



partners in
Hogeschool-Universiteit Brussel



LEERSTOEL

PROFESSOR CONSTANT MATHEEUSSEN

**5. HET PAND – VAN EEN OUDE NAAR EEN
MODERNE ZEKERHEID**

FRANK HELLEMANS
VINCENT SAGAERT
RAF VAN RANSBEECK (eds.)

2012

Verpintenrechtelijke alternatieven voor het pand	155		
<i>Mathias E. Storme</i>			
Afbakening van het onderwerp	157		
I. Technieken niet gebaseerd op de externe werking van de interne modaliteiten van schuldvorderingen	158		
Afdeling A. Volmacht	158		
Afdeling B. Beschikkingsbevoegdheid over eigen goederen kan niet bij overeenkomst worden beperkt (anders dan door toekenning van een zakelijk recht)	159		
Afdeling C. Overdraagbaarheid kan niet bij overeenkomst worden beperkt: conventionele vervreemdingsbeperkingen hebben geen zakelijke werking	161		
Afdeling D. Ontbindingsrechten en ontbindende voorwaarden	166		
II. De externe werking van de interne modaliteiten van schuldvorderingen	167		
Afdeling A. Algemeen: de modalisering van schuldvorderingen bij overeenkomst tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan	167		
1. Situering	167		
2. Grondslag	169		
3. Toepassingen in het algemeen	170		
4. Vereiste voor externe werking: (interne) geldigheid van dergelijke bepalingen	172		
5. Beperkingen aan de externe werking door het vertrouwensbeginsel	173		
6. Korte uitweiding: beperkingen aan de werking van een cessieverbod?	175		
Afdeling B. Tweepartijenverhoudingen (wederzijdse schuldvorderingen: rekening-courant, conventionele schuldvergelijking en ondeelbaarheid van rekeningen)	177		
1. Conventionele schuldvergelijking in het algemeen (inbegrepen de rekening-courant)	177		
2. Zgn. eenheid van rekeningen bij meerdere rekeningen (verruimde rekening-courantovereenkomst)	192		
3. Gevallen waarin artikel 14 Wvz buiten werking is gesteld; heeft artikel 14 Wvz een meerwaarde?	194		
Afdeling C. Driepartijenverhoudingen (delegatieovereenkomst sensu lato)	196		
1. De delegatieovereenkomst in het algemeen	196		
2. Rekeningregioeden met voorwaardelijke gerechtigden en andere rekeningen met meerdere rekeninghouders (quasi-gemeenschappelijke rekeningen)	202		
		3. Schuldvergelijking in meerprijverhoudingen (multilaterale netting)	212
		4. Op naam van een middelbaar vertegenwoordiger ontstane schuldvorderingen: kwaliteitsrekeningen als bijzondere toepassing	212

AFBAKENING VAN HET ONDERWERP

1. De opdracht het te hebben over "verbintenisrechtelijke alternatieven voor pand" heb ik alvast in die zin begrepen, dat ik het niet hoef te hebben over zakenrechtelijke rechtsfiguren, noch over zakelijke rechten op lichamelijke goederen, noch over inpandgeving van schuldvorderingen of zakelijke rechten op onlichamelijke goederen. Ook over het retentierecht *an sich* hoef ik het dus niet te hebben, aangezien dat volgens mij niets anders is dan een pandrecht. En al evenmin over de techniek van de vermogensafschieding of over de mogelijkheden van rechten in afgescheiden vermogens.

Uit de eerste beperking volgt bovendien dat er ook over fiduciaire eigendom nauwelijks iets te vertellen valt in dit kader. Bij fiduciaire eigendom heeft de fiduciair, *ex hypothesi* een schuldeiser, immers een zakelijk recht op het overgedragen goed, en is de vraag die rijst juist veel eerder of er aan de fiduciair een zakenrechtelijke bescherming kan worden verschaft.

2. Tegelijkertijd heeft een "verbintenisrechtelijke" figuur maar enige betekenis als alternatief voor pand indien ze minstens ten dele dezelfde functie kan vervullen als een pandrecht, d.w.z. een schuldeiser een mogelijkheid te geven om bij voorrang boven andere schuldeisers betaald te worden aan de hand van een of meer activa (met dien verstande dat een voorrang op schuldvorderingen natuurlijk wel veronderstelt dat de schuldenaar van die schuldvordering solvabel is en uiteindelijk betaald). Het meest veilige verbintenisrechtelijke alternatief, namelijk krachtens de contractsvrijheid de schuldenaar gewoon géén krediet verschaffen zodat er ook geen te verzekeren schuld *c.q.* schuldvordering is, zal ik eveneens buiten beschouwing laten.

Het meest evidente verbintenisrechtelijk alternatief voor een pand is een persoonlijke zekerheid van een andere persoon dan de schuldenaar, maar dit is allicht niet wat de inrichters van deze studiedag bedoelden. Wel is het zo dat net zoals bij een pandrecht op een schuldvordering of een vergelijkbare zekerheid op een schuldvordering, ook de waarde van een persoonlijke zekerheid uiteindelijk afhangt van de solvabiliteit en de nakoming van de derde (borg *c.q.* debiteur van de in pand gegeven schuldvordering).

De opdracht wordt hieronder uiteindelijk dan ook als volgt ingevuld:

- het grootste deel van de uiteenzetting betreft alternatieven die voortvloeien uit de mogelijkheid voor partijen die zich bevinden in een rechtsverhouding om de interne verhouding tussen hen te modaliseren en hun schuldvorderingen vorm te geven op een wijze die regenverpbaar is aan derden die zich op die schuldvordering zouden willen verhalen;

- daaraan voorafgaand kom ik in een eerste deel hoofdzakelijk tot een proces-verbaal van niet-bevinding, d.i. van het gebrek aan extrem effect van contractuele verbintenissen. Daartoe moet ik eerst herinneren aan het beginsel van de *numerus clausus* in het zakerecht.

1. TECHNIEKEN NIET GEBASEERD OP DE EXTERNE WERKING VAN DE INTERNE MODALITEITEN VAN SCHULDVORDERINGEN

3. Afgezien van de specifieke mogelijkheden die er gelden bij schuldvorderingen op naam als zekerheidsgoed, zijn de effecten van verbintenistrechterlijke alternatieven beperkt. Bijna per definitie gelden verbintenistrechterlijke alternatieven enkel obligatoir, d.w.z. tussen de partijen bij een verbintenis, en niet ten aanzien van derden. Contractuele afspraken zullen maar zakelijke werking hebben indien het om een door het recht erkend zakelijk recht of om een recht met zakelijke werking gaat. Dit wordt traditioneel verwoord in het *numerus clausus*-beginsel.

Aldus gaan we eerst even na wat het gevolg is van de *numerus clausus* voor enkele verbintenistrechterlijke figuren.

Afdeling A. Volmacht

4. Een schuldeiser kan zijn positie soms versterken door het verkrijgen van bevoegdheid tot het stellen van rechtshandelingen voor rekening van de schuldenaar en vergelijkbare bevoegdheden.

Voorbeeld: een incassomandaat om de schuldvorderingen van de schuldenaar te innen (waarna de geynde som die de inner in beginsel moet afgeven aan zijn schuldenaar kan worden verrekend met de schuld van de schuldenaar). Aangezien dergelijke volmachten mede verleend worden in het belang van de lasthebber zelf, geldt de gewone regel van de herroepelijkheid *ad nutum* van de lastgeving hier in beginsel niet: de mogelijkheden tot herroeping moeten worden gezien in het licht van de onderliggende overeenkomst (bv. kredietovereenkomst) tussen partijen.¹

Anderen voorbeelden zijn de volmacht om een zakelijke zekerheid te vestigen op een goed van de volmachtgever of een goed van de volmachtgever over te

¹ Zie nader M.E. STORME, "Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang – in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk", *T.Nor.* 1996, 7 e.v.

dragen. Verbintenistrechterlijk zijn dergelijke volmachten in beginsel geldig, behalve wanneer ze strijdig zouden zijn met een verbod van parate executie.

5. Een lasthebber kan ook worden gemachtigd om in eigen naam over anderen goederen te beschikken of anderen rechten uit te oefenen, de zgn. middellijke vertegenwoordiging. Hoewel aldus aan die derde eigenlijk een beschikingsbevoegdheid wordt verleend over anderenmans goed zonder dat die derde tegelijk een zakelijk recht heeft ten aanzien van dat goed, wordt dit in ons recht niet strijdig geacht met de *numerus clausus*.²

6. In beginsel hebben dergelijke volmachten echter geen zakelijke werking. Hoewel ze niet faillissementvast zijn voor de toekomst, kan er toch gebruik van worden gemaakt tot aan de samenloop.³ Maar vanaf de samenloop kan de lasthebber ter incasso de schuldvordering niet meer innen, terwijl een cessionaris of een pandhouder (deze laatste onder nadere voorwaarden) dat wel kan.

Afdeling B. Beschikingsbevoegdheid over eigen goederen kan niet bij overeenkomst worden beperkt (anders dan door toekennning van een zakelijk recht)

7. Een partij kan wel de verbintenis aangaan dat zij bepaalde handelingen niet zal stellen, bv. bepaalde eigen goederen niet zal vervreemden, doch dergelijke verbintenis heeft geen zakelijke werking. Met andere woorden: beschikingsbevoegdheid over eigen goederen kan (anders dan vertegenwoordigingsbevoegdheid) niet bij overeenkomst worden beperkt. Wel kan er een verbintenis worden aangegaan om niet te vervreemden, maar die maakt niet beschikingsonbevoegd, m.a.w. heeft geen zakelijke werking.⁴ Een zakelijke beperking kan enkel voortvloeien uit erkende rechten met zakelijke werking (zie de "catalogus").

8. Dit verandert niet wanneer men aan een derde een zelfs onherroepelijke volmacht zou verlenen om over bepaalde goederen te beschikken. Dit kan weliswaar de verbintenis inhouden zelf niet over die goederen te beschikken; onherroepelijkheid van een volmacht brengt vaak mee dat deze volmacht

² Zie o.m. R. JANSSEN, *Beschikking(s)onbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, nr. 795 e.v.

³ Vgl. verder E. DIRIX, "Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten", in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Deba 2007-2008, Mechelen, Kluwer, 2008, p. (141) 150-151.

⁴ Zo ook R. JANSSEN, *Beschikking(s)onbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, nr. 669-705.

"verdringend"⁵ is, d.w.z. dat het de lastgever niet is toegestaan (op straffe van wanprestatie — dus verbintenistrethelijk) om zelf nog m.b.t. het voorwerp van de volmacht te handelen, precies omdat dit een herroeping van de volmacht in zich sluit. Zelfs wanneer zelf handelen niet op een herroeping zou neerkomen, kan dit op grond van de andere inhoud van de overeenkomst tussen partijen toch uitgesloten worden (bv. in de vorm van een zogenaamde negatieve zekerheid gekoppeld aan een volmacht: in de overeenkomst waarbij een hypotheekre volmacht, een inningsvolmacht e.d. wordt bedongen, wordt normaal ook bedongen dat de lasthebber de lastgever verdringt, m.a.w. dat de lastgever zelf niet meer mag hypotheekeren, innen e.d.).

9. Daarbij rijst vooreerst de verbintenistrethelijke vraag of een lasthebber wel kan gebonden zijn aan zo'n verdringende volmacht, waarbij hij zelf niet meer mag optreden, of dit bv. niet in strijd is met de regel dat men enkel op grond van of krachtens de wet handelingsonbekwaam kan worden (zelfbeschikkingselement, en meer bepaald art. 1123 BW).⁶ Aldus kan een volmacht niet onherroepelijk zijn in zoverre het gebonden blijven aan de volmacht verderreikende verplichtingen zou meebrngen dan degene waartoe men zich wettelijk kan verbinden, en is een onherroepelijke volmacht voor onbepaalde duur dus steeds herroepbaar. Zo ook kan een volmacht slechts onherroepelijk zijn voor zover ze de lastgever niet substantieel handelingsonbekwaam zou maken en kan ze slechts verdringende werking hebben met betrekking tot welbepaalde handelingen, dan wel voor handelingen met betrekking tot welbepaalde goederen (of een nader bepaalde algemeenheid van goederen). Een volmacht tot het innen van welbepaalde schuldvorderingen is een bepaalde volmacht en kan dus onherroepelijk worden bedongen (een voorbeeld waar de wet dergelijke onherroepelijkheid bepaalt, is de inningsvolmacht voor schuldvorderingen op de Delcrededienst⁷). In bepaalde rechtsverhoudingen kan echter geen onherroepelijke volmacht worden bedongen: bv. tussen echtgenoten (art. 219 BW).

10. Keren we evenwel terug naar het zakenrecht, dan is het duidelijk dat in ons huidige recht de onherroepelijke volmacht géén zakelijke werking heeft, met andere woorden dat zij de lastgever niet beschikkingsonbevoegd maakt over de goederen die het voorwerp uitmaken van de volmacht (men spreekt in het geval waar dat wel zo is van een "privatieve" volmacht). Dit vloeit

voort uit de *numerus clausus* van ons zakenrecht: beschikkingsonbevoegdheid ontstaat slechts in de gevallen door de wet bepaald.⁸

11. Het resultaat van een verdringende volmacht met zakelijke werking kan wel worden bereikt in het kader van een gebonden gemeenschap, zoals met name een maatschap (waaronder ook de stille maatschap en het beleggingsfonds). Voor zover deze gebonden gemeenschap er ook in kan bestaan dat een partij (lasthebber) géén aandeel krijgt, maar enkel bewindsbevoegdheid (en mogelijkjs lidmaatschapsrechten, wanneer het om aandelen e.d. gaat), kan deze bevoegdheid ook aan een derde worden toevertrouwd, en kan zo een "echte" *trust* worden opgericht. Dit gaat het bestek van deze bijdrage echter te buiten.

Afdeling C. Overdraagbaarheid kan niet bij overeenkomst worden beperkt: conventionele vervreemdingsbeperkingen hebben geen zakelijke werking

12. De *numerus clausus* houdt ook in dat beperkingen van de overdraagbaarheid van goederen, die niet bij wet zijn voorzien, in beginsel geen zakelijke werking hebben.⁹ Zakelijke werking hebben enkel de wettelijke vervreemdingsbeperkingen, die zijn diegene die de wet zelf vastknoopt aan bepaalde rechtsfeiten, of die krachtens de wet bij overeenkomst kunnen worden bedongen of uit een overeenkomst voortvloeien (een voorbeeld van het laatste is het voorkooprecht van de pachter). D.w.z. dat conventionele en testamenteaire (niet-wettelijke) beperkingen de "overdraagbaarheid" niet beperken en evenmin de eigenaar onbevoegd maken om te beschikken. De geldigheid van dergelijke bedingen houdt immers nog geen zakelijke werking in. En nog veel minder is een vervreemding in strijd met een beding van onvervreemdbaarheid nietig, zoals wel eens ten onrechte wordt gesteld.¹⁰ Deze beperkingen hebben in beginsel enkel verbintenistrethelijke gevolgen.

Louter persoonlijke (d.i. obligatoire) rechten, zoals conventionele of testamentaire onvervreemdbaarheden, voorkooprechten, goedkeuringbedingen, aankoopopties, hypotheekverboden en andere "negatieve zekerheidsbedin-

⁵ De term komt van Wiacker, aangehaald door J. GERNHUBER, "Die verdringende Vollmacht", *JZ* 1995, 381 e.v.

⁶ Zie hierover uitvoeriger W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, nr. 257 e.v.; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht — Algemeen deel*, nr. 54, p. 144 e.v.

⁷ Art. 4bis KB nr. 42, 31 augustus 1939, zoals gewijzigd bij wet 1 maart 1957.

⁸ Vgl. § 137 BGB, W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, p. 145.

⁹ Vgl. § 137 BGB, NBW 3:83, 1.

¹⁰ Bv. A. DELIEGE, "Inalienabilite", *Rép. not.*, nr. 32.

gen", verhuingsverboden, e.d.m.¹¹ hebben dus in beginsel géén zakelijke werking.¹²

13. Als het beding verbintenisrechtelijk geldig is, vormt de schending ervan wel een wanprestatie tussen partijen. De derde-verkrijger kan mogelijk als medeplichtig zijn aan de wanprestatie, wat de bedinger eveneens een vordering tot schadevergoeding oplevert. De benadeelde kan daarbij in beginsel ook het herstel in natura vorderen.

14. Maar ook op verbintenisrechtelijk vlak worden bedingen die de vreemdbaarheid van goederen beperken, aan banden gelegd. Omwille van de vrijheid van handel en nijverheid zijn bedingen van onvervreemdbaarheid slechts geldig indien zij voldoende beperkt zijn qua tijd en voorwerp en beantwoorden aan een rechtmatig belang¹³ en niet uitsluitend voor het geval van vervreemding ingevolge beslag zijn geschreven.¹⁴ Deze regel vinden we in artikel 510 W. Venn., doch het gaat daar slechts om een bijzondere verwoording van een algemene regel. Het maakt daarbij geen verschil of het niet-vervreemden als een verbintenis wordt aangegaan, dan wel de vervreemding als een ontbindende voorwaarde wordt bedongen.

15. Dit alles beperkt dus ook het effect van zogenaamde "negatieve zekerheden"¹⁵, dit zijn verbintenissen aangegaan betreffende de wijze

¹¹ Zie bv. Gent 25 oktober 1996, *AJT* 1996-97, 356 (voorkooprecht is louter obligatoir, zelfs al is het overgeschreven); A. DE BOUINGNE, "Voorkeurrechten en verkoopbedingen (aan-koopoptie)", *NFM* 1991, (143) 150, die eraan toevoegt dat men wel een hypothecaire inschrijving kan nemen tot waarborg van de vergoeding die bij mistekening van het voorkeurbeding verschuldigd zal zijn.

¹² Vgl. DE PAGE, *Traité*, V. 907; COLIN en CAPTANT, *Cours élémentaire de droit civil*, I, nr. 1608. Vgl. art. 1379 Italiaanse C.C.

¹³ Zie V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek" in *Zaktenrecht. Droit des biens*, Brugge, 2005, p. 47 e.v., nrs. 6 tot 15; A. DELLEGE, "Inafnabillité", *Rép. not.*, nr. 14-29, met verwijzingen; E. DIRIX in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva* 2007-2008, p. (141) 152; Brussel 8 mei 1980, *RNB* 1981, 374; Rb. Luik 5 maart 1990, *JLMB* 1222; Rb. Tongeren 10 juni 1998, *T.Nor.* 1998, 466; Rb. Antwerpen 25 februari 1988, *T.Nor.* 201; Zie verder M. COENE, "Overzicht van rechtspraak. Giften", *TPR* 1994, p. 1669 e.v.

¹⁴ H. DE PAGE, *Traité*, VII nr. 341. Onbetslagbaarheidsbedingen hoeven eigenlijk niet niet-tig te zijn, ze zijn gewoon niet tegenwerpbaar aan de beslagnegende schuldeisers.

¹⁵ Zie DIRIX en DECORTE, *Zekerheidsrechten*, uitg. 2006, nr. 369, p. 239; A. VERBEKE in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, nr. 44-55, met verdere verwijzingen; A. VERBEKE en I. PEETERS, "Negatieve zekerheden", *DAOR*, nr. 39, 39 e.v.; E. DE BIE, "Rechtelijke aspecten van de negatieve zekerheidsclausule", *Jura Fide*, 1990-91, 331 e.v.; J.V. LINDEMANS, "Negatieve zekerheden" in *Comm. Voort. & Hyp.*, 28; A. MEINERZHA-GEN-LIMPENS, "Les engagements de ne pas faire en matière de crédit", *RDAI* 1986, 675; I. MOREAU-MARGREVE, "L'évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés" in *Les créanciers et le droit de la faillite*, p. 198; F. DIERCKX, "Juridische kanttekeningen bij

waarop men zijn beschikingsbevoegdheid zal gebruiken of niet gebruiken. Meestal gaat het om overeenkomsten waarbij een schuldenaar er zich toe verbindt iets niet te doen, althans niet zonder akkoord van de schuldeiser die dit bedongen heeft, bv.:

- wat het actief betreft, niet te vervreemden, geen zakelijke zekerheden toe te kennen aan andere schuldeisers (zijn goederen niet te hypothekeren of in pand te geven ten voordele van andere schuldeisers), geen dividenden uit te keren tenzij bepaalde ratio's bereikt zijn, noch andere vormen van winstuitkering, enz.;
- wat het passief betreft, geen schulden aan te gaan zonder toestemming van de schuldeiser, of althans geen schulden van een bepaalde aard zoals geldleningen of borgstellingen; geen huur van onroerende goederen, e.d.;
- bij een vennootschap: het kapitaal niet te verminderen.

Een dergelijke overeenkomst kan opsommen welke bezwaren en vervreemdingen verboden zijn, of omgekeerd een algemeen verwoord verbod inhouden met de bepaling welke vervreemdingen wel toegelaten zijn (in het Engels *permitted encumbrances*), al dan niet onder bijzondere voorwaarden. In het eerste geval is het voor de schuldeiser van belang om het verbod voldoende ruim te verwoorden, zodat het bv. ook bepaalde vormen van eigendomsoverdracht omvat.¹⁶ Het kan ook gaan om een verbod om actief af te scheiden door bv. de oprichting van een dochtervennootschap.

Gaat het om een beding waarbij men belooft aan derden géén zekerheden toe te staan, dan spreekt men van een "negatieve zekerheid" (Engels: *negative pledge*, Duits: *Negativverklahrung*); het begrip wordt echter ook in een ruimere betekenis gebruikt, waarin het alle zopas genoemde overeenkomsten omvat. De negatieve zekerheid is overigens slechts een van de mogelijke vormen van bestuursbeperkingen door verbintenissen om niet te doen. In een nog ruimere zin omvat deze categorie ook andere obligatoire bestuursbeperkingen, met name overeenkomsten waarbij de schuldenaar er zich toe verbindt zijn vermogen uit te breiden (bv. het kapitaal van de kredietnemende vennootschap te verhogen) of andere positieve verbintenissen aangaat (bv. het advies van een kredietverlener volgen)¹⁷, bepaalde personen in het bestuur behouden) of een controlerecht van de schuldeiser aanvaardt. Verder worden vaak ook informatieplichten bedongen vanwege de schuldenaar (zie daar-

enkele nieuwe financierings- en zekerheidstechnieken", *Bank Fin.* 1987, 148; E. DIRIX in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva* 2007-2008, p. (141) 152.

¹⁶ Denken we aan de *sale & lease-back*, de betaling van een geldsom tot zekerheid, de zekerheidsoverdracht van effecten e.d.

¹⁷ A.M. STRANART in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, IB, nr. 820.

over ook verder onder). Schuldseisers moeten wel op hun hoede zijn voor te verregaande bestuursbeperkingen, opdat zij niet als feitelijk bestuurder van de schuldenaar zouden worden beschouwd en in geval van insolventie daarvoor mee aansprakelijk zouden worden gesteld.

16. Op verbintenisrechtelijk vlak gelden daarbij de volgende beperkingen:

Een verregaande vervreemdingsbeperking (dode hand) is in strijd met de openbare orde. Vervreemdingsbeperkingen moeten, zoals gezegd, gerechtvaardigd zijn door een belang, en beperkt zijn qua omvang en tijd. Een bezwaaringsverbod is echter geen vervreemdingsverbod en wordt dus gemakkelijker aanvaard. Een voldoende belang van de schuldeiser-bedinging is in de praktijk geen probleem, een beperking in tijd ook niet, aangezien de verbintenis maar duurt zolang het krediet loopt. De vraag rijst wel of een bezwaaringsverbod anders dan een vervreemdingsverbod wel op het gehele of bijna het gehele vermogen kan slaan.¹⁸

Ook is de handelingsbekwaamheid van eenieder van openbare orde. Daarom kan de schuldenaar er zich niet toe verbinden zijn bestuursbevoegdheid over zijn vermogen in het geheel niet uit te oefenen; dan zou hij zichzelf *de facto* handelingsonbekwaam maken, wat niet kan. Hij kan wel specifieke verbintenissen aangaan, waarvan de nakoming moet betelen dat de vermogenspositie van de schuldenaar in het algemeen achteruitgaat. De beperking mag niet zo verregaand zijn dat de schuldenaar *de facto* handelingsonbekwaam wordt, of althans het bestuur over zijn vermogen omzeggens volledig verliest. Indien dit het geval is, zal de schuldeiser verplicht zijn toch in te stemmen met alle normale beschikkingen door de schuldenaar. Voor zover de bestuursbeperking er enkel in bestaat geen zekerheden toe te kennen, is er in beginsel geen probleem met deze regel.

Ook het verbod om een gerechtelijke reorganisatie (vroeger: gerechtelijk akkoord) aan te vragen en vergelijkbare bedingen, moet strijdig worden geacht met dwingend recht.

¹⁸ Geldig volgens A. VERBEKE en I. PEETERS, *DAOR* 1996, 40, nr. 48; H. MERKEL, *RDAL* 1987, (669) 684-685; E. DE BIE, *Jura Falc.* 1990-91, 340; H. DE PAGE past evenwel dezelfde (strengere) maatstaven toe als voor een vervreemdingsverbod, H. DE PAGE, *Traité* V, p. 792, nr. 908.

