

2013•2014
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Studie naar Belgisch recht en rechtsvergelijkend van contractuele bedingen die met het oog op mogelijke insolventie bedongen worden

Promotor :
Prof. dr. Matthias STORME

Annelore Brebels

Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2013•2014
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Studie naar Belgisch recht en rechtsvergelijkend van
contractuele bedingen die met het oog op mogelijke
insolventie bedongen worden

Promotor :
Prof. dr. Matthias STORME

Annelore Brebels

Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Het afsluiten van overeenkomsten is iets wat dagelijks gebeurt. Het is echter zeker geen uitzondering dat men te maken krijgt met een tegenpartij die zijn verplichtingen niet kan nakomen wegens solvabiliteitsproblemen. Opdat men in dergelijke gevallen als schuldeiser van de insolvente persoon niet met lege handen zou achterblijven, is het maar logisch dat men zich wil beschermen tegen dergelijke situaties.

Het opnemen van bepaalde contractuele bedingen kan hiertoe een oplossing bieden. In het kader van deze masterproef wordt onderzoek gedaan naar enkele contractuele bedingen die door partijen kunnen worden opgenomen met het oog op een mogelijke insolvente tegenpartij.

Een eerste dergelijk beding dat aan bod komt is het eigendomsvoorbehoud. Dit waarborgmechanisme heeft al een hele evolutie doorgemaakt, waarbij telkens een ruimere tegenwerpelijheid werd erkend. Een belangrijke stap was de Faillissementswet van 1997 waarmee het eigendomsvoorbehoud kon worden tegengeworpen aan de boedel in geval van een faillissement. Ingevolge rechtspraak en rechtsleer werd deze tegenwerpelijheid in bepaalde gevallen uitgebreid naar andere gevallen van samenloop.

Met de inwerkingtreding van de Pandwet wordt deze uitbreiding wettelijk vastgelegd. Door toepassing te maken van de regels inzake pandrechten wordt het eigendomsvoorbehoud bovendien veel beter beschermd en is het te beschouwen als een volwaardig zekerheidsrecht. Eveneens sluit het Belgische recht door de Pandwet veel beter aan bij de regeling in andere Europese landen. Ook in het Franse, Nederlandse en Duitse recht wordt de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop immers erkend.

Een tweede beding dat aan bod komt is de ontbindende voorwaarde in geval van samenloop. Met dergelijk beding trachten partijen af te wijken van de principiële continuïteit die geldt voor lopende overeenkomsten in geval van samenloop. De gerechtelijke reorganisatie is hier echter een geval apart. Behoudens enkele uitzonderingen, zoals een close-out beding, is het bij gerechtelijke reorganisatie immers niet mogelijk af te wijken van de principiële continuïteit.

Wat betreft de geldigheid wordt enkel de voorwaarde gesteld dat het intreden van de ontbindende voorwaarde van een toekomstige en zekere gebeurtenis afhankelijk wordt gesteld. Ook de zakelijke werking van de voorwaarde wordt doorgaans erkend. Doet de gebeurtenis zich voor, dan wordt de overeenkomst naar Belgisch en Frans recht retroactief ontbonden. Het Nederlandse en Duitse recht kennen een uitwerking *ex nunc*, maar ondanks gebrek aan retroactieve werking verkrijgt de ontbindende voorwaarde ook hier zakelijke werking.

Tot slot wordt ingegaan op het nettingbeding in geval van faillissement. Het nettingbeding is een vorm van conventionele schuldvergelijking en wordt geregeld door de WFZ. Hiermee werd aansluiting gezocht bij andere Europese landen. Net zoals Frankrijk kent België immers een principieel verbod waar landen zoals Nederland en Duitsland een principiële tegenwerpelijheid van schuldvergelijking na samenloop kennen.

Opdat het nettingbeding geldig en tegenwerpelijk is in geval van faillissement, stellen art. 14 en 15 WFZ twee voorwaarden. Zo moeten de schuld en schuldvordering bestaan en moet de netting-overeenkomst gesloten zijn voor het ontstaan van samenloop.

Met het arrest van 27 november 2008 van het Grondwettelijk Hof werd geoordeeld dat de regeling van art. 14 en 15 WFZ niet van toepassing is op personen die geen handelaar zijn. Voor deze niet-handelaars moet worden teruggevallen op het gemeen recht. Aangezien de regeling volgens de WFZ grotendeels ook hier van toepassing zijn, biedt het gemene recht ook voldoende waarborgen. Toch biedt dit niet dezelfde bescherming als een duidelijke wettelijke bepaling.

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN

INLEIDING	1
I. BEDING VAN EIGENDOMSVOORBEHOUD	3
1. ALGEMEEN	3
2. GELDIGHEIDSVEREISTEN	5
2.1. <i>Vormvoorschriften</i>	5
2.1.1. Schriftelijk opgesteld voor de levering	5
2.1.2. Instemming van de koper	7
3. ZAKELIJKE WERKING.....	8
3.1. <i>Geschiedenis</i>	8
3.1.1. Cassatie 9 februari 1933	8
3.1.2. Faillissementswet 1997	9
3.1.3. Pandwet 11 juli 2013	11
3.2. <i>Argumenten tegenwerpelijkheid</i>	12
4. UITOEFENINGSVOORWAARDEN.....	14
4.1. <i>In natura aanwezig</i>	14
4.1.1. Algemeen.....	14
4.1.2. Bewerking en zaakvorming.....	15
4.1.3. Onroerende natrekking en incorporatie.....	17
4.1.4. Vermenging	18
4.1.5. Doorverkochte goederen.....	20
4.2. <i>Conventioneel verlengd eigendomsvoorbehoud</i>	21
4.3. <i>Tijdige uitoefening</i>	22
5. CONCLUSIE	23
II. ONTBINDENDE VOORWAARDE	25
1. ALGEMEEN	25
2. PRINCIPE VAN CONTINUÏTEIT	25
2.1. <i>Gerechtelijke reorganisatie</i>	25
2.2. <i>Faillissement</i>	27
1. VERBINTENISRECHTELIJKE GELDIGHEID.....	28
1.1. <i>Onzekere en toekomstige gebeurtenis</i>	28
2. ZAKELIJKE WERKING.....	31
2.1. <i>Argumenten</i>	31

2.2.	<i>Publiciteit</i>	33
2.3.	<i>Gevolgen Pendente conditione</i>	35
2.4.	<i>Gevolgen Eveniente conditione</i>	36
3.2.1.	Retroactiviteit.....	36
3.2.2.	Nuancering.....	38
2.2.3.	Uitwerking ex nunc.....	39
2.2.3.1.	Zakelijke werking <i>sensu stricto</i>	39
2.2.3.2.	Zakelijke werking <i>sensu lato</i>	40
3.	TOEPASSINGSGEVALLEN.....	41
3.1.	<i>Erfpacht</i>	41
3.2.	<i>Close-out beding</i>	42
3.3.	<i>Leasing</i>	43
4.	CONCLUSIE.....	45
III.	NETTINGBEDING IN GEVAL VAN FAILLISEMENT	47
1.	ALGEMEEN.....	47
1.1.	<i>Schuldvergelijking</i>	47
1.2.	<i>Netting</i>	48
1.3.	<i>Voordelen van neting</i>	49
2.	ZAKELIJKE WERKING.....	50
2.1.	<i>Voorwaarden</i>	50
2.1.1.	Bestaan schuld en schuldvordering.....	50
2.1.2.	Netting-overeenkomst gesloten voor samenloop.....	52
2.2.	<i>Regels verdachte periode</i>	52
2.2.1.	Uitsluiting van bepaalde regels van de Faillissementswet.....	52
2.2.2.	Toepasbare regels Faillissementwet.....	53
2.3.	<i>Overdracht</i>	54
2.4.	<i>Grond wettelijk Hof 27 november 2008</i>	55
2.4.1.	Arrest Grondwettelijk Hof.....	55
2.4.2.	Kritiek uit de rechtsleer.....	56
2.4.3.	Gevolgen.....	58
3.	GEVOLGEN.....	59
4.	CONCLUSIE.....	60
IV.	BESLUIT	63
V.	BIBLIOGRAFIE	67

Lijst van afkortingen

C.C.	Code Civil (Frankrijk)
C.Comm.	Code de Commerce (Frankrijk)
BW	Burgerlijk Wetboek
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Faill.W.	Faillissementswet
Fw.	Faillissementswet Nederland
Ger.W.	Gerechtig Wetboek
Hyp.W.	Hypotheekwet
InsO	Insolvenzordnung (Duitsland)
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Nederland)
PW	Pandwet
WCO	Wet Continuïteit Ondernemingen
WGA	Wet Gerechtig Akkoord
WFZ	Wet Financiële Zekerheden

Inleiding

1. Het afsluiten van overeenkomsten is iets wat dagelijks gebeurt. Partijen komen tot een overeenstemming, verbinden zich tot een aantal verplichtingen en idealiter komen ze deze vervolgens ook na. Toch is dit niet zo vanzelfsprekend en zijn er ook risico's verbonden aan het afsluiten van een overeenkomst. Men moet rekening houden met de mogelijke situatie waarin de tegenpartij zijn verplichtingen niet nakomt, zeker in deze economisch moeilijke tijden.

2. Het zou dus best wel eens kunnen dat je een overeenkomst afsluit met een tegenpartij die later helaas zijn verplichtingen niet meer kan nakomen. Een verkoper bijvoorbeeld die tot een overeenkomst komt met een onderneming om een machine te kopen. Als nadien blijkt deze onderneming failliet gaat, kan deze bijgevolg niet voldoen aan zijn verplichting de koopsom te betalen.

3. Ingeval van een faillissement of insolventie zal tot de samenstelling en verdeling van de boedel worden overgegaan. Als schuldeiser heeft men dan de mogelijkheid op te treden tegen de insolvente persoon. Indien men in dergelijke situatie over een voorrecht beschikt of als separatist kan optreden, is dit niet noodzakelijk zo problematisch. Dit zal echter vaak niet het geval zijn waardoor men slechts als chirografaire schuldeiser kan optreden. In dat geval zal het maar de vraag zijn in hoeverre men nog wat zal kunnen krijgen. In heel wat gevallen zal dit slechts een deeltje of zelfs helemaal niets zijn.

4. Het is dan ook een normale reactie dat men zich graag zou beschermen tegen de mogelijke situatie van een insolvente tegenpartij. Bijvoorbeeld door te voorkomen dat men als chirografaire schuldeiser zal moeten optreden en in de plaats buiten de boedel zal blijven.

5. Het opnemen van bepaalde contractuele bedingen, die in dergelijke situatie een zekerheid kunnen verschaffen, zou hier een oplossing kunnen bieden. Er zijn heel wat mogelijke contractuele bedingen die met dit doel voor ogen kunnen worden opgenomen. Het is de bedoeling in het kader van deze masterproef enkele van die contractuele waarborgmechanismen wat verder te gaan bekijken.

6. Een eerste beding dat aan bod komt, en al een hele evolutie heeft doorgemaakt, is het eigendomsvoorbehoud. Dit waarborgmechanisme zal voornamelijk worden besproken in het licht van de nieuwe regeling onder de Pandwet. Vervolgens wordt de ontbindende voorwaarde in geval van samenloop besproken. Tot slot wordt ingegaan op het nettingbeding in geval van faillissement. Dit laatste zal in hoofdzaak worden besproken zoals geregeld onder de WFZ.

7. In het bijzonder van belang in het kader van dit onderzoek, zijn de vereisten opdat deze specifieke bedingen tegenwerpelijk zijn. Dit niet alleen ten aanzien van de insolvente schuldenaar, maar vooral ten aanzien van derden zoals de andere schuldeisers van de tegenpartij. Naast een korte algemene schets wordt dan ook voornamelijk ingegaan op de zakelijke werking van deze contractuele waarborgmechanismen.

8. De centrale onderzoeksvraag binnen deze masterproef is dan ook de volgende: "Op welke manier kunnen deze contractuele waarborgmechanismen een bescherming bieden tegen de mogelijke insolventie van de tegenpartij naar Belgisch en naar buitenlands recht?".

9. Om te komen tot een antwoord op deze vraag komen volgende subvragen aan bod:

- Aan welke vereisten moet zijn voldaan opdat deze contractuele bedingen geldig zijn?
- In welke mate wordt de zakelijke werking van deze contractuele bedingen erkend in geval van samenloop?
- Hoe ver staat men hiermee in andere rechtsstelsels?
- Welke zijn de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat deze contractuele bedingen zakelijke werking verkrijgen?
- In hoeverre komen deze vereisten overeen met die van andere landen? Wat zijn de verschillen en gelijkenissen?
- Wat zijn de gevolgen wanneer deze contractuele bedingen uitwerking krijgen?

10. Op deze vragen wordt een antwoord gezocht door het voeren van een tekstueel onderzoek. Verschillende juridische bronnen komen hierbij aan bod. Zo wordt in de eerste plaats gekeken naar wat de wetgeving zegt. Vooral de huidige wetgeving is hierbij van belang zijn, maar ook de wetgeving zoals die vroeger was en toekomstige wetgeving komen aan bod waar nuttig. Verder zijn ook doctrine en rechtspraak van belang. Dit met name bij het bepalen van de precieze inhoud van de voorwaarden die door de wetgeving worden opgelegd. Verder geven ze ook inzicht in de redenering achter en kritiek op de wetgeving.

11. Daarnaast komt ook externe rechtsvergelijking aan bod. Naast de regeling naar Belgisch recht, wordt ook vergeleken met de situatie in enkele andere landen. Zo komen ook de regelingen betreffende deze contractuele bedingen naar Frans, Nederlands en Duits recht aan bod.

I. Beding van eigendomsvoorbehoud

1. Algemeen

12. Een beding van eigendomsvoorbehoud kan worden omschreven als een beding opgenomen in een overeenkomst waarmee de verkoper zich de eigendom van het verkochte goed voorbehoudt tot op het moment dat de volledige koopprijs door de koper betaald is. Wanneer men in de overeenkomst een beding van eigendomsvoorbehoud opneemt, behoudt de verkoper gewoon zijn eigendomsrecht totdat aan de voorwaarde van betaling is voldaan. Pas wanneer de koper de volledige prijs heeft betaald, wordt hij echt eigenaar van het goed.¹ Bij een koop op afbetaling gaat de eigendom over bij betaling van de laatste schijf. Zolang de verkoopprijs niet betaald is, blijft de verkoper dus nog steeds eigenaar en is de koper slechts in bezit van de verkochte zaak.²

13. Met een dergelijk beding wordt bijgevolg afgeweken van de regel van art. 1583 BW. Dat artikel bepaalt dat van zodra de partijen tot een overeenkomst komen omtrent de zaak en de prijs ervan, de koper van rechtswege de eigendom verkrijgt. Het is dus niet nodig dat de zaak zou worden geleverd, zoals bijvoorbeeld in het Duitse en Nederlandse recht wel het geval is.³ De overeenstemming is in principe voldoende om de eigendom te doen overgaan.⁴ Deze regel is echter van aanvullend recht. Het staat de partijen dus vrij om hiervan af te wijken en de eigendom op een ander tijdstip te laten overgaan, bijvoorbeeld na de betaling van de volledige koopsom.⁵

14. Ondanks het eigendomsvoorbehoud wordt het goed wel aan de koper geleverd. Door het eigendomsvoorbehoud is de koper wel slechts bezitter van het goed.⁶ Het voorbehoud heeft ook tot gevolg (en bedoeling) dat in het geval de koper niet aan zijn betaalverplichting voldoet, de verkoper het goed bij de koper kan revindiceren. In het geval de verkoper zijn geld niet krijgt, kan hij dus gewoon het goed terughalen en verliest hij niets.⁷

15. Dit is ook de reden waarom het eigendomsvoorbehoud mogelijk interessant kan zijn als waarborgmechanisme tegen een toekomstig insolvente tegenpartij. Het is de bedoeling dat men niet als chirografaire schuldeiser moet proberen aan zijn geld te geraken. Door het

¹ M. STORME, *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2012-2013, 95; E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 483.

² P. CALLENS, "De bescherming van de verkoper van roerende goederen door eigendomsvoorbehoud. Een rechtsvergelijkend overzicht", *Jura Falc.* 1970-80, 101.

³ J. DEL CORAL, "De geldigheid en tegenwerpelijkheid van de overdracht van roerende lichamelijke goederen", *R.W.* 2013-14, 323.

⁴ S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 80; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Deurne, Kluwer, 1992, 228-229.

⁵ A. CUYVERS en P. FRANCOIS, "Art. 20,5° Hyp.W.", in X., *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Voorrechten, De Bijzondere voorrechten*, Kluwer, 2013, (1) 10; F. BRUSSENS, *Aannemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 153.

⁶ M. VANWYNSBERGHE, "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 34.

⁷ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 484.

eigendomsvoorbehoud blijft de verkoper eigenaar en valt het goed niet in de boedel van de insolvente koper. Men ontsnapt zo aan de principiële regel van gelijkheid tussen de schuldeisers uit art. 7 en 8 Hyp.W. Indien het tot een samenloop komt, kan de verkoper de verkochte zaak als eigenaar gewoon terughalen.⁸

16. Bovendien heeft het eigendomsvoorbehoud ook tot gevolg dat de verkoper over een anterior recht beschikt. Indien de koper het goed verder doorverkoopt of met een zakelijk recht bezwaart, heeft de verkoper in principe een ouder recht en gaat hij dus op deze derden voor. Hier moet echter wel gewezen worden op de bescherming van art. 2279 BW voor derde verkrijgers te goeder trouw.⁹

17. Wat betreft de juridische aard van een eigendomsvoorbehoud is er al heel wat discussie geweest. In navolging van de arresten van 9 februari van 1933 van het Hof van Cassatie werd eerst aangenomen dat het om een tijdsbepaling ging.¹⁰ Zo verdedigt Leclercq in zijn noot bij deze arresten dat de betaling van de prijs een toekomstige en zekere gebeurtenis is waardoor het om een opschortende tijdsbepaling zou gaan.¹¹

18. Tegenwoordig is men er echter van overtuigd dat het om een opschortende voorwaarde gaat. Dit is een terechte vaststelling. De betaling van de prijs is immers een onzekere toekomstige gebeurtenis. Men kan op voorhand niet met zekerheid zeggen dat de koper ook daadwerkelijk de (volledige) prijs zal betalen. Het is net omwille van deze onzekerheid dat een eigendomsvoorbehoud wordt opgenomen. Het eigendomsvoorbehoud kan bijgevolg niet worden gezien als een tijdsbepaling. Het is een opschortende voorwaarde, meer bepaald de voorwaarde van betaling van de volledige koopprijs.¹²

19. Kijken we naar het Nederlandse recht dan zien we dat het eigendomsvoorbehoud ook hier wordt beschouwd als opschortende voorwaarde. Zo omschrijft art. 3:92 NBW het beding van eigendomsvoorbehoud letterlijk als een opschortende voorwaarde. Pas na de 'voldoening van die prestatie', vindt de overdracht van de eigendom over de zaak plaats.¹³

20. De juridische aard van het eigendomsvoorbehoud is niet het enige waarover lange tijd discussie bestond. Ook over de tegenwerpelijkheid van dergelijk beding is heel wat inkt gevloeid.

⁸ E. ALOFS, *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 196; zie voor Nederland Art.5:2 NBW.

⁹ M. STORME, *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2012-2013, 95-96; I. VEROURGSTRÆTE, "La revendication et la réserve de propriété" in VEROURGSTRÆTE, I., *Les créanciers du failli et leur droits*, Kluwer, 2010, (639) 645.

¹⁰ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 483.

¹¹ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Deurne, Kluwer, 1992, 229.

¹² M.E. STORME, "Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn", *R.W.* 2011-12, 255 en 261.

¹³ Art. 3:92, lid 1 NBW; G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 832.

Zoals hierboven vermeld, wijken partijen door het opnemen van een eigendomsvoorbehoud af van art. 1583 BW. Gezien de suppletieve aard van deze regel is dit geen probleem.¹⁴

21. *Inter partes* zal het eigendomsvoorbehoud niet echt problemen opleveren. Het is duidelijk voor de koper dat de verkoper eigenaar blijft tot het moment dat hij de volledige koopprijs heeft betaald. Het is echter de tegenwerpelijke aan derden die lange tijd problemen opleverde en al een hele evolutie heeft doorgemaakt. Hier zal verderop dieper op worden ingegaan.

22. Een beding van eigendomsvoorbehoud verschaft in ieder geval een zekerheidsfunctie voor de onbetaalde verkoper. Waar geen eigendomsvoorbehoud wordt voorbehouden zal de onbetaalde verkoper slechts een voorrecht genieten in geval van samenloop. Met een eigendomsvoorbehoud geniet hij de positie van separatist en kunnen de andere schuldeisers geen aanspraak maken op het verkochte goed.¹⁵

23. Door de uitbreiding doorheen de tijd van de erkenning van de geldigheid en vooral de tegenwerpelijke van het eigendomsvoorbehoud is de zekerheidsfunctie ervan alleen maar sterker geworden. Met de nieuwe wet van 11 juli 2013 zal het eigendomsvoorbehoud kunnen worden beschouwd als een volwaardig zekerheidsrecht. Deze PW zal, behoudens het geval dat de Koning hierover anders beslist, op 1 december 2014 in werking treden. Bij de verdere bespreking zal voornamelijk worden uitgegaan van de regeling voorzien door deze nieuwe wet. Waar nuttig zal ook worden gekeken naar de huidige regeling van het eigendomsvoorbehoud uit art. 101 Faill.W.

24. Het is dan uiteraard wel van belang welke de voorwaarden zijn opdat het beding van eigendomsvoorbehoud als geldig en tegenwerpelijk kan worden beschouwd. In wat volgt wordt eerst kort ingegaan op de geldigheidsvoorwaarden van het eigendomsvoorbehoud. Vervolgens worden de tegenwerpelijke van het eigendomsvoorbehoud en zijn evolutie doorheen de tijd besproken. Vervolgens komen ook de uitoefeningsvoorwaarden die aan dit waarborgmechanisme zijn verbonden aan bod.

2. Geldigheidsvereisten

2.1. Vormvoorschriften

2.1.1. Schriftelijk opgesteld voor de levering

25. In de Faill.W. wordt de vereiste gesteld dat het eigendomsvoorbehoud schriftelijk is opgesteld en dat uiterlijk op het ogenblik van de levering van het goed. Ook de PW stelt dat de goederen verkocht onder eigendomsvoorbehoud kunnen worden teruggevorderd bij niet-betaling van de volledige koopprijs onder voorwaarde dat het eigendomsvoorbehoud "schriftelijk is opgesteld uiterlijk op het ogenblik van de levering van het goed".¹⁶

¹⁴ F. BRUSSENS, *Aannemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 153.

¹⁵ M. STORME, *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2012-2013, 100.

¹⁶ Art. 101, lid 2 Faillissementswet van 8 augustus 1997, *BS* 28 augustus 1997; art. 69 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

26. Het gaat hier om een louter vormvoorschrift, geen voorwaarde tot rechtsgeldigheid van het beding of als bewijs ervan. De bedoeling van deze vormvereiste was de bescherming van de schuldeisers van de koper. Wil men het eigendomsvoorbehoud aan derden kunnen tegenwerpen, bijvoorbeeld in geval van samenloop, dan is de schriftelijke opstelling een vereiste.

27. Aan de vereiste van een schriftelijk opgesteld eigendomsvoorbehoud wordt, net zoals naar het Franse recht het geval is, geen enkele publiciteitsvereiste verbonden. Dit is zo onder de huidige regeling van art. 101 Faill.W. en zal ook met de PW zo blijven. Ook in andere ons omringende landen krijgt het eigendomsvoorbehoud uitwerking zonder dat aan enige publiciteitsvereiste moet worden voldaan.¹⁷

28. Betreffende de coherentie met andere Europese landen, is het dus zeker een goede zaak dat niet voor een verplichte publiciteit is gekozen. Meer eenvormigheid tussen de verschillende landen heeft immers ook tot gevolg dat het de internationale handel vergemakkelijkt. Indien voor een verplichte publiciteit was geopteerd, zou dit België mogelijk minder aantrekkelijk hebben gemaakt op de internationale markt.

29. Hoewel publiciteit van het eigendomsvoorbehoud niet verplicht is, bestaat wel de mogelijkheid tot publicatie en kan dit zelfs nuttig zijn. Zo stelt art. 71 PW, hetwelk handelt over de onroerendmaking, dat het eigendomsvoorbehoud behouden blijft "op voorwaarde van registratie in het pandregister". Registratie is van belang voor de verkoper die in conflict komt met hypothecaire schuldeisers. Hierdoor zal hij immers voorrang krijgen op deze schuldeisers, ondanks het feit dat de verkochte goederen onroerend door incorporatie zouden zijn geworden.¹⁸

30. Naast de schriftelijke opstelling vereist art. 101 Faill.W. ook dat dit geschrift bestaat "uiterlijk op het ogenblik van de levering". Deze vereiste is ook in de PW opgenomen en blijft dus behouden. Dit betekent dat het opnemen van een eigendomsvoorbehoud ook na het sluiten van de koop mogelijk is. Zolang het geschrift maar werd opgemaakt voor het moment van levering. Zo niet komt de tegenwerpelijkheid aan derden in het gedrang.¹⁹

31. Ook het Franse recht stelt deze voorwaarde van een schriftelijk overeengekomen eigendomsvoorbehoud, ten laatste op het ogenblik van levering van de goederen. Zo stelt art. 264-16 C. Com. dat "Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison".

¹⁷ Kh. Turnhout 29 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 931; A., DE WILDE, "Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement", *R.W.* 1999-2000, 599; Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 2463/001, 18, 30 en 69.

¹⁸ Art. 71 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 2463/001, 31 en 70-71.

