
HOF VAN BEROEP ANTWERPEN 23 FEBRUARI 2017

VERBINTENISSEN UIT OVEREENKOMST**Tenietgaan verbintenis – Schuldvergelijking – Rechtsmisbruik – Rechtsverwerking – Netting**

Het staat partijen in principe vrij om in nettingclausules uitgebreidere compensatieclausules te bedingen. De partij die zich op een nettingclausule beroept, dient daarvan het bestaan te bewijzen.

De inactiviteit van een titularis van een subjectief recht is niet voldoende om tot rechtsverwerking of rechtsmisbruik te besluiten.

OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES**Extinction de l'obligation – Compensation – Abus de droit – “Rechtsverwerking” – Netting**

Les parties sont libres de stipuler des clauses de compensation plus étendues dans des clauses de netting. La partie qui se prévaut sur une clause de netting, doit en prouver l'existence.

L'inactivité d'un titulaire d'un droit subjectif ne suffit pas pour démontrer le “rechtsverwerking” ou l'abus de droit.

BRU Textiles NV / Belfius Commercial Finance NV
Zet.: B. Ponet, M.-C. Willemaers en I. Renap (raadsheren)
Pl.: Mrs. N. Segers en D. Van Der Mosen

I. De feiten, vorderingen en voorgaanden

1. De feiten en voorgaanden zijn als volgt:

– Appellante is een vennootschap actief in de textielindustrie. Zij werkte samen met de NV De Poortere Fabrics, die één van haar belangrijkste leveranciers was.

– Op 30 oktober 2007 sloot Belfius Commercial Finance (hierna BCF, geïntimeerde) een factoringcontract af met de NV De Poortere Fabrics in het kader waarvan de NV De Poortere Fabrics diverse facturen op appellante aan BCF heeft overgedragen.

– Bij e-mail van 5 november 2007 bevestigde appellante haar recht op compensatie tussen de openstaande schulden aan de NV De Poortere Fabrics en de schade die zij zou lijden in geval van faillissement van de NV De Poortere Fabrics.

– Op 11 december 2007 heeft BCF aan appellante kennis gegeven van de cessie van de facturen door de NV De Poortere Fabrics.

– Appellante erkende de cessie per aangetekend schrijven van 13 december 2007 doch verklaarde wederom geen afstand te doen van de mogelijkheid om tot compensatie over te gaan. Geïntimeerde reageerde blijkbaar niet op dit schrijven.

– NV De Poortere Fabrics verkeerde evenwel in financiële moeilijkheden. Zij legde op 30 april 2009 een verzoekschrift neer om toegelaten te worden tot de gerechtelijke reorganisatie. Zij bekwam tevens op eenzijdig verzoekschrift van 3 juni 2009 dat BCF bevolen werd alle vorderingen op appellante voor te financieren en dit door middel van een beschikking van 4 juni 2009. Hiertegen tekende BCF verzet

aan en bij beschikking van 30 september 2010 werd het bestreden bevel opgeheven.

– De NV De Poortere Fabrics werd failliet verklaard bij vonnis van de rechtbank van koophandel te Doornik d.d. 18 januari 2010. Op dat ogenblik bedroeg de vordering op appellante 1.107.670,92 EUR.

– Ingevolge dit faillissement deelden de curatoren mede dat zij niet in de mogelijkheid waren de productie te hervatten. De samenwerking met appellante kwam ten einde en appellante stelt hierdoor schade te hebben geleden.

– Op 26 januari 2010 deelde appellante aan geïntimeerde mee dat zij uiteraard de vervallen facturen niet meer zou kunnen voldoen en dat zij zich zou beroepen op de door geïntimeerde volgens haar aanvaarde nettingclausule. Appellante herhaalde dit standpunt later nog in haar schrijven van 9 november 2011.

– Op 10 februari 2010 deed appellante een aangifte van schuldvordering in het faillissement voor een bedrag van 3.379.040,70 EUR op grond van het feit dat geen doorstart van de activiteiten van de NV De Poortere Fabrics mogelijk was en deze laatste bij gevolg haar productieverplichtingen niet nakwam. Hierdoor stelde appellante schade geleden te hebben die het bedrag van haar openstaande facturen in belangrijke mate overtrof.

– De curatoren van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics verklaarden (o.m. bij brief van 14 februari 2011 aan appellante) dat zij niet in staat waren het door appellante geleden verlies te begroten. Zij stelden voor de schuldvordering van appellante in het niet-bevoorrecht passief op te nemen voor een bedrag van 1 EUR provisioneel op voorwaarde dat BCF hiermee akkoord ging. BCF deelde op 2 november 2011 hiermee niet akkoord te gaan, gezien

appellante volgens haar op geen enkele wijze het bestaan en de omvang van de beweerdelijk door haar geleden schade bewees of aannemelijk maakte. BCF maande appellante aan het bewijs te leveren van haar schade en de berekeningswijze en concrete begroting van haar schade.

