzijds de tegenwerpelijkheid of zakelijke werking van het beding, d.i. *samenloopbestendigheid* betreft, is er nood aan een grondigere analyse.

##### 3.4.2.1. Verbintenisrechtelijke geldigheid

**40.** Allereerst moet men aangaande de voorwaarde uitmaken of het gaat om een onzekere, accessoire en toekomstige gebeurtenis, die niet zuiver potestatief, onmogelijk of onwettig is.<sup>41</sup> De voorwaarde van samenloop kan moeilijk potestatief zijn in hoofde van de schuldeiser. De voorwaarde is in hoofde van de schuldenaar meestal een gewone potestatieve voorwaarde, waarbij de wil van de later

<sup>39</sup> P. NAEYART, *Beëindiging van overeenkomsten met geïntegreerde juridisch onafhankelijke handelstussenpersonen en distributeurs: Een transversaal onderzoek naar de gemeenschappelijke rechtsregels en de noodzaak tot harmonisatie*, doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2011, 485.

<sup>40</sup> Deze bijdrage beperkt zich tot zakelijke rechten, aangezien de niet-tegenwerpelijkheid van het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de vereffening van de vennootschap enkel betrekking heeft op de zakelijke rechten die retroactief uit de boedel worden gehaald.

<sup>41</sup> F. GEORGE, "Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies" in P. WÉRY, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Luik, Anthemis, 2011, 209; M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 4 en 11.

gefaillieerde samen met externe omstandigheden (de financiële gezondheid van de handelaar of (rechts)persoon) de vervulling van de voorwaarde bepaalt.<sup>42</sup> De voorwaarde van faillissement zou men eventueel ook kunnen bestempelen als een gemengde voorwaarde omdat de wil van de later gefaillieerde om failliet te gaan soms ook afhankelijk is van de wil van schuldeisers om het faillissement aan te vragen. In dat geval spreekt men van een gemengde potestatieve voorwaarde, die evenwel ook perfect aanvaard wordt.

41. Daarnaast is het voor de verbintenisrechtelijke gevolgen van de clause ook van belang te weten of men te maken heeft met een ontbindende voorwaarde in geval van faillissement, gerechtelijke reorganisatie of vereffening van de vennootschap of met een ontbindend beding voor hetzelfde risico.<sup>43</sup> Het onderscheid tussen die twee clauses is in het bijzonder voor deze gebeurtenis van het samenlooprisico van groot belang om te maken. Beide vormen van ontbinding werken in beginsel retroactief, maar de clause die hier besproken wordt, is een modaliteit van een overeenkomst en heeft van rechtswege uitwerking bij de bedongen intrede van de samenlooptoestand. Er is geen partijbeslissing noch uitoefening van een bevoegdheid. Het ontbindend beding kan eveneens ontbinding tot gevolg hebben, maar er is dan geen automatische ontbinding.<sup>44</sup> Volgens minstens een deel van de rechtspraak zou zo'n ontbindingsrecht slechts kunnen worden verleend voor het geval van wanprestatie<sup>45</sup>, wat betekent dat partijen het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de vereffening van de vennootschap als een bijzondere vorm van wanprestatie hebben gekwalificeerd. Een rechtstreeks verband tussen het ontstaan van de samenloop van schuldeisers en een wanprestatie

<sup>42</sup> M.-C. ERNOTTE, "Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès?", *Ann.dr.Lg.* 1988, 177; S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: de notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 98.

<sup>43</sup> Zie voor dit onderscheid Luik 24 september 1986, *Ann.dr.Lg.* 1988, 168-170, noot M.-C. ERNOTTE; Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 dat het vonnis van de rechtbank van koophandel van Charlerloi bevestigde: Kh. Charlerloi 19 maart 1996, *Rev.not.b.* 1996, 279-283.

<sup>44</sup> Luik 17 januari 2011, *DAOR* 2011, afl. 100, 536; M.-C. ERNOTTE, "Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès?", *Ann.dr.Lg.* 1988, 178; L. HERVE, "Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire" in CDVA (ed.), *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la faculté de droit de La faillite l'université de Liège, 489-490; S. RUTTEN, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding: een kwestie van interpretatie" (noot onder Antwerpen 18 september 2002), *TBH* 2002, 622; S. STIJNS, "Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen" in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clauses rond de (niet-)uitvoering en beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 107-108; M. VAN QUICKENBORNE, "Modaliteiten van verbintenissen – Voorwaarde" in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbladig, 2005, nr. 23; A. VERBEKE en I. VERVOORT, "Contracten onder voorwaarde" in B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten kanscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 7; A. ZENNER en I. PEETERS, "Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *RW* 2004-05, 496-497.