¹⁹ Cass. 25 september 2006, C.050554.F; art. 69 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

2.1.2. Instemming van de koper

32. Uit de bewoording "schriftelijk is opgesteld" uit art. 101 Faill.W. blijkt dat de instemming van de koper niet schriftelijk moet worden vastgelegd of uit het geschrift af te leiden moet zijn.²⁰ Het is voldoende wanneer uit het geschrift duidelijk en ondubbelzinnig blijkt dat het gaat om een beding van eigendomsvoorbehoud. De parlementaire voorbereiding vermeldt ook duidelijk dat een uitdrukkelijke instemming van de koper niet vereist is. Men stelt dat "de stilzwijgende aanvaarding van een beding van eigendomsvoorbehoud, voldoende is". Om geldig te zijn, is wel op zijn minst vereist dat de koper kennis heeft van het beding van eigendomsvoorbehoud op het ogenblik van levering.²¹

33. Ook in Nederland, Duitsland en Frankrijk is men het er over eens dat een stilzwijgende aanvaarding van het eigendomsvoorbehoud voldoende is om aan derden tegenwerpelijk te zijn. Ook hier is de uitdrukkelijke instemming van de koper bijgevolg niet vereist.²² In Frankrijk is men zelfs bijzonder soepel wat betreft deze voorwaarde. Indien het geschrift ter kennis van de koper werd gebracht en deze laatste gaat over tot de uitvoering van de overeenkomst, dan wordt zijn instemming met het eigendomsvoorbehoud hieruit afgeleid.²³

34. Een dergelijke stilzwijgende aanvaarding kan worden vermoed door de houding van de koper.²⁴ Bijvoorbeeld doordat hij na de levering vrijwillig en zonder protest overgaat tot de uitvoering van de overeenkomst.²⁵ Ook met andere feitelijke omstandigheden, zoals het niet protesteren tegen documenten waarin het eigendomsvoorbehoud is opgenomen (algemene voorwaarden, een leveringsbon, briefwisseling, contractuele documenten), kan rekening worden gehouden. Het is in handelszaken immers gebruikelijk dit meteen te doen wanneer deze niet overeenstemmen met hetgeen werkelijk is overeengekomen.²⁶

35. Bij handelaars geldt bijgevolg een vermoeden van instemming in geval van stilzwijgen. Zo mag de factuur mag worden beschouwd als een getrouwe weergave van de overeenkomst indien deze niet wordt geprotesteerd. Dit zelfs wanneer de factuur de verkoopsvoorwaarden, met daarin het eigendomsvoorbehoud, bevat en pas wordt opgestuurd na de levering. Indien hij niet akkoord gaat, heeft de handelaar dan ook de plicht hier tijdig tegen te protesteren.²⁷

²⁰ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 485.

²¹ Wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1132/013, 6; K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER, en E. JANSSENS, *Faillissement en gerechtelijk akkoord herbekeken*, Antwerpen, Maklu, 2004, 36.

²² Wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1132/013, 126.

²³ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 487.

²⁴ A. DE WILDE, "Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement", *R.W.* 1999-2000, 599.

²⁵ Kh. Turnhout 29 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 931.

²⁶ B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 91.

²⁷ Cass. 25 september 2006, C.050554.F; Gent 4 december 2006, 2006/AR/152; G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 826; R. VAN RANSBEECK,

36. Gaat het echter om een niet-handelaar, dan mag de aanvaarding niet automatisch worden afgeleid uit het stilzitten van de koper. Er moet dan sprake zijn van een omstandig stilzwijgen. Het stilzwijgen van de koper moet zijn instemming met de overeenkomst, daarin begrepen het eigendomsvoorbehoud, doen blijken en mag niet voor een andere interpretatie vatbaar zijn.²⁸

37. In de PW blijft de bewoording "schriftelijk is opgesteld" behouden. Hieruit blijkt dat de instemming van de koper met het eigendomsvoorbehoud ook onder de nieuwe regeling niet moet blijken uit het geschrift. Het is voldoende dat het voorbehoud zelf is opgenomen in het geschrift dat voor de levering of uiterlijk op het ogenblik van de levering is opgesteld.²⁹ Dit is althans wat geldt voor niet-consumenten.

38. Artikel 69, lid 2 PW maakt een duidelijk onderscheid voor de gevallen waar het gaat om een koper die consument is. Om uit te maken of het al dan niet gaat om een consument verwijst de PW naar art. 2, 3° WMPC hetwelk stelt dat een consument "iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt" is. Voor die gevallen is de regeling strenger. In tegenstelling tot wanneer de koper een handelaar is, vereist de PW hier dat de instemming van de koper wel uit het geschrift zelf blijkt.³⁰

3. Zakelijke werking

39. Wat betreft de zakelijke werking zal eerst een overzicht worden gegeven van evolutie die de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud heeft doorgemaakt. Van de arresten van 9 februari 1933 van het Hof van Cassatie tot de nieuwe wet van 11 juli 2013. Vervolgens zal een opsomming volgen van een aantal argumenten in verband met de tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende bedingen in het algemeen en het eigendomsvoorbehoud in het bijzonder.

3.1. Geschiedenis

3.1.1. Cassatie 9 februari 1933

40. Zoals reeds vermeld, is het geen probleem voor de partijen om af te wijken van art. 1583 BW, dat van suppletief recht is. Het eigendomsvoorbehoud vormt tussen partijen doorgaans dan ook geen probleem. In tegenstelling tot de verbintenisrechtelijke geldigheid, kan de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud aan derden wel problemen opleveren. Deze zijn immers geen partij bij de overeenkomst. Ze hebben niet ingestemd met het eigendomsvoorbehoud en zijn er vaak niet eens van op de hoogte. Het verkochte goed is echter wel al in het bezit van de koper. Wanneer

"Privaatrechtelijke en handelsrechtelijke beschouwingen inzake forumbedingen in factuurvoorwaarden naar Belgisch recht", *TBBR* 2013, 351; Art. 25 Wetboek van Koophandel.

²⁸ R. VAN RANSBEECK, "Privaatrechtelijke en handelsrechtelijke beschouwingen inzake forumbedingen in factuurvoorwaarden naar Belgisch recht", *TBBR* 2013, 350.

²⁹ Art. 69 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St. Kamer* 2012-13, nr. 2463/001, 70.

³⁰ Art. 69 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; art. 2, 3° WMPC.

derden een overeenkomst sluiten met deze koper kunnen zij ervan uitgaan dat het goed ook eigendom is van de verkoper.³¹

41. Het Hof van Cassatie was dan ook heel duidelijk in zijn arresten van 9 februari 1933. Art. 20, 5° Hyp.W. voorzag al in de bescherming van de onbetaalde verkoper. Volgens dit artikel heeft de verkoper een retentierecht en een ontbindingsrecht. Deze zijn echter niet bestand tegen de samenloop. Aangezien een conventionele uitbreiding van de bescherming die art. 20, 5° Hyp.W. biedt niet aan derden tegenwerpelijk is, kan de conclusie alleen maar luiden dat dit ook het geval moet zijn voor een conventioneel bedongen eigendomsrecht.³²

42. Ook met de vertrouwensleer werd rekening gehouden. Op basis van de vertrouwensleer mogen derden ervan uitgaan dat het goed dat in het bezit van de koper is, ook eigendom is van deze laatste. Indien het dan tot een samenloop komt en de verkoper kan zijn goed door een eigendomsvoorbehoud revindiceren dan is dit in het nadeel van de andere schuldeisers.³³

43. Om die redenen oordeelde het Hof van Cassatie dan ook dat een eigendomsvoorbehoud niet kon worden tegengeworpen aan de andere schuldeisers in geval van samenloop. Dit zowel in het geval van faillissement als bij andere vormen van samenloop.³⁴

44. Dit principe van niet-tegenwerpelijkheid werd wel enigszins genuanceerd. Zo was er geen probleem indien nog geen levering had plaatsgevonden. Het goed is dan nog niet in het bezit van de koper, en dus is er ook geen schijn van eigendom.³⁵ Daarnaast werd ook een uitzondering aanvaard in de gevallen waar het goed wel reeds was geleverd, maar al voor de samenloop werd gerevindiceerd. Voorwaarde was hier wel dat de verkoper het eigendomsvoorbehoud had ingeroepen voor de samenloop en de koper hiervan ook kennis had kunnen nemen.³⁶

3.1.2. Faillissementswet 1997

45. Met de Faill.W. van 8 augustus 1997 kwam er verandering in het principe van niet tegenwerpelijkheid. Wat betreft de positie van de onbetaalde verkoper betekende deze wet een grote verandering. Tijdens de voorbereiding van de wet werd een amendement ingediend met de bedoeling het eigendomsvoorbehoud in geval van faillissement te erkennen. Er werd geopperd voor een artikel dat stelt dat geen afbreuk wordt gedaan aan het revindicatierecht van verkoper door

³¹ J. MEERTS, "Het passief van het faillissement. Eigendomsvoorbehoud" in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2000, (II.H.20-1) 10.

³² E. DIRIX, "Art. 101 Faillissementswet 1997" in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, (art. 101-1) 50.

³³ A.S. GIGOT, "L'opposabilité de la clause réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité", *TBH* 2001, 535; M. VANWYNSBERGHE, "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 36; P. CALLENS, "De bescherming van de verkoper van roerende goederen door eigendomsvoorbehoud. Een rechtsvergelijkend overzicht", *Jura Falc.*, 1970-80, 102.

³⁴ F. GEORGES, "Les moyens de se prémunir contre la défaillance de ses cocontractants", *Act. Dr.* 1997, 557.

³⁵ B. TILLEMAN en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 17.

³⁶ J. MEERTS, "Het passief van het faillissement. Eigendomsvoorbehoud" in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2000, (II.H.20-1) 10-11.

het faillissement. Hiermee zou het eigendomsvoorbehoud dan, binnen bepaalde grenzen, aan derden tegenwerpelijk zijn.³⁷

46. Hiertoe werden verschillende argumenten naar voren geschoven. Zo werd aangehaald dat de erkenning van de tegenwerpelijkheid gunstige gevolgen zou hebben op economisch vlak. Dit zowel voor de verkoper, die meer zekerheid krijgt, als voor de koper, die ook wanneer er tekenen van onvermogen zijn, makkelijker zijn activiteiten kan verder zetten.³⁸ Daarnaast worden ook het vermijden van waardeverlies bij een snelle realisatie door de curator en het streven naar eenmaking op Europees niveau aangehaald.³⁹

47. In de landen rondom ons, is de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud inderdaad ook erkend. In Frankrijk wordt de externe werking zelfs al een hele tijd erkend. Net zoals in België, was het ook Franse Hof van Cassatie eerst helemaal geen voorstander maar met de wet van 12 mei 1980 werd de tegenwerpelijkheid toch erkend.⁴⁰ Deze wet werd vervangen door die van 1985 en met de wet van 10 juni 1994 nog wat aangepast in het voordeel van de verkoper.⁴¹ Wanneer we naar de bewoording van art. 101 Faill.W. 1997 kijken, kunnen we vaststellen dit in grote mate overeenstemt met de Franse regeling en dan ook op het Franse artikel gebaseerd is.

48. Ook in Nederland is de externe werking van een eigendomsvoorbehoud erkend. Dit in art. 3:92 NBW. Ook voor de inwerkingtreding van het NBW werd de tegenwerpelijkheid tegenover derden al aanvaard.⁴² Het is hier wel zo dat een eigendomsvoorbehoud niet voor eender welke vordering geldig kan worden bedongen. Lid 2 van art. 3:92 NBW bevat een opsomming van de vorderingen waarvoor dit mogelijk is.⁴³

49. Wat betreft het Duitse recht vinden we de erkenning van de externe werking van het eigendomsvoorbehoud terug in art. 455 BGB. Met een eigendomsvoorbehoud blijft de verkoper

³⁷ Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St. Kamer 1995-1996*, nr. 330/02, 5; I. PEETERS en A. ZENNER, "Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *R.W.* 2004, 494; J. MEERTS, "Het passief van het faillissement. Eigendomsvoorbehoud" in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2000, (II.H.20-1) 14.

³⁸ Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St. Kamer 1995-1996*, nr. 330/02, 6-7.

³⁹ Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St. Kamer 1995-1996*, nr. 330/02, 7 en 8; K. TROCH, "Gevolgen van het faillissement. De opschorting van de tenuitvoerlegging: gevolgen" in X., *Faillissement en Reorganisatie*, Kluwer, 2002, (II.E.31-1) 19.

⁴⁰ Loi n° 80-335 van 12 mei 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de Vente.

⁴¹ Loi n° 85-98 van 25 januari 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires de entreprises; Loi n° 94-475 van 10 juni 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

⁴² Art. 3:92 NBW; M. VANWYNSBERGHE, "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 37.

⁴³ Art. 3:92, lid 2 NBW: Vorderingen betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst geleverde of te leveren zaken of krachtens een zodanige overeenkomst tevens ten behoeve van de verkrijger verrichte of te verrichten werkzaamheden, alsmede ter zake van vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van zodanige overeenkomsten.

eigenaar terwijl de koper een eigendomsverwachting of Anwartschaft heeft. Aan dit Anwartschaft worden zakenrechtelijke gevolgen verbonden.⁴⁴

50. Omwille van de hiervoor aangehaalde redenen werd in de Faill.W. dan ook een artikel opgenomen waarin het eigendomsvoorbehoud en zijn tegenwerpelijheid aan derden in geval van faillissement duidelijk werd erkend. Hiertoe moet wel voldaan zijn aan de voorwaarden die het artikel stelt.⁴⁵

51. Bij een letterlijke lezing en beperkte interpretatie van artikel 101 Faill.W. lijkt de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud alleen erkend te zijn in het geval van faillissement. Is er sprake van een andere vorm van samenloop dan kan men op dit artikel niet terugvallen. Dit was dan ook lang het uitgangspunt.

52. Hier is men ondertussen echter van afgestapt. Uit rechtspraak en doctrine blijkt immers de aanvaarding dat het toepassingsgebied van artikel 101 Faill.W. ook naar andere vormen van samenloop moet worden doorgetrokken.⁴⁶ Zo werd de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud ook erkend in geval van een collectieve schuldenregeling en na een vereffening.⁴⁷

53. Ook het Hof van Cassatie komt in haar arrest van 7 mei 2010 tot de beslissing dat het eigendomsvoorbehoud ook in andere gevallen van samenloop aan derden tegenwerpelij is. Het Hof wijst hier op het principe dat, wanneer een overeenkomst rechtsgeldig wordt gesloten tussen partijen, derden de gevolgen die de overeenkomst tussen partijen teweegbrengt, moeten eerbiedigen. Aangezien een eigendomsvoorbehoud rechtsgeldig kan worden bedongen tussen partijen, moeten derden de gevolgen hiervan respecteren.⁴⁸

3.1.3. Pandwet 11 juli 2013

54. Met de nieuwe wet van 11 juli 2013 komt er eindelijk echt duidelijkheid hieromtrent. Bij de voorbereiding ervan wordt duidelijk gesteld dat het omwille van de samenhang en coherentie van het recht nodig is het eigendomsvoorbehoud op eenzelfde wijze te benaderen voor alle vormen van samenloop.⁴⁹ Met de PW wordt de regeling betreffende het eigendomsvoorbehoud overgebracht van de Faill.W. naar het BW en wordt het tweede lid van art. 101 Faill.W. opgeheven.

⁴⁴ M. VANWYNSBERGHE, "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 37; G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 832.

⁴⁵ H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 457.

⁴⁶ M.E. STORME, "Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn", *R.W.* 2011-12, 264.

⁴⁷ Rb. Leuven 26 oktober 1999, *R.W.* 2001-2002, 33; Antwerpen 18 november 2002, *R.W.* 2003-04, 630.

⁴⁸ Cass. 7 mei 2010, C.09.0317.F, *NJW* 2010, 502.

⁴⁹ Art. 106 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 2463/001, 30.

55. Met deze overbrenging wordt de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud algemeen erkend in alle gevallen van samenloop. Hiermee wordt ook aansluiting gemaakt met ontwikkelingen in andere Europese landen. Er kan bijgevolg besloten worden dat het eigendomsvoorbehoud bestand is tegen eender welke vorm van samenloop. Zolang het maar rechtsgeldig bedongen is en aan de uitoefeningsvoorwaarden wordt voldaan, is het eigendomsvoorbehoud tegenwerpeijk aan derden in alle gevallen van samenloop.⁵⁰

3.2. Argumenten tegenwerpelijheid

56. Wat betreft de tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende bedingen, zoals het eigendomsvoorbehoud, zijn er heel wat argumenten voor en tegen. Zo zijn er het fixatiebeginsel en de beschikkingsonbevoegdheid die erop lijken te wijzen dat samenloopvermijdende bedingen niet tegenwerpeijk zijn.

57. Het fixatiebeginsel zorgt ervoor dat, bij het ontstaan van een samenloop, de verschillende rechten en vorderingen van de schuldeisers *in abstracto* worden gefixeerd. Het is in principe niet meer mogelijk ze te wijzigen en hun onderlinge verhouding wordt vastgelegd. Daarnaast is er ook de beschikkingsonbevoegdheid. Hierdoor kan de schuldenaar vanaf het ontstaan van de samenloop niet meer over zijn vermogen beschikken en kunnen de samenloopvermijdende bedingen geen uitwerking meer krijgen.⁵¹

58. Uiteraard zijn er ook een aantal argumenten die pleiten voor de tegenwerpelijheid. Zo moet allereerst worden gewezen op de contractsvrijheid van partijen die moet worden gewaarborgd. Ook in het wetsontwerp van de wet van 11 juli 2013 wordt erop gewezen dat het belangrijk is de contractuele vrijheid van partijen zoveel als mogelijk te waarborgen.⁵²

59. Als tegenargument kan hier wel worden gewezen op de bescherming van derden en de vertrouwensleer. Zij weten immers niet wat tussen partijen precies is bedongen. Hierdoor kunnen zij erop vertrouwen dat bepaalde goederen eigendom zijn van de schuldenaar, terwijl ze achteraf toch uit de boedel verdwijnen wat uiteraard in hun nadeel is. Ook in zijn arresten van 1933 was dit een van de argumenten voor het Hof van Cassatie om tot de niet tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud te komen.⁵³

60. Aan dit tegenargument kan echter tegemoet worden gekomen door bepaalde beperkingen en/of voorwaarden te verbinden aan de tegenwerpelijheid. Zo bijvoorbeeld een

⁵⁰ Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St. Kamer 2012-13*, nr. 2463/001, 69; M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 403, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

⁵¹ M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 209, <http://storme.be/Insolventierecht2013oudrecht.pdf>; I. PEETERS en A. ZENNER, "Tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *R.W.* 2004, 484 en 488.

⁵² Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St. Kamer 2012-13*, nr. 2463/001, 9.

⁵³ M. VANWYNSBERGHE, "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 36.

publiciteitsvereiste. Hiermee komen andere schuldeisers van de schuldenaar niet voor verrassingen te staan. Ze zijn vooraf op de hoogte en kunnen zichzelf op een andere manier zekerheid verschaffen indien nodig. Zo worden de belangen van derden toch beschermd.⁵⁴

61. Verder is het ook voor de rechtszekerheid van de partijen nodig dat de opgenomen bedingen kunnen worden tegengeworpen en uitwerking krijgen.⁵⁵ Wanneer dit niet het geval is, wordt de verkoper beroofd van zijn waarborgen op het moment dat hij ze het meest nodig heeft. Het heeft dan weinig zin een zekerheid voor zichzelf te bedingen als men er uiteindelijk nog geen gebruik van kan maken.

62. Ook economische motieven spelen een rol bij de aanvaarding van de tegenwerpelijkheid. Zo voorkomt de erkenning van de tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende bedingen dat de transactiekosten oplopen. Er moeten immers geen kosten worden gemaakt voor allerlei procedures en het bespaart ook de curator werk. Hij moet de goederen immers niet meer realiseren en verdelen. Dit wordt gedaan door de partijen zelf.

63. Specifiek voor het eigendomsvoorbehoud speelt ook het economische motief van faillissementsvoorkoming een rol. Door de zekerheid die een dergelijk beding biedt wanneer het tegenwerpelijk is, houdt het voor verkopers veel minder risico in te handelen met een koper die er financieel wat minder voor staat. Ook de koper heeft er voordeel bij. Hij zal immers makkelijker kunnen blijven handelen.⁵⁶

64. Daarnaast wordt ook het zogenaamde 'dumping effect' vermeden. De goederen gaan terug naar degene die er het meeste baat bij heeft en komen niet terecht in de boedel. Wanneer dit wel het geval zou zijn, is de kans groot dat de goederen gerealiseerd worden aan een prijs die ver onder de marktwaarde ligt.⁵⁷ De tijd is er dan niet om te wachten op een goede prijs. Men wil de vereffening en verdeling van de boedel zo snel mogelijk afronden en de maximale prijs uit het goed halen heeft geen prioriteit.

⁵⁴ T. DELWICHE en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten inde ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 69.

⁵⁵ T. DELWICHE en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten inde ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 69.

⁵⁶ G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 834; J. MEERTS, "Het passief van het faillissement. Eigendomsvoorbehoud" in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2000, (II.H.20-1) 14; Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St. Kamer* 1995-1996, nr. 330/02, 6-7.

⁵⁷ Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St. Kamer* 1995-1996, nr. 330/02, 7; J. MEERTS, "Het passief van het faillissement. Eigendomsvoorbehoud" in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2000, (II.H.20-1) 14; G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 834.

65. Ook een belangrijk argument is dat de erkenning van de tegenwerpelijheid ervoor zorgt dat ons recht competitief blijft. Dit met name op de internationale markt. In vele andere Europese landen krijgt men, door gebruik te maken van een samenloopvermijdend beding, een separatistenpositie. Men heeft er dan ook alle belang bij dat dit in België ook het geval zou zijn. Zo niet is het immers aantrekkelijker om in plaats van te kiezen voor België, handel te drijven met landen waar deze zekerheid wel wordt geboden.

66. Wat betreft het eigendomsvoorbehoud was dit ook een argument dat in overweging werd genomen in het wetsontwerp van de Faill.W. van 1997. De erkenning van de tegenwerpelijheid werd nodig geacht met het oog op Europese eenmaking. Op dat moment was België immers een van de weinige Europese landen waar de tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud niet werd erkend. Ook in het Europees Verdrag van 23 september 1995 inzake insolventieprocedures kreeg het eigendomsvoorbehoud een gelijkaardige behandeling als zakelijke rechten. Reden te meer om ons recht in lijn te brengen met andere lidstaten.⁵⁸

4. Uitoefeningsvoorwaarden

67. Nu de tegenwerpelijheid van het beding van eigendomsvoorbehoud in alle gevallen van samenloop is erkend, wil dit nog niet zeggen dat dit ook altijd het geval zal zijn. Om daadwerkelijk tegenwerpelijk te zijn moet, naast een rechtsgeldig bedongen eigendomsvoorbehoud, ook aan een aantal uitoefeningsvoorwaarden zijn voldaan. Indien hieraan niet is voldaan kan het eigendomsvoorbehoud alsnog niet aan de andere schuldeisers worden tegengeworpen in geval van samenloop.

4.1. In natura aanwezig

4.1.1. Algemeen

68. Onder de regeling van art. 101 Faill.W. wordt in lid 2 van dit artikel vereist dat de goederen nog in natura aanwezig zijn bij de koper opdat de verkoper ze kan terugvorderen. De goederen moeten nog bepaalbaar zijn en mogen bijgevolg niet met een ander roerend goed vermengd zijn of door incorporatie onroerend zijn geworden.⁵⁹

69. Met de nieuwe wet van 11 juli 2013 wordt art. 101, lid 2 Faill.W. opgeheven. De vereiste van het in natura aanwezig zijn, wordt ook niet opnieuw opgenomen in de PW. Bij bijvoorbeeld soortgoederen of goederen die voor bewerking bestemd zijn, zal het vaak zo zijn dat de goederen

⁵⁸ Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St.* Kamer 1995-1996, nr. 330/02, 8.

⁵⁹ B. DE CONINCK, "La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours", *TBBR* 2005, 243-244; K. MOENS, "Gerechtigd akkoord en faillissement" in X., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving inbeslagzaken*, Antwerpen, Story-Scientia, 1992, (53) 75; I. VEROURGSTRÆTE, "La revendication et la réserve de propriété" in VEROURGSTRÆTE, I., *Les créanciers du failli et leur droits*, Kluwer, 2010, (639) 645; A. S. GIGOT, "L'opposabilité de la clause réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité", *TBH* 2001, 519-520.

niet meer herkenbaar kunnen worden terug gevonden bij de koper. Onder de regeling van de PW wordt in die gevallen aansluiting gezocht bij de bepalingen betreffende de pandrechten.⁶⁰

70. Zowel volgens de regeling van art. 101 Faill.W. als onder de regeling van de PW is het in ieder geval niet zo dat het goed bij de koper aanwezig moet zijn in een identieke toestand als op het moment van levering. Het is toegelaten dat het goed "enige bewerking" heeft ondergaan. Het mag evenwel niet fundamenteel veranderd of verbruikt zijn.⁶¹

71. Verder is het ook niet noodzakelijk een probleem dat het verkochte goed zou zijn opgenomen in andere roerende goederen. Behoudens het vermelde geval van registratie in het pandregister onder de nieuwe PW mag het wel niet onroerend door incorporatie zijn geworden en moet in ieder geval te herkennen of identificeerbaar zijn in het vermogen van de koper.⁶²

72. Natuurlijk kan er tussen het moment van levering en het moment dat de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud wil uitoefenen heel wat zijn gebeurd met de goederen. Zo zijn daar de bewerking en zaakvorming, de incorporatie en natrekking, vermenging van de goederen en goederen die worden doorverkocht. In wat volgt zal worden ingegaan op de gevolgen van deze omstandigheden voor het uitoefenen van het eigendomsvoorbehoud.

4.1.2. Bewerking en zaakvorming

73. Wanneer hij goederen koopt, is het voor de koper mogelijk deze te gaan bewerken. In heel wat gevallen zal het gaan om de aankoop van grondstoffen die in de productiefase door de koper worden bewerkt tot afgewerkte producten. Oefent de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud uit, dan zullen de verkochte goederen niet meer in dezelfde toestand worden teruggevonden bij de koper.

74. Wat betreft de gevallen van bewerking en zaakvorming van de verkochte goederen verwijst art. 70 PW, net zoals voor de gevallen van zakelijke subrogatie en vermenging, naar de bepalingen die van toepassing zijn op de pandrechten. Voor verwerking van de goederen is dat art. 18 PW.⁶³

75. Wat betreft de gevolgen van de verwerking van de goederen voor het eigendomsvoorbehoud moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de koper al dan niet gerechtigd was de goederen te verwerken. Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met de wie de eigenaar van de verschillende verwerkte materialen is.

76. Een eerste mogelijkheid is die waar enkel het verkochte goed wordt bewerkt. In dat geval moet worden nagegaan of de koper hiertoe gerechtigd was. Ingevolge art. 18, lid 1 PW is het de koper in principe toegelaten om de gekochte goederen te bewerken, tenzij iets anders werd

⁶⁰ Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St. Kamer* 2012-13 , nr. 2463/001, 30-31.

⁶¹ G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 838.

⁶² M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 407, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>; Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St. Kamer* 1995-1996, nr. 330/02, 8.