– Vanaf 7 april 2010 nam het nieuw opgerichte NV De Poortere Frères de activiteiten van het failliete NV De Poortere Fabrics over. Volgens BCF kon appellante opnieuw beleverd worden en verviel haar bezwaar tegen de betaling van de openstaande facturen.

– Bij brief van 31 december 2010 vroeg BCF aan appellante haar intenties kenbaar te maken in verband met de aanzuivering van de facturen.

– Er volgden onderhandelingen (o.m. een vergadering tussen partijen op 3 februari 2011) doch deze leverden niets op.

– Geïntimeerde stelde appellante op 7 juni 2012 een laatste maal in gebreke in betaling van het bedrag van 1.107.670,92 EUR. Appellante protesteerde dit schrijven bij aangetekend schrijven van 12 juni 2012.

– Appellante is van oordeel dat zij de schade die zij ten gevolge van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics heeft geleden met de schuldvordering van BCF kan verrekenen. Volgens appellante werd in een “nettingclausule” voorzien in het kader van de samenwerking met de NV De Poortere Fabrics.

2. Bij exploit d.d. 3 september 2012 liet geïntimeerde appellante dagvaarden. De vordering strekte ertoe:

In hoofddorde:

Appellante te veroordelen tot betaling aan haar van een som van 1.107.670,92 EUR in hoofdsom, te vermeerderen met de nalatighedsinteressen aan de conventionele rentevoet van 15%, minstens de rentevoet conform de wet bestrijding betalingsachterstand in handelstransacties, vanaf de respectievelijke vervaldagen van de facturen tot op de dag van volledige betaling en meer een forfaitaire schadevergoeding van 15% of 166.150,64 EUR, minstens aan 10%, meer de kosten van het geding.

In ondergeschikte orde, bij toepassing van artikel 19, tweede lid Ger.W. en vooraleer recht te doen, een bedrijfsrevisor aan te stellen als gerechtsdeskundige met als opdracht om het bestaan en de omvang van de schade geleden door appellante naar aanleiding van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics vast te stellen en te begroten en meer bepaald na te gaan of (i) de door appellante in haar aangifte van schuldvordering aangegeven schade overeenstemt met de realiteit, rekening houdend met de sectoriële gebruiken en haar contractuele engagementen en (ii) en de toepasselijke boekhoudkundige principes werden gerespecteerd.

Appellante te veroordelen, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag vertraging, tot de overlegging binnen de 5 dagen na datum van het tussen te komen vonnis

van alle stukken tot staving van het bestaan van de door haar beweerdelijk geleden schade naar aanleiding van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics, alsook tot staving van de begroting ervan zoals opgegeven in haar aangifte van schuldvordering van 10 februari 2010.

3. Bij vonnis d.d. 11 juli 2014 verklaarde de rechtbank van koophandel te Antwerpen, afdeling Antwerpen, de vordering van geïntimeerde ontvankelijk en deels gegrond en veroordeelde appellante tot betaling aan geïntimeerde van:

– de som van 1.107.670,92 EUR;

– de nalatighedsinteressen aan de rentevoet conform de wet bestrijding betalingsachterstand in handelstransacties vanaf de respectievelijke vervaldagen der facturen;

– een forfaitaire schadevergoeding van 10%;

– de kosten van het geding door geïntimeerde begroot op 16.500 EUR rechtsplegingsvergoeding.

4. Tegen dit vonnis stelde appellante hoger beroep in door middel van een verzoekschrift neergelegd op 18 december 2014.

5. Appellante verzoekt het hof het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Het vonnis *a quo* te vernietigen en opnieuw rechtdoende: de initiële vordering van geïntimeerde ongegrond te verklaren;

Geïntimeerde te veroordelen tot de gerechtskosten, aan de zijde van appellante begroot op een rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg van 16.500 EUR en een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van 18.000 EUR.

6. Geïntimeerde concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep en verzoekt het hof het vonnis *a quo* te bevestigen en appellante bijkomend te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep van 18.000 EUR en de dagvaardingskosten van 329,86 EUR.

