

Matthias E. STORME

SCHULDVERGELIJKING EN INSOLVENTIE*

A. INLEIDING EN TERMINOLOGIE

1. Het leerstuk van de verrekening of schuldvergelijking lijkt een rustig bezit te zijn. Aan de wettekst is nauwelijks iets gewijzigd sinds 1804, behalve dan voor de contractuele schuldvergelijking door de Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden (WFZ), en voor grensoverschrijdende gevallen door wijzigingen in het internationaal privaatrecht (die ik binnen dit bestek niet bespreek). In de praktijk is dit bezit evenwel helemaal niet zo rustig. Met name in insolventiesituaties wordt er heel vaak geprocedeerd over de schuldvergelijking. Over de meeste rechtsvragen bestaat er weliswaar niet zoveel betwisting, maar de toepassing ervan is niet altijd even eenduidig. En alles bij elkaar hebben er in recente jaren toch relatief belangrijke ontwikkelingen plaatsgevonden, die een exclusieve behandeling van dit onderwerp rechtvaardigen.

We bespreken de schuldvergelijking dus vanuit het perspectief van insolventiesituaties. Dit betekent dat de klemtoon komt te liggen op de zekerheidsfunctie van de schuldvergelijking. Zoals bekend, heeft schuldvergelijking immers een dubbele functie, nl. de betaling vereenvoudigen en tot zekerheid strekken (voorrang geven)¹. Dit laatste betekent dat de verrekening niet alleen een wijze is om zich van een schuld te bevrijden door een eigen schuldvordering die men heeft in betaling te geven, maar ook een wijze om zijn eigen schuldvordering betaald te krijgen, door een tegenvordering die de tegenpartij heeft daarvoor (exclusief) aan te wenden (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.

2. In deze bijdrage hanteren we daarbij de volgende terminologie:

De actieve vordering of eigen vordering² is de schuldvordering:

- die de partij, die de schuldvergelijking inroept, betaald wil krijgen door middel van de tegenvordering of passieve vordering (de tegenvordering is voor haar de eigen schuld waarvan zij zich door verrekening bevrijdt), en
- die men omgekeerd opgeeft (gebruikt) om zich van de eigen schuld jegens de tegenpartij (de tegenvordering) te bevrijden (eigen of actieve vordering en schuld van de tegenpartij zijn elkaars keerzijde).

Vanuit zekerheidsperspectief is de eigen vordering of actieve vordering de (door de mogelijkheid van schuldvergelijking) "verzekerde schuldvordering".

* Deze bijdrage is een licht geactualiseerde versie van de bijdrage die onder dezelfde titel verscheen in in *Themis* cahier 58, *Insolventie- en Beslagrecht*, die Keure Brugge 2010, p. 23-58.

1 Onder meer DE PAGE, *Traité*, III nr. 617; E. DIRIX & S. KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", *TPR* 1989, 1657.

2 De termen eigen vordering en tegenvordering kunnen verwarrend zijn omdat in een geschil de schuldvergelijking vaak wordt ingeroepen door de verweerder als verweer, en die verweerder vaak een "tegeneis" in processuele zin (ook tegenvordering genoemd) instelt om zijn "eigen vordering" geldend te maken.

Daartegenover noemt men de vordering van de partij tegen wie men de schuldvergelijking inroept de passieve of tegenvordering. Dit is:

- de schuldvordering van de tegenpartij waarmee de partij, die de schuldvergelijking inroept, zijn eigen vordering wil betalen, en dus
- de eigen schuld waarvan die partij zich wil bevrijden.

Vanuit zekerheidsperspectief is de tegenvordering het onderpand waarop men een zekerheid uitoefent tot voldoening van de verzekerde schuldvordering, het actief uit het vermogen van de tegenpartij waarop men zich verhaalt.

3. Omdat de schuldvergelijking slechts onder beperkende voorwaarden kan intreden nadat de passieve schuldvordering (waarvan de partij die de schuldvergelijking inroept zich wil bevrijden en dus zichzelf mee betalen) onder een beslag of andere vorm van samenloop valt, wordt de mogelijkheid van schuldvordering ernstig beperkt. De resterende mogelijkheden bespreken we infra onder D. en volgende. Precies omwille van die beperking is het van groot belang te weten of een schuldvergelijking reeds is ingetreden voor de samenloop. Om die reden bespreken we eerst de vraag in welke gevallen de schuldvergelijking tegenwerpelijk is bij samenloop omdat ze geacht wordt reeds eerder te zijn ingetreden. met name bespreken we dadelijk onder B. de gevallen van wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking, omdat de conventionele schuldvergelijking verderop apart wordt besproken.

B. EERSTE SITUATIE : AAN DE VEREISTEN VOOR WETTELIJKE SCHULDVERGELIJKING IS VOLDAAN VOOR DE SAMENLOOP

4. Volgens de traditionele leer treedt die schuldvergelijking van rechtswege in als beide schuldvorderingen dezelfde aard hebben (preciezer: onderling vervangbare goederen tot voorwerp hebben), opeisbaar zijn en vaststaand (effen) zijn ("wettelijke schuldvergelijking"), en treedt ze ook in wanneer de rechter in zijn beslissing een schuldvordering die nog niet effen was liquideert zodat daardoor aan die vereisten wordt voldaan (gerechtelijke schuldvergelijking). Is aan die vereisten niet voldaan, dan treedt er geen schuldvergelijking in, maar kan een schuldenaar mogelijks wel de betaling van zijn schuld opschorten wanneer hij een schuldvordering heeft die daarmee een band van wederkerigheid heeft, en hij niet verplicht is eerst na te komen; dan zitten we op het terrein van de opschortingsrechten, die we hier niet verder uitwerken, maar wel nog ter sprake komen bij het leerstuk van de schuldvergelijking na samenloop.

5. De werkelijkheid van het recht is evenwel iets genuanceerder dan de genoemde traditionele leer en uit een analyse van de rechtspraak en de praktijk blijkt dat de traditionele vereisten enerzijds te restrictief zijn en anderzijds ook bepaalde bijkomende vereisten uit het oog verliezen. Met name de vereiste dat de passieve vordering opeisbaar en vaststaand moet zijn, moet genuanceerd worden, en bij die nuance blijkt dat de schuldvergelijking ook kan intreden ingevolge een eenzijdige verklaring (van de schuldeiser van de actieve vordering). Omdat die nuancering vooral betrekking heeft op de vereisten waaraan de passieve schuldvordering moet voldoen, overloop ik de vereisten voor beide schuldvorderingen afzonderlijk. Aangezien de schuldvergelijking ook een beschikking over een onlichamelijk goed uitmaakt, onderscheid ik de verbintenisrechtelijke en de

goederenrechtelijke vereisten. De gemeenschappelijke vereiste van vergelijkbaarheid of vervangbaarheid alsook de regels inzake toerekening van betalingen bespreek ik hier niet nader.

1. Vereisten waaraan de actieve schuldvordering moet voldoen voor de samenloop

a. Verbintenisrechtelijke vereisten betreffende de actieve vordering: opeisbaarheid, liquiditeit

6. Om de eigen vordering betaald te krijgen door middel van de tegenvordering, moet deze actieve schuldvordering op verbintenisrechtelijk vlak in beginsel (d.i. voor de gewone schuldvergelijking) aan drie vereisten voldoen:

i. al opeisbaar zijn,

ii. nog opeisbaar zijn, en

iii. "vaststaand" (effen, liquide) zijn.

-
- 7. Wat de opeisbaarheid betreft, handelt de recente rechtspraak vooral over de gevallen waar een schuldvordering weliswaar niet is tenietgegaan, maar desondanks niet meer opeisbaar is:
 - - de schuldeiser van de door verschoonbaarheid niet meer opeisbare schuldvordering kan zich niet bij wijze van exceptie op schuldvergelijking beroepen³.

- of ook de schuldeiser van een verjaarde schuldvordering zich niet meer bij wijze van exceptie op schuldvergelijking kan beroepen, blijft betwist⁴. Duidelijk is wel dat de schuldvergelijking kan ingeroepen worden indien aan de vereisten ertoe voldaan was voor de verjaring intrad⁵.

8. Wat de vereiste liquiditeit betreft, is er geen uitvoerbare titel vereist, maar wel dat de schuldvordering "gemakkelijk en prompt effen kan worden gemaakt"⁶. Indien de betwisting onderzoeksmaatregelen vereist, wordt de liquiditeit meestal ontkend⁷. Maar men mag niet zover gaan om de schuldvergelijking te ontkennen louter en alleen omdat op het ogenblik van de samenloop de actieve schuldvordering betwist was. Het moet om een ernstige en

3 Bv. bij verschoonbaarheid van een gefailleerde kh. Leuven 13 september 2002, *RW* 2003-2004, 1274 (*in casu* belastingsschulden); kh. Brussel 18 oktober 2002, *TFR* 2003, 698 noot A. VOET.

4 Men zou een aanwijzing voor de stelling dat de schuldvergelijking wel nog kan, kunnen vinden in de regel dat een tegeneis strekkende tot schuldvergelijking nog voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld, ook zonder dat aan de voorwaarden voldaan is die daarbuiten gelden om een tegeneis voor het eerst in hoger beroep in te stellen (regel die we vinden in Cass. 10 april 1978, *Arr.* 917; Cass. 10 september 1982, *Arr.* 55; Cass. 4 december 1989, *Arr.* 467; Cass. 18 januari 1991, *Arr.* 525; Cass. 22 januari 2004, *RW* 2005-2006, 424 n. S. MOSSELMANS & Ph. THION, "De voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering").

5 Zie Cass. 24 april 1997, *TBH* 1997, 572.

6 Cass. 11 april 1986, *Arr.* 1985-86, nr. 490 = *RW* 1987-88, 1424 noot E. DIRIX = *Pas.* 1986 I 987 = *T.Aann.* 1988, 18 noot EMBRECHTS = *JT* 1987, 164.