17. Al deze afspraken hebben, zoals gezegd, géén zakelijke werking.¹⁹ De schuldenaar blijft dus beschikkingsbevoegd. Indien hij in strijd met zijn verbintenis toch zekerheden vestigt op de desbetreffende activa, vormt dat een wanprestatie maar geen onbevoegde beschikking; de derde die de zakelijke zekerheid verkrijgt heeft ze dus van een bevoegde persoon verkregen.

Dit sluit niet uit dat ook hier derden aansprakelijk kunnen zijn uit onrechtmatige daad indien ze medeplichtig zijn aan de wanprestatie van de schuldenaar (alseek dat bestuurders van de schuldenaar-vennootschap aansprakelijk kunnen zijn bij niet-nakoming door de vennootschap).

Het is ook mogelijk dat de wanprestatie aan de schuldeiser bepaalde bevoegdheden kan verlenen, zoals bv. tot uitoefening van een hypotheecaire volmacht.²⁰ Overigens is de lasthebber in beginsel (d.i. indien dit niet bedongen is) niet verplicht om de lastgever voorafgaandelijk kennis te geven van het voornemen om de volmacht uit te oefenen (en dus de hypotheek te vestigen)²¹, hij is evenmin verplicht de uitoefening van die volmacht te motiveren, en mag ze gebruiken zodra zijn rechten ten opzichte van andere schuldeisers in het gedrang zouden kunnen komen²², dit alles behoudens rechtsmisbruik.²³

Behalve wanneer de derde medeplichtig is, zal de sanctie van een wanprestatie aan een bezwaaringsverbod meestal niet kunnen bestaan in herstel in natura (ongedaanmaking), maar enkel in schadevergoeding. Evenwel leidt

¹⁹ Algemene opvatting: bv. F. DIERCKX, *Bank Fin.* 1987, 149; DIRIX en DECORTE, (2006), nr. 369, p. 239; I. MOREAU-MARGREVE in *Les créanciers et le droit de la faillite*, p. 198; A.M. STRANART in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, 808, nr. 820; A. VERBEKE in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijke situaties*, p. 40, nr. 47; E. DIRIX in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, p. (141) 152.

²⁰ Bv. Luik 26 maart 2002, *TBH* 2004, 165, noot.

²¹ Cass. 23 maart 2006, *RW* 2006-07, 874, noot A. VAN OEVELEN, "De interpretatie te goeder trouw van overeenkomsten en de toepassing ervan op de omzetting van een hypotheecaire volmacht". Eerder in die zin Brussel 30 september 2003, *RW* 2004-05, 675; Kh. Brussel 9 november 1999, *RW* 1999-2000, 1379; A. CUYBERS, *Coma Voort. & Hyp.*, "Art. 76 Hyp. W.", nr. 74-75; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Rb. Brussel 20 februari 2004, *TBH* 2006, 97-98. In dezelfde zin Kh. Brussel 29 juni 2007, *RW* 2007-08, 1596; de uitoefening is bovendien ook geen misbruik indien er een gevaar bestaat dat de schuldenaar op het goed andere zekerheden zou vestigen; Brussel 8 april 2008, *RW* 2008-09, 1194 = *RABG* 2009, 1044, noot S. BLOMMAERT en D. VEESTRAETEN, "Rechtsmisbruik bij de uitoefening van een hypotheecair mandaat".

²² Brussel 30 september 2003, *RW* 2004-05, 674.

²³ Bv. Antwerpen 30 juni 1997, *TBBR* 1999, 81; Rb. Brussel 20 februari 2004, *TBH* 2006, 91 e.v., noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, *In concreto* verworpen in Kh. Antwerpen 25 oktober 2005, *TNot.* 2006, 224.

de schuldeiser geen schade indien de schuldenaar solvabel is; indien die insolvabel is, is de schade geen andere dan de niet-gerecupereerde schuldvordering. Ook hiernit blijkt de beperkte waarde – buiten het geval van derde-medeplichtigheid – van een louter negatieve zekerheid, die niet met andere bedingen of zekerheden gepaard gaat. Een nuttig (en in de praktijk gebruikelijk) beding is met name het beding van verval van termijn bij overtredding van de overeengekomen bestuursbeperking, waardoor de gehele schuld op-eisbaar kan worden gesteld.²⁴

De sanctie bij derde-medeplichtigheid is het herstel van de schade, maar dient ook niet verder te reiken dan de schade. Indien niet aan de vereisten voor een *actio pauliana* is voldaan, kan de sanctie dan ook enkel bestaan uit schadevergoeding tot beloop van het verschil tussen het door de schuldeiser gerecupereerde bedrag en datgene dat hij zou gerecupereerd hebben zonder die wanprestatie.²⁵ Het valt dan ook te betreuren dat het Hof van Cassatie de gerechtigde het recht toekent om de overeenkomst met de derde-medeplichtige te vernietigen²⁶ zonder dat aan de vereisten van een *actio pauliana* is voldaan.

18. Afspraken kunnen wel werking hebben tegen die derden die daarmee hebben ingestemd. Andere schuldeisers kunnen akkoord gaan met de achterstelling van hun schuldvordering; schuldeisers kunnen ondertling overeenkomsten dat hun schuldvorderingen gelijke rang hebben (*pari passu*) ongeacht de zekerheden die ervoor gelden, e.d.m. Ook dit gaat het beslek van deze bijdrage te buiten.²⁷

Afdeling D. Ontbindingsrechten en ontbindende voorwaarden

19. Een mogelijkheid om een zekere zakelijke werking te verlenen aan verbintenissen bestaat erin er een ontbindende voorwaarde aan te koppelen. Met name doel ik hier op ontbindende voorwaarden in de overeenkomst waarbij aan de wederpartij een goed of zakelijk recht op een goed wordt verschaft, en

²⁴ Volgens de heersende mening valt de overtredding van een bestuursbeperking niet onder art. 1188 BW, en dient het verval van termijn dus bedongen te worden (Zie MEINERTZHAAGEN-LIMPENS, *RDAT* 1986, 689; MOREAU-MARGREVE in *Les créanciers et le droit de la faillite*, 198; E. DE BIE, *Jura Falc.* 1990-91, 342; anders VAN RYN-HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 555, p. 427; Luik 7 februari 1936, *JL* 1936, 143).

²⁵ Vgl. VAN RYN-HEENEN, IV, 428, nr. 555; VERBEKE en PEETERS, *DAOR* 1996, 44, nr. 46; E. DE BIE, *Jura Falc.* 1990-91, 353.

²⁶ Cass. 27 april 2006, *RW* 2009-10, 236.

²⁷ Zie o.m. E. DIRIX in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, p. (141) 148.

waarvan de realisatie of uitoefening de overeenkomst ontbindt en het goed doet terugkeren naar de eerste partij.

In ons recht werkt een ontbinding of de realisatie van een ontbindende voorwaarde immers in beginsel retroactief en in dezelfde mate ook zakelijk.²⁸ Bij ontbinding keert het goed retroactief terug naar de vervaarmer en wordt het geacht nooit te zijn overgegaan op de wederpartij. Een ontbindende voorwaarde kan aldus bv. de verbintenis van de fiduciairius bekrachtigen.

Dit veronderstelt natuurlijk wel opnieuw dat:

- de ontbindende voorwaarde verbintenisrechtelijk geldig is; - c.q. het beding waarbij de wederpartij een verbintenis aangaat, die gesanc-tioneerd wordt met ontbinding, verbintenisrechtelijk geldig is.

Die geldigheid is er niet wanneer de ontbindende voorwaarde zo is opgesteld dat ze in werking treedt door de uitwinning van het goed door een andere schuldeiser van de verkrijger van het goed.²⁹

Voor de tegenwerpbaarheid van de ontbinding aan derden-verkrijgers c.q. de samenlopende schuldeisers van de wederpartij, gelden er wel beperkende regels, waarvan de bespreking dit beslek te buiten gaat (en die verschillen voor roerende goederen – zie art. 20, 5° Hyp. W. – en onroerende goederen – zie art. 28 Hyp. W.).

II. DE EXTERNE WERKING VAN DE INTERNE MODALITEITEN VAN SCHULDVORDERINGEN

Afdeling A. Algemeen: de modalisering van schuldorderingen bij overeenkomst tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan

1. Sinergering

20. Echte verbintenisrechtelijke alternatieven voor pandrecht bestaan er daarentegen door aan de schuldeiser rechten te verschaffen:

a) door middel van of op een schuldvordering op een derde, althans wanneer het om een schuldvordering op naam gaat (en niet aan toonder of gedematerialiseerd);

²⁸ E. DIRIX in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, p. (141) 166, nr. 36; R. JANSSEN, *Beschikkingsof bevoegdheid*, I, nr. 701 e.v. Zie verder J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 399 e.v.

²⁹ Zie R. JANSSEN, *Beschikkingsof bevoegdheid*, nr. 704, met verwijzingen.

b) of ten aanzien van een tegenvordering van de schuldenaar op die schuldeisers (hoofdzakelijk schuldvergelijking of *netting*).

21. *Ad a)* Bij het gebruik van een schuldvordering op naam die de schuldenaar heeft op een derde als zekerheid kunnen we het volgende zeer algemeen onderscheid hanteren.

1° De schuldeiser kan tot zekerheid van zijn schuldvordering op de schuldenaar gebruik maken van een zakelijk zekerheidsrecht op de schuldvordering van zijn schuldenaar op de derde, wat geen toestemming van de derde vereist. Het kan hier gaan om een zekerheidsrecht gevestigd bij overeenkomst met de schuldenaar, zoals een pandrecht op een schuldvordering, of een vergelijkbare beschikking door de schuldenaar (delegatie ook indien niet geaccepteerd; trekken van een cheque; trekken van een wisselbrief; ook indien niet geaccepteerd) of een zekerheidsrecht dat voortvloeit uit de wet, zoals de onvolmaakte rechtstreekse vordering (bv. van de onderaannemer, bij niet verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen, enz.), een voorrecht of een toepassing van zakelijke subrogatie.

2° De schuldeiser kan tot zekerheid van zijn schuldvordering op zijn schuldenaar gebruik maken van een persoonlijke zekerheid van een derde, wat in beginsel vereist dat die derde erin heeft toegestaan zich persoonlijk zeker te stellen voor de schuld (bv. borgtocht); ook de volmaakte rechtstreekse vordering hoort in deze categorie thuis.

3° De schuldeiser kan tot zekerheid van zijn schuldvordering op de schuldenaar gebruik maken van een schuldvordering op een derde die door middel van een overeenkomst met die derde gemodificeerd wordt voor dit doel.

22. *Ad b)* Bij *netting* en schuldvergelijking kunnen we eveneens een onderscheid maken tussen:

1° het geval waarin de schuldeiser ook zonder toestemming van de wederpartij gebruik kan maken van een schuldvordering die de wederpartij op hemzelf heeft, omdat dit uit de wet voortvloeit, namelijk wettelijke schuldvergelijking en gerechtelijke schuldvergelijking;

2° het geval waarin de schuldeiser *netting* kan invoeren krachtens een overeenkomst met de wederpartij (conventionele *netting* of schuldvergelijking).

Hier gaat het over de laatste categorie van elk van beide net gegeven opsommingen. Al deze rechtsfiguren hebben in wezen dezelfde juridische grondslag, die ik vooraf wens te verduidelijken.

2. Grondslag

23. De grondslag voor al deze rechtsfiguren, of liever voor de externe of zakelijke werking ervan, ligt daarin, dat schuldvorderingen géén ander bestaan hebben dan een "gelden" tussen partijen. Zij kunnen slechts die inhoud hebben die tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan geldt. Het onlichamelijk goed "schuldvordering" bestaat zakemrechtelijk in beginsel slechts zoals het geldt tussen partijen. De zakemrechtelijke positie van een schuldvordering op naam wordt dus in beginsel bepaald door de (interne) rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar.

Dit beginsel heeft echter maar ten volle uitwerking bij schuldvorderingen op naam, omdat schuldvorderingen die aan toonder zijn gesteld of gedematerialiseerd zijn, juist in zekere mate geabstraheerd zijn van de onderliggende rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke partijen bij die schuldvordering (abstracte verbintenissen).

24. Weliswaar is het zo dat de basisbeginselen van het klassieke zakemrecht, zoals de *numerus clausus*, de principiële overdraagbaarheid en beslagbaarheid van goederen, e.d.m. ook gelden voor onlichamelijke goederen zoals schuldvorderingen, maar bij schuldvorderingen op naam moeten zij plooiën voor de beginselen die uit de aard zelf van dat goed voortvloeien. De bepalingen die bv. uit de *numerus clausus* voortvloeien gelden daarom wel voor overeenkomsten waarbij men "extern" wil beschikken over die schuldvordering, zoals bv. een cessie of een inpandgeving, maar *niet* voor overeenkomsten met de debiteur zelf van die schuldvordering, waarbij de inhoud zelf van die schuldvordering wordt gewijzigd – natuurlijk voor zover die overeenkomst als overeenkomst verbintenismrechtelijk geldig is. Is die interne overeenkomst evenwel geldig, dan is deze interne wijziging ook tegenwepbaar *erga omnes*, of nog, heeft zij externe werking. Wanneer een schuldvordering tussen partijen een bepaalde inhoud heeft, bepaalde modaliteiten heeft, op een bepaalde wijze gespecificeerd is, dan werken deze bepalingen (als ze geldig zijn) ook "extern" of "zakemrechtelijk" omdat ze inherent zijn aan de "zaak" zelf (de schuldvordering).³⁰

³⁰ Uirvoertig C. LEBON, *Her goederechtelelijk statuu van schuldvorderingen*, doctoraats-thesis 2007, uitg. Intersentia, 2010, p. 647 e.v., nr. 683 e.v.; kort E. DIRIX in H. BOCKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, p. (141) 172, nr. 44, Vgl. eerder in die zin H. DE PAGE, *Traité*, V, p. 804, nr. 907; L. SIMONT, "De overdracht van schuldvordering tot zekerheid" in *Libert anticorvum Frederic Dumon*, p. 277, nr. 12, *Contrat. Les Nouvelles. Droit civil*, IV-2, p. 219, nr. 129.

Die tegenwerpbaarheid geldt ook jegens de (andere) schuldeisers van de andere betrokken partijen. Schuldeisers kunnen zich maar verhalen op een (onlichamelijk) goed in de zin waarin dit bestaat³¹, met alle daaraan verbonden afspraken en modaliteiten. Men zegt ook soms dat contractuele rechten slechts "nemo" in het vermogen/de hoedel van de titularis vallen.

Partijen – dit zijn schuldeiser en schuldenaar – kunnen deze inhoud door onderlinge overeenkomst in beginsel dan ook wijzigen zolang dit niet in strijd komt met de rechten die derden reeds zouden hebben vertegen op een bestaande schuldvordering (bv. ten gunste van een delegataris een delegatie uitoefenen nadat de schuldvordering op de gedelegeerde reeds geceedeerd is of in pand is gegeven of nadat ze reeds in beslag is genomen (of onder een samenloop valt)) (dus niet meer na het wegvallen van de beschikkingbevoegdheid).

25. Dit geldt, zoals gezegd, bij schuldvorderingen op naam. Daaronder begripen we hier ook:

- girale schuldvorderingen of rekeningstegeoden, d.i. geldvorderingen op een rekeningvoerende instelling of anders gezegd "de rechten die voortvloeien uit op een rekening gecrediteerde gelden". Ook al gelden er enkele bijzondere regels, ook hier blijven de regels inzake schuldvorderingen in het algemeen het uitgangspunt. Het gaat immers om een niet in een effect geïncorporeerde schuldvordering op de rekeningvoerende instelling, dus een schuldvordering op naam;

- alsook aandelen en andere effecten op naam.

3. Toepassingen in het algemeen

26. Anders dan bij lichamelijke goederen, en ten dele bij waardpapieren aan order of roonder of gedematerialiseerd, kunnen de partijen bij een schuldvordering op naam – dit zijn schuldeiser en schuldenaar en enkel zij – dan ook met externe werking onder meer de volgende modaliteiten van de schuldvordering bepalen:

- dat de schuldvordering niet overdraagbaar is of maar beperkt overdraagbaar is, of niet verpandbaar is;

³¹ Vgl. de gelijkaardige uitdrukking van dit beginsel in A. ZENNER en I. PEETERS, "Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijnde contractuele waarborgmechanismen", *RW* 2004-05, p. (481) 483, nr. 5: "De greep van de beslagleggende schuldeisers op het deel van het vermogen van hun debiteur dat bestaat uit persoonlijke rechten, zal zich beperken tot wat zij tussen partijen zelf verzegeven/voorafgeven."

- dat meerdere schuldvorderingen een ondeelbaar geheel vormen, of omgekeerd een schuldvordering in meerdere wordt opgesplitst;

- dat een schuldvordering onbeschikbaar wordt (bv. door delegatie).

Overdraagbaarheidsbeperkingen³², verpandingsverboden, ondeelbaarheden of onbeschikbaarheden die geldig zijn overeengekomen tussen schuldenaar en schuldeiser, zowel bij het ontstaan van de schuldvordering als achteraf (zolang beide partijen beschikkingbevoegd zijn), zijn dus inherent aan het goed zelf, en werken dan ook op analoge wijze als zakenrechtelijke beperkingen *erga omnes* (tegenwerpbaar aan derden, met inbegrip van de overnemers van de schuldvordering en de samenlopende schuldeisers). Derden hebben de schuldvordering te nemen zoals ze in de interne verhouding geldt. We zullen dan ook verderop de belangrijkste zekerheidsmechanismen bespreken die op deze externe werking van interne modaliteiten zijn gegrond (delegatie, ondeelbaarheid van wederzijdse schuldvorderingen en schulden, kwaliteitsrekeningen en gemeenschappelijke rekeningen).

Dit is dus niet enkel de grondslag voor de externe werking van vervreemdingsbeperkingen, maar ook voor de externe werking van de door een delegatieovereenkomst geschapen onbeschikbaarheid, de externe werking van een beding van ondeelbaarheid, de externe werking van een kwaliteitsrekening of de externe werking van een minnelijk kantonnement. In al die gevallen kunnen de samenlopende schuldeisers maar verhaal nemen op de schuldvordering zoals die in de interne verhouding met de schuldenaar bestaat.

Weliswaar kunnen er voor sommige van deze bedingen en bepalingen bijzondere regels gelden, maar het uitgangspunt is alvast hetzelfde.

27. In al die gevallen is het effect van zo'n beding dus geheel verschillend naargelang het gaat om een "interne" bepaling of om een "externe" overeenkomst. Zonder het akkoord van de debiteur van die schuldvorderingen kan men deze in beginsel niet intern wijzigen; wel kan men een schuldvordering zoals ze is, doch zonder ze te wijzigen, cederen aan een cessionaris of in pand geven aan een schuldeiser. Maar op die wijze kan men ze nog niet overdraagbaar of onbeschikbaar maken. Afspraken betreffende schuldvorderingen, gemaakt tussen de schuldeiser en een derde, zijn even "relatief" als

³² E. DIRLX, "Verhaalsrechten op schuldvorderingen" in *Zekerteden- en executierecht. Actuele problemen*, Studientamiddag KU Leuven 19 november 1993, nr. 3 e.v. Vgl. ook E. DIRLX en K. BROECKX, *Beslag in AFR*, nr. 645. E. Dirix is evenwel een andere mening toegeedaan in "Overzicht Zekerteden", *TPR* 2004, p. (1163) nr. 13 en boekbespreking Beeldhoven van den Boezem, *RW* 2004-05, 640, naar eigen zeggen onder invloed van Amerikaans recht (zie DIRLX en SIGMAN, "The UN Convention on the Assignment of receivables in International Trade", *Bank Fin. R.* 2002, (204) 208-209).

elke andere verbintenisrechtelijke afspraak (behalve waar zij leiden tot een cessie of bezwaring van de schuldvordering met een erkend zakelijk recht). Zij kunnen niet aan derden worden tegengeworpen, tenzij in de zeer beperkte mate waarin de theorie van de derde-medeplichtigheid speelt.

4. Vereisde voor externe werking: (interne) geldigheid van dergelijke bepalingen

28. Om extern gevolg te hebben moet de overeenkomst of het beding wel intern geldig zijn. Hierbij gelden in beginsel de regels van het gemeen recht inzake geldigheid van overeenkomsten, zoals de verschillende soorten nietigheden waaronder ook de regels inzake onrechtmatige bedingen, de *actio pauliana*, de aanvechtharheden uit de verdachte periode (art. 17 e.v. Fall. W.), e.d.m.

Bijzondere regels vinden we voor bedingen van niet-overdraagbaarheid. Deze moeten in het algemeen beperkt zijn qua voorwerp en tijd en gerechtvaardigd zijn door een rechtmatig belang: bij bedingen van niet-overdraagbaarheid van schuldvorderingen (Latijn: *pactum de non cedendo*, Engels: *no-assignment clause*) vormt de beperking qua voorwerp geen probleem (het beding is altijd beperkt tot de schuldvorderingen die de wederpartij uit die rechtsverhouding verkrijgt), speelt de beperking in tijd normaal niet (schuldvorderingen zijn immers niet bestemd zijn om te blijven bestaan maar om teniet te gaan door nakoming; iets anders geldt bij aandelen), en wordt het rechtmatig belang vrij ruim aanvaard. Verder is er een tendens om de werking van een beding van niet-overdraagbaarheid inhoudelijk te beperken, maar dit is een discussie die dit bestek te buiten gaat, nu dergelijke bedingen niet het eigenlijke voorwerp zijn van deze uiteenzetting.

Ook kunnen partijen het beslag op de schuldvordering door een derde (schuldeiser van de titularis) niet uitsluiten bij overeenkomst (beding van onbeslagbaarheid).³³ Weliswaar kan een schuldeisers de schuldvordering maar in beslag nemen zoals ze intern bestraat – de schuldenaar van de in beslag genomen schuldvordering behoudt tegen de beslagleggende schuldeisers en hun bewindvoerder wel dezelfde verweermiddelen die hij tegen de beslagene heeft – maar deze principiële externe werking van intern overeengekomen beperkingen kan in beginsel niet verhinderen dat de schuldvordering zoals ze intern bestraat, in beslag wordt genomen en gerealiseerd. Het beslag is (anders dan de overdracht) geen rechtshandeling van de titularis

van de in beslag genomen schuldvordering. Partijen (dit zijn de schuldeiser en schuldenaar van die schuldvordering) kunnen het beslag op de schuldvordering door een derde (schuldeiser van de titularis) niet uitsluiten bij overeenkomst.

5. Beperkingen aan de externe werking door het vertrouwensbeginsel

29. Ook is de tegenwerpbaarheid aan derden van tussen schuldeiser en schuldenaar overeengekomen beperkingen bij schuldvorderingen op naam niet volstrekt. Onder bijzondere omstandigheden zullen de interne beperkingen niet tegenwerpbaar zijn aan derden op grond van het vertrouwensbeginsel. Derden te goeder trouw worden in zekere mate beschermd tegen op dergelijke beperkingen gegronde verweermiddelen van de schuldenaar (bv. wanneer een schuldenaar introept dat de schuldvordering niet overdraagbaar was, ondeelbaar was, enz.), namelijk indien de derde rechtmatig op de afwezigheid van dergelijke beperking mocht vertrouwen. Dat vereist in beginsel dat dit vertrouwen aan de schuldenaar van de schuldvordering kan worden toegerekend.³⁴

a. Niet op naam, abstractie

30. Deze regels nemen soms specifieke vormen aan, zoals de abstractie (in uiteenlopende graden) van schuldvorderingen die worden belichaamd in een waardepapier of een gedematerialiseerde boeking. De uitwendige werking van inwendige bepalingen vinden we dan ook maar ten volle bij schuldvorderingen op naam. Afwijkende regels gelden dus wel bij schuldvorderingen aan order of toonder of gedematerialiseerde effecten.

Partijen (dit zijn schuldenaar en schuldeiser) kunnen dus een stap verder gaan dan het gemeen recht en een verbintenis in zekere mate "abstracteren" van hun onderlinge verhouding. De verbintenis wordt daardoor een "abstracte" verbintenis, d.w.z. dat de verweermiddelen uit de verhouding tussen schuldenaar en schuldeiser niet kunnen worden tegengeworpen aan derden (zoals bv. de cessionaris van de schuldvordering).

³³ Wel kan een individuele schuldeiser bij overeenkomst afstand doen van zijn verhaalsrecht ten aanzien van één of meer goederen (of zelfs alle goederen of alle goederen behalve één).

³⁴ Regel die dient te worden afgeleid uit Cass. 11 december 1987, RW 1987-88, 1092, noot E. DIRIX. "Cessie en simulatie" = RCB 1993, 53, noot D. PHILIPPE. "La simulation et la protection des tiers", minstens samen gelezen met Cass. 20 juni 1988, *Unies & Cuvre-et-Zinc*, RW 1989-90, 1425 noot A. VAN OEVELEN. Voor Duitsland, zie § 405 BGB en voor Nederland de toepassingen van art. 3:35 en 36 NBW.

