

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

Overeenkomsten van schuldvergelijking of netting

Promotor :
Prof. dr. Matthias STORME

Isabel Freson

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

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



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



Maastricht University

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

Overeenkomsten van schuldvergelijking of netting

Promotor :
Prof. dr. Matthias STORME

Isabel Freson

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

Samenvatting

Schuldvergelijking is een zeer oude rechtsfiguur, die vele gedaantes aanneemt en tot op vandaag vernieuwend uit de hoek komt. Het Burgerlijk Wetboek bevat een regeling aangaande schuldvergelijking (art. 1289 B.W. e.v.) en klasseert het als een wijze van tenietgaan van verbintenissen. De techniek vereenvoudigt het betalingsverkeer en verzekert de schuldeiser van betaling van het laagste gemeenschappelijk bedrag. Zo komen we dan tot het adagium: "*qui compense paye*".

Er bestaan drie verschillende vormen van compensatie of schuldvergelijking: wettelijke schuldvergelijking, gerechtelijke schuldvergelijking en contractuele schuldvergelijking.

Doordat de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek voor het overgrote deel niet van openbare orde zijn, bestaat de mogelijkheid voor de partijen om dienaangaande te contracteren. Het contract bepaalt in welke gevallen de gehele of gedeeltelijke compensatie intreedt en aan welke wettelijke toepassingsvoorwaarden eventueel niet voldaan moet zijn. De voorwaarden kunnen ook worden verstrengd en schuldvergelijking kan zelfs in zijn geheel worden uitgesloten. Het beding kan eveneens de bedoeling hebben om schuldvergelijking toe te laten t.a.v. verbintenissen die niet tussen dezelfde partijen bestaan (drie- of meerpartijen rechtsverhoudingen).

Netting is een recent begrip en is geïntroduceerd door de Wet Financiële zekerheden (hierna: W.F.Z.). Netting omvat het op contractuele basis verrekenen van schuldvorderingen en dit levert voor de partijen op dat zij enkel nog netto-saldi moeten voldoen. Netting heeft net zoals gewone schuldvergelijking de functie om de betalingsstromen tussen partijen te verminderen.

De W.F.Z. wil de tegenwerpelijke van schuldvergelijking bij samenloop vergroten. Deze wet is gebaseerd op de richtlijn Financiële Zekerheden. Dit is een minimumharmonisatie richtlijn en de wetgever zag zijn kans schoon om op verschillende punten veel verder te gaan dan de richtlijn.

Het Grondwettelijk Hof heeft de W.F.Z. intussen deels ongrondwettig verklaard in zijn arrest van 27 november 2008 en de wet van 26 september 2011 heeft het toepassingsgebied beperkt. Art. 14 W.F.Z. is nu niet meer van toepassing op nettingovereenkomsten gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

Art. 1289 B.W. heeft voor gevolg dat schuldvergelijking onmogelijk kan intreden na samenloop op een van de vermogens, verpanding of overgang van een van de vorderingen. Deze regel blijft van toepassing op overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de W.F.Z. vallen. De regel moet wel worden genuanceerd.

Wanneer er samenhang is tussen de vorderingen kan schuldvergelijking wel nog na samenloop of rechtsovergang. Enige extra voorwaarde is dat beide vorderingen ontstaan zijn voor de samenloop. Nettingovereenkomsten die onder het toepassingsgebied van de W.F.Z. vallen, kunnen worden tegengesteld aan de schuldeisers. De schuldvordering en de schuld moeten wel bestaan op het ogenblik waarop de insolventieprocedure, het beslag of een geval van samenloop plaatsvindt. Enkel het netto-saldo valt in de boedel of komt toe aan de cessionaris en de oorspronkelijke schuldvorderingen worden als het ware opgeslorpt.

De W.F.Z. bepaalt ook wat er gebeurt met de regels van de Faillissementswet wanneer de W.F.Z. toepassing vindt.

Contractuele schuldvergelijking wordt beïnvloed door o.a. het zekerhedenrecht, het consumentenrecht, het bankrecht en het handelsrecht.

Op het ogenblik dat een van de partijen bij een internationale rechtsverhouding failliet gaat, rijst de vraag of schuldvergelijking nog mogelijk is, er moet dan gekeken worden naar het internationaal privaatrecht. Het nationale I.P.R. en de Europese insolventieverordening bepalen dan welk recht van toepassing is voor de verbintenisrechtelijke geldigheid en de tegenwerpelijke na samenloop.

Dankwoord

Eind vorig academiejaar kregen we als Masterstudenten de opdracht om een masterproef te schrijven in het kader van het gelijknamige opleidingsonderdeel. Er werd ons een lange lijst met titels ter beschikking gesteld en voor mij kwam 'Overeenkomsten van schuldvergelijking of netting' uit de bus. Vervolgens had ik het genoeg om me gedurende dit academiejaar te verdiepen in het onderwerp.

Reeds vanaf de eerste Bachelor ben ik geboeid door het contractenrecht, bijgevolg zal dit ook een van de toonaangevende factoren worden in mijn verdere loopbaan. Dankzij deze masterscriptie heb ik mijn kennis dus erg kunnen uitbreiden. Hiervoor verdienen bepaalde personen oprechte dank.

Deze masterscriptie is tot stand gekomen met de hulp van mijn promotor, Professor dr. M.E. Storme, en mijn begeleider, Meester Thibault Verdickt. Ik wil hen graag bedanken voor de nodige begeleiding en nuttige opmerkingen gedurende het ganse jaar. Professor dr. M.E. Storme wil ik hartelijk danken voor zijn sturende kritiek tijdens het schrijven van deze masterproef. Meester Thibault Verdickt wil ik in het bijzonder bedanken, omdat hij de begeleiding tijdens de controlemomenten voor een groot stuk op zich nam en ik bij hem ook altijd terecht kon voor extra vragen ondanks zijn drukke schema.

Graag wil ik ook Meester Marc Freson en mevrouw de Vrederechter M. De Baenst bedanken voor hun deskundig advies en het nakijken van de details. Daarnaast wil ik mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun en kritische opmerkingen, niet enkel dit jaar, maar gedurende mijn hele opleiding. Ten slotte bedank ik mijn vriend, Jan Weerts, omdat hij mij vaak heeft vergezeld naar de bibliotheek en voor zijn morele steun.

Isabel Freson

Inhoudsopgave

<i>Samenvatting</i>	1
<i>Dankwoord</i>	3
<i>Lijst van afkortingen</i>	9
<i>Onderzoeksmethode</i>	11
1. Inleiding.....	13
1.1. Onderzoeksopzet.....	13
1.2. Probleemstelling.....	13
1.3. Onderzoeksvragen.....	14
1.4. Terminologie.....	15
1.5. Situering van het onderwerp.....	15
1.6. Rechtsvergelijking.....	16
1.7. Afbakening van het onderzoek.....	17
2. Algemene basis.....	19
2.1. Schuldvergelijking in het algemeen.....	19
2.2. Summa Divisio.....	22
2.2.1. Wettelijke schuldvergelijking.....	22
2.2.2. Gerechtelijke schuldvergelijking.....	26
2.2.3. Conventionele schuldvergelijking.....	28
2.3. Vergelijking tussen de drie vormen.....	29
3. Contractuele schuldvergelijking in het algemeen.....	31
3.1. Raison d' être.....	31
3.2. Verschijningsvormen.....	31
3.3. Formaliteiten van het contract.....	35
3.3.1. Geldigheid.....	35
3.3.1.1. Geldig contract.....	35
3.3.1.2. Nietig contract.....	36
3.3.2. Vormvereisten.....	36
3.4. Spelen met de wettelijke toepassingsvoorwaarden.....	36
3.4.1. Verzaking aan een wettelijke voorwaarde.....	36
3.4.2. Conclusie.....	39
3.5. Rechten van derden.....	39
3.5.1. Algemeen.....	39

3.5.2	Curatoren.....	41
4.	Contractuele schuldvergelijking na samenloop.....	43
4.1.	Het begrip netting.....	43
4.2.	Origine van de W.F.Z.....	44
4.3.	Schuldvergelijking binnen en buiten het toepassingsgebied van de W.F.Z.....	47
4.3.1.	Buiten het toepassingsgebied van de W.F.Z.....	47
4.3.2.	Binnen het toepassingsgebied van de W.F.Z.....	52
4.3.2.1.	Geldige overeenkomst.....	53
4.3.2.2.	Beschikkingsbevoegdheid.....	53
4.3.2.3.	Wisselwerking met de Faillissementswet.....	54
4.4.	Grondwettigheid van het onbeperkte personele toepassingsgebied.....	56
4.4.1.	Feiten.....	56
4.4.2.	Overwegingen van het Hof.....	57
4.4.3.	Praktische gevolgen.....	58
4.4.4.	Kritiek.....	58
4.4.5.	Een oplossing dankzij het gemeen recht.....	60
4.4.6.	Tip voor het sluiten van een nettingovereenkomst.....	61
5.	Contractuele uitsluiting van schuldvergelijking.....	63
5.1.	Algemeen.....	63
5.2.	Rechtsvergelijking.....	64
5.3.	Uitzonderingen.....	65
6.	Wisselwerking met andere rechtstakken.....	67
6.1.	Zekerhedenrecht.....	67
6.2.	Consumentenrecht.....	69
6.2.1.	(Niet) onderhandelde bedingen.....	70
6.2.2.	Dwingend recht.....	72
6.3.	Bankrecht.....	73
6.3.1.	Relatie bank en consument.....	73
6.3.2.	Houder kwaliteitsrekening.....	74
6.3.3.	Relatie bank en niet-consument.....	75
6.3.4.	Faillissement van de bank.....	76
6.4.	Handelsrecht.....	80
6.4.1.	Begrip.....	80
6.4.2.	Rechtsleer.....	80

6.4.2.1.	De klassieke theorie.....	81
6.4.2.2.	De theorie van de opeenvolgende compensaties.....	82
6.4.2.3.	De theorie van de doorlopende compensatie.....	82
6.4.3.	Rechtspraak.....	83
6.4.4.	Tussenbesluit.....	84
7.	Internationaal Privaatrecht.....	87
7.1.	Binnen de Europese Unie.....	87
7.1.1.	Rome-I.....	87
7.1.2.	De insolventieverordening.....	88
7.1.2.1.	Algemene regels in de insolventieverordening.....	88
7.1.2.2.	Schuldvergelijking binnen de insolventieverordening.....	90
7.1.2.3.	Netting binnen de insolventieverordening.....	91
7.2.	Buiten de Europese Unie.....	92
7.3.	Tussenbesluit.....	93
8.	Besluit.....	95
	<i>Bibliografie</i>	101

Lijst van afkortingen

B.W.	Burgerlijk Wetboek
D.C.F.R.	Draft Common Frame of Reference
Fail.W.	Faillissementswet
Fw.	Faillissementswet (Nederland)
Ger.W.	Gerechtigd Wetboek
Hyp.W.	Hypotheekwet
I.P.R.	Internationaal privaatrecht
N.B.W.	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Nederland)
P.E.C.L.	Principles of European Contract Law
R.D.A.B.	Richtlijn betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen
R.F.Z.	Richtlijn Financiële Zekerheidsovereenkomsten
U.P.I.C.C.	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
W.C.O	Wet Continuïteit van Ondernemingen
W.D.A.B.	Wet betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen
W.F.Z.	Wet Financiële Zekerheden
W.H.P.C.	Wet Handelspraktijken
W.I.P.R.	Wetboek Internationaal Privaatrecht
W.M.P.C.	Wet Marktpraktijken

Onderzoeksmethode

Dit wordt een tekstueel onderzoek. Er zal een grondige analyse plaatsvinden van geschreven juridische bronnen. De centrale onderzoeksvraag is beschrijvend. De rechtsfiguur wordt op schematische wijze uiteengezet en vervolgens wordt een overzicht gegeven van de relevante aspecten. Het is ook een definiërende vraag, daar we de overeenkomst tot schuldvergelijking zullen classificeren en bekijken welke rechtstakken hem beïnvloeden. Het is ook belangrijk te onderzoeken welke invloed de wetgever, de hogere rechtscolleges en de 'maatschappelijke noden' hebben op deze classificatie. De gevolgen van conventionele schuldvergelijking en het ontstaan worden verklaard. Interne rechtsvergelijking komt aan bod doordat de verschillende regimes van schuldvergelijking langs elkaar geplaatst worden. Er wordt aan microrechtsvergelijking gedaan door de Belgische conventionele schuldvergelijking te toetsen aan de Nederlandse, Franse en Engelse wetgeving en aan de Europese paralegale normering. Rechtsvergelijking zal doorgaans gebeuren op een functionele manier.

1. Inleiding

1.1. Onderzoeksopzet

1. Dit onderzoek zal handelen over de conventionele schuldvergelijking of netting met oog voor de geldende regels van het contractenrecht, de handelsgebruiken, het zekerhedenrecht, het bankrecht en het consumentenrecht. Het is de bedoeling om het onderscheid met de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking te bestuderen. Enerzijds zijn overeenkomsten tot schuldvergelijking namelijk eerder een uitbreiding op de wettelijke regels. Zulke overeenkomst kan aangewezen zijn wanneer schuldvergelijking voordelig zou zijn, maar men niet aan de vereiste voorwaarden voldoet. Anderzijds kan een overeenkomst de schuldvergelijking ook beperken of ze zelfs helemaal uitsluiten.¹

1.2. Probleemstelling

2. Schuldvergelijking is een vaste waarde in het verbintenissenrecht. Het begrip is terug te vinden in art. 1234 B.W. als een van de vormen inzake tenietgaan van verbintenissen. Deze rechtsfiguur vond reeds zijn oorsprong in het Romeinse recht en kreeg uiteraard zijn plaats bij het ontstaan van het Burgerlijk Wetboek. Het is dus een zeer oude figuur die nu opnieuw aan een opmars bezig is dankzij nieuwe wetgeving en rechtspraak. Ik zou deze masterthesis daarom graag openen met een spreuk die dit weergeeft: *"De kunst (van de spreuk) bestaat daarin dat men een oude gedachte zó aankleedt dat hij nieuw lijkt."* - Jan Greshoff²

3. Schuldvergelijking wordt als volgt omschreven in art. 1289 B.W.: *"Wanneer twee personen elkaars schuldenaar zijn, heeft tussen hen schuldvergelijking plaats, waardoor de twee schulden teniet gaan, op de wijze en in de gevallen hierna vermeld."*

4. Schuldvergelijking is bijgevolg nuttig wanneer twee rechtssubjecten jegens elkaar over een schuldvordering beschikken.³ Eenvoudig uitgelegd worden de bedragen die partijen elkaar verschuldigd zijn verrekend en dooft de verbintenis waarbij het laagste bedrag verschuldigd is uit, zodat enkel nog een verbintenis overblijft tot betaling van het resterende saldo.

5. Schuldvergelijking kent drie stelsels nl. een wettelijk, een gerechtelijk en een conventioneel. Onder voorbehoud van bepaalde artikelen is het wettelijk stelsel niet van openbare orde. Voor rechtssubjecten kan het terdege nuttig zijn, wanneer zij niet aan de wettelijke voorwaarden voldoen, om hun schuldvergelijking in een overeenkomst te gieten. Zo kan er toch worden genoten van de voordelen. Het kan bijvoorbeeld wenselijk zijn gebruik te maken van deze mogelijkheid in geval van een meerpartijen rechtsverhouding of t.a.v. een verbintenis die noch opeisbaar, noch effen is.

¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 83.

² De contractuele schuldvergelijking bestaat reeds lange tijd. In het Romeinse recht is de contractuele schuldvergelijking de oudst bekende vorm van schuldvergelijking. De figuur van schuldvergelijking mag dan wel uit de Romeinse tijd stammen, doch het is geenszins een ouderwets thema.

³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 865.

6. Financiële instellingen, die kampen met problemen van niet betaling van hun tegenpartij, kunnen dit risico inperken als hen wordt toegestaan hun vordering op de tegenpartij te verrekenen met wat zij zelf nog aan die tegenpartij zijn verschuldigd.⁴ Zo blijft slechts een nettobedrag over. Om die reden spreekt men van "netting" of "nettingovereenkomsten".

7. De Wet Financiële Zekerheden (hierna: W.F.Z.) wil de tegenwerpelijkheid van schuldvergelijking bij samenloop vergroten, daar er bij wettelijke schuldvergelijking aan bepaalde voorwaarden moet voldaan zijn eer deze tegenwerpeijk is.⁵

8. Samengevat bevat de W.F.Z. een regeling voor de tegenwerpelijkheid bij samenloop van nettingovereenkomsten die binnen het toepassingsgebied van deze wet vallen, maar daarnaast kan een conventionele schuldvergelijking ook worden gestoeld op de regels van het gemeen recht. In beide situaties wordt nog steeds veel bepaald door het gemeen contractenrecht en de handelsgebruiken. In beperkte mate spelen zelfs de regels van het consumentenrecht een rol. Te denken valt aan de inhoud van de overeenkomst en de modaliteiten van de verrekening.

1.3. Onderzoeksvragen

9. Dit brengt ons bij de volgende vraagstelling:

"Wat houden overeenkomsten van schuldvergelijking of netting precies in en in hoeverre worden zij beïnvloed door het gemeen contractenrecht, de handelsgebruiken en het consumentenrecht?"

10. Deze onderzoeksvraag kan worden opgesplitst in een aantal subvragen:

1. Wat is schuldvergelijking (actueel regime)?
2. Welke soorten schuldvergelijking bestaan er?
3. Wat houden deze soorten precies in?
4. Is vergelijking mogelijk? Wat hebben ze met elkaar gemeen?
5. Waarom is er nood aan conventionele schuldvergelijking?
6. Wat zijn de voorwaarden voor deze conventionele schuldvergelijking?
7. Welke invloed hebben het zekerhedenrecht, het consumentenrecht⁶, het bankrecht en de handelsgebruiken op de overeenkomst?
8. Wat gebeurt er met de overeenkomst van schuldvergelijking in een samenloopsituatie?
9. Hoe wordt deze figuur behandeld in Frankrijk, Nederland en Engeland?
10. Welk recht is van toepassing op een grensoverschrijdende overeenkomst?

⁴ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 209.

⁵ Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *BS* 1 februari 2005 (ed. 2).

⁶ Het onderzoek is toegespitst op de W.M.P.C. Hierdoor blijft bv. art. 29 van de Wet op het consumentenkrediet, dat de mogelijkheid van close-out in het raam van het consumentenkrediet sterk beperkt, buiten beschouwing.

1.4. Terminologie

11. De rechtsleer duidt de geanalyseerde figuur aan met verschillende termen, die onderling inwisselbaar zijn. "Schuldvergelijking", "compensatie", "verrekening" zijn veelgebruikte benamingen. In Duitsland spreekt men van "*Aufrechnung*".⁷ In Nederland wordt, de ons ook bekende term, "verrekening" aangewend. In Engeland duidt men schuldvergelijking aan met de term "*set-off*" en in Frankrijk noemt men de onderzochte figuur "*compensation*". De Belgische wet hanteert de term "*schuldvergelijking*", daarom zal dit onderzoek dit voornamelijk ook doen.

12. De rechtsleer geeft de te verrekenen vorderingen doorgaans ook een naam. Om de eenvoud te bewaren zal dit onderzoek het soms hebben over de *actieve* en de *passieve* vordering. Hierbij is de actieve vordering de vordering die de partij die de schuldvergelijking inroept wil ingelost zien worden door de passieve vordering. Aldus is de passieve vordering deze waarvan de schuldenaar van de actieve vordering de schuldeiser is. Anders gezegd is dit de schuld van de schuldeiser van de actieve vordering. Om zich van deze schuld te bevrijden wil de schuldeiser van de actieve vordering dus een verrekening doen tussen zijn eigen schuld en hetgeen wat de andere partij hem verschuldigd is.⁸

13. Bij het gebruik van deze terminologie valt wel een bedenking te maken. Door de automatische werking van schuldvergelijking nl. via de wet, treedt geen van de partijen actief op. Er is dus weinig sprake van 'actief' en 'passief'. We zouden dus beter spreken van "de eigen vordering" (perspectief van de schuldeiser) en "de vordering van de wederpartij" (perspectief van de schuldenaar). Maar om de eenvoud te bewaren, wordt actieve en passieve vordering gebruikt.

1.5. Situering van het onderwerp

14. De totstandbrenging van een schuldvergelijkingsovereenkomst is een rechtshandeling en deze rechtshandeling moet dus aan alle geldigheidsvereisten voldoen.⁹ Hierbij denken we aan wilsuiting, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak. Als een van de vereisten met een gebrek is behept of gewoonweg ontbreekt, is het mogelijk dat het beding in de overeenkomst nietig wordt verklaard.