7 Vb. vergoeding voor een wanprestatie waarover betwisting bestaat en waarvoor een deskundige wordt aangesteld, Hof Gent 22 december 2000, *TBH* 2002, 12.

schijnbaar gegronde betwisting gaan opdat de schuldvergelijking wordt verhinderd. M.i. dient men bij de uitleg van deze vereiste vooral de vraag te stellen of de belangen van de wederpartij geschaad worden wanneer een partij de schuldvergelijking inroept en de wederpartij de actieve schuldvordering betwist⁸.

9. Is de schuldvordering niet "effen", dan zal de schuldvergelijking vaak maar intreden door de rechterlijke beslissing erover (gerechtelijke schuldvergelijking), die deze "liquideert" of vaststelt. Waar in het eerste geval de rechter enkel vaststelt dat de schuldvergelijking reeds is tenietgegaan doordat de wettelijke vereisten reeds eerder vervuld waren (al dan niet mede dankzij een rechtshandeling van de partij die deze inroept - zie hieronder), en deze vaststelling dus "retroactief is", werkt de gerechtelijke schuldvergelijking niet terug (en moet ze dus in beginsel voor de samenloop plaatsvinden)⁹.

Daaruit volgt ook dat de wettelijke schuldvergelijking bij wijze van exceptie tegen een eis kan worden geldend gemaakt, terwijl de gerechtelijke schuldvergelijking een tegeneis veronderstelt (nl. tot vaststelling van de eigen schuldvordering). Indien de vorderingen evenwel samenhangend zijn, heeft de schuldeiser van de actieve schuldvordering wel ook een opschortingsrecht tegen de wederpartij en moet hij dus niet noodzakelijk een tegeneis instellen: hij kan zich dan verweren met zijn opschortingsrecht.

10. In het fiscaal recht gelden ten gunste van de fiscus ten dele afwijkende regels, zij het dat die begunstiging vooral speelt voor schuldvergelijking na samenloop (waarover verder meer) en minder uitgesproken is in de situatie voor samenloop. De mogelijkheid van art. 334 van de Programmawet 27 december 2004 (zoals gewijzigd bij art. 194 van de Programmawet van 22 december 2008) om elke som die een schuldenaar van de FOD Financiën moet worden betaald of teruggegeven "aan te wenden" tot betaling van een actieve schuldvordering van de FOD Financiën op die persoon, houdt weliswaar een schuldvergelijking in, maar bestaat enkel voor niet-betwiste actieve schuldvorderingen. Bij betwiste belastingschulden beschikt de fiscus wel over het recht op "aanwending" van schuldvorderingen van de belastingplichtige, maar enkel als bewarende maatregel (dit is de heersende interpretatie van art. 166 § 3 KB WIB¹⁰ en art. 8.1 § 3 van het KB nr. 4 van 29 december 1969 ter uitvoering van art. 76 § 1 III WBTW. Enkel bij douanerechten, accijnzen en gelijkgestelde rechten geldt de mogelijkheid tot een definitieve schuldvergelijking reeds zodra deze definitief verschuldigd zijn (art 312bis AWDA, ingevoegd bij Programmawet van 22 december 2008), ook bij betwisting.

8 Dit is het criterium dat gebruikt wordt in art. 13:102 PECL (*Principles of European Contract Law*) en art. III-6:103 DCFR (Ontwerp van gemeenschappelijk referentiekader, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf).

9 Traditioneel gaat men ervan uit dat bij gerechtelijke schuldvergelijking het vonnis daarom constitutief is, terwijl men ook zou kunnen beweren dat eenmaal de eigen vordering is vastgesteld, het vonnis verder ook enkel declaratief is.

10 Men kan er m.i. niet van uitgaan dat het gebruik van het woord "aanwending" in art. 334 Programmawet 27 december 2004 en de regeling daarvan zou inhouden dat daarmee de eerder bestaande "aanwendingsmogelijkheid" voor betwiste schulden zou zijn afgeschaft.

b. Goederenrechtelijke vereisten betreffende de actieve vordering: beschikkingsbevoegdheid

11. Verder moet de verrekenende partij ook bevoegd zijn om afstand te doen van de actieve vordering, en dus bevoegd zijn erover te beschikken. Is de verrekenende partij bevoegd om over de actieve schuldvordering te beschikken, maar niet voor eigen rekening, dan zal een beschikking erover door middel van verrekening toch leiden tot een bevrijding van de wederpartij. Dit zien we althans in het geval van de commissionair die de schuldvorderingen die hij op een wederpartij verkrijgt - en die verkrijgt hij in zekere zin voor rekening van zijn opdrachtgever - in rekening-courant verrekent; deze verrekening is volgens Art. 103 II FaillW wel tegenwerpelijk aan zijn opdrachtgever¹¹. Meer algemeen moet hetzelfde gelden wanneer de partij die de verrekening toepast schijnschuldeiser is van de actieve vordering (toepassing van art. 1240 BW).

2. Vereisten waaraan de passieve schuldvordering moet voldoen.

a. Verbintenisrechtelijke vereisten waaraan de passieve schuldvordering moet voldoen

1° Niet verrekenbare passieve schuldvorderingen

12. Op de eerste plaats kan herinnerd worden aan de gevallen waarin men de wederpartij niet door middel van schuldvergelijking diens schuldvordering kan ontnemen:

- wanneer diens schuldvordering niet vatbaar is voor beslag (zie verder);
- wanneer deze dat contractueel bedongen heeft (overeengekomen is dat die niet verrekenbaar is¹²) (in consumentenovereenkomsten is de uitsluiting van de mogelijkheid tot verrekening door de consument evenwel in beginsel een onrechtmatig beding, op de zwarte lijst geplaatst van art. 32, 14° WHPC 1991);
- of omdat verrekening een beloning van kwade trouw zou inhouden, wat met name het geval is bij een a) een passieve schuldvordering die niets anders is dan een schuldvordering tot teruggave wegens een betaling ontvangen na staking van betaling van de wederpartij (verdachte periode); een b) passieve schuldvordering tot teruggave van een zaak die de eigenaar wederrechtelijk is ontnomen (om te vermijden dat een schuldeiser bv. eerst geld gaat stelen bij zijn schuldenaar om vervolgens te verrekenen) of c) tot teruggave van iets dat in bewaring of in bruikleen is gegeven (art. 1293, 1° en 2° BW), in de twee laatste gevallen behoudens instemming van de wederpartij met een schuldvergelijking¹³. De rechtspraak past deze uitzondering evenwel niet toe op de verplichting van een lasthebber tot afdracht aan de

11 Zie hierover V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Intersentia Antwerpen 2003, nr. 787-788.

12 Zo ook Hof Brussel 6 oktober 1998, *AJT* 1998-99, 953 = *JLMB* 2000, 1326.

13 De beperking geldt inderdaad niet wanneer de schuldeiser van die vordering verrekent: Hof Brussel 6 oktober 1998, *AJT* 1998-99, 953 = *JLMB* 2000, 1326; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintennisrecht", *RW* 2004-2005, (1641) 1668.

lastgever van wat hij voor rekening van de lastgever heeft ontvangen; deze valt in het algemeen niet onder het verrekenverbod van art. 1293 BW¹⁴.

Alle andere soorten tegenvorderingen zijn in beginsel verrekenbaar. Zo bv. is een schuld tot volstorting van het kapitaal van een vennootschap in beginsel verrekenbaar met een - opeisbare - actieve schuldvordering op die vennootschap¹⁵.

2° Moet de passieve schuldvordering vaststaand en opeisbaar zijn of enkel betaalbaar ?

13. Zoals gezegd is er enige nuancering te bespeuren in de vereisten die men stelt aan de passieve schuldvordering, en met name de opeisbaarheid en liquiditeit daarvan. Bij nader toezien immers speelt het voldaan zijn aan deze vereisten (en voor de gewone schuldvergelijking die we hier bespreken betekent dat: voldaan zijn voor de samenloop)

14 Cass. 29 juni 2006, *RW* 2006-2007, 403 n. K. VANHOVE "Schuldvergelijking bij lastgeving", http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20060629-5. Eerder in die zin DE PAGE, *Traité*, III nr. 659; F. LAURENT, *Principes* XXVII nr. 523; R. CASSIN, *L'exception tirée de l'inexécution des rapports synallagmatiques*, Parijs 1914, 308.

De vraag kwam zijdelings aan bod in Cass. 7 maart 2003, *RW* 2004-2005, maar daar betrof het juist de vraag of men een onderhoudsplicht kon verrekenen met een verplichting tot afgifte van voor rekening van de wederpartij geïnde gelden. Het Hof oordeelde dat verrekening met de onderhoudsplicht niet kan (art. 1293, 3° BW, zie hoger), zonder in te gaan op de vraag of niet ook de andere vordering van verrekening was uitgesloten door art. 1293 BW en of in bevestigend geval de *ratio legis* niet juist inhoudt dat wanneer beide vorderingen niet door verrekening mogen worden tenietgedaan, zij elkaar juist wel kunnen tenietdoen.

Het verrekenverbod zou volgens sommigen wel gelden wanneer de lasthebber de gelden in bewaring heeft gekregen om ze uit te keren nadat is uitgemaakt wie recht heeft op de uitbetaling (nadat de voorwaarde is vervuld waaronder een mogelijke begunstigde effectief gerechtigd wordt), zoals het geval kan zijn bij een kwaliteitsrekening (E. DIRIX & V. SAGAERT, "De kwaliteitsrekening herbezocht", *TPR* 2004, (263) 272; K. VANHOVE "Schuldvergelijking bij lastgeving", n. onder Cass. 29 juni 2006, *RW* 2006-2007, 403); nochtans is het argument dat het om een zekerheidstechniek gaat m.i. niet doorslaggevend - de zekerheidsratio speelt omwille van een betwisting tussen de mogelijke begunstigten onderling, en niet t.a.v. de tussenpersoon (*escrowee*, titularis van de kwaliteitsrekening e.d.).

