

Matthias E. STORME

**ZEKERHEIDSOVERDRACHT, *NUMERUS CLAUSUS* VAN ZAKELIJKE RECHTEN,
EN ANDERE ZEKERHEIDSMCHANISMEN NA HET CASSATIE-ARREST VAN 17
OKTOBER 1996**

noot onder

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER - 17 OKTOBER 1996

Voorzitter : de h. Rappe

Rapporteur : de h. Parmentier

Openbaar Ministerie : de h. Piret

Advocaat : mr. de Gryse

1. V.z.w. - samenloop

**2. Gelijkheid van de schuldeisers - numerus clausus van zakelijke zekerheden - grenzen
aan de externe gevolgen van overeenkomsten - fiduciaire cessie**

1. De ontbinding van een v.z.w. doet een smenloop ontstaan tussen haar schuldeisers

2. Het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers en de artikelen 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet wijken noodzakelijkerwijs af van de artikelen 1165, 1134 en 1135 van het B.W., aangezien zij tot gevolg hebben dat een overeenkomst die een niet bij wet bepaalde zakelijke zekerheid stelt, niet aan de schuldeisers in samenloop kan worden tegengeworpen

ASLK t. C.R.A.C.S. e.a.

verschenen in het Rechtskundig Weekblad (R.W.)1996-97, 1395-1403

ZEKERHEIDSOVERDRACHT, *NUMERUS CLAUSUS* VAN ZAKELIJKE RECHTEN, EN ANDERE ZEKERHEIDSMEECHANISMEN NA HET CASSATIE-ARREST VAN 17 OKTOBER 1996

1. Inleiding

Op 17 oktober 1996 velde het Hof van cassatie een arrest, waarnaar met een zekere spanning werd uitgekeken, omdat het het vraagstuk betrof van de overdracht van schuldvordering tot zekerheid en aanverwante vragen. Wie een duidelijk beginsel arrest had verwacht, is op een aantal punten wellicht bedrogen uitgekomen, doch dit verhindert niet dat er uit dit arrest wel heel wat valt af te leiden.

Mijn *caveat*'s berusten onder meer op het feit dat volgens het cassatie-arrest het Hof van beroep de gewraakte overeenkomst niet als een overdracht van schuldvordering had gekwalificeerd, en omdat een aantal wezenlijke punten, zoals meer bepaald de invloed van het feit dat het om een zekerheid op toekomstige schuldvorderingen ging, niet echt aan bod komen. Over het algemeen gesproken heeft het Hof van cassatie in dit arrest overigens geen moeite gespaard om zo weinig mogelijk te zeggen.

Mijn - dus met enig voorbehoud verwoorde - commentaar bestaat uit vier delen, ten eerste de feiten, vervolgens de uitleg van het arrest, ten derde de gevolgen voor de zekerheidsoverdracht en ten vierde de mogelijke gevolgen hiervan voor andere zekerheidsmechanismen met schuldvorderingen. Het is niet de bedoeling hier al deze vragen terug in hun geheel te behandelen, maar enkel een *status questionis* te maken : wat is de stand van zaken in ons recht na de zaak van de *Foyer culturel du Sart-Tilman*.

2. Feiten.

De terzakelijke feiten zijn vrij eenvoudig samen te vatten. In een kredietovereenkomst bedingt de ASLK van de kredietnemer (de vzw van de *Foyer culturel du Sart-Tilman*.) dat deze er zich toe verbond om de subsidies die door verschillende overheden verschuldigd waren tot zekerheid over te dragen aan de ASLK. De overeenkomst spreekt verder van een cessie-delegatie die aan de schuldenaars van de subsidies zou worden betekend. Vooraleer de *Foyer culturel* in vereffening werd gesteld (en er dus een samenloop ontstond tussen de schuldeisers van de vzw), was er aan de verschillende ondersteunende overheden reeds tweemaal een betekening gebeurd. Op grond

daarvan had de ASLK voor de invereffeningstelling bepaalde bedragen geïnd; ook na de invereffeningstelling ging zij door met het innen van aan de vzw toegekende steun. De vereffenaars en de andere schuldeisers eisten teruggave van de na de invereffeningstelling door de ASLK geïnde bedragen.