De uitwendige werking van inwendige bepalingen geldt dus bij schuldvorderingen op naam, voor zover dit niet door het vertrouwensbeginsel wordt ingeperkt. Bij waardepapieren is die werking er in beginsel niet (tenzij voor de excepties waarvan niet geabstraheerd is, die uit het waardepapier zijn af te leiden).

b. Simulatie

31. Bedingen die enkel in een tegenbrief voorkomen of anderszins afwijken van een geveinsde of gesimuleerde voorstelling jegens derden, kunnen de interne bepaling niet invoeren tegen vertrouwende derden, waaronder bv. ook een cessionaris of pandhouder van de schuldvordering.

c. Andere toepassingen van het vertrouwensbeginsel

32. Wanneer een cessionaris of pandhouder mede door toedoen van de *debitor cessus* erop vertrouwd dat de schuldvordering nog bestond, niet is opgenomen in een rekening-courant of andere vorm van netting, niet onbeschikbaar was en wel degelijk overdraagbaar was, wordt hij beschermd tegen de *cessus* en kan deze laatste de niet-overdraagbaarheid niet meer aan de cessionaris of pandhouder tegenwerpen. Het gaat om een toepassing van de verbintenistrechtelijke vertrouwensleer.³⁵

De regels van de derdenbescherming zijn daarentegen niet van toepassing bij de verkrijging van een niet meer bestaande, onbeschikbare of niet-overdraagbare schuldvordering: het gaat immers niet om een probleem van beschikingsonbevoegdheid. De hier bedoelde regels die voor deze bescherming gelden zijn immers geen regels van zakenrecht. Ze zijn niet dezelfde als die over de bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw (daar waar de derde-verkrijger een goed verkrijgt dat bestaat van iemand die onbevoegd was daarover te beschikken, gaat het er hier om dat iemand een goed (schuldvordering) meent te verkrijgen dat als dusdanig niet bestaat). Ze vormen een toepassing van het vertrouwensbeginsel in het verbintenisrecht. En al vervart men beide wel eens, dat vertrouwensbeginsel is juridisch anders uitgebouwd dan de bescherming van de verkrijger te goeder trouw in het zakenrecht. Ze zijn evenmin dezelfde als deze van de bescherming van de derde-niet-medeplichtige tegen oudere persoonlijke rechten. Bij "inwendige" beperkingen gaat het immers niet om een beperking van de bevoegd-

heid van de schuldeiser om over zijn schuldvordering te beschikken, maar om beperkingen die inherent zijn aan het (over te dragen) recht zelf.³⁶

6. Korte uitweiding: beperkingen aan de werking van een cessieverbod?

33. In omzeggens alle rechtsstelsels van de Europese lidstaten is het uitgangspunt in deze materie dat een tussen de schuldeiser en de schuldenaar overeengekomen³⁵ cessieverbod, voor zover het verbintenistrechtelijk geldig is, net zoals alle andere tussen schuldeiser en schuldenaar overeengekomen modaliteiten van een schuldvordering op naam de inhoud van die schuldvordering bepaalt en dus per definitie *erga omnes* werkt, of toch minstens werkt jegens elke cessionaris (die immers geen beter recht kan hebben dan de cedent). Wel zijn bepaalde rechtsstelsels een stuk strenger dan andere in zake de geldigheid van dergelijk beding (bv. traditioneel het Franse handelsrecht³⁷), en moet bij ongelidigheid ervan natuurlijk ook niet meer nagegaan worden wat het effect van zo'n beding zou zijn. Maar wanneer het beding tussen partijen verbintenistrechtelijk geldig is, dan wordt vrij algemeen aangevaard dat de schuldenaar het ook tegen de cessionaris kan invoeren (zo onder meer in het Franse³⁸, Engelse³⁹, Nederlandse⁴⁰ en Duitse⁴¹ recht). Ook in het Belgische recht is het duidelijk de heersende opvatting dat een geldig cessieverbod kan worden opgeworpen tegen de cessionaris die het verbod kende of behoorde te kennen⁴², ondanks een recente bekering van E. Dirix

³⁵ Wat de sanctie betreft, is er een nuance mogelijk. Een mogelijke opvatting is dat overdraagbaarheidsbeperkingen niet kunnen verhinderen dat een schuldeiser zijn eigendomsrecht overdraagt, maar als gevolg hebben dat de verkrijger zijn eigendomsrecht slechts via de vervoerder kan uitoefenen (die dan als een soort middellijk vertegenwoordiger het recht zal uitoefenen jegens de schuldenaar) en dus slechts een door die vervoerder vermiddeld "bezit" heeft van de schuldvordering.

³⁶ Een vervoerdersbeperking die de cedent zou zijn overeengekomen met een andere persoon dan de schuldenaar zelf (of diens vertegenwoordiger) werkt uitsluitend tussen die partijen en kan niet worden tegengeworpen aan een cessionaris (onder voorbehoud van een mogelijk onrechtmatige daad van die cessionaris bij derde-medeplichtigheid aan die wampstante van de cedent).

³⁷ Nu i.h.b. in art. L-442-6, III c Code de commerce.

³⁸ Cass. fr. 22 oktober 2002, *RTD Civ.* 2003, 129, noot P. CROCO.

³⁹ House of Lords, 1993 in *Linden gardens Trust Ltd v Lenesta Stage Disposal Ltd*, (1994) 1 A.C., 85, = (1993) 3, All E.R., 417.

⁴⁰ In Nederland heeft het verbod werking *erga omnes*, dus ook zakenrechtelijk; zie art. 3:83, II NBW.

⁴¹ In Duitsland heeft het verbod traditioneel eveneens werking *erga omnes*, ook zakenrechtelijk (zie § 399 BGB), maar werd in 1994 in bepaalde rechtsverhoudingen de werking ervan ingeperkt: ook in die gevallen echter blijft het zo dat zoals in het OGRK, de schuldenaar bevestigend kan betalen aan de cedent en schuldvergelijking met de cedent kan blijven uitvoeren (zie § 435 a HGB).

⁴² Ongeacht of men daarbij ook zakenrechtelijke werking toekent aan het verbod of niet, wordt minstens deze tegenwerpbaarheid, behalve in eerdere bijdragen van mijn hand, aan-

tot de opvatting dat het verbod zelfs aan de cessionaris te kwader trouw niet tegenwerpbaar zou zijn.⁴³

In sommige landen is er een tendens om de cessionaris die in strijd met het verbod heeft verkregen wel te beschermen tegen andere personen dan de geceedeerde schuldenaar.⁴⁴ De externe werking moet immers ook niet verder strekken dan het belang dat de schuldenaar daarbij heeft, reden waarom bv. in de DCFR bepaald is dat het cessieverbod de eigendomsoverdracht van de schuldvordering niet belet, maar wel maakt dat de schuldenaar het recht behoudt om jegens de oorspronkelijke schuldeiser te presteren alsook de schuldvergelijking in te roepen als ware de schuldvordering niet geceedeerd of in pand gegeven (art. III-5:108, (2) DCFR). De DCFR maakt een uitzondering voor de schuldvorderingen tot betaling van de prijs van goederen of diensten, waarvoor in het belang van de cessionaris het cessieverbod geen externe werking heeft. Dat gebrek aan externe werking kan de debiteur m.i. tegengaan door de schuldvordering te doen opnemen in een nettingovereenkomst zodat zij haar zelfstandigheid verliest. En daarmee zijn we bij de volgende rechtsfiguur aanbeland: de conventionele schuldvergelijking.

vaard door o.m. DE PAGE, *Traité*, V, 907-908; F. TOP, "Eigendomsovergang bij cessie naar Nederlands en Belgisch recht", *TPR* 1966, p. (25), 26 (niet tegenwerpbaar aan de cessionaris die het beding niet kende of behoeft te kennen); P. VAN OMMESLAEGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge" in *La transmission des obligations*, nr. 129, wellicht, zij het niet duidelijk, L. SIMONT in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, p. (259) 277, nr. 12; A. VERBEKE, "De inpandgeving van schuldvorderingen op naam" in E. DIRIX e.a., *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, (39) 95; I. PEETERS, "Derden en contracten met zakenechtelijke gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onchamatale goederen" in *Het contract en de derden – de externe gevolgen – de derde-medeplichtigheid*, Brussel, BVBJ – VPG – CJB, 1995, p. (55) 69 en 111 (*de lege lata*); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbinteniss*, p. 413-414; V. SAGAERT in *Zakenrecht/Droit des biens*, p. (43), nr. 12; W. VAN GERVEN, *Verbintensrecht* (2006), p. 566, a *contrario* (niet tegenwerpbaar aan de cessionaris te goeder trouw); C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, passim; R. JANSEN, *Beschikking(en)bevoegdheid*, nr. 714-719.

⁴³ In "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 13 en in zijn recensie van Beekhoven van den Boezem, *RW* 2004-2005, 640, naar eigen zeggen onder invloed van Amerikaans recht (zie DIRIX en SIGMAN, "The UN Convention on the Assignment of receivables in International Trade", *Bank Fin. R.* 2002, (204) 208-209). Maar de klassieke opvatting vinden we bij Dinx o.m. in E. DIRIX, "Vertraalsrechten op schuldvorderingen" in *Zekerheden- en executierecht. Actuele problemen*, Studienaamdag KU Leuven 19 november 1993, nr. 3 e.v.; E. DIRIX en K. BROECKX, *Bestag*, nr. 645; E. DIRIX, "Overdracht van schuldvorderingen" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, p. 30, nr. 42.

⁴⁴ Zie de ontleding bij R. JANSEN, *Beschikking(en)bevoegdheid*, nr. 714-719, die deze opvatting ook voor het Belgische recht verdedigt.

Afdeling B. Tweepartijverhoudingen (Wederzijdse Schuldorderingen: Rekening-Courant, Conventionele Schuldvergelijking en ondeelbaarheid van rekeningen)

34. In deze afdeling bespreken we enkele overeenkomsten die allemaal varianten zijn op de schuldvergelijking. Bij insolventie hebben ze alle tot gevolg dat enkel een gebeurlijk netto-saldo ten gunste van de insolvente schuldenaar in diens boedel valt (vandaar de uitdrukking "netting"). Op die manier kan de bewindvoerder niet aan *cherry picking* doen, d.i. de interessante transacties eruit halen zonder aan de verplichtingen van de andere te voldoen.

1. Conventionele schuldvergelijking in het algemeen (inbegrepen de rekening-courant)

a. Algemeen

35. Wanneer er tussen twee partijen wederzijds schuldvorderingen bestaan of zouden kunnen ontstaan, kunnen deze partijen overeenkomen dat deze schuldvorderingen hun zelfstandigheid verliezen en opgaan in één geheel, waarbij enkel het saldo ten gunste van de ene dan wel de andere partij nog als schuldvordering blijft bestaan, of althans enkel het saldo opeisbaar wordt.

Wel is het zo dat er geen wettelijke regeling bestaat van de rekening-courant en aanverwante overeenkomsten, zodat de precieze effecten van die overeenkomst op de interne rechtsverhouding tussen partijen een vraag is van uitleg van die overeenkomst, en subsidiair van de gebruiken (art. 1135 BW).⁴⁵

36. Partijen kunnen dit zowel overeenkomen voor reeds bestaande, welbepaalde schulden, als voor nog niet bestaande schulden. Partijen kunnen dit overeenkomen voor alle wederzijdse schuldvorderingen dan wel alle schuldvorderingen van een of meer categorieën, maar ook *ad hoc*, met het oog op een eenmalige conventionele schuldvergelijking (een dergelijke overeenkomst is er wel nog niet wanneer enkel een wijze wordt overeengekomen voor het boekhoudkundig bijhouden van wederzijdse schuldvorderingen, zonder dat deze hun individualiteit of althans hun afzonderlijke opeisbaarheid verliezen⁴⁶). Een dergelijke overeenkomst kan worden gesloten met onmiddellijke ingang, dan wel op voorhand gesloten worden met uitwerking op

⁴⁵ Cass. 17 februari 1970, *Arr. Cass.* 1970, 574 = *Pas.* 1970, I, 535; D. DE MAREZ, "Pleidooi tegen een historisch misverstand: de opname van een schuldverordering in rekening-courant leidt niet tot novatie", *TRV* 1999, (359) 363.

⁴⁶ Bergen 8 oktober 2001, *TBH* 2003, 6, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNNEUX.

termijn of onder opschortende voorwaarde. Men kan zowel overeenkomsten dat de schuldvoorderingen tenietgaan en een saldovordering laten bestaan zodra aan de voorwaarden is voldaan, dan wel dat de schuldvoorderingen eerst tenietgaan wanneer het saldo (nettopositie) wordt voldaan en tot dan slechts opgeschort en onbeschikbaar zijn (*position netting*).⁴⁷

Al deze vormen van overeenkomst zijn in beginsel geldig en wijzigen in beginsel de modaliteiten van de betrokken schuldvoorderingen, zodat zij minstens niet meer afzonderlijk opeisbaar zijn.

37. Voor de vraag die ons hier bezighoudt, maakt het daarbij m.i. ook geen verschil of de overeenkomst enkel een schuldvergelijking inhoudt dan wel ook een schuldvernieuwing (d.i. de vraag of de saldovordering het saldo is van een bestaande schuldvoordering dan wel een nieuwe schuldvoordering). Ook artikel 14 WvZ (waarvan het toepassingsgebied weliswaar beperkt is, zie *infra*) stelt beide hypothesen uitdrukkelijk gelijk. De klassieke discussies over de rekening-courant zijn hiervoor dan ook niet relevant.

38. Wanneer de uitleg van de overeenkomst niet tot een ander gevolg leidt, wordt de regel dat de afzonderlijke schuldvoorderingen hun zelfstandigheid verliezen zelfs in een zgn. rekening-courant-overeenkomst niet absoluut opgevat. De overeenkomst van rekening-courant wordt in beginsel niet zo uitgelegd dat de individuele schuldvoorderingen totaal verdwijnen, althans niet zolang de verhouding niet is stopgezet. Zo aanvaardt de rechtspraak dat, om te oordelen of tussen partijen in een rekening-courantverhouding, wanneer er een nieuwe zekerheid is gevestigd, de schuld waarvoor die zekerheid wordt ingeroepen een reeds bestaande of een nieuwe schuld is, betalingen door een schuldenaar van een rekening-courant eerst op de oudste schulden worden aangerekend.⁴⁸ De rekening-courant verhindert dus niet dat er afzonderlijke schulden ontstaan, maar schort wel de opeisbaarheid ervan op. Het gaat om een pragmatische oplossing die in strijd is met de meer traditionele opvatting die de ondeelbaarheid radicaler zag en daaruit afleidde dat er binnen de rekening-courant geen onderscheid meer kan worden gemaakt tussen schulden naar gelang hun datum van ontstaan. De huidige rechtspraak gaat er dus van uit dat ook in een rekening-courantverhouding betalingen in beginsel

nog kunnen worden toegerekend, en aanvaardt dus dat betalingen door een schuldenaar van een rekening-courant na de vestiging van de aanvullende zekerheid, worden aangerekend op de oudste schulden, en dat geldopnames die nadien gebeuren dus wel degelijk nieuwe schulden zijn in de zin van artikel 17 Faill. W.

b. Verbintensrechtelijke geldigheid

1° Vereisten uit het algemeen verbintenssamenrecht

39. Voor dergelijke overeenkomsten tot schuldvergelijking gelden, zoals gezegd, de gewone regels inzake totstandkoming en geldigheid. Ze zijn ook niet-tegenwerpbaar aan de boedel in de gevallen van de *actio pauliana* (art. 1167 BW en de uitbreiding daarvan in art. 20 Faill. W.).

De niet-tegenwerpbaarheid van artikel 17, 2° Faill. W. alsook de faillissementspauliana van artikel 18 Faill. W. zijn evenwel niet van toepassing, dit ingevolge artikel 16, § 3 WvZ. Uit het feit dat de regel van niet-tegenwerpbaarheid van overeenkomsten gesloten met kennis van de staking van betaling krachtens de wet niet geldt, moet men afleiden dat ook de nietigheid of niet-tegenwerpbaarheid op basis van bedrog niet te licht mag worden aangewend, en het bedrieglijk opzet daartoe moet worden aangetoond.

De niet-tegenwerpbaarheid van artikel 17, 1° Faill. W. blijft gelden, maar zij speelt enkel wanneer de handeling niet geheel onder bezwarende titel is, d.i. wanneer bij de waardering van de betrokken schuldvoorderingen er een vertekening zou geschieden.⁴⁹

Bijzondere beperkingen die voortvloeien uit consumentenwetgeving en aanverwante blijven wel gelden.

Het risico op nietigverklaring bestaat verder met name bij bedingen in consumentenovereenkomsten, die maar in één richting werken. Zo verklaarde de rechtspraak een beding in algemene bankvoorwaarden met een consument onrechtmatig omdat het aan de bank niet alleen het recht gaf alle rekeningen als één eenheid te beschouwen en de saldi te compenseren, maar ook om zelf te bepalen op welke saldi de schuldvergelijking zou slaan, aangezien

⁴⁷ Zie over deze varianten o.m. R. HOUBEN, "Contractuele compensatie na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd", *RW* 2005-06, (1161) 1164, nr. 5.

⁴⁸ Cass. 18 mei 1973, *RW* 1973-74, 363, met concl. PG GANSHOF VAN DER MEERSCH = *RClB* 1975, 62, noot F. T. KINT = *Par.* 1973, I, 873 = *Art.* 1973, 911; J.M. NELISSEN GRADE, *De rekening courant*, Berchem, Kluyver, 1976, 234-263; VAN GERVEN-STUYCK, *Bezinselen van Belgisch privaatrecht. Ondernemingsrecht*, nr. 623. Voor toepassingen, zie bv. Kh. Brussel 30 mei 1995, *TBH* 1996, 436; Antwerpen 5 november 1996, *RW* 1996-97, 1300; Aalst 15 september 2000, *TBH* 2002, 67.

⁴⁹ Vgl. V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in VLAAAMS PLETTGENOOTSCHAP BRUSSEL, *Actuele ontwikkelingen verbintenssamenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. (223) 248, nr. 37.

daardoor de gebruiker de mogelijkheid wordt ontnomen van zijn kant tot schuldvergelijking over te gaan.⁵⁰

2° Geen vereisten zoals die gelden bij wettelijke schuldvergelijking

40. De verbintenisrechtelijke vereisten die gelden voor de wettelijke schuldvergelijking gelden niet voor de conventionele schuldvergelijking. Zo is het niet vereist dat de ene en/of de andere schuldvordering reeds opeisbaar c.g. betaalbaar is noch dat ze effen (vaststaand, liquide) is⁵¹, en zelfs niet dat hun voorwerp onderling vervangbaar is (van dezelfde aard). De schuldvergelijking kan zelfs worden overeengekomen voor restitutieverbintenissen zoals geveerd door artikel 1293, 1° en 2° B.W. De partijen wijzigen immers de inhoud van hun onderlinge rechtsverhouding en liquideren daarbij voor zover nodig eerder bestaande schuldvorderingen. Aan de verbintenisrechtelijke vereisten die voor de wettelijke schuldvergelijking gelden, moet dus niet voldaan zijn.

Blijven de beperkingen van artikel 1293, 3° B.W. (geen verrekening met onbeslagbare passieve schuldvordering) gelden? Niet als dusdanig, maar de overeenkomst kan wel geen betrekking hebben op (passieve) schuldvorderingen waarvan de partij op dat tijdstip geen afstand kon doen (bv. van toekomstige onderhoudsvorderingen kan de onderhoudsgerechtigde geen afstand doen). Zo bv. zijn fiscale schuldvorderingen in beginsel onbeslagbaar, maar kan de fiscus wel eenzijdig en dus *a fortiori* ook bij overeenkomst overgaan tot schuldvergelijking met schuldvorderingen van de belastingsschuldenaar.

c. Externe werking (inbegrepen faillissementsbestendigheid)

41. Door deze overeenkomst tussen partijen wordt – in de hypothese dat de overeenkomst verbintenisrechtelijk geldig en tegenwerpbaar is (zie hierboven) – de inhoud zelf van de wederzijdse schulden van de contractpartijen gewijzigd in de interne verhouding.⁵² De schuldvorderingen (minstens de

⁵⁰ Link 26 januari 2007, *Dexia I. Verbruikersunie Test-Aankoop*, nr. 2001/146.

⁵¹ Zie bv. voor de krachtens een overeenkomst in tredende schuldvergelijking tussen een schuldvordering die reeds opeisbaar was voor de samenloop en een schuldverordering die geacht werd reeds voordien te zijn ontstaan, maar nog niet opeisbaar was bij de samenloop, Kh. Antwerpen 25 februari 2008, RW 2008-09, 971 (*in casu* wel gegrond op art. 14 W.F.Z.).

⁵² Vgl. E. DIRIX en S. KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", TPR 1989, (1657) 1673, met verwijzing naar o.m. J. WIJARD A, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam van Nederlands Burgerlijk Recht* (1937), 280; ASSER-HARTKAMP, *Verbindenisrecht*, I, uitg. 1988, nr. 531.

passieve schuldvorderingen⁵³) verliezen door die opname hun zelfstandige opeisbaarheid, zelfstandige overdraagbaarheid en zelfstandige beslagbaarheid; ofwel gaan zij tenet telkens er een nieuwe schuldvordering in de ene of andere richting in rekening wordt gebracht, en laten zij enkel nog een saldovordering bestaan, ofwel verliezen ze in ieder geval hun opeisbaarheid zolang er nog een actieve schuldvordering bestaat.

Voor zover partijen bevoegd waren te beschikken over die schuldvorderingen (onder d. nader uitgewerkt, en onder meer vereisend dat de schuldvorderingen reeds bestonden bij het ingaan van de samenloop), heeft de schuldvergelijking/verrekening ook externe werking: - zowel ten aanzien van samenlopende schuldeisers⁵⁴, als - ten aanzien van een verkrijger van een van de opgeslopte schuldvorderingen⁵⁵ of van een zakelijk recht daarop (weze het door cessie, subrogatie, inpandgeving, of beslag)⁵⁶ behoudens toepassing van de vertrouwensleer ten gunste van deze cessionaris te goeder trouw⁵⁷).

⁵³ Strikt genomen is alleen vereist dat de passieve schuldvordering op geldige wijze onopeisbaar wordt gemaakt zolang er nog een actieve schuldvordering is (nog tot beloop daarvan).
⁵⁴ E. DIRIX en S. KORTMANN, TPR 1989, (1657) 1671 en 1677-1678; P. VAN OMME-SLAGHE, "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté" in *Les Sûretés*, (1983), p. (345) 383 e.v.; Ch.-A. LEUNEN, *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, TPR 2004, (439) nrs. 6 tot 9. Voor Nederland, zie ook HR 20 januari 1984, *Ornanger / Barandregt*, NJ 1984, 512, noot VAN DER GRINTEN, besproken in TPR 1984, 893, nr. 112 door W.A.K. RANK. Veleert in deze zin ook reeds FREDERICQ, *Handboek Belgisch Handelsrecht* II (1978), p. 103, nr. 765; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV (1988), p. 402-402, nr. 525; J.L. FAGNART, "Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution", *RCJB* 1979, 34-35, n. 23. Anders o.m. J.M. NEILSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber amicorum Jan Romse*, Story, 1986, 287 e.v.; G. DE LEVAL, *Traité des saisies* (1988), 638.

⁵⁵ Vgl. E. DIRIX en S. KORTMANN, TPR 1989, (1657) 1681; I. PEETERS, "Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering: geen uitzondering voor verkochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van Belgische debiteuren beschamd?", noot onder Cass. 26 juni 2003, *TBH* 2004, p. (476) 483-484, nr. 18; zeker tegenwerpbaar aan de cessionaris, onzeker wat betreft de samenloop.

⁵⁶ In art. 14 W.F.Z. dat ook de tegenwerpbaarheid nietgegensaande overdracht bepaalt, dient overdracht ruim te worden begrepen, zowel omdat dit conform het gemeen recht is (ondanks de uitschuiver van Cass. 26 juni 2003, RW 2003-04, 1419, kritische noot M. DE THEÏJE, "Compensatie na cessie", *TBH* 2004, 476, met noot I. PEETERS = *Revue*, 2003, 620 = *RCJB* 2007, 569, noot B. DE CONINCK; dit arrest kan echter niet als de regel beschouwd worden inzake wettelijke schuldvergelijking; V. SAGAERT in *Actiële ontwikkelingen verbintenisrecht*, p. (223) 236-238, met verwijzingen) als omdat dit door de Europese Richtlijn Financiële Zekerheidsvereenkomsten wordt opgelegd (art. 7, lid 1 b) (vgl. I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerheidsrecht?", *TBH* 2006, p. (170) 181, nr. 39; V. SAGAERT en H. SEELDRAEYERS, "De wet financiële zekerheden", RW 2004-05, p. (1521), nr. 75).

⁵⁷ DIRIX en KORTMANN, TPR 1989, (1657) 1681 en voetnoot 80.

