COMPENSATIE EN CONCURSUS CREDITORUM

Hiernavolgende bijdrage werd bekroond met de Prijs 25 jaar T.P.R., dewelke uitgereikt werd aan de auteurs tijdens de bijeenkomst van de Redactie- en Adviesraad te Gent op 23 november 1989. Ter dier gelegenheid werd tevens beslist een jaarlijkse T.P.R.-prijs toe te kennen met ingang van 1990 en dit voor de beste bijdrage die in 1990 wordt gepubliceerd(*).

door

E. DIRIX
Beslagrechter te Antwerpen
Docent U.I.Antwerpen en UFSAL

S.C.J.J. KORTMANN
Hoogleraar te Nijmegen

I. INLEIDING

1. Compensatie, verrekening of schuldvergelijking(1) vervult twee functies. Zoals uit de plaats in het wetboek blijkt, gaat het in eerste instantie om een wijze van tenietgaan van verbintenissen. Wanneer twee partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn, dan worden de betrokken verbintenissen ,,tegen elkaar weggestreept'' tot hun gemeenschappelijk beloop. Vordering en tegenvordering heffen elkaar in die mate op. De compensatie vereenvoudigt het betalingsverkeer: de ,,betaling'' vindt plaats ,,met gesloten beurzen''. In deze eerste functie heeft compensatie veel gemeen met de betaling van een verbintenis(2).

Compensatie heeft echter nog een tweede functie: zij strekt tot zekerheid. Door te compenseren verkrijgt de schuldeiser integrale voldoening ten belope van het bedrag van de eigen schuld en ontkomt hij op die manier in geval van samenloop (concursus creditorum) aan de evenredige verdeling. De schuldeiser die zichzelf aldus door compensatie ,,betaalt'', beschikt zo schrijft DE PAGE, ,,d'un véritable

(*) Het desbetreffend reglement is beschikbaar op het redactiesecretariaat.

(1) Deze begrippen zijn synoniemen die hierna door elkaar worden gebruikt. Het B.B.W. en het N.B.W. bezigen vrijwel steeds de term schuldvergelijking. Het N.N.B.W. maakt gebruik van de term verrekening.

(2) Compensatie is echter geen wijze van betaling. Schuldvergelijking en betaling worden zowel in het B.B.W. als in het N.B.W. en het N.N.B.W. in verschillende afdelingen geregeld. Niet alle regels betreffende betaling kunnen onverkort analoog op schuldvergelijking worden toegepast. Zo vinden de artt. 6.1.6.3. N.N.B.W. (betaling bij gedeelten) en art. 6.1.6.5. (N.N.B.W. (betaling aan een onbekwame) geen toepassing bij schuldvergelijking, aangezien dit in strijd zou zijn met de aard van de schuldvergelijking.

privilège sans texte au regard des autres créanciers de ce débiteur''(3). Het bestaan van zijn verbintenis biedt de schuldeiser een zekerheid voor voldoening van zijn vordering. In zoverre gelijkt zijn positie op die van een crediteur met een opschortingsrecht ter zake van een verbintenis die hij jegens zijn debiteur heeft. Er is sprake van een *feitelijke* voorrang die de schuldeiser zelfs een sterkere positie geeft dan de crediteur met een algemeen of bijzonder wettelijk privilege(4).

Deze zekerheidsfunctie wordt het sterkst op de proef gesteld in geval van concursus creditorum. Door de samenloop wordt volgens de rechtspraak van Hof van Cassatie de onderlinge verhouding tussen de concurrente schuldeisers op onherroepelijke wijze ,,vastgelegd'' en heeft iedere schuldeiser een ,,verworven recht'' dat andere concurrente schuldeisers geen groter percentage krijgen uitbetaald dan hij zelf(5). De Hoge Raad bezigt een vergelijkbare formulering en spreekt over het beginsel van faillissementsrecht dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt(6). Zowel naar Belgisch recht (art. 1298 B.B.W.) als naar Nederlands recht (art. 1470 N.N.W.) geldt de regel dat schuldvergelijking geen nadeel mag toebrengen aan de verkregen rechten van derden(7). Ter illustratie van deze regel geven beide wetsbepalingen de samenloop die ontstaat ten gevolge van een anterieur beslag onder derden.

Wanneer B schuldenaar is van A en door een schuldeiser van A (nl. C) derdenbeslag is gelegd onder B, dan kan B wiens tegenvordering op A eerst na het beslag is ontstaan, vordering en tegenvordering niet meer verrekenen, althans niet ten nadele van C. M.a.w. de beslaglegger C hoeft zich geen compensatie te laten welgevallen met een na het tijdstip van zijn beslag ontstane tegenvordering. Aldus prevaleren

---

(3) DE PAGE, *Traité*, III, 617, nr. 617; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst*, Brussel, 1977, 293-294; *Encycl. Dalloz*, tw. *Compensation*, nr. 4. In dezelfde zin in Nederland onder meer Meijers, Algemene Begrippen, 40; DE KLERK-LEENEN, *Compensatie*, Studiepocket 20, (1979), 3 e.v. en ASSER-HARTKAMP I, (1988), nr. 528. Vgl. voor Frankrijk COLIN en CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, res. par. JULLIOT DE LA MORANDIERE, nr. 557.

(4) Het adagium ,,pas de privilège sans texte'' heeft dan ook slechts betrekkelijke waarde. Zie voor andere voorbeelden van feitelijke preferenties de annotatie van KORTMANN onder Hoge Raad 18 december 1987, (O.A.R./A.B.N.), *A.A.*, 1988, 472, vgl. voorts DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 777 e.v.

(5) Zie o.m.: Cass., 2 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 27, concl. adv.-gen. JANSSENS DE BISTHOVEN; Cass., 23 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 802-804.

(6) Hoge Raad 18 december 1987, *N.J.*, 1988, 340, met noot VAN DER GRINTEN; *A.A.*, 1988, 469, noot KORTMANN (O.A.R./A.B.N.).

(7) In het N.N.B.W. is deze regel niet meer met zoveel woorden geformuleerd. Zij ligt echter wel ten grondslag aan art. 6.1.10.7.

in beginsel de belangen van de beslaglegger boven die van de beslagene(8).

In de twee hierna besproken arresten werd aan het Hof van Cassatie en de Hoge Raad gevraagd deze regel toe te passen. In beide gevallen werd echter de verrekening niettegenstaande de samenloop (faillissement c.q. derdenbeslag) toegelaten. Beide arresten bieden aldus een uitgelezen gelegenheid de problematiek van de tegenwerpelijkheid van compensatie aan de schuldeisers in de samenloop nader te onderzoeken.

2. Alvorens verder te gaan is het nuttig de algemene regels inzake verrekening voor onze beide landen in herinnering te brengen. De vereisten voor compensatie worden in de beide wetboeken in nagenoeg identieke bewoordingen omschreven (art. 1289 e.v. B.B.W. en 1461 e.v. N.B.W.):

— vordering en tegenvordering tussen dezelfde partijen
— in geld (of betreffende andere vervangbare zaken)
— beide vorderingen moeten opeisbaar zijn
— beide vorderingen moeten voor dadelijke vereffening vatbaar zijn.

In Nederland worden deze voorwaarden ook voor het komend recht vrijwel onverkort gehandhaafd, zij het met een gewijzigde omschrijving. Zo wordt in artikel 6.1.10.4., lid 2 N.N.B.W. de voorwaarde van de opeisbaarheid der vorderingen omschreven als de bevoegdheid van de schuldenaar tot het betalen van de (hoofd-)vordering en tot het afdwingen van zijn (tegen-)vordering. Deze formulering is inderdaad accurater. Zij laat immers beter zien dat A die schuldeiser is van B, toch kan compenseren niettegenstaande de tegenvordering van B nog niet opeisbaar is. Aangezien men een niet-opeisbare schuld in de regel kan betalen, kan men die schuld in beginsel ook aanwenden voor verrekening(9). Het belangrijkste verschil tussen het huidige en het komende Nederlandse recht is dat het N.N.B.W. voor compensatie niet de eis stelt dat beide vorderingen voor dadelijke vereffening vatbaar („liquide") zijn. In afgezwakte vorm vindt men dit vereiste terug in artikel 6.1.10.13.

---

(8) Vgl. HOFMANN-DRION-WIERSMA, II, 387.

(9) Vgl. art. 6.1.6.9a N.N.B.W., waarin is neergelegd dat in geval van een tijdsbepaling wordt vermoed dat deze slechts belet dat eerdere nakoming wordt gevorderd. Zie hierover: SCHOORDIJK, H.C.F., *Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, 1979, 308; ASSER-HARTKAMP I, nr. 535 en Parl. Gesch. Boek 6, 492. Voor Frankrijk *Encycl. Dalloz*, tw. *Compensation*, nr. 79.

N.N.B.W. dat bepaalt dat de rechter een vordering ondanks een beroep van de gedaagde op verrekening *kan* toewijzen, indien de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering van de eiser overigens voor toewijzing vatbaar is. Het vereiste van liquiditeit heeft onder het N.N.B.W. derhalve nog slechts betrekking op de vordering van degene die zich op compensatie beroept, en niet op de tegenvordering(10). Bovendien geldt dit vereiste niet zonder meer, maar aan de rechter wordt een discretionaire bevoegdheid gegeven een bij wijze van verweer gedaan beroep op compensatie te passeren, indien de vordering waarop de gedaagde zich beroept, niet liquide is(11). De curator kan onder het tegenwoordige en het nieuwe Nederlandse recht geen beroep doen op de onvereffenbaarheid van de vordering op de gefailleerde(12).

Is aan de voorwaarden voor compensatie voldaan, dan heeft luidens artikel 1290 B.B.W. en 1462 N.B.W. de compensatie van rechtswege plaats (*ipso jure compensatur*). Een twistvraag blijft of deze werking plaatsvindt zonder enige tussenkomst van een der partijen, of dat daarentegen op compensatie een beroep moet worden opgedaan. Naar Belgisch recht wordt, evenals in Frankrijk en Italië, vastgehouden aan de traditionele opvatting dat de compensatie van rechtswege intreedt, zelfs buiten het weten der partijen. Enkel vanuit praktisch oogpunt bestaat de noodzaak dat de debiteur de compensatie voor de rechter opwerpt (arg.: art. 1295 B.W.W.)(13). Een dergelijke verklaring doet de compensatie echter niet intreden. Dat wordt onverminderd bepaald naar het tijdstip waarop de voorwaarden van de wettelijke compensatie vervuld zijn. Deze retroactieve werking speelt ook wanneer het de rechter is die de vervulling van de voorwaarden van bestaan, eisbaarheid en effenheid der schuldvorderingen vaststelt. Bijvoorbeeld wanneer het bestaan van de wettelijke schuldvergelijking door de wederpartij ten onrechte werd betwist. Een dergelijk vonnis is declaratief en stelt de (wettelijke) compensatie

(10) Anders: SCHOORDIJK, *o.c.*, 308, die meent dat art. 6.1.10.13. N.N.B.W. geen verandering brengt in het huidige vereiste van liquiditeit.

(11) Volgens art. 6.1.10.4. N.N.B.W. gaan vordering en tegenvordering door de enkele verrekeningsverklaring van de schuldenaar teniet, indien deze daartoe bevoegd is. De bevoegdheid kan ook bestaan in geval van een illiquide vordering van de schuldenaar. Merkwaardig is dat art. 6.1.10.13. de rechter de mogelijkheid geeft een vordering toe te wijzen die ingevolge de verrekeningsverklaring teniet gegaan is, althans teniet gegaan kan zijn.