In ondergeschikte orde vraagt geïntimeerde om, bij toepassing van artikel 19, tweede lid Ger.W. en vooraleer recht te doen appellante te bevelen, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 EUR per dag vertraging, tot de overlegging van alle stukken tot staving van het bestaan van de door haar beweerdelijk geleden schade naar aanleiding van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics alsook tot staving van de begroting ervan zoals opgegeven in haar aangifte van schuldvordering d.d. 10 februari 2010 binnen de 5 dagen na datum van het tussen te komen arrest.

II. Beoordeling

1. Geïntimeerde vordert de nakoming van de betalingsverplichting in hoofde van appellante. Het bestaan van deze betalingsverplichting staat vast en wordt op zichzelf niet betwist. Geïntimeerde begroot de openstaande vordering in hoofdsom op 1.107.670,92 EUR. De samenstelling en

begroting van deze vordering evenals het feit dat zij vervallen en opeisbaar is, wordt niet betwist door appellante.

Over de exceptie van niet-uitvoering

2. Appellante beroept zich op de exceptie van niet-uitvoering. Aan de toepassingsvoorwaarden van deze exceptie is niet voldaan, aangezien de activiteiten van de NV De Poortere Fabrics werden overgenomen en verdergezet door de NV De Poortere Frères. Van een contractuele tekortkoming is geen sprake meer. Terecht heeft geïntimeerde bij schrijven van 2 november 2011 haar rechten op betaling van de vervallen facturen opnieuw laten gelden.

Over het bestaan van een nettingclausule

3. Appellante beroept zich voorts op het bestaan van een nettingclausule die zij met de NV De Poortere Fabrics zou zijn overeengekomen om te weigeren om de aan geïntimeerde gecedeerde facturen te betalen.

Het staat partijen in principe vrij om in zogenaamde nettingclausules uitgebreidere compensatieclausules te bedingen. Bij samenloop dient in dergelijk geval rekening gehouden te worden met de bepalingen m.b.t. nettingovereenkomsten van de wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden (WFZ). Artikel 3, 4° WFZ definieert “nettingovereenkomsten” als “de overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking”.

Appellante dient uiteraard eerst het bestaan van een dergelijke nettingovereenkomst te bewijzen.

De eerste rechter oordeelde terecht dat appellante geen bewijs van het bestaan van de nettingclausule levert. Enige overeenkomst tussen appellante en de NV De Poortere Fabrics inhoudende een nettingclausule wordt niet voorgelegd. Appellante baseert zich op de briefwisseling en het e-mailverkeer van eind 2007 naar aanleiding van de ondertekening van het factoringcontract en de kennisgeving van de cessie om aan te tonen dat de nettingclausule zou bestaan en stilzwijgend zou aanvaard zijn door geïntimeerde. Appellante heeft het in de door haar geciteerde briefwisseling (van 13 december 2007) en e-mailverkeer (van 5 november 2007) slechts over een gemeenrechtelijk recht op compensatie, niet over een nettingclausule. Uit deze briefwisseling/e-mailverkeer kan geenszins afgeleid worden dat geïntimeerde van deze zogenaamde nettingclausule kennis zou gekregen hebben, laat staan dat zij deze zou aanvaard hebben. Ook in de navolgende brieven van 5 juni 2009, 26 januari 2010 en 9 februari 2011 werd slechts verwezen naar de brief van 13 december 2007 waarin geen sprake was van een nettingclausule.

Appellante houdt eveneens ten onrechte voor dat geïntimeerde gevraagd zou hebben afstand te doen van de betwiste nettingclausule. Geïntimeerde heeft appellante immers enkel

gevraagd afstand te doen van haar gemeenrechtelijk recht op compensatie.

Ook in de dagvaarding in derdenverzet van 25 juni 2009 heeft geïntimeerde enkel het recht van appellante om te compenseren vermeld. Hieruit kan geenszins het bestaan van een nettingclausule afgeleid worden. Appellante verwacht het gemeenrechtelijk recht op compensatie met een onbestaand compensatiebeding. Appellante kan zich bijgevolg niet op een onbestaand compensatiebeding beroepen.

4. Appellante verwijst naar de briefwisseling tussen partijen van 2007 en doet gelden dat zij geen enkele reactie ontving van geïntimeerde zodat zij er rechtmatig op mocht vertrouwen dat geïntimeerde aanvaardde dat appellante zich kon beroepen op de nettingclausule.

Er is evenwel geen sprake van een stilzwijgende overeenkomst of dito aanvaarding bij gebrek aan protest.

Uit de afwezigheid van protest van de brieven van appellante vloeit geen vermoeden van aanvaarding van de nettingclausule voort. Geïntimeerde kan onmogelijk geacht worden een onbestaand verrekeningbeding stilzwijgend aanvaard te hebben dat een andere strekking zou hebben dan het gemeenrechtelijk recht op compensatie.