Enkel het nettosaldo komt immers nog in de boedel terecht, omdat enkel dat nog bestaat in geval van samenloop. De regel van artikel 1298 BW speelt dus niet, omdat de boedel nooit meer verkregen heeft dan een nettorecht zodat de schuldvergelijking ook geen afbreuk doet aan de verkregen rechten van de schuldeisers.

Daarbij is dus géén andere vorm van samenhang vereist dan deze louter conventionele; de doctrine die meer vereist ("economische eenheid", "samenhang niet kunstmatig" e.d.⁵⁸) miskent de aard van het goed "schuldvordering op naam".

De regels die gelden voor de samenhang die vereist wordt voor een retentierecht op lichamelijke goederen of voor wettelijke schuldvergelijking na faillissement gelden hier daarom niet.

Ook uit het *Socof*-arrest van 1985⁵⁹ kan niet het tegendeel worden afgeleid⁶⁰, omdat dat arrest niet over deze hypothese (nl. twee schuldorderingen ontstaan voor de samenloop, zie punt c. hieronder) handelde (en zelfs niet over wederkerige schuldorderingen), maar over de vraag of bij een maatschap (*in casu* een tijdelijke vennootschap) een schuldordering op een derde "bruto" of "netto" in de mede-eigendom valt.

d. Vereiste beschikingsbevoegdheid – beperking tot schuldorderingen die bestaan bij het intreden van de samenloop

42. Wel veronderstelt een dergelijk effect dat de partijen op het ogenblik van de overeenkomst bevoegd waren te beschikken over hun schuldorderingen. Het is voldoende dat die beschikingsbevoegdheid aanwezig is bij het sluiten van de overeenkomst, behalve voor toekomstige schuldorderingen, waar ze aanwezig moet zijn op het tijdstip van ontstaan van die schuldordering.

⁵⁸ Tang te vinden in bv. Luik 15 oktober 2002, *TBH* 2003, 353, noot B. WINDEY = *TBH* 2004, 138 noot; Brussel 2 februari 2001, *RPS* 2001, 400; alle besproken door E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 64. Samenhang werd ook ten onrechte vereist door Brussel 15 juni 2001, *JLMB* 2002, 838.

⁵⁹ Cass. 28 februari 1985, *Socof*, *Par.* 1985, I, 795 = *RW* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, "De tegenwerpbijheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden" = *Bank Fin.* 1989, 487, noot DELIERNEUX = *JT* 1986, 578, noot F. 't KINT = *TBH* 1985, 377, noot = *RCIB* 1987, 571, noot A. LIMPENS, "Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané"; besproken door J.M. NELLISEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story, 1986, 287 e.v.

⁶⁰ Anders zoals gezegd J.M. NELLISEN GRADE, *Liber amicorum Jan Ronse*, (287) i.h.b. 303.

Aldus volgen hiernut twee vereisten:

1° De overeenkomst moet gesloten zijn vóór het ingaan van de samenloop

43. Deze regel wordt binnen het toepassingsgebied van de WFFZ (zie verder) wel verzacht door artikel 15, § 1 WFFZ. Krachtens die regel is de overeenkomst tegenwerpbaar wanneer ze gesloten is voor het precieze tijdstip van de samenloop, ook al is het eerder op dezelfde dag (terzijdestelling van de nul-nutregel). Ze is zelfs tegenwerpbaar wanneer ze gesloten werd na het ingaan van de samenloop, als de tegenpartij kan aantonen dat zij, op het ogenblik waarop de betrokken overeenkomst werd gesloten, in de gewettigde onwetendheid verkeerde omtrent het ontstaan van de samenloop.

2° De schuldorderingen moeten ontstaan zijn vóór het ingaan van de samenloop

a) Regel

44. De conventionele schuldvergelijking kan evenwel niet gebeuren met terugvordering van de boedel (d.i. een schuld aan de boedel) die pas na de samenloop is ontstaan. Deze vereiste vinden we ook in artikel 14 WFFZ.

Dit is een toepassing van een algemene regel in ons goederenrecht, die inhoudt dat een beschikking over een goed maar rechtsgevolgen kan hebben op een ogenblik waarop dat goed bestaat, zodat voor een beschikking over een toekomstig goed de partij nog beschikingsbevoegd moet zijn op het ogenblik waarop dat goed ontstaat.

Op basis van datzelfde beginsel heeft een derdenbeslag slechts betrekking op schuldorderingen die reeds voor het beslag zijn ontstaan (ook al zijn ze nog voorwaardelijk).

Zo ook geldt dat indien de cedent of pandgever zijn beschikingsbevoegdheid verliest vooraleer de schuldvordering "bestaan" wordt (zijn zuiver toekomstig karakter verliest), de cessie of inpandgeving géén uitwerking heeft. Zo zullen de schuldorderingen waarover voor het faillissement is beschikt, maar die op het tijdstip van het faillissement nog steeds zuiver toekomstig zijn, in de boedel vallen. Indien zo'n schuldvordering pas na een samenloop van de schuldeisers van de cedent "bestaan" wordt, dus wanneer de cedent

al beschikkingsonbevoegd is, is het in ieder geval zo dat de samenloop voorrang heeft.⁶¹

Om dezelfde reden kan er geen schuldvergelijking na samenloop plaatsvinden met een schuldvordering die op het ogenblik van de samenloop nog niet bestond (ook al zou er samenhang zijn met de andere schuldvordering), zelfs niet op basis van een eerder gesloten nettingovereenkomst. De schuldverdringen waarover voor het faillissement is beschikt in een nettingovereenkomst, maar die op het tijdstip van het faillissement nog steeds zuiver toekomstig zijn, vallen dus toch in de boedel.

Voor schuldverdringen ontstaan na de samenloop gelden de regels van de wettelijke schuldvergelijking, die dan enkel intreedt in geval van voldoende samenhang tussen beide schuldverdringen, of bij schuldvergelijking toegepast door een boedelschuldeiser (schuldeiser van een boedelschuld).

45. Laten we even overlopen welke schuldverdringen al dan niet als bestaande (dus voor de samenloop ontstane) schuldverdringen gelden.

b) Schuldverdringen onder tijdsbepaling of (opgeschortende) voorwaarde

46. In het algemeen is een schuldvordering onder tijdsbepaling of (opgeschortende) voorwaarde een bestaande en geen zuiver toekomstige schuldvordering.

Zo is bijvoorbeeld een schuldvordering tot teruggave of schadevergoeding voor het geval van ontbinding van een overeenkomst een voorwaardelijke en geen zuiver toekomstige schuldvordering.

Ook afspraken op vergoeding wegens de niet-nakoming van een overeenkomst (inbegrepen uit een ontbinding wegens niet-nakoming) ontstaan reeds zodra de overeenkomst is gesloten, en dit zowel wanneer de vergoeding bedongen is⁶², als wanneer ze uit het gemeen recht voortvloeit.⁶³

⁶¹ Anders, maar met een fout argument, D. VAN GERVEN, "Overdracht en inpandgeving van bestaande en toekomstige schuldverdringen", *RW* 2004-05, p. (521) 529, randnr. 14 (maakt geen onderscheid tussen de mogelijkheid een verbintenis aan te gaan en de voor het zakelijk recht vereiste beschikkingsebevoegdheid).

⁶² Zo, *in casu* in het kader van de beoordeling van een schuldvergelijking, Gent 9 februari 2009, *RW* 2009-10, 807, voor een wederverhuuringsvergoeding die bedongen is in de huurovereenkomst.

⁶³ Cass. 4 februari 2011, *United Real Estate v. Fallit West-Konstrukt*, nr. C.10.0443.N, http://jura.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N:20110204-6 = *RW* 2011-12, 488.

Zo werd geoordeeld dat een wederverhuuringsvergoeding voor het geval van wanprestatie door de huurder reeds een bestaande schuldvordering is zodra ze bedongen is in de huurovereenkomst⁶⁴, en dus door de verhuurder in verrekening kan worden gebracht met zijn schuld aan de huurder.

Discussie is er over de schuldvordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie bestaande uit de niet-voorzetting van lopende overeenkomsten door de faillissementscurator (art. 46 Faill. W.). M.i. gaat het hier evenzeer om een schuldvordering die ontstaan is uit de overeenkomst, ook al wordt ze pas opeisbaar door de "verbreking" van de overeenkomst door de curator; er is echter ook rechtspraak in andere zin, die de schuldvergelijking verwerpt ondanks de samenhang tussen de wederzijdse schuldverdringen voortvloeiende uit eenzelfde overeenkomst.⁶⁵

c) Schuldverdringen afhankelijk van een nog niet geleverde tegenprestatie

47. In de context van de cessie en het beslag is er wel heel wat inkt gevloeid over de kwalificatie van schuldverdringen die reeds ontstaan zijn, maar afhankelijk zijn van een nog niet geleverde tegenprestatie (meestal vanwege de schuldeiser van die schuldvordering, het type van de wederkerige overeenkomst), meestal ook gekoppeld aan een termijn. Het kan gaan om een prijsvordering voor werken of diensten die nog moeten worden verricht, of om "toekomstige" termijnen uit een reeds bestaande overeenkomst met op een volgende prestaties, die slechts opeisbaar zullen worden indien de overeenkomst blijft doorlopen.⁶⁶

De verwaring is m.i. evenwel grotendeels toe te schrijven aan het feit dat ons recht een *lex specialis* kent voor huurtermijnen, die we in het bijzonder vinden in artikel 1576 Ger. W. Huurverdringen betreffende ontroend goed worden namelijk "ontroend" door het beslag op het verhuurde goed (art. 1576 Ger. W.) en worden vanaf dan beschouwd als "burgerlijke vruchten" van het ontroend goed. Deze regel wijkt af van het gemeen recht en houdt

noor R. HOUBEN betreffende de vergoeding verschuldigd door de curator wegens verbreking van een aannemingsovereenkomst.

⁶⁴ Zo het net genoemde Gent 9 februari 2009, *RW* 2009-10, 807.

⁶⁵ Gent (7e k.) 25 januari 2010, A.R. nr. 2009/1006, faillissement West-Konstrukt, *Elementaire rechtspraak ondernemingsrecht* 2010, nr. 37.

⁶⁶ Geen toekomstige schuldverdringen volgens E. DIRIX in *In het nu, wat worden zal, Opstellen aangeboden aan Prof. Schoorlijk*, Kuwer 1991, 39 e.v.; J. HEENEN, *R.C.B.* 1961, p. (32) 39, nr. 7; D. VAN GERVEN, *RW* 2004-05, p. (521) 524, noot 47.

Zie echter de afwijkende stelling van E. DIRIX in DIRIX en DE CORTE, (2006) p. 339-340, nr. 504; E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, (201) 208.

in dat vanaf het beslag op het onroerend goed de zakelijk gerechtigden op het onroerend goed voortrang krijgen op zelfs oudere verkrijgers van rechten op die huurtermijnen.

Daarbuiten evenwel zijn schuldvorderingen uit bestaande overeenkomsten steeds bestaande schuldvorderingen en geen toekomstige, en kunnen ze dus reeds worden geceedeerd en in pand worden gegeven, kunnen ze in beslag worden genomen en kan er over beschikt worden in een overeenkomst tot schuldvergelijking. Dat ze nog voorwaardelijk zijn op het ogenblik van die samenloop doet aan die beschikking geen afbreuk. De nettingovereenkomst zal tegenwerpbaar zijn, net zoals een cessie of inpandgeving dat zou zijn⁶⁷. Dat geldt *a fortiori* voor schuldvorderingen die de keerzijde zijn van een nog te leveren tegenprestatie in een overeenkomst zonder tijdsbepaling (bv. de prijs voor werken of diensten die nog moeten worden verricht, maar waarover reeds een overeenkomst is gesloten).

d) Schuldvorderingen uit nog niet bestaande overeenkomsten of andere rechtsverhoudingen

48. Schuldvorderingen uit een nog niet gesloten overeenkomst ontstaan pas als de overeenkomst gesloten is. Weliswaar kan voordien reeds de cessie ervan overeengekomen worden, of de opname in een conventionele schuldvergelijking, maar dat heeft pas effect indien er geen samenloop intreedt vooraleer ze ontstaan.

Schuldvorderingen die afhankelijk zijn van een zuiver potestatieve voorwaarde aan de zijde van de schuldenaar zijn eveneens toekomstige schuldvorderingen.

e) Relatief toekomstige schuldvorderingen

49. Wanneer een schuldvordering reeds bestaat bij het intreden van de samenloop, maar in het vermogen van een derde, bevindt ze zich niet in het vermogen van de beschikker en is een beschikking door die partij – zoals opname in een overeenkomst van schuldvergelijking – dus niet tegenwerpbaar.

⁶⁷ Men kan dit ook afleiden uit het erg cryptisch geformuleerde arrest Cass. 6 september 2007, nr. F06/0064N, *B. Staar (Financier) v. Belgian Refining Corporation*, RW 2007-08, 1676, noot R. FRANSIS. "Het vereenvoudigd fiscaal beslag onder derden en toekomstige vorderingen". Dat arrest oordeelde dat een dertdenbeslag doeleloos (zonder voorwerp) is wanneer t.i.v. het beslag aan de derde-beslagene reeds kennis was gegeven van de cessie van alle facturen van de beslagen schuldenaar op de derde.

f) Schuldvorderingen die later ontstaan uit een bestaande rechtsverhouding

50. Moelijker is de afbakening wanneer er tussen de partijen (de toekomstige schuldenaar en schuldeiser) reeds een rechtsverhouding bestaat krachtens dewelke de ene in de toekomst iets aan de andere verschuldigd zal zijn, in het bijzonder ingevolge een handeling van een derde. Een bijzonder geval, dat onder f) besproken wordt, is de bankrekening.

In een cassatiearrest van 1989 lijkt het criterium voor bestaande schuldvorderingen ruim: indien een notaris de opdracht heeft gekregen om een verkoopakte voor te bereiden, en daarbij voorzien wordt dat de notaris de koop-prijs zal innen (via een dertdenrekening) en moet uitbetalen aan de verkoper, is de schuldvordering van de verkoper op de notaris tot uitbetaling van de koopsom reeds vanaf de opdracht aan de notaris (en niet eerst vanaf het aankomen van het geld op diens rekening) bijkennis de rechtspraak niet meer zuiver toekomstig, want er kan al beslag op worden gelegd.⁶⁸

De rechtspraak bij dertdenbeslag is niet helemaal consequent, want in dit laatste geval wordt niet vereist dat de notaris het geld reeds ontvangen heeft (noch dat minstens de opdracht tot overschrijving naar diens rekening reeds is gegeven), terwijl men bij andere rechtsverhoudingen vaak restrictiever oordeelt. Zo wordt een kaderovereenkomst in het kader waarvan de beslagen schuldenaar schuldeiser zou kunnen worden van de derden soms niet voldoende geacht (*in casu* de kaderovereenkomst tussen de kredietkaartgever en een aangesloten handelaar⁶⁹).

Men zou kunnen proberen de rechtspraak samen te vatten in de formule dat een schuldvordering die zou kunnen ontstaan uit een bestaande rechtsverhouding toekomstig is of niet naargelang die rechtsverhouding reeds tot het ontstaan ervan strekt.

⁶⁸ Cass. 12 mei 1989, *Arr.* 1989-90, nr. 520 = RW 1990-91, 1347, noot E. DIRIX = *Pas.* 1989, I, 961. De fiscale notificatie aan de notaris heeft overigens een vergelijkbaar voorwerp. Vgl. ook Luik 6 december 2005, *Revnot.* 2006, 283 e.v., in een zaak waar op het tijdstip van het dertdenbeslag onder een notaris tegen een bouwpromotor reeds enkele appartementen van de bouwpromotor verkocht waren en enkele andere pas nadien verkocht werden, en de notaris terecht ook de prijs van de latere verkopen ingehouden had onder het dertdenbeslag (ook besproken door F. GEORGES in *Droits des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, Luik, Anthenis, 2007, p. (83) 90).

⁶⁹ Luik 19 februari 2007, *JLMB* 2008, 59, met afkeurende noot F. GEORGES, "Paiement par cartes de crédit et créance en germe susceptible de saisie-arrest".

Maar anderzijds is het vaste rechtspraak dat een kredietopening nog geen voor beslag vatbare schuldvordering doet ontstaan⁷⁰, m.i. in de praktijk te-recht doch om andere redenen.⁷¹

g) Rekeningregoeden

51. Bij girorekeningen is er wel duidelijkheid in de rechtspraak bij derdenbeslag, al wijkt de regel misschien wel af van het gemeen recht. Nemen we een girorekening waarop geld verwacht wordt van overschrijvingsopdrachten door een derde aan die bank ten gunste van die rekeninghouder (rechtstreeks door de opdrachtgever dan wel via diens bank).

Ook hier kan men te rade gaan bij de rechtspraak inzake derdenbeslag waar immers hetzelfde criterium geldt.

Bij beslag "op een rekening" gaat het in werkelijkheid om een beslag op het rekeningregoed.⁷² Bij beslag op een rekeningregoed wordt enkel het tegoed getroffen zoals het bestond ten tijde van het beslag.⁷³

52. Het belangrijkste rechtspunt betreft de precieze bepaling van het rekeningregoed wanneer er beslag wordt gelegd onder een financiële instelling waarbij de beslagen schuldenaar een rekening heeft, en met name in welke mate er reeds een schuldvordering is van de rekeninghouder op een tegoed dat naar zijn rekening wordt overgeschreven, wanneer de creditering van zijn rekening nog niet is gebeurd: dat een andere partij reeds gedebiteerd is, is niet doorslaggevend.

Hier schept het cassatiearrest van 15 juni 2006 duidelijkheid⁷⁴.

⁷⁰ Cass. 26 november 2009, C.09.0063.N, <http://jwre.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download/blob?id=20091126-14>.

⁷¹ NI, dat de mogelijke schuldvordering uit de kredietopening samenhangend is met de schuldvordering tot terugbetaling van het krediet, zodat de schuldvergelijking van samenhangende schuldorderingen speelt.

⁷² Cass. 22 november 2007, RW 2008-09, 869.

⁷³ Bv. Brussel 16 april 1987, JT 1987, 576; Brussel 16 maart 1989, JT 1990, 238, noot J. BUYLE en O. POELMANS; Luik 10 mei 2007, JMB 2008, 70; DIRIX en BROECKX, *Beslag in APR*, nr. 413; E. DIRIX en K. BROECKX, "Overzicht - beslagrecht", TPR 1991, p. (79), 143; F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier, 2006, p. 271, e.v.; RPDB compl. VII "La saisie-arêt bancaire", p. 821, nr. 50; DE LEVAL, *La saisie mobilière, Répertoire notarial*, XIII, p. 160, nr. 384; J. LEDOUX, "Chronique de jurisprudence - les saisies", JT 1989, p. 646, nr. 134.

⁷⁴ Cass. 15 juni 2006, P & B 2007, 108 = RW 2007-08, 232 noot R. FRANSIS, "Beslag onder derden in handen van de bank en lopende verrichtingen op bankrekeningen" = RABG 2007,

- In geval van overschrijving via méér dan één bank, ontstaat de schuldvordering van de begunstigde op zijn bank op het tijdstip van de verrekening tussen de banken (ook al is het saldo dan nog niet beschikbaar), d.i. vanaf het ogenblik waarop, bij overschrijving met tussenkomst van 2 banken, de overschrijvingsopdracht het voorwerp heeft uitgemaakt van een verrekening in de verrekenkamer (d.i. het UCV) of *settlement* via ELLIPS.⁷⁵ Dit tijdstip kan precies bepaald worden (en niet enkel in dagen).⁷⁶

- Voor het andere geval, nl. bij overschrijving via slechts één bank, mag men ervan uitgaan dat dit het geval is zodra de overschrijvingsopdracht gegeven door de opdrachtgever onherroepelijk is geworden.

Omgekeerd heeft de opdrachtgever geen schuldvordering meer voor het bedrag waarover hij beschikt heeft, dus vanaf het ogenblik waarop de bank een instructie tot betaling of andere aanwending heeft ontvangen.⁷⁸

Dat er in het eerste geval een "naar" is tussen het tijdstip waarop de opdrachtgever zijn schuldvordering op zijn bank verminderd ziet en het tijdstip waarop de begunstigde een schuldvordering verkrijgt op zijn bank, spoot perfect met onze stelling dat de overschrijving een vorm van *delegatio solvendi* is (en zeker geen cessie).

53. In de rechtspraak over nettingovereenkomsten blijft er evenwel nog verwarring bestaan bij toepassing op rekeningregoeden.

Zo kan m.i. een financiële instelling die na het ontstaan van de samenloop een betaling ontvangt op de rekening van de insolvente schuldenaar, deze 452 noot D. BRÄCKE, "Beslag op een bankrekening in geval van overschrijving", = *Bank Fin.* 2006, 387, noot R. STEENNOT, "Beslag bij een overschrijving in uitvoering en tijdstip van betaling", in verwerking van Brussel 2 maart 2005, P & B 2005, 142 = NJW 2005, 803.

⁷⁵ Deze oplossing spoot ook met de regel van art. 4, § 1 wet 28 april 1999 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen, welke strikt genomen enkel geldt voor interbancaire overschrijvingen. Op grond van artikel 2 van diezelfde wet worden bij KB de afwikkelingsstelsels aangeduid die daaronder vallen. Dit zijn op dit ogenblik het systeem "TARGET2-BE" van de NBB, het UCV (Uitwisselings- en verrekeningscentrum) beheerd door de NBB en de eveneens door de NBB beheerde "Belgische Verrekenkamer".

⁷⁶ Zie voor een toepassing Luik 17 maart 2009, RRD 2010, 401, waarbij betalingen die toegelopen waren de dag van het beslag maar na het tijdstip ervan, niet onder het beslag vielen.

⁷⁷ VAN RYIN en HEENEN, *Principes*, IV (1988), 328-329; R. FRANSIS, RW 2007-08, 232; F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, p. 567.

⁷⁸ Dat bepaalt bv. of de betaling voor of na de samenloop is gebeurd indien de opdrachtgever bv. failliet gaat. In het Nederlandse recht hanteert de Hoge Raad eveneens deze maatstaf. HR 23 maart 2012, *JNG/Manning q.q.*, <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ijn=B.V0614;einder=2012>, HR 28 april 2006, *Huizer q.q. / Rabobank*, <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ijn=AV0653>.

niet verrekenen met een actieve schuldvordering op die schuldenaar. Het argument als zou die schuldvordering van de insolvente schuldenaar reeds voordien bestaan hebben zij het op een andere persoon, is onjuist: de schuldvordering van de schuldenaar op de bank die uit die betaling voortvloeit, is een nieuwe schuldvordering.⁷⁹ Bovendien gaat het hier in de eerste plaats om een onverschuldigde betaling, zodat de schuldvordering tot uitbetaling in beginsel aan de *solvans* toekomt en niet aan de bestemmeling van de betaling. De *solvans* zal immers een tweede maal moeten betalen aan de bewindvoerder. Het is maar subsidiair dat de insolvente schuldenaar (wiens bevoegdheid wordt uitgeoefend door de bewindvoerder) beschikt over een schuldvordering wegens ongegronde verrijking op de bank, en deze is evident pas ontstaan op het ogenblik van de betaling door de derde.

De financiële instelling zou zich wel kunnen beroepen op een pandrecht op de schuldvordering die de insolvente schuldenaar had op de solvens, indien dergelijk pandrecht geldig is ontstaan voor de samenloop en betrekking heeft op een schuldvordering die eveneens voor de samenloop is ontstaan; in dat geval kan de bank die schuldvordering inderdaad innen en het geïnde bedrag vervolgens in schuldvergelijking brengen met de actieve schuldvordering op de insolvente schuldenaar.⁸⁰ Indien de bank een pandrecht zou hebben bedongen dat zich ook zou uitstreken over de schuldvordering wegens ongegronde verrijking die eerst na de samenloop zou ontstaan in hoofde van de insolvente schuldenaar, geldt nog steeds hetzelfde: zelfs indien die schuldvordering op een bank een financieel actief zou vormen in de zin van de WvZ, is er geen bepaling van de WvZ die afwijkt van de regel dat een in pandgeving maar uitwerking heeft op het ogenblik waarop dat actief ontstaat, en niet wanneer dat eerst na de samenloop het geval is.

⁷⁹ Zo ook (in onze zin, doch met ten dele andere argumenten) de noot onder dat vonnis van C. BODDAERT, "Stof voor discussie: het begrip 'bestaande' schuldvordering in art. 14 Wet Financiële Zekerheden", *RW* 2008-09, 973 e.v.; V. SAGAERT in *Actuele omvankelijkheden verbiningsrecht*, p. (223) 244, nr. 32; O. CREPLET, "Le sort des fonds regus par l'établissement de crédit postérieurement à la faillite de son client et le droit des sûretés, spécialement la loi relative aux sûretés financières", noot onder Kh. Charleroi 2 januari 2008, *TBH* 2010, (198) 201.