(12) Zie Hoge Raad 21 januari 1983, *N.J.*, 1983, 513 en voor het nieuwe recht art. 53, lid 3 N.N.Fw jo art. 6.1.10.13. N.N.B.W.

(13) DE PAGE, *Traité*, III, 618, nr. 618; *Encycl. Dalloz*, tw. *Compensation*, nr. 92: POTHIER, *Traité des obligations*, nr. 603: „Je ne suis obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge que la compensation s'est faite".

retroactief vast(14). Hoewel de tekst en de geschiedenis van artikel 1462 N.B.W. op het tegendeel wijzen zijn in Nederland de meeste moderne schrijvers van oordeel dat compensatie niet van rechtswege werkt(15). De zekerheid die artikel 1462 N.B.W. lijkt te bieden, wordt op losse schroeven gezet door de nadere regeling van de compensatie in de artikelen 1466 e.v. N.B.W., waaraan men ook argumenten tegen de werking van rechtswege kan ontlenen. Met het N.N.B.W. kiest deze meerderheid voor rechtszekerheid, dat wil zeggen voor het stelsel van ,,verrekening door een verklaring'' (art. 6.1.10.4. N.N.B.W.). Volgens artikel 6.1.10.6. N.N.B.W. werkt de verrekening in beginsel terug tot het tijdstip, waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan. Dit dient volgens bedoelde schrijvers ook reeds voor het tegenwoordige Nederlandse recht te worden aangenomen. Men heeft daarmee gekozen voor het stelsel dat ook in de Duitse en de Zwitserse wetgeving is neergelegd(16). Volledigheidshalve merken wij op dat de verrekening wel van rechtswege plaatsvindt in een door partijen overeengekomen rekening-courantverhouding (Vgl. art. 6.1.10.18. N.N.B.W.)(17).

II. Compensatie en faillissement

3. Het verbod van compensatie na beslag geldt zoals gezegd in beide landen. Ook naar komend Nederlands recht blijft die regel gehandhaafd, zij het enigszins verruimd(18). Een belangrijk onderscheid valt evenwel te noteren in geval van faillissement. Naar Belgisch recht worden beslag en faillissement op één lijn geplaatst, terwijl naar Nederlands recht na surséance van betaling en faillissement de mogelijkheid tot compensatie juist wordt verruimd.

Naar Belgisch recht is na het vonnis dat het faillissement uitspreekt geen (wettelijke, gerechtelijke of contractuele) compensatie meer mogelijk. Is compensatie uitgesloten na beslag van een individuele schuldeiser, dan moet zulks logischerwijze eveneens het geval zijn na

(14) De Page, *Traité*, III, 619, nr. 618: ,,le juge ne la crée plus, il la constate''.

(15) Zie o.a. Pitlo-Bolweg, *Verbintenissenrecht* (1979), 403; Schoordijk, *o.c.*, 305; Kortmann *a.w.*, *A.A.*, 1988, 42 en Asser-Hartkamp I, nr. 530.

(16) Zie voor Duitsland par. 389 B.G.B. en Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14te Aufl., Bnd. I, Allgemeiner Teil, 1987, par. 18, VI sub d; en voor Zwitserland art. 124, lid 2 O.R.

(17) Zie hierover Asser-Hartkamp I, nr. 557 e.v., alwaar verdere literatuur is vermeld.

(18) Zie hieronder nr. 6.

een collectief beslag dat het faillissement is(19). Zijn de voorwaarden voor compensatie eerst vervuld na het faillissement of door het faillissement (nl. door het opeisbaar worden van de tegenvordering: artikel 1188 B.B.W. en artikel 450 B. Faill.W.), dan is de schuldvergelijking niet tegenwerpelijk aan de boedel. (Iets anders is wanneer de vervulling van de voorwaarden vóór faillissement wordt vastgesteld in een nadien gewezen vonnis. Een dergelijk vonnis is declaratief en stelt de (wettelijke) compensatie retroactief vast). Er anders over oordelen zou afbreuk doen aan de gelijkheid tussen schuldeisers, zo oordeelt men doorgaans. Deze principiële stelling wordt ook gehuldigd in andere gevallen van samenloop: gerechtelijk akkoord, ontbinding van een rechtspersoon en beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap.

4. In Nederland biedt de Faillissementswet in geval van faillissement en surséance van betaling daarentegen een verruimde mogelijkheid tot compensatie. Bij faillissement behoeft niet te zijn voldaan aan de eisen dat de tegenvordering van de schuldenaar van de gefailleerde opeisbaar en voor dadelijke vereffening vatbaar is. Het volstaat dat de vordering van de gefailleerde en de tegenvordering ,,beide zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht" (art. 53 N.Fw.). Een analoge regeling geldt bij surséance van betaling (art. 234 N.Fw.).

Aldus wordt naar Nederlands recht meer belang gehecht aan de zekerheidsfunctie van de compensatie. De achterliggende gedachte is nl. dat het niet billijk is dat een schuldeiser, tevens debiteur van de gefailleerde, slechts een percentage van zijn vordering zou ontvangen, terwijl hij wel ten volle zijn schuld zou moeten betalen(20). Ook de Memorie van Toelichting op artikel 53 motiveert de verruimde compensatie-mogelijkheid met een beroep op de billijkheid: ,,de uitbreiding aldus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat ieder schuldeiser van den boedel (...) zijn schuld aan de boedel (...) als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner

(19) Zie hierover: CLOQUET, A., *Les concordats et la faillite*, in *Les Novelles*, Brussel, 1985, 519, nr. 1749; VEROUGSTRAETE, I., *Manuel du curateur*, Brussel, 1987, 209, nr. 332 e.v.; COPPENS, P., ,,Pour la compensation après faillite", in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, Brussel, 1969, 201 e.v.; VAN OMMESLAGHE, P., ,,Examen de jurisprudence. Obligations", *R.C.J.B.*, 1975, 698-699, nr. 114.

(20) Vgl. Hoge Raad 28 juni 1985, *N.J.*, 1986, 192, met noot VAN DER GRINTEN.

vordering; de schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen''(21).

5. Op het verbod van compensatie na faillissement (en andere gevallen van samenloop) wordt door de Belgische rechtspraak een belangrijke uitzondering gemaakt, nl. wanneer vordering en tegenvordering zgn. ,,verknocht'' of ,,samenhangend'' zijn(22). Bestaat tussen vordering en tegenvordering een objectief verband omdat zij voortvloeien uit eenzelfde wederkerige overeenkomst of uit een wederkerige rechtsverhouding, dan blijft compensatie mogelijk ook nà het intreden van de samenloop. Deze uitzondering wordt verklaard aan de hand van de figuur van het retentierecht (s.l.). Tussen de zekerheidsfunctie van compensatie, en die van de opschortingsrechten — waaronder begrepen het retentierecht en de exceptio non adimpleti contractus(23)— bestaat een zeker verband(24). Deze rechtsfiguren staan immers alle in dezelfde sleutel; zij zijn vormen van geoorloofde eigenrichting tot zekerheid en zijn als zodanig aan derden tegenwerpelijk. Door zich te beroepen op het retentierecht (de e.n.a.c. of een ander opschortingsrecht) houdt de retentor (excipiens) de eigen prestatie onder zich teneinde zich in te dekken tegen de insolvabiliteit van de wederpartij. Wanneer de voorwaarden voor deze exceptie voorhanden zijn, dan mag ook de compensatie volop spelen. ,,Chaque fois que la retention se justifie par la correlation des obligations, la compensation doit logiquement jouer'', zo drukt FREDERICQ het kernachtig uit(25). Door de uitzondering op het verbod van compensatie na faillissement met behulp van het retentierecht te verklaren, wordt hier in feite de figuur van compensatie verlaten. Deze verklaring staat geheel in het teken van het retentierecht. Dit eist dan ook zijn tol. Is voor compensatie het onderling verband tussen vordering en tegenvordering zonder belang (art. 1294

(21) VAN DER FELTZ, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, eerste deel, (1896), 462.

(22) Cfr. CLOQUET, R., *o.c.*, 522, nr. 1758 e.v.; DE PAGE, *Traité*, III, 642, nr. 644; KRUITHOF, R., ,,Overzicht van rechtspraak'', *T.P.R.*, 1975, 782-783; Id., in *T.P.R.*, 1983, 714; MAHAUX, J., ,,La compensation'', in *Les sûretés issues de la pratique*, Brussel, 1983, II, 7, nr. 31 e.v.

(23) Afd. 6.1.6 A. en N.N.B.W. kent een algemene regeling voor de opschortingsrechten. Voor wederkerige overeenkomsten geeft art. 6.5.4.2. N.N.B.W. een nadere uitwerking (exceptio non adimpleti contractus), terwijl het retentierecht, zijnde de bevoegdheid tot opschorting van de verplichting tot afgifte van een zaak, is geregeld in Afd. 3.10.4 A. N.N.B.W.

(24) Zie hierover o.m.: CASSIN, R., *L'exception tirée de l'inexécution*, Parijs, 1914, 139 e.v. GABET-SABATIER, C., ,,Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations'', *R.T.D. civ.*, 1980, 39-65; HEYNING-PLATE, L., *Eigenrichting tot zekerheid*, Zwolle, 256 e.v.; ASSER-HARTKAMP I, nr. 258.

(25) *R.C.J.B.*, 1948, (53) 63.

B.B.W.), toch wordt hier de voorwaarde van de ,,connexiteit'' of de ,,samenhang'' gesteld.

Het begrip ,,samenhangende vorderingen'' wordt ruimer opgevat dan bij het retentierecht. Zo wordt door het Hof van Cassatie niet de eis gesteld dat de schuldvorderingen hun oorsprong vinden in dezelfde wederkerige overeenkomst, maar volstaat dat tussen vordering en tegenvordering een ,,nauw verband'' bestaat(26). Aldus wordt de samenhang aangenomen tussen restitutieverplichtingen na ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie, tussen een schuldvordering en de restitutie van een voorschot of een waarborgsom(27), tussen een schuldvordering en de vergoeding verschuldigd krachtens een schadebeding(28). Zo is een objectief verband ook voorhanden wanneer de verbintenissen voortvloeien uit te onderscheiden contracten die evenwel alle voortvloeien uit eenzelfde raamovereenkomst of die een economisch geheel uitmaken(29).

6. Het Nederlandse Nieuwe Burgerlijk Wetboek kent in geval van beslag een verruiming van de mogelijkheid van verrekening die sterk gelijkt op de uitzondering die in België op het verbod van compensatie na faillissement wordt gemaakt. Volgens artikel 6.1.10.7. N.N.B.W. blijft de schuldenaar ondanks beslag onder hem bevoegd zijn tegenvordering op de schuldeiser in verrekening te brengen, mits deze tegenvordering uit dezelfde rechtsverhouding als de overgegane vordering voortvloeit. (En uiteraard ook, indien de tegenvordering voor het faillissement is opgekomen en opeisbaar geworden). De uitzondering wordt in Nederland ook naar geldend recht wel verdedigd. De kans dat de Hoge Raad artikel 6.1.10.7. N.N.B.W. anticiperend zal interpreteren achten wij echter klein(30).

De meergenoemde zekerheidsfunctie verklaart in Nederland de verruiming van de verrekeningsbevoegdheid in geval van faillissement en surséance van betaling. Alleen speelt naar Nederlands recht alsdan die zekerheidsfunctie voluit, zonder de beperkingen die eigen zijn aan de figuur van het retentierecht. Een schuldeiser mag ook na

(26) Cass., 2 september 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 3.