<sup>45</sup> Rb. Luik 9 mei 1994, *TBBR* 1995, 409; Arbrb. Luik 6 mei 2010, *JTT* 2010, 327.

is echter niet aanneembaar, dit in tegenstelling tot de causaliteit, die wel degelijk aanwezig is tussen de *fout* niet-betaling en de daardoor onontkoombare wanprestatie. Van nature kan de samenlooptoestand *an sich* bijgevolg geen wanprestatie ontlokken. Een uitdrukkelijke clausule in die zin is daarvoor noodzakelijk. Koppelen we dat terug aan de ontbindende voorwaarde, dan mag het duidelijk wezen dat het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de vereffening van de vennootschap als neutrale gebeurtenis de *triggering cause* uitmaakt, zonder meer.<sup>46</sup> Ten tweede is er bij het manifesteren van de samenloop een uitdrukkelijke wilsuïting vereist door diegene die het ontbindend beding wil inroepen. Opnieuw is dat niet het geval bij de ontbindende voorwaarde, die automatisch werkt.

42. Een afwijking geldt voor wat betreft de anticipatie op de gerechtelijke reorganisatie. Artikel 35 Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen (hierna WCO) geeft duidelijk aan dat een aanvraag of opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde maakt aan de lopende contracten of aan de modaliteiten van de uitvoering. Deze bepaling is precies opgenomen om te vermijden dat clausules die de ontbinding met zich meebrengen bij aanvraag van gerechtelijke reorganisatie hun standaardzitzje zouden vinden in contracten, waardoor de reorganisatiekansen van de onderneming worden aangetast.

Een afwijking op die afwijking vindt men terug in artikel 14 WFZ (zie *infra*), voor zover evenwel de toepassing van de ontbindende voorwaarde of van het ontbindend beding het daadwerkelijk doorvoeren van een schuldvergelijking tot voorwerp heeft. Er moeten met andere woorden effectief wederzijdse schulden en schuldvorderingen bestaan, waartussen er effectief tot compensatie wordt overgegaan.<sup>47</sup>

### 3.4.2.2. Zakenrechtelijke werking

#### 3.4.2.2.1. ALGEMEEN

43. Vanaf het ontstaan van de samenloop verdwijnt het goed waarop het beding betrekking heeft, uit de boedel. Men kan ongetwijfeld een karrenvracht aan argumenten ter doorkruising van de besproken clausule aanvoeren. Zo vormt voor eerst het principe van continuïteit van lopende overeenkomsten het uitgangspunt bij samenlooptoestanden.<sup>48</sup> De beslissing tot continuering van een insolvente

<sup>46</sup> Arbrb. Luik 6 mei 2010, *JTT* 2010, 327; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*.IV., *Les principaux contrats usuels*, Brussel, Bruylant, 1951, 257.

<sup>47</sup> E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie, getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 186.

<sup>48</sup> A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 107; E. DIRIX, “Faillissement lopende overeenkomsten”, *RW* 2003-04, 202; R. JANSSEN, “Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!” (noot

onderneming impliceert zowel voor de economische activiteiten en de waarde-maximalisatie die die voortgezette bedrijvigheid creëert voor de terugbetaling van de schuldeisers als algemeen voor de werkgelegenheid een goede zaak. Bij een faillissement is de voortzetting van lopende overeenkomsten volgens het Hof van Cassatie zelfs een gegeven waar men niet omheen kan, aangezien het faillissement principieel, doch voorlopig, geen einde stelt aan lopende overeenkomsten.<sup>49</sup> Daarnaast bestaan er zoals gezegd in ons insolventierecht principes als de *paritas creditorum* en het fixatiebeginsel, waarvan de ratio ingaat tegen clausules die ertoe strekken bepaalde rechtsgevolgen te doen intreden bij de opening van de procedure waardoor aan een bepaalde schuldeiser een sterkere positie wordt toegekend. Ook de dwingende en strenge toepassing van deze principes in onze buurlanden maakt dat men vaak pleit voor een restrictieve interpretatie van ontbindende voorwaarden voor het geval van intreden van samenloop.<sup>50</sup>

44. Toch moet het voorgaande genuanceerd worden. Het eerste argument, met name dat de clause in kwestie de continuïteit van de lopende overeenkomst in het gedrang brengt, kan weerlegd worden door te stellen dat de ontbindende voorwaarde, als modaliteit van de overeenkomst, eveneens deel uitmaakt van de lopende overeenkomst. Overeenkomstig artikel 46 Faill.W. moet de curator zodoende ook de werking van de overeenkomst waarin de ontbindende voorwaarde zit vervat, nakomen.

