

Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden

Matthias E. Storme¹

INHOUD

1. Inleiding en probleemstelling: « netting » - tegenwerpelijke van schuldvergelijking bij samenloop.....	1
2. Gemeenrechtelijke vereisten voor schuldvergelijking.....	2
3. Nadere uitwerking van de gemeenrechtelijke regel van art. 1298 BW bij samenloop, cessie en verpanding e.d....	5
4. De gemeenrechtelijke uitzondering voor verknochte schuldvorderingen buiten elke nettingovereenkomst om	7
a. Bij samenloop.	7
b. Bij eerdere overgang, bezwaring of onbeschikbaarheid van de passieve schuldvordering	10
5. Nettingovereenkomsten onder de WFZ.....	12
a. Tegenwerpelijke bij samenloop.....	12
b. Tegenwerpelijke bij overdracht.....	22
6. Nettingovereenkomsten en gemeen recht : hebben we de WFZ wel nodig voor de netting bij schuldvorderingen op naam?	22
a. De externe werking van aan de schuldvordering interne bepalingen in het algemeen.....	23
b. Toepassing op overeenkomsten tot schuldvergelijking; de externe werking daarvan	25
c. Vereisten door het gemeen recht gesteld aan conventionele schuldvergelijking	27
d. Nader over de zgn. eenheid van rekeningen bij meerdere rekeningen (verruimde rekening-courantovereenkomst)	28
7. Wat is de meerwaarde van art. 14 WFZ?.....	29

(1) In de financiële wereld wordt schuldvergelijking reeds geruime tijd beschouwd als een geschikte techniek om diverse risico's te beperken waaraan financiële instellingen zijn blootgesteld in verhouding tot tegenpartijen bij financiële verrichtingen. Wanneer het een financiële instelling wordt toegestaan om haar vordering op een gefailleerde tegenpartij te verrekenen met wat zij zelf verschuldigd is aan die tegenpartij wordt het risico van niet-betaling ten belope van het verrekende bedrag verminderd. Om schuldvergelijking ook mogelijk te maken in gevallen waar niet steeds aan alle voorwaarden voor de wettelijke schuldvergelijking zal voldaan zijn, worden verrekeningsovereenkomsten afgesloten, die vaak beogen om een hele reeks van betalingen en verplichtingen tussen twee (bilateraal) of meerdere (multilateraal) partijen te verrekenen zodat slecht één nettobedrag verschuldigd blijft. Om die reden spreekt men van “nettingovereenkomsten”.

1. Inleiding en probleemstelling: « netting » - tegenwerpelijke van schuldvergelijking bij samenloop.

(2) De regeling van de WFZ inzake schuldvergelijking en netting beoogde meerdere problemen aan te pakken; het belangrijkste daarbij is wel de tegenwerpelijke van schuldvergelijking bij samenloop.

¹ Gewoon hoogleraar KU Leuven, buitengewoon hoogleraar UA, advocaat te Brussel

Laat me eerst even herinneren aan de regels inzake wettelijke schuldvergelijking, die maken dat bij samenloop schuldvergelijking slechts beperkt kan worden ingeroepen.

(3) Elke schuldvergelijking impliceert in zekere zin dat men een actieve of eigen schuldvordering betaald krijgt door een passieve of tegenvordering die de tegenpartij heeft daarvoor (exclusief) aan te wenden en zichzelf daarmee te betalen. Als de schuldeiser zichzelf "betaalt" door inhouding van wat hij aan zijn schuldenaar verschuldigd is, wint hij de schuldvordering die de wederpartij op hem heeft uit, en verschaft hij zichzelf daarop voorrang. Dit verklaart ook waarom in het internationaal privaatrecht de tegenwerpelijke van verrekening aan de boedel voornamelijk bepaald wordt door het recht dat van toepassing is op de passieve schuldvordering (van de insolvente schuldenaar), die dus gezien wordt als "onderpand" tot zekerheid van de actieve schuldvordering; hierop wordt verder nader ingegaan.

Aangezien de schuldvergelijking ook een uitwinning inhoudt van de schuldvordering, een wijze om zichzelf met die passieve schuldvordering te betalen, is ook vereist dat die passieve schuldvordering zich in het vermogen bevindt waarop verhaal kan worden genomen, d.i. in beginsel in het vermogen van de schuldenaar van de actieve vordering.

De schuldenaar tegen wie men zijn actieve schuldvordering wil verrekenen moet (nog) bevoegd zijn de passieve schuldvordering te innen en meer bepaald bevoegd die in eigen naam te innen.

(4) Dit vereiste brengt precies met zich mee dat men in beginsel niet meer kan verrekenen:

1° wanneer de passieve schuldvordering is overgegaan op een derde of bezwaard is met een zakelijk werkend recht van een derde, althans wanneer dat gebeurd is op een wijze die aan de eerste partij tegenwerpelijk is (zie de bespreking verder); dit volgt uit de bepaling van art. 1298 BW volgens dewelke de schuldvergelijking niet plaats heeft ten nadele van de verkregen rechten van een derde,

2° nadat die wederpartij failliet is verklaard, in vereffening is, in collectieve schuldvordering, of zijn vermogen anderszins het voorwerp is van een samenloop, of wanneer er op de passieve schuldvordering beslag is gelegd. Ook dit volgt uit art. 1298 BW, in combinatie met de bepalingen die bepalen dat er een samenloop ontstaat en de schuldeisers daarmee collectief een recht verkrijgen op de in beslag genomen goederen (zo bv. art. 16 FaillW).

De schuldvergelijking moet dus in beginsel intreden vooraleer die partij zijn inningsbevoegdheid verliest. Dat die partij reeds in staking van betaling was en de schuldvergelijking achteraf gezien in de verdachte periode plaatsvond, is daarentegen geen beletsel (zie verder).

2. Gemeenrechtelijke vereisten voor schuldvergelijking

(5) Aan welke vereisten moet volgens het gemeen recht reeds voldaan zijn bij het intreden van de samenloop ? Hoofdzakelijk de volgende (enkele hier minder relevante regels worden niet besproken).

1° Vergelijkbaarheid of vervangbaarheid

(6) Beide schuld(vordering)en moeten vervangbare goederen van dezelfde aard betreffen (is dat niet zo, moeten ze eerst vastgesteld worden in een voorwerp van gelijke aard, bv. door een niet-geldelijke verbintenis te liquideren tot een geldsom). Het moet evenwel niet noodzakelijk om geldschulden gaan, ook schuldvorderingen met als voorwerp vervangbare effecten kunnen verrekend worden.

Gaat het om geldschulden in verschillende munten uitgedrukt, dan belet dit in beginsel de schuldvergelijking niet. Dat wordt bevestigd in art. 15 WFZ (ongeacht de valuta).

2° Opeisbaarheid en liquiditeit van de actieve vordering

(7) Om de actieve of eigen schuldvordering betaald te krijgen door middel van de passieve schuldvordering, moet deze actieve of verzekerde schuldvordering in beginsel aan drie verbintenisrechtelijke vereisten voldoen i. al opeisbaar zijn, ii. nog opeisbaar zijn, en iii. “vaststaand” (effen, liquide) zijn.

3° Beschikkingsbevoegdheid over de actieve vordering

(8) Verder moet de verrekenende partij ook bevoegd zijn om afstand te doen van de actieve vordering, en dus bevoegd zijn erover te beschikken.

4° Betaalbaarheid of opeisbaarheid van de passieve schuldvordering

(9) Vereist is dat de eigen schuld reeds (d.i. de passieve schuldvordering) betaalbaar is, d.w.z. er geen termijnbepaling is ten gunste van de schuldeiser van die (schuld)vordering - waardoor deze erop kan staan dat ze pas na het verstrijken van die termijn betaald wordt, en niet eerder.

Men stelt meestal dat de passieve schuldvordering ook reeds opeisbaar moest zijn. Maar de schuldeiser van de actieve vordering kan afstand te doen van de termijn in zijn voordeel² en dan ook met zijn nog niet opeisbare schuld verrekenen. Evenwel zal de schuldvergelijking dan door die afstand intreden, die dus voor de samenloop moet plaatsvinden – men kan niet retroactief afstand doen en de schuldvergelijking retroactief toepassen³.

² In dezelfde zin ook E. DIRIX & S. KORTMANN, KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", *TPR* 1989, (1657) 1659. Bv. Hof Bergen 28 april 2009, *JLMB* 2010,1382.

³ Zie voor voorbeelden van verwerping om die reden, zij het zonder de hier gemaakte analyse, Hof Antwerpen 19 februari 2001, *RW* 2001-2002, 1438; Hof Bergen 13 november 2006, *JLMB* 2007, 969.

5° Beslagbaarheid van de passieve vordering

6° Wederpartij moet bevoegd zijn de passieve schuldvordering te innen

(10) De schuldvergelijking mag geen nadeel toebrengen aan de verworven rechten van derden op de passieve schuldvordering (art. 1298 BW), wat in ons recht ook de situatie omvat waarin er een samenloop met andere schuldeisers van de wederpartij (schuldenaar van de actieve vordering en schuldeiser van de passieve vordering) is ontstaan. Immers, in dat geval hebben die schuldeisers hun recht “gerealiseerd” en een collectief recht verworven met als keerzijde de beschikkingsonbevoegdheid van hun schuldenaar. Aan dat verworven recht van de samenlopende schuldeisers kan de schuldvergelijking in beginsel geen afbreuk doen. (fixatiebeginsel)⁴.

De reden is dus niet dat schuldvergelijking een middel van tenuitvoerlegging zou zijn (dat is ondergeschikt aan het feit dat een wijze van betaling is), maar wel dat andere schuldeisers al eerder rechten hebben verkregen op de passieve schuldvordering (althans geacht worden te hebben verkregen), of nog correcter dat de titularis van de passieve schuldvordering zijn inningsbevoegdheid verloren is (die overgegaan is op de samenlopende schuldeisers)⁵.

Hieronder (3.) werken we deze regel wat meer uit met de toepassing op de verschillende situaties waarin die speelt.

7° Wederpartij moet bevoegd zijn de passieve schuldvordering te innen voor eigen rekening

(11) Vereist is ook dat de schuldeiser van de passieve schuldvordering deze in eigen naam kan innen, en niet slechts in andermans naam of *qualitate qua*.

Dit laatste vinden we met name bij een schuldvordering bestaande uit - *c.q.* een rekeningtegoed op - een kwaliteitsrekening. Men kan zichzelf immers in beginsel niet betalen met en dus bevrijden van een passieve schuldvordering die weliswaar op naam staan van de wederpartij, maar die hij openlijk (kenbaar) voor andermans rekening of voor gemene rekening aanhoudt (het laatste vinden we bij bv. schuldvorderingen op naam van de beherende vennoot van een stille maatschap). Bij rekeningtegoeden houdt dit openlijk karakter in dat de rekening *qualitate qua* wordt aangehouden.

De rekeningvoerende instelling kan een eigen schuldvordering op de rekeninghouder dus enkel verrekenen met tegoeden op diens “eigen” rekeningen (*nostro*-tegoeden) en niet op diens kwaliteitsrekeningen.