(27) MAHAUX, J., *o.c.*, nr. 89.

(28) *Encycl. Dalloz*, tw. *Compensation*, nr. 199.

(29) Cfr. NELISSEN GRADE, ,,Compensatie en faillissement'', in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, 299-300. Voor gevallen vergelijkbaar met het hier besproken arrest *Ontvangers/Barendregt*: CASSIN, R., *o.c.*, 208; FREDERICQ, *Traité*, VII, 172, nr. 81.

(30) Zie H.R., 19 oktober 1984, *N.J.*, 1985, 213, noot VAN DER GRINTEN. In dit arrest, dat een geval van compensatie na cessie betrof, was er volgens de Hoge Raad onvoldoende grond voor anticiperende interpretatie van art. 6.1.10.7. N.N.B.W. Zie ook hierna nr. 17.

faillissement om het even welke tegenvordering van zijn debiteur tot zekerheid aanwenden. Hij mag, zo luidt het in de Memorie van Toelichting, zijn schuld als een onderpand beschouwen ,,voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijn vordering op dit onderpand te verhalen''(31). De connexiteit tussen vordering en tegenvordering speelt hier dus geen rol.

Deze ruime verrekeningsbevoegdheid kan aanleiding geven tot misbruiken. Het is immers denkbaar dat A die het faillissement van zijn schuldeiser B ziet aankomen, schuldvorderingen lastens B zou opkopen om die vervolgens voor het volle bedrag te verrekenen. Om dit te voorkomen, bepaalt artikel 54 N.Fw. dat hij die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, op schuldvergelijking geen beroep kan doen ,,indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld''. Voor surséance kent de Nederlandse Faillissementswet een overeenkomstige bepaling in artikel 235 N.Fw. De Hoge Raad legt het begrip schuldoverneming in de zin van de artikelen 54 en 235 N.Fw. ruim uit(32). Zo begrijpt hij hieronder ook het geval waarin een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze heeft voldaan door storting op diens rekening bij een bankgiro-instelling en deze laatste zich door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar maakte. In een dergelijk geval is er sprake van ,,schuldoverneming'' door de bank, ondanks het feit dat de schuld van de debiteur aan de schuldenaar *niet identiek* is aan die van de bank aan de schuldenaar. De bank creëert immers een nieuwe schuld uit eigen hoofde, indien zij de rekening van de schuldenaar crediteert. Volgens de Hoge Raad is de crediteur die de schuld overneemt, in ieder geval niet meer te goeder trouw indien hij op het ogenblik van verkrijging van de schuld wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement, onderscheidelijk zijn surséance van betaling, was te verwachten. Deze uitleg stelt een terechte begrenzing aan de ruime compensatiemogelijkheid in geval van faillissement of surséance. De billijkheidgedachte die ten grondslag ligt aan de uitbreiding van de mogelijkheid van compensatie ten tijde

(31) VAN DER FELTZ, I., 462; zie voorts POLAK-POLAK, *Faillissement en surséance van betaling*. I, 1972, 167; en de conclusie van A.-G. FRANX voor Hoge Raad 7 oktober 1988, *N.J.*, 1989 (Amro-Tilburgsche Hypotheekbank).

(32) Zie H.R., 30 januari 1953, *N.J.*, 1953, 578, (Doyer & Kalff); H.R., 8 juli 1987, *N.J.*, 1988, 104, met noot VAN DER GRINTEN, *A.A.*, 1988, 191, met noot KORTMANN (Loeffen q.q./Mees & Hope) en vooral H.R., 7 oktober 1988, *RvdW*, 1988, 157, *A.A.*, 1988, 217, met noot KORTMANN, (Amro/Tilburgsche Hypotheekbank); vgl. voorts SCHOORDIJK, *W.P.N.R.*, 1987, 5846, met correctie in *W.P.N.R.*, 1988, 5855.

van faillissement en surséance, geldt immers niet, indien een crediteur in het vooruitzicht van een déconfiture van zijn schuldenaar, poogt zich een feitelijke voorrangspositie te verwerven ten koste van andere crediteuren(33). Worden de grenzen voor de verrekening na faillissement in België op normatieve wijze bepaald (nl. samenhang der vorderingen), dan worden die grenzen naar Nederlands recht bepaald door de eisen van de billijkheid.

Artikel 4.5.3.10b N.N.B.W. bepaalt voor het komend recht dat de bepalingen van de Faillissementswet omtrent de bevoegdheid tot verrekening van overeenkomstige toepassing zijn bij de vereffening van een nalatenschap(34). Ook dan geldt derhalve een ruimere compensatiemogelijkheid dan naar Belgisch recht. Wij zouden willen aannemen dat reeds naar huidig Nederlands recht de compensatiebepalingen uit de Faillissementswet analogisch toepasselijk zijn bij een benificiaire afwikkeling van een nalatenschap(35). Wij achten analogische toepassing eveneens verdedigbaar in geval van vereffening van een ontbonden rechtspersoon. Men kan daartegen aanvoeren dat de regeling van de vereffening van rechtspersonen, zoals deze luidt volgens de artikelen 23 e.v. Invoeringswet Boeken 3-6 N.N.B.W., zesde gedeelte, zo'n verruimde verrekeningsmogelijkheid niet kent en evenmin verwijst naar de compensatiebepalingen uit de Faillissementswet. Wellicht is hier sprake van een omissie van de wetgever(36). Naar ons oordeel zijn er geen goede gronden bij deze vereffening andere compensatie-regels toe te passen dan in geval van een faillissement of een benificiaire afwikkeling van een nalatenschap. De billijkheidsargumenten die daar worden aangedragen, gelden hier evenzeer. In alle drie de gevallen gaat het immers om de vereffening van een vermogen, waarbij het redelijk is de zekerheidsfunctie van de compensatie haar volle gewicht toe te kennen. Op dit punt verschillen deze gevallen van samenloop van dat van beslag.

7. Zowel naar Belgisch als Nederlands recht kan een schuldeiser zijn

(33) Vgl. voor het Duitse recht, par. 30 Konkursordnung, waarover KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung*, München, 1986, par. 30, aant. 42 en CANARIS, *Bankvertragsrecht* (1981), nr. 499.

(34) Vgl. ook art. 4.5.3.10b Invoeringswet Boeken 3-6 N.N.B.W., zesde gedeelte.

(35) In dezelfde zin KLAASSENS-EGGENS-LUIJTEN, II, *Erfrecht*, Zwolle, 1982, 275.

(36) Oorspronkelijk lag het in de bedoeling van de wetgever bij de vereffeningsregeling van de rechtspersoon te verwijzen naar die van de nalatenschap. De dubia waartoe een verwijzing aanleiding zou kunnen geven, waren de belangrijkste reden voor een zelfstandige regeling. Uit de parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling blijkt niet, waarom de compensatiebepalingen niet zijn overgenomen. In de Nederlandse handboeken inzake het rechtspersonenrecht wordt aan deze problematiek geen aandacht besteed.

vordering op de gefailleerde niet in compensatie brengen met zijn schuld *aan* de boedel die na de faillietverklaring is ontstaan (boedelvordering). Een illustratie van deze regel in geval van gerechtelijk akkoord met boedelafstand levert een cassatiearrest van 2 september 1982. Een verzekeringsmaatschappij die een schuldvordering heeft op de vennootschap voor premies vervallen vóór het ontstaan van de samenloop (nl. de akkoordaanvraag) kan die niet compenseren met de schuldvordering van de vereffenaar van tijdens de vereffening teveel betaalde premies(37).

Een specifiek toepassingsgeval voor Nederland levert het recente arrest van de Hoge Raad inzake *Amro/Mr. Hollander q.q.*(38) Tijdens de surséance heeft Amro met medewerking van de bewindvoerders een kredietopening toegestaan. Op de dag van het faillissement heeft Amro uit hoofde van de verstrekte kredieten een bedrag van fl. 647.602 te vorderen. Na faillietverklaring worden op de rekening in opdracht van derden in het totaal fl. 447.312 geboekt. De compensatie door Amro wordt door de Hoge Raad goedgekeurd: boedelschulden ontstaan tijdens de surséance gelden als boedelschulden in het opvolgend faillissement. De Hoge Raad baseert zijn beslissing op (het systeem van) de faillissementswet(39). Uit zijn beslissing mag niet zonder meer worden afgeleid dat deze ook voor andere gevallen geldt, waarin aan het faillissement een andere samenloop vooraf gaat. Het is bepaald twijfelachtig of de Belgische rechter tot een gelijkluidende oplossing zou geraken. Wanneer aan het faillissement een andere samenloop voorafgaat, bijv. de ontbinding van een rechtspersoon of een gerechtelijk akkoord, dan wordt de vraag of de ,,boedelschulden'' gemaakt door de vereffenaars c.q. tijdens de concordataire periode moeten worden beschouwd als schulden van de faillissementsboedel in beginsel ontkennend beant-

(37) Cass., 2 september 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 2. Voor een ander recent toepassingsgeval: Antwerpen, 15 december 1987, *T.B.H.*, 1989, 512: geen schuldvergelijking tussen belastingen verschuldigd voor het faillissement (schuldvordering in de boedel) en sommen die voortkomen van ontlaste belastingen na het faillissement (schuld aan de boedel). Zie voor voorbeelden betr. het Nederlands recht o.a. H.R., 1926, *N.J.*, 1927, 550, noot MEIJERS; H.R., 30 mei 1930, *N.J.*, 1930, 945, noot MEIJERS; H.R., 27 november 1970, *N.J.*, 1971, 127; H.R., 10 januari 1975, *N.J.*, 1976, 249, noot WACHTER: H.R., 26 maart 1976, *N.J.*, 1977, 612, noot WACHTER en H.R., 8 oktober 1982, *N.J.*, 1983, 479, noot MIJNSSEN.

(38) H.R., 27 mei 1988, *N.J.*, 1988, 964, noot VAN DER GRINTEN.

(39) Volgens de Hoge Raad heeft art. 249 N.Fw. tot strekking dat onder de in art. 249 N.Fw. genoemde omstandigheden ,,de surséance en het daarop volgend faillissement'' als één geheel worden behandeld, in die zin dat o.m. overeenkomsten die tijdens de surséance met medewerking van de bewindvoerder(s) zijn aangegaan de boedel ook na de faillietverklaring blijven binden en dat boedelschulden ontstaan tijdens de surséance gelden als boedelschulden in het faillissement, dus als schulden die geen verificatie behoeven en een onmiddellijke aanspraak op de boedel geven''.

woord. Zij zullen slechts hun voorkeursbehandeling in het faillissement behouden indien zulks gerechtvaardigd voorkomt gelet op hun aard (bijv. kosten van uitwinning of boedelredding)(40).

Aan de vereisten van compensatie op grond van artikel 53 N.Fw. was niet voldaan in het arrest *Mr. Peeters q.q./Gatzen*(41). Gatzen die een onrechtmatige daad had gepleegd tegenover de gezamenlijke crediteuren en deswege werd aangesproken door de curator Peeters kon de vordering die zij op de gefailleerde had, niet met haar schuld uit hoofde van onrechtmatige daad verrekenen. Aan de eis dat Gatzen zowel schuldeiser als schuldenaar van de gefailleerde moet zijn, was in casu niet voldaan. Gatzen had uit hoofde van onrechtmatige daad een schuld aan de gezamenlijke schuldeisers. De curator vorderde betaling van deze schuld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De vordering van Gatzen betrof niet deze schuldeisers, maar de gefailleerde.