⁶³ Art. 70 juncto 18 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

overeengekomen door partijen. In de gevallen waar de koper niet gerechtigd is tot verwerking, moeten art. 570 ev. BW worden toegepast om te bepalen wie eigenaar van het verwerkte goed is.⁶⁴

77. Daarnaast moet worden gekeken naar de waarde van zowel het bewerkte goed als van de arbeid die voor de bewerking vereist is. Is de waarde van de arbeid niet (veel) meer dan die van het goed en was de koper gerechtigd het goed te verwerken, dan is er geen probleem voor het eigendomsvoorbehoud. Dit blijft behouden op het nieuwe goed. Overstijgt de waarde van de arbeid die van het goed, dan is het ingevolge art. 571 BW de arbeider die eigenaar wordt van het verwerkte goed. Hiervan kan door partijen echter worden afgeweken.⁶⁵

78. Naar Duits recht is degene die de zaak bewerkt in principe ook de eigenaar van de nieuw gevormde zaak. Dit behoudens het geval waar de waarde van het goed die van de geleverde arbeid duidelijk overstijgt.⁶⁶ Wat dan naar Duits recht wel een oplossing kan bieden, is het zogenaamde *Verarbeitungsklausel*. Hiermee wordt contractueel bedongen dat het eigendomsvoorbehoud ook behouden blijft op de goederen wanneer deze worden bewerkt of na incorporatie. Voornamelijk in commerciële kooptransacties worden dergelijke clausules gebruikt.⁶⁷

79. Vervolgens zijn er de gevallen waar er zaakvorming is door gebruik te maken van de goederen onder eigendomsvoorbehoud en daarnaast materialen die andere eigenaars toebehoren. Dit kan zowel met materialen van derden als met materialen van de koper. In dat laatste geval moet opnieuw worden gekeken of de koper al dan niet gerechtigd was tot zaakvorming. Is dat het geval, dan blijft het eigendomsvoorbehoud van de verkoper behouden op de nieuwe zaak. In de andere gevallen zal er een mede-eigendom ontstaan. Deze is dan evenredig naargelang de verwerkte materialen en de verrichte arbeid.⁶⁸

80. Ook wanneer naast de goederen van de verkoper de materialen van een of meer derden worden gebruikt, ontstaat mogelijk een proportionele mede-eigendom tussen de eigenaars van de materialen. Dit is het geval wanneer er geen materiaal is dat als hoofdstof kan worden beschouwd. Is dat wel zo, dan wordt de eigenaar van dit hoofdmateriaal ook eigenaar van de gehele nieuwe zaak.⁶⁹

⁶⁴ Art. 18 lid 1 en 2 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St. Kamer* 2012-13, nr. 2463/001, 43.

⁶⁵ Art. 570 en 571 BW; M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 409, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

⁶⁶ § 950 BGB.

⁶⁷ V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 780.

⁶⁸ Art. 572 BW; M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 410, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

⁶⁹ Art. 573 BW.

81. Ook naar Nederlands recht wordt de nieuwe zaak eigendom van de eigenaar van de hoofdzaak. Het eigendomsvoorbehoud is hiertegen niet bestand. Om te bepalen wie van beide eigenaar van de hoofdzaak is moet worden gekeken naar waardeverschillen en verkeersopvattingen. Kan geen van de zaken als hoofdstof worden aangemerkt, dan ontstaan ook hier een mede-eigendom tussen de verschillende eigenaars.⁷⁰

82. Of het eigendomsvoorbehoud hier in het gedrang komt, hangt af van het aandeel van het goed onder eigendomsvoorbehoud in de nieuwe zaak. Is het verkochte goed de hoofdstof, dan zal de verkoper onder eigendomsvoorbehoud eigenaar worden. Hij heeft in dat geval wel een vergoedingsplicht ten aanzien van de andere eigenaars. Heeft het verkochte goed slechts een klein aandeel in de nieuwe zaak, dan zal een derde eigenaar worden van het goed en gaat het eigendomsvoorbehoud teniet. De verkoper kan dan wel een vergoeding krijgen van de eigenaar van de nieuwe zaak. Zijn er aanspraken die de koper heeft tegenover de derde-eigenaar, dan zal de verkoper onder eigendomsvoorbehoud hierin gesubrogeerd worden.⁷¹

4.1.3. Onroerende natrekking en incorporatie

83. Eveneens een mogelijk probleem voor de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud is de onroerende natrekking. In dat geval wordt het verkochte goed toegevoegd aan een onroerend goed waarvan de koper eigenaar is. Hierdoor verliest de verkochte zaak zijn zelfstandigheid en gaat het eigendomsrecht van de roerende zaak in beginsel teniet.⁷²

84. Naast de incorporatie in een onroerend goed kan het verkochte goed ook worden verbonden met een zaak van de koper die roerend is uit zijn aard, maar door bestemming onroerend is. De onroerende natrekking heeft tot gevolg dat het verkochte goed onroerend wordt door incorporatie.

85. Om geïncorporeerd te zijn, is vereist dat het goed in de grond vastzit of er duurzaam en gewoonlijk mee verbonden is. Het feit dat het goed terug kan worden losgemaakt van het onroerend goed hoeft de natrekking niet in de weg te staan. Wanneer blijkt dat het de bedoeling is van de koper het goed duurzaam te verbinden met het onroerend goed is er sprake van incorporatie en wordt hij als eigenaar van het onroerend goed in principe ook eigenaar van het geïncorporeerde goed.⁷³

86. Is het goed nog duidelijk herkenbaar en is het eenvoudig terug los te maken, dan hoeft de aanhechting niet aan de revindicatie in de weg te staan. Kan het goed niet zomaar worden losgemaakt, dan is revindicatie niet langer mogelijk. Ook in het Nederlandse recht is dit criterium

⁷⁰ Art. 5:14 NBW; C. ASSER, *Goederenrecht: algemeen goederenrecht*, Kluwer, 2006, 54.

⁷¹ Art. 18 lid 3 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; Art. 574 BW.

⁷² V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 774; E. DIRIX, "Art. 101 Faillissementswet 1997" in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, (art. 101-1) 70.

⁷³ Art. 552 ev. BW; Cass. 15 september 1988, N-19880915-16.

terug te vinden. Er is sprake van natrekking wanneer het goed niet meer kan worden afgescheiden van het andere goed zonder dat schade wordt toegebracht aan één van beide.⁷⁴

87. Door onroerende natrekking gaat het eigendomrecht op het roerend goed in beginsel teniet. Hetzelfde geldt voor het eigendomsvoorbehoud dat rust op het roerend goed. Ingevolge art. 71 PW moet dit echter niet altijd het geval zijn. Dit artikel stelt immers dat het ook wanneer de goederen door incorporatie onroerend worden, het eigendomsvoorbehoud blijft behouden "op voorwaarde van registratie in het pandregister".⁷⁵

88. Door registratie behoudt de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud. Of dit dan betekent dat hij zijn verkochte goed dan ook werkelijk kan terug halen dan wel aanspraak kan maken op de waarde ervan, blijkt niet uit de PW. Ook het moment van registratie opdat deze bruikbaar kan zijn voor het behoud van het eigendomsvoorbehoud is niet duidelijk. Er wordt niet vermeld of deze voor de incorporatie dient te gebeuren of ook daarna nog mogelijk is. Wanneer de registratie volgt na de inschrijving van andere rechten in de hypotheekregisters, mag ervan worden uitgegaan dat het eigendomsvoorbehoud hieraan niet tegenwerpelijk is.⁷⁶

4.1.4. Vermenging

89. Een volgend probleem voor de revindicatie van de goederen onder eigendomsvoorbehoud zijn de soortgoederen. Het is zeker mogelijk om voor soortgoederen een eigendomsvoorbehoud te bedingen. Vaak zullen deze bij de koper wel vermengd worden met andere goederen van dezelfde aard. Wanneer de goederen duidelijk zijn genummerd of voorzien zijn van merktekens zal de revindicatie van de goederen door de verkoper normaal geen probleem opleveren.⁷⁷ Dit is echter niet altijd het geval waardoor het niet mogelijk is de goederen te identificeren binnen het geheel van vermengde soortgoederen.⁷⁸

90. Onder de oude regeling van art. 101, lid 2 Faill.W. resulteerde dit doorgaans in het teniet gaan van het eigendomsvoorbehoud.⁷⁹ In dergelijke gevallen was het aan de verkoper om aan te tonen welke goederen in het vermengde geheel de zijne zijn. De bewijslast rust op hem. Is het zo dat hij slechts voor een deel van zijn onder eigendomsvoorbehoud verkochte goederen het bewijs kan leveren, zal hij dat deel van de goederen dat geïdentificeerd kan worden ook kunnen revindiceren.⁸⁰

⁷⁴ Art. 3:4, lid 2 NBW.

⁷⁵ Art. 71 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

⁷⁶ M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 407, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

⁷⁷ A. S. GIGOT, "L'opposabilité de la clause réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité", *TBH* 2001, 521.

⁷⁸ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 490.

⁷⁹ V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 776.

⁸⁰ E. DIRIX, "Art. 101 Faillissementswet 1997" in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, (art. 101-1) 72.

91. In de gevallen waarin de verkoper onder eigendomsvoorbehoud de enige leverancier is van de soortgoederen, is het niet nodig dat hij verder bewijs aanlevert. De goederen zijn immers allemaal van hem afkomstig.⁸¹ Indien voor elke levering een eigendomsvoorbehoud werd bedongen, maakt het dan ook niet uit dat deze leveringen worden vermengd.⁸² Uit deze opvatting blijkt dat men niet al te streng is wat betreft de identificatie van soortgoederen in geval van vermenging.

92. Een probleem doet zich voor wanneer de verkoper niet de enige leverancier is van de soortgoederen. Neem bijvoorbeeld het geval waarbij zowel boer A als boer B melk leveren aan persoon C. De melk van beide leveranciers wordt bij C aangetroffen als één vermengd geheel in een groot vat. Het is dan niet mogelijk voor de leveranciers om aan te tonen welke melk precies van hen is. Door vermenging kwam de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in het gedrang.⁸³

93. Wat door de rechtspraak en rechtsleer soms wel werd aanvaard, is de proportionele mede-eigendom van de verschillende leveranciers. Wanneer het mogelijk was te bepalen wat het aandeel van elk van hen was binnen de massa ontstond een mede-eigendom evenredig naar hun aandeel. Op die manier werd het eigendomsvoorbehoud behouden.⁸⁴

94. Onder de nieuwe regeling van de PW komt het eigendomsrecht niet in het gedrang. Het voorbehoud blijft behouden, ondanks de vermenging van het verkochte goed met andere goederen. Het eigendomsvoorbehoud gaat niet teniet wanneer de koper van de soortgoederen deze met zijn eigen goederen vermengt. Vermengt hij ze met de goederen van anderen, dan zal het geheel van goederen worden bezwaard met een eigendomsvoorbehoud. Dit evenredig naar het aandeel dat de goederen verkocht onder eigendomsvoorbehoud uitmaken in het geheel.⁸⁵

95. Ook het Franse recht voorziet een gelijkaardige oplossing bij de vermenging van goederen. Indien er zich bij de koper goederen bevinden die gelijkaardig en van dezelfde kwaliteit zijn als degene die werden gekocht onder eigendomsvoorbehoud, dan kan dit voorbehoud worden uitgeoefend op deze goederen. Het eigendomsvoorbehoud gaat bijgevolg ook hier niet teniet.⁸⁶

⁸¹ Voor Frankrijk zie art. 2369 Code Civil: "La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte".

⁸² Kh. Gent 8 april 2008, *R.W.* 2008-09, 976.

⁸³ V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 776-777.

⁸⁴ M. VANWYNSBERGHE, "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 44.

⁸⁵ M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 411, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>; Art. 20 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

⁸⁶ Art. 621-122 lid 3 C.Com. bepaalt immers het volgende: "La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité".

4.1.5. Doorverkochte goederen

96. Een andere situatie die mogelijk problemen oplevert is die waar het verkochte goed door de koper (K1) reeds aan een derde (K2) is doorverkocht op het moment dat de verkoper wil revindiceren. Het goed is dan immers niet meer in natura aanwezig bij de koper.

97. Aangezien K1 tot de betaling van de volledige prijs nog geen eigenaar is van het goed, mag hij het goed eigenlijk ook niet doorverkopen. Tenzij in de gevallen waar hij toestemming heeft van de oorspronkelijke verkoper, maakt hij misbruik van vertrouwen wanneer hij dit wel doet. Zolang K1 de goederen nog niet aan K2 heeft geleverd vormt dit geen probleem voor het eigendomsvoorbehoud.⁸⁷

98. Zijn de goederen wel reeds in het bezit van de K2, dan moet worden nagegaan of hij te goeder trouw was op het ogenblik van levering. In beginsel mag de K2 ervan uitgaan dat K1 bevoegd is over de goederen te beschikken, althans wanneer deze het goed verkoopt tegen een normale prijs. Zijn de goederen in zijn bezit en is hij te goeder trouw op het moment van levering, dan geniet K2 de bescherming van art. 2279 BW.⁸⁸

99. Het is ook mogelijk dat de verkoper aan de koper onder eigendomsvoorbehoud de toestemming geeft het goed verder te verkopen. Het is niet noodzakelijk dat deze toestemming uitdrukkelijk wordt gegeven. Ze kan ook blijken uit de omstandigheden. Zo bijvoorbeeld in het geval waar de verkochte goederen bestemd zijn voor doorverkoop. In geval van toestemming om verder te verkopen, wordt K2 eigenaar van de goederen, zelfs indien ze hem nog niet geleverd zijn. Het eigendomsvoorbehoud gaat hiermee teniet.⁸⁹

100. Hier moet wel worden gewezen op de mogelijkheid van zakelijke subrogatie.⁹⁰ Op die manier gaat de schuldvordering uit de voortverkoop van K1 over op de verkoper onder eigendomsvoorbehoud en krijgt deze laatste een verlengd eigendomsvoorbehoud dat zich uitstrekt tot de koopprijs van de doorverkoop.

101. Zakelijke subrogatie is een mogelijkheid die Frankrijk en Duitsland al bestond.⁹¹ Met de PW wordt deze mogelijkheid nu ook in België uitdrukkelijk erkend.⁹² Het eigendomsvoorbehoud strekt

⁸⁷ M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 413-414, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

⁸⁸ V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 778.

⁸⁹ M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 412, <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

⁹⁰ M. VANDENPLAS, "De rechtspositie van de verkoper van een onder beding van eigendomsvoorbehoud verkocht roerend goed tegenover opvolgende kopers", *TBH* 2012, 866.

⁹¹ Art. 624-18 C.Com.

⁹² Art. 70 juncto 9 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

zich dan uit "tot alle schuldvorderingen die in de plaats komen van de bezwaarde goederen, waaronder de schuldvorderingen uit de overdracht ervan".⁹³

102. De toestemming tot doorverkoop hoeft het eigendomsvoorbehoud van de verkoper bijgevolg niet in het gedrang te brengen. Hierdoor zal de verkoper ook makkelijker toestemming geven tot doorverkoop wat ook in het voordeel is van K1. Deze kan de goederen immers verder verhandelen zonder eerst de verkoopprijs volledig te moeten betalen. Zeker in het geval waar het gaat om goederen met een beperkte houdbaarheidsdatum, zoals groenten en fruit, is dit in zijn voordeel.

103. Het is wel niet zeker dat de verkoper het volledige bedrag dat K1 hem nog verschuldigd was langs de weg van zakelijke subrogatie kan terugkrijgen. Zijn recht op de schuldvordering wordt enigszins beperkt. Dit door het bedrag van zijn schuldvordering enerzijds, en anderzijds door de waarde van de goederen op het moment dat ze werden verder verkocht.⁹⁴

104. Wat dan in het geval dat K2 betaalt aan K1? De betaling werkt, ingevolge art. 1240 BW, immers bevrijdend ten aanzien van K2. Wanneer deze betaalt aan K1 gaat de schuldvordering en bijgevolg ook de rechten van de verkoper op deze schuldvordering teniet.⁹⁵

105. Hier moet wel een onderscheid gemaakt worden tussen de gevallen waar het betaalde geld nog te identificeren is in het vermogen van K1, en de gevallen waar dit niet zo is. Indien ze nog identificeerbaar zijn, kunnen de gelden door de verkoper nog worden gerevindiceerd. Dit zal echter maar zelden het geval zijn waardoor revindicatie ervan niet meer mogelijk is.⁹⁶ De verkoper heeft dan nog wel de mogelijkheid om afgifte van de betaalde sommen te vragen aan de curator. Dit ten belope van zijn schuldvordering. Hiervoor is wel vereist dat K2 pas heeft betaald na faillissement.⁹⁷

4.2. Conventioneel verlengd eigendomsvoorbehoud

106. Om te voorkomen dat het eigendomsvoorbehoud verloren zou gaan door omstandigheden zoals hiervoor besproken, worden geregeld ook bedingen opgenomen die stellen dat het eigendomsvoorbehoud ook op de goederen doorwerkt wanneer ze geïncorporeerd of bewerkt werden. Het gaat hier dan om een zogenaamd conventioneel verlengd eigendomsvoorbehoud.⁹⁸

⁹³ Art. 9, lid 1 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013; Brussel 19 november 2002, *RDC* 2003, 771; E., ALOFS, *'Insolventierecht'*, Mechelen, Kluwer, 2006, 203.

⁹⁴ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 492.

⁹⁵ M. VANDENPLAS, "De rechtspositie van de verkoper van een onder beding van eigendomsvoorbehoud verkocht roerend goed tegenover opvolgende kopers", *TBH* 2012, 866-867.

⁹⁶ J. B. SPATH, *Zaakvervanging*, Nijmegen, Kluwer, 2010, 283; E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 492.

⁹⁷ Antwerpen 3 februari 2005, *R.W.* 2005-06, 788; E., DIRIX, "Art. 101 Faillissementswet 1997" in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, (art. 101-1) 79.

⁹⁸ V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 780-781.

107. Wat betreft de geldigheid is een dergelijk verlengd eigendomsvoorbehoud mogelijk. Het is immers mogelijk om van de regels van zaakvorming af te wijken. De tegenwerpelijke van een dergelijke conventionele afwijking is wel een probleem. De tegenwerpelijke van een eigendomsvoorbehoud aan de failliete boedel is door de wetgever immers beperkt tot verkochte goederen. De uitbreiding van de bescherming naar de bewerkte goederen of de goederen waarin de verkochte goederen werden geïncorporeerd is bijgevolg wel geldig, maar is niet tegenwerpelijk aan derden of de failliete boedel.⁹⁹

108. Ook in Nederland is een uitgebreid of verlengd eigendomsvoorbehoud niet mogelijk. Zoals al vermeld, beperkt art. 3:92, lid 2 NWB de vorderingen waarvoor een eigendomsvoorbehoud mogelijk en tegenwerpelijk is. Enkel voor deze kan een eigendomsvoorbehoud geldig worden bedongen. Een verlengd eigendomsvoorbehoud is bijgevolg uitgesloten.¹⁰⁰

109. In het Duitse recht is een dergelijke verlenging van het eigendomsvoorbehoud wel mogelijk. Het is partijen toegestaan om een volgrecht te bedingen voor de verkoper, waardoor het eigendomsvoorbehoud een grotere zekerheid biedt. Door dit zogenaamde *Verlängerter Eigentumsvorbehalt* is de verkoper ook in geval van vervreemding, incorporatie, vermenging of verwerking nog beschermd.

110. Met een zogenaamde *Erweiterung* is het zelfs mogelijk het voorbehoud naar andere schulden die de koper ten aanzien van de verkoper heeft, uit te breiden.¹⁰¹ Hier kan ook opnieuw worden verwezen naar de *Verarbeitungsklausel* die ook bij incorporatie mogelijk is (zie randnr. 78).

4.3. Tijdige uitoefening

111. Wat betreft de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud stelt art. 69, lid 3 PW dat de verkoper gebruik kan maken van zijn revindicatierecht en dit "ongeacht de juridische aard van de overeenkomst waarin het is opgenomen".¹⁰²

112. Betreffende het tijdstip waarop dit revindicatierecht moet worden uitgeoefend, stelt art. 101, lid 2 Faill.W. (wat voorheen lid 3 was) dat dit, op straffe van verval, moet gebeuren voor de sluiting van het proces-verbaal tot verificatie van de schuldvorderingen. Zolang de wil van de verkoper er maar duidelijk uit blijkt, zijn aan het verzoek tot terugvordering verder geen vormvoorschriften verbonden.¹⁰³

⁹⁹ V. SAGAERT, "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 780-781.

¹⁰⁰ E. DIRIX, "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 482.

¹⁰¹ G. VERSCHULDEN, "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 832.

¹⁰² Art. 69, lid 3 Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

¹⁰³ Kh. Dendermonde 5 oktober 1998, *RDC* 1999, 206; Kh. Brussel 23 maart 1999, *RDC* 2002, 289; E. DIRIX, "De uitoefening van het eigendomsvoorbehoud bij faillissement", *R.W.* 1999-2000, 1038; K. MOENS, "Gerechtigd akkoord en faillissement" in X., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving inbeslagzaken*, Antwerpen, Story-Scientia, 1992, (53) 75.

113. Indien het eigendomsvoorbehoud pas na de sluiting van het proces-verbaal wordt ingeroepen, heeft dat de niet-tegenwerpelijke ervan aan de boedel tot gevolg.¹⁰⁴ Dit betekent niet dat het eigendomsrecht van de verkoper komt te vervallen. Enkel het revindicatierecht vervalt. Het eigendomsrecht blijft dus behouden, het is alleen niet tegenwerpeijk binnen de collectieve procedure. Indien de procedure is afgerond en het verkochte goed bevindt zich nog steeds bij de koper, dan kan de ontbetaalde verkoper het goed alsnog terughalen.¹⁰⁵

5. Conclusie

114. Heeft men het over een beding van eigendomsvoorbehoud, dan gaat het over een contractuele clausule waarmee de verkoper zich de eigendom van een verkocht goed voorbehoudt. Dit tot op het moment dat de koper de volledige koopprijs van het goed heeft betaald. Tot die tijd is de koper slechts bezitter van het goed. Door gebruik te maken van een eigendomsvoorbehoud kan de verkoper het verkochte goed terughalen in geval van samenloop. Op die manier blijft hij buiten de boedel.

115. Over de vereiste dat dergelijk eigendomsvoorbehoud schriftelijk moest zijn vastgesteld en dit voor de levering van de goederen, was men het al lang eens. Ingevolge de nieuwe PW is ook de instemming van de koper vereist wanneer deze laatste een consument is. Daarnaast moet het gaan om een koopovereenkomst die roerende goederen betreft.

116. De juridische aard van het eigendomsvoorbehoud is echter wel onderwerp van discussie geweest. Waar het Hof van Cassatie in zijn arresten van 9 februari 1933 nog van mening was dat het om een tijdsbepaling ging, heerst vandaag terecht de overtuiging dat het gaat om een opschortende voorwaarde. De overdracht van het eigendomsrecht wordt immers afhankelijk gemaakt van de toekomstige en onzekere gebeurtenis van het betalen van de volledige koopprijs.

117. Ook de tegenwerpeijk van het eigendomsvoorbehoud heeft een hele evolutie doorgemaakt. Het Hof van Cassatie was van mening dat een conventionele uitbreiding van de bescherming van art. 20, 5° Hyp.W. niet aan derden tegenwerpeijk kon zijn. Bijgevolg kon ook een eigendomsvoorbehoud niet aan derden worden tegengeworpen. De Faill.W. van 8 augustus 1997 betekende een grote verandering op dit vlak. Het eigendomsvoorbehoud en zijn tegenwerpeijkheid aan derden werd hiermee erkent in geval van faillissement. Voor andere gevallen van samenloop bleef de situatie in principe wel onveranderd.

118. In bepaalde gevallen werd de tegenwerpeijkheid ervan door rechtsleer en rechtspraak echter ook voor andere vormen van samenloop aanvaard. Met de nieuwe wet van 11 juli 2013 kwam er duidelijkheid hieromtrent. De regeling betreffende het eigendomsvoorbehoud wordt hiermee overgeheveld naar het Burgerlijk Wetboek en de tegenwerpeijkheid wordt duidelijk erkent voor alle vormen van samenloop. Op die manier zorgt de PW voor meer samenhang en coherentie en wordt ook aansluiting gemaakt bij de regeling zoals die bestaat in andere Europese landen.

¹⁰⁴ M. STORME, *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2012-2013, 101.

¹⁰⁵ E. DIRIX, "Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, (519) 585.

119. Met de PW worden ook de bepalingen inzake pandrechten van toepassing gemaakt op het eigendomsvoorbehoud. Hierdoor wordt het eigendomsvoorbehoud beter beschermd in gevallen van vermenging, zaakvorming, incorporatie en doorverkoop van de verkochte goederen. Met de PW kan het eigendomsvoorbehoud dan ook als volwaardig zekerheidsrecht worden beschouwd.

120. Bovendien wordt met de PW ook de kloof tussen het Belgische recht en het toepasselijke recht van Frankrijk, Nederland en Duitsland kleiner. Ook in deze landen wordt het eigendomsvoorbehoud en zijn tegenwerpelijk immers erkent. Waar de PW oplossingen biedt voor problemen als vermenging, zaakvorming, incorporatie en doorverkoop, zijn gelijkaardige oplossingen terug te vinden in deze rechtstelsels. Het Duitse recht gaat zelfs nog een stapje verder en erkent zelfs het Verlängerter Eigentumsvorbehalt of verlengde eigendomsvoorbehoud. OP die manier kan zelfs een eigendomsvoorbehoud worden bedongen dat behouden blijft op de verwerkte of geïncorporeerde goederen.

II. Ontbindende voorwaarde

1. Algemeen

121. Een tweede beding waarop dieper zal worden ingegaan is de ontbindende voorwaarde van samenloop. Het gaat hier om een door de partijen contractueel opgenomen beding waarmee wordt ingespeeld op de mogelijkheid dat de tegenpartij terecht zal komen in een situatie van insolventie. Partijen bedingen hierbij dat indien de onzekere en toekomstige gebeurtenis van een gerechtelijke reorganisatie of samenlooppcedure zich voordoet, de overeenkomst wordt beëindigd. In dat geval komt er automatisch en met terugwerkende kracht een einde aan de overeenkomst.¹⁰⁶

122. In principe geldt bij faillissement en bij gerechtelijke reorganisatie dat er aan de lopende overeenkomsten niet automatisch een einde komt. De overeenkomst loopt gewoon door ten gevolge van het principe van de continuïteit van de overeenkomst dat geldt voor alle insolventieprocedures. Dit ongeacht of ze de vereffening dan wel de sanering tot doel hebben.¹⁰⁷ Door in hun overeenkomst een ontbindende voorwaarde van samenloop op te nemen, zullen partijen van deze principiële continuïteit proberen af te wijken.

