

Conventionele schuldvergelijking

Compensatieclausules, rekening-courant- bedingen en *netting*clausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen

Robby Houben

Onder de wetenschappelijke begeleiding van Prof. Dr. H. Braeckmans

1. INLEIDING

1.1. TEN GELEIDE

“Wanneer twee personen jegens elkaar schuldenaar zijn, heeft tussen hen schuldvergelijking plaats, waardoor de twee schulden teniet gaan”. Met deze bewoordingen leidt het Burgerlijk Wetboek de afdeling over de schuldvergelijking in (art. 1289 B.W.). Dit, op het eerste gezicht eenvoudige voorschrift, leidt in de praktijk tot een reeks van problemen en zorgt voor een omvangrijke rechtspraak. Het opzet van deze oefening is dan ook om duidelijkheid te brengen over de draagwijdte van het mechanisme van de schuldvergelijking.¹ De toetssteen daarbij vormt de banksector.

In een tweede hoofdstuk wordt de figuur van de schuldvergelijking gemeenrechtelijk doorgelicht . Daarbij zal in eerste instantie het begrip “schuldvergelijking” worden afgepunt. Vervolgens is er oog voor de functie en het rechtskarakter van de rechtsfiguur. Daarna worden de soorten schuldvergelijking – de wettelijke, de gerechtelijke en de conventionele schuldvergelijking – geanalyseerd. Merk alvast op dat vooral de conventionele schuldvergelijking van groot belang is voor de bancaire praktijk. Voorts zal worden nagegaan in welke gevallen de schuldvergelijking niet meer kan of mag spelen. Daarbij wordt de aandacht vooral gevestigd op het verbod van compensatie na samenloop. De handhaving van dit verbod in de financiële sector vormt verder de rode draad in dit werk.

¹ De begrippen “schuldvergelijking”, “compensatie” en “verrekening” worden in deze oefening als synoniemen gebruikt. De term “verrekening” zal evenwel hieronder, in de afdeling over *netting*, een specifieke invulling krijgen.

Het derde hoofdstuk behandelt een *capita selecta* van verschijningsvormen van contractuele schuldvergelijking in de financiële sector. Alvorens enkele klassieke schuldvergelijkingsclausules in de relatie tussen de bank en haar cliënteel onder de loep worden genomen – achtereenvolgens komen de rekening-courant, het beding van eenheid van rekening en het compensatiebeding aan bod –, vangt het derde hoofdstuk evenwel aan met enkele algemene aandachtspunten. Daarna wordt het moderne concept *netting* onderzocht. Dit concept speelt traditioneel slechts in de professionele financiële sector. Het is vooral in het raam van *netting* dat er zich kortelings, meer bepaald door de invoering van de Wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten (hierna verkort: W.F.Z. of “Wet financiële zekerheden”)², interessante evoluties hebben voorgedaan. Deze Wet heeft het begrip “*netting*” uit zijn financieelrechtelijke context gelicht en het geïntroduceerd in het verbintenissen- en insolventierecht.

In het vierde hoofdstuk worden de bevindingen van deze oefening nog eens op een rij gezet.

Voor een goed begrip van deze oefening, vooraf nog dit. Recentelijk werd de figuur van de schuldvergelijking door de Wet financiële zekerheden op een aantal punten geheel vernieuwd. Om het contrast tussen de vroegere en de huidige regeling duidelijk weer te geven, wordt ervoor geopteerd om eerst de eerdere regeling te bespreken zonder acht te slaan op de vernieuwingen. Het tweede hoofdstuk, dat de compensatie gemeenrechtelijk doorlicht, en de tweede afdeling van hoofdstuk drie, die enkele klassieke verschijningsvormen van contractuele compensatie in de financiële sector behandelt, zullen op die manier worden aangesneden. De nieuwe regulering zal dan worden geëntameerd in de derde afdeling van het derde hoofdstuk, waarna de nieuwe inzichten worden teruggekoppeld naar hetgeen eerder geabstraheerd werd besproken.

1.2. SITUERING

3. Om de problematiek van de schuldvergelijking in de financiële sector te situeren, past het aan te vangen met enkele voorbeelden.

Het eerste voorbeeld gaat het private bankrecht aan. Stel, Peter, een handelaar, is cliënt bij KBC. Hij voert daar een zichtrekening voor beroepsgebruik. Op een gegeven ogenblik verleent KBC een krediet aan Peter. Vooraleer Peter het krediet volledig heeft kunnen aflossen, gaat hij failliet. Op de zichtrekening van Peter staan evenwel nog tegoeden geboekt. Kan KBC zijn vordering ten beloop van het niet afgeloste deel van het krediet verrekenen met de tegoeden

² B.S. 1 februari 2005.

op de zichtrekening? Doorgaans bedingen banken in hun algemene voorwaarden, door middel van bedingen van eenheid van rekening, compensatiebedingen of rekening-courantclausules, dat dit zonder meer kan. Curatoren, als herders van de verzamelde schuldeisers, poneren even stellig het tegengestelde. Maar wie heeft nu “gelijk”, de bank of de curator?

Het al dan niet voorhanden zijn van de mogelijkheid tot schuldvergelijking is echter ook op een ander niveau primordiaal. Stel dat KBC, ING en Fortis Bank op elkaar wederzijdse schuldvorderingen bezitten. Idealiter worden deze via een clearingsysteem met mekaar verrekend, zodat op het einde van elke dag nog slechts saldi moeten worden voldaan. ING gaat evenwel – per hypothese – failliet. Het faillissementsvonnis wordt uitgesproken om twee uur in de namiddag. Kan de verrekening op het einde van de dag nog plaatsvinden? Of moeten KBC en Fortis Bank hun schulden aan ING op bruto-basis³ voldoen?

Beide voorgaande vraagstukken krijgen in deze oefening de nodige aandacht.

Hoewel de toepassing van de schuldvergelijking in de financiële sector niet kan worden verengd tot hetgeen hierboven reeds summier is aangestipt, beperkt deze oefening zich er toe slechts deze thema's te behandelen. Een exhaustieve analyse van de schuldvergelijking in het financieel recht valt immers buiten het bestek van dit werk. Noodgedwongen komen een aantal themata dan ook niet aan bod. Zo blijven onder meer de schuldvergelijking in het raam van artikel 17 van de Wet op het Hypothecair krediet⁴, de schuldvergelijking in het kader van de beleggerscompensatie voorzien in artikel 113 van de Wet van 6 april 1995 op het statuut en toezicht op de beleggingsondernemingen⁵, de problematiek van de filtrageovereenkomsten⁶

³ Hiermee wordt het *volledig* moeten voldoen van de schuld bedoeld, zonder dat er een voorafgaande verrekening plaatsvindt.

⁴ Artikel 17 Wet Hypothecair Krediet speelt bij het verlenen van een *hypothecair krediet* aan een *particulier*. Meer bepaald, regelt het een systeem voor de financiering van bouwwerken bij een lening. Voor meer informatie hierover zie A. VAN INGELGHEM, “Commentaar bij art. 17 Wet Hypothecair krediet”, in, *Financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 1-8, nrs. 1-13.

⁵ Ingeval van deficiëntie van een beleggingsonderneming voorziet de Wet in een *schadeloosstelling voor beleggers*. Die schadeloosstelling houdt, ten belope van bepaalde plafonds, de terugbetaling in van gelddeposito's die door de deficiënte beleggingsonderneming voor rekening van de beleggers werden gehouden om op termijn financiële instrumenten te verwerven of terug te betalen. De techniek van de *schuldvergelijking* komt hier ter sprake bij de *berekening* van de tegemoetkoming voor de belegger. Zo is het de regel dat alle schuldvorderingen van eenzelfde persoon op dezelfde kredietinstelling, beursvennootschap of vennootschap voor vermogensbeheer of op dezelfde failliete boedel die in aanmerking komen voor schadevergoeding in het kader van de bescherming van financiële instrumenten, per categorie worden opgeteld, ná wettelijke of conventionele schuldvergelijking per cliënt. Zie hierover meer uitgebreid C. DE VOS, “Commentaar bij art. 113 W. 6 april 1995”, in, *Financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 2 –11.

⁶ *Filtrage* kan worden omschreven als de conventionele techniek die het voor een bepaalde bankinstelling mogelijk maakt om het bedrag van een overschrijving ten gunste van haar cliënt-begunstigde automatisch te boeken in het credit van één van diens (filtrerende) rekeningen bij die

en het verbod van compensatie tussen orders voor transacties op een Belgische gereglementeerde markt⁷ buiten beschouwing in deze verhandeling.

2. SCHULDVERGELIJKING GEMEENRECHTELIJK DOORGELICHT

Het tweede hoofdstuk bakt in eerste instantie het begrip “schuldvergelijking” af. Vervolgens wordt ingegaan op de functie van de rechtsfiguur. Aansluitend komen het rechtskarakter en de diverse verschijningsvormen van schuldvergelijking aan bod. Voorts wordt aangestipt in welke gevallen schuldvergelijking niet of in mindere mate kan optreden. Het verbod van schuldvergelijking na samenloop krijgt daarbij geruime aandacht. Ten slotte wordt de schuldvergelijking in het internationaal privaatrecht bekeken.

Zoals aangekondigd, behandelt het tweede hoofdstuk de gemeenrechtelijke schuldvergelijking los van de invloed van de Wet financiële zekerheden.

2.1. AFBAKENING VAN HET BEGRIP “SCHULDVERGELIJKING”

Deze oefening kan niet nuttig worden aangevat zonder eerst het begrip “schuldvergelijking” af te bakenen.

2.1.1. De notie “schuldvergelijking”

De schuldvergelijking kan in het Belgische positieve recht⁸ worden omschreven als een rechtsinstelling⁹ die meebrengt dat wanneer twee personen

bankinstelling indien: (1) die overschrijving gebeurt in opdracht van een andere cliënt bij dezelfde bankinstelling, en (2) dat bedrag bestemd is voor een (gefiltreerde) rekening van de begunstigde cliënt bij een andere financiële instelling (K. TROCH, “Bankdeposito’s en bankrekeningen in beweging. Twee praktische case-studies: conventionele compensatie en filtrageovereenkomsten” in B. TILLEMANS en B. DU LAING (eds.), *Bankcontracten*, Brugge, Die Keure, 2003, nr. 70). Filtrageclausules bieden kredietinstellingen de mogelijkheid om compensatiebedingen in werking te laten treden (M. TISON en R. STEENNOT, “Overschrijving: afleiding van een opdracht naar een nadere rekening”, *Bank. Fin.* 2000, p. 476, nr. 2, noot onder Gent 4 februari 2000). *Op zich* heeft filtrage evenwel weinig uitstaans met de schuldvergelijking. Er wordt dan ook volstaan met deze algemene omschrijving.

⁷ Krachtens artikel 38, tweede lid van de Wet van 6 april 1995 op het statuut en toezicht op de beleggingsondernemingen is schuldvergelijking tussen orders voor transacties op een Belgische gereglementeerde markt *verboden*. Het verbod heeft als doel zowel de individuele belegger als het beursmechanisme *an sich* te beschermen. Zie hierover meer uitgebreid P. LEFEBVRE, “Civielrechtelijke gevolgen van inbreuken op de nieuwe financiële wetgeving: de Wet van 6 april 1995”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, p. 428-429, nrs. 33-34 en A.S. PIJCKE, “La contrepartie, la compensation, l’obligation de délivrance d’un bordereau, le privilège boursier et l’exception de jeu dans la Loi du 6 avril 1995”, in *De hervorming van de financiële markten en bemiddelaar*, Brussel, Bruylant, 1997, 376-377.

wederzijds schuldenaar van elkaar zijn – en zij dus over en weer schuldvorderingen bezitten –, beide schulden onder bepaalde voorwaarden teniet gaan ten belope van het laagste bedrag (artt. 1289 *juncto* 1290 B.W.).¹⁰

Wezenlijk is dat schuldvergelijking resulteert in het tenietgaan van verbintenissen¹¹ (art. 1289 B.W.).¹² Dit moet evenwel meteen worden genuanceerd. Het is slechts de kleinste verbintenis die volledig uitdooft. De belangrijkste verbintenis dooft slechts uit ten belope van het bedrag van de kleinste verbintenis.¹³ Ten overstaan van de grootste verbintenis komt de schuldvergelijking dan ook neer op een schuldsplitsing.¹⁴

2.1.2. Onderscheid met de e.n.a.c. en het retentierecht

Hoewel de schuldvergelijking, de e.n.a.c. en het retentierecht op zijn minst één gezamenlijk kenmerk hebben – alledrie de figuren zijn geoorloofde vormen van eigenrichting tot zekerheid die als zodanig tegenwerpelijk zijn aan

⁸ Deze oefening beperkt zich in beginsel tot een analyse van de *Belgische* positiefrechtelijke opvatting over schuldvergelijking.

⁹ De schuldvergelijking is in beginsel een rechtsfeit. Compensatie vindt immers plaats zodra de toepassingsvoorwaarden verenigd zijn, *ongeacht* of haar rechtsgevolgen door de betrokken rechtssubjecten beoogd of gewild zijn. Het is slechts wanneer partijen in een concrete situatie *met het oog op* het bereiken van schuldvergelijking handelen, dat hun gedrag als een rechtshandeling kan worden aangemerkt (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 865-866, nr. 667; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, in, *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2003, p. 1, nr. 1 (hierna verkort: R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”); zie ook R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 293).

¹⁰ Zie recent Brussel 13 november 2003, *T.B.H.* 2004, 502; F. LAURENT, *Principes de droit civil. Tome XVIII*, Parijs, Chevalier-Marescq, 1887, p. 403-404, nr. 379; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome III*, Brussel, Bruylant, 1942, p. 587-588, nr. 615; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 398-399; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 1, nr. 1; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 293; R. KRUIHOF e.a., “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1975, p. 779, nr. 185 (hierna verkort: R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975); L. CORNELIS, *o.c.*, p. 865, nr. 667.

¹¹ Uiteraard gaan de wederzijdse vorderingen in gelijk mate teniet als de correlatieve verbintenissen (E. DIRIX, “Gerechtelijke compensatie”, in, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 105, nr. 1).

¹² F. LAURENT geeft, verwijzend naar de memorie van toelichting bij het Burgerlijk Wetboek, de *ratio* hiervan aan: “*La libération des deux personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre est de plein droit. Elle s'opère par la seule force de loi, sans qu'il soit besoin de jugement, et même à l'insu des débiteurs. Ils n'ont pas d'autre intérêt que celui d'être respectivement quittes et d'être dispensés d'une procédure long, inutile et dispendieux. C'est pour atteindre à ce but qu'il est établi que les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant même où elles existent à la fois*” (F. LAURENT, *o.c.*, p. 404, nr. 380).

¹³ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 588-589, nrs. 615-616; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 398-399; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 293; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 779, nr. 185; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 1, nr. 1; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 865, nr. 667.

¹⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 588-589, nrs. 615-616; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 398-399; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 1, nr. 1; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 865, nr. 667. Het betreft hier een wettelijke afwijking van het beginsel dat de schuldenaar de schuldeiser niet kan verplichten betaling te ontvangen van een gedeelte van de schuld, ook al is die schuld deelbaar (vgl. art. 1244, eerste lid B.W. en art. 1290 B.W.).

derden¹⁵ –, sorteren zij wezenlijk verschillende gevolgen. De e.n.a.c. en het retentierecht hebben immers de opschorting van verbintenissen tot gevolg, terwijl de schuldvergelijking het tenietgaan van verbintenissen meebrengt.¹⁶

2.2. FUNCTIES VAN DE SCHULDVERGELIJKING

De functies van de schuldvergelijking zijn *grosso modo* tweërlei. Enerzijds strekt zij er toe om het betalingsverkeer te vereenvoudigen.¹⁷ Er wordt immers vermeden dat de wederzijdse betalingen in speciën moeten gebeuren.¹⁸ Anderzijds geldt de schuldvergelijking als zekerheid.¹⁹ Doordat hij kan compenseren verkrijgt de schuldeiser immers zekerheid dat hij zijn schuldvordering – althans ten belope van het laagste bedrag – te gelde zal kunnen maken. Hij kan met andere woorden zichzelf betalen. Het leeuwendeel van de problemen die zich in de praktijk voordoen, behelzen de schuldvergelijking als zekerheid.²⁰

¹⁵ E. DIRIX en S. KORTMANN, “Compensatie en concursus creditorum”, *T.P.R.* 1989, p. 1663-1664, nr. 5; J. HERBOTS, “De exceptie van niet-nakoming”, *T.P.R.* 1991, p. 396, nr. 33 en p. 400, nr. 42. Ook hebben de drie figuren gemeen dat ze worden verklaard door de *samenhang* tussen de wederzijdse schuldvorderingen of de schuldvordering en de teruggehouden zaak (J.HERBOTS, *l.c.*, p. 396, nr. 33 en p. 400, nr. 42; E. DIRIX, “Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid”, *T.P.R.* 1988, p. 341, nr. 26; zie ook E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1664, nr. 5).

¹⁶ Zie Cass. 13 september 1973, *Arr.Cass.* 1974, 36, *R.W.* 1973-74, 997; J.M. NELISSEN, *De Rekening Courant*, Antwerpen, Kluwer, 1975, 40; M. VAN QUICKENBORNE, “Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite”, (noot onder Cass. 25 mei 1989), *R.C.J.B.* 1992, p. 360, nrs. 8-10; R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1983, p. 712-713, nr. 215 (hierna verkort: R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983); R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 779, nr. 185; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 293; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 397, nr. 37 en p. 400, nr. 42.

¹⁷ F. LAURENT, *o.c.*, p. 404, nr. 380; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 590-591, nr. 617; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399; R. KRUIHOF e.a. “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, p. 710, nr. 389 (hierna verkort: R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994); E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 345, nr. 29; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. XII. Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Story-Scientia, 1996, p. 317-318, nr. 527; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 105, nr. 1; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 1, nr. 1; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 293; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 396, nr. 34; J.M. NELISSEN, *o.c.*, 40; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 867, nr. 668.

¹⁸ Men noemt schuldvergelijking daarom ook wel eens betaling “met gesloten beurzen” (E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 345, nr. 29; E. DIRIX en R. DE CORTE, p. 318, nr. 527).

¹⁹ F. LAURENT, *o.c.*, p. 404, nr. 380; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 590-591, nr. 617; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 710, nr. 389; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 345, nr. 29; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 105, nr. 1; E. DIRIX en R. DE CORTE, p. 318, nr. 527; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 1, nr. 1; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 293; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 396, nr. 34; J.M. NELISSEN, *o.c.*, 40; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 867, nr. 668.

Volgens H. DE PAGE betreft het “un véritable privilège sans texte au regard des autres créanciers” (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 991, nr. 617). Dit gaat evenwel slechts gedeeltelijk op. In geval van samenloop kan schuldvergelijking, de invloed van de Wet financiële zekerheden buiten beschouwing gelaten, immers slechts optreden voorzover de wederzijdse schuldvorderingen een *nauwe band* vertonen (zie daarover verder randnr. 19; zie ook E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 527).

²⁰ Doorgaans hebben de geschillen over schuldvergelijking immers de mogelijkheid tot compensatie na *samenloop* tot voorwerp. Zie R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 710, nr. 389 en

H. DE PAGE dicht de schuldvergelijking, in navolging van F. LAURENT, ook nog een *proceseconomische* functie toe: door de compensatie worden vorderingen in rechte omtrent de verschuldigde bedragen nutteloos.²¹

2.3. HET RECHTSKARAKTER VAN DE SCHULDVERGELIJKING

De regeling omtrent schuldvergelijking, zoals die is voorgeschreven in de artikelen 1289 tot 1299 B.W., is grotendeels²² van aanvullend recht.²³

Het karakter van aanvullend recht brengt allereerst mee dat de rechter niet gehouden is de schuldvergelijking ambtshalve op te werpen.²⁴ Het komt daarentegen aan de partijen toe zich erop te beroepen.²⁵ Daarnaast impliceert het ook dat de partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand kunnen doen van de schuldvergelijking.²⁶ Ook houdt dit in dat partijen in beginsel zelf kunnen

H. GEINGER, "Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord (1990-1995)", *T.P.R.* 1996, p. 1008, nr. 123 (hierna verkort: H. GEINGER, *T.P.R.* 1996).

²¹ F. LAURENT, *o.c.*, p. 404, nr. 380; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 592, nr. 617.

²² Enkel artikel 1299 B.W. en de artikelen 1293, 3^o en 1298 B.W., die uitzonderingen op de principiële mogelijkheid tot compensatie voorschrijven, zijn van dwingend recht: L. CORNELIS, *o.c.*, p. 879, nr. 679 en p. 882, nr. 681. Zie verder hieronder voetnoot 26.

²³ Cass. 7 maart 1929, *Pas.* 1929, I, 121; Cass. 19 februari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 722; F. LAURENT, *o.c.*, p. 465, nr. 456; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 594, nr. 619; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations (suite)", *R.C.J.B.* 1975, p. 703, nr. 116 (hierna verkort: P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975); W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 187; R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983, p. 713, nr. 215; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 2, nr. 2; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 300.

²⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 594-595, nr. 619; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 2, nr. 2.

²⁵ F. LAURENT, *o.c.*, p. 406, nr. 381; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 594-595, nr. 619; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 703, nr. 116. Indien de rechthebbende partij verzuimt om de compensatie in te roepen, kan dit gedrag mogelijk worden geïnterpreteerd als een afstand van recht (R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; zie verder).

²⁶ Zie bvb. Antwerpen 10 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1024; F. LAURENT, *o.c.*, p. 465, nr. 456 en p. p. 471-480, nrs. 461-467; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 595-596, nr. 619; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 703, nr. 116; E. DIRIX, "Afstand van de bevoegdheid tot compensatie", (noot onder Gent 18 mei 1994), *R.W.* 1994-95, p. 1198, nr. 2; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 2, nr. 2; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 300; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 187; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 877, nr. 679.

De afstand van compensatie kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren (E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1994-95, p. 1198, nr. 2; F. LAURENT, *o.c.*, p. 472, nr. 462; enkele toepassingsgevallen: Gent 18 mei 1994, *R.W.* 1994-95, 1197, met noot E. DIRIX; vgl. Antwerpen 8 januari 2001, *R.W.* 2002-03, 1262). Ingeval van stilzwijgen moet dit *omstandig* zijn (zie P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 703-704, nr. 116). De afstand van compensatie wordt immers niet vermoed (Kh. Kortrijk 21 mei 2001, *R.W.* 2002-03, 311; F. LAURENT, *o.c.*, p. 472, nr. 462). Men kan zich in beginsel niet op een afstand van compensatie beroepen wanneer dit afbreuk zou doen aan verworven rechten van derden. De schuldeiser die nalaat zijn vordering te compenseren met een schuld – en de schuld *ergo* effectief betaalt –, kan zich dan ook achteraf, ten nadele van derden, in de regel niet meer beroepen op de aan de schuldvordering verbonden voorrechten en hypotheken (art. 1299 B.W.; i.v.m. borgstelling zie Antwerpen 8 januari 2001, *R.W.* 2002-03, 1262; zie ook Namen 5 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 953; zie voorts: F. LAURENT, *o.c.*, p. 472-477, nrs. 463-465; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 595, nr. 619; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 399; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 704, nr. 116; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 781, nr. 187; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 300; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 879, nr. 679).

overeenkomen onder welke voorwaarden en wanneer schuldvergelijking tussen hen al dan niet zal intreden.²⁷ Ten slotte brengt het karakter van aanvullend recht mee dat de schuldvergelijking niet voor de eerste maal in cassatie kan worden ingeroepen.²⁸

2.4. DE SOORTEN SCHULDVERGELIJING

Klassiek onderscheidt men *drie vormen* van schuldvergelijking: wettelijke, gerechtelijke en conventionele schuldvergelijking.²⁹

2.4.1. De wettelijke schuldvergelijking

In eerste instantie zal de notie “wettelijke schuldvergelijking” worden verduidelijkt. Daarna worden de toepassingsvoorwaarden opdat wettelijke schuldvergelijking kan intreden, besproken.

a. Het begrip “wettelijke schuldvergelijking”

De wettelijke schuldvergelijking is de vorm van compensatie die plaatsgrijpt door de loutere werking van de wet (*ipso iure compensatur*).³⁰ Wettelijke schuldvergelijking treedt, indien (en van zodra) aan bepaalde voorwaarden is voldaan, immers van rechtswege op uit kracht van wet, zelfs indien de wederzijdse schuldenaars zich daar niet van bewust zijn (art. 1290 B.W.).³¹ Dit

Doorgaans komt de afstand van compensatie ter sprake bij faillissement. Curatoren werpen steevast – en meestal tevergeefs (bvb.: Gent 14 december 2000, *T.B.H.* 2001, 542; Luik 18 december 1997, *T.B.H.* 1998, 251, met noot W. DERIJCKE; Antwerpen 10 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1024; zie ook het uitstekend gemotiveerde vonnis van Kh. Kortrijk 21 mei 2001, *R.W.* 2002-03, 311) – op dat een aangifte van schuldvordering in het faillissement een afstand van het recht op schuldvergelijking impliceert (P. COPPENS en F. T. KINT, “Examen de jurisprudence (1997 à 2003). Les faillites, les concordats et les privilèges”, *R.C.J.B.* 2003, p. 653, nr. 49 (hierna verkort: P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 2003); zie ook E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1994-95, p. 1198, nr. 2).

²⁷ Zie Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953. Zie verder het relaas over de conventionele schuldvergelijking.

²⁸ Cass. 7 maart 1929, *Pas.* 1929, I, 121; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301.

²⁹ H. DE PAGE en F. LAURENT onderscheiden ook nog de *facultatieve* schuldvergelijking. Het betreft een vorm van schuldvergelijking die veronderstelt dat de wettelijke voorwaarden van compensatie niet zijn vervuld jegens één van de partijen en dat de (niet vervulde) voorwaarde, die het intreden van de compensatie in de weg staat, slechts in het voordeel van deze partij speelt. Deze partij kan, aldus H. DE PAGE en F. LAURENT, afstand doen van het haar toekomende voordeel (bvb. een haar toegestane betalingstermijn). Dit impliceert dus dat de mogelijkheid tot schuldvergelijking *facultatief* is; vandaar ook de naam “*facultatieve* schuldvergelijking” (zie F. LAURENT, *o.c.*, p. 480-483, nrs. 468-472 en H. DE PAGE, *o.c.*, p. 626, nr. 664 *in fine*). Aangezien recentere doctrine het onderscheid met deze vorm van schuldvergelijking niet maakt en het onderscheid ook niet pertinent voorkomt, wordt het in deze oefening verder niet gehanteerd.

³⁰ F. LAURENT, *o.c.*, p. 410, nr. 387.

³¹ Zie Cass. 26 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1373; Brussel 26 november 1985, *J.T.* 1986, 345; Kh. Hasselt 24 februari 1983, *J.T.* 1983, 343.

heeft onder meer tot gevolg dat een latere verjaring van een in verrekening gebrachte (tegen)vordering buiten beschouwing blijft.³²

Indien er verscheidene voor vergelijking vatbare schulden bestaan ten laste van eenzelfde persoon, dienen de regels inzake de toerekening van betalingen voorzien in artikel 1256 B.W. te worden nageleefd (art. 1297 B.W.).

b. De toepassingsvoorwaarden van de wettelijke schuldvergelijking

Opdat de wettelijke schuldvergelijking kan intreden, dienen vijf voorwaarden te zijn vervuld. Er moet sprake zijn van (1) een vordering en een tegenvordering (2) tussen twee personen (3) in geld of andere gelijke vervangbare zaken (4) die opeisbaar en (5) effen zijn.

1. Een vordering en een tegenvordering

Wettelijke schuldvergelijking kan slechts spelen indien twee personen wederzijds een schuldvordering op elkaar bezitten (zie art. 1289 B.W.).³³ Daarbij is het in beginsel niet vereist dat er tussen de vorderingen een nauwe band bestaat³⁴, noch dat zij uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeien.³⁵ Het is ook van geen belang of de schulden al dan niet gepaard gaan met zekerheden.³⁶ Ook de grootte van de wederzijdse schuldvorderingen is van geen tel.³⁷ Een verschil in oorzaak, aard, bedrag of gewaarborgd karakter van de schuldvorderingen, staat de wettelijke schuldvergelijking met andere woorden niet in de weg.³⁸

³² Cass. 24 april 1997, *R.W.* 1997-98, 574; zie ook en vgl. Cass. 25 oktober 1993, *R.W.* 1993-94, 985; F. LAURENT, *o.c.*, p. 470, nr. 460; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 878, nr. 678.

³³ Bvb. Namen 2 december 1996, *J.T.* 1997, 274; Kh. Brussel 14 juli 1999, *T.B.H.* 2000, 433; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 601, nr. 625; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 105, nr. 1; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 2, nr. 4; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 869, nr. 669.

³⁴ Dit wordt verderop genuanceerd voor wat de gemeenrechtelijke mogelijkheid tot compensatie na samenloop betreft. Dan wordt er wél een nauwe band vereist. Na samenloop zal het evenwel in de regel de conventionele of de gerechtelijke schuldvergelijking zijn – dus in beginsel niet de wettelijke – die plaatsvindt.

³⁵ Zie Kh. Charleroi 8 september 1992, *J.L.M.B.* 1993, 892, met noot J.P. BUYLE; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 105, nr. 1; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 294; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 2, nr. 4.

³⁶ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 601, nr. 625; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 294; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 3, nr. 4.

³⁷ De bedragen van de wederzijdse schuldvorderingen hoeven dus niet gelijk te zijn: H. DE PAGE, *o.c.*, p. 601, nr. 625; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 294.

³⁸ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 601, nr. 625; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 2, nr. 4; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 670.

Artikel 1296 B.W. stelt nog dat ook het feit dat beide schulden niet op dezelfde plaats betaalbaar zijn niet relevant is indien de kosten van de overmaking worden vergoed. L. CORNELIS en R. STEENNOT poneren met reden dat deze bepaling verbazing wekt. Omdat de wettelijke schuldvergelijking van rechtswege intreedt, is een verplaatsing immers in beginsel niet nodig. Het is slechts in het sporadische geval waarin de schuldeiser de betaling niet in zijn handen, maar elders op een welbepaalde plaats, wil ontvangen dat het voorschrift relevant kan zijn. Zie L.

2. De schuldvorderingen dienen te bestaan tussen twee personen

Als tweede voorwaarde geldt dat de schuldvorderingen moeten bestaan tussen twee dezelfde personen (art. 1289 B.W.).³⁹ Het is daarbij vereist dat de schulden worden aangegaan in dezelfde hoedanigheid.⁴⁰ Daardoor kan er geen schuldvergelijking optreden tussen de schulden die voortvloeien uit het bezit van een privé-rekening en de tegoeden die geboekt worden op een kwaliteitsrekening.⁴¹ Eveneens is schuldvergelijking met een vermogen zonder rechtspersoonlijkheid *de iure* een moeilijke zaak.⁴² Ingeval er aan een zijde van de verbintenis subrogatie optreedt, blijft aan het vereiste van “het bestaan van een schuldvordering tussen twee dezelfde personen” voldaan.⁴³

In dit bestek moet worden opgemerkt dat, hoewel de Staat één rechtspersoon is, schuldvergelijking met de overheid slechts kan intreden indien de

CORNELIS, *o.c.*, p. 871, nr. 671; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 3, nr. 4; zie ook H. DE PAGE, *o.c.*, p. 601, nr. 626.

³⁹ Bvb. Kh. Luik 9 september 1992, *T.B.H.* 1994, 362, met noot J.L. FAGNART; Kh. Brussel 14 juli 1999, *T.B.H.* 2000, 433; vgl. Luik 26 september 2001, *T.B.B.R.* 2002, 384. Het is van geen tel of het een rechtspersoon dan wel een natuurlijke persoon betreft. Zie verder F. LAURENT, *o.c.*, p. 432-436, nrs. 419-422; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 602, nr. 627; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 390, nr. 389.

Het is evenwel niet vereist dat de wederzijdse schuldenaren *bekwaam* zijn, opdat compensatie zou kunnen intreden. De wet stelt het vereiste van bekwaamheid ten aanzien van de wettelijke schuldvergelijking immers niet (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 593, nr. 618).

⁴⁰ Bvb. Rb. Brussel 17 juni 1968, *B.R.H.* 1975, 292; Brussel 14 november 1996, *J.T.* 1997, 182; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 602, nr. 627; R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983, p. 713, nr. 216; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 294-295; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 3-4, nr. 5.

Een toepassing van dit principe vinden we terug in artikel 1294, tweede lid B.W. dat stelt dat de hoofdschuldenaar niet kan verrekenen hetgeen de schuldeiser aan de borg verschuldigd is. De borg en de hoofdschuldenaar zijn immers twee afzonderlijke rechtssubjecten (L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 669). Ook artikel 1294, derde lid B.W. past het beginsel toe. Dat voorschrift geeft aan dat de hoofdelijke medeschuldenaar niet in vergelijking kan brengen wat een schuldeiser aan zijn mede -hoofdelijke schuldenaar is verschuldigd. De hoofdelijke medeschuldenaren zijn namelijk verschillende rechtssubjecten. Analoog hiermee kan ook de schuldvordering van een persoon ten aanzien van een vennootschap niet gecompenseerd worden met de schuldvordering van diezelfde persoon jegens een vennoot in persoonlijke naam (Cass. 4 februari 1958, *Pas.* 1958, I, 606; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186 en de daar geciteerde rechtspraak; zie P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 696, nr. 113; zie ook de voorbeelden aangehaald door F. LAURENT, *o.c.*, p. 432-433, nrs. 420-421 en door R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 3, nr. 5 alsook door R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 390, nr. 389).

⁴¹ Kwaliteitsrekeningen zijn rekeningen die worden gehouden in een bepaalde hoedanigheid. Een voorbeeld hiervan is de notariële rubriekrekening (R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 710-711, nr. 390; zie ook Kh. Brussel 24 november 1997, *T.B.H.* 1999, 45, met noot P. VAN HOOGHTEEN). Zie voorts W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400 en R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 4, nr. 5.

⁴² Hieraan kan men wel conventioneel tegemoet komen door bijvoorbeeld aan weerszijden van de contractuele relatie één persoon “*qualitate qua*” aan te duiden die de partijen kan vertegenwoordigen. Zie in dit kader: Cass. 28 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX en L. CORNELIS, *o.c.*, p. 869, nr. 669.

⁴³ Luik 4 december 1997, *T.B.B.R.* 1998, 369.

wederzijdse schulden dezelfde overheidsdienst of het hetzelfde ministerie betreffen.⁴⁴

3. De vorderingen moeten een geldsom of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken van dezelfde soort tot voorwerp hebben

Artikel 1291, eerste lid B.W. geeft aan dat de schuldvergelijking alleen plaats heeft tussen twee schulden die beide een geldsom⁴⁵ of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken van dezelfde soort⁴⁶ tot voorwerp hebben. Geïndividualiseerde goederen komen dus niet in aanmerking voor schuldvergelijking.⁴⁷ Uit artikel 1291, tweede lid B.W. leidt men doorgaans af dat in verschillende munt uitgedrukte verbintenissen⁴⁸, alsook (wellicht) beursgenoteerde effecten⁴⁹, in aanmerking komen voor wettelijke schuldvergelijking.

4. De schulden moeten opeisbaar...

Opdat de wettelijke schuldvergelijking kan intreden, moeten de wederzijdse schulden opeisbaar⁵⁰ zijn (art. 1291, eerste lid B.W.).⁵¹ Dit brengt mee dat

⁴⁴ Deze oplossing steunt op de Wet van 15 mei 1846 die ministeriële departementen voor hun boekhouding als afzonderlijke entiteiten beschouwt (Luik 21 november 1996, *J.T.* 1997, 130; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 602, nr. 628; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 402; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 697, nr. 113; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 669). Een toepassing van deze regel vormt het feit dat een schuld ten aanzien van de R.S.Z. niet kan worden gecompenseerd met een schuldvordering op de Federale Overheidsdienst Financiën (L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 669).

