

Matthias E. STORME

buitengewoon hoogleraar KU Leuven
buitengewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen
advocaat bij de balie te Brussel

**HANDBOEK VERMOGENSRECHT :
GOEDEREN- EN INSOLVENTIERECHT**

**DEEL IV
ALGEMENE REGELS VOOR ZAKELIJKE
ZEKERHEDEN S.S.**

Uitgave 2009

KORTE INHOUD

DEEL IV. ALGEMENE REGELS VOOR ZAKELIJKE ZEKERHEDEN S.S.	721
HOOFDSTUK I. CLASSIFICATIE VAN DE ZAKELIJKE ZEKERHEDEN	721
HOOFDSTUK II. TYPISCHE KENMERKEN VAN ZAKELIJKE ZEKERHEIDRECHTEN IN VERGELIJKING MET ANDERE ZAKELIJKE RECHTEN	727
HOOFDSTUK III. REGELS VOOR OVEREENKOMSTEN TOT VERKRIJGING VAN ZAKELIJKE ZEKERHEDEN	733
<i>AFDELING A. De regels die volgen uit de algemene beginselen van zakenrecht en gelden voor verkrijging van zakelijke rechten in het algemeen.</i>	733
<i>AFDELING B. De beginselen uit het zakenrecht voor de conventionele vestiging van zakelijke rechten in het algemeen.</i>	741
<i>AFDELING C. Regels betreffende de totstandkoming en geldigheid van de onderliggende verbintenisrechtelijke overeenkomst (de zekerheidsovereenkomst)</i>	744
HOOFDSTUK IV. VERBINTENISRECHTELIJKE VERHOUDING TUSSEN ZEKERHEIDSGEVER EN SCHULDEISER ..	755
<i>AFDELING A. Betreffende de verplichting tot zekerheidsstelling c.q. het recht op de beloofde zekerheidsstelling</i>	755
<i>AFDELING B. Betreffende de (uitoefening van de) gevestigde zekerheid</i>	758

DEEL IV. ALGEMENE REGELS VOOR ZAKELIJKE ZEKERHEDEN S.S.

HOOFDSTUK I. Classificatie van de zakelijke zekerheden

Zakelijke zekerheden in enge zin, d.i. zakelijke rechten tot zekerheid, zijn zoals hoger gezegd alle mechanismen waardoor een schuldvordering (of een categorie schuldvorderingen) voorrang verkrijgt op één of meer bepaalde goederen boven de andere schuldvorderingen.

In de rest van deze Inleiding wordt uitgegaan van een behandeling van de zekerheden volgens de aard van het goed waarop ze betrekking hebben, dit omdat die behandeling het mogelijk maakt de conflicten tussen zekerheden op een meer coherente wijze te bespreken. Zekerheden kunnen daarnaast ook op andere wijzen worden ingedeeld.

Zoals in het volgende hoofdstuk wordt uitgewerkt zijn de eigenlijke zakelijke zekerheidsrechten allemaal accessoir; dat belet niet dat niet-accessoire zakelijke rechten (zoals de volle eigendom) ook in bepaalde gevallen een zekerheidsfunctie kunnen hebben.

1. Volgens het soort onderpand

a. Roerende zaak / onroerend goed / onlichamelijk goed

Dit is de basisindeling die zoals gezegd verderop wordt gehanteerd. Niet alleen verschillende de regels naargelang deze aard van het goed, ook de benaming van het zekerheidsrecht kan verschillen. Zo bv. zullen zekerheden gegrond op het bezit bij roerende goederen meestal pand worden genoemd, bij onroerende genotspand (antichresis); zekerheden gegrond op inschrijving in een register heten bij roerende goederen in de rechtsleer registerpand, in de wet kennen ze uiteenlopende benamingen; bij onroerend goed spreekt men van een hypotheek.

b. Vast/vlottend

Ook voor zakelijke zekerheidsrechten geldt, zoals hoger besproken (Deel I), het specialiteitsbeginsel. In zekere mate wordt hierop bij sommige zekerheidsrechten een uitzondering gemaakt, zodat het onderpand “vlottend” kan zijn, d.i. kan bestaan uit een wisselend geheel. Vandaar noemt men ook het zekerheidsrecht zelf soms “vlottend” (bv. vlottend pandrecht, *gage flottant*). Niet alle situaties waarin het onderpand kan wisselen wijzen echter op een vlottend recht. Zo zal ook bij vaste rechten de zakelijke subrogatie spelen. In een beperkt aantal gevallen gaat ons recht echter verder en worden de grenzen van het specialiteitsbeginsel wel degelijk overschreden, namelijk:

- voorraden van een handelszaak bij inpandgeving van de handelszaak;
- schuldvorderingen die deel uitmaken van de handelszaak;
- de inboedel van een huurhuis of pachthof, als voorwerp van het voorrecht van de verhuurder of het landbouwvoorrecht.

Bij zaaksvervanging (d.i. zakelijke subrogatie) en wisselpand wordt uitsluitend de waarde van de eerder in pand gegeven goederen gehandhaafd, in deze gevallen daarentegen zal het pandrecht zich ook uitstrekken over de meerwaarde (de toename van de voorraden, enz.) en dit retroactief – d.i. met de rang van het oorspronkelijke pandrecht.

Desondanks gaat het nog altijd om bijzondere voorrechten en dus zakelijke rechten, en niet om slechts algemene voorrechten¹.

2. Volgens de wijze van verkrijging

a. Wettelijk, conventioneel, éézijdig.

Zakelijk zekerheidsrechten verkrijgt men in bepaalde gevallen van rechtswege (dan meestal bijzondere voorrechten genoemd). Vaak berust dit wel op een bepaling die door de wet in een contractuele verhouding wordt geïmpliceerd. Zie bv. in de volgende Delen het pandrecht/voorrecht van de verhuurder en verpachter, het voorrecht van de vervoerder, het voorrecht van de commissionair, het voorrecht van de verkoper van roerende goederen, de onroerende voorrechten van de verkoper, verschillende vormen van retentierecht, het reclamerecht van de verkoper (zgn. quasi-revindicatie) e.d. Ontstaat een zekerheidsrecht van rechtswege, dan is het ook de rechtsregel die bepaalt welke schuldvorderingen erdoor verzekerd worden. Van impliciete zekerheidsrechten kan steeds afstand worden gedaan (bv. op verzoek van een derde-verkrijger) (zie bv. het ontslag van ambtshalve inschrijving in art. 36 Hyp.W.).

In andere gevallen is er een uitdrukkelijke overeenkomst en noemt men de zekerheid conventioneel (uitdrukkelijk pand, conventionele hypotheek, eigendomsvoorbehoud). In dat geval dient uit de overeenkomst te worden afgeleid welke schuldvorderingen door het zekerheidsrecht verzekerd worden, binnen de grenzen en de voorwaarden die het recht stelt.

Uitzonderlijk kan een zekerheid ook worden gevestigd door een eenzijdige handeling van de schuldeiser (bv. de inschrijving van een zgn. wettelijke hypotheek door de fiscus of inningsinstelling van de sociale zekerheid; in sommige landen ook het uitvoerend beslag, aangezien het aldaar het effect heeft van een pandvestiging of hypotheekvestiging).

Hoewel in beginsel de term voorrecht gebruikt wordt voor wettelijke zekerheden en pand en hypotheek voor conventionele, kan men op de gebruikte bewoordingen niet voortgaan en er nauwelijks iets uit afleiden; het woordgebruik van de wetgever is immers weinig consistent. Zo bv. is het landbouwvoorrecht een conventionele zekerheid.

NB. Conventioneel verkregen betekent niet noodzakelijk door een overeenkomst die men zelf heeft gesloten, zie bv. de reeds eerder besproken middellijke vertegenwoordiging.

¹ Dit is veeleer anders bij de Engelse *floating charge*.

b. Gevestigd, dan wel door voorbehoud (*granted v retained securities*).

Bij beperkte zakelijke rechten die ontstaan uit een rechtshandeling (conventionele of impliciet conventionele zakelijke rechten) moet men ook het onderscheid in het oog houden tussen:

- enerzijds zakelijke rechten die gevestigd worden krachtens een (meestal contractuele) verbintenis (vb. inpandgeving, waar mogelijk fiduciaire cessie), en
- anderzijds zakelijke rechten die men zich bij een overdracht voorbehoudt in overeenstemming met de aangegane verbintenissen (uit overeenkomst) (vb. eigendomsvoorbehoud, voorrecht verkoper).

M.i. is dit een fundamenteel onderscheid, waarvan het belang wordt onderschat, en dat in de hiernavolgende Delen van dit werk dan ook als basisonderscheid wordt gehanteerd voor de indeling van de zekerheidsrechten op bepaalde goederen.

Bij zakelijke rechten door voorbehoud gaat het om een zakelijk recht dat de vervreemder (zich voor)behoudt op een zaak bij vervreemding van die zaak (of van een ruimer recht op de zaak). Het is een recht dat men voordien reeds had (*c.q.* deel uitmaakte van een recht dat men voordien had), en dat men dus behoudt na de vervreemding van het goed. Het goed wordt dus niet in volle eigendom vervreemd, want de vervreemder behoudt er nog zakelijke rechten op. Die rechten zijn dus niet afgeleid van de verkrijger.

Voorbeelden: voorbehoud van vruchtgebruik bij de overdracht van eigendom, vestiging van een erfdiensbaarheid door voorbehoud bij overdracht van het lijdend erf, en als voorbehouden zekerheden:

- eigendomsvoorbehoud (uitdrukkelijk bedongen), alsmede de wettelijke (impliciete) zekerheden van de onbetaalde vervreemder van roerend goed (retentierecht, reclamerecht, voorrecht e.d.)
- voorbehoud van een onroerend voorrecht bij overdracht van onroerende eigendom, zoals het voorrecht van de onbetaalde verkoper van onroerend goed e.d. (impliciet); deze voorrechten zijn eigenlijk een soort voorbehouden hypotheken.

Bij zekerheidsrechten door vestiging in eigenlijke zin (bv. pandrecht) gaat het om een zakelijk recht dat de schuldenaar ten titel van zekerheid verschafft aan zijn schuldeiser, een recht dat die schuldeiser niet reeds voordien had op de zaak, en dat ook niet reeds besloten lag in een recht dat de schuldeiser voordien reeds had op de zaak.

Het onderscheid is op meerdere punten van belang:

1° Wanneer het gaat om een zakelijk recht dat niet wordt “gevestigd”, maar wordt “voorbehouden” gelden de regels voor overdracht van eigendom en vestiging van beperkte zakelijke rechten slechts ten dele. In die gevallen is er géén titel nodig voor die verkrijging: de “verkrijger” had het recht immers reeds, zij het als deel van een uitgebreider recht. In hoeverre de regels voor tegenwerpbaarheid aan derden van een overdracht of verkrijging ook gelden voor het behoud van een dergelijk recht, komt nader ter sprake bij de bespreking van die regels.

2° Het is van belang bij de bepaling van de anterioriteit in geval van conflict tussen (beweerde) zakelijke rechten op eenzelfde goed. Bij zo'n conflict gaat het oudste recht in beginsel voor, behoudens derdenbescherming. Daarbij moet men nagaan wie ten aanzien van dat specifieke goed het oudste recht heeft. Een "ouder" recht veronderstelt niet noodzakelijk dat het recht als dusdanig, in abstracto, ouder is - d.w.z. dat de rechtshandeling waardoor het totstandkomt ouder is dan die waardoor het jongere recht totstandkomt -, maar wel dat het recht in verhouding tot het concrete voorwerp ervan ouder is.

Welnu, het recht dat een vervreemder zich heeft voorbehouden op een goed of dat van rechtswege is voorbehouden, is altijd "ouder" dan de rechten van de verkrijger op datzelfde goed en van de rechten die die verkrijger aan derden verschaft of die derden van de verkrijger afleiden (bv. pandverkrijgende of beslagleggende schuldeisers van de verkrijger). Dit verklaart dat de rechten van een onbetaalde verkoper altijd "ouder" zijn dan de rechten die derden van de koper hebben verkregen, ook al zou dat zijn geschied op grond van een rechtshandeling van eerdere datum dan die verkoop. Dit sluit niet uit dat die jongere rechten voorrang kunnen krijgen op grond van de regels inzake bescherming van derde-verkrijgers, maar dan moet wel aan de vereisten voor die derdenbescherming voldaan zijn. Ook kan het zijn dat meer specifieke regels betreffende dat voorbehouden recht bepalen dat dit in bepaalde omstandigheden tenietgaat, maar opnieuw moet dan wel aan die vereisten zijn voldaan.

Een typisch voorbeeld om dit te verduidelijken vinden we bij de inpandgeving van de handelszaak: bij conflict tussen de pandhouder en andere verzekerde schuldeisers van de pandgever, bv. de verkoper, is niet relevant dat de handelszaak in pand is gegeven voor de aankoop van het goed: het recht van de verkoper is ouder omdat het ouder is in verhouding tot de verkochte zaak. Dit geldt niet alleen bij eigendomsvoorbehoud, maar ook als het enkel om een voorrecht van de verkoper gaat; de verkoper had immers voor de overdracht een recht dat ruimer was dan het voorrecht en het dus omvatte.

3° Bovendien gelden bij zekerheidsrechten meermaals afwijkende (soepeler) regels bij voorbehouden zekerheden vergeleken met gevestigde zekerheden. Zo bv. is er geen vereiste van bezit of andere vorm van publiciteit bij voorbehouden zekerheden als eigendomsvoorbehoud en voorrecht van de verkoper. Bij nader toezien geldt dit evenwel enkel voorbehouden zekerheden voor warenkrediet en niet voor geldkrediet. Dit onderscheid wordt onder 3. Besproken.

c. Volgens de publiciteitsvorm

Men kan zekerheden klasseren volgens de vorm van publiciteit: inschrijving in een register, buitenbezitstelling, een bepaalde localisatie, kennisgeving aan een derde, of zonder enige publiciteit (behalve de consensus van partijen) - de laatste noemt men ook stille zekerheden (Fr. *sûretés occultes*).

3. Volgens de wijze waarop de rang wordt bepaald

a. Warenkrediet en geldkrediet

Voorbehouden zekerheden zijn in de meeste gevallen ook zekerheden voor "warenkrediet". Het onderscheid tussen voorbehouden en gevestigde zekerheden loopt in grote mate parallel met dit ander onderscheid dat betrekking heeft op de "economie" van de overeenkomst of zekerheid:

- Een zekerheidsrecht door voorbehoud strekt in beginsel tot zekerheid van de prijs van de goederen waarop men zich die zekerheid voorbehoudt. Men heeft "krediet gegeven" door goederen te leveren. De vordering waarvoor men krediet geeft is gewoon de tegenprestatie van het goed zelf. Daarom spreekt men hier in economische termen van "warenkrediet".

- Een zekerheidsrecht door vestiging strekt tot zekerheid van een andere verbintenis dan de betaling van de prijs voor de verkrijging van dat goed. Meestal gaat het ook wel om een geldelijke verbintenis; men spreekt dan in economische termen van "geldkrediet". De schuldeiser heeft meestal krediet gegeven door geld te lenen. Het kan ook om een andere soort schuldvordering gaan of een schuldvordering die op een andere grond berust. Maar er is in ieder geval geen "tegenprestatieverband" (volkomen wederkerigheid) tussen het krediet en de zaak waarop men de zekerheid wil uitoefenen.

Zekerheden voor warenkrediet - bv. gewoon eigendomsvoorbehoud, voorrecht verkoper - zijn vaak niet aan de klassieke publiciteitsvereisten (buitenbezitstelling of inschrijving in een register) onderworpen². Ons recht aanvaardt dus dat deze zekerheden ook "stille" zekerheden kunnen zijn. Deze versoepeling geldt echter alleen voor zekerheden voor "warenkrediet", en niet noodzakelijk voor alle voorbehouden zekerheden (zie met name in Deel V. de discussie over de uitbreiding van het eigendomsvoorbehoud). Bij warenkrediet is er een duidelijke correspondentie tussen de zaak en de verzekerde schuldvordering ("*debitum cum re iunctum*"), wat rechtvaardigt dat er minstens in die gevallen aan de kredietverlener-schuldeiser een voorrangspositie wordt gegeven. Bij voorbehouden zekerheden gelden er dus regels die bepalen voor welke schuldvorderingen deze voorbehouden zekerheden kunnen gelden zonder dat aan de strengere regels voor gevestigde zekerheden (bv. buitenbezitstelling voor zekerheid op een roerende zaak, hypotheekvestiging voor zekerheid op onroerend goed) moet zijn voldaan. Het betreft in beginsel enkel die schuldvorderingen waarvoor de verkrijging een tegenprestatie vormt (de onbetaalde prijs).

b. Algemeen

Behalve wat de bijzondere positie van de voorbehouden zekerheden betreft, in het bijzonder die voor warenkrediet, kan men bij de overige zekerheden doorgaans minstens twee categorieën onderscheiden:

² Bij onroerende voorrechten van de vervreemder is de publiciteit (inschrijving) wel voorgeschreven zodra aan de vervreemding zelf publiciteit wordt gegeven (d.i. de overschrijving van de vervreemdingstitel). Zie Deel VIII.