III. TWEE ARRESTEN

(1) H.R., 20 januari 1984 (Ontvangers/Barendregt)

8. In het arrest is volgend geval aan de orde(42). Barendregt (A) tekent op 26 september 1977 een schuldbekentenis aan haar gewezen echtgenoot Mourik (B) voor een bedrag van fl. 85.000. Dit bedrag is terugbetaalbaar in halfjaarlijkse termijnen van fl. 1.700. Tevens is op die tijdstippen de rente van 8,5% per jaar verschuldigd. Blijkens een aanhangsel aan die schuldbekentenis werd overeengekomen dat de aflossing en de rente door Mourik zullen worden ingehouden van de door hem aan Barendregt verschuldigde alimentatietermijnen. Een schuldeiser (C) van Mourik legt derdenbeslag onder Barendregt. Deze verklaart dat zij Mourik gelet op de met hen gesloten overeenkomst niets verschuldigd is. Hiertegen doet C een beroep op artikel 1470 N.B.W. (art. 1298 B.B.W.) dat compensatie na beslag uitsluit. De toepassing van deze bepaling wordt echter zowel door de Rechtbank te Dordrecht, als door het Hof 's-Gravenhage terzijde

(40) In die zin: P. OMMESLAGHE, „Les liquidations volontaires et les concordats", in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, 1981, (411), 463; ZENNER, A., „Des frais et dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de masse", in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 1983, (685), 721 e.v.; DE WILDE, L. en GALAUDE, H., „Overzicht van rechtspraak", *T.P.R.*, 1974, 852-854, nr. 61.

(41) H.R., 14 januari 1983, *N.J.*, 1983, 597, met noot WACHTER; *A.A.*, 1984, 220, met noot VAN SCHILFGAARDE.

(42) H.R., 20 januari 1984, *N.J.*, 1984, 512, met noot VAN DER GRINTEN, *T.P.R.*, 1984, 893, nr. 112 met bespreking W.A.K. RANK.

geschoven. Volgens het Hof is het inderdaad zo dat luidens artikel 1470 N.B.W. de beslaglegger niet meer verontrust kan worden door compensatie met een na het beslag ontstane tegenvordering. ,,In de onderhavige zaak echter hadden Mourik en Barendregt over en weer vorderingen op elkaar wegens geldlening en alimentatie waarbij zij uitdrukkelijk waren overeengekomen dat Mourik de door Barendregt te betalen bedragen wegens geldlening zou afhouden van de door hem te verrichten alimentatietermijnen. De overeenkomst — aangegaan vóór de datum van de beslaglegging — bracht dus met zich mede dat Barendregt in het geheel geen bedragen aan Mourik zou behoeven te voldoen maar zich wel compensatie zou moeten laten welgevallen. Mourik had op het moment dat het beslag gelegd werd, dus niet een al of niet opeisbare vordering op Barendregt die mogelijkerwijze op een later tijdstip door compensatie zou kunnen worden vernietigd maar een op geld waardeerbare aanspraak die daar was overeengekomen van alimentatiebetalingen zou worden afgehouden".

Deze motivering doorstaat de toetsing door de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad komt de door het Hof gegeven uitleg van de overeenkomst tussen Mourik en Barendregt er op neer ,,dat aan de schuld uit geldlening, voor wat betreft de wijze van delging daarvan, ... nadere vorm is gegeven". Een compensatiebeding als dit tussen A en B, kan worden ingeroepen tegen een schuldeiser (C) die na de totstandkoming daarvan derdenbeslag heeft gelegd. Artikel 1470 N.B.W. staat daaraan niet in de weg.

(2) Cass., 28 februari 1985

10. In dit arrest van het Hof van Cassatie staat de tegenwerpelijkheid aan de orde van een clausule tot ondeelbaarheid van rekeningen bij tijdelijke vennootschappen. Dergelijke vennootschappen genieten geen rechtspersoonlijkheid en het geheel der ingebrachte goederen vormt dan ook geen van de vennoten afgescheiden vermogen, maar enkel een georganiseerde medeëigendom tussen de vennoten. Het faillissement van een der partners stelt bijgevolg het samenwerkingsverband sterk op de proef. Vandaar dat toevlucht wordt gezocht in zgn. ,,ondeelbaarheidsclausules". De feiten die aanleiding waren tot het arrest, kunnen als volgt worden samengevat. Tussen de N.V. Socol en de N.V. CEI wordt in 1975 een overeenkomst van tijdelijke vereniging gesloten met het oog op de uitvoering van belangrijke wegeniswerken in opdracht van de Intercommunale Vereniging E-5.

Het aandeel in winst en verlies van elk der vennoten werd contractueel bepaald op 69% (Socol) en 31% (CEI). Ook wordt bedongen dat, in geval van faillissement van een der partijen, ,,de andere partij het werk zal voortzetten terwijl zij de toestand van de in gebreke blijvende partij definitief laat vereffenen door een deskundige, die onder meer rekening zal moeten houden met de stand van de uitgevoerde werkzaamheden, de geplaatste installaties, de voor de duur van de aanneming gestorte bedragen en met een billijke raming van de eventuele winsten, die betrekking hebben op de tot op het ogenblik van het in gebreke zijn, uitgevoerde werkzaamheden''. Op 25 januari 1980 wordt Socol failliet verklaard. Na het faillissement betaalt de opdrachtgever een bedrag van 51 miljoen fr. voor werken voor het faillissement uitgevoerd. Volgens de curatoren dient dit bedrag netto aan de vennoten te worden toebedeeld in verhouding tot ieders aandeel (69/31). Volgens CEI kan ingevolge het ondeelbaarheidsbeding een dergelijke toebedeling slechts plaatsvinden na een voorafgaande vereffening van de schulden en schuldvorderingen tussen de vennoten. Hierop repliceren de curatoren dat dit beding hen, als derden, niet tegenwerpelijk is. In eerste aanleg(43) noch in beroep(44), halen de curatoren hun slag thuis. In cassatie beroepen zij zich o.m. op de schending van artikel 1165 B.W.: het bestreden arrest heeft in feite beslist dat de schuldeisers van de vennootschap zich moeten houden aan de interne gevolgen van de overeenkomsten tussen de vennoten. Deze grief wordt verworpen (eerste onderdeel): een overeenkomst is tegenwerpelijk aan derden, zodat dezen, in principe, de gevolgen ervan tussen de contractspartijen moeten erkennen(45). De centrale overweging van het Hof van Cassatie luidt:

,,Overwegende dat het arrest aldus, op grond van een feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak, wettig oordeelt dat, nu de overeenkomst van tijdelijke handelsvereniging zonder bedriegelijke benadeling is gesloten tussen de failliete vennootschap en een van haar schuldeisers, de in de overeenkomst bedongen schuldvergelijking plaats heeft, wegens de nauwe samenhang tussen de schuldvorderingen en de schulden, ook al is een van de contractanten failliet verklaard, daar dit faillissement geen einde maakt aan de onderlinge afhankelijkheid tussen de wederkerige verbintenissen uit deze overeenkomst''.

---

(43) Kh., Brussel, 17 maart 1982, *B.R.H.*, 1982, 410, *T. Aann.*, 1983, 21 met noot LECONTE.

(44) Brussel, 10 november 1983, *R.P.S.*, 1984, 33 met noot COPPENS.

(45) Cass., 28 februari 1985, *R. W.*, 1985-86, 997 met noot DIRIX; *T.B.H.*, 1985, 377 met noot; *R.C.J.B.*, 1987, 561 met noot MEINERTZHAGEN-LIMPENS.

11. In beide arresten is de vraag aan de orde van de tegenwerpelijkheid van een contractuele regeling tot verrekening tussen A en B na het ontstaan van samenloop (resp. beslag en faillissement). In beide gevallen werd de tegenwerpelijkheid aanvaard. Voor zo'n tegenwerpelijkheid pleit de gedachte dat C niet meer aanspraken heeft dan dat B zelf kan doen gelden t.a.v. A. Of zoals VAN DER GRINTEN het formuleert: dat de contractuele positie die een partij tegenover haar wederpartij heeft, niet door schuldeisers van de wederpartij moet kunnen worden doorbroken.

Tegen een bevestigend antwoord kan worden ingebracht dat zo'n tegenwerpelijkheid in feite neerkomt op een doorkruisen van het preferentiesysteem. In beide gevallen wordt immers aan B een voorkeurrecht gegeven in de verhouding tot de overige schuldeisers van A. Een voorkeursbehandeling die in het algemeen door de beginselen van de samenloop en in het bijzonder door de wet (artt. 1298 B.B.W. en 1470 N.B.W.) wordt verboden.

IV. CONTRACTUELE UITBREIDING VAN HET VERREKENINGSRECHT

12. Vooropgesteld moet worden dat de wettelijke regeling van de schuldvergelijking (artt. 1289 e.v. B.B.W., artt. 1461 e.v. N.B.W. en 6.1.10.4. e.v. N.N.B.W.) in het algemeen regelend recht bevat(46). Partijen kunnen van deze regeling bij overeenkomst afwijken en in de praktijk gebeurt dit veelvuldig. Zo komt men in koop-, huur-, geldleningsovereenkomsten en veilingcondities regelmatig de clausule tegen dat betaling dient te geschieden zonder schuldvergelijking(47). Dergelijke uitsluitingsbedingen behouden hun gelding in geval van faillissement(48). De uitsluiting van de verrekening kan ook uit de aard der overeenkomst voortvloeien(49). Geoorloofd is een beding waarbij slechts aan een der partijen de bevoegdheid wordt gegeven te compenseren(50). Eveneens kan men

---

(46) Vgl. *Parl. Gesch. boek 6*, 490.

(47) De Hoge Raad heeft dergelijke dingen bij herhaling geldig geoordeeld. Zie bijv. H.R., 21 November 1969, *N.J.*, 1970, 179 en meer recent H.R., 16 januari 1987, *N.J.*, 1987, 553. Ook de rechtsgeleerde schrijvers gaan van deze geldigheid uit, zie bijv. CLOQUET, A., *o.c.*, 519, nr. 1748 en ASSER-HARTKAMP I, nr. 531.

(48) H.R., 20 juni 1941, *N.J.*, 1942, 151 en H.R., 16 januari 1987, *N.J.*, 1987, 553, noot VAN DER GRINTEN (Hooijen/Tilburgsche Hypotheekbank). Vergl. voorts POLAK-POLAK, *o.c.*, 171. Zie voorts art. 6.5.2A.4. onder g N.N.B.W. en over de betekenis van dit artikel voor het huidig recht het in de vorige noot genoemde arrest van 16 januari 1987.

(49) H.R., 11 november 1932, *N.J.*, 1933, 297 en H.R., 20 juni 1941, *N.J.*, 1942, 151, met noot SCHOLTEN.