⁴⁵ In de praktijk blijkt het véélal om geldschulden te gaan (R. KRUIHOF, *l.c.*, p. 713, nr. 216).

⁴⁶ Vervangbare zaken zijn zaken die bij een betaling dezelfde bevrijdende kracht hebben en die onderling inwisselbaar zijn. Zij worden bepaald door hun gewicht, hun getal of hun maat (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 605, nr. 632; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295).

⁴⁷ F. LAURENT, *o.c.*, p. 412, nr. 390; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 605, nr. 632; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 871, nr. 671. Zo is artikel 1291, eerste lid B.W. coherent met artikel 1243 B.W. dat stelt dat de schuldeiser niet kan worden verplicht een andere zaak aan te nemen dan die welke hem verschuldigd is (F. LAURENT, *o.c.*, p. 412, nr. 390, met verwijzing naar een cassatiearrest van 17 augustus 1829; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 4, nr. 7; vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 605, nr. 632).

⁴⁸ Brussel 22 april 1970, *Pas.* II, 180; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 605-606, nr. 633; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 697, nr. 113; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 7; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 871, nr. 671.

⁴⁹ Artikel 1291, tweede lid B.W. stelt dat niet betwiste verplichtingen tot levering van *granen of waren*, waarvan de prijs door de officiële marktberichten wordt bepaald, in vergelijking kunnen worden gebracht met geldschulden die vaststaande en opeisbaar zijn. De *ratio* hierachter is dat deze goederen gemakkelijk in een geldsom kunnen worden omgezet (zie F. LAURENT, *o.c.*, p. 413-414, nr. 392). Die *ratio* kan worden uitgebreid naar andere goederen waarbij dit eveneens het geval is, zoals bijvoorbeeld bij beursgenoteerde effecten (zie L. CORNELIS, *o.c.*, p. 871, nr. 671; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 7; vgl. evenwel H. DE PAGE, *o.c.*, p. 606, nr. 633 en R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295).

⁵⁰ F. LAURENT geeft aan dat een schuld opeisbaar is wanneer de schuldeiser betaling kan eisen *zonder* dat de schuldenaar daartegen enige exceptie kan opwerpen (F. LAURENT, *o.c.*, p. 425, nr. 407). De voorwaarde van opeisbaarheid komt *doorgaans ter sprake bij faillissement van een vennootschap*. De kwestie is dan meestal dat een vennoot *zowel schuldenaar* is van de

schulden op termijn (“*qui a terme ne doit rien*”) en schulden aangegaan onder opschortende voorwaarde *pendente conditione* niet in aanmerking komen voor schuldvergelijking.⁵² Schulden aangegaan onder ontbindende voorwaarde verhinderen het intreden van de wettelijke compensatie evenwel niet.⁵³ Merk op dat een voorafgaande ingebrekestelling geen vereiste is voor het kunnen intreden van de schuldvergelijking.⁵⁴

Indien de schulden vervallen zijn, kan een door de rechter verleend uitstel van betaling het (van rechtswege) intreden van de compensatie niet verhinderen (art. 1292 B.W.).⁵⁵

5. ... en effen zijn

Als laatste voorwaarde voor het intreden van de wettelijke schuldvergelijking geldt dat de wederzijdse schuldvorderingen effen moeten zijn (artt. 1290 *juncto* 1291 B.W.). Dat impliceert in eerste instantie dat de schuldvorderingen dienen te bestaan (art. 1290 B.W.).⁵⁶ Onbestaande of toekomstige

vennootschap omwille van de volstortingsplicht, *als schuldeiser* omwille van een andere reden. De vennoot roept dan steevast in dat zijn schuld jegens de vennootschap reeds is teniet gegaan door wettelijke schuldvergelijking. De hamvraag is daarbij telkens of de vordering van de vennootschap tot volstorting reeds opeisbaar was vóór het faillissement. Zo niet, dan kan de wettelijke compensatie niet optreden. Wanneer de gefailleerde vennootschap *niet* om de volstorting had *gevraagd* vóór het faillissement, wordt in deze meestal geoordeeld dat de vordering tot volstorting *niet* (tijdig) *opeisbaar* was (Vb.: Gent 25 september 1991, *R.W.* 1991-92, 614; Antwerpen 19 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 1438; Brussel 13 november 2003, *T.B.H.* 2004, 502, met noot C. KRZEWINSKI; Kh. Brussel 22 april 1997, *T.R.V.* 2002, 534; Kh. Gent 10 maart 2003, *T.G.R.* 2003, 161; *contra*: Gent 10 oktober 2001, *T.R.V.* 2002, 454, met kritische noot D. HERBOSCH.

⁵¹ Bvb. Brussel 15 september 2000, *J.T.* 2001, 91; Rb. Luik 2 maart 1976, *J.L.* 1976-77, 204; Rb. Luik 7 februari 1984, *J.L.* 1984, 497; R. KRUIHOF, *l.c.*, p. 713, nr. 216. Schulden uit natuurlijke verbintenissen kunnen niet worden gecompenseerd; zij zijn niet eisbaar (F. LAURENT, *o.c.*, p. 425-426, nr. 408; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400). Hetzelfde geldt voor in beslag genomen schuldvorderingen (W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400).

⁵² Cass. 15 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 41 (voor wat de opschortende voorwaarde betreft); F. LAURENT, *o.c.*, p. 426-427, nrs. 410-411; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 609, nr. 637; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 296; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 6, nr. 10; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 872, nr. 673.

⁵³ Indien de ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, wordt de betaling – en dus ook de reeds ingetreden schuldvergelijking – evenwel teniet gedaan (F. LAURENT, *o.c.*, p. 430, nr. 416; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 296; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 6, nr. 10; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 872, nr. 673). Uiteraard doet ook het achteraf vaststellen van de nietigheid van (een van) de wederzijdse verbintenissen de reeds ingetreden compensatie teniet (F. LAURENT, *o.c.*, p. 430-431, nr. 417).

⁵⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 610, nr. 637; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 296.

⁵⁵ De idee hierachter luidt als volgt. Wanneer twee personen wederzijds schuldeiser/schuldenaar zijn en slechts één schuldenaar uitstel van betaling verkrijgt – en de ander dus zijn schuld onmiddellijk moet voldoen – loopt die ander het risico van insolventie van degene die uitstel van betaling heeft verkregen. Dat wou de wetgever vermijden (F. LAURENT, *o.c.*, p. 427, nr. 412; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 296; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 6, nr. 10; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 872, nr. 673; zie ook H. DE PAGE, *o.c.*, p. 609, nr. 637).

⁵⁶ Bvb. Antwerpen 8 juni 1982, *R.W.* 1982-83, 650; Rb. Doornik 11 maart 1987, *J.L.M.B.* 1987, 891, met noot J.F. JEUNEHOMME; F. LAURENT, *o.c.*, p. 416, nr. 398; H. DE PAGE, *o.c.*, p.

schuldvorderingen komen niet voor schuldvergelijking in aanmerking.⁵⁷ Daarenboven is vereist dat de omvang van de schuldvorderingen vaststaat (art. 1291 B.W.).⁵⁸ Het volstaat evenwel dat het bedrag van de verbintenis gemakkelijk vaststelbaar is.⁵⁹ Wanneer het bedrag van de schuldvordering niet precies kan worden begroot, kan de compensatie plaatsvinden ten belope van een minimumbedrag waarover geen betwisting kan bestaan.⁶⁰ Indien het bestaan of het bedrag van een schuldvordering wordt betwist én de betwisting voldoende ernstig lijkt⁶¹, is de schuldvordering niet effen.⁶²

606, nr. 635; J. LIMPENS en R. KRUIHOF, "Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations", *R.C.J.B.* 1969, p. 285, nr. 117 (hierna verkort: J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969); R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983, p. 713, nr. 216; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 8; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 670.

⁵⁷ Bvb. Antwerpen 5 mei 1987, *Limb. Rechtsl.* 1987, 142; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 606, nr. 635; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 712, nr. 391; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 8; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 670.

Zoals reeds aangestipt, gaat een verbintenis teniet – en wordt haar bestaan dus aangetast – indien zij achteraf nietig wordt verklaard of indien een eraan verbonden ontbindende voorwaarde in vervulling gaat (L. CORNELIS, *o.c.*, p. 870, nr. 670; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 8; zie ook hierboven voetnoot 53).

⁵⁸ Bvb. Gent 20 november 1985, *T.B.H.* 1987, 60; Rb. Doornik 11 maart 1987, *J.L.M.B.* 1987, 891; Kh. Luik 9 september 1992, *T.B.H.* 1992, 362; F. LAURENT, *o.c.*, p. 421, nr. 403; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 606, nr. 635 (zie ook de daar aangehaalde voorbeelden); W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 285, nr. 117; R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983, p. 713, nr. 216; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 9; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 871, nr. 672.

⁵⁹ Een schuld wordt als effen beschouwd indien zij door een eenvoudige berekening kan worden vastgesteld (Cass. 11 april 1986, *R.W.* 1987-88, 1424, met noot E. DIRIX; Luik 17 december 1959, *J.L.* 1960, 177; Rb. Ieper 3 september 1993, *T.B.B.R.* 1994, 153; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 608-609, nr. 636; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 400; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 697-698, nr. 113; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 9; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 871, nr. 672; *contra*: F. LAURENT, *o.c.*, p. 421-422, nr. 404-405).

⁶⁰ Luik 20 juni 1966, *J.L.* 1966-67, 193; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 608-609, nr. 636; J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 285, nr. 117; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 295-296.

⁶¹ Wanneer er om de omvang van een schuld te bepalen een deskundig onderzoek vereist is, kan de schuld niet als effen worden aanzien (Cass. 11 april 1986, *R.W.* 1987-88, 1424, met noot E. DIRIX; *T. Aam.* 1987, 18, met noot J. EMBRECHTS; Antwerpen 15 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 586, met noot; Rb. Ieper 3 september 1993, *T.B.B.R.* 1994, 153; F. LAURENT, *o.c.*, p. 416-419, nrs. 398-400, met verwijzing naar een cassatiearrest van 3 februari 1819; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 711, nr. 391; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 697-698, nr. 113; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 296; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 871-872, nr. 672).

⁶² Bvb. Kh. Aalst 30 oktober 1936, *R.W.* 1936, 1142; F. LAURENT, *o.c.*, p. 416-419, nrs. 398-400; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 606-607, nr. 635; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 780, nr. 186; R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983, p. 713, nr. 216; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 697-698, nr. 113; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318, nr. 528; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 5, nr. 9.

2.4.2. Gerechtelijke schuldvergelijking

Het Burgerlijk Wetboek rept met geen woord over de gerechtelijke schuldvergelijking. Het bestaan en de geldingskracht ervan worden evenwel algemeen erkend.⁶³

De gerechtelijke schuldvergelijking kan worden omschreven als de compensatie die door de rechter wordt toegestaan op tegeneis van de verweerder.⁶⁴ Deze vorm van schuldvergelijking speelt wanneer in een geding de verweerder, die in betaling van een schuldvordering is gedaagd, over een wettelijk niet- compenseerbare vordering beschikt en op grond hiervan een tegeneis⁶⁵ instelt met als voorwerp de vraag aan de rechter om de compensatie uit te spreken.⁶⁶

⁶³ F. LAURENT, *o.c.*, p. 483, nr. 473; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 106, nr. 2.

De mogelijkheid tot gerechtelijke schuldvergelijking is ingegeven door de *billijkheid*. Door de gerechtelijke compensatie wordt immers vermeden dat de ene houder van een schuldvordering reeds zou moeten betalen aan de andere, terwijl hij nadien, op het ogenblik dat hij zelf zijn vordering wil verzilveren, zou stuiten op de insolventie van zijn tegenpartij (F. LAURENT, *o.c.*, p. 486, nr. 476; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 627, nr. 666; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; J. LIMPENS en R. KRUITHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 286, nr. 119; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 13, nr. 26).

⁶⁴ Zie heel duidelijk: Vred. Peer 28 februari 1956, *R.W.* 1957-58, 40; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 626, nr. 666; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 106, nr. 2; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 13, nr. 26; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 880, nr. 680.

⁶⁵ De gerechtelijke compensatie veronderstelt dus het uitdrukkelijk instellen van een *rechtsvordering*. Het invoeren van de schuldvergelijking als *exceptie* is onvoldoende (Cass. 19 februari 1965, *Pas.* 1965, I, 630). Het invoeren van de schuldvergelijking als *exceptie* sorteert immers alleen effect indien het verweer een *reeds ingetreden wettelijke of conventionele* schuldvergelijking tot voorwerp heeft. Zie: H. DE PAGE, *o.c.*, p. 626, nr. 666; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 107, nr. 4; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 13-14, nr. 27; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 880, nr. 680. Gezien de schuldvergelijking niet van openbare orde is, kan de rechter de schuldvergelijking ook niet ambtshalve opwerpen.

⁶⁶ Zie helder: Vred. Peer 28 februari 1956, *R.W.* 1957-58, 40; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 106, nr. 2 en p. 107-108, nr. 4; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 880, nr. 680. Uiteraard kan de gerechtelijke schuldvergelijking ook bij *hoofdordering* worden gevraagd (zie E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 107-108, nr. 4). Tussen de hoofdordering en de tegenvordering behoort in beginsel geen nauwe band te bestaan opdat de tegenvordering *ontvankelijk* zou zijn (zie artikel 14 Ger.W.; zie ook Cass. 12 februari 1971, *Arr.Cass.* 1971, 564 en Cass. 27 juni 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1412; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 108, nr. 5; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 13-14, nr. 26-28; vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 628, nr. 667).

Over de vereiste samenhang om een tegenvordering *samen* te kunnen laten *beoordelen* met de hoofdordering in de zin van artikel 30 Ger.W., zie onder meer: Cass. 15 mei 1981, *Arr.Cass.* 1980-81, 1073; Cass. 4 september 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 4; Antwerpen 15 januari 1997, *T.B.H.* 1997, 586, met noot; vgl. Beslagr. Brussel 30 december 2003, *NjW* 2004, 1028; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 14, nr. 27; vgl. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 628, nr. 667; zie ook E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 112-113, nr. 10.

De gerechtelijke schuldvergelijking is niet aan de orde wanneer de verweerder zich in rechte beroept op een reeds ingetreden wettelijke of conventionele schuldvergelijking⁶⁷. Het feit alleen dat een rechter beslist over de compensatie, maakt de schuldvergelijking immers niet gerechtelijk. Indien de rechter dus het bestaan van de wettelijk of conventioneel ingetreden schuldvergelijking vaststelt, is er respectievelijk sprake van wettelijke en conventionele compensatie. Het determinerend criterium om de wettelijke, de conventionele en de gerechtelijke schuldvergelijking te onderscheiden is m.i. de rechtsbasis waarop de compensatie in het concrete geval steunt. Dat is voor de wettelijke compensatie de wet. De wet bepaalt immers dat de wettelijke schuldvergelijking intreedt zodra de toepassingsvoorwaarden ertoe vervuld zijn. Voor de conventionele schuldvergelijking is dat het contract. Zoals verder zal blijken, kan het al dan niet intreden van schuldvergelijking immers ook worden overeengekomen. Inzake de gerechtelijke compensatie vormt het rechterlijk vonnis of arrest de rechtsbasis. De gerechtelijke schuldvergelijking kenmerkt zich namelijk doordat de rechter het effen karakter van het bedrag van de schuldvordering nog bij vonnis of arrest dient vast te stellen opdat de schuldvergelijking kan intreden. Dat vonnis of arrest doet de schuldvergelijking ontstaan. Bij de conventionele of wettelijke compensatie daarentegen kan een rechterlijk oordeel slechts een bestaande toestand registreren. Of nog: bij de gerechtelijke schuldvergelijking is het oordeel van de rechter constitutief⁶⁸; bij het vaststellen van de reeds ingetreden wettelijke of conventionele compensatie is het vonnis of het arrest declaratief.⁶⁹

Dan rest nog de vraag in welke mate de rechter in het raam van de gerechtelijke schuldvergelijking gebonden is door de toepassingsvoorwaarden van de wettelijke compensatie. In de doctrine is men het hierover overwegend eens: de gerechtelijke schuldvergelijking kan maar worden uitgesproken indien aan *alle* voorwaarden van de wettelijke compensatie is voldaan, het “effen”-karakter van het bedrag van de vordering(en) uitgezonderd⁷⁰. De gerechtelijke

⁶⁷ E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 106, nr. 3.

⁶⁸ De gerechtelijke schuldvergelijking geldt dan ook slechts vanaf de uitspraak (Luik 17 december 1959, *J.L.* 1960, 177; Brussel 19 april 1966, *J.T.* 1966, 508; Kh. Aalst 30 oktober 1936, *R.W.* 1936, 1142).

⁶⁹ Luik 17 december 1959, *J.L.* 1960, 177; Brussel 19 april 1966, *J.T.* 1966, 508; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 302; J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 287, nr. 119; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 783, nr. 191; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 107, nr. 3 en p. 111, nr. 8; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 14, nr. 27.

⁷⁰ Zie Cass. 19 februari 1965, *Pas.* 1965, I, 630; zie Gent 20 november 1985, *T.B.H.* 1987, 60; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 627-628, nr. 667; J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 287, nr. 119; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 783, nr. 191; E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 109, nr. 6; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 301; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 13, nr. 26; vgl. W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403.

Het is dus bijvoorbeeld uit den boze dat de rechter tot gerechtelijke compensatie zou overgaan indien de schuldvorderingen aan *verschillende partijen* zouden toebehoren.

schuldvergelijking werkt dus aanvullend ten aanzien van de wettelijke compensatie.⁷¹

2.4.3. De conventionele schuldvergelijking

De contractuele schuldvergelijking, waarover het B.W. eveneens stilzwijgt, kan worden gedefinieerd als de vorm van schuldvergelijking waarbij partijen bepalen onder welke voorwaarden⁷² hun schuldvorderingen, ongeacht de kenmerken daarvan, geheel of gedeeltelijk zullen worden gecompenseerd, ongeacht of deze voorwaarden strenger of minder streng zijn dan de voorwaarden voor wettelijke compensatie.⁷³ De conventionele regeling mag uiteraard niet indruisen tegen de openbare orde en de goede zeden.⁷⁴

De totstandkoming van de overeenkomst tot schuldvergelijking kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren.⁷⁵ De overeenkomst dient uiteraard aan alle geldigheidsvereisten te voldoen die voor overeenkomsten gemeenrechtelijk worden voorop gesteld (bekwaamheid, toestemming, voorwerp en oorzaak).⁷⁶ Indien de compensatieovereenkomst nietig wordt verklaard, dan wordt de schuldvergelijking geacht nooit te zijn ingetreden.⁷⁷

Voorbeelden van clausules die conventionele schuldvergelijking teweegbrengen, zijn onder meer het beding van eenheid van rekening, het compensatiebeding en de nettingclausule. Deze worden verderop *in extenso* behandeld.

⁷¹ J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 286, nr. 119.

⁷² Daarbij behoort ook het *tijdstip* waarop de schuldvergelijking zal intreden. Als ondergrens geldt evenwel het tijdstip van het totstandkomen van de compensatieovereenkomst (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 626, nr. 665; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 15, nr. 29).

⁷³ W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403; zie P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 704, nr. 117. Aangezien de regeling van het Burgerlijk Wetboek over de schuldvergelijking grotendeels van aanvullend recht is, belet immers niets de partijen om een afwijkende compensatieregeling overeen te komen. Zie Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 625, nr. 663; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 302; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 14, nr. 29). H. DE PAGE geeft aan dat, in tegenstelling tot bij de gerechtelijke schuldvergelijking, de bedongen compensatie van *alle* voorwaarden van de wettelijke compensatie mag afwijken, zonder dat haar geldigheid *daardoor* in het gedrang komt (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 625-626, nr. 664; zie ook L. CORNELIS, *o.c.*, p. 882, nr. 681).

⁷⁴ W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403. Het is de partijen voorts in beginsel ook niet toegestaan conventioneel afbreuk te doen aan verworven rechten van derden (zie verder). Dit moet, gelet op de gevolgen die de Wet financiële zekerheden sorteert, evenwel worden genuanceerd.

⁷⁵ J. ROODHOFT, "Schuldvergelijking", in J. ROODHOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 4372. Ingeval van stilzwijgen wordt er een *omstandig* stilzwijgen vereist.

⁷⁶ R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 302; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 14-15, nr. 29; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 882, nr. 681.

⁷⁷ Dit is het gevolg van de retroactiviteit van de nietigheidssanctie: L. CORNELIS, *o.c.*, p. 882, nr. 681; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 15, nr. 29.

2.4.4. De belangrijkste verschillenpunten tussen de diverse vormen van schuldvergelijking op een rij gezet

Het komt nuttig voor de determinerende verschillen tussen de diverse vormen van compensatie kort te resumeren. Die verschillen zijn grofweg drieërlei.

Het eerste verschil betreft het tijdstip van intreden van de schuldvergelijking. Bij de wettelijke en de conventionele schuldvergelijking treedt de schuldvergelijking in vanaf het moment dat respectievelijk de wettelijke en conventionele voorwaarden daartoe vervuld zijn. De gerechtelijke compensatie vindt slechts plaats vanaf de uitspraak van de rechter die de schuldvergelijking vaststelt.

Een tweede onderscheid kan worden gebaseerd op de rechtsbasis van de compensatie. De wettelijke compensatie ontleent haar geldingskracht aan de wet.⁷⁸ De conventionele schuldvergelijking daarentegen sorteert haar gevolgen krachtens de compensatieovereenkomst.⁷⁹ Bij de gerechtelijke schuldvergelijking vormt het vonnis of het arrest van de rechter de rechtsbasis.⁸⁰

Ten slotte zijn ook *de toepasselijke voorwaarden opdat schuldvergelijking kan plaatsvinden* verschillend voor de drie vormen van compensatie. Bij de wettelijke compensatie dient aan al de wettelijke voorwaarden te worden voldaan opdat schuldvergelijking kan intreden. Bij de gerechtelijke schuldvergelijking moeten deze voorwaarden eveneens vervuld zijn, het effen karakter van de schuldvordering(en) uitgezonderd. Inzake de conventionele schuldvergelijking kunnen partijen de voorwaarden voor het intreden van de compensatie vrij invullen, zonder dat zij rekening moeten houden met de wettelijke voorwaarden daartoe.

2.5. DE GEVOLGEN VAN HET INTREDEN VAN SCHULDVERGELIJKING

Het intreden van de schuldvergelijking, ongeacht of het wettelijke, conventionele of gerechtelijke schuldvergelijking betreft⁸¹, resulteert in het

⁷⁸ De wederzijdse schuldvorderingen gaan immers teniet ten belope van hun wederkerig bedrag *van zodra* de wettelijke voorwaarden daartoe vervuld zijn, zelfs buiten het weten van de schuldenaars (zie voorts ook hierboven randnr. 12).

⁷⁹ De schuldvergelijking treedt dan slechts in wanneer de bedongen voorwaarden daartoe vervuld zijn, ongeacht of de wettelijke voorwaarden reeds eerder of nog niet vervuld zijn.

⁸⁰ Het is immers *zijn oordeel* dat dan de caduciteit – *i.e.* hier: de oneffenheid – van (een van) de vorderingen heelt, zodat de schuldvergelijking kan intreden.

⁸¹ De *gevolgen van het intreden* van de schuldvergelijking gelden ongeacht welke vorm van schuldvergelijking het betreft. Dat neemt uiteraard niet weg dat de *voorwaarden voor het al dan niet intreden* van de gevolgen verschillend zijn voor elke afzonderlijke vorm van schuldvergelijking. Merk op dat de meeste hieronder geciteerde auteurs de in *full text* geschetste gevolgen enkel aanhalen in het hoofdstuk over de *wettelijke* schuldvergelijking. Dat komt,

tenietgaan van de verrekenende schuldvorderingen.⁸² Ook de aan de schuldvorderingen verbonden zekerheden gaan teloor.⁸³ Tevens houden de interesten op te lopen.⁸⁴

2.6. DE UITZONDERINGEN OP DE MOGELIJKHEID TOT COMPENSATIE

De wetgever heeft in een aantal bepalingen voorzien waarin de mogelijkheid tot schuldvergelijking wordt uitgesloten of beperkt. Allereerst is het, krachtens artikel 1298 B.W., in beginsel niet mogelijk door middel van schuldvergelijking afbreuk te doen aan de verkregen rechten van derden. Daarnaast bevat artikel 1293 B.W. drie meer specifieke verbodsbepalingen.⁸⁵ Ten slotte geldt er ook nog een afwijkend regime voor wat de schuldvergelijking in het raam van belasting- en socialezekerheidschulden betreft. Deze uitzonderingen zullen hieronder meer uitgebreid worden besproken. Het verdient evenwel voorkeur eerst aan te geven in welke mate de uitzonderingen algemeen kunnen gelden ten aanzien van de diverse vormen van schuldvergelijking. Zoals aangegeven, blijft de invloed van de Wet financiële zekerheden thans nog buiten beschouwing.

2.6.1. *Proloog: in hoeverre kunnen de uitzonderingen gelden ten aanzien van alle vormen van compensatie?*

Voor het antwoord op de in hoofding gestelde vraag is het essentieel te weten welk rechtskarakter de uitzonderingen op de mogelijkheid tot schuldvergelijking kennen.⁸⁶ Indien zij van openbare orde of dwingend recht zouden zijn, zou dit meebrengen dat ze in beginsel onverkort gelden; men zou er noch in de toepassing van de wettelijke, noch bij de gerechtelijke of de contractuele compensatie van kunnen afwijken. Wanneer de uitzonderingen evenwel slechts aanvullend zouden werken, staan zij alleszins een andersluidende conventionele regeling niet in de weg.

aangezien deze rechtsgevolgen algemeen geldend zijn voor iedere vorm van compensatie, evenwel niet gepast voor.

⁸² F. LAURENT, *o.c.*, p. 469, nr. 457; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 593, nr. 618; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 12, nr. 24.

⁸³ De zekerheden verbonden aan de saldoverbintenis, *i.e.* het gedeelte van de belangrijkste schuldvordering dat na compensatie mogelijk nog overblijft, blijven uiteraard wél nog voortbestaan (F. LAURENT, *o.c.*, p. 469, nr. 459; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 593, nr. 618; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 12, nr. 24).

⁸⁴ F. LAURENT, *o.c.*, p. 469, nr. 459; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 593, nr. 618; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 12, nr. 24.

⁸⁵ Krachtens artikel 1293, 1° B.W. is het verboden te compenseren met een eis tot teruggave van de eigenaar van een zaak die hem wederrechtelijk is ontnomen. Daarnaast is de schuldvergelijking ingevolge artikel 1293, 2° B.W. niet toegestaan bij bewaargeving of bruikleen. Voorts komen schulden die niet vatbaar zijn voor beslag ook niet in aanmerking voor compensatie (o.m. art. 1293, 3° B.W.).

⁸⁶ Het rechtskarakter van de *uitzonderingen* op de mogelijkheid tot schuldvergelijking moet worden onderscheiden van het rechtskarakter van *de figuur* van de schuldvergelijking. Hierboven werd reeds aangegeven dat dit laatste van aanvullend recht is (zie hierboven randnr. 9).

Doorgaans wordt aangenomen dat enkel het verbod van compensatie met niet-beslagbare schulden (art. 1293, 3°), de stelregel dat schuldvergelijking niet kan plaatsvinden ten nadele van de verkregen rechten van derden (art. 1298 B.W.) en het verbod van compensatie met belasting- en socialezekerheidsschulden van dwingende aard zijn.⁸⁷ Voor wat deze uitzonderingen op de principiële mogelijkheid tot compensatie betreft, is er dus in beginsel geen toegeeflijkheid mogelijk.⁸⁸ De overige uitzonderingen zijn evenwel van aanvullend recht, waardoor de wederzijdse schuldenaren hier steeds conventioneel van kunnen afwijken.

2.6.2. De schuldvergelijking kan niet plaatsvinden ten nadele van verkregen rechten van derden

Artikel 1298 B.W. stelt als principe voorop dat de schuldvergelijking niet kan plaatsvinden ten nadele van de verkregen rechten van derden. Bij wijze van voorbeeld werkt de wetgever deze stelregel uit voor het derdenbeslag.⁸⁹ Algemeen⁹⁰ wordt er echter aangenomen dat het principe geldt voor alle vormen van samenloop⁹¹. Zo is de mogelijkheid tot schuldvergelijking in

⁸⁷ Arbrb. Brugge 23 april 1979, *R.W.* 1979-80, 2454 (inzake art. 1293, 3° B.W.); F. LAURENT, *o.c.*, p. 456, nr. 441; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 625, nr. 662 (inzake art. 1293, 3° B.W.) en zie p. 611-618, nrs. 639-650 (inzake art. 1298 B.W.); W. VAN GERVEN, *o.c.*, 401 (over art. 1293, 3° B.W.); R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 8, nr. 15 (over art. 1293, 3° B.W.) en p. 8, nr. 16 *in fine* (over art. 1298 B.W.); L. CORNELIS, *o.c.*, p. 874, nr. 675 en p. 879, nr. 679 alsook p. 883, nr. 681.

⁸⁸ Wat niet wegneemt, zo wordt algemeen aangenomen, dat er na samenloop nog (conventioneel) kan worden gecompenseerd ingeval van samenhangende vorderingen (zie verder). De Wet financiële zekerheden gaat zelfs nog verder. Deze wet wordt verderop *in extenso* behandeld.

⁸⁹ Artikel 1298 B.W. stelt inzake het derdenbeslag voorop dat een schuldenaar in wiens handen beslag onder derden wordt gelegd, de schuld niet kan doen tenietgaan door de schuld met een *na* het beslag totstandgekomen schuldvordering te compenseren. Indien dit immers zou worden toegestaan, zou het beslag zonder voorwerp worden (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 611-612, nr. 640; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 401; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1658, nr. 1; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318-319, nr. 529; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 297; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 8, nr. 16; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 874, nr. 675). De derde beslagene kan wél bewarend beslag in eigen hand leggen en zo de samenloop met de beslaglegger bewerkstelligen (E. DIRIX, *o.c.*, *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, p. 111-112, nr. 9; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 8, nr. 16; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 874, nr. 675; zie ook E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Deurne, Kluwer, 1992, p. 347-348, nr. 677). Indien de vereisten voor de wettelijke schuldvergelijking (tussen de "derde beslagene" en diens schuldenaar) reeds waren vervuld vóór het beslag onder derden plaatsvindt, is het beslag zonder voorwerp ten belope van het bedrag dat teniet is gegaan door schuldvergelijking (H. DE PAGE, *o.c.*, p. 611-612, nr. 640; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 297; zie in dit kader ook art. 1242 B.W.).

⁹⁰ F. LAURENT, *o.c.*, p. 456, nr. 441; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 611, nr. 639; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 401; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1658, nr. 1; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 318-319, nr. 529; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 8, nr. 17 en p. 10, nr. 19; R. KRUIJTHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 712, nr. 392; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 874-875, nr. 675.

⁹¹ *Samenloop* ontstaat van zodra meerdere schuldeisers gelijktijdig hun aanspraken doen gelden op het vermogen, of een deel daarvan, van hun schuldenaar. In een situatie van samenloop geldt de *gelijkheid van de schuldeisers* als maxime (zie hierover E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 35-37, nrs. 41-42; M. STORME, www.storme.be/zekerheden2004-2005I-III.pdf; 47 e.v.; zie ook A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, in *Les nouvelles. Droit commercial. Tome IV*, Brussel, Larcier, 1985, p. 158-159, nrs. 516 en 517; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des*

beginsel uitgesloten na faillissement, ingeval van de vereffening van een vennootschap, bij de aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving en dies meer.⁹² Over de vraag of er na een aanvraag tot gerechtelijk akkoord nog kan worden gecompenseerd, is de doctrine verdeeld.⁹³ Deze paragraaf volstaat er mee de werking van de schuldvergelijking ingeval van faillissement, het archetype van samenloop, te belichten. De overige vormen van samenloop blijven buiten beschouwing.⁹⁴ In een tweede luik wordt de werking van de schuldvergelijking na cessie onderzocht. De regel dat de schuldvergelijking geen afbreuk mag doen aan de verworven rechten van derden komt immers ook daar aan de orde.

De problematiek wordt hier aangesneden zonder acht te slaan op de Wet financiële zekerheden. Hetgeen volgt is de “vroegere regeling”.

créanciers en droit belge, Brussel, Bruylant, 1992, p. 5, nrs. 1 en 2). De gelijkheid van de schuldeisers vormt ook de *ratio* achter artikel 1298 B.W. (R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 781, nr. 189; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 698, nr. 114; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 8, nr. 16; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 875, nr. 675). Voor wat het *beslag* betreft, moet worden opgemerkt dat dit *op zich* geen samenloop doet ontstaan. Het beslag is slechts een *individueel* initiatief waardoor een samenloop *kan* ontstaan. Van samenloop is bij beslag slechts sprake indien twee of meer schuldeisers moeten worden betaald uit de opbrengst van het beslag. Zie daarvoor E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 15-17, nr. 23; zie ook de vorige voetnoot).

⁹² Zie daarover verder nog Cass. 26 november 1992, *Arr.Cass.* 1992-93, 1306 (vereffening); Cass. 12 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 269 (onbeheerde nalatenschap); Brussel 3 november 1994, *J.T.* 1995, 215 (openvallen nalatenschap); Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953 (vereffening); Rb. Luik 24 november 1970, *J.L.* 1970-71, 181 (nalatenschap aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving); F. LAURENT, *o.c.*, p. 459, nr. 443; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 618, nr. 648-650; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 402; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 698-700, nr. 114; A. VAN OEVELEN, “Hoofddlijnen in de ontwikkeling van het algemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht 1964 - 2000”, *T.P.R.* 2001, p. 353, nr. 42; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 781, nr. 188; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1662, nr. 3; E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 64-66, nrs. 99-103; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 10, nr. 19.

⁹³ De mogelijkheid tot compensatie ingeval van gerechtelijk akkoord staat of valt met het al dan resulteren in samenloop van een aanvraag tot gerechtelijk akkoord. De heersende opvatting houdt voor dat de aanvraag tot gerechtelijk akkoord een samenloop situatie (van bijzondere aard) schept (Antwerpen 17 januari 2000, *R.W.* 2001-02, 278, met noot; Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 227, met goedkeurende noot V. DECKMYN en E. DERNICOURT; Kh. Veurne 17 november 1999, *T.B.H.* 2000, 718, met noot; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 55-56, nr. 66; X. DIEUX en J. WINDEY, “Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers – à la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications”, in, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, p. 401 e.v., nr. 17 e.v.; *contra*: C. VAN BUGGENHOUT, “Gerechtelijk akkoord en samenloop”, *T.B.H.* 1999, p. 161, nr. 4.7).

⁹⁴ De beginselen die worden uiteengezet voor het faillissement en het gerechtelijk akkoord kunnen *mutatis mutandis* ook worden toegepast op de overige vormen van samenloop (zie E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 345, nr. 30).

a. De schuldvergelijking en het faillissement

Ná het faillissementsvonnis is compensatie tussen de schulden en de schuldvorderingen van de gefailleerde in beginsel niet meer tegenwerpelijk⁹⁵ aan de boedel (artt. 16 Faill.W. en 1298 B.W.).⁹⁶ Deze maxime is ingegeven door de bekommernis om de schuldeisers in geval van samenloop gelijk te behandelen.⁹⁷

Op die stelregel worden klassiek twee uitzonderingen toegestaan.