Een verplichting van een lasthebber tot afdracht zou wel onder het verrekenverbod vallen als de afdracht betrekking heeft op de inning van een vordering die niet voor overdracht aan en beslag door die schuldeiser vatbaar was (bv. bij een incassomandaat voor loonvorderingen onder de beslaggrens). Een ander voorbeeld betreft de lastgeving die zou gebruikt worden om het verbod van parate executie te omzeilen, met name een beding waarbij de schuldeiser volmacht krijgt om een of meer goederen van zijn schuldenaar te verkopen (en de koopprijs te innen). Immers, art. 2078 BW bepaalt dat een pand alleen met rechterlijke toestemming mag worden verkocht door de pandgever; bij onroerend goed bepaalt art. 1626 Ger.W. dat het beding dat de schuldeiser bij niet-nakoming van de jegens hem aangegane verbintenissen het recht heeft de onroerende goederen van zijn schuldenaar te doen verkopen zonder inachtneming van de formaliteiten voorgeschreven voor het uitvoerend beslag op onroerend goed, als niet bestaande wordt beschouwd. Het inlassen van een volmacht tot verkoop van een onroerend goed aan een derde maakt dergelijk nietig beding zeker niet geldig.

15 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.

maar een rol wanneer de schuldenaar daarvan géén beroep heeft gedaan op schuldvergelijking (voor de samenloop). De schuldeiser van een opeisbare (en vaststaande) actieve schuldvordering kan namelijk perfect de schuldvergelijking inroepen zodra zijn schuld (de passieve schuldvordering) *betaalbaar* is. Dit wil zeggen dat er geen termijnbepaling is ten gunste van de schuldeiser van die schuld/tegenvordering (waardoor deze erop kan staan dat ze pas na het verstrijken van die termijn betaald wordt, en niet eerder).

Het komt natuurlijk zelden voor dat er een termijn is ten gunste van de schuldeiser, behalve bij vorderingen waarvoor een interest is bedongen gedurende een bepaalde periode. De vraag rijst of die termijn kan verhinderen dat de schuldenaar desondanks schuldvergelijking toepast; wel zal hij zich daarmee niet kunnen bevrijden van de hogere interest die op de aldus tenietgegangene vordering verschuldigd is voor de resterende termijn. Onder dat voorbehoud moet de schuldvergelijking dus mogelijk zijn.

Zodra de passieve schuldvordering betaalbaar is, kan de schuldenaar daarvan tot schuldvergelijking overgaan; daarmee doet hij immers afstand van de niet-opeisbaarheid van die schuldvordering¹⁶. Aldus kan men niet stellen dat een niet opgevraagde volstorting van het kapitaal van een vennootschap nog niet verrekenbaar is, omdat ze nog niet opeisbaar is¹⁷.

Ook heeft de vereiste van het effen of vaststaand zijn hier geen betekenis: wanneer iemand schuldvergelijking inroept, impliceert dat dat hij de eigen schuld tot beloop van de schuldvergelijking erkent en dat deze dus voldoende vaststaat.

Dit komt er feitelijk op neer dat de persoon die een opeisbare en vaststaande vordering heeft en wiens schuld betaalbaar is, de schuldvergelijking door éézijdige verklaring kan teweegbrengen (door zich te betalen met de tegenvordering, mits ze voor beslag vatbaar is). De traditionele Belgische doctrine schijnt die mogelijkheid niet te kennen¹⁸, maar ze is perfect in overeenstemming met ons recht. Het is wel zo dat de schuldvergelijking hier eerst door die verklaring intreedt, en dat men niet achteraf (bv. nadat er een samenloop is ontstaan) de schuldvergelijking retroactief kan toepassen¹⁹.

b. Vatbaarheid voor beslag

14. Aangezien de schuldvergelijking ook een uitwinning inhoudt van de passieve schuldvordering, een wijze om zichzelf daarmee te betalen, is ook vereist dat die

16 In dezelfde zin ook E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1659.

17 Terecht oordeelde Hof Gent 25 juni 2007, *TBH* 2008, 731 n. S. LOOSVELD = *RABG* 2008, 1000 n. R. HOUBEN = *RW* 2007-2008, 1292, dat van de termijn afstand kan worden gedaan.

18 Zie evenwel enigszins vergelijkbaar de leer van de "facultatieve schuldvergelijking" bij F. LAURENT, *Principes*, p. 480-483 nr. 468-472 en DE PAGE, *Traité* III, nr. 664.

19 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.

tegenvordering vatbaar is voor beslag. Art. 1293, 3° BW (onderhoudsvorderingen) noemt slechts een bijzonder geval van deze meer algemene uitzondering²⁰.

- - Naar analogie met de verder besproken schuldvergelijking bij verknochte vorderingen, zou de schuldvergelijking wel mogelijk moeten zijn voor verknochte vorderingen, waartussen er een voldoende juridische samenhang bestaat. In dat geval beschikt men immers over een exceptie van niet-uitvoering. Deze regel wordt toegepast bij schuldvergelijking met onderhoudsvorderingen van de wederpartij tot betaling van onderhoudsschulden van diezelfde wederpartij; in de praktijk gaat het dan meestal om schulden tot terugbetaling van eerder teveel ontvangen onderhoudsuitkeringen²¹.
 - Niet beslagbaar zijn ook de belastingvorderingen van de fiscus; waar deze laatste kan overgaan tot schuldvergelijking met een verplichting tot teruggave van belastingen, kan omgekeerd de belastingplichtige die ook recht heeft op teruggaven, niet éézijdig tot schuldvergelijking overgaan. Deze uitzondering ten gunste van de fiscus geldt evenwel niet voor de inningsinstellingen van de sociale zekerheid²².

c. Goederenrechtelijke vereisten voor de passieve schuldvordering: inningsbevoegdheid van de wederpartij

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

20 Duidelijker verwoord betekent dit dat men zichzelf maar met een onderhoudsvordering van de tegenpartij kan betalen voor het gedeelte van die schuldvordering boven de onbeslagbare minima van art. 1409 Ger.W.: Cass.7 maart 2003, *RW* 2004-2005, 225.

21 Inhouding, en dus schuldvergelijking, werd aanvaard door Hof Gent 17 februari 1995, *RW* 1995-96, 643, doch verworpen door Rb. Mechelen 23 november 2001, *RABG* 2003, 119 noot M. GOVAERTS.

De samenhang werd niet aanvaard tussen teveel betaalde onderhoudsuitkeringen van voor de echtscheiding en onderhoudsgelden verschuldigd na de echtscheiding door Hof Gent 26 maart 1996, *TGR* 2000, 111; zij werd in Besl. Nijvel 19 maart 2003, *Divorce Act.* 2004, 24 n. J.-C. BROUWERS, ten onrechte niet aanvaard tussen wederzijdse onderhoudsschulden van de ene ouder voor een minderjarig kind en die van de andere ouder voor een ander minderjarig kind (met het verkeerde argument dat de onderhoudsvordering van de ene ouder jegens de andere de uitoefening zou zijn van een schuldvordering van het kind jegens die andere ouder, wat in strijd is met art. 203bis BW - zie verder de noot van J.-C. BROUWERS).

Zie over deze vraag ook J.-L. LEDOUX, "Les saisies - Chronique de jurisprudence", *JT* 1989, p. 632 nr. 53; J.C. BROUWERS, "Exécution provisoire et réformation subséquent: quelques réflexions, spécialement en matière alimentaire", Noot onder Hof Antwerpen 27 juni 2000 en Rb. Brussel 16 juni 2000, *Divorce actualité* 2001, 81 v.; A. VAN OEVELEN, *RW* 2004-2005, (1641) 1668 nr. 56.

22 Arbeidshof Brussel 9 juli 1993, *Soc. Kron.* 1994, 217; Beslagr. Brussel 13 mei 2005, *RW* 2005-2006, 1066 n. M. de THEIJE "Fiscale schuldvergelijking"; Arbeidshof Antwerpen-Hasselt 14 februari 2007, *RW* 2008-2009, (829) 835.

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

16. Dit vereiste brengt precies met zich mee dat men in beginsel niet meer kan verrekenen 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. 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. Hetzelfde geldt 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, maar deze gevallen worden in deze bijdrage niet nader besproken.

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.

17. 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 in beginsel niet betalen met en dus bevrijden van een tegenvordering die weliswaar op naam staat 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.

Ook dit spoort met de regels inzake derdenbescherming: de rekeningvoerende instelling kan verrekenen met tegoeden van de rekeninghouder waarvan zij niet wist noch behoorde te weten dat ze voor andermans of gemene rekening (en dus *qualitate qua*) werden aangehouden. Een dergelijke verrekening geldt, wanneer aan de andere vereisten is voldaan, als een - bevrijdende - betaling aan de schijnschuldeiser.

Bij actieve solidariteit van de tegenvordering hoeft de verrekenende partij evenmin rekening te houden met de interne verhouding tussen de schuldeisers, die hun respectievelijke eigendomsrechten bepaalt. Vermits elk van de hoofdelijke schuldeisers bevoegd is de gehele schuldvordering in eigen naam te innen, kan de wederpartij verrekenen met een eigen vordering op één van hen.

d. In welke zin treedt de schuldvergelijking van rechtswege in ?