- de zekerheden die een vorm van pandrecht uitmaken, gebaseerd op de idee van vestiging van een zakelijk recht, en beheerst door het anterioriteitsbeginsel;
- de zekerheden die op de verrijkingsgedachte zijn gebaseerd, en dus slechts gelden op goederen die in het vermogen van de schuldenaar aanwezig zijn, maar doorgaans met voorrang op oudere zekerheidsrechten.

4. Volgens de duur

Behalve de zekerheden die op het bezit zijn gebaseerd zijn ze meestal aan een termijn gebonden, welke kan verlengd of vernieuwd worden.

5. Volgens de gehoudenheid van de zekerheidsgever (zakelijke borg)

Zakelijke zekerheden kunnen verleend worden door de schuldenaar zelf van de verzekerde schuld, dan wel door een derde die zich daardoor zakelijk borg stelt.

HOOFDSTUK II. Typische kenmerken van zakelijke zekerheidsrechten in vergelijking met andere zakelijke rechten

1. Accessoir karakter en gevolgen daarvan.

a. Beginsel

Anders dan persoonlijke zekerheden, zijn zakelijke zekerheden in beginsel altijd accessoir aan de verzekerde schuldvordering.

Indien het recht niet accessoir is, kan het geen louter zekerheidsrecht zijn. In een aantal situaties kunnen partijen ervoor kiezen dat de ene partij de volle eigendom van goederen zal behouden (of van een derde verkrijgen), ook al heeft dit mede een zekerheidsfunctie, zo bv. wanneer iemand goederen niet verkoopt, maar ze slechts verhuurt of in bewaring geeft. Niet accessoir is bv. ook het eigendomsrecht dat de verkoper herkrijgt na ontbinding van de verkoop.

Gaat het evenwel niet om een volle eigendom of gelijkaardig zakelijk recht, maar om een zekerheidsrecht, dan is het accessoir aan de verzekerde schuldvordering.

Welke vorderingen precies door elk soort zakelijk zekerheidsrecht worden verzekerd, wordt in de bijzondere delen nader besproken (zo bepaalt de wet soms dat enkel de hoofdsom verzekerd is, en de accessoire vorderingen (kosten, interest, schadebedingen) niet of slechts beperkt); bovendien verschilt dit ook nog eens naargelang de vorm van vereffening of samenloop. Meer bepaald de regels inzake het al dan niet bevoorrecht zijn van interest voor de periode na het ontstaan van de samenloop verschillen naargelang het soort samenloop.

Hier bespreken we de algemene betekenis van het accessoir karakter.

b. Betekenis en gevolgen

De belangrijkste gevolgen van het accessoir karakter werden reeds besproken bij de bespreking van het afscheidingsrecht en afzonderingsrecht van de personen met een zakelijk zekerheidsrecht. Vergelijkbare vragen rijzen ook bij accessoire persoonlijke zekerheden zoals borgtocht.

1° Afhankelijk van bestaan van de verzekerde schuldvordering.

Het accessoir karakter van een zekerheidsrecht betekent dat het recht afhankelijk is van het bestaan en gelden van een ermee verzekerde schuldvordering. Bestaat er geen verzekerde schuldvordering of is de schuldvordering of het geheel van de schuldvorderingen tot zekerheid waarvan het zekerheidsrecht schept uitgedoofd, dan is ook het zekerheidsrecht

vervallen. Daarbij maakt het geen verschil om welke reden de schuldvordering uitgedoofd is, bv.:

- ook door schuldvernieuwing (novatie) (voor de vraag in welke mate een rekening-courant een schuldvernieuwing met dit gevolg inhoudt, zie de bespreking van de rekening-courant verder);
- of door toerekening van betalingen op die schuld (waarbij de schuldeiser in beginsel wel kan eisen dat de toerekening eerst geschiedt op de niet door een zekerheid gewaarborgde schuld);
- ook door schuldvergelijking; wat de schuldvergelijking betreft, gaat de zekerheid teniet in zoverre de verzekerde schuld is tenietgegaan door schuldvergelijking met een schuld van de schuldeiser jegens de schuldenaar (vgl. art. 1294 I BW). Heeft de schuldeiser ondanks die ingetreden schuldvergelijking zijn schuld toch betaald (en dus afstand gedaan van de schuldvergelijking); dan kan hij de zakelijke zekerheid niet meer invoeren ten nadele van derden, tenzij hij een gegronde reden heeft gehad om onkundig te zijn van de schuldvordering waarmee zijn schuld moest worden in vergelijking gebracht (art. 1299 B.W.).
- enz.

In beginsel vervalt de zekerheid ook wanneer de verzekerde schuld verjaard is, verschoond is³ of anderszins niet meer opeisbaar (sommige van deze excepties, zoals de verschoning, zijn wel "louter persoonlijk" wanneer het tegelijk om een persoonlijke zekerheid gaat, zoals bij de zakelijke borg).

Maar accessoriteit sluit niet dat er zekerheid is voor toekomstige schulden. Enkel zal het recht niet kunnen worden uitgeoefend zolang de schuld louter toekomstig is (en meestal ook niet zolang de schuld wel bestaand maar nog niet opeisbaar is). De zekerheid ontstaat echter wel degelijk wanneer ze gevestigd wordt, en niet eerst wanneer de verzekerde schuld ontstaat⁴. Welke schulden precies verzekerd worden, is een vraag die verder besproken wordt (i.h.b. in Hoofdstuk III C).

NB. Wanneer de zakelijke zekerheid door een derde wordt verleend, en het dus om een zakelijke borg gaat, dan is de zakelijke zekerheid accessoir aan de schuld van die zakelijke borg, die op zijn beurt accessoir is aan de hoofdschuld. Dat betekent wel dat de zakelijke zekerheid vervalt wanneer de borgverbintenis van de zekerheidsgever vervalt (zie voor een toepassing de bespreking van het hypotheekrecht in Deel VIII).

De accessoriteit mag niet doen vergeten dat voor het ontstaan van het zakelijk recht er ook aan de vereisten daartoe moet zijn voldaan; het bestaan van een geldige overeenkomst waarvan de verbintenissen verzekerd worden brengt op zichzelf natuurlijk nog niet mee dat ook het zakelijk recht effectief is ontstaan (dat aan de vereisten daartoe is voldaan).

2° Tegenwerpelijkheid van de excepties uit de verzekerde schuldvordering

³ Anders evenwel E. DIRIX, "Posities van schuldeisers en hun zekerheden", in Braeckmans, Dirix & Wymeersch, *Faillissement en gerechtelijk akkoord. het nieuwe recht*, Kluwer, p. 418 nr. 87; J. WOESTYN, in *Bijzondere overeenkomsten*, p. 15 nr. 38-39.

⁴ Hof Bergen 11 september 2006, *JT* 2006, 747.

Zakelijke zekerheidsrechten kunnen in beginsel slechts uitgeoefend worden onder beperking van de excepties die tegen de schuldvordering tot zekerheid waarvan ze strekken (de “valutaverhouding”) kunnen worden aangevoerd.

3° Beperkt tot de omvang van de verzekerde schuldvordering

Het zekerheidsrecht geeft ook slechts rechten op de goederen tot beloop van de verzekerde schuld.

Zoals gezegd leidt men hieruit af dat het geen rechten zijn op het goed *an sich*, maar op de waarde, juist nog de opbrengst van het goed, en wel slechts ter grootte van de verzekerde schuldvordering. Ook het afzonderingsrecht doet hieraan, zoals hoger besproken, geen afbreuk. Het afzonderingsrecht belet niet dat het nog altijd om een zakelijk zekerheidsrecht gaat, en dus om een recht op de opbrengst (verzilveringswaarde) van het goed bij uitwinning en geen recht op het goed als dusdanig. De schuldeisers met afzonderingsrecht kunnen dus maar afzonderlijke vereffening vragen zolang ze nog een met dat zekerheidsrecht verzekerde schuldvordering hebben. Zijn alle door een bepaald zekerheidsrecht op een bepaald onderpand verzekerde schuldvorderingen voldaan, dan heeft die schuldeiser voor eventuele andere vorderingen die hij nog zou hebben op dezelfde schuldenaar geen afzonderingsrecht meer ten aanzien van – de opbrengst van - dat onderpand. De meeropbrengst maakt deel uit van de algemene boedel.

Dit kenmerk van zakelijke zekerheden komt duidelijk tot uiting in het lossingsrecht van de schuldenaar zelf en van de bewindvoerder over zijn vermogen, bv. de faillissementscurator⁵. Dit betekent dat de schuldenaar of bewindvoerder het goed onbezwaard verkrijgt door de volledige verzekerde schuld te betalen, ook wanneer er nog andere schulden zijn jegens die schuldeiser, die echter niet mee door dat zekerheidsrecht worden gewaarborgd. Dit lossingsrecht vinden we niet enkel bij het pandrecht, maar bv. ook bij eigendomsvoorbehoud (art. 108 FaillW).

Wel zijn er ook situaties waarbij de schuldeiser (anders dan bij eigendomsvoorbehoud) meer heeft dan een zakelijk zekerheidsrecht, en recht heeft op het goed zelf (bv. bij leasing). Hoewel het rechtstechnisch niet om een zakelijk zekerheidsrecht gaat, worden de belangrijkste van deze figuren in deze Inleiding besproken, omdat zij ten dele dezelfde functie hebben als een zakelijk zekerheidsrecht. De rechtsgevolgen zijn ten dele verschillend (zo wordt het recht niet uitgeoefend door middel van beslag, maar door middel van revindicatie).

4° Volgt de hoofdzaak

Accessoire zekerheidsrechten kunnen niet zelfstandig worden overgedragen.

⁵ Het lossingsrecht van de bewindvoerder wordt in beginsel wel bepaald door de *lex concursus*: zie DIRIX & SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *TBH* 2001, (580) 590 nr. 19.

Zij gaan wel van rechtswege mee over als *accessorium* van de schuldvordering tot zekerheid waarvan zij strekken, bv. bij overdracht van schuldvordering (zie bv. art. 1692 BW) of subrogatie.

Uitzondering op deze laatste regel vormen de *intuitu personae creditoris* verschaftte zekerheden. Deze gaan niet over wanneer de persoon van de schuldeiser wijzigt, maar doven uit. Dit geldt bv. voor de hypothecaire volmacht⁶.

Het accessoir karakter sluit niet uit dat de verzekerde schuldeiser rangafstand kan doen.

5° Nuancering: de *security agent*.

Ingevolge de hierboven besproken regels rees de vraag of het mogelijk is dat - om redenen van beheer - de zekerheden op naam kunnen (blijven) staan van een middellijk vertegenwoordiger, die openlijk voor rekening van de schuldeiser(s) van de verzekerde schuldvordering optreedt. De vraag naar zo'n mogelijkheid is groot bij gesyndiceerde kredieten, waar bovendien het aandeel van de schuldeisers nogal eens wisselt in de loop van het krediet⁷.

Er rijst geen probleem indien zowel de schuldvordering als de zekerheid op naam van de vertegenwoordiger staan, die dan beiden verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgevers. De schuldeisers hebben echter meestal niet de bedoeling om de schuldvordering volledig op naam van de vertegenwoordiger te laten (vooral omdat dit een risico inhoudt bij insolventie van de vertegenwoordiger⁸). Volgens de traditionele doctrine is het echter niet mogelijk beiden in die zin van elkaar los te koppelen dat de schuldvordering op naam staat van de schuldeisers en de zekerheid op die van de vertegenwoordiger. In welke mate dit juist is, en in welke mate de rechtsfiguren van het gemeen recht dit kunnen oplossen, hangt af van de regels inzake pluraliteit van schuldeisers. Die worden in een laatste Deel van deze Inleiding behandeld.

Los daarvan echter is er een uitdrukkelijke wetsbepaling voor conventionele zekerheden op financiële activa, die onder de WFZ vallen (de toepassingsvereisten worden verderop besproken in Deel VI, belangrijkste is de buitenbezitstelling): art. 5 WFZ bepaalt nl. dat het perfect mogelijk is de zakelijke zekerheid te laten verkrijgen door een in eigen naam handelende vertegenwoordiger ("*security agent*") in zoverre de identiteit van de begunstigden (d.i. de opdrachtgevers) van zakelijke zekerheden kan worden vastgesteld aan de hand van die overeenkomsten. Het artikel bepaalt verder dat de identiteit van die begunstigden van zakelijke zekerheden kan veranderen in de tijd, zonder dat dit de zakelijke zekerheid (de

⁶ Vgl. DIRIX & DECORTE (2006) nr. 38 p. 248.

⁷ Zie hierover R. JANSEN, "Gesyndiceerde kredieten", *J.Falc.* 2005, 87 v. (<http://www.law.kuleuven.be/jura/41n1/jansen.html>)

⁸ Hoewel art. 103 FaillW dit risico in belangrijke mate beperkt: de schuldvordering die op naam staat van de *security agent*, die openlijk voor rekening van opdrachtgevers optrad, kan door die opdrachtgevers genaast worden en valt niet in de boedel bij faillissement van de vertegenwoordiger.

geldigheid, de tegenstelbaarheid en de rang ervan) aantast. De *security agent* kan in zo'n geval alle rechten uitoefenen die aan de titularis van zo'n zekerheidsrecht toekomen. Bij insolventie van de agent valt zijn beheersrecht weg en komt het aan de schuldeisers dan wel een nieuwe agent toe.

Dit is een nuancering van, maar geen breuk met het accessoriteitsbeginsel: de zekerheid blijft immers in alle andere opzichten accessoir aan de verzekerde schuldvordering.

c. Verdere beperking tot de mate van dekking.

Verder moet bij zakelijke zekerheden ook telkens worden nagegaan welke schulden erdoor verzekerd worden. De vragen die hierbij rijzen zijn grotendeels vergelijkbaar met de vraag van de "dekking" van een borgtocht, met dien verstande dat bij sommige zekerheden de mate van dekking door de overeenkomst wordt bepaald en bij sommige andere door de wet. De mate van dekking wordt dan ook afzonderlijk besproken per soort zekerheid.

2. Afzonderings- en afscheidingsrecht; volgrecht; anterioriteitsbeginsel

Deze kenmerken van zakelijke rechten werden hoger reeds besproken. Het afscheidingsrecht (separatistenpositie) is wel afgezwakt, vooral bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie (zie Deel III).

Daarmee verwant is ook:

- het volgrecht als algemeen kenmerk van zakelijke rechten, en
- het eveneens hoger besproken gevolg dat conflicten tussen zakelijke zekerheidsrechten in beginsel worden opgelost volgens het anterioriteitsbeginsel.

Hierop gelden de uitzonderingen die gelden voor zakelijke rechten in het algemeen (verlies van het volgrecht wanneer de zaak zelf niet meer voldoet aan de vereisten om voorwerp te zijn van zakelijk recht (bij vermenging, zaaksvorming, natrekking); verlies van het volgrecht jegens de derde-verkrijger te goeder trouw die aan de vereisten voor derdenbescherming voldoet) naast enkele bijkomende uitzonderingen die voortvloeien uit de publiciteitsvereisten voor zekerheidsrechten.

In veruit de meeste gevallen heeft het Hof van cassatie dan ook het anterioriteitsbeginsel als uitgangspunt genomen bij conflicten tussen zakelijke zekerheidsrechten.

Deze - terechte - aanpak van de rechtspraak correspondeert aan een meer systematische kijk op het zekerhedenrecht⁹. De rechtspraak is daarmee ingegaan tegen een andere opvatting, die - zich beroepend op art. 13 HypW - de kwaliteit van de schuldvordering belangrijker achtte dan de beginselen van het zakenrecht. In een aantal conflicten werden dan ook in het verleden allerlei van het anterioriteitsbeginsel afwijkende opvattingen verdedigd (bv. conflict tussen pand handelszaak en hypotheek, conflict tussen pand handelszaak en voorrecht verhuurder, enz.). In een aantal gevallen heeft de wetgever uitdrukkelijk voor een afwijkende opvatting gekozen, die dan ook bij wijze van uitzondering nog geldt (bv. het conflict tussen het voorrecht van de verpachter en het landbouwvoorrecht).

⁹ Vgl. R. JANSSEN "Algemene systematiek van voorrechten", *TPR* 2008, 9 v.