⁴ Hoewel art. 1298 BW de samenloop niet algemeen noemt, gaat de rechtsleer ervan uit dat de uitzondering geldt voor alle vormen van samenloop. Zie o.m. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia Antwerpen 2000, p. 875 nr. 675; DIRIX & DE CORTE, *Zekerheden*, 5^e uitg. 2006, nr. 555 p. 382-383; A. VAN OEVELEN, *RW* 2004-2005, 1668 nr. 57; T. HÜRNER, "L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs", *JT* 2006, (633) 634 nr. 4.

⁵ Zo ook R. HOUBEN, "Schuldvergelijking bij cessie en posterieure samenloop", *TBH* 2008, (679) 680 nr. 1 en p. 682 nr. 5.

3. Nadere uitwerking van de gemeenrechtelijke regel van art. 1298 BW bij samenloop, cessie en verpanding e.d.

(12) Zoals gezegd kan de schuldvergelijking in beginsel geen afbreuk doen aan verworven rechten van derden op de passieve schuldvordering, wat meebrengt dat schuldvergelijking in beginsel niet meer kan intreden na samenloop van de schuldeisers van de wederpartij of na overgang of verpanding van de passieve schuldvordering.

Op die regel gelden twee belangrijke uitzonderingen, die hieronder apart worden besproken:

- de op de wederkerigheid of samenhang van schuldvorderingen gegronde schuldvergelijking na samenloop of rechtsovergang (zie onder 4.)
- de schuldvergelijking tussen schuldvorderingen die voor de samenloop zijn ontstaan krachtens een overeenkomst die eveneens voor de samenloop is afgesloten (zie onder 5. en 6.).

(13) De regel zelf kan nu als volgt worden gepreciseerd.

1° Waren de vereisten voor schuldvergelijking reeds vervuld *voor* de samenloop – zelfs in de verdachte periode - dan blijft de schuldvergelijking verworven⁶, tenzij er afstand van wordt gedaan⁷.

2° Ook de partij die een pandrecht heeft op een schuldvordering van zijn insolvente schuldenaar, kan zijn schuldvordering in schuldvergelijking brengen met die in pand gegeven passieve schuldvordering. Die passieve schuldvordering bevindt zich immers buiten de samenloop, althans tot beloop van de ermee verzekerde schuldvorderingen. Die schuldvorderingen kunnen er dan ook mee verrekend worden. Deze zekerheidstechniek blijft met name nuttig jegens schuldenaren die geen handelaar zijn, gezien de onzekerheid betreffende de gevolgen van nettingovereenkomsten ingevolge het nog te bespreken arrest nr. 167/2008 van het Grondwettelijk Hof d.d. 27 november 2008⁸.

3° Schuldvergelijking na samenloop is wel mogelijk wanneer de actieve schuldvordering een boedelvordering is (dus een boedelschuld aan de zijde van de insolvente wederpartij). Het Hof van cassatie bevestigde in een arrest van 25 september 2006⁹ dat de schuldeiser van een boedelschuld deze kan verrekenen met een schuld aan de boedel (ontstaan voor de samenloop), aangezien de boedelschulden in beginsel buiten de samenloop vallen (geen

⁶ Bv. Cass. 26 november 1992, *Arr.* 1992-93, 1306 = *Pas.* 1992 I 1306 = *RW* 1992-93, 1373; Hof Brussel 6 oktober 1998, *AJT* 1998-99, 953 = *JLMB* 2000, 1326 (vereffening rechtspersoon); Cass. 12 januari 1996, *Arr.* 1996, 44 = *Pas.* 1996 I 46 = *RW* 1996-97, 269; Hof Antwerpen 10 maart 1997, *RW* 1997-98, 1024.

⁷ De rechtspraak stelt wel eens – m.i. te licht – dat de indiening van de vordering in faillissement een afstand van het voordeel van de schuldvergelijking inhoudt; zie bv. kh. Kortrijk 21 mei 2001, *RW* 2002-2003, 311.

⁸ Verder vermeld.

⁹ Cass. 25 september 2006, rolnr. C.05.0487F, *H.J. t. Cavenaille en Bodeus q.q. curatoren faill. ENGEBAT*, *RW* 2006-2007, 1561 n. R. HOUBEN "Schuldvergelijking: opeisbaarheid, samenloop en volstorting" = *JT* 2007, 546 = *JLMB* 2007, 948 = *TRV* 2008, 391 n. D. VAN GERVEN. Eerder reeds o.m. E. DIRIX, "Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten», in *Faillissement en gerechtelijk akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, nr. 16.

schulden in de boedel zijn). Dit geldt ongeacht of het een boedelschuld is die na de samenloop is ontstaan, dan wel een voordien ontstane schuld uit een eerdere saneringsprocedure, die het statuut van boedelschuld heeft op grond van art. 37 WCO (en voor de vroegere procedures van gerechtelijk akkoord art. 44 II WGA).

Het is slechts anders indien er daadwerkelijk een samenloop zou ontstaan tussen de verschillende schuldeisers van schulden van de boedel (omdat er onvoldoende actief is om de boedelschulden te betalen, zgn. negatieve boedel)^{10,11}.

4° De schuldvergelijking is in beginsel ook niet meer mogelijk wanneer de passieve schuldvordering intussen:

- is overgegaan op een nieuwe schuldeiser (zoals een cessionaris of gesubrogeerde, maar bv. ook de opdrachtgever van een middellijk vertegenwoordiger die de vordering genaast heeft), althans niet meer vanaf het ogenblik waarop die overgang aan de wederpartij kan worden tegengeworpen (zie art. 1295 BW)¹²;
- of bezwaard is met een zakelijk werkend recht van een derde - met name in pand is gegeven, met dezelfde nuancerings als voor cessie;
- of onbeschikbaar is geworden krachtens een delegatie-overeenkomst.

In geval van cessie of inpandgeving moet aan de vereisten voor schuldvergelijking zijn voldaan ten laatste op het ogenblik van de kennisgeving aan de *debitor cessus*¹³ (en niet reeds op het tijdstip van de overdracht tussen cedent en cessionaris *c.q.* inpandgeving tussen pandgever en pandhouder); deze precisering van de hoofdregel van art. 1298 BW vinden we zoals gezegd in de meer specifieke regel van art. 1295 BW, die een logisch gevolg is van art. 1690 lid 3 BW. Het is vanaf de kennisgeving van de cessie of inpandgeving van de passieve schuldvordering dat de cessionaris *c.q.* pandhouder een aan de *debitor cessus* die schuldvergelijking wil inroepen tegenwerpelijik recht heeft verkregen.

Een uitzondering op de niet-verrekenbaarheid geldt wanneer de cessie een bedrieglijke rechtshandeling is, en met name beoogt om de cessus te benadelen door de schuldvergelijking onmogelijk te maken¹⁴.

5° De opening van de procedure van gerechtelijke organisatie onder de WCO en de daarmee gepaard gaande "opschorting" (van de middelen van tenuitvoerlegging) doet in beginsel géén

¹⁰ *In casu* betrof het een vereffening van een vennootschap, die later gevolgd werd door een faillissement. Het bestreden arrest weigerde te erkennen dat er voor de faillietverklaring schuldvergelijking was ingetreden, omdat er een risico was dat er een samenloop tussen boedelschulden zou ontstaan, maar het had een dergelijke samenloop niet daadwerkelijk vastgesteld en werd daarom verbroken.

¹¹ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking", in V. Sagaert en D. Lambrecht (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake Verbintenissenrecht*, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel 2009, p. (223) 234 nr. 17.

¹² Zie Cass. 26 juni 2003, verderop besproken.

¹³ bv. Hof Antwerpen 23 december 2002, *TBH* 2004, 276; R. HOUBEN, *TBH* 2008, (679) 680 nr. 1.

¹⁴ Vgl. in het Europees gemeenschapsrecht het arrest-*Deka / EEG*, HvJ 1 maart 1983, C-250/78, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0250:NL:HTML>.

samenloop van schuldeisers ontstaan en heeft dus in beginsel ook geen invloed op de mogelijkheid van verrekening¹⁵.

Tussen schuldvorderingen ontstaan voor de opschorting blijft de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking dus mogelijk, zelfs zo ze niet samenhangend zijn, en dit zodra aan de gewone vereisten ervoor is voldaan. Wel kan bij niet samenhangende schuldvorderingen de schuldvergelijking uitgesloten worden door een collectief akkoord overeenkomstig art. 49 III WCO (opnieuw gelden fiscale en gelijkgestelde schulden hier als samenhangend krachtens art. 334 Programmawet 2004¹⁶).

6° Wanneer de passieve schuldvordering eerst is ontstaan na de samenloop, geldt het verbod daarentegen *a fortiori*.

Ook bij een opschorting onder de WCO is schuldvergelijking in beginsel niet mogelijk met een passieve schuldvordering van de schuldenaar in reorganisatie, die eerst *na* de opschorting is ontstaan (art. 34 WCO). Voor dat geval bepaalt art. 34 WCO dat schuldvergelijking tussen een actieve schuldvordering in de opschorting en een schuld aan de boedel (d.i. een passieve schuldvordering ontstaan tijdens de opschorting) slechts mogelijk is indien beiden verknocht zijn. Die vereiste van samenhang is dezelfde als voor de schuldvergelijking na samenloop en wordt verder nader besproken.

Voor actieve schuldvorderingen die tijdens de opschorting zijn ontstaan is schuldvergelijking mogelijk volgens de gewone regels (die schuldvorderingen vallen immers niet onder de opschorting en alle middelen van tenuitvoerlegging blijven mogelijk, *a fortiori* dus de schuldvergelijking¹⁷ - zowel met passieve schuldvorderingen die voor de opschorting zijn ontstaan als met passieve schuldvorderingen die tijdens de opschorting zijn ontstaan).

7° In geval van gerechtelijke reorganisatie door "overdracht onder gerechtelijk gezag" (art. 59 v. WCO) ontstaat er een samenloop van de schuldeisers op de activa die in de verkoop zijn betrokken (zie art. 65 WCO). Voor zover bij die verkoop ook schuldvorderingen van de schuldenaar mee zouden worden verkocht, zal de schuldvergelijking wel beperkt worden zoals bij andere gevallen van samenloop.

4. De gemeenrechtelijke uitzondering voor verknochte schuldvorderingen buiten elke nettingovereenkomst om

a. Bij samenloop.

¹⁵ Onder meer E. DIRIX & R. JANSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten", in *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen getest gewikt en gewogen*, nr. 36; S. BRIJS, "De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen", *TRV* 2009, (667) 691 nr. 64 en p. 696 nr. 84.

¹⁶ Onder meer E. DIRIX & R. JANSEN, in *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen getest gewikt en gewogen*, nr. 37; S. BRIJS, *TRV* 2009, (667) 696 nr. 84.

¹⁷ Onder meer E. DIRIX & R. JANSEN, in *De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen getest gewikt en gewogen*, nr. 38. Vgl. de rechtspraak die ook onder de WGA de schuldvergelijking niet getroffen achtte door dit verbod: Hof Luik 25 juni 1998, *TBH* 1999, 187; Hof Luik 15 september 1988, *Bank Fin.* 1998, 526.