In eerste instantie kan de ná het faillissementsvonnis geadieerde rechter oordelen dat de voorwaarden voor de wettelijke of de conventionele schuldvergelijking reeds waren ingetreden vóór het faillissement.⁹⁸ Het betreft

⁹⁵ De sanctie is dus in beginsel *niet de nietigheid*. In de onderlinge relatie tussen de contractanten kan er dus, behoudens ingeval van bedrog, *in theorie* wél schuldvergelijking optreden (*cfr.* de betalingsfunctie van de compensatie). Deze is echter niet tegenstelbaar aan de overige schuldeisers van de gefailleerde zodat zij, vertegenwoordigd door de curator *qualitate qua*, kunnen uitvoeren op het vermogen van de gefailleerde *als zou* de schuldvergelijking niet hebben plaatsgevonden (*cfr.* zekerheidsfunctie van de compensatie (hier afwezig)). Als gevolg daarvan zal ook de medecontractant gewoon de regel van de evenredige verdeling moeten respecteren (zie en vgl. L. CORNELIS, *o.c.*, p. 877, nr. 677).

⁹⁶ A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, p. 480-481, nr. 660; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 781, nr. 189; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 17; zie A. CLOQUET, *o.c.*, p. 519 e.v., nr. 1749 e.v.; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 17; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 345, nr. 30; H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1008, nr. 123; C.A. LEUNEN, "Compensatie en concursus creditorum recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het Belgisch recht", *T.P.R.* 2004, p. 440, nr. 1; zie ook R. TAS, "Vennotenrekening, rekening-courant en compensatie", (noot onder Gent 9 november 1994), *T.R.V.* 1995, p. 327, nr. 11 (hierna verkort: R. TAS, "Vennotenrekening...", *T.R.V.* 1995).

Het verbod van compensatie na faillissement brengt in beginsel mee dat de schuldenaar/niet - gefailleerde zijn schuld volledig moet voldoen aan de boedel, terwijl diens schuldvordering, gelet op de techniek van de evenredige verdeling, wellicht niet volledig zal worden gehonoreerd (A. CLOQUET, *o.c.*, p. 521, nr. 1756).

⁹⁷ Mits toepassing van klassieke verbintenisrechtelijke principes zou de compensatie in geval van faillissement wél kunnen plaatsvinden. Door het faillissement verliest de gefailleerde schuldenaar immers het voordeel van de tijdsbepaling (artikel 1188 B.W.) – in de veronderstelling uiteraard dat hij een schuld op termijn heeft –, zodat de schuld eisbaar wordt en er, indien ook aan de andere voorwaarden is voldaan, onmiddellijk wettelijke compensatie kan intreden. Indien de schuldeiser zich evenwel op de schuldvergelijking zou kunnen beroepen, zou hij een bevoorrechte positie kennen. Hij zou dan immers zijn vordering volledig kunnen verzilveren, terwijl de overige schuldeisers wellicht de ponds- pondsgewijze verdeling zouden moeten ondergaan. De wetgever heeft dit niet gewild. Ter wille van de gelijkheid van de schuldeisers schreef hij daarom in *artikel 1298 B.W.* (verbintenisrechtelijk) voor dat de compensatie niet ten nadele van de verworven rechten van derden – dus niet meer na samenloop – kan plaatsvinden (zie H. DE PAGE, *o.c.*, p. 614, nr. 644; A. CLOQUET, *o.c.*, p. 520, nr. 1751; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 298; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 698, nr. 114; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 345, nr. 30; zie hierover ook J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 37-39, nr. 8).

⁹⁸ Cass. 26 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1373; zie Cass. 11 april 1986, *T.Aann.* 1987, 19, met noot J. EMBRECHTS; Antwerpen 8 juni 1982, *R.W.* 1982-83, 650; Brussel 23 juni 1982, *R.W.* 1984-85, 2070; Brussel 26 november 1985, *J.T.* 1986, 345; Namen 5 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 953; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 615, nr. 644; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 782, nr. 190; A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 353, nr. 42; P. COPPENS en F. T. KINT, "Examen de jurisprudence (1984-1989). Les faillites, les concordats et les privilèges", *R.C.J.B.* 1991, p. 498-499, nr. 95 (hierna verkort: P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 1991); P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 2003,

m.i. slechts een schijnuitzondering. Immers, de schuldvergelijking kan in beginsel slechte ten nadele van derden strekken indien ze plaatsvindt ná het faillissement. Vóór dat ogenblik kan de wettelijke en contractuele schuldvergelijking onbelemmerd intreden. Het betreft hier dan ook eerder een toepassing van de wettelijke of conventionele schuldvergelijking vóór faillissement, dan een uitzondering op het verbod van compensatie ná faillissement.

Ook indien de wettelijke en de contractuele schuldvergelijking zijn ingetreden tijdens de verdachte periode, kunnen ze worden tegengeworpen.⁹⁹ Hierbij moet evenwel uitzondering worden gemaakt in geval van bedrog. Immers, *fraus omnia corrumpit*.¹⁰⁰ Er is bedrog in het spel wanneer blijkt dat slechts door veinzing of simulatie aan de toepassingsvoorwaarden voor het intreden van de schuldvergelijking is voldaan. Bedrog is bijvoorbeeld voorhanden wanneer een verkoop tijdens de verdachte periode wordt gesloten met het enkele oogmerk een schuldvordering die de koper heeft op de verkoper ten uitvoer te leggen door compensatie.¹⁰¹ Bemerkt dat de schuldvergelijking hier met noodzaak steeds contractueel is. Immers, wanneer partijen rechtshandelingen stellen met geen ander doel dan eerdere schuldvorderingen te compenseren, verglijdt men van wettelijke in contractuele schuldvergelijking.¹⁰² Meer algemeen is elke gedurende de verdachte periode gesloten contractuele compensatie niet tegenwerpelijk aan de boedel.¹⁰³ In de verdachte periode wordt de kwade trouw bij het sluiten van overeenkomsten die de massa bezwaren met andere

p. 652-653, nr. 48; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 17; zie A. ZENNER, *o.c.*, p. 481-482, nrs. 660-661 en de talrijke voorbeelden daar; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 875, nr. 676; zie R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 298.

⁹⁹ Namen 5 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 953; zie Brussel 26 november 1985, *J.T.* 1986, 345; zie Kh. Hasselt 24 februari 1983, *J.T.* 1983, 343; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 616, nr. 645; V. SAGAERT, "Compensatie door de verkoop van aandelen tijdens de verdachte periode voorafgaand aan de faillietverklaring", (noot onder Gent 1 december 1999), *T.R.V.* 2001, p. 253, nr. 5; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 17.

De contractuele compensatie kan evenwel slechts plaatsvinden tijdens de verdachte periode *indien* zij vóór deze periode te goeder trouw is overeengekomen (R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 781, nr. 189; vgl. H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1013, nr. 126). Het is hierbij van geen belang welke de oorzaak is van de wederzijdse schuldvorderingen, noch of zij al dan niet connex zijn (zie Cass. 19 november 1987, *R.W.* 1987-88, 1099; A. ZENNER, *o.c.*, p. 483, nr. 661; P. COPPENS en F. T KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 498-499, nr. 95).

¹⁰⁰ In dat geval kan de schuldvergelijking dus niet worden tegengeworpen aan de boedel (Antwerpen 8 juni 1982, *R.W.* 1982-83, 650; Antwerpen 17 mei 1984, *T.B.H.* 1985, 27; Namen 5 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 953; Antwerpen 22 september 1997, *R.W.* 1998-99, 157; Kh. Kortrijk 12 maart 1987, *T.B.H.* 1988, 722; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 616, nr. 645; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 402; A. ZENNER, *o.c.*, p. 482, nr. 661; P. COPPENS en F. T KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 503, nr. 99; R. KRUIHOF, *l.c.*, p. 715, nr. 218; V. SAGAERT, *l.c.*, p. 254, nr. 6).

¹⁰¹ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 17.

¹⁰² Zie Antwerpen 22 september 1997, *R.W.* 1998-99, 157; Antwerpen 17 mei 1984, *T.B.H.* 1985, 27; Kh. Kortrijk 12 maart 1987, *T.B.H.* 1988, 722; V. SAGAERT, *l.c.*, p. 254, nr. 6.

¹⁰³ Zie hierover Antwerpen 22 september 1997, *R.W.* 1998-99, 157; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 616, nr. 645; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, *l.c.*, p. 781, nr. 189; A. ZENNER, *o.c.*, p. 482, nr. 661; V. SAGAERT, *l.c.*, p. 253, nr. 5.

woorden vermoed aanwezig te zijn bij de contractspartijen.¹⁰⁴ Ingeval van wettelijke schuldvergelijking gaat dit echter niet op. De partijen hebben immers geen zeggings over het al dan niet (en op welk tijdstip) intreden van de wettelijke compensatie; dat geschiedt van rechtswege. Wettelijke schuldvergelijking kan dan ook, zoals al aangegeven, behoudens *fraus omnia corrumpit*, steeds intreden gedurende de verdachte periode.

In de tweede plaats is schuldvergelijking ná faillissement, ondanks dat de voorwaarden voor wettelijke compensatie vóór het faillissement niet vervuld zijn, nog mogelijk wanneer de wederzijdse vorderingen, die zijn ontstaan vóór de samenloop, een nauwe band vertonen of verknocht zijn.¹⁰⁵ Het vereiste van de nauwe band houdt in dat er tussen de wederzijdse schuldvorderingen een objectief, niet kunstmatig tot stand gebracht, verband moet bestaan dat beantwoordt aan de economische realiteit van de verhouding tussen de partijen.¹⁰⁶ Het is dus niet noodzakelijk dat de schuldvorderingen voortvloeien uit een zelfde overeenkomst.¹⁰⁷ Connexiteit is ook aanwezig wanneer de verbintenissen voortvloeien uit onderscheiden overeenkomsten die alle passen

¹⁰⁴ Sinds de invoering van de W.F.Z. moet dit evenwel sterk worden genuanceerd: zie verder.

¹⁰⁵ Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, I, 440; Cass. 2 september 1982, *Pas.* 1983, I, 3; zie Cass. 9 maart 2000, *R.W.* 2000-01, 480, met noot A. DE WILDE; *T.B.B.R.* 2002, 585, met noot I. VERVOORT; zie Cass. 7 mei 2004, *T.B.H.* 2004, 716; Brussel 23 juni 1982, *R.W.* 1984-85, 2070; Brussel 30 april 1987, *T.B.H.* 1989, 160; Brussel 9 oktober 1987, *T.B.B.R.* 1990, 463, met noot M. GRÉGOIRE; Gent 15 januari 1988, *T.B.H.* 1991, 1080; Luik 30 juni 1989, *J.L.M.B.* 1990, 799; Gent 26 oktober 1989, *R.W.* 1989-90, 683; Namen 6 april 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1315; Brussel 14 november 1996, *J.T.* 1997, 182; Antwerpen 27 mei 1997, *R.W.* 1998-99, 91; Brussel 15 september 2000, *J.T.* 2001, 91; Antwerpen 19 februari 2001, *R.W.* 2001-02, 1438; Luik 24 april 2001, *T.B.H.* 2002, 402; Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68; Luik 29 oktober 2002, *J.L.M.B.* 2003, 975; zie Antwerpen 17 april 2001, *R.W.* 2002-03, 301; Kh. Hasselt 3 september 1981, *T.B.H.* 1982, 467; Kh. Oudenaarde 13 december 1984, *R.W.* 1984-85, 2836; Kh. Charleroi 16 februari 1993, *J.L.M.B.* 1995, 147, met noot J. CAEYMAEX; Kh. Luik 9 maart 1993, *T.B.H.* 1993, 853; Beslagr. Luik 5 november 1998, *J.T.* 1999, 212; Kh. Brussel 14 juli 1999, *T.B.H.* 2000, 433; Kh. Luik 9 mei 2003, *D.A.O.R.* 2002, 418; *contra*: Luik 17 december 1959, *J.L.* 1959-60, 177; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 615, nr. 644; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 402; A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 353, nr. 42; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 782, nr. 190; E. DIRIX, "Compensatie na faillissement", *R.W.* 1987-85, p. 1425, nr. 3; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1663, nr. 5; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 346, nr. 31; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 700-702, nr. 114bis; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 298; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 18; P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 506 e.v., nr. 101; A. ZENNER, *o.c.*, p. 483, nr. 662; H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1009, nr. 125; H. GEINGER e.a. "Overzicht van rechtspraak (1975-1989). Het faillissement en het gerechtelijk akkoord", *T.P.R.* 1991, p. 526-527, nr. 156 (hierna verkort: H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991); R. TAS, "Vennotenrekening ...", *T.R.V.* 1995, p. 328, nr. 12; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 441 e.v., nr. 3 e.v.; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 875-876, nr. 676.

Indien de vereiste connexiteit voorhanden is, kan de rechter overgaan tot – in de regel – gerechtelijke schuldvergelijking of kan hij de conventionele schuldvergelijking vaststellen. Merk hier alvast op dat de Wet financiële zekerheden heeft gesleuteld aan het vereiste van samenhang inzake *netting*overeenkomsten. Inzake gerechtelijke schuldvergelijking na samenloop, geldt het vereiste evenwel nog onverkort.

¹⁰⁶ Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68; zie ook en vgl. Luik 29 oktober 2002, *J.L.M.B.* 2003, 975; E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1987-85, p. 1425, nr. 3; H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991, p. 526-527, nr. 156; J. HERBOTS, *l.c.*, p. 397, nr. 36; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 9, nr. 18.

¹⁰⁷ Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68.

in een zelfde raamovereenkomst of die een economisch geheel uitmaken.¹⁰⁸ De aard van de schuld doet daarbij niet ter zake. Het is dus van geen belang of de ene vordering contractueel is en de andere buitencontractueel.¹⁰⁹

Volgens vaststaande cassatierechtspraak komt het aan de feitenrechter toe om te beoordelen of de vereiste connexiteit in het concrete geval voorhanden is.¹¹⁰

Een twistappel – in het raam van de vroegere regeling – betreft de vraag of de hier vereiste samenhang ook contractueel¹¹¹ tot stand kan worden gebracht.¹¹² Het ophefmakende cassatiearrest van 28 februari 1985 geeft aan dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord.¹¹³ Eerder hield men wel eens voor dat compensatieclausules een onwettelijk “*privilège sans texte*” schiepen dat afbreuk deed aan de gelijkheid van de schuldeisers, zoals verwoord in de artikelen 7 tot 9 van de Hypotheekwet. Gezien er evenwel meerdere, analoge

¹⁰⁸ Luik 30 januari 1985, *J.L.* 1985, 277; Namen 6 april 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1315; Gent 13 april 1995, *T.B.H.* 1996, 519; Luik 24 april 2001, *T.B.H.* 2002, 402; Kh. Verviers 5 februari 1981, *J.L.* 1981, 275; Kh. Luik 21 maart 1990, *J.L.M.B.* 1990, 827; Rb. Brussel 30 november 1993, *T.Aann.* 1994, 389 (afwezigheid nauwe band); R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1975, p. 782, nr. 190; E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1987-88, p. 1425, nr. 3; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 346, nr. 31; A. ZENNER, *o.c.*, p. 483-484, nr. 662; H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1009-1010, nr. 125; P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 514, nr. 107 en p. 516-517, nr. 109; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 443 e.v., nr. 4 e.v.; *contra*: L. CORNELIS, *o.c.*, p. 875-876, nr. 676. Men omschrijft de samenhang in dit geval ook wel eens als “synallagmatische connexiteit” (A. ZENNER, *o.c.*, p. 484, nr. 662).

Samenhang is bijvoorbeeld *niet* voorhanden tussen een (contractuele) vordering die stamt uit een overeenkomst van aanneming van werk en een (contractuele) vordering tot schadevergoeding die voortspuit uit een andere overeenkomst die tien jaar later is gesloten (Brussel 23 juni 1982, *R.W.* 1984-85, 2070).

¹⁰⁹ Cass. 25 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, 1125; *R.C.J.B.* 1992, 348, met kritische noot M. VAN QUICKENBORNE; *R.W.* 1989-90, 331; A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 354, nr. 42; A. ZENNER, *o.c.*, p. 486, nr. 664; H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1009-1010, nr. 125 en de vele voorbeelden aldaar; P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 509 e.v., nr. 104; R. TAS, “Vennotenrekening ...”, *T.R.V.* 1995, p. 328, nr. 12; kritisch: C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 443 e.v., nr. 4 e.v. en p. 444, nr. 5.

M. VAN QUICKENBORNE wijst er op dat twee buitencontractuele schuldvorderingen, die bijvoorbeeld ontstaan tussen de betrokkenen bij een verkeersongeval, weliswaar wederzijds, doch in beginsel nooit samenhangend in voormelde zin zijn (M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 374, nr. 27).

¹¹⁰ Cass. 2 september 1982, *J.T.* 1982, 739; *R.W.* 1983-84, 523; Cass. 12 januari 1996, *Pas.* 1996, I, 46; Cass. 7 mei 2004, *T.B.H.* 2004, 716.

¹¹¹ Bijvoorbeeld door middel van een beding van eenheid van rekening, een compensatiebeding of een rekening-courant-beding.

¹¹² Zie in dit verband: Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX; Brussel 28 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 877; Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1988, 707.

Voor een goed overzicht van de evolutie hieromtrent zie J.M. NELISSEN, “Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, p. 295 e.v., nr. 17 e.v.; H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991, p. 526-528, nr. 156; P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 505-506, nr. 100 en p. 515 e.v., nrs. 108-109; P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 2003, p. 654-655, nr. 50; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 444 e.v., nr. 6 e.v.; R. TAS, “Vennotenrekening ...”, *T.R.V.* 1995, p. 328, nr. 12.

¹¹³ Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX. Zie ook en vgl. R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 716, nr. 393.

uitzonderingen bestaan op de regel van de gelijkheid van de schuldeisers (bvb. de rekening-courant) wordt deze visie thans doorgaans niet meer aangehangen.¹¹⁴ Het geciteerde cassatiearrest legt er de nadruk op dat de overeengekomen samenhang een objectieve grondslag dient te hebben, m.a.w. niet kunstmatig mag zijn.¹¹⁵ Deze vereiste wordt in de doctrine uiteenlopend opgevat. De ene strekking meent dat een contractueel overeengekomen samenhang in beginsel nooit kunstmatig kan zijn. Zij gaat uit van het primaat van de wil: door de loutere wil van de partijen zijn de vorderingen *de iure connex*.¹¹⁶ Anderen opperen dat de contractueel gecreëerde samenhang slechts aan de boedel kan worden tegengeworpen indien hij beantwoordt aan de realiteit.¹¹⁷ Zij vereisen van de wederzijdse schuldvorderingen dat ze *de facto connex* zijn. In feite komt deze visie dus neer op een negatie van de mogelijkheid om een contractuele samenhang te scheppen. Immers, de partijen kunnen volgens deze strekking enkel een bestaande situatie registreren. Daarbuiten kunnen zij géén tegenstelbare samenhang creëren; die is volgens deze strekking per definitie kunstmatig.¹¹⁸ De eerste strekking geniet voorkeur. Zij brengt de zekerheidsfunctie van de schuldvergelijking, die ook in de rechtspraak steeds meer weerklank krijgt¹¹⁹, het meest voor het voetlicht.¹²⁰ Enigszins vooruitlopend moet de lezer al worden meegegeven dat de invoering van de Wet financiële zekerheden voorgaande discussie alle wind uit de zeilen heeft genomen.¹²¹

¹¹⁴ Zie Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX; zie K. TROCH, *l.c.*, p. 225-226, nrs. 33-35 en p. 234 e.v., nr. 42 e.v.; zie en vgl. evenwel: Brussel 15 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 838.

¹¹⁵ Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 348, nr. 32; zie P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 2003, p. 654-655, nr. 50.

¹¹⁶ E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, 1675, p. 13; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 445, nr. 6; zie ook A. VAN OEVELEN, *l.c.*, p. 354, nr. 42. Partijen zijn, zo poneert deze strekking, in beginsel vrij om de draagwijdte van hun verbintenissen te modelleren.

¹¹⁷ Een overeenkomst die speciaal en alleen maar is gericht op het tot stand brengen van een band van samenhang is in deze opvatting kunstmatig (Kh. Luik 14 oktober 1987, *T.B.H.* 1988, 727, met noot; J.M. NELISSEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 300 e.v., nr. 26 e.v.; H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991, p. 526-529, nr. 156; M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 366, nr. 17 en p. 388-389, nrs. 1-3).

¹¹⁸ Zie hierover ook J.M. NELISSEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 304 e.v., nr. 34 en C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 445, nr. 6 *in fine*.

¹¹⁹ In de jurisprudentie wordt het vereiste van samenhang immers alsmar ruimer geïnterpreteerd, waardoor compensatie ná samenloop steeds vaker wordt toegestaan: E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1987-88, p. 1425, nr. 3; E. DIRIX, *o.c.*, *T.P.R.* 1988, p. 346, nr. 31; vgl. H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1009-1011, nr. 125.

¹²⁰ In feite komt voormelde tweespalt neer op een belangenconflict. De vraag is hier immers of men het belang van de individuele schuldeiser, die verwacht te kunnen compenseren, laat primeren, of het belang van de verzamelde schuldeisers (zie ook hieronder randnr. 39).

¹²¹ De W.F.Z. voorziet immers in de *principiële tegenstelbaarheid* van conventionele compensatie na faillissement. Hierop wordt verderop uitgebreid ingegaan.

b. Schuldvergelijking na cessie

Artikel 1295 B.W. poneert: “*Wanneer de overdracht [van schuldvordering, R.H.] 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*”.¹²² Ook dit voorschrift huldigt – ook al is er in deze geen sprake van samenloop – het principe van de primauteit van verworven rechten van derden.¹²³ Na de kennisgeving van de cessie aan de gecedeerde schuldenaar kan er immers geen schuldvergelijking meer plaatsvinden tussen een ná de overdracht in hoofde van de *debitor cessus* ontstane vordering en de overgedragen vordering.¹²⁴

Geldt dit beginsel absoluut? Of wordt er ook hier een uitzondering toegestaan op het compensatieverbod voor samenhangende vorderingen? Een meerderheid in de doctrine antwoordt bevestigend op die vraag.¹²⁵ Het Hof van Cassatie ziet het evenwel anders.¹²⁶ In een arrest van 26 juni 2003 poneerde het Hof dat er ingeval van cessie géén compensatie kan optreden tussen de overgedragen schuldvordering en een ná de overdracht ontsproten schuldvordering in hoofde van de gecedeerde schuldenaar, zelfs niet in geval van samenhang. Daarmee ontkent het Hof van Cassatie de zekerheidsfunctie van de schuldvergelijking bij cessie.¹²⁷

Het arrest van 26 juni 2003 werd in de eerste commentaren kritisch onthaald.¹²⁸ De vraag werd gesteld waarom het Hof *hier* een ander standpunt inneemt dan het bij samenloop doet.¹²⁹ De visie van het Hof is evenwel (juridisch) logisch te verklaren. Ingeval van *samenloop* wordt de band tussen

¹²² Het huidige artikel 1295 B.W. werd door artikel 6 van de Wet van 6 juli 1994 (*B.S.* 15 juli 1994) ingevoerd.

¹²³ E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1678-1679, nr. 16; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 447, nr. 10.

¹²⁴ Voor een toepassing van artikel 1295 B.W. (oud): zie Brussel 7 maart 2003, *J.T.* 2003, 663 en Kh. Brussel 1 september 1983, *T.B.H.* 1984, 560, met noot N. SPRUYT.

¹²⁵ E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1678-1679, nr. 1679-1681, nr. 17; E. DIRIX, “Hoofdlijnen van het nieuwe regime. Verschilpunten met het vroegere artikel 1690 B.W.”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, p. 28, nr. 23 *in fine*; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 447, nr. 10 en de verwijzingen daar; zie ook de auteurs aangehaald in M. DE THEIJE, “Compensatie na cessie”, *R.W.* 2003-04, p. 1421-1422, nr. 6; I. PEETERS, “Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering: geen uitzondering voor verknochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van de Belgische debiteuren beschaamd?”, *T.B.H.* 2004, 480, nr. 4 en daar geciteerde auteurs; *contra*: P. VAN OMMESLAGHE, “Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances”, *J.T.* 1995, p. 535, nr. 16.

¹²⁶ Cass. 26 juni 2003, *R.W.* 2003-04, 1419, met noot M. DE THEIJE; *T.B.H.* 2004, 476, met noot I. PEETERS. Het betrof weliswaar een toepassing van het oude artikel 1295 B.W., maar het door het Hof van Cassatie gestelde principe kan worden doorgetrokken voor wat de toepassing van het huidige artikel 1295 B.W. betreft (zie M. DE THEIJE, *l.c.*, p. 1421, nr. 2 *in fine*).

¹²⁷ Zie daarover meer uitgebreid (en kritisch) C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 449, nr. 13; zie voorts (en eveneens kritisch) M. DE THEIJE, *l.c.*, p. 1422, nrs. 7 e.v. Daartegenover staat uiteraard dat de positie van de cessionaris verbeterd wordt (I. PEETERS, *l.c.*, p. 483, nr. 16).

¹²⁸ C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 449, nr. 13; M. DE THEIJE, *l.c.*, p. 1422, nrs. 7; I. PEETERS, *l.c.*, p. 483, nr. 16.

¹²⁹ C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 449, nr. 14.

de wederzijdse vorderingen immers niet doorbroken; de schuldvorderingen blijven bestaan tussen dezelfde twee personen, zodat aan de grondvoorwaarden voor (wettelijke of gerechtelijke) compensatie is voldaan. Bij *cessie* wordt de band tussen de gecedeerde schuldenaar en de cedent evenwel verbroken en vervangen door een nieuwe band: de gecedeerde schuldenaar is na overdracht debiteur van de cessionaris. De mogelijkheid tot toepassing van de schuldvergelijking strandt hier dus op de wettelijke klip van artikel 1289 B.W. Immers, de twee vorderingen zijn na *cessie* niet meer wederzijds; ze bestaan niet meer tussen dezelfde personen. *Dura lex, sed lex*.¹³⁰ Gezien artikel 1295 B.W. slechts van aanvullend recht is¹³¹, moet men de draagwijdte van het arrest overigens niet al te zeer overdrijven. De partijen – *i.e.* de oorspronkelijke partijen: de partijen tussen wie de oorspronkelijke schuldvordering bestaat, vooraleer er van enige overdracht sprake is – kunnen dus steeds een andersluidende regeling overeenkomen.¹³²

2.6.3. De uitzonderingen voorzien in artikel 1293 B.W.

Naast het algemene beginsel dat de schuldvergelijking geen afbreuk mag doen aan de verworven rechten van derden, voorziet de wetgever in artikel 1293 B.W. ook in een aantal specifieke uitzonderingen op de principiële mogelijkheid tot verrekening.

a. Schuldvergelijking en de wederrechtelijk ontnomen zaak

De vordering die de eigenaar van een zaak heeft tot teruggave van de hem wederrechtelijk ontnomen zaak, kan niet wettelijk, noch gerechtelijk worden gecompenseerd met een schuld van die eigenaar tegenover de bezitter van de zaak (art. 1293, 1° B.W.). Dit voorschrift is ingegeven door de bekommernis om eigenrichting (en diefstal) te vermijden.¹³³ Aangezien deze uitzondering van aanvullend recht is, kunnen partijen andersluidend bedingen.¹³⁴

b. Compensatie *versus* bewaargeving en bruikleen

Een vordering tot teruggave van wat in bewaring of in bruikleen is gegeven, is eveneens niet vatbaar voor wettelijke en gerechtelijke compensatie (art. 1293,

¹³⁰ Zie ook en vgl. I. PEETERS, *l.c.*, p. 482, nr. 14.

¹³¹ Artikel 1295 B.W. is niet van openbare orde, noch van dwingend recht (zie I. PEETERS, *l.c.*, p. 483-484, nrs. 17-19).

¹³² Dit wordt overigens ook bevestigd in de W.F.Z. (zie hierover verder randnr. 60 *in fine*). Zie ook M. STORME, www.storme.be/zekehereden2004-2005VI.pdf, 468-469.

¹³³ Indien het er niet zou zijn, zou de schuldeiser van een eigenaar de betaling van zijn vordering immers kunnen veilig stellen door een zaak van zijn schuldenaar weg te nemen. In de praktijk lijkt deze hypothese zich weinig te kunnen voordoen. Doorgaans zullen er namelijk niet -vervangbare zaken worden ontstolen, waardoor compensatie überhaupt niet kan intreden. Compensatie kan immers slechts bij soortzaken: F. LAURENT, *o.c.*, p. 460, nrs. 444-445; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 619-620, nr. 653; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 401; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 298-299; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 873, nr. 674.

¹³⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 621, nr. 655.

2° B.W.). Deze uitzonderingsgrond is voorgeschreven omwille van redenen van morele aard.¹³⁵ Ook deze uitzondering is niet van dwingend recht, zodat partijen een afwijkende regeling kunnen overeenkomen.¹³⁶

In een arrest van 16 september 1993 oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 1293, 2° B.W. niet van toepassing is op een zichtrekeningovereenkomst bij een financiële instelling.¹³⁷ Deze kan immers niet worden gekwalificeerd als bewaargeving of bruikleen, maar moet eerder worden opgevat als een overeenkomst *sui generis* die gelijkaardig is aan een verbruiklening.¹³⁸ De schuldvergelijking bij een zichtrekeningovereenkomst is dus in beginsel toegestaan.¹³⁹

c. Schuldvergelijking en niet voor beslag vatbare schulden

Voorts voorziet het Burgerlijk Wetboek in een uitzondering op de mogelijkheid tot verrekening ingeval van niet voor beslag vatbare schulden (zie art. 1293, 3° B.W.).¹⁴⁰ Artikel 1293, 3° B.W. vermeldt slechts *nominatim* de schulden uit hoofde van levensonderhoud¹⁴¹ als uitzondering, maar algemeen wordt aangenomen dat deze uitsluiting toepasselijk is op alle niet voor beslag vatbare schulden.¹⁴² Artikel 1293, 3° is, zoals reeds aangegeven,

¹³⁵ F. LAURENT geeft aan: "... *la raison en est que la dette de dépôt est une dette d'honneur que la délicatesse commande de payer; avant tout, le dépositaire doit rendre la chose déposée pour se montrer digne de la confiance que lui a témoignée le déposant, sauf à réclamer ensuite le paiement de ce que le déposant lui doit*" (F. LAURENT, *o.c.*, p. 461, nr. 446 (eigen onderstreping); zie ook R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 298-299). In de praktijk doet deze uitzonderingsgrond zich, zoals de vorige, slechts sporadisch voor. Goederen die in bruikleen of bewaring worden gegeven zijn immers meestal geïndividualiseerd en, zoals reeds aangegeven, ziet de compensatietechniek slechts op soortgoederen: zie F. LAURENT, *o.c.*, p. 461-462, nr. 447; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 621-622, nr. 656; W. VAN GERVEN, *l.c.*, 401; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 873, nr. 674. Deze bepaling is niet van toepassing indien de bewaargever zelf de compensatie tegdert (Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953).

¹³⁶ Brussel 7 december 1977, *J.T.* 1978, 330; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 623, nr. 657.

¹³⁷ Cass. 16 september 1993, *R.W.* 1993-94, 1268, met noot E. DIRIX.

¹³⁸ Y. MERCHIERS e.a., "Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelscontracten, bank- krediet- wissel- en chequeverrichtingen (1987-1991)", *T.P.R.* 1992, p. 922, nr. 153 (hierna verkort: Y. MERCHIERS, *T.P.R.* 1992).

¹³⁹ E. DIRIX, "Compensatie en tegoeden op bankrekeningen", *R.W.* 1993-94, p. 1270, nr. 4.

¹⁴⁰ Uiteraard geldt de uitzondering slechts ten belope van het niet voor beslag vatbare gedeelte. Daarboven kan er wél worden gecompenseerd.

¹⁴¹ Toepassingsgevallen zijn onder meer: Cass. 7 maart 2003, *R.W.* 2004-05, 225, met noot; *NjW* 2003, met noot, 1040 en *Arbrb.* Brugge 23 april 1979, *R.W.* 1979-1980, 2453. In afwijking van de regel, is de schuldvergelijking toch mogelijk indien de schuldeiser van het onderhoudsgeld zelf de compensatie inroept. In dat geval verzet de *ratio* van artikel 1293, 3° zich niet tegen de schuldvergelijking: W. VAN GERVEN, *o.c.*, 401; R. KRUIHOF e.a., *T.P.R.* 1994, p. 712, nr. 392.

¹⁴² F. LAURENT, *o.c.*, p. 462-463, nr. 448; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 624, nr. 660; W. VAN GERVEN, *o.c.*, 401; R. KRUIHOF, *T.P.R.* 1983, p. 714, nr. 218; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 298-299; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 702-703, nr. 115; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 873, nr. 674. Artikel 23 van de Wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers, vormt een toepassing van het hierboven uiteengezette principiële verbod van

(minstens) van dwingend recht. Naast de wettelijke en de gerechtelijke, is dus ook de conventionele schuldvergelijking hier in beginsel niet mogelijk.¹⁴³

2.6.4. Belasting- en socialezekerheidsschulden

Vrij algemeen wordt ten slotte aangenomen dat compensatie met belastingsschulden en schulden tegenover de Rijksdienst voor sociale zekerheid (R.S.Z.) niet kan plaatsvinden.¹⁴⁴ Deze uitzondering is ingegeven door het algemeen belang; de continuïteit van het bestuur moet worden verzekerd.¹⁴⁵ Omdat deze regeling soms tot onbillijke situaties kan leiden, heeft de wetgever er in bepaalde gevallen temperingen op aangebracht.¹⁴⁶

2.7. SCHULDVERGELIJKING IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

Tot slot is het nuttig de schuldvergelijking te benaderen vanuit het oogpunt van het internationaal privaatrecht. Enkel het vraagstuk van het toepasselijk recht wordt aangerakt.¹⁴⁷

Er moet hierbij een onderscheid worden gemaakt naargelang de schuldvergelijking plaatsvindt in een situatie van insolventie, of los daarvan intreedt. Indien er zich los van insolventie een vraagstuk over compensatie aandient, is het Europees Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna verkort: E.V.O.)¹⁴⁸, het toepasselijk instrument.¹⁴⁹ Wanneer de schuldvergelijking ter sprake komt bij insolventie, moet men zich in beginsel wenden tot Verordening nr.

compensatie met niet beslagbare schulden (zie L. CORNELIS, *o.c.*, p. 877, nr. 677 en W. VAN GERVEN, *o.c.*, 403).

¹⁴³ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 624, nr. 661; zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 702-703, nr. 115; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 873, nr. 674.

¹⁴⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 618-619, nr. 651; J. LIMPENS en R. KRUIHOF, *R.C.J.B.* 1969, p. 286, nr. 118; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 297; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 321, nr. 531; E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 83-84, nr. 137; zie W. VAN GERVEN, *o.c.*, 402-403; zie P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.* 1975, p. 696-697, nr. 113; zie en vgl. evenwel Luik 24 december 1968, *Pas.* 1969, II, 70.

¹⁴⁵ H. DE PAGE, *o.c.*, p. 618-619, nr. 651.

¹⁴⁶ Deze temperingen werden ingevoerd door de Wet van 1 augustus 1985 (*B.S.* 6 augustus 1985) en deels gewijzigd bij Wet van 21 maart 1991. Voor meer informatie raadplege men E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 321, nr. 531 en E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 83-84, nrs. 137-138.

¹⁴⁷ Inzake het *bevoegdheidsvraagstuk* is Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*P.B. L.* 2001, afl. 12, 1), beter bekend als de EEX-Verordening, wellicht het belangrijkste instrument.

¹⁴⁸ *P.B. L.* 1980, afl. 266, 1.

¹⁴⁹ De vraag naar de mogelijkheid van schuldvergelijking is immers in beginsel een *contractuele vraag*. Dat blijkt uit het feit dat de regeling rondom compensatie overwegend van aanvullend recht is.

1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (hierna verkort: Insolventieverordening).¹⁵⁰

Inzake nettingovereenkomsten zijn er ook nog andere I.P.R.-instrumenten voorhanden. Daar wordt in een later stadium van dit werk verder op ingegaan.