Bovendien is het aangehaalde economische argument evengoed te counteren met een ander economisch argument. Een schuldeiser houdt aan een situatie van samenloop alleen maar een financiële kater over. Ons land kan het zich niet veroorloven om de grotere internationale spelers te confronteren met een dergelijk oponthoud. Vandaar lijkt de toelaatbaarheid van de clause eveneens aanvaardbaar om die internationale spelers in België te houden.

Tot slot vindt men een belangrijke motivering in de contractvrijheid. Partijen moeten vrij over hun vermogen kunnen contracteren en beschikken met alle mogelijke clausules ter bescherming van hun vermogen.

45. Met de meerderheid van de rechtsleer zijn wij van mening dat dergelijke clausules wel degelijk tegenwerpelijk zijn aan de boedel, zolang er geen bijkomende

---

onder Gent 16 april 2009), *RW* 2009-10, 1479; A. MEULDER, "La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur?", *TBH* 2008, 862.

<sup>49</sup> Cass. 24 juni 2004, *RW* 2005-06, afl. 2, 53, noot S. BRIJS.

<sup>50</sup> E. DRIX, "Faillissement lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, 202-203; W.J.M. VAN ANDEL en F.M.J. VERSTIJLEN, "De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement" in Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Deventer, Kluwer, 2006, 156-157.

verplichtingen worden geëist van de boedel. Een verhoging van het passief kan bijvoorbeeld niet door de beugel. Door niet enkel te stipuleren dat het contract ontbonden is bij faillissement, gerechtelijke reorganisatie of vereffening van de vennootschap, maar dat er daarenboven schadevergoeding verschuldigd is, zeldt men de boedel op met bijkomende verbintenissen. Op die manier kan men trachten te speculeren op een samenlooptoestand om er profijt uit te halen. Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn. Zolang het beding simpelweg resulteert in een vermijding van de ongemakken van een reorganisatieprocedure komt het ons voor dat het de ontbindende voorwaarde in geval van samenloop aan de algemeen bewindvoerder tegenwerpelijk moet worden geacht.<sup>51</sup>

#### 3.4.2.2.2. PUBLICITEIT

##### a) *Algemeen regime voor zakelijke rechten waar geen ander publiciteitssysteem voor bestaat*

46. Een belangrijke vereiste voor de zakelijke werking bij samenloop is dat de clause moet voldoen aan de publiciteitsvoorwaarden overeenkomstig het regime dat geldt voor roerende of onroerende goederen.<sup>52</sup> De bepalingen inzake het voorrecht van de onbetaalde verkoper en de gevolgen van de ontbinding (art. 20, 5° Hyp.W. voor roerende goederen en art. 27 e.v. Hyp.W. voor onroerende goederen) gelden voor de zakelijke werking van de ontbinding, voor zover er geen bijzondere regels zijn. Men heeft de rechtshandeling tot ontbinding gekoppeld aan het al dan niet (nog) voorhanden zijn van enerzijds het reclamerecht bij roerende goederen, en anderzijds het voorrecht bij onroerende goederen. De roerende lichamelijke of onlichamelijke goederen (of liever de zakelijke rechten die betrekking hebben op een roerend goed), zijn onderworpen aan artikel 20, 5°, lid 8 Hyp.W.: “*Het verval van het recht op terugvordering brengt tevens mede het verval van de rechtsvordering tot ontbinding, ten aanzien van de overige schuldeisers.*” Met andere woorden: wil de verkoper van een contantverkoop zijn ontbindingsrecht veiligstellen, dan moet de zaak zich nog in dezelfde staat bij de koper bevinden en moet de ontbinding binnen de acht dagen na de levering worden uitgeoefend. Door middel van een zakelijk werkende ontbinding kan een vervreemder ook na de levering ruimere rechten terugwinnen dan door middel van enkel een voorrecht of eigendomsvoorbehoud (in het bijzonder wanneer er een beding van ondeelbaarheid is dat het mogelijk maakt de gehele overeenkomst te ontbinden, ook wanneer slechts

<sup>51</sup> Met ons ook o.a. L. FREDERICQ, *Traité de Droit Commercial Belge, Tome VII, Faillites et Banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires. Première partie*, Gent, Fecheyr, 1949, 534; I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Mechelen, Kluwer, 2011, 477.