(14) De rechtspraak aanvaardt sinds lang dat, *naar analogie met het retentierecht*¹⁸, de schuldeiser die een vordering heeft die *nauw verband* houdt met de vordering van de gefailleerde op hem, de betaling van zijn schuld kan inhouden en zelfs verrekenen met zijn schuld aan de gefailleerde, ondanks het feit dat de schuldvergelijking nog niet was ingetreden op het tijdstip van de samenloop. Dit is de verrekening van *verknochte of samenhangende vorderingen*¹⁹, soms ook “oneigenlijke schuldvergelijking”²⁰ genoemd. Voor deze connexiteit is er geen overeenkomst nodig die bepaalt dat beide schuldvorderingen één geheel vormen of hun zelfstandigheid verliezen. Het is deze regel die we hier bespreken.

Dit geldt niet enkel bij faillissement, maar bij alle vormen van samenloop (bv. vereffening van een vennootschap)²¹, de vroegere procedure van gerechtelijk akkoord²², collectieve schuldenregeling²³, enz. Daarom spreken we niet van schuldvergelijking na faillissement,

¹⁸ Zo reeds R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Parijs, 1914, 327; FREDERICQ, n. onder Hof Gent 10 juli 1947, *RCJB* 1948, (53) 63. Dat het om een toepassing van het retentierecht gaat wordt ook door andere auteurs benadrukt (zij het daarom niet zonder kritiek), bv. E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, 1657 v.

Deze kritiek wordt m.i. echter grotendeels ondervangen door een meer zinvolle interpretatie van de klassieke vereisten voor de gewone schuldvergelijking, die maakt dat in meer gevallen kan worden gesteld dat deze reeds voor de samenloop is ingetreden (zie voor onze interpretatie van de klassieke vereisten de bespreking hierboven). Bovendien is de analogie met het retentierecht m.i. naast de kwestie wanneer er voor de samenloop reeds een overeenkomst tot schuldvergelijking was gesloten (zie verder), net zoals de vraag van samenhang voor een retentierecht bij roerende zaken naast de kwestie is wanneer de zaak conventioneel in pand is gegeven.

¹⁹ Cass. 7 november 1935, *Pas.* I 44 met concl. P.g. P. Leclercq; Hof Gent 10 juli 1947, *RCJB* 1948, 53 noot FREDERICQ; Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962 I 440; Hof Bergen 2 november 1976, *Pas.* 1977 I 132; Cass. 25 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1125 nr. 547 = *Pas.* 1989 I 1015 = *RW* 1989-90, 331 = *TBH* 1989, 771 noot = *RCJB* 1992, 354 met kritische noot M. VAN QUICKENBORNE, “Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite”; kh. Ieper 14 december 1992, *TBH* 1994, 364 noot Ph. COLLE (eenzelfde oorzaak); Vred. Torhout 23 maart 1993, *T.Vred.* 1999, 24; Hof Brussel 3 november 1994, *JT* 1995, 215; Hof Gent 9 november 1994, *TRV* 1995, 323 noot R. TAS (wederkerige overeenkomst): Hof Cass. 12 januari 1996, *Arr.* 1996, 44 = *Pas.* I 46 = *RW* 1996-97, 269; Hof Brussel 14 november 1996, *JT* 1997, 182; Rb. Brugge 27 juni 1997, *T.Vred.* 1999, 28 (eenzelfde oorzaak); Hof Antwerpen 17 januari 2000, *RW* 2001-2002, 278; Hof Gent 27 februari 2002, *TGR* 2002, 68 (meerdere overeenkomsten die een eenheid vormen); en de verder in de volgende noten geciteerde rechtspraak.

Voor verdere bespreking, zie M.L. STENGERS, “La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposées par le débiteur d'une créance cédée”, *RCJB* 1974, 356 v.; J.M. NELISSEN GRADE, “Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen”, *Liber amicorum Jan Ronse*, Story 1986, 287 v.; A. VAN OEVELEN, *RW* 2004-2005, 1668 nr. 57; Ch-A. LEUNEN, “Compensatie en *concursum creditorum*. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het Belgisch recht”, *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, *TPR* 2004, 439 v.

²⁰ M.L. STENGERS, *RCJB* 1974, 356 v.

²¹ Hof Antwerpen 17 april 2001, *RW* 2002-2003, 301 (*in casu* werd de verknochtheid niet aanvaard).

²² Zie bv. Cass. 2 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 2 = *Pas.* 1983 I 3 = *JT* 1982, 739; Cass. 7 april 2006, nr. C.05.0029.F, *Durobor*, *JLMB* 2006, 896 = *JT* 2006, 645 = *Pas.* 2006, 813 = *NjW* 2006, 944 n. P. COUSSEMENT = *TBH* 2006, 810 n. E. VAN DEN HAUTE.

Voorheen anders Kh. Veurne 17 november 1999, *RW* 2000-2001, 133 = *TBH* 2000, 718 n. J. BUYLE & M. DELIERNEUX.

²³ Rb. Gent 21 mei 2001, *RW* 2002-2003, 1590; vgl. ook Beslagr. Brussel 13 mei 2005, *RW* 2005-2006, 1066 n. M. de THEIJE 'Fiscale schuldvergelijking'.

maar van schuldvergelijking na samenloop. Die mogelijkheid bestaat *a fortiori* bij gerechtelijke organisatie, waar er zelfs geen samenloop ontstaat.

(15) Vereist is wel dat beide schuldvorderingen “samenhangend” of verknocht zijn; voor de uitwerking hiervan verwijs ik naar eerdere bijdragen van mijn hand²⁴.

(16) Vereist is ook dat ze beiden ontstaan zijn voor de samenloop (behalve bij boedelschulden); dit werd recent bevestigd in twee principiële cassatie-arresten van 24 juni 2010²⁵. Aldus kan geen schuldvergelijking plaatsvinden tussen een schuld van de gefailleerde (schuld in de boedel) en een schuldvordering van de boedel (boedelvordering), dus een passieve schuldvordering die eerst is ontstaan na de samenloop. Dit geldt bv. bij een onverschuldigde betaling door de bewindvoerder; maar ook bij een schuldvordering die de curator voor rekening van het geheel van de schuldeisers kan uitoefenen²⁶. Zo kan een schuldeiser ook niet verrekenen met zijn schuld aan de boedel die voortvloeit uit de aanvechting van een betaling die hij in de verdachte periode of paulianeus ontvangen heeft. Meer betwisting is er over de schuldvordering tot schadevergoeding wegens niet-nakoming van de overeenkomst door een beslissing van de curator op grond van art. 46 FaillW²⁷.

Omdat hetzelfde vereiste ook geldt voor nettingovereenkomsten (conventionele schuldvergelijking) en voor de tegenwerpelijkheid daarvan een cruciale rol speelt, bespreken we dat vereiste daar nader.

(17) Vereist is daarentegen niet:

- dat de actieve vordering vaststaand is;
- dat de actieve vordering nog niet verjaard is;
- dat de passieve vordering voor beslag vatbaar is, althans wanneer beide schuldvorderingen strikt wederkerig zijn (elkaars tegenprestatie).

Voor een *exceptio non adimpleti contractus* c.q. retentierecht op schuldvorderingen is immers ook niet vereist dat de actieve vordering reeds vaststaand en opeisbaar is (wel dat er geen voorleveringsplicht is); wel zal de schuldvergelijking pas definitief intreden op het tijdstip waarop de actieve vordering vaststaand en opeisbaar wordt. Dat intreden kan trouwens het gevolg zijn van bepalingen uit de overeenkomst tot schuldvergelijking - zoals voortijdige

²⁴ M.E. STORME, “Schuldvergelijking en insolventie”, *Themis* 2010.

²⁵ Cass. 24 juni 2010, nr. C.09.0365.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20100624-2 en cass. 24 juni 2010, nr. F.09.0085.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20100624-7, *Fisc. Act.* 2010 nr. 38, 8, n. M. DELANOTE “Fiscale schuldvergelijking na samenloop ? Ja, maar” = *Jaarverslag cassatie* 2010, 28., beiden in een fiscale zaak maar principieel verwoord.

²⁶ Zie bv. Cass. 2 september 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, nr. 2 = *Pas.* 1983 I 3 = *JT* 1982, 739 (achterstallige verzekeringspremies voor de periode voor de samenloop en teveel betaalde verzekeringspremies voor de periode na de samenloop); E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1666-1667.

²⁷ Schuldvergelijking is niet mogelijk volgens Hof Gent (7e Kamer) 25 januari 2010, 2009/AR/1006, *Elementaire rechtspraak ondernemingsrecht* nr. 37.

salderingsbedingen ("close-out-bedingen") die een "default netting"²⁸ mogelijk maken, of door het verval van tijdsbepaling in geval van faillietverklaring.

Opmerking

(18) Het Belgische recht is m.i. hierbij nog steeds niet in overeenstemming gebracht met art. 2, 1 n *iuncto* 7 van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten (nr. 2002/42). Binnen het - weliswaar beperkte - toepassingsgebied van die Richtlijn (in wezen schuldvergelijking betreffende giraal geld of financiële instrumenten in verhoudingen tussen financiële instellingen of tussen een financiële instelling en een andere rechtspersoon) moet namelijk volgens die bepalingen ook aan de wettelijke schuldvergelijking effect gegeven worden bij samenloop²⁹.

b. Bij eerdere overgang, bezwaring of onbeschikbaarheid van de passieve schuldvordering

(19) Krachtens het gemeen recht is de eigenlijke schuldvergelijking in beginsel ook niet meer mogelijk wanneer de passieve schuldvordering intussen is overgegaan op een nieuwe schuldeiser (cessionaris, gesubrogeerde, opdrachtgever van een middellijk vertegenwoordiger die de vordering genaast heeft, enz.) of in pand is gegeven of onbeschikbaar is gemaakt (*delegatio solvendi*). De regel geldt in beginsel ook wanneer die passieve schuldvordering bezwaard is met een rechtstreekse vordering van een schuldeiser van die schuldeiser.

Wel kan bij samenhangende schuldvorderingen de schuldenaar van de overgegang of in pand gegeven of onbeschikbaar geworden passieve vordering nog steeds de betaling opschorten krachtens de *exceptio non adimpleti contractus c.q.* retentierecht tot de andere vordering aan hem wordt voldaan (door de cedent of gesubrogeerde *c.q.* pandgever dan wel door een ander voor diens rekening)³⁰. Dat opschortingsrecht blijft ook bestaan jegens de gerechtigde van een onvolmaakte rechtstreekse vordering (met nuances naargelang de soort rechtstreekse vordering). Al deze rechten zijn immers inherent aan de passieve schuldvordering en dus anterior aan de overgang of bezwaring daarvan³¹.

(20) In geval van objectieve samenhang (verknochte vorderingen) zou men na overgang net zoals na samenloop ook zonder conventionele schuldvergelijking al evenzeer naast een retentierecht ook schuldvergelijking moeten aanvaarden³²; dat is de oplossing in het

²⁸ *Default netting* is een netting die maar intreedt bij verzuim of insolventie van de tegenpartij, en precies de bedoeling heeft het risico bij insolventie te ondervangen.

²⁹ I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *TBH* 2006, (170) 177 nr. 24 v.; R. HOUBEN, "Contractuele compensatie na samenloop - de nieuwe regeling nader beschouwd", *RW* 2005-2006, (1161) 1166 nr. 8.