3. Versterkte rol van de publiciteit

Zoals verderop moge blijken, speelt de publiciteit bij zakelijke zekerheidsrechten een belangrijke rol. We bespreken dit per categorie van goederen, niet alleen omdat de vorm van de publiciteit verschilt, maar ook omdat de precieze rechtsgevolgen ervan (en in het bijzonder de rechtsgevolgen van een gebrek aan publiciteit) verschillen. In het algemeen kan men wel stellen dat bij zakelijke rechten die geen zekerheidsrechten zijn de publiciteit slechts vereist is in conflict met personen met een ouder recht of met latere verkrijgers te goeder trouw, maar niet in conflict met latere verkrijgers te goeder trouw. Gaat het om zekerheidsrechten, dan is de publiciteit in regel ook voorgeschreven om voorrang te hebben op latere verkrijgers te kwader trouw. Verlies van publiciteit brengt dus normaal verlies van het zekerheidsrecht mee (bv. bezitsverlies bij vuistpandrechten).

4. Handhaafbaarheid door middel van zakelijke subrogatie

Een typisch kenmerk van zakelijke zekerheidsrechten is dat ze kunnen worden gehandhaafd door middel van zakelijke subrogatie. Waar hierover bij andere zakelijke rechten nog enige betwisting bestaat, wordt dit bij zekerheidsrechten vrij algemeen erkend.

Dit is onder meer van belang wanneer het recht op het oorspronkelijk onderpand tenietgaat, doordat dat onderpand zijn zaakskarakter verliest ingevolge natrekking, zaaksvorming of vermenging.

HOOFDSTUK III. Regels voor overeenkomsten tot verkrijging van zakelijke zekerheden

De regels voor overeenkomsten tot verkrijging van zakelijke zekerheden zijn ten dele verbintenisrechtelijk, ten dele zakenrechtelijk. Het onderscheid is niet alleen materieelrechtelijk relevant, het is ook belangrijk voor het internationaal privaatrecht (de aanknopingsfactor is immers verschillend voor beide aspecten, voor de verbintenisrechtelijke geldt de *lex contractus* en voor de zakenrechtelijke de *lex rei sitae*).

AFDELING A. De regels die volgen uit de algemene beginselen van zakenrecht en gelden voor verkrijging van zakelijke rechten in het algemeen.

De hiernagenoemde regels gelden behoudens bijzondere afwijkende bepalingen – en onder voorbehoud van de specifieke situatie van zakelijke rechten op schuldvorderingen (die in Deel VI wordt besproken).

1. De numerus clausus

a. Betekenis van de numerus clausus bij zekerheidsrechten

Traditioneel zegt men : “geen voorrecht zonder wet” (*pas de privilège sans texte*), maar dat is een misleidende formule. Zoals verder moge blijken, zijn er in ons recht wel degelijk zakelijke zekerheidsrechten in gevallen die niet uitdrukkelijk door de wet zijn bepaald. Wel is het zo dat partijen bij overeenkomst of rechtshandeling slechts de zakelijke zekerheden kunnen scheppen die door ons recht erkend worden. Het adagium zegt dus nauwelijks iets meer dan het beginsel van de *numerus clausus* van zakelijke rechten.

De *numerus clausus*, zoals door de rechtspraak uitgelegd, houdt meer bepaald in dat ons recht behalve bij financiële activa geen “zekerheidseigendom” erkent, maar enkel volwaardige eigendom enerzijds, en pand- of hypotheekrecht (of een soortgelijk recht) anderzijds. Dit wordt zo dadelijk nader uiteengezet en dan verder besproken bij de afzonderlijke zekerheden. De niet-erkenning van zoiets als “zekerheidseigendom” is geen probleem van “nietigheid”, maar van het ontbreken van zakelijke werking. Wel rijst de vraag of een overeenkomst tot (onbestaande) zekerheidseigendom niet moet worden “geconverteerd” in een overeenkomst tot vestiging van een (wel erkend) beperkter zakelijk recht.

De *numerus clausus* impliceert ook een niet-erkenning van *Etikettenschwindel*: men ontsnapt niet aan dwingende vereisten en bepalingen door de zekerheid enkel maar bij overeenkomst een andere naam te geven. Soms wordt dit gezien als een “verbod van wetsontduiking”¹⁰, maar het gaat er veeleer om dat het zakenrecht de objectieve grenzen aangeeft van elk erkend zakelijk recht, en partijen daarvan gewoon niet kunnen afwijken (in die zin valt er gewoon niets te ontduiken).

¹⁰ Zie hierover DIRIX & DECORTE nr. 367, p. 245 met verwijzingen (waarbij ook Dirix het niet ziet in termen van wetsontduiking).

b. De “zekerheidseigendom”

1° Inleiding en beginselen - Vragen die rijzen bij het gebruik van andere zakelijke rechten, meer bepaald eigendom, als zekerheidsrecht

Bij de bespreking van de zekerheidseigendom moet men verschillende vragen uit elkaar houden.

a) Vooreerst kan de overeenkomst, waarmee partijen een zekerheidseigendom beogen, op zuiver verbintenisrechtelijk vlak ongeldig zijn, meer bepaald omwille van dwingende bepalingen ter bescherming van de schuldenaar zelf. Deze vraag wordt besproken in samenhang met de voor overdracht vereiste titel.

b) Vervolgens is er ook de vraag aan welke voorwaarden, meer bepaald inzake publiciteit, moet zijn voldaan voor de tegenwerpbaarheid aan derden met concurrerende zakelijke rechten (meer bepaald of men aan de voorwaarde van “buitenbezitstelling” bij pand kan ontsnappen door het zekerheidsrecht om te dopen tot (zekerheids)eigendom). Dit wordt verder besproken.

c) Tenslotte is er ook de vraag in welke mate de zekerheidseigendom past in de *numerus clausus* van zakelijke rechten, die een beginsel is van ons zakenrecht.

Daarbij kan men vooreerst vaststellen dat er bij zakelijke zekerheidsrechten, anders dan bij onroerende genotsrechten, weinig speelruimte wordt gegeven aan de partijen: zij kunnen de bevoegdheidsverdeling tussen eigenaar en gerechtigde tot het zekerheidsrecht niet wijzigen. Zo heeft de schuldeiser bij onroerend goed slechts de keuze tussen de hypotheek of het genotspand, zonder de rechten onder het ene of het andere te kunnen uitbreiden. Ook de rechten van de pandhouder kunnen niet worden uitgebreid, behalve dan de mogelijkheid om hem de bevoegdheid te geven verpande schuldvorderingen te innen (zie de bespreking in Deel VI; in handelszaken is deze bevoegdheid wettelijk voorzien). Zakelijke zekerheidsrechten zijn ook beperkt door het accessoir karakter ervan.

Het beginsel van de *numerus clausus* van zakelijke rechten brengt in het Belgische recht verder mee dat *eigendom tot zekerheid zakenrechtelijk slechts mogelijk is voor zover het om volle eigendom gaat*. Een bijzondere soort eigendom, die omwille van haar zekerheidsrol niet aan alle kenmerken van het eigendomsrecht zou voldoen, wordt in ons recht niet erkend - onder voorbehoud van de bijzondere regels inzake financiële zekerheden en betreffende het eigendomsvoorbehoud. De niet-erkenning van zoiets als “zekerheidseigendom” is geen probleem van “nietigheid”, maar van het ontbreken van zakelijke werking. De *numerus clausus*, zoals door de rechtspraak uitgelegd, houdt dus in dat ons recht geen “zekerheidseigendom” erkent, maar enkel volwaardige eigendom enerzijds, en pand- of hypotheekrecht (of een soortgelijk recht) anderzijds, behalve in een aantal wettelijk geregelde gevallen.

Wel rijst de vraag of een overeenkomst tot (onbestaande) zekerheidseigendom in ons recht niet moet worden “geconverteerd” in een overeenkomst tot vestiging van een (wel erkend) beperkter zakelijk recht.

2° Rechtsvergelijkende noot

Elders is dit niet noodzakelijk zo. Zo heeft de Duitse rechtspraak reeds sedert het begin van de eeuw de zekerheidseigendom erkend en uitgebouwd tot een afzonderlijke soort eigendom, met eigen kenmerken. Het (Staats)Nederlandse recht is oorspronkelijk het Duitse gevolgd¹¹, doch deze bijzondere vorm van eigendom werd door de wetgever afgeschaft met ingang van 1-1-1992 en omgezet in een bezitloos of stil pandrecht (art. 3:84 lid 3 NBW)¹².

De eigen kenmerken van de zekerheidseigendom, waar erkend, houden in dat het om een voorwaardelijke en afhankelijke eigendom gaat (als *accessorium* van een schuldvordering tot zekerheid waarvan zij strekt); de positie van de schuldenaar wordt daarbij vaak gekwalificeerd als “economische eigendom”. De zekerheidseigendom strekt er immers toe een onderscheid te maken tussen het recht op het goed zelf, en dat op de vermogenswaarde, juist nog, de verzilveringswaarde, ervan. Bij zekerheidsoverdracht belandt het goed niet definitief in het vermogen van de verkrijger, maar slechts tot zekerheid van diens schuldvordering, waarbij de verkrijger de verplichting heeft dit goed terug over te dragen aan de vervreemder zodra de schulden (tot zekerheid waarvan de overdracht strekte) zijn betaald (en zonodig afgezien wordt van verder krediet) of bepaald is dat het goed in dat geval van rechtswege terugkeert naar de vervreemder.

3° De cassatierechtspraak

De hierboven aangegeven opvatting van onze rechtspraak wordt geïllustreerd door het cassatiearrest van 17 oktober 1996¹³.

Dit arrest betrof de tegenwerpbaarheid aan de samenlopende schuldeisers van de cedent van een zogenaamde “cessie-delegatie” (de overdracht van de schuldvordering ten titel van zekerheid werd in de overeenkomst namelijk in die termen beschreven) van bepaalde schuldvorderingen aan één bepaalde schuldeiser. De betwisting betrof enkel de schuldvorderingen die nog niet waren geïnd voor het tijdstip van samenloop (de geïnde vorderingen bestonden immers niet meer en een mogelijke verbintenis tot terugstorting was tenietgegaan door schuldvergelijking met de schuldvorderingen van de bank, schuldvergelijking die immers mogelijk is zolang er geen samenloop is). Aangezien het hier om schuldvorderingen ging, rees er in beginsel geen publiciteitsprobleem: de voorwaarden voor tegenwerpbaarheid aan derden voor cessie en inpandgeving van schuldvorderingen zijn immers dezelfde.

¹¹ Bierbrouwerij-arrest HR 25 januari 1929, *NJ* 616.

¹² Volgens deze bepaling is de rechtshandeling, die tot doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel voor overdracht van dat goed. Hoewel het NBW het probleem daarmee als een *titel*probleem lijkt te behandelen, gaat het daarbij ook in het NBW niet om een vraag van geldigheid van de titel, maar wel van niet-erkenning van een eigendom die enkel een juridische en geen economische eigendom zou zijn.

¹³ Cass. 17 oktober 1996, *ASLK t. Foyer culturel du Sart-Tilman*

De bankier werd door het Hof van Beroep veroordeeld tot terugbetaling van de na de samenloop geïnde bedragen. Volgens het Hof van Beroep ging het om een “niet door de wet bepaalde zekerheid”, en kon deze dan ook geen rechtsgevolg hebben. Het Hof van cassatie preciseerde dat een dergelijke zekerheid niet tegenwerpbaar is ingeval van samenloop, zonder evenwel te verduidelijken waarom een eigendomsrecht, dat ten titel van zekerheid is overgedragen geen door de wet bepaalde zekerheid zou kunnen zijn. Het eigendomsrecht is immers vanzelfsprekend een door de wet erkend recht. Het Hof van cassatie lijkt de motivering van het Hof van beroep te volgen waar dit stelde dat de zekerheidseigendom geen volwaardige eigendom is. Men kan inderdaad stellen dat de zekerheidsoverdracht in beginsel neerkomt op een - poging tot - opsplitsing van de eigendom, waarbij de schuldeiser de juridische eigendom verkrijgt, maar zonder dat hij de gehele positie van eigenaar overneemt. Deze redengeving sluit nauw aan bij een al ouder arrest van het Hof van beroep te Brussel¹⁴ en wordt ook uitgewerkt door een deel van de rechtsleer¹⁵. Zij sluit m.i. aan bij het hedendaagse (Staats)Nederlandse recht (zie het art. 3:84 lid 3 NBW).

Dat het om een zakenrechtelijke vraag gaat, en niet om een verbintenisrechtelijke vraag, blijkt ook daaruit dat de beteugeling er niet in bestaat dat de verbintenisrechtelijke (zekerheids)-overeenkomst nietig is (zij vormde *in casu* overigens de rechtsgrond voor geldige inbetalinggevingen die geschieden voor het tijdstip van samenloop), maar wel dat de eigendom(s-overdracht) niet door de overnemer kan worden tegengeworpen aan in samenloop komende derden (of er dan geen tegenwerpbaar pandrecht is, komt zo dadelijk aan bod). Op dit punt is het Hof van beroep, dat de nietigheid uitsprak, uitdrukkelijk verbeterd door het cassatiearrest.

De reden voor de ongeldigheid van de zekerheidsoverdracht ligt dus niet in regels van het verbintenisrecht die enkel de bescherming van partijen beogen (zoals bv. art. 2078 BW), maar slechts in het zakenrecht¹⁶. Zoniet diende de beteugeling te bestaan in een nietigheid van de overeenkomst in plaats van een niet-tegenwerpbaarheid van het zakelijk recht. Dit belet niet dat de onwenselijkheid om in het zakenrecht een zekerheidseigendom te aanvaarden natuurlijk mee is ingegeven door de afweging van de belangen van de betrokken partijen.

De reden voor deze verwerping van de zekerheidseigendom dient hoofdzakelijk daarin worden gezocht, dat men door het gebruik van de benaming “eigendom” niet meer rechten kan verkrijgen dan een pandhouder. De belangrijkste beperkingen van het recht van de pand-

¹⁴ Hof Brussel 25 mei 1932, *JPA* 253.

¹⁵ I. MOREAU-MARGREVE, “Evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés”, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant Brussel 1983, (77) vooral p. 192; A. VERBEKE, *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypothecken en andere zekerheden*, Mys & Breesch Gent 1994, nr. 223. In het verleden werden ook andere bezwaren geopperd tegen de zekerheidscessie, die evenwel niet de redenen zijn van het cassatie-arrest (zie voor die bezwaren L. SIMONT, “De overdracht van schuldvordering tot zekerheid”, *Liber amicorum Frédéric Dumon*, I, p. 259 e.v.; P.H. DELVAUX, “La mobilisation des créances à titre de garantie”, in *La transmission des obligations*, p. (518) 546 v.).

¹⁶ Zo ook I. MOREAU-MARGREVE, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, p. (77) 192; voor een overzicht van de verschillende argumenten tegen de zekerheidscessie, waarbij vaak art. 2078 BW aan bod komt, zie A. VERBEKE, *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypothecken en andere zekerheden*, nr. 199 v. en vooral 217 v. (herdrukt in *Vijf jaar voorrechten, hypothecken en andere zekerheden 1991-1995*, Mys & Breesch Gent 1997, I nr. 199 v. en 217 v.); J. KOKELENBERG, “Enige beschouwingen over de samenloop pand op handelszaak - warrant en fiduciaire eigendom”, *TBBR* 1994, 34 v.; zie verder E. DIRIX & R. de CORTE, *Zekerheidsrechten*, (2006) nr. 619-623.

houder, die men aldus niet kan ontlopen, zijn het lossingsrecht van de vereffenaar (curator e.d.) - d.i. het recht om zich van het pandrecht te bevrijden en het goed in de boedel te houden door betaling van de schuld tot zekerheid waarvan het goed strekt (volgens art. 108 Faill.W. 1997 ook van toepassing bij eigendomsvoorbehoud) - en daarmee samenhangend, dat de meeropbrengst moet terugbetaald worden aan de schuldenaar *c.q.* in de boedel dient te worden gestort.

Bij vennootschapseffecten kan daaraan worden toegevoegd dat de lidmaatschapsrechten uit in pand gegeven effecten aan de eigenaar toekomen.

4° Schakeringen.

De genoemde rechtspraak betekent niet dat er buiten de door de WFZ geregelde zekerheidseigendom geen gevallen zouden zijn van eigendom die verkregen of voorbehouden wordt met een zekerheidsoogmerk. Er moet dus nagegaan worden welke niet door de wet geregelde zekerheidsmechanismen hierdoor elke zakelijke werking ontberen, en welke mechanismen wel een zakelijke werking hebben. Een kort overzicht van de belangrijkste gevallen geeft ons wellicht de mogelijkheid om de regel tot besluit scherper te stellen.

a) Overdracht solvendi causa.