<sup>52</sup> A. DELEBECQUE, *Loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, Brussel, A. Decq., 1852, 147.

éen van de geleverde zaken niet is betaald).<sup>53</sup> Volgens de cassatierechtspraak heeft de ontbinding niettemin zakelijke werking indien ze intreedt voor de samenloop<sup>54</sup>, maar niet indien ze eerst ingaat door de faillietverklaring van de koper<sup>55</sup>; deze ontbinding is immers niet ingegaan voor de samenloop. Zolang derden geen rechten hebben verkregen<sup>56</sup> op de zaak – onder meer de schuldeisers door het ontstaan van een samenloop –, kan men de eigendom ervan wel ook na de levering nog terugkrijgen door ontbinding van de overeenkomst.<sup>57</sup>

47. De zakelijke werking van ontbinding ten aanzien van onroerende goederen is onderworpen aan het bijzonder regime van artikel 28 Hyp.W. De werking van de ontbinding vervalt wanneer het voorrecht van artikel 27, 1<sup>o</sup> Hyp.W. niet is ingeschreven, vervalt of tenietgaat.<sup>58</sup> Dit geldt zowel voor een eigendomsrecht als voor beperkte zakelijke rechten zoals erfpacht- en opstalrechten.<sup>59</sup>

48. Heeft de *ontbindende voorwaarde* in geval van faillissement, gerechtelijke reorganisatie of vereffening daarentegen wel zakelijke werking? Wat het regime van roerende goederen (art. 20, 5<sup>o</sup> Hyp.W.) betreft, geldt hetzelfde als hierboven.

<sup>53</sup> M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht, II en V*, Gent-Mariakerke, 2012, 362, <http://storme.be/Insolventierechtmei2012.pdf>.

<sup>54</sup> Cass. 21 maart 1929, *Bull. en Pas.*, 139, besproken door M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 238, nr. 344 e.v.; Cass. 31 mei 1956, *RCJB* 1956, 241, noot KLUYSKENS.

<sup>55</sup> Zoals hoger besproken is een dergelijk beding in beginsel geldig, anders dan een gelijkaardig beding voor het geval van (aanvraag tot) gerechtelijke reorganisatie (art. 35 WCO).

<sup>56</sup> Zie Cass. 23 mei 1946, *Pas.* I 204; Cass. 27 maart 1952, *Arr.* 412; Cass. 31 mei 1956, *RCJB* 1956, 241 noot KLUYSKENS.

<sup>57</sup> Vgl. ook (zij het over eigendomsvoorbehoud in het regime voor 1 januari 1998) Antwerpen 1 maart 1988, *RW* 1988-89, 575 noot.

<sup>58</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence. VII. Les privilèges, Les hypothèques, la transcription, la prescription*, Brussel, Bruylant, 1953, 300-301.

<sup>59</sup> Bergen 17 mei 1999, *JLMB* 1999, 1757 en *RGEN* 2000, nr. 25.016, p. 152; Rb. Gent 13 december 1882, *Pas.* 1883, 211, *RGEN* 1882, nr. 10.198 en *JT* 1883, 117; Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 en *RGEN* 2000, nr. 25.015, p. 146 (in hervorming van kh. Charleroi 19 maart 1996, *Rev. not.b.* 279) (ontbindende voorwaarde van faillissement); Y. HENDRICKX, "Les emphytéoses, superficies et usufruits sont-ils des actifs bancables?", *RGEN* 2004, 435 randnr. 4; A. VERBEKE en S. SNAET, (365) 383. Men kan dit ook afleiden uit Cass. 30 maart 2006, *RW* 2006-07, 678, noot K. VANHOVE, "Erfpacht: meer contractvrijheid dan gedacht!", *TBBR* 2008, 88, noot V. WATERKEYN "L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires"; ook besproken door B. CARMELIET, "Erfpacht en opstal – nieuwe ontwikkelingen in de rechtspraak", *Intercontact* 2008, 89 e.v.; V. SAGAERT en M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 78 e.v.; al ging het in deze zaak in werkelijkheid om een uitdrukkelijk ontbindend beding, vermits het beding *in casu* aan de erfpachtgever een keuzerecht gaf om al dan niet te beëindigen (bij faillissement van de erfpachter); M.E. STORME, *Erfpacht en opstalrecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 13, <http://www.storme.be/ZCR-erfpachtopstal.pdf>; F. LAURENT, *Principes VIII*, nr. 397; A. VAN OEVELEN in *Het zakenrecht: absoluut geen rustig bezit*, p. 351-352, nr. 23; C. MOSTIN in *Répertoire notarial* 2004, nr. 102; DERINE-VANNESTE-VANDEBERGHE, *Zakenrecht 2 B* nr. 1017. Men kan dit ook afleiden uit Cass. 30 maart 2006 (*supra*), dat immers in werkelijkheid een uitdrukkelijk ontbindend beding betrof.