³⁰ Voor het beginsel, zie bv. Hof Antwerpen 23 december 2002, *TBH* 2004, 276 (*in casu* werd geoordeeld dat er geen samenhang tussen de vorderingen was).

³¹ Vgl. R. HOUBEN, *TBH* 2008, (679) 681 nr. 3.

³² Zo bv. J. MAHAUX, "La compensation", in *Les sûretés issues de la pratique*, II, E. p. 15-17; E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1680; M.L. STENGERS, *RCJB* 1974, (357) 360; M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers* nr. 283; E. DIRIX, "De vormvrije cessie", in *Overdracht van schuldvordering na de wet van 6 juli 1994*, Kluwer 1995, p. 25, 31 en in *RW* 1994-95, 144 nr. 27; S. STIJNS, D.

Nederlandse recht (art. 6:130 NBW), het Franse recht³³ en de Beginselen van Europees Overeenkomstenrecht en het Ontwerp-GRK (art. 11:307 PECL en art. II-5:116 (3)(b) DCFR). Maar een vrij duister cassatie-arrest van 26 juni 2003 verwerpt die redenering (tegen het advies van de advocaat-generaal in)³⁴ (strikt genomen kan er inderdaad geen sprake meer zijn van schuldvergelijking in enge zin na cessie; maar de redenen daarvoor zijn dezelfde als bij schuldvergelijking na samenloop, waar men uit het retentierecht toch een vorm van schuldvergelijking afleidt). Het arrest lijkt sterk bepaald door de bijzondere omstandigheden van het geval, onder meer ook doordat het niet om een cessie van schuldvorderingen alleen ging, maar om de overdracht van een hele rechtsverhouding (een verzekeringsportefeuille van een makelaar). Er wordt dan ook vrij algemeen van uitgegaan dat de leer van dat arrest niet algemeen geldt³⁵.

Andere rechtspraak aanvaardt wel de schuldvergelijking van samenhangende vorderingen na de cessie of de inpandgeving van de passieve schuldvordering³⁶ of na de kennisgeving van een rechtstreekse vordering die daarop wordt uitgeoefend³⁷.

(21) Om de voordelen van de schuldvergelijking te verzekeren, kan de schuldeiser die die mogelijkheid wil veiligstellen, bedingen dat de wederpartij zijn schuldvorderingen op hem niet kan overdragen zonder zijn toestemming zolang hij nog schulden heeft jegens hem. Een dergelijk beding vinden we bv. in overeenkomsten tussen verzekeraars en verzekeringsmakelaars. De geldigheid van zo'n beding moet beoordeeld worden volgens de regels inzake niet-overdraagbaarheidsbedingen in het algemeen. M.i. werken zij jegens derden wanneer ze verbintenisrechtelijke geldig zijn en betrekking hebben op een schuldvordering op naam (vgl. de discussie meer algemeen verder onder 6.).

Wettelijke pandrechten of andere zekerheidsrechten op de passieve schuldvordering kan de schuldeiser evenwel niet uitsluiten (zo kan de opdrachtgever van een aannemer niet door zo'n beding verhinderen dat de onderaannemer een rechtstreekse vordering instelt, e.d.m.).

VAN GERVEN, P. WERY, *JT* 1999, 848. Anders P. van OMMESLAGHE, "Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances", *JT* 1995, 535 nr. 16.

³³ Cass. fr. 30 maart 1989, *Bull. Civ.* 1989 III nr. 77; Cass. fr. 8 februari 1994, *JCP* 1995 II 22455 noot AMMAR; Cass. fr. 12 juli 1995, *D.* 1997 *Jur.* 95 noot CLAVIER; Cass. fr. 14 januari 1997, *Bull. Civ.* 1997 IV nr. 16.; A. BENABENT, *Les obligations* (1999), nr. 728; G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, p. 32 v. i.h.b. nr. 41 v.; Cass. 7 mei 1987, *R.T.D.Civ.* 1988, 139 bespr. J. MESTRE ; Cass.fr. 15 juni 1993, *D.* 1993, jur. 495 noot LARROUMET; Cass.fr. 12 juli 1995, *D.* 1997, jur., 97 noot CLAVIER.

³⁴ Cass. 26 juni 2003, *RW* 2003-2004, 1419 kritische noot M. de THEIJE "Compensatie na cessie" = *Rev.not.b.* 2003, 620 = *TBH* 2004, 476 afkeurende noot I. PEETERS, "Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering: geen uitzondering voor verknochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van Belgische debiteuren beschaamd?"; ook bekritiseerd door Ch.-A. LEUNEN, *Liber amicorum TPR en Marcel Storme* (= *TPR* 2004 nr. 1), 439 v. en door E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak", *TPR* 2004, nr. 111. De *andersluidende* concl. waren van a.g. De Riemaeker.

³⁵ V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, p. (223) 236-238 met verwijzingen.

³⁶ Bv. Hof Antwerpen 23 december 2002, *TBH* 2004, 276.

³⁷ Zie voor het laatste Hof Luik 23 november 1998, *RRD* 2000, 43 met noot P. WERY; Hof Brussel 28 oktober 1996, *JLMB* 1997, 144; E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 144; zie ook G. BAERT, *Aanneming van werk* in *APR*, p. 602, nr. 1825.

Als men toch een beding maakt, is het overigens een stuk eenvoudiger om gewoon een conventionele schuldvergelijking ondanks overgang te bedingen, veeleer dan een overdrachtsverbod (en zekerder, behoudens de discussie over de gevolgen van arrest 167/2008 van het Grondwettelijk Hof, zie verder).

5. Nettingovereenkomsten onder de WFZ

a. Tegenwerpelijkheid bij samenloop

(22) “Nettingovereenkomsten” worden door art. 3, 4° WFZ gedefinieerd als overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking. Deze omschrijving dekt dus alle vormen van overeenkomsten tot conventionele schuldvergelijking (zie voor een nadere uitwerking van enkele types verder).

Art. 14 van de WFZ (in uitvoering en uitbreiding van art. 7 I b) Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten) stelde op algemene wijze de externe werking voorop van alle nettingovereenkomsten (overeenkomsten tot schuldvernieuwing of schuldvergelijking), ook bij beslag, het openen van een insolventieprocedure³⁸ of enige andere situatie van samenloop, alsook na rechtsovergang (zie daarvoor onder b.), op voorwaarde dat de overeenkomst is gesloten voor het ingaan van de samenloop (met een nog te bespreken nuance) en de schuldvordering en de schuld waarop de schuldvernieuwing of schuldvergelijking moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik van de samenloop³⁹ (voor dat laatste vereiste, vgl. ook hoger). Enkel het nettosaldo ten gunste van de gefailleerde of andere beslagen schuldenaar valt dus in de boedel *c.q.* komt toe aan de cessionaris. De opslorping van de schuldvorderingen maakt de erin opgenomen vorderingen dus onoverdraagbaar en onbeslagbaar.

We overlopen de vereisten opdat zo’n nettingovereenkomst dit effect zou hebben.

1° Vereisten uit het algemeen verbintenissenrecht

a) Algemeen

(23) Deze werking van de netting veronderstelt dat de overeenkomst die eraan ten grondslag ligt als overeenkomst geldig is en niet aanvechtbaar door de schuldeisers.

Voor die totstandkoming en geldigheid gelden de gewone regels inzake totstandkoming en geldigheid van overeenkomsten in het algemeen.

³⁸ De term “insolventieprocedure” is gedefinieerd in artikel 3, 5° WFZ en omvat ondermeer het faillissement, het gerechtelijk akkoord en de collectieve schuldenregeling. Daarnaast wordt verwezen naar andere Belgische of buitenlandse procedures die tot doel hebben hetzij de realisatie van de activa, hetzij de sanering van de onderneming met administratieve of rechterlijke tussenkomst.

³⁹ Voordien gebeurde dat op beperkte wijze door art. 157 Wet Krediteinstellingen (Bankwet) (beperkt toepassingsgebied, in wezen beperkt tot krediet- en beleggingsinstellingen en overheden).

Zo ook blijft de overeenkomst aanvechtbaar door middel van de *actio pauliana* (1167 BW) indien ze bedrieglijk zou zijn (en aan de andere vereisten voor die aanvechting is voldaan, waaronder de vereiste dat de aanvechtende schuldeiser een schuldvordering heeft die dateert van voor de aangevochten overeenkomst).

b) Bescherming tegen de regelen inzake verdachte periode (artikel 16)

(24) Bepaalde bijzondere regels inzake schuldeisersbescherming blijven van toepassing, andere worden door art. 16 WFZ terzijde gesteld.

Blijven van toepassing:

1° Artikel 17, 1° FaillW: netting die wordt overeengekomen of wordt uitgevoerd tijdens de verdachte periode aan voorwaarden waardoor de waarde die de gefailleerde heeft opgegeven aanzienlijk groter is dan de waarde die hij heeft bekomen, kunnen niet worden tegengeworpen aan de boedel. Bij een klassieke bilaterale schuldvergelijking zal zich deze situatie normaal niet voordoen omdat de uitdoving van de wederzijdse vorderingen strikt “pro tanto” plaatsvindt. Het is slechts anders indien er bij de waardering van de betrokken schuldvorderingen een vertekening zou geschieden⁴⁰. Bij een multilaterale netting kan de situatie zich echter wel voordoen dat de boedel effectief wordt verarmd⁴¹.

2° De uitbreiding van de pauliaanse aanvechtingsmogelijkheid in art. 20 FaillW: netting of nettingovereenkomsten gesloten of uitgevoerd met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers van de gefailleerde kunnen niet aan hen worden tegengeworpen ongeacht de datum waarop ze hebben plaatsgehad.

(25) Worden daarentegen terzijde gesteld door art. 16 § 3 WFZ voor nettingovereenkomsten en de betalingen, transacties en handelingen die worden verricht in uitvoering van die overeenkomsten en de close-out bedingen:

3° Artikel 17, 2° FaillW, volgens dewelke een betaling van niet-vervallen schulden tijdens de verdachte periode niet tegenwerpbaar is aan de boedel; netting op basis van een nettingovereenkomst is dus wel tegenwerpelijk, ongeacht of de nettingovereenkomst voor of tijdens de verdachte periode is gesloten

4° De faillissementspauliana van art. 18 FaillW: handelingen van de gefailleerde kunnen niet-tegenwerpelijk worden verklaard indien de tegenpartij van de gefailleerde op het ogenblik van de handeling kennis had van de staking van betaling; ook deze bepaling is dus niet meer toepasselijk op nettingovereenkomsten.

Uit het feit dat de regel van niet-tegenwerpelijkheid van overeenkomsten gesloten met kennis van de staking van betaling krachtens de wet níét geldt, moet men afleiden dat ook de

40 Vgl. V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, p. (223) 248 nr. 37.

41 Vgl. met Cass., 9 maart 2000, *TBH* 2000, p 782 v., n. Ch.-A. LEUNEN, “Doorstaan zekerheden in groepsverband het faillissement ?”

nietigheid of niet-tegenwerpelijkheid op basis van bedrog (art. 20) niet te licht mag worden aangenomen, en het bedrieglijk opzet daartoe moet worden aangetoond.