3. SCHULDVERGELIJKING IN DE BANKPRAKTIJK: *CAPITA SELECTA*

Het derde hoofdstuk behandelt enkele toepassingen van conventionele schuldvergelijking in de bankpraktijk. In eerste instantie worden enkele klassieke schuldvergelijkingsbedingen, die doorgaans voorkomen in de relatie tussen de bank en het cliënteel, onder de loep genomen. De invloed van de Wet financiële zekerheden, wordt daarbij buiten beschouwing gelaten.¹⁵¹ Daarna is er oog voor het concept “*netting*”, dat traditioneel slechts voorkomt in de relatie tussen financiële instellingen. In het raam hiervan komen de invoering van de Wet financiële zekerheden en de gevolgen die deze sorteert voor de rechtspraktijk *in extenso* aan bod. Er wordt evenwel aangevangen met enkele algemene aandachtspunten.

3.1. ALGEMENE AANDACHTSPUNTEN

Vooraleer het *corpus* van deze analyse aan te vatten, verdient het voorkeur enkele aandachtspunten aan te stippen.

¹⁵⁰ *P.B. L.* 2000, afl. 160, 1. De insolventieverordening stelt in de regel de *lex concursus* voorop inzake compensatie na samenloop (art. 4, 2, d Insolventieverordening). Op deze regel wordt uitzondering gemaakt wanneer de *lex concursus* de compensatie verbiedt, terwijl het recht dat op de *vordering van de insolvente schuldenaar* (passieve schuldvordering) van toepassing is, compensatie toestaat. Dan is dit recht van toepassing (art. 6, 1 Insolventieverordening). De regels van de *lex concursus* over nietigheid en niet-tegenstelbaarheid van voor andere schuldeisers nadelige handelingen blijven in dit laatste geval evenwel in beginsel gelden (art. 6, 2 Insolventieverordening). De begunstigde van de compensatie kan zich dan evenwel nog verweren op basis van artikel 13 van de Insolventieverordening. Deze bepaling geeft hem de mogelijkheid zich tegen de niet-tegenstelbaarheid of nietigheid te verzetten door te bewijzen dat de litigieuze handelingen onderworpen zijn aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de procedure geopend is én dat dat recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die handelingen te bestrijden (zie hierover meer uitgebreid E. DIRIX en V. SAGAERT, “Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening”, *T.B.H.* 2001, p. 597-598, nrs. 50-53; C.A. LEUNEN, *l.c.*, p. 450-453, nrs. 15-21). Aangezien de Insolventieverordening compensatie ingeval van insolventie toelaat indien dit ook wordt toegestaan door het recht dat de passieve vordering beheerst, kunnen partijen ter zake best een rechtskeuze maken voor een rechtssysteem dat compensatie na samenloop onverkort toestaat (bvb. Nederlands of Engels recht, of, sinds de invoering van de W.F.Z., het Belgisch recht (minstens inzake contractuele compensatie)).

¹⁵¹ Die invloed komt later aan bod. Dat maakt dat hetgeen wordt gesteld soms achterhaald is. Het is evenwel noodzakelijk eerst de vroegere regeling te schetsen alvorens de nieuwe regels te bespreken.

3.1.1. De relevante voorvragen

Aangezien de mogelijkheid tot schuldvergelijking, zowel in de relatie tussen bank en cliënteel als in de verhouding tussen financiële instellingen, doorgaans en in beginsel op een overeenkomstconstructie berust, rijzen er in de praktijk, vóórleer de vraag naar de geldigheid en de tegenwerpelijkheid van de bedongen schuldvergelijking aan de orde kan komen, noodgedwongen enkele voorvragen. Allereerst is dat de vraag naar de geldige totstandkoming van de overeenkomst.¹⁵² Er op gelet dat compensatiebedingen¹⁵³ in de regel vervat zitten in standaardovereenkomsten, rijst daarnaast (en daarna) de vraag naar de kennis en de aanvaarding van die compensatiebedingen in hoofde van de medecontractant.¹⁵⁴ Op deze (interessante) problematiek zal in dit kort bestek evenwel niet verder worden ingegaan.¹⁵⁵

3.1.2. De idee achter de compensatiebedingen

Hierover kan men kort zijn. De hierna besproken compensatiebedingen strekken er toe om de schuldeiserspositie van de bank ingeval van insolventie van diens schuldenaar te versterken.¹⁵⁶ Meer bepaald, trachten zij te bewerkstelligen dat de bank ook ná samenloop kan compenseren.¹⁵⁷

¹⁵² Immers, zoals elke overeenkomst, is ook de compensatieovereenkomst onderhevig aan de klassieke geldigheidsvereisten voor overeenkomsten (bekwaamheid, toestemming, voorwerp en oorzaak (artikel 1108 B.W.)).

¹⁵³ Het begrip “compensatiebeding” wordt hier gebruikt in generieke zin. Het begrip omvat dan het beding van eenheid van rekening en het compensatiebeding *sensu stricto*. Deze komen later aan bod.

¹⁵⁴ Indien de vereiste kennis en aanvaarding niet aanwezig zijn, zijn de compensatiebedingen, als resultante daarvan, niet tegenwerpelijk aan de medecontractant. Anders verwoord: door de afwezigheid van kennis en aanvaarding wordt de vraag naar de *inhoud* van het beding tot een *non-issue*, hoogstens tot een *obiter dictum*.

¹⁵⁵ Voor wat de *tegenstelbaarheid van standaardbedingen* betreft, kan worden verwezen naar de klassieke handboeken alsook naar volgende standaardwerken: G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Parijs, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1973, 204 p.; E.H. HONDIUS, *Standaardvoorwaarden*, Deventer, Kluwer, 1978, 956 p.; M. BOSMANS, “Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979)”, *J.T.* 1981, p. 17-24 en p. 33-43 alsook p. 53-58; M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *T.P.R.* 1984, p. 33-94; J. MAHAUX, J.F. LECLERCQ, en A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, “Des contrats standardisés en général”, in, J.F. LECLERCQ, e.a. (eds.), *Quelques aspects des contrats standardisés*, Brussel, Editions de l'université de Bruxelles, 1982, p. 9-121.

¹⁵⁶ Zie L. CORNELIS, *o.c.*, p. 884, nr. 683.

¹⁵⁷ De contractuele compensatie wordt in de banksector dus voornamelijk opgevat als een *zekerheidstechniek*, eerder dan als een middel tot vereenvoudiging van betaling. K. TROCH omschrijft de contractuele compensatie in dit bestek dan ook als “*een uit de praktijk gegroeid, contractueel zekerheidsmechanisme dat voortvloeit uit de werking van het verbintenisrecht, waarbij partijen vrijwillig aan hun vorderingen de ontbrekende kenmerken van de wettelijke compensatie geven*” (K. TROCH, *l.c.*, p. 207, nr. 7 (eigen onderstreping)).

3.2. KLASSIEKE VERSCHIJNINGSVORMEN VAN CONTRACTUELE COMPENSATIE (IN DE RELATIE TUSSEN DE FINANCIËLE INSTELLING EN HAAR CLIËNTEEL)

Thans worden enkele klassieke vormen van conventionele schuldvergelijking die in de relatie tussen de financiële instelling en haar cliënteel veelvuldig voorkomen, onder de loep genomen.¹⁵⁸ Bij wijze van *capita selecta* komen het beding van eenheid van rekening, het compensatiebeding *sensu stricto* en het rekening courant -beding aan bod. Na deze begrippen in een eerste paragraaf af te bakenen, gaat de tweede paragraaf na in welke mate de gevolgen van deze clausules kunnen worden tegengesteld ná samenloop. Op de invloed van de Wet financiële zekerheden wordt daarbij voorlopig geen acht geslaan. Op die manier wordt getracht het contrast tussen de hierna besproken “vroegere” en de verderop aangesneden nieuwe regeling ten volle te benadrukken.

De toetssteen bij dit alles vormen de bankvoorwaarden van de drie “Belgische” grootbanken: KBC¹⁵⁹, ING¹⁶⁰ en Fortis Bank¹⁶¹.

3.2.1. Begrippenstudie

Wat moet er worden verstaan onder “beding van eenheid van rekening”, “compensatiebeding” en “rekening courant -beding”?¹⁶²

a. De rekening-courant

De rekening-courant wordt in hetgeen volgt énkél in functie van de schuldvergelijking besproken.¹⁶³

¹⁵⁸ Voor wat de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking in de bankpraktijk betreft, wordt verwezen naar hetgeen hierboven werd uiteengezet. Voor een interessant toepassingsgeval waarbij de bank zich beriep op *conventionele* schuldvergelijking, maar de rechter oordeelde dat er reeds *wettelijke* schuldvergelijking was opgetreden, zie: Rb. Brugge 27 maart 2001, *R.W.* 2003-04, 671.

¹⁵⁹ Algemene Bankvoorwaarden van KBC Bank (versie januari 2005; hierna verkort geciteerd als “ABV KBC”).

¹⁶⁰ Algemeen reglement van de verrichtingen van ING (versie oktober 2003; hierna verkort: “ARV ING”) en Algemeen reglement der kredieten (uitgave 2003; hierna verkort: “ARK ING”).

¹⁶¹ Algemene voorwaarden voor kredietopeningen van Fortis Bank aan de ondernemingen (versie 2001; hierna verkort: AVK Fortis Bank) en Algemene voorwaarden van Fortis Bank (versie op website *d.d.* 19 mei 2005; hierna verkort: AV Fortis Bank).

¹⁶² Om de tekst niet onnodig te verzwaren, gebeurt de toetsing aan de diverse algemene bankvoorwaarden in beginsel in de voetnoot. Merk alvast op dat de bankvoorwaarden doorgaans geen strikt onderscheid hanteren tussen de thans besproken bedingen. Zij worden daarentegen met elkaar verweven, doorgaans zelfs in één clausule.

¹⁶³ Toch is het gepast enkele grote lijnen aan te geven:

A. Opdat er van een rekening-courant sprake kan zijn, moet er aan *grosso modo* drie *toepassingsvoorwaarden* worden voldaan:

(1) partijen moeten de wederzijdse *wil* om een rekening-courant in het leven te roepen, hebben uitgedrukt (Namen 8 oktober 2001, (met noot), *T.B.H.* 2003, 6; *J.T.* 2002, 291; Gent 6 december 2001, *D.A.O.R.* 2002, 428; Kh. Charleroi 27 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 449; L. FREDERICQ, *Handboek Belgisch handelsrecht.II*, Brussel, Bruylant, 1978, p. 100, nr. 763 (hierna

1. De notie “rekening-courant”

Klassiek¹⁶⁴ ziet men de rekening-courant als een overeenkomst¹⁶⁵ tussen twee partijen, al dan niet handelaars¹⁶⁶, die met elkaar regelmatige betrekkingen

verkort: L. FREDERICQ, II; R. TAS, “Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant”, *T.R.V.* 1995, p. 132, nr. 5 (hierna: R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995)),

(2) partijen moeten in beginsel *alle* wederzijdse vorderingen in de rekening opnemen (d.i. het beginsel van de algemene affectatie; K. BYTTEBIER, *Handboek financieel recht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 250-251, nr. 430 (hierna: K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995) ; H. BRAECKMANS, “Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen”, in W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK (eds.), *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1B*, Gent, Story-Scientia, 1989, p. 563, nr. 614; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 208, nr. 202),

(3) in hoofde van *beide* partijen moeten er *remises* (stortingen of afhalingen) *kunnen* plaatsvinden (o.m. Gent 6 december 2001, *D.A.O.R.* 2002, 428; zie ook Kh. Charleroi 27 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 449; L. FREDERICQ, II, p. 93-94, nr. 758 en p. 100, nr. 763; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 564, nr. 614; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 208, nr. 203; K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 249, nr. 427; R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 132, nr. 5; R. TAS, “Vennotenrekening ...”, *T.R.V.* 1995, p. 329, nr. 15).

B. Klassiek sorteert de rekening-courant grofweg drie, nauw samenhangende *gevolgen*:

(1) er vindt (*quasi*-) schuldvernieuwing plaats. Elke vordering die in rekening-courant wordt geboekt, dooft uit en in de plaats treedt een nieuwe aanspraak die stoelt op de rekening-courant zelf. Aangezien de tenietgegangene vordering niet wordt vervangen door een andere schuldvordering, maar door een post op de rekening-courant, bestempelt men dit effect van de rekening-courant in de regel als een *quasi*-novatie (K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 251, nr. 431; L. FREDERICQ, II, p. 94-95, nr. 759; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 564, nr. 615; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 206, nr. 200bis; R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 133, nr. 9; zie ook J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 72-102, nrs. 27-38),

(2) de in de rekening-courant opgenomen schuldvorderingen verliezen hun individualiteit en opeisbaarheid (“ondeelbaarheid van de rekening-courant”; L. FREDERICQ, II, p. 95, nr. 759; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 207, nr. 201; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 564-565, nr. 615; K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 251, nr. 432; zie ook J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 102-127, nrs. 39-59),

(3) de *remises* in rekening-courant leveren interesten op (L. FREDERICQ, II, p. 99, nr. 762; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 566, nr. 617; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 209, nr. 204; R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 135, nr. 11).

¹⁶⁴ Men kan de rekening-courant benaderen vanuit drie verschillende invalshoeken. Dat zijn, in chronologische volgorde, de *klassieke* leer, de *klassieke* leer, de leer van de *oepenlopende compensaties* en de leer van de *doorlopende compensatie*. De (licht bijgestuurde) klassieke visie op de rekening-courant wordt in deze verhandeling als premisse vooropgesteld. Deze kent thans nog steeds het meeste bijval in de doctrine en (weliswaar in mindere mate) in de jurisprudentie (zie R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 132, nr. 4 en R. TAS, “Vennotenrekening ...”, *T.R.V.* 1995, p. 327, nr. 8). De andere invalshoeken komen slechts *in functie daarvan* aan bod. Zie voor een omstandige vergelijking tussen de verschillende invalshoeken: R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, 131-138 en D. DE MAREZ, “Pleidooi tegen een historisch misverstand: de opname van een vordering in rekening-courant leidt niet tot novatie”, *T.R.V.* 1999, 360-364).

¹⁶⁵ Volgens de leer van de *doorlopende compensatie* (en ook volgens de bijgestuurde klassieke leer) blijft het contractueel element bij de rekening-courant beperkt tot het openen van de rekening. Daarna zouden handelsgebruiken en gewoonterechtelijke regels, die afwijken van het gemeen recht, het overnemen (J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 64-66, nrs. 20-21 en p. 159-161, nrs. 77-78; zie ook R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 138, nr. 21). Vanuit de leer van de *oepenlopende compensaties* is de rekening-courant daarentegen een overeenkomst tussen partijen die volledig wordt beheerst door het gemeen recht. Zie hierover: J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 137-147, nrs. 67-72 en R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 137, nr. 17.

onderhouden. Door deze overeenkomst worden alle wederzijdse schuldvorderingen voortkomend uit die betrekkingen – op voorwaarde dat ze zeker, vaststaand en geoorloofd zijn en slaan op onderling vervangbare zaken – opgenomen in één rekening, waarvan alleen het saldo opeisbaar is bij het afsluiten van de rekening.¹⁶⁷ De rechtsfiguur “rekening-courant” is niet wettelijk genormeerd. Het mechanisme is gegroeid uit de handelspraktijk en is onderworpen aan eigen regels die niet zelden afwijken van het gemeen recht.¹⁶⁸ De rekening-courant kent, zoals elke kredietovereenkomst, een *intuitu personae*-karakter.¹⁶⁹

Het nut van de rekening-courant is tweemaal. Enerzijds vereenvoudigt de rekening-courant de afwikkeling van verrichtingen tussen partijen.¹⁷⁰ Anderzijds impliceert de rekening-courant een kredietverlening voor de partij die het minste schuldvorderingen inbrengt.¹⁷¹

De algemene bankvoorwaarden van KBC en ING geven uitdrukkelijk aan dat kredieten in beginsel worden verleend in rekening-courant.¹⁷²

2. De rekening-courant en schuldvergelijking

Doorgaans wordt aangenomen dat het einde¹⁷³ van de rekening-courant een algehele compensatie¹⁷⁴ teweegbrengt tussen alle debet- en creditposten van de

¹⁶⁶ Meestal is één van de partijen een kredietinstelling, maar dat hoeft niet met noodzaak zo te zijn. Denk bijvoorbeeld aan de rekening-courant tussen de zaakvoerder en een B.V.B.A. (zie H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 563, nr. 614; K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 249, nr. 426).

¹⁶⁷ Namen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, met noot; *J.T.* 2002, 291; zie Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, met noot R. TAS; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 563, nr. 614; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 205, nr. 199; R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 132, nr. 4; vgl. K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 248, nr. 426.

¹⁶⁸ R. TAS, “Vennotenrekening ...”, *T.R.V.* 1995, p. 327, nrs. 8-9; R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 135, nr. 12.

De theorie van de *opeenvolgende compensaties* meent dat de rekening-courant volledig onderworpen is aan het gemeen recht. Aangezien er in de rechtspraak en rechtsleer eensgezindheid heerst over het feit dat de rekening-courant hier en daar afwijkt van het gemeen recht, kent deze invalshoek weinig tot geen bijval. Zie hierover: J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 137-147, nrs. 67-72 en R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 136, nr. 14.

¹⁶⁹ K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 248, nr. 426.

¹⁷⁰ De afzonderlijke betaling van elke verrichting wordt immers vervangen door de betaling van één saldo bij de afsluiting van de rekening: H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 563-564, nr. 614; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 205, nr. 199.

¹⁷¹ Deze partij zal namelijk kunnen beschikken over liquiditeiten die zij anders onmiddellijk zou moeten aanwenden met het oog op de voldoening van haar schulden: H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 563-564, nr. 614; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 205, nr. 199.

¹⁷² Artikel II. 22 ABV KBC en artikel 6 ARK ING. Artikel 5§1 AVK Fortis Bank is terzake onduidelijk. Wel geeft artikel 24 AV Fortis Bank aan dat de *zichtrekeningen* worden beheerst door de principes van de rekening-courant.

¹⁷³ Gezien de rekening-courant klassiek wordt opgevat als een rekeningovereenkomst, gelden de *gemeenrechtelijke beëindigingsgronden* voor rekeningovereenkomsten ook inzake rekening-courant. Zo brengen bijvoorbeeld het faillissement (A. CLOQUET, *o.c.*, p. 527, nr. 1779; zie ook H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1014, nr. 127 en M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 358, nr. 5; zie ook artikel II.22.5 ABV KBC) en de niet ontijdige opzegging (Kh. Veurne 17 november 1999,

rekening, zodat er voor één van de partijen een opeisbaar saldo te voorschijn komt.¹⁷⁵

b. Het beding van eenheid van rekening

1. Het begrip “beding van eenheid van rekening”

Een “beding van eenheid van rekening” kan worden omschreven als een beding opgenomen in de algemene voorwaarden van banken dat, behoudens andersluidende overeenkomst¹⁷⁶, meebrengt dat alle door de bank op naam van dezelfde titularis geopende rekeningen, ongeacht hun munteenheid en ongeacht hun aard of modaliteiten, slechts een onderdeel vormen van een enige en ondeelbare rekening-courant.¹⁷⁷

T.B.H. 2000, 718) het einde van de rekening-courant mee. Daarnaast stellen ook het *tenietgaan van de hoofdovereenkomst*, indien de rekening-courant daaraan gekoppeld is, en het *omstandig stilzwijgen in hoofde van beide partijen* een einde aan de rekening-courant. Zulk omstandig stilzwijgen is voorhanden wanneer beide partijen lange tijd geen remises hebben gedaan en daaruit redelijkerwijs kan worden afgeleid dat zij de rekening-courant hebben willen beëindigen (zie H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 566, nr. 618; zie voorts K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 252-253, nr. 434 en L. FREDERICQ, II, p. 101, nr. 764). Vanaf de afsluiting kunnen er in beginsel geen verrichtingen in rekening-courant meer gebeuren (Luik 23 december 1988, *T.B.H.* 1990, 59; Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, met noot R. TAS; Kh. Brussel 22 april 1997, *T.R.V.* 2002, 534; Kh. Antwerpen 16 juni 1998, *T.B.H.* 1999, 179, met noot; zie ook Kh. Gent 10 maart 2003, *T.G.R.* 2003, 161). Hierop moet evenwel een uitzondering worden gemaakt voor tegenboekingen. Zie hierover: H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 56, nr. 618 en (uitgebreid) J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 290-351, nrs. 126-156. Zie ook L. FREDERICQ, II, p. 101-102, nr. 764.

¹⁷⁴ Let wel, het betreft hier geen wettelijke schuldvergelijking. Deze compensatie is een boekhoudkundige operatie (zie R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 134, nr. 11; vgl. *position netting* verderop). Vanuit de invalshoek van de *leer van de opeenvolgende compensaties* zouden de ingeschreven vorderingen evenwel bij elke inschrijving (geheel of gedeeltelijk) teniet gaan door de werking van de wettelijke schuldvergelijking (zie R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 136-137, nr. 16). Ook vanuit de invalshoek van de *doorlopende compensatie* worden de ingeschreven vorderingen doorlopend wettelijk gecompenseerd met het saldo. Deze strekkingen vatten de wettelijke schuldvergelijking hierbij wel ruimer op als in het gemene recht (J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 159-177, nrs. 77-85; R. TAS, “Recente tendensen ...”, *T.R.V.* 1995, p. 138, nr. 20; zie in dit kader ook Gent 10 oktober 2001, *T.R.V.* 2002, 454, met noot D. HERBOSCH).

¹⁷⁵ Namen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, met noot; *J.T.* 2002, 291; Kh. Brussel 17 maart 1982, *T.B.H.* 1982, 410; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 56, nr. 618; K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 252-253, nr. 434; zie ook M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 358, nr. 5. Dit saldo is niet meer onderworpen aan de specifieke regelen inzake rekening-courant, maar aan het gemene recht (K. BYTTEBIER, *Handboek*, 1995, p. 252-253, nr. 434).

¹⁷⁶ Het Hof van beroep te Brussel oordeelde bijvoorbeeld dat het verschil in datum van opeisbaarheid van de saldi van de rekeningen moest worden gezien als een aanduiding voor het feit dat partijen andersluidend waren overeengekomen, *i.e.* elke rekening als een verschillende eenheid wilden beschouwen (Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1988, 702, met noot M. GRÉGOIRE; Y. MERCHIERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 922, nr. 154).

¹⁷⁷ J. VAN RIJN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial. Tome IV*, Brussel, Bruylant, 1988, p. 401, nr. 524; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 579, nr. 633; E. WYMEERSCH e.a., “Overzicht van rechtspraak privaot bankrecht (1992-1998)”, *T.P.R.* 1999, p. 1981-1982, nr. 284 (hierna verkort: E. WYMEERSCH, *T.P.R.* 1999); G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 240, nr. 250; C.G. WINANDY, “Les comptes en banque et les intérêts”, in C.G. WINANDY (ed.), *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, p. 43, nrs. 35-36; E. DIRIX en

Verbintenisrechtelijk vertaalt het beding van eenheid van rekening zich in een vaststellingsovereenkomst die tot doel heeft te bepalen dat de verschillende rekeningen slechts boekhoudkundige onderverdelingen uitmaken van één enkele rekening.¹⁷⁸ Het beding kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend totstandkomen.¹⁷⁹

De geldigheid van een beding van eenheid van rekening staat in beginsel buiten kijf.¹⁸⁰ De tegenstelbaarheid ten aanzien van derden is een andere zaak. Doorgaans neemt men aan dat het beding van eenheid van rekening niet kan worden tegengeworpen aan andere schuldeisers indien de bedongen eenheid geen steun vindt in de feitelijke situatie tussen partijen.¹⁸¹ De eenheid wordt bijvoorbeeld afgewezen indien: één van de rekeningen een eigen juridisch statuut heeft door de wet (bv. de notariële rubriekrekening) of door de wil van partijen (bv. wanneer eenzelfde persoon een persoonlijke rekening opent én een rekening voor de feitelijke vereniging waarin hij actief is), de diverse rekeningen een verschillende afsluitdatum hebben, de rekeningen op naam van verschillende rekeninghouders staan of wanneer er een zekerheid is verbonden aan een saldo van een specifieke rekening.¹⁸² De eenheid wordt onder meer

S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677, nr. 14; E. DIRIX, "Zekerheidsrechten en uitwinning", in C.B.R. (ed.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 12; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 322, nr. 532; Y. MERCHIEERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 922, nr. 153; M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 358, nr. 5; K. TROCH, *l.c.*, p. 223, nr. 29; I. DEMUYNCK, "Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de WHPC", *Bank.Fin.R.* 2001, p. 82, nr. 55; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 15-16, nr. 32; artikel 5§1 AVK Fortis Bank; artikel 6 ARK ING; artikel I.19.1-I.19.2 ABV KBC. Zie en vgl.: P. COPPENS en F. T. KINT, *R.C.J.B.* 2003, p. 654, nr. 50; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 376, nr. 168; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Brussel 23 december 1998, *T.B.H.* 1999, 686; M. DELIERNEUX, noot onder Bergen 20 december 1988, *Bank.Fin.* 1989, 491.

¹⁷⁸ H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 579-580, nr. 633; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 377, nr. 168; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, p. 240, nr. 250; R. STEENNOT, *l.c.*, p. 15-16, nr. 32; K. TROCH, *l.c.*, p. 223-224, nr. 29; C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 44, nr. 37.

¹⁷⁹ J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 401, nr. 524. Doorgaans geschiedt dit evenwel uitdrukkelijk (bv. art. I.19.1 ABV KBC).

¹⁸⁰ Zie Kh. Dendermonde 6 mei 1996, *T.G.R.* 1997, 32; J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 401, nr. 524; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 376, nr. 168; K. TROCH, *l.c.*, p. 225, nr. 32. Vanuit het oogpunt van de regeling van de onrechtmatige bedingen van de Wet Handelspraktijken van 14 juli 1991 (hierna: W.H.P.C.) plaatst één auteur hierbij evenwel vraagtekens (I. DEMUYNCK, *l.c.*, p. 82-83, nrs. 56-57).

¹⁸¹ A. CLOQUET, *o.c.*, p. 527-528, nr. 1780; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 579-580, nr. 633; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677, nr. 14; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 322, nr. 532; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 377, nr. 168; M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 358, nr. 5; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 15-16, nr. 32. H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991, p. 664, nr. 376; J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX, *o.c.*, *T.B.H.* 1999, 686; inzake beslag: E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 340, nr. 661.

Vanuit deze optiek zijn de bedingen in de algemene bankvoorwaarden die stipuleren dat de diverse rekeningen "ongeacht deze of gene kenmerken" een eenheid vormen, van weinig praktische waarde (zie art. 5§1 AVK Fortis Bank; art. 6 ARK ING en vooral art. I.19.2 ABV KBC). Onder het regime van de W.F.Z. luidt deze conclusie evenwel anders (zie verder).

¹⁸² Zie hiervoor K. TROCH, *l.c.*, p. 228-234, nrs. 38-41 en de daar geciteerde rechtspraak en rechtsleer. Algemene regels kunnen dit evenwel niet worden genoemd. Veelal betreft het casuïstiek.

aangenomen wanneer: er verschillende interestvoeten worden toegepast op de rekeningen, de rekeningen in verschillende munten zijn uitgedrukt of er evenveel chequeboekjes worden afgeleverd als er rekeningen zijn. Een gebrek aan reële samenhang levert uiteraard ook problemen op voor wat de tegenstelbaarheid van het beding bij samenloop betreft.¹⁸³ Vanuit die optiek kan men zich afvragen of een beding van eenheid van rekening niet overbodig is.¹⁸⁴ Het mag immers slechts optekenen, doch niets scheppen. C.G. WINANDY erkent dit, maar hecht toch waarde aan het beding van eenheid van rekening. Hij ziet in het beding van eenheid van rekening een bewijsregel: het beding scheidt een vermoeden *iuris tantum* dat de diverse rekeningen een eenheid vormen.¹⁸⁵

Het *nut* van het beding van eenheid van rekening bestaat er in beginsel in dat de bank bij de afsluiting van de rekeningen tengevolge van het faillissement (of een andere vorm van samenloop) van zijn debiteur, met één vordering kan opkomen in het faillissement.¹⁸⁶

Bedingen van eenheid van rekening vindt men terug in zowel de bankvoorwaarden van Fortis Bank, als deze van ING en KBC.¹⁸⁷ De drie banken behouden zich ook de mogelijkheid voor om de nodige uitvoeringshandelingen te kunnen verrichten om de eenheid van rekening *de facto* te bewerkstelligen. Het betreft de mogelijkheid tot samenvoegingen van rekening, tot overboekingen tussen rekeningen alsook tot omzettingen van saldi tegen de wettelijke of marktcoers bij de algemene afsluiting van de rekeningen.¹⁸⁸ Men kan deze bevoegdheden verbintenisrechtelijk omschrijven

¹⁸³ Zie J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 401, nr. 524; M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 358, nr. 5; H. GEINGER, *T.P.R.* 1996, p. 1014, nr. 127; C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 44, nr. 37. Het debat over de al dan niet "eenheid" verglijdt dan in een debat over de al dan niet "samenhang". Dit is hetzelfde debat, doch "met een ander petje". Hieronder wordt hierop verder ingegaan.

¹⁸⁴ Zie E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677, nr. 14.

¹⁸⁵ Gemeenrechtelijk geldt het omgekeerde vermoeden. In het commune recht worden de diverse rekeningen behoudens tegenbewijs geacht *zelfstandig* te functioneren (J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 401, nr. 524). Het beding van eenheid van rekening scheidt volgens C.G. WINANDY een vermoeden dat partijen hiervan hebben willen afwijken (C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 44-45, nr. 37; zie E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677, nr. 14; K. TROCH, *l.c.*, p. 227, nr. 37). Als feiten waardoor dit vermoeden van eenheid kan worden *weerlegd*, haalt C.G. WINANDY aan: het eigen wettelijke statuut van een van de rekeningen (bvb. de notariële rubriekrekening) en de verschillende werking van de verschillende rekeningen (bvb. verschillende data van opeisbaarheid): C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 45-51, nrs. 38-45. Zie ook E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1984-1985, nr. 289 en J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 379-380, nr. 168.

Een en ander kan evenwel niet meer gelden onder het regime van de Wet financiële zekerheden.

¹⁸⁶ H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 579-580, nr. 633; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 378, nr. 168; K. TROCH, *l.c.*, p. 223, nr. 29; R. STEENNOT, *l.c.*, p. 15-16, nr. 32. Uiteraard geldt dit voordeel ook los van enige samenloop, bijvoorbeeld bij het afsluiten van de rekeningen wegens een niet ontijdige opzegging (zie E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1982, nr. 284). Onder het nieuwe regime van de W.F.Z. is het verkrijgen van dit voordeel *niet* meer afhankelijk van het vervuld zijn van de voorwaarde van daadwerkelijke eenheid tussen de rekeningen.

¹⁸⁷ Artikel 5§1 AVK Fortis Bank; artikel 6 ARK ING; artikelen I.19.1-I.19.2 ABV KBC.

¹⁸⁸ Artikelen 5§1 en 5§2 AVK Fortis Bank; artikel 6 ARK ING; artikelen I.19.1-I.19.4 ABV KBC. De bankvoorwaarden van ING behouden zich dit recht "ten allen tijde" voor (art. 6 ARK ING); de

als bevoegdheden tot het nemen van partijbeslissing. Zoals men weet, moet een partijbeslissing steeds te goeder trouw worden uitgevoerd. De uitoefening ervan kan steeds marginaal worden getoetst door de rechter.¹⁸⁹

2. Het beding van eenheid van rekening en schuldvergelijking

Compensatie komt in het raam van een beding van eenheid van rekening in beginsel slechts ter sprake bij de beëindiging van de relatie met de cliënt.¹⁹⁰ De verschillende saldi van de boekhoudkundige onderverdelingen worden in principe dán verrekend, zodanig dat er één eindbedrag overschiet.¹⁹¹

3. Interludium: het beding van eenheid van rekening versus de rekening-courant

De rekening-courant en het beding van eenheid van rekening worden in de doctrine en de rechtspraak veelal (strikt) van elkaar onderscheiden. M.i. zijn deze rechtsconstructies evenwel, hoewel ze ook verschillen, zeer sterk vervlochten.¹⁹²

Een eerste verschilpunt betreft het feit dat de rekening-courant op bepaalde punten wordt beheerst door gewoonterecht dat niet zonder meer kan worden toegepast op het beding van eenheid van rekening.¹⁹³ Ook het voorwerp van de (bedongen) eenheid verschilt. Bij de rekening-courant wordt er samenhang tussen vorderingen bedongen, terwijl er bij het beding van eenheid van rekening samenhang tussen rekeningen (al dan niet rekeningen-courant) wordt overeengekomen.¹⁹⁴ Belangrijk is ook het gegeven dat er inzake het beding van eenheid van rekening geen sprake is van wederkerigheid van remises, terwijl dit positiefrechtelijk, ondanks felle tegenwind vanwege de leer van de doorlopende compensatie¹⁹⁵, een constitutief element inzake de rekening-courant vormt. Een ander verschil is dat er inzake rekening-courant, zo wordt doorgaans aangenomen, schuldvernieuwing plaatsvindt. Bij het beding van eenheid van rekening is dat in beginsel niet het geval. Fortis Bank bijvoorbeeld

bankvoorwaarden van KBC slechts ingeval van “wettig belang” (art. I.19.1 ABV KBC); de bankvoorwaarden van Fortis Bank bepalen daarover niets.

¹⁸⁹ Zie hierover S. STIJNS e.a., “Algemene bankvoorwaarden”, in B. TILLEMEN en B. DU LAING (eds.), *Bankcontracten*, Brugge, Die Keure, 2004, p. 22-24, nrs. 45-48.

¹⁹⁰ Dit is, gelet op het wezen van het beding van eenheid van rekening, logisch. Het beding van eenheid van rekening strekt er immers, zo houdt men althans doorgaans (weliswaar ten onrechte; zie verder) voor, enkel toe een bestaande toestand te registreren, maar leidt op zich niet tot compensatie vooraleer de rekeningen worden afgesloten en dus opeisbaar worden. Slechts dán treedt compensatie op (zie art. 5§1 AVK Fortis Bank; art. 6 ARK ING; vgl. art. I.19.1 ABV KBC). Inzake faillissement, zie: A. CLOQUET, *o.c.*, p. 527-528, nr. 1780.

¹⁹¹ K. TROCH, *l.c.*, p. 224, nr. 29.

¹⁹² Zie ook M. STORME, www.storme.be/zekerheden2004-2005VI.pdf, 549.

¹⁹³ Zie ook hierboven voetnoot 165. Denk dan voornamelijk aan de afwijkende regels over interestkapitalisatie.

¹⁹⁴ Zie artikel 6 ARK ING en artikelen I.19.1 en 2 ABV KBC.

¹⁹⁵ J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 205 e.v., nr. 94 e.v. Zie ook hierboven voetnoot 164 e.v.

bedingt inzake het beding van eenheid van rekening uitdrukkelijk dat er bij het debiteren in rekening géén schuldvernieuwing optreedt.¹⁹⁶

De rekening-courant en het beding van eenheid van rekening gelijken evenwel ook zeer sterk op mekaar. Allereerst is het uitgangspunt hetzelfde. Zowel de rekening-courant als het beding van eenheid van rekening strekken ertoe zaken die juridisch zelfstandig zijn (ingeval van de rekening-courant: schuldvorderingen; bij het beding van eenheid van rekening: bankrekeningen) als samenhangend te beschouwen. Zo pogen beide figuren de mogelijkheid tot compensatie na samenloop te verzekeren. Voorts is de rechtsbasis identiek: beide rechtsfiguren ontstaan uit overeenkomst. Daarnaast hebben beide figuren ook gemeen dat de compensatie slechts plaatsvindt bij het afsluiten van de rekening(en). Ten slotte kennen zowel de rekening-courant als het beding van eenheid van rekening het beginsel van de algemene affectatie: in de rekening-courant worden alle schuldvorderingen opgenomen; door het beding van eenheid van rekening worden alle rekeningen als één beschouwd.