Over de voor de samenloop geïnde bedragen was er geen betwisting : iedereen was het erover eens dat deze aan de ASLK toekwamen, minstens op grond van schuldvergelijking (tussen een eventuele teruggaveplicht van de ASLK enerzijds en de schuldvorderingen van de ASLK anderzijds).

Wat betreft de na de samenloop geïnde vorderingen werd de ASLK zowel in eerste aanleg als in hoger beroep tot teruggave veroordeeld, en de voorziening in cassatie werd verworpen.

3. Uitleg van het arrest.

Hoewel de reden waarom de ASLK tot teruggave werd veroordeeld, anders gezegd geen recht had om vanaf het tijdstip van de samenloop de schuldvorderingen te innen met voorrang boven de andere schuldeisers, vrij éénvoudig lijkt, is hij dat helemaal niet.

Het cassatie-arrest weerhoudt, tussen de meerdere motieven van het Hof van beroep, slechts één enkele, nl. dat het arrest van het Hof van beroep vaststelt dat de overeenkomst een zakelijke zekerheid stelt buiten de wettelijke regels om en aldus indruist tegen het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers (in geval van samenloop), en dat de sanctie daarvan erin bestaat dat aan deze zekerheid elk gevolg wordt ontzegd na het ontstaan van de samenloop.

Deze beslissing is helemaal niet zo vanzelfsprekend, want het Hof legt niet uit waarin de gestelde zekerheid niet wettelijk zou zijn. M.i. kan de stelling dat zakelijke zekerheden “wettelijk” moeten zijn, niet anders worden begrepen dan als een toepassing van het *numerus clausus*-beginsel : partijen kunnen slechts zakelijke (zekerheids)rechten verkrijgen wanneer ze van een aard zijn die door het recht wordt erkend en aan de voorwaarden voor het verkrijgen daarvan is voldaan. Nu kent ons recht inzake schuldvorderingen minstens de zakelijke rechten “eigendom” - die verkregen wordt door middel van een overdracht van schuldvordering - en “pandrecht” - die verkregen wordt door een inpandgeving van schuldvordering. Op grond van de feiten van deze zaak mocht men het oordeel verwachten dat zo de ASLK al niet de eigendom van de vorderingen heeft verkregen - wat een wettig erkend zakelijk recht is - toch minstens een pandrecht erop heeft

verkregen - wat eveneens een wettig erkend zakelijk recht is. Hoe kan men dan tot het besluit komen dat de ASLK noch het ene noch het andere had ?

a) Ongeldigheid van de zekerheidsoverdracht.

Nemen we eerst de veronderstelling van een overdracht van schuldvordering. Voor zover een schuldvordering is overgedragen bevindt zij zich niet meer in het vermogen van de overdrager, en speelde het beginsel van de gelijkheid der schuldeisers (van de overdrager) niet ; ook volgens het cassatie-arrest zijn in beginsel immers alleen de goederen van de schuldenaar bij toepassing van art. 7 en 8 Hyp.W. het gemeenschappelijk onderpand van de samenlopende schuldeisers. Evenwel heeft het Hof van beroep beslist dat het niet om een overdracht van schuldvordering ging, maar om een verpanding (dit is ook de uitleg die cassatie geeft aan het beroepsarrest), en wel omdat volgens het Hof van beroep het niet om volle eigendom kan gaan wanneer men enkel een zekerheidsrecht verkrijgt (behoudens specifiek geregelde wettelijke gevallen). Het Hof van cassatie nu neemt van deze beslissing akte, zonder zelf uitdrukkelijk te zeggen dat het niet om een overdracht in volle eigendom kan gaan wanneer men enkel een zekerheidsrecht bedingt. Toch is dit de enig mogelijk verklaring voor de beslissing van het cassatie-arrest op het eerste onderdeel.