15. Nietigverklaring houdt de terugdraaiing van de overeenkomst tot schuldvergelijking in, dus zij wordt geacht nooit te hebben bestaan. Daarom is het belangrijk te weten hoe te voldoen aan deze geldigheidsvereisten.

16. De figuur van de schuldvergelijking mag dan wel uit de Romeinse tijd stammen, het is geenszins een ouderwets thema.¹⁰ Er is nieuwe wetgeving gekomen (W.F.Z.) en dit heeft een stroom aan rechtspraak en rechtsleer teweeg gebracht.

⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 3.

⁸ Deze terminologie is afkomstig uit het Duitse recht.

⁹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 882.

¹⁰ Recent krijgt deze figuur meer aandacht van grote namen in de rechtsleer: M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, 2010, 23-58. Er werd zelfs in 2010 een volledig doctoraat gewijd aan schuldvergelijking: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 638 p.

De W.F.Z. kwam er om uitvoering te geven aan richtlijn 2002/47 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten.¹¹ In art. 3, 4° W.F.Z. wordt een definitie van 'nettingovereenkomsten' gegeven:

"De overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking."

17. Hiermee wordt de hele lading aan vormen van overeenkomsten tot conventionele schuldvergelijking gedekt. Art. 14 W.F.Z. geeft nettingovereenkomsten externe werking, zelfs bij beslag, het openen van een insolventieprocedure of enige andere situatie van samenloop, zelfs na rechtsovergang (op voorwaarde dat de overeenkomst is gesloten voor het ingaan van de samenloop en de schuldvordering en de schuld waarop de schuldvernieuwing of schuldvergelijking moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik van de samenloop). Dit wil zeggen dat in deze bepaalde gevallen de nettingovereenkomst tegenstelbaar is aan de schuldeisers. Het gevolg hiervan is dat enkel het netto-saldo ten gunste van de gefailleerde of een andere beslagen schuldenaar in de boedel valt.

18. In een arrest van 27 november 2008 heeft het Grondwettelijk Hof¹² art. 14 W.F.Z. ten dele ongrondwettig verklaard voor het geval van samenloop op het vermogen van een natuurlijke persoon, niet-handelaar (in de praktijk is dit dus bij een collectieve schuldenregeling).¹³ Dit is vreemd o.a. omdat deze regel eigenlijk voordien al gold krachtens het gemeen verbintenissenrecht. Na dit arrest is het nodig om na te gaan in welke gevallen de netting uitwerking heeft krachtens het gemeen recht en in welke gevallen art. 14 W.F.Z. een uitbreiding inhield, die nu dus niet meer geldt.

19. Schuldvergelijking is een verbintenisrechtelijke figuur, maar overschrijdt de grenzen van het verbintenissenrecht ruimschoots. Zo kunnen we een link leggen met insolventie- en zekerheidsrecht via schuldvergelijking na de samenloop. Het begrip is ook relevant voor de financiële wereld. Kijk maar naar compensatiebedingen, clearing en netting. De rekening-courant is dan weer een vennootschapsrechtelijke figuur. Tot slot bestaat er een verband met het zakenrecht (beschikkingsbevoegdheid is vereist; de relatie tussen eigendom en schuldvergelijking).

1.6. Rechtsvergelijking

20. Rechtsvergelijking zal plaatsvinden door de huidige Belgische situatie te vergelijken met het Nederlandse 'verrekening', het Franse 'compensation' en het Engelse 'compensation'. Hier en daar kan het ook nuttig zijn om paralegale normering te bestuderen zoals de *Draft Common Frame of Reference, Principles of European Insolvency Law* en de *Unidroit Principles of International*

¹¹ Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2002/47/EG, 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, *Pb. L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43. M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 220-221.

¹² GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NjW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *T.B.H.* 2009, 496, noot R. HOUBEN, *J.T.* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.* 2009, 816, noot F. GEORGES.

¹³ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 240.

Commercial Contracts.¹⁴ Van verdere rechtsvergelijking wordt afgezien wegens beperkte ruimte en taalbarrières.

1.7. Afbakening van het onderzoek

21. Schuldvergelijking komt in meerdere rechtsdomeinen voor: het privaatrecht, het publiekrecht en zelfs het fiscaalrecht. Dit werk wordt beperkt tot het privaatrecht. Het aantal pagina's is te beperkt om het publiek- en fiscaalrecht te bestuderen. Dit is ook niet de ambitie van de auteur, daar deze vooral een privaatrechtelijke opleiding geniet.

22. De onderzochte figuur is ook terug te vinden in het internationaal privaatrecht. Hieraan wordt een hoofdstuk gewijd.

23. In theorie kan schuldvergelijking betrekking hebben op allerlei vorderingen. Moest alles worden behandeld dan zou dit leiden tot een zeer omvangrijk werk, daarom zal dit onderzoek zich voornamelijk beperken tot schuldvergelijking tussen schuldvorderingen tot betaling van een geldsom. Geldvorderingen zijn dan ook het typevoorbeeld in de wet (art. 1291, eerste lid B.W.). Op de voorgrond zullen dus geldvorderingen op naam, die niet geïncorporeerd zijn in een waardepapier, worden behandeld. Vorderingen betreffende effecten(rekeningen) worden buiten beschouwing gelaten.

¹⁴ Principles of European Insolvency Law, opgemaakt te Brussel in 2005. Draft Common Frame of Reference, opgemaakt te Brussel in 2009. Unidroit Principles of International Commercial Contracts, opgemaakt te Rome in 2010.

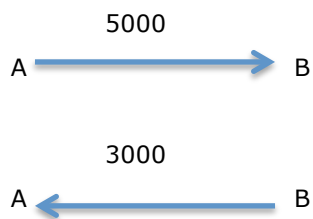
2. Algemene basis

24. Allereerst wordt een algemene basis aangereikt om het begrip uit te leggen, de bijzonderheden op te frissen en de figuur te kaderen.

2.1. Schuldvergelijking in het algemeen

25. Schuldvergelijking is een wijze van tenietgaan van verbintenissen.¹⁵ Het begrip is terug te vinden in de artikelen 1289-1299 B.W. De figuur van schuldvergelijking duidt op een rechtsfeit dat intreedt wanneer twee rechtssubjecten jegens elkaar een schuldvordering hebben.¹⁶ De vorderingen worden dan, als aan bepaalde voorwaarden voldaan is, verrekend. Volgens art. 1290 B.W. gebeurt dit zelfs automatisch.

Een simpel voorbeeld om dit te verduidelijken:



26. In dit voorbeeld moet A 5000 betalen aan B en tegelijk moet B 3000 betalen aan A. Onder de voorwaarden die terug te vinden zijn in art. 1291 B.W. e.v. zal in dit geval van rechtswege schuldvergelijking intreden. Dit impliceert dat enkel A nog 2000 (= het saldo) verschuldigd is aan B. Met andere woorden: beide verbintenissen gaan te niet ten belope van het laagste bedrag. De schuldvergelijking dooft de verbintenis dat B 3000 verschuldigd is aan A volledig uit.¹⁷ Bij de belangrijkste verbintenis zal schuldsplitsing plaatsvinden.¹⁸ De verbintenis die de hoogste schuld bevat dooft slechts voor een gedeelte uit, nl. het gedeelte dat gelijk is aan het bedrag van de kleinste schuldvordering.

27. De uitdoving van de wederzijdse verbintenissen brengt ook het teniet gaan van de daaraan gekoppelde accessoria, zekerheden, voorrechten, ... met zich mee.¹⁹ De zekerheidsstructuur van de overblijvende verbintenis blijft echter onaangeroerd.²⁰

Wanneer eenzelfde persoon belast is met verschillende vergelijkbare schulden, worden de regels in artikel 1256 B.W. toegepast (art. 1297 B.W.).

¹⁵ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 1.

¹⁶ Er wordt geen rekening gehouden met de wil van de partijen en schuldvergelijking treedt van rechtswege in. Zie: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 865-866; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 1; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 35-38.

¹⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 613-614.

¹⁸ W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 361.

¹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 619; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 12.

²⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 878.

28. Wanneer de partijen het bekomen van een schuldvergelijking beogen en hiernaar handelen, dan kan dit een rechtshandeling worden genoemd.²¹ Bij overeenkomsten tot schuldvergelijking is dit niet altijd het geval. Ook de conventionele schuldvergelijking treedt immers automatisch in van zodra de toepassingsvoorwaarden zijn voldaan.²² Dat zij de schuldvergelijking bewust nastreven door dit te expliciteren in een contract is niet relevant voor de kwalificatie. Uitzonderlijk zou conventionele schuldvergelijking toch als een rechtshandeling aangemerkt kunnen worden. Dit is het geval wanneer het intreden afhankelijk wordt gemaakt van het stellen van een rechtshandeling.

29. In Nederland vindt schuldvergelijking krachtens de wet pas plaats na het uitbrengen van een verrekeningsverklaring.²³ Deze verrekeningsverklaring is een eenzijdige rechtshandeling. Hier is het intreden van schuldvergelijking immers een rechtshandeling.²⁴

Schuldvergelijking als rechtshandeling is ook het uitgangspunt in de internationale rechtsinstrumenten zoals *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (hierna: U.P.I.C.C.) en de *Draft Common Frame of Reference* (hierna: D.C.F.R.).²⁵

30. Schuldvergelijking is een techniek die verschillende voordelen biedt aan de partijen.²⁶ Allereerst verleent schuldvergelijking een soort zekerheid. De schuldeiser is namelijk verzekerd van betaling van het laagste gemeenschappelijk bedrag. Hiermee vermijden de schuldeisers dat ze eerst zelf betalen en vervolgens stuiten op de insolventie van hun wederpartij. De insolventie van de debiteur vormt immers een probleem wanneer er nog andere schuldeisers zijn. Volgens de gelijkheid van de schuldeisers wordt de schuldeiser immers beperkt in zijn mogelijkheid om tot schuldvergelijking over te gaan (*infra* nr. 49). Eveneens vereenvoudigt schuldvergelijking het betalingsverkeer, omdat er niet over en weer wordt betaald tussen de partijen.

31. Zowel betaling als schuldvergelijking doven verbintenissen uit. Volgens het verbintenissenrecht is schuldvergelijking dus een vorm van betaling en inbetalinggeving.²⁷ Dit valt af te leiden uit de voorbereidende werken van de Code Civil.²⁸ De rechtsleer²⁹ volgt deze visie en

²¹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 866.

²² L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 882-883.

²³ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 37.

²⁴ Nederland: art. 6:127, eerste lid N.B.W.

²⁵ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, opgemaakt te Rome in 2010; Draft Common Frame of Reference, opgemaakt te Brussel in 2009.

²⁶ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 1-2; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 867; J. ROODHOOF, "Schuldvergelijking" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, Losbl. 11; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 361.

²⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 9.

²⁸ *Exposé des motifs* van BIGOT-PREAMENEU in M. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle*, VI, Brussel, Tarlier, 1836, 176, nr. 163 en 177, nrs. 166 en 167. Zie ook: R. POTHIER, *Oeuvres de Pothier* (Ed. Dupin, I, Parijs, 1824), 371, nr. 624 en 375, nr. 626; J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état*, Parijs, 1807, 133.

²⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 616; J. GHESTIN, M. BILLAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 1007.

het adagium³⁰ luidt: "*qui compense paye*". Kritiek op deze zienswijze is dat bij betaling de beloofde prestatie wordt geleverd en bij schuldvergelijking de verbintenis wel wordt voldaan, maar op een andere manier dan oorspronkelijk tussen de partijen was afgesproken.

32. M.E. STORME ziet eerder een verband tussen schuldvergelijking en inbetalinggeving.³¹ Deze zienswijze is interessanter, omdat bij inbetalinggeving eveneens een andere prestatie geleverd wordt dan eerst was afgesproken.³² Natuurlijk is ook hier een volledige gelijkschakeling uitgesloten. De inbetalinggeving is bijvoorbeeld niet wettelijk geregeld en kan enkel plaatsvinden op basis van een overeenkomst.

33. In het zekerhedenrecht zou men de schuldvergelijking (tussen samenhangende vorderingen³³) kunnen vergelijken met het retentierecht en de *exceptio non adimpleti contractus*.³⁴ Deze drie figuren verschaffen aan de schuldeiser de zekerheid dat zijn eigen vordering betaald zal worden, maar de zekerheidswaarde van schuldvergelijking is sterker dan die van de andere twee figuren. De *enac* en het retentierecht komt slechts een opschortende werking toe, terwijl bij schuldvergelijking de verbintenissen te niet gaan. In die zin is schuldvergelijking tussen samenhangende vorderingen dus een soort versterkt opschortingsrecht.

34. Evenwel kan er ook nog gekeken worden naar het pand en het beslag. M.E. STORME verdedigt deze visie door te stellen dat er bij samenhangende vorderingen van rechtswege een soort pandrecht over en weer tot stand komt, dat anterieur is aan later ontstane zekerheidsrechten op dezelfde vorderingen.³⁵ Een pand kan in beginsel echter pas worden gerealiseerd door een rechterlijke machtiging, terwijl een schuldvergelijking op verschillende manieren tot stand kan komen (*infra* nrs. 39 e.v.).

35. Volgens de Nederlandse auteur BYBAU is het hoofddoel van schuldvergelijking het verschaffen van zekerheid.³⁶ Schuldvergelijking kan volgens hem het best worden omschreven als een wettelijk, bewarend beslag op de eigen schuld vanaf het ogenblik waarop zij gelijktijdig bestaat met de eigen vordering.

³⁰ C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, III, Parijs, 1844, 346; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1067.

³¹ M.E. STORME, *Algemeen zakenrecht*, VI, 2008 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/zekerheden2008IV.pdf>), 865.

³² I.v.m. de inbetalinggeving: Cass. 14 mei 1925, *Pas.* 1925, 245; Cass. 26 februari 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 829, *J.T.* 1983, 121, *Pas.* 1982, I, 790, *R.W.* 1983-84, 162; W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 607.

³³ De exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht hebben samenhang als een van hun toepassingsvoorwaarden. Zie verder: Cass. 31 januari 2002, *Pas.* 2002, afl. 2, 312, *R.W.* 2002-03, 982, noot MOSSELMANS, *T. Not.* 2003, 24, noot DE CLERCQ, *T.B.H.* 2002, 316.

³⁴ Voor verdere uitleg zie: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 13-20.

³⁵ M.E. STORME, "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *T.P.R.* 2006, 1046.

³⁶ J.H. BYBAU, *De werking der schuldvergelijking*, Delft, Judels, 1912, 137.

36. Een recentere Nederlandse auteur, FABER, maakt de vergelijking met een door de schuldenaar onder zichzelf gelegd beslag op de vordering van zijn wederpartij.³⁷ Deze redenering kan worden gevolgd in het Belgische recht, maar zoals voorgaande vergelijkingen gaat ook deze niet volledig op.³⁸ Een treffend verschil is dat voor beslag de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder vereist is.

37. De schuldvergelijking is aan het eind van de rit dus een autonome rechtsfiguur, met een zelfstandig en hybride karakter.³⁹ Het is dus zeker interessant deze figuur en zijn eigen regels te bestuderen.

38. In wat volgt wordt kort een overzicht gegeven van de verschillende soorten schuldvergelijking om vervolgens over te gaan tot de uitdieping van het eigenlijke onderwerp, de overeenkomst van schuldvergelijking.

2.2. Summa Divisio

39. Er bestaan drie verschillende vormen van compensatie of schuldvergelijking: De wettelijke, de gerechtelijke en de contractuele. Voor een goed begrip van de overeenkomsten van schuldvergelijking of netting is een notie van de andere twee vormen van schuldvergelijking aangewezen. In wat volgt wordt dit onderscheid toegelicht.

2.2.1. Wettelijke schuldvergelijking

40. Deze vorm van schuldvergelijking wordt de wettelijke schuldvergelijking genoemd, omdat zij beschreven is in het Burgerlijk Wetboek. Wettelijke schuldvergelijking heeft van rechtswege plaats, uit kracht van de wet.⁴⁰ De regels zijn terug te vinden in artikels 1289-1299 B.W. Schuldvergelijking is echter niet van openbare orde, hieruit volgt dat de rechter er niet toe gehouden is schuldvergelijking ambtshalve op te werpen⁴¹ en dat partijen kunnen afzien van de mogelijkheid op schuldvergelijking⁴².

41. Om schuldvergelijking te laten intreden moet aan een aantal toepassingsvoorwaarden voldaan zijn. Deze zijn terug te vinden in art. 1291 B.W. Eerst is vereist dat er twee vorderingen over en weer bestaan. De vorderingen moeten bestaan tussen dezelfde personen, die zich bovendien in eigen naam verbonden hebben. Eveneens is vereist dat beide vorderingen geld of een vervangbare zaak van dezelfde soort tot voorwerp hebben. Dan moeten de verbintenissen nog vaststaand zijn en bovendien moeten ze opeisbaar zijn.

³⁷ N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 2-3.

³⁸ M.E. STORME, *Algemeen zakenrecht*, VI, 2008 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/zekerheden2008IV.pdf>), 872.

³⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 25.

⁴⁰ Cass. 24 april 1997, *Arr. Cass* 1997, 487. R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 2; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 355; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard boekhandel, 1948, 246; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 362; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, boek 2, 131.

⁴¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1069-1070.

⁴² Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953.

42. Traditioneel zijn er dus vijf toepassingsvoorwaarden⁴³:

- Bestaan
- Opeisbaarheid
- Liquiditeit van de te verrekenen vorderingen
- Vervangbaarheid van het voorwerp van de vorderingen
- Wederkerigheid tussen de schuldeisers

43. Wanneer aan de hierboven vermelde voorwaarden is voldaan, kan in bepaalde gevallen nog steeds geen schuldvergelijking plaatsvinden. Door artikel 1293 en 1298 B.W. worden deze situaties aangegeven.

44. De eerste uitzondering in art. 1293 B.W. houdt in dat er geen schuldvergelijking intreedt wanneer deze *een eis tot teruggave van een zaak die de eigenaar wederrechtelijk ontnomen is*, betreft. Anders gezegd voorkomt dit dat een schuldeiser een zaak zou kunnen ontvreemden van zijn schuldenaar en vervolgens, in plaats van zijn verplichting tot teruggave na te komen, de schuldvergelijking inroept.⁴⁴

45. De tweede uitzondering is *een eis tot teruggave van iets dat in bewaring of in bruikleen gegeven is*. De voorwaarden voor schuldvergelijking zijn hier bovendien niet voldaan, want er zijn strikt gezien geen twee bestaande, liquide vorderingen.⁴⁵ Deze regel heeft de bedoeling de bewaargever te beschermen tegen de toe-eigening door de bewaarnemer. De uitzondering vindt daarom geen toepassing wanneer de bewaargever ze inroept.⁴⁶ Volgens het Hof van Cassatie is het uitzonderingsgeval niet van toepassing op gelden die zich op een zichtrekening bevinden.⁴⁷

46. De overeenkomst van de bankrekening kan niet vereenzelvigd worden met de bewaargeving.⁴⁸ Bij laatstgenoemde is de bewaarnemer niet gerechtigd de zaken te gebruiken. De bankinstelling die na een deposito het chartaal geld ontvangt, tegen de verbintenis om dit ter beschikking te houden, is wel gerechtigd deze gelden aan te wenden. De bankinstelling is wel verplicht de gelden terug te geven (op het contractueel bepaalde tijdstip).⁴⁹ Volgens Cassatie

⁴³ De D.C.F.R. vereist een kennisgeving aan de andere partij (art. 6:105 D.C.F.R.).

⁴⁴ Er stelt zich dan nog het probleem dat wettelijke schuldvergelijking geen toepassing vindt wanneer het niet gaat om een geldsom of een zekere hoeveelheid vervangbare zaken van dezelfde soort (J. ROODHOOF, "Schuldvergelijking" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, Losbl. 19) en het is niet vereist dat de wegname strafbaar is (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 647; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1076).

⁴⁵ E. DIRIX, "Compensatie en tegoeden op bankrekeningen", *R.W.* 1993-94, 1270.

⁴⁶ Hof Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953. Ook deze regel heeft een beperkte uitwerking, omdat de bewaargeving en de bruikleen meestal *species*-zaken tot voorwerp hebben (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1077).

⁴⁷ Cass. 16 september 1993, *Bank Fin.* 1994, 43; *R.W.* 1993-94, 1268, noot E. DIRIX, "Compensatie en tegoeden op bankrekeningen".