18. Traditioneel zegt men dat de schuldvergelijking van rechtswege intreedt ("wettelijke schuldvergelijking"; *ipso iure compensatur*) (art. 1289-1290 BW), zodra beide schuldvorderingen opeisbaar en effen zijn. Dit moet echter genuanceerd worden²³.

a) Een partij kan wel afstand doen van de schuldvergelijking; dan wordt deze geacht nooit te zijn ingetreden²⁴, behalve dat dit geen afbreuk kan doen aan de rechten van derden (art. 1299 BW). Voor de afstand gelden de criteria van het gemeen recht; het aangeven van de actieve vordering in het faillissement geldt niet als afstand van de reeds ingetreden wettelijke schuldvergelijking²⁵. Betaling van de actieve schuldvordering houdt wel afstand in.

b) Schuldvergelijking treedt maar in indien (niet: wanneer) een van de partijen ze inroept²⁶ (art. 1294 BW gebruikt overigens de uitdrukking dat men (de tegenvordering) "in vergelijking brengt"). Wel is het zo dat indien de schuldvergelijking wordt ingeroepen, ze terugwerkt tot op het ogenblik waarop aan de wettelijke vereisten was voldaan²⁷ - ook indien er intussen reeds een samenloop zou zijn ontstaan, of de eigen schuldvordering intussen zou zijn verjaard, tenzij er afstand was gedaan van de schuldvergelijking.

C. TWEDE SITUATIE: NA OPSCHORTING ONDER DE WET CONTINUÏTEIT ONDERNEMINGEN (WCO)

19. De opening van de procedure van gerechtelijke organisatie en de daarmee gepaard gaande "opschorting" (van de middelen van tenuitvoerlegging) doet in beginsel géén samenloop van schuldeisers ontstaan en heeft dus in beginsel ook geen invloed op de mogelijkheid van verrekening²⁸.

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

23 In die zin ook (mijn stellingen overnemende) Arbeidshof Antwerpen-Hasselt 14 februari 2007, *RW* 2008-2009, (829) 834.

24 Vgl. DE PAGE, *Traité*, III nr. 619; Cass. 19 februari 1979, *Pas.* I, 722; Hof Luik 28 maart 1988, *JLMB* 1998, 1036; Hof Gent 18 mei 1994, *RW* 1994-95, 1197 n. E. DIRIX, "Afstand van de bevoegdheid tot compensatie"; Hof Antwerpen 10 maart 1997, *RW* 1997-98, 1024; Hof Brussel 6 oktober 1998, *AJT* 1998-99, 953 = *JLMB* 2000, 1326.

25 Hof Gent 14 december 2000, *TBH* 2001, 542; Hof Antwerpen, 10 maart 1997, *RW* 1997-98, 1024; Hof Luik 18 december 1997, *TBH* 1998, 251 n. W. DERIJCKE; Arbeidshof Antwerpen 14 februari 2007, *RW* 2008-2009, (829) 834; E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak. Zekerheden", *TPR* 2004, (1163 v.) nr. 68.

Anders: Kh. Gent 25 juni 1998, *TBH* 1999, 348; kh. Kortrijk 21 mei 2001, *RW* 2002-2003, 311.

26 DE PAGE, *Traité* III, p. 594-595, nr. 619; F. LAURENT, *Principes*, p. 306 nr. 481.

27 Zo bv. uitdrukkelijk Hof Bergen 13 februari 2003, *JT* 2004, 764. Vgl. DE PAGE, *Traité* III nr. 619.

28 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.

art. 334 Programmawet 2004²⁹). Overeenkomsten tot contractuele schuldvergelijking (nettingovereenkomsten) gesloten voor de opschorting (of in de onwetendheid daarover) behouden hun werking voor alle schuldvorderingen die voor de opschorting zijn ontstaan (vgl. *infra*), ook in geval van zo'n collectief akkoord³⁰. Omgekeerd zal de schuldvergelijking bij niet-verknochte schuldvorderingen niet meer mogelijk zijn op passieve schuldvorderingen die reeds in pand waren gegeven (vgl. hierboven).

20. Een inperking geldt er wel voor verrekening met een passieve schuldvordering van de schuldenaar in reorganisatie, die eerst na de opschorting is ontstaan. 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. Dit vereiste van samenhang is hetzelfde als voor de schuldvergelijking na samenloop en wordt verder nader besproken. De mogelijkheid bestaat vooreerst bij nieuwe (passieve) schuldvorderingen uit lopende overeenkomsten (dat volgt ook reeds uit art. 36 WCO), maar is daar niet toe beperkt.

21. 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 schuldvergelijking³¹ - zowel met passieve schuldvorderingen die voor de opschorting zijn ontstaan als met passieve schuldvorderingen die tijdens de opschorting zijn ontstaan).

22. 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 tot samenhangende schuldvorderingen, net zoals bij andere gevallen van samenloop (zie verder).

D. DERDE SITUATIE: ACTIEVE SCHULDVORDERING IS EEN BOEDELVORDERING

23. Schuldvergelijking na samenloop is op de eerste plaats 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 2006³² dat de schuldeiser van een boedelschuld deze kan verrekenen met een schuld aan

²⁹ 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.

³⁰ 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. 15.

³¹ 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.

³² Cass. 25 september 2006, rolnr. C.05.0487F, *H.J. t. Cavenaille en Bodeus q.q. curatoren fail.* *ENGBAT*, *RW* 2006-2007, 1561 n. R. HOUBEN "Schuldvergelijking: opeisbaarheid, samenloop en volstorting" = *JT* 2007, 546 =

de boedel (ontstaan voor de samenloop), aangezien de boedelschulden in beginsel buiten de samenloop vallen (geen 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)³³.

E. VIERDE SITUATIE: REEDS EEN PANDRECHT OP DE PASSIEVE SCHULDVORDERING

24. 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 tegenvordering. Die tegenvordering 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 is 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 2008³⁴.

F. SCHULDVERGELIJKING NA SAMENLOOP

1. Beginsel

25. Om de hoger reeds genoemde reden kan men naar Belgisch recht³⁵ niet meer verrekenen (eigenlijke schuldvergelijking) nadat de passieve schuldvordering (tegenvordering) (waarvan de partij die de schuldvergelijking inroept zich wil bevrijden en er dus zichzelf mee betalen) onder een beslag of andere vorm van samenloop valt, tenzij de schuldvergelijking reeds voordien is ingetreden (of de schuldeiser reeds voordien een pandrecht heeft verkregen op de tegenvordering). Dit geldt bij alle vormen van samenloop,

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.

33 O.m. V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, p. 234 nr. 17. In het cassatie-arrest van 25 september 2006 ging het om 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.

34 <http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2008/2008-167n.pdf>

35 Het recht dat op de tegenvordering van toepassing is bepaalt in beginsel of er nog schuldvergelijking na samenloop mogelijk is; de *lex concursus* kan daaraan geen afbreuk doen (art. 6 Vo. 1346/2000 op de insolventieprocedures).

zoals faillissement, derdenbeslag³⁶, ontbinding-vereffening van de schuldeiser-rechtspersoon³⁷, alsook de oude procedure van gerechtelijk akkoord. De reden is niet dat schuldvergelijking een middel van tenuitvoerlegging zou zijn, maar wel dat andere schuldeisers al eerder rechten hebben verworven op de passieve schuldvordering (althans geacht worden te hebben verkregen) (art. 1298 BW), of nog correcter dat de titularis van de passieve schuldvordering zijn inningsbevoegdheid verloren is (die overgegaan is op de samenlopende schuldeisers)³⁸.

Ook wanneer de actieve schuldvordering opeisbaar wordt door de samenloop (bv. ingevolge een verval van tijdsbepaling) maar eerst dan, kan men zich niet meer beroepen op schuldvergelijking met een schuld aan de wederpartij³⁹.

Omgekeerd kan de bewindvoerder van de ene partij wel de schuldvergelijking inroepen met een tegenvordering van de andere partij (dan wel de door de tegenpartij ingeroepen schuldvergelijking aanvaarden, in welk geval er een conventionele schuldvergelijking plaatsvindt⁴⁰).

In de volgende afdeling bespreken we of een overeenkomst tot schuldvergelijking of andere "nettingovereenkomst" tegenwerpelijk is aan de samenloop; hier bespreken we de andere uitzonderingen op dit beginsel.

2. Eerste uitzondering: art. 2, 1 n RL Financiële zekerheidsovereenkomsten

26. Op de eerste plaats is het Belgische recht nog steeds niet in overeenstemming gebracht met art. 2, 1 n *inuncto* 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 samenloop⁴¹.

36 E. DIRIX, "Overzicht Zekerheden", *TPR* 2004, p. (1163) 1209 nr. 62; V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen inzake Verbintenissenrecht*, p. (223) 225.

37 DE PAGE, *Traité*, III nr. 649; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht* III (2007), nr. 643; Bv. Hof Antwerpen 17 april 2001, *RW* 2002-2003, 301; Hof Brussel 14 november 1996, *JT* 1997, 182.

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

39 Indien de eigen schuldvordering eerst opeisbaar wordt door de samenloop, is de schuldvergelijking in beginsel niet tegenwerpelijk aan de boedel: Hof Luik 7 april 2000, *TBH* 2001, 540; E. DIRIX, "Overzicht Zekerheden", *TPR* 2004, (1163) nr. 62.

40 Zie bv. kh. Kortrijk 22 februari 2008, *Justel* N-20080222-5.

41 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.

3. Tweede uitzondering: verrekening van connexe vorderingen na samenloop

a. Grondslag en vereisten

27. Het is vaste rechtspraak⁴² dat de schuldeiser die een vordering heeft die samenhangt met of *nauw verband* houdt met de passieve schuldvordering van de insolvente schuldenaar 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. Strikt geredeneerd gaat het hier slechts om een opschortingsrecht of retentierecht⁴³: de schuldenaar van de passieve schuldvordering kan de betaling daarvan inhouden zolang een daarmee samenhangende schuld van de wederpartij niet wordt nagekomen. Verbintenisrechtelijk spreekt men van een *exceptio non adimpleti contractus* of meer algemeen een opschortingsrecht (er kan ook samenhang zijn buiten een wederkerige overeenkomst om), in goederenrechtelijk perspectief verleent dat een retentierecht op de tegenvordering van de wederpartij. Net zoals men bij roerende zaken van een pandrecht spreekt wanneer de zekerheid bedongen is en van een retentierecht wanneer ze uit de aard van het verband voortvloeit, onderscheiden we ook hier tussen conventioneel bedongen samenhang, die verder besproken wordt, en een retentierecht dat pragmatisch opgelost wordt in een schuldvergelijking.