De achterliggende redengeving lijkt te zijn dat de zekerheidsoverdracht een in ons recht niet bestaande opsplitsing van het eigendomsrecht beoogt, waarbij de overnemer weliswaar "eigenaar" wordt, doch niet met alle bevoegdheden van de eigenaar. Gezien het *numerus-clausus*-beginsel voor zakelijke rechten kunnen partijen geen nieuwe zakelijke rechten scheppen naast de door ons recht erkende, en kan een dergelijk zakelijk recht in ons recht dan ook niet worden erkend. Deze redengeving sluit nauw aan bij een al ouder arrest van het Hof van beroep te Brussel van 25 mei 1932 (*J.P.A.*, 253) en wordt ook uitgewerkt door I. MOREAU-MARGREVE ("Evolution du droit et des pratiques en matière de sûretés", in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruylant Brussel 1983, (77) vooral p. 192) en A. VERBEKE (*Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypotheek en andere zekerheden*, Mys & Breesch Gent 1994, nr. 223).

De uitleg van dit arrest moet dan ook luiden dat - behoudens wettelijke uitzonderingen - een zekerheidsovereenkomst géén eigendomsoverdracht kan teweegbrengen, doch enkel een beperkt zakelijk zekerheidsrecht (d.i. pand of hypotheek), dit laatste natuurlijk voor zover aan de voorwaarden voor dergelijk recht is voldaan. Indien mijn uitleg juist is, maakt het Hof van cassatie dan ook komaf met de zekerheidsoverdracht (voor de draagwijdte hiervan, zie onder 4. en 5). Men zou zich een dergelijke beslissing wel duidelijker hebben gewenst, maar op zichzelf ligt dergelijke

beslissing op zichzelf zeker in de lijn van het stelsel van ons privaatrecht. Het is overigens ook de keuze die de nederlandse wetgever heeft gemaakt in het Nieuwe BW, dat sinds 1992 van kracht is, waarin art. 3:84 lid 3 immers bepaalt dat “Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed” (impliciet : maar wel van vestiging van een pand- of hypotheekrecht). De redengeving van het Hof van Beroep sluit overigens erg nauw aan bij dit art. 3:84 lid 1 NBW.

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

Daaruit volgt ook dat de reden voor de ongeldigheid van de zekerheidsoverdracht niet kan worden gevonden in regels van het verbintennisrecht die enkel de bescherming van partijen beogen (zoals bv. art. 2078 B.W.), maar slechts in het zakenrecht (zo ook I. MOREAU-MARGREVE, *a.w.*, p. (77) 192; voor een overzicht van de verschillende argumenten tegen de zekerheidscessie, waarbij vaak art. 2078 B.W. aan bod komt, zie A. VERBEKE, *a.w.* nr. 199 e.v. en vooral 217 e.v.: J. KOKELLENBERG, “Enige beschouwingen over de samenloop pand op handelszaak - waarant en fiduciaire eigendom”, *T.B.B.R.*, 1994, 34 v.; zie verder DIRIX & DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, derde uitgave 1996, nr. 561 v.). Zoniet diende de sanctie een nietigheid te zijn van de overeenkomst in plaats van niet-tegenwerpelijkheid van het zakelijk recht. Dit belet niet dat de onwenselijkheid om in het zakenrecht een zekerheidseigendom te aanvaarden natuurlijk mee is ingegeven door de afweging van de belangen van de betrokken partijen (zie verder mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Kluwer Antwerpen 1992, p. (403) 429 v.).

Uit het arrest volgt m.i. ook impliciet dat de (zakenrechtelijke) ongeldigheid van de zekerheidscessie niet verhindert dat op grond van de onderliggende zekerheidsovereenkomst wél een ander zakelijk recht kan ontstaan, met name pandrecht, mits aan de voorwaarden voor dat recht is voldaan. Het gaat hier om de zogenaamde conversie van nietige rechtshandelingen (zie J. RONSE, “Gerechtigde conversie van nietige rechtshandelingen“, *TPR*, 1965, 199; W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 134). In overeenstemming met de door deze schrijvers uitgewerkte leer van de

conversie (anders I. MORAEU-MARGREVE, *a.w.*, p. (77) 183-184) is daartoe niet vereist dat partijen bewust een pandrecht hebben gewild, en is het voldoende dat zij een pandrecht zouden gewild hebben indien zij de ongeldigheid van het gekozen zakelijk recht (zekerheidseigendom) hadden beseft.

b) En waarin was de inpandgeving dan wel onwettig ?