Het voorgaande wijst er op dat er tussen de rekening-courant en het beding van eenheid van rekening geen scherp onderscheid kan worden getrokken. Deze vaststelling is (was)¹⁹⁷ voornamelijk van belang in het discours over de tegenstelbaarheid van de gevolgen van compensatiebedingen na samenloop.¹⁹⁸

c. Het compensatiebeding

Het compensatiebeding¹⁹⁹ kan worden omschreven als het beding dat ertoe strekt de saldi van rekeningen die juridisch zelfstandig zijn, met elkaar te compenseren.²⁰⁰ Een compensatiebeding kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend worden overeengekomen.²⁰¹

¹⁹⁶ Artikel 5§2 AVK Fortis Bank. Zie ook en vgl. R. TAS, "Recente tendensen ...", *T.R.V.* 1995, p. 140-141, nr. 29 en p. 145, nr. 40.

¹⁹⁷ Ingevolge de invoering van de Wet financiële zekerheden is het beoogde discours grotendeels achterhaald.

¹⁹⁸ Hierop wordt later verder ingegaan.

¹⁹⁹ De term wordt hier gebruikt in strikte zin, als onderdeel van de "compensatiebedingen *sensu lato*" (zie eerder voetnoot 153).

²⁰⁰ H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 580, nr. 634; J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 401, nr. 524; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 382, nr. 169; E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1982, nr. 284; Y. MERCHIERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 923, nr. 155; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677, nr. 14; E. DIRIX, *o.c.*, *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, nr. 12; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 321-322, nr. 532; E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 340, nr. 661; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 16, nr. 33; I. DEMUYNCK, *l.c.*, p. 82, nr. 55; C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 43, nr. 35; vgl. K. TROCH, *l.c.*, p. 224, nr. 30; zie artikel I.19.3 ABV KBC; artikel 46 ARV ING (dit artikel stelt weliswaar niet dat het om saldi van *verschillende* rekeningen dient te gaan, doch dit volgt logischerwijs uit de samenlezing van artikel 46 ARV ING met artikel 6 ARK ING); artikel 5§1 AVK Fortis Bank.

²⁰¹ Zie Kh. Charleroi 13 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 1626, met noot C. PARMENTIER.

De principiële geldigheid van het compensatiebeding wordt algemeen aanvaard.²⁰² Ook de tegenwerpelijkheden aan derden levert in beginsel geen problemen op, hoewel dit – abstractie gemaakt van hetgeen de Wet financiële zekerheden voorschrijft – inzake de mogelijkheid tot compensatie na samenloop moet worden genuanceerd.²⁰³

Het compensatiebeding valt te onderscheiden van het beding van eenheid van rekening. Het beding van eenheid van rekening “schept” namelijk een juridische eenheid tussen alle afzonderlijke rekeningen,²⁰⁴ terwijl het compensatiebeding slechts betrekking heeft op juridisch zelfstandige rekeningen²⁰⁵. Het compensatiebeding werkt met andere woorden aanvullend op het beding van eenheid van rekening.²⁰⁶ Indien de werking van het beding van eenheid van rekening immers wordt afgewezen, omdat bijvoorbeeld de bedongen eenheid niet overeenstemt met de reële situatie tussen partijen – en dus de diverse rekeningen als juridisch zelfstandig bestempeld worden –, wordt het compensatiebeding geactiveerd.²⁰⁷

Zowel de algemene voorwaarden van KBC als deze van ING en Fortis Bank bevatten een compensatiebeding.²⁰⁸ In alledrie de gevallen behoudt de bank zich het recht voor ten allen tijde te compenseren op de wijze en in de mate zoals zij verkiest. De mogelijkheid tot compensatie wordt dus eenzijdig in het voordeel van de bank bedongen. Verbintenisrechtelijk staan we dan ook voor de bevoegdheid om een partijbeslissing uitoefenen, die te goeder trouw moeten

²⁰² Bergen 20 december 1988, *Bank.Fin.* 1989, 487, met noot M. DELIERNEUX; Brussel 23 december 1998, *T.B.H.* 1999, 681; zie Brussel 28 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 877; zie Luik 7 april 2000, *J.L.M.B.* 2001, 374; Kh. Luik 14 oktober 1987, *T.B.H.* 1988, 727; Kh. Dendermonde 6 mei 1996, *T.G.R.* 1997, 32; zie Kh. Charleroi 13 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 1626, met noot C. PARMONTIER; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 382-383, nr. 169; E. DIRIX, *o.c.*, *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, nr. 12; zie H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 580, nr. 634; K. TROCH, *l.c.*, p. 225, nr. 32. In geval van bedrog komt de geldigheid uiteraard wel in het gedrang (o.m. Kh. Luik 14 oktober 1987, *T.B.H.* 1988, 727). I. DEMUYNCK stelt evenwel de geldigheid van compensatiebedingen in een aantal situaties vanuit consumentenrechtelijk oogpunt in vraag (zie I. DEMUYNCK, *l.c.*, p. 82-83, nrs. 56-57).

²⁰³ Zie verder randnr. 37.

²⁰⁴ In beginsel kunnen er dan ook géén rekeningen meer overschieten die juridisch zelfstandig zijn.

²⁰⁵ Of beter: op de *schuldvorderingen* die ontstaan bij het afsluiten van de rekeningen.

²⁰⁶ H. BRAECKMANS, *o.c.*, p. 580, nr. 634; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677-1678, nr. 15; Y. MERCHERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 923, nr. 155; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 16, nr. 33.

²⁰⁷ H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 580, nr. 634; E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1982, nr. 284; Y. MERCHERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 923, nr. 155; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677-1678, nr. 15; R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 16, nr. 33; K. TROCH, *l.c.*, p. 224, nr. 30; zie J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 382, nr. 169; zie C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 43, nr. 35; zie I. DEMUYNCK, *l.c.*, p. 82, nr. 55.

Met een rekening die een eigen juridisch statuut kent, kan evenwel ook niet krachtens een compensatiebeding worden gecompenseerd (Kh. Brussel 24 november 1997, *T.B.H.* 1999, 45, met noot P. VAN HOOGHTEN; E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1984, nr. 289; zie hierover ook E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1993-94, p. 1271, nr. 5).

²⁰⁸ Artikel I.19.3 ABV KBC; artikel 46 ARV ING; artikel 5§1 AVK KBC.

worden uitgevoerd. Aan de rechter komt terzake een marginale toetsingsbevoegdheid toe.²⁰⁹

3.2.2. De tegenstelbaarheid van de compensatieovereenkomsten s.l. en het rekening-courant- beding bij samenloop

Nu het begrippenkader is geschetst, kan worden overgegaan tot de hamvraag in deze afdeling: zijn de hierboven geschetste bedingen – en in het bijzonder hun gevolgen – tegenstelbaar aan derden ingeval van samenloop? Hierboven werd al aangegeven dat het vraagstuk van de conventionele schuldvergelijking na samenloop een slijptzwam vormt in de doctrine en de jurisprudentie. Thans is het de betrachting om na te gaan hoe deze twist zich vertaalt inzake het beding van eenheid van rekening, het compensatiebeding en de rekening-courant.²¹⁰ De problematiek wordt, zoals aangekondigd, benaderd zonder acht te slaan op de nieuwe regeling van de Wet financiële zekerheden.

Als premisse inzake faillissement geldt hier dan ook nog dat wanneer voornoemde bedingen worden overeengekomen gedurende de verdachte periode ter garantie van vroeger aangegane schulden, zij krachtens artikel 16 e.v. Faill.W. reeds *a priori* niet aan de boedel kunnen worden tegengesteld.²¹¹ Slechts indien de bedingen worden overeengekomen *in tempore non suspecto*, komt (kwam)²¹² de hierna uiteengezette tegenstelbaarheidstoets aan de orde.²¹³

a. De rekening-courant

Is compensatie na samenloop inzake rekening-courant nog mogelijk? Creëert de rekening-courant een voldoende nauwe band tussen de erin opgenomen schuldvorderingen om dit effect te sorteren? Het antwoord luidt, zowel in de doctrine als in de rechtspraak, onverkort bevestigend.²¹⁴ De rekening-courant kan dan ook worden aangemerkt als een excellent zekerheidsmechanisme.

²⁰⁹ Zie hierover S. STIJNS e.a., *l.c.*, p. 22-24, nrs. 45-48. Zie ook hierboven randnr. 31.

²¹⁰ Het is gepast de problematiek kort te resumeren. Het uitgangspunt – althans, in de vroegere regelgeving – vormt het gegeven dat compensatie tussen schuldvorderingen na faillissement *niet* toegelaten is, *tenzij* de vorderingen nauw samenhangen. Door middel van de hiervoor vermelde bedingen pogen banken de vereiste samenhang conventioneel in het leven te roepen. In wat volgt wordt nagegaan in welke mate zij daarbij gehoor vinden in de doctrine en de rechtspraak.

²¹¹ C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 54, nr. 50 (voetnoot 80); K. TROCH, *l.c.*, p. 226, nr. 35; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 890, nr. 685.

²¹² *Cfr.* W.F.Z. verderop.

²¹³ Zie Brussel 28 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 877.

²¹⁴ J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 402, nr. 525; H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 570, nr. 622; Y. MERCHERS e.a., *T.P.R.* 1992 p. 924, nr. 157; E. DIRIX, *o.c.*, *R.W.* 1985-86, kol. 1007-1008, nr. 3; J.M. NELISSEN, *o.c.*, p. 46-51, nrs. 11-12; M. GRÉGOIRE, noot onder Brussel 3 februari 1986, 714 e.v.; ook: A. CLOQUET, *o.c.*, p. 527, nr. 1779.

Inzake *gerechtelijk akkoord* oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Veurne echter, nadat het opzeggingsbeding dat was gekoppeld aan de aanvraag tot gerechtelijk akkoord geldig was verklaard, dat wegens de opzegging van de kredieten de rekening-courant tussen partijen weliswaar werd afgesloten én het saldo voor de bank opeisbaar was, maar tevens dat dit saldo wegens de opschorting van opeisbaarheid ingevolge de toekenning van het gerechtelijk akkoord

Maar, daarmee is de bank wellicht nog niet gesteld. Het rekening-courant-beding ziet immers slechts naar de schuldvorderingen binnen één rekening, namelijk de rekening-courant. Voor wat de mogelijkheden tot compensatie tussen verschillende rekeningen – en dus ook de mogelijkheid tot compensatie van het saldo van de rekening-courant met andere saldi²¹⁵ – betreft, moet de zekerheidswaarde van het beding van eenheid van rekening en het compensatiebeding worden onderzocht.

b. Het beding van eenheid van rekening en het compensatiebeding

Hierboven werd al aangestipt dat een beding van eenheid van rekening in de regel slechts tegenstelbaar is aan derden indien het overeenstemt met de reële situatie tussen partijen; indien er m.a.w. een daadwerkelijke eenheid tussen de rekeningen voorhanden is.²¹⁶ Na samenloop kan het beding slechts aan de verzamelde schuldeisers worden tegengeworpen indien de feiten aantonen dat de schuldvorderingen²¹⁷, die het beding wil groeperen, nauw samenhangen.²¹⁸ Dit is momenteel nog de meerderheidsopvatting.²¹⁹

Indien het beding wordt “doorprikt” – i.e. indien de rechter oordeelt dat er geen eenheid tussen de rekeningen voorhanden is –, rijst de vraag of de gevolgen van het compensatiebeding aan de samenloop kunnen worden tegengesteld. Dit kan, althans indien de wederzijdse schuldvorderingen, die zijn ontstaan door het afsluiten van de rekeningen ingevolge (per hypothese) het faillissement, voldoende connex zijn.²²⁰ Indien er *in concreto* wordt

onmogelijk kon worden verrekend (Kh. Veurne 17 november 1999, *T.B.H.* 2000, 718). C. VAN BUGGENHOUT meent dan weer dat schuldvergelijking in zulk geval wél mogelijk is (C. VAN BUGGENHOUT, *l.c.*, p. 161, nr. 4.7). Onder het regime van de W.F.Z. zou compensatie in dit geval wél mogelijk zijn geweest (*default netting*; zie verder).

²¹⁵ Zie bvb. Kh. Dendermonde 6 mei 1996, *T.G.R.* 1997, 32.

²¹⁶ Zie hierboven randnr. 31.

²¹⁷ Deze ontstaan door het afsluiten van de rekeningen van de (per hypothese) gefailleerde.

²¹⁸ Het doel van het beding van eenheid van rekening – i.e. compensatie na samenloop mogelijk maken – wordt in de vroegere regeling *de facto* dus maar bereikt indien de vorderingen nauw samenhangen.

²¹⁹ De Wet financiële zekerheden zal hier wellicht verandering in brengen. Zoals verder zal blijken kunnen onder het regime van de W.F.Z. de vereisten van “nauwe samenhang” of “eenheid” ingeval van samenloop immers niet meer worden gehandhaafd.

²²⁰ Ook hier bestaat (bestond; *cf.* W.F.Z.) de crux er dus in om te achterhalen of er tussen de wederzijdse schuldvorderingen, die zijn ontstaan door het afsluiten van de rekeningen, een nauwe band bestaat. Zo ja, dan kan de conventionele compensatie alsnog intreden (zie H. BRAECKMANS, *l.c.*, p. 580, nr. 634). Voor een overzicht van zaken waar er (al dan niet) samenhang werd aangenomen, zie: K. TROCH, *l.c.*, p. 234-236, nr. 43; E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1983, nr. 286; Y. MERCHERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 923-924, nr. 156. Samenhang werd alleszins afgewezen in: Brussel 15 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 838 (rekeningen hadden ander voorwerp, andere datum van opeisbaarheid en werden gesloten door middel van andere documenten); Kh. Namen 21 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 1225 (saldo resterend uit lening en saldo van een krediet dat geen modaliteit was van de lening); Kh. Gent 25 juni 1998, *T.B.H.* 1999, 348 (gebrek aan samenhang tussen betaling gedaan op zichtrekening gefailleerde en openstaande schuldvordering bank voor eerder toegekend krediet). In de praktijk heeft de feitenrechter in dit debat het laatste woord (E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1983-1984, nr. 288).

geoordeeld dat dit niet het geval is, dan dient de bank haar schuld geheel te voldoen, terwijl zij, bij gebreke aan andere zekerheden, wellicht maar een fractie van haar schuldvordering zal kunnen recupereren. Abstractie gemaakt van het bestaan van de Wet financiële zekerheden, is dát het geldend recht.

c. De patstelling in kort bestek

Uit het voorgaande blijkt dat de opvatting die voorstaat dat de bedongen samenhang die geen steun vindt in de feitelijke situatie tussen partijen niet tegenstelbaar is na samenloop, ook inzake de compensatiebedingen *sensu lato* nog overheerst.²²¹ De strekking die in deze stelt dat bedongen samenhang nooit kunstmatig kan zijn²²², vormt de minderheidsstrekking. Toch verdient deze tweede opvatting in dit discours voorkeur. Dit wordt hierna verder uitgewerkt.

Eerst moet evenwel worden opgemerkt dat beide strekkingen nauwer bij elkaar aanleunen dan men op het eerste gezicht zou denken.²²³ Over een aantal zaken

²²¹ Zie Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX; Luik 7 april 2000, *J.L.M.B.* 2001, 374; zie Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1986, 702, met noot M. GRÉGOIRE; zie Brussel 15 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 838; stellig: Kh. Luik 14 oktober 1987, *T.B.H.* 1988, 727; Kh. Charleroi 8 september 1993, *J.L.M.B.* 1995, 1626, met noot C. PARMENTIER; Kh. Namen 21 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 1225; Kh. Dendermonde 6 mei 1996, *T.G.R.* 1997, 32; Kh. Gent 25 juni 1998, *T.B.H.* 1999, 348; J.M. NELISSEN, *o.c.*, *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 304-306, nrs. 34-35; M. VAN QUICKENBORNE, *l.c.*, p. 358, nr. 5; A. ZENNER, *o.c.*, p. 487, nr. 665; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 17, nr. 33; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 884-887, nrs. 683-684 (strikte interpretatie van samenhang); zie en vgl. H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991, p.528-529, nr. 156; zie E. WYMEERSCH e.a., *T.P.R.* 1999, p. 1982, nr. 285; zie Y. MERCHIERS e.a., *T.P.R.* 1992, p. 923-924, nr. 156; zie K. TROCH, *l.c.*, p. 226 e.v., nr. 35 e.v. en p. 234 e.v., nr. 43; zie ook de rechtspraak aangehaald in P. COPPENS en F. T KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 515-516, nr. 108.

²²² Brussel 23 december 1998, *T.B.H.* 1999, 681, met goedkeurende noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; zie Bergen 20 december 1988, *Bank.Fin.* 1989, 487, met noot M. DELIERNEUX.; in die zin: Kh. Bergen 25 april 1985, *T.B.H.* 1986, 386 (samenhang tussen een acceptkrediet en een documentair krediet).

C.G. WINANDY heeft deze visie – behoudens vergissing – het eerst voorgestaan (zie C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 56, nr. 52). Andere voorstanders zijn: E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 322, nr. 532; E.DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 340, nr. 661; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677-1678, nr. 15; M. DELIERNEUX, noot onder Bergen 20 december 1988, *Bank.Fin.* 1989, 493-494; M. GRÉGOIRE, noot onder Brussel 3 februari 1986, 714 e.v.; zie ook de rechtspraak aangehaald in P. COPPENS en F. T KINT, *R.C.J.B.* 1991, p. 515-516, nr. 108 en de rechtspraak aangehaald in P. COPPENS en F. T KINT, *R.C.J.B.* 2003, p. 654-655, nr. 50.

Deze strekking aanvaardt de niet-tegenstelbaarheid van het compensatiebeding of het beding van eenheid van rekening ten aanzien van derden in slechts twee gevallen: (1) ingeval van bedrog en (2) wanneer de overeenkomst werd gesloten in de verdachte periode (zie daarover R. STEENNOT, "Schuldvergelijking", p. 17, nr. 33; vgl. verder met het regime van de W.F.Z.).

²²³ Zie in dit kader Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX; Gent 15 januari 1988, *T.B.H.* 1991, 1080, met noot; Luik 23 december 1988, *T.B.H.* 1988, 59; zie ook Rb. Gent 27 maart 2001, *R.W.* 2003-04, 671; A. CLOQUET, *o.c.*, p. 528, nr. 1782; M. DELIERNEUX, *l.c.*, 488-496; C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 54 e.v., nr. 50 e.v. Zie hierover ook J. VAN RIJN en J. HEENEN, *o.c.*, p. 402-403, nr. 525; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 361-362, nr. 533 en p. 242, nr. 372; H. GEINGER e.a., *T.P.R.* 1991, p.526-529, nr. 156; A. ZENNER, *o.c.*, p. 487, nr. 665; L. CORNELIS, *o.c.*, p. 884-887, nrs. 683-684; zie M. GRÉGOIRE, *l.c.*, 714 e.v.

zijn zij het roerend eens. In de eerste plaats aanvaardt eenieder thans dat compensatiebedingen tegenstelbaar kunnen zijn aan derden na samenloop. Daarnaast gaan beide strekkingen ervan uit dat de gemeenrechtelijke voorwaarden die worden gesteld opdat schuldvergelijking na samenloop kan intreden, ook van toepassing zijn op compensatiebedingen. Compensatie na samenloop kan met andere woorden enkel plaatsvinden tussen verknochte of nauw samenhangende vorderingen. Het enige waar men het manifest over oneens is, is of deze samenhang conventioneel kan worden overeengekomen. Maar, ook op dit punt verschillen beide opvattingen niet fundamenteel van elkaar. Immers, in de eerste opvatting houdt men voor dat de conventionele compensatie na samenloop kan indien er samenhang is tussen de wederzijdse vorderingen, tenzij deze samenhang kunstmatig is geschapen. De tweede opvatting poneert dat conventionele compensatie na samenloop steeds kan ingevolge bedongen samenhang, tenzij er bedrog mee gemoeid is.²²⁴ Waar in de eerste strekking dus de grens wordt getrokken bij de (afwezigheid van) “kunstmatigheid”, geschiedt dit in de tweede strekking bij het (niet voorhanden zijn van) “bedrog”. De noties “bedrog” en “kunstmatigheid” liggen kort bij elkaar, hoewel moet worden toegegeven dat men ze niet zonder meer kan gelijkstellen.

d. Over samenhang, belangenafwegingen en het verbintenissenrecht

Als premisse kan best worden vooropgesteld dat de hierboven geschetste patstelling²²⁵ geen strikt juridisch debat tot voorwerp heeft, maar eerder een belangendispuut. De strekking die pleit tegen bedongen²²⁶ samenhang stelt het belang van de verzamelde schuldeisers voorop. Het is volgens hen niet billijk één schuldeiser te bevoordelen boven andere schuldeisers; de gelijkheid van de schuldeisers is hun maxime. Daartegenover staat de strekking die het belang van de individuele schuldeiser met een compenseerbare vordering beklemtoont. Volgens deze opvatting is het niet billijk dat deze zijn schuldvordering jegens de gefailleerde²²⁷ schuldenaar niet zou kunnen verzilveren, terwijl hij zijn schuld aan de gefailleerde wél zou moeten voldoen. De moeilijkheid bestaat er in deze in dat beide geschetste belangen het beschermen waard zijn; het ene prevaleert niet op het andere. Uitgaande van een belangenperspectief valt het “grote gelijk” in deze discussie dan ook niet te behalen.

Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat er in dit debat stelling moet worden ingenomen. Om kort te gaan: in dit discours geldt m.i. als regel dat

²²⁴ Zie ook hierboven voetnoot 222 *in fine*.

²²⁵ Die discussie is door de invoering van de Wet financiële zekerheden, zoals reeds meerdere malen aangekaart, evenwel verworden tot een *non-issue*. Hetgeen volgt is dan ook eerder juridische hersengymnastiek, dan voor de praktijk relevante informatie naar de toekomst toe. Zie ook hieronder voetnoot 228.

²²⁶ Bedoeld wordt de *gecreëerde* samenhang: de samenhang door de loutere wil van de partijen, ongeacht of deze steun vindt in de feiten.

²²⁷ Uiteraard geldt (gold; *cfr.* W.F.Z.) het gestelde ook voor andere vormen van samenloop.

samenhang tussen partijen kan worden geschapen en deze samenhang ook ingeval van samenloop tegenwerpelijk is aan de verzamelde schuldeisers, en wel om volgende redenen.²²⁸

Eerst en vooral kan er een argument worden ontleend aan het verbintenissenrecht, meer bepaald aan de wilsautonomie die ons Burgerlijk Wetboek doordeesemt. Deze impliceert dat partijen in alle vrijheid overeenkomsten kunnen sluiten die hen tot wet strekken (artikel 1134 B.W.).²²⁹ Derden zijn door de inhoud van die overeenkomsten niet gebonden, maar zij dienen wél het bestaan ervan te erkennen.²³⁰ Volgens het Hof van Cassatie houdt dit in dat derden in beginsel verplicht zijn de gevolgen van de overeenkomst, waaraan zij vreemd zijn, te erkennen.²³¹ Zij zijn dan ook gehouden om de gevolgen van een tussen partijen overeengekomen samenhang tussen wederzijdse vorderingen – i.e. het intreden van compensatie – te erkennen.²³² Door kruisen de artikelen 16, 17 en volgende Fail.W. dit

²²⁸ De voorgestelde onderbouw is, gelet op de invoering van de W.F.Z., nog slechts relevant voor gevallen die (temporeel) niet onder het regime van die Wet vallen. Het kan nu nu reeds worden opgemerkt dat de oplossing van de W.F.Z. *grosso modo* hetzelfde gevolg sorteert als de hieronder verdedigde opvatting.

²²⁹ Uiteraard zijn er ook grenzen aan de wilsautonomie. Partijen kunnen immers niets overeenkomen dat in strijd is met de openbare orde, de goede zeden en de bepalingen van dwingend recht. Dit laatste moet evenwel worden genuanceerd. De beschermde partij in het raam van een dwingende bepaling kan immers achteraf – i.e. nadat de bescherming van de bepaling is geactiveerd – afstand doen van de bescherming die de bepaling hem biedt (zie ook M. DELIERNEUX, *l.c.*, 489).

²³⁰ Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272; zie ook R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, Brussel, Bruylant, 1971, p. 89-92, nrs. 157-160.

Het moet worden toegegeven dat het geen sinecure is om uit te maken wat behoort tot de *inhoud* van de overeenkomst en wat moet begrepen worden onder het *bestaan* ervan. E. DIRIX wijst daar met reden op (E. DIRIX “De tegenwerpelijkheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden”, (noot onder Cass. 28 februari 1985), *R.W.* 1985-86, kol. 1007, nrs. 2-3).

²³¹ Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887; *T.B.H.* 1985, 377, met noot; *R.W.* 1985-86, met noot E. DIRIX. Volgens R. DEKKERS moeten derden aanvaarden dat het contract bestaat en “*hun gedrag, hun berekeningen, hun belangen*” ernaar schikken (R. DEKKERS, *o.c.*, p. 89, nr. 157). R. DE CORTE stelt dat de overeenkomst, hoewel ze geen rechten of plichten meebrengt voor partijen, zich toch aan hen opdringt als een feit. Hij geeft aan dat de overeenkomst hun toestand kan beïnvloeden, zij het op een andere manier dan door voor hen rechten of plichten in het leven te roepen (R. DE CORTE, *Inleiding tot het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1994, p. 357, nr. 1242).

Overigens moet men zich ervoor hoeden het cassatiearrest van 28 februari 1985 *als grondslag* te benutten voor de hierboven voorgestelde oplossing. Het Hof heeft in deze zaak immers niet als zodanig het primaat van de wil van de partijen erkend. Wél kan uit het arrest worden afgeleid dat een contractueel ingetreden compensatie na samenloop *kan* worden tegengeworpen aan derden indien de overeenkomst is gesloten zonder bedrog en zonder bedrieglijke benadeling (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations IV*, Brussel, Presses universitaires de Bruxelles, 1996, 1088-1089 (hierna verkort: P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*); zie M. DELIERNEUX, *l.c.*, 492).

²³² Dat het bestaan van zo een bedongen samenhang voor hen nadelig is, doet daaraan niks af. De gunstige of ongunstige overeenkomsten die de schuldenaar sluit, beïnvloeden nu eenmaal de omvang van zijn vermogen – en dus ook het algemene onderpand van zijn schuldeisers. Dat is een consequentie van het feit dat derden het bestaan van een overeenkomst dienen te erkennen (R. DE CORTE, *o.c.*, p. 357-358, nr. 1243). Het zou overigens een verregaande beknotting zijn van de

uitgangspunt? Dat is in beginsel niet het geval. Immers, wanneer een overeenkomst (die samenhang scheidt) te goeder trouw²³³ is gesloten vóór de verdachte periode²³⁴, ziet het faillissementsrecht daar in principe niet naar. Het Hof van Beroep te Brussel stelt in het raam hiervan treffend: “*Attendu qu’aucune loi n’interdit aux parties de placer volontairement leurs dettes réciproques dans un rapport purement conventionnel de connexité et de dépendance; Qu’une clause générale de compensation qui n’est pas constitutive de privilège est licite entre parties et opposable aux tiers par le seul fait de son existence (art. 1165 B.W.), hormis le cas où une intention de fraude serait établie;… Qu’une convention d’unicité de comptes est opposable à la masse de créanciers*”.²³⁵ In deze situatie moet dus, niettegenstaande de samenloop, het verbintenissenrecht ten volle kunnen spelen.²³⁶ Concreet heeft dit tot gevolg dat de bedongen samenhang in beginsel moet worden geacht tegenwerpelijk te zijn aan de verzamelde schuldeisers.²³⁷

Daarnaast kan men ook de analogie trekken met de rekening-courant. Op de keper beschouwd, is de rekening-courant ook een overeenkomst die samenhang tussen schuldvorderingen bedingt.²³⁸ Inzake de rekening-courant wordt er unaniem aangenomen dat de erin opgenomen (inhoudelijk diverse) schuldvorderingen nauw samenhangen, waardoor de compensatie na samenloop steeds kan worden tegengesteld aan de verzamelde schuldeisers. De vraag rijst dan ook waarom de doctrine en de rechtspraak in het geval van rekening-courant wél toestaan dat samenhang kan worden bedongen, terwijl zij die mogelijkheid bij compensatiebedingen *sensu lato* meestal resoluut afwijzen.²³⁹ Daarvoor is niet meteen een logische verklaring voorhanden.²⁴⁰

partijautonomie indien een persoon géén overeenkomsten zou kunnen aangaan die voor een ander nadelig (zouden kunnen) zijn. Het is uiteraard anders indien men door het sluiten van een overeenkomst afbreuk doet aan de *verworven* rechten van derden. Deze overeenkomsten zijn hen in beginsel niet tegenstelbaar. Zie hierover in dezelfde zin: P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 1087-1089 en M. DELIERNEUX, *l.c.*, 494. Zie ook E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 242, nr. 372.

²³³ Goede trouw veronderstelt de afwezigheid van bedrog.

²³⁴ Voor de volledigheid: ook compensatieovereenkomsten gesloten *tijdens* de verdachte periode kunnen tegenstelbaar zijn aan derden, met name wanneer zij er niet toe strekken eerder aangegane schulden te dekken (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 1088; M. DELIERNEUX, *l.c.*, 494). Onder het regime van de W.F.Z. is de “verdachte periode” in beginsel *überhaupt* geen beoordelingselement meer inzake de tegenstelbaarheid aan derden.

²³⁵ Brussel 23 december 1998, *T.B.H.* 1999, 681, met goedkeurende noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX (eigen onderstreping).

²³⁶ Het gegeven dat de compensatieovereenkomst wordt gesloten *met het oog op* het nuttig effect ná samenloop, kan hieraan geen afbreuk doen (zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, 1088).

²³⁷ In die zin ook E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1674-1678, nrs. 13-15. *Contra*: o.m. L. CORNELIS, *o.c.*, p. 884-885, nr. 683.

²³⁸ In de rekening-courant zullen immers ook vorderingen worden opgenomen die in de realiteit niet connex zijn, maar enkel gemeen hebben dat zij kaderen in dezelfde relatie tussen partijen. Doordat zij in de rekening-courant worden opgenomen, verkrijgen zij *door de wil van de partijen* samenhang.

²³⁹ Zie ook M. DELIERNEUX, *l.c.*, 493. L. LAMINE stelt zich dezelfde vraag wanneer hij de tegenstelbaarheid na samenloop van het retentierecht vergelijkt met de tegenwerpelijkheid van de

Alleszins rechtvaardigen de (luttele) verschillen die er bestaan tussen beide concepten het scherpe onderscheid in gevolgen niet.²⁴¹ Een gelijkschakeling tussen beide figuren in die zin dat in deze ook de gevolgen van compensatiebedingen na samenloop tegenstelbaar zouden zijn aan de verzamelde schuldeisers, is wenselijk. Thans blijkt het in dit discours immers eerder om een (onzinnige) kwestie van etikettering te gaan. Indien men het op concrete geval het predikaat “rekening-courant” kan kleven, is compensatie na samenloop “uiteraard” mogelijk (dan wordt samenhang doorgaans *ipso facto* aangenomen). Wanneer men er het etiket “compensatiebeding” op plakt, zijn er evenwel aanzienlijke restricties. Dan onderzoekt de rechter in de regel of de samenhang steun vindt in de feiten. Is dit niet het geval, dan kan het beding niet spelen en wordt het verzoek tot compensatie afgewezen.

Ten slotte reiken C.G. WINANDY, E. DIRIX en S. KORTMANN in dit dispuut nog een valabel argument vóór de principiële tegenstelbaarheid van bedongen samenhang na samenloop aan. Deze auteurs counteren de tegenstanders van bedongen samenhang op eigen terrein. Zij houden immers voor dat, althans voor wat de banksector betreft, samenhang nooit “bedongen”²⁴² kan zijn.²⁴³ De onderlinge samenhang tussen de wederzijdse schuldvorderingen is namelijk, zo stellen zij terecht, inherent aan de economische realiteit van het zakendoen tussen de kredietnemer en de kredietgever; hij vindt steeds steun in de feiten.²⁴⁴ De bank zal immers maar

rekening-courant na samenloop (L. LAMINE, *Het retentierecht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 214-216, nr. 324).

²⁴⁰ Het is m.i. geen doorslaggevend argument om te stellen dat de rekening-courant, eens bedongen, wordt geregeld door het *gewoonterecht* (zie hierboven voetnoot 165). Dat zou immers in wezen ook kunnen worden beweerd voor het compensatiebeding. De techniek van het compensatiebeding is immers, zoals de rekening-courant, ontstaan vanuit de handelsrechtelijke praktijk en levert in die zin ook een gewoonte (in de banksector) op. Dat de schuldvergelijking, in tegenstelling tot de rekening-courant, aanvullend wettelijk is geregeld, staat dat karakter van gewoonte niet in de weg; het betreft hier immers géén gewoonte *contra legem*. Men zou dit laatste, gelet op de tekst van artikel 1298 B.W., kunnen argumenteren. Maar, wanneer er algemeen wordt aangenomen dat artikel 1298 B.W. kan worden toegepast in die zin dat gerechtelijke compensatie na samenloop niet *contra legem* is, is het onwaarschijnlijk dat de conventionele compensatie na samenloop wél *contra legem* zou zijn. Resumerend: het (grotendeels) gewoonterechtelijk karakter van de rekening-courant verklaart niet waarom de compensatie na samenloop ingevolge rekening-courant wél tegenstelbaar is aan de verzamelde schuldeisers, terwijl de compensatie wegens bedongen samenhang dat dan niet is.

²⁴¹ Zie hierboven randnr. 33.

²⁴² “Bedongen” dient hier te worden begrepen als “kunstmatig”.

²⁴³ Het voorhanden zijn van “kunstmatigheid” is in de regel de stok van de tegenstanders van de mogelijkheid tot het bedingen van samenhang om de voorstanders daarvan mee te slaan. C.G. WINANDY, E. DIRIX en S. KORTMANN “pakken” met hun argumentatie die tegenstanders hier op hun eigen terrein “aan”. De tegenstanders beweren dat conventionele samenhang slechts kan indien deze steun vindt in de feiten en dus een bestaande situatie optekent. De geciteerde auteurs antwoorden daarop dat de samenhang tussen schuldvorderingen in de bancaire sector *steeds* steun vindt in de feiten.

²⁴⁴ Brussel 28 mei 1999, *R.W.* 1999-00, 877; E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677-1678, nr. 15; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 322, nr. 532; E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 340, nr. 661; A. ZENNER, *Faillites et concordats.Cronique 1998-1999*, Brussel, Larcier, 2000, p. 70, nr.

krediet willen verlenen na in achtname van de mogelijkheden tot compensatie met de overige rekeningen.²⁴⁵

3.3. NETTING

Recentelijk heeft de wetgever, door de invoering van de Wet financiële zekerheden, het concept “*netting*” geïntroduceerd in het Belgische normenbestel. Dit concept, dat traditioneel niet speelt in de relatie tussen bank en cliënt, is (deels) gebaseerd op de beginselen van de schuldvergelijking. Het komt dan ook gepast voor hieraan in dit bestek de nodige aandacht te besteden.

Om de Belgische invulling van “*netting*” in de Wet financiële zekerheden te kunnen begrijpen, is het in eerste instantie vereist om na te gaan hoe het begrip “*netting*” los van de Wet financiële zekerheden wordt ingevuld. Daar kan evenwel niet toe worden gekomen zonder eerst summier de afwikkeling van betalingstransacties²⁴⁶ en het begrip *clearing* te behandelen.

3.3.1 De afwikkeling van betalingstransacties

De afwikkeling van betalingen tussen financiële instellingen kan op grofweg drie wijzen gebeuren.