Vooreerst lijkt de geldigheid onbetwist van een cessie of eigendomsoverdracht *solvendi causa*, d.i. een inbetalinggeving. In dat geval wordt de schuldeiser volwaardig eigenaar; de inbetalinggeving strekt er wel degelijk toe het goed na de overdracht definitief in het vermogen van de verkrijger te doen vallen (en niet tijdelijk, tot na betaling van de schuld). Dit is ook het geval wanneer een schuldvordering in betaling wordt gegeven voor een bepaalde prijs. Wel kan de overnemer bedingen dat de overdrager hem vrijwaart in geval van insolventie van de gecedeerde schuldenaar (zie art. 1694 BW).

b) Leasing.

Bij de gewone financiële *leasing* (besproken in Deel V voor roerende zaken) vindt er geen eigendomsoverdracht plaats ten titel van zekerheid, maar gaat het toch wel om een soort zekerheidseigendom. Nu wordt de tegenwerpbaarheid daarvan in geval van samenloop in het Belgische recht algemeen erkend (zie nader Deel V), zodat de vraag rijst waarin de - erkende - eigendom van de *lessor* dan wel verschilt van de niet-erkende zekerheidseigendom. Welnu, in de klassieke leasing (driepartijenverhouding) heeft de *lessor* een volwaardig eigendomsrecht, dat niet wordt beperkt door de titel waarmee hij verkrijgt - het goed wordt immers van een derde verkregen en niet van de *lessee*; er is dan ook geen sprake van een overdracht waarbij de *lessee* zich bepaalde rechten zou hebben voorbehouden of een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde behoudt. Het eigendomsrecht van de *lessor* is verder ook overdraagbaar (weliswaar zal de verkrijger gebonden zijn door de *leasing*overeenkomst, dit op grond van de gemeenrechtelijke regels inzake huur) en niet-accessoir (rechtens is niet het eigendomsrecht van de *lessor* afhankelijk van zijn schuldvordering op de huurder, maar omgekeerd zijn schuldvordering afhankelijk van zijn eigendomsrecht op het goed). Het

eigendomsrecht van de *lessor* is evenmin onderworpen aan een ontbindende voorwaarde; de huurder beschikt slechts over een aankoopoptie (zonder terugwerkende kracht. Het goed maakt tenslotte ook als dusdanig deel uit van het vermogen van de *lessor*, en niet enkel de verzilveringswaarde tot beloop van de onbetaalde schulden van de *lessee*.

Al deze kenmerken maken dat het eigendomsrecht van de *lessor* een volwaardig eigendomsrecht is, en niet een “loutere” zekerheidseigendom.

Voor zover de positie van de *lessor* dezelfde blijft bij *sale-leaseback*, zou ook in dat geval het eigendomsrecht moeten worden erkend. Hoewel het Hof van cassatie zich hierover nog niet heeft uitgesproken, gaat de gepubliceerde rechtspraak in die richting¹⁷. Men zou dus kunnen zeggen dat de “zekerheidsoverdracht” in België wel bestaat, maar dan wel precies in die gevallen waarin de overgedragen eigendom geen loutere zekerheidseigendom is.

c) Overdracht van vervangbare zaken zonder afzondering ervan.

Geen zekerheidseigendom, maar een volle eigendom ontstaat er ook bij overdracht van vervangbare zaken, inbegrepen (chartaal) geld¹⁸, in die gevallen waarin deze goederen niet als een afgezonderd geheel worden bewaard. Het gebeurt bv. dat de schuldenaar aan zijn schuldeiser een hoeveelheid vervangbare goederen overhandigt, welke niet afgescheiden blijven van het vermogen van die schuldeiser.

Ook al wordt de eigendom ervan ten titel van zekerheid overgedragen, dan nog gaat het hier niet om een loutere zekerheidseigendom (hetzelfde doet zich overigens voor bij het quasi-vruchtgebruik, dat eveneens de volle eigendom bij de zgn. vruchtgebruiker legt). Omwille van de “vermenging” in het vermogen van de verkrijger gaat het noodzakelijkerwijs om een volwaardige eigendom. De vermenging is immers een oorspronkelijke wijze van eigendomsverkrijging.

Een beperking van het recht van de houder, bv. tot een pandrecht, is slechts mogelijk voor zover er een afscheiding plaatsvindt tussen dat geld of die goederen en de rest van het vermogen van de houder (zie de bespreking van de vermenging in Deel II); hetzelfde geldt voor het ontstaan van mede-eigendom. Dit gebeurt in de praktijk meestal door de goederen in handen te geven van een derde, die ze in eigendom houdt voor één partij en in pand voor een andere¹⁹. Het kan dus zijn dat het gaat om een “hoop” soortgoederen die als geheel wel degelijk geïdentificeerd en afgezonderd is; in dat geval komt die hoop niet noodzakelijk in volle eigendom aan één partij toe, en kan er zowel een mede-eigendom gelden als een pandrecht op de hoop.

De houder van de goederen zal echter een volle eigenaar zijn a) indien de goederen niet als geheel (“hoop”) zijn afgezonderd, of b) indien partijen zo zijn overeengekomen. In dat geval

¹⁷ Zo ook besliste in (Staats)Nederland HR 19-5-1995, *Keereweer t. Sogelease*, NJ 1996, 119, uitvoeriger besproken in BRAHN & REEHUIS, *Overdracht*, (3) 1997, p. 28 v.

¹⁸ D.i. munten en bankbiljetten; giraal geld is immers een schuldvordering, zie Deel VI en VII.

¹⁹ Deze derde kan desgevallend ook waardepapieren uitgeven, die dit eigendomsrecht en pandrecht afzonderlijk vertegenwoordigen, ceel c.q. warrant genaamd.

is er ook geen pand, noch een quasi-pand, en gelden de bijzondere regels inzake inpandgeving hier niet (zie cassatie 4 april 2003²⁰).

Voor zover de verkrijger verplicht zou zijn de som of hoeveelheid goederen terug te geven, maar hij intussen de volle eigendom heeft, is hij overigens ook niet verplicht dezelfde geldstukken of goederen terug te geven, maar enkel eenzelfde hoeveelheid van dezelfde soort (behoudens verdergaande zgn. fiduciaire verplichtingen). Intussen mag de verkrijger het geld of de goederen vervreemden, is zijn eigendom niet onderworpen aan een ontbindende voorwaarde, noch accessoir, en maakt het geld of goed dus in alle opzichten deel uit van zijn vermogen (hetzelfde vinden we dus ook bij quasi-vruchtgebruik).

In sommige rechtsverhoudingen heeft de wetgever een dergelijke zekerheidstelling wel verboden (bv. huur : art. 10 lid 2 Woninghuurwet).

d) Zuiver verbintenisrechtelijke constructies

Buiten schot blijven ook zekerheidsmechanismen gegrond op de uitwendige werking van zuiver verbintenisrechtelijke constructies, zonder dat er een overdracht of vestiging van zakelijke rechten op een schuldvordering plaatsvindt. Zij worden in Deel VI besproken.

e) Zekerheidseigendom op financiële activa

Het betreft hier een bijzondere wettelijke regeling, die in Deel VI en VII wordt besproken.

f) Eigendomsvoorbehoud

De aard van deze rechtsfiguur wordt nader geanalyseerd in Deel V, waar we tot de conclusie komen dat het eigendomsvoorbehoud inderdaad geen volwaardig eigendomsrecht is, maar een gemoduleerd eigendomsrecht, dat eigenlijk een zekerheidsrecht is.

g) Besluit

Uit dit overzicht van al dan niet erkende eigendomsoverdrachten tot zekerheid kan worden afgeleid aan welke voorwaarden een toegezegd recht moet voldoen om een eigendomsrecht te kunnen zijn. Het belangrijkste kenmerk in ons recht lijkt me het niet-accessoire karakter te zijn: de eigendom wordt maar erkend wanneer het goed als dusdanig in het vermogen van de verkrijger terechtkomt, en niet enkel de verzilveringswaarde ervan.

Gaat het niet om een volwaardig eigendomsrecht, dan kan de verkrijger buiten de wettelijk nader geregelde gevallen slechts een pandrecht (bij onroerend goed hypotheekrecht)

²⁰ Cass. 4 april 2003, *TBH* 2003, 393 = *RW* 2003-2004, 1689 noot M.E. STORME: “De zakenrechtelijke kwalificatie en de verbintenisrechtelijke gevolgen van de betaling hiervan een geldsom tot zekerheid” = *F.F. Bank&Fin.R.* 203, 375 noot I. PEETERS “Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid”.

verkrijgen, maar geen juridische eigendom, en gelden ook voor het overige de regels inzake inpandgeving.

5° Bijzondere regels voor zekerheidsrechten.

Tot besluit kan men stellen dat ons recht (terecht) vasthoudt aan het onderscheid tussen zekerheidsrechten en andere zakelijke rechten, en een aantal beginselen kent voor (de vestiging en/of uitoefening van) zekerheidsrechten, die niet gelden voor andere zakelijke rechten en waaraan men dan ook niet kan ontsnappen door het recht een andere naam te geven.

De typische kenmerken van zekerheidsrechten zien we:

- in het accessoir karakter en zijn gevolgen (zie hoger). Deze regels gelden niet bij rechten waar het zekerheidsaspect misschien ook een rol speelt, maar die in eerste instantie een andere finaliteit hebben, zoals bv. de klassieke *leasing*.
- In het terugdringen van het afscheidingsrecht bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie;
- In de versterkte rol van de publiciteitsregels.

2. Eisen gesteld aan het voorwerp van de zekerheid (bestaan, eenheid, specialiteit en bepaaldheid)

Zoals in Deel I. uitgewerkt, kan een zakelijk recht maar betrekking hebben op een geïndividualiseerde zaak, niet op een algemeenheid (specialiteitsbeginsel), noch op een onderdeel of materiaal (eenheidsbeginsel – regels inzake natrekking en zaaksvorming), noch op niet afgezonderde soortzaken (bepaaldheidsbeginsel, regels betreffende de eigenlijke vermenging).

Nochtans zijn er enkele verruimingen van deze beginselen te vinden, met name bij het pand op handelszaak, het voorrecht van de verhuurder en het landbouwvoorrecht. Zo wordt bij het pand op handelszaak het geheel van de voorraden als een feitelijke algemeenheid beschouwd. Bovendien kan men ook in één enkele handeling alle schuldvorderingen in pand geven (Dui. *Globalzession*). Hetzelfde geldt ook voor onder meer de inboedel van een huurhuis of pachthoeve, wat betreft het voorrecht van de verhuurder en het landbouwvoorrecht (zie verder Deel V).

Zoals alle zakelijke rechten kunnen zakelijke zekerheidsrechten maar gelden op goederen die bestaan. Voor de problematiek van de zgn. toekomstige schuldvorderingen, zie de bespreking in Deel VI.

AFDELING B. De beginselen uit het zakenrecht voor de conventionele vestiging van zakelijke rechten in het algemeen.

Op de vestiging van zakelijke zekerheidsrechten zijn in beginsel de regels inzake overdracht van eigendom van toepassing, met enkele afwijkende en bijzondere regels. Deze bijzondere regels komen bij de bespreking van de afzonderlijke soorten zakelijke zekerheden aan bod. Hier geven we de grondvereisten aan, die hoger (Deel II Hoofdstuk IV.) reeds voor de eigendomsoverdracht werden aangegeven, en hier worden geconcretiseerd voor vestiging van zakelijke zekerheidsrechten in het algemeen.

1. Vereisten betreffende het voorwerp

Naast de vereisten dat het zakelijk recht dat men wil vestigen door het recht erkend moet zijn (*numerus clausus*, zie hierboven), en dat het goed waarop men het wil vestigen moet bestaan en voldoen ook aan de andere vereisten voor een zakelijk recht (specialiteit, eenheid, bepaaldheid, zie hierboven), moet het goed ook overdraagbaar zijn (zie de bespreking in Deel I; en de nuances inzake schuldvorderingen in Deel VI.)

2. Vereiste van geldige titel

a. De titelvereiste ...

Ook voor de vestiging van zekerheidsrechten is ons zakenrecht “causaal”. Er moet een “geldige titel” zijn, d.i. een onderliggende overeenkomst of andere verbintenis tot vestiging van het zakelijk zekerheidsrecht. Die titel is meestal afkomstig uit een overeenkomst, soms uit de wet. Ook al dient de vestiging zelf te worden onderscheiden van de onderliggende verbintenis (zie volgende punt hieronder), ze is daarvan niet “geabstraheerd”: de geldigheid van de eerstgenoemde is afhankelijk van de geldigheid van die onderliggende verbintenis.

De verbintenis tot vestiging kan wel een verbintenis onder tijdsbepaling of voorwaarde zijn (zo bv. de hypothecaire volmacht).

De vragen die betrekking hebben op de titel als dusdanig werden in Deel II besproken voor de overdracht en vestiging in het algemeen en komen in Afdeling C. hieronder nader aan bod voor zekerheidsovereenkomsten.

Indien de zakelijke zekerheid door een derde is gevestigd (zakelijke borg), dan moet er ook rekening mee worden gehouden dat bij de verbintenis tot vestiging door die zakelijke borg ook de regels inzake persoonlijke zekerheden spelen.

Bij voorbehouden zekerheden is er geen vestiging en is dus ook niet vereist dat er een verbintenis tot vestiging is.

b. Is een andere vereiste dan de vereiste van het bestaan van een verzekerde schuld

Dit causaal karakter van een pand- of hypotheekvestiging mag niet worden verward met het afhankelijk (accessoir) karakter van die zekerheidsrechten. Dat laatste betekent niet dat er een geldige verbintenis moet zijn aangegaan om ze te vestigen (dat betreft het causaal karakter), maar dat er een verbintenis moet zijn tot zekerheid waarvan het pand- of hypotheekrecht wordt gevestigd. Die vereiste wordt in Afdeling C. besproken. Het feit dat er een verzekerde schuld is waaraan het zekerheidsrecht accessoir is, is echter niet voldoende. De titel tot vestiging van het zekerheidsrecht moet daarnaast ook nog een geldige titel zijn, en het bestaan van een schuld betekent natuurlijk nog niet dat er een geldige vestigingstitel is. Zo vereist de vestiging van een pandrecht of een hypotheekrecht dat er een – voorafgaandelijk dan wel tegelijkertijd tot stand gekomen - geldige verbintenis is tot pand- of hypotheekvestiging, waarvan de vestiging de uitvoering vormt.

Deze verwarring heeft aanleiding gegeven tot een arrest van het Hof Antwerpen van 20 februari 1995²¹. Geïntimeerde "A" had zich, vereenvoudigd gezegd, bij een leningsakte hoofdelijk en ondeelbaar verbonden tot terugbetaling van een lening aan B en daarbij ook een hypotheek toegezegd op zijn onroerend goed. A verkrijgt later de algehele nietigverklaring van haar overeenkomst met de kredietgever (wegens dwaling). Nadat die beslissing in kracht van gewijsde is gegaan, spreekt de kredietverlener A terug aan, ditmaal niet als borg, maar als hypotheekgever. Het Hof besliste - terecht - dat nu er geen verbintenis meer overblijft van A jegens de kredietmaatschappij om een hypotheek te vestigen (verbintenis die enkel in de vernietigde overeenkomst werd aangegaan), het hypotheekrecht van rechtswege vervalt (door die vernietiging). Het hypotheekrecht is immers gevestigd in uitvoering van een verbintenis die door de vernietiging met terugwerkende kracht teniet is gegaan. Dat de hypotheekvestiging formeel geldig is, doet daaraan niet af, nu hypotheekvestiging een causale rechtshandeling is en de titel voor die vestiging was weggefallen.

3. Vereisten van vestigingshandeling en mogelijke vormvereisten (en tijdstip van vestiging)

a. De vestiging in enge zin

De vestiging vereist ook de uitvoering van die verbintenis, d.i. een "levering" krachtens die titel. Levering wordt hier niet in de feitelijke zin gebruikt van overgave (*délivrance*, *Lieferung*, *delivery*), maar in de juridische zin (*livraison*).

De levering geschiedt in beginsel door het akkoord van partijen over de totstandkoming van het zakelijk recht (en niet alleen over de verbintenis tot vestiging). Men moet dus een onderscheid maken tussen de onderliggende overeenkomst (de verbintenis tot geven) en de vestiging in uitvoering daarvan. Wel is het juist dat beide handelingen in tijd vaak samenvallen (zie art. 1138 BW voor de verplichting tot geven), maar deze regel is niet dwingend.