49. Bij onroerende goederen is er een dubbel voorbehoud te maken. Hoewel men er klassiek van uitgaat dat artikel 28 Hyp.W. uitsluitend verwijst naar de stilzwijgende ontbinding, die in elk wederkerig contract is inbegrepen, mag men o.i. de rechtsvordering tot ontbinding in deze zin interpreteren dat hiermee zowel een stilzwijgende ontbinding, een uitdrukkelijk ontbindend beding als een ontbindende voorwaarde wordt bedoeld. Artikel 28 Hyp.W. past men namelijk toe op rechtsvorderingen tot ontbinding die dezelfde oorzaak hebben als het invoeren van het voorrecht van de onbetaalde verkoper. Wel geldt de regeling niet enkel voor *de niet-betaling van de tegenprestatie door de schuldenaar*.<sup>60</sup> Ons inziens is het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie of de vereffening in essentie geen andere voorwaarde. In 60% van de gevallen gaat het om betalingsmoeilijkheden als prelude op een aankomend faillissement of dergelijke. In de overige 40% van de gevallen kan men immers niet meer betalen omwille van een faillissement, gerechtelijke reorganisatie of vereffening. Een clausule die stelt dat een ontbinding ingaat bij de desbetreffende risico's kan men dan ook in feite gelijkstellen aan het niet betalen van de prijs.

50. Om het ontbindend beding in geval van samenloop bij roerende zaken een nog sterkere (of duurzamere) zakelijke werking te verlenen, formuleren contractpartijen het best andere omstandigheden of spilmomenten uit het contract als risico. Het gaat dan in de eerste plaats om een niet-betaling van de factuur of een bepaalde termijn na de vervaldag (wachtermijn).<sup>61</sup> In die gevallen is de samenloop nog niet ingegaan en is de vordering tot ontbinding op grond van het uitdrukkelijk ontbindend beding nog op tijd ingesteld.

b) *Licentieovereenkomsten: een geval apart*

51. Men moet voor de beëindigingsproblematiek bij faillissement, overeenkomstig artikel 46 Faill.W., een onderscheid maken tussen verschillende rechten: zakelijke rechten, loutere schuldvorderingen en kwalitatieve schuldvorderingen (zoals bij huur). De zakelijke rechten doorstaan een samenloop van schuldeisers. De boedel is gebonden om die rechten te respecteren. Loutere schuldvorderingen zijn daarentegen niet tegenwerpelijk aan de boedel.<sup>62</sup> De houders ervan hebben

<sup>60</sup> Die redenering trekt men m.a.w. door naar de ontbinding, waardoor die vordering enkel zou kunnen worden ingeroepen om de betaling van de prijs te waarborgen. Art. 27, 1° Hyp.W.; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*.IV., *Les principaux contrats usuels*, Brussel, Bruylant, 1951, 257; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*. VII. *Les privilèges, Les hypothèques, la transcription, la prescription*, Brussel, Bruylant, 1953, 263; E. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques ou commentaire de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, II, Brussel, Decq., 1863, 236, nr. 616.

<sup>61</sup> P. BECUE, *Handboek Kredietverzekering: de onzichtbare bank*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 11.

<sup>62</sup> R. JANSSEN en M.E. STORME, "Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet be-  
zwaart, moet niet worden gelicht!", *RW* 2009-10, 1481.



geen recht op uitvoering in natura door de curator, hetgeen niet wil zeggen dat de curator niet anderszins kan beslissen. De laatste categorie is een buitenbeentje: soms gaan louter persoonlijke verplichtingen m.b.t. een goed over op de nieuwe verkrijger omwille van de combinatie van een kwalitatief karakter en de werking van een publiciteitsmechanisme.