Deze mogelijkheid van schuldvergelijking is evenwel geen “executie” in enge zin, en wordt dus niet opgeschort door de samenloop⁴⁴.

28. Deze regel geldt niet enkel bij faillissement, maar bij alle vormen van samenloop, zoals vereffening van een rechtspersoon⁴⁵, collectieve schuldenregeling⁴⁶, oude procedure van gerechtelijk akkoord⁴⁷.

42 Minstens sedert Cass. 7 november 1935, *Pas.* I 44 met concl. P.g. P. Leclercq. Zie verder onder meer 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”.

43 Die grondslag werd reeds gegeven door R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, 327; L. 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 nog niet zonder kritiek), bv. E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, 1657 v.

44 Rb. Gent 21 mei 2001, *RW* 2002-2003, 1590.

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

46 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'.

47 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.

29. Voor dit opschortingsrecht geldt, vergeleken met de gewone schuldvergelijking, de bijkomende vereiste van samenhang, maar daartegenover staat dat aan sommige andere vereisten niet moet voldaan zijn, met name:

- is het niet vereist dat de eigen vordering vaststaand is;
- is dit ook mogelijk nadat de eigen vordering verjaard is;
- is dit ook mogelijk indien de tegenvordering niet voor beslag vatbaar is, althans wanneer beide vorderingen strikt wederkerig zijn (elkaars tegenprestatie).

Voor de opschorting is immers niet vereist dat de eigen vordering reeds vaststaand en opeisbaar is; wel zal de schuldvergelijking pas definitief intreden op het ogenblik waarop de eigen vordering reeds vaststaand en opeisbaar is. Dat intreden kan trouwens het gevolg zijn van bepalingen uit een eerdere overeenkomst tot schuldvergelijking - zoals voortijdige salderingsbedingen ("close-out-bedingen") die een "*default netting*"⁴⁸ mogelijk maken, of door het verval van tijdsbepaling in geval van faillietverklaring.

Wel is vereist dat (b) beide schuldvorderingen voor de samenloop zijn ontstaan - behoudens een enkele uitzondering - en (c) dat ze samenhangend (verknocht) zijn. Deze twee vereisten bespreken we nu nader.

b. Vereiste dat beide schuld(vordering)en zijn ontstaan voor de samenloop; uitzonderingen op dat vereiste

1° Regel: beide schuldvorderingen ontstaan voor de samenloop

30. Behalve wat betreft boedelschulden (actieve schuldvorderingen op de boedel) - die hoger reeds besproken worden - is vereist dat beide schuldvorderingen ontstaan zijn voor de samenloop⁴⁹, ook al is voordien nog niet aan alle andere vereisten voor schuldvergelijking voldaan. Dit werd recenter bevestigd in twee principiële cassatie-arresten van 24 juni 2010⁵⁰.

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 uitoefenen⁵¹. 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.

48 *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.

49 Kh. Brussel 14 juli 1999, *TBH* 2000, 433; V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, p. (223) 234 v.

⁵⁰ 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, beiden in een fiscale zaak maar principieel verwoord.

⁵¹ 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.

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

2° Uitzondering: soms zelfs verrekening met verknochte passieve schuldvorderingen ontstaan na de samenloop

31. Voor passieve schuldvorderingen die ontstonden tijdens een procedure van gerechtelijk akkoord aanvaardde de rechtspraak een belangrijke uitzondering op deze regel, met name in het cassatie-arrest van 7 april 2006, *Durobor*. Zo kon een schuldvordering ingediend in een gerechtelijk akkoord (schuld in de boedel) toch verrekend worden met een schuld aan de boedel die uit dezelfde overeenkomst ontstaat door de voortzetting ervan tijdens de observatieperiode⁵² (boedelvordering). Zoals een commentator schreef "continuïteit schept connexiteit" (of nauwkeuriger: de continuïteit van de overeenkomst verhindert dat de bestaande connexiteit niet zou doorlopen na de samenloop). Hierbij kan men wel de vraag stellen of het in het *Durobor*-arrest wel om een later ontstane schuldvordering ging en niet veeleer om een reeds eerder ontstane schuldvordering onder termijn of voorwaarde⁵³.

Onder de nieuwe WCO ontstaat er in beginsel zelfs geen samenloop meer in de periode van opschorting, en blijft schuldvergelijking in beginsel mogelijk wanneer de passieve vordering voor de opschorting is ontstaan; is die later ontstaan, dan blijft de verrekening mogelijk tussen een actieve schuldvordering in de opschorting en een schuld aan de boedel (d.i. een passieve schuldvordering ontstaan tijdens de opschorting) wanneer beiden samenhangend zijn (art. 34 WCO - zie de bespreking hoger).

c. De vereiste samenhang

1° Wettelijk geregelde gevallen

32. Art. 334 van de Programmawet van 27 december 2004 (verder nader besproken) zou men kunnen beschouwen als een wettelijk vastleggen van de samenhang van fiscale schulden en schuldvorderingen van de fiscus, ware het niet dat die samenhang enkel door de fiscus en niet door de belastingplichtige kan worden ingeroepen.

35. De Wet hypothecair krediet schrijft bepaalde vormen van schuldvergelijking na samenloop voor bij insolventie van de verlener van het hypothecair krediet, dit ter bescherming van de kredietnemer. Zie art. 5, 2° lid 5 WHK (hypothecaire lening met

⁵² 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, verwerping voorziening tegen Hof Bergen 28 juni 2004, *JLMB* 2004, 1451; Cass. 1 juni 2006, *BASF t. Euroftal* = *RW* 2006-2007, 565 n. V. SAGAERT "Schuldvergelijking en gerechtelijk akkoord: continuïteit schept connexiteit", verbreking Hof Gent 26 april 2004, *NjW* 2004, 1101 = *TBH* 2005, 276. Bespreking van beide arresten door T. HURNER, "L'hypothèse de la compensation après concordat et en cas de concours successifs", *JT* 2006, 633 v.

⁵³ Zoals terecht opgemerkt door R. HOUBEN, *TBH* 2008, (679) 684.

restitutie van kapitaal (verzekeringsformule)) en art. 17 WHK (deel van het geleende bedrag is in pand bij de kredietverlener: samenhang tussen de schuld van de kredietnemer-consument en de schuld van de insolvente kredietgever tot teruggave van in pand gekregen geldsommen en hun interest).

2° Andere gevallen van samenhang

36. Gezien het onlichamelijk karakter van een schuldvordering kan de samenhang bij schuldvorderingen - anders dan bij retentierecht op zaken (d.i. lichamelijke goederen) waar er sprake kan zijn van een objectieve band tussen de verzekerde schuldvordering en de zaak waarop retentie wordt uitgeoefend - enkel een juridische samenhang zijn. Dit betekent dat beide schuldvorderingen in beginsel als elkaars tegenprestatie moeten bedongen zijn of in plaats daarvan komen⁵⁴ of anderszins als wederkerig gelden. De rechtspraak is deze laatste vereiste in de jongste decennia steeds ruimer gaan interpreteren (waarbij we het hier niet hebben over zaken waarin er een nettingovereenkomst werd gesloten, zie daarvoor verder), zoals moge blijken uit de volgende concrete uitwerking⁵⁵.

37. Voorbeelden van samenhang:

- er is samenhang tussen elke schuldvordering van een insolvente kredietverlener en diens verplichting tot restitutie van een ontvangen borgsom of soortgelijke geldsom;
- er is samenhang tussen de aanspraak van een aannemer tot betaling van de aannemingsom en de aanspraak van de bouwheer tot vergoeding wegens gebrekkige uitvoering⁵⁶; en meer algemeen tussen de primaire verplichtingen van de ene partij uit een contract en de verplichtingen voortvloeiend uit wanprestatie van de andere partij;
- er is samenhang tussen de schuldvordering van de verzekeraar tot betaling van de premies en de door de verzekeraar verschuldigde vergoeding uit dezelfde verzekeringsovereenkomst⁵⁷;
- er is samenhang tussen de restitutie- en schadevergoedingsverbintenissen die voortvloeien uit de ontbinding van een overeenkomst wegens wanprestatie⁵⁸;

38. Er is anderzijds géén samenhang aanvaard (tenzij uitdrukkelijk bedongen):

54 Vgl. de retentierechten op zaken, waarbij onderscheiden wordt tussen het retentierecht van de vervreemder (juridische verknochtheid, volkomen synallagma) en dat gegrond op de objectieve verknochtheid (*debitum cum re iunctum*).

55 Zo ook 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) nr. 4; V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, 226.

56 Cass. 7 december 1961, *Pas.* I 440; Hof Brussel 9 oktober 1987, *TBH* 1988, 470.

57 P. COPPENS & F. 't KINT, "Examen de jurisprudence", *RCJB* 1997, 371 nr. 74.

58 Hof Luik 29 oktober 2002, *JLMB* 2003, 975, waartegen de voorziening werd verworpen door Cass. 7 mei 2004, nr. C.03.0258.F, *faill. Curver Lawn Comfort t. Engel Vertriebsgesellschaft*, *Arr.* 2004, 799 = *TBH* 2004, 716; V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, (223) 229. Zie ook (*obiter dictum*) Zie Cass. 9 maart 2000, *Arr.Cass.* 2000, 544 = *Pas.* 2000 I 164.

- tussen de aanspraak van een aannemer tot betaling van de aannemingsom en de aanspraak van de bouwheer tot terugbetaling van de door hem rechtstreeks aan de RSZ betaalde bijdragen (omdat het om een niet erkende aannemer ging)⁵⁹ (betwistbaar !);
- tussen de terugvordering van teveel betaalde pensioen en het uit te keren pensioen voor een andere periode⁶⁰;
- tussen een verbintenis wegens precontractuele aansprakelijkheid van de ene partij en de verbintenis tot betaling van de koopprijs van de andere partij (betwistbaar)⁶¹.