(50) VAN RYN & HEENEN, *Principe*, IV, (1965), 145, nr. 2560.

nadere vereisten voor verrekening stellen(51). Anderzijds kan de mogelijkheid van compensatie ook worden uitgebreid tot gevallen, waarin volgens de wet niet aan de vereisten voor schuldvergelijking is voldaan. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad ziet de wettelijke regeling omtrent de compensatievereisten (art. 1463 N.B.W.) slechts op compensatie ingevolge de wet(52). Voor de artikelen 6.1.10.4. e.v. N.N.B.W. geldt ons inziens hetzelfde. De vraag die thans voorligt is of partijen bedingen omtrent compensatie — in het bijzonder die waarbij ruimere compensatiemogelijkheden worden gecreëerd dan de wet kent — kunnen tegenwerpen aan derden, zelfs in geval van samenloop(53). Gezien de Belgische rechtsleer en de terminologie van het Hof van Cassatie kan men de vraag ook aldus stellen: Kunnen partijen tussen de vordering en de tegenvordering langs contractuele weg een ,,samenhang'' tot stand brengen, zodat de verrekening ook na het ontstaan van de samenloop mogelijk blijft? Door een gedeelte van de Belgische rechtsleer wordt die vraag bevestigend beantwoord op grond van het beginsel van de wilsautonomie. Krachtens dit beginsel mogen de partijen hun onderlinge rechtsverhouding naar believen vorm geven en moeten de derden — behoudens ingeval van fraude — de rechtsgevolgen ervan tussen partijen erkennen(54). Traditioneel wordt echter geleerd dat de wilsautonomie weliswaar volstaat voor de geldigheid van dergelijke afspraken inter partes, maar niet kan volstaan om hen tegenwerpelijk te maken aan derden en zodoende het preferentiesysteem te doorkruisen(55). Volgens deze strekking moet de beoordeling van compensatiebedingen op dezelfde wijze gebeuren als bedingen die ertoe strekken het retentierecht conventioneel uit te breiden. Aangezien de compensatie na samenloop in het teken staat van het retentierecht (s.l.) kan de beoordeling van de tegenwerpelijkheid van beide soorten bedingen niet verschillend zijn. Over dergelijke bedingen werd uitspraak gedaan in het belangrijke cassatiearrest van 7 oktober

(51) *Parl. Gesch. boek 6*, 490.

(52) H.R., 18 december 1930, *N.J.*, 1931, 575; H.R., 10 juni 1938, *N.J.*, 1938, 1005; en H.R., 9 april 1943, *N.J.*, 1943, 348. Vergl. DE KLERK-LEENEN, *o.c.*, 19; HOFMANN-DRION-WIERSMA, *o.c.*, 376; PITLO-BOLWEG, *o.c.*, 380 en ASSER-HARTKAMP I, nr. 531.

(53) Het N.N.B.W. behandelt niet de vraag in hoeverre dergelijke overeenkomsten ook tegen derden kunnen worden tegengeworpen, omdat — aldus de *Toelichting* MEIJERS — op deze vraag een algemeen antwoord moeilijk is te geven (*Parl. Gesch. boek 6*, 490).

(54) Zie vooral VAN OMMESLAGHE, P., ,,Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté'', in *Les Sûretés*, Brussel, 1983, (345), 392; VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV, (1965), 244-245, nr. 2682.

(55) Zie hierover: DIRIX, E., ,,Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid'', *T.P.R.*, 1988, (323), 333-338.

1976(56). Uit dit arrest wordt (impliciet) afgeleid dat de partijen het toepassingsgebied van het retentierecht niet langs contractuele weg kunnen uitbreiden wanneer de samenhang tussen de schuldvordering en de teruggehouden zaken niet ook aan de realiteit van de verhouding tussen partijen beantwoordt. De vraag rijst dan of het arrest van 28 februari 1985 in de lijn ligt van dit van 7 oktober 1976. Volgens NELISSEN GRADE is dit onmiskenbaar het geval. Het Hof van Cassatie geeft uitvoerig de vaststellingen van het bestreden arrest weer, waarin erop gewezen wordt dat het beding geen kunstmatig verband doet ontstaan tussen de schuldvorderingen en dat die band nl. voortvloeit ,,uit de aard zelf van de tijdelijke handelsvereniging en de daaruit voortspruitende bedingen van ondeelbaarheid''. M.a.w. ook bij compensatiebedingen kan in de visie van het Hof van Cassatie de band tussen vordering en tegenvordering niet louter langs contractuele weg worden gecreëerd; deze samenhang zal ook moeten bestaan in de feiten(57).

Ook in Nederland wordt door een belangrijk deel der rechtsgeleerde schrijvers aangenomen dat contractuele compensatiebedingen aan derden kunnen worden tegengeworpen. De beoordeling van compensatiebedingen vindt dan echter niet plaats aan de hand van normen die gelden voor het retentierecht. Veelal worden bedingen inzake contractuele compensatie gezien als bedingen die de inhoud van het vorderingsrecht betreffen(58). Een vorderingsrecht wordt door partijen in het leven geroepen, zij zijn het die daar vorm aan geven. Indien schuldeiser en schuldenaar bijvoorbeeld overeenkomen dat compensatie ook mogelijk zal zijn ten aanzien van een nog niet opeisbare en niet onmiddellijke vereffenbare tegenvordering, wordt hierdoor de aard en de omvang van het vorderingsrecht bepaald. De compensatie-afspraak bepaalt immers mede de inhoud van de verbintenis. Wordt op dit vorderingsrecht vervolgens beslag gelegd dan treft het beslag de vordering zoals deze door partijen is gecreëerd,

---

(56) Cass., 7 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 153, *Pas.*, 1977, I, 154 met concl. proc.-gen. KRINGS, *R.C.J.B.*, 1979, 5 met noot FAGNART. Over de verschillende interpretaties van dit arrest zie ook nog: VAN BUGGENHOUT, C. en CORNELIS, L., ,,Retentierecht, pand en faillissement'', *R.W.*, 1409 e.v.; DIRIX, E., *o.c., T.P.R.*, 1988, 344-345.

(57) NELISSEN GRADE, ,,Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen'', *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, (187), 300, nr. 27 e.v.; STRANART, A.M., *Opposabilité aux tiers des conventions d'indivisibilité de compensation et d'Unicité de comptes*, Brussel, 1983, 32; LIMPENS-MEINERTZHAGEN, A., *o.c., R.C.J.B.*, 1987, 596, nr. 19 e.v.: ,,le principe de la connexité naturelle''.

(58) WIARDA, J., *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam van Nederlands Burgerlijk Recht*, dissertatie Amsterdam 1937, 280; HOUWING, *W.P.N.R.*, 4456; MIJNSSEN, *De rekening-courant-verhouding*, Studiepocket privaatrecht nr. 19, 1979, 31 en 58 e.v.; ASSER-BEEKHUIS I, 1985, 384; ASSER-HARTKAMP I, nr. 531.

derhalve inclusief de verruimde compensatiemogelijkheid. De beslaglegger treft door het beslag niet meer dan de beslagene heeft. Hetzelfde geldt voor de crediteuren in een faillissement. Zij kunnen zich verhalen op de vordering, zoals zij die in het faillissement aangetroffen hebben, dat wil zeggen inclusief de bedingen die regelen op welke wijze de vordering kan worden voldaan. Artikel 1470 N.B.W. staat hieraan niet in de weg. En evenmin bestaat er strijd met het in de artikelen 1351 en 1376 N.B.W. neergelegde beginsel dat overeenkomsten alleen tussen partijen werken. In de zaak Ontvangers/Barendregt gaat ook de Hoge Raad uit van de opvatting dat een compensatiebeding de inhoud van de verbintenis tussen partijen mede vorm geeft. Hij overweegt immers uitdrukkelijk dat de door het Hof gegeven uitleg van de (compensatie-)overeenkomst tussen Mourik en Barendregt er op neer komt ,,*dat aan de schuld* uit geldlening, voor wat betreft de wijze van delging daarvan ...*nadere vorm is gegeven*'' (onze cursivering).

13. In beide arresten werd een verruimde verrekeningsbevoegdheid niettegenstaande het intreden van de samenloop aanvaard. Deze uitkomsten verdienen goedkeuring. Volgens het Hof van Cassatie is voor de tegenwerpelijkheid van de contractuele uitbreiding van de compensatiebevoegdheid een nauwe samenhang tussen vordering en tegenvordering vereist. De Hoge Raad stelt deze eis niet. De vraag is of men een dergelijke connexiteit wel als voorwaarde moet stellen. Wat bijvoorbeeld indien vordering en tegenvordering in geheel verschillende rechtsverhoudingen tot stand komen en A en B op een later tijdstip overeenkomen dat zij in de toekomst zullen moeten verrekend. Kunnen de partijen dan na het intreden van de samenloop zo'n contractueel verrekeningsrecht nog verder uitoefenen?

Houdt men vast aan het hiervoren omschreven parallellisme tussen bedingen tot uitbreiding van het retentierecht en compensatiebedingen dan blijft de tegenwerpelijkheid problematisch. De kwestie is echter of die gelijkschakeling wel terecht gebeurt en of het vereiste van ,,het nauw verband'' bij retentierecht en compensatie (na samenloop) niet van verschillende aard is(59). Voor het retentierecht is het vereiste van een nauw verband tussen de schuldvordering en de teruggehouden zaak evident. Zij verhindert immers dat een schuldeiser op willekeurige wijze het preferentiesysteem doorbreekt door op arbitraire wijze een goed van zijn debiteur achter te houden of dat

(59) Zie ook: MAHAUX, J., *o.c.*, 36, nr. 131; SIMONT, L., ,,Essai de classification des sûretés issues de la pratique'', in *Les sûretés*, Brussel, 1984, 309.

hij zich bepaalde goederen laat overhandigen met het oog op het uitoefenen van zijn retentierecht. De schuldeiser kan enkel een retentierecht doen gelden op zaken die hem als een normaal gevolg van de uitvoering van de overeenkomst werden overhandigd.

Geheel anders is toch de toestand bij compensatie. Daar wordt de eis van samenhang zoals gezegd niet gesteld. Wanneer partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar worden, dan komt hen de mogelijkheid van verrekenen automatisch toe; zij mogen er op rekenen de uitvoering van hun verbintenis — ook al vloeit die voort uit een geheel andere rechtsverhouding — tot zekerheid aan te wenden voor hun schuldvordering. Deze zekerheidsfunctie vloeit voort uit de aard zelf van de schuldvergelijking. Wanneer de partijen dan afspreken dat hun respectieve vordering en tegenvordering in de toekomst zullen worden verrekend, dan kan bezwaarlijk worden gezegd dat het aldus gecreëerde verband tussen deze vorderingen ,,artificieel'' is. In die gevallen zo schrijft HOUIN ,,la garantie de la compensation est, dans l'intention des parties, la contrepartie — la cause du crédit mutuel qu'elles s'accordent''(60). Kan het aan de rechter in die omstandigheden toekomen te oordelen of de door de partijen gecreëerde samenhang al dan niet kunstmatig is, zonder in de plaats te treden van de contractspartijen en een opportuniteitsoordeel uit te brengen? Kortom de samenhang die langs contractuele weg wordt gecreëerd kan in feite nooit kunstmatig zijn.

Hierdoor wordt geen afbreuk gedaan aan de regel dat compensatie geen afbreuk mag doen aan de verkregen rechten van derden. In het vermogen van A is de vordering op B nu eenmaal gelieerd met de tegenvordering van B. Aan de verbintenissen tussen A en B is nader inhoud gegeven door de tussen A en B gemaakte compensatie-afspraken. De schuldeisers van A zullen diens schuldvordering op B enkel kunnen uitoefenen op de wijze zoals zij die in het vermogen hebben aangetroffen. De afspraak over de verruimde verrekeningsbevoegdheid kan ons inziens zowel bij het aangaan van de overeenkomst als bij latere zelfstandige overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar worden gemaakt. Partijen bepalen immers zelf de inhoud van hun verbintenis en kunnen deze op een later

(60) HOUIN, R., noot onder Cass. fr., 13 juli 1942, *J.C.P.*, 1943, II, 2157. Zie ook: *Encycl. Dalloz*, tw. *Compensation*, nr. 104. Recent: DUBOC G., *La compensation et les droits des tiers*, Parijs, 1989, 215 e.v.

tijdstip nader modelleren(61). Een dergelijke verruimde verrekeningsbevoegdheid kunnen zij echter niet meer na beslag of faillissement ten aanzien van reeds bestaande vorderingen overeenkomen, althans niet meer ten nadele van de beslaglegger respectievelijk de boedel.