2° Geen vereisten gesteld aan de schuldvorderingen zoals die gelden bij wettelijke schuldvergelijking, noch een vereiste van kennisgeving

(26) Voor een conventionele schuldvergelijking is niet vereist dat de ene en/of de andere schuldvordering bij het ontstaan van de samenloop reeds opeisbaar is of betaalbaar, of dat ze reeds effen (vaststaand, liquide) is⁴² en zelfs niet dat hun voorwerp onderling vervangbaar is (van dezelfde aard). De schuldvergelijking kan zelfs worden overeengekomen voor restitutieverbintenissen zoals gevisieerd door art. 1293, 1° en 2° BW.

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.

Dit wordt nog eens impliciet bevestigd door de bepaling van art. 14 WFZ dat ook ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en voorwaarden of bedingen met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging (zgn. “close-out bedingen”) die zijn overeengekomen om de schuldvergelijking of schuldvernieuwing voorzien in een nettingovereenkomst mogelijk te maken, onder dezelfde voorwaarden als de nettingovereenkomst zelf, tegenwerpeijk zijn ondanks het ontstaan van een samenloop, een beslag of de aanvang van een insolventieprocedure.

I. Peeters heeft de formulering bekritiseerd als zouden enkel close-out bepalingen worden bedoeld die “zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of schuldvergelijking mogelijk te maken”. In de praktijk is het immers niet mogelijk te bepalen of de netting is bedoeld om de gevolgen van een vervroegde beëindiging af te wikkelen dan wel of de vervroegde beëindiging wordt doorgevoerd om netting toe te laten. De logische interpretatie van deze vereiste is dat close-out bepalingen slechts van de bescherming van artikel 14 WFZ kunnen genieten wanneer zij deel uitmaken van een contractuele relatie waarvan ook een nettingovereenkomst deel uitmaakt. Niet van belang is of kan worden uitgemaakt of de één nu tot doel heeft de andere mogelijk te maken en evenmin of na vervroegde beëindiging ook steeds effectief tot netting wordt overgegaan.

Artikel 14 WFZ maakt ook duidelijk dat de bescherming wordt geboden ongeacht of de beëindiging (en dus de netting) automatisch gebeurt (wat het geval is bij een ontbindende voorwaarde of bepaalde types uitdrukkelijk ontbindende bedingen) dan wel afhangt van een verdere wilsuiting (dus keuze) vanwege de partij die de vervroegde beëindiging (en de netting) wil inroepen: de vervroegde beëindiging heeft uitwerking ook zonder voorafgaandelijke ingebrekestelling of een gerechtelijke beslissing.

42 Zie bv. voor de krachtens een overeenkomst intredende schuldvergelijking tussen een schuldvordering die reeds opeisbaar was voor de samenloop en een schuldvordering die geacht werd reeds voordien te zijn ontstaan, maar nog niet opeisbaar was bij de samenloop, kh. Antwerpen 25 februari 2008, *RW* 2008-2009, 971 (*in casu* wel gegrond op art. 14 WFZ).

Blijven de beperkingen van art. 1293, 3° BW (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.

Er is ook geen vereiste van enige samenhang of verknochtheid andere dan de louter conventionele.

Tenslotte moeten de schuldvorderingen ook niet wederkerig zijn⁴³: ook multilaterale netting is mogelijk⁴⁴. Wel blijft de vereiste gelden dat partijen bevoegd moeten zijn om over de schuldvorderingen te beschikken en wel om ze voor eigen rekening te innen (dus geen schuldvorderingen die op naam van een partij staan maar tegoeden van derden zijn).

3° Vereiste beschikkingsbevoegdheid

(27) De werking veronderstelt *a fortiori* dat de partijen op het ogenblik van de overeenkomst bevoegd waren te beschikken over hun schuldvorderingen (vgl. de bespreking van de vereisten bij wettelijke schuldvergelijking). Als algemene regel inzake beschikkingsbevoegdheid geldt in ons recht dat het voor een beschikking voldoende is dat die beschikkingsbevoegdheid aanwezig is bij het sluiten van de overeenkomst, behalve voor toekomstige schuldvorderingen, waar ze aanwezig moet zijn op het tijdstip van ontstaan van die schuldvordering. We werken eerst de eerste vereiste nader uit, en onder 4° de tweede.

Toegepast op de netting in geval van samenloop, betekent deze regel dus dat de nettingovereenkomst in beginsel gesloten moet zijn voor het ingaan van de samenloop.

(28) Binnen het toepassingsgebied van de WFZ brengt art. 15 WFZ evenwel de volgende versoepelingen aan:

- netting is tegenwerpelijk indien de overeenkomst gesloten is voor het precieze tijdstip van de samenloop, ook al is het eerder op dezelfde dag (terzijdestelling van de nul-uur-regel van art. 16 FaillW, waardoor de effecten van de opening van de procedure worden geacht terug te werken tot het uur nul van de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken);

- netting is ook tegenwerpelijk op basis van een nettingovereenkomst die werd gesloten na het tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend of het beslag of de samenloop plaatsvindt, als men kan aantonen dat dit sluiten gebeurde in gewettigde onwetendheid over de opening of het eerder plaatsvinden van die procedure of samenloop (artikel 15 WFZ). Wanneer de handelaar het beheer verliest en onder voorlopig bewind wordt gesteld (art. 8

⁴³ Anders dan in het oude artikel 157 WKI (Bankwet) wordt niet vereist dat de betrokken schuld en schuldvordering zich op het ogenblik van het begin van de samenloop in hetzelfde vermogen zouden bevinden.

⁴⁴ Zie bv. H. SEELDRAYERS, "De Europese Richtlijn Financiële Zekerheden inzake de financiële zekerheidsovereenkomsten – Krachtlijnen en artikelsgewijze commentaar", *TFinR.* 2003, p. 427.

FaillW), geldt evenzeer dat de nettingovereenkomst tegenwerpelijk is indien ze in gewettigde onwetendheid daarover werd gesloten⁴⁵.

4° De werking is beperkt tot schuldvorderingen ontstaan voor het ingaan van de samenloop

a) Regel

(29) De netting of conventionele schuldvergelijking kan evenwel niét gebeuren met een passieve schuldvordering van de boedel (d.i. een schuld aan de boedel) die pas na de samenloop is ontstaan⁴⁶. Deze vereiste vinden we ook in de WFZ. Met andere woorden: beide schuldvorderingen moeten reeds bestaan op het tijdstip waarop de samenloop ontstaat, beslag wordt gelegd of de insolventieprocedure wordt gestart.

Dit is een toepassing van een algemene regel in ons zakenrecht, die inhoudt dat een beschikking over een goed maar rechtsgevolg kan hebben op een ogenblik waarop dat goed bestaat, en aldus voor een beschikking over een toekomstig goed de partij nog beschikkingsbevoegd moet zijn op het ogenblik waarop dat goed ontstaat.

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

Zo ook geldt dat indien een cedent of pandgever zijn beschikkingsbevoegdheid verliest vooraleer de schuldvordering "bestaand" wordt (zijn zuiver toekomstig karakter verliest), de cessie of inpandgeving géén uitwerking heeft. Zo zullen de schuldvorderingen 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 "bestaand" wordt, dus wanneer de cedent al beschikkingsonbevoegd is, is het in ieder geval zo dat de samenloop voorrang heeft⁴⁷.

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 schuldvorderingen 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.

b) Uitwerking

⁴⁵ Zo ook I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, *TBH* 2006, (170) 194 nr. 96.

⁴⁶ O.m. V. SAGAERT & H. SEELDRAYERS, "De wet financiële zekerheden", *RW* 2004-2005, (1521) nr. 77.

⁴⁷ Anders, maar met een fout argument D. VAN GERVEN, "Overdracht en inpandgeving van bestaande en toekomstige schuldvorderingen", *RW* 2004-2005, 528 v.nr. 14 (maakt geen onderscheid tussen de mogelijkheid een verbintenis aan te gaan en de voor het zakelijk recht vereiste beschikkingsbevoegdheid).

(30) Laten we even overlopen welke schuldvorderingen al dan niet als bestaande (dus voor de samenloop ontstane) schuldvorderingen gelden⁴⁸.

i) Schuldvorderingen onder tijdsbepaling of (opschortende) voorwaarde

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

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

Zo bv. werd geoordeeld dat een wederverhuringsvergoeding voor het geval van wanprestatie door de huurder reeds een bestaande schuldvordering is zodra ze bedongen is in de huurovereenkomst⁴⁹, 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-voortzetting van lopende overeenkomsten door de faillissementscurator (art. 46 FaillW). 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 schuldvorderingen voortvloeiende uit eenzelfde overeenkomst⁵⁰.

ii) Schuldvorderingen afhankelijk van een nog niet geleverde tegenprestatie

(32) In de context van de cessie en het beslag is er wel heel wat inkt gevloeid over de kwalificatie van schuldvorderingen die reeds ontstaan zijn, maar afhankelijk zijn van een nog niet geleverde tegenprestatie (meestal vanwege de schuldeiser van die vordering, 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 opeenvolgende prestaties, die slechts opeisbaar zullen worden indien de overeenkomst blijft doorlopen⁵¹.

⁴⁸ Zie verder in het algemeen A. VERBEKE, "De in pandgeving van schuldvorderingen", in E. DIRIX en I. PEETERS, e.a., *Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 89; D. VAN GERVEN, *RW* 2004-2005, "Overdracht en in pandgeving van bestaande en toekomstige schuldvorderingen", p. (521) 522; A. ZENNER, "Factoring et faillite", noot bij Cass. fr. (ch. com.), 21 november 1972, *JT* 1974, p. 227 v.

⁴⁹ Zo, in casu in het kader van de beoordeling van een schuldvergelijking, Hof Gent 9 februari 2009, *RW* 2009-2010, 807.

⁵⁰ Hof Gent 25 januari 2010, 7e kamer A.R. nr. 2009/1006 faill. West-Konstrukt, *Elementaire rechtspraak ondernemingsrecht* 2010 nr. 37.

⁵¹ Geen toekomstige vorderingen volgens E. DIRIX in *In het nu, wat worden zal, Opstellen. Schoordijk*, 39 v.; J. HEENEN, "La cession des créances futures", *RCJB* 1961, (32) 39 nr. 7; D. VAN GERVEN, *RW* 2004-2005, (521) 524 noot 47.

Zie echter de afwijkende stelling van E. DIRIX in DIRIX & DE CORTE, *Zekerheden* (2006) p. 339-340 nr. 504; E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-2004, (201) 208.