39. De rechtspraak is verdeeld over de vraag of er samenhang is tussen de schuldvordering van de failliete vennootschap tot volstorting van kapitaal(saandelen) en een schuldvordering van de aandeelhouder tot terugbetaling van aan de vennootschap ter beschikking gestelde gelden⁶² (in de veronderstelling natuurlijk dat de schuldvergelijking niet reeds is ingetreden voor de samenloop⁶³), maar neigt ertoe deze te aanvaarden. Samenhang werd ook aanvaard tussen de volstortingsvordering van de gefailleerde vennootschap en de contractuele schuldvordering van de bestuurder tot schadevergoeding voor door de

59 Hof Antwerpen 27 mei 1997, *RW* 1998-99, 91.

60 Rb. Gent 21 mei 2001, *RW* 2002-2003, 1590.

61 Hof Bergen 8 maart 2004, waartegen de voorziening in cassatie werd verworpen door Cass. 30 september 2005, *Pas.* 2005, 1782 = http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20050930-7.

62 Samenhang aanvaard door Kh. Brussel 25 januari 2000, *RPS* 2001, 315 (in een geval van een BVBA, met het argument dat kapitaal en voorschotten dezelfde economische functie hebben); Hof Luik 14 april 2005, *RPS.* 2004, 313 n. R. AYDOGDU & O. CAPRASSE = *RRD* 2005, 227; Hof Gent 25 juni 2007, *RW* 2007-2008, 1292 = *RABG* 2008, 96 n. S. LOOSVELD = *TBH* 2008, 731 n. R. HOUBEN; Hof Luik 6 december 2007, *TBH* 2010, 259 n. J. EMBRECHTS (wel samenhang voor ter beschikking gestelde gelden, geen samenhang met schuldvorderingen tot betaling van bezoldigingen of geleverde diensten); Hof Luik 10 april 2008, *TBH* 2010, 262; Hof Antwerpen 10 december 2009, *RABG* 2010, 176 = *TBH* 2010, 266 (betraf eigen gelden ter beschikking gesteld van de vennootschap en geen niet-opgenomen bezoldigingen).

Contra: Samenhang verworpen met schuldvordering uit rekening-courant in Hof Luik 27 februari 1996, *TRV* 2002, 528; in Hof Brussel 15 september 2000, *JT* 2001, 91; in Hof Gent 6 september 2000, *TRV* 2001, 258 n. M. WYCKAERT; samenhang verworpen met de schuldvordering uit door de aandeelhouder zelf geleende gelden in Hof Antwerpen 19 februari 2001, *RW* 2001-2002, 1438; kh. Brussel 11 september 2003, *DAOR* 2003, 68; Hof Brussel 29 oktober 2004, *RPS* 2005, 123; samenhang verworpen in een geval van bankkredieten waarin de aandeelhouder gesubrogeerd was doordat hij de bank als borg heeft uitbetaald in Hof Bergen 13 november 2006, *JLMB* 2007, 969; in Hof Brussel 5 december 2006, *RW* 2007-2008, 408; verwerping van de samenhang verder ook nog en kh. Tongeren 19 februari 2009, *RW* 2008-2009, 1778. In Kh. Brussel 22 april 1997, *TRV* 2002, 534 werd de schuldvergelijking verworpen, maar enkel ingegaan op de vraag of ze reeds ingetreden was op datum van faillissement.

Zie meer algemeen over de betwistingen m.b.t. de volstortingsplicht D. HERBOSCH, "Betwistingen naar aanleiding van volstortingsvorderingen ingesteld door de curator", n. onder kh. Dendermonde (Sint-Niklaas) 24 januari 1995, *TRV* 2002, 540-544; R. HOUBEN, "Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop", *TBH* 2008, 733 v.

63 In Hof Gent 18 mei 1994, *RW* 1994-95, 1197 n. E. DIRIX "Afstand van de bevoegdheid tot compensatie", was aanvaard dat de volstortingsplicht in de regel opeisbaar is en er in beginsel schuldvergelijking was ingetreden voor samenloop, maar dat de aandeelhouder daar afstand van had gedaan door zijn (tenietgegane) schuld te betalen na de samenloop.

activiteiten van de gefailleerde aan de (onroerende) goederen van de bestuurder veroorzaakte schade (in casu bodemverontreiniging)⁶⁴.

40. De meeste betwisting bestaat er over de samenhang tussen de schuldvordering uit één overeenkomst en de schuld in een andere overeenkomst met dezelfde wederpartij, tenzij partijen bedongen dat beide overeenkomsten een ondeelbaar geheel vormen⁶⁵. Zo is de rechtspraak verdeeld over tussen een vordering wegens een geldlening aan een verzekeringsmakelaar of wegens door hem geïnde premies enerzijds en de aan die makelaar verschuldigde commissies anderzijds⁶⁶.

41. Er is niet automatisch dergelijke samenhang tussen meerdere afzonderlijke rekeningen bij eenzelfde financiële instelling (of tussen een krediet enerzijds en een zichtrekening anderzijds⁶⁷), doch daar zal de bank ook na de samenloop de verrekening kunnen invoeren indien voordien de ondeelbaarheid van alle rekeningen was overeengekomen (voor de verklaring hiervan, zie de bespreking verderop als een vorm van externe werking van interne mechanismen).

42. Besluit: De rechtspraak lijkt het begrip samenhang meestal vrij ruim te interpreteren⁶⁸. Zo werd in het cassatie-arrest van 25 mei 1989 beslist dat de feitenrechter samenhang kan aanvaarden tussen de contractuele vordering uit een kredietovereenkomst tot terugbetaling van de uitgeleende bedragen en de buitencontractuele vordering van de kredietnemer wegens aansprakelijkheid van de kredietverlener⁶⁹. Dat de samenhang ruimer wordt begrepen dan de samenhang vereist voor een retentierecht op een lichamelijke zaak⁷⁰, is begrijpelijk, precies omdat de aard van het teruggehouden goed wezenlijk verschillend is.

4. Derde uitzondering: wetsbepalingen met hetzelfde effect.

64 Kh. Gent 28 januari 2010, Faill. NV Sneeuw witje, AR nr. 2006/02387.

65 Hof Gent 22 december 2000, *TBH* 2002, 112.

66 Geen samenhang volgens Hof Luik 8 mei 1985, *JL* 1985, 402 (gedeeltelijk gecasseerd door Cass. 22 januari 1987); kh. Oudenaarde 13 december 1984, *RW* 1984-85, 2836; kh. Luik 25 oktober 1983, *JL* 1984, 622; kh. Luik 25 oktober 1983, *JL* 1984, 612; Hof Luik 25 november 1999, *JLMB* 1999, 1775 (zij het dat het hier eigenlijk om een andere vraag ging, nl. de tegenwerpelijke van de samenhang aan de overnemer van de portefeuille); Hof Bergen 2 juni 2003, *RRD* 2003, 275.

Wel samenhang volgens Hof Antwerpen 17 mei 1984, *De Verz.* 1985, 471 (gegrond op een retentierecht van de verzekeraar); Hof Luik 24 april 2001, *TBH* 2002, 402; kh. Hasselt 3 september 1981, *BRH* 1982, 467; H. THYS, "Het retentierecht van de niet-betaalde verzekeraar", *BRH* 1982, 467.

67 Zie Kh. Gent 25 juni 1998, *TBH* 1999, 348.

68 V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, (223) 226 v. Kritisch M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur la connectivité objective justifiant la compensation après faillite", n. onder Cass. 25 mei 1989, *RCJB* 1992, p. 354.

69 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 v.

70 Zoals DIRIX & KORTMANN, LEUNEN, en SAGAERT concluderen.

1° Art. 334 Programmawet

43. Op genoemd beginsel (geen wettelijke schuldvergelijking na samenloop) regel geldt er ook een uitzondering wanneer de actieve schuldvordering en de tegenvordering krachtens de wet gelijkgesteld worden met samenhangende schuldvorderingen.

Dit vinden we meer bepaald in het reeds genoemde art. 334 II van de Programmawet 27 december 2004⁷¹: voor zover (a) een fiscale of niet-fiscale schuldvordering waarvan de inning en invordering, door of krachtens een bepaling met kracht van wet, door de FOD Financiën wordt verzekerd, niet betwist is, kan de bevoegde ambtenaar naar keuze en zonder formaliteit (b) elke som die aan die persoon moet worden teruggegeven of betaald, hetzij in het kader van de toepassing van de belastingwetten die onder de bevoegdheid van de FOD Financiën vallen of waarvan de inning en invordering door die FOD worden verzekerd, hetzij krachtens de bepalingen van het burgerlijk recht met betrekking tot de onverschuldigde betaling (een passieve schuldvordering van die aard dus), "aanwenden" tot betaling van die niet-betwiste actieve schuldvordering, *niettegenstaande* beslag, overdracht of samenloop op die tegenvordering.

Deze aanwending (die dus mogelijk is voor het niet-betwiste gedeelte van de actieve schuldvordering) houdt een definitieve schuldvergelijking in⁷². Deze regeling werd grondwetsconform geoordeeld door het Grondwettelijk Hof⁷³, onder voorbehoud van het geval van verrekening met een boedelvordering (zie volgend randnr).

De "aanwending" op grond van art. 166 § 3 KB WIB of art. 8.1 § 3 van het KB nr. 4 van 29 december 1969 ter uitvoering van art. 76 § 1 III WBTW in geval van betwiste belastingschulden daarentegen, wordt beschouwd als een bewarende maatregel, wat moet betekenen dat deze niet meer mogelijk is na samenloop, behalve voor samenhangende schuldvorderingen.

2° Ook tegen na de samenloop ontstane schuldvorderingen op de fiscus ?