123. Na een algemene beschrijving zal kort worden ingegaan op de verbintenisrechtelijke geldigheid van dergelijk beding. Vervolgens komen de zakelijke werking en de gevolgen die een ontbindende voorwaarde teweeg brengt aan bod. Tot slot zal nog worden ingegaan op een aantal toepassingsgevallen, meer bepaald de erfpacht, het close-out beding en ten slotte de ontbindende voorwaarde in een leasingovereenkomst.

2. Principe van continuïteit

2.1. Gerechtelijke reorganisatie

124. Algemene regel voor lopende overeenkomsten in geval van samenloop is de continuïteit. In geval van een gerechtelijke reorganisatie is de continuïteit van de overeenkomsten vrij logisch. Men streeft immers naar het economisch terug rendabel maken van de onderneming bij (tijdelijke) betalingsproblemen. Hierbij is het uiteraard noodzakelijk dat de contractuele verhoudingen worden behouden. Zo niet zouden de problemen alleen maar erger worden.¹⁰⁸

125. De Wet Continuïteit Ondernemingen voorziet dan ook duidelijk in de principiële voortzetting van de overeenkomsten. Art. 35, §1, eerste lid luid als volgt: "Niettegenstaande enige

¹⁰⁶ J. DE CONINCK, "De terugwerkende kracht van de vervulde ontbindende voorwaarde. (Aspecten van) de retroactiviteit als traditionele dogmatische fundering van de zaken- c.q. goederenrechtelijke werking van de rechtsgevolgen eveniente conditione van de ontbindende voorwaarde-modaliteit", *TPR* 2005, 18.

¹⁰⁷ E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.* 2003-2004, 202; E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, (147) 148.

¹⁰⁸ E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, (147) 148.

andersluidende contractuele bepaling maakt de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde aan de lopende overeenkomsten noch aan de modaliteiten van hun uitvoering". Uit de bewoording van dit artikel blijkt ook duidelijk dat van dit principe van continuïteit niet kan worden afgeweken door 'enige andersluidende contractuele bepaling' en dus ook niet met een ontbindende voorwaarde.¹⁰⁹

126. De wetgever heeft logischerwijze het anticiperen op de gerechtelijke organisatie door gebruik te maken van dergelijke samenloopvermijdende bedingen willen vermijden. Met de gerechtelijke reorganisatie heeft men immers het doel voor ogen om tot een financieel herstel van de onderneming te komen. Om dit doel te bereiken is het voortbestaan van de lopende overeenkomsten vereist.

127. Zo stelt art. 16 WCO dat "De procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden (...) van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten". Bijgevolg staat het streven naar continuïteit in het kader van een gerechtelijke reorganisatie voorop. Indien van de principiële continuïteit zou kunnen worden afgeweken door simpelweg een ontbindende voorwaarde op te nemen in de overeenkomst, komt de kans op redding van de onderneming in het gedrang.¹¹⁰

128. Op de regel van continuïteit bij gerechtelijke reorganisatie bestaan wel een aantal uitzonderingen. Zo bv. de gevallen waar er sprake is van een contractuele wanprestatie in hoofde van de schuldenaar die aan de opschorting voorafgaat. De schuldeiser zal de schuldenaar voor deze wanprestatie in gebreke stellen na de opschorting. De schuldenaar heeft dan nog de mogelijkheid om binnen vijftien dagen de wanprestatie recht te zetten. Doet hij dit niet en werd de ingebrekestelling na de opening van de procedure verzonden, dan kan de schuldeiser er wel gebruik van maken om de overeenkomst te beëindigen.¹¹¹

129. Een andere uitzondering vinden we in art. 14 WFZ. Aan dit artikel, hetwelk betrekking heeft op schuldvergelijking, wordt geen afbreuk gedaan door art. 35 WCO.¹¹² Art. 14 WFZ spreekt over "ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken".¹¹³ Het stelt dat deze, ook bij de opening van een insolventieprocedure of enig ander geval van samenloop, van toepassing blijven.

¹⁰⁹ Art. 35, §1, lid 1 WCO; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 100.

¹¹⁰ E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, (147) 148; A., DE WILDE, "Faillissement en lopende overeenkomsten", in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2012, (II.E.32-1) 406.

¹¹¹ Art. 35, §1, lid 2 WCO; A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 100-101 en 102.

¹¹² E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, (147) 151.

¹¹³ Art. 14, §1 WFZ.

130. Indien het dus gaat om een ontbindende voorwaarde die een schuldvergelijking beoogt, kan deze worden doorgevoerd, ondanks de opening van een gerechtelijke reorganisatie. Wel is vereist dat aan de overige voorwaarden van art. 14, §1 WFZ is voldaan (zie Deel IV).

131. Verder moet hier gewezen worden op de mogelijkheid die art. 35 §2 WCO biedt aan de schuldenaar. Ingevolge dit artikel wordt de schuldenaar een keuzerecht geboden om de "lopende overeenkomst niet langer uit te voeren voor de duur van de opschorting". In de praktijk gaat het echter om een definitieve beëindiging en niet om een tijdelijke niet-uitvoering van de overeenkomst.¹¹⁴ Dit keuzerecht komt de schuldenaar van rechtswege toe. Hij moet zijn beslissing om de overeenkomst te beëindigen enkel aan zijn medecontractant meedelen.¹¹⁵

132. Op enkele uitzonderingen na zal het in geval van een gerechtelijke reorganisatie bijgevolg niet mogelijk zijn om met een contractueel beding af te wijken van de principiële continuïteit van de lopende overeenkomsten. De ontbindende voorwaarde zal dus in beginsel geen uitwerking kunnen krijgen in geval van een gerechtelijke overeenkomst.

2.2. Faillissement

133. Wat betreft het faillissement is de continuïteit ook van toepassing, maar nergens letterlijk neergeschreven. Het principe van continuïteit valt echter wel af te leiden uit art. 46 Faill.W.¹¹⁶ Lid 1 bepaalt het volgende: "Na hun ambtsaanvaarding beslissen de curators onverwijld of zij de overeenkomsten die gesloten zijn voor die datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt, al dan niet verder uitvoeren". Hieruit blijkt dat lopende overeenkomsten in principe ook na het ontstaan van faillissement verder lopen. Art. 46 Faill.W. beperkt zich wel tot de lopende overeenkomsten. Hieronder worden verstaan de overeenkomsten daterend van voor de faillietverklaring en waarvan de uitvoering nog niet was voldaan bij de faillietverklaring.¹¹⁷

134. In principe komt er door de faillietverklaring dus geen einde aan de lopende overeenkomsten. Althans wanneer de curator hier niet anders over beslist. Deze laatste heeft immers een exclusief optierecht om een einde te maken aan de overeenkomst indien hieraan door het vonnis van faillietverklaring geen einde is gekomen. Bij het nemen van deze beslissing stelt de curator het belang van de faillissementsboedel voorop en neemt hij een beslissing voor de overeenkomst in zijn geheel.¹¹⁸

¹¹⁴ E. DIRIX en R. JANSSEN, "De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten", in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN, *Gerechtelijke reorganisatie, getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (157) 199.

¹¹⁵ A. ZENNER, *Wet continuïteit ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 103.

¹¹⁶ A. DE WILDE, "Faillissement en lopende overeenkomsten", in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2012, (II.E.32-1) 168.

¹¹⁷ A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 168.

¹¹⁸ E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2010, (147) 152-153; R. JANSSEN en M. STORME, "Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!" (noot onder Gent 16 april 200),

135. Op deze principiële voortzetting zijn een aantal uitzonderingen waardoor toch een einde komt aan de overeenkomst bij faillissement. Zo komt er wel een einde aan de overeenkomst wanneer deze een overeenkomst *intuitu personae* is. Men gaat deze overeenkomst aan met een persoon omwille van zijn kwaliteiten of persoonlijke hoedanigheid. Gaat deze persoon vervolgens failliet dan wordt deze overeenkomst ook automatisch beëindigd.¹¹⁹

136. Daarnaast is ook het beding dat stelt dat de overeenkomst bij faillissement van één van de partijen van rechtswege eindigt een uitzondering op het principe van continuïteit. De partijen zijn vrij om dergelijk samenloopvermijdend beding in hun overeenkomst op te nemen. Dergelijk beding kan voorkomen in de vorm van een uitdrukkelijk ontbindend beding of als ontbindende voorwaarde.¹²⁰

137. Door een ontbindende voorwaarde op te nemen in de overeenkomst wordt deze beëindigd bij ontstaan van samenloop of gerechtelijke reorganisatie. Hierdoor wordt de keuze over het al dan niet verder zetten ervan niet aan de curator gelaten. Zelfs indien dit voordelig zou zijn voor de boedel kan hij hierover niet meer oordelen.

138. De uitwerking van de ontbindende voorwaarde heeft ook als gevolg dat het zakelijk recht uit de boedel wordt gehaald. Op die manier blijft men buiten de boedel en is men niet onderworpen aan de vereffening en verdeling ervan onder alle schuldeisers van de insolvente persoon. Door het ontstaan van de samenloop wordt de overeenkomst retroactief ontbonden en het zakelijk recht uit de boedel gehaald alsof het er nooit deel van heeft uitgemaakt.¹²¹

1. Verbintenisrechtelijke geldigheid

1.1. Onzekere en toekomstige gebeurtenis

139. Bij een ontbindende voorwaarde moet worden gekeken naar de artikelen 1168 en 1183 BW, dewelke handelen over de voorwaarde en de ontbindende voorwaarde. Opdat er sprake is van een rechtsgeldige voorwaarde is vereist dat het gaat om een gebeurtenis die zowel onzeker als toekomstig is. Bij een ontbindende voorwaarde laten partijen de beëindiging van de overeenkomst

R.W. 2009-10, 1479; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 172-174.

¹¹⁹ E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, (147) 148-149.

¹²⁰ A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 170-171.

¹²¹ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 72.

afhangen van deze toekomstige voorwaarde waarvan men op het moment dat men ze stelt, niet zeker is dat ze zich zal voordoen.¹²²

140. Ook art. 1168 C.C. spreekt van 'un évènement futur et incertain'. Naar Nederlands recht wordt de vereiste dat de ontbindende voorwaarde, als voorwaardelijke verbintenis, afhankelijk wordt gesteld van een gebeurtenis die toekomstig en daarnaast ook onzeker is eveneens gesteld door de wet.¹²³ Hoewel de onzekere en toekomstige gebeurtenis ook naar Duits recht een wezenlijk kenmerk is van de ontbindende voorwaarde, wordt deze vereiste hier niet in een wettelijke bepaling opgenomen. Wat betreft de ontbindende voorwaarde als samenloopvermijdend beding, zal men de uitdoving van de overeenkomst laten hangen van de toekomstige en onzekere gebeurtenis van samenloop.

141. Dat het faillissement of de gerechtelijke reorganisatie een toekomstige gebeurtenis uitmaakt lijkt evident. Men gaat de overeenkomst aan voor het ontstaan van de samenloop. Men wil net voorkomen dat de overeenkomst verder loopt in geval van een eventuele insolventie. De ontbindende voorwaarde wordt opgenomen om zichzelf te beschermen tegen een situatie van samenloop die zich mogelijk kan voordoen in de toekomst.

142. Betreffende de onzekerheid van de gebeurtenis kan men stellen dat het niet mag gaan om een zuiver potestatieve voorwaarde. Het mag met andere woorden niet gaan om een gebeurtenis waarvan het intreden volledig afhankelijk is van de wil van één van de partijen.¹²⁴ Wat betreft de schuldeiser zal dit geen probleem vormen. Het is immers niet van hem afhankelijk of zijn schuldenaar al dan niet failliet gaat of in een situatie van gerechtelijke reorganisatie terecht komt.

143. Kijken we naar de schuldenaar, dan moeten we vaststellen dat het intreden van de voorwaardelijke gebeurtenis niet geheel los staat van zijn wil. Toch is het niet zo dat, wanneer de voorwaardelijke gebeurtenis van samenloop zich voordoet, dit enkel te wijten is aan de wil van de insolvente persoon. Hij kan dit deels wel in de hand werken, maar daarnaast spelen ook externe factoren zoals bv. economische omstandigheden of problemen met zijn debiteurs hierin een rol. In hoofde van de schuldenaar gaat het bijgevolg wel om een potestatieve voorwaarde, maar niet om een zuiver potestatieve voorwaarde. Het is niet louter van zijn wil afhankelijk.¹²⁵

144. Het is eveneens mogelijk dat er sprake is van een gemengd potestatieve voorwaarde. Het voorvallen van de voorwaardelijke gebeurtenis kan naast de wil van de schuldenaar ook afhankelijk zijn van die van de schuldeisers van de gefailleerde. Dit in die zin dat het intreden ervan afhangt

¹²² I. VERVOORT, "Ontbinding en faillissement", *TBBR* 2002, 590; S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 79.

¹²³ Art. 6: 21 NBW; C. ASSER, *Goederenrecht: Algemeen goederenrecht*, Kluwer, 2006, 205.

¹²⁴ S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 98.

¹²⁵ T. DELWICHE en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 72-73.

van hun wil om tot het aanvragen van het faillissement over te gaan. Dergelijke gemengde potestatieve voorwaarde vormt echter geen zuiver potestatieve voorwaarde en bijgevolg ook geen probleem.¹²⁶

145. De voorwaarde is bovendien geen constitutief bestanddeel van de overeenkomst. Het betreft slechts een modaliteit, een accessoire gebeurtenis. De voorwaardelijke gebeurtenis moet volledig losstaan van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen.¹²⁷

146. Dit in tegenstelling tot wat het geval is bij een ontbindend beding. Bij dergelijk beding is het immers zo dat er een einde komt aan de overeenkomst als sanctionering. Er is dan sprake van een contractuele wanprestatie door één van de partijen, met de beëindiging van de overeenkomst tot gevolg.¹²⁸ In dat geval heeft de ontbinding dus wel betrekking op een bestanddeel van de overeenkomst. Het gaat dan om een voor de overeenkomst externe gebeurtenis die de overeenkomst doet aflopen.¹²⁹

147. Tot slot is ook eveneens vereist dat het gaat om een voorwaardelijke gebeurtenis die naast onzeker, toekomstig, niet zuiver potestatief en accessoir, ook mogelijk en wettig is. Een voorwaarde die tegen de openbare orde of regels van dwingend recht ingaat is bijgevolg niet toegelaten. Of het al dan niet om een onmogelijke voorwaarde gaat moet worden beoordeeld op het ogenblik van totstandkoming van de voorwaardelijke rechtshandeling.¹³⁰

148. Wat betreft het Duitse recht moet er ook op worden gewezen dat dergelijke voorwaarde-modaliteit maar kan worden opgenomen in een overeenkomst tot overdracht van roerende goederen (de zogenaamde *Einigung*). Wat betreft de onroerende goederen stelt § 925, lid 2 BGB immers dat "Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam". Een ontbindende voorwaarde in een koop-overeenkomst betreffende een onroerend goed krijgt bijgevolg geen uitwerking.¹³¹

¹²⁶ T. DELWICHE en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 72-73.

¹²⁷ S. BEYAERT, "Koop onder opschortende voorwaarde", *Not.Fisc.M.* 2004, 156-157.

¹²⁸ S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 40; S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 85.

¹²⁹ I. VERVOORT, "Ontbinding en faillissement", *TBBR* 2002, 590; Brussel 3 december 1992, *JT* 1994, 599, *R.W.* 1992-93, 1342.

¹³⁰ S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 97.

¹³¹ §925 BGB; J. DE CONINCK, "De terugwerkende kracht van de vervulde ontbindende voorwaarde. (Aspecten van) de retroactiviteit als traditionele dogmatische fundering van de zaken- c.q. goederenrechtelijke werking van de rechtsgevolgen eveniente conditione van de ontbindende voorwaarde-modaliteit", *TPR* 2005, 28.

2. Zakelijke werking

2.1. Argumenten

149. Zoals hiervoor reeds aangehaald zijn er heel wat argumenten met betrekking tot samenloopvermijdende bedingen en of deze al dan niet zakelijke werking moeten hebben (zie randnr. 56 ev.). Naast argumenten voor samenloopvermijdende bedingen in het algemeen, zijn er ook die specifiek betrekking hebben op het samenloopvermijdende beding van de ontbindende voorwaarde. Hier zal verder ingegaan worden op een aantal argumenten die van belang zijn voor de ontbindende voorwaarde.

150. Allereerst zijn een aantal principes die gelden in het kader van insolventieprocedures en die ingaan tegen het gebruik van ontbindende voorwaarden. Zo zijn daar het fixatiebeginsel en het beginsel van gelijkheid tussen de schuldeisers of het *paritas creditorum*. Dit maakt dat overeenkomsten niet nadelig voor andere schuldeisers in de samenloop mogen zijn.¹³² Een ontbindende voorwaarde, die een einde maakt aan de overeenkomst bij intreden van de samenloop en mogelijk nadelig is voor de andere schuldeisers van de insolvente persoon, gaat bijgevolg tegen deze beginselen in.

151. Vervolgens moet worden gewezen op het belangrijke beginsel van de continuïteit van de overeenkomst. Door de samenloop is de insolvente persoon niet langer beschikkingsbevoegd. Het is de curator die van hier af aan alles zal afhandelen. In principe geldt dat hij de overeenkomsten, die lopende zijn op het moment dat de samenloop intreedt, gewoon verder zet.

152. Zoals eerder al vermeld heeft de curator hier een keuzerecht. Indien dit naar zijn oordeel beter is voor de boedel, kan hij een einde maken aan de lopende overeenkomst. Doet hij dit niet, wordt de overeenkomst in principe verder gezet. Hierop bestaan wel een aantal uitzonderingen, maar de continuïteit blijft het uitgangspunt in geval van samenloop. Het principe werkt dan ook niet in het voordeel van de ontbindende voorwaarde wat zijn tegenwerpelijheid betreft.¹³³

153. Het argument van de principiële continuïteit van lopende overeenkomsten kan echter enigszins worden genuanceerd. Men kan stellen dat het gebruik van een ontbindende voorwaarde ingaat tegen het principe van continuïteit. Dit hoeft echter niet noodzakelijk het geval te zijn. Zoals eerder besproken, maakt de ontbindende voorwaarde een modaliteit van de overeenkomst uit (zie randnr. 145). De ontbindende voorwaarde is bijgevolg onderdeel van de lopende overeenkomst. Ingevolge het principe van de continuïteit van lopende overeenkomsten, moet de curator dan ook uitwerking geven aan de gehele overeenkomst, en dus ook aan de ontbindende voorwaarde.¹³⁴

154. In het voordeel van de ontbindende voorwaarde kan ook de contractsvrijheid worden aangehaald. Het moet voor partijen mogelijk zijn om vrij hun vermogen te beschermen, ook door

¹³² I. PEETERS en A. ZENNER, "Tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *R.W.* 2004, 484 en 488.

¹³³ E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.* 2003-2004, 202.

¹³⁴ S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 77 en 85.

middel van overeenkomsten of daarin opgenomen bedingen. Een ontbindende voorwaarde is maar een van de vele mogelijkheden om zijn vermogen te beschermen. Naast de contractsvrijheid, is het ook in belang van de rechtszekerheid van de contracterende partijen dat de ontbindende voorwaarde uitwerking krijgt.¹³⁵

155. Tegen het argument van de contractsvrijheid kan echter worden ingebracht dat het ook van belang is om derden te beschermen. Zij hebben immers geen kennis van de precieze inhoud van de overeenkomst en bijgevolg ook niet van een eventueel ontbindende voorwaarde. Aan deze bezorgdheid kan echter verholpen worden door het opleggen van beperkingen en voorwaarden opdat de contractuele bedingen tegenwerpelijk zijn. Zo kan bijvoorbeeld een publiciteitsvereiste worden opgelegd. Op die manier zijn derden op de hoogte van voor hen mogelijk nadelige bedingen, wat voor meer rechtszekerheid zorgt.

156. Ook wanneer van een publiciteitsvereiste geen sprake is, kan aan de belangen van derden tegemoet worden gekomen. Zo komt het in de praktijk voor dat, ondanks een gebrek aan publiciteit, derden toch kennis hebben van het gebruik van bepaalde bedingen. Handelaars onder elkaar bijvoorbeeld hanteren bepaalde gebruiken en gewoontes. Hoewel ze geen kennis hebben van overeenkomsten waarbij ze slechts een derde zijn, zijn ze wel op de hoogte van het gebruik van bepaalde clausules in de praktijk waardoor ze dus eigenlijk wel op de hoogte zijn.¹³⁶

157. Ten slotte spelen ook economische redenen een rol in het kader van de ontbindende voorwaarde. Dit zowel in het voordeel als in het nadeel van de tegenwerpelijkheid ervan. Zo bijvoorbeeld het argument van de waardemaximalisatie. Door de overeenkomst bij samenloop verder uit te voeren, indien dit in het voordeel van de boedel is, kan men proberen er zoveel mogelijk uit te halen. Op die manier kan de curator trachten de boedel zo groot mogelijk te maken, wat voordelig is voor alle schuldeisers. Komt er door een ontbindende voorwaarde een einde aan de overeenkomst, dan is dat ten nadele van de andere schuldeisers in de samenloop.

158. In tegengestelde richting kan men het economisch belang van de schuldeiser aanhalen. Deze zal financieel immers achteruitgaan ten gevolge van de samenloopsituatie. Het is economisch dan ook in zijn belang dat de ontbindende voorwaarde uitwerking krijgt en er een einde komt aan de overeenkomst om zo de schade te beperken.

159. Zeker wat de internationale markt betreft, is dit laatste van belang. Grote internationale handelaars hebben immers de tijd niet om op de afhandeling van samenloopprocedures te wachten. Wil men vermijden dat deze grote handelaars België links laten liggen, is het aanvaarden

¹³⁵ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 69 en 75.

¹³⁶ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 70.

van het gebruik van een ontbindende voorwaarde bijgevolg van groot belang. Op die manier blijven we competitief op de internationale markt.¹³⁷

160. Uiteindelijk lijkt het erop dat men in de Belgische rechtsleer meer neigt naar het aanvaarden van het gebruik van ontbindende voorwaarden en de tegenwerpelijke ervan. Hierbij moet wel de opmerking gemaakt worden dat deze tegenwerpelijke niet onbeperkt is. De ontbindende voorwaarde mag niet tot gevolg hebben dat de boedel extra wordt belast door bijkomende verplichtingen. Zolang de ontbindende voorwaarde enkel de beëindiging van de overeenkomst tot gevolg heeft, is er geen probleem. Bijkomendheden zoals bijvoorbeeld een schadevergoeding kunnen dan weer niet.¹³⁸

2.2. Publiciteit

161. Opdat de ontbindende voorwaarde in geval van samenloop zakelijke werking zou hebben, is vereist dat aan de publiciteitsvoorwaarden is voldaan. Zoals reeds aangehaald is publiciteit, zelfs wanneer deze niet vereist is, een belangrijk argument opdat de ontbindende voorwaarde aan de samenloop zou kunnen worden tegengeworpen (zie randnr. 155). Wat de publiciteitsvereisten betreft verschilt het toepasselijke regime naargelang het gaat om onroerende dan wel roerende goederen.

162. Voor zover geen bijzondere regels van toepassing zijn, wordt de zakelijke werking van de ontbinding van de overeenkomst gekoppeld aan het recht waarover de onbetaalde verkoper beschikt. Voor roerende goederen gaat het om het reclamerecht uit art. 20,5° Hyp.W., bij onroerende is het voorrecht uit art. 27 Hyp.W. van belang. Zolang men van deze voorrechten nog gebruik kan maken, vormt de ontbinding van de overeenkomst eveneens geen probleem.

163. Gaat het om roerende goederen, zowel lichamelijk als onlichamelijk, dan stelt art. 20, 5° Hyp.W. dat het verval van het recht op terugvordering eveneens het verval van de rechtsvordering tot ontbinding met zich meebrengt. Is het voor de verkoper van het roerend goed niet langer mogelijk de verkochte zaak terug te vorderen op basis van art. 20, 5° Hypotheekwet, dan is het voor hem eveneens niet langer mogelijk de overeenkomst te ontbinden.¹³⁹

164. Indien er nog geen levering van de roerende goederen is geweest, is er geen probleem voor het ontbindingsrecht. Wanneer de goederen wel werden geleverd aan de koper, dan is ontbinding

¹³⁷ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 75.

¹³⁸ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 75-76.

¹³⁹ Art. 20, °5 lid 8 Hypotheekwet van 16 december 1851 (boek III, titel XVIII, B.W.), BS, 22 december 1851; A. CUYVERS en P. FRANCOIS, "Art. 20,5° Hyp.W.", in X., *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Voorrechten, De Bijzondere voorrechten*, Kluwer, 2013, (1) 8.

maar mogelijk indien de goederen zich nog in dezelfde toestand bevinden bij de koper. Daarnaast moet de ontbinding door de verkoper worden uitgeoefend binnen 8 dagen na de levering van de goederen.¹⁴⁰ Dit zelfs indien de koper in falings is. Op deze manier is de ontbinding met zijn retroactieve werking aan de boedel tegenwerpelijk.

165. Gezien de erg korte periode van 8 dagen, zullen maar weinig verkopers hiervan gebruik kunnen maken. Bovendien geldt deze periode enkel in geval van een contantverkoop. Gaat het om een verkoop met uitstel van betaling, dan is de verkoper bij samenloop aan de regel van *paritas creditorum* onderworpen en kan de ontbinding niet aan de boedel worden tegengeworpen.¹⁴¹

166. Uit rechtspraak blijkt echter dat ook zakelijke werking aan de ontbinding wordt verleend indien deze plaatsvindt na de levering, maar voor de situatie van samenloop zich voordoet. Ontbinding na levering, ook na 8 dagen, maar voor de samenloop is dus nog wel mogelijk. Dit is althans wat geldt voor de situaties waar op het roerende goed nog geen rechten werden verkregen door derden.¹⁴²

167. Gaat het om onroerende goederen dan zijn art. 27 en 28 Hyp.W. van belang. Dit laatste artikel stelt dat de ontbinding van de overeenkomst niet langer mogelijk is wanneer het voorrecht uit art. 27 Hyp.W. teniet is gegaan of is komen te vervallen.¹⁴³ Is het voor de verkoper niet langer mogelijk zich te beroepen op het voorrecht van de onbetaalde verkoper uit art. 27, 1° Hyp.W., dan is ook de ontbinding van de overeenkomst uitgesloten.