Maar was er dan niet wettig een pandrecht gevestigd ten gunste van de ASLK ? Het Hof van Beroep kwalificeerde de overeenkomst immers als een verpanding. Maar waarin die verpanding dan in strijd met de wet was, wordt door dat arrest niet gepreciseerd. Het enige motief dat het Hof van Beroep lijkt te geven is dat de inning van de vorderingen in strijd met art. 2078 B.W. zou zijn gebeurd, bepaling die een rechterlijke tusekomst voorschrijft voor de tegeldemaking van een pand. Een andere mogelijke verklaring kan er echter in bestaan dat het - zo stelt het arrest - om een verpanding van toekomstige vorderingen ging, en dat het Hof van beroep van mening zou zijn dat een dergelijke verpanding maar kan geschieden wanneer de vordering reeds bestaat (en niet langer toekomstig is).

1° Strijd met art. 2078 B.W. ?

In het cassatie-arrest wordt nog minder uitgelegd wat de wettelijke regels zijn waaraan de vestiging van het pandrecht had moeten voldoen. Dit valt des te meer op omdat op het derde onderdeel van het cassatiemiddel maar half wordt geantwoord. Dit onderdeel wordt onontvankelijk verklaard omdat het zou berusten op een vaststelling die door het arrest van het Hof van beroep niet zou zijn gemaakt (nl. dat de ASLK zich ertoe zou hebben verbonden de meeropbrengst van de vorderingen terug te geven aan de pandgever). Nog afgezien van het feit dat dit laatste m.i. feitelijk onjuist is (het Hof van beroep heeft dit wel vastgesteld), was het onderdeel niet alleen daarop gegrond; het onderdeel was in hoofdorde gegrond op de stelling dat art. 2078 B.W. niet van toepassing is bij verpanding van schuldvorderingen (zodat de ASLK wel gerechtigd was de verpande vorderingen te innen). Indien de bedoelde onwettigheid zou zijn gelegen in de niet-naleving van art. 2078 B.W., dan is het daaruit afgeleide besluit, namelijk dat het om de vestiging van een niet bij wet bepaalde zekerheid zou gaan, overigens geheel verkeerd. Een pandrecht is een bij wet gestelde zekerheid, en of art. 2078 B.W. van toepassing was is geen vraag van geldige vestiging van het pandrecht, maar enkel van de wijze van uitoefening van het pandrecht.

Ten gronde had de ASLK m.i. op dit punt (voorbehoud gemaakt voor het vraagstuk van de

toekomstigheid van de verpande schuldvordering) ook gelijk : bij schuldvorderingen speelt art. 2078 B.W. enkel wanneer men over de schuldvordering “beschikt”, d.w.z. ze vervreemdt, niet wanneer men ze enkel int op de vervalddag. Het innen van een schuldvordering met verplichting tot verrekening is iets anders dan de beschikking erover. Dit blijkt m.i. duidelijk uit art. 3 Handelspandwet, waar de pandhouder de bevoegdheid krijgt de vordering op de vervalddag te innen (zonder rechterlijke machtiging), zonder dat er wordt afgeweken van het verbod (van art. 2078 B.W.) om zonder rechterlijke machtiging te beschikken (dat immers in art. 4 wordt herhaald). Het cassatie-arrest lijkt te suggereren dat dergelijke inning maar is toegelaten mits is bedongen dat er een verrekeningsplicht is. Maar deze verplichting is er van rechtswege, en het bedingen ervan kan men dus moeilijk als voorwaarde stellen voor de geldigheid van de overeenkomst (die bovendien moet worden uitgelegd in de zin waarin ze enig gevolg kean hebben). Bovendien is art. 2078 B.W. een regel ter bescherming van de pandgever en niet van concurrerende derden; de uitgesproken sanctie, nl. niet-tegenwerpelijkheid aan derden van het zakelijk zekerheidsrecht, kan dan ook niet worden begrepen als de sanctie van niet-naleving van art. 2078 B.W. Het spoor van art. 2078 is een *Holzweg*.

2° Geen inpandgeving van toekomstige vorderingen mogelijk ?