52. Een licentierecht wordt in ons recht traditioneel gekwalificeerd als een schuldvordering ten aanzien van de titularis van het intellectueel eigendomsrecht (octrooi, auteursrecht). Anderzijds gaat men ervan uit dat door de publiciteit dit recht kwalitatief is of een zekere vorm van zakelijke werking heeft.<sup>63</sup> Daardoor kan de licentie niet zomaar opzij worden geschoven. De deponering en registratie van bv. een merk in het Benelux-merkenregister bepaalt het tijdstip van haar externe werking.<sup>64</sup>

53. De toepassing ervan bij faillissement verloopt als volgt: insolventie van de licentiegever leidt niet tot een beëindiging van de licentieovereenkomst. De overeenkomst blijft doorlopen en de licentienemer kan blijven gebruikmaken van het onderhandelde recht, zolang hij er uiteraard voor betaalt. De omgekeerde situatie, met name het faillissement van de licentienemer, creëert echter een moeilijker situatie. De licentiegever wordt niet alleen geconfronteerd met een insolvable tegenpartij met alle problemen vandie, hij loopt ook nog eens het risico dat de licentienemer in het kader van een overdracht van onderneming de licenties overdraagt aan een ongewenste tegenpartij. Om al deze problemen te vermijden, kan men het best een beding inlassen dat de licentieovereenkomst wordt beëindigd in het geval van faillissement.<sup>65</sup>

54. Tot slot wordt deze theorie ook toegepast op knowhow-licentieovereenkomsten en lijkt dit ook toepasbaar bij licenties omtrent de broncode van software.

### 3.4.3. Toepassingen

#### 3.4.3.1. Algemeen

55. In principe kunnen deze clausules toegepast worden in alle contracten (zowel m.b.t. zakelijke als persoonlijke (obligatoire) rechten). De problematiek van de tegenwerpelijkheid speelt echter enkel bij de toepassing ervan op zakelijke rechten, aangezien de niet-tegenwerpelijkheid van het faillissement, de gerechtelijke

<sup>63</sup> Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, *Handboek Licentieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2007, 12.

<sup>64</sup> Art. 2.33 Benelux-Verdrag van 25 februari 2005 inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) (Art. 11, C Eenvormige Beneluxwet van 19 maart 1962 op de merken); Art. 45, § 5 wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien.

<sup>65</sup> E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, 211.

reorganisatie of de vereffening van de vennootschap enkel betrekking heeft op zakelijke rechten die door de clause retroactief uit de boedel worden gehaald. De ontbindende voorwaarde is dus mogelijk bruikbaar bij het eigendomsrecht of een beperkt zakelijk recht. Enige betwisting kan evenwel rijzen bij de implementatie van een dergelijk beding bij een insolventieprocedure van de erfpachter binnen de eerste 27 jaar van de overeenkomst. Omdat de geconditioneerde ontbinding resulteert in een voortijdige stopzetting van het erfpachtcontract en de minimumduur daardoor wordt aangetast, zou men kunnen argumenteren dat het beding niet te rijmen valt met een zakelijk recht van erfpacht. Het hof van beroep te Bergen heeft die redenering echter verworpen.<sup>66</sup>

#### 3.4.3.2. Wet Financiële Zekerheden

56. Het aangehaald beding komt in de vorm van een close-outclause of salderingsbeding aan bod in de WFZ. Ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden of clauses in het algemeen die betrekking hebben op een vroegtijdige beëindiging naar aanleiding van een insolventieprocedure en voorzien in een nettingovereenkomst zijn ingevolge artikel 14 WFZ tegenwerpbaar ondanks de samenloop. In het kader van de WFZ is de clause dus tegenwerpelijk en komt die ook regelmatig voor als beding dat voorziet in de liquidatie of opeisbaarstelling van alle transacties van voor of na de netting die bestaan tussen de contractanten zodra er zich een afdwingingsgrond (*event of default*) voordoet.<sup>67</sup> Bij vervulling van de afdwingingsgrond worden de bedragen voor de te compenseren vorderingen vastgesteld, vervroegd opeisbaar gesteld en onmiddellijk vereffend. Vereenvoudigd komt dat neer op beëindiging, bepaling van elkaars schulden en compensatie.<sup>68</sup>

#### 3.4.3.3. Een mogelijke oplossing voor het samenlooprisico van de cloud-provider?

57. In de IT-sector bericht men de laatste maanden onrustwekkend over het risico van een insolventieprocedure van een clouddienstverlener of een clouddienstleverancier.<sup>69</sup> Cloud computing verschaft over het internet het gebruik van computer-

<sup>66</sup> Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 en *RGEN* 2000, nr. 25.015, p. 146 (in hervorming van kh. Charleroi 19 maart 1996, *Rev.not.b.* 279).