44. De genoemde cassatie-arresten van 24 juni 2010 beslechtten ook de vraag of de fiscus ook nog een aan de samenloop tegenwerpbaar schuldvergelijking kan uitvoeren tegen een

71 Deze regeling bestond eerder al in art. 166 § 2 KB WIB en art. 8 (1) KB nr. 4 van 29 december 1969 m.b.t. teruggaven inzake BTW *juncto* art. 76 § 1, III WBTW. De rechtspraak aanvaardde dat het bij niet-betwiste schulden om een vorm van schuldvergelijking ging (bv. Cass. 10 februari 1994, *Arr.* nr. 74).

In de programmawet van 27 december 2004 werd ze ingevoerd voor het geheel van de BTW, inkomstenbelastingen en daarmee gelijkgestelde belastingen. Vanaf 1 januari 2009 is die mogelijkheid dus uitgebreid tot alle schuldvorderingen waarvan de inning en invordering, door of krachtens een bepaling met kracht van wet, door de FOD Financiën worden verzekerd.

72 Zie voor bespreking o.m. P. LAUWERS, "Inhouding van belastingstegoeden", *RABG* 2006, 1304 v.

73 GwH nr. 54/2006 van 19 april 2006 in een zaak van collectieve schuldenregeling (<http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-054n.pdf> = *JT* 2006, 701 kritische noot Fr. GEORGES) en GwH nr. 107/2006 van 21 juni 2006 inzake faillissement (<http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-107n.pdf> = *RW* 2006-2007, 1193).

passieve schuldvordering van de belastingschuldenaar die eerst na de samenloop is ontstaan. Volgens het Hof wijkt art. 334 in dit opzicht niet af van het gemeen recht (zoals hoger besproken) en moet het dan ook in dezelfde zin worden uitgelegd, nl. dat dit niet kan⁷⁴. Een arrest van Gent dat de verrekening wel toestond tussen voor de samenloop bestaande fiscale schuldvorderingen met schuldvorderingen die de insolvente wederpartij eerst na de samenloop op de fiscus verkreeg, werd daarbij verbroken⁷⁵.

G. CONVENTIONELE SCHULDVERGELIJKING, NETTING EN AANVERWANTE

1. Wettelijke regeling en gemeen recht

45. Over de vraag van de tegenwerpbaarheid bij samenloop van overeenkomsten tot schuldvergelijking en vergelijkbare overeenkomsten die voor de samenloop gesloten werden is veel inkt gevloeid en waren de meningen verdeeld, hoewel de zaak m.i. relatief duidelijk is. Door art. 14 en 15 van de Wet Financiële Zekerheden van 15 december 2004 was er rust gebracht, nu die bepaling de tegenwerpelijkheid aan de samenloop van alle nettingovereenkomsten uitdrukkelijk vooropstelde. Ingevolge een onbegrijpelijk en op compleet foute motieven geveld arrest van het Grondwettelijk Hof (arrest nr. 167/2008 van 27 november 2008) is die rechtszekerheid terug op de helling komen te staan bij schuldvergelijking jegens een insolvente niet-handelaar. Om die reden blijft het belangrijk om na te gaan welke regels uit het gemeen recht voortvloeien. Vanuit praktisch oogpunt rijst daarbij de vraag hoe een overeenkomst best geformuleerd wordt om op basis van het gemeen recht tegenwerpeijk te zijn bij samenloop, en dus ook bij collectieve schuldenregeling van een niet-handelaar.

74 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. Eerder in die zin Beslagr. Brussel 13 mei 2005, *RW* 2005-2006, 1066 noot. M. de THEIJE, "Fiscale schuldvergelijking"; Hof Antwerpen 23 september 2008, *RW* 2008-2009, 1388 = *TFR* 2009, 311 n. F. DESTERBECK "Schuldvergelijking in fiscale zaken: verdere evolutie". In arrest nr. 107/2006 van 21 juni 2006 van het Grondwettelijk Hof, dat handelt over de grondwettigheid van art. 334 Programmawet 2004, wordt uitdrukkelijk geen uitspraak gedaan over het bijzondere geval van door de voortzetting van activiteit na het faillissement ontstane vorderingen van de boedel (<http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2006/2006-107n.pdf> = *RW* 2006-2007, 1193). In arrest 55/2009 van het Grondwettelijk Hof werd art. 334 wel ongrondwettig verklaard voor zover het de schuldvergelijking zou toestaan tussen een bij schuldvergelijking bestaande fiscale schuldvergelijking en een tegoed dat de curator verwerft door de verrichtingen die hij moet uitvoeren (<http://www.grondwettelijkhof.be/public/n/2009/2009-055n.pdf> = *JLMB* 2009, 831 n. Fr. GEORGES "Inconstitutionnalité (très?) partielle de la compensation fiscale nonobstant concours" = *RW* 2009-2010, 236. Het genoemde arrest Hof Antwerpen 23 september 2008, leidt uit de rechtspraak van het GwH af dat er meer algemeen geen schuldvergelijking krachtens art. 334 Programmawet mogelijk is tussen een schuldvordering van voor het faillissement en een tegoed van na het faillissement.

75 Hof Gent 14 januari 2008, *RW* 2007-2008, 1557. In de zin van het verbroken arrest B. VANERMEN, "Actualia fiscaal executierecht", in *Themis Cahier 58, Insolventie- en beslagrecht* (2010), nr. 6, maar deze auteur oordeelde voorheen wel anders wat betreft art. 166 § 2 KB WIB, zie B. VANERMEN, in *Fiscaal executierecht*, p. 108.

Het arrest Cass. 14 december 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20071214-3 = *FJF* 2009, 933 = *RGCF* 2008/2, 141 = *TFR* 2009, 308, beslecht m.i. dit twistpunt niet.

46. Om die praktische vraag te kunnen beantwoorden moeten we evenwel 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 in hun onderlinge verhouding nader bepalen, aanwenden, modaliseren.

Binnen dit bestek kunnen we het daarbij enkel hebben over schuldvorderingen op naam, met daarbij de opmerking dat deze regels niet zomaar kunnen worden toegepast bij schuldvorderingen die aan toonder of order zijn gesteld of gedematerialiseerd zijn, dus bij waardepapieren of effecten.

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

47. Aangezien de vraag die ons hier bezighoudt - nl. tegenwerpbaarheid bij samenloop - 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.

Daarom zijn alle beperkingen die aan de inhoud van een dergelijk goed op geldige⁷⁶ 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)⁷⁷.

Ook de schuldeisers kunnen zich maar verhalen op het goed in de zin waarin dit bestaat⁷⁸, 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.

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

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

78 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

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).

48. 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 achteraf⁷⁹ (zolang beide partijen beschikkingsbevoegd zijn), zijn dus inherent aan het goed zelf, en werken dan ook op analoge wijze als zakenrechtelijke beperkingen - *erga omnes*.

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 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.

3. Overeenkomsten tot schuldvergelijking en de externe werking ervan

49. Genoemd beginsel geldt ook voor overeenkomsten tussen schuldeiser en schuldenaar die de schuldvergelijking van onderlinge schuldvorderingen organiseren, en iets algemener

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".

⁷⁹ 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).

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)⁸⁰.

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 verliezen⁸¹). 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 schulvorderingen eerst tenietgaan wanneer het saldo (nettopositie) wordt voldaan en tot dan slechts opgeschort en onbeschikbaar zijn ("*position netting*")⁸².

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.

Voor de vraag die ons hier bezighoudt, maakt het daarbij m.i. ook geen verschil of de overeenkomst enkel een schuldvergelijking inhoudt dan wel ook een schuldvernieuwing (d.i. de vraag of de de saldovordering het saldo is van een bestaande schuldvordering dan wel

80 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.

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

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

een nieuwe schuldvordering). Ook art. 14 WFZ stelt beide hypothesen uitdrukkelijk gelijk. Op die klassieke discussies bij de rekening-courant hoeven we hier dan ook niet in te gaan.

4. Verbintenismatige geldigheid van dergelijke overeenkomsten

1° Vereisten uit het algemeen verbintenissenrecht

50. Deze mechanismen veronderstellen dat de overeenkomst die eraan ten grondslag ligt als overeenkomst geldig is en evenmin door de schuldeisers kan worden aangevochten.

Voor dergelijke overeenkomsten tot schuldvergelijking gelden de gewone regels inzake totstandkoming en geldigheid.

Ze zijn ook niet-tegenwerpelijk aan de boedel in de gevallen van de pauliana (1167 BW en de uitbreiding daarvan in art. 20 FaillW).

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

De niet-tegenwerpelijkheid van art. 17, 1° FaillW (handelingen om niet) blijft gelden, maar zij speelt enkel wanneer de handeling niet geheel onder bezwarende titel is, d.i. wanneer bij de waardering van de betrokken schuldvorderingen er een vertekening zou geschieden⁸³.

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

51. 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 verbruiker de mogelijkheid wordt ontnomen van zijn kant tot schuldvergelijking over te gaan⁸⁴.

2° Geen vereisten zoals die gelden bij wettelijke schuldvergelijking

52. Voor een conventionele schuldvergelijking is niet vereist dat de ene en/of de andere schuldvordering reeds opeisbaar is noch betaalbaar noch dat ze effen (vaststaand, liquide)

⁸³ Vgl. V. SAGAERT, in *Actuele ontwikkelingen verbintenissenrecht*, p. (223) 248 nr. 37.

⁸⁴ Hof Luik 26 januari 2007, *Dexia t. Verbruikersunie Test-Aankoop*, nr. 2001/ 146.

is⁸⁵, 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.

53. 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 (bv. van toekomstige onderhoudsvorderingen kan de onderhoudsgerechtigde niet op voorhand afstand doen). Zo bv. zijn fiscale schuldvorderingen in beginsel onbeslagbaar, maar kan de fiscus wel eenzijdig en dus *a fortiori* ook bij overeenkomst overgaan tot schuldvergelijking met schuldvorderingen van de belastingschuldenaar.