168. Net zoals de rechtsovereenkomst tot ontbinding op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding en de stilzwijgende ontbinding, valt ook de ontbindende voorwaarde onder art. 28 Hyp.W. Dit artikel is van toepassing op die rechtsovereenkomsten tot ontbinding die dezelfde oorzaak hebben als het invoeren van het voorrecht uit art. 27, 1° Hyp.W., namelijk ontbinding wegens niet-betaling.¹⁴⁴ Zoals STORME en DELWICHE aanhalen, kan ook het faillissement worden gezien als een situatie van niet betalen van de prijs.¹⁴⁵

169. Ontbinding van de overeenkomst door uitwerking van een ontbindende voorwaarde vormt bijgevolg geen probleem wanneer aan de voorwaarden tot ontbinding is voldaan voor het ontstaan van samenloop. Maar wat dan met de ontbindende voorwaarde van faillissement? Hier is het net door het intreden van de samenloop dat de ontbindende voorwaarde uitwerking krijgt. Het is

¹⁴⁰ V. SAGAERT, T., TILLEMANS, en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek. Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 475 p.

¹⁴¹ I. VERVOORT, "Ontbinding en faillissement", *TBBR* 2002, 593.

¹⁴² M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, <http://storme.be/Insolventierecht2013oudrecht.pdf>, 387-388.

¹⁴³ Art. 28 Hyp.W.

¹⁴⁴ R. JANSSEN en M. STORME, "Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!" (noot onder Gent 16 april 200), *R.W.* 2009-10, 1479.

¹⁴⁵ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 78.

immers de bedoeling van partijen om aan de samenloop en zijn nadelige werking te ontstappen.¹⁴⁶

170. Men kan stellen dat de ontbinding ten gevolge van de ontbindende voorwaarde van faillissement maar voor het eerst ingaat door de faillietverklaring. Op die manier is niet aan de voorwaarde tot ontbinding voldaan vóór de samenloop. Bijgevolg is de ontbinding ook niet aan de boedel tegenwerpelijk.¹⁴⁷

171. In geval van een uitdrukkelijk ontbindend beding zal dat ook het geval zijn. Hier is immers initiatief tot ontbinding nodig aangezien er een keuzerecht is om al dan niet tot ontbinding over te gaan.¹⁴⁸ Doordat de vordering tot ontbinding naar aanleiding van de samenloop maar zal zijn ingesteld na het intreden van de samenloop, is de ontbinding in dat geval niet meer aan de boedel tegenwerpelijk.

172. Bij een ontbindende voorwaarde is er echter geen sprake van een keuzerecht. De overeenkomst wordt bij intreden van de onzekere en toekomstige gebeurtenis van rechtswege en retroactief ontbonden. De ontbinding treedt bijgevolg in enkel en alleen door het zich voordoen van de voorwaardelijke gebeurtenis, hier de faillietverklaring, en werkt retroactief. Op die manier kan worden gesteld dat de ontbinding wel aan de boedel tegenwerpelijk is.¹⁴⁹

173. Afhankelijk van of men de voorwaarde tot ontbinding interpreteert als zijnde voldaan vóór dan wel na het intreden van samenloop, zal de ontbinding van de overeenkomst bijgevolg aan de boedel tegenwerpelijk zijn. Het valt aan te raden dat de partijen in hun overeenkomst, naast het faillissement, ook nog andere omstandigheden opnemen als risico. Zo kunnen partijen bijvoorbeeld de niet-betaling van de factuur of een bepaalde termijn waarbinnen moet worden betaald, opnemen. Op die momenten zal de samenloop nog niet zijn ingegaan en doet het probleem van tegenwerpelijkheid van de ontbinding aan de samenloop zich ook niet voor.¹⁵⁰

2.3. Gevolgen *Pendente conditione*

174. Indien door de partijen een ontbindende voorwaarde werd opgenomen, wordt de ontbinding van de overeenkomst afhankelijk gemaakt van het voorvallen van een onzekere en toekomstige gebeurtenis. Zolang deze gebeurtenis zich niet voordoet (*Pendente conditione*), is er sprake van een actuele verbintenis.

175. Gedurende de periode die aan het intreden of definitief uitblijven van de voorwaarde voorafgaat, de zogenaamde wachtperiode, heeft de overeenkomst volledige uitwerking. Partijen

¹⁴⁶ I. VERVOORT, "Ontbinding en faillissement", *TBBR* 2002, 590.

¹⁴⁷ V. SAGAERT en M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 83.

¹⁴⁸ V. SAGAERT en M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 80-81.

¹⁴⁹ I. VERVOORT, "Ontbinding en faillissement", *TBBR* 2002, 593.

¹⁵⁰ T. DELWICHE, en M. STORME, "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten in de ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (55) 78.

moeten de overeenkomst met andere woorden uitvoeren alsof het zou gaan om een gewone overeenkomst waarin geen ontbindende voorwaarde werd opgenomen. De opgenomen ontbindende voorwaarde heeft immers niet tot gevolg dat de uitvoering van de verbintenis wordt opgeschort.¹⁵¹

176. Ook in de andere rechtstelsels zijn er verder geen bijzondere gevolgen verbonden aan de ontbindende voorwaarde zolang deze hangende is. Er is sprake van een actuele verbintenis die zoals een gewone overeenkomst ook volledige uitwerking krijgt.

177. Voor de schuldeiser brengt de opname van een ontbindende voorwaarde in de overeenkomst geen enkele beperking mee betreffende het uitoefenen van zijn vorderingen en rechten. Hij kan dit doen net zoals dat bij een zuivere en actuele verbintenis mogelijk zou zijn.¹⁵² Zolang er dus geen sprake is van een faillissement of andere vorm van samenloop wordt de overeenkomst onder ontbindende voorwaarde uitgevoerd alsof het een gewone overeenkomst is.

178. Indien er zich geen situatie van samenloop voordoet en de ontbindende voorwaarde bijgevolg niet in vervulling gaat, wordt de voorwaardelijke verbintenis definitief (*Deficiente conditio*). De overeenkomst wordt in dat geval niet langer bedreigd door het mogelijk intreden van de voorwaarde.¹⁵³

2.4. Gevolgen *Eveniente conditio*

179. Doet de toekomstige en onzekere gebeurtenis van een samenloop zich wel voor, dan gaat de ontbindende voorwaarde in vervulling. Ingevolge art. 1183 BW heeft deze tot gevolg dat de verbintenis ontbonden wordt. "De zaken worden hersteld in dezelfde toestand alsof er geen verbintenis had bestaan". De vervulling van de voorwaarde heeft bijgevolg niet louter de ontbinding van de overeenkomst tot gevolg, deze ontbinding werkt ook retroactief.¹⁵⁴

180. Bij intreden van de ontbindende voorwaarde is niet vereist dat de partijen actie ondernemen of zich beroepen op de ontbindende voorwaarde opdat deze uitwerking zou krijgen. Evenmin is vereist dat de rechter tussenkomt om de overeenkomst te ontbinden. De ontbinding van de overeenkomst gebeurt van rechtswege en automatisch.¹⁵⁵

3.2.1. Retroactiviteit

181. Met het vervullen van de ontbindende voorwaarde wordt de overeenkomst, net zoals naar Frans recht, retroactief ontbonden. Art. 1179 BW bepaalt dat de voorwaarde terugwerkt "tot op de dag waarop de verbintenis is aangegaan". De overeenkomst wordt geacht nooit te hebben bestaan

¹⁵¹ Art. 1183 BW; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht boek 2*, Brugge, Die Keure, 2007, 11-12.

¹⁵² M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 157; P. OMMESLAGHE, *Droit des obligations: Tome 3, régime général de l'obligation, théorie des preuves*, Groupe de Boeck, 2010, 1753.

¹⁵³ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht boek 2*, Brugge, Die Keure, 2007, 13; P. OMMESLAGHE, *Droit des obligations: Tome 3, régime général de l'obligation, théorie des preuves*, Groupe de Boeck, 2010, 1754.

¹⁵⁴ S. STIJNS, "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 80.

¹⁵⁵ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 161.

en alles moet hersteld worden in de toestand zoals die was voor de voorwaardelijke verbintenis tot stand kwam.¹⁵⁶

182. Door de retroactieve werking verkrijgt de ontbindende voorwaarde zakelijke werking *sensu stricto*. De overeenkomst wordt immers ontbonden en het eigendomsrecht keert terug naar de verkoper. Daarnaast wordt aan de ontbindende voorwaarde eveneens zakelijke werking *sensu lato* toegekend ten gevolge van de retroactiviteit. Hierdoor zijn alle verrichtingen gedaan in tussentijd onwerkzaam.¹⁵⁷

183. De retroactieve werking heeft tot gevolg dat alles wat men tijdens de wachttijd heeft verricht weer ongedaan moet worden gemaakt. Prestaties die men heeft geleverd of betalingen die men heeft gedaan moeten ongedaan worden gemaakt, men moet alles teruggeven.¹⁵⁸ De grondslag van deze restitutieplichting kan worden gevonden in de leer van de verrijking zonder oorzaak of onverschuldigde betaling.¹⁵⁹

184. Zo bijvoorbeeld een verkoop van een roerend goed onder ontbindende voorwaarde van faillissement. De verkoper levert het goed en de koper betaalt de koopsom. Indien de situatie van een faillissement zich dan voordoet, wordt de koopovereenkomst ontbonden en geacht nooit te hebben bestaan. De koper zal hierdoor het gekochte goed moeten teruggeven aan de verkoper. Deze laatste wordt geacht altijd eigenaar van het goed te zijn gebleven.

185. De verkoper op zijn beurt moet de betaalde koopsom aan de koper teruggeven. Daarnaast is het, in de gevallen waar de koper kosten heeft gemaakt die verband houden met het gekochte goed, mogelijk dat de verkoper de koper eveneens een vergoeding verschuldigd is.¹⁶⁰

186. Aangezien de vervreemder van een goed bij het intreden van de ontbindende voorwaarde geacht wordt altijd eigenaar te zijn gebleven, geldt voor de verkrijger van het goed het omgekeerde. Hij wordt geacht nooit eigenaar te zijn geweest. Ten gevolge van het adagium *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, vervallen door het intreden van de ontbindende voorwaarde ook de zakelijke rechten die hij aan derden heeft toegekend. Door de

¹⁵⁶ L., COLLON, A., CULOT, C., GAIONI, D., HUNIN, L., LORDINOIS, F., MENNIG, L., ROUSSEAU en P. VAN DEN EYNDE, P., *Le compromise de vente. Effets civils et fiscaux*, Anthemis, 2006, 37; VAN HOECKE, E., "Overeenkomsten met een ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling, van bepaalde of van onbepaalde duur" (noot onder Gent 9 juni 2000), *TBBR* 2002, 155.

¹⁵⁷ J. DE CONINCK, "De terugwerkende kracht van de vervulde ontbindende voorwaarde. (Aspecten van) de retroactiviteit als traditionele dogmatische fundering van de zaken- c.q. goederenrechtelijke werking van de rechtsgevolgen eveniente conditione van de ontbindende voorwaarde-modaliteit", *TPR* 2005, 18 en 25-26.

¹⁵⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht boek 2*, Brugge, Die Keure, 2007, 12; K. TROCH, "Gevolgen van het faillissement. De opschorting van de tenuitvoerlegging: gevolgen" in X., *Faillissement en Reorganisatie*, Kluwer, 2002, (II.E.31-1) 31.

¹⁵⁹ S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 302-303.

¹⁶⁰ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 164.

retroactieve werking was hij immers geen eigenaar en kon hij dus ook geen zakelijke rechten toekennen.¹⁶¹

187. Voor de zakelijke rechten toegekend door de verkoper is het omgekeerde van toepassing. Hij was na de verkoop geen eigenaar meer, maar door het intreden van de ontbindende voorwaarde wordt hij wel weer eigenaar en wordt hij geacht dat ook altijd te zijn gebleven. Heeft hij in de wachttijd zakelijke rechten op het goed toegekend aan derden, dan heeft het intreden van de voorwaarde tot gevolg dat deze worden gevalideerd.¹⁶²

3.2.2. Nuancering

188. Een strikte toepassing van de retroactieve uitwerking van de ontbindende voorwaarde is echter niet altijd even wenselijk en levert in sommige gevallen zelf problemen op. Het verbaast dan ook niet dat er heel wat uitzonderingen bestaan die door rechtsleer en rechtspraak aanvaard worden. Het is ook mogelijk voor partijen om contractueel af te wijken van de retroactieve werking.¹⁶³

189. Een situatie waarbij de retroactieve werking een probleem vormt, is die waar de verkochte zaak geheel teniet is gegaan. Dan is het immers niet meer mogelijk om de zaak terug aan de verkoper te geven. In dat geval moet toepassing worden gemaakt van art. 1182, lid 2 BW dat stelt dat de verbintenis teniet gaat bij het geheel tenietgaan van de zaak. Bij een overeenkomst onder ontbindende voorwaarde is het de koper die het risico draagt. Gaat de zaak geheel teniet, dan moet hij deze niet teruggeven. De betaalde koopsom terug vragen van de verkoper kan hij echter ook niet.¹⁶⁴ De verkoper behoudt dus de koopsom terwijl de koper met niets achter blijft.

190. Een andere uitzondering vinden we bij overeenkomsten onder ontbindende voorwaarde waarbij men te maken heeft met voortdurende prestaties of opeenvolgende prestaties. In die gevallen werkt de ontbindende voorwaarde niet terug tot op het moment van ontstaan van de overeenkomst. De ontbinding werkt wel retroactief, maar gaat slechts terug tot het moment van de vervulling van de ontbindende voorwaarde. Het is immers vaak zo dat de geleverde prestaties van de beide partijen met elkaar overeen stemmen.¹⁶⁵

191. Ook in de gevallen waar de koper onder ontbindende voorwaarde reeds over de zaak heeft beschikt, moet de retroactieve werking van de voorwaarde worden genuanceerd. Aangezien de koper bij het intreden van de ontbindende voorwaarde wordt geacht nooit eigenaar te zijn geweest, komen ook de zakelijke rechten die hij aan derden toekende gedurende de wachtperiode te vervallen. De koper was immers maar eigenaar onder ontbindende voorwaarde. Hier is het van belang of het al dan niet gaat om derden te goeder trouw. Deze worden immers beschermd doordat het verval van de beschikkingsdaden door de koper wordt genuanceerd.

¹⁶¹ Cass. 24 januari 2011, TRV 2012, 627.

¹⁶² M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 161-162.

¹⁶³ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht boek 2*, Brugge, Die Keure, 2007, 12.

¹⁶⁴ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 162-163.

¹⁶⁵ M. VAN QUICKENBORNE, *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 163.

192. Gaat het om een roerend goed dan wordt de derde te goeder trouw beschermd door art. 2279 BW. Is er sprake van een onroerend goed dan is er art. 1 Hyp.W. dat stelt dat de ontbindende voorwaarde bekend moet worden gemaakt. Is er geen tijdige publicatie van het ontbindingsrecht, dan is deze ook niet tegenwerpelijk aan de derde verkrijgers.¹⁶⁶

193. Aangezien de gevolgen van de ontbindende voorwaarde niet altijd even wenselijk zijn, kan echter ook gebruik worden gemaakt van een alternatieve oplossing die, afhankelijk van de concrete situatie, mogelijk een betere oplossing biedt. Zo kan men bijvoorbeeld opteren voor een opschortende voorwaarde. In plaats van de overeenkomst te ontbinden en de gevolgen ervan ongedaan te maken door een ontbindende voorwaarde, laat men het effectief ingaan van de overeenkomst dan afhangen van een bepaalde gebeurtenis.

194. Indien men er zeker van wil zijn dat men betaald wordt, kan ook de bankgarantie mogelijk een oplossing zijn. Op die manier zal de verkoper zijn geld krijgen van de bank en op die manier zeker zijn van betaling.

2.2.3. Uitwerking *ex nunc*

2.2.3.1. Zakelijke werking *sensu stricto*

195. De uitwerking van de ontbindende voorwaarde naar Nederlands en Duits recht verschilt met die naar het Belgische en Franse recht. In tegenstelling tot wat het geval is in België en Frankrijk wordt hier immers geen retroactieve werking verleent aan de ontbindende voorwaarde.

196. Naar Nederlands recht stelt art. 6:22 NBW dat de ontbindende voorwaarde de verbintenis doet vervallen bij het intreden van de voorwaardelijke gebeurtenis. Ingevolge art. 3:38 lid 2 NBW wordt de verbintenis echter niet retroactief ontbonden. De voorwaarde heeft slecht uitwerking *ex nunc*.¹⁶⁷

197. Ook het Duitse recht verleent geen terugwerkende kracht aan de vervulling van de ontbindende voorwaarde. Toch wordt ook hier zakenrechtelijke werking verleend aan de ontbindende voorwaarde. Niet op basis van de retroactiviteit, of zoals in Nederland op basis van het voorwaardelijke karakter van het eigendomsrecht, maar op basis van een wettelijke bepaling. Zo bepaalt § 158 lid 2 BGB dat bij het intreden van de ontbindende voorwaarde de werking van de rechtshandeling eindigt.¹⁶⁸ Ook hier gaat het bijgevolg om een ontbinding *ex nunc*.

198. Er moet hier wel gewezen worden op de mogelijkheid die bestaat voor partijen om toch te kiezen voor retroactieve werking. In principe is er slechts uitwerking *ex nunc* wanneer de voorwaardelijke gebeurtenis zich voor doet. Men aanvaardt echter algemeen dat partijen conventioneel kunnen voorzien in een retroactieve werking. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat

¹⁶⁶ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht boek 2*, Brugge, Die Keure, 2007, 12-13; M.E. STORME, *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 387-388, <http://storme.be/Insolventierecht2013oudrecht.pdf>, 947.

¹⁶⁷ W.H.M. REEHUIS, *Overdracht*, Kluwer, 2010, 87-88.

¹⁶⁸ § 158 lid 2 BGB: "Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so eindigt mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein".

de vruchten die *pendente conditione* uit het goed voortkomen door de verkrijger terug moeten worden gegeven aan de vervreemder. Het Duitse recht voorziet deze mogelijkheid expliciet in § 159 BGB.¹⁶⁹

2.2.3.2. Zakelijke werking *sensu lato*

199. Door gebrek aan retroactieve werking, worden ook de beschikkingen die in tussentijd over het goed worden gedaan, niet retroactief ontbonden. Er is geen zakelijke werking *sensu lato* op basis van retroactiviteit zoals dat naar Belgisch en Frans recht wel het geval is.

200. Toch verkrijgt de ontbindende voorwaarde naar Nederlands recht ook zakelijke werking *sensu lato*. Deze wordt hier dan wel niet gebaseerd op de retroactiviteit, maar wel op het voorwaardelijke karakter van het overgedragen eigendomsrecht. Niet alleen de verbintenis en de levering van het goed zijn aan de ontbindende voorwaarde onderworpen, ook het eigendomsrecht wordt onder ontbindende voorwaarde verkregen. Bij vervulling van de ontbindende voorwaarde gaat dit eigendomsrecht dan ook van rechtswege terug naar de vervreemder van het goed. Dit ondanks een eventueel beslag of faillissement.¹⁷⁰

201. In gevolge het beginsel '*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*' heeft de koper van het goed dan ook slechts een voorwaardelijk recht. Aangezien hij niet meer kan overdragen dan hetgeen waarover hij zelf beschikt, kan hij aan derden ook slechts een voorwaardelijk recht overdragen.¹⁷¹ Wordt de overeenkomst ingevolge de ontbindende voorwaarde ontbonden, dan worden ook de aan derden overgedragen voorwaardelijke rechten ontbonden.

202. Ondanks dat aan de beschikkingen die *pendente conditione* worden verricht door een ontbinding *ex nunc* niet wordt geraakt, verkrijgt de ontbindende voorwaarde ook naar Duits recht zakelijke werking *sensu lato*. Hier is een wettelijke bepaling voorzien opdat hieraan tegemoet wordt gekomen. § 161 BGB zorgt ervoor dat dergelijke beschikkingen die in tussentijd worden verricht, onwerkzaam worden verklaard.¹⁷² Althans de verrichte beschikkingen die met de vervulling van de ontbindende voorwaarde niet verenigbaar zijn. Verrichtingen die neutraal of zelfs voordelig zijn, blijven wel bestaan.¹⁷³

203. Ondanks de werking *ex tunc* naar Duits en Nederlands recht, ontstaan ook hier restitutieverplichtingen ten gevolge van de ontbinding. Zo bepaalt § 812 BGB dat men verplicht is terug te geven wat men verkrijgt zonder dat hiertoe een rechtsgrond bestaat. Ook indien de

¹⁶⁹ C. ASSER, Goederenrecht: algemeen goederenrecht, Kluwer, 2006, 214; § 159 BGB: "Sollen nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Beteiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten waren".

¹⁷⁰ Art. 3:84, lid 4 NBW; A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Kluwer, 2003, 311; W.H.M. REEHUIS, *Overdracht*, Kluwer, 2010, 88-89.

¹⁷¹ C. ASSER, Goederenrecht: Algemeen goederenrecht, Kluwer, 2006, 246.

¹⁷² § 161, lid 1 BGB: "im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde"; § 161, lid 2 BGB verklaart lid 1 eveneens van toepassing op de ontbindende voorwaarde.

¹⁷³ H. HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, de Gruyter, 1996, 479.

rechtsgrond, op basis waarvan een prestatie verricht wordt, achteraf komt te vervallen, ontstaat een restitutieplichting.¹⁷⁴ Voor Nederland zijn het de art. 6:24 en 6: 271 NBW die stellen dat de reeds verrichte en ontvangen prestaties ongedaan moeten worden gemaakt.

3. Toepassingsgevallen

204. In principe is het geen probleem de clause te gebruiken. Ze kan in alle contracten worden opgenomen. Hier zal verder worden ingegaan op een aantal toepassingsgevallen van de ontbindende voorwaarde.

205. Eerst zal worden ingegaan op de ontbindende voorwaarde in een erfpachtovereenkomst en de verenigbaarheid ervan met de vereiste minimumduur van de erfpacht. Vervolgens komt de ontbindende voorwaarde onder de vorm van een close-out beding aan bod. Ten slotte zal nog worden gekeken naar de ontbindende voorwaarde bij leasing.

3.1. Erfpacht

206. Over de mogelijkheid tot het opnemen van een ontbindende voorwaarde in een erfpachtovereenkomst bestaat in de rechtspraak en rechtsleer enige twijfel. Op zich is dit zeker mogelijk. De ontbinding van de overeenkomst wordt afhankelijk gemaakt van de gebeurtenis van een samenloop, waarvan het onzeker is of ze zich zal voordoen.

207. Indien de gebeurtenis zich voordoet, is het eveneens onzeker op wel tijdstip dit het geval zal zijn. Dit kan in het 8^{ste} jaar van de erfpacht zijn, maar net zo goed in het 40^{ste} jaar. Problematisch is dan het geval waar de ontbindende voorwaarde uitwerking krijgt binnen de eerste 27 jaar van de overeenkomst.

208. Art. 2 Erfpachtwet stelt dat het niet mogelijk is een erfpachtovereenkomst te vestigen "voor eenen korteren tijd dan zeven en twintig jaar". Doet de situatie van samenloop zich voor binnen de 27 jaar na het sluiten van de erfpachtovereenkomst, dan wordt de overeenkomst ontbonden alvorens de minimumduur van de overeenkomst is verstreken.

209. Een deel van de rechtsleer is van mening dat een ontbindende voorwaarde opgenomen in een erfpachtovereenkomst dan ook niet geldig kan zijn. Bedoeling van de minimumduur is de investeringen van de erfpachter te beschermen en te laten renderen. Bovendien wordt dergelijke voorwaarde, die voor het verstrijken van de minimumduur een einde maakt aan de overeenkomst, bij handelshuur en gewone pacht vaak voor ongeschreven gehouden. Deze strekking van de rechtsleer is van mening dat dit moet worden doorgetrokken naar de erfpacht.¹⁷⁵

210. Er is echter ook de andere kant van de rechtsleer die van mening is dat de ontbindende voorwaarde van samenloop opgenomen in een erfpachtovereenkomst wel als geldig moet worden beschouwd. Net zoals het Hof van Beroep te Bergen, zijn ze van mening dat het geenszins de bedoeling is van de partijen met een dergelijke voorwaarde af te wijken van de minimumduur. Het

¹⁷⁴ §812, 1 BGB: "Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt".

¹⁷⁵ V. SAGAERT en M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 84-85.

gaat immers om een onzekere gebeurtenis die zich net zo goed kan voordoen nadat de periode van 27 jaar reeds is verstreken.¹⁷⁶

211. Ook het Hof van Cassatie lijkt die mening te zijn toegedaan. In haar arrest van 30 maart 2006 stelt het Hof immers het volgende: "deze bepaling staat er niet aan in de weg dat de partijen in de erfpachtovereenkomst een beding opnemen waardoor de overeenkomst kan worden beëindigd, ook al is de minimum duur van zevenentwintig jaar niet verstreken, in geval van een insolventieprocedure".¹⁷⁷

212. Hieruit blijkt dat een ontbindende voorwaarde wel geldig kan worden opgenomen in een erfpachtovereenkomst. Zelfs als deze de ontbinding ervan als gevolg heeft alvorens de minimumduur van 27 jaar is verstreken, moet dit geen probleem vormen.

213. Zelf ben ik dan ook eerder voorstander van deze laatste strekking in de rechtsleer. Ondanks de minimumduur die eigenlijk vereist is, is het immers helemaal niet de bedoeling van de partijen om van deze vereiste af te wijken. Met het opnemen van de ontbindende voorwaarde van faillissement doelen ze er op om zichzelf te beschermen tegen een mogelijke samenloop. Dit ongeacht of de samenloop zich voor dan wel na het verstrijken van de minimumtermijn voordoet.

3.2. Close-out beding

214. Uit art. 3, 4° WFZ blijkt dat een nettingovereenkomst een overeenkomst is 'tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking'. Hierbij worden de wederzijdse verplichtingen die partijen tegenover elkaar hebben samengenomen en verrekend. Men komt zo tot één saldobedrag dat nog moet worden voldaan.

215. Een nettingclausule kan ook voorkomen als ontbindende voorwaarde. Het gaat dan om een zogenaamd close-out beding. Met dergelijke clausule wordt de vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst afhankelijk gemaakt van een bepaalde gebeurtenis, zoals het intreden van het faillissement.¹⁷⁸

216. Ingevolge art. 14 WFZ doorstaan nettingovereenkomsten de samenloop. Ook de close-out bedingen zijn aan derden tegenwerpelijk. Dit onder dezelfde voorwaarden als dewelke worden gesteld aan de gewone nettingovereenkomsten. Zo vereist art. 14 WFZ dat de schuldvordering en de tegenvordering beiden bestaan op het moment van intreden van de samenloop. Daarnaast vereist art. 15, §1 WFZ ook dat de overeenkomst waarin het close-out beding is opgenomen, werd

¹⁷⁶ V. SAGAERT en M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 86; K. VERHEYDEN, "Verlenging van onroerend zakelijke rechten", *Not.Fisc.M.* 2012, 227-228; Bergen 4 mei 1988, *JLMB* 1999, 444.