Bovendien gelden er juist bij de vestiging van zakelijke zekerheden vaak bijzondere regels en vereisten die maken dat de zekerheid niet consensueel kan worden gevestigd. In dat geval kan

²¹ *AJT* 1994-95, 505 noot M.E. STORME "Het causale karakter van de hypotheekvestiging, namelijk als uitvoering van een verbintenis tot hypotheekvestiging".

de loutere consensus nog geen levering inhouden. Bv. een pandrecht kan in beginsel niet consensueel worden gevestigd; men onderscheidt dus de pandbelofte - bv. in de kredietovereenkomst – als obligatoire rechtshandeling van de pandvestiging als zakenrechtelijke handeling; of ook hypotheekbelofte van de hypotheekvestiging. Gezien deze bijzondere vormvereisten wordt geoordeeld dat, anders dan bij andere akten van levering of vestiging van zakelijke rechten, een rechterlijke beslissing niet als vestigingsakte kan gelden²². De rechter kan wel veroordelen tot buitenbezitstelling *c.q.* tot het verlijden van de vestigingsakte op straffe van een dwangsom.

b. Het ontstaan van zekerheidsrechten door voorbehoud

Gaat het om een zekerheidsrecht dat bij vervreemding wordt voorbehouden, dan is het voldoende dat de vervreemder zich dat recht voorbehoudt bij de levering. Wel zal de vervreemder niet vermoed worden zich een zekerheidsrecht voor te behouden wanneer dat in strijd is met de verbintenisrechtelijke verhouding tussen partijen en zal hij omgekeerd vermoed worden zich dat recht wel voor te behouden bij de levering indien dat bedongen is; dat laatste verhindert natuurlijk niet dat er voor, bij of na de levering afstand kan worden gedaan van het voorbehouden recht dat men eerder bedongen had.

4. Vereiste beschikkingsbevoegdheid of derdenbescherming

De partij die het zakelijk recht verschafft moet beschikkingsbevoegd zijn, dit is moet m.b.t. die specifieke beschikking over het goed (bv. inpandgeving, enz.) bevoegd zijn.

Dit werd reeds uitvoerig besproken in Deel II hoofdstuk IV.

De eigenaar is in beginsel niet bevoegd om een recht te verschaffen op een goed dat strijdig is met een ouder zakelijk recht op datzelfde goed. Is het ouder recht een pandrecht, dan kan de eigenaar dus wel nog een pandrecht vestigen, doch enkel in tweede rang.

Bij gebreke aan beschikkingsbevoegdheid wordt de derde-verkrijger mits vervulling van bepaalde vereisten (waaronder zijn goede trouw) wel beschermd. Deze “derdenbescherming” wordt hieronder afzonderlijk besproken per categorie van goederen. Ook de maatstaf van de goede trouw (met name wanneer er een onderzoeksplicht is), wordt verder besproken (daarbij zal ook opgemerkt worden dat er meestal geen bescherming is tegen beschikkingsonbevoegdheid die het gevolg is van een samenloop waarvan men onwetend was). De goede trouw moet zoals gezegd betrekking hebben op het al dan niet aanwezig zijn van de bevoegdheid van de vervreemder om dat soort zakelijk recht te vestigen.

²² DIRIX & DECORTE, *Zekerheidsrechten* (2006), nr. 470 in fine p. 318. Vgl. dezelfde vraag betreffende de hypotheekvestiging.

AFDELING C. Regels betreffende de totstandkoming en geldigheid van de onderliggende verbintenrechtelijke overeenkomst (de zekerheidsovereenkomst)

De algemene regels inzake de totstandkoming (m.i.v. vertegenwoordiging), geldigheid, inhoudsbepaling, nakoming en niet-nakoming van overeenkomsten worden behandeld in de handboeken verbintenissenrecht en hier niet uitgewerkt. De regels die van bijzonder belang zijn voor de verbintenis tot het vestigen van een zakelijke zekerheid komen hieronder wel aan bod.

Bovendien moet, wanneer de zakelijke zekerheid door een derde wordt gevestigd (zakelijke borg), er ook rekening worden gehouden met de regels inzake persoonlijke zekerheden.

1. Totstandkoming

a. Rechtshandeling

Het kan gaan om een overeenkomst of een eenzijdige rechtshandeling.

b. Vormvereisten aan de toestemming; bewijsregels

Bij sommige zekerheidsovereenkomsten zijn er bijkomende vormvereisten. Deze betreffen evenwel niet zozeer de obligatoire overeenkomst zelf, maar de vestiging van het zakelijk recht, bv. de authentieke akte vereist voor een hypotheekvestiging, de buitenbezitstelling vereist voor een inpandgeving. De verbintenis tot inpandgeving of hypotheekvestiging kan echter vormvrij worden aangegaan. Een uitzondering betreft de verbintenis tot overdracht of inpandgeving van loonvorderingen (zie verder Deel VI).

Anderzijds zien we dat een aantal zakelijke zekerheden juist impliciet voortvloeien uit een overeenkomst (retentierecht, reclamerecht, voorrecht verkoper, voorrecht vervoerder of commissionair of hotelhouder of verhuurder) en niet uitdrukkelijk moeten worden bedongen.

Naast deze bijzondere vormvereisten gelden de gemeenrechtelijke bewijsregels, met beperking van de bewijsmiddelen in burgerlijke zaken in tegenstelling tot handelszaken (art. 1314 BW.). Op die regel zijn er wel een aantal uitzonderingen; zo zijn alle bewijsmiddelen toegestaan voor het bewijs van de zakelijke zekerheidsovereenkomsten die onder de WFZ vallen (d.i. overeenkomsten tot zakelijke zekerheid op effecten op rekeningtegoeden mits er een buitenbezitstelling is; het toepassingsgebied van deze wet wordt in Deel VI nader besproken), ook al zijn ze niet-commercieel (art. 6 WFZ).

c. Bewijs ten aanzien van derden.

In burgerlijke zaken moet de dagtekening ten aanzien van derden bewezen worden volgens art. 1328 BW Dit veronderstelt het opmaken van een geschrift en de registratie ervan. In

handelszaken geldt art. 1328 niet. Daar mag de vaste dagtekening van een rechtshandeling met alle rechtsmiddelen worden bewezen.

d. Regels van totstandkoming van de kaderovereenkomst

Vaak maakt de zekerheidsovereenkomst als een bijzonder beding deel uit van een ruimere overeenkomst, in het bijzonder een kredietovereenkomst. Dan gelden ook de totstandkomingsvereisten en herroepingsrechten die gelden voor die kredietovereenkomst. Deze worden nader besproken in het overeenkomstenrecht.

e. Verbintenis tot zekerheidsstelling aangeaan door een vertegenwoordiger

De verbintenis tot zekerheidsstelling kan in beginsel zoals een andere verbintenis door een lasthebber worden aangeaan krachtens een volmacht. Die lasthebber kan ook de schuldeiser zelf of een vertrouwenspersoon van de schuldeiser zijn. Bv. de volmacht tot hypotheekvestiging, de volmacht tot inpandgeving. Hier is de onherroepelijkheid een verbintenis, die de schuldenaar aangaat jegens de schuldeiser - in wiens belang de volmacht wordt gegeven²³.

2. (De bepaalbaarheid van) het « voorwerp » van overeenkomsten tot zakelijke zekerheid

a. Bepaalbaarheid van het voorwerp

1° Het primaire voorwerp.

Het primaire of eigenlijke voorwerp van een overeenkomst tot vestiging van een zakelijke zekerheid is de verbintenis tot het vestigen van een nader bepaalde zakelijke zekerheid op nader bepaalde goederen. Daartoe moeten de goederen waarop het gevestigd wordt bepaalbaar zijn op grond van de overeenkomst. De vestiging zelf vereist dat het goed ook daadwerkelijk bepaald is, maar dat betreft dan het zakelijk recht zelf en niet de onderliggende verbintenis (specialiteits- en bepaaldheidsbeginsel, zie hoger).

Kan de verbintenis ook betrekking hebben op de vestiging van een zekerheid op toekomstige goederen (NB. Een heel andere vraag dan die naar de mogelijkheid tot vestiging van een zekerheid tot waarborg van toekomstige schulden, hieronder besproken) ?

Dit is in beginsel mogelijk mits die goederen voldoende bepaald of bepaalbaar zijn (vgl. art. 1130 BW en hoger nr. ...). Zakenrechtelijk zijn er wel beperkingen aan de mogelijkheid tot daadwerkelijke vestiging (zie verder nr.). Toch rijst ook verbintenisrechtelijk wel de vraag naar beperkingen aan dergelijke zekerheidsverschaffing, meer bepaald ter bescherming van de schuldenaar zelf tegen overdreven belasting van zijn toekomstig vermogen en ter bescherming van de andere (meer bepaald toekomstige) schuldeisers tegen het op voorhand belasten van dit

²³ Zie voor de nadere regels van dit soort volmachten M.E. STORME, "Hoever reikt de regel van de onherroepelijkheid van een lastgeving van gemeenschappelijk belang - in het bijzonder bij enkele toepassingen in de notariële praktijk", *TNot* 1996, 7 v.

vermogen, zodat het onttrokken wordt aan hun gemeenschappelijk onderpand en zij minstens *de facto* geen verhaal meer hebben. Het bedingen van een overdreven zekerheid op toekomstige goederen van de schuldenaar kan dan ook in strijd komen met art. 7 en 8 Hyp.W. Een bijzondere wettelijke regeling hiervoor vinden we echter alleen voor zekerheidsovereenkomsten gesloten door gehuwden (zie verder nr.).

Daarnaast dienen de beperkingen aan de overdraagbaarheid van loonvorderingen en vorderingen op sociale uitkeringen en vergoedingen (reeds besproken in Deel I) wellicht ook in die zin te worden uitgelegd, dat ook de verbintenis tot overdracht of inpandgeving daarvan nietig is, of liever, van rechtswege wordt beperkt tot het overdraagbaar gedeelte van die schuldvorderingen.

2° De verzekerde schuldvordering

Aangezien zakelijke zekerheden “accessoir” zijn aan een verzekerde schuldvordering, wordt net als bij persoonlijke zekerheden ook bij zakelijke zekerheden de zekerheid begrensd door het bestaan, de geldigheid, de omvang en de modaliteiten van de verzekerde schuld of schulden.

3° De bepaling in hoeverre de schuld verzekerd is (dekking)

a) Vragen die ook rijzen bij pand en hypotheek voor een bepaalde schuld

i) Plafonnering

Bij pand en hypotheek moet - anders dan bij borgtocht - in beginsel wel bepaald worden in welke mate de verzekerde schuldvordering gedekt wordt en moet dit cijfermatig worden vastgelegd (bepaling van een plafond, zie art. 2074 BW *c.q.* 80 HypW). Wat het pand betreft, geldt deze vereiste echter enkel voor:

- het uitdrukkelijk conventioneel pandrecht (dus niet voor het retentierecht, en de wettelijke pandrechten van bv. de verhuurder e.d.) in burgerlijke zaken (niet voor pand voor handelsschulden), en
- voor de loonoverdracht.

Bij de verschillende zekerheidsrechten wordt ook aangegeven in welke mate de zekerheid ook de accessoria van de schuld(vordering) dekt.

ii) Wijzigingen in de persoon van de schuldeiser of schuldenaar

Gezien het accessoir karakter blijft de zekerheid in beginsel bestaan wanneer de verzekerde schuld overgaat op een nieuwe schuldeiser.

Het zakelijk zekerheidsrecht blijft in beginsel ook bestaan wanneer de verzekerde schuld overgaat op een nieuwe schuldenaar.

b) Bijkomende vragen bij pand en hypotheek voor (alle) toekomstige schulden

i) Beginsel: pand en hypotheek voor alle sommen

Het accessoir karakter van een zakelijke zekerheidsrecht verhindert niet dat dit ook kan worden gevestigd tot zekerheid van toekomstige schulden. Pand en hypotheek kunnen dus ook gevestigd worden voor toekomstige schulden. Accessoriteit betekent *wel* dat verhaal op elk gegeven tijdstip in beginsel slechts kan geschieden voor zijn de op *dat* tijdstip bestaande schulden tot zekerheid waarvan de het zekerheidsrecht is gevestigd. De verzekerde schulden kunnen ook de schulden van een derde zijn (zakelijke borgtocht).

De bepaalbaarheidseis houdt wel in dat op dat tijdstip aan de hand van de bepalingen van de zekerheidsovereenkomst moet kunnen worden bepaald welke schulden het zijn tot zekerheid waarvan het goed strekt, maar sluit *niet* uit dat men een zekerheid kan vestigen kan stellen voor een toekomstige schuld en zelfs niet dat de dekking kan blijven “oplopen” zolang ze dekking niet is stopgezet.

De eisen die aan de bepaalbaarheid worden gesteld zijn zoals bij persoonlijke zekerheden zeer soepel: een pand of hypotheek “voor alle sommen” wordt aanvaard en treft alle vorderingen die op grond van de tussen partijen bestaande rechtsverhoudingen kunnen worden bepaald. Dit staat in ons recht vast sedert het arrest-*Mengal*, “onder het enkele voorbehoud dat zij bepaald zijn of kunnen worden bepaald op het tijdstip van de zekerheidstelling”²⁴, ²⁵. Deze opvatting werd ook bekrachtigd door de invoeging (door de W. 13 april 1995) van art. 51*bis* in de WHK. De wetgever heeft wel terecht een aantal waarborgen voor de hypotheekgever ingebouwd.

De nadere regels in verband met de bepaalbaarheid van de verzekerde schuld zijn in beginsel dezelfde als deze bij de borgtocht (besproken in het werk *Persoonlijke Zekerheden*). De belangrijkste komen hieronder ter sprake. Net zoals bij borgtocht is de rechtspraak geneigd tot een restrictieve interpretatie, d.w.z. een beperking tot de schulden die uit de zakenverhouding tussen partijen voortvloeien²⁶.

²⁴ Cass. 28 maart 1974, iz. *Mengal*, Arr. 1974, 833 = *Pas.* I 776 = *RW* 1974-75, 339 noot, m.b.t. een in pandgeving van een handelszaak (inventaris), verwerping voorziening tegen Hof Brussel 25 februari 1972, *JT* 246 = *BRH* 149. Zie ook Hof Brussel 28 juni 1963, vernietigd door Cass. 6 mei 1965, *RW* 1966-67, 140; Hof Luik 27 maart 1969, vernietigd door Cass. 11 juni 1970, *Pas.* I 902.

²⁵ Voor de bekrachtiging van de geldigheid door de W. 13 april 1995 werd deze reeds verdedigd door E. DIRIX, “Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid”, *TPR* 1990, 323, en A.M. STRANART-THILLY, “L’hypothèque constituée pour toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier”, *RNotB* 1979, (548) 552; terughoudender J. WILLEMEN, “De hypotheek “voor alle schulden” bij kredietverlening”, *RW* 1990-91, 1158 e.v.

Verder in dezelfde zin na 1995: Kh. Ieper 24 juni 2002, *RW* 2003-2004, 111; inzake hypotheek Hof Antwerpen 11 maart 1996, *RW* 1996-97, 446. Zie DIRIX & DECORTE, (2006) nr. 370 p. 241-242.

²⁶ Bv. Hof Luik 10 juni 1999, *JLMB* 2000, 981 = *RRD* 1999, 310 (pand handelszaak verzekert niet de persoonlijke lening aan de pandgever en zijn echtgenote, die door andere zekerheden wordt verzekerd); Hof Brussel 18 juni 1989, *TBH* 1990, 1071; F. 't KINT, *Sûretés* (2004), nr. 195.

Zoals gezegd ontstaat de zekerheid wel degelijk wanneer ze gevestigd wordt, en niet eerst wanneer de verzekerde schuld ontstaat²⁷.

ii) Dekking van onbepaalde of van bepaalde duur

Indien de verzekerde schuld niet enkel bestaande, maar ook toekomstige schulden omvat, geldt net als bij borgtocht de dwingende regel van de opzegbaarheid van overeenkomsten van onbepaalde duur. Een pand of hypotheek voor toekomstige schulden blijft in beginsel niet beperkt tot schulden ontstaan binnen een bepaalde termijn, maar bij gebreke aan een dergelijke termijn is de zekerheid wel ten allen tijde opzegbaar. Voor hypotheeken is bepaald dat de opzegging aangetekend dient te geschieden met een opzeggingstermijn tussen de 3 en de 6 maanden (art. 51 *bis* § 2 W. Hypothecair krediet).

De opzegging heeft tot gevolg dat het zekerheidsrecht enkel geldt voor de bij het verstrijken van de opzeggingstermijn bestaande schulden; bij verzekerde schuldvorderingen uit overeenkomsten van onbepaalde duur betekent dat dat ze enkel geldt voor schuldvorderingen die bij het verstrijken van de opzeggingstermijn bestaan tengevolge van de uitvoering van de overeenkomst; de intussen reeds ontstane schulden blijven natuurlijk wel verzekerd (zie (art. 51 bis § 2 WHK)²⁸.