Indien de opdrachtgever en de begunstigde van een betalingsopdracht een rekening bezitten binnen dezelfde financiële instelling, kan de betalingsafwikkeling geschieden binnen de boeken van de financiële instelling.²⁴⁷ Wanneer de opdrachtgever en de begunstigde van de overschrijvingsopdracht niet over een rekening beschikken bij dezelfde

88; M. DELIERNEUX, *l.c.*, 493; K. TROCH, *l.c.*, p. 234, nr. 42; C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 56-57, nr. 53; zie en vgl. H. GEINGER e.a., *T.P.R.*1991, p.528-529, nr. 156.

Fortis Bank tracht dit aspect te benadrukken. De bank geeft in artikel 5§1, derde lid AVK Fortis Bank aan: “*Elke bankverrichting tussen de Bank en de kredietnemer geschiedt in het kader van een globale zakenrelatie tussen beide. Alle verrichtingen van een kredietnemer met de Bank zijn dus onderling met elkaar verbonden*”. ING en KBC doen dit niet uitdrukkelijk (art. I.19.1 ABV KBC; art. 6 ARK ING).

²⁴⁵ E. DIRIX en S. KORTMANN, *l.c.*, p. 1677-1678, nr. 15; E. DIRIX en R. DE CORTE, *o.c.*, p. 322, nr. 532; E. DIRIX en K. BROECKX, *o.c.*, p. 340, nr. 661; K. TROCH, *l.c.*, p. 234, nr. 42; C.G. WINANDY, *l.c.*, p. 56, nr. 52.

Het moet worden opgemerkt dat R. STEENNOT gelijk heeft wanneer hij stelt dat dit niet opgaat wanneer de cliënt kredietnemer geen andere rekeningen bij de kredietgever voert (R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 17, nr. 3). Dat is m.i., gelet op het voorgaande, evenwel geen voldoende argument om de principiële mogelijkheid van partijen om samenhang overeen te komen, af te wijzen.

²⁴⁶ De afwikkeling van *effectentransacties* blijven buiten beschouwing. Zie hiervoor bijvoorbeeld R.C. TENNEKOON, *The law and regulation of international finance*, Londen, Butterworths, 1991, 169 e.v.

²⁴⁷ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 452; R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 157 W. 22 maart 1993”, in, *Financieel recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2004, p. 5, nr. 2 (hierna verkort: R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”).

financiële instelling, zijn er verder twee mogelijke afhandelingswijzen. Ingeval de financiële instelling van de opdrachtgever en de financiële instelling van de begunstigde rechtstreeks een rekening bij mekaar voeren, dan kan de afwikkeling gebeuren tussen deze twee instellingen.²⁴⁸ Daarnaast is het ook mogelijk, ongeacht of de financiële instellingen van de opdrachtgever en de begunstigde een rekening bij elkaar bezitten, dat de instellingen participeren in een betalingssysteem.²⁴⁹ In België kennen we voor binnenlandse²⁵⁰ overschrijvingsopdrachten twee systemen: enerzijds het UCV (Uitwisselingscentrum en Verrekening)²⁵¹ waarin de opdrachten op netto-basis worden afgehandeld, en anderzijds ELLIPS (Electronic Large-Value Interbank Payment System)²⁵² dat de opdrachten afwikkelt op op bruto-basis. De verzamelterm “betalingsafwikkeling” valt onder de noemer “clearing”. Van “netting” is er sprake bij de afwikkeling van betalingstransacties op netto-

²⁴⁸ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 5, nr. 2.

²⁴⁹ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 5-6, nr. 3. Financiële instellingen participeren *in de regel* aan een betalingssysteem. Krachtens interbancaire afspraken zijn financiële instellingen immers meestal *verplicht* om betalingsopdrachten op die manier af te handelen (G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; zie ook D. DEVOS, “Le “netting” en droit belge”, *Bank.Fin.* 1994, 163 (hierna verkort: D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994).

²⁵⁰ Over de afhandeling van *grensoverschrijdende* betalingsopdrachten (door het TARGET- of het EURO 1- systeem), zie: G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 454 e.v. en M. VAN DER HAEGEN, “Het statuut van vereffening- en verrekeningsinstellingen onder de nieuwe wet en het voorrecht van de financiële instellingen”, in Jan Ronse Instituut (ed.), *Financiële wetgeving. De tussenstand 2004*, Kalmthout, Biblo, 2005, p.172, nr. 3 (voetnoot 6)(hierna verkort: M. VAN DER HAEGEN, *Financiële wetgeving. De tussenstand 2004*).

²⁵¹ Via het UCV worden betalingsopdrachten tot 500.000 € afgehandeld. Het UCV werkt op netto-basis (*netting*). Dat impliceert dat de openstaande schuldvorderingen die de financiële instellingen over en weer bezitten op multilaterale basis met elkaar worden *verrekend*, zodat enkel het resterend saldo verschuldigd is. De vorderingen worden dus niet individueel behandeld en vereffend (zoals in ELLIPS), maar in loten. De *verffening* van het saldo geschiedt in de regel eenmaal per dag op een vooraf bepaald tijdstip (*deferred net settlement*) (G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; M. VAN DER HAEGEN, *Financiële wetgeving. De tussenstand 2004*, p. 172, nr. 3 (voetnoot 6); over *net settlement* zie: R. CRANSTON, *Principles of Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 279; zie ook K. BYTTEBIER, *Handboek financieel recht*, Antwerpen, Kluwer, 2001, p. 334-335, nr. 432 (hierna: K. BYTTEBIER, *Handboek*, 2001)). De vereffening in het raam van UCV kan gebeuren op basis van “schuldvergelijking” (*position netting*; zie verder).

²⁵² Via ELLIPS worden betalingen boven 500.000 € verwerkt. Het systeem werkt op bruto-basis en *in real time* (*real time gross settlement*). Dat brengt mee dat elke opdracht individueel en – indien de rekening van de opdrachtgever voldoende geprovisioneerd is – onmiddellijk wordt vereffend. Dit houdt in dat de rekening van de bank van de opdrachtgever ogenblikkelijk wordt gedebiteerd en de rekening van de bank van de begunstigde gelijktijdig wordt gecrediteerd. Schuldvergelijking is hierbij dan ook niet aan de orde (G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; over *real time gross settlement* zie P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, p. 311, nr. 27-10 (hierna verkort: P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*) en R. CRANSTON, *o.c.*, 279; K. BYTTEBIER, *Handboek*, 2001, p. 334-335, nr. 432; M. VAN DER HAEGEN, *Financiële wetgeving. De tussenstand 2004*, p. 172, nr. 3 (voetnoot 6).

basis.²⁵³ De begrippen “*netting*” en “*clearing*” worden in wat volgt nader geduid.

3.3.2. *Clearing*

Clearing is een werkwijze²⁵⁴ die zorgt voor de verrekening of afwikkeling van financiële of commerciële transacties tussen partijen.²⁵⁵ *Clearing* kan betrekking hebben op elke soort van transactie die op een markt kan gebeuren, zoals bijvoorbeeld het verhandelen van waren of financiële instrumenten. Het maakt ook niet uit in welke munt de schuldvordering die aan *clearing* wordt onderworpen, is uitgedrukt. Er bestaan clearingssystemen voor quasi alle munteenheden.²⁵⁶ Zoals hierboven al aangegeven, kan *clearing* zowel plaatsvinden op netto-basis (*netting*) als op bruto-basis (bvb. *real time gross settlement*).²⁵⁷ *Clearing* kan voorts een nationaal of een internationaal karakter vertonen.²⁵⁸ In de regel wordt *clearing* verwezenlijkt door een centrale tussenpersoon, de verrekeningskamer (*clearing house*, *clearing bank*)²⁵⁹ genaamd.²⁶⁰

²⁵³ *Netting* veronderstelt niet noodzakelijk de tussenkomst van een betalingssysteem, doch doorgaans geschiedt (klassieke) *netting* wel op die manier.

²⁵⁴ In de Europese Richtlijn 98/26 van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (*P.B. L.* 11 juni 1998, afl. 166, 45; hierna verkort geciteerd als “Richtlijn D.A.B.”) wordt *clearing* gezien als een “systeem”, i.e. “*een formele overeenkomst tussen drie of meer deelnemers, in voorkomend geval, een afwikkelende instantie, een centrale tegenpartij, een clearing house of een indirecte deelnemer niet meegerekend, met gemeenschappelijke regels en standaardprocedures voor het uitvoeren van overboekingsopdrachten tussen de deelnemers*” (art. 2, a) Richtlijn D.A.B.).

In het *Dictionary of Corporate Finance & Investment* wordt *clearing* in het kader van financiële markten omschreven als een systeem “*to offset mutual claims and debts resulting from the daily operations on the financial markets and among the banks which are its members, so that only the balances have to be settled at the end of the day or at agreed intervals*” (D. PHILIPS en M. WHYSALL, *Dictionary of Corporate Finance & Investment*, Deurne, Kluwer, 2001, p. 83, nr. 351).

De definities van de begrippen “verrekeningsinstelling” en vereffeningsinstelling”, zoals opgenomen in respectievelijk de artikelen 2, 16^o en 2, 17^o van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (*B.S.* 4 september 2002), blijven buiten beschouwing. Deze zijn immers in beginsel maar van belang in het raam van effectentransacties (zie hierover M. VAN DER HAEGEN, “Het statuut van vereffenings- en verrekeningsinstellingen onder de nieuwe wet en het voorrecht van de financiële instellingen”, *o.c.*, p. 171-174, nrs. 2-7 (zie vooral p. 172, nr. 3 *in fine*)).

²⁵⁵ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 457; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 9; V. SIMONART, “Le clearing et le netting – Notions fondamentales”, *Bank.Fin.* 1994, p. 121, nr. 2. De term “verrekening” moet in deze context in ruime zin worden gelezen. De term slaat hier niet met noodzaak op de gemeenrechtelijke schuldvergelijking. Voor een overzicht van de risico’s die met *clearing* kunnen gepaard gaan en de mogelijkheden om deze te ondervangen, zie R. CRANSTON, *o.c.*, 288 en V. SIMONART, *l.c.*, p. 123, nr. 9.

²⁵⁶ V. SIMONART, *l.c.*, p. 122, nrs. 4-5.

²⁵⁷ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 457.

²⁵⁸ Zie V. SIMONART, *l.c.*, p. 122, nr. 6; zie inzake effectentransacties: V. MEUNIER, “Les systèmes belges de clearing d’operations sur valeurs mobilières”, *Bank.Fin.* 1994, 144-150.

²⁵⁹ Europeesrechtelijk wordt een “*clearing house*” omschreven als: “*een lichaam dat verantwoordelijk is voor de berekening van de nettoposities van de instellingen, een eventuele*

In een ruime omschrijving is *clearing* een betalingssysteem in gemeenrechtelijke zin.²⁶¹ Zo gezien, zorgt *clearing* voor de uitdoving van de verbintenissen van de deelnemers aan het systeem. In een enge omschrijving staat *clearing* slechts voor het berekenen van de wederzijdse posities van de deelnemers aan een *clearings*systeem met het oog op het vergemakkelijken van de gemeenrechtelijke betaling.²⁶²

3.3.3. *Netting*

Er wordt thans aangevangen met een afbakening van het begrip “*netting*”.²⁶³ De “klassieke” visie op *netting* wordt daarbij vooropgesteld. Daarna komen de doelstellingen van *netting* aan bod. Vervolgens wordt getracht om de diverse vormen van (traditionele) *netting* onder te verdelen. Aansluitend wordt er een overzicht gegeven van de voor België relevante regelgeving omtrent *netting*. In dat bestek wordt geruime aandacht besteed aan de Belgische invulling – en de gevolgen daarvan – van “*netting*” in de Wet financiële zekerheden.

a. De notie “*netting*”

Hierboven werd al aangegeven dat *clearing* zowel op bruto- als op netto-basis kan gebeuren. Wanneer *clearing* plaatsvindt op netto-basis, komt *netting* op de proppen.²⁶⁴ *Netting* staat voor het op contractuele²⁶⁵ basis verrekenen van

centrale tegenpartij en/of een eventuele afwikkende instantie” (art. 2, e) Richtlijn D.A.B.). P.R. WOOD geeft aan dat de *clearing banks* – zoals reeds aangekondigd, wordt in dit bestek enkel de *betalingsafwikkeling* aangeraakt – vooraanstaande banken zijn met onberispelijke kredietwaardigheid aan wie het toegestaan wordt een rekening te voeren in een bepaalde munteenheid bij een centrale bank (P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, p. 307, nr. 27-1; zie R. CRANSTON, *o.c.*, 279).

²⁶⁰ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, 457; V. SIMONART, *l.c.*, p. 121, nr. 2 en p. 123, nr. 8.

²⁶¹ R. CRANSTON, *o.c.*, 279; V. SIMONART, *l.c.*, p. 122, nr. 3; zie ook R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 7-8, nrs. 7-9. Voor een overzicht van de diverse betalingsmethoden die in het *clearing*proces kunnen worden gebruikt (bvb. *real time gross settlement* of *netting*), zie V. SIMONART, *l.c.*, p. 124, nr. 17 e.v.

²⁶² R. CRANSTON, *o.c.*, 279.

²⁶³ Het concept *netting*, in klassieke zin, komt niet alleen voor in de *interbankenrelatie*, maar ook daarbuiten. Traditioneel blijft de reikwijdte ervan wel beperkt tot de (professionele) financiële sector (zie D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 162 en 163). *Netting* speelt in de regel niet tussen of ten aanzien van particulieren.

²⁶⁴ *Netting* veronderstelt dus *clearing*; het omgekeerde geldt niet. Zie R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 9 en V. SIMONART, *l.c.*, p. 121-122, nr. 2.

²⁶⁵ In België veronderstelt *netting* een *overeenkomst*. In bvb. Engeland is dit niet noodzakelijk het geval. Daar kan *netting* van rechtswege optreden (zie P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, p. 161-162, nrs. 10-19 tot 10-22 (hierna verkort: P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*)).

In dit kader moet er worden gewezen op de *algemene nettingovereenkomst*. Dit is een uit de schoot van de Belgische Vereniging van Banken (B.V.B.) ontsproten overeenkomst met als doel een veelheid aan inhoudelijk diverse bilaterale *nettingovereenkomsten* te vermijden. Meer bepaald, betreft het een standaardovereenkomst voor *interbancaire schuldvergelijking* tussen kredietinstellingen van het Belgisch financieel centrum (zie hierover uitgebreid T. PAELINCK, “*Netting: Algemene overeenkomst voor het Belgisch financieel centrum*”, *Bank. Fin.* 1997, p. 657-659, nrs. 1-5); zie voorts de preambule bij de algemene *nettingovereenkomst* en R.

schuldvorderingen²⁶⁶ tussen twee of meer partijen op basis van “schuldvergelijking” (*position netting*) of “schuldu vernieuwing”²⁶⁷ (*netting by novation*), zodat de partijen enkel nog netto-saldi moeten voldoen.²⁶⁸

Doorgaans wordt aangenomen dat *position netting* niet gelijk te stellen valt met de conventionele schuldvergelijking in het gemene recht. Een eerste verschil betreft de gevolgen die de onderscheiden mechanismen teweeg brengen. De klassieke conventionele schuldvergelijking leidt, van zodra de contractuele voorwaarden vervuld zijn – en dus zonder dat er bijkomende handelingen van partijen vereist zijn –, tot de uitdoving van verbintenissen. Bij *position netting* gaan de verbintenissen slechts teniet indien het nettosaldo wordt betaald.²⁶⁹ Terwijl er inzake “gemeenrechtelijke” conventionele schuldvergelijking dus gewag kan worden gemaakt van een zeker automatisme, ontbreekt dit bij *position netting*. Ook verschilt *position netting* van de klassieke conventionele schuldvergelijking doordat *position netting* kan plaatsvinden op multilaterale basis, terwijl de klassieke conventionele schuldvergelijking steeds bilateraal is.²⁷⁰ Overigens kan ook de novatie in het kader van *netting* niet ten volle worden gelijkgesteld met de gemeenrechtelijke schuldu vernieuwing.²⁷¹

STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 16-17, nr. 23). Het staat de geïssueerde banken vrij om al dan niet toe te treden. Een toetreding geldt voor onbepaalde duur. De overeenkomst kan evenwel worden opgezegd. De opzegtermijn bedraagt dertig dagen (art. 6 van de algemene *netting*overeenkomst). De W.F.Z. biedt wellicht nog meer als voorheen (rechts)zekerheid dat de gevolgen van de algemene *netting*overeenkomst na samenloop *zullen* intreden (zie verder).

²⁶⁶ Het *voorwerp* van de schuldvorderingen doet niet ter zake (zie *Parl. St. Kamer 1998-99*, nr. 1999/1, 9).

²⁶⁷ *Gemeenrechtelijke schuldu vernieuwing* of novatie is een wijze van tenietgaan van verbintenissen die erin bestaat een verbintenis door een nieuwe verbintenis te vervangen. De gemeenrechtelijke novatie kan slechts intreden indien aan vijf voorwaarden is voldaan: (1) het bestaan van een oude verbintenis, (2) de totstandkoming van een nieuwe verbintenis, (3) het bestaan van een nieuw element, *i.e.* een verschil tussen de oude en de nieuwe verbintenis (*aliquid novi*), (4) het inzicht om tot novatie over te gaan (*animus novandi*; art. 1273 B.W.) en (5) het voorhanden zijn van bekwaame partijen (art. 1272 B.W.). Schuldu vernieuwing kan op drie manieren plaatsvinden: door verandering van schuldeiser, door verandering van schuldenaar of door verandering van schuld (art. 1271 B.W.). De gevolgen van novatie zijn dat de nieuwe schuld in de plaats van de oude komt en de oude schuld wordt uitgedoofd. Dat brengt mee dat de zekerheden verbonden aan de oude schuld in beginsel en behoudens andersluidend beding vervallen (artt. 1278, 1279 en 1280 B.W.). Zie hierover o. m. A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, Gent, Van Rysselberghe en Rombaut, 1931, p. 229-241, nrs. 196-208.

²⁶⁸ D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 162; V. SIMONART, *l.c.*, p. 121, nr. 2 en 25; zie P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, p. 17-18, nr. 1-20. Zoals reeds aangegeven in het stuk over de afwikkeling van betalingstransacties geschiedt de vereffening in de regel niet meteen, maar wordt ze uitgesteld tot (een al dan niet) vooraf bepaald tijdstip: R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 8.

²⁶⁹ R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 16, nr. 22 (voetnoot 1); R. CRANSTON, *o.c.*, 288 en 290-291; zie ook V. SIMONART, *l.c.*, p. 126, nr. 26 en p. 127, nr. 34.

²⁷⁰ R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 18, nr. 34; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 16, nr. 22 (voetnoot 1); zie verder.

²⁷¹ Zie daarvoor V. SIMONART, *l.c.*, p. 128, nr. 36 en D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 165.

Kortelings is de term “*netting*” ook in het Belgische normenbestel geïntroduceerd.²⁷² In zekere zin wordt de *netting* -overeenkomst daardoor gebombardeerd tot een benoemde overeenkomst.²⁷³

b. De functies van *netting*

Doorgaans wordt er aangenomen dat het opzet van *netting* drievoudig is. *Netting* zorgt in de eerste plaats voor een vermindering van betalingsstromen tussen partijen.²⁷⁴ Immers, daar telkens slechts een netto- saldo verschuldigd is, behoeft een partij niet telkens haar individuele schulden volledig te betalen aan de wederpartij.²⁷⁵ Dat impliceert ook dat de transactiekosten voor partijen verminderen en de behoefte aan liquiditeiten daalt.²⁷⁶ Daarnaast beperkt *netting* het kredietrisico.²⁷⁷ *Netting* brengt ook mee dat het systeemrisico, i.e. het risico op domino-faillissementen, aanzienlijk wordt verminderd.²⁷⁸ Hiermee samen hangt de (wellicht) belangrijkste functie van *netting*: de

²⁷² De W.F.Z. omschrijft “*nettingovereenkomsten*” als: “*de overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking*”(art. 3, 4° W.F.Z.). Deze definitie is zeer ruim. Op de draagwijdte hiervan wordt verderop ingegaan.

²⁷³ Een *benoemde overeenkomst* is een overeenkomst die in een wet, ongeacht welke, is geregeld. Ter zijde moet worden opgemerkt dat de term “benoemd” in dit kader in wezen niet correct is. Het gaat er immers niet om of een overeenkomst al dan niet een naam heeft, maar wel om de vraag of die overeenkomst uitdrukkelijk in de wet is geregeld.

²⁷⁴ P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 152, nr. 10-2; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 164; V. SIMONART, *l.c.*, p. 125, nr. 22; zie ook T. PAELINCK, *l.c.*, p. 657, nr. 1.

²⁷⁵ V. SIMONART, *l.c.*, p. 125, nr. 22; T. PAELINCK, *l.c.*, p. 657, nr. 1.

²⁷⁶ R. CRANSTON, *o.c.*, 287; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 164.

²⁷⁷ Het *kredietrisico* doelt op het risico van in gebreke blijven van de debiteur (R. CRANSTON, *o.c.*, 288). De beperking van het kredietrisico is in eerste instantie van belang in het raam van de *minimum kapitaaleisen* waaraan financiële instellingen ingevolge de Basel 2- akkoorden moeten voldoen. *Netting* speelt in dat raam de rol van risicoverzachtende factor (R. BONTE en J. MEULEMAN, “Basel 2. Een inleiding op de nieuwe kapitaaleisen voor banken”, in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE, *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 11; X, “Omzetting van de collateral-richtlijn. Uitdagingen voor het Belgisch financieel centrum”, *Financieuzen en samenleving* juli 2004, nr. 2, p. 6; zie R. CRANSTON, *o.c.*, 288-289). Daarnaast is *netting* een nuttig *risicobeheersend* instrument voor kredietinstellingen in het licht van een afdoende *interne controle* (Circulaire D1 97/4 van 30 juni 1997 van het CBFA aan de kredietinstellingen, punt 1.3 (www.cbfa.be); K. BYTTEBIER, *Handboek*, 2001, p. 661, nr. 880).

²⁷⁸ P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, p. 18, nr. 1-20; P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 151, nr. 10-1; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 164; X, *o.c.*, *Financieuzen en samenleving* juli 2004, nr. 2, p. 6.

Netting ondervangt daarnaast nog andere risico's. Bij wijze van voorbeeld wordt nog het *Herstatt*-risico behandeld (zie hierover in het algemeen G.A. ALEXANDER, *International Banking Regulation Law, Policy and Practice*, Londen, Kluwer, 2001, 26-30). Het *Herstatt* -risico is genaamd naar de Duitse bank die in 1974 failliet ging doordat zij onwetend een groot bedrag overmaakte aan een bank die reeds failliet was gegaan. De reden hiervoor was het tijdsinterval tussen het tijdstip van sluiting van de respectieve markten waarin de betrokken banken actief waren. Het *Herstatt* -risico impliceert dan ook de betaling, wegens onwetendheid, aan een reeds gefailleerde partij, zonder diens correlatieve betaling te hebben ontvangen. Dit risico kan door *netting* worden *gereduceerd* (niet: uitgesloten; R. CRANSTON, *o.c.*, 289; zie D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 164).

zekerheidsfunctie.²⁷⁹ Door middel van een nettingovereenkomst tracht men immers vooral de mogelijkheid tot verrekening van wederzijdse schuldvorderingen ná faillissement veilig te stellen.²⁸⁰

c. Poging tot onderverdeling

Zonder daarbij volledigheid na te streven, wordt thans getracht, aan de hand van een poging tot indeling, een systematisch overzicht te geven van de klassieke verschijningsvormen van *netting*.²⁸¹ Met R. CRANSTON moet evenwel worden beaamd: “*Neither of these different forms of netting are terms of art*”.²⁸²

Een eerste onderverdeling betreft de benutte *verrekeningstechniek*. Daarin kan de *netting* die de “*compensatietechniek*” (*position netting*) hanteert²⁸³, worden onderscheiden van de *netting* op basis van *schuldvernieuwing* (*netting by novation*).²⁸⁴

Men kan eveneens een onderscheid maken naargelang het aantal bij de vereffening van een transactie betrokken partijen. Wanneer *netting* plaatsvindt tussen twee partijen, is er sprake van bilaterale *netting*.²⁸⁵ Indien er *netting* optreedt tussen drie of meer partijen, heeft men te doen met multilaterale

²⁷⁹ Stellig: P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 152, nr. 10-2; P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, p. 17-18, nr. 1-20; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 457; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 164.

²⁸⁰ P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, p. 18, nr. 1-20; P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 151, nr. 10-1; zie V. SIMONART, *l.c.*, p. 125, nr. 22; zie D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 162 en 164). Zo probeert men onder meer het probleem van de *cherry-picking* te ondervangen. *Cherry-picking* duidt op de mogelijkheid van de curator om te kiezen welke overeenkomsten hij verder wil uitvoeren en welke niet. Zie hierover meer uitgebreid: P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 159, nr. 10-14; R. CRANSTON, *o.c.*, 291; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 17-18, nr. 26; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 166.

²⁸¹ Enkel de verschijningsvormen van *netting* in het raam van *betalingsafwikkeling* komen aan bod. Voor een overzicht van *netting*mechanismen bij effectentransacties, zie R. CRANSTON, *o.c.*, 288.

²⁸² R. CRANSTON, *o.c.*, 288.

²⁸³ Zie en vgl. V. SIMONART, *l.c.*, p. 127-128, nr. 33-34 en p. 128, nrs. 37-38; zie ook R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 8). Zoals reeds aangegeven, kan *position netting* niet ten volle worden vereenzelvigd met de klassieke conventionele schuldvergelijking (zie hierboven randnr. 43).

²⁸⁴ Zie R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 8 en V. SIMONART, *l.c.*, p. 128, nrs. 35-36 en p. 128-129, nrs. 39-40. Zie ook P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 164, nr. 10-25. Zoals al aangegeven kan *netting by novation* niet volledig worden gelijkgesteld met de gemeenrechtelijke novatie (zie hierboven randnr. 43 *in fine*). De Wet financiële zekerheden, die verderop aan bod komt, is van toepassing op zowel de gemeenrechtelijke novatie als *netting by novation*.

²⁸⁵ G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 8; zie V. SIMONART, *l.c.*, p. 127-128, nr. 33-34 en p. 128, nrs. 35-36 alsook p. 129, nrs. 41-42.

netting.²⁸⁶ Bij multilaterale *netting* treedt er doorgaans een verrekeningskamer op als centrale tegenpartij voor de transacties. Multilaterale *netting* veronderstelt dus in beginsel het benutten van een afwikkelingssysteem.²⁸⁷ Door de verrekeningskamer als centrale tegenpartij te laten optreden, probeert men eventuele moeilijkheden die zich ingeval van insolventie van een van de partijen zouden kunnen stellen in verband met een wederkerigheidsvereiste, te voorkomen.²⁸⁸ Het moet worden opgemerkt dat multilaterale *netting* ingeval een verrekenkamer als centrale tegenpartij fungeert in feite niet zo “mulilateraal” is. Er ontstaan dan immers twee bilaterale overeenkomsten: één tussen de opdrachtgever en de verrekeningskamer en één tussen de verrekeningskamer en de begunstigde.²⁸⁹ Er zijn dan weliswaar meerdere betrokken partijen, maar er is géén meerpartijenovereenkomst.²⁹⁰ Het onderscheid tussen bi- en multilaterale *netting* is vooral van belang voor wat de geboden bescherming na faillissement betreft.²⁹¹

Men kan daarnaast ook een onderverdeling maken tussen *settlement netting* (“afwikkelings*netting*”) en *default netting* (“ontbindings*netting*” of *close-out netting*).²⁹² *Settlement netting* ziet er naar het betalings- en leveringsrisico (*afwikkelingsrisico*) bij contracten te ondervangen, ongeacht een eventuele insolventiesituatie.²⁹³ *Default netting* heeft als doel het risico bij

²⁸⁶ P.R. WOOD omschrijft multilaterale *netting* als een systeem waarbij de deelnemers overeenkomen dat “*not only will bilateral claims between mutual counterparties be netted out, but also that all claims owed between one party and all other counterparties are to be netted so that each party owes or is owed only a single balance to or by the rest of the market*” (P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 190, nr. 12-12; zie ook D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 163; R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 8, nr. 8; V. SIMONART, *l.c.*, p. 128, nrs. 37-38 en p. 128-129, nrs. 39-40).

²⁸⁷ Zie hierover uitgebreid: R. CRANSTON, *o.c.*, 287-288 en 293-294 en G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 453.

²⁸⁸ P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, 1995, p. 189, nr. 12-10; R. CRANSTON, *o.c.*, 294; zie ook D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 163. Omdat de verrekenkamer als tussenpersoon fungeert in alle transacties, is het gebruikelijk dat de deelnemers aan het betalingssysteem de kamer voorzien van voldoende krediet. Zie hierover uitgebreid: P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 190-191, nrs. 12-12 en 12-13; R. CRANSTON, *o.c.*, 291; V. SIMONART, *l.c.*, p. 126, nrs. 26 en p. 127, nr. 32.

²⁸⁹ R. CRANSTON, *o.c.*, 294.

²⁹⁰ Zie over de meerpartijenovereenkomst: E. DIRIX, “De meerpartijenovereenkomst”, *T.P.R.* 1983, 757-792.

²⁹¹ Op multilaterale *netting* zal – gezien deze vorm van *netting* in beginsel de tussenkomst van een betalingssysteem veronderstelt – de Wet van 28 april 1999 van toepassing zijn. Inzake bilaterale *netting* is deze Wet wellicht niet van toepassing, maar geldt (allicht) de Wet financiële zekerheden van 15 december 2004. Ingeval van faillissement biedt de Wet van 28 april 1999 een meer absolute bescherming (zie hierover verderop randnrs. 52 en 60).

²⁹² R. CRANSTON plaatst *position netting* tegenover *close-out netting*. Aangezien hij *close-out netting* verbindt aan novatie, doelt hij m.i. echter eerder op het onderscheid tussen *position netting* en *netting by novation*. Maar hij geeft, zoals reeds vermeld, zelf aan: “*Neither of these different forms of netting are terms of art*” (zie R. CRANSTON, *o.c.*, 288).

²⁹³ *Settlement netting* is bedoeld om het *afwikkelingsrisico* van verbintenissen van dezelfde soort of in dezelfde munteenheid die vervallen op dezelfde dag, te reduceren. Het *afwikkelingsrisico* is het risico dat een partij betaalt of levert, terwijl de andere partij insolvent wordt vóór zij kan betalen of leveren (P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 152-

termijncontracten, terwijl de termijn nog loopt, te reduceren ingeval van insolventie van een partij.²⁹⁴ *Default netting* gebeurt aan de hand van een uitdrukkelijk ontbindend beding (*default netting clause*) en brengt mee dat indien er zich een geval van *default* voordoet, de overeenkomsten met de (per hypothese) gefailleerde worden ontbonden, zodat er verrekening kan plaatsvinden.²⁹⁵

d. Het wettelijk kader (vanuit Belgisch perspectief)

Vanuit de praktijk weerklonk sinds geruime tijd een behoefte aan rechtszekerheid bij het verrekenen van betalings- en effectentransacties.²⁹⁶ Meer bepaald verzuchtte men naar een regeling die in de tegenstelbaarheid van *netting* ingeval van *default* van een tegenpartij zou voorzien. De Belgische wetgever is hieraan, onder impuls van de Europese normsteller²⁹⁷, tegemoet gekomen. Er is thans beschermingswetgeving. In wat volgt wordt deze wetgeving, in zoverre ze relevant is in dit bestek, onder de loep genomen. Het vertrekpunt vormt telkens de Richtlijn waaruit de Belgische norm voortvloeit.

1. Proloog: de benutte harmonisatiemethode

Zowel de Richtlijn 98/26 van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen (hierna verkort:

155, nrs. 10-4 en 10-6; zie ook R. CRANSTON, *o.c.*, 288 en 290; zie en vgl. D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 162).

²⁹⁴ Deze vorm van *netting* verschijnt énkél ten tonele bij *default* (bvb. faillissement) van een de partijen. Er kan voor wat deze vorm van *netting* betreft dus alleen gewag worden gemaakt van een *zekerheidsfunctie*. Zie hierover uitgebreid: P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 153, nr. 10-5 en p. 155-159, nrs. 10-9 tot 10-13; R. CRANSTON, *o.c.*, 288 en 291-292; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 162; zie ook V. SIMONART, *l.c.*, p. 129, nr. 41.

²⁹⁵ Zie ook *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 27; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 168-169; R. STEENNOT, "art. 157 W. 22 maart 1993", p. 18, nr. 27.

Default netting kan gepaard gaan met "walk away clauses". Dit zijn clausules die de niet-gefailliede tegenpartij de mogelijkheid geven het eventueel aan de boedel verschuldigde saldo niet of in mindere mate te betalen. De geldigheid van deze clausules is omstreden. Doorgaans worden zij in strijd geacht met de maxime van de gelijkheid van de schuldeisers (R. CRANSTON, *o.c.*, 291; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 162-163; V. SIMONART, *l.c.*, p. 129, nr. 41; zie hierover ook P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 185-186, nrs. 12-1 tot 12-4). Onder het regime van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten worden "walk away- clausules" alleszins niet beschermd (zie verder voetnoot 329).

²⁹⁶ Zie *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1999/1, 2 e.v. De risico's kunnen immers enorme proporties aannemen. P.R. WOOD geeft in dit raam aan: "Since the exposures are so large, a high degree of legal predictability is required" (P.R. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securisations, Set-off and Netting*, p. 152, nr. 10-2). Zie ook het befaamde *Lamfalussy*- rapport van 1990 op p. 82 (te raadplegen op www.abb.bvb.be). Zie voorts X, *Financiewezen en samenleving* juli 2004, nr. 2, p. 6.

²⁹⁷ De normering rondom *netting* is in grote mate Europees opgelegd. Daar zijn Richtlijn 98/26 van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen en Richtlijn 2002/47 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten debet aan (zie hierna).

Richtlijn D.A.B.)²⁹⁸ als de Richtlijn 2002/47 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (hierna verkort: R.F.Z. of *collateral*-Richtlijn)²⁹⁹, waaraan de Belgische normen zijn ontleend, hanteren m.i. de methode van de minimumharmonisatie.³⁰⁰ Dat brengt mee dat de lidstaten strenger – i.e. hier: in méér bescherming voor de financiële sector voorzien – kunnen zijn dan de Europese wetgever, maar niet minder streng.³⁰¹

2. De Richtlijn 98/26 inzake de definitieve afwikkeling van betalingen en de implementatie daarvan in de Wet van 28 april 1999

Zoals aangekondigd, vertrekt deze analyse vanuit de instruerende Richtlijn. In functie daarvan zal de Belgische implementatie ervan in de Wet van 28 april 1999 worden belicht.³⁰²

²⁹⁸ *P.B. L.* 11 juni 1998, afl. 166, 45.

²⁹⁹ *P.B. L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43.

³⁰⁰ De R.F.Z. wijst uitdrukkelijk op haar minimaal harmoniserend karakter (voorafgaande overweging nr. 22). Voor wat de Richtlijn D.A.B. betreft, blijkt dit m.i. impliciet uit de artikelen 4 en 10.

³⁰¹ De lidstaten kunnen evenwel *niet onbegrensd* strenger zijn. Dan herleven immers de Verdragsbepalingen, zodat de verdergaande maatregelen allereerst moeten getoetst worden aan artikel 28 van het EG-Verdrag en eventueel aan de *rule of reason* opdat zij kunnen gelden. Anders gesteld: de bepalingen van de Richtlijnen gelden als ondergrens voor de nationale wetgever; de Verdragsbepalingen, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, fungeren als bovengrens. Men moet in dit kader evenwel ook steeds voor ogen houden dat het EG-Verdrag niet ziet op een *louter interne situatie*, d.i. een geval waarbij alle relevante elementen beperkt blijven tot het grondgebied van één lidstaat. De toepassing van het EG-Verdrag veronderstelt immers een grensoverschrijdend element. Het moet worden opgemerkt dat het Hof van Justitie dit vereiste erg soepel hanteert (zie bvb. H.v.J. 10 mei 1995, *Alpine Investments BV*, nr. C-384/93, *Jur. H.v.J.* 1995, I, 1141). Zie verder over de diverse methoden van harmonisatie en de methode van de minimumharmonisatie in het bijzonder: P.J. SLOT en G. STRAETMANS, “Harmonisatie van wetgeving in de EG”, *T.P.R.* 2003, p. 746 e.v., nr. 97 e.v.; K. LENAERTS, *Europees recht*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 269-277, nrs. 253-257; R. BARENTS, “Het mededingingsbeleid van de E.G.”, in P.J.G. KAPTEYN (ed.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 724 e.v.; B. DE WITTE, “Besluitvormen en besluitvorming”, in P.J.G. KAPTEYN (ed.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 268 e.v.; M. DOUGAN, “Minimum harmonization and the internal market”, *C.M.L.Rev.* 2000, 854 e.v.