⁴⁸ F. DE CLIPPELE, *De betaling door middel van de elektronische overdracht van geldmiddelen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 51.

⁴⁹ E. DIRIX, "Compensatie en tegoeden op bankrekeningen", *R.W.* 1993-94, 1270; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 261-262.

stemmen de rechten en plichten van de bank dus niet overeen met die van een gewone bewaarnemer. De zichtrekening kan dus niet worden gezien als een bewaargeving in de zin van dit artikel, derhalve blijft compensatie mogelijk.

47. Een bankrekening valt ook niet te kwalificeren als een verbruiklening.⁵⁰ De bankrekening is onderworpen aan de algemene bankvoorwaarden en de cliënt kan het geld op zijn rekening bijvoorbeeld aanwenden voor een elektronische transactie. De rechtsverhouding tussen de bank en de klant is dus niet gelijk te stellen met de benoemde overeenkomst 'verbruiklening' uit het Burgerlijk Wetboek. De voorschriften betreffende deze benoemde overeenkomst vinden dan ook enkel *mutatis mutandis* toepassing.

48. De derde en laatste uitzondering in dit artikel betreft een *schuld voor levensonderhoud die niet voor beslag vatbaar is verklaard*. In het geval van onderhoudsuitkeringen is schuldvergelijking slechts mogelijk voor het deel van de uitkering dat voor beslag vatbaar is.⁵¹ Hiervoor moet men kijken naar art. 1409 Ger.W.⁵² Deze bepaling wordt ruim geïnterpreteerd in de rechtspraak, want ze omvat niet enkel schuldvorderingen die strekken tot de betaling van een alimentatieschuld, maar alle vorderingen die niet voor beslag vatbaar zijn.⁵³ De regel is niet van openbare orde, dus kan de onderhoudsgerechtigde wel de schuldvergelijking ten aanzien van de schuldenaar invoeren, zodra aan alle toepassingsvoorwaarden is voldaan.⁵⁴

49. Artikel 1298 B.W. bepaalt dat de schuldvergelijking niet kan plaatsvinden ten nadele van de verkregen rechten van derden. Dit artikel beschermt het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Opgemerkt moet worden dat deze regeling zowel geldt voor de wettelijke, de gerechtelijke als de conventionele schuldvergelijking.⁵⁵ Deze bepaling is wel van openbare orde.⁵⁶ Er wordt aanvaard door de rechtspraak dat art. 1298 B.W. in alle gevallen van samenloop toepassing vindt.⁵⁷ De wettelijke schuldvergelijking kan echter toch plaatsvinden wanneer aan alle toepassingsvoorwaarden voor schuldvergelijking is voldaan voordat de samenloop intreedt.⁵⁸ Dit is

⁵⁰ F. DE CLIPPELE, *De betaling door middel van de elektronische overdracht van geldmiddelen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 51.

⁵¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1078; P. ARNOU, "Verlating van familie, niet meer eisbare achterstallen en schuldvergelijking", (noot onder Antwerpen 11 april 1986), *R.W.* 1986-87, 1224.

⁵² Voor een toepassing: Bergen 21 juni 1988, *Pas.* 1988, II, 239. Ook hier is er weer een beperking, nl. de niet-beslagbare bedragen liggen nogal hoog, waardoor er meestal slechts een beperkt bedrag voor schuldvergelijking vatbaar is (J. ROODHOOF, "Schuldvergelijking" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, Losbl. 20).

⁵³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 651.

⁵⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 873.

⁵⁵ E. DIRIX, "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen hand" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 109. Zie ook: Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, noot R. TAS.

⁵⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 874.

⁵⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1078; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 638.

⁵⁸ Cass. 26 november 1992, *Pas.* 1992, I, 1306; R. TAS, "Vennotenrekening, rekening-courant en compensatie", (noot onder Gent 9 november 1994), *T.R.V.* 1995, 327; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1080. Aan het vereiste is bijvoorbeeld niet voldaan als op het tijdstip van de faillietverklaring een van de verbintenissen niet effen is: Cass. 11 april 1986, *Pas.* 1986, I, 987.

m.i. logisch vermits de schuldvergelijking reeds plaats kan vinden voordat er sprake is van samenloop.

50. Als belangrijkste voorbeeld kan gewezen worden op het faillissement. Indien aan alle toepassingsvoorwaarden voor schuldvergelijking voldaan is voor de faillietverklaring kan de schuldvergelijking toch plaatsvinden. Aangezien wettelijke schuldvergelijking van rechtswege intreedt en er geen tussenkomst van de schuldenaar vereist is, kan schuldvergelijking zelfs intreden tijdens de verdachte periode.⁵⁹

51. Hierop bestaat evenwel nog een uitzondering. Wanneer blijkt dat de toepassingsvoorwaarden vervuld werden door middel van simulatie.⁶⁰ Dit is m.i. eveneens een redelijke uitzondering, want er wordt 'bewust' een soort schijnsituatie gecreëerd die eigenlijk niet aan de werkelijkheid voldoet. Het valt dus zeker te verdedigen dat er dan, als uitzondering op de uitzondering, toch geen schuldvergelijking kan intreden.

52. Op de besproken regel dat wettelijke schuldvergelijking toch plaatsvindt indien voor het ontstaan van de samenloop aan alle voorwaarden voldaan is, bestaat ook een uitzondering. Indien de wederzijdse verbintenissen nauw verbonden zijn, kan wettelijke schuldvergelijking ook als de voorwaarden pas na de samenloop worden vervuld.⁶¹ Een dergelijke verbondenheid of connexiteit onderstelt een objectief verband tussen de vordering en tegenvordering en kan voortvloeien uit het feit dat de verbintenissen voortspruiten uit één enkele operatie (bv. wederkerige overeenkomst), uit het feit dat de verbintenissen werden opgenomen in een ondeelbare rekening (bv. rekening-courant), alsook uit het feit dat zonder de gemeenschappelijke relatie de wederzijdse schulden niet bestaan zouden hebben (bv. contracten die voortvloeien uit eenzelfde raamcontract of die een economisch geheel uitmaken).⁶²

53. De aard van de schuld is niet relevant, zo is schuldvergelijking mogelijk tussen een contractuele en een buitencontractuele vordering indien de betrokken schuldvorderingen dezelfde oorzaak hebben.⁶³ Uiteindelijk is het aan de feitenrechter om te oordelen of de schuldvorderingen met elkaar zijn verbonden.⁶⁴

54. Er kan ook een probleem optreden wanneer er een overdracht van schuldvordering heeft plaatsgevonden.⁶⁵ Indien de schuldvergelijking tot stand komt na de kennisgeving of erkenning van

⁵⁹ 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, 253-254.

⁶⁰ Antwerpen 22 september 1997, *R.W.* 1998-99, 157.

⁶¹ Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68; Antwerpen 27 mei 1997, *R.W.* 1998-99, 91; Brussel 15 september 2000, *J.T.* 2001, 91; Antwerpen 17 januari 2000, *R.W.* 2001-02, 278.

⁶² L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 875-876; J. ROODHOOF, "Schuldvergelijking" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, Losbl. 17-18.

⁶³ Cass. 25 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1125.

⁶⁴ Cass. 12 januari 1996, *Pas.* 1996, I, 46; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1082-83.

⁶⁵ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 13.

de overdracht van schuldvordering, zal de schuldenaar geen gebruik meer kunnen maken van de figuur van schuldvergelijking voor deze vordering bij de oorspronkelijke schuldeiser. Dus voor de schuldvordering, die hij naderhand op de oorspronkelijke schuldeiser zou hebben verkregen of die naderhand voor schuldvergelijking in aanmerking zou komen is schuldvergelijking niet meer mogelijk (art. 1295 B.W.). Indien de toepassingsvoorwaarden voor de schuldvergelijking reeds voor de kennisgeving of erkenning vervuld werden, kan de schuldenaar die schuldvergelijking wel tegenwerpen aan de overnemer.

55. Recent is er in een Cassatiearrest van 5 oktober 2012 evenwel anders beslist.⁶⁶ Artikel 14 W.F.Z. laat toe dat de schuldvergelijking met de overgedragen schuldvordering krachtens een overeenkomst strekkende tot conventionele compensatie, door de schuldenaar aan de overnemer wordt tegengeworpen op voorwaarde dat deze overeenkomst reeds bestond ten tijde van de overdracht. Dit is zo ongeacht het tijdstip van het ontstaan van de te verrekenen schuldvordering en zonder dat de schuldvorderingen samenhangend dienen te zijn. Deze bepaling doet geen afbreuk aan het vereiste van de goede trouw van de schuldenaar bedoeld in artikel 1691, lid 2 Burgerlijk Wetboek.

56. Het Grondwettelijk Hof besliste evenwel dat de regeling in de W.F.Z. niet meer geldt voor natuurlijke personen die geen handelaar zijn (*infra* nrs. 193 e.v.). In dit geval moet teruggegrepen worden naar het gemeen recht en moet er gekeken worden of de vorderingen tijdig bestonden en samenhangend zijn.

2.2.2. Gerechtelijke schuldvergelijking

57. Wanneer niet aan alle voorwaarden voor de wettelijke schuldvergelijking is voldaan, is het onmogelijk dat de schuldvergelijking automatisch en van rechtswege plaatsvindt. De schuldvergelijking kan dan in bepaalde gevallen door de rechter worden uitgesproken.

Tussen de wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking bestaat een grote analogie.⁶⁷ Het onderscheid tussen de twee bevindt zich in het feit dat de rechterlijke compensatie door hoven en rechtbanken wordt uitgesproken.

58. Een schuldenaar die door zijn schuldeiser voor de rechtbank tot vergoeding wordt aangesproken, kan de rechter verzoeken over te gaan tot de gerechtelijke schuldvergelijking.⁶⁸ Deze situatie doet zich voor wanneer de tot betaling aangesproken schuldenaar over een niet-compensabele schuldvordering op de eiser in het geding beschikt.⁶⁹ Hij kan dan een tegeneis⁷⁰ instellen met het verzoek om de eiser tot betaling van deze vordering te veroordelen. Hierdoor zouden de ontbrekende voorwaarden voor de schuldvergelijking worden vervuld. Met zijn tegeneis

⁶⁶ Cass. 5 oktober 2012, *T.B.H.* 2013, 194.

⁶⁷ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 880.

⁶⁸ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 59.

⁶⁹ Dit zijn de gevallen waar er een probleem is met de opeisbaarheid of de liquiditeit.

⁷⁰ De wettelijke schuldvergelijking is voor de rechtbank een verweer ten gronde.

vraagt hij vervolgens de schuldvergelijking tussen beide vorderingen vast te stellen.⁷¹ De rechter stelt dus het eisbaar en effen karakter van beide vorderingen vast.⁷² Anders gezegd, vraagt de schuldenaar via een tegeneis aan de rechter om zijn schuldvordering vaststaand te maken, het juiste bedrag vast te stellen en de compensatie uit te spreken.

59. Wanneer het de bedoeling is dat de rechter het effen en opeisbaar karakter of een van beide van deze vorderingen vaststelt (of wanneer hij tijdens de procedure tot de vaststelling komt dat dit zo is)⁷³ dan zal de wettelijke schuldvergelijking evenwel van rechtswege plaatvinden op het moment dat de ontbrekende toepassingsvoorwaarden voldaan zijn. Hierbij spreekt de rechter de schuldvergelijking niet uit, want ze is reeds van rechtswege ingetreden. Het enige wat hij nog kan doen is de compensatie vaststellen.

60. Als de rechter dit nalaat, doet dit echter geen afbreuk aan de schuldvergelijking die reeds is ingetreden door de vereniging van haar toepassingsvoorwaarden.⁷⁴

In het licht van het voorgaande is het beter de gerechtelijke schuldvergelijking aan te merken als een loutere toepassing van de wettelijke schuldvergelijking.⁷⁵

61. In het Belgische recht wordt overwegend aangenomen dat de rechter enkel tot compensatie kan overgaan wanneer de overige toepassingsvoorwaarden uit artikel 1291 B.W. reeds zijn voldaan.⁷⁶ Connexiteit of samenhang tussen de verschillende vorderingen is dan weer niet vereist.⁷⁷

62. De gerechtelijke schuldvergelijking vermijdt, net zoals de wettelijke, dat de ene reeds de schuldvordering betaalt aan de andere, terwijl hij nadien, als hij zelf betaling eist, stuit op de insolventie van zijn schuldenaar. De gerechtelijke compensatie leunt m.i. in die zin aan bij een vorm van billijkheid.

⁷¹ A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard boekhandel, 1948, 259; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 653; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 364; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 636-637; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, boek 2, 136; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 880; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 13.

⁷² Cass. 19 februari 1965, *Pas.* 1965, I, 630.

⁷³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 881.

⁷⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 881.

⁷⁵ Het gebeurt ook vaak dat partijen elkaars vorderingen betwisten, maar toch aannemen dat een deel van de vordering wel effen en opeisbaar is. Zo kan met betrekking tot die gedeelten van de wederkerige verbintenissen de schuldvergelijking wel al intreden (dus voor het moment van de rechterlijke tussenkomst).

⁷⁶ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 13; E. DIRIX, "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen hand" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 109.

⁷⁷ E. DIRIX, "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen hand" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 108.

63. De wettelijke compensatie werkt terug tot op de datum dat de toepassingsvoorwaarden vervuld zijn, maar de gerechtelijke schuldvergelijking geldt pas vanaf het vonnis. Het vonnis is hier dus een constitutief bestanddeel van de schuldvergelijking.⁷⁸

64. De rechter mag weigeren op het verzoek tot gerechtelijke schuldvergelijking in te gaan.⁷⁹ Dit kan wanneer het te veel tijd in beslag zou nemen om de schuldvordering van de verweerder effen te maken en de tegenvordering dus de berechting van de hoofdvordering in grote mate zou vertragen (art. 810 Ger.W.). Dit heeft echter niet tot gevolg dat de tegenvordering onontvankelijk is. De tegeneis blijft aanhangig tot er een eindvonnis geveld is in de hoofdzaak. Het is vanzelfsprekend dat de rechter de schuldvergelijking verplicht moet weigeren, indien hij onbevoegd is om kennis te nemen van de tegenvordering.

2.2.3. Conventionele schuldvergelijking

65. De bepalingen in het Burgerlijk Wetboek inzake schuldvergelijking zijn, zoals eerder vermeld, niet van openbare orde (onder voorbehoud van de artikelen 1293, 3°, 1298 en 1299 B.W.). Dus bestaat de mogelijkheid voor de partijen om enerzijds afstand te doen van de wettelijke schuldvergelijking en anderzijds de schuldvergelijking te organiseren.⁸⁰ In het contract kan dan worden bepaald in welke gevallen de gehele of gedeeltelijke compensatie intreedt en aan welke toepassingsvoorwaarden eventueel niet voldaan moet zijn.⁸¹ Het is niet belangrijk of de voorwaarden strenger of soepeler zijn dan deze voor de wettelijke compensatie.

66. Dergelijke bedingen hebben bijvoorbeeld tot doel de schuldvergelijking toe te staan t.a.v. verbintenissen die niet tussen dezelfde partijen bestaan (drie- of meerpartijen rechtsverhoudingen).⁸² Andere voorbeelden betreffen het geval waarin men de schuldvergelijking mogelijk wil maken t.a.v. toekomstige verbintenissen (deze verbintenissen moeten wel al bepaald of minstens bepaalbaar zijn, omdat de verbintenis tot schuldvergelijking een bepaald of bepaalbaar voorwerp moeten hebben) of het geval waarin men schuldvergelijking wil mogelijk maken t.a.v. verbintenissen die betrekking hebben op species-zaken.

De partijen hoeven zich niet te beperken tot één uitzondering op de wettelijke regels. Allerhande combinaties zijn mogelijk.

⁷⁸ Brussel 19 april 1966, *Pas.* 1967, II, 72; E. DIRIX, "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen hand" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 111; J. ROODHOOF, "Schuldvergelijking" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, Losbl. 23; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1090; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 880-881.

⁷⁹ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 14.

⁸⁰ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 14.

⁸¹ Traditioneel heeft men het bij de bespreking van de *summa divisio* aangaande schuldvergelijking niet over de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking als vierde categorie. De contractuele uitsluiting van schuldvergelijking wordt dus niet als een apart onderdeel gezien. Het past ook gewoon niet dit hier te bespreken, omdat er telkens beoogd wordt schuldvergelijking toepassing te laten vinden en zelfs de voorwaarden hiervoor uit te breiden. Deze vormen staan in het teken van de schuldvergelijking, terwijl de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking ze probeert onmogelijk te maken. Deze subcategorie is wel belangrijk in het licht van consumentenbescherming (*infra* nr. 219).

⁸² L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 882.

67. De overeenkomst kan stilzwijgend of uitdrukkelijk zijn.⁸³ Als overeenkomst moet de contractuele schuldvergelijking voldoen aan de geldigheidsvoorwaarden voor een overeenkomst (toestemming, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak) opgesomd in artikel 1108 B.W.⁸⁴ Indien de overeenkomst tot schuldvergelijking nadien nietig wordt verklaard, bv. omdat een van de geldigheidsvoorwaarden ontbreekt of door een gebrek is aangetast, dan wordt eveneens aangenomen dat de schuldvergelijking nooit heeft bestaan (retroactiviteit).⁸⁵ Op te merken valt dat de compensatie van de schuldvorderingen pas kan intreden vanaf de datum waarop de overeenkomst werd gesloten.⁸⁶

68. Daar de overeenkomsten van schuldvergelijking of netting het onderwerp zijn van deze masterproef zal hier in het volgende deel ruimschoots aandacht aan worden besteed.

2.3. Vergelijking tussen de drie vormen

69. Deze drie vormen van schuldvergelijking vertonen hier en daar grote gelijkenissen. Toch is het nog nuttig een onderscheid te maken, omdat de figuren procesrechtelijk en zekerheidsrechtelijk niet vereenzelvigd kunnen worden.

70. De contractuele schuldvergelijking kan procesrechtelijk aangemerkt worden als een verweer ten gronde. Het verweer ten gronde houdt in dat de verweerder de gegrondheid van de tegen hem ingestelde eis betwist. De verweerder steunt hierbij op het materiële element van de overeenkomst tot schuldvergelijking. Dit verweer kan in elke stand van het geding en zelfs in beroep worden opgeworpen. Als het wordt aangenomen dan heeft dit voor gevolg dat de eiser, andere rechtsmiddelen daargelaten, zijn vorderingsrecht definitief verliest.

71. De gerechtelijke schuldvergelijking kan enkel plaatsvinden op tegenvordering van de verweerder, terwijl de wettelijke en de contractuele schuldvergelijking een verweer ten gronde uitmaken.⁸⁷

72. Aangezien een schuldeiser dankzij schuldvergelijking bij samenloop kan ontsnappen aan de *paritas creditorum*, strekt de compensatie tot zekerheid.⁸⁸ Zekerheidsrechtelijk bestaat er een groot verschil tussen de wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking enerzijds en de contractuele schuldvergelijking anderzijds. Behoudens tussen samenhangende vorderingen zijn de

⁸³ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1087. Het bestaan van een stilzwijgende overeenkomst kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit het loutere feit dat geen van de partijen zich beroept op het niet voldaan zijn van de voorwaarde voor de schuldvergelijking en zij deze gewoon laten plaatsvinden.

⁸⁴ De totstandkoming van de overeenkomst is een rechtshandeling, terwijl het intreden van de schuldvergelijking een rechtsfeit is. De schuldvergelijking zal immers intreden van zodra de (conventionele) toepassingsvoorwaarden voldaan zijn. Zie eveneens: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 882-883.

⁸⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 880.

⁸⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 663.

⁸⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 125. In het Franse recht wordt dit procesrechtelijke onderscheid veel minder relevant bevonden.

⁸⁸ V. SAGAERT, A. APERS en S. BOULY, "De invloed van het Europese recht op het Belgische zekerheden- en goederenrecht" in V. SAGAERT, I. SAMOY en E. TERRY (eds.), *De invloed van het Europees recht op het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 656.

wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking namelijk niet meer mogelijk na de samenloop of na kennisgeving (of erkenning) van de overdracht. De contractuele schuldvergelijking (onder het toepassingsgebied van de W.F.Z.) heeft een veel grotere zekerheidswaarde, daar zij mogelijk blijft na de samenloop en na de kennisgeving van de overdracht (*infra* nrs. 173 e.v.). Het maakt zelfs niet uit of de vorderingen samenhangend zijn.⁸⁹

73. Het verbintenissen- en het zakenrecht spelen ook een belangrijke rol. Voor de toepassingsvoorwaarden van de overeenkomst kijken we naar verbintenisrechtelijke of zakenrechtelijke kenmerken (*infra* nrs. 104 e.v.). Bij een wettelijke schuldvergelijking gaan de voorwaarden toevallig in vervulling en bij de conventionele gebeurt dit door een ingrijpen van de partijen.⁹⁰ Voor de geldigheidsvereisten grijpt men eveneens terug naar het gemeen recht (*infra* nrs. 98-101). Naast art. 1108 en 1134 B.W. moet er dus ook rekening worden gehouden met bepalingen van dwingend recht en van openbare orde.