De verwarring 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 art. 1576 Ger.W. Huurvorderingen betreffende onroerend goed worden namelijk “onroerend” door het beslag op het verhuurde goed (art. 1576 GerW) en worden vanaf dan beschouwd als "burgerlijke vruchten" van het onroerend goed. Deze regel wijkt af van het gemeen recht en houdt in dat vanaf het beslag op het onroerend goed de zakelijk gerechtigden op het onroerend goed voorrang 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 gecedeerd worden en in pand gegeven, kunnen ze in beslag worden genomen, en kan erover 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 tegenwerpelijk zijn, net zoals een cessie of inpandgeving dat zou zijn⁵². 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).

iii) Schuldvorderingen uit nog niet bestaande overeenkomsten of andere rechtsverhoudingen

(33) 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 vorderingen.

iv) Relatief toekomstige schuldvorderingen

(34) 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 tegenwerpelijk.

v) Schuldvorderingen die later ontstaan uit een bestaande rechtsverhouding

⁵² Men kan dit ook afleiden uit het erg cryptisch geformuleerde arrest Cass. 6 september 2007, nr. F.06.0064N, *B. Staat (Financiën) t. Belgian Refining Corporation*, RW 2007-2008, 1676 n. R. FRANSIS, “Het vereenvoudigd fiscaal beslag onder derden en toekomstige vorderingen”. Dat arrest oordeelde dat een derdenbeslag doelloos (zonder voorwerp) is wanneer t.t.v. het beslag aan de derde-beslagene reeds kennis was gegeven van de cessie van alle facturen van de beslagen schuldenaar op de derde.

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

In een iets ouder cassatie-arrest inzake derdenbeslag (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 koopprijs zal innen (via een derdenrekening) 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) blijkens de rechtspraak niet meer zuiver toekomstig, want er kan al beslag op worden gelegd⁵³.

De rechtspraak bij derdenbeslag 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 kredietkaartuitgever en een aangesloten handelaar⁵⁴).

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.

vi) Rekeningtegoeden op bankrekeningen

(36) Bij bankrekeningen is er wel duidelijkheid in de rechtspraak bij derdenbeslag. Nemen we een bankrekening 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).

Bij beslag “op een bankrekening” gaat het in werkelijkheid om een beslag op het rekeningtegoed⁵⁵. Bij beslag op een rekeningtegoed wordt enkel het tegoed getroffen zoals het bestond ten tijde van het beslag⁵⁶.

53 Cass. 12 mei 1989, *Arr.* 1989-90 nr. 520 = *RW* 1990-91, 1347 n. E. DIRIX = *Pas.* 1989 I 961. De fiscale notificatie aan de notaris heeft overigens een vergelijkbaar voorwerp.

Vgl. ook Hof Luik 6 december 2005, *R.Not.B.* 2006, 283 v., in een zaak waar op het tijdstip van het derdenbeslag onder een notaris tegen een bouwpromotor reeds enkele appartementen van de bouwpromotor verkocht waren en enkele andere pas nadien verkocht werden, de notaris terecht ook de prijs van de latere verkopen ingehouden had onder het derdenbeslag (ook besproken door Fr. GEORGES, in *Droits des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, Anthemis Luik 2007, p. (83) 90).

54 Hof Luik 19 februari 2007, *JLMB* 2008, 59 evenwel met afkeurende noot Fr. GEORGES “Paiement par cartes de crédit et créance en germe susceptible de saisie-arrêt”.

55 Cass. 22 november 2007, *RW* 2008-2009, 869.

(37) Het belangrijkste discussiepunt betreft de precieze bepaling van het rekeningtegoed 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 scheidt het cassatie-arrest van 15 juni 2006 duidelijkheid⁵⁷:

- 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 ELLIPS⁵⁸.

- 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 geworden⁵⁹.

Dat er in het eerste geval een “hiaat” 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, spoort perfect met onze stelling dat de overschrijving een vorm van *delegatio solvendi* is (en zeker geen cessie).

(38) In de rechtspraak over nettingovereenkomsten blijft er in de rechtspraak evenwel nog verwarring bestaan.

M.i. kan een financiële instelling die na het ontstaan van de samenloop een betaling ontvangt op de rekening van de insolvente schuldenaar, deze niet verrekenen met een actieve schuldvordering op die schuldenaar; het argument als zou die schuldvordering van de

56 Bv. Hof Brussel 16 april 1987, *JT* 1987, 576; Hof Brussel 16 maart 1989, *JT* 1990, 238 n. J. BUYLE & O. POELMANS; Hof Luik 10 mei 2007, *JLMB* 2008, 70; E. DIRIX & K. BROECKX, *APR, Beslag*, nr. 413; E. DIRIX & K. BROECKX, “Overzicht van rechtspraak – beslagrecht”, *TPR* 1991, p. (79) 143; F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier 2006, p. 271 v.; *RPDB* compl. VIII “La saisie-arrêt bancaire”, p. 821 nr. 50; DE LEVAL, *La saisie mobilière, Répertoire notarial XIII*, p. 160 nr. 384; LEDOUX, “Chronique de jurisprudence – les saisies”, *JT* 1989, p. 646 nr. 134.

57 Cass. 15 juni 2006, *P&B* 2007, 108 = *RW* 2007-2008, 232 n. R. FRANSIS “Beslag onder derden in handen van de bank en lopende verrichtingen op bankrekeningen” = *RABG* 2007, 452 n. D. BRACKE “Beslag op een bankrekening in geval van een overschrijving” = *Bank & Fin* 2006, 387 n. R. STEENNOT, “Beslag bij een overschrijving in uitvoering en tijdstip van betaling”, in verbreking van Hof Brussel 2 maart 2005, *P&B* 2005, 142 = *NjW* 2005, 803.

58 Deze oplossing spoort ook met de regel van art. 4 § 1 W. 28 april 1999 betreffende het defintieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, welke strikt genomen enkel geldt voor interbancaire overschrijvingen. Op grond van art. 2 van diezelfde wet worden bij KB de afwikkelingssels 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”.

59 VAN RYN & HEENEN, *Principes IV* (1988), 328-329; R. FRANSIS, *RW* 2007-2008, 232; Fr. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, p. 567.

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 schuldvordering⁶⁰. Bovendien gaat het hier in de eerste plaats om een onverschuldigde betaling, zodat de schuldvordering tot uitbetaling in beginsel aan de *solvens* toekomt en niet aan de bestemming van de betaling; de *solvens* 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.

(39) 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 schuldenaar⁶¹. Indien de bank een pandrecht zou hebben bedongen dat zich ook zou uitstrekken 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 WFZ, is er geen bepaling van de WFZ die afwijkt van de regel dat een inpandgeving maar uitwerking heeft op het ogenblik waarop dat actief ontstaat, en niet wanneer dat eerst na de samenloop het geval is.

5° Ook wanneer de netting schuldvernieuwend zou werken.

(40) Het maakt geen verschil of de nettingovereenkomst een schuldvernieuwing zou inhouden of niet (d.i. ongeacht of het gaat om een nieuwe schuldvordering ten belope van het saldo, dan wel een overblijven van een na verrekening bestaande vordering). Art. 14 en 15 § 2 WFZ stellen beiden gelijk in navolging van de Richtlijn Financiële zekerheidsovereenkomsten, 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 WFZ is er geen reden beide hypothesen te onderscheiden.

60 Zo ook (in onze zin met ten dele andere argumenten) de noot onder dat vonnis van C. BODDAERT, "Stof voor discussie: het begrip "bestaande" vordering in art. 14 Wet Financiële Zekerheden", *RW* 2008-2009, 973 v.; V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, p. (223) 244 nr. 32; O. CREPLET, "Le sort des fonds reçus par l'établissement de crédit postérieurement à la faillite de son client et le droit des sûretés, spécialement la loi relative aux sûretés financières", n. onder kh. Charleroi 2 januari 2008, *TBH* 2010, (198) 201. Anders, ten onrechte kh. Antwerpen 25 februari 2008, *RW* 2008-2009, 971; hier werd m.i. ten onrechte aangenomen dat schuldvergelijking ook mogelijk is met een passieve schuldvordering 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 schuldvordering 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 n. O. CREPLET. Vgl. nog kh. Brussel 14 juli 1999, *TBH* 2000, 433.

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

Weliswaar zal de door de novatie 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 die novatie. Dergelijke nettingovereenkomst wordt dus niet buiten werking gesteld door de samenloop, maar krijgt juist dan uitwerking (en dit zonder dat de betrokken schuldvorderingen opeisbaar en samenhangend zouden moeten zijn)⁶². Het volstaat dat de in de netting opgenomen schuldvorderingen ontstaan zijn voor de samenloop, ook wanneer de resulterende vordering geacht zou worden pas op dat ogenblik te zijn ontstaan.

b. Tegenwerpelijkheid bij overdracht

(41) Binnen het toepassingsgebied van art. 14 WFZ gelden dezelfde regels voor de tegenwerpelijkheid van netting aan een derde die krachtens cessie, inpandgeving of anderszins een recht heeft verkregen op de passieve schuldvordering⁶³. De cessie, inpandgeving e.d. kan geen afbreuk doen aan de netting op basis van een geldige nettingovereenkomst.

Het is voldoende dat deze overeenkomst gesloten is vooraleer de cessie, inpandgeving of andere beschikking aan de wederpartij van de cedent of pandgever, dus de partij die de netting inroept, ter kennis is gebracht of daar is erkend (conform art. 1690 BW voor wat betreft de cessie).

Art. 1295 BW geldt dus enkel voor de wettelijke schuldvergelijking, en niet voor de schuldvergelijking op grond van een eerdere gesloten nettingovereenkomst.

Artikel 14 WFZ spreekt enkel van de "overdracht" ("cession") en niet van enige andere vorm van vervreemding. Overdracht moet hier ruim worden opgevat en omvat alle vormen van rechtsopvolging ten bijzondere of ten algemene titel in de eigendom van de schuldvordering, zowel als vestiging van zakelijke rechten zoals een vruchtgebruik of een pand⁶⁴, zowel als het onbeschikbaar maken van de schuldvordering door *delegatio solvendi*.

6. Nettingovereenkomsten en gemeen recht : hebben we de WFZ wel nodig voor de netting bij schuldvorderingen op naam?

(42) Over de vraag van de tegenwerpbaarheid bij samenloop naar gemeen recht van overeenkomsten tot schuldvergelijking en vergelijkbare overeenkomsten die voor de

⁶² De vroegere rechtspraak die stelde dat de rekening-courant noodzakelijk stopt te lopen bij het ontstaan van een samenloop (bv. Hof Luik 23 december 1988, *TBH* 1990, 59; kh. Antwerpen 16 juni 1998, *RW* 1998-99, 227 n. V. DECKMYN en E. DERNICOURT), is daarmee achterhaald, nog ongeacht of ze voor de WFZ correct was of niet (zie A. CUYPERS, *Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord*, reeks Grondige studies Voorrechten en hypotheek, Kluwer Antwerpen 1998, p. 13 nr. 10)

⁶³ Hoewel de tekst van art. 14 WFZ niet bijzonder duidelijk is op dit punt, volgt dit uit een richtlijnconforme interpretatie (art 7, 1.b van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten); vgl. Memorie van Toelichting, p. 46; C. BODDAERT, nr. 153; V. SAGAERT & H. SEELDRAYERS, *RW* 2004-2005, (1521) nr. 75.; I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, *TBH* 2006, (170) 194 nr. 39.