5. Verdere vereisten voor de externe werking van deze overeenkomsten

a. Geen andere samenhang vereist - wel beschikkingsbevoegdheid

54. In de hypothese dat de overeenkomst verbintenisrechtelijk geldig en niet aanvechtbaar is - wijzigt ze zoals gezegd de inhoud zelf van de wederzijdse schulden van de contractspartijen in de interne verhouding⁸⁶. De schuldvorderingen (minstens de passieve schuldvorderingen⁸⁷) waarover partijen aluds beschikt hebben verliezen door die opname hun zelfstandige opeisbaarheid, zelfstandige overdraagbaarheid en zelfstandige beslagbaarheid; ofwel gaan zij teniet telkens er een nieuwe vordering in de ene of andere richting in rekening wordt gebracht, en laten zij enkel nog een saldovordering bestaan, ofwel verliezen ze in ieder geval hun opeisbaarheid zolang er nog een actieve schuldvordering bestaat. Voor zover de schuldvorderingen nog apart blijven bestaan worden ze dus in ieder geval samenhangend of verknocht.

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:

⁸⁵ 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).

⁸⁶ Vgl. E. DIRIX & S. KORTMANN, *TPR* 1989, (1657) 1673 met verwijzing naar o.m. J. WIARDA, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam van Nederlands Burgerlijk Recht* (1937), 280; ASSER-HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, I, uitg. 1988, nr. 531.

⁸⁷ Strikt genomen is alleen vereist dat de passieve schuldvordering op geldige wijze onopeisbaar wordt gemaakt zolang er nog een actieve vordering is (nog tot beloop daarvan).

- zowel ten aanzien van samenlopende schuldeisers⁸⁸, als
- ten aanzien van een verkrijger van een van de opgeslorpte vorderingen⁸⁹ 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 trouw⁹⁰).

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.

55. 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.⁹¹) 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 1985⁹² kan niet het tegendeel worden afgeleid⁹³, 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.

88 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, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen", *Liber amicorum Jan Ronse*, *Story* 1986, 287 v.

89 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.

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

91 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.

92 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.

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

56. Wel veronderstelt een dergelijk effect dat de partijen op het ogenblik van de overeenkomst bevoegd waren te beschikken over hun schuldvorderingen (vgl. de bespreking van de zakenrechtelijke vereisten bij wettelijke schuldvergelijking). Het is voldoende 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 deze beide vereisten nader uit.

b. De overeenkomst moet gesloten zijn voor het ingaan van de samenloop.

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

c. De werking is beperkt tot schuldvorderingen ontstaan voor het ingaan van de samenloop

1° Regel

58. De conventionele schuldvergelijking kan evenwel niét gebeuren met een tegenvordering van de boedel (d.i. een schuld aan de boedel) die pas na de samenloop is ontstaan. Deze vereiste vinden we ook in art. 14 WFZ.

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 de 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 heeft⁹⁴.

94 Anders, maar met een fout argument D. VAN GERVEN, *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).

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.

2° Uitwerking

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

a) Schuldvorderingen onder tijdsbepaling of (opschortende) voorwaarde

60. 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 huurovereenkomst⁹⁵, en dus door de verhuurder in verrekening kan worden gebracht met zijn schuld aan de huurder.

b) Schuldvorderingen afhankelijk van een nog niet geleverde tegenprestatie

61. 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 doorlopen⁹⁶.

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

⁹⁵ Zo, in casu in het kader van de beoordeling van een schuldvergelijking, Hof Gent 9 februari 2009, *RW* 2009-2010, 807.

⁹⁶ Geen toekomstige vorderingen volgens E. DIRIX in *In het nu, wat worden zal, Opstellen. Schoordijk*, 39 v.; J. HEENEN, *RCJB* 1961, (32) 39 nr. 7; D. VAN GERVEN, "Overdracht en inpandgeving van bestaande en toekomstige schuldvorderingen" *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.

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 zijn⁹⁷. 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), bv. de prijs van een reeds toegewezen aannemingsopdracht).

c) Schuldvorderingen uit nog niet bestaande overeenkomsten of andere rechtsverhoudingen

62. 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.

•

d) Relatief toekomstige schuldvorderingen

•

63. 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.

e) Schuldvorderingen die later ontstaan uit een bestaande rechtsverhouding

64. 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 f) besproken wordt, is de bankrekening.

⁹⁷ 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.

In een iets ouder cassatie-arrest (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 gelegd⁹⁸.

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 handelaar⁹⁹).

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.

f) Rekeningtegoeden op bankrekeningen

65. Bij bankrekeningen is er wel duidelijkheid in de rechtspraak bij derdenbeslag, al wijkt de regel misschien wel af van het gemeen recht. 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 rekeningtegoed¹⁰⁰. Bij beslag op een rekeningtegoed wordt enkel het tegoed getroffen zoals het bestond ten tijde van het beslag¹⁰¹.

98 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).

99 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”.

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

101 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; DIRIX & BROECKX, *APR, Beslag*, nr. 413; E. DIRIX & K. BROECKX, “Overzicht – 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*

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 duidelijkheid¹⁰²:

- 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 ELLIPS¹⁰³.

- 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 geworden¹⁰⁴.

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).

66. In de rechtspraak over nettingovereenkomsten blijft er in de rechtspraak evenwel nog verwarring bestaan.

M.i. evenwel 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 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

saisie mobilière, Répertoire notarial XIII, p. 160 nr. 384; LEDOUX, "Chronique de jurisprudence – les saisies", JT 1989, p. 646 nr. 134.

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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 afwikkelingssysteem, welke strikt genomen enkel geldt voor interbancaire overschrijvingen. Op grond van art. 2 van diezelfde wet worden bij KB de afwikkelingsselsels 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".

¹⁰⁴ VAN RYN & HEENEN, Principes IV (1988), 328-329; R. FRANSIS, RW 2007-2008, 232; Fr. GEORGES, La saisie de la monnaie scripturale, p. 567.

een nieuwe schuldvordering¹⁰⁵. 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.

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 schuldenaar¹⁰⁶. 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.

3° Ook wanneer de netting schuldvernieuwend zou werken.

67. Het maakt wel 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.

¹⁰⁵ 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 werd m.i. ten onrechte aangenomen dat schuldvergelijking ook mogelijk is met een tegenvordering die de latere gefailleerde weliswaar reeds had, maar niet op de verrekenende partij. In casu had de bank na de faillietverklaring op de bankrekening van de gefailleerde de betaling ontvangen van een door de gefailleerde voordien opgestelde factuur. Het vonnis oordeelde dat het om een "bestaande" schuldvordering van de gefailleerde ging, m.i. ten onrechte nu er geen 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.

¹⁰⁶ 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)¹⁰⁷. 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.

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

68. Bij bankrekeningen kan het gebeuren dat om technische of andere redenen er meerdere rekeningen van dezelfde rekeninghouder lopen bij dezelfde rekeningvoerende bank, terwijl tegelijkertijd overeengekomen is dat ook deze verschillende rekeningen (correcter: de 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⁻¹⁰⁸.

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 rekening¹⁰⁹; 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

107 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 hypotheke, Kluwer Antwerpen 1998, p. 13 nr. 10)

108 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.

109 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.

opgenomen met de specifieke gevolgen die de rekening-courant heeft¹¹⁰). Die eenheid kan louter conventioneel zijn, en er is dus geen enkele andere eenheid dan een conventionele vereist (zoals een objectieve, economische of andere eenheid¹¹¹).

69. 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 eenzijdig 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 cliënt¹¹².

Verder moet de vraag gesteld worden of die overeenkomst 1° geldig is¹¹³ 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 gebruiker de mogelijkheid wordt ontnomen van zijn kant tot schuldvergelijking over te gaan¹¹⁴. E. Dirix argumenteert zelfs (zinnig) dat zo'n beding uit de aard van de zaak niet slechts in één richting kan werken¹¹⁵.

70. 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

110 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>).

111 Voor de inwerkingtreding van de WFZ werd dit nochtans soms - ten onrechte - vereist. Die economische eenheid werd dan wel zo ruim geïnterpreteerd dat ze eigenlijk louter conventioneel was (bv. kh. Antwerpen 24 mei 2006, *RW* 2006-2007, 972).

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

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

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

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

behouden, zoals bv. de rekening voor het ontvangen van kapitaalsverhogingen voor een vennootschap¹¹⁶.

7. Gevallen waarin art. 14 WFZ buiten werking is gesteld; heeft art. 14 WFZ een meerwaarde ?

71. Art. 14 van de WFZ (in uitvoering en uitbreiding van art. 7 I b) Richtlijn Financiële zekerheden) stelde op algemene wijze de externe werking van alle nettingovereenkomsten (overeenkomsten tot schuldvernieuwing of schuldvergelijking), ook bij samenloop of na rechtsovergang, op voorwaarde dat de overeenkomst is gesloten voor het ingaan van de samenloop (met de reeds gegeven nuance) en de schuldvordering en de schuld waarop de schuldvernieuwing of schuldvergelijking moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik van de samenloop¹¹⁷ (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.

Evenwel zijn deze bepalingen door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig verklaard (arrest nr. 167/2008 van 27 november 2008), weliswaar op zeer betwistbare en zelfs geheel foutieve gronden, 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 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 nog steeds kan spelen, en in welke gevallen art. 14 WFZ een uitbreiding inhield, die in dat geval dus niet meer geldt.

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

1° deze geldt enkel voor rekeningtegoeden en effecten op naam, niet voor andere schuldvorderingen (waardepapieren);

2° deze geldt enkel voor zover de overeenkomst gesloten is voor het intreden van de samenloop; onder de WFZ is de ook de nadien gesloten overeenkomst tegenwerpelijk, wanneer ze gesloten is in onwetendheid daarover (art. 15 WFZ; afwijking van de

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

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

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 tegenwerpeijk krachtens de WFZ.

Voor het overige leidt het gemeen recht reeds tot dezelfde gevolgen als art. 14 WFZ, ook bij multilaterale (in plaats van bilaterale) netting¹¹⁸.

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.

118 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.