74. Over de tegenwerpelijkheid van de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking bestaat er in België geen specifieke wettelijke regeling (*infra* nrs. 123 e.v.) . Er moet naar het gemeen recht gekeken worden, in het bijzonder naar het principe van de zakelijke werking van de interne mechanismen (art. 1165 B.W.).

75. Ondanks dat het tijdstip van intreding via het contract gemoduleerd kan worden, blijft de automatische werking (die de wettelijke schuldvergelijking volgens art. 1290 B.W. bezit) ook gelden bij een overeenkomst van schuldvergelijking. Een andere vergelijking met de wettelijke schuldvergelijking is te vinden op het vlak van de gevolgen. Dit is namelijk steeds het tenietgaan van de vorderingen (*supra* nrs. 26-27).

⁸⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 126. HOUBEN verwacht een verwatering van de verschillende categorieën. Op procesrechtelijk vlak, zou dit in navolging zijn van de Franse opvatting en op zekerheidsrechtelijk vlak verhoopt en verwacht hij dit doordat men ook aan de wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking een grotere zekerheidswaarde zal willen toekennen. Dit valt echter allemaal nog af te wachten.

⁹⁰ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 102.

3. Contractuele schuldvergelijking in het algemeen

76. De contractuele compensatie is deze die uit een overeenkomst voortvloeit.⁹¹ Als de overeenkomst enkel de rechten van de partijen regelt is ze geldig. Indien in de overeenkomst de rechten van een derde geschonden worden of de openbare orde, is de overeenkomst niet geldig. Contractuele schuldvergelijking heeft vele varianten (soms verschilt slechts de naam). Er wordt gesproken van conventionele schuldvergelijking, compensatiebedingen, rekening-courant, nettingsovereenkomst, beding van ondeelbaarheid, fusiebeding,...⁹² De precieze gevolgen en de werking van deze overeenkomsten kunnen weliswaar verschillen.

3.1. Raison d' être

77. Eigenlijk bestaat de contractuele schuldvergelijking, net zoals de gerechtelijke schuldvergelijking, niet in ons Burgerlijk Wetboek. Jedoch beide vormen van schuldvergelijking zijn grotendeels gebaseerd op de regels van de wettelijke schuldvergelijking.⁹³ Ze zijn dus een evolutie die ontstaan is om het hoofd te bieden aan bepaalde obstakels van de wettelijke schuldvergelijking. De overeenkomst tot schuldvergelijking is dus pas nuttig, indien zij compensatie invoert, waar deze volgens de wet niet zou intreden.⁹⁴

78. De schuldeiser die zich in de toepassingsvoorwaarden van de schuldvergelijking plaatst, verzekert zichzelf van betaling (in de regel valt hier immers niet meer op terug te komen).⁹⁵ Vooral bij de samenloop van schuldeisers op het vermogen van de betalende schuldenaar, bv. bij faillissement, vereffening, beslagen, etc. heeft die zekerheidsfunctie waardevolle rechtsgevolgen. Met een overeenkomst kan men zoals eerder gezegd ontkomen aan dit euvel door te bepalen dat zelfs na de samenloop de toepassingsvoorwaarden vervuld kunnen worden en de contractuele schuldvergelijking kan intreden. Dit levert een sterkere zekerheidsfunctie op.⁹⁶

3.2. Verschijningsvormen

79. 'Conventionele' of 'contractuele' schuldvergelijking zijn synoniemen van elkaar en worden hier gebruikt als een soort van overkoepelende term om alle specifiekere vormen van schuldvergelijking die worden behandeld te benoemen. Dit is aldus een soort van gezamenlijke noemer.

80. Indien we 'contractuele schuldvergelijking' eng interpreteren, is dit de vorm van schuldvergelijking waarbij er wel degelijk een contract bestaat tussen de partijen. Dit criterium is van belang om een onderscheid te maken met andere vormen van schuldvergelijking. Bij

⁹¹ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 363.

⁹² M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 45.

⁹³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 652.

⁹⁴ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 363.

⁹⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 867.

⁹⁶ Hier moet nogmaals opgemerkt worden dat de zekerheidsfunctie zich ten aanzien van beide schuldenaren/schuldeisers voordoet. Voor elk van hen is immers betaling ten belope van het laagste bedrag zeker.

samenloop biedt enkel de contractuele schuldvergelijking de zekerheid aan de schuldeiser dat zijn vordering voldaan zal worden.⁹⁷

81. Eerst en vooral bestaan er nettingovereenkomsten. Netting is een bijzondere vorm van conventionele schuldvergelijking. Het gaat om een bilaterale of multilaterale overeenkomst ('*Master agreement*') tussen financiële instellingen die hen toelaat al de schuldvorderingen die er over en weer tussen hen bestaan te verrekenen.⁹⁸

82. De regel dat schuldvergelijking niet mogelijk is bij samenloop (bescherming van de rechten van derden) geldt niet voor nettingovereenkomsten.⁹⁹ De Wet van 15 december 2004 inzake de financiële zekerheden¹⁰⁰ is een omzetting van de Europese richtlijn 2002/47/EG¹⁰¹.

83. De wet definieert nettingovereenkomsten (art. 3, 4°):

"De overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking"

84. Bilaterale schuldvergelijking behelst de compensatie tussen twee partijen. Het begrip multilaterale schuldvergelijking geeft aan dat het een contract betreft tussen drie personen of meer.

85. Het zijn dus contracten tussen twee of meer partijen, waardoor men vorderingen laat verrekenen door schuldvergelijking, schuldvernieuwing of eender welk systeem dat een compensatie oplevert.¹⁰² Als gevolg hiervan dienen partijen enkel nog de netto-saldi te betalen. Artikel 14 en 15 van de W.F.Z. diepen de regels verder uit. Ze concretiseren de regel dat nettingovereenkomsten ingeval van een insolventieprocedure, beslag of een ander andere vorm van samenloop, toch tegenwerpbaar zijn aan de schuldeisers (*infra* nrs. 123 e.v.).

86. Er zijn twee voorwaarden bepaald: de betrokken schuld en schuldvordering moeten reeds bestaan op het moment van de samenloop; en het nettingcontract moet voor de samenloop zijn afgesloten.¹⁰³ In tegenstelling tot bij wettelijke schuldvergelijking, is niet vereist dat er een nauwe band, samenhang of verknochtheid aanwezig is. Zo zijn alle compensatiebedingen, bedingen van eenheid van rekening en rekening-courant-bedingen tegenwerpbaar bij samenloop, behoudens bedrog.

⁹⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 86-88.

⁹⁸ D. DEVOS, "Le netting en droit belge", *Bank Fin.* 1994, 162-167; V. SIMONART, "Le clearing et le netting – Notions fondamentales", *Bank Fin.* 1994, 121-133.

⁹⁹ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 363.

¹⁰⁰ Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *BS* 1 februari 2005 (ed. 2).

¹⁰¹ Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2002/47/EG, 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, *Pb. L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43.

¹⁰² Bv. ook ontbindende bedingen en close-out bedingen.

¹⁰³ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 364.

87. De Belgische wetgever heeft de richtlijn ruim omgezet (*infra* nrs. 149 e.v.). Aldus heeft de omzettingwet het gemeen recht inzake contractuele schuldvergelijking op een geruisloze wijze hervormd.

88. Hier is een omwenteling vast te stellen van een principieel compensatieverbod bij samenloop (dit komt overeen met het Franse model: voorrang aan de collectiviteit van de schuldeisers) naar een principieel compensatierecht (tendens naar Nederlands en Engels recht: voorrang aan de individuele schuldeiser).¹⁰⁴

89. De rekening-courant is een overeenkomst tussen twee al dan niet handelaars, die regelmatig met elkaar betrekkingen onderhouden.¹⁰⁵ Hierdoor worden al hun wederzijdse schuldvorderingen (voortkomend uit deze betrekkingen) opgenomen op een rekening, waarvan enkel het saldo opeisbaar is bij het afsluiten van de rekening.¹⁰⁶ Deze figuur is gegroeid uit de handelspraktijk en is onderworpen aan eigen regels die sterk afwijken van het gemeen recht.

90. Voor de rekening-courant of gelijkaardige overeenkomsten bestaat niet eens een wettelijke regeling en moet worden teruggevallen op de uitlegging van de overeenkomst (1135 B.W.). Subsidiair moet gekeken worden naar de gebruiken. De precieze effecten van de overeenkomst op de interne rechtsverhouding tussen de partijen moet dus *in concreto* worden beoordeeld.¹⁰⁷

91. Om technische of andere redenen kan één rekeninghouder meerdere rekeningen hebben bij dezelfde rekening voerende bank, terwijl tegelijkertijd ook is overeengekomen dat deze verschillende rekeningen¹⁰⁸ met elkaar verrekend kunnen worden.¹⁰⁹ Men noemt dit een beding van "eenheid van rekeningen"¹¹⁰ of een "fusiebeding"¹¹¹. Soms spreekt men ook van een "beding van ondeelbaarheid". Dit is een jammerlijke keuze, omdat deze term voor zoveel uiteenlopende dingen gebruikt wordt dat hij veel aan betekenis verliest. Denk bijvoorbeeld aan de bedingen van ondeelbaarheid die beogen een roerende zaak tot zekerheid te doen strekken niet alleen van de rechtstreeks ermee verbonden schuldvordering, maar van het geheel van schuldvorderingen uit eenzelfde rechtsverhouding (een eigendomsvoorbehoud). Er wordt dus de voorkeur gegeven aan precieze benamingen om verwarring te voorkomen.

¹⁰⁴ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 364.

¹⁰⁵ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 719.

¹⁰⁶ De algemene bankvoorwaarden van KBC en ING geven aan dat kredieten in beginsel worden verleend in rekening-courant. Artikel II. 22 ABV KBC en artikel 6 ARK ING.

¹⁰⁷ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 45.

¹⁰⁸ Bedoeld wordt: de schuldvorderingen betreffende die verschillende rekeningen.

¹⁰⁹ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 55.

¹¹⁰ Bedingen van eenheid van rekening vindt men terug bij ING en Belfius: art. 48 algemeen reglement van de verrichtingen ING 2012 (te raadplegen op: www.ing.be); artikel 19.1 algemeen reglement der verrichtingen Belfius Bank 2012 (te raadplegen op: www.belfius.be).

¹¹¹ Fusie van rekeningen.

92. Bedingen van eenheid van rekening hebben bijgevolg tot doel alle door de bank op naam van dezelfde houder geopende rekeningen¹¹², behoudens bijzondere overeenkomst, te zien als een onderdeel van één en ondeelbare rekening-courant.¹¹³ Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de bank, bij faillissement van de rekeninghouder, als schuldeiser slechts een vordering bezit.¹¹⁴

93. Enige vereiste is wel dat er ook in werkelijkheid een eenheid bestaat tussen de verschillende rekeningen.¹¹⁵ Het tegendeel is voorhanden wanneer een van de rekeningen een eigen juridisch statuut heeft ingevolge een wettelijke bepaling.¹¹⁶ Een overeenkomst gesloten tussen de cliënt en zijn bank kan eveneens de eenheid verbreken.¹¹⁷

94. Compensatiebedingen zijn ook terug te vinden in de bankvoorwaarden. Het compensatiebeding is een beding dat de bedoeling heeft de saldi van rekeningen die juridisch zelfstandig zijn met elkaar te verrekenen.¹¹⁸ Een compensatiebeding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn overeengekomen. Hier dient het onderscheid met het beding van eenheid van rekening te worden benadrukt. Dit creëert immers een eenheid tussen alle afzonderlijke rekeningen, terwijl een compensatiebeding betrekking heeft op juridisch zelfstandige rekeningen. Tussen deze twee bestaat evenwel een wisselwerking. Indien het beding van eenheid van rekening wordt afgewezen¹¹⁹, kan het compensatiebeding in werking treden en een oplossing bieden.¹²⁰

95. Dan komen we opnieuw bij de vraag wat voor uitwerking het compensatiebeding krijgt bij faillissement.¹²¹ We moeten hier immers rekening houden met het verbod op schuldvergelijking na faillissement. M.i. kan het compensatiebeding wel in werking treden na faillissement, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een nauwe samenhang bestaat. De rechtspraak gaat hierin mee.¹²²

¹¹² Ongeacht hun munt, aard of modaliteiten.

¹¹³ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 16. M.a.w. het beding zorgt ervoor dat de verschillende rekeningen slechts boekhoudkundige onderverdelingen uitmaken van een enkele rekening.

¹¹⁴ Bergen 20 december 1998, *Bank Fin.* 1989, 487, noot M. DELIERNEUX; Bergen 23 mei 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1285, noot C. PARMENTIER.

¹¹⁵ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 16.

¹¹⁶ Kh. Brussel 24 november 1997, *T.B.H.* 1999, 45, noot P. VAN HOOGHTEN.

¹¹⁷ Bijvoorbeeld: overeenkomsten waarbij een zekerheid exclusief wordt bedongen ten aanzien van een bepaalde rekening.

¹¹⁸ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 725.

¹¹⁹ Afwijzing kan bv. omdat de bedongen eenheid niet overeenstemt met de reële situatie tussen de partijen en een van de partijen dus vindt dat de verschillende rekeningen als juridisch zelfstandig moeten worden beschouwd.

¹²⁰ In de algemene bankvoorwaarden van ING en KBC zijn eveneens compensatiebedingen terug te vinden: Artikel I.19.3 ABV KBC; artikel 46 ARV ING.

¹²¹ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 17.

¹²² Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1988, 702; Kh. Gent 25 juni 1998, *T.B.H.* 1999, 348; Kh. Namen 21 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 1225.

96. Close-outbedingen zijn bedingen die de vervroegde opeisbaarheid bepalen van vorderingen op termijn naar aanleiding van op voorhand welbepaalde gebeurtenissen die plaatsvinden voor het verstrijken van de termijn (bv. samenloop), zodat deze vorderingen compensabel worden.¹²³ Close-outbedingen zijn vaak terug te vinden onder de vorm van een ontbindend beding of een ontbindende voorwaarde.

3.3. Formaliteiten van het contract

97. Contracten voor schuldvergelijking blijven contracten en daarom is het nuttig enkele gemeenrechtelijke vereisten te bekijken.

3.3.1. Geldigheid

98. De geldigheid van de contractuele schuldvergelijking wordt al van oudsher aanvaard.¹²⁴ Op grond van de wilsautonomie en de contractvrijheid (1134 B.W.) is het voor de partijen mogelijk om af te wijken van de desbetreffende bepalingen in het Burgerlijk Wetboek en zo zelf en geldige schuldvergelijking te organiseren.¹²⁵

3.3.1.1. Geldig contract

99. Een geldig contract mag geen schending van de openbare orde of de goede zeden inhouden. Dit is voor overeenkomsten tot schuldvergelijking niet anders.¹²⁶ Het is vanzelfsprekend dat de geldigheidsvereisten voor overeenkomsten in het algemeen moeten worden nageleefd. Eveneens moeten de regels van dwingend recht in acht worden genomen.¹²⁷

100. Uit de parlementaire voorbereiding van de W.F.Z. blijkt ook dat voor de geldigheidsvereisten van een contract voor schuldvergelijking naar het gemeen recht gekeken moet worden.¹²⁸ De W.F.Z. regelt enkel de tegenwerpelijke van de contractuele schuldvergelijking en heeft geen relevantie voor de geldigheid. Een geldige contractuele schuldvergelijking impliceert dus (1108 B.W.) dat de contractpartijen bekwaam zijn, geldig hun toestemming hebben gegeven, dat er een geoorloofde oorzaak is en een geoorloofd voorwerp.¹²⁹

¹²³ V. SIMONART, "Le clearing et le netting – Notions fondamentales", *Bank Fin.* 1994, 129.

¹²⁴ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 60 en 84. De wettelijke regeling is noch van openbare orde, noch van dwingend recht.

¹²⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 653; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard boekhandel, 1948, 258; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, III, Parijs, 1844, 512; J. GHESTIN, M. BILLAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 1057.

¹²⁶ W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 637; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 363; S. Stijns, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, boek 2, 137; J. GHESTIN, M. BILLAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 1058.

¹²⁷ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 363. Bv.: de voortijdig overeengekomen contractuele schuldvergelijking met onbeslagbare vorderingen.

¹²⁸ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 35.

¹²⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 85.

3.3.1.2. Nietig contract

101. Wanneer de contractuele schuldvergelijking plaatsvindt, maar de overeenkomst tot schuldvergelijking achteraf nietig wordt verklaard, zal de schuldvergelijking geacht worden nooit te hebben bestaan.¹³⁰ Zij heeft retroactief nooit plaatsgevonden.¹³¹

3.3.2. Vormvereisten

102. De contractuele schuldvergelijking kan uitdrukkelijk of stilzwijgend.¹³² Er bestaan zelfs geen vormvereisten. Het bestaan van zulke stilzwijgende overeenkomst wordt door de rechtspraak en de rechtsleer soms afgeleid uit het feit dat geen enkele partij zich beroept op het afwezige karakter van een van de wettelijke voorwaarden voor schuldvergelijking.¹³³ Hiermee moet voorzichtig worden omgesprongen. Deze rechtsleer en rechtspraak kan enkel worden aanvaard als het gaat om een omstandig stilzwijgen.¹³⁴ De stilzwijgende contractuele schuldvergelijking veronderstelt dan de stilzwijgende afstand van het recht om zich te beroepen op een beletsel tegen de wettelijke schuldvergelijking.

103. Dat schuldvergelijking aanvullend recht is, heeft gevolgen op procesrechtelijk vlak. De stilzwijgende contractuele schuldvergelijking kan namelijk niet ambtshalve door de rechtbank worden vastgesteld, indien de geding voerende partijen deze schuldvergelijking niet in hun conclusies hebben ingeroepen. Een oplossing voor dit probleem is dat de rechter deze kwalificatie aanvoert en de partijen toestaat hierover bijkomend te concluderen.

3.4. Spelen met de wettelijke toepassingsvoorwaarden

104. Hier wordt bekeken wat er gebeurt als een wettelijke toepassingsvoorwaarde voor schuldvergelijking die het gemeen recht aanhaalt (*supra* nrs. 41-42), wordt aan de kant geschoven door de contractuele schuldvergelijking. Er wordt nagegaan of we bij miskennis van de voorwaarde nog kunnen spreken van conventionele schuldvergelijking die onder de Wet Financiële Zekerheden valt en van het gunstige tegenwerpelijksregime kan worden genoten. Is dit niet het geval dan moet worden teruggevallen op het strengere gemene (insolventie)recht.

3.4.1. Verzaking aan een wettelijke voorwaarde

105. We bestuderen vijf verschillende gevallen waarin telkens een andere wettelijke toepassingsvoorwaarde wordt miskend¹³⁵:

¹³⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 882; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 15.

¹³¹ M.i. is deze strekking correct. HOUBEN verdedigt daarentegen een andere visie. Hij stelt dat de schuldvergelijking wel degelijk heeft plaatsgevonden, maar de rechtsgevolgen ervan moeten worden tenietgedaan. Dit zou gebeuren door het ontstaan van restitutieverbintenissen, waartussen eventueel ook schuldvergelijking kan plaatsvinden. R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 143-150. Dit gaat m.i. te ver.

¹³² R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 14; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 1087.

¹³³ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 14; Kh. Gent 21 januari 1992, *Eur.Vervoerr.* 1993, 203.

¹³⁴ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 88.

¹³⁵ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 89-94.

a. Miskenning van de bestaansvoorwaarde

106. Een contract voor een schuldvergelijking tussen een bestaande en een onbestaande vordering is niet mogelijk. Hier spreekt men beter van een kwijtschelding van schuld, want een vordering kan niet gecompenseerd worden met een vordering die onbestaande is, dus komt het er in wezen op neer dat de bestaande vordering gewoonweg niet wordt betaald (afwezigheid van enige vorm van tegenprestatie).

107. Hieruit volgt dat als het gaat om twee (nog) onbestaande vorderingen, er evenmin sprake is van contractuele schuldvergelijking. Onbestaande schuldvorderingen kunnen logischerwijs niet tenietgaan en de overeenkomst is wellicht zonder voorwerp.