Appellante gaat er van uit dat wat niet meteen geprotesteerd werd, geacht moet worden aanvaard te zijn.

De bewijsregeling van artikel 25 W.Kh., waar appellante uitvoerig naar verwijst, kan niet zonder meer op huidige situatie toepasselijk geacht worden. De brief van 13 december 2007 waarin appellante naar eigen zeggen verwijst naar een vermeende nettingclausule heeft immers geen betrekking op de uitvoering van de primaire handelsverbintenis (koop/verkoop van stoffen) tussen appellante en de NV De Poortere Fabrics. Appellante verwijst in haar brief naar de mogelijke schade die ze zou lijden bij de voortijdige beëindiging van de overeenkomst met de NV De Poortere Fabrics, in welk geval volgens appellante compensatie mogelijk is tussen haar schuld en deze schadevergoeding. Dit slaat echter op de secundaire verbintenis van de overeenkomst met als gevolg dat de bewijsregeling van artikel 25 W.Kh. niet van toepassing is.

Een vermoeden van aanvaarding ligt in het geheel niet voor, wel integendeel: geïntimeerde bleef op consistente wijze bij appellante aandringen op betaling van de openstaande facturen, namelijk op 31 december 2010, 3 februari 2011, 2 en 16 november 2011, 7 juni 2012 en 27 augustus 2012 en heeft nooit de schijn van het tegendeel gewekt.

Er is evenmin sprake van afstand van recht in hoofde van geïntimeerde. Dergelijke afstand wordt immers niet vermoed maar dient uitdrukkelijk te geschieden en de intentie aan een recht te verzaken moet duidelijk en ondubbelzinnig blijken. Zij kan niet uit een louter vermeend stilzwijgen of gebrek aan protest afgeleid worden.

Evenmin ligt een gerechtelijke of buitengerechtelijke bekenenis voor. Bekentenissen in de zin van artikelen 1354 *et seq.* BW kunnen slechts feiten tot voorwerp hebben, doch geen interpretaties van briefwisseling en nog minder rechtsvragen.

5. Zelfs al zou het bestaan van een nettingclausule bewezen zijn, *quod non*, dan nog kan de clausule niet aan geïntimeerde worden tegengeworpen vermits de toepassingsvoorwaarden om de compensatie op grond van de nettingclausule aan geïntimeerde tegen te werpen niet vervuld zijn.

De compensatie in uitvoering van een nettingclausule is slechts tegenstelbaar aan derden zelfs na faillissement van de partij tegen wie de netting wordt ingeroepen mits voldaan is aan twee voorwaarden:

– de schuldvordering en de schuld, waarop de schuldvergelijking moet worden toegepast, bestaan op het moment van het faillissement (art. 14, § 1 WFZ);

– de nettingovereenkomst is voor de opening van het faillissement afgesloten (art. 15 WFZ). Enkel indien aan beide voorwaarden voldaan is, zal de conventionele compensatie na samenloop uitwerking hebben.

In casu kan de gewenste compensatie geen uitwerking krijgen aangezien de schuldvordering van appellante (bestaande uit de schade die zij ten gevolge van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics zou hebben geleden), en waaromtrent de schuldvergelijking met de schuld moet worden toegepast, niet voorafgaandelijk aan de opening van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics bestond. De toepassingsvoorwaarde van artikel 14, § 1 WFZ is bijgevolg niet vervuld.

Over de exceptie van compensatie naar gemeen recht

6. Ondergeschikt beroept appellante zich op de exceptie van compensatie naar gemeen recht.

Wanneer de overdracht aan de schuldenaar ter kennis werd gebracht of door de schuldenaar werd erkend, kan deze laatste zich niet meer beroepen op de schuldvergelijking van de schuldvorderingen die daarna tot stand komt (art. 1295 BW).

De toepassingsvoorwaarden van artikel 1295 BW zijn niet vervuld. De overdracht is aan appellante tegenwerpbaar geworden op 11 december 2007, terwijl de voorwaarden voor wettelijke compensatie ten vroegste begin 2010 konden worden vervuld (*quod non*) naar aanleiding van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics dat op 18 januari 2010 werd uitgesproken.

De gemeenrechtelijke compensatie is verder niet mogelijk, vermits de voorgehouden schuldvordering van appellante niet in het minst vaststaand, zeker en opeisbaar is, vermits er geen bewijs wordt geleverd van de schade. Appellante beweert naar aanleiding van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics schade geleden te hebben maar blijft in

gebreke dit te bewijzen. Overigens werd de schuldvordering in het passief van het faillissement van de NV De Poortere Fabrics niet aanvaard. Het enige stuk dat appellante dienaangaande voorlegt is haar aangifte van schuldvordering in het faillissement. De onderliggende bewijsstukken waarop deze aangifte gebaseerd is, ontbreken echter. Er wordt derhalve door appellante zelfs geen begin van bewijs van haar schade geleverd.