⁶⁴ In dezelfde zin, V. SAGAERT & H. SEELDRAYERS, "De wet financiële zekerheden", *RW* 2004-2005, (1521) nr. 75; I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, *TBH* 2006, (170) 194 nr. 39.

samenloop gesloten werden is veel inkt gevloeid en waren de meningen verdeeld, hoewel de zaak m.i. relatief duidelijk is. Nu art. 14 en 15 van de WFZ ingevolge een onbegrijpelijk en op compleet foute motieven geveld arrest van het Grondwettelijk Hof (arrest nr. 167/2008 van 27 november 2008⁶⁵) ingeperkt werd tot nettingovereenkomsten met professionele partijen, misschien zelfs tot enkel nettingovereenkomsten met handelaars, is de rechtszekerheid weer zoek.

Het blijft dus belangrijk om na te gaan welke regels uit het gemeen recht (buiten de WFZ om) voortvloeien. Vanuit praktisch oogpunt rijst daarbij de vraag hoe een overeenkomst best geformuleerd wordt om op basis van het gemeen recht tegenwerpelijk te zijn bij samenloop, en dus ook bij collectieve schuldenregeling van een niet-handelaar.

Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten we toch even de relevante grondslagen van het gemeen recht schetsen. Deze grondslagen zijn niet enkel relevant voor overeenkomsten tot schuldvergelijking, maar voor alle overeenkomsten waarmee partijen de schuldvorderingen op naam in hun onderlinge verhouding nader bepalen, aanwenden, modaliseren.

Het gaat daarbij wel enkel over schuldvorderingen op naam, niet over schuldvorderingen die aan toonder of order zijn gesteld of gedematerialiseerd zijn, dus bij waardepapieren of effecten.

a. De externe werking van aan de schuldvordering interne bepalingen in het algemeen

(43) Aangezien de vraag die ons hier bezighoudt - nl. tegenwerpbaarheid bij samenloop of overdracht van een beschikking over een schuldvordering op naam, zijnde een onlichamelijk goed - in belangrijke mate een vraag van goederenrecht is, moeten we daarvoor met name teruggaan naar de basisbeginselen inzake het statuut van schuldvorderingen als onlichamelijke goederen. Daarbij geldt dat de basisbeginselen van het zakenrecht - zoals de *numerus clausus*, de principiële overdraagbaarheid en beslagbaarheid van goederen, de regeling van conflicterende rechten aan de hand van het anterioriteitsbeginsel behoudens toepassing van de derdenbescherming en de regel dat zakelijke rechten slechts betrekking kunnen hebben op zaken die bestaan en gespecificeerd zijn - weliswaar van toepassing zijn op onlichamelijke goederen, doch bij schuldvorderingen op naam moeten plooiën voor de beginselen die uit de aard zelf van dat goed voortvloeien.

Schuldvorderingen hebben geen “natuurlijk” bestaan, hebben geen ander bestaan dan een “gelden” tussen partijen. Zij kunnen slechts die inhoud hebben die tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan geldt. Het onlichamelijk goed “schuldvordering” bestaat zakenrechtelijk in beginsel slechts zoals het geldt tussen partijen. De zakenrechtelijke positie van een schuldvordering op naam wordt dus in beginsel bepaald door de (interne) rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar.

⁶⁵ <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2008/2008-167n.pdf>, *NjW* 2008, 926 kritische noot E. DIRIX “Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes” = *JLMB* 2009, 821 afkeurende noot F. GEORGES = *TBH* 2009, 502 afkeurende noot R. HOUBEN. Vgl. Ook de kritiek van F. GEORGES bij arrest nr. 54/2006 van het GwH, *JT* 2006 (702) 703

Daarom zijn alle beperkingen die aan de inhoud van een dergelijk goed op geldige⁶⁶ wijze worden aangebracht door deze partijen, in beginsel tegenwerpelijk *erga omnes*, of nog, hebben zij externe werking. Ze zijn immers inherent zijn aan de “zaak” zelf (de schuldvordering)⁶⁷.

Ook de schuldeisers kunnen zich maar verhalen op het goed in de zin waarin dit bestaat⁶⁸, met alle daaraan verbonden afspraken en modaliteiten. Men zegt ook soms dat contractuele rechten slechts "netto" in het vermogen / de boedel van de titularis vallen.

(44) Partijen - dit is schuldeiser en schuldenaar - kunnen deze inhoud door onderlinge overeenkomst in beginsel dan ook wijzigen zolang de schuldeiser beschikkingsbevoegd is (dus niet meer wanneer derden reeds rechten verkregen hebben op de schuldvordering, bv. door cessie of inpandgeving, door beslag of een andere vorm van samenloop die een collectief pandrecht vestigt).

Anders dan bij lichamelijke goederen kunnen de partijen bij een schuldvordering op naam - dit is schuldeiser en schuldenaar en énkél zij - dan ook met externe werking bepalen dat de schuldvordering niet overdraagbaar is, dat meerdere schuldvorderingen een ondeelbaar geheel vormen of omgekeerd een schuldvordering in meerdere wordt opgesplitst, dat een schuldvordering onbeschikbaar wordt (door delegatie bv.), en dergelijke meer. Overdraagbaarheidsbeperkingen, verpandingsverboden, ondeelbaarheden of onbeschikbaarheden die geldig zijn overeengekomen tussen schuldenaar en schuldeiser, zowel bij het ontstaan van de schuldvordering als achteraf⁶⁹ (zolang beide partijen beschikkingsbevoegd zijn), zijn dus inherent aan het goed zelf, en werken dan ook op analoge wijze als zakenrechtelijke beperkingen - *erga omnes*.

(45) Dit is dus niet enkel de grondslag voor de externe werking van dergelijke vervreemdingsbeperkingen, maar ook voor de externe werking van de door een delegatie-overeenkomst 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

66 Bv. niet aangetast door nietigheid, door *fraus creditorum* en dergelijke.

67 In dezelfde zin H. DE PAGE, *Traité V* p. 804 nr. 907; L. SIMONT, in *Liber amicorum Frederic Dumon*, 277 nr. 12.

68 Vgl. de gelijkaardige uitdrukking van dit beginsel in A. ZENNER & I. PEETERS, "Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *RW* 2004-2005, (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 vertegenwoordigen".

69 E. DIRIX, "Verhaalsrechten op schuldvorderingen", in *Zekerheden- en executierecht. Actuele problemen*, Studienamiddag KU Leuven 19 november 1993, nr. 3 v. Vgl. ook E. DIRIX & K. BROECKX, *APR, Beslag*, nr. 645.

E. DIRIX is evenwel een andere mening toegedaan in "Overzicht Zekerheden", *TPR* 2004, (1163) nr. 13 en boekbespreking Beekhoven van den Boezem, *RW* 2004-2005, 640, naar eigen zeggen onder invloed van Amerikaans recht (zie DIRIX & SIGMAN, "The UN Convention on the Assignment of receivables in International Trade", *Bank & Fin.R.* 2002, (204) 208-209).

verhaal nemen op de schuldvordering zoals die in de interne verhouding met de schuldenaar bestaat.

Binnen het bestek van deze bijdrage kan ik deze rechtsfiguren niet verder uitwerken en dus evenmin aantonen dat genoemd beginsel in al die rechtsfiguren ook toegepast wordt; ik heb dat elders al meermaals uitgewerkt, zowel voor overdraagbaarheidsbeperkingen, voor bedingen van ondeelbaarheid, voor de onbeschikbaarheid die voortvloeit uit een *delegatio solvendi* (delegatie-overeenkomst), voor kwaliteitsrekeningen of voor een minnelijk kantonnement.

b. Toepassing op overeenkomsten tot schuldvergelijking; de externe werking daarvan

(46) Genoemd beginsel geldt ook voor overeenkomsten tussen schuldeiser en schuldenaar die de schuldvergelijking van onderlinge schuldvorderingen organiseren, en iets algemener voor overeenkomsten tussen schuldeiser en schuldenaar die bepalen dat hun onderlinge schuldvorderingen wederzijds afhankelijk zijn van elkaar, 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.

Dit geldt ongeacht de benaming die men eraan geeft - conventionele schuldvergelijking, rekening-courant, nettingovereenkomst, beding van ondeelbaarheid, fusiebeding, enz... Weliswaar kunnen de precieze gevolgen van dergelijke overeenkomsten verschillen. Daarbij 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)⁷⁰.

(47) 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 vorderingen, zonder dat deze hun individualiteit of althans hun afzonderlijke opeisbaarheid verliezen⁷¹). Een dergelijke overeenkomst kan worden gesloten met onmiddellijke ingang, dan wel op voorhand gesloten worden met uitwerking op termijn of onder opschortende voorwaarde. Men kan zowel overeenkomen dat de schuldvorderingen tenietgaan en een saldovordering laten bestaan zodra aan de vereisten is voldaan, dan wel dat de schuldvorderingen eerst tenietgaan wanneer het saldo (nettopositie) wordt voldaan en tot dan slechts opgeschort en onbeschikbaar zijn ("*position netting*")⁷². Het zou ook geen verschil mogen maken of de nettingovereenkomst een schuldvernieuwing zou

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

71 Hof Bergen 8 oktober 2001, *TBH* 2003, 6 noot J.P. BUYLE & M. DELIERNEUX.

72 Zie over deze varianten o.m. R. HOUBEN, *RW* 2005-2006, (1161) 1164 nr. 5.

inhouden of niet (d.i. ongeacht of het gaat om een nieuwe schuldvordering ten belope van het saldo, dan wel een overblijven van een na verrekening bestaande vordering). Ook los van de WFZ is er geen reden beide hypothesen te onderscheiden. Weliswaar zal de door de novatie 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 die novatie.

Al deze vormen van overeenkomst zijn in beginsel geldig en wijzigen in beginsel de modaliteiten van de betrokken schuldvorderingen, zodat zij minstens niet meer afzonderlijk opeisbaar zijn. In al die gevallen verliezen die onderlinge schuldvorderingen hun onafhankelijkheid tegenover elkaar en kan die afhankelijkheid ook aan de samenlopende schuldeisers worden tegengeworpen. In al die gevallen bepalen ze uitdrukkelijk of impliciet 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.

(48) Voor zover partijen bevoegd waren te beschikken over die schuldvorderingen (hieronder nader uitgewerkt, en onder meer vereisend dat de schuldvorderingen reeds bestonden bij het ingaan van de samenloop), heeft die beschikking ook externe werking:

- zowel ten aanzien van samenlopende schuldeisers⁷³;
- als ten aanzien van een verkrijger van een van de opgeslorpte vorderingen⁷⁴ of van een zakelijk recht daarop (weze het door cessie, subrogatie, inpandgeving, of beslag) - behoudens toepassing van de vertrouwensleer ten gunste van deze cessionaris te goeder trouw⁷⁵).

Enkel het nettosaldo komt immers nog in de boedel terecht, omdat enkel dat nog bestaat in geval van samenloop. De regel van art. 1298 BW speelt dus niet, omdat de boedel nooit meer verkregen heeft dan een netto-recht, 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.⁷⁶)

73 E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1671 en 1677-1678; P. VAN OMMESLAGHE, "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté", in A. Bruyneel & A.M. Stranart (red.), *Les Sûretés*, Feduci Paris 1983, p. (345) 383 v.; Ch-A. LEUNEN, *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, *TPR* 2004, (439) nr. 6 tot 9.