108. Een schuldvergelijking *in futurum* kan wel.¹³⁶ Voor toekomstige vorderingen die bepaalbaar zijn, kunnen partijen een contract voor schuldvergelijking afsluiten. Hierin regelen ze dan het tenietgaan door schuldvergelijking van hun onderlinge vorderingen. De uitwerking volgt evenwel pas wanneer de beide vorderingen zijn ontstaan en aan alle andere toepassingsvoorwaarden is voldaan. Een voorbeeld van deze schuldvergelijking *in futurum* is de rekening-courant.¹³⁷

b. Miskenning opeisbaarheidsvoorwaarde

109. Het gaat in dit geval meestal om een vordering die niet opeisbaar is omwille van het feit dat de termijn nog niet verstreken is.

110. Wanneer de niet-opeisbaarheid en de niet-betaalbaarheid overeengekomen modaliteiten zijn is er geen probleem, noch wanneer ze uit een (dwingende) wet voortvloeien. De partijen doen de toepassingsvoorwaarde in vervulling gaan door de opeisbaarheid en de betaalbaarheid contractueel te regelen of ze gehoorzamen aan de wet. De schuldvergelijking vindt dus gewoon op dit latere tijdstip plaats. Dit is dus bijvoorbeeld het geval bij de vordering op termijn, waarbij de termijn bestaat in het voordeel van beide partijen.

111. Een intrinsiek niet-opeisbare vordering is waarschijnlijk louter theoretisch en komt in beginsel overeen met een onbestaande vordering.¹³⁸ Aldus kan worden volstaan met een verwijzing naar de vorige toepassingsvoorwaarde.

c. Miskenning van de liquiditeitsvoorwaarde

112. Een intrinsiek illiquide vordering is waarschijnlijk een louter theoretisch geval, net zoals de intrinsiek niet-opeisbare vordering. Een intrinsiek illiquide vordering is gelijk te stellen met een

¹³⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 882.

¹³⁷ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 132. Toepassingen in de rechtspraak: Namen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, met noot, *J.T.* 2002, 291; Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, met noot R. TAS; Gent 25 september 1991, *R.P.S.* 1992, 107, noot; Kh. Brussel 17 maart 1982, *T.B.H.* 1982, 410.

¹³⁸ Bv. de vordering tot betaling van de koopprijs van een gerechtelijk nietig verklaarde koop.

vordering die nooit kan worden begroot en dus nooit kan worden opgeëist of betaald. Weer kunnen we verwijzen naar het voorbeeld van de onbestaande vordering.

113. Een tijdelijk illiquide vordering opnemen in een overeenkomst tot schuldvergelijking, komt neer op het begroten van deze illiquide vordering. De schuldvergelijking kan plaatsvinden.

d. Miskenning vervangbaarheidsvoorwaarde

114. Stel twee partijen maken een contract voor de schuldvergelijking op. Het voorwerp van de ene vordering is een geldsom en het voorwerp van de tweede vordering is een auto. De uitwerking van deze overeenkomst is dat de auto niet geleverd wordt en de geldsom niet wordt betaald.

115. Het valt te betwijfelen of dit te kwalificeren is als een contractuele schuldvergelijking. Er worden namelijk geen vorderingen verrekend. Er wordt gewoonweg niet betaald.

116. Deze situatie valt eerder aan te merken als een wederzijdse kwijtschelding van schuld. De partijen verlenen elkaar vrijstelling van betaling. De tegenprestatie voor de kwijtschelding door de ene partij, is de kwijtschelding door de andere partij.¹³⁹

e. Miskenning wederkerigheidsvoorwaarde

117. Dit valt gemakkelijk uit te leggen met een voorbeeld: A heeft een vordering op B en C heeft een vordering op D.¹⁴⁰ Het is niet mogelijk dat A en B een contract voor schuldvergelijking opstellen voor deze twee vorderingen. A en B mogen niet over de vermogens van C en D beschikken en *a fortiori* dus ook niet over de vordering. De schuldvergelijking in dit voorbeeld is niet tegenwerpelijk aan C en D.

118. Een ander voorbeeld: A heeft een vordering op B en B heeft een vordering op C.¹⁴¹ A en B stellen een contract op voor de schuldvergelijking van deze vorderingen. Net als in het vorige voorbeeld is de schuldvergelijking niet tegenwerpelijk aan C. Hierbij zouden we ons de bedenking kunnen maken dat C er waarschijnlijk niets op tegen heeft dat zijn schuld aan B tenietgaat zonder dat hij zelf moet betalen. Maar dan moeten we opmerken dat C er wel belang bij kan hebben dat de vordering blijft bestaan, indien hij deze schuld wil compenseren met een eigen vordering op B. C blijft dus bevrijdend betalen aan B, ook door verrekening met een vordering die hij zelf op B heeft.

119. Er dient tot een andere conclusie te worden gekomen, indien C bij de overeenkomst tussen A en B betrokken is en toestemt. Het is dan een meerpartijencontract dat neerkomt op een dubbele kwijtschelding van schuld. A verleent kwijtschelding van schuld aan B en tegelijk verleent

¹³⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 91. HOUBEN zegt dat het ook mogelijk is deze situatie te zien als een wederkerige inbetalinggeving. A geeft zijn vordering op B in betaling aan B om de eigen schuld te voldoen en omgekeerd. Het rechtsgevolg van de inbetalinggeving is het tenietgaan van de wederzijdse vorderingen.

¹⁴⁰ We nemen aan dat alle partijen optreden in eigen naam en voor eigen rekening.

¹⁴¹ Ook hier treden alle partijen op in eigen naam en voor eigen rekening.

B kwijtschelding van schuld aan C (al dan niet als tegenprestatie voor de eerstgenoemde kwijtschelding).¹⁴² Deze meerpartijenovereenkomst kan niet gekwalificeerd worden als een schuldvergelijking.

3.4.2. Conclusie

120. De overeenkomst tussen beide partijen kan dus niet in elk van de vijf gevallen gekwalificeerd worden als een schuldvergelijking.¹⁴³ In de gevallen **a**, **d** en **e** zijn de verbintenissen telkens op een andere wijze teniet gegaan dan door schuldvergelijking, dan geldt de kwalificatie van de overeenkomst als contractuele schuldvergelijking niet. Een tweede probleem, zoals aangegeven bij de laatste toepassingsvoorwaarde is dat de schuldvergelijking niet tegenwerpelijk is aan de niet-betrokken partijen.

Voor de situaties besproken in **b** en **c** kan dus gerust gesproken worden van een overeenkomst van schuldvergelijking.

121. Hieruit valt te besluiten dat sommige van de wettelijke voorwaarden voor schuldvergelijking waarschijnlijk ook gelden voor contractuele schuldvergelijking.¹⁴⁴ Want wanneer de partijen een van deze voorwaarden miskennen, kan hun overeenkomst misschien niet als een contractuele schuldvergelijking aangemerkt worden.¹⁴⁵

122. Omdat de bescherming van de W.F.Z. voor netting enkel weggelegd is voor contractuele schuldvergelijking blijven de partijen dus ook verdoken van deze bescherming indien hun overeenkomst niet als een overeenkomst van schuldvergelijking valt aan te merken. Maar wanneer de partijen spelen met de voorwaarden van opeisbaarheid en liquiditeit is er dus m.i. geen probleem voor de kwalificatie als overeenkomst tot schuldvergelijking.

3.5. Rechten van derden

3.5.1. Algemeen

123. De draagwijdte van de contractuele schuldvergelijking is overeenkomstig artikel 1119 B.W. en 1165 B.W., in beginsel beperkt tot partijen.¹⁴⁶ We moeten evenwel rekening houden met artikel 1298 B.W.¹⁴⁷ Dit artikel bepaalt dat de schuldvergelijking geen afbreuk mag doen aan de rechten van derden. De rechtsgevolgen van de schuldvergelijking blijven beperkt tot de betrokken partijen.¹⁴⁸ Als het contract dit wel doet, zullen de derden hun verbintenissen kunnen uitvoeren alsof de conventionele schuldvergelijking er nooit is geweest.

¹⁴² R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 93. HOUBEN maakt hier weer de vergelijking met een inbetalinggeving. Dit komt neer op een inbetalinggeving van de vordering B-C tot betaling van de vordering A-B met toestemming van alle betrokken partijen.

¹⁴³ *A contrario*: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 93.

¹⁴⁴ *A contrario*: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 93.

¹⁴⁵ B. WESSELS, "uitgangspunten bij verrekening" in B. WESSELS (ed.), *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 1996, 6.

¹⁴⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 884.

¹⁴⁷ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 15.

¹⁴⁸ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 880.

124. In welke mate is de uitdoving van verbintenissen als gevolg van een conventionele schuldvergelijking aan derden tegenwerpbaar?¹⁴⁹ Het bestaan van het contract tussen de partijen kan door henzelf tegen derden worden ingeroepen en derden kunnen langs de andere kant het bestaan van dit contract tegen de contractpartijen inroepen. Wanneer een verbintenis door de schuldvergelijking uitdooft en dit afbreuk doet aan een verkregen recht op betaling van een derde, dan is dit rechtsgevolg niet aan de derde tegenwerpbaar. Partijen houden dus best rekening met deze niet tegenwerpbaarheid.

Derden kunnen hun verbintenis gewoon uitvoeren, alsof de contractuele schuldvergelijking zich niet heeft voorgedaan.

125. Vroeger was de datum van de sluiting van het schuldvergelijgingscontract of de nettingovereenkomst van groot belang bij een faillissement.¹⁵⁰ Schuldvergelijking na een vorm van samenloop brengt de schuldeisers immers in een ongunstigere toestand (art. 16, §1 Faill. W.).¹⁵¹ Het faillissement plaatst alle gewone schuldeisers op gelijke voet.¹⁵² Indien de overeenkomst tot stand gekomen was tijdens de verdachte periode, dan kon de schuldvergelijking niet worden tegengeworpen (art. 17, 2° Faill. W.).¹⁵³ Indien het contract voor deze periode gesloten werd, gold nog steeds de voorwaarde dat er een nauwe samenhang moest zijn tussen de verbintenissen.¹⁵⁴ Voorbeelden van een nauwe samenhang zijn: vorderingen die voortkomen uit eenzelfde contract, vorderingen die elementen zijn van eenzelfde transactie, vorderingen die eng met elkaar samenhangen in gevolge een rekening-courant verhouding.¹⁵⁵

126. Artikel 14 van de W.F.Z. verandert de situatie.¹⁵⁶ Dit artikel bepaalt dat de nettingovereenkomsten, alsook "close-out"-bedingen, in geval van een insolventieprocedure, beslag of enige andere vorm van samenloop aan de schuldeisers kunnen worden tegengesteld. Er gelden wel voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de schuldvorderingen of de schulden waarop de schuldvergelijking of schuldvernieuwing moet worden toegepast, moeten bestaan op het ogenblik van de insolventieprocedure, het beslag of een ander geval van samenloop. Boedelschulden komen aldus niet in aanmerking.¹⁵⁷ De tweede voorwaarde houdt in dat het contract reeds voor de samenloop afgesloten moet zijn.

¹⁴⁹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 884.

¹⁵⁰ De datum van de sluiting van het schuldvergelijgingscontract is nu nog steeds belangrijk binnen het regime van de W.F.Z. (art. 15) en zelfs buiten dit regime (*infra* nrs. 159 e.v.).

¹⁵¹ Cass. 25 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1561, noot HOUBEN.

¹⁵² Daarom is ook wettelijke compensatie uitgesloten vanaf het faillissementsvonnis.

¹⁵³ Een wettelijke compensatie blijft mogelijk in de verdachte periode, als de voorwaarden voor de schuldvergelijking vervuld zijn voor het ontstaan van de samenloop.

¹⁵⁴ De partijen konden wel proberen deze samenhang te creëren, maar de bedongen connexiteit mag niet artificieel zijn, noch mag dit aanleiding geven tot bedrog. Evenwel lijkt het mogelijk deze connexiteit te bedingen. Cass. 28 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 887.

¹⁵⁵ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 361.

¹⁵⁶ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 244.

¹⁵⁷ Het Hof van Cassatie heeft wel beslist dat een schuldeiser van een boedelschuld, zijn schuld kan verrekenen met een schuld aan de boedel (Cass. 25 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1561). Boedelschulden vallen immers in beginsel buiten de samenloop. Voor meer uitleg: *infra* nr. 160 (c). Boedelschuldeisers hebben dus eigenlijk de sterkste positie, behalve indien er samenloop is tussen de boedelschuldeisers onderling.

127. Artikel 16, §3 W.F.Z. breidt het beschermingsregime van artikel 14 W.F.Z. verder uit. Het zet nog enkele regels uit de Faillissementswet (hierna: Faill.W.) buiten spel (*infra* nrs. 182 e.v.).

128. Wat het derdenbeslag betreft valt op te merken dat artikel 1298 B.W. slechts een voortzetting is van artikel 1242 B.W.¹⁵⁸ Dit algemene artikel verzet zich tegen betaling, nadat er derdenbeslag gelegd is. Hieruit volgt dat art. 1298 B.W. zich verzet tegen schuldvergelijking na derdenbeslag. Compenseren is immers een vorm van betalen.

3.5.2. Curatoren

129. De vraag of compensatieovereenkomsten aan curatoren kunnen worden tegengeworpen in geval van faillissement van een der partijen wordt vaak gesteld.¹⁵⁹ Er zijn desbetreffende twee opvattingen.

130. Een eerste en belangrijk deel van de rechtsleer beantwoordt de vraag ontkennend.¹⁶⁰ De opvatting steunt op het compensatieverbod na faillissement (art. 1298 B.W.). De parallel met betaling wordt in de discussie getrokken door te stellen dat de betaling die een schuldeiser zou bekomen via schuldvergelijking, de rechten van de andere schuldeisers op het vermogen van de gemeenschappelijke debiteur zouden aantasten. Een gefailleerde mag vanaf de faillietverklaring geen betalingen meer doen en hij kan dit dus ook niet door middel van schuldvergelijking (art. 17, 2° Faill.W.). Tenslotte kan hier ook nog vermeld worden dat anders oordelen strijdig zou zijn met het fundamenteel beginsel van de gelijkheid van schuldeisers in geval van samenloop (art. 7 en 8 Hyp.W.). Hierop kunnen nl. enkel uitzonderingen worden gemaakt onder de vorm van door de wet toegestane voorrechten en zekerheden.¹⁶¹

131. Andere auteurs verdedigen dan weer de tegenwerpelijkheid aan derden van compensatieovereenkomsten.¹⁶² Volgens hen moeten de verschillende schuldeisers niet alleen het bestaan van de overeenkomst (van hun schuldenaar met een derde), maar ook de gevolgen hiervan respecteren.¹⁶³ De curator moet deze overeenkomsten dus in principe erkennen, onder voorbehoud van gronden van niet tegenwerpelijkheid aan het faillissement (bv. de overeenkomst is tijdens de verdachte periode tot stand gekomen).

¹⁵⁸ DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 360.

¹⁵⁹ J.M. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 295.

¹⁶⁰ J.M. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 295; R. PIRET, *Le compte courant*, Brussel, Larcier, 1931, 91 en 270.

¹⁶¹ "Pas de privilège sans texte".

¹⁶² J.M. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 297.

¹⁶³ Cass. 10 november 1971, *Pas.* 1972, 355.

132. Bovendien maakt het faillissement volgens deze strekking geen einde aan zulke overeenkomsten, tenzij ze *intuitu personae* werden aangegaan.¹⁶⁴ De curator behoudt wel de keuze om de overeenkomst al dan niet verder te zetten. Beslist hij dit niet te doen dan geeft dit recht op een vordering tot schadeloosstelling die in de boedel valt. Verder wordt een poging gedaan om het adagium "*pas de privilège sans texte*" als absolute regel te verwerpen. Als compensatie na faillissement wel kan bij een rekening-courant (*infra* nr. 301), waarom kan dit dan niet bij een eenvoudige overeenkomst van schuldvergelijking voor twee of meer vorderingen.

133. De argumenten van de voorstanders overtuigen mij echter niet. De figuur van de rekening-courant is zeer apart en gesteund op een mix van gemeen recht en handelsgebruiken. Het zou beter zijn om deze figuur op zichzelf te laten bestaan en hem niet te gebruiken voor het onderbouwen van andere principes, vermits zijn fundamenten wankel zijn. Dankzij de W.F.Z. en dankzij het gemeen recht kunnen een aantal principes van het gemeen recht opzij worden geschoven, maar het is m.i. gevaarlijk om deze afwijking van het gemeen recht (onrechtstreekse bevoordeling van schuldeisers) louter op het bestaan van een overeenkomst te baseren.

¹⁶⁴ J.M. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 297.

4. Contractuele schuldvergelijking na samenloop

4.1. Het begrip netting

134. Pas zeer recent is het begrip "netting" opgedoken in het Belgische normenbestel. Het werd geïntroduceerd met de Wet Financiële Zekerheden. De figuur is deels gebaseerd op de figuur van schuldvergelijking, met het verschil dat netting kan plaatsvinden tussen drie of meer partijen (multilaterale netting). In wat volgt zal dit begrip wat meer omkadering krijgen.

135. Netting omvat het op contractuele basis verrekenen van schuldvorderingen¹⁶⁵ tussen twee of meer partijen op basis van schuldvergelijking (*position netting*) of schuldvernieuwing (*netting by novation*).¹⁶⁶ Dit levert voor de partijen op dat zij enkel nog netto-saldi moeten voldoen, daarom spreekt men van nettingovereenkomsten.

In België is dus een overeenkomst nodig. In Engeland is dit niet altijd het geval. Daar kan netting ook van rechtswege.¹⁶⁷

136. De Belgische Vereniging van Banken (B.V.B.) heeft de Algemene nettingovereenkomst opgesteld met als doel de overvloed aan inhoudelijk diverse bilaterale nettingovereenkomsten in te perken. Het is een soort standaardovereenkomst voor interbancaire schuldvergelijking tussen kredietinstellingen van het Belgisch financieel centrum.¹⁶⁸

137. De Banken zijn vrij om al dan niet toe te treden. Als een bank toetreedt, geldt dit voor onbepaalde duur, maar de overeenkomst kan wel terug worden opgezegd.¹⁶⁹ De W.F.Z. ondersteunt deze Algemene overeenkomst en biedt rechtszekerheid voor de gevolgen.¹⁷⁰

138. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de gewone conventionele schuldvergelijking en *position netting*. Ten eerste hebben deze verschillende gevolgen. De klassieke conventionele schuldvergelijking treedt in van zodra de contractuele voorwaarden voldaan zijn. Er is dus geen bijkomende handeling van de partijen vereist. De verbintenissen doven uit. Bij *position netting* gaan de verbintenissen pas te niet wanneer het resterende netto-saldo wordt betaald. Het tweede verschil is dat *position netting* kan plaatsvinden op multilaterale basis¹⁷¹, terwijl conventionele schuldvergelijking steeds bilateraal is.

¹⁶⁵ Volgens de parlementaire voorbereiding doet het voorwerp van de schuldvordering niet ter zake. *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1999/1, 9.

¹⁶⁶ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 373-378.

¹⁶⁷ P. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 161-162.

¹⁶⁸ T. PAELINCK, "Netting: Algemene overeenkomst voor het Belgisch financieel centrum", *Bank Fin.* 1997, 657-659.

¹⁶⁹ De opzegtermijn bedraagt 30 dagen (art. 6 Algemene Overeenkomst).

¹⁷⁰ NI. dat de Algemene nettingovereenkomst na samenloop zal intreden.

¹⁷¹ Bilaterale netting is evenwel ook mogelijk.

139. Doordat artikel 3, 4° W.F.Z. een (weliswaar ruime) definitie geeft van nettingovereenkomsten kunnen we in zekere zin (voorzichtig) spreken van een benoemde overeenkomst.

140. Netting heeft de functie om de betalingsstromen tussen partijen te verminderen. Dit is zo omdat niet telkens de volledige schuld betaald wordt aan de wederpartij, maar slechts een saldo. Dit heeft een mindering van de transactiekosten tot gevolg en partijen hebben eveneens minder behoefte aan liquiditeiten. Een tweede voordeel is dat netting het kredietsaldo beperkt. En tot slot wordt het risico op domino-faillissementen aanzienlijk verminderd.

141. Het grootste voordeel is echter de zekerheidsfunctie van nettingovereenkomsten. Door middel van een nettingovereenkomst tracht men vooral de mogelijkheid tot verrekening van wederzijdse schuldvorderingen na faillissement te verzekeren.