Uit de beslissing van het Hof van Cassatie volgt dat de compensatieovereenkomst ,,zonder bedriegelijke benadeling'' moet zijn gesloten, wil de bedongen schuldvergelijking rechtsgeldig plaatsvinden. De compensatieovereenkomst mag geen paulianeus karakter hebben(62). Wellicht moet hier nog een tweede beperking worden aangenomen. Crediteuren in de samenloop hebben zich jegens elkander overeenkomstig de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) te gedragen(63). Indien een crediteur ten aanzien van een bestaande, op grond van de wet nog niet compensabele vordering een compensatieovereenkomst sluit, op het moment dat hij weet dat een déconfiture van de schuldenaar redelijkerwijs te verwachten is, behoort een beroep op contractuele compensatie niet te worden gehonoreerd(64).

---

(61) Vergl. de blokkeringsclausules i.v.m. de overdracht van vorderingen. Algemeen wordt in Nederland aanvaard dat bij het aangaan van een overeenkomst of bij latere zelfstandige overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden afgesproken, dat de schuldeiser niet gerechtigd is de uit de overeenkomst ontstane vordering over te dragen. Een dergelijke afspraak is een modificatie van de verbintenis die ook tegenover derden werkt. Zie WIARDA, *o.c.*, 367 e.v.; SUIJLING V, nr. 76; VAN CREVELD, *Cessie van schuldvorderingen*, 1953, 19 e.v. en ASSER-BEEKHUIS I, (*Zakenrecht*), nr. 282, alsmede art. 3.4.2.1, lid 2 N.N.B.W. Zie en vergl. voor België: BRAECKMANS, H., *Factoring*, Brussel, 1979, 101, nr. 97 e.v.; *Les Novelles, Droit civil*, IV, 2, ,,La transmission des obligations'', 219, nr. 129. Vergl. voor Duitsland, par. 3.9.9. B.G.B.

(62) Vgl. voor Duitsland: B.A.G., 1 augustus 1959, *Betriebsberater* 1959, 919, waarin het Bundesarbeitsgericht overweegt: ,,Durch die Pfändung und Überweisung einer Forderung seines Schuldners kann der Pfändungsgläubiger niemals mehr Rechte erlangen, als sie sein Schuldner vor der Pfändung als Gläubiger der Forderung hatte.'' (...) ,,Eine derartige Aufrechnungsvereinbarung ist bei der bestehenden Vertragsfreiheit zulässig. Sie wirkt auch grundsätzlich gegenüber später folgenden Pfändungsgläubigern. Sie darf allerdings nicht nach den Regeln des Anfechtungsgesetzes anfechtbar und wirksam angefochten sein. Dafür liegt hier nichts vor. Sie darf auch nicht, soweit die Lohnforderung in Rede stehn die in § 394 B.G.B. gesetzten Grenzen verletzen.'' Het B.A.G. laat in deze uitspraak in het midden of een compensatieovereenkomst alleen tegen derden werkt als aan de vereisten van par. 392 B.G.B. is voldaan. B.A.G., 22 mei 1965, *N.J.W.*, 1966, 469 e.v. lijkt ervan uit te gaan dat een compensatieovereenkomst aan dezelfde geldigheidsgrenzen is onderworpen als de wettelijke compensatie door middel van een eenzijdige verklaring, vooral aan par. 392 B.G.B. Zie ook LARENZ, *o.c.*, par. 18, VI, sub f. Vgl. voor het Duitse recht voorts: Reichsgericht 28 oktober 1932, *R.G.Z.*, 138, 252 e.v., waarin het Reichsgericht aanneemt dat een compensatieovereenkomst voor beslag gaat; en B.G.H., 22 november 1979, *N.J.W.*, 1980, 584 e.v. Uit deze rechtspraak en literatuur mag worden afgeleid dat ook in Duitsland de tegenwerpelijkheid van compensatiebedingen in geval van samenloop problematisch is.

(63) Vergl. H.R., 8 juli 1987, *N.J.*, 1988, 104, met noot VAN DER GRINTEN; *A.A.*, 1988, 191, met noot KORTMANN (Loeffen q.q./Mees & Hope).

(64) Vgl. par. 30 Konkursordnung.

V. Ondeelbaarheidsbedingen en compensatiebedingen in de bankpraktijk

14. Het contractueel moduleren van het verrekeningsrecht komt vooral aan de orde in de bankpraktijk. In dat verband worden twee soorten van bedingen gemaakt. In de eerste plaats zgn. ,,bedingen van eenheid van rekening'' luidens welke alle op naam van dezelfde titularis geopende rekeningen, ongeacht hun aard of modaliteit, moeten beschouwd worden als een ondeelbare rekening. Hiervan zijn dan te onderscheiden: compensatiebedingen luidens welke het de bank is toegestaan de diverse saldi, die juridisch zelfstandig zijn, te compenseren. De vraag naar de tegenwerpelijkheid van dergelijke bedingen na samenloop wordt in de Nederlandse rechtsliteratuur niet besproken; in België is zij daarentegen omstreden en vaak onderwerp van discussie.

Veelal wordt in België aangenomen dat bedingen van eenheid van rekening slechts tegenwerpelijk zijn wanneer die eenheid steun vindt in de realiteit(65). Worden de diverse rekeningen in werkelijkheid als afzonderlijke entiteiten behandeld (bijv. verschillende termijnen), dan is het beding niet tegenwerpelijk.

Vanuit die optiek zijn bedingen van eenheid van rekening overbodig omdat zij enkel effect kunnen ressorteren indien zij een bestaande toestand vaststellen. Ten hoogste kan uit zo'n beding een vermoeden juris tantum worden afgeleid.

15. Doorstaat het beding van eenheid van rekening deze toetsing niet, dan kan het compensatiebeding worden ingeroepen dat dus als het ware een suppletieve functie vervult. Door een belangrijk gedeelte van de Belgische rechtsleer wordt de tegenwerpelijkheid van dergelijke bedingen na samenloop aanvaard. Het faillissement zal de compensatie niet verhinderen wanneer de overeenkomst voor de verdach-

(65) In die zin Nelissen Grade, J.M., *De rekening-courant*, Antwerpen, 1976, 376, nr. 168; Winandy, Ch.-G., ,,Les comptes en banques et les intérêts'', in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, 1986, 44, nr. 37; Van Ryn & Heenen, *Principes*, III, (1960), 347, nr. 2120.

te periode en zonder bedrog werd gesloten(66). Ook de Franse rechtsleer en rechtspraak zijn in die zin gevestigd(67).

Een ander gedeelte van de Belgische rechtsleer bestrijdt deze opvatting: compensatie na beslag of faillissement is enkel toelaatbaar ,,ex eadem causa''. Een dergelijke samenhang kan niet op ,,kunstmatige'' wijze worden bereikt(68). Ook de (lagere) rechtspraak lijkt voornamelijk in die zin te gaan(69).

De eerstgenoemde opvatting verdient de voorkeur. Ook al deelt men de hiervoren ontwikkelde stelling in verband met compensatieovereenkomsten ,,ad futurum'' niet en houdt men vast aan het vereiste van onderlinge samenhang, dan kan bezwaarlijk worden verdedigd dat hier het verband tussen de vorderingen louter kunstmatig is. Zo zal de bank wellicht maar bereid zijn gevonden een bepaald krediet toe te staan doordat zij op de compensatie met de overige rekeningen heeft gerekend. Het verdisconteren van dit zekerheidsrecht is geheel legitiem en beantwoordt aan de economische realiteit van het zakendoen tussen de partijen(70). Wie, zoals in Nederland veelal geschiedt en door ons wordt onderschreven, het compensatiebeding ziet als een nadere vormgeving van de inhoud van de verbintenis, zal weinig moeite hebben met de constatering dat een dergelijke overeenkomst in geval van samenloop door derden moet worden gerespecteerd. Aan de samenhangproblematiek komt men dan niet toe.

VI. CESSIE

16. De regel dat schuldvergelijking geen afbreuk mag doen aan de verworven rechten van derden, komt eveneens aan de orde na cessie

---

(66) Cfr.: FREDERICQ, *Handboek*, II, 1978, 103, nr. 765; VAN RYN & HEENEN, *Principes*, IV, (1988), 402-403, nr. 525; WINANDY, *o.c.*, 51, nr. 46 e.v.; MAHAUX, J., *o.c.*, 33, nr. 120 e.v.; STRANART, A.M., *o.c.*; FAGNART, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1979, 34-35, nr. 23; VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, 383 e.v.

(67) VASSEUR, M. en MARIN, X., *Les comptes en banque*, I, Parijs, 1966, 493-495, nr. 287; GAVALDA, Chr. en STOUFFLET, J., *Droit de la banque*, Parijs, 1974, 541-543, nr. 414; Cass. fr., 14 december 1981, *Bull. civ.*, IV, 1981, nr. 440, *J.C.P.*, Ed. Entr., 1983, nr. 134.939; *Juris Classeur Banque et crédit*, tw. *Saisies bancaires*, nr. 84. In Duitsland benadert men dit soort overeenkomsten veel kritischer; zie o.m. LARENZ, *o.c.*, par. 18. VI, sub f en de in noot 89a aldaar genoemde literatuur, alsmede PFEIFER und FRANKEN, *N.J.W.*, 1960, 1977 e.v.

(68) In die zin: NELISSEN GRADE, J.M., *o.c.*, 382 e.v.; CLOQUET, A., *o.c.*, 528, nr. 1782; MOREAU-MARGREVE, I., ,,Evolution du droit et des pratiques en matières de sûretés'', in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 1983, (77), 222; DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, 1988, 638; en vgl. voor Frankrijk: MARTIN, D., ,,Des techniques d'affectation en garantie de soldes de comptes bancaires'', *D.*, 1987, *Chron.*, (229), 231, nr. 12.

(69) Brussel, 3 februari 1986, *T.B.H.*, 1988, 702 met noot GREGOIRE; Kh. Luik, 14 oktober 1987, *T.B.H.*, 1988, 727; Kh. Aalst, 17 januari 1969, *R.W.*, 1969-1970, 287.

(70) Zie bijv.: Kh. Charleroi, 20 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 416.

van een schuldvordering. Luidens artikel 1690 B.B.W. en artikel 668 N.B.W. is de overdracht van de schuldvordering tegenwerpelijk aan de debitor cessus, hetzij na de betekening van de overdracht aan de debiteur, hetzij na de ,,aanneming'' of ,,erkenning'' van de overdracht door de debiteur(71). Dit onderscheid tussen de aanvaarding of erkenning en de betekening van de overdracht is terug te vinden in artikel 1295 B.B.W. en artikel 1467 N.B.W. die de verrekeningsbevoegdheid van de debiteur na cessie regelen.