Resumerend: bij minimumharmonisatie mogen lidstaten strengere nationale regels uitvaardigen, voorzover deze in overeenstemming zijn met het EG-Verdrag. Inzake zuiver interne situaties is de nationale wetgever vrij; het EG-Verdrag is daarop niet van toepassing. Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie terzake, zullen financiële transacties evenwel zelden als zuiver intern kunnen worden aangemerkt.

³⁰² Zie over deze Wet in het algemeen D. DEVOS, “La Directive Européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres”, *Euredia* 1999, 149-185 (hierna verkort: D. DEVOS, *Euredia* 1999).

a. De Richtlijn

i. Opzet van de Richtlijn

Met de Richtlijn D.A.B. wilde de communautaire wetgever, daartoe aangespoord door het Lamfalussy -rapport, onder meer het systeemrisico³⁰³ voor betalingsystemen die functioneren op basis van verrekening reduceren.³⁰⁴ Om deze doelstelling te effectueren schreef hij voor dat overboekingsopdrachten en de verrekening daarvan (*netting*) in de rechtsstelsels van alle lidstaten juridisch afdwingbaar én tegenstelbaar aan derden moeten zijn.³⁰⁵

ii Toepassingsgebied *ratione personae* en *materiae*

De Richtlijn ziet naar overboekingsopdrachten en de verrekening daarvan in het raam van betalings- en effectenafwikkelingssysteem³⁰⁶ én naar de deelnemers aan een dergelijk systeem (artt. 1 (a en b) en 3 Richtlijn D.A.B.).³⁰⁷

iii De principiële tegenstelbaarheid van *netting*

Artikel 3 van de Richtlijn voorziet in de principiële geldigheid en tegenwerpelijkheid aan derden van overboekingsopdrachten en de verrekening³⁰⁸ daarvan, zelfs in geval van een insolventieprocedure tegen een deelnemer.³⁰⁹ Als enige voorwaarde wordt in beginsel gesteld dat de overboekingsopdrachten in een systeem zijn ingevoerd vóór het tijdstip waarop

³⁰³ *I.e.* het risico op domino-faillissementen.

³⁰⁴ Men wou meer in het bijzonder bewerkstelligen dat het faillissement van een deelnemer aan een betalings- of effectenafwikkelingssysteem *geen* invloed zou hebben op de afwikkeling van de gedurende de dag in het systeem ingevoerde transacties (voorafgaande overweging bij de Richtlijn, nr. 1; zie ook G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 473).

³⁰⁵ Voorafgaande overweging bij de Richtlijn, nr. 11. De Europese regels inzake het definitieve karakter van de verrekening beletten evenwel niet dat systemen, voordat de verrekening plaatsvindt, nagaan of de opdrachten die in het systeem zijn ingevoerd voldoen aan de regels van dat systeem (voorafgaande overweging bij de Richtlijn, nr. 12; zie D. DEVOS, *Euredia* 1999, p. 166-167, nr. 18).

³⁰⁶ Enkel de systemen die worden beheerst door het *recht van een lidstaat*, ongeacht de gebruikte valuta, worden gevisieerd (art. 1, a Richtlijn D.A.B.).

³⁰⁷ De begrippen "systeem" en "deelnemer" worden vrij ruim (en omvangrijk) gedefinieerd in de Richtlijn (art. 2 Richtlijn D.A.B.). Zie hierover voorts G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nrs. 474-476 en D. DEVOS, *Euredia* 1999, p. 168 e.v., nr. 19 e.v.

³⁰⁸ De Richtlijn bakent "verrekening" af als: "*het in één nettovordering of nettoverplichting omzetten van vorderingen en verplichtingen die voortvloeien uit overboekingsopdrachten die een deelnemer of deelnemers geeft/geven aan of ontvangt/ontvangen van één of meer andere deelnemers, met als gevolg dat alleen een nettovordering of een nettoverplichting ontstaat*" (art. 2, k Richtlijn D.A.B.). Merk op dat er in deze omschrijving geen onderscheid wordt gemaakt naargelang welk type *netting* in het spel is. In de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten (zie verder) is dat wél het geval; deze viseert slechts *default netting*.

³⁰⁹ Zie D. DEVOS, *Euredia* 1999, p. 172 e.v., nr. 24 e.v.

een insolventieprocedure is geopend.³¹⁰ In elk geval kunnen nationale regels over een eventuele “verdachte periode” de verrekening niet ongedaan maken.³¹¹

iv De I.P.R.- bepaling

Ter wille van de rechtszekerheid voorziet de Richtlijn ook in een specifieke³¹² I.P.R.- bepaling. Artikel 8 van de Richtlijn D.A.B. geeft aan dat ingeval er een insolventieprocedure tegen een deelnemer aan een betalings- of afwikkelingssysteem wordt geopend, de rechten en verplichtingen van deze en de andere deelnemer(s) worden bepaald door het recht dat van toepassing is op het systeem.³¹³ Dat recht kan krachtens artikel 3 van het E.V.O. in beginsel vrij worden gekozen.³¹⁴

b. De Wet van 28 april 1999

Door de Wet van 28 april 1999 houdende omzetting van Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (hierna verkort: Wet D.A.B.)³¹⁵ werd de hierboven besproken Richtlijn geïmplementeerd in het Belgische nationale recht.³¹⁶ De Belgische regeling is

³¹⁰ Indien er evenwel bij wijze van uitzondering overboekingsopdrachten in het systeem worden *ingevoerd nadat* er een insolventieprocedure is geopend en deze worden *uitgevoerd* op de dag van opening van een dergelijke procedure, zijn ze alsnog afdwingbaar en tegenwerpelijk aan derden *indien* de afwikkelende instantie, de centrale tegenpartij of het *clearing house* na het tijdstip van afwikkeling kan aantonen dat zij niet op de hoogte was of op de hoogte behoefde te zijn van de opening van een dergelijke procedure. Om van de bescherming van de Richtlijn te kunnen genieten moet de onwetendheid zowel bij de invoering als bij de afwikkeling van de overboekingsopdracht voorhanden zijn (art. 3, 1, tweede lid Richtlijn D.A.B.; zie ook G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 480). De Richtlijn geeft in artikel 3, 3 aan dat het *tijdstip van invoering van een overboekingsopdracht in een systeem* wordt bepaald volgens de regels van dat systeem. Evenwel moeten de regels van het systeem op dit punt in overeenstemming zijn met de nationale wetgeving hieromtrent, zo die er is (art. 3, 3 Richtlijn D.A.B.; zie ook D. DEVOS, *Euredia* 1999, p. 175-176, nr. 29).

³¹¹ Wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, regels of praktijken betreffende de nietigheid van overeenkomsten en transacties die zijn aangegaan vóór het tijdstip waarop een insolventieprocedure is geopend – m.a.w. regels i.v.m. de verdachte periode – mogen voorts niet tot het ongedaan maken van een verrekening leiden (art. 3, 2 Richtlijn D.A.B.; zie ook D. DEVOS, *Euredia* 1999, p. 175, nr. 28).

³¹² Deze bepaling – en dus ook de nationale omzettingbepaling ervan – primeert op de regels van de Insolventieverordening. Voor wat de impact van de Insolventieverordening op *netting* betreft, zie E. DIRIX en V. SAGAERT, *l.c.*, p. 599, nr. 54.

³¹³ Zie hierover D. DEVOS, *Euredia* 1999, p. 180-181, nr. 37 en ook E. DIRIX en V. SAGAERT, *l.c.*, p. 599, nr. 54.

³¹⁴ Volgens G. SCHRANS en R. STEENNOT is deze keuzevrijheid evenwel in die zin beperkt dat men enkel het recht van een lidstaat waar tenminste één deelnemer zijn hoofdkantoor heeft, kan kiezen: G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 490 en nr. 493.

³¹⁵ *B.S.* 1 juni 1999, *err.*, *B.S.* 17 november 1999.

³¹⁶ Zie *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1999/1, 1. De *doelstelling* van de Wet D.A.B. bestaat er volgens de wetgever in om de rechtsgeldigheid en vooral de tegenstelbaarheid aan derden van de verrekening tussen de in het systeem ingevoerde betalingen te waarborgen, in het bijzonder bij

gelijkluidend aan de Europese.³¹⁷ Hierna worden dan ook slechts enkele bijzonderheden aangestipt.

De Wet is van toepassing op, onder meer, de betalingssystemen UCV en ELLIPS en de Belgische Verrekenkamer (art. 2 §1, a Wet D.A.B.). Ze voorziet in een verregaande bescherming. Enerzijds geeft artikel 3 §2 Wet D.A.B. aan dat de verrekening niet in het gedrang kan worden gebracht door de Wet op het gerechtelijk akkoord en de Faillissementswet, inzonderheid de artikelen 16 tot 26 van laatstgenoemde Wet.³¹⁸ Anderzijds voorziet de wetgever in artikel 3 §3 Wet D.A.B. in een bijzondere garantie opdat ook de afwikkeling van de verrekening binnen het systeem daadwerkelijk zou kunnen plaatsvinden.³¹⁹

insolventie van een deelnemer aan een systeem dat op een dergelijke basis functioneert (*Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1999/1, 9; zie hierover ook D. DEVOS, "Protection juridique des systèmes de paiement et de règlement titres en Belgique (après la loi du 28 avril 1999)", *Bank.Fin.* 2000, p. 322, nr. 16 (hierna verkort: D. DEVOS, *Bank.Fin.* 2000)).

³¹⁷ De Wet D.A.B. stelt in artikel 3§1: "*De verrekening van de overboekingsopdrachten betreffende fondsen of financiële instrumenten, en van de vorderingen en verbintenissen die voortvloeien uit zulke opdrachten, in een systeem is rechtsgeldig en kan aan derden worden tegengeworpen, ook in geval van faillissement, gerechtelijk akkoord of een van het faillissement verschillende samenloop tegen een deelnemer, voorzover de betrokken overboekingsopdrachten werden ingevoerd in een systeem, volgens de regels van dat systeem, voor het faillissement, het gerechtelijk akkoord of de samenloop of indien die opdrachten werden ingevoerd en uitgevoerd op een ogenblik dat de beherende instelling of de afwikkelende instantie kan aantonen dat zij in de gewettigde onwetendheid verkeerde van het feit dat het faillissement, het gerechtelijk akkoord of de samenloop tegen de betrokken deelnemer voor dat tijdstip heeft plaatsgevonden*" (eigen onderstreping). Artikel 2 Wet D.A.B. geeft een lijst met betalings- en afwikkelingssystemen die onder het toepassingsgebied van de Wet ressorteren. De Koning kan deze lijst uitbreiden (art. 2§5 van de Wet; zie R. STEENNOT, "art. 157 W. 22 maart 1993", p. 14 e.v., nr. 17 e.v.). Artikel 6 Wet D.A.B. schaft de nul-uurregel – d.i. de regel op grond waarvan de beslissing die een insolventieprocedure opent, terugwerkt tot 0.00 uur van de dag waarop die procedure wordt geopend – op het vlak van betalings- en effectenclearingsystemen af (zie *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1999/1, 15; zie ook D. DEVOS, *Bank.Fin.* 2000, p. 323, nr. 18). Artikel 7§1 Wet D.A.B., een I.P.R. -bepaling, bepaalt dat de gevolgen van een insolventieprocedure tegen een deelnemer aan een Belgisch betalings- of afwikkelingssysteem onderworpen zijn aan de Belgische wetgeving, in het bijzonder de Wet van 28 april 1999 (zie ook D. DEVOS, *Bank.Fin.* 2000, p. 323, nr. 19).

³¹⁸ Dat brengt mee dat indien een verrekening in de toepassing van artikel 3 §1 Wet D.A.B. geldig en tegenstelbaar is, dit *niet* kan worden ongedaan gemaakt indien de in de verrekening geïncorporeerde overboekingsopdrachten betrekking hebben op de betaling van voordien aangegane niet-vernietigde schulden (G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 482; R. STEENNOT, "art. 157 W. 22 maart 1993", p. 20-21, nr. 33; zie ook D. DEVOS, *Bank.Fin.* 2000, p. 322, nr. 16). Deze overboekingsopdrachten worden met andere woorden *iuris et de iure* vermoed niet verdacht te zijn, ook al vinden ze plaats tijdens de verdachte periode.

³¹⁹ Het artikel schrijft voor dat de systeembeheerder of de afwikkelende instantie – voor zover de toepasselijke contractuele bepalingen hem daartoe machtigen –, niettegenstaande het faillissement, het gerechtelijk akkoord of een gelijkgerechtigde samenloop, de afwikkelingsrekening van de gefailleerde deelnemer, die in gebreke blijft om zijn verbintenissen uit te voeren, mag debiteren, om het na verrekening ontstane debetsaldo aan te zuiveren en aldus de eindafwikkeling mogelijk te maken. De beheerder is zelfs gemachtigd, onder de toepasselijke contractuele voorwaarden, *ambtshalve* gebruik te maken van de door de deelnemer toegestane kredietopening om deze laatste zijn debetpositie aan te zuiveren. Dit kan evenwel slechts ten beloop van het bedrag dat is gewaarborgd door zakelijke zekerheden in de zin van artikel 8 §3 Wet D.A.B. (zie hierover ook G. SCHRANS en R. STEENNOT, *o.c.*, nr. 483; R. STEENNOT, "art. 157 W. 22 maart 1993", p. 26-27, nr. 43; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 2000, p. 322, nr. 16).

3. De Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten en de Wet van 15 december 2004

Weerom wordt aangevangen met een bespreking van de Europese bronnorm. Daarna komt de Wet van 15 december 2004 aan bod. Enkel de bepalingen omtrent *netting* krijgen aandacht.³²⁰

a. De Richtlijn

i Doelstelling van de Richtlijn

Het opzet van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten³²¹ is gelijkaardig aan dit van de Richtlijn D.A.B.³²² De Europese wetgever wenst een rechtszeker klimaat te scheppen voor de gehele financiële sector.³²³

ii Toepassingsveld

Het personele toepassingsgebied van de Richtlijn wordt afgebakend in de artikelen 1.2 en 1.3 R.F.Z. In grote lijnen kan worden gesteld dat de Richtlijn *ratione personae* twee categorieën viseert: enerzijds de (financiële) instellingen met een specifiek statuut³²⁴ en anderzijds de “andere dan

³²⁰ De bepalingen worden ook enkel *in functie van netting* bekeken. Dat impliceert dat niet alle conclusies onverkort kunnen gelden bij het overige dat in de Richtlijn wordt genormeerd.

³²¹ Zie hierover in het algemeen M. VAN DER HAEGEN, “L’impact de la Directive concernant les garanties financières de lege ferenda”, in, *Bancaire en financière zekerheden*, Brussel, Bruylant, 2004, 266-297 (hierna verkort: M. VAN DER HAEGEN, *Bancaire en financière zekerheden*).

³²² De R.F.Z. *vervangt* de Richtlijn D.A.B. overigens *niet*, maar *vult hem aan* (zie de voorafgaande overweging nr. 4 bij de R.F.Z.).

³²³ De *collateral*-Richtlijn past in het Europese plan om regelingen die de financiële sector aangaan te harmoniseren (zie hierover G. MORTON, “Modernization of EU financial law: the directive on financial collateral arrangements”, *Euredia* 2003, p. 14-15, nrs. 2.1-2.3; H. SEELDRAYERS, “De Europese Richtlijn inzake de zekerheidsovereenkomsten – Krachtlijnen en artikelsgewijze commentaar”, *T.Fin.R.* 2003, p. 338, nr. 3). Ze kadert meer in het bijzonder in een algemene visie die ernaar streeft de efficiëntie van zekerheidsmechanismen te vergroten, ongeacht het soort overeenkomst waarvoor de betrokken partijen opteren. De rode draad daarbij vormt het vrijwaren van de stabiliteit van het financiële systeem en het garanderen van de efficiënte werking ervan (zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 3).

³²⁴ Dat zijn dan: overheidsinstanties (art. 1.2.a R.F.Z.), centrale banken (art. 1.2.b R.F.Z.), financiële instellingen, waaronder o.a. kredietinstellingen (art. 1.2.c R.F.Z.) en *clearing houses* (art. 1.2.d R.F.Z.). Zie hierover D. DEVOS, “The Directive 2002/47/EC on Financial Collateral Arrangements of June 6, 2002”, in Institut d’études européennes (ed.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Brussel, Editions de l’Université Libre de Bruxelles, 2003, 263-264 (hierna verkort: D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*); H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 345, nr. 20; W. BOSSU, “De Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten: inhoudelijke analyse”, in, *Bancaire en financiële zekerheden*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 240-243, nrs. 36-39; F. T’ KINT en W. DERIJCKE, “La directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés”, *Euredia* 2003, p. 45, nr. 6.

natuurlijke personen”³²⁵. De Richtlijn geldt in wezen énkél niet voor natuurlijke personen.³²⁶ Ratione materiae beoogt de Richtlijn, voor wat netting betreft, énkél default netting-clausules of, in de bewoordingen van de Richtlijn, “clausules tot saldering bij vroegtijdige beëindiging” (art. 7 R.F.Z.)³²⁷ te beschermen.³²⁸ Opdat de Richtlijn zou gelden, is het nodig dat de clausule is opgenomen in een financiële zekerheidsovereenkomst of in een raamovereenkomst waarvan een financiële zekerheidsovereenkomst deel uitmaakt of dat, bij gebreke aan overeenkomst, een wetbepaling in de gevolgen ervan voorziet (art. 2.1.n R.F.Z.).³²⁹ Merkwaardig is dat de Richtlijn

³²⁵ Opdat “andere dan natuurlijke personen” onder de Richtlijn zouden vallen, is het wél vereist dat de tegenpartij een (financiële) instelling met een specifiek statuut zoals bedoeld in de artikelen 1.2.a tot 1.2.d. R.F.Z. is (art. 1.2. e R.F.Z.). De Richtlijn voorziet in een *opt-out* mogelijkheid voor de categorie “andere dan natuurlijke personen”. De lidstaten kunnen deze categorie dus van de werkingssfeer van de Richtlijn uitsluiten (zie hierover H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 345, nr. 20 en p. 346-347, nrs. 22-23; W. BOSSU, *l.c.*, p. 240-243, nrs. 36-39; F. T’ KINT en W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 45, nr. 6). De Belgische wetgever heeft hiervan geen gebruik gemaakt.

³²⁶ Zie H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 345, nr. 20 (voetnoot 46).

³²⁷ Deze clausule wordt in de Richtlijn omschreven als: “*een clausule van een financiëlezekerheidsovereenkomst dan wel van een overeenkomst waarvan een financiëlezekerheidsovereenkomst deel uitmaakt of, bij gebreke van een overeenkomst, enig wettelijk voorschrift krachtens hetwelk bij het plaatsvinden van een afdwingsgrond, door saldering, verrekening of anderszins: i) de verplichtingen van de partijen worden onmiddellijk vervroegd opeisbaar en worden omgezet in een verplichting tot het betalen van een bedrag, dat hun geschatte actuele waarde vertegenwoordigt, dan wel worden beëindigd en vervangen door een verplichting tot het betalen van zulk een bedrag en/of, ii) de rekening wordt opgemaakt van hetgeen de ene partij aan de andere verschuldigd is uit hoofde van die verplichtingen en een nettobedrag gelijk aan het saldo van die rekening moet worden betaald door de partij die het hoogste bedrag aan de andere partij verschuldigd is*” (zie ook G. MORTON, *l.c.*, p. 28, nr. 4.8). Uit de toelichting bij het commissievoorstel blijkt dat men met “clausule tot saldering bij vroegtijdige beëindiging” bedoelt: elke clausule van “vervroegde verrekening” waarbij de wederzijdse verplichtingen van de partijen vervroegd opeisbaar of beëindigd worden en worden omgezet of vervangen door een verplichting van de ene partij om aan de andere één énkél netto bedrag te betalen dat het verschil vertegenwoordigt tussen de geschatte actuele waarde van de verplichtingen tussen beide partijen (Toelichting bij art. 8 van het commissievoorstel, p. 10 (aangehaald in H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 426, nr. 93)). De bedoeling van de Europese wetgever is om elke juridische techniek van “vervroegde verrekening” binnen het toepassingsveld van de Richtlijn te brengen (H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 426, nr. 93; zie hierover ook G. MORTON, *l.c.*, p. 19-20, nrs. 2.15-2.17).

³²⁸ Voorafgaande overwegingen nrs. 5 en 14 bij de R.F.Z. De communautaire wetgever beschouwt *default netting* als een op de financiële markt algemeen gangbare en prudente werkwijze op het gebied van risicomanagement. Zie hierover ook W. BOSSU, *l.c.*, p. 255-256, nrs. 75-78.

³²⁹ Zie hiervoor H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 426, nr. 94. J.P. DEGUÉE geeft voorts aan dat partijen er goed aan doen een formele band tussen hun *netting*overeenkomst en hun financiële zekerheidsovereenkomst te voorzien om zonder enige betwisting te kunnen genieten van de rechtszekerheid die de Richtlijn biedt (J.P. DEGUÉE, “La Directive 2001/24/CE sur l’assainissement et la liquidation des établissements de crédit: enfin un droit international privé uniforme des procédures d’insolvabilité en matière bancaire”, in, *Bancaire en financière zekerheden*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 206, nr. 25; zie W. BOSSU, *l.c.*, p. 256, nr. 78). Merk op dat “*walk away* -clausules” door de Richtlijn niet worden beschermd (H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 428, nr. 98; zie ook hierboven voetnoot 295).

de lidstaten toestaat om de bescherming ervan voor te behouden voor (te verrekenen) wederkerige schuldvorderingen.³³⁰

Indien de *default netting*-clausule is overeengekomen in het raam van een betalingsafwikkelingssysteem, gaat de hiervoor besproken Richtlijn D.A.B., als *lex specialis*, voor op de *collateral*-Richtlijn. Deze heeft een ruimer toepassingsgebied *ratione materiae* dan de *collateral*-Richtlijn: de Richtlijn D.A.B. is van toepassing op elk type *netting*³³¹; de *collateral*-Richtlijn ziet slechts toe op *close-out netting*.

iii De regel: erkenning van “clausules tot saldering bij vroegtijdige beëindiging”

Artikel 7 van de *collateral*-Richtlijn legt de lidstaten op om te bewerkstelligen dat een “clausule tot saldering bij vroegtijdige beëindiging” (*default netting*-clausule) rechtsgevolg kan hebben, niettegenstaande de aanvang of voortzetting van een liquidatie- of saneringsprocedure³³² en niettegenstaande enige voorgenomen overdracht of enig beslag.³³³ Om dit gebod kracht bij te zetten bepaalt de Richtlijn zelf welke insolventievoorschriften niet meer zullen kunnen gelden.³³⁴ Voor België worden onder meer de regeling over de

³³⁰ De communautaire wetgever stelt, in de voorafgaande overwegingen *nota bene*, normatief dat de Richtlijn géén afbreuk doet aan nationale wetgeving die *wederkerigheid* als voorwaarde stelt voor het in aanmerking nemen van verrekening na samenloop (voorafgaande overweging nr. 15 bij de R.F.Z.). Indien een nationale instantie dus de voorwaarde van wederkerigheid zou stellen én deze streng zou invullen, zou de zekerheidsverschaffende waarde van deze Richtlijn – en dus de zekerheidswaarde van *default netting* – worden uitgehold. Zoals verder zal blijken, heeft de Belgische wetgever deze weg niet bewandeld.

³³¹ De omschrijving van het begrip “verrekening” of “*netting*” in de Richtlijn D.A.B. is ruim genoeg om ook “*close-out clauses*” te omvatten.

³³² Ook ingeval van gerechtelijk akkoord geldt dus de bescherming die de Richtlijn biedt, ongeacht of men het gerechtelijk akkoord al dan niet als een vorm van samenloop beschouwt (H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 429, nrs. 100; zie ook hierboven randnr. 18). Dat impliceert dat artikel 28 van de Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord (*B.S.* 28 oktober 1997, *err.*, *B.S.* 4 december 1997; hierna verkort: W.G.A.) – deze bepaling stelt dat ontbindende bedingen ingeval van gerechtelijk akkoord in beginsel zonder gevolg blijven – inzake de in de Richtlijn geïndiceerde clausules niet kan spelen (zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 45).

³³³ Zie hierover G. MORTON, *l.c.*, p. 32-36, nrs. 9.1-10.9; D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, 269; F. T’ KINT en W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 54-55, nr. 21; H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 428-429, nrs. 99. Artikel 7.2 R.F.Z. bepaalt voorts nog dat de werking van de “clausule tot saldering bij vroegtijdige beëindiging” niet kan worden onderworpen aan enige voorafgaande formaliteit, tenzij dit tussen partijen wordt overeengekomen. Zie hierover ook H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 430-431, nrs. 104 en 105 en D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, 269.

³³⁴ Als regel geldt dat de (werking van de) financiële zekerheidsovereenkomst – waarvan de “clausule tot saldering bij vroegtijdige beëindiging” doorgaans deel uitmaakt – niet ongeldig of ongedaan kan worden gemaakt *louter* (zie art. 8.4 R.F.Z.; G. MORTON, *l.c.*, p. 35, nr. 10.7; F. T’ KINT en W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 56-57, nr. 22; H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 437, nr. 123; D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, 270-271) op grond van het feit dat zulke overeenkomst tot stand is gekomen: (1) op de dag waarop de sanerings- of liquidatieprocedure is aangevangen (art. 8.1.a R.F.Z.), of (2) in de verdachte periode (art. 8.1.b R.F.Z.). Zie hierover G.

“verdachte periode” en de nul-uurregel – d.i. de regel op grond waarvan de beslissing die een insolventieprocedure opent, terugwerkt tot 0.00 uur van de dag waarop die procedure wordt geopend – gevisieerd.

iv De I.P.R.-bepaling

Het I.P.R.-voorschrift van de Richtlijn heeft geen uitstaans heeft met (*default netting*).³³⁵ Inzake het I.P.R.-vraagstuk moet er, voor wat de mogelijkheid voor Belgische financiële instellingen tot *netting* van betalingsopdrachten bij samenloop betreft, dan ook worden teruggevallen op ofwel de Wet van 28 april 1999³³⁶ ofwel het bepaalde in de artikelen 10. 2 (c), 23 en 25 van Richtlijn 2001/24 betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen³³⁷.

MORTON, *l.c.*, p. 21-22, nr. 2.19; D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, 270-271; F. T' KINT en W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 55-57, nr. 22.

H. SEELDRAYERS geeft aan dat de Richtlijn de toepasselijkheid van de artikelen 17, 3°, 18 en 20 Faill.W. *overlet* laat aangezien deze bepalingen de niet-tegenstelbaarheid van bepaalde handelingen niet *louter* op het tijdstip van het totstandkomen van de overeenkomst enten (H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 431-433, nr. 107-110 en p. 438-439, nrs. 124-127; zie F. T' KINT en W. DERIJCKE, *l.c.*, p. 57, nr. 22; D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, 270-271). De Belgische nul-uurregel kan daarentegen *niet* meer gelden voor wat het in de Richtlijn gevisieerde betreft (H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 433-434, nrs. 111-115; G. MORTON, *l.c.*, p. 21-22, nr. 2.19; D. DEVOS, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, 260).

³³⁵ De bepaling handelt over *effectenrekeningen* waarop in *zekerheid verschafte financiële instrumenten* worden ingeschreven. Zie hierover: *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 5 en *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 49-50; G. MORTON, *l.c.*, p. 36-37, nr. 11.1-11.5; H. SEELDRAYERS, *l.c.* p. 439-442, nrs. 128-135.

³³⁶ De reden waarom de I.P.R.-bepaling van de *Wet D.A.B.* voorgaat op de *Insolventieverordening* is eenvoudig te verklaren. De I.P.R.-bepaling van de *Wet D.A.B.* is immers slechts de omzetting van de I.P.R.-bepaling van de Richtlijn D.A.B. Deze laatste bepaling – en daarom dus ook de regel van de *Wet D.A.B.* – gaat voor op de bepalingen van de *Insolventieverordening* (*lex specialis derogat lex generalis*).

Voor wat *kredietinstellingen* betreft, bepaalt overweging 25 bij Richtlijn 2001/24 van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (*P.B. L.* 5 mei 2001, afl. 125, 15; hierna: Richtlijn S.L.K.) dat de *in het kader van een betalings- en afwikkelingssysteem verrichte* transacties vallen onder het Europese regime waarvan de *Wet van 28 april 1999* de implementatie vormt.

³³⁷ Enkel voor wat de transacties *buiten een betalings- of afwikkelingssysteem* betreft, gelden de I.P.R.-regels van deze Richtlijn (zie de vorige voetnoot). De regeling van de Richtlijn S.L.K. luidt in grote lijnen als volgt. In beginsel wordt de tegenstelbaarheid van (alle vormen van) verrekening na faillissement bepaald aan de hand van het recht van de lidstaat van herkomst (art. 10, 2, c Richtlijn S.L.K.). Een uitzondering hierop wordt gemaakt indien het recht dat op de vordering van de kredietinstelling van toepassing is, de verrekening, in tegenstelling tot de vorige hypothese, wél toestaat (art. 23 Richtlijn S.L.K.). Inzake *netting* wordt tenslotte in een specifieke uitzondering voorzien. De mogelijkheid tot *netting* na faillissement wordt uitsluitend geregeld door het recht dat van toepassing is op de *nettingovereenkomst* (art. 25 Richtlijn S.L.K.). De *Insolventieverordening* is niet van toepassing op insolventieprocedures betreffende kredietinstellingen (art. 1, 2 *Insolventieverordening*). Zie hierover verder J.P. DEGUÉE, *l.c.*, p. 205-206, nr. 24.

b. De Wet financiële zekerheden van 15 december 2004

De Wet financiële zekerheden³³⁸ zet de *collateral*- Richtlijn maximaal om in nationaal recht.³³⁹ De wetgever heeft zich er niet toe beperkt de Richtlijn louter om te zetten; hij is op meerdere punten “verder gegaan” dan het Europese voorschrift.³⁴⁰ Gelet op het minimaal harmoniserende karakter van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten, is dit mogelijk.³⁴¹ In wat volgt, wordt de draag- en reikwijdte van de Wet financiële zekerheden verduidelijkt.

i Vooraf: de impact van de Wet van 15 december 2004 op het normenbestel

Artikel 157 §1 van de Wet van 22 maart 1993 betreffende het statuut en toezicht op de kredietinstellingen³⁴², dat reeds in een normering over *netting* voorzag, wordt door artikel 69, 5° W.F.Z. opgeheven.³⁴³ De *Wet van 28 april 1999* blijft van kracht. Deze Wet geldt als *lex specialis* ten opzichte van de W.F.Z.³⁴⁴ Dat impliceert dat betreffende *netting*overeenkomsten in het raam van betalings- en afwikkelingssysteem in de zin van de Wet van 28 april

³³⁸ B.S. 1 februari 2005. De Wet treedt in beginsel ook in werking op deze datum. De Wet is evenwel ook van toepassing op eerder gesloten *netting*overeenkomsten, behalve wat de insolventieprocedures, de gevallen van samenloop of de beslagprocedures betreft die dateren van vóór 1 februari 2005 (art. 73 W.F.Z.; zie ook *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 78).

³³⁹ De wetgever voorziet – na ruggespraak van de financiële sector – bijvoorbeeld ook in een reeks fiscale maatregelen om het nut van de omzetting vanuit economisch oogpunt te optimaliseren en een coherente regeling te kunnen invoeren (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 3; X, o.c., *Financiewezen en samenleving* juli 2004, nr. 2, p. 6). De wetgever wil zo België als financieel centrum promoten.

³⁴⁰ In het raam van de tegenwerpelijkheid van klassieke *netting* na samenloop moet dat “verder gaan” worden genuanceerd. De wetgever wilde in de eerste plaats de regeling *die er reeds was* ingevolge onder meer artikel 157 van de Wet van 22 maart 1993 *behouden*. Hij gaat op dit punt in wezen dus niet *verder*; hij *ging* al verder (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 4-5). Voor het overige *gaat* hij wél verder. Onder meer het toepassingsgebied *ratione personae* en *ratione materiae* van de Wet is véél ruimer dan dat van de Richtlijn (zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 34). In een standpuntverklaring juicht de Europese Centrale Bank (ECB) de aanpak van de Belgische wetgever toe (Opinion of the European Central Bank van 4 augustus 2004 (CON/2004/27), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, p. 307, nr. 4 en p. 309-310, nr. 11).

³⁴¹ De Belgische regeling is ook in overeenstemming met de communautaire bepalingen inzake vrij verkeer. Het vrij verkeer wordt door de Belgische regeling immers op generlei wijze in het gedrang gebracht; de regeling komt het vrij verkeer integendeel ten goede. De Europeesrechtelijke conformiteit van de Wet financiële zekerheden komt dan ook in beginsel niet in het gedrang. Dit wordt verderop nog enigszins genuanceerd (zie hieronder randnr. 60).

³⁴² B.S. 19 april 1993.

³⁴³ Zie ook *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 54. Het valt buiten het bestek van deze verhandeling om de verschillen tussen de opgeheven bepaling en de nieuwe regelgeving omstandig te bespreken. Enkel waar dat nodig is, wordt gewezen op de verschillen.

³⁴⁴ Zie *Parl.St.* Kamer 1998-99, nr. 1999/1, 11 en ook R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 7, nr. 5.

1999, deze Wet voorgaat op de W.F.Z. De Wet financiële zekerheden werkt daarvoor slechts aanvullend.³⁴⁵

ii Het toepassingsgebied van de Wet

In een tweetal bepalingen omschrijft de wetgever het toepassingsgebied van de W.F.Z. inzake nettingovereenkomsten zéér ruim. In artikel 4 §2 W.F.Z. schrijft de wetgever, enigszins laconiek, voor: “*Deze wet is ook van toepassing op nettingovereenkomsten*”.³⁴⁶ Artikel 3, 4° W.F.Z. geeft aan wat we onder “*nettingovereenkomsten*” moeten verstaan. Dit zijn: “*de overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking*”.

Welke aanknopingspunten kunnen hieruit worden gedistilleerd? Voor wat het toepassingsgebied *ratione personae* betreft, is er geen aanknopingspunt. Dat impliceert dat de Wet een onbeperkt personeel toepassingsveld heeft.³⁴⁷ Zij is dus van toepassing op financiële instellingen, maar ook op ondernemingen en zelfs op consumenten.³⁴⁸ Dat gaat ver³⁴⁹, maar de wetgever heeft dit bewust gewild.³⁵⁰ Ook *ratione materiae* reikt de Wet zeer ver. Een *nettingovereenkomst* kan zowel een overeenkomst tot “schuldvernieuwing” als een overeenkomst tot (bi- of multilaterale) “schuldvergelijking” zijn.³⁵¹ Het is van geen belang welke soort van schuldvorderingen het voorwerp uitmaken van de *nettingovereenkomst*.³⁵² De termen “schuldvernieuwing” en “schuldvergelijking” hebben hier niet zozeer hun gemeenschappelijke betekenis, maar moeten “rekbaar” worden geïnterpreteerd. Het is immers de bedoeling van de wetgever alle overeenkomsten die een conventioneel verrekeningsproces instellen, waaronder de ontbindende bedingen en de

³⁴⁵ Men kan dat bijvoorbeeld afleiden uit artikel 17 §1 W.F.Z. dat bij wijze van aanhef stelt: “*Onverminderd...de wet van 28 april 1999...*” Zie ook R. STEENNOT, “Schuldvergelijking”, p. 18-19, nr. 35 en R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 10, nr. 10 en p. 26-27, nr. 41.