142. De regeling in de W.F.Z. tracht meerdere problemen op de lossen, maar de belangrijkste is waarschijnlijk de tegenwerpelijkheid van schuldvergelijking bij samenloop.¹⁷² Eerst wordt de achtergrond van deze wet bekeken, vervolgens de situatie buiten de W.F.Z. en tenslotte het regime van de W.F.Z.

4.2. Origine van de W.F.Z.

143. De achtergrond van de W.F.Z. berust op twee richtlijnen¹⁷³, nl. 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 (hierna: R.D.A.B.)¹⁷⁴ en richtlijn 2002/47 van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (hierna: R.F.Z.)¹⁷⁵.

144. Overweging 22 van de R.F.Z. geeft aan dat de richtlijn minimumharmonisatie is. Dit wil zeggen dat de lidstaten een systeem mogen hanteren dat meer bescherming biedt.

145. In overweging 1 van de R.D.A.B. staat dat men het systeemrisico van betalingssystemen die met verrekening werken, wilde reduceren.¹⁷⁶ Concreet wilde men voorkomen dat het faillissement van een deelnemer aan het betalings- of effectenafwikkelingssysteem de andere transacties die dezelfde dag nog plaatsvinden zou belemmeren. Overweging 11 en art. 3 geven aan

¹⁷² M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 209.

¹⁷³ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 742.

¹⁷⁴ Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 98/26/EG, 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, *Pb. L.* 11 juni 1998, afl. 166, 45.

¹⁷⁵ Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2002/47/EG, 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, *Pb. L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43.

¹⁷⁶ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 744.

dat dit doel gerealiseerd wordt door overboekingen en verrekeningen (netting) in de rechtstelsels van alle lidstaten afdwingbaar en aan derden tegenstelbaar te verklaren.

146. Artikel 8 van deze richtlijn bevat een I.P.R. regel, die aangeeft dat de deelnemer aan het systeem onderhavig is aan de regels die op dat systeem van toepassing zijn. Om die regels te kennen moeten we kijken naar art. 3 EVO-Verdrag van 19 juni 1980¹⁷⁷ (vrije rechtskeuze) of voor overeenkomsten gesloten na 17 december 2009, de Rome I-Verordening¹⁷⁸.

147. De Wet van 28 april 1999 heeft deze richtlijn omgezet naar Belgisch recht (W.D.A.B.).¹⁷⁹ Er is ondertussen wel al een nieuwe richtlijn die wijzigingen aanbrengt in de R.D.A.B.¹⁸⁰

148. De doelstelling van de R.F.Z. is gelijkaardig aan die van de R.D.A.B.¹⁸¹ In overweging 4 R.F.Z. valt te lezen dat deze twee elkaar aanvullen. De Europese wetgever wilde een ruimere rechtszekerheid voor de financiële sector. De richtlijn is niet toepasselijk op natuurlijke personen, maar op schuldvergelijking betreffende giraal geld of financiële instrumenten in een verhouding tussen een financiële instelling of tussen een financiële instelling en een andere rechtspersoon.

149. De Wet Financiële Zekerheden van 15 december 2004 is de omzetting van de R.F.Z. De Belgische wetgever is op verschillende punten veel verder gegaan dan de richtlijn. Dit is mogelijk doordat de richtlijn minimumharmonisatie is.

150. Art. 69, 5° W.F.Z. heeft art. 157, §1 van de Wet van 22 maart 1993 betreffende het statuut en toezicht op de kredietinstellingen opgeheven.¹⁸² Deze zogenaamde '*Bankwet*' had een beperkt toepassingsgebied, omdat ze in wezen beperkt was tot krediet- en beleggingsinstellingen en overheden. De Wet van 28 april 1999 blijft als *lex specialis* van kracht ten opzichte van de W.F.Z.¹⁸³ Dit impliceert dat voor nettingovereenkomsten betreffende betalings- en afwikkelingssystemen de wet van 28 april 1999 voorgaat op de W.F.Z.

¹⁷⁷ Art. 3 Verdrag van Rome 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, *Pb. C.* 23 december 2006, afl. 318, 56.

¹⁷⁸ Art. 3 Verord. Europees Parlement en Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb. L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6.

¹⁷⁹ 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, *BS* 1 juni 1999 (ed. 1), *err.*, *BS* 17 november 1999 (ed. 1).

¹⁸⁰ Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2009/44/EEG, 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *Pb. L.* 10 juni 2009, afl. 146, 37.

¹⁸¹ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 747.

¹⁸² Hier werd reeds '*avant la lettre*' in een regeling over netting voorzien. Wet van 22 maart 1993 betreffende het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, *BS* 19 april 1993, 8650.

¹⁸³ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 751-752.

151. In art. 4, §2 W.F.Z. staat dat de wet ook van toepassing is op nettingovereenkomsten en art. 3, 4° geeft aan wat de W.F.Z. verstaat onder nettingovereenkomsten.

152. Voor het personele toepassingsgebied was er, in tegenstelling tot de richtlijn, geen enkele beperking.¹⁸⁴ De wet was van toepassing op financiële instellingen, ondernemingen, handelaars en consumenten.¹⁸⁵ Het maakte ook niet uit of het om een natuurlijke persoon of een rechtspersoon gaat. De wet van 26 september 2011 heeft het toepassingsgebied van de W.F.Z. evenwel beperkt (in navolging van een arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008). Artikel 14 W.F.Z. is nu niet meer van toepassing op nettingovereenkomsten gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

153. Voorheen werd het begrip 'netting' voorbehouden voor overeenkomsten in het institutioneel financieel recht.¹⁸⁶ Nu, met de komst van de W.F.Z., wordt deze term dus ook gebruikt voor overeenkomsten in het privaat (financieel) recht en zelfs in het consumentenrecht.

154. Het materiële toepassingsgebied is eveneens ruim.¹⁸⁷ Het heeft geen belang welk soort schuldvordering¹⁸⁸ het voorwerp uitmaakt van de nettingovereenkomst en de W.F.Z. is van toepassing op overeenkomsten tot schuldvernieuwing, bilaterale en multilaterale schuldvergelijking. Daarbovenop moeten de begrippen schuldvergelijking en schuldvernieuwing ruimer worden geïnterpreteerd dan in het gemeen recht. Het is immers de bedoeling van de wetgever om alle conventionele verrekeningen binnen het toepassingsgebied van de wet te laten vallen.¹⁸⁹ De eerder besproken contractuele compensatie valt hier dus onder.¹⁹⁰ De W.F.Z. zwijgt over mechanismen van vroegtijdige verrekening op basis van een wettelijk voorschrift.¹⁹¹

¹⁸⁴ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 13; *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 34. V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, "De Wet financiële zekerheden", *R.W.* 2004-05, 1524.

¹⁸⁵ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 35. R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 752.

¹⁸⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 552-553.

¹⁸⁷ We weten dat de wetgever het zo ruim heeft gewild, want hij is op de ruime reikwijdte geweest door de ECB (Opinion of the European Central Bank van 4 augustus 2004 (CON/2004/27)). Zie ook *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 34-35 en 309.

¹⁸⁸ Bv. effecten of contanten. V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, "De Wet financiële zekerheden", *R.W.* 2004-05, 1522.

¹⁸⁹ Ontbindende bedingen en de voorwaarden met betrekking tot vroegtijdige beëindiging die zijn overeengekomen om verrekening mogelijk te maken = clausules tot saldering bij vroegtijdige beëindiging of close-out-bedingen, worden ook onder het toepassingsgebied gebracht. Art 14 W.F.Z. en *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 27. De W.F.Z. zwijgt over dit soort clausules, maar binnen het beperkte toepassingsgebied van de R.F.Z. vallen ze wel (2, 1, n en 7 van de R.F.Z.). Volgens M.E. STORME, R. HOUBEN, I. PEETERS en K. CHRISTIAENS moet dus wanneer we ons binnen het toepassingsgebied van de richtlijn bevinden de W.F.Z. richtlijnconform geïnterpreteerd worden. M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 218; R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 753; I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *T.B.H.* 2006, 177. Ondertussen is dit probleem evenwel verholpen en is artikel 14 van de W.F.Z. aangepast.

¹⁹⁰ Compensatiebedingen en rekening-courantbedingen zijn voor de W.F.Z. ook nettingovereenkomsten.

¹⁹¹ De R.F.Z. heeft hier wel betrekking op. Volgens V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS moet men dus richtlijnconform interpreteren. (V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, "De Wet financiële zekerheden", *R.W.* 2004-05, 1542).

155. De wetgever heeft met de W.F.Z. netting uit de financiële sfeer gehaald en binnen gesluit in het gemeen verbintenissen- en insolventierecht.

156. Net zoals voor de R.D.A.B. heeft richtlijn 2009/44/EG een aantal zaken veranderd voor de R.F.Z. De Belgische wetgever heeft deze wijzigingen doorgevoerd via de Wet van 26 september 2011.¹⁹²

157. Richtlijn 2009/44/EEG brengt veranderingen aan om beter het hoofd te bieden aan evoluties die zich sinds de inwerkingtreding op de markt hebben ontwikkeld.¹⁹³ De bescherming van de R.D.A.B. is uitgebreid tot nachtelijke afwikkelingen en tot gekoppelde systemen. De R.F.Z. is aangepast zodat kredietvorderingen nu kunnen worden opgenomen in de groep van activa waarvoor financiële zekerheidsovereenkomsten kunnen worden gesloten.

158. De Wet van 26 september 2011 implementeert de veranderingen in de W.F.Z. en de W.D.A.B.

4.3. Schuldvergelijking binnen en buiten het toepassingsgebied van de W.F.Z.

4.3.1. Buiten het toepassingsgebied van de W.F.Z.

159. De schuldvergelijking mag geen afbreuk doen aan de rechten die derden verworven hebben op een van de schuldvorderingen.¹⁹⁴ Dit heeft voor gevolg dat schuldvergelijking onmogelijk kan intreden na samenloop op een van de vermogens, verpanding of overgang van een van de vorderingen. Dit is het gevolg van artikel 1298 B.W. dat zegt:

“Schuldvergelijking heeft niet plaats ten nadele van de verkregen rechten van een derde. Aldus kan hij die, schuldenaar zijnde, schuldeiser geworden is nadat in zijn handen door iemand beslag onder derden is gelegd, zich op de schuldvergelijking niet beroepen ten nadele van de beslaglegger.”

160. Deze regel vereist evenwel enige interpretatie¹⁹⁵:

a. Indien de vereisten voor schuldvergelijking reeds voldaan zijn voor de samenloop intreedt, dan blijft schuldvergelijking mogelijk, tenzij er afstand van wordt gedaan. Dit geldt zelfs als de

¹⁹² Wet van 26 september 2011 tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *BS* 10 november 2011 (ed. 1), *err.*, *BS* 21 november 2011.

¹⁹³ A. VAN HOE, “Wet van 26 september 2011 tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft”, *T.B.H.* 2012, 102-103.

¹⁹⁴ M.E. STORME, “Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden” in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 212.

¹⁹⁵ M.E. STORME, “Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden” in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 213-215.

voorwaarden worden vervuld in de verdachte periode.¹⁹⁶

- b. Indien er een pandrecht op een schuldvordering van de insolvente partij rust, kan er nog steeds schuldvergelijking plaatsvinden tussen de in pand gegeven passieve schuldvordering en de verzekerde schuldvorderingen.¹⁹⁷
- c. Volgens het Hof van Cassatie is schuldvergelijking wel mogelijk, indien de schuldeiser van een boedelschuld deze kan verrekenen met een schuld aan de boedel¹⁹⁸, aangezien de boedelschulden in beginsel buiten de samenloop vallen.¹⁹⁹ Het maakt niet uit of de boedelschuld na de samenloop is ontstaan noch of het een voordien ontstane schuld is uit een eerdere saneringsprocedure, die het statuut van boedelschuld heeft op grond van art. 37 W.C.O.²⁰⁰
- d. Bij cessie of inpandgeving moet ten laatste op het ogenblik van kennisgeving aan de *debitor cessus* aan de toepassingsvoorwaarden voor schuldvergelijking zijn voldaan.²⁰¹ Dit is terug te vinden in art. 1298 B.W., en volgt uit art. 1690, lid 3 B.W. Met andere woorden: vanaf de cessie/inpandgeving van de passieve schuldvordering kan de cessionaris/pandhouder een tegenwerpelijk recht aan de *debitor cessus* (die schuldvergelijking wil invoeren) tegenwerpen. Hierop bestaat evenwel een uitzondering. Wanneer de cessie een bedrieglijke rechtshandeling is en als doel heeft de cessus te benadelen door schuldvergelijking onmogelijk te maken, kan er wel verrekend worden (Deka C-250/78).²⁰²
- e. Indien er onder de W.C.O. een procedure van gerechtelijke reorganisatie wordt geopend veroorzaakt dit de opschorting van de middelen van tenuitvoerlegging. In principe doet dit geen samenloop tussen de schuldeisers ontstaan en zijn er dus geen gevolgen voor eventuele schuldvergelijking.²⁰³ Dus zodra aan de gewone vereisten is voldaan kan tussen schuldvorderingen die ontstaan zijn voor de opschorting schuldvergelijking optreden, zelfs als ze niet samenhangend zijn.
Een collectief akkoord (art. 49, lid 3 W.C.O.) kan schuldvergelijking wel uitsluiten bij niet samenhangende vorderingen.²⁰⁴
- f. Indien de passieve vordering is ontstaan na de samenloop geldt er een verbod op schuldvergelijking. Dit geldt eveneens bij een opschorting onder de W.C.O. en dus is

¹⁹⁶ Cass. 26 november 1992, *Arr. Cass.* 1992-93, 1306, *Pas.* 1992, 1306, *R.W.* 1992-93, 1373; Hof Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953, *J.L.M.B.* 2000, 1326; Cass. 12 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 44, *Pas.* 1996, 46, *R.W.* 1996-97, 269; Hof Antwerpen 10 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1024. De rechtspraak neemt soms zelfs aan dat een loutere indiening van de vordering in het faillissement een afstand van het voordeel van schuldvergelijking inhoudt: Kh. Kortrijk 21 mei 2001, *R.W.* 2002-03, 311. Volgens M.E. STORME gaat de rechtspraak hier te kort door de bocht.

¹⁹⁷ Deze zekerheidstechniek is nu vooral nuttig voor schuldenaren die geen handelaar zijn. Er heerst hier immers onzekerheid over de gevolgen van nettingovereenkomsten door het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008: GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NjW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *T.B.H.* 2009, 496, noot R. HOUBEN, *J.T.* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.* 2009, 816, noot F. GEORGES.

¹⁹⁸ Deze schuld is dus ontstaan voor de samenloop.

¹⁹⁹ Cass. 25 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1561.

²⁰⁰ Wet 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009 (ed. 1).

²⁰¹ Hof Antwerpen 23 december 2002, *T.B.H.* 2004, 276.

²⁰² HvJ C-250/78, Deka, *Jur.HvJ* 1983, 421.

²⁰³ S. BRIJS, "De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen", *T.R.V.* 2009, 691 en 696.

²⁰⁴ Art. 334 Programmawet 27 december 2004, *BS* 31 december 2004 (ed. 2) zorgt ervoor dat fiscale en gelijkgestelde schulden als samenhangend beschouwd worden. S. BRIJS, "De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen", *T.R.V.* 2009, 696.

schuldvergelijking niet mogelijk met een passieve schuldvordering van de schuldenaar in reorganisatie, die tijdens of in de opschorting is ontstaan (art. 34 W.C.O.). In ditzelfde artikel vinden we een uitzondering voor schuldvergelijking tussen een actieve schuldvordering in de opschorting en een passieve schuldvordering ontstaan tijdens de opschorting die verknocht zijn.

Voor actieve schuldvorderingen die tijdens de opschorting zijn ontstaan blijft schuldvergelijking mogelijk, omdat deze niet onder de opschorting vallen en dus alle middelen van ten uitvoerlegging mogelijk blijven.

- g. Bij gerechtelijke reorganisatie door overdracht van gerechtelijk gezag (art. 59 W.C.O.) komt er wel een samenloop van de schuldeisers op de activa die in de verkoop zijn betrokken (art. 65 W.C.O.). Wanneer er tijdens deze verkoop ook schuldvorderingen van de schuldenaar worden verkocht is de schuldvergelijking niet steeds toegelaten. Er dient rekening te worden gehouden met de normale regels.

161. Wanneer er sprake is van wederkerigheid of samenhang tussen de vorderingen kan schuldvergelijking wel nog na samenloop of rechtsovergang.²⁰⁵ Dit is de zogezegde gemeenrechtelijke uitzondering, buiten elke nettingovereenkomst om. Een overeenkomst die bepaalt dat beide vorderingen een geheel vormen is hier niet nodig, vermits de rechtspraak aanvaardt dat, naar analogie met het retentierecht²⁰⁶, de schuldeiser die een vordering heeft die nauw verband houdt (verknocht is) met de vordering van de gefailleerde op hem, de betaling van zijn schuld kan inhouden of verrekenen met zijn schuld aan de gefailleerde, ondanks het feit dat de schuldvergelijking nog niet was ingetreden op het tijdstip van de samenloop.²⁰⁷ Soms wordt er ook gesproken van oneigenlijke schuldvergelijking.

162. De vraag rijst dan of partijen, buiten de gevallen waar tussen de schuldvorderingen een objectieve band van samenhang bestaat, tussen hun wederzijdse schulden en schuldvorderingen een conventionele, kunstmatige band van samenhang kunnen creëren. De rechtspraak accepteert dat de partijen contractueel kunnen bedingen dat de schuldvorderingen die er tussen hen bestaan

²⁰⁵ Cass. 7 november 1935, *Pas.* 1936, 44, concl. P.G. P. LECLERCQ; Hof Gent 10 juli 1947, *R.C.J.B.* 1948, 53, noot FREDERICQ; Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, 440; Hof Bergen 2 november 1976, *Pas.* 1977, 132; Cass. 25 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1125, *Pas.* 1989, 1015, *R.W.* 1989-90, 331, *T.B.H.* 1989, 771, noot, *R.C.J.B.* 1992, 354, noot M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite"; Kh. Ieper 14 december 1992, *T.B.H.* 1994, 364, noot P. COLLE; *Vred.* Torhout 23 maart 1993, *T. Vred.* 1999, 24; Hof Brussel 3 november 1994, *J.T.* 1995, 215; Hof Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, noot R. TAS; Cass. 12 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 44, *Pas.* 1996, 46, *R.W.* 1996-97, 269; Hof Brussel 14 november 1996, *J.T.* 1997, 182; Rb. Brugge 27 juni 1997, *T. Vred.* 1999, 28; Hof Antwerpen 17 januari 2000, *R.W.* 2001-02, 278; Hof Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68. M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 216.

²⁰⁶ Uit de eerste rechtspraak bleek duidelijk dat men deze vereiste liet aansluiten bij het retentierecht en de niet-uitvoeringsexceptie. Zie: Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, I, 440. Toch mag men niet te snel meegaan in deze vergelijking met het retentierecht. Samenhang is namelijk bij de niet-uitvoeringsexceptie en het retentierecht een uitoefeningsvoorwaarde om zich op het verweermiddel te kunnen beroepen. Bij schuldvergelijking is het enkel een voorwaarde om dit verweermiddel in geval van samenloop te kunnen tegenwerpen.

²⁰⁷ R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, Sirey, 1914, 327.

samenhangend zijn wanneer dit verband niet louter fictief is.²⁰⁸ V. SAGAERT zegt eveneens dat dit objectief verband contractueel kan worden bepaald voor zover dit overeenstemt met de economische realiteit.²⁰⁹ R. STEENNOT stelt eveneens dat bedongen connexiteit kan als deze niet kunstmatig is en beantwoordt aan de realiteit van de verhouding tussen de partijen en aan de economie van de overeenkomst die tussen hen bestaat.²¹⁰ Volgens hem mag er bovendien geen fraude of bedrieglijk oogmerk voorhanden zijn. M.E. STORME geeft ook aan zuiver conventionele connexiteit te aanvaarden.²¹¹

163. Deze regel geldt bij alle vormen van samenloop²¹², bij het vroegere gerechtelijk akkoord, bij de collectieve schuldenregeling, etc. Enige extra voorwaarde is dat beide vorderingen ontstaan zijn voor de samenloop.²¹³ Schuldvergelijking kan bijvoorbeeld niet plaatsgrijpen tussen een schuld van de gefailleerde (schuld in de boedel) en een schuldvordering van de boedel (boedelvordering), want dit is een passieve schuldvordering die pas is ontstaan na de samenloop.