Veeleer in deze zin ook reeds L. FREDERICQ, *Handboek II* (1978), 103 nr. 765; VAN RYN & HEENEN, *Principes*, IV (1988), 402-402 nr. 525; J.L. FAGNART, *RCJB* 1979, 34-35 n. 23.

Anders o.m. J.M. NELISSEN GRADE, *Liber amicorum Jan Ronse*, Story 1986, 287 v.

74 Vgl. E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1681; I. PEETERS, "Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering: geen uitzondering voor verknochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van Belgische debiteuren beschaamd?", noot onder Cass. 26 juni 2003, *TBH* 2004, (476) 483-484 nr. 18.

75 E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1681 en voetnoot 80.

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

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 gelden hier daarom niet.

Ook uit het *Socol*-arrest van 1985⁷⁷ kan niet het tegendeel worden afgeleid⁷⁸, omdat dat arrest niet over deze hypothese (nl. twee schuldvorderingen ontstaan voor de samenloop, zie punt c. hieronder) handelde (en zelfs niet over wederkerige schuldvorderingen handelde), maar over de vraag of bij een maatschap (*in casu* een tijdelijke vennootschap) een schuldvordering op een derde "bruto" of "netto" in de mede-eigendom valt.

c. Vereisten door het gemeen recht gesteld aan conventionele schuldvergelijking

(49) De vereisten die het gemeen recht stelt voor de werking van dergelijke overeenkomsten zijn dezelfde als de vereisten hoger besproken voor nettingovereenkomsten onder de WFZ:

1° De overeenkomst moet verbintenisrechtelijk geldig zijn.

Bij overeenkomsten met niet-handelaars kunnen wel bijzondere regels gelden voor consumentenovereenkomsten; deze gelden dan eveneens voor dergelijke nettingovereenkomsten.

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 dat aan de bank niet alleen het recht gaf alle rekeningen als één eenheid te beschouwen en de saldi te verrekenen, maar ook zelf te bepalen op welke saldi de schuldvergelijking zou slaan, aangezien daardoor de gebruiker de mogelijkheid wordt ontnomen van zijn kant tot schuldvergelijking over te gaan⁷⁹.

De aanvechtingsmogelijkheden uit de FaillW bespreek ik hier anderzijds niet, omdat zij enkel gelden bij handelaars, bij wie art. 14 WFZ niet ongrondwettig werd verklaard.

2° De schuldvorderingen moeten niet voldoen aan de vereisten die gelden bij wettelijke schuldvergelijking (opeisbaarheid, liquiditeit, vervangbaarheid, enz.), noch aan een vereiste van enige samenhang andere dan de louter conventionele samenhang; zij moeten enkel voldoen aan de contractuele bepalingen.

77 Cass. 28 februari 1985, *Socol*, *Pas.* 1985 I 795 = *RW* 1985-86, 997 n. E. DIRIX "De tegenwerpelijheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden" = *Bank & Fin* 1989, 487 n. DELIERNEUX = *JT* 1986, 578 n. F. 't KINT = *TBH* 1985, 377 n. = *RCJB* 1987, 571 n. 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. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen", *Liber amicorum Jan Ronse*, Story 1986, 287 v.

78 Anders J.M. NELISSEN GRADE, *Liber amicorum Jan Ronse*, Story 1986, (287) i.h.b. 303.

79 Hof Luik 26 januari 2007, *Dexia t. Verbruikersunie Test-Aankoop*, nr. 2001/ 146.

Wel kan de overeenkomst geen betrekking hebben op (passieve) schuldvorderingen waarvan de partij op dat tijdstip geen afstand kon doen (bv. van toekomstige onderhoudsvorderingen kan de onderhoudsgerechtigde niet op voorhand afstand doen).

3° De overeenkomst kan slechts uitwerking hebben voor schuldvorderingen waarover de partijen beschikkingsbevoegd zijn; zoals gezegd volstaat het dat die beschikkingsbevoegdheid aanwezig is bij het sluiten van de overeenkomst, behalve voor toekomstige schuldvorderingen, waar ze aanwezig moet zijn op het tijdstip van ontstaan van die schuldvordering. De overeenkomst moet dus gesloten zijn voor het beslag of de samenloop en kan enkel betrekking hebben op schuldvorderingen ontstaan voor het beslag of de samenloop. Deze regels werden hoger besproken, maar zijn algemene regels van zakenrecht en gelden dus niet enkel bij netting krachtens art. 14 v. WFZ.

d. Nader over de zgn. eenheid van rekeningen bij meerdere rekeningen (verruimde rekening-courantovereenkomst)

(50) 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 (correchter: de schuldvorderingen betreffende die verschillende rekeningen) met elkaar kunnen verrekend worden.

Men noemt dit beding een beding van "eenheid van rekeningen" (*clause 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 -⁸⁰.

Partijen kunnen dus onder de op voorhand overeengekomen modaliteiten op elk ogenblik schuldvergelijking tussen deze verschillende rekeningen toepassen, en de diverse saldi te verrekenen 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 rekening⁸¹; 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 schuldvorderingen in één rekening-courant worden opgenomen met de specifieke gevolgen die de rekening-courant heeft⁸²). Die eenheid kan louter conventioneel

80 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 schuldvordering, maar van het geheel van schuldvorderingen uit eenzelfde rechtsverhouding. Zie als vb. het uitgebreid eigendomsvoorbehoud e.d.m.

81 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, Hof Bergen 20 december 1988, *Bank & Fin.* 1989, 487 noot DELIERNEUX. Zie nog Hof Bergen 23 mei 1990, *JLMB*, 1285; Anders: Hof Brussel 3 februari 1986, *TBH* 1988, 708 noot GREGOIRE.

82 Vgl. R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *J.Falc.* 2004-2005, (687) 724 (<http://www.law.kuleuven.be/jura/41n4/houben.html>).

zijn, en er is dus geen enkele andere eenheid dan een conventionele vereist (zoals een objectieve, economische of andere eenheid⁸³).

(51) Vragen rijzen er wel m.b.t. de wederkerigheid van zo'n bedingen betreffende de gevolgen van een éézijdig verrekeningsbeding. De banken bedingen nl. meestal dat enkel zij het beding kunnen invoeren en de cliënt niet tot verrekening kan overgaan.

Op de eerste plaats werkt zo'n beding slechts éézijdig 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 éézijdig verrekeningsverbod 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 verrekeningsverbod van de cliënt⁸⁴.

Verder moet de vraag gesteld worden of die overeenkomst 1° geldig is⁸⁵ en 2° hetzelfde extern gevolg heeft wanneer de overeenkomst slechts een éézijdige optie geeft aan één van de partijen (doorgaans de financiële instelling) om tot schuldvergelijking over te gaan. Zoals hoger gesteld verklaarde de rechtspraak een beding in algemene bankvoorwaarden met een consument onrechtmatig dat aan de bank niet alleen het recht gaf alle rekeningen als één eenheid te beschouwen en de saldi te verrekenen, maar ook zelf te bepalen op welke saldi de schuldvergelijking zou slaan, aangezien daardoor de verbruiker de mogelijkheid wordt ontnomen van zijn kant tot schuldvergelijking over te gaan⁸⁶. E. Dirix argumenteert zelfs (zinnig) dat zo'n beding uit de aard van de zaak niet slechts in één richting kan werken⁸⁷.

(52) N.B. 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. kwaliteitsrekening. 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 kapitaalsverhogingen voor een vennootschap⁸⁸.

7. Wat is de meerwaarde van art. 14 WFZ?

(53) Art. 14 WFZ is door het Grondwettelijk Hof ten dele ongrondwettig verklaard (arrest nr. 167/2008 van 27 november 2008), weliswaar op zeer betwistbare en zelfs geheel foutieve gronden, namelijk voor het geval van samenloop van de schuldeisers van een niet-handelaar, in de praktijk dus met name bij collectieve schuldenregeling. Het Grondwettelijk Hof schijnt

83 Soms wordt dit - ten onrechte - vereist; de economische eenheid werd dan wel zo ruim geïnterpreteerd dat ze eigenlijk louter conventioneel was (bv. kh. Antwerpen 24 mei 2006, *RW* 2006-2007, 972).

84 Zo ook E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard?", *RW* 2008-2009, (1020) 1021 nr. 2.

85 De geldigheid wordt meestal in beginsel aanvaard; bv. VAN RYN & HEENEN, *Principes* IV (1965) nr. 2560; E. DIRIX, *RW* 2008-2009, 1020 v.

86 Hof Luik 26 januari 2007, *Dexia t. Verbruikersunie Test-Aankoop*, nr. 2001/ 146.

87 E. DIRIX, *RW* 2008-2009, (1020) 1021 nr. 3

88 Bv. Kh. Brussel 24 november 1997, *TBH* 1999, 45 noot P. VAN HOOGHTEEN. Zie ook Hof Brussel 16 oktober 1996, *RW* 1998-99, 18.

daarbij niet te hebben ingezien dat deze bepaling in grote mate reeds gold krachtens het gemeen verbintenissenrecht. 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 voorafbestaande 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.

Door dat arrest 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 en beslag jegens een niet-handelaar nog steeds kan spelen, en in welke gevallen art. 14 WFZ een uitbreiding inhield, die in dat geval dus niet meer geldt.

(54) De regel van gemeen recht kent m.i. volgende beperkingen:

1° deze geldt enkel voor schuldvorderingen op naam, niet voor andere schuldvorderingen (waardepapieren aan toonder of order of gedematerialiseerd);

2° deze geldt enkel voor zover de overeenkomst gesloten is voor het intreden van de samenloop, en bij faillissement zelfs voor nul uur op de dag van de faillietverklaring; onder de WFZ is de ook de nadien gesloten overeenkomst tegenwerpelijk, wanneer ze gesloten is in onwetendheid daarover (art. 15 WFZ; afwijking van de gemeenrechtelijke 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 tegenwerpelijkheid 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 tegenwerpelijk krachtens de WFZ:

4° indien men zou vasthouden een de vroegere rechtspraak dat in het geval er bij een close-out bij samenloop een novate plaatsvindt, de nieuwe schuldvordering geacht niet voor de samenloop te zijn ontstaan, zodat schuldvergelijking om die reden niet tegenwerpelijk zou zijn aan de boedel – in de WFZ wordt die stelling immers wel duidelijk terzijde gesteld.

Voor het overige leidt het gemeen recht reeds tot dezelfde gevolgen als art. 14 WFZ, ook bij multilaterale (in plaats van bilaterale) netting⁸⁹.

(55) 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 best negeert. Nog beter ware het indien de wetgever ons eindelijk aansluiting zou doen vinden bij de dominante opvatting in Europa, nl. dat schuldvergelijking in beginsel wel mogelijk blijft na samenloop, en dit ongeacht de samenhang of verknochtheid.

89 Zie Hof 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 *Bankcontracten* (red. B. Tilleman en B. Du Laing), Die Keure Brugge, 2004, (203), 223-239.

De voorstellen om de bepalingen in de tekst van de WFZ ingevolge dit arrest in te perken zijn dus volkomen verkeerd; het enige correcte antwoord bestaat erin om art. 1298 BW aan te passen en de bepalingen inzake netting daarbij te laten aansluiten, alsook omwille van de rechtszekerheid art. 17, 2° FaillW aan te passen.