<sup>67</sup> C. BODDAERT, "Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden", *Bank Fin.* 2010, afl. 4, 244 en 249; I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *TBH* 2006, 180; M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Themis Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 36-37.

<sup>68</sup> P. WERNER, "Close-out netting and the world of derivatives in central and eastern Europe and beyond – ISDA's perspective", *Law in transition* 2012, 50-51.

<sup>69</sup> M. KORPERSHOEK, "Wat te doen bij faillissement cloudleverancier?", <http://www.itenrecht.nl/?//Wat+te+doen+bij+faillissement+cloudleverancier%3F//cloud+computing//31443/>;

hardware en -software.<sup>70</sup> Eén van de vele toepassingen daarvan is het aanbrengen van een platform om data te verzamelen *in the cloud*. Vermits er geen wettelijke regeling over bestaat, die voldoende tegemoetkomt aan de privacybescherming van de klanten van afnemers (zoals banken, ziekenhuizen, dokters, ...), vraagt men zich af hoe de vereffenaar omgaat met de discontinuïteit van de clouddienst als gevolg van een samenlooptoestand.<sup>71</sup> Het gevaar is met name denkbaar dat een overgang slecht wordt geregeld, met als gevolg dat afnemers plots de gegevens van hun klanten niet meer kunnen raadplegen of niet meer kunnen gebruiken van de gehoste applicaties die steunen op de diensten van een insolvente cloudleverancier.

58. Naast de meer courant gebruikte oplossingen om het probleem te counteren, vormt een ontbindende voorwaarde of een ontbindend beding in geval van samenloop een goedkoper alternatief. Zoals besproken, is het perfect geldig om gevallen van niet-betaling van de verschuldigde vergoeding of aanwijzingen van insolvabiliteit te koppelen aan de ontbinding van het contract.<sup>72</sup> Partijen nemen dan het best in dezelfde clause op dat de gebruiker bij ontbinding door samenloop (of in het algemeen bij het einde van het contract) het recht heeft om de data terug te verkrijgen en dat de cloudprovider de verplichting heeft om mee te werken aan de terugzending van die data.

59. Andere mogelijkheden ter anticipatie op het samenlooprisico van de cloudprovider zijn bijvoorbeeld het back-uppen van data of het regelmatig doorgestuurd krijgen van back-ups door de provider. Dat is wellicht de meest goedkope oplossing, als men geen ontbindende clause in het contract heeft voorzien. Een cloud-escrow biedt daarnaast als voordeel dat het een geruisloze overgang garandeert bij ontbinding van het initiële contract met de insolvente provider naar een nieuwe provider. Deze systemen zijn echter erg duur en slechts zinvol als men geen goedkopere alternatief kan verzekeren. Indien de continuïteit van de onderneming echter prioritair is, is een investering in de beveiliging en een goed escrowsysteem misschien wel wenselijk. Die afweging moet het bedrijf uiteraard zelf maken.<sup>73</sup>

---

I. OVERING, "Cloudrevolutie door transparantie en empowerment", <http://www.itenrecht.nl/?/Cloudrevolutie+door+transparantie+en+empowerment///31458/>.

<sup>70</sup> L. FERREIRA PIRES, "Wat is cloud computing?", *Computerrecht* 2011, 104.

<sup>71</sup> K. DE VULDER, "Cloud computing [via internet beschikbaar stellen van hardware, software en gegevens]: hype of realiteit?", *Juristenkrant* 2011, afl. 221, 11.

<sup>72</sup> K. DE VULDER en A. DIERICK, "Contracteren in de cloud", *Computerrecht* 2011, 134.

<sup>73</sup> M. KORPERSHOEK, "Een cloudescrow of niet?", <http://www.itenrecht.nl/?/Een+cloudescrow+of+niet%3F/>.

#### 3.4.3.4. Samenlooprisico bij middellijke vertegenwoordiging

**60.** Tot slot rijst de vraag welke de consequenties zijn van een ontbinding naar aanleiding van de insolventieprocedure van de middellijke vertegenwoordiger ten aanzien van de goederen waarover de vertegenwoordiger heeft beschikt. Het betreft meer bepaald schuldvorderingen op derden, geldsommen, roerende goederen enz. Draagt de vertegenwoordigde dan de gevolgen van de insolventie van zijn vertegenwoordiger en kunnen diens schuldeisers zich daarop verhalen? Of heeft het ontbindend beding zakelijke werking en kan de vertegenwoordigde zijn goederen terugvorderen?