164. In dit geval is het echter niet essentieel dat de actieve vordering vaststaand is, noch dat de actieve vordering nog niet verjaard is, noch dat de passieve vordering beslagbaar is (tenminste wanneer de vorderingen strikt wederkerig zijn).²¹⁴ Op te merken valt wel dat de schuldvergelijking pas intreedt op het moment dat de actieve vordering vaststaand en opeisbaar is geworden.

165. In de overeenkomsten zijn soms wel clausules terug te vinden die het intreden van de schuldvergelijking regelen. Te denken valt aan de eerder besproken close-outbedingen/voortijdige salderingsbedingen.

166. Het gemeen recht kiest ervoor schuldvergelijking in beginsel ook te verbieden als de passieve schuldvordering die intussen is overgegaan op een nieuwe schuldeiser, bezwaard is met een pandrecht of onbeschikbaar is gemaakt.²¹⁵ Deze beperking wordt in beginsel ook toegepast indien de passieve schuldvordering bezwaard is met een rechtstreekse vordering van een schuldeiser van die schuldeiser.

²⁰⁸ Antwerpen 27 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 675. E. DIRIX, "Overzicht van rechtspraak zekerheden (1998-2003)", *T.P.R.* 2004, 1211; R. JANSEN en V. SAGAERT, "Zekerheden algemene leerstukken", *T.P.R.* 2012, 1283-1284.

²⁰⁹ Cass. 28 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 887, *Bull.* 1985, 795, *Pas.* 1985, 795, *R.W.* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, *J.T.* 1986, 578, noot F. T'KINT, *R.C.J.B.* 1987, 571, noot A LIMPENS, *T.B.H.* 1985, 377, noot V. SAGAERT, A. APERS en S. BOULY, "De invloed van het Europese recht op het Belgische zekerheden- en goederenrecht" in V. SAGAERT, I. SAMOY en E. TERRYEN (eds.), *De invloed van het Europees recht op het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 657.

²¹⁰ R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 17.

²¹¹ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, 2010, 38-41. M.E. STORME zegt dat de samenhang uitdrukkelijk bedongen moet zijn.

²¹² Hof Antwerpen 17 april 2001, *R.W.* 2002-03, 301. Hier werd de verknochtheid wel niet aanvaard.

²¹³ Recent bevestigd in twee principiële arresten: Cass. 24 juni 2010, nr. C.09.0365.N en nr. F.09.0085.N, *Fisc. Act.* 2010 nr. 38, 8, noot M. DELANOTE, "Fiscale schuldvergelijking na samenloop? Ja, maar", *Jaarverslag cassatie* 2010, 28.

²¹⁴ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 218.

²¹⁵ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 218-220.

167. Bij verknochte vorderingen zou hier, net zoals bij samenloop, dezelfde uitzondering kunnen gelden, zelfs zonder conventionele schuldvergelijking, vermits het retentierecht hier, net zoals bij samenloop, wel aanvaard wordt.²¹⁶

168. Als we rechtsvergelijkend gaan kijken, wordt de uitzondering van samenhang bij onze burens wel degelijk aanvaard. Nederland (art. 6:130 N.B.W.), Frankrijk (rechtspraak²¹⁷) en zelfs de *Draft Common Frame of Reference* (art. II-5:116(3)(b) D.C.F.R.)²¹⁸ en de Principles of European Contract Law (art. 11:307 P.E.C.L.) zijn soepeler dan de Belgische rechtspraak.²¹⁹

169. Het sterk bekritiseerde Cassatie-arrest van 26 juni 2003 verwerpt (tegen het advies van de advocaat-generaal in) de uitzondering van de connexiteit voor het verbod op schuldvergelijking bij cessie, inpandgeving of wanneer de vordering onbeschikbaar gemaakt is.²²⁰

170. V. SAGAERT en M.E. STORME zeggen dat deze bekritiseerde zet van het Hof van Cassatie vooral werd bepaald door de bijzondere omstandigheden van het geval.²²¹ Dit zou onder meer zo zijn doordat het niet enkel om een cessie van schuldvorderingen ging, maar ook om de overdracht van een hele rechtsverhouding (een zekerheidsportefeuille van een makelaar). De meeste auteurs durven dus te stellen dat de leer van het arrest niet algemeen geldt.

171. Deze visie wordt nog versterkt doordat andere lagere rechtspraak de schuldvergelijking van samenhangende vorderingen, na de cessie of inpandgeving van de passieve schuldvordering of na de kennisgeving van een rechtstreekse vordering die daarop wordt uitgeoefend, wel erkent.²²²

172. Er heerst evenwel onzekerheid en men kan dit probleem oplossen via een beding dat de wederpartij verbiedt zijn schuldvordering zonder toestemming over te dragen, zolang deze

²¹⁶ J. MAHAUX, "La compensation" in *Les sûretés issues de la pratique*, II, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1983, 15-17; E. DIRIX en S. KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", *T.P.R.* 1989, 1680.

²¹⁷ Cass. fr. 30 maart 1989, *Bull. Civ.* 1989, III, nr. 77; Cass. fr. 8 februari 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22455, noot AMMAR; Cass. fr. 12 juli 1995, *D.* 1997, *Jur.* 95, noot CLAVIER; Cass. fr. 14 januari 1997, *Bull. Civ.* 1997, IV, nr. 16.

²¹⁸ Art. 5:116 D.C.F.R. geeft de gevolgen van cessie op de compensatiemogelijkheden. Hoewel de opstellers van de D.C.F.R. het vraagstuk van faillissementsbestendigheid van de schuldvergelijking uitdrukkelijk hebben uitgesloten van hun werkzaamheden, kunnen we in dit artikel toch een aanzet in die richting terugvinden. Ze geven hun visie op de derdenwerking van schuldvergelijking mee in dit artikel.

²¹⁹ Principles of European Contract Law, opgemaakt te Kopenhagen in 1995.

²²⁰ Cass. 26 juni 2003, *R.W.* 2003-04, 1419, noot M. DE THEIJE, "Compensatie na cessie", *Rev.not.b.* 2003, 620, *T.B.H.* 2004, 476, noot I. PEETERS, "Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering: geen uitzondering voor verknochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van Belgische debiteuren beschaamd", *T.B.H.* 2004, 479 e.v.

²²¹ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 236-238; M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 219-220.

²²² Zie: Hof Antwerpen 23 december 2002, *T.B.H.* 2004, 276; Hof Luik 23 november 1998, *R.R.D.* 2000, 43, noot P. WÉRY; Hof Brussel 28 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 144.

wederpartij nog schulden heeft bij de bedinger.²²³ Inspiratie voor dit soort bedingen is te vinden in overeenkomsten tussen verzekeraars en verzekeringsmakelaars.²²⁴

Wettelijke pandrechten of andere zekerheidsrechten op de passieve schuldvordering kan en mag de schuldeiser nooit uitsluiten.

Dit is evenwel een beetje een omslachtige constructie (een overgangsverbod). Het is gemakkelijker om gewoon 'een conventionele schuldvergelijking ondanks overgang' te bedingen.

4.3.2. Binnen het toepassingsgebied van de W.F.Z.

173. Voor dit onderzoek zal art. 14 W.F.Z. veruit het belangrijkste zijn. Art. 14, §1 W.F.Z. stelt dat alle onder het toepassingsgebied vallende nettingovereenkomsten (welke nettingovereenkomsten vallen onder het toepassingsgebied: *supra* nr. 154) kunnen worden tegengesteld aan de schuldeisers en dus externe werking hebben. Dit kan zonder voorafgaande ingebrekestelling of gerechtelijke beslissing, niettegenstaande elke overdracht²²⁵ van de rechten waarop zij betrekking hebben, in het geval van de opening van een insolventieprocedure of in het geval van beslag of enig ander geval van samenloop.

174. Voorwaarde is wel dat de schuldvordering en de schuld waarop de schuldvernieuwing of schuldvergelijking moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik waarop de insolventieprocedure, het beslag of een geval van samenloop plaatsvindt, ongeacht de datum van hun opeisbaarheid, hun doel of de valuta waarin zij zijn uitgedrukt. Boedelschulden komen aldus niet in aanmerking, want de contractuele compensatiebedingen moeten zijn aangegaan voordat de samenloop situatie ontstaat en ze moeten betrekking hebben op vorderingen die reeds voor dit tijdstip bestonden.²²⁶

175. Er is discussie m.b.t. de vraag of schuldvergelijking nog mogelijk is tussen een vordering van de bank die reeds voor de samenloop is ontstaan en betalingen die na het faillissement op de bankrekening van de insolvabele cliënt zijn gestort.²²⁷ De meeste rechtspraak verdedigt de strekking dat de afgifteverplichting van de bank m.b.t. die bijkomende stortingen een anterieure schuld is. Dit is zo omdat de schuld reeds ontstaat op het moment dat de oorzaak van de vordering ontstaat en niet op het ogenblik dat de gelden effectief op de rekening staan.²²⁸

²²³ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 220.

²²⁴ De geldigheid van het beding dient te worden beoordeeld volgens de algemene regels inzake niet-overdraagbaarheidsbedingen.

²²⁵ De W.F.Z. wijkt af van art. 1295 B.W. door te preciseren dat een overdracht van de schuldvordering niet belet dat de nettingovereenkomst uitwerking krijgt (art. 14 W.F.Z.).

²²⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 561-570. Dat contractuele compensatiebedingen in beginsel tegenwerpelijk zijn na samenloop, doet geen afbreuk aan de bestaande wettelijke beperkingen van dwingend recht. Er moet dus ook na de invoering van de W.F.Z. bv. rekening worden gehouden met art. 1293, 3° B.W. (in geval van samenloop kan niet worden gecompenseerd met vorderingen die niet voor beslag vatbaar zijn).

²²⁷ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 244.

²²⁸ Kh. Antwerpen 25 februari 2008, *R.W.* 2008-09, 971, noot C. BODDAERT; Kh. Charleroi 2 januari 2008, *J.T.* 2008, 195; Kh. Brussel 14 juli 1999, *T.B.H.* 2000, 433. Er is echter eveneens discussie in de rechtspraak over het tijdstip van ontstaan van een vordering.

176. Het Hof van Cassatie heeft zich in 2006 ook uitgesproken over deze kwestie.²²⁹ Het Hof heeft gezegd dat indien er een beslag wordt gelegd op een bankrekening, dan is het voorwerp van het beslag alles wat de bank op het ogenblik van het beslag verschuldigd is aan de rekeninghouder krachtens de tussen haar en de rekeninghouder bestaande rechtsverhouding. De bedragen die nog niet geboekt zijn op de rekening, maar waarvoor de bank reeds een stortingsverplichting heeft aan de rekeninghouder op het ogenblik van het beslag, worden hierdoor dus ook geraakt. Wanneer de beslagene de begunstigde is van een overschrijving die verloopt over verschillende banken, dan ontstaat de verplichting van de bank tot afdracht van de gelden eerst op het ogenblik van de verrekening tussen de betrokken banken.

177. Insolventieprocedure wordt in art. 3, 5° W.F.Z. gedefinieerd. Volgens dit artikel vallen o.a. het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie en de collectieve schuldenregeling binnen het bereik van de wet. Daarnaast valt ook elke andere Belgische of buitenlandse procedure die tot doel heeft, hetzij de realisatie van de activa, hetzij de sanering van de onderneming met administratieve of gerechtelijke tussenkomst, onder deze definitie.

178. Toepassing van art. 14 W.F.Z. zorgt ervoor dat enkel het netto-saldo in de boedel valt of toekomt aan de cessionaris.²³⁰ De oorspronkelijke schuldvorderingen worden als het ware opgeslorpt. Dit maakt hen onoverdraagbaar en onbeslagbaar.

4.3.2.1. Geldige overeenkomst

179. Om tegenstelbaar te zijn moet de nettingovereenkomst een geldige overeenkomst zijn naar gemeen recht (regels inzake totstandkoming en geldigheid).²³¹ Indien de overeenkomst bedrieglijk is (*fraus omnia corrumpit*) kan ook gekeken worden of de vereisten van de *actio pauliana* (art. 1167 B.W.) voldaan zijn.

180. Deze twee voorbehouden situeren zich echter op verbintenisrechtelijk niveau en niet enkel op zakenrechtelijk niveau.²³² Wat impliceert dat ze eveneens de geldigheid aantasten en niet enkel de faillissementsbestendigheid van de schuldvergelijking.

4.3.2.2. Beschikkingsbevoegdheid

181. De nettingovereenkomst kan slechts uitwerking hebben bij schuldvorderingen waarvoor de partijen beschikkingsbevoegd zijn.²³³ Het volstaat dat de beschikkingsbevoegdheid aanwezig is bij het sluiten van de overeenkomst. Bij toekomstige schuldvorderingen moet ze evenwel aanwezig zijn op het tijdstip van ontstaan van die schuldvordering. Het is dus vereist dat de overeenkomst

²²⁹ Cass. 15 juni 2006, *Arr.Cass.* 2006, 1398, concl. G. DUBRULLE, *R.W.* 2007-08, 232, noot R. FRANZIS.

²³⁰ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 221.

²³¹ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 221.

²³² V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 245.

²³³ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 238.

gesloten is voor het beslag of de samenloop en kan enkel betrekking hebben op schuldvorderingen ontstaan voor het beslag of de samenloop.

4.3.2.3. Wisselwerking met de Faillissementswet

182. Bij de bijzondere regels waaraan een nettingovereenkomst onderworpen is moet eerst en vooral art. 16 W.F.Z. bekeken worden. Wat gebeurt er met de verdachte periode uit de Faillissementswet (art.16 e.v. Faill.W.)?

183. Artikel 17, 1° Faill.W. bepaalt dat alle handelingen waarbij om niet wordt beschikt over roerende of onroerende goederen, alsmede handelingen, verrichtingen of overeenkomsten, vergeldend of onder bezwarende titel, indien de waarde van hetgeen de gefailleerde heeft gegeven, de waarde van hetgeen hij daarvoor heeft ontvangen, aanmerkelijk overtreft, niet aan de boedel kan worden tegengeworpen, wanneer zij door de schuldenaar zijn verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking van betaling. Wanneer de netting wordt overeengekomen of uitgevoerd tijdens de verdachte periode aan voorwaarden die ertoe leiden dat de waarde die de gefailleerde heeft opgegeven aanzienlijk groter is dan de waarde die hij daadwerkelijk bekomen heeft, kan deze niet worden tegengeworpen aan de boedel.²³⁴ Art. 17, 1° Faill.W. blijft aldus van toepassing.

184. Artikel 17, 3° Faill.W. zegt dat alle bedongen hypotheeken en alle rechten van gebruikspan of van pand, op de goederen van de schuldenaar gevestigd wegens voordien aangegane schulden, niet aan de boedel kunnen worden tegengeworpen, wanneer zij door de schuldenaar zijn verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking van betaling. De toepassing van art. 17, 3° Faill.W. wordt niet uitdrukkelijk uitgesloten. Dit is ook niet nodig, omdat deze bepaling waarschijnlijk niet relevant is voor nettingovereenkomsten. De regel die erin vervat ligt heeft immers enkel betrekking op de klassieke zakelijke zekerheden.²³⁵

185. De *faillissementspauliana* (art. 20 Faill.W.) blijft wel degelijk van toepassing.²³⁶ Nettingovereenkomsten gesloten of uitgevoerd met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers van de gefailleerde kunnen niet aan hen worden tegengeworpen, ongeacht de datum waarop ze hebben plaatsgegrepen.

186. Art. 17, 2° Faill.W. stelt dat alle betalingen, hetzij in geld, hetzij bij overdracht, verkoop, schuldvergelijking of anderszins, wegens niet vervallen schulden, en alle betalingen anders dan in geld of in handelspapier, wegens vervallen schulden, kunnen niet aan de boedel worden tegengeworpen, wanneer zij door de schuldenaar zijn verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip van staking van betaling. Maar art. 16, §3 W.F.Z. schuift art. 17, 2° Faill.W. aan

²³⁴ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 222.

²³⁵ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 248. Om dezelfde reden is het voorbehoud in art. 15, §2, lid 2 W.F.Z. niet relevant voor nettingovereenkomsten.

²³⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 1407/001, 48.

de kant voor nettingovereenkomsten en de betalingen, transacties en handelingen die worden verricht in uitvoering van de overeenkomsten en de close-outbedingen.²³⁷ Dit geeft als resultaat dat netting door middel van een nettingovereenkomst tegenwerpelijk is aan de boedel en dat het zelfs niet uitmaakt of de nettingovereenkomst voor of tijdens de verdachte periode is gesloten.

187. Vervolgens wordt art. 18 Faill.W. eveneens uitgeschakeld voor nettingovereenkomsten, wat de rechtszekerheid zeker bevordert. Het is voor een nettingovereenkomst dus niet zo dat de handelingen van de gefailleerde niet-tegenwerpelijk kunnen worden verklaard als de tegenpartij van de gefailleerde kennis had van de staking van betaling.

188. Op basis van deze uitsluiting moet m.i. worden geconcludeerd dat de nietigheid of niet-tegenwerpelijkheid op basis van bedrog, die terug te vinden is in art. 20 Faill.W. zeker niet lichtzinnig mag worden aangenomen. M.E. STORME zegt dat een bedrieglijk opzet moet worden aangetoond.²³⁸

189. Art. 15, §1 W.F.Z. vergroot de derdenwerking van de nettingovereenkomst nog meer doordat deze wordt uitgebreid tot nettingovereenkomsten die zijn gesloten op de dag, maar voor het exacte tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend of het beslag of de samenloop plaatsvindt.²³⁹ De "nul uur-regel" wordt zo aan de kant geschoven. Deze regel bepaalt dat de transacties die verricht zijn op de dag van de faillietverklaring worden beschouwd als posterieure handelingen die aan de failliete boedel bijgevolg niet tegenwerpelijk zijn. Door het aan banden leggen van deze regel ontstaat de noodzaak om op elk vonnis van faillietverklaring het tijdstip te noteren.

190. Een nettingovereenkomst die is gesloten na de dag waarop de insolventieprocedure wordt geopend of het beslag of de samenloop plaatsvindt, blijft, volgens art. 15, §1 W.F.Z., tegenwerpelijk aan derden indien de tegenpartij kan aantonen dat hij op het ogenblik waarop de nettingovereenkomst werd gesloten, in de gewettigde onwetendheid verkeerde over de opening of het eerder plaatsvinden van zulke procedure of samenloop.²⁴⁰ Op deze manier wordt er afgeweken van de fixatieregels.²⁴¹ Schuldeisers die zich te goeder trouw op de nettingovereenkomst willen beroepen, kunnen art. 16 Faill.W. dus naast zich neerleggen.

191. Art. 15, §2, lid 1 W.F.Z. verklaart dat §1 ook van toepassing is op de betalingen, transacties en handelingen die worden verricht ter uitvoering van de in die paragraaf bedoelde

²³⁷ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 48. M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 222.

²³⁸ M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 222.

²³⁹ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 246.

²⁴⁰ Kh. Charleroi 2 januari 2008, *J.T.* 2008, 195.

²⁴¹ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 246.

overeenkomsten. Langs deze weg wordt verduidelijkt dat niet enkel het sluiten van de nettingovereenkomst, maar ook de eigenlijke verrekening op basis van zo een overeenkomst de bescherming geniet van art. 15, §1 W.F.Z.

192. Dit vloeit echter reeds voort uit art. 14 van de wet, maar de wetgever wenste dit extra te benadrukken.²⁴² De bestaansvoorwaarde uit dit artikel geldt bijgevolg zowel voor de tegenwerpelijkheid van het sluiten van de nettingovereenkomst als voor de uitvoering ervan.

4.4. Grondwettigheid van het onbepaalde personele toepassingsgebied

193. Het Grondwettelijk Hof heeft met zijn arrest van 27 november 2008 de regeling omtrent conventionele schuld op zijn grondvesten doen daveren.²⁴³ Het arrest kwam er naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de beslagrechter te Neufchâteau. De vraag luidde:

“Brenge de artikelen 14 en 15 van de Wet van 15 december 2004, in samenhang gelezen met de artikelen 1675/7 en 1675/9, §1, 4° van het Gerechtelijk Wetboek, een discriminatie teweeg in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet?”

194. De vraag die aan het hof werd gesteld is m.a.w. of er een verschil is in behandeling tussen de schuldeisers die zich beroepen op de regeling voor nettingovereenkomsten en de schuldeisers die zich niet op deze regeling (kunnen) beroepen. De artikelen in de W.F.Z. zouden een onevenredig voordeel kunnen teweegbrengen voor bankinstellingen, alsook een discriminatie van de andere schuldeisers, die onderworpen blijven aan de wet van samenloop en die geen enkele schuldvergelijking kunnen toepassen.