¹⁷⁷ Cass. 30 maart 2006, AR C040486N; H. VANDENBERGHE en T. VIAENE, "Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal", *TBO* 2006, 38.

¹⁷⁸ I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *TBH*, 2006, 174; E. ALOFS, *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 265; E. DIRIX, "Compensatiebeding: een tweesnijdend zwaard?", *R.W.* 2008-09, 1021.

afgesloten voor het tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend.¹⁷⁹ Op deze voorwaarden zal verder worden ingegaan onder Deel IV.

217. Ingevolge de WFZ is het close-out beding bijgevolg tegenwerpelijk en wordt er ook regelmatig gebruikt gemaakt van dergelijk beding. Het zorgt voor compensatie van de schulden waardoor enkel een nettosaldo overblijft dat nog moet worden voldaan en maakt daarnaast een einde aan de overeenkomst. Bovendien is het beding aan de samenloop en de schuldeisers van de schuldenaar tegenwerpelijk. Dit bij alle vormen van samenloop of beslag.¹⁸⁰ Onder de vorm van een close-out beding is een ontbindende voorwaarde bijgevolg, als uitzondering op de continuïteit, ook bij een gerechtelijke reorganisatie mogelijk.

3.3. Leasing

218. Is er sprake van een leasingovereenkomst dan moet erop worden gewezen dat, hoewel deze overeenkomst kenmerken bevat van beiden, niet te beschouwen is als een koopovereenkomst en evenmin als een huurovereenkomst. Het gaat om een *sui-generis* overeenkomst. Enerzijds is er de leasinggever, dewelke een goed aankoopt om dit vervolgens aan de leasingnemer te leasen. Deze laatste heeft het genot en gebruik van het goed en betaalt gedurende de looptijd van de overeenkomst huurgelden aan de leasinggever als afbetaling van de aankoopprijs. Bij het einde van de overeenkomst heeft hij de mogelijkheid het goed te kopen.¹⁸¹

219. Het eigendomsrecht van de leasinggever is een juridisch eigendomsrecht. Hij koopt het goed aan, naar de behoeften en wensen van de leasingnemer, en behoudt de juridische eigendom over het goed. De leasingnemer aan de andere kant heeft een economisch eigendomsrecht. Hij heeft het gebruik en het genot van het geleasede goed.

220. Dit betekent ook dat in geval van een faillissement, de goederen die worden aangetroffen in de boedel, niet altijd werkelijk eigendom van de gefailleerde zijn. Het zal in die gevallen het eigendomsrecht van de leasinggever zijn dat aan de boedel tegenwerpelijk is. Is het de leasingnemer die failliet gaat, dan zal het geleasede goed bijgevolg niet tot de boedel horen en kan de leasinggever het revindiceren.¹⁸²

221. Een situatie waarbij het de leasinggever is die failliet gaat komt niet zo vaak voor, maar is niet onmogelijk. Traditioneel heeft de curator de keuze om de overeenkomst verder te zetten dan wel te beëindigen naargelang wat in zijn ogen het beste is voor de faillissementsboedel. In geval van een leasingovereenkomst heeft hij die keuze echter niet. Het is niet mogelijk de overeenkomst

¹⁷⁹ C. BODDAERT, "De wet op de financiële zekerheden van 15 december 2004" in X., *Financieel recht. Artikelsgewijze commentaar van rechtspraak en rechtsleer*, 121; I. PEETERS en A. ZENNER, "Faillite et compensation: une révolution copernicienne", *JT* 2005, 335.

¹⁸⁰ Art. 14, §1 WFZ.

¹⁸¹ V. SAGAERT, B. TILLEMA en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek. Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 303; B. VANDER MEULEN, en D. VERCRUYSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 200.

¹⁸² A. DE WILDE, "Boedelschulden en lopende overeenkomsten" in H. BRAECKMANS, H., COUSY, E., DIRIX, B., TILLEMEN, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, (589) 602-603.

te beëindigen in het voordeel van de boedel. Het is niet toegestaan dat de gebruiksrechten van de leasingnemer door het faillissement van de leasinggever worden verontrust. Dat is althans wat geldt zolang de leasingnemer de overeenkomst stipt verder uitvoert.¹⁸³

222. Wat vaker zal voorkomen, is het faillissement van de leasingnemer. Ingevolge art. 46 Faill.W. loopt de overeenkomst in principe verder, ook bij faillissement. Uitzondering op deze principiële continuïteit zijn echter de overeenkomsten *intuitu personae*. In zijn arrest van 21 maart 1995 stelt het Hof van Beroep te Luik dat een leasingovereenkomst een overeenkomst *intuitu personae* uitmaakt.¹⁸⁴ Alvorens een overeenkomst te sluiten, bekijkt de leasinggever immers grondig de financiële toestand van de leasingnemer. Op die manier krijgt hij er een idee van of de solvabiliteitstoestand van deze laatste voldoende betrouwbaar is. In wezen maakt de leasingovereenkomst dan ook een krediet- of financieringsprocedure uit. Op basis van deze gronden komt het Hof dan ook tot de conclusie dat het bij een leasing om een *intuitu personae* overeenkomst gaat.¹⁸⁵ Gevolg hiervan is dat aan de overeenkomst een einde komt bij faillissement.

223. Om twijfel en discussie te vermijden nemen partijen in hun overeenkomst doorgaans een beding op waardoor een einde komt aan de leasingovereenkomst in geval van faillissement (en bij niet-betaling). Vaak zal dit in de vorm van een uitdrukkelijk ontbindend beding zijn, maar ook een ontbindende voorwaarde is hier een mogelijkheid. Principieel zijn dergelijke bedingen geldig.¹⁸⁶ Het is dus zeker mogelijk het einde van de leasingovereenkomst te laten afhangen van het intreden van het faillissement.

224. Waar wel rekening mee moet worden gehouden, is dat een dergelijke clausule geen rechtsmisbruik mag uitmaken. Zo kan gewezen worden op de uitspraak van de rechtbank van Koophandel te Ieper van 29 juni 1998. Het ging hier om een leasingovereenkomst die steeds juist was uitgevoerd en waarbij geen betalingsachterstand was opgelopen. Bovendien bood de curator aan alle resterende huurtermijnen te betalen.

225. De rechtbank oordeelde hier dat "een beding dat bepaalt dat een leasingovereenkomst van rechtswege ontbonden is in geval van faillissement van de leasingnemer, niet kan worden tegengeworpen aan de curator die aanbiedt, hetzij de overeenkomst voort te zetten, hetzij al de toekomstige huurtermijnen te betalen".¹⁸⁷

226. In principe is een ontbindende voorwaarde van faillissement in een leasingovereenkomst dus wel geldig. Toch zal men rekening moeten houden met de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst. In bepaalde gevallen zal het gebruik van de ontbindende voorwaarde immers

¹⁸³ E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.* 2003-2004, 202; J. BEKAERT, "[Het passief van het faillissement – Het eigendomsvoorbehoud] Leasing" in X., *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, (II.H.20.C1) 28.

¹⁸⁴ Luik 21 maart 1995, *RRD* 1995, 468.

¹⁸⁵ A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 271.

¹⁸⁶ J. BEKAERT, "[Het passief van het faillissement – Het eigendomsvoorbehoud] Leasing" in X., *Gerechtigd akkoord en Faillissement*, (II.H.20.C1) 11; I. VEROUGSTRAETE, "Le régime des contrats en cours", in X, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2010, (561) 574-575.

¹⁸⁷ Kh. Ieper 29 juni 1998, *RW*1999-2000, 21.

rechtsmisbruik uitmaken. Meer bepaald in de gevallen waar de curator aanbiedt om de huurwaarden die nog resten verder te betalen of waar hij voorstelt de overeenkomst verder te zetten. De ontbindende voorwaarde zal in die gevallen niet aan de curator kunnen worden tegengeworpen.¹⁸⁸

4. Conclusie

227. Door gebruik te maken van een ontbindende voorwaarde wensen partijen dat bij het intreden van een bepaalde gebeurtenis een einde komt aan hun overeenkomst. Als samenloopvermijdend beding kan dergelijke ontbindende voorwaarde worden gebruikt door de ontbinding van de overeenkomst te laten afhangen van de gebeurtenis van samenloop.

228. In het algemeen is bij samenloop het principe van continuïteit van de overeenkomst van toepassing. Wat betreft de gerechtelijke reorganisatie vinden we dit principe terug in art. 35 § 1 WCO. Voor het faillissement vinden we dit principe terug in art. 46 Faill.W. Door een ontbindende voorwaarde van samenloop in hun overeenkomst op te nemen, trachten partijen van deze principiële continuïteit af te wijken en op die manier in te spelen op de mogelijke insolventie van de andere partij.

229. De gebeurtenis van een gerechtelijke reorganisatie vormt echter wel een speciaal geval. Ingevolge art. 35 §1 WCO is het hier, behoudens enkele uitzonderingen, niet mogelijk van de continuïteit van de overeenkomst af te wijken.

230. De verbintenisrechtelijke geldigheid van dergelijke ontbindende voorwaarde vormt doorgaans geen probleem. Wel is vereist dat de ontbinding van de overeenkomst afhankelijk wordt gemaakt van een gebeurtenis die zowel toekomstig als onzeker is. Het mag niet gaan om een zuiver potestatieve voorwaarde.

231. Wat betreft de zakenrechtelijke werking stoot men op een aantal samenloopbeginselen die tegen de ontbindende voorwaarde ingaan. Zo zijn daar, naast het principe van continuïteit, het fixatie- en *paritas creditorum*-beginsel. Toch zijn er voldoende argumenten om de zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde te verdedigen. Doorgaans aanvaardt rechtspraak en rechtsleer de zakelijke werking ervan dan ook. Daarnaast wordt er in de praktijk ook voldoende gebruik van gemaakt.

232. Opdat de ontbindende voorwaarde zakelijke werking kan verkrijgen, is wel vereist dat voldaan is aan de publiciteitsvoorwaarden. Behoudens de gevallen waar er bijzondere regels van toepassing zijn, moet worden gekeken naar art. 20, 5° Hyp.W. wat betreft roerende goederen en art. 27-28 Hyp.W. wat betreft de onroerende goederen.

233. Bij intreden van de toekomstige en onzekere gebeurtenis, zal de ontbindende voorwaarde uitwerking krijgen. Gevolg hiervan is dat de overeenkomst retroactief, dit wil zeggen tot op het

¹⁸⁸ S. RUYSSCHAERT, V. BUYL en M. GIELIS, *Handboek leasing. Roerende en onroerende leasing, Cross border leasing. Juridische, boekhoudkundige en fiscale aspecten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 18; E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.* 2003-2004, 202.

moment waarop de overeenkomst is aangegaan, wordt ontbonden. Ook naar Frans recht wordt dergelijke retroactieve werking verleend aan de ontbindende voorwaarde.

234. Naar Duits en Nederlands recht krijgt de ontbindende voorwaarde uitwerking *ex nunc* i.p.v. *ex tunc*. Ondanks het gebrek aan retroactieve werking, verkrijgt de ontbindende voorwaarde ook hier zakelijke werking, zowel *sensu stricto* als *sensu lato*. Naar Duits recht zijn beide gegrond op een wettelijke bepaling (§158 en 161 BGB). Naar Nederlands recht volgt dit uit de art. 6:22 en 3:84 NBW en het voorwaardelijk karakter van de eigendomsoverdracht.

235. Hoewel de zakelijke werking in de verschillende rechtstelsels op verschillende gronden wordt gebaseerd, is het resultaat uiteindelijk gelijk. Zowel naar Belgisch, Frans, Nederlands als Duits recht verkrijgt de ontbindende voorwaarde zowel *sensu stricto* als *sensu lato* zakelijke werking.

236. Van de ontbindende voorwaarde kan in principe in iedere overeenkomst gebruik worden gemaakt. Zo ook bij een erfpachtovereenkomst. Zelfs indien de voorwaarde mogelijk uitwerking krijgt binnen de minimumtermijn van 27 jaar kan de ontbindende voorwaarde geldig worden opgenomen in dergelijke overeenkomst.

237. Daarnaast kan van een ontbindende voorwaarde ook gebruik worden gemaakt in het kader van een leasingovereenkomst en komen we de ontbindende voorwaarde ook tegen in de vorm van een close-out beding. Deze laatste vormt eveneens een uitzondering op het principe van continuïteit in geval van een gerechtelijke reorganisatie.

III. Nettingbeding in geval van faillissement

1. Algemeen

238. Een derde samenloopvermijdend beding dat in het kader van dit onderzoek zal worden besproken is het nettingbeding in geval van faillissement. Aangezien de netting een vorm van schuldvergelijking is, zal in wat volgt eerst kort worden ingegaan op het schuldvergelijking in het algemeen, vervolgens op de netting.

1.1. Schuldvergelijking

239. Het gebruik van schuldvergelijking als zekerheid is al lange tijd gekend. Door gebruik te maken van deze techniek is het mogelijk om de financiële risico's die men loopt in te perken. Er is sprake van twee partijen met wederzijdse schulden. Ze zijn bijgevolg beide zowel schuldeiser als schuldenaar. Door gebruik te maken van schuldvergelijking, worden de wederzijdse schulden verrekend en blijft slechts een nettobedrag ten gunste van één van beide partijen over. Op die manier blijft het risico dat een partij niet betaalt wel bestaan, maar het wordt wel verminderd ten belope van het verrekende bedrag.

240. Opdat er sprake kan zijn van wettelijke schuldvergelijking, stelt het Burgerlijk Wetboek een aantal voorwaarden waaraan moet zijn voldaan. Zo moet er sprake zijn twee partijen met wederzijdse schuldvorderingen. Deze schuldvorderingen moeten vaststaan en opeisbaar zijn en moeten een geldsom of vervangbare zaken tot voorwerp hebben.¹⁸⁹ Is voldaan aan deze voorwaarden, dan treedt de wettelijke schuldvergelijking van rechtswege in.¹⁹⁰

241. Bij het ontstaan van faillissement biedt schuldvergelijking echter geen bescherming meer. Door het intreden van de samenloop is het gelijkheidsbeginsel immers van toepassing. Aangezien compensatie van de schuldvorderingen na het ontstaan van faillissement afbreuk zou doen aan dit beginsel, is schuldvergelijking in dat geval in principe uitgesloten. Art. 1298 BW stelt dan ook duidelijk dat compensatie niet mogelijk is "ten nadele van de verkregen rechten van een derde".¹⁹¹

242. Is aan de voorwaarden voor wettelijke compensatie reeds voldaan voor het ontstaan van de samenloop, dan zal hieraan geen afbreuk worden gedaan door het intreden van het faillissement. Is aan de voorwaarden voldaan ingevolge en dus voor het eerst op het moment van intreden van het faillissement, dan is wettelijke schuldvergelijking niet langer mogelijk.¹⁹²

243. Op dit principe is door de rechtspraak een belangrijke uitzondering voorzien. Gaat het om schuldvorderingen die 'samenhangend' of 'verknocht' zijn, dan blijft compensatie ook na het

¹⁸⁹ Art. 1289 en 1291 BW.

¹⁹⁰ Art. 1290 BW.

¹⁹¹ E. DIRIX, "Wet Financiële Zekerheden", in X., *Faillissement en Reorganisatie edition: FARE 47*, (1) 28.

¹⁹² H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, 531.

ontstaan van het faillissement mogelijk.¹⁹³ Om samenhangend te zijn is vereist dat de schuldvorderingen nauw met elkaar verbonden zijn.¹⁹⁴ Van dit recht op compensatie, ook na samenloop, kan door de schuldeiser wel afstand worden gedaan.¹⁹⁵

244. Ook naar Frans recht is schuldvergelijking na samenloop in principe niet meer mogelijk omwille van de gelijkheid tussen schuldeisers.¹⁹⁶ Blijkt uit de bedoeling van de partijen echter dat er samenhang tussen de vorderingen bestaat, dan vormt deze samenhang ook hier een uitzondering.¹⁹⁷ Waar het naar Belgisch recht gaat om een jurisprudentiële uitzondering, is deze uitzondering naar Frans recht door de wet voorzien.

245. Naar Duits recht vormt compensatie na faillissement in principe geen probleem. Dit ongeacht of het gaat om wettelijke compensatie, dan wel conventionele schuldvergelijking. De opening van een insolventieprocedure doet hieraan in beginsel geen afbreuk.¹⁹⁸ Slechts in de gevallen bepaald in § 96, 1 InsO is compensatie na faillissement niet meer mogelijk. Dit omwille van de gelijkheid tussen schuldeisers.¹⁹⁹

246. Ook naar Nederlands recht is schuldvergelijking na samenloop in principe steeds mogelijk.²⁰⁰ Het Duitse en Nederlandse recht verschillen hiermee duidelijk met het Belgische en Franse stelsel, waar in principe een verbod op compensatie na samenloop geldt. De zekerheidswaarde van schuldvergelijking is bijgevolg veel groter in Duitsland en Nederland.

1.2. Netting

247. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde vereisten en wettelijke compensatie geen optie is, kan de conventionele schuldvergelijking mogelijk een oplossing bieden. Partijen zijn vrij om dergelijke compensatie overeen te komen en kunnen ook de voorwaarden waaronder deze compensatie zal plaatsvinden zelf bepalen. Om op deze manier aan schuldvergelijking te doen is bijgevolg niet vereist dat wordt voldaan aan de vereisten zoals die bij wettelijke schuldvergelijking worden gesteld.

248. De regel uit art. 1298 BW die stelt dat aan de door derden verworven rechten geen afbreuk mag worden gedaan door schuldvergelijking is echter ook van toepassing op de conventionele schuldvergelijking. De vraag stelt zich dan of de conventionele schuldvergelijking wel een oplossing

¹⁹³ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *THB* 2001, 597; Naar Duits recht wordt samenhang niet vereist voor compensatie na faillissement (zie § 95, 2 InsO).

¹⁹⁴ Brussel 9 februari 2005, AR.1130; H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 454.

¹⁹⁵ Cass. 20 oktober 2005, C.030244.N/1.

¹⁹⁶ Art. 1298 C.C.

¹⁹⁷ Art. 33, lid 1 Loi n° 85-98 van 25 januari 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires de entreprises: "Cette inderdiction ne fait pas obstacle au paiement par compensation de créances connexes".

¹⁹⁸ § 94 InsO.

¹⁹⁹ R. HOUBEN, "Contractuele compensatie na samenloop – De nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-06, 1169; §96, 1 InsO.

²⁰⁰ Art. 53 Fw.

biedt in geval van faillissement. Indien de bedongen conventionele compensatie niet aan de boedel tegenwerpelijk is, heeft men er als schuldeiser immers weinig aan als zekerheidsmechanisme tegen faillissement. Met de Wet Financiële zekerheid, die er kwam naar aanleiding van een Europese Richtlijn, is duidelijkheid gekomen hieromtrent.²⁰¹

249. Met de WFZ, die onder andere de bedoeling had de efficiëntie van zekerheidsmechanismen te vergroten door de tegenwerpelijkheid ervan te verduidelijken, werd de zogenaamde 'netting' ingevoerd.²⁰² Art. 3, 4° WFZ omschrijft nettingovereenkomsten zeer ruim als "overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking". Door de ruime omschrijving vallen alle bedingen van conventionele schuldvergelijking onder het begrip 'netting'.

1.3. Voordelen van netting

250. Een nettingbeding biedt heel wat voordelen voor de partijen. Door de compensatie van de wederzijdse schuldvorderingen zal telkens enkel het nettosaldo na verrekening moeten worden betaald. Dit heeft voor de partijen het voordeel dat ze niet telkens de volledige bedragen van de schuldvorderingen moeten betalen. Slechts één van de partijen betaalt één maal een bedrag aan de andere partij. Hierdoor worden de betalingsstromen tussen de partijen serieus verminderd. Dit heeft dan weer tot gevolg dat ook de transactiekosten worden gedrukt.

251. Daarnaast kan dergelijk beding door de beperking van geldstromen en transactiekosten ook bijdragen aan het voorkomen van faillissementen. Het risico om niet betaald te worden is immers kleiner en indien dit toch voorvalt gaat het om veel kleinere bedragen.

252. Voorts biedt het ook een belangrijke zekerheidsfunctie in geval van faillissement. Wanneer het nettingbeding aan de boedel tegenwerpelijk is, kan de netting na samenloop immers veilig worden gesteld. In wat volgt zal dieper worden ingegaan op de tegenwerpelijkheid van een nettingbeding in geval van faillissement zoals geregeld in de WFZ. Wat betreft de verbintenisrechtelijke geldigheid van dergelijk beding zijn de regels van algemeen recht van toepassing. Hierop zal verder niet worden ingegaan.

253. Hetgeen geldt voor de netting, is eveneens van toepassing op de hiervoor reeds besproken close-out bedingen.²⁰³ Deze worden juridisch gezien wel gekwalificeerd als ontbindende voorwaarde, maar zijn tegenwerpelijk onder dezelfde voorwaarden als een nettingbeding. Het maakt immers geen verschil of het beding naast schuldvergelijking eveneens de ontbinding van de overeenkomst beoogt of niet. Beide vallen onder de regeling van de WFZ.

²⁰¹ Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de financiële zekerheidsovereenkomsten van 6 juni 2002.

²⁰² Wetsontwerp betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijk-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 8.

²⁰³ Wetsontwerp betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijk-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 27; E. DIRIX, "Wet Financiële Zekerheden", in X., *Faillissement en Reorganisatie edition: FARE 47*, (1) 29.

2. Zakelijke werking

254. Met de WFZ werd de tegenwerpelijke van netting aan het faillissement op algemene wijze erkend. Art. 14 WFZ bepaalt immers dat "De nettingovereenkomsten (...) die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, kunnen (...) in het geval van de opening van een insolventieprocedure of in het geval van het beslag of enig ander geval van samenloop, aan de schuldeisers worden tegengesteld".²⁰⁴

255. De voorwaarden die moeten worden vervuld opdat wettelijke schuldvergelijking mogelijk is, zijn in het geval van conventionele schuldvergelijking onder de WFZ niet vereist. Wil het nettingbeding aan de boedel tegenwerpelijk zijn in geval van faillissement, dan zijn hieraan echter eveneens een paar voorwaarden verbonden. Deze zullen in wat volgt verder worden besproken.

256. Daarnaast zal ook dieper worden ingegaan op de tegenwerpelijke van netting na overdracht van de schuldvorderingen en de regels betreffende de verdachte periode die mogelijk de zakelijke werking van een nettingbeding in het gedrang kunnen brengen. Eveneens wordt kort ingegaan op de regels die hieraan ingevolge de WFZ geen afbreuk kunnen doen. Vervolgens komen ook het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008 en gevolgen die dit arrest met zich mee brengt aan bod.

2.1. Voorwaarden

257. Opdat een nettingbeding aan derden kan worden tegengesteld in geval van faillissement moet voldaan zijn aan twee voorwaarden. Zo moeten de schuld en schuldvorderingen bestaan op het ogenblik van samenloop en moet de nettingovereenkomst gesloten zijn voor het ontstaan van samenloop.²⁰⁵

2.1.1. Bestaan schuld en schuldvordering

258. De eerste voorwaarde opdat het nettingbeding tegenstelbaar is aan derden, is het bestaan van de schuldvordering en van de schuld waarop de schuldvergelijking of -vernieuwing toegepast moet worden.²⁰⁶ Deze moeten bestaan op het tijdstip waarop de samenloop ontstaat.

259. Uit de bewoording van art. 14 WFZ blijkt dat deze regeling van toepassing is "in het geval van de opening van een insolventieprocedure of in het geval van het beslag of enig ander geval van samenloop". Hieruit blijkt dat wanneer voldaan is aan de gestelde voorwaarden, de netting tegenwerpelijk is aan derden bij elke vorm van samenloop, waaronder ook het faillissement.

260. Ook naar Nederlands recht, waar een ruime compensatiemogelijkheid na faillissement bestaat, wordt dergelijke vereiste gesteld. Opdat compensatie mogelijk is na faillissement, vereist de Fw. dat de vorderingen "zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht".²⁰⁷ Verder wordt hier geen vereiste gesteld

²⁰⁴ Art. 14, §1 WFZ; I. PEETERS en A. ZENNER, "Faillite et compensation: une révolution copernicienne", *JT* 2005, 334.

²⁰⁵ E. DIRIX, "Wet Financiële Zekerheden", in X., *Faillissement en Reorganisatie edition: FARE 47*, (1) 29.

²⁰⁶ Art. 14, §1 WFZ.

²⁰⁷ Art. 53, lid 1 Fw.

om schuldvergelijking mogelijk te maken na faillissement. Gaat het om de 'voortvloeiende' vorderingen, dan is wel vereist dat tussen een vordering van vóór het faillissement en die ontstaan na het faillissement, een verband bestaat.²⁰⁸

261. Het bestaan van de schuld en schuldvordering op het ogenblik van samenloop is voldoende. Het is, net zoals naar Nederlands recht, niet nodig dat de vorderingen eveneens reeds opeisbaar zijn.²⁰⁹ Dit blijkt ook uit art. 14, §1 in fine WFZ. Het nettingbeding is tegenstelbaar ongeacht de datum dat de vorderingen opeisbaar worden.

262. Dat de schuldvorderingen moeten bestaan op het ogenblik van samenloop is maar logisch. Men kan immers maar beschikken over goederen wanneer deze bestaan. Wil men beschikken over goederen die slechts toekomstig zijn, dan heeft deze beschikking maar gevolg indien men nog steeds beschikkingsbevoegd is op het moment dat het toekomstige goed ontstaat.²¹⁰

263. Het is geen probleem met een nettingovereenkomst te beschikken over schuldvorderingen die op dat moment nog niet bestaan. Wanneer deze schuldvorderingen op het ogenblik van ontstaan van samenloop nog steeds niet bestaan, vormt dat wel een probleem. De schuldvorderingen vallen dan immers in de boedel. Bijgevolg zullen partijen op het moment dat de toekomstige schuldvorderingen ontstaan niet meer beschikkingsbevoegd zijn.

264. Gaat het om toekomstige schuldvorderingen (op het moment van samenloop), dan is de netting niet tegenwerpelijk. Bestaat de schuldvordering pas na het ontstaan van faillissement, dan is niet aan de voorwaarden voor tegenwerpelijkheid voldaan. In dat geval zijn het de traditionele regels die van toepassing zijn, wat betekent dat een voldoende samenhang moet aanwezig zijn tussen de schuldvorderingen opdat deze kunnen worden verrekend.²¹¹ Ook compensatie tussen schuldvorderingen van vóór en schuldvorderingen van na het ontstaan van het faillissement is in principe niet mogelijk. Beide schuldvorderingen moeten bestaan op het ogenblik van ontstaan van samenloop.