**61.** De vertegenwoordiger heeft een bewindsrecht, dat de opdrachtgever kan beëindigen overeenkomstig de voorwaarden die door hun interne verhouding zijn bepaald. Men moet een onderscheid maken. De vertegenwoordiger heeft zich slechts verbintenisrechtelijk verbonden met de derde.<sup>74</sup> Zakelijkrechtelijk is de eigendom van de goederen en andere zakelijkrechtelijke gevolgen meteen overgegaan naar en verdwenen uit het vermogen van de vertegenwoordigde bij levering of ontvangst aan/door de vertegenwoordiger. De rechtsgevolgen vinden met andere woorden uitsluitend en rechtstreeks plaats tussen de opdrachtgever (vertegenwoordigde) en de derde-wederpartij, ook al ontstaat er in beginsel geen rechtstreekse verbintenisrechtelijke verhouding tussen hen. Daarmee zijn ook meteen de schuldeisers van de opdrachtgever beschermd. De schuldeisers van de vertegenwoordiger moeten dat accepteren.

**62.** Wat specifiek de schuldvorderingen betreft die op naam van de vertegenwoordiger ontstaan, lijkt de situatie erg op een *trust*. Zijn er geen nadere voorwaarden bepaald, dan kan de bewindsbevoegdheid slechts worden overgenomen bij faillissement of onvermogen van de vertegenwoordiger. Ten aanzien van derden dient artikel 1690 BW (regeling van overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen) naar analogie te worden toegepast, onverminderd de bijzondere regels inzake faillissement (zoals art. 103 Faill.W.). Daaruit volgt dat de kennis van de wederpartij van het voor andermans rekening of *qualitate qua* optreden van de tussenpersoon in beginsel bepalend zal zijn.

## 4. CONCLUSIE

**63.** Men kan een anticipatie op het faillissement, de vereffening en de gerechtelijke reorganisatie op tweevoudige wijze aanpakken. Enerzijds kan de schuldeiser enige controle trachten te behouden op de financiële situatie van zijn debiteur.

---

<sup>74</sup> De rechten van de tussenpersoon hebben wel ook een zakelijk aspect (zo zal de opdrachtgever een bewindsrecht hebben op die schuldvordering en meestal ook een zekerheidsrecht).

Zowel de pandgever als de franchisegever kan daar, zoals gezegd, baat bij hebben. Voorts zijn er ook andere bewarende maatregelen om controle te behouden, zoals het bewarend beslag en andere technieken, die terug te vinden zijn in het Gerechtelijk Wetboek.

64. Anderzijds kan men de voorkoming van de samenloop of de gerechtelijke reorganisatie ook expliciet in overeenkomsten modaliseren. Het gaat dan meer bepaald om clausules die men in contracten stipuleert, die een ontbinding of hervorming van de overeenkomst teweegbrengen bij het zich voordoen van het vooraf vastgestelde *event of default*. Het onderzoek naar de zakelijke werking van die clausules lijkt te stoten op een aantal beginselen zoals het fixatie-, het beschikkingsonbevoegdheids- en het *paritas creditorum*-beginsel. Nochtans zijn er tegenargumenten genoeg en is het gebruik ervan in de praktijk voldoende bekend om dergelijke clausules toe te laten.

65. Een frequent voorkomende clausule is de ontbindende voorwaarde bij samenloop van schuldeisers. Verbintenisrechtelijk is die geldig. De zakenrechtelijke werking ervan is afhankelijk van de publiciteit. Voor zover er geen bijzondere regels zijn, gelden de regels van de onbetaalde verkoper eveneens voor de zakelijke werking van de ontbinding (Art. 20, 5° en 27-28 Hyp.W.). Wat de toepassing van het beding bij licentieovereenkomsten betreft, wordt de oplossing ervan bemoeilijkt door de kwalificatie van de licentie. Het beding is echter ook daar toepasselijk. Andere interessante toepassingsgevallen vindt men terug bij de Wet Financiële Zekerheden (*close-outbeding*) en bij de insolventieprocedure van de clouddienstverlener en de middellijke vertegenwoordiger.