Anders, ten onrechte Kh. Antwerpen 25 februari 2008, *RW* 2008-09, 971, werd m.i. ten onrechte aangenomen dat schuldvergelijking ook mogelijk is met een tegenvordering die de latere gefailleerde weliswaar reeds had, maar niet op de verrekenende partij. *In casu* had de bank na de faillietverklaring op de bankrekening van de gefailleerde de betaling ontvangen van een door de gefailleerde voordien opgestelde factuur. Het vonnis oordeelde dat het om een "bestaande" schuldvordering van de gefailleerde ging, m.i. ten onrechte nu er geen schuldverdeling van de gefailleerde op de bank bestond bij het ingaan van de samenloop.

Eveneens ten onrechte anders Kh. Charleroi 2 januari 2008, *JT* 2008, 195 = *TBH* 2010, 192, noot O. CREPLET. Vgl. nog Kh. Brussel 14 juli 1999, *TBH* 2000, 433.

⁸⁰ Zo ook O. CREPLET, *TBH* 2010, (198) 203.

h) Ook wanneer de netting schuldvernieuwend zou werken

54. Zoals hoger reeds aangegeven, maakt het geen verschil of de nettingsovereenkomst een schuldvernieuwing zou inhouden of niet (d.i. ongeacht of het gaat om een nieuwe schuldvordering tot beloop van het saldo, dan wel een overblijven van een na verrekening bestaande schuldvordering). Artikelen 14 en 15, § 2 WvZ stellen beide gelijk in navolging van de richtlijn, die beide soorten overeenkomsten dezelfde rechtgevolgen geeft, omdat dergelijke overeenkomsten in sommige rechtsstelsels de vorm aannemen van een schuldvergelijking en in andere niet. Maar ook los van de WvZ is er geen reden beide hypothesen te onderscheiden.

Weliswaar zal de door de novatie (schuldvernieuwing) in uitvoering van de nettingovereenkomst "ontstane" schuld een "nieuwe" zijn, maar die is juist het product van de schuldvergelijking en deze kan dus niet verhinderd worden door de novatie. Dergelijke nettingovereenkomst wordt dus niet buiten werking gesteld door de samenloop, maar rijgt juist dan uitwerking (en dit zonder dat de betrokken schuldvorderingen opeisbaar en samenhangend zouden moeten zijn).⁸¹ Het volstaat dat de in de netting opgenomen schuldvorderingen ontstaan zijn voor de samenloop, ook wanneer de resulterende schuldverdeling geacht zou worden pas op dat ogenblik te zijn ontstaan.

e. Specifieke gevolgen van de rekening-courant tussen partijen; gevolg voor de zekerheden accessoir aan de afzonderlijke schuldvorderingen

55. Het verlies van de zelfstandigheid van de afzonderlijke schuldvorderingen leidt traditioneel in beginsel wel tot novatie met als gevolg dat de zekerheden die accessoir zijn aan de voorheen afzonderlijke schuldvorderingen in beginsel vervallen. Deze gevolgtrekking wordt evenwel vandaag genuanceerd. Correchter is dan ook dat door het opgaan in een rekening-courant, de accessoire zekerheden die enkel tot zekerheid van de opgeslorpte schuld strekken (en niet tot alle schulden uit de rechtsverhouding), als gevolg van die schuldvernieuwing vervallen.

⁸¹ De vroegere rechtspraak die stelde dat de rekening-courant noodzakelijk stopt bij het ontstaan van een samenloop (bv. Luik 23 december 1988, *TBH* 1990, 59; Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *RW* 1998-99, 227 noot V. DECKMANN en E. DERNICOURT), is daarmee achterhaald, ongeacht of ze voor de WvZ correct was of niet (zie A. CUYPERS, *Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord*, reeks Grondige studies Voorrechten en hypotheken, Antwerpen, Kluwer, 1998, p. 13, nr. 10).

2. Zgn. eenheid van rekeningen bij meerdere rekeningen (verruimde rekening-courantovereenkomst)

56. Bij bankrekeningen kan het gebeuren dat om technische of andere redenen er meerdere rekeningen van dezelfde rekeninghouder lopen bij dezelfde rekeningvoerende bank, terwijl tegelijkertijd overeengekomen is dat ook deze verschillende rekeningen (correcter: de schuldorderingen betreffende die verschillende rekeningen) met elkaar kunnen worden verrekend.

Men noemt dit beding een beding van "eenheid van rekeningen" (*clausse d'unité de compte*) of een "fusiebeding" (fusie van rekeningen), of jammer genoeg ook een "beding van ondeelbaarheid" – jammer omdat deze term voor zoveel uiteenlopende dingen wordt gebruikt dat hij eigenlijk geen betekenis meer heeft.⁸²

Partijen kunnen dus onder de op voorhand overeengekomen modaliteiten op elk ogenblik schuldvergelijking tussen deze verschillende rekeningen toepassen, en de diverse saldi compenseren tot één saldo. Op het eerste gezicht is er geen enkele reden deze mogelijkheid tot schuldvergelijking anders te behandelen bij een dergelijk geheel van deze rekeningen als bij één enkele rekening⁸³; wel zijn er enkele andere verschillen tussen de enkelvoudige rekening-courant en de eenheid van meerdere rekeningen (het fusiebeding heeft niet tot gevolg dat alle wederzijds schulden en schuldorderingen in één rekening-courant worden opgenomen met de specifieke gevolgen die de rekening-courant heeft⁸⁴). Die eenheid kan louter conventioneel zijn, en er is dus geen enkele andere eenheid dan een conventionele vereist (zoals een objectieve, economische of andere eenheid⁸⁵).

⁸² Deze bedingen zijn met name niet te verwarren met de zgn. bedingen van ondeelbaarheid die beogen een roerende zaak tot zekerheid te doen strekken niet alleen van de rechtstreeks ermee verbonden schuldordering, maar van het geheel van schuldorderingen uit eenzelfde rechtsverhouding. Zie als voorbeelden het uitgebreid eigendomsvoorbehoud, de bespreking bij het retentierecht e.d.m.

⁸³ Voor een geval waarin de rechter oordeelde dat er geen schuldvergelijking tussen de verschillende rekeningen en leningen was overeengekomen, maar wel een beding van eenheid van rekening speelde, Bergen 20 december 1988, *Bank Fin.* 1989, 487, noot DELIERNEUX. Zie nog Bergen 23 mei 1990, *JLMB* 1990, 1285; Anders: Brussel 3 februari 1986, *TBFH* 1988, 708, noot GREGOIRE.

⁸⁴ Vgl. R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking, Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemeene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Fide.* 2004-2005, (687) 724 (<http://www.law.kuleuven.be/jura/fin4/houben.html>).

⁸⁵ Buiten de toepassing van de WVF om wordt dit nochtans soms – ten onrechte – vereist. Die economische eenheid werd dan wel zo ruim geïnterpreteerd dat ze eigenlijk louter conventioneel was (bv. Kh. Antwerpen 24 mei 2006, *RW* 2006-07, 972).

57. Vragen rijzen er wel m.b.t. de wederkerigheid van zo'n bedingen betreffende de gevolgen van een eenzijdig compensatiebeding. De banken bedingen n.l. meestal dat enkel zij het beding kunnen invoeren en de cliënt niet tot verrekking kan overgaan.

Op de eerste plaats werkt zo'n beding slechts eenzijdig wanneer dat ook zo bedongen is. In geval van twijfel moet ervan uitgegaan worden dat het in beide richtingen werkt (art. 1162 BW). Ook moet een eenzijdig compensatieverbod voor de cliënt beperkend worden uitgelegd, zodat het niet geldt in geval van insolventie van de financiële instelling (een gelukkig zeldzaam maar daarom niet onmogelijk geval); op dat ogenblik vervalt immers de ratio van het verrekkingverbod van de cliënt.⁸⁶

Verder moet de vraag gesteld worden of die overeenkomst 1° geldig is⁸⁷ en 2° hetzelfde extern gevolg heeft wanneer de overeenkomst slechts een eenzijdige optie geeft aan één van de partijen (doorgaans de financiële instelling) om tot schuldvergelijking over te gaan.

Zoals hoger gesteld vond de rechtspraak een beding in algemene bankvoorwaarden met een consument dat aan de bank niet alleen het recht gaf alle rekeningen als één eenheid te beschouwen en de saldi te compenseren, maar ook het recht om zelf te bepalen op welke saldi de schuldvergelijking zou slaan, onrechtmatig aangezien daardoor de gebruiker de mogelijkheid wordt ontnomen van zijn kant tot schuldvergelijking over te gaan.⁸⁸ Dixit argumenteert zelfs (m.i. terecht) dat zo'n beding uit de aard van de zaak niet slechts in één richting kan werken.⁸⁹

58. NB: Deze "eenheid van rekening" geldt niet voor rekeningen waarvan met de rekeningvoerende instelling (bank) is overeengekomen dat de rekeninghouder deze rekening slechts *qualitate qua* aanhoudt – de zgn. kwalitatieve rekening, die hieronder ter sprake komt. Ze geldt evenmin voor rekeningen waarvoor met de bank is overeengekomen dat ze een afgescheiden bestaan behouden, zoals bv. de rekening voor het ontvangen van kapitaalverhogingen voor een vennootschap.⁹⁰

⁸⁶ Zo ook E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard?", *RW* 2008-09, p. (1020) 1021, nr. 2.

⁸⁷ De geldigheid wordt meestal in beginsel aanvaard; bv. VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV, (1965), nr. 2560; E. DIRIX, *RW* 2008-09, 1020 e.v.

⁸⁸ Link 26 januari 2007, *Dexia 1, Verbruikersvriendelijke Test-Aankoop*, nr. 2001/146.

⁸⁹ E. DIRIX, *RW* 2008-09, p. (1020) 1021, nr. 3.

⁹⁰ Bv. Kh. Brussel 24 november 1997, *TBFH* 1999, 45, noot P. VAN HOOCHTEN. Zie ook Brussel 16 oktober 1996, *RW* 1998-99, 18.

NB: Men mag dit beding van ondeelbaarheid van rekeningen niet verwarren met de rechtsfiguur van de vermogensafschieding, met name bij een maatschap (inbegrepen de "tijdelijke vereniging") e.d.m., die hoger reeds werd besproken. Men mag het ook niet verwarren met de "ondeelbare schuldverdeling", die een vorm van mede-eigendom is (en zo dadelijk nog ter sprake komt).

3. Gevallen waarin artikel 14 WPFZ buiten werking is gesteld, heeft artikel 14 WPFZ een meerwaardige?

59. Artikel 14 van de WPFZ (in uitvoering en uitbreiding van art. 7, I, b) RFZ (Richtlijn Financiële Zekerheden) verschafte op algemene wijze externe werking aan alle nettingovereenkomsten (overeenkomsten tot schuldvernieuwing of schuldvergelijking), ook bij samenloop of na rechtsvergang, op voorwaarde dat de overeenkomst is gesloten voor het ingaan van de samenloop (met de reeds gegeven nuance) en de schuldverdeling en de schuld waarop de schuldvernieuwing of schuldvergelijking moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik van de samenloop⁹¹ (voor dat laatste vereiste, vgl. ook hoger). Enkel het nettosaldo ten gunste van de gefailieerde of andere beslagen schuldenaar valt dus in de boedel c.q. komt toe aan de cessionaris. De opslorping van de schuldverdelingen maakt de erin opgenomen schuldverdelingen dus onoverdraagbaar en onbeslagbaar.

60. Evenwel is deze bepaling door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig verklaard, weliswaar op zeer betwistbare gronden, voor het geval van samenloop van de schuldeisers van een niet-handelaar, in de praktijk dus met name bij collectieve schuldenregeling.⁹² Het Grondwettelijk Hof schijnt daarbij niet te hebben ingezien dat deze bepaling in grote mate reeds gold

⁹¹ Voordien gebeurde dat op beperkte wijze door art. 157 Bankwet (beperkt toepassingsgebied in wezen beperkt tot krediet- en beleggingsinstellingen en overheden).

⁹² Voor toepassingen, zie bv. Kh. Charleroi 2 januari 2008, JT 2008, 195.

⁹³ GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, <http://www.constatocourt.be/public/n/2008/2008-167n.pdf>, n.v.w. 2008, 925, noot E. DIRIX = *TBH* 2009, 496, noot R. HOUBEN = *JT* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE = *JLMB* 2009, 816, noot F. GEORGES. Zie zeer kritisch over dit arrest: E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NW* 2008, 926; E. DIRIX, "Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS en M. VANMEENEN (red.), *Curatoren en verffnars: actuele ontwikkelingen*, II, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 41, nr. 32; R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting" *TBH* 2009, 502-507; V. SAGAERT in *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenssrecht*, p. 249-251, nrs. 40-43; M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Themis Cahier, Brugge, die Keure, 2010, p. 43, nr. 43 en p. 57, nr. 69; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 556-558, nrs. 924-928.

krachtens het gemeen verbintenssrecht. Dat is relevant, omdat de motivering van de ongrondwettigverklaring eigenlijk berust op een motiveringsgebrek bij de wetgever, die zou onvoldoende redenen hebben gegeven om de toepassing van die bepaling uit te breiden van overeenkomsten tussen handelaars naar overeenkomsten met een niet-handelaar. Een dergelijke grond van ongrondwettigheid kan natuurlijk niet gelden voor het reeds vooraf bestaande gemeen recht, en het feit dat het gemeen recht deze regels reeds grotendeels in het algemeen kende, toont ook aan dat het arrest op een rechtsdwaling berust.

In 2011 werd de WPFZ dan in de volgende zin gewijzigd, dat artikel 15 niet meer geldt voor nettingovereenkomsten (en op de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken), gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

61. Door die wijziging is het nu evenwel nodig om na te gaan in welke gevallen de netting uitwerking heeft krachtens het gemeen recht, en dus zelfs bij collectieve schuldenregeling nog steeds kan spelen, en in welke gevallen het oude artikel 14 WPFZ een uitbreiding inhield, die in dat geval nu dus niet meer geldt.

De regel van gemeen recht kent n.i. volgende beperkingen.

1° Deze geldt enkel voor rekeningregoeden en effecten op naam, niet voor andere schuldverdelingen (aan toonder of gedenmatialiseerd).

2° Deze geldt enkel voor zover de overeenkomst gesloten is vóór het intreden van de samenloop; onder de WPFZ is de ook nadien gesloten overeenkomst tegenwervbaar, wanneer ze gesloten is in onwetendheid daarover (art. 15 WPFZ: afwijking van de gemeentrechtelijke regel dat er geen bescherming is van de derde-verkrijger na samenloop, ook indien deze daarvan onwetend was).

3° Indien men zou oordelen dat het gemeen recht niet tot de tegenwervbaarheid leidt van schuldvergelijking ingevolge een beding dat slechts een eenzijdige mogelijkheid tot schuldvergelijking verleent aan een van de partijen en niet van rechtswege tot schuldvergelijking leidt, dan zijn deze bedingen toch tegenwervbaar krachtens de WPFZ.

4° Onder artikel 14 WPFZ is het ook duidelijk dat de in een nettingovereenkomst voorziane onbinding van de door de nettingovereenkomst betrokken transacties zakelijke werking heeft, ook indien zij eerst door of na het ontstaan van de samenloop plaatsvond. Ook dit is een onderscheid met de regeling die in beginsel geldt voor lichamelijke goederen (voortvloeiend uit de uitleg van art. 20, 5° Hyp. W.).

Voor het overige leidt het gemeen recht reeds tot schuldvergelijking, zonder dat we daar artikel 14 WFZ voor nodig hebben, ook bij multilaterale (in plaats van bilaterale) netting.⁹³

Al bij al ben ik dus van oordeel dat het arrest van het Grondwettelijk Hof nauwelijks enig effect heeft of althans mag hebben en dat de wetgever het beter had geregeerd. Nog beter ware het indien de wetgever ons uiteindelijk aansluiting zou laten vinden bij de dominante opvatting in Europa, nl. dat schuldvergelijking in beginsel wel mogelijk blijft na samenloop, en dit ongeacht de samenhang of verknochtheid.

Afdeling C. Driepartijenverhoudingen (delegatieovereenkomst sensu lato)

62. Het belangrijkste alternatief voor een pandrecht op een schuldvordering ten slotte vinden we in de delegatieovereenkomst en de varianten daarop.

1. De delegatieovereenkomst in het algemeen

a. De delegatieovereenkomst verbintenismrechtelijk bekeken

63. De *delegatio solvendi* (Fr. *délégation*) is een driepartijenverhouding. De delegant geeft aan de gedelegeerde (meestal zijn schuldenaar) de opdracht om zich te verbinden jegens een delegataris (een persoon die een prestatie verwacht van de delegant), en de gedelegeerde aanvaardt dit, d.i. verbindt zich effectief jegens de delegataris en dit geabstraheerd van de interne verhouding tussen gedelegeerde en delegant.⁹⁴

⁹³ Zie Antwerpen 27 oktober 1997, RW 1998-99, 675 (overeenkomst tussen meerdere verbonden vennootschappen en een bank, waardoor deze tussen de rekeningen van de onderscheiden vennootschappen mag verrekken); K. TROCH, "Bankdeposito's en bankrekeningen in beweging" in *Bankcontracten* (red. B. TILLEMANN en B. DU LAING), Brugge, die Keure, 2004, p. (203) 223-239.

⁹⁴ Vgl. J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, p. 19, nr. 1; H. DE PAGE, *Traité*, III, p. 601, nr. 606; DIRIX en DE CORTE, (2006), p. 390, nr. 563; W. VAN GERVEN, *Verbintenismrecht*, III, p. 458-459. In dezelfde zin voor het Franse recht PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VII, p. 676, nr. 1271; *Jur.-Cl.*, art. 1271 à 1281, fasc. 40, nr. 1; M. BILLIAU, *La délégation de créance*, Parijs, 1989, p. 1-4, nr. 1; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, Parijs, L.G.D.J., 1994, p. 439, nr. 384; MAZEAUD, *Les obligations*, p. 1258, nr. 1233.

Wettelijke regelingen vinden we onder meer in het Duitse BGB (§ 783 e.v.), het Zwitserse OR (art. 466 e.v.) en de Italiaanse C.C. (art. 1268 e.v.).

Er zijn dus drie partijen: de delegant (of delegans, d.i. de opdrachtgever, Frans: *donneur d'ordre*, Duits: *Anweisende*, ook assignant), gedelegeerde (Frans: *déligué*, Duits: *Angewiesene*) en de delegataris (Frans: *déligataire*, Duits: *Anweisungsempfänger*, ook assignataris). De Latijnse term is *delegatio solvendi* (aanwijzing tot betaling) (Frans: *délégation*, Duits: *Anweisung*). De naam beruist daarop dat de hoofdbedoeling is om een schuld van de delegant te laten betalen door de gedelegeerde.

In de strikte zin is de delegatie de opdracht zelf (door de delegant aan de gedelegeerde), en is de aanvaarding van de delegatie het aangaan van de verbintenis door de gedelegeerde (deze eenzijdige belofte van de gedelegeerde hoeft niet aanvaard te worden door de delegataris om bindend te zijn, wel om alle effecten van een delegatie te hebben, zie hieronder).

64. Door middel van een delegatieovereenkomst kan men een nieuwe verbintenis doen ontstaan jegens de kredietverlener (-schuldeiser van de schuldeiser). Delegatie schept geen buitenwettelijke zekerheid voor de delegataris op de oorspronkelijke schuldvordering van de delegant jegens de gedelegeerde, maar doet naast de twee oude schuldorderingen een nieuwe schuldvordering ontstaan (en maakt de oude in beginsel onbeschikbaar).

Bij de delegatieovereenkomst verbindt de gedelegeerde zich jegens de delegataris tot betaling, dit ongeacht de interne verhouding met de delegant (de dekkingverhouding) en veelal ook abstract van de verhouding tussen delegant en delegataris (de valutaverhouding) die de "oorspronkelijke" schuld bevat. Aldus kan de delegataris zich "rechtstreeks" tegen de gedelegeerde richten.

Deze schuld(vordering), die voortspuit uit het engagement van de gedelegeerde, reikt verder dan enkel maar een niet-abstracte rechtstreekse aanspraak jegens de gedelegeerde of een pandrecht van de delegataris op het "fonds", d.i. de schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde: de gedelegeerde heeft immers jegens de delegataris een schuld ongeacht het fonds (d.w.z. abstract van de dekkingverhouding). Om die reden is de delegatie ook een vorm van persoonlijk zekerheid.

b. De delegatie als beschikking, goedereemrechtelijk bekeken

65. De delegatie *sensu stricto* en de aanvaarding ervan door de delegataris houden daarnaast echter ook een beschikking in over de twee vooraf bestaande schuldorderingen. Dit wordt voor elke van beide hieronder verduidelijkt.

1° De delegatie als beschikking over de fondsvordering

66. Door de delegatie in enge zin, d.i. de opdracht door de delegant aan de gedelegeerde, beschikt de delegant ook ten gunste van de delegataris over zijn schuldordering op de gedelegeerde, zij het op een andere manier dan door cessie of inpandgeving ervan aan de delegataris. In plaats van ze te cederen of in pand te geven maakt de delegant de schuldordering onbeschikbaar voor anderen dan de delegataris.

Op die manier is de delegatie een verbintenisrechtelijk alternatief voor een inpandgeving.

Het gaat hier om de schuldordering uit de rechtsverhouding tussen delegant en gedelegeerde, d.i. de dekingsverhouding of fondsvordering, of anders gezegd om het fonds of de fondsvordering.

Tot beloop van de omvang van de delegatie is de oorspronkelijke schuldordering niet opeisbaar en bij nakoming van de delegatieovereenkomst door de schuldenaar gaat ze geheel teniet. De verkrijger van of beslaglegger op de schuldordering zal dit alles moeten aanvaarden. In die zin maakt een delegatie *solventi causa*⁹⁵ de fondsvordering van de delegant op de gedelegeerde onbeschikbaar.

Dit rechtsgevolg staat los van de vraag of de gedelegeerde een onafhankelijke verbintenis aangaat of niet.

67. Indien er een fonds is (een schuldordering van de delegant op de gedelegeerde), wordt dit fonds door die delegatie dus onbeschikbaar voor de andere schuldeisers van de delegant⁹⁶, en heeft de delegataris tot zekerheid

⁹⁵ Bij een delegatie *demandi causa* is er geen fonds. Bij een delegatie *credendi causa* evenmin, wel kan het zijn dat er een kredietopening is, maar doorgaans wordt aanvaard dat het daaruit voor de delegant voortspruitende recht strikt persoonlijk is en door zijn schuldeisers niet kan worden uitgeoefend (H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen" in W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK, *Handels- en economisch recht*, I, B. Brussel, Story-Scientia, 1989, (545) 582, nr. 635; B. DE VUYST en G. MEYER, *Doctrinaire kredieten*, p. 123, nr. 375; E. DIRIX en K. BROECKX, *Bestlag*, p. 418, nr. 716; J.-M. NELLISSEN GRADE, *De rekening courant*, p. 264 en noot 157; *Ibid.*, "Derdenbeslag op bankrekening" in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, II, (677) 684-685, nr. 12; J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, p. 87, nr. 168; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV, p. 405).

⁹⁶ Vgl. J. RONSE, *De delegatieovereenkomst*, p. 59, nr. 92; DIRIX en DE CORTE, (2006), nr. 563, p. 390; E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, p. (1163) 1178, nr. 15; E. DIRIX in H. BOECKEN e.a., *Bijzondere overeenkomsten, XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008*, p. (141) 173; W. VAN GERVEN, *Verbintenisrecht*, III, p. 460; G. VAN HAE-

van zijn schuldordering op de gedelegeerde dan ook een soort voorrecht op dat fonds (d.i. op de schuldordering van de delegant op de gedelegeerde).

- In een aantal gevallen heeft de wet dan ook uitdrukkelijk aan de delegataris een voorrecht en/of een rechtstreekse aanspraak toegekend op dat fonds (bij de wisselbrief, de cheque en de postcheque) - overigens ook in gevallen waar er geen delegatieovereenkomst tot stand is gekomen (bv. bij een niet-geaccepteerde wisselbrief).

- Doch ook waar de wet geen voorrecht toekent, volgt er uit de externe werking van de overeenkomst tussen delegant en gedelegeerde dat de delegataris een soort voorrang verkrijgt op dat fonds. In die gevallen is, in tegenstelling tot de voorgaande, wel de toestemming van de gedelegeerde vereist (de onbeschikbaarheid van de schuldordering op de gedelegeerde (fonds) is de "prijs" die de delegant betaalt voor de onafhankelijke verbintenis die de gedelegeerde aangaat jegens de delegataris). De opdracht van de delegant aan de gedelegeerde om zich jegens de delegataris te verbinden impliceert noodzakelijkerwijze een beschikking over de fondsvordering ten gunste van de delegataris.

Zo bv. bij een overschrijving van een geldsom: de overschrijvingsopdracht maakt het fonds onbeschikbaar. Zodra de overschrijvingsopdracht onherroepelijk is geworden, gaat het fonds overigens teniet (is de schuldordering van de opdrachtgever op de bank met het bedrag van de opdracht verminderd)⁹⁷; maar zelfs voor het tijdstip van onherroepelijkheid is het fonds onbeschikbaar geworden.