³⁴⁶ De Wet introduceert daarmee het begrip “*netting*” in het Belgische normenbestel (zie eerder randnr. 43 *in fine*).

³⁴⁷ Zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 13; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De Wet financiële zekerheden”, *R.W.* 2004-05, p. 1524, nr. 12 *in fine*.

³⁴⁸ Zie V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541, nr. 68. Het feit dat de Wetgever uitdrukkelijk stelt dat de *consumentenbeschermende* wetgeving ook geldt inzake *nettingovereenkomsten*, wijst er overigens op dat hij consumenten niet van het toepassingsgebied van de Wet heeft willen uitsluiten (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 35).

³⁴⁹ Het “traditionele” concept *netting* wordt hierdoor – weliswaar “enkel” voor de toepassing van de W.F.Z. – aanzienlijk verruimd.

³⁵⁰ De wetgever *moet* wel bewust hebben gehandeld; de ECB heeft hem immers *expressis verbis* gewezen op de ruime reikwijdte van de Wet (Opinion of the European Central Bank van 4 augustus 2004 (CON/2004/27), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, p. 309, nr. 11). De parlementaire voorbereiding leert voorts dat de wetgever het ruime toepassingsgebied effectief heeft gewild. De wetgever *verantwoordt* het uitgebreide toepassingsgebied immers (door te wijzen op de ruime bescherming die de Insolventieverordening op het vlak van *netting* nu reeds biedt voor niet-financiële instellingen (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 34-35)).

³⁵¹ De wetgever heeft de Europees voorgeschreven bescherming voor *default netting* dus (alleszins) doorgetrokken naar alle hiervoor aangegeven klassieke vormen van *netting* (artt. 3, 4° en 4§2 W.F.Z.).

³⁵² Het maakt bijvoorbeeld niet of de schuldvorderingen effecten of contanten tot voorwerp hebben (V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1522, nr. 7).

voorwaarden met betrekking tot vroegtijdige beëindiging die zijn overeengekomen om verrekening mogelijk te maken³⁵³, onder het toepassingsgebied van de Wet te brengen.³⁵⁴

Wat levert dit op? Allereerst dit: “*netting*” krijgt in de W.F.Z. een wezenlijk ruimere invulling dan er tot hiertoe klassiek aan werd gegeven. De *netting* van de W.F.Z. behelst immers niets meer dan conventionele verrekening, de gemeenrechtelijke contractuele compensatie inclusief.³⁵⁵ *Netting* wordt door de W.F.Z. dus uit de (loutere) sfeer van het financieel recht gelicht en geïntroduceerd in het gemene verbintenissen- en insolventierecht.³⁵⁶ Overeenkomsten tot gemeenrechtelijke “schuldu vernieuwing” en/of “schuldu vergelijking” zijn onder het regime van de W.F.Z. *netting*overeenkomsten.³⁵⁷ Gelet op het beschermingsregime dat de W.F.Z. installeert voor *netting*overeenkomsten is dit een belangrijk gegeven.

iii De materiële regeling van de W.F.Z. op het vlak van *netting*

Als uitgangspunt moet hier voor ogen worden gehouden dat de W.F.Z. zich ertoe “beperkt” de rechtsgevolgen van *netting*overeenkomsten te normeren, in het bijzonder in het raam van insolventieprocedures.³⁵⁸ De Wet bepaalt niets over de geldigheid en de contractuele aspecten van *netting*overeenkomsten. Daarvoor geldt het gemene recht.

De wetgever beschermt *netting*overeenkomsten zeer verregaand. Artikel 14 W.F.Z. voorziet in de principiële en quasi-absolute tegenstelbaarheid van het intreden van de gevolgen van *netting*overeenkomsten – en dus ook, als

³⁵³ Dit zijn de zgn. “clausules tot saldering bij vroegtijdige beëindiging” of *close-out* -bedingen die door de R.F.Z. worden geïntroduceerd (zie art. 14 W.F.Z.; *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 27; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541-1542, nr. 71.). V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS merken in dit kader terecht op dat men zich kan afvragen of de Richtlijn op dit punt voldoende is omgezet (V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 72). De Richtlijn heeft immers ook betrekking op mechanismen van vroegtijdige verrekening op basis van een *wettelijk voorschrift*, terwijl de W.F.Z. daar met geen woord over rept. Om in overeenstemming met de Richtlijn te zijn, moet men dus de bestaande regels *richtlijnconform* interpreteren. Dat brengt concreet mee dat de gemeenrechtelijke wettelijke schuldu vergelijking *steeds* moet kunnen intreden wanneer de schuldu vorderingen ingevolge samenloop opeisbaar worden (V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 72; zie verder randnr. 60). Overigens, de vraag naar de conformiteit met de Richtlijn rijst slechts inzake *default netting*; de overige vormen van *netting* worden in de Richtlijn immers niet geregeld. De Richtlijn normeert *netting* met andere woorden *niet* uitputtend. Dat neemt uiteraard niet weg dat de regeling omtrent de overige vormen van *netting* geen afbreuk mag doen aan het vrij verkeer.

³⁵⁴ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/1, 27.

³⁵⁵ Het maakt, opdat de W.F.Z. van toepassing zou zijn, immers niet uit tussen wie de schuldu vorderingen bestaan, noch in welke context ze tot stand zijn gekomen of welk voorwerp ze hebben (zie V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541, nr. 70).

³⁵⁶ Het moet worden opgemerkt dat de titel van de Wet in dat opzicht misleidend is: “Wet betreffende de *financiële* zekerheden ...” (eigen onderstreping).

³⁵⁷ De hiervoor besproken compensatiebedingen *s.l.* en het rekening-courantbeding *zijn* in de zin van de W.F.Z. *netting*overeenkomsten.

³⁵⁸ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 35; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541, nr. 68.

onderdeel daarvan, van conventionele compensatieclausules – in geval van samenloop. Er worden slechts twee voorwaarden gesteld. Enerzijds moeten de schuldvordering en de schuld waarop de *netting* moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik dat de samenloop plaatsvindt (art. 14 W.F.Z.).³⁵⁹ Anderzijds wordt het vereist dat de *netting*overeenkomst is gesloten vóór de samenloop plaatsvindt (art. 15§1 W.F.Z.).³⁶⁰ Deze laatste voorwaarde geldt evenwel niet absoluut. *Netting*overeenkomsten die zijn gesloten ná de samenloop kunnen nog gevolg sorteren, voorzover de (solvabele) tegenpartij kan aantonen dat hij op het ogenblik van sluiting van de overeenkomst in de gewettigde onwetendheid verkeerde over de opening of het eerder plaatsvinden van de samenloop (art. 15 §1 W.F.Z.).³⁶¹ Opvallend is dat de Wet geen wederkerigheid voorschrijft.³⁶² Conventionele schuldvergelijking na samenloop kan in het raam van de W.F.Z. dus intreden ongeacht of de te verrekenen schuldvorderingen samenhangend of connex zijn.³⁶³ Maar hier

³⁵⁹ Zie ook *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 45-46. Dit impliceert enerzijds dat boedelschulden *niet* worden gevisieerd (V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 73). Anderzijds brengt dit mee dat de datum van opeisbaarheid, het doel, het voorwerp of de valuta van de schuldvorderingen géén vereisten vormen voor de tegenwerpelijkeheid (art. 14 W.F.Z.). In het opgeheven artikel 157 van de Wet van 22 maart 1993 werd nog vereist dat de te verrekenen vordering en de schuld ten tijde van de faillietverklaring of van de gelijkgerichte samenloop *deel uitmaakten van hetzelfde vermogen*. Thans volstaat het dat de schuldvordering en de schuld bestaan.

³⁶⁰ In artikel 157 van de Wet van 22 maart 1993 werd nog vereist dat de *netting*overeenkomst was gesloten vóór de *aanvang van de verdachte periode*. In de nieuwe Wet wordt deze voorwaarde niet meer wordt gesteld, maar wordt er in beginsel enkel nog vereist dat de *netting*overeenkomst is gesloten vóór het faillissementsvonnis (zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 47-48). De *muluurregel*, waarvan de toepassing reeds in artikel 157 van de Wet van 22 maart 1993 was uitgesloten, speelt niet (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 47; zie hierover ook W. BOSSU, *l.c.*, p. 259-261, nrs. 88-93). Het voorgaande is in overeenstemming met de normering in de *collateral-Richtlijn* (zie art. 8 R.F.Z.).

³⁶¹ Zie hierover ook V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1543-1544, nrs. 76-77. Uiteraard wordt niet alleen de *mogelijkheid tot het sluiten* van een *netting*overeenkomst gegarandeerd, maar worden ook de handelingen ter *uitvoering* ervan beschermd (art. 15 §2 W.F.Z.; *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 47-48).

³⁶² V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS wijzen er terecht op dat het vereiste van wederkerigheid ingevolge de W.F.Z. slechts op het vlak van de *tegenstelbaarheid* géén enkele rol meer kan spelen. In een geval waar het toepasselijk recht op de schuldvorderingen de wederkerigheid zou voorschrijven voor de *geldigheid* van de *netting*overeenkomsten – de Wet ziet daar niet naar – kan het vereiste toch nog gelden (V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 73). In België is wederkerigheid alleszins geen voorwaarde voor de *geldigheid* van *netting*overeenkomsten.

³⁶³ De Richtlijn liet nochtans de ruimte om wederkerigheid voor te schrijven (zie hierboven randnr. 54). De Belgische wetgever is evenwel duidelijk: samenhang wordt *niet* vereist (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 45; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 74). Dit was ook reeds zo in de toepassing van artikel 157 van de Wet van 22 maart 1993 (zie R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 20, nr. 32; D. DEVOS, *Bank.Fin.* 1994, 169).

Op basis van een strikt legalistische interpretatie zou men verkeerdelijk kunnen stellen dat het vereiste van samenhang *tóch* geldt in de W.F.Z. Omdat er in de definitie van “*netting*overeenkomst” wordt verwezen naar de term “*schuldvergelijking*” zou men, indien men deze term gemeenrechtelijk zou interpreteren, kunnen voorhouden dat de wetgever de voorwaarde van samenhang *niet* heeft willen uitsluiten. De materiële regeling van artikel 14 W.F.Z. reikt niet meteen argumenten aan om deze stelling te ontcrachten. De parlementaire voorbereiding spreekt deze visie evenwel uitdrukkelijk tegen (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 45-46). Ook de

blijft het niet bij. Aangezien de *collateral*-Richtlijn in de principiële tegenstelbaarheid van vroegtijdige verrekening die plaatsvindt op basis van een wettelijk voorschrift voorziet (artt. 2.1.n j. 7 R.F.Z.), dringt er zich ook een richtlijnconforme interpretatie van de bepalingen omtrent wettelijke schuldvergelijking op. Wettelijke compensatie zal wellicht, minstens ingeval van faillissement³⁶⁴, zonder de restrictie van artikel 1298 B.W. moeten kunnen intreden.³⁶⁵

Om het voorgaande te bewerkstelligen worden in de W.F.Z. een reeks bepalingen uit het insolventierecht niet van toepassing verklaard inzake *netting*overeenkomsten. Voor wat *close-out* -bedingen betreft, wordt zo onder meer de toepassing van artikel 28 van de Wet op het gerechtelijk akkoord uitgesloten.³⁶⁶ Inzake faillissement worden onder andere de nul-uurregel en de toepassing van bepaalde regels met betrekking tot de “verdachte periode” geneutraliseerd.³⁶⁷ Wanneer men deze regels vergelijkt met die van de Wet van 28 april 1999, valt op dat de in die Wet voorziene bescherming nog verder reikt dan hier het geval is.³⁶⁸ In de Wet van 28 april 1999 worden de Faillissementswet en de Wet op het gerechtelijk akkoord immers geheel niet van toepassing verklaard.³⁶⁹

Ten slotte schrijft artikel 14 W.F.Z. de tegenstelbaarheid van de gevolgen van *netting*overeenkomsten voor “*niettegenstaande elke overdracht van rechten*”.

uitdrukkelijke uitsluiting van de toepasselijkheid van artikelen 17, 2° en 18 Faill.W. pleit nadrukkelijk tegen deze zienswijze, hoewel men daartegen zou kunnen inbrengen dat de toepassing van artikel 1298 B.W. *niet* uitdrukkelijk wordt uitgesloten. M.i. zit wie de W.F.Z. zou interpreteren in voormelde zin, alleszins op het verkeerde spoor.

³⁶⁴ Het faillissementsvonnis maakt immers alle niet vervallen schuldvorderingen opeisbaar (art. 22 Faill.W.).

³⁶⁵ Zie ook V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 72; zie eerder voetnoot 353.

³⁶⁶ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 45; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542, nr. 74. Artikel 28 W.G.A. stelt dat ontbindende bedingen ingeval van gerechtelijk akkoord in beginsel zonder gevolg blijven. In de toepassing van artikel 157 van de Wet van 22 maart 1993 bestond er nog enige onduidelijkheid over of deze bepaling wel of niet van toepassing was inzake *netting* (zie R. STEENNOT, “art. 157 W. 22 maart 1993”, p. 19, nr. 29).

³⁶⁷ De artikelen 17, 2° en 18 Faill.W. worden uitdrukkelijk *niet van toepassing* verklaard (art. 16 §3 W.F.Z.). Betalingen wegens vervallen schulden gedaan in de verdachte periode zijn dus, behoudens *fraus*, tegenstelbaar aan de boedel. De faillissementspauliana *ex* artikel 20 Faill.W. kan wél worden aangewend door de curator van de gefailleerde (art. 16 §3 W.F.Z.). Uit een *a contrario* -lezing van artikel 16 §3 W.F.Z. kan men afleiden dat de Faillissementswet voor het overige overkort van toepassing is inzake *netting*overeenkomsten, tenzij dit uiteraard onverenigbaarheden zou opleveren met de bepalingen van de Wet. De wetgever geeft in de parlementaire voorbereiding overigens aan dat de W.F.Z. inzake *netting* voornamelijk heeft willen afwijken van de artikelen 16 tot 26 Faill.W. (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 45). Evenwel blijken de (voor *netting* weinig of niet relevante) artikelen 17, 1° en 17, 3° Faill.W. in deze toch nog van toepassing te zijn (zie V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1543-1544, nr. 77).

³⁶⁸ Deelnemers aan een betalingssysteem worden inzake *netting* dus nog verregaander beschermd (door de Wet van 28 april 1999) dan partijen bij een *netting*overeenkomst die niet participeren aan zulk systeem dat (door de Wet van 15 december 2004) worden.

³⁶⁹ Dit brengt dus mee dat de bescherming voor financiële instellingen, indien zij betalingen afwickelen buiten enige *clearing*instantie om, “minder” groot is dan ingeval zij wél een beroep doen op zo een instantie.

Zodoende sluit de wetgever de toepassing van artikel 1295 B.W. en de daaraan door het Hof van Cassatie gegeven interpretatie voor *netting*overeenkomsten uit.³⁷⁰ Gelet op de ruime reikwijdte van de W.F.Z. zal de hierboven aangestipte rechtspraak van het Hof inzake compensatie na cessie dan ook aan belang inboeten.³⁷¹

iv Een Copernicaanse revolutie

Voor wat de klassieke vormen van *netting* aangaat, voert de Wet financiële zekerheden geen wezenlijk innoverende zaken in. Zij bouwt in dat raam voort op de bescherming die artikel 157 §1 van de Wet van 22 maart 1993 en de Wet van 18 april 1999 reeds boden.³⁷²

Inzake de mogelijkheid tot conventionele schuldvergelijking na samenloop zorgt de Wet financiële zekerheden evenwel voor een omwenteling.³⁷³ Daar is de zeer ruime omschrijving van het begrip “*nettingovereenkomst*” debet aan.³⁷⁴ De Wet maakt *tabula rasa* met het recht zoals dat tot hertoe gold inzake de tegenstelbaarheid van conventionele compensatie na samenloop. Immers, naast het feit dat de compensatieovereenkomst in een nieuw kleedje wordt gestoken – het wordt ingeval van samenloop een “*nettingovereenkomst*”³⁷⁵ –, wordt de tegenwerpelijkheid van de gevolgen ervan, behoudens bedrog, gegarandeerd.³⁷⁶ Samenhang of connexiteit is voortaan dus géén vereiste meer om over te kunnen gaan tot schuldvergelijking na samenloop!³⁷⁷ De

³⁷⁰ Een handhaving van de cassatierechtspraak terzake zou immers in strijd zijn met de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten (zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, p. 46; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1542-1543, nr. 75). Inzake *netting*overeenkomsten is het dan ook de regel dat overdrachten van voor verrekening in aanmerking komende schuldvorderingen die ná de sluiting van de *netting*overeenkomst plaatsvinden, *niet* kunnen beletten dat de *netting*overeenkomst rechtsgevolgen sorteert ten aanzien van de overgedragen schuldvorderingen. Het verschil met de vroegere regeling is *de facto* niet zo bijster groot. Ook vroeger konden de partijen immers reeds van artikel 1295 B.W. afwijken. Het verschil met voorheen zit hem daarin dat een afwijking van artikel 1295 B.W. vroeger *niet* werd vermoed, terwijl dit thans *wél* gebeurt (zie art. 14 W.F.Z.).

³⁷¹ Inzake *netting*overeenkomsten staat het buiten kijf dat de jurisprudentie van het Hof niet meer kan gelden; dat staat zo immers neergeschreven in artikel 14 W.F.Z. Voor wat de *wettelijke* en de *gerechtelijke* schuldvergelijking betreft, kan de jurisprudentie van het Hof wellicht *wél* nog gelden, tenzij dit afbreuk zou doen aan de door de R.F.Z. geboden bescherming inzake *default netting* (zie ook eerder voetnoot 353).

³⁷² Zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 46.

³⁷³ Zie ook V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541, nr. 70.

³⁷⁴ In beginsel geldt de W.F.Z. als *lex specialis* ten aanzien van het gemeen recht. Maar, gezien haar zeer ruime toepassingsgebied, geldt zij, minstens inzake conventionele compensatie na samenloop, eerder als *lex generalis*.

³⁷⁵ Daardoor worden het “beding van eenheid van rekening”, de “compensatieclausule” en het “rekening-courant-beding” ingeval van insolventie omgeturnd in een “*netting*clausule”.

³⁷⁶ V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS geven als voorbeeld van de ruime draagwijdte hiervan dat verrekening van schuldvorderingen m.b.t. *bankrekeningen* voortaan *de plano* tegenwerpelijk zal zijn aan de samenloop: V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541, nr. 70.

³⁷⁷ De wetgever verankert zo de *minderheidsopvatting* van het vroegere discours wettelijk (zie hiervoor randnr. 38).

zekerheidsfunctie van (minstens) de conventionele schuldvergelijking wordt hierdoor als het ware verabsoluteerd.³⁷⁸ Het moet worden opgemerkt dat een aanpassing van het Burgerlijk Wetboek wellicht wenselijker was geweest om deze nieuwe, zeer verregaande regeling in te voeren. Thans “sluip” de nieuwe regeling het Belgische rechtsbestel binnen, waardoor de kenbaarheid ervan niet evenredig is met haar draagwijdte.

Wat houdt het voorgaande concreet in voor hetgeen hierboven werd uiteengezet over de tegenstelbaarheid van (geldige) compensatieclausules *s.l.* na samenloop? Wél, voortaan is bij afwezigheid van *fraus* elke compensatieclausule *s.l.* tegenstelbaar aan de samenloop ongeacht of er daadwerkelijk nauwe samenhang³⁷⁹ voorhanden is tussen de te verrekenen vorderingen. Voor wat het rekening-courant -beding betreft, verandert er *de facto* niets wezenlijks. Reeds vóór de invoering van de W.F.Z. werd daarvoor immers al algemeen aanvaard dat het compensatie na samenloop in beginsel steeds mogelijk maakte.

Het moet worden benadrukt dat het gemeen recht inzake conventionele schuldvergelijking in het raam van *netting*overeenkomsten in de zin van de W.F.Z. niet volledig overboord mag worden gegooid.³⁸⁰ Het gemeen recht doorkruist de W.F.Z. immers op bepaalde punten en vult ze elders aan. De

³⁷⁸ De vraag is of de wetgever zich van de verregaande draagwijdte van de Wet bewust was. De wetgever geeft bijvoorbeeld aan: “*Met betrekking tot de verrekening na een “geval van samenloop” wordt verduidelijkt dat de ontwerpbeplanning [art. 14 W.F.Z., R.H.] zal moeten worden toegepast zodra is voldaan aan de voorwaarde dat de te verrekenen schulden en schuldvorderingen vooraf moeten bestaan. Voor het overige blijven de traditionele regels met betrekking tot de zogenaamde “verrekening na het faillissement” – met andere woorden voor schulden die na de samenloop zijn ontstaan – van toepassing, waarbij een dergelijke verrekening vereist dat er tussen de te verrekenen schulden steeds voldoende samenhang bestaat*” (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 46; eigen onderstreping). De verrekening die de wetgever begrijpt onder de categorie “voor het overige” lijkt m.i., gelet op het ruime toepassingsgebied van de W.F.Z., eerder een lege doos. Gezien de wetgever er merkbaar toch (weliswaar ten onrechte) van uitgaat dat er “voor het overige” nog verrekeningen buiten de reikwijdte van de W.F.Z. zullen vallen, kan men zich afvragen of hij zich daadwerkelijk bewust was van de bom die hij in het insolventielandschap doet inslaan. Gezien de stemming over artikel 14 W.F.Z. geen aanleiding gaf tot opmerkingen (!) is dat wellicht geen al te onterechte vraagstelling (zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 19). Er zijn evenwel voldoende argumenten voorhanden die erop wijzen dat de wetgever wel bewust moet hebben gehandeld (zie eerder voetnoot 350). Het vraagstuk doet hoe dan ook niet terzake: de Wet geldt.

³⁷⁹ Zoals gezegd, wordt inzake het beding van eenheid van rekening ook los van samenloop daadwerkelijke eenheid tussen de rekeningen vereist opdat het beding uitwerking zou kunnen hebben. Aangezien de W.F.Z. enkel kijkt naar samenloop situaties zou men in een strikte interpretatie dan ook nog kunnen voorstaan dat de W.F.Z. aan het vereiste van eenheid los van samenloop niet heeft geraakt. Dit lijkt evenwel een onwenselijke opvatting. Immers, wie het meerdere kan (tegenstellen ingeval van samenloop), moet ook het mindere kunnen (tegenwerpen los van samenloop).

³⁸⁰ *A fortiori* moet men zich ervoor hoeden het gemeen recht voor wat gerechtelijke en wettelijke schuldvergelijking betreft overboord te gooien. De W.F.Z. heeft immers in beginsel, zowel ingeval van als los van samenloop, geen uitstaans met de gerechtelijke en de wettelijke schuldvergelijking. Inzake de mogelijkheid tot wettelijke schuldvergelijking bij *default-netting* moet hierbij, gelet op artikel 2.1.n. R.F.Z., wel enig voorbehoud worden gemaakt (zie eerder voetnoot 353).

W.F.Z. raakt in de eerste plaats niet aan het commune recht inzake de contractuele schuldvergelijking los van samenloop. Daar vult het gemeen recht de W.F.Z. dus aan. Daarnaast blijven de dwingende uitzonderingen op de mogelijkheid tot conventionele schuldvergelijking, met uitzondering van het thans opgeheven verbod op conventionele compensatie na samenloop uiteraard, m.i., óók in geval van samenloop, onverkort gelden.³⁸¹ Hier doorkruist het gemene recht de W.F.Z.

Tot slot heeft de nieuwe regel ook op het vlak van het internationaal privaatrecht belangrijke consequenties. Ingevolge artikel 4.2.d van de Insolventieverordening geldt de door de W.F.Z. voorziene ruime mogelijkheid tot verrekening immers voor elke insolventieprocedure waarbij het Belgisch recht als *lex concursus* de tegenstelbaarheid ervan (mee) bepaalt.³⁸²

4. BESLUIT

Wanneer er tussen twee personen wederzijdse, opeisbare en effen schuldvorderingen bestaan die een geldsom of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken tot voorwerp hebben, vindt er tussen deze schuldvorderingen compensatie plaats. Dit aloude voorschrift lijkt *prima facie* bijzonder eenvoudig, maar het levert in de praktijk een reeks van problemen op en zorgt voor een omvangrijke rechtspraak. Het opzet van deze oefening bestond er dan ook in om duidelijkheid te brengen over de draagwijdte van de schuldvergelijking. De toetssteen daarbij vormde de banksector.

Recentelijk werd het compensatiemechanisme met de Wet financiële zekerheden op een aantal punten geheel vernieuwd. Om het contrast tussen “wat er was” met “hetgeen er thans is” duidelijk weer te geven, werd ervoor geopteerd om eerst de vroegere regeling te bespreken zonder acht te slaan op de vernieuwingen. De nieuwe regeling werd slechts behandeld aan het einde van het werkstuk, waarna de nieuwe inzichten werden teruggekoppeld naar hetgeen eerder geabstraheerd werd geëntameerd.

Gemeenrechtelijk kan de figuur van de schuldvergelijking worden omschreven als de rechtsinstelling die meebrengt dat wanneer twee personen wederzijds

³⁸¹ *Buiten iedere* samenloop spreekt dit voor zich. De W.F.Z. voorziet immers enkel in de principiële tegenstelbaarheid van de gevolgen van *nettingovereenkomsten bij samenloop*. De dwingende uitzonderingen gelden m.i. evenwel ook *ingeval van samenloop*. Men moet de uitzonderingen immers zien als een *lex specialis* op de W.F.Z. die de W.F.Z. *niet* heeft willen opheffen; dit blijkt alleszins nergens uit (integendeel, zie *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 35). Dus ook ná de invoering van de W.F.Z. kan er, zowel ingeval van samenloop als daarbuiten, *niet* worden gecompenseerd met schulden die niet voor beslag vatbaar zijn (art. 1293, 3° B.W.), *noch* met belastings- en sociale zekerheidsschulden (zie in dit raam ook art. 1299 B.W.).

³⁸² Indien het Belgisch recht niet als *lex concursus* fungeert, kan het, indien het van toepassing is op de passieve vordering, alsnog worden ingehaald via artikel 6 van de Insolventieverordening (zie ook hierboven randnr. 24).

schuldenaar van elkaar zijn – en zij dus over en weer schuldvorderingen bezitten –, beide schulden onder bepaalde voorwaarden teniet gaan ten belope van het laagste bedrag (artt. 1289 *juncto* 1290 B.W.). De functies van schuldvergelijking zijn tweërlei: enerzijds vereenvoudigt de compensatie het betalingsverkeer, anderzijds heeft de schuldvergelijking een zekerheidsfunctie. De regeling van het B.W. inzake compensatie is grotendeels van aanvullend recht.

Er bestaan gemeenrechtelijk drie vormen van schuldvergelijking: wettelijke, gerechtelijke en conventionele schuldvergelijking. De wettelijke schuldvergelijking is de vorm van compensatie die, indien aan de door het Burgerlijk Wetboek gestelde voorwaarden voldaan is, plaatsvindt door de loutere werking van de wet. Die voorwaarden zijn vijfvoudig: er moet sprake zijn van (1) een vordering en een tegenvordering, die (2) bestaan tussen twee dezelfde personen, (3) een geldsom of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken van dezelfde soort tot voorwerp hebben, (4) opeisbaar en (5) effen zijn. Indien aan het “effen”- karakter van de vordering(en) niet is voldaan, is wettelijke schuldvergelijking weliswaar niet meer mogelijk, maar kan er wel nog gerechtelijke compensatie, i.e. de vorm van compensatie die door de rechter wordt toegestaan op tegeneis van de verweerder, plaatsvinden. De conventionele compensatie ten slotte is de vorm van compensatie waarbij de partijen zelf bepalen onder welke voorwaarden hun wederzijdse schuldvorderingen, ongeacht de kenmerken daarvan, geheel of gedeeltelijk zullen worden gecompenseerd. De belangrijkste verschillpunten tussen de diverse vormen van compensatie betreffen het tijdstip van het intreden van de schuldvergelijking, de rechtsbasis van de compensatie en de toepasselijke voorwaarden opdat de compensatie zou kunnen intreden.

Hoewel de gemeenrechtelijke schuldvergelijking principieel is toegestaan, bestaan er op deze regel – hoe kan het anders – uitzonderingen.

Daarbij springt het verbod van schuldvergelijking ten nadele van de verworven rechten van derden, met als belangrijkste toepassing het verbod van compensatie na faillissement, het meest in het oog. Op deze, in beginsel dwingende, restrictie bij faillissement worden op haar beurt klassiek twee uitzonderingen toegestaan. In eerste instantie kan de ná het faillissementsvonnis geadieerde rechter oordelen dat de voorwaarden voor de wettelijke of de conventionele schuldvergelijking reeds waren ingetreden vóór het faillissement. In de tweede plaats is schuldvergelijking ná faillissement, ondanks dat de voorwaarden voor wettelijke compensatie vóór het faillissement niet vervuld zijn, nog mogelijk wanneer de wederzijdse vorderingen, die zijn ontstaan vóór de samenloop, een nauwe band vertonen of verknocht zijn. Het was betwist of de vereiste nauwe band ook contractueel kon worden overeengekomen, maar met de Wet financiële zekerheden is die twist naar de rechtsgeschiedenis verwezen. Conventionele compensatie is voortaan, behoudens *fraus*, in beginsel steeds tegenwerpelijk aan eender welke

samenloop. Het debat over samenhang is thans verworpen tot een *non-issue*. Voor de banksector levert dit op dat de gevolgen van compensatieclausules s.l. voortaan – inzake rekening-courant kon dit onder de vroegere regeling al – in beginsel altijd kunnen worden tegengesteld aan de verzamelde schuldeisers. Overigens, ook reeds in het vroegere discours waren er sterke argumenten voorhanden om een conclusie in die zin te rechtvaardigen. De wetgever heeft voorts ook een tweede uitzondering op de principiële mogelijkheid tot compensatie, het verbod van compensatie na cessie, een knauw gegeven. Voortaan is (op zijn minst) de conventionele compensatie na cessie in beginsel steeds mogelijk.

Verder voorziet artikel 1293 B.W. in een drietal uitzonderingen op de mogelijkheid tot compensatie, waarvan enkel het verbod te compenseren met niet voor beslag vatbare schulden dwingend is. Tot slot is schuldvergelijking niet toegestaan met belasting- en socialezekerheidschulden. Aan deze twee dwingende uitzonderingen wordt door de Wet financiële zekerheden niet geraakt.

Geruime aandacht ging in deze oefening uit naar een meer recente toepassingsvorm van conventionele compensatie in de financiële sector, namelijk *netting*. *Netting* kan men situeren in het raam van de afwikkeling van (betalings)transacties. Meer in het bijzonder is *netting* een wijze waarop *clearing* kan geschieden. *Netting* staat immers voor het op contractuele basis verrekenen van schuldvorderingen tussen twee of meer partijen op basis van “schuldvergelijking” (*position netting*) of “schuldvernieuwing” (*netting by novation*), zodat de partijen enkel nog netto-saldi moeten voldoen. De voornaamste functie van *netting* is de zekerheidsfunctie, maar daarnaast heeft *netting* ook tot doel de betalingsstromen tussen partijen te verminderen en het krediet- en systeemrisico te reduceren. *Netting* is, in de klassieke betekenis van de term, bestemd om plaats te vinden tussen financiële instellingen.

Kortelings heeft de Belgische wetgever met de Wet van 28 april 1999, die de *netting* in het raam van betalings- en afwikkelingssystemen viseert, en de Wet financiële zekerheden van 15 december 2004, die hierop aanvullend werkt, in een normatief kader rondom *netting* voorzien. Deze normen zijn grotendeels op Europese leest is geschoeid. Daar zijn de Richtlijn betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en de Richtlijn betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten debet aan.

De Wet van 28 april 1999 voert een verregaande bescherming in voor *netting* die plaatsvindt in het raam van betalings- en afwikkelingssystemen: indien een overboekingsopdracht is ingevoerd in het systeem vóór een insolventieprocedure tegen een deelnemer aan het systeem wordt geopend, is de verrekening van de opdracht steeds tegenstelbaar aan derden. De Wet

financiële zekerheden voorziet in een gelijkaardig beschermingsregime voor *netting*overeenkomsten buiten betalings- of afwikkelingsystemen.

Revolutionair is dat de Wet financiële zekerheden zich er niet toe beperkt om de klassieke vormen van *netting* te beschermen tegen het verbod van compensatie na samenloop. De Wet financiële zekerheden definieert het begrip *netting*, zowel *ratione personae* als *ratione materiae*, zó ruim dat in beginsel elke vorm van conventionele schuldvergelijking van haar bescherming kan genieten. Voortaan zal dus het intreden van conventionele compensatie na samenloop op grond van een beding van eenheid van rekening en/of een compensatieclausule in een bankcontract, behoudens bedrog, steeds tegenwerpelijk zijn aan de verzamelde schuldeisers. Maar, gelet op het ruime toepassingsveld van de Wet, sorteert de Wet financiële zekerheden haar gevolgen ook ten aanzien van commerciële of andere transacties buiten de financiële sector. Meer bepaald, in elk geval waar er regelmatige betrekkingen tussen twee of meer – de wet ziet naar bilaterale én multilaterale schuldvergelijking – personen worden onderhouden – denk daarbij bijvoorbeeld aan de relatie tussen een leverancier en een afnemer van producten of diensten –, kan een schuldvergelijkingsclausule van de bescherming van de Wet financiële zekerheden genieten. Het zal de praktijkjurist die belast wordt met het opstellen van eender welk (standaard)contract allicht inspireren om daarin steevast een compensatiebeding *s.l.* op te nemen.

Zowel op het vlak van het insolventie- en verbintenissenrecht als op het gebied van het financieel recht – de schuldvergelijking bevindt zich op het snijvlak van deze drie rechtstakken – betekent de regeling inzake *netting*overeenkomsten in de Wet financiële zekerheden een ware omwenteling. Het principiële verbod op contractuele compensatie ná samenloop wordt immers omgeturnd in een principieel recht op conventionele compensatie ná samenloop. De zekerheidsfunctie van (contractuele) compensatie wordt daardoor als het ware verabsoluteerd. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de maxime van de gelijkheid van de schuldeisers. Voorheen werd deze in het “welles-nietes”-debat over de mogelijkheid tot compensatie ná samenloop te pas en te onpas ten berde gebracht om het dán intreden van de gevolgen van conventionele schuldvergelijking stokken in de wielen te steken. Thans verwijst de Wet financiële zekerheden de stelregel in het kader van een *netting*overeenkomst naar het achterplan. Voortaan primeert het individuele recht op compensatie op de gelijkheid van de schuldeisers. De curatoren die de Belgische faillissementen dienen te beheren, zullen de nieuwe regeling daarom wellicht niet op applaus onthalen. Zij verliezen immers een veelvuldig aangewend instrument om het onderpand voor de verzamelde schuldeisers te vergroten. Banken zullen de nieuwe regeling daarentegen ongetwijfeld koesteren. Ook voor *multinationals* op zoek naar een vestigingsplaats zal de nieuwe normering wellicht als muziek in de oren klinken. Er immers op gelet dat de

insolventieverordening in de principiële toepasselijkheid van de *lex concursus* inzake insolventie voorziet, zullen alle in België gevestigde ondernemingen van de bescherming van de Wet financiële zekerheden kunnen genieten wanneer een van hun contractspartijen failliet gaat. Wellicht vormt dit een extra *incentive* voor buitenlandse ondernemingen om zich in België te vestigen.