265. Wat wel mogelijk is, is de schuldvergelijking tussen een schuldvordering die vóór samenloop is ontstaan met een schuld die eveneens vóór de samenloop bestond, maar waarvan de betaling slechts na samenloop plaatsvindt. Dit omdat het ontstaan van de schuld afhankelijk is van het ontstaan van de oorzaak van de vordering en niet van het moment waarop de gelden effectief op de rekening staan.²¹²

²⁰⁸ R. HOUBEN, "Contractuele compensatie na samenloop – De nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-2006, 1168.

²⁰⁹ N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 453.

²¹⁰ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 222.

²¹¹ Wetsontwerp betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijk-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 46.

²¹² Kh. Antwerpen 25 februari 2008, *R.W.* 2008-09, 971.

2.1.2. Netting-overeenkomst gesloten voor samenloop

266. Een tweede voorwaarde die de WFZ stelt opdat een nettingbeding tegenwerpelijk is, vinden we terug in art. 15. Dat stelt dat de nettingovereenkomst moet zijn gesloten "voor het tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend of voor het beslag of de samenloop plaatsvindt".²¹³ In geval van faillissement betekent dit dat de overeenkomst waarin het nettingbeding is opgenomen, moet zijn afgesloten voor de faillietverklaring. Ook naar Duits recht is de overeenkomst tot schuldvergelijking in principe tegenwerpelijk aan de boedel wanneer deze werd gesloten voor de opening van het faillissement.²¹⁴

267. De zogenaamde 'nul-uur-regel' uit art. 16 Faill.W. is hier niet van toepassing. Deze stelt dat wanneer een handeling wordt gesteld op de dag van faillietverklaring, deze handeling wordt beschouwd als zijnde gesteld na het faillissement. Doordat deze regel opzij wordt geschoven, kan een nettingovereenkomst ook nog afgesloten worden op de dag van het ontstaan van samenloop zelf. Zolang de overeenkomst maar is afgesloten voor het precieze moment van de faillietverklaring (of een ander ogenblik van ontstaan van samenloop), is er geen probleem. Hierdoor wordt de werking van de nettingovereenkomst tegenover derden uitgebreid.

268. Toch leidt het sluiten van een nettingovereenkomst na het ogenblik van samenloop niet noodzakelijk tot de niet-tegenwerpelijkheid ervan. Is dat het geval, dan moet wel worden aangetoond dat men op het moment van het sluiten van de overeenkomst verkeerde in gewettigde onwetendheid omtrent de opening of het eerder plaatsvinden van die procedure of samenloop.²¹⁵

269. De gewettigde onwetendheid en uitschakeling van de 'nul-uur-regeling' zijn niet alleen op het sluiten van de overeenkomst van toepassing, maar gelden eveneens voor de betalingen, handelingen en transacties die ter uitvoering van een nettingovereenkomst worden verricht.²¹⁶

2.2. Regels verdachte periode

2.2.1. Uitsluiting van bepaalde regels van de Faillissementswet

270. In art. 16, §3 WFZ worden een aantal artikelen uit de Faill.W. uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard op de nettingovereenkomsten. Op die manier worden een aantal regels betreffende de verdachte periode buiten spel gezet.

271. Een eerste artikel dat niet van toepassing wordt verklaard door de WFZ is art. 17, 2° Faill.W. Dit laatste artikel handelt over de betaling, ook door schuldvergelijking, van niet vervallen schulden. Het stelt dat dergelijke betaling niet tegenwerpelijk is aan de boedel wanneer deze gebeurt in de verdachte periode.

²¹³ C. BODDAERT, "Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden", *Bank Fin. R.* 2010, 248.

²¹⁴ § 95 InsO.

²¹⁵ Art. 15, §1 WFZ; I. PEETERS, "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Bank Fin. R.* 2005, 167.

²¹⁶ Art. 15, §2 WFZ.

272. Ingevolge de WFZ wordt dit artikel buiten toepassing gesteld. De principiële tegenstelbaarheid van de nettingovereenkomst wordt doorgetrokken. De contractuele compensatie ten gevolge van deze overeenkomst is aan de boedel tegenwerpelijk, ongeacht of de nettingovereenkomst vóór dan wel tijdens de verdachte periode is afgesloten.²¹⁷ Het woord 'schuldvergelijking' in art. 17, 2° Faill.W. wordt door art. 16, §3 WFZ bijgevolg stilzwijgend opgeheven.

273. Verder stelt art. 16, §3 WFZ dat ook art. 18 Faill.W. niet op nettingovereenkomsten van toepassing is. Dit laatste stelt dat alle handelingen en betalingen wegens wel vervallen schulden, die tijdens de verdachte periode worden gedaan, aan de boedel niet tegenwerpelijk kunnen worden verklaard. Althans wanneer deze door de schuldenaar werden verricht terwijl hij kennis had van de staking van betaling.²¹⁸ Art. 16, §3 WFZ heeft dus tot gevolg dat deze handelingen wel aan de boedel tegenwerpelijk zijn, ook wanneer de schuldenaar wist van de staking van betaling.

274. De inwerkingtreding van de WFZ had verder ook tot gevolg dat de regel uit art. 1298 BW, dat aan de rechten van derden door schuldvergelijking geen afbreuk mag worden gedaan, niet langer van toepassing is in geval van conventionele schuldvergelijking. Daarnaast speelt ook de uitzondering die voor samenhangende of verknochte schuldvorderingen wordt gemaakt hier geen rol meer.²¹⁹

275. Wat betreft de close-out bedingen is ook nog van belang dat art. 28 WGA buiten toepassing wordt gesteld door art. 14 WFZ. Art. 28 WGA zorgt ervoor dat bedingen zoals een ontbindende voorwaarde, die bepaalde gevolgen vastknopen aan de aanvraag van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, geen uitwerking krijgen.²²⁰ Ingevolge art. 14 WFZ is dat wel mogelijk wanneer het gaat om een nettingovereenkomst. Netting met daaraan verbonden de ontbinding van de overeenkomst in geval van aanvraag van een procedure van gerechtelijke reorganisatie is bijgevolg wel mogelijk.

2.2.2. Toepasbare regels Faillissementwet

276. Terwijl een aantal bepalingen van de Faill.W. door art. 16, §3 WFZ buiten toepassing worden gesteld, zijn er ook nog een aantal waarmee nog wel rekening moet worden gehouden. Zo blijven art. 17, 1° en art. 20 Faill.W. ook onder de regeling van de WFZ nog wel van toepassing.²²¹

277. Art. 17, 1° Faill.W. stelt dat handelingen of overeenkomsten, verricht of afgesloten tijdens de verdachte periode, niet aan de boedel tegenwerpelijk zijn wanneer "de waarde van hetgeen de gefailleerde heeft gegeven, de waarde van hetgeen hij daarvoor heeft ontvangen, aanmerkelijk overtreft". Een netting kan met andere woorden niet-tegenstelbaar zijn wanneer deze werd

²¹⁷ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 219.

²¹⁸ Art. 18 Faill.W.; H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS, M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, 457.

²¹⁹ B. VANDER MEULEN en D. VERCRUYSSSE, *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 232.

²²⁰ Art. 28, lid 2 WGA

²²¹ I. PEETERS, "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Bank Fin. R.* 2005, 170.

uitgevoerd of overeengekomen tijdens de verdachte periode en aan voorwaarden waardoor de waarde van hetgeen de gefailleerde krijgt voor de waarde die hij geeft aanzienlijk kleiner is.

278. In geval van een bilaterale netting zal dit niet vaak voorvallen. Art. 17, 1^o Faill.W. speelt maar een rol wanneer er sprake is van een vertekening bij de waardering van de schuldvorderingen. In geval van een multilaterale netting kan dergelijke verarming zich mogelijk wel voordoen, waardoor de netting niet kan worden tegengeworpen.²²²

279. De zogenaamde *faillissementspauliana* uit art. 20 Faill.W. blijft eveneens van toepassing op de conventionele schuldvergelijking onder de WFZ. Hierdoor zijn de nettingovereenkomsten die worden afgesloten of de nettingen die worden uitgevoerd "met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers" niet aan de boedel tegenwerpelijk. Hier is het niet van belang of dit gebeurde vóór of tijdens de verdachte periode. De niet-tegenwerpelijkheid geldt ongeacht de datum van sluiten of uitvoering van de nettingovereenkomst.²²³

280. Toch moet de niet-tegenwerpelijkheid op basis van bedrog niet te lichtzinnig worden aangenomen naar de mening van M. STORME. Aangezien de regel uit art. 18 Faill.W. van niet-tegenwerpelijkheid van een overeenkomst, gesloten terwijl men kennis had van de staking van betaling, niet geldt, mag ook over de toepasselijkheid van art. 20 Faill.W. niet te licht worden gegaan. Zo moet naast een benadeling van de andere schuldeisers, ook het bedrieglijk opzet worden aangetoond.²²⁴

2.3. Overdracht

281. De mogelijkheid bestaat dat een schuldvordering, waarop men een compensatie wil doorvoeren, wordt overgedragen aan een derde door middel van bijvoorbeeld een cessie of inpandgeving. Wanneer de schuldenaar kennis heeft van deze overdracht of in geval van erkenning, kan hij zich ingevolge art. 1295 BW niet meer op de schuldvergelijking beroepen t.a.v. de oorspronkelijke schuldeiser. De wederkerigheid die bestaat tussen de partijen die zowel schuldeiser als schuldenaar zijn, gaat immers verloren. Bijgevolg is niet voldaan aan de wederkerigheidsvereiste en is compensatie niet meer mogelijk.²²⁵ Hij kan eventueel wel schuldvergelijking tegen de overnemer van de schuldvordering inroepen. Dit is mogelijk wanneer aan alle voorwaarden voor compensatie was voldaan alvorens de schuldenaar kennis kreeg van de overdracht of voor der erkenning.

282. Art. 14 WFZ stelt echter dat een nettingovereenkomst tegenwerpelijk is en dit "niettegenstaande elke overdracht van de rechten waarop zij betrekking hebben". Art. 1295 BW is hier, in tegenstelling tot bij wettelijke schuldvergelijking, bijgevolg niet van toepassing. Gaat het

²²² M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 219.

²²³ Art. 20 Faill.W.

²²⁴ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 220.

²²⁵ I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *RDC* 2006, 180-181; art. 1295 BW.

om een nettingovereenkomst die geldig en vóór de overdracht werd afgesloten, dan wordt door de overdracht geen afbreuk gedaan aan de tegenwerpelijke van de netting.²²⁶

283. In art. 14 WFZ wordt wel enkel gesproken over de 'overdracht' van de schuldvordering maar niet van enige ander vorm van vervreemding. Deze overdracht mag echter ruim worden opgenomen. Elke vorm van rechtsopvolging ten bijzondere of ten algemene titel en alle vormen van eenzijdige vestiging van zakelijke rechten met betrekking tot deze rechten mogen hieronder begrepen worden.²²⁷

284. Het Duitse recht voorziet in een wettelijke bepaling die de schuldvergelijking na overdracht regelt. Zo blijft verrekening in principe mogelijk, ook wanneer de schuldvordering wordt overgedragen. Deze mogelijkheid wordt echter uitgesloten wanneer de schuldenaar kennis had van de overdracht of de vordering pas opeisbaar wordt nadat hij kennis heeft gekregen van de overdracht.²²⁸

285. Naar Nederlands recht wordt bij overdracht, binnen bepaalde grenzen, voorzien in een uitzondering op de wederkerigheidsvereiste. Na een overdracht ten bijzondere titel, is het voor de schuldenaar nog steeds mogelijk een tegenvordering te verrekenen op de oorspronkelijke schuldeiser. Hiertoe is wel vereist dat "deze tegenvordering uit dezelfde rechtsverhouding als de overgegangene vordering voortvloeit of reeds vóór de overgang aan hem is opgekomen en opeisbaar geworden".²²⁹ Deze mogelijkheid bestaat wel enkel voor de schuldenaar.

2.4. Grond wettelijk Hof 27 november 2008

2.4.1. Arrest Grondwettelijk Hof

286. Een belangrijk arrest in het kader van de tegenwerpelijke van een nettingbeding volgens de WFZ is dat van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008. Het Hof kreeg hier de prejudiciële vraag voorgeschied met betrekking tot de artikelen 14 en 15 WFZ. Het moest uitspraak doen over de verenigbaarheid van art. 10 en 11 van de Grondwet met art. 14 en 15 WFZ, in zoverre deze laatsten het mogelijk maken om nettingovereenkomsten, onder de voorwaarden die in deze artikelen worden gesteld, aan derden te kunnen tegenwerpen in geval van o.a. samenloop.²³⁰

287. Het ging hier om het verschil in behandeling van een schuldeiser die, in het kader van een collectieve schuldenregeling, beroep kan doen op een nettingovereenkomst en de schuldeiser die dit niet kan. De vraag die het Hof hier krijgt, betreft de grondwettigheid van deze ongelijke behandeling.

²²⁶ Art. 14, §1 WFZ; M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 228.

²²⁷ I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *RDC* 2006, 181.

²²⁸ § 406 InsO.

²²⁹ Art. 6:130 NBW; N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 244.

²³⁰ GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7950.

288. In zijn overwegingen stelt het Hof dat het verschil in behandeling tussen deze twee categorieën schuldeisers op een objectief criterium berust, namelijk het feit of er al dan niet een nettingovereenkomst werd afgesloten met de betrokken schuldenaar. Het Hof beschouwt beide categorieën schuldeisers bovendien ook als voldoende vergelijkbaar aangezien beiden beschikken over schuldvorderingen op een natuurlijk persoon die aan een procedure van collectieve schuldenregeling onderworpen is.²³¹

289. Art. 14 en 15 WFZ hebben tot gevolg dat alle nettingovereenkomsten aan de samenloop tegenstelbaar zijn. De hoedanigheid van de partijen die dergelijke overeenkomst afsluiten speelt hierbij geen rol. Het maakt bijgevolg geen verschil uit of het gaat om een bankinstelling of handelaar dan wel een natuurlijke persoon. Hierdoor werd het toepassingsgebied *ratione personae* uitgebreid t.o.v. RL 2002/47/EG tot buiten de financiële sector. Dit wegens de bescherming in het kader van de Europese verordening nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures waarvoor de nettingovereenkomsten reeds in aanmerking komen.²³²

290. Het Hof haalt vervolgens aan dat het doel van de wetgever erin bestond de economische groei en financiële stabiliteit te waarborgen. Het argumenteert hier dat, met het oog op dit doel, "de maatregel die erin bestaat de kredietinstellingen toe te staan een nettingovereenkomst te doen gelden om te ontsnappen aan de regel van de samenloop, niet pertinent is in zoverre hij van toepassing is op de schuldenaars, die natuurlijke personen zijn". Dit omdat deze laatste onder de collectieve schuldenregeling vallen.²³³

291. Het Hof komt zo tot de beslissing dat er inderdaad een schending is van art 10 en 11 van de Grondwet. Dit in zoverre art. 14 en 15, §1 WFZ van toepassing zijn op "natuurlijke personen die geen kooplieden zijn in de zin van artikel 1 van het Wetboek van koophandel". Behoudens het geval waar het gaat om 'vermogende' personen die beschikken over effecten, kan volgens het Hof niet op redelijke wijze worden verantwoord dat op deze manier aan de rechten van de andere schuldeisers afbreuk wordt gedaan. Op deze natuurlijke personen moet bijgevolg het gemeen recht worden toegepast en niet de WFZ.²³⁴

2.4.2. Kritiek uit de rechtsleer

292. In de rechtsleer wordt deze uitspraak betreurd. Dit wegens onjuiste en betwistbare gronden waarop het Hof zich baseert. In het arrest bekijkt het Hof het verschil in behandeling dat bestaat tussen de natuurlijke personen die zich kunnen beroepen op een nettingovereenkomst en zij die dit niet kunnen. Zoals E. DIRIX terecht aanhaalt, speelt deze ongelijkheid bij alle zekerheidsrechten die worden bedongen. Het verschil tussen deze schuldeisers is immers louter gebaseerd op het feit of

²³¹ R. HOUBEN en I. PEETERS, "De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak", *TBH* 2011, 766; *GwH* 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7952.

²³² R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting" (noot onder *GwH* 27 november 2008), *RDC* 2009, 503 en 504; *GwH* 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7952.

²³³ *GwH* 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7953.

²³⁴ *GwH* 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7952 en 7953.

al dan niet dergelijk beding is opgenomen. Met dit arrest wordt bijgevolg met de zekerheidsfunctie van de schuldvergelijking geen rekening gehouden.²³⁵

293. Ook de vergelijkbaarheid die het Hof aanneemt tussen de schuldeisers die zich op een nettingovereenkomst kunnen beroepen en zij die dit niet kunnen, is voor kritiek vatbaar. Het Hof stelt dat beide beschikken over een schuldvordering op een natuurlijk persoon. Uit de bewoording "dat de eerste categorie overigens schuldenaar is van die natuurlijke persoon" blijkt echter dat het Hof insinueert dat enkel de schuldeisers die een nettingovereenkomst hebben afgesloten, ook schuldenaar zijn tegenover de natuurlijke persoon. Wederzijds schuldenaarschap is echter niet afhankelijk van het bestaan van een nettingovereenkomst. Vandaar ook het bestaan van wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking.²³⁶

294. Daarnaast is ook het gebruik van het woord 'vermogende' natuurlijke personen vreemd. Het is immers net bij onvermogen dat het zekerhedenrecht van belang is. Een zekerheidsmechanisme, zoals een nettingbeding, heeft net de bedoeling uitwerking te krijgen in een insolventieprocedure en de zekerheidsnemer in dat geval van een gunstige positie te voorzien.²³⁷

295. M. STORME haalt verder ook aan dat het Hof zich eigenlijk baseert op een gebrek aan motivering door de wetgever om het toepassingsgebied naar overeenkomsten met niet-handelaars uit te breiden. Indien de wetgever hier wel voldoende redenen zou hebben aangehaald, was het Hof misschien niet tot dezelfde beslissing gekomen. Het Hof houdt hier geen rekening met het feit wat door art. 14 WFZ wordt bepaald, voor een groot deel reeds van toepassing was ingevolge het gemeen verbintenissenrecht. Bijgevolg kan op het gemeen recht, dat reeds eerder bestond en deze regels voor een groot deel kende, niet dergelijke grond van ongrondwettigheid worden toegepast.²³⁸

296. Ook wat betreft duidelijkheid is dit een jammerlijk arrest. Een regeling betreffende nettingovereenkomsten die zonder onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars van toepassing is, was de eenvormigheid en duidelijkheid voor alle partijen alleen maar ten goede gekomen. Nu moet telkens worden nagegaan of art. 14 WFZ dan wel het gemeen recht moet worden toegepast.

297. Bovendien was de toepassing van de WFZ op natuurlijke personen, en de daarmee gepaard gaande uitbreiding van de erkenning van schuldvergelijking na samenloop, ook ten goede gekomen om de achterstand die we op dit vlak kennen met andere Europese landen te dichten. Met de WFZ

²³⁵ E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NJW* 2008, 926.

²³⁶ R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting" (noot onder GwH 27 november 2008), *RDC* 2009, 506.

²³⁷ E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NJW* 2008, 926; GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7952.

²³⁸ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 236.

werd een stap in de goede richting gezet om aan te sluiten bij de ons omringende landen. Met dit arrest werd deze vooruitgang toch weer enigszins ingeperkt.²³⁹

2.4.3. Gevolgen

298. Men kan zich de vraag stellen hoe verstrekkend de gevolgen van dit arrest van het Grondwettelijk Hof nu precies zijn. Het is duidelijk dat de WFZ niet langer kan dienen als grondslag voor de tegenwerpelijheid van netting na samenloop, indien de wederpartij een natuurlijk persoon is maar geen handelaar.

299. Aan de geldigheid van een overeenkomst of beding tot netting wordt door het arrest niet geraakt. Ook voor handelaars en financiële instellingen verandert er ook niets wat betreft de tegenwerpelijheid. Gaat het echter om een natuurlijk persoon die geen handelaar is, dan moet wat betreft de tegenwerpelijheid van de netting worden teruggevallen op het gemeen recht.²⁴⁰

300. Opdat netting na samenloop mogelijk is, stelt het gemeen recht de voorwaarde dat het gaat om schuldvorderingen die bestaan. Daarnaast is ook vereist dat het gaat om samenhangende vorderingen. Dergelijke samenhang kan door de partijen ook overeen worden gekomen. Indien dit tijdig gebeurt, kan de overeengekomen samenhang ingevolge art. 1165 BW ook worden tegengeworpen aan rechtsverkrijgende derden.

301. Ook zonder de WFZ biedt het gemeen recht voldoende waarborgen opdat netting na samenloop met een natuurlijk persoon die geen handelaar is, mogelijk is. De regels zoals bepaald door de WFZ waren immers reeds grotendeels gekend in het gemeen recht. Dit wijst er nogmaals op dat het arrest eerder berust op een rechtsdwaling.²⁴¹

302. Gezien de regels reeds grotendeels gekend waren in het gemeen recht, is o.a. STORME de mening toegedaan dat het effect van het arrest van het Grondwettelijk Hof niet echt noemenswaardig is. Uiteraard is het niet zo dat het gemeen recht dezelfde bescherming kan bieden als een duidelijke wetsbepaling. Zo kent de regel van gemeen recht ook een aantal beperkingen. Zo is deze bijvoorbeeld niet van toepassing op andere schuldvorderingen dan schuldvorderingen op naam. Ook moet de overeenkomst tot schuldvergelijking voor de samenloop zijn gesloten. Hier moet, in tegenstelling tot wat het geval is onder de WFZ wel rekening worden gehouden met de nul-uur-regel.²⁴²

303. Ten gevolge van het arrest van 27 november 2008 van het Grondwettelijk Hof werden art. 14 en 15 WFZ met de wet van 26 september 2011 aangepast. Aan beide artikelen werd een nieuwe

²³⁹ R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting" (noot onder GwH 27 november 2008), *RDC* 2009, 505.

²⁴⁰ R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting" (noot onder GwH 27 november 2008), *RDC* 2009, 505.

²⁴¹ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 236.

²⁴² M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 236.

paragraaf toegevoegd, dewelke stelt dat de regeling van de WFZ niet van toepassing is op nettingovereenkomsten "gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn".²⁴³

304. Op dit principiële verbod wordt in de WFZ wel een uitzondering voorzien. Zo blijft netting tegenwerpelijk, wanneer de natuurlijke persoon waarmee de nettingovereenkomst werd afgesloten, op het moment van sluiten van de overeenkomst nog de hoedanigheid van handelaar had. Aan deze uitzondering wordt verder de voorwaarde verbonden dat de netting die ingeroepen wordt, betrekking heeft op minstens één verbintenis die is ontstaan op het moment dat de natuurlijke persoon nog handelaar was.²⁴⁴

305. Een ideale oplossing is deze wetswijziging niet. Heel wat rechtsleer is van mening dat andere oplossingen hier beter waren geweest. Dit vooral met het oog op meer coherentie met andere Europese landen. In plaats van het streven naar een ruimere mogelijkheid tot netting na samenloop, wordt hiermee immers eerder een stapje achteruit gedaan.

306. Een betere oplossing was de invoering van een algemeen recht op schuldvergelijking geweest. Dit ongeacht de hoedanigheid van de schuldeisers, de vorm van de schuldvergelijking en zonder vereiste van samenhang. Op die manier kan ook worden tegemoetgekomen aan de discriminatie die in het arrest van het Grondwettelijk Hof wordt vastgesteld.²⁴⁵ Om dit te bereiken moeten de artikelen 1298 BW en 17, 2° Faill.W. worden aangepast.²⁴⁶

3. Gevolgen

307. Krijgt de netting uitwerking in geval van faillissement, dan heeft dit tot gevolg dat de schuldvorderingen van beide partijen met elkaar worden verrekend. Hierdoor komen niet al deze schuldvorderingen in de boedel terecht. Op het moment van samenloop bestaat enkel nog het nettosaldo na verrekening van de schuldvorderingen. Hierdoor wordt ook aan de rechten derden van geen afbreuk gedaan (art. 1298 BW). De boedel heeft immers nooit meer gekregen dan het nettosaldo.²⁴⁷

308. Bovendien is de netting, wanneer voldaan is aan de voorwaarden, ook aan de andere schuldeisers van de gefailleerde tegenwerpelijk. Op die manier is het nettingbeding een zekerheidsmechanisme tegen samenloop. Enkel het deeltje dat na verrekening ten gunste van één van de partijen overblijft, valt in de boedel. Het overige deel van de schuldvorderingen is verzekerd. Hier moet men niet als chirografaire schuldeiser achteraan gaan.

²⁴³ Art. 20 en 21 Wet van 26 september 2011.

²⁴⁴ Art. 14, §2 lid 2 en art. 15, §3 lid 2 WFZ; R. HOUBEN, "Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van netting)", *R.W.* 2012-13, 1531.

²⁴⁵ R. HOUBEN en I. PEETERS, "De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak", *TBH* 2011, 768.

²⁴⁶ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 237.

²⁴⁷ M. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (207) 232.

4. Conclusie

309. De techniek van schuldvergelijking is een oude en reeds lang gekende techniek waarbij de schuldvorderingen van twee of meer partijen, die zowel schuldeisers als schuldenaar zijn, met elkaar worden verrekend. Aan de wettelijke schuldvergelijking, die van rechtswege intreedt, worden een aantal voorwaarden verbonden. Wanneer aan deze voorwaarden niet is voldaan, kan de conventionele schuldvergelijking mogelijk een oplossing bieden.

310. Met de WFZ heeft de wetgever getracht meer duidelijkheid en zekerheid te bieden omtrent dergelijke conventionele schuldvergelijking. Gezien het ruime toepassingsgebied en de principiële tegenwerpelijheid van de netting, is dit een stap in de goede richting wat de netting als zekerheidsmechanisme betreft.

311. Bovendien werd op die manier meer aansluiting gezocht met andere Europese landen. Waar in Frankrijk net zoals in België nog een principiële verbod bestaat wat betreft de schuldvergelijking na samenloop, kent men in andere landen zoals Duitsland en Nederland immers net een principiële tegenwerpelijheid van de compensatie na samenloop.

312. Het gebruik van een nettingbeding biedt heel wat voordelen. Zo worden de geldstromen tussen partijen en bijgevolg ook de transactiekosten beperkt. Bovendien is de kans dat men niet betaald zal krijgen ook een stuk kleiner. Is dit toch het geval, dan gaat het om kleinere bedragen. De schuldvorderingen worden immers verrekend en enkel het nettosaldo blijft over.