Aangezien de delegatie een beschikking inhoudt op de fondsvordering, is het ook verklaarbaar dat de delegatie - behoudens die in de vorm van een wisselbrief of cheque - als een "abnormale wijze van betalen" (nl. betaling anders dan in specien of in handelseffecten) onder artikel 17, 2° Fall. W. valt indien de delegatieovereenkomst gesloten is⁹⁸ in de verdachte periode voor

⁹⁷ GENBORGH, "Cessie of delegatie", noot onder Kh. Tongeren 15 februari 1990, *RW* 1991-92, (929) 930, nr. 3.

⁹⁸ Voor het Franse recht: Cass. fr. 28 april 1987, *Bull.civ.* 1987, IV, nr. 103 en de bespreking door J. MESTRE, "Chronique", *RTD Civ.* 1987, 760; *Jur.-Cl.*, art. 1271 à 1281, fasc. 40, nr. 63; Cass. fr. 16 april 1996, *D.* 1996, *Jur.*, 571, noot (in dezelfde zin) C. LARROUMET, M. BILLAU, *La délégation de créance*.

⁹⁹ F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Brussel, 2006, p. 566, nr. 444; R. FRANZIS, *RW* 2007-08, 232.

⁹⁸ Opgat de delegatieovereenkomst voor de verdachte periode gesloten zou zijn, moet zowel de opdracht vanwege de delegant als de aanvaarding ervan door de gedelegeerde zich voor die periode hebben voorgedaan. In een arrest (Antwerpen 7 februari 2000, onuitg., waartegen het cassatieberoep werd verworpen door Cass. 3 juni 2004) werd geoordeeld dat de instemming van de 3 partijen vereist is, doch *in casu* was de niet tijdig gegeven instemming die van de

het faillissement van de delegant, tenzij het fonds waarover beschikt wordt enkel geld of handelseffecten betreft.

De delegatie treft de schuldvordering immers niet slechts uitwendig (zoals het geval is bij cessie en meestal ook bij subrogatie, alsook bij inpandgeving van of vestiging van vruchtgebruik op schuldvorderingen), maar ook in de inwendige verhouding. Daarom is deze delegatie – en daarmee de onbeschikbaarheid van de oorspronkelijke schuldvordering tussen hen – tegenwerpbaar aan de samenlopende schuldeisers van de delegant, althans indien de delegatie tussen delegant en gedelegeerde geldig geschiedt terwijl de delegant beschikkingbevoegd is over die schuldvordering, dus in het bijzonder vooraleer er op de schuldvordering beslag wordt gelegd of er anderszins een samenloop ontstaat.⁹⁹ Nadien kunnen de andere schuldeisers van de delegant dus de fondsvordering niet meer uitwinnen (bv. door dertendenbeslag onder de gedelegeerde¹⁰⁰, faillissement, enz.).

Bij delegatie kan er overigens geen probleem rijzen van niet-tegenwerpbaarheid wegens gebrek aan publiciteit, nu de publiciteit bij schuldvorderingen (op naam) in beginsel bestaat in de kennisname door de schuldenaar, en de delegatie eerst tot stand komt door de aanvaarding door die schuldenaar.

68. De onbeschikbaarheid is wel relatief in die zin dat de delegant in theorie nog over de fondsvordering kan beschikken in de staat waarin ze zich bevindt, d.i. bezwaard met het recht van de delegataris. De onbeschikbaarheid betekent dat de schuldvordering slechts als een eventuele schuldvordering gedelegeerde. M.i. is het tijdstip van instemming van de delegataris niet van belang voor de onbeschikbaarheid van de schuldvordering van delegant op gedelegeerde.

⁹⁹ Volgens art. 470, III OR (Zwischers recht) moet de delegatie voordien ook reeds aanvaard zijn door de delegataris. M.i. is die opvatting onjuist voor het Belgische recht.

¹⁰⁰ Vgl. J. RONSE, *De delegatievereenkomst*, p. 87, nr. 166; W. VAN GERVEN, *Verbindtussenrecht*, III, p. 461 en E. DIRIX en R. DE CORTE (2006), p. 391, nr. 564. Voor het Franse recht Cass. fr. 16 april 1996, *JCP* 1996, éd. G. II, nr. 22689, p. 347, noot M. BILLIAU, *D.* 1996, jur. 571, noot C. LARROUMET, *D.* 1996, *summ. comm.* 334, noot L. AYNES en de besprekingen door: J. MESTRE, "Chronique: Obligations et contrats spéciaux", *RTD Civ.* 1997, 132-134, nr. 15; D. MAZEAUD, "Chronique", *Déff.* 1996, 1018-1022, nr. 104 en E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, (1163) 1178, nr. 15; J. GHESTIN, C. JAMIN en M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, nr. 366; *Jur.-Cl.*, art. 1271 à 1281, fasc. 40, nr. 67; B. STARCK, H. ROLAND en L. BOYER, *Les obligations*, III, p. 52, nr. 103. Zie ook: I. DAURIAC, "Le sort de la créance du délégué au cours de la délégation. Réflexion à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 16 avril 1996", *Déff.* 1997, 1169-1180.

Zie evenwel in andere zin bij een huurvordering Cass. fr. 29 april 2002, *JCP*, éd. G. II, 10.154, 1731, noot BARTHEZ, ook besproken door E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 15; dit heeft wellicht te maken met de nogal wisselende arresten die het Franse Hof van Cassatie heeft geveld in verband met transacties op toekomstige huurvorderingen.

voortleeft, d.w.z. slechts opeisbaar wordt in geval van niet-uitvoering van de verbintenissen van de gedelegeerde.¹⁰¹

69. Er moet ook nagegaan worden wat er gebeurt indien de voorrang die de delegataris op het fonds verkrijgt in conflict komt met rechten die andere schuldeisers van de delegant op dat fonds verkrijgen, bv. door cessie ervan. Welnu, de schuldvordering van de delegant op de gedelegeerde kan niet meer onbeschikbaar worden gemaakt ten nadele van een cessie of inpandgeving van die schuldvordering die reeds ter kennis is gebracht van de gedelegeerde, maar die onbeschikbaarheid (van het "fonds") gaat voor op een oudere cessie of inpandgeving ervan die de gedelegeerde niet ter kennis was gebracht. Anders dan artikel 1690, IV BW laat uitschijnen, is daartoe niet vereist dat de gedelegeerde ook reeds voor de kennisgeving van de cessie of inpandgeving van het fonds, betaald zou hebben aan de delegataris. Het is voldoende dat de opdracht is gegeven aan de gedelegeerde. Artikel 1690, IV BW beschermt de delegataris te goeder trouw ook tegen een regressvordering (een vertijkingsvordering) van de oudere cessionaris tegen de delegataris.

De gedelegeerde van zijn kant wordt beschermd door artikel 1690, II BW: wordt de fondsvordering op hem onbeschikbaar vooraleer hij kennis heeft van een cessie of inpandgeving ervan, dan is hij bevrijd door de delegatie uit te voeren en riskeert hij niet ook nog eens de fondsvordering te moeten betalen.

^{2°} De aanvaarding van de delegatie als beschikking over de schuldvordering uit de valutaverhouding

70. Ten tweede is het zo dat de delegataris, door te aanvaarden om door middel van die delegatie te worden betaald, ook aanvaardt dat zijn oorspronkelijke schuldvordering slechts subsidair meer bestaat. Daarmee wordt de schuldvordering van de delegataris op de delegant onbeschikbaar voor de schuldeisers van die delegataris (die kunnen zich in plaats daarvan dan wel verhalen op de schuldvordering uit de delegatie).

Ook dit veronderstelt natuurlijk dat die beschikking door de delegataris niet eerst plaatsvindt nadat de gedelegeerde zijn beschikkingbevoegdheid verliest, bv. door een beslag op die schuldvordering of een faillissement.

¹⁰¹ Vgl. I. DAURIAC, *Déff.* 1997, (1169) 1175, nr. 11; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, p. 401, nr. 685; G. VAN HAEGENBORGH, *RW* 1991-92, (929) 930, nr. 3; voor het Franse recht *Jur.-Cl.*, art. 1271 à 1281, fasc. 40, nr. 66; F. TERRE, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Les obligations*, p. 1333, nr. 1447.

2. *Rekeningtegoeden met voorwaardelijke gerechtigden en andere rekeningen met meerdere rekeninghouders (quasi-gemeenschappelijke rekeningen)*

a. De creditering van een rekeningtegoed als product van een delegatie

71. De delegatie kan ook resulteren in een rekeningtegoed voor de delegataris. Zo is de aan een bank gegeven opdracht tot overschrijving van een geldsom (giro-opdracht) een delegatie. Het crediteren van de rekening van de begunstigde is de kennisgeving aan de delegataris van de aanvaarding van die opdracht.¹⁰² Dit maakt het mogelijk om "geldsommen" – correcter: rekeningtegoeden – een zekere bestemming te geven.

72. De overschrijving (*giro*) van geld¹⁰³ wordt vaak – ten onrechte – gezien als een lastgeving, of soms als een cessie¹⁰⁴, terwijl het om een *delegatio solvendi* gaat.¹⁰⁵

De bank (van de begunstigde) verbindt zich immers abstract en onafhankelijk jegens de begunstigde tot het overgeschreven bedrag.

Daarom is het alvast geen lastgeving. Er is weliswaar een overeenkomst van opdracht tussen opdrachtgever en bank. Maar waarom bestaat de uitvoering van de opdracht? Lastgeving *sensu stricto* veronderstelt dat de bank jegens een derde wederpartij een (verbintenisrechtelijke of zakenrechtelijke) rechtshandeling verricht in naam en voor rekening van de opdrachtgever. Dit vinden we niet bij een overschrijving. Welke rechtshandeling verricht de bank immers jegens de derde? Diens rekening crediteren, d.w.z. diens tegoed verhogen, d.w.z. de eigen verplichting als bank verhogen.

¹⁰² Bij overschrijving via 2 banken, beschikt de opdrachtgever over het fonds dat hij bij bank 1 heeft om een verbintenis (creditering) van bank 2 jegens de begunstigde te doen ontstaan, wat evenwel mogelijk is dankzij een bestaande overeenkomst tussen banken 1 en 2, krachtens dewelke bank 1 zich verbindt jegens bank 2.

¹⁰³ De hier gegeven analyse geldt anderzijds niet voor "overschrijvingen" tussen effectenrekeningen, die wel degelijk een eigendomsoverdracht van effecten inhouden. Meestal spreekt men daar van een "overboeking".

¹⁰⁴ De schuldverdring die de begunstigde door de creditering verkrijgt op de bank is een andere dan degene die de opdrachtgever had. Bij een vergissing van de opdrachtgever kan hij dan ook de schuldverdring van de begunstigde niet "revindiceren", maar enkel een schuldverdring wegens onverschuldigde betaling instellen (bv. Brussel 25 november 2005, *TBH* 2007, 52).

¹⁰⁵ In vergelijkbare zin bv. R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer*, nr. 125-201. Zie ook Ch. WINNANDY, "Contribution à l'étude sur la nature juridique du virement", *Bank Fin.R.* 2002-4, 187 e.v.

De uitvoering van de giro-opdracht is dus niets anders dan het aangaan van een geldverbintenis jegens de begunstigde. Deze geldverbintenis is onafhankelijk ten aanzien van de rechtshandeling tussen opdrachtgever en begunstigde; ook wanneer er geen betaling verschuldigd was door de opdrachtgever blijft het credit op de rekening, en het is de opdrachtgever en niet de bank die krachtens de valutaverhouding (d.i. de verhouding tussen opdrachtgever en derde) kan terugvorderen. Eenmaal de creditering heeft plaatsgevonden, is de daarmee aangegane geldverbintenis ook abstract ten aanzien van de dekkingsverhouding (de verhouding tussen opdrachtgever en bank).

Hiervan blijkt dat de overschrijvingsopdracht een delegatieovereenkomst vormt, en meer bepaald een *delegatio solvendi*; het is een "opdracht" in de zin van een delegatie en niet in de zin van een gewone lastgeving. De bank die de opdracht aanvaardt, gaat dus in opdracht van de opdrachtgever een (onafhankelijke) verbintenis aan, waardoor de schuld van de opdrachtgever jegens de begunstigde wordt voldaan.

Weliswaar betreffen de schoolvoorbeeld van delegaties geldschulden die in een andere vorm worden aangegaan dan een rekeningtegoed, en waarbij het aangaan van de nieuwe schuld door de gedelegeerde de oude schuld nog niet tenietdoet (maar enkel onbeschikbaar maakt; slechts de nakoming van de nieuwe schuld doet de oude uitdoven), maar dat belet niet dat ook de overschrijving in wezen aan de kenmerken van de *delegatio solvendi* beantwoordt. De kwalificatie als lastgeving daarentegen dateert nog uit de tijd toen de lasthebber met de zak vol goudstukken die de opdrachtgever hem meegeef, naar de bestemming trok om uit te betalen.

De bank (van de begunstigde) verbindt zich immers abstract en onafhankelijk jegens de begunstigde tot het overgeschreven bedrag. Die abstracte verbintenis van de bank jegens de begunstigde ontstaat op het ogenblik van de verrekening van de verrichting (bij overschrijving met tussenkomst van 2 banken, de verrekening in het UCV of *settlement* via ELLIPS¹⁰⁶).

¹⁰⁶ Bij overschrijving via 2 banken verbindt de bank van de begunstigde zich krachtens een opdracht van de bank van de opdrachtgever (een geautomatiseerde opdracht weliswaar), die voortbouwt op een verrekeningsovereenkomst tussen beide banken. De bank van de opdrachtgever geeft die opdracht aan de andere bank in uitvoering van de door haar ontvangen overschrijvingsopdracht van de opdrachtgever. Dergelijke verrekeningen tussen de Belgische banken vonden oorspronkelijk plaats in de "Verrekenkamer" in het gebouw van de Nationale Bank van België; met fysieke uitwisseling van documenten, en geschiedt sinds 1975 geautomatiseerd. Men spreekt van verrekening omdat tussen de banken onderling enkel de dagelijkse saldi worden doorbetaald (via een lopende rekening van de bank bij de Nationale Bank). Dat is althans het systeem voor betalingen beneden de 500.000 EUR, die verrekend worden via de Verrekenkamer (het UCV). Voor betalingen boven de 500.000 EUR vindt er geen "netting" plaats (d.w.z. enkel betaling van de nettosaldis tussen banken), maar een indi-

De nakoming van die verbintenis gebeurt door de creditering van de rekening van de begunstigde, d.i. het bijhouden op de rekening van de begunstigde. Anders dan bij een kredietkaart gaat de bank jegens de begunstigde geen enkele verbintenis aan (voor het tijdstip van de uitvoering of althans verrekening van de opdracht ook niet door overschrijvingsformulieren ter beschikking te stellen e.d.m.¹⁰⁷).

Een dergelijke overschrijving kan een zekerheidsfunctie hebben, nl. wanneer aldus bij wijze van zekerheid een girale geldsom wordt verschaft. De begunstigde wordt dan onvoorwaardelijk eigenaar van de schuldvordering gevormd door het rekeningtegoed.

73. Heel vaak echter wil de opdrachtgever de andere partij maar een voorwaardelijk recht verschaffen, zoals bv. een zekerheid voor de betaling van een schuld voor zover die schuld komt vast te staan. Daartoe staan er in ons recht, naar gelang de modaliteiten die men wenst, meerdere technieken ter beschikking.

b. *Sinering* van deze techniek tussen andere geoderenrechtelijke technieken

Laten we de gebruikte techniek verduidelijken door hem te onderscheiden van andere mogelijke technieken.

1° Eerste techniek: inpandgeving van de schuldvordering

74. Op de eerste plaats kan men een schuldvordering die men zelf heeft op een bank in de vorm van een rekeningtegoed, in pand geven. Het rekening-

viduele betaling in real time (real time gross settlement via het ELLIPS-systeem, Electronic Large Value Interbank Payment System).

¹⁰⁷ Het grote verschil tot voor kort was dat de uitgever van de kredietkaart zich op voorhand engageert om betalingsopdrachten die ermee zullen gebeuren uit te voeren, terwijl de bank, die rekeningfaciliteiten geeft, zich maar engageert na ontvangst van de overschrijvingsopdracht. Bij overschrijvingsopdrachten die onmiddellijk elektronisch worden aanvaard en uitgevoerd (bv. betalingen met Bancontact, of onlinebetalingen rechtstreeks bij de eigen bank met gebruik van een draagbare sleutel) is het praktische verschil klein.

De precieze rechten en plichten van partijen en de gebruiksvoorwaarden blijven wel verschillen, aangezien het betalen met een kredietkaart niet vereist dat deze betaling reeds gedekt is, terwijl de overschrijving maar zal worden aanvaard door de gededelegeerde bank indien er dekking is. Aangezien de dekking in het laatste geval ook een kredietopenning kan zijn, en ook het gebruik van kredietkaarten beperkt wordt door periodieke maximumgrenzen, is dat verschil ook weer niet zo groot. Het grote verschil tot voor kort betrof het al dan niet aangaan van een verbintenis door de gededelegeerde (in de tekst besproken).

tegoed blijft op naam staan van de zekerheidsgever als eigenaar, en de bank wordt in kennis gesteld van de inpandgeving ervan aan diens schuldeiser. De bank is in dit geval louter passief betrokken: zij krijgt kennis van de inpandgeving (kennisgeving in de zin van art. 1690 BW). Deze rechtsfiguur, de inpandgeving van een schuldvordering, werd hoger reeds besproken. De respectieve rechten van de pandgever en pandhouder worden door de wet bepaald.

We stellen vast dat in een aantal gevallen, de rechtspraak en rechtsleer het veel te ver gezocht hebben, aangezien ze heel eenvoudig kunnen worden begrepen als de vestiging van een pandrecht op een rekeningtegoed.¹⁰⁸ Zo bv. ook de op gemeenschappelijke naam gestelde of anderszins geblokkeerde huurwaarborgrekening¹⁰⁹ (ongeacht of deze onder de bijzondere regeling van art. 10 Woninghuurwet valt of niet), de waarborg bij financieringshuur door een consument, en vergelijkbare geblokkeerde waarborgen waarvan de modaliteiten door de wet zijn bepaald (bv. Wet Koop Toekomstige Woningen, genaamd Wet-Breyne). Het gaat hier weliswaar om rekeningen die op meer dan één naam staan, maar de verschillende partijen hebben het tegoed niet in mede-eigendom, maar resp. de blote eigendom en een pandrecht erop. Uit het feit dat de wet spreekt van een voorrecht in plaats van een pandrecht, kunnen m.i. geen andere gevolgen worden afgeleid.

2° Tweede techniek: gemeenschappelijke maken van de schuldvordering

75. Ten tweede kan men een schuldvordering die men heeft op een bank in de vorm van een rekeningtegoed, inbrengen in een gemeenschappelijk vermogen. Dan zal het van het lot van dat vermogen afhangen aan wie het tegoed uiteindelijk toekomt. De mede-eigenaars kunnen bv. een aanwas- of verblijfsbeding overeengekomen zijn, waardoor de schuldvordering bij vooroverlijden van de ene exclusief aan de andere toekomt.¹¹⁰ Het gaat hier om een gezamenlijke rekening die geen zekerheidsmechanisme vormt.

¹⁰⁸ De kwalificatie als inpandgeving werd – terecht – onder meer aanvaard in: Brussel 18 december 1991, *JLMB* 1992, 701 = *JT* 1992, 601, noot M. GREGOIRE; Bergen 5 april 1995, *P&B* 1996, 100 = *RKD* 1995, 464 = *Act. dr.* 1996, 110; en voor een huurwaarborg door Vred. Meise 23 december 2004, *RW* 2004-05, 1233 (zij het met de verkeerde idee dat het voorwerp van het pandrecht een geldsom is die bij een derde in bewaring is gegeven).

¹⁰⁹ Zie nog Vred. Deinze 22 november 2000, *TGR* 2001, 86 (compensatie tussen de door de verhuurder aangehouden waarborgrekening en de schuldvordering van de verhuurder op de huurder); Vred. Visé 2 december 1996, *T.Vred.* 1998, 18; Kh. Hasselt 30 april 1998, *TBH* 1998, 680 noot W. DERUYCKE; Vred. Gembloux 15 september 1998, *T.Vred.* 2000, 50, noot M. GREGOIRE.

¹¹⁰ Zie i.v.m. aanwasbedingen mijn bijdrage "Noch terugwerking: noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Tegelijk een bijdrage over de

3^e Derde techniek: voorwaardelijke schuldvordering doen ontstaan

76. Ten slotte kan men ook gebruik maken van de externe werking van de interne verhouding, namelijk door aan de verbintenis van de bank een andere inhoud te geven dan een zuivere en eenvoudige geldschuld. Men komt met de bank overeen onder welke voorwaarden ze zich jegens de ene en/of de andere partij verbindt (bij 2 partijen; het kunnen er ook meer dan 2 zijn). De rekening wordt op naam van de twee (of meer) partijen geopend. Vandaar spreekt men vaak van een gemeenschappelijke rekening, wat evenwel in een heel aantal gevallen een onjuiste benaming is:

- In vele gevallen gaat het namelijk niet om één gemeenschappelijke schuldvordering, maar om twee aparte schuldvorderingen jegens de bank, beide onder elkaar uitsluitende opschortende voorwaarden. De bank verbindt zich jegens partij A onder voorwaarde A en jegens partij B onder voorwaarde niet-A. Die voorwaarden zijn in een driepartijenovereenkomst vastgelegd; dit wordt verder nader besproken.

- Soms gaat het om het scheppen van een conventioneel ondeelbare of onsplitbare schuldvordering (Frans: *créance indivisible*, Engels: *joint claim*, Duits: *gemeinschaftliche Schuld*) d.i. een schuldvordering die slechts door beide partijen gezamenlijk kan worden uitgeoefend. Het gaat hier niet om een gewone mede-eigendom (onverdeeldheid), aangezien een schuldvordering in gewone onverdeeldheid van rechtswege verdeeld wordt de mede-eigenaars.

- Het zou ook kunnen gaan om een hoofdelijke schuldvordering (actieve solidariteit) (*créance solidaire, joint and several claim, Gesamtforderung*), waarbij de bank naar keuze (alternatief) aan de ene dan wel de andere kan betalen (meerhoofdige rekening waarbij elk van de titularissen alleen kan beschikken). Ook dit kan als een bijzondere vorm van mede-eigendom worden beschouwd.

77. Al heeft men in een aantal gevallen het leerstuk van de externe werking van interne modaliteiten dus niet nodig (nl. bij inpandgeving van een rekeningregeed), dat belet niet dat door middel van die externe werking – dus door middel van een overeenkomst met de rekeningvoerende instelling – andere constructies mogelijk zijn, die niet in het schema van een inpandgeving moeten passen, en ook niet tot een bewaargeving of lastgeving te reduceren zijn. Wensen de partijen de rechten op een geldsom op een andere wijze te regelen dan een opsplicing in eigendom en pandrecht op die som, dan kunnen ze dat dus doen door die geldsom te vervangen door een rekeningregeed, waarbij met de schuldenaar van die schuldvordering – de rekeningvoerende

financiële instelling – wordt overeengekomen onder welke voorwaarden de ene en/of de andere partij een schuldvordering heeft op die instelling.¹¹¹ In zo'n geval moet ook door uitleg van de overeenkomst worden bepaald wie recht heeft op de interest die het regoed opbrengt.

78. Soms zijn die voorwaarden en de rechtsgevolgen bij wet bepaald, met name in geval van wettelijk kantonnement (dat ook kan geschieden buiten de hier besproken gevallen om, mis aan de vereisten van art. 1403 Ger.W. wordt voldaan; zie algemeen met name art. 1404 Ger.W.). Een nadere bespreking daarvan valt eveneens buiten het bestek van deze bijdrage.

79. Dat dat wettelijk kantonnement door de wetgever in artikel 1403 Ger.W. gekennmerkt wordt als een bewaargeving, heeft sommigen wel op een verkeerd spoor gezet. Het gaat rechs immers niet om een bewaargeving van (chartaal) geld, maar om een rekeningregeed, d.i. een schuldvordering die ontstaat op de Deposito- en Consignatiekas. Het gaat ook niet meer om een geldsom, maar om een schuldvordering op de financiële instelling. Bovendien gaat het niet om een schuldvordering in mede-eigendom, maar om een voorwaardelijke schuldvordering.

c. Toepassing door middel van driepartijenovereenkomsten, waaronder het minnelijk kantonnement

80. Als men die kwalificatie als bewaargeving laat voor wat ze is¹¹², dan valt gemakkelijk in te zien dat de wettelijke regeling van het kantonnement

¹¹¹ Zie bv. Bergen 3 juni 1992, onuitg., besproken door A. ZENNER en I. PEETERS, RW 2004-05, (481) 500, waartegen de voorziening in cassatie in feite verworpen werd door Cass. 27 januari 1994; Antwerpen 3 mei 1988, *TBBR* 1991, 141, noot D. LECHIEN. Deze laatste heeft kritiek omdat volgens hem enkel ofwel een overdacht van een geldsom tot waarborg ofwel een inpandgeving van een rekening mogelijk is en dit geval geen van beide betrof. De feiten speelden zich natuurlijk wel af voor de wijziging van art. 1690 en 2075 BW in 1994. Verder het *infra* nog nader besproken arrest Cass. 2 februari 2007, RW 2006-07, 1679, noot V. SAGAERT; "Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement". In vergelijkbare zin DIRIX en BROECKX, "Overzicht", *TPR* 1996, 391 e.v.; E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak. Beslag en collectieve schuldenregeling 1997-2001", *TPR* 2002, 1187 e.v., 1215 nr. 32; E. DIRIX, "Het minnelijk kantonnement", noot onder Cass. 9 november 1990, RW 1991-92, 535; Gent 26 april 1996, RW 1996-97, noot E. DIRIX, "Nochmaals over het 'minnelijk kantonnement'", Brussel 18 december 1991, JT 1992, 601, noot M. GREGOIRE; Rb. Brussel 4 februari 1998, *TBBR* 1998, 157; Antwerpen 26 maart 1991, RW 1991-92, 1066.