Er is ook nog een andere mogelijke verklaring, op grond waarvan de ASLK inderdaad niet gerechtigd zou zijn de vorderingen te innen, en die ook door de verweerders meermaals is aangevoerd : nl. dat het om toekomstige vorderingen ging, waarop een pandrecht eerst kan ontstaan wanneer die vordering niet langer toekomstig is. Het is inderdaad zo dat een zakelijk recht, waaronder ook een pandrecht, op toekomstige goederen zakenrechtelijk eerst kan ontstaan wanneer dat goed niet langer toekomstig is - voordien gaat het slechts om een relatief recht, dat niet tegenwerpelijk is aan derde-verkrijgers, inbegrepen de samenlopende schuldeisers. Men kan immers geen zakelijk recht hebben op een goed dat niet bestaat.

Deze verklaring is verder niet in strijd met de verwoording van het arrest, dat immers spreekt van een ongeldigheid *c.q.* niet-tegenwerpelijkheid van de vestiging zelf van het pandrecht (vestiging is een zakenrechtelijke term, en slaat dus niet op de overeenkomst, maar wel op de totstandkoming van het zakelijk recht), en rijmt ook met het feit dat de betwisting enkel betrekking had op de schuld(vordering)en die na de samenloop zijn vervallen. Het probleem met deze verklaring is dat er noch in het arrest van het Hof van beroep noch in het cassatie-arrest uitdrukkelijk een beroep op wordt gedaan (wel was het verweer in cassatie hierop gegrond). Bovendien is de toepassing van deze regel *in casu* wellicht betwistbaar : een toekomstige vordering is nog iets anders dan een

vordering onder voorwaarde of termijn, en voor zover ik dit uit de stukken kan opmaken waren de verpande vorderingen op subsidies veeleer bestaande schuldvorderingen onder voorwaarde of termijn dan toekomstige schuldvorderingen.

Kortom, in deze zaak wordt geen duidelijkheid verschaft over de reden waarom de in pandgeving van de schuldvorderingen, voor zover ze na de samenloop vervallen schuldvorderingen betrof, dan wel onwettig was.

Een laatste bedenking is de volgende : sommige schrijvers maken een onderscheid tussen overdracht en in pandgeving van goederen precies met betrekking tot toekomstige goederen; een overdracht van toekomstige goederen zou wel mogelijk zijn, een in pandgeving niet. Dit onderscheid wordt gegrond op de redenering dat er bij in pandgeving buitenbezitstelling nodig is, al kan die sinds 1994 (wijziging van onder meer art. 1690 B.W.) bij schuldvorderingen ook *solo consensu* gebeuren, en bij overdracht niet. Dit is natuurlijk onjuist : voor zover men van bezit kan spreken bij schuldvorderingen, houdt de overdracht van schuldvordering evenzeer een “buitenbezitstelling” in als de in pandgeving ervan. En net zoals voor 1994 deze buitenbezitstelling noch bij overdracht noch bij in pandgeving *solo consensu* kon gebeuren, kan ze sinds 1994 zowel bij overdracht als bij in pandgeving wel consensueel gebeuren. Een onderscheid tussen overdracht en in pandgeving is er hier dus in het geheel niet : ofwel zijn ze allebei tegenwerpelijk ofwel géén van beide. Overigens heeft het Hof van cassatie zich tot nog toe niet uitgesproken over de vraag of de cessie of in pandgeving van toekomstige goederen zakenrechtelijk geldig kan geschieden (en dus tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeiseres) vooraleer de vordering “bestaat”. Het cassatie-arrest van 9 april 1959 (*Pas.*, 732 = *R.C.J.B.*, 1961, 32 noot J. HEENEN) heeft zich, anders dan sommigen stellen, niet uitgesproken, maar enkel over de geldigheid van de overeenkomst tot cessie (op verbintenisrechtelijk vlak) (vgl. hierboven het onderscheid tussen nietigheid van de overeenkomst en niet-tegenwerpelijkheid van het zakelijk recht). M.i. moet het antwoord op die vraag trouwens negatief luiden (zie hierover verder E. DIRIX, “Overdracht van en beslag op toekomstige schuldvorderingen”, in *In het nu, wat worden zal, Opstellen Schoordijk*, Kluwer, Deventer 1991, 39 v.; A. VERBEKE, “De in pandgeving van schuldvorderingen”, in *Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen*, Kluwer Antwerpen 1995, 93 v. nr. 113 v.).