313. Opdat de netting in geval van faillissement (of andere vorm van samenloop) aan de boedel kan worden tegengeworpen, stelt de WFZ twee voorwaarden. Allereerst moeten de schuld en schuldvorderingen bestaan. Daarnaast is ook vereist dat de nettingovereenkomst werd gesloten vóór het moment van ontstaan van de samenloop. De nul-uur-regel is hierbij niet van toepassing.

314. Ook bij overdracht van de schuldvorderingen blijven deze regels van toepassing. De overdracht doet met andere woorden geen afbreuk aan de tegenwerpelijheid van de netting. Naar Duits recht wordt in geen gelijkaardige regeling voorzien. Ook Nederland voorziet in bepaalde gevallen in een mogelijkheid tot compensatie na overdracht.

315. Wat betreft de regels inzake de verdachte periode kan aan de tegenwerpelijheid wel afbreuk worden gedaan ingevolge de regels uit art. 17, 1° Faill.W. en art. 20 Faill.W. (*Faillissementspauliana*). Andere regels inzake de verdachte periode worden dan weer niet van toepassing verklaard op de nettingovereenkomst. Zo sluit art. 16, §3 Faill.W. de toepassing van art. 17, 2° en 18 Faill.W. uit.

316. Met het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008 werd het personeel toepassingsgebied van de WFZ ingeperkt. Het Hof stelde hier immers dat de toepassing van de art. 14 en 15 WFZ op natuurlijke personen die geen handelaar zijn een schending van de art. 10 en 11 GW uitmaakt. In navolging van dit arrest werd de WFZ met de wet van 26 september 2011 aangepast. Dit ondanks de bedenkelijke gronden waarop het Hof zich baseerde en kritiek die op dit arrest kwam vanuit de rechtsleer.

317. Hiermee werd een knauw gegeven aan de stap in de goede richting om meer aansluiting te zoeken bij andere Europese landen en te streven naar een ruime toepassing van de netting na samenloop. Wat betreft natuurlijke personen die geen handelaar zijn, moet bijgevolg op het gemene recht worden teruggevallen. Gezien de regels van de WFZ ook hier in grote mate toepasselijk zijn, biedt ook het gemene recht voldoende waarborgen voor netting na samenloop. Toch biedt dit niet dezelfde bescherming als een duidelijke wettelijke bepaling.

318. Ondanks dat de natuurlijke personen die geen handelaar zijn buiten het toepassingsgebied van de WFZ vallen, biedt de WFZ een ruime bescherming en duidelijke regeling van de netting na samenloop en de tegenwerpelijke ervan. Het is dus zeker een stap in de goede richting om te komen tot een algemeen erkend recht op netting na samenloop.

IV. Besluit

319. De centrale onderzoeksvraag van deze masterproef betrof de bruikbaarheid van bepaalde contractuele bedingen als bescherming tegen een insolvente tegenpartij en de vereisten waaraan hiertoe moet zijn voldaan. De onderzochte contractuele bedingen hebben elk zeker hun nut als waarborgmechanisme tegen een insolvente tegenpartij. Naargelang de situatie en de betrokken partijen, biedt het ene beding een betere bescherming dan het andere.

320. Zo is daar het eigendomsvoorbehoud waarmee de verkoper zich de eigendom van het goed dat hij verkoopt, voorbehoudt tot het moment waarop de volledige koopsom is betaald. Tot die tijd blijft hij eigenaar en is de koper slechts in het bezit van het goed. Als waarborgmechanisme biedt het eigendomsvoorbehoud bescherming doordat het goed in geval van samenloop buiten de boedel valt. Zolang de prijs niet is betaald, is het goed nog steeds eigendom van de verkoper en kan hij het goed revindiceren.

321. De erkenning van de tegenwerpelijke van deze opschortende voorwaarde heeft reeds een lange weg afgelegd. Waar een eigendomsvoorbehoud eerst niet kon worden tegengeworpen aan derden, en dus geen bescherming bood tegen samenloop, werd een grote stap vooruit gezet met de Faill.W. van 1997. Hiermee werd de tegenwerpelijke van het eigendomsvoorbehoud wettelijk erkend in geval van faillissement. Voor andere vormen van samenloop werd de tegenwerpelijke slechts in bepaalde gevallen erkend door rechtspraak en rechtsleer.

322. Met de nieuwe wet van 11 juli 2013, de Pandwet, wordt de regeling betreffende het eigendomsvoorbehoud naar het BW overgeheveld en zal de tegenwerpelijke ervan wettelijk worden erkend in alle gevallen van samenloop. Op die manier zal de Belgische regeling ook beter aansluiten bij die van andere Europese landen. Zo wordt de tegenwerpelijke van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop reeds erkend in Frankrijk, Nederland en Duitsland. In Duitsland is zelfs een ruimere toepassing van het eigendomsvoorbehoud mogelijk door middel van het zogenaamde verlengde eigendomsvoorbehoud.

323. Opdat een eigendomsvoorbehoud kan worden tegengeworpen in geval van samenloop is vereist dat het beding schriftelijk werd opgesteld en dat ten laatste op het ogenblik van levering van het verkochte goed. Deze vereiste wordt zowel onder de huidige regeling van de Faill.W. als onder de PW gesteld. De PW vereist in de gevallen waar de koper een consument is eveneens dat de instemming van deze laatste met het eigendomsvoorbehoud uit het geschrift blijkt.

324. Waar de in-natura vereiste het eigendomsvoorbehoud in bepaalde gevallen in het gedrang brengt onder de regeling van de Faill.W., wordt deze vereiste met de PW opgeheven. Bovendien worden de bepalingen betreffende de pandrechten eveneens van toepassing gemaakt op het eigendomsvoorbehoud. Hierdoor wordt het waarborgmechanisme beter bruikbaar en krijgt het een ruimere bescherming. Met de inwerkingtreding van de PW zal het eigendomsvoorbehoud dan ook als een volwaardig zekerheidsmechanisme te beschouwen zijn.

325. Een tweede contractueel beding dat als waarborgmechanisme tegen een insolvente tegenpartij kan worden gebruikt, is de ontbindende voorwaarde. Hiermee bedingen de partijen dat

een einde komt aan de overeenkomst bij het zich voordoen van een bepaalde gebeurtenis, hier een situatie van samenloop. Op die manier spelen ze in op de mogelijke insolventie van de tegenpartij.

326. Met dergelijke voorwaarde trachten partijen af te wijken van het principe van continuïteit voor lopende overeenkomsten in geval van samenloop. Waar dit voor faillissement geen probleem is, zal het dat in geval van een gerechtelijke reorganisatie wel. Ingevolge art. 35, §1 WCO is het immers niet mogelijk van de principiële continuïteit af te wijken, ook niet door middel van een ontbindende voorwaarde. Op deze regel zijn enkele uitzonderingen, waaronder ook de ontbindende voorwaarde onder de vorm van een close-out beding. Toch is de bruikbaarheid van de ontbindende voorwaarde als waarborgmechanisme slechts erg beperkt in het geval van een gerechtelijke reorganisatie.

327. Om geldig te zijn is slechts vereist dat de ontbindende voorwaarde afhankelijk wordt gemaakt van een gebeurtenis die zowel toekomstig als onzeker is. Het is niet toegelaten dat het gaat om een zuiver potestatieve voorwaarde. De zakelijke werking van de ontbindende voorwaarde wordt doorgaans wel aanvaard. Hiertoe is wel vereist dat is voldaan aan de publiciteitsvoorwaarden. Hiervoor moet teruggegrepen worden naar art. 20,5 ° Hyp.W. wanneer het gaat om roerende goederen en naar art. 27-28 Hyp.W. bij onroerende goederen. Dit behoudens wanneer bijzondere regels van toepassing zijn.

328. Doet de voorwaardelijke gebeurtenis van een samenloop zich voor, dan heeft de ontbindende voorwaarde naar Belgisch recht, net zoals naar Frans recht het geval is, retroactieve werking. Hierdoor krijgt de ontbindende voorwaarde zowel *sensu stricto* als *sensu lato* zakelijke werking. Zowel de overeenkomst als de beschikkingen die in de tussentijd zijn gedaan worden ongedaan gemaakt.

329. Naar Duits en Nederlands recht kent men geen retroactieve werking toe aan de ontbindende voorwaarde. Hier wordt de overeenkomst ontbonden *ex nunc*. De zakelijke werking *sensu stricto* wordt gebaseerd op § 158 BGB en art. 6:22 en 3:84 NBW. Door gebrek aan retroactieve werking worden in tussentijd gedane beschikkingen niet automatisch ongedaan gemaakt zoals naar Belgisch recht het geval is. Toch krijgt ook hier de ontbindende voorwaarde zakelijke werking *sensu lato*. Naar Duits recht is dat ingevolge § 161 BGB, naar Nederlands recht vloeit deze voort uit het voorwaardelijke karakter van het eigendomsrecht.

330. Een derde en laatste contractueel waarborgmechanisme dat aan bod kwam, is het nettingbeding in geval van faillissement. De techniek van schuldvergelijking is reeds lange tijd gekend. Wanneer twee of meer partijen wederzijdse schuldvorderingen hebben, kunnen deze worden verrekend met elkaar. Hiertoe moet wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Zo niet is wettelijke schuldvergelijking niet mogelijk.

331. In die gevallen kan de conventionele schuldvergelijking een oplossing bieden. De netting, zoals geregeld onder de WFZ, is een vorm van conventionele schuldvergelijking. Door een nettingbeding in geval van faillissement op te nemen, worden de wederzijdse vorderingen van partijen met elkaar verrekend zodat enkel nog een netto-saldo overblijft dat moet worden voldaan. Op die manier komt men als schuldeiser van de gefailleerde voor een veel beperkter bedrag op in de boedel.

332. Met de WFZ wordt de tegenwerpelijheid van het nettingbeding principieel erkend. Met het oog op eenheid en coherentie op Europees niveau is dit een stap in de goede richting. Naar Belgisch recht is er immers een principieel verbod op schuldvergelijking na samenloop. Naar Frans recht is dit net zo. Met de WFZ worden netting-overeenkomsten principieel tegenwerpelijk. Op die manier evolueert men meer naar een regime zoals dat van Nederland en Duitsland waar de schuldvergelijking na samenloop in principe tegenwerpelijk is.

333. Om aan de boedel tegenwerpelijk te zijn, stelt de WFZ twee voorwaarden. Zo vereist art. 14 WFZ het bestaan van de schuld en schuldvordering. De datum van opeisbaarheid speelt hierbij geen rol. Daarnaast moet de netting-overeenkomst ingevolge art. 15 WFZ gesloten zijn voor het ontstaan van het faillissement. De nul-uur regel wordt hierbij buiten toepassing gelaten.

334. Art. 16 WFZ stelt ook nog een aantal andere regels inzake de verdachte periode buiten toepassing. Art. 17, 1 en 20 Faill.W. blijven echter wel van toepassing en kunnen de uitwerking van het nettingbeding eventueel nog in het gedrang brengen.

335. Een jammerlijk arrest is dat van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008. Het Hof stelde hier dat de toepassing van art. 14 en 15 WFZ op personen die geen handelaar zijn een schending van het art. 10 en 11 GW uitmaakt. Door dit arrest en de wet van 26 september 2011 werd het toepassingsgebied van de WFZ ingeperkt. Enkel handelaars of personen die op het moment van het sluiten van de netting-overeenkomst nog handelaar waren, vallen nog onder de regeling van de WFZ.

336. Voor niet-handelaars moet bijgevolg worden teruggevallen op het gemene recht. Aangezien de regels onder de WFZ grotendeels ook gekend zijn in het gemene recht, worden ook hier voldoende waarborgen geboden voor schuldvergelijking na samenloop. De rechtsleer is dan ook van mening dat de invloed van het arrest van het GwH dan ook slechts gering is. Toch biedt het gemene recht niet dezelfde bescherming als een duidelijke wettelijke regeling zoals onder de WFZ.

337. Wanneer we tot slot kijken naar de contractuele bedingen opgenomen met het oog op insolventie in het algemeen, zien we dat er een tendens is naar een ruimere erkenning van de tegenwerpelijheid in het algemeen en naar een uitbreiding van de werking van dergelijke bedingen. De PW is hiervan het een goed voorbeeld. Men gaat naar een meer algemene erkenning van de waarborgmechanismen. Hiermee streeft men ook naar meer eenvormigheid tussen het Belgische recht en dat van andere Europese landen.

338. Rechtsvergelijkend zien we dat het Belgische recht en het Franse recht, waarop het onze gebaseerd is, in grote mate gelijk geëvolueerd zijn en nog steeds niet zo veel van elkaar verschillen.

339. Het Duitse recht verschilt dan weer behoorlijk van het onze. Met gaat ruimer in het erkennen van de onderzochte waarborgmechanismen en hun tegenwerpelijheid. Waar het Belgische recht zich stilaan aanpast aan de andere Europese landen en hiermee meer op één lijn tracht te komen, is het Duitse recht hierin al enkele stappen verder.

340. Ook het Nederlandse recht staat wat dit betreft verder dan het Belgische recht. Ook hier krijgen de waarborgmechanismen een ruimere erkenning en uitwerking, doch niet helemaal zo ruim als het Duitse recht. Het zit ergens tussen het Belgische en Duitse recht in, maar neigt uiteindelijk toch meer naar de kant van het Duitse recht en zijn ruime erkenning en duidelijke wettelijke regeling.

V. Bibliografie

1. Wetgeving

Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de financiële zekerheidsovereenkomsten van 6 juni 2002.

Burgerlijk wetboek van 21 maart 1804, *Code Napoléon* 3 september 1807.

Hypotheekwet van 16 december 1851 (boek III, titel XVIII, B.W.), *BS*, 22 december 1851.

Loi n° 80-335 van 12 mei 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de Vente. (legifrance.gouv.fr)

Loi n° 85-98 van 25 januari 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires de entreprises.

Nieuw Burgerlijk Wetboek, boek 3, vermogensrecht, 1992.

Loi n° 94-475 van 10 juni 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord, *BS* 28 oktober 1997.

Faillissementswet van 8 augustus 1997, *BS* 28 augustus 1997.

Wet 4 september 2002 tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *BS* 21 september 2002.

Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *BS* 1 februari 2005.

Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009.

Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010.

Wet van 26 september 2011 tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *BS* 10 november 2011.

Wet 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

Ontwerp van faillissementswet, amendementen, *Parl. St.* Kamer 1995-1996, nr. 330/02.

Wetsontwerp tot wijziging van de faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechtelijk wetboek en het Wetboek van vennootschappen, *Parl.St.* Kamer 2000-01, nr. 1132/013.

Wetsontwerp betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijk-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001.

Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *Parl. St.* Kamer 2012-13 , nr. 2463/001.

2. Rechtspraak

GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *BS* 4 februari 2009, 7950.

Cass. 9 februari 1933, *Pass.* 1933, 103.

Cass. 15 september 1988, N-19880915-16.

Cass. 20 oktober 2005, C.030244.N/1.

Cass. 30 maart 2006, AR C040486N.

Cass. 25 september 2006, AR C050554F.

Cass. 7 mei 2010, AR C090317F, *NJW* 2010, 502.

Cass. 24 januari 2011, *TRV* 2012, 627.

Antwerpen 24 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 798.

Bergen 4 mei 1988, *JLMB* 1999, 444.

Brussel 3 december 1992, *JT* 1994, 599, *RW* 1992-93, 1342.

Luik 21 maart 1995, *RRD* 1995, 468.

Antwerpen 18 november 2002, *R.W.* 2003-04, 629.

Gent 4 december 2006, 2006/AR/152.

Brussel 19 november 2002, *RDC* 2003, 771.

Antwerpen 3 februari 2005, *R.W.* 2005-06, 788.

Brussel 9 februari 2005, AR.1130.

Rb. Leuven 26 oktober 1999, *R.W.* 2001-2002, 32.

Kh. Ieper 29 juni 1998, *R.W.* 1999-2000, 21.

Kh. Dendermonde 5 oktober 1998, *RDC* 1999, 206.

Kh. Brussel 23 maart 1999, *RDC* 2002, 289.

Kh. Turnhout 29 juni 1999, *R.W.* 1999-2000, 930.

Kh. Antwerpen 25 februari 2008, *R.W.* 2008-09, 971-976.

Kh. Gent 8 april 2008, *R.W.* 2008-09, 976.

3. Rechtsleer

3.1. Boeken

ALOFS, E., *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 588 p.

ASSER, C., *Goederenrecht: Algemeen goederenrecht*, Kluwer, 2006, 604 p.

BRAECKMANS, H., COUSY, H., DIRIX, E., TILLEMANN, B. en VANMEENEN, M., *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, 1029 p.

BRAECKMANS, H., COUSY, H., DIRIX, E., TILLEMANN, B. en VANMEENEN, M., *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, 492 p.

BRUSSENS, F., *Aannemingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 505 p.

BYTTEBIER, K., DE BATSELIER, E. en JANSSENS, E., *Faillissement en gerechtelijk akkoord herbekeken*, Antwerpen, Maklu, 2004, 245 p.

COLLON, L., CULOT, A., GAIONI, C., HUNIN, D., LORDINOIS, J., MENNIG, F., ROUSSEAU, L. en VAN DEN EYNDE, P., *Le compromise de vente. Effets civils et fiscaux*, Anthemis, 2006, 160 p.

DE WILDE, A., *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 619 p.

DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Deurne, Kluwer, 1992, 320 p.

FABER, N.E.D., *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 614 p.

HÜBNER, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, de Gruyter, 1996, 598 p.

OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations: Tome 3, régime général de l'obligation, théorie des preuves*, Groupe de Boeck, 2010, 2665 p.

REEHUIS, W. H. M., *Overdracht*, Kluwer, 2010, 135 p.

RUYSSCHAERT, S., BUYL, V. en GIELIS, M., *Handboek leasing. Roerende en onroerende leasing, Cross border leasing. Juridische, boekhoudkundige en fiscale aspecten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 235 p.

SAGAERT, V., TILLEMANN, B. en VERBEKE, A., *Vermogensrecht in kort bestek. Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 475 p.

SHELTEMA, A.H., *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Kluwer, 2003, 462 p.

SPATH, J.B., *Zaakvervang*, Nijmegen, Kluwer, 2010, 457 p.

STIJNS, S., *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht boek 2*, Brugge, Die Keure, 2007, 81 p.

STORME, M., *Insolventie- en Beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2012-2013, 153 p.

STORME, M.E., *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 1144 p., <http://storme.be/Insolventierecht2013oudrecht.pdf>.

STORME, M.E., *Zekerheden- en Insolventierecht*, Gent-Mariakerke, 2013, 1144 p., <http://storme.be/Insolventierecht2013.pdf>.

TILLEMANS, B. en VERBEKE, A., *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 312 p.

VANDER MEULEN, B. en VERCRUYSSSE, D., *Praktische gids voor faillissementscuratoren*, Mechelen, Kluwer, 2007, 667 p.

VANHEES, H., *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 479 p.

VAN QUICKENBORNE, M., *Voorwaardelijke verbintenissen*, Mechelen, Kluwer, 2006, 184 p.

ZENNER, A., *Wet continuïteit ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 221 p.

3.2. Bijdragen in tijdschriften

BEYAERT, S., "Koop onder opschortende voorwaarde", *Not.Fisc.M.* 2004, 154-168.

BODDAERT, C., "Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de Wet Financiële Zekerheden", *Bank Fin. R.* 2010, 240-255.

CALLENS, P., "De bescherming van de verkoper van roerende goederen door eigendomsvoorbehoud. Een rechtsvergelijkend overzicht", *Jura Falc.*, 1970-80, 99-112.

DE CONINCK, J., "De terugwerkende kracht van de vervulde ontbindende voorwaarde. (Aspecten van) de retroactiviteit als traditionele dogmatische fundering van de zaken- c.q. goederenrechtelijke werking van de rechtsgevolgen eveniente conditione van de ontbindende voorwaarde-modaliteit", *TPR* 2005, 9-42.

DE CONINCK, B., "La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours", *TBBR* 2005, 241-258.

DEL CORAL, J., "De geldigheid en tegenwerpelijheid van de overdracht van roerende lichamelijke goederen", *R.W.* 2013-14, 323-336.

DE WILDE, A., "Kroniek van rechtspraak gerechtelijk akkoord en faillissement", *R.W.* 1999-2000, 585-600.

DIRIX, E., "Compensatiebeding: een tweesnijdend zwaard?", *R.W.* 2008-09, 1020-1022.

DIRIX, E., "Eigendomsvoorbehoud", *R.W.* 1997-1998, 481-496.

DIRIX, E., "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NJW* 2008, 926.

DIRIX, E., "De uitoefening van het eigendomsvoorbehoud bij faillissement", *R.W.* 1999-2000, 1038-1039.

DIRIX, E., "Faillissement en lopende overeenkomsten", *R.W.* 2003-2004, 201-211.

DIRIX, E. en SAGAERT, V., "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *THB* 2001, 580-600.

GEORGES, F., "Les moyens de se prémunir contre la défaillance de ses cocontractants", *Act. Dr.* 1997, 545-600.

GIGOT, A. S., "L'opposabilité de la clause réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité", *TBH* 2001, 511-544.

HOUBEN, R., "Contractuele compensatie na samenloop – De nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-2006, 1161-1172.

HOUBEN, R., "Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van netting)", *R.W.* 2012-13, 1522-1533.

HOUBEN, R. en PEETERS, I., "De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak", *TBH* 2011, 761-773.

PEETERS, I., "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Bank Fin. R.* 2005, 164-178.

PEETERS, I. en CHRISTIAENS, K., "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *TBH*, 2006, 170-207.

PEETERS, I. en ZENNER, A., "Tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen", *R.W.* 2004, 481-505.

PEETERS, I. en ZENNER, A., "Faillite et compensation: une révolution copernicienne", *JT* 2005, 333-336.

SAGAERT, V., "Het 'in natura'-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop", *TBH* 2003, 773-781.

SAGAERT, V. en SOMERS, M., "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 78-96.

STIJNS, S., "De opschortende voorwaarde in de onroerende koop: De notariële praktijk tegen het licht gehouden van de recente rechtspraak en rechtsleer", *Not.Fisc.M.* 2008, 77-102.

STORME, M. E., "Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn", *R.W.* 2011-12, 254-266.

VANDEBERGHE, H. en VIAENE, T., "Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal", *TBO* 2006, 34-55.

VANDENPLAS, M., "De rechtspositie van de verkoper van een onder beding van eigendomsvoorbehoud verkocht roerend goed tegenover opvolgende kopers", *TBH* 2012, 859-874.

VAN RANSBEECK, R., "Privaatrechtelijke en handelsrechtelijke beschouwingen inzake forumbedingen in factuurvoorwaarden naar Belgisch recht", *TBBR* 2013, 342-364.

VANWYNSBERGHE, M., "Eigendomsvoorbehoud en bewerking of vermenging van onbetaalde goederen", *Jura Falc.* 2010-2011, 29-64.

VERSCHELDEN, G., "Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden", *AJT* 1998-1999, 821-840.

VERHEYDEN, K., "Verlenging van onroerend zakelijke rechten", *Not.Fisc.M.* 2012, 222-330.

VERVOORT, I., "Ontbinding en faillissement", *TBBR* 2002, 587-594.

3.3. Bijdragen in verzamelwerken

BEKAERT, J., "[Het passief van het faillissement – Het eigendomsvoorbehoud] Leasing" in X., *Gerechtelijk akkoord en Faillissement*, II.H.20.C1 – II.H.20.C40 (40 p).

BODDAERT, C., "De wet op de financiële zekerheden van 15 december 2004" in X., *Financieel recht. Artikelsgewijze commentaar van rechtspraak en rechtsleer*, 59-133.

CUYVERS, A., FRANCOIS, P., "Art. 20,5° Hyp.W.", in X., *Voorrechten en hypotheke. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Voorrechten, De Bijzondere voorrechten*, Kluwer, 2013, 1-89.

DELWICHE, T. en STORME, M., "Hoe op het faillissement, de reorganisatie of de vereffening van de tegenpartij anticiperen in commerciële overeenkomsten?", in *Pro-actief ondernemingsrecht. Suggesties en voorbeelden bij het opstellen van de overeenkomsten, statuten en andere documenten inde ondernemingspraktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 55-83.

DE WILDE, A., "Boedelschulden en lopende overeenkomsten" in H. BRAECKMANS, H., COUSY, E., DIRIX, B., TILLEMANN, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, 589-624.

DE WILDE, A., "Faillissement en lopende overeenkomsten", in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2012, II.E.32-1 – II.E.32-35 (35 p.).

DIRIX, E., "Art. 101 Faillissementswet 1997" in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, art. 101-1 – art. 101-42 (42 p.).

DIRIX, E., "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANN, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2010, 147-174.

DIRIX, E., "Wet Financiële Zekerheden" in X., *Faillissement en Reorganisatie edition: FARE 47*, Mechelen, Kluwer, 1-36.

DIRIX, E., "Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANN, en M. VANMEENEN, *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006, 519-588.

DIRIX, E. en JANSEN, R., "De positie van de schuldeisers en het lot van de lopende overeenkomsten", in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN, *Gerechtelijke reorganisatie, getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 157-196.

TROCH, K., "Gevolgen van het faillissement. De opschorting van de tenuitvoerlegging: gevolgen" in X., *Faillissement en Reorganisatie*, Kluwer, 2002, II.E.31-1 – II.E.31-73 (72 p.).

MEERTS, J., "Het passief van het faillissement. Eigendomsvoorbehoud" in X., *Faillissement en reorganisatie*, Kluwer, 2000, II.H.20-1 – II.H.20-33 (33 p.).

MOENS, K., "Gerechtelijk akkoord en faillissement" in X., *Bancair derdenbeslag – gerechtelijk akkoord en faillissement – taalwetgeving inbeslagzaken*, Antwerpen, Story-Scientia, 1992, 53-87.

STORME, M., "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden", in X., *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 207-241.

VEROUGSTRAETE, I., "La revendication et la réserve de propriété" in VEROUGSTRAETE, I., *Les créanciers du failli et leur droits*, Kluwer, 2010, 639-648.

VEROUGSTRAETE, I., "Le régime des contrats en cours", in X., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2010, 561- 588.

3.4. Annotaties van rechtspraak

HOUBEN, R., "Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting" (noot onder GwH 27 november 2008), *RDC* 2009, 502-507.

JANSSEN, R. en STORME, M., "Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!" (noot onder Gent 16 april 200), *R.W.* 2009-10, 1479.

VAN HOECKE, E., "Overeenkomsten met een ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling, van bepaalde of van onbepaalde duur" (noot onder Gent 9 juni 2000), *TBBR* 2002, 154-161.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Studie naar Belgisch recht en rechtsvergelijkend van contractuele bedingen die met het oog op mogelijke insolventie bedongen worden

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2014**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Brebels, Annelore

Datum: **3/08/2014**