¹¹² Zoals Cass. 9 november 1990, *Arr.* 1990-91, nr. 135 = *Pas.* 1991, I, 256 = RW 1991-92, 535, noot E. DIRIX, "Het minnelijk kantonnement", stelde, dient een consignatie van een geldsom niet noodzakelijk als een bewaargeving te worden gekwalificeerd en kan het ook om een voorwaardelijke betaling gaan.

helemaal niet betel dat partijen ook zonder die regeling toe te passen kunnen overeenkomen om een geldsom te vervangen door een rekeningregreed¹¹³ of een andere geldvordering waaraan bepaalde modaliteiten worden gekoppeld. Zij het wel alleen met het akkoord van de rekeningvoerende instelling (bank) c.q. de schuldenaar van de geldvordering. Dan gaat het wel om een zuiver conventionele regeling, waarvan de modaliteiten volledig afhangen van wat met die bank is overeengekomen (c.q. met de tussenpersoon, wanneer de rekening bij de bank niet op naam van de partijen staat maar van een tussenpersoon: zie de bespreking verderop van de "kwaliteitsrekening").

Onder voorbehoud van het geval van daadwerkelijke fraude (tegens de schuldeisers), zijn die afspraken tussen partijen echter wel perfect tege- werpbaar aan derden, in het bijzonder aan de schuldeisers van beide partijen, precies omdat ze de inhoud zelf van het rekeningregreed bepalen, dus van de schuldvorderingen zoals ze gelden in de interne verhouding tussen de – mogelijke – schuldeisers en de bank. Het feit dat het om een zekerheidsme- chanisme gaat, doet daaraan geen afbreuk (dat betekent enkel dat de onder- liggende overeenkomst tussen de voorwaardelijke schuldeisers onderling, verbintenisrechtelijk als een zekerheidsovereenkomst moet worden gekwali- ficeerd met het oog op de bepaling van de verbintenisrechtelijke geldigheid en gevolgen). Wel kan de vraag rijzen of die overeenkomst, indien achteraf blijkt dat ze tijdens de "verdachte periode" werd gesloten, nog kan worden beschouwd als een vorm van "betaling (van een vervallen schuld) in geld of handelspapier", op straffe van aanvechtbaarheid onder artikel 17 Faill. W.¹¹⁴ Enkel op dat laatste punt biedt het wettelijk georganiseerd kantonnement meer zekerheid dan deze louter conventionele figuren.

81. Normaal zal de overeenkomst inhouden dat de schuldenaar van de geld- vordering (meestal een bank, bij kwaliteitsrekeningen de tussenpersoon, op wiens naam de rekening staat), in ruil voor het ontvangen een geldsom, zich ertoe verbindt een overeenstemmende creditering te verrichten van de rekening van de ene partij op het ogenblik waarop komt vast te staan dat deze daar recht op heeft, dan wel van de andere partij wanneer komt vast te staan dat die daar recht op heeft. In de tussentijd kunnen beide partijen alleen gezamenlijk over het tegood beschikken. Bij roerende zaken (inbegre-

¹¹³ De rechtsleer die onze stelling niet volgt, gaat van de verkeerde stelling uit dat het om een geldsom gaat, en mist daardoor de kenmerken van een schuldvordering, bv. F. GEORGES, "Cantonnements et consignations", JT 2004, (125) 132 e.v.

¹¹⁴ Maar als dusdanig kan het mechanisme zeker niet als ongeldig worden beschouwd. Er is geen enkele reden waarom de belangen van de andere schuldeisers van de *sohrens* beter zouden gehandeld zijn met het wettelijk kantonnement dan met een minnelijk kantonnement, zodat hun belangen in *abstracto* niet als tegenargument kunnen worden aangevoerd (zo ook E. DIRIX, RW 1991-92, 537).

pen chartaal geld) bestaat de mogelijkheid niet om het eigendomsrecht aldus te laten "zweven", omdat zij een bestaan hebben op zichzelf, maar schuld- vorderingen bestaan nu eenmaal slechts in de mate waarin zij gelden tussen een schuldeiser en een schuldenaar.¹¹⁵ Om die reden is het dus helemaal niet nodig om aan de uiteindelijke creditering door de bank ten gunste van één van de partijen een retroactief gevolg toe te dichten.¹¹⁶

De rechten van de begunstigde zijn niet afgeleid van die van de partij die de geldsom heeft gestort op de rekening; in hoofdte van de begunstigde gaat het om een oorspronkelijke verkrijging.¹¹⁷

82. De benaming die partijen aan deze rekening c.q. dit tegood geven is zonder belang – men spreekt van *consignatie*, *minnelijk kantonnement*, *escrow*¹¹⁸, enz. – tenzij dan om de overeenkomst tussen partijen uit te leggen volgens de gebruiken wanneer ze een lacune bevat.

Vergeleken met het wettelijk geregeld kantonnement zijn er beperkte na- delen:

¹¹⁵ Dit wordt nu precies niet gezien door de tegenstanders, die het altijd hebben over de vraag in wiens vermogen de geldsom zich dan wel bevindt, bv. F. GEORGES, JT 2004, 133, nr. 31. In latere publicaties is deze auteur evenwel in onze richting omgegaan.

¹¹⁶ De kritiek van tegenstanders van het minnelijk kantonnement (bv. F. GEORGES, JT 2004, 133) richt zich – niet onterecht – vooral tegen de retroactiviteit van de betaling waarop som- mige voorstanders zich beroepen. Het is echter helemaal niet nodig zich daarop te beroepen. ¹¹⁷ Vgl. Rb. Brussel 4 februari 1998, TBBR 1998, 157.

¹¹⁸ Bij een *escrow*-overeenkomst wordt het geld (of andere goederen, maar daarover gaat het hier niet) roevertrouwd aan een *escrow*-agent, een derde die vervolgens bij de vervulling van de bepaalde voorwaarden een overeenstemmende geldsom zal betalen aan de ene of de andere partij. Het kan natuurlijk zijn dat de *escrow*-agent volgens de overeenkomst het geld zelf niet mag bijhouden maar het op zijn beurt moet omzetten in een rekeningregreed (*escrow account* genaamd). Dan gaat het om een combinatie van *escrow* met een kwaliteitsrekening, zoals in de tekst nader wordt besproken.

Over *escrow*-overeenkomsten, zie verder R.I.V.F. BERTRAMS, *De escrow-overeenkomst als zekerheids- en/of beheersinstrument voor geldstromen serie Contracteren in de internation- nale praktijk*, Deventer, Kluwer, 2002; M. DELIERNEUX en J. HAMBENNE, "La place de l'escrow account dans le cadre des sûretés issues de la pratique" in X. "Le juriste dans l'entreprise/Jurist in bedrijf", Brussel, Bruylant, 1989, 153 e.v.; E. DIRIX en R. DE CORTE, (2006), nr. 18, p. 20; E. DIRIX en V. SAGAERT, "De kwaliteitsrekening hetzoecht", TPR 2004, p. (263) 277; G. DU BOIS, "Problèmes posés par l'escrow account" et par la com- pensation comme sûreté dans certains instruments financiers" in A.M. STRANART (ed.), *Le droit des sûretés*, Editions du Jeune Barreau Bruxelles, 1992, 417 e.v.; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, in *Rechts Instituut Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 209; J. VAN LANCCKER, "De Escrow Agreement in het kader van overnameovereenkomsten", V&F 1998, p. (317), nr. 1; P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés issues de la pratique. Développements récents" in A.M. STRANART (ed.), *Le droit des sûretés*, Editions du Jeune Barreau Bruxelles, 1992, p. (377); C. DEHOUCQ, "Kan *escrow* een alternatief voor documentair krediet bieden?", DAOR 2004, afl. 69, p. (10).

- dat partijen de modaliteiten in beginsel ook uitdrukkelijk zullen moeten overeenkomen en niet kunnen terugvallen op een wettelijke regeling; al wordt vaak aanvaard dat partijen stilzwijgend overeengekomen zijn om de interest op de schuldvordering te vervangen door de interest op het rekening-tegoed¹¹⁹;

- dat een dergelijk rechtsgevolg niet kan worden bereikt door één partij op eenzijdige wijze, zonder het akkoord van de tegenpartij (en de bank). Ook vrijwaart dit de rechtshabende natuurlijk niet tegen het onvermogen worden van die derde.¹²⁰

83. Opdat deze rekeningen dit bijzonder rechtsgevolg zouden hebben volstaat het dus niet dat er een daartoe strekkende overeenkomst bestaat tussen de verschillende mogelijke begunstigers van de rekening, maar moet dit ook ten aanzien van de rekeningvoerende instelling (bank) (c.q. bij kwaliteitsrekeningen de tusspersoon) bedongen zijn. Zo niet is deze rekening niets anders dan een gewone rekening, een schuldvordering van de rekeninghouder, en blijft de bank die een eenheid van rekeningen heeft bedongen, gerechtigd om het tegoed op deze rekening te compenseren met tekorten op andere rekeningen van dezelfde rekeninghouder (vgl. dezelfde problematiek verder bij de kwaliteitsrekeningen).¹²¹ Heeft de bank daarentegen ermee ingestemd dat er aldus voorwaardelijke rechten worden geschapen, dan kan zij jegens de begunstigde geen schuldvergelijking inroepen met schuldverordeningen die zij op de andere betrokken partij zou hebben.¹²²

Het loutere feit dat partijen een bedrag blokkeren op een rekening, betekent niet noodzakelijk dat er ook een overeenkomst is dat er voorwaardelijke rechten ontstaan ongeacht samenloop. Met name wanneer het minnelijk kantonnement gebeurt om een bewarend beslag op te heffen of te vermijden, komt de rechtspraak wel eens tot de conclusie dat de solvens niet de bedoeling had om een voorwaardelijk recht op berafing toe te kennen aan de andere partij (en dit dus ook niet bedongen heeft van de financiële instelling)¹²³,

¹¹⁹ Bv. *Rb. Gent* 27 september 2005, *RW* 2006-07, 410.

¹²⁰ Daartegen worden dan weer andere maatregelen genomen, meer bepaald doordat de derde verplicht wordt het geld te deponeren op een derden- of kwaliteitsrekening.

¹²¹ Voor een toepassing bij een rekening waarvan het tegoed door de rekeninghouder-huurling en zijn verhuurder bestemd was tot huurwaarborg, maar dat nooit met de bank was overeengekomen, zodat deze het recht behield te compenseren: *Rb. Gent* 27 maart 2001, *RW* 2003-04, 671.

¹²² Bv. *Brussel* 16 oktober 1996, *RW* 1998-99, 13; v. *SAGAERT*. "Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement", *RW* 2006-07, (1680) 1681, nr. 3.

¹²³ *Luitik* 6 februari 1991, *JLMB* 1996, 1038; *Kn. Brussel* 8 oktober 2007, *JLMB* 2008, 1286, noot F. GEORGES; E. DIRIX en V. SAGAERT, *TPR* 2004, 281, nr. 15; v. *SAGAERT*, *RW* 2006-07, (1680) 1681, nr. 5.

aangezien ook het wettelijk kantonnement tot opheffing van een bewarend beslag geen voorrang schept (vgl. hoger).

Of een dergelijk "minnelijk kantonnement" evenzeer de loop der interest stopt of niet, en aan wie de interest toekomt op het rekeningtegoed, zijn vragen van uitleg van de overeenkomst tussen de partij die kantonneert en haar wederpartij.¹²⁴

84. De zopas besproken figuur kan worden gecombineerd met de figuur van de kwaliteitsrekening, met name wanneer een rekeningtegoed wordt gecreëerd dat op naam staat van de advocaten of notarissen van beide partijen en daarbij wordt overeengekomen onder welke voorwaarden die som aan de ene dan wel de andere partij zal worden uitbetaald. Overigens kan een vergelijkbare (maar niet identieke) zekerheid ook worden geschapen door gelden te storten op de kwaliteitsrekening van één enkele, gemeenschappelijke tusspersoon. Deze rechtsfiguur wordt verder nader besproken.

85. De voorwaardelijke schuldvorderingen van de diverse mogelijke rechtshabenden bij een minnelijk kantonnement leiden ten dele een eigen leven. Zo kan de voorwaardelijke schuldvordering van elk van de partijen gecreëerd worden en kan deze in beginsel in beslag worden genomen. Indien een voorwaardelijk gerechtigde failliet gaat, komt die voorwaardelijke schuldvordering in beginsel in de boedel terecht.

Hetzelfde geldt indien de voorwaardelijk gerechtigde een bewindvoerder is, wiens bevoegdheden in geval van faillissement overgaan op een faillissementscurator. Een interessante casus in dit verband vinden we in de zaak die leidde tot het cassatiearrest van 2 februari 2007¹²⁵: de pandhouder op handelszaak en de commissaris inzake opschorting inzake gerechtelijk akkoord waren overeengekomen de verkoopprijs van de handelszaak (verkocht tijdens de opschortingsfase van het gerechtelijk akkoord) te storten op een kwaliteitsrekening op naam van de advocaten "met de gevolgen van een kantonnement", nu er betwisting was of door de commissaris gedane uitgaven, die boedelschulden waren van het gerechtelijk akkoord, voor gingen op de rechten van de pandhouder of niet. Het bedrijf ging failliet en de rechter besliste dat het deel van de tegoeden op de kwaliteitsrekening dat overeenstem-

¹²⁴ *Gent* 30 mei 1995, *P&B* 1996, 105 = *RW* 1996-97, 678. Volgens *Brussel* 16 december 1997, *TBBR* 1999, 472, noot G. VAN MELLAERT, "Minnelijk kantonnement en procesrechtsmisbruik", werkt het minnelijk kantonnement niet bevestigend en laat het dus de interest doorlopen.

¹²⁵ *Cass.* 2 februari 2007, *AR* nr. C.05.0367.N, *KBC bank v. K. Creyf* 4-4, *faill. Daesfer D'Hoore*, *RW* 2006-07, 1679, noot V. SAGAERT. "Het Hof van Cassatie geeft groen licht voor het minnelijk kantonnement".

de met de boedelschulden die voorrang hadden op het pand handelszaak, aan de curator moest worden uitbetaald. Het cassatiearrest zelf is vooral van belang omdat het uitdrukkelijk stelt dat samenloop geen afbreuk doet aan het mechanisme van een minnelijk kantonnement.

3. *Schuldvergelijking in meerpartijenvethoudingen (multilaterale netting)*

86. Voor zover dit intern is overeengekomen, kan op grond van genoemd beginsel ook schuldvergelijking in meerpartijenvethoudingen bedongen worden op een wijze die tegenwerpbaar is in geval van samenloop.¹²⁶

Dergelijke multilaterale netting vinden we met name regelmatig bij partijen die alle aangesloten zijn bij een of andere beurs of andere verrekeningsinstelling; treedt die instelling op als centrale tegenpartij, dan is er strikt genomen geen multilaterale schuldvergelijking maar een meervoud aan bilaterale schuldvergelijkingen tussen elk van de deelnemers en die centrale tegenpartij.

Zoals hoger vermeld, zijn er voor de geldigheid van dergelijke overeenkomsten m.b.t. de rekeningregoden en effecten op naam geen specifieke wettelijke bepalingen nodig; anders is het wat andere effecten betreft, hier niet verder besproken.

De bepalingen van de WvZ die ook de multilaterale netting erkennen, zijn slechts van belang in die gevallen waar het gemeen recht niet reeds tot het gewenste resultaat leidt (vgl. hoger voor bilaterale netting).

4. *Op naam van een middellijk vertegenwoordiger ontstane schuldvorderingen; kwaliteitsrekeningen als bijzondere toepassing*

87. Een bijzondere figuur vinden we ook wanneer een schuldvordering ontstaat in hoofde van een tussenpersoon die openlijk voor anderomans rekening optreedt, als middellijk vertegenwoordiger: nl. de kwaliteitsrekening.

¹²⁶ Zie Antwerpen 27 oktober 1997, RW 1998-99, 675 (overeenkomst tussen meerdere verbonden vennootschappen en een bank; waardoor deze tussen de rekeningen van de onderscheiden vennootschappen mag verrekenen): K. TROCH, "Bankdeposito's en bankrekeningen in beweging" in B. TILLEMANN en B. DULAINING (red.), Brugge, die Keure, 2004, (203) 223-239.

a. De door een middellijk vertegenwoordiger verkregen schuldvordering

88. Uit artikel 103 Faill. W. en de verdere uitwerking daaraan door rechtsleer en rechtspraak gegeven¹²⁷, blijkt namelijk dat er bij dergelijke schuldvorderingen een trustachtige opsplitsing plaatsvindt van het eigendomrecht op de schuldvorderingen. In geval van insolventie van de tussenpersoon, en mogelijks ook in geval van rechterlijke tussenkomst bij wanprestatie van die persoon, kan die schuldvordering door zijn opdrachtgever zelf worden uitgeoefend, maar overigens heeft de tussenpersoon er exclusief het beheer over.¹²⁸ Dit heeft te maken met het onderscheid tussen de verbintenismatige en zakenrechtelijke gevolgen van de openlijke middellijke vertegenwoordiging: verbintenismatig is de tussenpersoon wederpartij, zakenrechtelijk komt het tegoeed in beginsel toe aan zijn opdrachtgever; 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).

De opvordering door de principaal in geval van faillissement van de tussenpersoon, geldt slechts voor zover de tussenpersoon openlijk voor anderomans rekening is opgetreden (vgl. hoger de bespreking van de leer van de zakenrechtelijke simulatie bij verborgen middellijke vertegenwoordiging).

b. De (bijzondere) kwaliteitsrekening

1° Begrip

89. Een belangrijke toepassing van de zopas genoemde trustachtige opsplitsing van schuldvorderingen op naam van tussenpersonen vinden we bij

¹²⁷ O.m. E. DIRLIX en V. SAGAERT, *TPR* 2004, (263) 269, nr. 6.

¹²⁸ Vergelijkbare bepalingen zijn te vinden, zij het met schakeringen, in meerdere andere rechtsstelsels, bv. art. 401 Zwitsers OR (waar de opdrachtgever reeds eigenaar wordt van de door de tussenpersoon voor zijn rekening verworven schuldvordering zodra hij al zijn verplichtingen m.b.t. die opdracht heeft nagekomen; deze overgang wordt gezien als een vorm van wettelijke subrogatie); art. 7:420 NBW.

Zie ook art. 3:302 PECL, *Insolventie of wezenlijke tekortkoming van de tussenpersoon jegens de opdrachtgever*: "Wordt een tussenpersoon insolvent of begint hij een wezenlijke tekortkoming jegens de opdrachtgever, of staat het voor de dag waarop nakoming verschuldigd is vast dat de tussenpersoon wezenlijk zal tekortschieten, dan:

(a) moet de tussenpersoon de opdrachtgever op diens verzoek de naam en het adres van de derde mededelen; en

(b) kan de opdrachtgever jegens de derde de rechten uitoefenen die voor zijn rekening door de tussenpersoon zijn verkregen, onverminderd de verweermiddelen die de derde kan tegenwerpen aan de tussenpersoon."

schuldvorderingen die een tussenpersoon heeft op een financiële instelling wegens toevertrouwde gelden, indien hij de rekening bij die bank aanhoudt *qualitate qua*. Men noemt deze dan ook "kwaliteitsrekeningen".¹²⁹

Voorbeelden:

- derdenrekeningen van advocaten en gerechtsdeurwaarders;
- rubriekrekeningen van notarissen;
- derdenrekeningen van beheersvennootschappen voor auteursrechten¹³⁰;
- derdenrekeningen van vermogensbeheerders, vastgoedmakelaars, sekswesters, e.d.m.;
- fallissementsrekeningen van curatoren (zij het met een deels verschillende regime);
- en meer in het algemeen allerlei *escrow*-rekeningen van *escrow agents* (vgl. hoger).

90. De kwaliteitsrekening kan worden gecombineerd met de techniek van de voorwaardelijke schuldvorderingen, die hierboven reeds werd besproken (driepartijenverhoudingen). Heel vaak immers wordt de tussenpersoon juist ingeschakeld als bewindvoerder om zeker te stellen dat het geld slechts uitbetaald wordt indien aan de voorwaarden daartoe is voldaan en blijft het intussen als zekerheid geblokkeerd. Wordt de voorwaarde niet vervuld, dan gaat het naar de andere voorwaardelijke begunstigde (bv. de koopman op de derdenrekening van de notaris wordt aan verkoper uitbetaald na verlijden van de akte en keert naar de koper terug als de transactie niet doorgaat).

91. Bovendien zou de kwaliteitsrekening de gerechtigde ook moeten beschermen bij insolventie van de tussenpersoon zelf. De kwaliteitsrekening vernijdt meer bepaald dat het "geld" deel uitmaakt van het vermogen van de tussenpersoon, zoals het geval zou zijn zowel wanneer deze het chartaal zou bijhouden (ingevolge de regel van de *confusio nummorum*), als wanneer hij het giraal zou aanhouden op een gewone rekening op eigen naam. Dit is ook

de reden waarom personen die beroepshalve gelden van derden beheren vaak verplicht zijn dit te doen via een kwaliteitsrekening.

Volgens een cassatiearrest van de Franstalige eerste kamer van 27 januari 2011¹³¹ zou het tegoeed op een derdenrekening van een advocaat in diens eigen vermogen vallen, omdat hij dat tegoeed voor eigen rekening zou aanhouden. Dit arrest, dat bijna unaniem in de rechtsleer wordt afgekeurd, berust op een dwaling. Bovendien is het arrest totaal incoherent met een ander – zij het eveneens onzinnig – arrest van dezelfde Franstalige eerste kamer, nl. dat van 23 april 2010¹³² waarin de geldsom op de kwaliteitsrekening van de gerechtsdeurwaarder geacht wordt nog tot het vermogen van de beslagen schuldenaar te behoren ... *Comprenez qu'il pouira* ... Het valt te hopen dat beide arresten snel achterhaald zullen zijn door andersluidende rechtspraak en/of een tussenkomst van de wetgever.¹³³

92. NB: Het gaat hier niet om de effectenrekeningen van banken en beursmakelaars voor hun cliënten (zie het KB Giraal Effectenverkeer); die betreffen immers waardepapieren en geen schuldvorderingen op naam. De regeling daarvan is ten dele gelijkaardig, maar er zijn ook enkele verschillen precies omdat het voorwerp van de rekening geen schuldvordering (geldtegoed) is, maar een (aandeel in een) hoop effecten.

2° Voorwaarden voor deze kwalificatie

93. Een kwaliteitsrekening is per definitie een rekening (die een verbintenisrechtelijke verhouding is) die door de rekeninghouder openlijk *qualitate qua* wordt "gehouden" (beheerd), d.i. niet voor eigen rekening, maar voor reke-

¹²⁹ Cass. 27 januari 2011, nr. F.07.0109.F, RW/2010-11.1775, afkeurende noot V. SAGAERT, "Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip" = *TBH* 2011, 561, afkeurende noot R. HOUWEN, "De beslagbaarheid van de derdenrekening van de advocaat (zgn. Capra-rekening)" = *Z.Nor.* 2011, 310, noot C. ENGELS, "Caprarekening versus rubriekrekening" = *JT* 2011, 162, noot G. DE LEVAL en F. GEORGES, "Le statut du compte de tiers de l'avocat: Dura lex ...".

¹³⁰ Cass. 23 april 2010, nr. C.08.0604.F, http://lure.juridat.just.fgov.be/lnaap/download_blob?idpdf=E-20100423-2 = RW/2010-11.935, afkeurende noot R. JANSSEN ("De weg bijster in het grensgebied tussen beslag en fallissement"), verwerping voorzitting tegen Luik 26 juni 2008, *JLMB* 2008, 219.