Besluit : uit dit arrest moet men m.i. afleiden dat - behoudens wettelijke uitzonderingen - een zekerheidsovereenkomst géén eigendomsoverdracht kan teweegbrengen, doch enkel een beperkt zakelijk zekerheidsrecht (d.i. pand of hypotheek), dit laatste natuurlijk voor zover aan de voorwaarden voor dergelijk recht is voldaan. Over de voorwaarden voor de vestiging van een

pandrecht op schuldvorderingen zelf brengt het arrest echter geen duidelijkheid.

4. Gevolgen voor de zekerheidsoverdracht.

Zoals gezegd volgt m.i. uit dit arrest dat het gedaan is met de zekerheidsoverdracht, behoudens mogelijke afwijkende wettelijke bepalingen. Het belangrijkste argument van de verdedigers, nl. de wilsautonomie, wordt door het cassatie-arrest de grond in geboord. Het arrest stelt zeer duidelijk dat art. 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet noodzakelijkerwijs afwijken van de artikelen 1165, 1134 en 1135 B.W.. Duidelijker gezegd : de wilsautonomie geldt niet in het zakenrecht, waar immers het *numerus-clausus*-beginsel geldt (het arrest spreekt zich alleen uit over zakelijke zekerheden, maar de regel geldt voor zakelijke rechten in het algemeen). Het is slechts binnen de grenzen van de door het recht erkende zakelijke rechten dat de wilsautonomie daar een rol kan spelen (zie hierover nader N. VERHEYDEN-JEANMART & P. HAMER, in *Het kontrakt en de derden - de externe gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, BVBJ-CJB-Vlaams Pleitgenootschap, Brussel 1995, p. (9) 18-22).

Laat mij dan ook kort de belangrijkste al dan niet veroordeelde toepassingen overlopen.

a) Schuldvorderingen op naam waarvoor bijzondere regels gelden.

De zekerheidscessie werd in het verleden meermaals verdedigd met het argument dat de wet een dergelijke cessie uitdrukkelijk toestaat in een aantal gevallen. De vraag luidt nu of wat wel zo is - een afwijking van de uit het cassatie-arrest afgeleide algemene regel mag niet worden vermoed.

Het eerste geval betreft de loonoverdracht. Met I. MOREAU-MARGREVE (*a.w.*, p. 188) meen ik dat hier ten onrechte van “overdracht” wordt gesproken, en dat het eigenlijk om een in pandgeving gaat. De bijzondere regels betreffende de loonoverdracht in de Loonbeschermingswet van 12 april 1965 en in het Gerechtelijk wetboek zijn overigens minstens even streng als de regels inzake in pandgeving van vorderingen. Deze beperkende regels maken dat de zogezegde loonoverdracht minstens *de facto* geconverteerd wordt in een in pandgeving van loonvorderingen.

Het tweede geval betreft de overdracht van vorderingen uit overheidsopdrachten (nu art. 23 van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993). Ook hier ziet men echter dat de beperkende regels deze overdracht *de facto* converteren in een pandrecht, dat bovendien geprimeerd wordt door een voorrecht of pandrecht in eerdere rang van de werknemers en onderaannemers.

b) Vervangbare effecten en geld

De toestand is enigszins anders bij vervangbare zaken en (niet-giraal) geld (wanneer het geld op een rekening staat, gaat het niet meer om geld, maar om een vordering, waarover meer onder 5.). Het feit dat geld of vervangbare effecten tot zekerheid worden overgedragen verhindert immers niet dat de overdracht wel degelijk de strekking heeft de geldsom of het effect na de overdracht volledig in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Het kan trouwens niet anders : door de vermenging wordt de verkrijger volkomen eigenaar. Voor zover de verkrijger de verplichting heeft om de goederen terug te geven, gaat het nooit om dezelfde goederen, maar slechts om goederen van dezelfde aard. Het zakenrechtelijk argument tegen de zekerheidscessie gaat hier dan ook niet op, en de overdracht is tegenwerpelijk aan de schuldeisers voor zover de overdracht “daadwerkelijk” (d.w.z. met buitenbezitstelling) voor de samenloop is gebeurd (voorbehoud gemaakt voor de regels inzake de verdrachte periode). Is er geen buitenbezitstelling, dan helpt de kwalifikatie als eigendomsoverdracht de kredietgever echter niet.