Heeft de schuldenaar ,,zuiver en eenvoudig'' met de overdracht van de schuldvordering ingestemd, dan kan hij zich niet meer beroepen op de compensatie die hij voor de overdracht had kunnen tegenwerpen (art. 1295, eerste lid B.B.W. resp. art. 1467, lid 1 N.B.W.). De verklaring voor het verlies van de verrekeningsbevoegdheid wordt gezocht in de afstand van recht, of juister: in de figuur van de rechtsverwerking: de goede trouw verhindert nl. dat de debiteur zou terugkomen op zijn voorheen ingenomen houding(72). Deze uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid geldt algemeen, dus ook wanneer de tegenvordering in ,,nauw'' verband staat tot de overgedragen vordering(73).

17. Heeft de debiteur niet meegewerkt aan de cessie, dan wordt volgens de wet zijn verrekeningsbevoegdheid enkel afgesneden m.b.t. tegenvorderingen die tot stand zijn gekomen na het tijdstip waarop de overdracht hem werd betekend (art. 1295, tweede lid B.B.W. en art. 1467, lid 2 N.B.W.). Compensatie is dus niet mogelijk met een tegenvordering die na de betekening is ontstaan of die eerst na dat tijdstip vaststaand (liquide) en opeisbaar is geworden.

---

(71) Zie hierover o.m.: TOP, F., *Eigendomsoverdracht bij cessie naar Nederlands en Belgisch recht, T.P.R.*, 1966, 25-58. Betekening aan of erkenning door de debitor cessus is naar Nederlands recht echter geen constitutief vereiste voor de overgang van de vordering. De betekening aan c.q. erkenning door de debiteur heeft slechts tot gevolg dat de debiteur niet langer bevrijdend aan de cedent kan betalen omdat hij niet langer te goeder trouw is in de zin van art. 1422 N.B.W. Naar komend Nederlands recht (art. 3.4.2.7., lid 1 N.N.B.W.) is de overdracht niet reeds voltooid door het opmaken van de akte van cessie, maar is een mededeling van de cessie aan de debitor cessus een constitutief vereiste. Zie over deze problematiek ASSER-BEEKHUIS I, (*Zakenrecht*), nrs. 370 e.v. en de daar genoemde literatuur en rechtspraak.

(72) WYMEERSCH, Y., ,,Overdracht van vordering door endossement van de factuur en tegenwerpelijkheid van de excepties'', *R.W.*, 1980-81, (1105), 1109-1111, nrs. 4-5; MERCHIERS, Y., ,,Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé'', *R.C.J.B.*, 1987, 535, nr. 27; SPRUYT, N., in *T.B.H.*, 1984, 562 e.v.; ASSER-RUTTEN I, (1981), 434; ASSER-HARTKAMP I, (1988), nr. 541; HOFMANN-DRION-WIERSMA, *o.c.*, 382 e.v.; VAN CREVELD, *o.c.*, 110 e.v.

(73) Zie: Cass., 13 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 36, *R.C.J.B.*, 1974, 352 met noot STENGERS, M.-L.: de instemming met de overdracht sluit evenwel een beroep op de *excepties* en verweermiddelen die inherent zijn aan de rechtsverhouding zoals de e.n.a.c. echter niet uit.

Geldt dit verbod ook i.g.v. ,,samenhangende'' vorderingen? Kan m.a.w. de debiteur een tegenvordering verrekenen die eerst na de betekening is ontstaan (of vaststaand (liquide) en opeisbaar geworden), maar die in nauw verband staat tot de overgedragen vordering? In de Belgische rechtsleer wordt deze vraag bevestigend beantwoord. Schuldvergelijking na samenloop staat in het teken van het retentierecht en de e.n.a.c. en deze excepties blijven ook na de overdracht van de vordering tegenwerpelijk aan de cessionaris omdat zij ,,inherent'' zijn aan de overgedragen rechtsverhouding. Welnu, dan kan het antwoord niet anders luiden voor compensatie van ,,samenhangende'' vorderingen(74).

De Nederlandse rechtsleer geeft een verdeeld beeld. Een deel der schrijvers is van oordeel dat, wil de schuldenaar zich tegenover de cessionaris op compensatie kunnen beroepen, op het ogenblik van de betekening (aanneming of erkenning) de vereisten voor compensatie aanwezig dienen te zijn(75). Andere schrijvers zitten echter op hetzelfde spoor als de recente Belgische rechtsleer en achten compensatie wel mogelijk, wanneer beide vorderingen uit dezelfde rechtsverhouding zijn ontstaan, ook al zou een van beide op het ogenblik van de betekening nog niet opeisbaar of vereffenbaar zijn(76). Deze uitbreiding van het verrekeningsrecht na de cessie met betrekking tot samenhangende vorderingen komt overeen met het komend Nederlands recht. Daar bepaalt artikel 6.1.10.7. N.N.B.W. dat verrekening na cessie mogelijk blijft in geval van connexiteit. De Hoge Raad heeft echter nog recentelijk geoordeeld dat voor anticiperende interpretatie van deze bepaling onvoldoende grond is(77). Wij vragen ons af of de Hoge Raad bij deze beslissing de zekerheidsfunctie van de compensatie niet teveel uit het oog heeft verloren.

Wil de schuldenaar zich na cessie tegenover de cessionaris op compensatie kunnen beroepen, dan zal derhalve naar huidig Nederlands recht zijn tegenvordering ten tijde van de betekening opeisbaar moeten zijn (en aan de overige vereisten moeten zijn voldaan). In de regel zal het echter o.i. *niet* noodzakelijk zijn dat ook

---

(74) In die zin: MAHAUX, J., *o.c.*, 17, nrs. 69-71: ,,Ce principe de la compensation s'impose au cessionnaire comme il s'impose au juge en cas de concours''. Vgl. STENGERS, M.-L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1974, 362, nr. 10.

(75) WIARDA, *o.c.*, 269 e.v.; VAN CREVELD, *o.c.*, 110 e.v.; HOFMANN-DRION-WIERSMA, *o.c.*, 385; MIJNSSEN, *o.c.*, 23.

(76) VAN BRAKEL, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht*, 1948, par. 168-169; SCHOLTEN, *W.P.N.R.*, 3147 e.v.; DE GROOTH, *o.c.*, 406 e.v.

(77) H.R., 19 oktober 1984, *N.J.*, 1985, 213, met noot VAN DER GRINTEN. Deze rechtspraak ligt in de lijn van H.R., 31 maart 1939, *N.J.*, 1939, 1011 en H.R., 7 februari 1929, *N.J.*, 1929, 885.

de gecedeerde vordering opeisbaar is. In beginsel is een tijdsbepaling immers in het belang van de schuldenaar overeengekomen. De tijdsbepaling doet in de regel niet af aan de bevoegdheid van de schuldenaar te betalen of zich op verrekening te beroepen (vgl. hiervoor nr. 2)(78).

18. Een woord nog over het lot na de cessie van contractuele uitbreidingen van de verrekening zoals hiervoren omschreven (supra nr. 12). Veelal wordt de tegenwerpelijkheid van deze bedingen aan de cessionaris zondermeer aangenomen. Deze oplossing kan beaamd worden. De artikelen 1295 B.B.W., 1467 N.B.W. en 6.1.10.7. N.N.B.W. richten zich in beginsel niet op contractuele compensatie. Deze laatste bepaalt de inhoud van de vordering. Zoals andere bedingen en voorwaarden kleeft ook deze regeling aan de overgedragen schuldvordering. De cedent kan niet meer rechten overdragen dan hij zelf heeft(79). De regel dat de cessionaris in beginsel is gebonden aan contractuele compensatiebedingen, zouden wij als volgt willen nuanceren. De *Nemo plus juris*-regel kan doorbroken worden door het beginsel van de derdenbescherming. De cessionaris mag er op vertrouwen dat de akte de inhoud van de rechtshandeling getrouw weergeeft, zodat hij niet mag verontrust worden door bedingen — zoals een contractuele uitbreiding van het verrekeningsrecht — die hij niet kent en waarop hij evenmin heeft gerekend(80).

VII. Tot besluit

19. Twee arresten van het Hof van Cassatie respectievelijk de Hoge Raad waren aanleiding tot een verkenning van de zekerheidsfunctie van de compensatie, in het bijzonder in geval van concursus creditorum. Compensatie geeft zowel naar Belgisch als naar Nederlands recht aan de crediteur een feitelijke voorrang, waardoor hij in geval van samenloop zelfs een sterkere positie kan hebben dan de op grond van de wet geprivilegeerde crediteur.

Wanneer men de wettelijke compensatie in België vergelijkt met die in Nederland manifesteren zich vooral verschillen in geval van

---

(78) Asser-Hartkamp I, nr. 541. Echter anders: H.R., 7 februari 1929, *N.J.*, 1929, 885 met noot Meijers en H.R., 31 maart 1939, *N.J.*, 1939, 1011 met noot Scholten.

(79) O.m.: Wymeersch, E., *o.c.*, *R.W.*, 1980-1981, 115, nr. 10; Merchiers, Y., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1987, 530, nr. 22; Wiarda, *o.c.*, 280; Houwing, *W.P.N.R.*, 4456; Mijnssen, *o.c.*, 31 en 58 e.v.; Asser-Hartkamp I, nrs. 531 en 543.

(80) Zie bij: Schoordijk, H.C.F., *Drie-partijen-verhoudingen van obligatoire aard*, diss. Amsterdam, 1958, 16 e.v. Voor een toepassing: Cass., 11 december 1987, *R.W.*, 1987-88, 1092 met noot Dirix: een tegenbrief is aan de cessionaris niet tegenwerpelijk.

faillissement en surséance, bij de benificiaire afwikkeling van de nalatenschap en mogelijk ook in geval van ontbinding en vereffening van een rechtspersoon. Naar Nederlands recht bestaat in deze gevallen van samenloop een verruimde mogelijkheid van verrekening (artt. 53 en 234 N.Fw. respectievelijk analogische toepassing daarvan in de andere genoemde gevallen van samenloop). In België daarentegen geldt hier een verbod van compensatie behoudens de gevallen waarin vordering en tegenvordering zogenaamd 'verknocht' of 'samenhangend' zijn. Wij vragen ons af of deze Belgische benadering niet te veel in de sleutel van het retentierecht is gezet. Wellicht verdient op grond van billijkheidsoverwegingen de Nederlandse regeling in deze gevallen van concursus, waarbij een vermogen wordt vereffend, de voorkeur(81).

In België zijn de mogelijkheden tot verrekening na cessie groter dan volgens het geldend recht in Nederland. Niet alleen kan de schuldenaar zich jegens de cedent op verrekening beroepen als op het moment van betekening de vereisten voor verrekening aanwezig zijn, maar ook is dit nadien nog mogelijk, indien er sprake is van connexiteit van de vorderingen. Een overeenkomstige uitzondering geldt in geval van beslag. Dezelfde verruiming is zowel bij cessie als bij beslag neergelegd in artikel 6.1.10.7. N.N.B.W. De Hoge Raad heeft echter nog onlangs in een geval van cessie anticipatie op dit artikel afgewezen. Wellicht geldt dit ook voor beslag. Wij achten deze beperking van de zekerheidsfunctie van compensatie niet gelukkig.