Is er bij een zekerheidsvestiging voor toekomstige schulden een bepaalde termijn overeengekomen, dan wordt die in beginsel zo uitgelegd dat na het verstrijken van de termijn het pandrecht blijft bestaan voor de schulden die binnen die termijn zijn ontstaan²⁹.

iii) Wijzigingen in de persoon van de schuldenaar

Pand en hypotheek strekken in beginsel niet tot zekerheid van schulden die na het overlijden van de oorspronkelijke schuldenaar worden aangegaan of opgelopen door diens erfgenamen.

iv) Wijzigingen in de persoon van de schuldeiser

De vragen die hier rijzen zijn zeer gelijkaardig aan die bij borgtocht voor alle sommen. Zo bv. zal de zekerheid in beginsel blijven gelden wanneer de verzekerde schuld overgaat op een andere schuldeiser. Bij opslorping van de schuldeiser zal de zekerheid normaal niet gelden voor de reeds bestaande schulden van de opslorpande schuldeiser, doch wel voor de nieuwe schulden jegens de opslorpande schuldeiser, in zoverre de zakenverhouding met de

²⁷ Hof Bergen 11 september 2006, *JT* 2006, 747.

²⁸ In die zin o.m. F. 't KINT, *Sûretés* (2004) nr. 197 en 274; E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 97; DIRIX, "Overzicht", *TPR* 1998, 592, nr. 142. Zie voor discussie O. POELMANS, "Est-il possible pour le débiteur de résilier unilatéralement un gage?", *TBBR* 2001, 64-75. Zie echter ook Kh. Brussel 25 september 1996, *DAOR* 1997/41, 77.

²⁹ E. DIRIX, "Overzicht", *TPR* 2004, nr. 98; andere interpretatie van de termijn in Hof Gent 5 december 2001, *RW* 2002-2003, 1428.

schuldeiser wordt voortgezet³⁰, al wordt ook daarop vaak een restrictieve interpretatie toegepast³¹.

Verdwijnt de schuldeiser niet, maar wordt enkel de verzekerde schuldvordering gecedeerd, dan geldt de zekerheid niet voor andere schulden jegens de cessionaris, maar wel nog voor andere schulden jegens de cedent. Deze zal wel de cessionaris moeten laten voorgaan (zie hoger, uitdrukkelijk in art. 51bis § 3 WHK).

b. Gevolg van accessoriteit

Zie hoger.

c. Accessoriteit mag de zelfstandige geldigheidsvereisten en modaliteiten niet doen vergeten.

Overeenkomsten tot accessoire zekerheden moeten daarnaast ook op zichzelf voldoen aan de vereisten die gelden voor alle overeenkomsten of voor een overeenkomst van die soort (zie hoger). Ze kunnen ook op zichzelf aan modaliteiten onderworpen zijn (voorwaarden e.d.). Het accessoir karakter doet daar niets aan af.

Zo bv. lette men op het verschil tussen:

- een pandrecht gevestigd voor een bepaalde termijn (beperking van de duur van het zekerheidsrecht zelf – waar dit anders van onbepaalde duur is), en
- een pandrecht gevestigd voor schulden die ontstaan tijdens een bepaalde termijn (beperking van de verzekerde schuld)³².

3. Mogelijke gebreken, in het bijzonder nietigheden

a. Rechtsbevoegdheid

Rechtspersonen zijn enkel bekwaam zekerheden te vestigen wanneer dit binnen de statutaire bevoegdheid valt. Natuurlijke personen hebben in beginsel een algemene rechtsbevoegdheid. Voor een eigen schuld kan een rechtspersonen steeds zekerheden verschaffen, voor andermans schuld geldt die beperking wel; dan gaat het immers mede om een persoonlijke zekerheid; die beperking wordt besproken bij persoonlijke zekerheden.

³⁰ E. DIRIX, Overzicht, *TPR* 2004, nr. 99; E. DIRIX, “Fusies en zekerheden”, *T.Not.* 1998, 344-364.

³¹ Zie voor een in pandgeving voor alle sommen: kh. Ieper 24 juni 2002, *RW* 2003-2004, 111, *Deutsche Bank / LHSP / Argenta e.a.*; het betrof de vraag of een pand handelszaak “voor alle sommen” dat wel telkens werd verhoogd bij verhoging van kredieten, ook de kredieten dekte die na de fusie van de pandhouder door de rechtsopvolger zijn toegekend in het kader van een consortiumkrediet (van meerdere banken) dat van een erg verschillende aard was en ook een ander stelsel van zekerheden inhield (voornamelijk “negatieve zekerheden”, gepaard met een *pari-passu*-overeenkomst tussen de banken). Vlg. de rechtbank waren die nieuwe “wentelkredieten” (*revolving credits*) niet gedekt door het eerdere pand op handelszaak. Zo ook Hof Gent 10 april 2006 in nr. 2005/AR/506, *Dexia t/ LSHP, KBC e.a.*, *DAOR* 2006 nr. 78 p. 198 = *RW* 2006-2007 ...

³² Zie hierboven; zoals vermeld werd de tweede interpretatie gegeven aan een termijn door Hof Gent 5 december 2001, *RW* 2002-2003, 1428.

b. Handelings(on)bekwaamheid

De gevolgen van handelingsonbekwaamheid worden meer in het bijzonder besproken in de handboeken personenrecht en hier slechts heel algemeen aangeduid. De meeste overeenkomsten tot zakelijke zekerheden vallen onder de categorie van handelingen die mogelijk zijn mits machtiging, en die bij gebreke aan bijzondere machtiging of indien de onbekwame zelf handelt vernietigbaar zijn wegens benadeling. Dit geldt met name voor overeenkomsten tot hypothekeren of inpandgeven van goederen van de onbekwame³³ (voor eigen schulden; zakelijke borgtocht is uitgesloten, zie de bespreking bij persoonlijke zekerheden).

Soms rijst de vraag of een bezwaring van iemands goederen met zakelijke zekerheden niet een dergelijke omvang heeft dat de persoon zichzelf *de facto* handelingsonbekwaam heeft gemaakt - wat in ons recht niet geldig kan gebeuren. Normaal wordt dit echter opgelost door de gevolgen van het accessoir karakter van de zekerheden (zie verder hieronder, onder meer de vrijgaveplicht bij overdreven zekerheid).

c. Wilsgebreken en andere relatieve nietigheden

1° Wilsgebreken

De relevante wilsgebreken zijn ook hier degene die we in het algemeen verbintenissenrecht vinden, met name dwaling, bedrog, bedreiging (“geweld”), gekwalificeerde benadeling, en bij uitzondering de gewone benadeling. Wat de gekwalificeerde benadeling betreft zij eraan herinnerd dat deze enerzijds een benadeling vereist en anderzijds een misbruik van omstandigheden nodig als oorzaak daarvan (misbruik van afhankelijkheid van de zekerheidssteller t.a.v. de hoofdschuldenaar bv.).

2° Nietigheden uit het consumentenrecht

Daarnaast kunnen er in het consumentenrecht bepalingen zijn die het bedingen van bepaalde zekerheden verbieden of aanvechtbaar maken:

- zo is nietig een inpandgeving, bedongen in een overeenkomst van consumentenkrediet, van een deel of het geheel van het geleende kapitaal, of van effecten of andere financiële instrumenten die moeten worden aangekocht met het geleende kapitaal (art. 31 § 2 WCK, in werking sedert 1 januari 2004³⁴);
- zo is het verboden om bij minnelijke invordering van schulden van een consument een overdracht van schuldvordering te eisen (art. 3 § 2 Wet van 20 december 2002 betreffende de minnelijke invordering van schulden van de consument).

³³ Vereiste van bijzondere machtiging voor de voogd (van een minderjarige of een onbekwaamverklaarde meerderjarige) in art. 410 § 1 BW (1° voor vervreemding, 3° voor inpandgeving en hypotheekvestiging) en voor de voorlopig bewindvoerder over een meerderjarige in art. 488*bis*, f § 3 II BW (b voor vervreemding en c voor hypotheekvestiging).

³⁴ Zie meer algemeen over deze bepaling T. VAN DIJCK, “De hervormde wet op het consumentenkrediet – kritische analyse van het vernieuwd “algemeen deel” van de WCK”, *RW* 2003-2004, (681) 699 nr. 58-59.

3° Nietigheden uit het huurrecht

De huurwetgeving beperkt het bedingen van bepaalde vormen van zekerheidsstelling, dit ter bescherming van de (kandidaat-)huurder. Zo bv. beperkt art. 10 Woninghuurwet³⁵ zeer strikt de zekerheden in geld die kunnen bedongen worden van de huurder³⁶; die beperking geldt niet voor persoonlijke zekerheden en volgens de meeste auteurs evenmin voor andere geldt niet voor andere soorten zakelijke zekerheden (zoals bv. waardepapieren; een van de succesrijke formules is bv. een verzekeringsbon³⁷).

d. Oorzaakvereiste

Dit roept geen bijkomende vragen op. Bij zekerheidsstelling voor eigen schuld is het verkrijgen of behouden van het krediet de oorzaak. Bij zekerheidsstelling voor andermans schuld gaat het om een zakelijke borg en gelden ook de vereisten van borgstelling (hoger besproken).

e. Nietigheden ter bescherming van derden (gezinsbelang).

Nietigheden ten gunste van derden vinden we in ons recht hoofdzakelijk ter bescherming van de belangen van het gezin tegen handelingen van een van de echtgenoten - zie art. 215, 224, 1417-1422 BW, die vnl. betrekking hebben op de gezinswoning en de huisraad daarvan.

Het betreft meer bepaald de nietigverklaring van:

³⁵ Bijna de volledige rechtsleer is erg kritisch voor deze bepaling zoals herschreven bij Wet van 25 april 2007. Zie o.m. N. BERNARD, "La loi du 25 avril 2007 et les nouvelles dispositions en matière de bail à loyer", *JT* 2007, (513) 518 v.

³⁶ Art. 10 § 1 Woninghuurwet bepaalt:

"Indien, behoudens de zekerheden voorzien in artikel 1752 van het Burgerlijk Wetboek, de huurder om de naleving van zijn verplichtingen te waarborgen, een van de in het volgende lid bepaalde vormen van waarborgen verstrekt, mag die niet meer bedragen dan het bedrag dat gelijk is aan 2 of 3 maanden huur, afhankelijk van de vorm van de huurwaarborg.

De in het vorige lid vermelde waarborgen kunnen naar keuze van de huurder drie vormen aannemen : ofwel een geïndividualiseerde rekening op naam van de huurder bij een financiële instelling, ofwel een bankwaarborg die het de huurder mogelijk maakt de waarborg progressief samen te stellen, ofwel een bankwaarborg ten gevolge van een standaardcontract tussen een OCMW en een financiële instelling.

Wanneer de huurder kiest voor een geïndividualiseerde rekening, mag de huurwaarborg niet meer bedragen dan een bedrag gelijk aan 2 maanden huur (...). Wanneer de huurder kiest voor een bankwaarborg, waarbij hij zich verbindt die volledig samen te stellen middels constante maandelijkse afbetalingen gedurende de duur van de huurovereenkomst, met een maximumduur van drie jaar, is deze gelijk aan een bedrag van maximaal drie maanden huur. (...).

Wanneer de huurder kiest voor een bankwaarborg die gelijk is aan een bedrag van maximaal drie maanden huur ten gevolge van een standaardcontract tussen een OCMW en een financiële instelling, is het dat OCMW dat daar om verzoekt bij de financiële instelling, die de waarborg toestaat ten gunste van de verhuurder."

³⁷ Waarbij de huurder een verzekeringsbon koopt met een vast rendement plus een uitkering in kapitaal in geval van overlijden. Zie http://www.vitrine.be/pictures/popups/popup_huurwaarborg2_nl.html.

- een vervreemding of hypotheekering van de rechten op de voornaamste gezinswoning of een vervreemding of verpanding van de huisraad erin aanwezig, zonder instemming³⁸ van de andere echtgenoot (art. 215 § 1 j° 224 § 1 I BW),
 - schenkingen die de belangen van het gezin in gevaar brengen (art. 224 § 1 III BW),
 - beschikkingen om niet over goederen van de huwelijksgemeenschap (art. 1419 j° 1422, 1° BW),
 - daden van beschikking over goederen van de huwelijksgemeenschap in het kader van een gezamenlijk beroep (art. 1417, 2 j° 1422, 1° BW), en
 - allerlei andere in art. 1418 BW³⁹ opgesomde daden van beschikking betreffende goederen van de huwelijksgemeenschap zonder de toestemming⁴⁰ van de andere echtgenoot (art. 1422, 1° BW).
- Vgl. ook de mogelijke nietigverklaring van handelingen verricht in strijd met een vervreemdingsverbod (art. 224 § 1, 2 j° 223 en 1422, 2° BW)⁴¹.

Van deze nietigheid kan afstand worden gedaan na kennisname van de handeling. Het recht op nietigverklaring verjaart verder één jaar na kennisname (zie art. 224 § 2 BW).

De wetgever heeft hier voor een nietigheid gekozen en niet voor een niet-tegenwerpbaarheid aan de beschermde derden, omdat een niet-tegenwerpbaarheid niet effectief zou zijn : in dat geval immers blijft de handeling geldig ten aanzien van de echtgenoot die ze verricht heeft, kan ze van hem afgedwongen worden, en is de andere echtgenoot of het gezin uiteindelijk toch het slachtoffer. De nietigheid, die door een derde worden ingeroepen, wordt hier gecombineerd met een soort “immunitet” van de partij zelf. Doordat het hier om een nietigheid gaat, geldt de verkrijger niet als een derde-verkrijger ten aanzien van dit probleem, maar als contractspartij, en spelen de regels inzake bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw niet; er is wel een zelfstandige regeling inzake bescherming van derden te goeder trouw in art. 1422 BW

4. Niet-tegenwerpelijkheid aan andere schuldeisers; specifieke regels betreffende de verdachte periode.

Bij elke vestiging van zakelijke rechten, maar in het bijzonder bij de vestiging van zekerheidsrechten, spelen ook de regels inzake aanvechting (niet-tegenwerpelijkheid) van

³⁸ Instemming die vormvrij kan worden gegeven; de andere echtgenoot moet dus niet optreden in de authentieke akte of een authentieke volmacht verlenen. Vgl. G. BAETEMAN, "Het primair huwelijksstelsel", *TPR* 1978, 230-231; W. PINTENS, F. VANDERMEERSCH & K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht* (2002), p. 70 nr. 94; A. CUYPERS, in *Notariële facetten van het contractenrecht*, p. (191) 197.

³⁹ De bescherming van onroerende goederen, die hier wordt gegeven, vervalt wel wanneer het goed in een vennootschap wordt ondergebracht; de aandelen daarin zijn immers roerend.

⁴⁰ Het is betwist of de toestemming in bv. een hypotheekvestiging vereist dat de andere echtgenoot optreedt in de authentieke akte dan wel een authentieke volmacht verleent, dan wel of deze toestemming vormvrij is. In de eerste zin W. PINTENS, F. VANDERMEERSCH & K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht* (2002), p. 180 nr. 341; A. VERBEKE, in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, p. 101 nr. 67.

In de tweede zin: F. WERDERFROY, "Het nieuw huwelijksvermogensrecht en de hyptheekwet", *T.Not.* 1977, 64 v. nr. 25-31; GENIN, *Rép. not.*, nr. 1522-1.

⁴¹ Daar gaat het m.i. intrinsiek niet zozeer om een nietigverklaring, maar veeleer om de uitwerking van een beschikkingsonbevoegdheid, die bovendien aan publicatie (overschrijving) is onderworpen.

handelingen in strijd met de belangen van de schuldeisers. Zij werden in Deel I. uitvoeriger besproken. We herinneren nog even aan hun belang bij zakelijke zekerheden in het bijzonder.

a. De gemeenrechtelijke *pauliana*.

Het gaat om regels die gelden voor alle onverplichte rechtshandelingen, maar die bij zekerheden een bijzonder belang hebben. Bij handelingen onder bezwarende titel is medeplichtigheid van de wederpartij vereist, bij handelingen om niet volstaat het bedrieglijk inzicht van de schuldenaar alleen.

b. Uitbreiding bij handelingen tijdens de verdachte periode voor faillissement.

Bij deze bepalingen vinden we een specifieke regel voor “bedongen” zakelijke zekerheidsrechten in 17, 3° FaillW, in Deel I. besproken.