Het is dan ook in dit kader dat de zekerheidsoverdracht geregeld in art. 23 v. van de Overheidseffectenwet van 2 januari 1991 moet worden begrepen (vgl. H. COLIN, “De cessie-retrocessietransactie (wet van 2 januari 1991) : een wettelijke regeling inzake fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidstelling”, *R.W.*, 1991-92, p. (1) 9 nr. 46). Uit die wet kunnen dan ook geen gevolgen worden getrokken voor de zekerheidsoverdracht van specifieke zaken of schuldvorderingen op naam.

c) Zekerheidseigendom bij roerende zaken.

1° Zekerheidsoverdracht

De redenen die maken dat een zekerheidsoverdracht de wederpartij géén eigendom kan verschaffen van schuldvorderingen op naam (maar hoogstens een pandrecht) gelden *a fortiori* voor (niet-vervangbare) roerende zaken. De zekerheidsoverdracht dient te worden geconverteerd in een pandrecht, dat als dusdanig tegenwerpelijk zal zijn aan concurrerende derden mits aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Waar dit bij schuldvorderingen niet zoveel uitmaakt (zie hoger), omdat de publiciteit dezelve is voor cessie en inpandgeving en vrij eenvoudig is (kennisname door de *debitor cessus*) houdt dit bij roerende zaken wel heel wat in, nu de consensuele levering van eigendom daar wel wordt aanvaard, maar niet de consensuele inpandgeving : de zakenmoeten

buiten de macht van de pandgever worden gebracht, tenzij op een andere wijze aan wettelijk geregelde publiciteit kan worden voldaan.

2° Eigendomsvoorbehoud.

Dit alles doet de vraag rijzen of er in ons recht wel een eigendomsvoorbehoud in echte zin mogelijk is. Gaat het ook daar niet veeleer om een voorbehoud van pandrecht, en is het niet zo dat de verkoper eerst door de ontbinding van de verkoopovereenkomst terug eigenaar wordt van de zaak ? Voordien mag de verkoper zich niet als eigenaar gedragen, maar enkel als pandhouder. Deze herkwalifikatie van het eigendomsvoorbehoud in pandrecht zou m.i. de huidige regels inzake eigendomsvoorbehoud beter doen begrijpen : zoals met de zekerheidscessie moet het recht immers worden uitgeoefend voor de samenloop om tegenwerpeijk te zijn aan de concurrerende schuldeisers, tenzij er aan een wettelijk georganizeerde publiciteit is voldaan.

3° Leasing.

De *leasing* kan buiten schot blijven, omdat er bij leasing wel degelijk een echte overdracht plaatsvindt van de leverancier naar de leasingmaatschappij, gegrond op een verkoop en niet op een zekerheidsovereenkomst. Anders dan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud mag de leasingmaatschappij als eigenaar over de zaak beschikken, bv. door ze te verkopen; wel zullen de verplichtingen als verhuurder daarbij overgaan op de koper. De *sale-lease-back* is betwistbaarde, maar ook daarvoor heeft de nederlandse Hoge Raad (Sogelease-arrest van 19 mei 1995) aanvaard dat er een echte overdracht plaatsvond; het eigendomsrecht van de leasingmaatschappij is immers hetzelfde als bij een gewone *leasing*.

4° Retentiereht.

Ook het retentierecht komt niet onder druk te staan. Het retentierecht is immers niets anders dan een wettelijk pandrecht, dat niet op een overeenkomst berust, maar uit de aard van de zaak voortvloeit (vgl. de conclusies van toenmalig advocaat-generaal KRINGS voor het cassatie-arrest van 7 oktober 1976, *Pas.*, I, 154).

5. Gevolgen voor andere zekerheidsmechanismen gegrond op de wilsautonomie.

Tenslotte rijst de vraag of ook andere zekerheidsmechanismen die op de wilsautonomie worden

gegrond hiermee de genadeslag krijgen. Dit is duidelijk niet het geval, voor zover deze zekerheidsmechanismen louter berusten op verbintenisrechtelijke mechanismen en geen inbreuk vormen op het *numerus-clausus*-beginsel van het zakenrecht.

a) Mechanismen gegrond op de externe werking van zuiver verbintenisrechtelijke constructies.