De tegenwerpelijkheid van door partijen overeengekomen compensatiebedingen wordt door het Hof van Cassatie en door een belangrijk deel van de Belgische rechtsgeleerde schrijvers afhankelijk gesteld van de samenhang der vorderingen. Wij hebben de indruk dat daarbij een te grote betekenis wordt toegekend aan de verwantschap die er in zeker opzicht bestaat tussen compensatie en het retentierecht. Bovendien heeft het samenhangcriterium bij contractuele compensatie ons inziens te weinig onderscheidend vermogen. De benadering van de Hoge Raad en een belangrijke stroming in de Nederlandse rechtsleer, waarbij men er van uitgaat dat een compensatiebeding vorm geeft aan de inhoud van de vordering, geeft een betere verklaring voor de tegenwerpelijkheid van compensatiebedin-

(81) Compensatie na faillissement wordt door een groot gedeelte van de Belgische rechtsleer verdedigd de lege ferenda: cfr. CLOQUET, *o.c.*, 517, nr. 1754; COPPENS, P., „Pour la compensation après faillite" in Idées nouvelles dans le droit de la faillite, Brussel, 1969, 201-232; DIERYCK in *R. W.*, 1965-1966, 1704 die verwijst naar het oude Antwerpse coutumiere recht waar compensatie na faillissement werd aanvaard; MAHAUX, J., *o.c.*, 44, nr. 146. *De lege ferenda*: art. 5 voorontwerp Europees Faillissementsverdrag.

gen aan de schuldeisers in de samenloop en leidt tot bevredigende uitkomsten.

RÉSUMÉ

COMPENSATION ET CONCURSUS CREDITORUM

La compensation est un mode légal d'extinction des obligations. Elle remplit également une fonction de sûreté et de garantie dans les relations contractuelles. Le créancier qui se paye par compensation dispose — selon De Page — «d'un véritable privilège sans texte» au regard des autres créanciers de son débiteur. La compensation lui procure en effet un payement intégral et lui fait échapper à la loi du concours. L'objet de cette étude est la comparaison de la compensation dans différents cas de concours entre créanciers en droit belge et droit néerlandais.

Dans les deux pays le principe existe que la compensation ne peut porter atteinte aux droits acquis des tiers. Ainsi la compensation n'est plus possible lorsqu'il y a saisies-arrêt. Dans ce même ordre d'idées, le droit belge exclut la compensation après faillite et dans d'autres cas de concours (concordat, dissolution de société, etc.). Cette règle souffre, exception lorsqu'il existe un lien étroit entre les deux créances. Le droit néerlandais élargit en revanche les possibilités de compensation en cas concours et notamment après faillite.

En cas de cession de créance il s'avère que le champ d'application de la compensation est plus large en droit belge qu'en droit néerlandais. Le débiteur cédé peut en effet opposer a l'encontre du cessionnaire non seulement une créance antérieure, mais également une créance postérieure à condition qu'il s'agisse de dettes connexes.

La question de savoir si les parties peuvent élargir le champ d'application de la compensation et établir conventionnellement un lien de connexité est controversée en droit belge (convention indivisibilité, clause d'unicité de compte, etc.). Une grande partie de la jurisprudence et de la doctrine belge n'est disposée d'admettre l'opposabilité de telles clauses contractuelles qu'à condition que la connexité ne soit pas purement «artificielle». Cette théorie de la connexité qui donne trop de poids à l'affinité qui existe entre la compensation et le droit de retention ne peut être approuvée. Selon les auteurs, de telles clauses sont valables et opposables aux tiers. En créant des liens de connexité entre plusieurs de leurs dettes et créances, les parties ne font d'autre que de moduler le contenu de leurs relations contractuelles. Les tiers (en occurrence les créanciers d'une des parties) ne peuvent se prévaloir de ces créances sans tenir compte du cadre juridique crée par les parties eux-mêmes.

ZUSAMMENFASSUNG

AUSGLEICH UND CONCURSUS CREDITORUM

Der Ausgleich ist ein Rechtsverfahren das die Aufhebung von Verbindlichkeiten begleitet, beziehungsweise eine Sicherheitsfunktion erfüllt. Anhand der niederländischen und der belgischen Rechtspflege wurde eine Untersuchung dieser Funktion vorgenommen, wobei ins besondere der Fall des concursus creditorum hervorgehoben wurde. Der Ausgleich gibt im belgischen wie im niederländischen Recht dem Gläubiger die tatsächliche Priorität, wodurch er im Fall eines Zusammentreffens sogar eine stärkere Position einnehmen kann als der aufgrund des Gesetzes priviligierte Gläubiger.

Wenn man den gesetzlichen Ausgleich in Belgien mit dem in den Niederlanden vergleicht, ergeben sich die Unterschiede vor allem im Fall eines Konkurses und eines Aufschubs, beim Benefiziant-Erben und gegebenenfalls auch im Fall einer Auflösung und einer Liquidation einer Rechtsperson. Im niederländischen Recht besteht in diesen Fällen des Zusammentreffens eine erweiterte Möglichkeit der Verrechnung (Art. 53 und 234 Nied. Finanzgesetzbuch beziehungsweise deren analoge Anwendung in den anderen genannten Fällen eines Zusammentreffens). In Belgien im Gegenteil gilt hier das Verbot eines Ausgleichs, außer in den Fällen in denen Klage und Gegenklage sogenannt „anhänglich" (= Nied. „verknocht") und „zusammenhängend" sind. Die Frage erhebt sich, ob die belgische Betrachtungsweise nicht allzu sehr auf das Zurückhaltungsrecht zurückgeht. Aufgrund der Redlichkeitserwägungen dürfte in diesen Fällen eines Zusammentreffens wobei ein Vermögen liquidiert wird, die niederländische Regelung zu bevorzugen sein.

In Belgien sind die Möglichkeiten zur Verrechnung nach einer Zession größer als nach dem in den Niederlanden geltenden Recht. Nicht nur kann sich der Schuldner dem Zedenten gegenüber auf eine Verrechnung berufen, wenn zur Zeit der Notifikation die Bedingungen für eine Verrechnung vorhanden sind, sondern auch nachher, falls es eine Konnexität der Ansprüche gibt, gilt diese Möglichkeit. Im Fall einer Pfändung gilt eine entsprechende Ausnahme. Dieselbe Erweiterung sowohl bei Zession wie bei Pfändung ist in den Art. 6.1.10.7 des NNBW festgelegt worden.

Die Opponierbarkeit der von Parteien vereinbarten Ausgleichsbedingungen wird vom Kassationsgericht und von einer Vielzahl der belgischen juristischen Verfasser von dem Zusammenhang der Klagen abhängig gemacht. Der Eindruck besteht, daß dabei der Verwandtschaft die es gewissermaßen zwischen Ausgleich und Zurückhaltungsrecht gibt, eine zu große Bedeutung zugeschrieben wird. Die Betrachtungsweise des Hohen Rates, wobei von der Tatsache ausgegangen wird, daß eine Ausgleichsbedingung den Inhalt einer Klage gestaltet, gibt der Opponierbarkeit der Ausgleichsbedingungen für die Gläubiger im Zusammentreffen eine bessere Begründung und führt zu befriedigenden Ergebnissen.

SUMMARY

SETTLEMENTS PER CONTRA WHERE CREDITORS HAVE EQUAL RANK AND RIGHTS

The settlement *per contra* is one of the means by which agreements are cancelled and at the same time constitutes a form of security. It is the courts of the Netherlands and of Belgium which prompted closer examination of the latter function, in particular in the case of *concursus creditorum*. Both the legal system of the Netherlands and that of Belgium give precendence in practice to the creditor, which could place him in a stronger position in the case of *concursus creditorum* than the creditor who has a statutorily preferential claim.

When comparing statutory settlements *per contra* in Belgium and in the Netherlands it is possible to discern differences especially in the case of bankruptcy and stay of bankruptcy, where the succession is accepted *cum beneficium inventarii* and possibly even in the case of the dissolution and settlement of a legal person. Under the legal system of the Netherlands, there exist in such cases of *concursus creditorum*

extended possibilities of settling the debt (Articles 53 and 234 of the Netherlands Law relating to bankruptcy, which apply this principle to the other cases of *concursus creditorum* specified). In Belgium, on the other hand, there applies in this case a prohibition of settlements *per contra* except where both the claim and the counterclaim are "connected" or "related". It is legitimate to ask the question whether this Belgian approach does not bear too many hallmarks of possessory liens. Very probably preference will need to be given, on grounds of equitableness, to the Netherlands system for this type of *concursus creditorum*, where an estate is being settled.

In Belgium, the opportunities for a settlement after the transfer of rights are greater than under the legal system of the Netherlands. Not only is it possible for the debtor to invoke the settlement procedure in relation to the person making the transfer where the conditions for a settlement apply at the time of notification; it is also possible to do so subsequently, if the claims are interconnected. A corresponding exception applies in the case of distraint. This extension of the opportunities for enforcing a settlement is laid down in Article 6.1.10.7 of the new Netherlands Civil Code, and covers both the case where transfer of rights applies and that where distraint has been used.

According to the *Cour de Cassation* and an important body of Belgian authors, the ability to invoke settlement *per contra* clauses agreed by the parties against third parties has been made conditional upon the claims being interrelated. The impression is created that in so doing, too much importance is attached to the relationship which exists to a certain extent between settlements *per contra* and the law relating to possessory liens. The approach adopted by the *Hoge Raad* (Netherlands supreme court), which is based on the assumption that a settlement *per contra* clause moulds the substance of a claim into shape, constitutes a better explanation for the ability to invoke settlement *per contra* clauses against creditors who find themselves in *concursus creditorum* and produces satisfactory results.

RESUMEN

COMPENSACÍON Y «CONCURSUS CREDITORUM»

La compensación es una manera de extinción de obligaciones y desempeña además una función de garantía. A partir de la jurisprudencia belga y holandesa, se ha estudiado esta función, en particular en el caso de «concursus creditorum». Tanto en el derecho belga como en el derecho holandés, la compensación da al acreedor una prioridad real, lo que, en el caso de concurso, hace incluso que pueda tener una posición más fuerte que el acreedor privilegiado en virtud de la ley.

Si se compara la compensación legal en Bélgica y en Holanda, se pueden constatar diferencias sobre todo en casos de quiebra y suspensión de pagos, en la aceptación de una herencia a beneficio de inventario y posiblemente también en el caso de disolución y liquidación de una persona jurídica. En el derecho holandés, existe en estos casos de concurso una posibilidad más amplia de liquidación (artículos 53 y 234 de la ley holandesa de quiebras y aplicación análoga de estos artículos respectivamente a los otros casos citados de concurso). En Bélgica al contrario, es de aplicación en estos casos una interdicción de compensación, salvo en los casos en

que la reclamación y la reconvención están «conectados» o «relacionados». La cuestión radica en saber si el enfoque belga no está demasiado determinado por el derecho de retención. En estos casos de «concursus», en que se liquida un patrimonio, es quizás preferible, por consideraciones de equidad, la regulación holandesa.

En Bélgica, hay una mayor libertad para la liquidación tras una cesión de créditos que en el derecho en vigor en Holanda. El deudor no sólo puede recurrir a una liquidación del cesionista si en el momento de la notificación se cumplen los requisitos para una liquidación, sino que también puede hacerlo después, a condición que haya conexión de las reclamaciones. Una excepción semejante vale en el caso de embargo. Tanto en el caso de cesión como en el caso de embargo, está prevista la misma ampliación en el artículo 6.1.10.7 del Nuevo Código civil holandés.

Según el Tribunal Supremo y según gran parte de los juristas belgas, la posibilidad de oposición de las cláusulas de compensación acordadas por las partes depende de la conexión de las reclamaciones. Se cree que en este contexto se da demasiada importancia a la relación que existe de cierta manera entre la compensación y el derecho de retención. El enfoque del Tribunal Supremo de Holanda, que parte de la suposición de que una cláusula de compensación da forma al contenido de la reclamación, confiere a los acreedores en el concurso mayores posibilidades de oposición de las cláusulas de compensación y también lleva a soluciones satisfactorias.