Wel geldig tijdens de verdachte periode zijn 1° zakelijke subrogatie en 2° pandwisseling:

1° Bij zakelijke subrogatie blijft de zekerheid gehandhaafd op een vervangende zaak, er komt dus geen nieuwe zekerheid; daartoe moet er een causaal verband zijn tussen het wegvallen van het recht op de ene zaak en de vervanging ervan.

2° Gaat het om vervangbare zaken van eenzelfde aard, dan kan de zekerheid zelfs zonder dit causaal verband bewaard blijven tot beloop van de kleinste hoeveelheid van die zaken die continu aanwezig is gebleven ("*lowest intermediate balance rule*"), en dit zonder dat er van een “nieuwe” zekerheid sprake is (van belang indien de pandwisseling doorgaat tijdens de verdachte periode); tot beloop daarvan blijft de zekerheid bestaan op het “wisselpand”.

Wel geldt 17, 3° enkel voor bedongen zekerheden, niet voor diegene die van rechtswege ontstaan (wettelijke pandrechten of voorrechten), al zijn die laatste veelal ook “contractueel” in een ruimere zin. De bepaling geldt ook niet voor overeenkomsten tot schuldvergelijking.

Verder is er art. 17, 1° HypW (handelingen om niet tijdens verdachte periode) – relevant voor de zakelijke borg.

Verder bepaalt art. 19 FaillW de niet-tegenwerpelijkheid van laattijdige verplichte rechtshandelingen verdachte periode. Zo kan een inschrijving voor reeds meer dan 15 dagen eerder gevestigde zekerheden facultatief niet-tegenwerpeijk worden verklaard.

NB. De niet-tegenwerpelijkheid van vestiging van zekerheden wanneer niet vóór beslag of samenloop aan de publiciteitsvereisten is voldaan is een zuiver zakenrechtelijke vraag. Zie de bespreking bij de verschillende categorieën van goederen.

c. Mogelijke aansprakelijkheid bij derde-medeplichtigheid

De vestiging van een zakelijke zekerheid kan een overtreding inhouden van een verbintenis, die de zekerheidssteller eerder jegens een andere schuldeiser is aangegaan, om geen zekerheden toe te kennen. Indien de verkrijger van de zakelijke zekerheid desbewust deelneemt aan die wanprestatie, begaat hij jegens die andere schuldeiser een onrechtmatige

daad. Dat maakt de overeenkomst met name tot vestiging van een zekerheid of die vestiging zelf wel niet ongeldig, maar verplicht wel tot herstel van de schade. Aangezien verplichtingen om geen zekerheden toe te kennen (zgn. negatieve zekerheden) in de praktijk gebruikelijk zijn (zeker in kredietovereenkomsten met banken), dient een schuldeiser die een zakelijke zekerheid bedingt daarop bedacht te zijn⁴².

5. Gevolgen van het causaal karakter van de vestiging

Aangezien de vestiging van zakelijke zekerheden causaal is en niet abstract, is ze afhankelijk van de geldigheid van de onderliggende verbintenis tot vestiging (niet te verwarren met de verzekerde schuld). Wordt de overeenkomst nietig verklaard, dan is er geen vestiging. Wordt de overeenkomst ontbonden *ex tunc*, dan vervalt ook de vestiging. De persoon ten gunste van wie het zakelijk recht gevestigd werd, wordt geacht dat nooit te hebben verkregen.

⁴² Vgl. F. DIERCKX, *Bank & Fin* 1987, 149.

HOOFDSTUK IV. Verbintenisrechtelijke verhouding tussen zekerheidsgever en schuldeiser.

Minstens wanneer de zekerheid voortvloeit uit een zekerheidsovereenkomst tussen zekerheidsgever en schuldeiser, vloeien uit die overeenkomst rechten en plichten voort voor de betrokken partijen. Op de eerste plaats natuurlijk de verbintenis tot het vestigen van de zekerheid.

Evenwel zijn er ook aanvullende verplichtingen en beperkende werkingen die voortvloeien uit het verbod van rechtsmisbruik *c.q.* de eisen van de goede trouw.

We bespreken de belangrijkste algemeen geldende aspecten. Het gaat hier wel:

- enkel over de verplichting tot zekerheidsstelling en de daarmee verbonden verplichtingen, alsmede de verplichtingen die uit het zekerheidsrecht zelf voortvloeien;
- dus niet over de rechten en plichten betreffende de verzekerde schuldvordering (de verbintenis tot zekerheid waarvan zekerheid wordt gesteld en de daarmee samenhangende rechten en plichten. Daarvoor raadplege men de handboeken verbintenissenrecht en bijzondere overeenkomsten, in het bijzonder betreffende de lening en de verschillende soorten kredietovereenkomsten (waaronder bv. ook consumentenkrediet, hypothecair krediet, enz.)).

AFDELING A. Betreffende de verplichting tot zekerheidsstelling *c.q.* het recht op de beloofde zekerheidsstelling

De verbintenis tot het vestigen van een zakelijke zekerheid is een verbintenis tot geven, die onder meer beheerst wordt door de algemene regels betreffende verbintenissen tot geven.

1. Voorwerp en modaliteiten

De verbintenis tot zekerheidsstelling kan uit de wet voortvloeien of uit een rechtshandeling (meestal bedongen in een overeenkomst). Voor een contractuele verbintenis gelden de in het vorige hoofdstuk besproken normale regels inzake totstandkoming, nietigheden, e.d.m.

Deze verbintenis kan ofwel zuiver en eenvoudig zijn, ofwel voorwaardelijk. In het laatste geval dient de belofte maar te worden uitgevoerd *c.q.* kan de schuldeiser de vestiging maar eisen wanneer de opschortende voorwaarde vervuld is (*eveniente conditione*). Een opschortende voorwaarde kan bv. zijn:

- bepaalde feiten betreffende de solvabiliteit van de schuldenaar;
- de overschrijding van bepaalde kredietgrenzen;
- de waardevermindering van de bestaande zekerheden (aanvulling door zgn. marge-zekerheden);
- de niet-nakoming van een betalingsverplichting;
- de niet-nakoming van een negatieve zekerheid.

De belofte zal dan nader specificeren op welke zekerheden de schuldeiser in dat geval recht heeft. Bij een beding van negatieve zekerheid wordt meestal bepaald dat de schuldeiser recht heeft op een gelijke⁴³ en/of een gelijkwaardige⁴⁴ zekerheid als diegene die aan enige andere schuldeiser wordt toegezegd. De verbintenis kan ook zo verwoord worden dat ze alternatief is (d.w.z. dat de ene dan wel de andere partij een zekere keuze heeft om te bepalen welke zekerheid precies moet worden gesteld in uitvoering van de verbintenis⁴⁵).

Het is ook mogelijk dat aan de schuldeiser een (onherroepelijke) volmacht wordt gegeven om de zakelijke zekerheid mede in naam van de schuldenaar te vestigen. De bekendste toepassing hiervan is de hypothecaire volmacht. De schuldeiser kan door de uitoefening van de aan hem gegeven volmacht (of door de medewerking van de derde aan wie de volmacht is gegeven) het zekerheidsrecht doen ontstaan - bv. de akte van hypotheekvestiging verlijden. De volmachthebber is niet verplicht de uitoefening van die volmacht te motiveren, en mag ze gebruiken zodra zijn rechten ten opzichte van andere schuldeisers in het gedrang zouden kunnen komen⁴⁶.

Wanneer de verplichting tot zekerheidsstelling uit de wet voortvloeit (voorbeelden daarvan in Deel I), is het de wet die bepaalt aan welke maatstaven de zekerheid moet voldoen (zie in het algemeen art. 2040-2041 BW). Het kan ook gaan om een verplichting die de wet impliceert in een contract, bv. de verplichting voor de huurder om het gehuurde goed voldoende te bemeubelen (art. 1752 BW, zie verder).

Een ernstige tekortkoming aan de verplichting tot zekerheidsverschaffing kan een grond voor ontbinding van de overeenkomst opleveren.

2. Uitvoering van de verbintenis tot geven

Deze werd hoger reeds besproken vanuit zakenrechtelijk perspectief: de uitvoering vormt immers de levering van het goed *c.q.* de vestiging van het zakelijk recht erop.

Bij niet-uitvoering kan de schuldenaar veroordeeld worden tot uitvoering in natura, desnoods op straffe van een dwangsom. Indien de uitvoering geen andere handeling vereist dan de toestemming van de schuldenaar, kan het veroordelend vonnis bepalen dat het zelfs als toestemming geldt.

Heeft de schuldenaar een volmacht gegeven tot het vestigen van de zekerheid, dan kan deze gevestigd worden zonder de verdere medewerking van de schuldenaar, door de uitoefening van die volmacht.

3. Aanvullende verplichtingen

⁴³ En. *equal and rateable security*: een zekerheid die in alle opzichten gelijk is.

⁴⁴ En. *equivalent security*.

⁴⁵ Zie DE BIE, *J. Falc.* 1991-92, 349. Volgens art. 1190 BW berust de keuze in beginsel bij de schuldenaar, behoudens andersluidend beding of uitzonderingen.

⁴⁶ Hof Brussel 30 september 2003, *RW* 2004-2005, 674.

De verbintenis tot het vestigen van een zakelijke zekerheid leidt ook tot een aantal aanvullende verplichtingen.

Zo zal er een vrijwaringsverplichting zijn. De verplichting een zekerheid te vestigen impliceert op de eerste plaats dat de belover zelf geen handelingen stelt die met de vestiging in strijd zijn (zoals een strijdige zekerheid vestigen ten gunste van een andere schuldeiser).

Daarnaast kunnen andere verplichtingen bedongen zijn. Zo de zekerheidsgever in het bezit blijft van het onderpand, kan er bv. een onderhouds- en /of verzekeringsplicht bedongen zijn. Ook hier gaat het om loutere verbintenissen, wat maakt dat zij in beginsel niet bindend zijn voor rechtsopvolgers onder bijzondere titel (wanneer de eigendom van het onderpand overgaat op een derde).

4. De verplichting de zekerheid niet te verminderen.

Deze vinden we onrechtstreeks in het BW: art. 1188 BW bepaalt namelijk dat de verzekerde schuldvordering vervroegd opeisbaar wordt (verval van tijdsbepaling) indien de schuldenaar door zijn toedoen de gestelde zekerheid vermindert.

AFDELING B. Betreffende de (uitoefening van de) gevestigde zekerheid

1. Wijze van uitoefening van het zekerheidsrecht

a. Misbruik t.a.v. de schuldenaar

Deze vraag werd hoger reeds besproken in samenhang met het verhaalsrecht van de schuldeiser in het algemeen. Anders dan de borgtocht (“voorrecht van uitwinning”) zijn conventionele zakelijke zekerheden niet reeds in beginsel « subsidiair ». Het is niet zo dat men een zakelijke zekerheid maar kan uitwinnen nadat men eerst andere verhaalsmogelijkheden heeft uitgeput (zo is de hypotheekhouder integendeel zelfs in beginsel verplicht om eerst het gehypotheekte goed uit te winnen, art. 1563 GerW; zijn er meerdere gehypotheekte goederen, dan heeft hij wel de keuze⁴⁷).

Wel kan het gebruiken van een bepaalde zakelijke zekerheid onder omstandigheden rechtsmisbruik vormen, en kunnen bij de uitoefening ervan fouten worden begaan (zie hoger Deel I.⁴⁸ en sommige mogelijke voorbeelden *infra*⁴⁹).

b. Misbruik jegens een eigenaar van of oudere gerechtigde op het zekerheidsgoed

In bepaalde gevallen vindt men ook als regel dat het een misbruik zou vormen om eerst goederen uit te winnen die geen eigendom zijn van de schuldenaar, ook al heeft men daarop een zekerheid. Dat er een zekerheid rust op een goed dat aan een derde toebehoort, kan zo het gevolg zijn van een zakelijke borgstelling, van een volgrecht van de pand- of hypotheekhouder, of van de derdenbescherming van de verkrijger van de zekerheid te goeder trouw. In het eerste geval is er geen reden om de uitoefening van de zekerheidsrechten van de schuldeiser beperkingen aan te brengen, in het derde geval wel, in het tweede geval soms ook.

Meer bepaald in de laatste situatie vindt men wel de regel dat de schuldeiser eerst goederen moet uitwinnen die daadwerkelijk aan zijn schuldenaar toebehoren, tenzij het voor de schuldeiser bezwarender zou zijn dat te doen. Een klassieke toepassing van deze regel vinden we bij de uitoefening van het pandrecht van de verhuurder op de stofferende goederen - bv. de uitwinning door de verhuurder van een zaak die zich in het verhuurde goed bevindt maar eigendom is van een derde (zie verder). Men past de regel ook wel toe op goederen die door de huurder verkocht zouden zijn aan derden, maar nog niet geleverd; geen aanleiding tot toepassing bestaat er bij gehypotheekte goederen die vervolgens verkocht worden aan een derde (die wordt immers geacht het goed als gehypotheekd te hebben gekocht).

c. Misbruik t.a.v. andere schuldeisers van de schuldenaar

⁴⁷ Hof Brussel 19 september 2001, *RW* 2002-2003, 1468.

⁴⁸ Zie E. DIRIX, in *Liber amicorum Lucien Simont*, (371) 376 v.

⁴⁹ Zie bv. de discussie in verband met de (roekeloze) uitoefening van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer; of nog in verband met de uitoefening van een pandrecht op schuldvorderingen.

In die (zeldzame) gevallen waarin de wet een bepaalde volgorde van uitwinning bepaalt, is betwist of een afwijking daarvan - afwijking die geldig kan worden bedongen tussen schuldeiser en schuldenaar (bv. een afwijken van art. 1563 I GerW, wat in beginsel kan⁵⁰) - tegenwerpelijk is aan de andere schuldeisers⁵¹.

E. Dirix bespreekt de vraag of een schuldeiser die een andere schuldeiser benadeelt door eerst goederen uit te winnen waarop die andere een zekerheid in lagere rang heeft, terwijl de eerste ook beschikt over voldoende zekerheden op andere goederen, waar er geen lager gerangschikte zekerheid is⁵²; onder strikte voorwaarden zou volgens hem aan die lager gerangschikte schuldeiser een soort “voorrecht van uitwinning” jegens de hoger gerangschikte kunnen worden toegekend (in andere gevallen kan de lager gerangschikte dit zelf bewerkstelligen door de hogere uit te betalen en aldus gesubrogeerd te zijn in diens rechten).

2. Gevolgen van de accessoriteit / vrijgaveplicht

De gevolgen van de accessoriteit werden hoger reeds algemeen besproken. In samenhang met de eisen van de goede trouw kan hieruit een vrijgaveplicht volgen.

a. Vrijgaveplicht algemeen

In beginsel vervalt de zekerheid wanneer de verzekerde schuld volledig is tenietgegaan (door betaling of anderszins):

- is de zekerheid daadwerkelijk accessoir, dan vervalt ze automatisch bij het tenietgaan van alle verzekerde schuld(vordering)en;
- zoniet (bv. een borgsom) moet de schuldeiser de zekerheid op dat ogenblik vrijgeven (vrijgaveplicht, Dui. *Freigabepflicht*).

Naargelang de aard van de verzekerde verbintenis is dit bij de betaling van een schuld, het verstrijken van een waarborgtermijn gedurende dewelke de vrijwarings- of herstellingsplicht geldt tot zekerheid waarvan de zekerheid strekt, enz. Is de dekking niet beperkt tot bepaalde schulden of tot schulden ontstaan tijdens een bepaalde termijn, dan kan ze op elk ogenblik voor de toekomst worden opgezegd (vgl. hoger).

Voor bepaalde types overeenkomsten bestaan er nadere wettelijke regels, in het bijzonder wanneer de wet zelf een borgsom of vergelijkbare zekerheidsstelling oplegt (bv. in de Wet Koop toekomstige woningen (wet-Breyne 9 juli 1971)), of andere gevallen waarin het zekerheidsgoed aan een derde in bewaring is gegeven (bv. de derde-pandhouder).

Soms is er een termijn bepaald waarna de zekerheid moet worden vrijgegeven ongeacht of de verzekerde schuld voldaan is of niet.

⁵⁰ Cass. 3 mei 1985, *Arr.* 1984-85, 1192 concl. KRINGS = *Pas.* 1985 I, 1084 = *RW* 1985-86, 175 = *T.Not.* 1985, 133 = *RGEN* 1985 nr. 23.222; DIRIX & BROECKX, *APR Beslag* nr. 834.

⁵¹ Niet tegenwerpelijk volgens F. 'T KINT, *Sûretés* (2004) nr. 69 met verw.; tegenwerpelijk volgens E. DIRIX, in *Liber amicorum Lucien Simont* 2002, (371) 381.

⁵² *Marshalling of securities*, besproken door E. DIRIX, in *Liber amicorum Lucien Simont*, (371) 376 v.

b. Übersicherung en vrijgaveplicht.