Bij schuldvorderingen op naam nu is dit mogelijk telkens wanneer de tot zekerheid aangewende schuldvordering gewijzigd of gemoduleerd wordt in de interne verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaar van die schuldvordering zelf, d.i. met medewerking van de schuldenaar ervan. Uit het besproken cassatie-arrest en het *numerus-clausus*-beginsel volgt enkel dat men géén andere zakelijke rechten kan scheppen op schuldvorderingen dan de wettelijk erkenden (d.i. volstrekt eigendom, pand en vruchtgebruik). Maar niets belet partijen om, in plaats van de schuldvordering te cederen tot zekerheid, met de medewerking van de schuldenaar van die vordering de inhoud zelf van die schuldvordering te wijzigen of te noveren. Derden moeten dit aanvaarden om de eenvoudige reden dat schuldvorderingen maar “bestaan” zoals ze bestaan in verhouding tot de schuldenaar, en derden de schuldvordering dus noodzakelijk moeten nemen zoals ze bestaat tussen de daarbij betrokken partijen (schuldeiser en schuldenaar) (vgl. E. DIRIX, “Verhaalsrechten op schuldvorderingen”, in *Zekerheden- en executierecht. Actuele problemen*, Studienamiddag KU Leuven 19-11-1993, nr. 3 v.; vgl. ook E. DIRIX & K. BROECKX, *APR, Beslag*, nr. 645; mijn bijdrage in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, p. (403) 457 nr. 44).

Zo is het mogelijk om door middel van een delegatie-overeenkomst een nieuwe verbintenis te doen ontstaan jegens de kredietverlener-(schuldeiser van de schuldeisers). Delegatie schept geen buitenwettelijke zekerheid op de oorspronkelijke schuldvordering, maar doet naast de oude schuldvordering een nieuwe schuldvordering ontstaan (en maakt de oude in beginsel onbeschikbaar).

Op die wijze behoudt het minnelijk kantonnement zonder twijfel zijn geldigheid na het arrest van 17 oktober 1996, mits de derde in wiens handen het bedrag wordt gekantonneerd ermee instemt dat hij het bedrag onder voorwaarde A aan de ene partij moet betalen en onder voorwaarde niet-A aan de andere.

Zo ook zullen derden zich moeten laten tegenwerpen dat een vordering krachtens een beding tussen de schuldeiser en schuldenaar ervan niet als een zelfstandige vordering geldt, maar als een onzelfstandig deel van een ondeelbaar geheel van rekeningen (bedingen van éénheid van rekening)

(vgl. E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 532).

Al deze rechtsfiguren zijn tegenwerpeijk aan de samenlopende schuldeisers, en kunnen uitsluitend worden aangevochten met de *actio Pauliana* en aanverwante vorderingen (zoals art. 445 Faill.W.) (m.i. kan men dus zelfs niet eisen dat het om een “normale”, niet-kunstmatige figuur moet gaan, die aan een “economische realiteit” zou beantwoorden; juist is alleen dat het artificieel karakter van een beding een aanwijzing kan zijn voor het bedrieglijk opzet).

b) Mechanismen gegrond op door de wet impliciet erkende afgescheiden vermogens.

Tenslotte komt er ook geen einde aan de werking van “ondeelbaarheidsbedingen” bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, waarvan het cassatie-arrest van 28 februari 1985 trouwens uitdrukkelijk de tegenwerpeijkheid in geval van samenloop erkende (*R.W.*, 1985-86, 997 noot E. DIRIX). Enkel zal men de verklaring voor de tegenwerpeijkheid hiervan moeten bijstellen : het ging in deze zaak immers niet om een beding dat was overeengekomen met de schuldenaar van de vordering waarvan betwist was aan wie ze toekwam. De tegenwerpeijkheid kan hier maar worden verklaard door te aanvaarden dat het hier wel degelijk om een afgescheiden en “gezamenhands” vermogen gaat, waarbij elk der partijen (en dus ook hun schuldeisers) slechts recht hebben op een netto-aandeel van het geheel der baten min schulden, en niet op een aandeel in elk van de goederen afzonderlijk.

Prof. Matthias E. STORME
hoogleraar K.U. Leuven
Universiteit Antwerpen
advocaat te Brussel