¹³¹ Halftweg 2011 werden 2 wetsvoorstellen ingediend in het federale parlement, het ene dat een wettelijke regeling enkel wil invoeren voor enkele specifieke beroepsprofepon (*Strikken Kamer* nr. 1661/001 en 1789/001, het andere dat een algemene regeling wil invoeren (*Strikken Senaat* nr. 1243/1).

ning van één of meer andere personen¹³⁴ (of, voor zover het recht dit erkent, een afgezonderd vermogen dat niet aan een persoon zou toebehoren).¹³⁵ Openlijk *qualifizierte* rekening: met vermelding van de kwaliteit van opdrachtgever. De rekeninghouder is met de schuldenaar van de schuldvoering (rekeningvoerende instelling) overeengekomen dat hij de rekening houdt "voor rekening van derden".

Het is in beginsel voldoende dat de bewindvoerder openlijk aangeeft *qualifizierte qua* of voor andermans rekening te handelen, zonder dat hij daarbij de identiteit van de opdrachtgever/begunstigde moet opgeven (openlijke middellijke vertegenwoordiging volstaat). De rekening staat niet op naam van de rechtbehebende-begunstigde.

De kwaliteitsrekening vinden we niet alleen waar ze wettelijk verplicht is voor de beroepsbeoefenaar. Ze kan ook louter conventioneel zijn (bv. de *escrow*-rekeningen).

94. Wel is het niet zo dat een rekeninghouder zomaar voor zichzelf kan beslissen dat hij een bepaald tegoed vanaf nu voor een derde zal houden.¹³⁶ Een rekening wordt nog geen kwaliteitsrekening omdat een partij die geld op die rekening stort of overschrijft, een bepaalde bestemming voor die geldsom vermeldt.¹³⁷ In dat geval maakt de som – of beter: de schuldvoering op de bank tot beloop van die som – gewoon deel uit van het vermogen van de rekeninghouder¹³⁸; de bank kan dit tegoed ook compenseren met schulden

¹³⁴ Waarbij de rekeninghouder wel één van die personen kan zijn, de middellijke vertegenwoordiger die optreedt voor gemene rekening van hemzelf en zijn opdrachtgever(s); deze wijze van optreden kan wel voor bepaalde beroepen verboden zijn.

¹³⁵ Omzeggens alle afgescheiden vermogens die ons recht kent, zijn ofwel gevallen van mede-eigendom (maatschap, fctelijke vereniging, huwelijksgemeenschap, enz.) ofwel rechtspersonen (vennootschap met rechtspersoonlijkheid, vzw, stichting). M.i. kan men hoogstens in sommige gevallen van rechtspersoon in oprichting spreken van een dergelijk in zekere mate door het recht erkend, afgescheiden vermogen.

¹³⁶ Het louter "bestemmen" van de gelden is niet voldoende; zie bv. Brussel 9 juli 1957, RW 1957-58, 455.

¹³⁷ Brussel 16 april 1987, JT 1987, 575; Antwerpen 20 april 1993, *Rechtspraak* 455; Brussel 23 december 1998, *TBH* 1999, 681, noot; Brussel 9 juli 1957, RW 1957-58, 456; Bergen 26 juni 1984, *Pas* 1984, II, 140 = *RPS* 1984, 292. De gewone "studierekening" van de notaris is zo'n rekening, waarop weliswaar binnen bepaalde grenzen ook derden gelden kunnen toekomen, maar die geen kwaliteitsrekening is. Volgens de wet is de notaris maar verplicht gelden op een rubriekrekening te plaatsen indien ze niet binnen één maand aan de bestemming worden overgemaakt (art. 34 Notarisambwet) en het om een bedrag groter dan 2.500 EUR gaat.

¹³⁸ Zie bv. Cass. 9 mei 1947, *Arr.* 1947, 148 = *Pas* 1947, I, 192 (geldsom die men moest terugbetalen werd door de schuldenaar zogenaamd geblokkeerd op een rekening). Voor de basissetgel, vgl. Cass. fr. 20 april 1983, *Bull. civ.* 1983, I, nr. 127, *Defrenois* 1983, art. 33132, p. 1141 e.v.; rekeningregoeden op een gewone bankrekening vallen in het vermogen van de titularis, ongeacht de oorsprong van die gelden en de bestemming die zij voordien hadden

van die rekeninghouder, en bij faillissement van de rekeninghouder valt het tegoed in de boedel.

Het is dus maar anders als de rekeningvoerende bank ermee instemt dat het om een bijzondere rekening gaat.

3° Beëindiging van het bewindrecht

95. Hoewel hij eigenaar is, kan de gerechtigde de schuldvoering niet beheren en het bewindrecht slechts beëindigen voor zover de inwendige rechtsverhouding met de rekeninghouder (de lastgevingsovereenkomst) dat mogelijk maakt. Dit bewindrecht van de rekeninghouder is bestand tegen een faillissement van de gerechtigde.

In de meeste gevallen zal, in afwijking van de gewone regel bij lastgeving, de vertegenwoordiging, en dus ook het bewindrecht, niet eenzijdig *ad nutum* door de "gerechtigde" kunnen worden beëindigd, omdat ofwel de vertegenwoordiger ofwel een derde er recht op heeft dat de begunstigde niet zelf over het tegoed kan beschikken (zgn. "mandaat van gemeenschappelijk belang"). Veelal is de gerechtigde niet onvoorwaardelijk gerechtigd en zijn er meerdere belanghebbenden in de zin van personen die een subjectief recht hebben op het behoud van het bewind over het tegoed. De vertegenwoordiging kan slechts worden opgezegd onder de voorwaarden die door die onderliggende verhouding zijn bepaald, dan wel bij instemming of ernstige tekortkoming van de partij die er recht op heeft dat de vertegenwoordiger niet zelf over het tegoed beschikt. Dit alles stemt overeen met de leer over het zgn. mandaat van gemeenschappelijk belang.

Indien alle (ook voorwaardelijk) gerechtigden akkoord zijn, kan de rekeninghouder vervangen worden door een nieuwe. Indien er voor elke belanghebbende een tussenpersoon optreedt (typisch voorbeeld is de rekening op naam van meerdere advocaten), dan is de vervanging van één ervan een louter partijwastie. De advocaat die opgevolgd wordt, heeft de verplichting mee te werken aan de overdracht van de rekening aan zijn opvolger.¹³⁹

(*in casu* tegoeden afkomstig van gelden die een verzekeringsmakelaar voor rekening van de verzekeraar had geïnd, maar op een eigen rekening had geplaatst). Dit belet niet dat de personen die eraan meegeewerkt hebben om de derden gelden van hun doel af te wenden daarvoor aansprakelijk kunnen zijn jegens de bestemming (vgl. bv. Antwerpen 15 december 2003, RW 2005-06, 1470).

¹³⁹ Dit leidt men af uit art. I, II van het OVB-reglement inzake opvolging.

96. Het bewindsrecht van de rekeninghouder zelf moet m.i. worden beschouwd als een goed dat niet vatbaar is voor uitwinning, en dus ook niet voor beslag. Het valt ook niet in de boedel bij faillissement van de rekeninghouder. De rechthebbers kunnen de schuldvordering revindiceren, zij het dat ingeval er meerdere rechthebbers (of potentiële rechthebbers) zijn, er voor de vereffening een andere bewindvoerder zal moeten worden aangesteld.

4° Gevolgen van de kwalificatie als tegoed van een kwaliteitsrekening in verhouding met de schuldeisers van de rekeninghouder

97. Is het rekeningtegoed volgens de interne verhouding tussen rekeninghouder en bank zoals die openlijk blijkt, een "eigen" tegoed van de rekeninghouder (*prostro*-tegoed), dan kunnen de schuldeisers van de rekeninghouder zich daarop verhalen (en de bank bv. mee verrekenen) tot op het ogenblik waarop het tegoed op tegenwerpbare wijze aan een ander toekomt (door kennisgeving van cessie, door naasting door de opdrachtgever, enz.).

98. Is het een tegoed dat *qualitative qua* wordt aangehouden, dan is dat niet het geval.¹⁴⁰ Is aan de vereisen voor een kwaliteitsrekening voldaan, dan maakt het tegoed geen deel uit van het vermogen van de rekeninghouder.¹⁴¹ De begunstigde is – al dan niet voorwaardelijk – (mede-)eigenaar van het rekeningtegoed.¹⁴² De schuldeisers van de bewindvoerders persoonlijk kunnen het tegoed niet uitwinnen. Vermits de schuldvordering niet in het vermogen valt van de rekeninghouder (omdat hij geen eigenaar is), kan ze door zijn schuldeisers ook niet in beslag worden genomen.

Dit belet niet dat de bank in geval van derdenbeslag tegen de titularis van de rekening in zijn verklaring van derde-beslagene ook van deze rekening

¹⁴⁰ Vgl. ook Cass. fr. 7 maart 2000, *JCP* 2000, éd. E. 726; Cass. fr. 10 februari 1998, *RTD Comm.* 1998, 397.

¹⁴¹ Vgl. (derdenrekening advocaat) Beslagr. Luik, 10 september 2001, *JLMB* 2001, 1498; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, 651; L. LANOYE, "Beslag onder derden op een (bank)rekening", *Libert amicorum Marcel Briere*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 287.

Zo ook in Nederland HR 12 januari 2001, *RvdW* 2001, 29; *a contrario* HR 3 februari 1984, *Sis-Stroom*, NJ 1984, nr. 752. Zie verder A. STENEKER, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, Deventer, Kluwer, 2005.

Dit geldt *a fortiori* wanneer de gefailieerde niet eens rekeninghouder is, maar de rekening enkel zijn naam vermeldt omdat zij een gemeenschappelijke rekening is van meerdere van zijn schuldeisers, die het geld op één rekening lieten storten om het achteraf onder elkaar te verdelen – het geval dat aanleiding gaf tot het arrest Antwerpen 13 februari 1996, *RW* 1996-97, 610.
¹⁴² Vgl. Z. VAN HEE, *Verslagen Comité Studie en wetgeving 1961*, I, 38; Luik 6 november 1967, *JL* 1967, 81; Corr. Luik 30 juni 1964, *Rép. nor.* 1965, 351, noot P.W.

melding moet maken: de bank kan immers niet nagaan aan wie de gelden wel toebehoren¹⁴³ en het is niet uit te sluiten dat op de kwaliteitsrekening ook gelden van de rekeninghouder zelf staan. De bank waaronder beslag wordt gelegd tegen de rekeninghouder moet niet alleen melding maken van de kwaliteitsrekening, doch ook van het kwaliteitskarakter daarvan¹⁴⁴, om te verduidelijken dat het tegoed in beginsel niet tot het vermogen van de besla- gen rekeninghouder behoort.

Wel dient men erover te waken dat de bank geen beding van eenheid van rekening (tussen de kwaliteitsrekening en de andere rekeningen van dezelfde rekeninghouder) kan invoeren, omdat dan het recht van de rechthebbers door vermenging teniet zou gaan, althans de bank schuldvergelijking zou kunnen toepassen met schuldvorderingen op de rekeninghouder.

5° Gevolgen van de kwalificatie als tegoed van een kwaliteitsrekening in verhouding met de schuldeisers van de solvens

99. Zoals hoger besproken, kan het zijn dat het tegoed onder een bepaalde voorwaarde toekomt aan één gerechtigde en onder de tegengestelde voorwaarde aan een andere gerechtigde.

De schuldeisers van de bewindvoerders persoonlijk kunnen het tegoed niet uitwinnen; de schuldeisers van de begunstigde van het tegoed wel. Daartoe moeten zij in beginsel beslag leggen onder de bewindvoerder van het tegoed (niet rechtstreeks onder de rekeningvoerende bank). Een bijzondere situatie is er wel bij de kwaliteitsrekening van een faillissementscurator: het tegoed maakt deel uit van de "boedel" van schuldeisers in de boedel. Wanneer een schuldeiser van de boedel zijn boedelvordering wil verhalen, kan hij dat daarentegen onder meer op het tegoed van die kwaliteitsrekening doen. Aangezien hij zijn schuldvordering moet richten tegen de curator *q. q.* en tegen die curator een uitvoerbare titel moet/zal hebben, kan hij in uitvoering van die titel wel rechtstreeks beslag leggen onder de bank ten laste van de curator *q. q.*¹⁴⁵

¹⁴³ Vgl. Beslagr. Brussel 20 januari 2000, *TBH* 2001, 856, noot J.P. BUYLE en M. DELIER-NEUX.

¹⁴⁴ Zie hierover nader E. DIRIX, "Kwaliteitsrekeningen", *TPR* 1996, (71) 84, nr. 14 en "Les comptes rubriqués et qualitatifs" in *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overrekeningen*, p. (175) 188, nr. 14.

¹⁴⁵ Voor een voorbeeld: Kh. Antwerpen 18 december 2006, *TBH* 2007, (605) 609-610; *in casu* werd het derdenbeslag dus gelegd onder de Deposito- en Consignatiekas – art. 52 Fall. W., dat de procedure voor deconsignatie bepaalt, geldt enkel voor uitkering aan schuldeisers in de boedel en niet voor tenuitvoerlegging door schuldeisers van de boedel.

100. Wanneer het gaat om een conflict tussen de bestemming van de geldsom en de schuldeisers van de solvens, heeft het weinig belang of het rekeninggoed, dat het gevolg is van de betaling aan de tussenpersoon, een kwaliteitsrekening vormt of niet. Al zou de tussenpersoon eigenaar zijn van het rekeninggoed, toch blijft de vraag wie van partijen onder welke voorwaarden een schuldvordering heeft op de tussenpersoon, waarop de schuldeisers van die partij zich dan desgevallend kunnen verhalen. Het rekeninggoed zal onder het beslag liggen voor zover de tussenpersoon op dat tijdstip inderdaad schuldenaar was; d.w.z. voor zover de beslagene op dat tijdstip effectief reeds of nog een schuldvordering had op de tussenpersoon.

Wanneer een tussenpersoon (bv. een notaris) een geldsom ontvangt met de opdracht vanwege de solvens om die aan één van zijn schuldeisers uit te betalen, dan heeft de solvens geen schuldvordering tot betaling of teruggave van die geldsom en kunnen zijn schuldeisers daarop dan ook geen derdenbeslag leggen onder die tussenpersoon.¹⁴⁶

6° Verhaal door de schuldeisers van de gerechtigde

101. Wanneer de schuld tot betaling waarvan de som strekt een voorwaardelijke schuld is, dan heeft de bestemming slechts een voorwaardelijk recht. Wanneer bv. een verkoop onder opschortende voorwaarde wordt gesloten en de koper een voorschot betaalt op de kwaliteitsrekening van de notaris, en de opschortende voorwaarde wordt niet vervuld en de overeenkomst wegens die niet-vervulling ontbonden, dan wordt de verkoper geacht nooit enig recht te hebben verkregen op dat voorschot en valt het bij faillissement van de verkoper ook niet in diens boedel.¹⁴⁷

102. Voor zover anderzijds de bestemming effectief gerechtigd is, is het aandeel van die rechthebbende in de schuldvordering op de bank in beginsel wel vatbaar voor derdenbeslag, maar anders dan bij een beslag op schuldvordingen die ook op naam staan van de rechthebbende, zal het beslag hier moeten worden gelegd onder de bewindvoerder; de bank kent immers de naam van de rechthebbende niet, of in ieder geval niet diens precieze rechten (vgl. in Nederland: art. 25, lid 5 Notarisambwet 1999). Normaal legt

¹⁴⁶ Bv. Luik 13 september 2007, JT 2008, 33 = JLM/B 2008, 1236, noot A. BERTHE, "Saisie-arrest et mandat de payement".

¹⁴⁷ Dit geval vinden we in Gent (7e k.) 4 januari 2010, 2008/AR/2071, fall. *Charly Brood*, <http://www.mdsseminars.be/nl/bibliothec/fallissementsrecht/technispaak/FAI-AR-125.pdf>, onderhandse verkoop ontbonden wegens niet-vervulling van de opschortende voorwaarde van bodemtest. Het arrest beschouwt de notaris wel als juridische eigenaar en de solvens als economische eigenaar, wat m.i. niet erg behulpzaam is, maar de conclusie is wel correct.

men derdenbeslag weliswaar bij de schuldenaar van de in beslag genomen schuldvordingen, d.i. de bank, omdat normaal de schuldenaar de "houder" is van de schuldvordering (in overdrachtelijke zin). Bij een kwaliteitsrekening is er evenwel sprake van een tweetrapshouderschap. De bank houdt de schuldvordering voor de rekeninghouder, die deze op zijn beurt niet voor zichzelf houdt, maar voor de rechthebbende. Aldus is het de rekeninghouder die de verklaring moet doen en desnoods eenvoudig schuldenaar kan worden verklaard. Het beroepsgeheim kan m.i. niet ingeroepen worden om geen verklaring af te leggen of het onder zich hebben van gelden van de beslagene te verzwygen. Wel kan het beroepsgeheim zich ergeen verzetten dat alle details van de schuld worden meegedeeld en kopie word meegedeeld van bewijsstukken (zoals normalerwijze – d.i. buiten beroepsgeheim om – wel vereist kan zijn, zie art. 1452 en 1453 Ger.W.).¹⁴⁸

Een dergelijk meetrapsstelsel vinden we in een bijzondere wettelijk geregeld kwaliteitsrekening, nl. de effectenrekening van de beursmakelaar (zie art. 9 KB nr. 62 Ciraal Effectenverkeer, 10 november 1967). Een vergelijkbare regeling vinden we in artikel 77 Wet Beleggingsondernemingen van 6 april 1995 voor cliëntenrekeningen van beleggingsvennootschappen.

c. De generale kwaliteitsrekening of omnibus-rekening

103. Het is ook mogelijk dat de rekeninghouder één enkele rekening voert voor meerdere rechthebbenden uit verschillende verrichtingen of rechtsverhoudingen. Men noemt dit ook een algemene of generale derdenrekening of een omnibus-rekening (Engels: *omnibus account*), i.t.t. de speciale derdenrekening, die slechts te goeden van één gerechtigde betreft.

¹⁴⁸ De nadere bespreking van het beroepsgeheim valt buiten het besik van deze bijdrage. Zie daarvoor mijn bijdrage "Démontologie professionnelle et conduite loyale du procès – Professionnal ethics and procedural fairness", Belgisch rapport voor het IXe Wereldcongres voor Procesrecht, Coimbra/Lissabon augustus 1991, in *Rôle et organisation des magistrats et avocats dans les sociétés contemporaines. XIème Congrès mondial de droit judiciaire (Rapports belges)*, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 3 e.v. Zie voor de hele discussie i.h.b. betreffende de notaris: J.F. TAYMANS, "Le secret professionnel du notaire face aux oppositions extrajudiciaires, aux saisies-arrests et aux cessions de créance" in D. STERCKX en J.L. LEDOUX (red.), *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125e anniversaire de la revue du notariat belge*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 465 e.v.

- notarissen houden in beginsel afzonderlijke rubriekrekeningen voor elke verrichting¹⁴⁹, maar daarnaast vaak toch ook een algemene derdenrekening¹⁵⁰;

- bij beleggingsvennootschappen zijn beide mogelijk (art. 77 Wet Beleggingsondernemingen 6 april 1995);

- advocaten daarentegen hebben behalve voor erg belangrijke bedragen meestal maar één derdenrekening, waarop de verschillende derdengelden vermengd zijn.¹⁵¹

104. In zo'n geval ontstaat er een mede-eigendom tussen de verschillende rechthebbers, elk in verhouding tot de crediteringen die de rekeninghouder voor rekening van elk van hen heeft verkrege (min de debiteringen die voor rekening van elk van hen geschieden) (en bij voorwaardelijke rechthebbers nadat eerst is uitgemaakt aan wie onder hen het tegoed toekomt, zie de hierboven beschreven driepartijenovereenkomsten).

105. Is er een tekort op de rekening, dan wordt dit door alle rechthebbers evenredig gedragen; deze regel vinden we wettelijk voor effectenrekeningen (waarover verder meer), bij de sommenrekeningen van beheerders van beleggingsfondsen, en dergelijke meer, maar is ook de enige zinvolle regel voor geldtegoeden op kwaliteitsrekeningen (vgl. in Nederland art. 25, III en IV Notarisambwet 1999).¹⁵²

Een interessante vraag in deze gevallen is of de evenredige verdeling van het tekort onverminderd geldt wanneer ook de rekeninghouder zelf één van de gerechtigden is (vermenging van *notro*-tegoeden met derdentegoeden). Dit is onvoldoende reden om te beslissen dat de tegoeden dan geheel in het vermogen vallen van de rekeninghouder¹⁵³; integendeel wordt aanvaard dat de rekeninghouder – en dus ook zijn schuldeisers – achtergesteld wordt op

¹⁴⁹ Zie art. 34 Notarisambwet en art. 2 e.v. KB 10 januari 2002 betreffende het beheer van de door een notaris ontvangeren sommen, effecten en geldswaardige papieren aan toonder en betreffende het toezicht op de boekhouding van de notarissen, voortaan KB 14 december 1935 betreffende de organisatie en de controle van de boekhouding van notarissen.

¹⁵⁰ In Nederland de regel, zie art. 25, I Notarisambwet 1999.

¹⁵¹ Zie art. 1 Reglement van de Nationale Orde van Advocaten van 19 januari 1989 en Reglement Derdengelden van de Orde van Vlaamse Balies van 11 december 2002; art. 3.8.1. Europese Code van Deontologie. In Frankrijk art. 27 décret nr. 72-671, 13 juli 1972. Voor de erkenning van het rechtgevolg, zie Cass. fr. 19 februari 1985, *Bull. civ.* 1985, II, nr. 68 = *D. 1985, I.R.* 319. Tegen de kwalificatie als kwaliteitsrekening: J.P. BUYLE, "Les jardins secrets du compte bancaire professionnel de l'avocat" in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 953 e.v.

¹⁵² Zie ook DIRIX en SAGAERT, *TPR* 2004, (263) 268, nr. 5.

¹⁵³ Dat werd nochtans ten onrechte beslist in Brussel 26 maart 2002, *NJV* 2003, 346 = *TBBR* 2003, 312 en 317 e.v., afkeurende naar V. SAGAERT, "De derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening".

de derden voor wiens rekening hij tegoeden aanhoudt.¹⁵⁴ De rekeninghouder wordt geacht bij afhaling of overboeking van tegoeden eerst zijn eigen tegoed te hebben afgehaald. Hij is immers krachtens de rechtsverhouding met de gerechtigden "gebonden" om het tegoed eerst voor de anderen te houden. In zo'n geval wordt een tekort eerst aan hem aangerekend en pas nadien evenredig verdeeld over de gerechtigden.¹⁵⁵

106. Een gemeenschappelijke derdenrekening houdt nog niet in dat het mandaat van de rekeninghouder een mandaat van gemeenschappelijk belang is; integendeel zal voor elk aandeel van die mede-eigendom afzonderlijk gelden in wiens belang het moet worden beheerd (en of dat één enkele gerechtigde betreft, dan wel een mandaat van gemeenschappelijk belang).

d. Slotbemerking

Gelet op de verwarde staat van onder meer de rechtspraak kan aan partijen alleen maar de raad gegeven worden om de hier besproken mechanismen zorgvuldig te verwoorden. Bij een kwaliteitsrekening moet duidelijk bepaald worden dat de tussenpersoon het rekeningtegoed niet voor eigen rekening aanhoudt; om de rechten van de begunstigde van een minnelijk kantonnement of een kwaliteitsrekening te beveiligen spreekt men best van voorwaardelijke schuldvorderingen van elk der partijen jegens de bank en zeker niet over het lot van de "geldsom" ... Dit alles in de hoop dat de wetgever met heldere en eenvoudige oplossingen zal komen, zoals de wettelijke schuldvergelijking na samenloop principieel als regel invoeren en de kwaliteitsrekening kort en in het algemeen regelen. Meer is niet nodig en dat zou al heel veel zijn.

¹⁵⁴ Zie ook V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, nr. 457; DIRIX en SAGAERT, *TPR* 2004, (263) 268, nr. 5.

¹⁵⁵ De regel vinden we in art. 25, IV Nederlandse Notarisambwet 1999. Vgl. ook art. 25 W.Venn., art. 8, III wet 22 juli 1991 betreffende deposito- en thesauriebewijzen, art. 471, IV W.Venn en art. 10, IV KB Giraal Effectenverkeer.

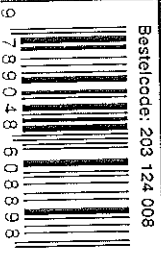
De redenering vinden we meer algemeen in het *common law* terug wat gelden van een *trust* betreft. Daar wordt dergelijk vermoeden echter via de figuur van een *constructive trust* van rechtswege gemaakt en kan het aan derden worden toegeworpen. Zie F.P. VAN KOPPEN, "Bestaan er echte trustverhoudingen in Nederland, Duitsland en Luxemburg?", *WPvNR*, nr. 5906-5907, p. 130, mijn bijdrage in *RW* 1996-97, "Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst", randnr. 21.



Prof. C. Mathieusson

Het Pond - Van een oude naar een moderne zekerheid

Frank Heilemans
Vincent Sjaeger
Rat Van Ransbeek (eds.)
Sven Bogaerts
Frits Brandsma
Ammick De Wilde
Frank Heilemans
Vincent Sjaeger
Mathias E. Storme
Arie Van Hoo
Melissa Vanneeman



Bestelcode: 203 124 008

9 789048 608898

5 Leersiel