Zekerheidsstelling mag niet zo verregaand zijn dat de schuldenaar *de facto* handelingsonbekwaam wordt, of althans het bestuur over zijn vermogen omzeggens volledig verliest. Indien dit het geval is, zal de schuldenaar verplicht zijn overmatige zekerheden vrij te geven of althans in te stemmen met normale beschikkingen door de schuldenaar. De Duitse rechtspraak is een stuk strenger en geeft de zekerheidsgever een recht op vrijgave zolang de geschatte executie-opbrengst van het onderpand meer bedraagt dan 150% van de verzekerde schuld⁵³. De Staats-Nederlandse rechtsleer betoogt dat uit de eisen van de goede trouw hetzelfde geldt naar Nederlands recht⁵⁴.

Wel is het zo dat zakelijke zekerheden in ons recht in beginsel “ondeelbaar” zijn, d.w.z. dat de gehele zaak onderpand is van de gehele schuld. Ook wanneer de schuld zelf verdeeld wordt door bv. erfopvolging, blijft de zaak, en dit ook na toebedeling ervan aan één van de erfgenamen⁵⁵, onderpand voor de gehele schuld (ook al is die erfgenaam maar tot een deel van de schuld gehouden).

Zijn er echter meerdere goederen waarop een zekerheid is gevestigd, dan kan ook bij ons een vrijgaveplicht gelden bij overdreven zekerheid (*c.q.* een verbod om tot effectieve vestiging of inschrijving van het zekerheidsrecht over te gaan). Toepassingen van deze algemene gedachte vinden we in het bijzonder bij bepaalde zekerheden verderop (bv. het retentierecht (proportionaliteitseis), de inschrijving van een wettelijke hypotheek (*id.*), *e.d.m.*).

Ook gelden er een aantal dwingende bepalingen die de schuldenaar de mogelijkheid geven om vrijgave te bekomen van een deel van de zekerheden, wanneer de waarde ervan hoger ligt dan de verzekerde schuldvorderingen; een bijzonder geval daarvan is de zuiveringsprocedure bij hypotheeken (art. 110 v. HypW). Er is in ons recht geen algemene regel dat men de vrijgave van zekerheden kan bekomen door het verschuldigde bedrag te kantonneren (wel kan men een gelegd beslag op die wijze opheffen, doch daardoor wordt alleen de uitoefening van het zekerheidsrecht gestopt), doch de rechter zou de vrijgave kunnen bevelen in geval van rechtsmisbruik⁵⁶.

3. Samenwerkings- en informatieplichten

Zoals in alle overeenkomsten gelden er ook samenwerkingsplichten (aanvullende werking van de goede trouw). Deze kan ook tot informatieplichten leiden. Zo heeft de zekerheidsgever-schuldenaar het recht te weten hoe groot de verzekerde schuld is (althans de schuld die de schuldeiser beweert te hebben). Bij een hypotheek voor toekomstige schuld(vordering)en

⁵³ Duits BGH 6 maart 1997, (Duits) *NJW* 1997, 1570; BGH 27 november 1997, *NJW* 1998, 671.

⁵⁴ J. BEUVING en R. TJITTES, “Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden”, *NJB* 1998, 1547-1552; N. VAN DEN HEUVEL, “Zekerheid in redelijke verhoudingen”, *WPNR* 2001, 918-925.

⁵⁵ Voordien immers maakt ze deel uit van de nalatenschap, en behoort ze aldus nog tot het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers van de erflater.

⁵⁶ In het Duitse recht is de schuldeiser verplicht zekerheden vrij te geven voor zover de waarde ervan die van de verzekerde vorderingen met leer dan 20 % te boven gaat - zie BGH, *NJW* 1985, 1836.

bepaalt de Wet uitdrukkelijk dat wie de hypotheek opzegt, kan eisen dat de schuldeiser hem schriftelijk de inventaris meedeelt van de schuldvorderingen die nog gewaarborgd zijn op het einde van de opzeggingstermijn (art. 51*bis* § 2, III Wet hypothecair krediet).

Voor de zakelijke borg, zie de bespreking bij borgtocht.

4. Zorgplicht ten aanzien van het onderpand; teruggaveplicht

Verplichtingen ten aanzien van het onderpand zelf ontstaan in hoofde van de ene dan wel een andere partij naargelang de vorm van de zekerheidsvestiging, en in het bijzonder naargelang de goederen in de macht worden gebracht van de schuldeiser dan wel in de macht blijven van de schuldenaar (zie i.h.b. de bespreking bij vuistpand en bij registerpand). Bij vuistpand bestaat er een zorgplicht van de pandhouder volgens de regels van de bewaargeving, tenzij de zaak in het bezit is van een met de pandgever overeengekomen derde (op wie dan de zorgplicht rust) (is de zaak in het bezit van iemand die deze voor de pandhouder houdt, blijft de pandhouder aansprakelijk jegens de pandgever volgens de regels van bewaarneming).

De zorgplicht bestaat niet wanneer de schuldeiser volwaardig eigenaar wordt van de zaak, zij het dat er dan wel andere verplichtingen kunnen gelden (zie met name de verplichtingen van de verhuurder bij leasing en sale & leaseback; zie ook de verantwoordingsplicht betreffende de uit het goed gehaalde voordelen). Wanneer de eigendom door de schuldenaar aan de schuldeiser werd overgedragen, zal er vaak in beginsel een teruggaveplicht bestaan, en tenzij de goederen door partijen als vervangbaar worden beschouwd, een verplichting om de goederen te bewaren en intussen niet te vervreemden⁵⁷.

5. Verrijkingsverbod en verantwoordingsplicht na uitoefening van het recht

Hoger bespreken we reeds in het algemeen het verrijkingsverbod voor de verhaal nemende schuldeiser. Dit geldt ook bij zakelijke zekerheden, zij het dat de regels verschillen naargelang de aard van de zekerheid.

Bij accessoire zekerheden volgt uit het accessoir karakter dat de zekerheid niet verder reikt dan de erdoor verzekerde schuld(vordering). Dit zien we bv. bij pandrecht en hypotheek, maar ook bij eigendomsvoorbehoud (zie de bespreking verder).

Ook bij niet-accessoire zekerheidsrechten gelden bepaalde regels tegen verrijking van de schuldeiser (toepassingen van de beperkende werking van het leerstuk van de ongegronde verrijking). Zij komen verderop ter sprake, bv.:

- de zekerheidseigendom (vnl. bij soortgoederen, waaronder een som (chartaal) geld (borgsom); alsook de zekerheidscessie);
- niet accessoir is ook het eigendomsrecht op een rekeningtegoed dat men verkrijgt door de overschrijving van giraal geld ten titel van zekerheid;
- het eigendomsrecht dat de verkoper herkrijgt na ontbinding van de verkoop; in dat geval

⁵⁷ Voor de voorwaarden waaronder zo'n conventioneel vervreemdingsverbod geldig is, zie de bespreking in Deel I.

gelden wel de regels voor teruggave van prestaties na ontbinding;

- het eigendomsrecht van de verhuurder; wanneer het een financieringshuur is aan een consument gelden wel de regels van art. 54 WCK (zie verder); ook buiten die wet verplicht de rechtspraak op grond van het verrijkingsverbod in beginsel om de (meer)waarde van de gerecupereerde zaak in mindering te brengen van de schuld (bv. cass. 8 november 2002)⁵⁸.

Het verrijkingsverbod blijkt volgens de rechtspraak minder ver te gaan wanneer het om een geldsom gaat; behoudens andersluidende overeenkomst of wetsbepalingen is de schuldeiser geen interest verschuldigd op de geldsom die hij tot zekerheid heeft verkregen⁵⁹. Een andersluidende wetsbepaling vinden we bv. voor de huurwaarborg bij huur die onder de Woninghuurwet valt⁶⁰.

⁵⁸ Cass. 8 november 2002, *RW* 2003-2004, 1459 noot A. van OEVELEN, "Schadebedingen in leasingovereenkomsten en de zekerheidsfunctie van het eigendomsrecht van de leasinggever"= *DAOR* 2002, 249; Hof Gent 9 januari 2006, *RW* 2007-2008, 1366. Zie verder E. DIRIX, "Het lot van de realisatiewaarde bij de beëindiging van de leasingovereenkomst", noot onder Hof Brussel 23 juni 1999, *RW* 1999-2000, 368 v.

⁵⁹ Cass. 4 april 2003, *TBH* 2003, 394 noot B.D. = *RW* 2003-2004 noot M.E. STORME

⁶⁰ Art. 10 § 2 Woninghuurwet: "*Wanneer de verhuurder in het bezit is van de waarborg en nalaat die te plaatsen op de manier bepaald in § 1, derde lid, is hij ertoe gehouden om aan de huurder rente te betalen aan de gemiddelde rentevoet van de financiële markt op het bedrag van de waarborg, vanaf het moment dat die overhandigd wordt.*

Deze rente wordt gekapitaliseerd. Vanaf de dag dat de huurder de verhuurder in gebreke stelt om te voldoen aan de verplichting hem opgelegd door § 1, derde lid, is de verschuldigde rente echter de wettelijke interesten op het bedrag van de waarborg."

INHOUD

DEEL IV. ALGEMENE REGELS VOOR ZAKELIJKE ZEKERHEDEN S.S.	721
HOOFDSTUK I. CLASSIFICATIE VAN DE ZAKELIJKE ZEKERHEDEN	721
1. Volgens het soort onderpand	721
a. Roerende zaak / onroerend goed / onlichamelijk goed.....	721
b. Vast/vlottend	721
2. Volgens de wijze van verkrijging	722
a. Wettelijk, conventioneel, éénzijdig.	722
b. Gevestigd, dan wel door voorbehoud (<i>granted v retained securities</i>).	723
c. Volgens de publiciteitsvorm	724
3. Volgens de wijze waarop de rang wordt bepaald	725
a. Warenkrediet en geldkrediet.....	725
b. Algemeen.....	725
4. Volgens de duur	726
5. Volgens de gehoudenheid van de zekerheidsgever (zakelijke borg).....	726
HOOFDSTUK II. TYPISCHE KENMERKEN VAN ZAKELIJKE ZEKERHEIDRECHTEN IN VERGELIJKING MET ANDERE ZAKELIJKE RECHTEN	727
1. Accessoir karakter en gevolgen daarvan.	727
a. Beginsel	727
b. Betekenis en gevolgen	727
1° Afhankelijk van bestaan van de verzekerde schuldvordering.	727
2° Tegenwerpelijkheid van de excepties uit de verzekerde schuldvordering	728
3° Beperkt tot de omvang van de verzekerde schuldvordering	729
4° Volgt de hoofdzaak	729
5° Nuancering: de <i>security agent</i>	730
c. Verdere beperking tot de mate van dekking.....	731
2. Afzonderings- en afscheidingsrecht; volgrecht; anterioriteitsbeginsel.....	731
3. Versterkte rol van de publiciteit	732
4. Handhaafbaarheid door middel van zakelijke subrogatie.....	732
HOOFDSTUK III. REGELS VOOR OVEREENKOMSTEN TOT VERKRIJGING VAN ZAKELIJKE ZEKERHEDEN	733
AFDELING A. De regels die volgen uit de algemene beginselen van zakenrecht en gelden voor verkrijging van zakelijke rechten in het algemeen.	733
1. De numerus clausus	733
a. Betekenis van de numerus clausus bij zekerheidsrechten	733
b. De “zekerheidseigendom”	734
1° Inleiding en beginselen - Vragen die rijzen bij het gebruik van andere zakelijke rechten, meer bepaald eigendom, als zekerheidsrecht	734
2° Rechtsvergelijkende noot	735
3° De cassatierechtspraak.....	735
4° Schakeringen.	737
a) Overdracht solvendi causa.....	737
b) Leasing.	737
c) Overdracht van vervangbare zaken zonder afzondering ervan.	738
d) Zuiver verbintenisrechtelijke constructies.....	739

e) Zekerheidseigendom op financiële activa	739
f) Eigendomsvoorbehoud.....	739
g) Besluit.....	739
5° Bijzondere regels voor zekerheidsrechten.....	740
2. Eisen gesteld aan het voorwerp van de zekerheid (bestaan, eenheid, specialiteit en bepaaldheid	740
<i>AFDELING B. De beginselen uit het zakenrecht voor de conventionele vestiging van zakelijke rechten in het algemeen.</i>	741
1. Vereisten betreffende het voorwerp.....	741
2. Vereiste van geldige titel	741
a. De titelvereiste	741
b. Is een andere vereiste dan de vereiste van het bestaan van een verzekerde schuld	741
3. Vereisten van vestigingshandeling en mogelijke vormvereisten (en tijdstip van vestiging).....	742
a. De vestiging in enge zin	742
b. Het ontstaan van zekerheidsrechten door voorbehoud.....	743
4. Vereiste beschikkingsbevoegdheid of derdenbescherming	743
<i>AFDELING C. Regels betreffende de totstandkoming en geldigheid van de onderliggende verbintenismatige overeenkomst (de zekerheidsovereenkomst)</i>	744
1. Totstandkoming	744
a. Rechtshandeling.....	744
b. Vormvereisten aan de toestemming; bewijsregels	744
c. Bewijs ten aanzien van derden.	744
d. Regels van totstandkoming van de kaderovereenkomst.....	745
e. Verbintenis tot zekerheidsstelling aangegaan door een vertegenwoordiger	745
2. (De bepaalbaarheid van) het « voorwerp » van overeenkomsten tot zakelijke zekerheid.....	745
a. Bepaalbaarheid van het voorwerp	745
1° Het primaire voorwerp.	745
2° De verzekerde schuldvordering	746
3° De bepaling in hoeverre de schuld verzekerd is (dekking)	746
a) Vragen die ook rijzen bij pand en hypotheek voor een bepaalde schuld	746
i) Plafonnering	746
ii) Wijzigingen in de persoon van de schuldeiser of schuldenaar	746
b) Bijkomende vragen bij pand en hypotheek voor (alle) toekomstige schulden.....	747
i) Beginsel: pand en hypotheek voor alle sommen.....	747
ii) Dekking van onbepaalde of van bepaalde duur	748
iii) Wijzigingen in de persoon van de schuldenaar	748
iv) Wijzigingen in de persoon van de schuldeiser.....	748
b. Gevolg van accessoriteit.....	749
c. Accessoriteit mag de zelfstandige geldigheidsvereisten en modaliteiten niet doen vergeten.	749
3. Mogelijke gebreken, in het bijzonder nietigheden	749
a. Rechtsbevoegdheid	749
b. Handelings(on)bekwaamheid	750
c. Wilsgebreken en andere relatieve nietigheden	750
1° Wilsgebreken	750
2° Nietigheden uit het consumentenrecht	750
3° Nietigheden uit het huurrecht	751
d. Oorzaakvereiste	751

e. Nietigheden ter bescherming van derden (gezinsbelang).....	751
4. Niet-tegenwerpelijkheid aan andere schuldeisers; specifieke regels betreffende de verdachte periode.	752
a. De gemeenrechtelijke <i>pauliana</i>	753
b. Uitbreiding bij handelingen tijdens de verdachte periode voor faillissement.	753
c. Mogelijke aansprakelijkheid bij derde-medeplichtigheid.	753
5. Gevolgen van het causaal karakter van de vestiging.	754
HOOFDSTUK IV. VERBINTENISRECHTELIJKE VERHOUDING TUSSEN ZEKERHEIDSGEVER EN SCHULDEISER..	755
<i>AFDELING A. Betreffende de verplichting tot zekerheidsstelling c.q. het recht op de beloofde</i>	
<i>zekerheidsstelling</i>	755
1. Voorwerp en modaliteiten.	755
2. Uitvoering van de verbintenis tot geven.	756
3. Aanvullende verplichtingen.	756
4. De verplichting de zekerheid niet te verminderen.	757
<i>AFDELING B. Betreffende de (uitoefening van de) gevestigde zekerheid</i>	758
1. Wijze van uitoefening van het zekerheidsrecht.	758
a. Misbruik t.a.v. de schuldenaar.	758
b. Misbruik jegens een eigenaar van of oudere gerechtigde op het zekerheidsgoed.....	758
c. Misbruik t.a.v. andere schuldeisers van de schuldenaar.	758
2. Gevolgen van de accessoriteit / vrijgaveplicht.	759
a. Vrijgaveplicht algemeen.	759
b. <i>Übersicherung</i> en vrijgaveplicht.	760
3. Samenwerkings- en informatieplichten.	760
4. Zorgplicht ten aanzien van het onderpand; teruggaveplicht.....	761
5. Verrijkingsverbod en verantwoordingsplicht na uitoefening van het recht.....	761