Over de vertrouwensleer, de rechtsverwerking en het rechtsmisbruik

7. De vertrouwensleer is niet van toepassing aangezien geïntimeerde op geen ogenblik de schijn heeft gewekt dat zij van de betaling van de openstaande facturen van de NV De Poortere Fabrics zou afzien. Geïntimeerde bleef integendeel zoals *supra* reeds vermeld op consistente wijze aandringen op betaling van de facturen. Op geen enkel ogenblik heeft geïntimeerde het rechtmatig vertrouwen gewekt dat zij aan haar rechten verzaakte. De eerste voorwaarde, nl. de aanwezigheid van een schijntoestand, is bijgevolg niet voldaan. Aangezien er geen schijntoestand bestaat, is de (niet-bestaande) schijntoestand niet toerekenbaar aan een gedraging van geïntimeerde en mocht appellante deze vermeende schijntoestand niet rechtmatig als werkelijkheid beschouwen.

8. Ook van rechtsverwerking of rechtsmisbruik is geen sprake.

De eerste rechter oordeelde terecht dat de inactiviteit van een titularis van een subjectief recht niet voldoende is om tot rechtsverwerking, laat staan rechtsmisbruik, te besluiten. Het aan geïntimeerde verweten gebrek aan protest, *quod non*, kan niet voor gevolg hebben dat geïntimeerde haar recht op betaling van de aan haar gecedeerde facturen zou verliezen. Overigens zou dit afbreuk doen aan het wettelijk stelsel van de verkrijgende verjaring.

De houding van geïntimeerde geeft evenmin aanleiding om de vordering van geïntimeerde tot betaling van interesten of schadevergoeding te beperken op grond van rechtsmisbruik. Appellante verwijt geïntimeerde ten onrechte rechtsmisbruik door interesten vanaf 18 januari 2010 te vorderen terwijl zij pas op 3 september 2012 tot dagvaarding overging waardoor geïntimeerde volgens appellante ten onrechte een periode van bijna 2,5 jaar gewacht heeft. Er is ook in dit verband geen sprake van een langdurige passieve houding in hoofde van geïntimeerde. Uit het feitenverloop en de briefwisseling blijkt dat geïntimeerde herhaaldelijk heeft geïnformeerd naar de intenties van appellante tot betaling terwijl ook onderhandelingen tussen partijen gevoerd werden en er overleg was met de curator over de aangifte van schuldvordering van appellante. Gelet op deze concrete omstandigheden kan niet besloten worden dat geïntimeerde een te langdurige passieve houding aannam.

Dat appellante rechtsmisbruik zou gepleegd hebben in het kader van huidige procedure (door niet in te gaan op een voorstel tot betaling van enkel de hoofdsom door appellante) wordt ten slotte volstrekt niet bewezen. Het stond geïntimeerde immers vrij om niet op dit voorstel in te gaan nu zij ook aanspraak maakt op de interesten en het schadebeding.

Het schadebeding en de gevorderde conventionele interesten werden reeds herleid door de eerste rechter en hieromtrent ligt geen incidenteel beroep vanwege geïntimeerde voor.

Over de overlegging van stukken

9. Nu appellante zich niet op conventionele of wettelijke compensatie kan beroepen, bestaat er geen reden om de door geïntimeerde gevorderde onderzoeksmaatregel (overlegging van stukken) toe te kennen. Dit verzoek, overigens enkel in ondergeschikte orde geformuleerd, is ongegrond.

Over de gerechtskosten

10. Ook in hoger beroep is geïntimeerde de in het gelijk gestelde partij in de zin van artikel 1017 Ger.W. Zij maakt terecht bijkomend aanspraak op het niet betwist basisbedrag aan rechtsplegingsvergoeding van 18.000 EUR.

III. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep ongegrond en bevestigt het vonnis *a quo*.

Het hof verwijst appellante bijkomend in de gerechtskosten in hoger beroep aan de zijde van geïntimeerde begroot op een rechtsplegingsvergoeding na indexatie van 18.000 EUR, en bijkomend in de dagvaardingskosten van 329,86 EUR die niet door de eerste rechter begroot werden.

(...)

Noot

Zie over de vormvereisten voor conventionele schuldvergelijking: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 88-89, nr. 120.