4.4.1. Feiten

195. De feiten kunnen als volgt omschreven worden. M.M. en M.-C. G. hebben bij de beslagrechter van de Rechtbank van eerste aanleg te Neufchâteau een verzoekschrift ingediend tot collectieve schuldenregeling.²⁴⁴ De nv Axa Bank Belgium (een van hun schuldeisers) heeft zich verzet tegen de aanzuiveringsregeling die de schuldbemiddelaar ter goedkeuring aan alle schuldeisers had voorgelegd.

196. M.M. en M.-C. G. waren houder van verschillende rekeningen bij de voormelde financiële instelling. Doordat de zichtrekening van M.M. en M.-C. G. een negatief saldo vertoonde en de spaarrekeningen positieve saldi, heeft de nv Axa Bank Belgium de zichtrekening gecrediteerd met de positieve saldi van de spaarrekeningen, en bijgevolg een schuldvordering aangegeven van kapitaal en kosten, ten belope van 1 127, 66 euro. De nv Axa Bank Belgium heeft de schuldvergelijking die werd doorgevoerd met toepassing van de artikelen 14 en 15 van de Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen

²⁴² V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 247.

²⁴³ GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NjW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *T.B.H.* 2009, 496, noot R. HOUBEN, *J.T.* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.* 2009, 816, noot F. GEORGES.

²⁴⁴ GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NjW* 2008, 925.

inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, verantwoord.

197. De bepalingen in het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de collectieve schuldenregeling verbieden in principe elk mechanisme van schuldvergelijking, terwijl nettingovereenkomsten aan schuldeisers en aan derden tegenstelbaar zijn en rechtsgevolgen kunnen hebben in geval van een insolventieprocedure, beslag of in gevallen van samenloop. Deze overweging zette de beslagrechter te Neufchâteau ertoe aan om een prejudiciële vraag te stellen.

198. Het Grondwettelijk Hof heeft uiteindelijk beslist de artikelen 14 en 15, §1 van de W.F.Z. te censureren. De beschermingsregeling voor netting vervat in deze artikelen is volgens het Hof niet in overeenstemming met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, voor zover ze van toepassing is op natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

4.4.2. Overwegingen van het Hof

199. De overwegingen van het Hof overtuigen niet. Ten eerste stelt het Hof een verschillende behandeling vast tussen de schuldeiser die zich ten aanzien van zijn onder collectieve schuldenregeling geplaatste schuldenaar op een nettingovereenkomst kan beroepen en de schuldeiser die dit niet kan. Hier zegt het Hof dat dit verschil in behandeling berust op een objectief criterium, nl. het al dan niet sluiten van een nettingovereenkomst met de betrokken schuldenaar.

200. Volgens het Hof zijn beide categorieën schuldeisers voldoende vergelijkbaar, omdat zij immers beiden over een vordering op een natuurlijke persoon beschikken op wie een procedure van collectieve schuldenregeling van toepassing is. Het Hof voegt hier nog aan toe dat deze vergelijking geldt ondanks het feit dat de eerste categorie overigens schuldenaar is van die natuurlijke persoon.

201. Hierna zegt het Hof dat de Belgische wetgever verder gegaan is dan de loutere omzetting van de richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002. Het toepassingsgebied *ratione personae* van de wet is uitgebreid tot buiten de financiële sector, wegens de bescherming waarvoor de nettingovereenkomsten reeds in aanmerking komen in het kader van de Europese verordening nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures.²⁴⁵

202. Tenslotte wijst het Hof op het doel van economische groei en financiële stabiliteit dat de wetgever met de W.F.Z. wilde nastreven in de bank- en financiële sector. En dus is de maatregel die erin bestaat de kredietinstellingen toe te staan een nettingovereenkomst te doen gelden om te ontsnappen aan de regel van de samenloop, niet pertinent in zoverre hij van toepassing is op de schuldenaars, die natuurlijke personen zijn en die, gelet op hun situatie van overmatige schuldenlast, zijn genoodzaakt een verzoek in te dienen tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling.

²⁴⁵ Verord. Raad (EG) nr. 1346/2000, 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. L.* 30 juni 2000, afl. 160, 1.

203. Het Hof meent uit deze doelstellingen en de parlementaire voorbereiding af te leiden dat de W.F.Z. enkel betrekking heeft op vermogende personen²⁴⁶ of althans op personen die over effecten beschikken²⁴⁷.

4.4.3. Praktische gevolgen

204. Het mag duidelijk zijn dat contractuele schuldvergelijking niet langer op grond van de W.F.Z. kan plaatsvinden na de samenloop op het vermogen van een natuurlijke persoon die geen handelaar is. In de praktijk gaat het dus met name om schuldenaars onderworpen aan een collectieve schuldenregeling. Het is de bedoeling dat er dan wordt teruggevallen op het gemeen recht.²⁴⁸ Volgens het gemeen recht mag schuldvergelijking na de samenloop enkel plaatsvinden tussen vorderingen die tijdig bestaan en samenhangend zijn.

Rechtspersonen en handelaars kunnen wel blijven genieten van de rechtsregels over netting in de W.F.Z.

205. Het Hof vermeldt in zijn overwegingen enkel de samenloop, dus we weten niet of het Hof bewust een ruime draagwijdte aan het arrest wou geven. Als we letterlijk naar de bewoordingen van het arrest kijken heeft het Hof echter geen beperkingen aangebracht op de ongrondwettigheid, wat impliceert dat het arrest niet enkel betrekking heeft op de contractuele schuldvergelijking na samenloop, maar ook op de contractuele schuldvergelijking na beslag, de kennisgeving van cessie of verpanding e.d.m.²⁴⁹

206. Een nettingbeding in de algemene bankvoorwaarden dat van toepassing is op een natuurlijke persoon wordt door het arrest niet ongeldig.²⁵⁰ Het arrest en de W.F.Z. hebben geen invloed op de geldigheid van de nettingovereenkomst, want hiervoor moeten we kijken naar het gemeen contractenrecht.

207. Wel moet worden aangenomen dat na het arrest een verrekeningsbeding in de algemene bankvoorwaarden na de samenloop op het vermogen van een natuurlijke persoon die geen handelaar is, niet meer kan worden afgedwongen op grond van de W.F.Z.²⁵¹

4.4.4. Kritiek

208. Dit arrest is voor kritiek vatbaar, want de gedachte van gelijke behandeling die de wetgever voor ogen had, gaat compleet verloren.²⁵² Het Belgische recht wordt zo een stap terug geduwd in het Europese perspectief.

²⁴⁶ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 11.

²⁴⁷ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 14.

²⁴⁸ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 555; E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NjW* 2008, 926.

²⁴⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 555.

²⁵⁰ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 556.

²⁵¹ De W.F.Z. biedt hier geen grond meer voor de tegenwerpelijheid.

209. De wetgever heeft het toepassingsdomein van de W.F.Z. namelijk zeer bewust ruimer geschetst (niet beperkt tot financiële instellingen) dan de Europese richtlijn waaraan deze wet uitvoering geeft. Natuurlijke personen en rechtspersonen wilde de wetgever opzettelijk dezelfde financiële zekerheidsmogelijkheden geven als financiële instellingen.²⁵³ Voor natuurlijke personen is er enkel een kleine uitzondering voor de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid in art. 12 W.F.Z.

210. De overweging die het Grondwettelijk Hof maakt aangaande het feit dat de rechtsregels over netting ten aanzien van natuurlijke personen niet pertinent zouden zijn, gelet op het doel van economische groei en financiële stabiliteit dat de wetgever wilde nastreven in de financiële sector, valt te betwijfelen.²⁵⁴ Het middel (de principiële tegenwerpelijke van netting ten aanzien van natuurlijke personen) zou niet in redelijk verband staan met het gehanteerde doel (de economische groei en de financiële stabiliteit). Financiële stabiliteit is immers afhankelijk van de zekerheidsposities die een schuldeiser kan innemen tegen zijn schuldenaar.

211. Het is verwonderlijk dat het Grondwettelijk Hof de regels inzake netting uit de W.F.Z. enkel acht betrekking te hebben op vermogende personen of personen die over effecten beschikken.²⁵⁵ Zekerheden zijn met name belangrijk bij het onvermogen van de zekerheidsgever en de W.F.Z. is thans toch een wet die de financiële zekerheden normeert. Bij onvermogen van de zekerheidsgever manifesteert het zekerhedenrecht zich en verleent het aan de zekerheidsnemer een gunstigere positie. Het is dus vreemd om te poneren dat de W.F.Z. enkel van toepassing is op vermogende personen, daar er in dit geval hypothetisch gezien minder beroep zal worden gedaan op de financiële zekerheden.

212. Het Hof neemt vergelijkbaarheid aan tussen de categorie van schuldeisers die een nettingovereenkomst zijn overeengekomen met hun schuldenaar wiens verzoek tot collectieve schuldenregeling toelaatbaar werd verklaard en de categorie van schuldeisers die dit niet hebben gedaan.²⁵⁶ Wederzijds schuldenaarschap kan tevens bestaan zonder een nettingovereenkomst, daarom bestaan ook de figuren van de wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking. Het Hof insinueert dus onterecht dat enkel de eerstgenoemde categorie ook schuldenaar zou zijn van zijn schuldenaar.²⁵⁷

²⁵² V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 250.

²⁵³ *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 13.

²⁵⁴ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 557.

²⁵⁵ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 557; E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NjW* 2008, 926.

²⁵⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 557.

²⁵⁷ Het Grondwettelijk Hof zegt dit in paragraaf B.7.2. van het arrest (GwH 27 november 2008, nr. 167/2008).

213. Bij deze zogenaamde vergelijkbaarheid vallen nog meer kanttekeningen te plaatsen.²⁵⁸ Is het immers wel logisch om op te werpen dat de situatie vergelijkbaar is van de schuldeiser die op grond van een nettingovereenkomst in geval van samenloop een vordering op zijn schuldenaar (natuurlijke persoon en niet-handelaar) kan vereffenen door middel van een eigen schuld aan zijn schuldenaar, en de situatie van de schuldeiser die dit niet kan omdat hij gewoonweg niet over zulke overeenkomst beschikt. De eerste schuldenaar heeft namelijk door het sluiten van een nettingovereenkomst een zekerheidspositie ingenomen, terwijl de tweede schuldeiser heeft nagelaten dit te bedingen. De zekerheidsnemer komt dus terecht een betere positie toe dan de chirografaire schuldeiser.²⁵⁹

4.4.5. Een oplossing dankzij het gemeen recht

214. Het gemeen recht biedt voldoende waarborgen om de tegenwerpelijheid van contractuele schuldvergelijking na samenloop met een wederpartij die een natuurlijke persoon is en geen handelaar toch nog mogelijk te maken²⁶⁰, ook zonder de W.F.Z.²⁶¹ Het feit dat het gemeen recht deze regels al grotendeels kende, toont nogmaals aan dat het arrest eerder op een rechtsdwaling berust.

215. De regel is (*supra* nrs. 161-163) dat schuldvergelijking na samenloop enkel nog mogelijk is tussen tijdig bestaande en samenhangende vorderingen. Deze regel geldt bijgevolg dus ook voor natuurlijke personen en de vereiste samenhang kan worden overeengekomen.

De samenhang die tijdig overeengekomen is, kan volgens art. 1165 B.W. worden tegengeworpen aan rechtverkrijgende derden. Dit geldt bij samenloop en bij kennisgeving van de overdracht.

216. Deze grondslag biedt natuurlijk niet dezelfde rechtszekerheid²⁶² als een duidelijke wetsbepaling. Het is m.i. dus opportuun dat de wetgever hier optreedt.²⁶³ Een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop, ongeveer zoals in het Engelse recht²⁶⁴, lijkt praktisch de beste oplossing. Het beste laten we zelfs de voorwaarde van samenhang en verknochtheid vallen. Dit brengt immers een verregaande gelijkheid tussen de verschillende schuldeisers met zich mee en dan is het discriminatieprobleem van het Grondwettelijk Hof in een beweging van de tafel geveegd. Dit is ook de meest dominante opvatting in Europa.

217. Het spreekt voor zich dat hier eerst goed over nagedacht dient te worden en detailregeling nodig is om disputen te beperken. Hierbij moet de wetgever voldoende redenen aangeven om de toepassing van de regeling uit te breiden naar overeenkomsten met niet-handelaars.

²⁵⁸ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 557-558.

²⁵⁹ E. DIRIX, "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NjW* 2008, 926.

²⁶⁰ Bijvoorbeeld bij collectieve schuldenregeling en beslag jegens een niet-handelaar.

²⁶¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 558.

²⁶² Volgens M.E. STORME kent de regel van gemeen recht een aantal beperkingen. Zie: M.E. STORME, "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 240-241.

²⁶³ De W.F.Z. had niet aangepast moeten worden, maar art. 1298 B.W. en art. 17, 2° Faill.W.

²⁶⁴ *Infra* nr. 225.

4.4.6. Tip voor het sluiten van een nettingovereenkomst

218. Een schuldeiser neemt dus best naast zijn nettingbeding ook een beding op waarin wordt gestipuleerd dat de onderlinge vorderingen tussen de contractpartijen samenhangend zijn en dus bestemd om met elkaar te worden verrekend.²⁶⁵

In de meeste algemene bankvoorwaarden is dit extra beding waarschijnlijk al opgenomen.

²⁶⁵ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 558.

5. Contractuele uitsluiting van schuldvergelijking

5.1. Algemeen

219. Het is belangrijk dat de tegenwerpelijke van de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking apart bekeken wordt, daar hier veel over te zeggen valt. Hierover bestaat in België geen specifieke regeling.²⁶⁶

220. De uitkomst is opnieuw te vinden in artikel 1165 B.W., de zakelijke werking van de interne mechanismen. Als dit principe strikt wordt toegepast levert dit de niet-compensabiliteit op van de over en weer bestaande vorderingen. Tenminste als het gaat om een geldige contractuele uitsluiting van schuldvergelijking. Rechtverkrijgende derden moeten rekening houden met dit intrinsiek kenmerk van de vorderingen. De tegenwerpelijke lijkt aanvaardbaar, maar bij nader inzien zijn er hiertegen bezwaren.

221. Bij het contractueel beslagverbod wordt door de Belgische rechtsleer aanvaard dat dit verbod geen zakelijke werking heeft.²⁶⁷ Het valt aan te nemen dat er een nauwe band bestaat tussen het contractueel beslagverbod en de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking, dus is het verdedigbaar dat ter zake ook dezelfde rechtsregels gelden.²⁶⁸ Daar het contractueel beslagverbod geen zakelijke werking geniet, impliceert dit dat de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking ook geen zakelijke werking heeft en evenmin aan rechtverkrijgende derden kan worden tegengeworpen. Concreet betekent dit dat er in de verhouding met de rechtverkrijgende derde (B-C) gewoon schuldvergelijking kan plaatsvinden²⁶⁹, ook al was hierop een contractuele uitsluiting van toepassing in de oorspronkelijke verhouding (A-B).

222. Weliswaar volgt niet iedereen deze vergelijking, omdat er toch ook verschillen bestaan tussen de figuur van schuldvergelijking en het beslag.²⁷⁰ De wettelijke voorwaarden voor schuldvergelijking gelden niet voor beslag en schuldvergelijking veronderstelt geen tussenkomst van een deurwaarder in tegenstelling tot beslag. Tenslotte is de regel van art. 1298 B.W.²⁷¹, dat de schuldvergelijking verbiedt na beslag ten nadele van de beslaglegger, moeilijk verklaarbaar wanneer beide figuren gelijk worden gesteld.

²⁶⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 118.

²⁶⁷ G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Luik, 1988, 97-99; E. DIRIX, "Verhaalrechten op schuldvorderingen" in *Liber Amicorum Marcel Briers*, Gent, Mys & Beesch, 1993, 151; M.E. STORME, *Algemeen zakenrecht*, I, 2009 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/vermogensrecht20091.pdf>), 47-48.

²⁶⁸ Er is ook een nauwe band tussen beslag en schuldvergelijking. BYBAU stelt dat schuldvergelijking dient te worden beschouwd als een wettelijk (bewardend) beslag op de eigen schuld vanaf het ogenblik waarop ze gelijktijdig bestaat met de eigen vordering (J.H. BYBAU, *De werking der schuldvergelijking*, Delft, Judels, 1912, 137). FABER zegt dat schuldvergelijking en beslag dezelfde strekking hebben en daarom nauw verwant zijn, maar dat de figuren toch moeten worden onderscheiden (N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer 2005, 2-3).

²⁶⁹ Uiteraard moet wel voldaan zijn aan de toepassingsvoorwaarden.

²⁷⁰ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 22-25.

²⁷¹ Hier moet erop worden gewezen dat schuldvergelijking na beslag wel nog steeds kan plaatsvinden bij samenhangende vorderingen.

5.2. Rechtsvergelijking

223. Een rechtsvergelijkend intermezzo is hier op zijn plaats. In het Nederlandse recht is de contactuele uitsluiting van verrekening namelijk wel tegenwerpelijk aan de schuldeisers van de contractpartijen.²⁷² Die schuldeisers mogen de uitsluiting niet miskennen, maar wanneer dit in hun voordeel is kunnen ze er eventueel wel een beroep op doen. Deze tegenwerpelijkheid wordt gemotiveerd met de stelling dat de uitsluiting van schuldvergelijking mee de inhoud bepaalt van het vorderingsrecht.²⁷³

224. Wanneer de partijen de uitsluiting van verrekening ook in geval van faillissement hebben willen voorschrijven, wordt ook hier de tegenwerpelijkheid aanvaard.²⁷⁴ Het is nuttig om dan de uitlegging van de overeenkomst te bekijken.²⁷⁵

225. In het Engelse recht is het uitgangspunt daarentegen dat de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking niet tegenwerpelijk is na de samenloop.²⁷⁶ De ratio hierachter is dat de schuldvergelijking na samenloop in het Engelse recht *mandatory* is.²⁷⁷ Het Belgische uitgangspunt van niet-tegenwerpelijkheid (*supra* nr. 221) is dus te vergelijken met het Engelse standpunt, maar staat haaks op het Nederlandse.

226. Het verschil met het Nederlandse recht is echter niet zo groot als het lijkt, vermits er in Nederland, net als in België, toch schuldvergelijking kan plaatsvinden ondanks de contractuele uitsluiting. Soms is toepassing van de contractuele uitsluiting naar aanleiding van de samenloop op het vermogen van de wederpartij immers onrechtmatig.

227. De Wet Financiële Zekerheden stelt dat de contractuele schuldvergelijking na samenloop of na overdracht van rechten principieel tegenwerpelijk is aan derden (art. 14 en 15 W.F.Z.). Wanneer het begrip contractuele schuldvergelijking ruim wordt opgevat, valt elke vorm van organisatie en dus ook de uitsluiting hieronder.²⁷⁸

228. Toch moet als gevolg hiervan niet worden aangenomen dat de schuldvergelijking op grond van de W.F.Z. tegenwerpelijk moet zijn na de samenloop of overdracht. De W.F.Z. heeft volgens de parlementaire voorbereiding als rechtsgrond dat zij meer zekerheid wil bieden aan overeenkomsten die de mogelijkheid tot schuldvergelijking na samenloop of na overdracht van rechten verruimen in

²⁷² N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer 2005, 301; ASSER-HARTKAMP-SIEBURGH, *Verbintenissenrecht*, II, Deventer, Kluwer, 2009, 188; A.P.K. DE KLERK LEENEN, *Compensatie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 27.

²⁷³ N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer 2005, 321.

²⁷⁴ N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer 2005, 301-340.

²⁷⁵ N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer 2005, 581. Er is Nederlandse rechtspraak waar het beroep op de contractuele uitsluiting van de verrekening tussen de partijen onredelijk bezwarend wordt geacht (*infra* nrs. 258 en 260). Als we die lijn doortrekken, komen we tot het besluit dat dit ook ten aanzien van de rechtverkrijgende derde onredelijk bezwarend is.

²⁷⁶ P. WOOD, *English and International Set-Off*, Londen, Sweet & Maxwell, 1989, nr. 12-25; P. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 83-85; P. WOOD, *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing systems*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 88-89; R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 1990, 68.

²⁷⁷ "Insolvency set-off is mandatory".

²⁷⁸ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 119.

vergelijking met het gemeen recht.²⁷⁹ Vervolgens valt dus aan te nemen dat clauses of contracten die de mogelijkheid tot schuldvergelijking na samenloop of na overdracht volledig uitsluiten (of beperken) hier niet onder vallen.

5.3. Uitzonderingen

229. Om af te sluiten vallen er nog twee uitzonderingen te bespreken. De eerste is het door de rechtbank goedgekeurd herstelplan bij gerechtelijk akkoord (afgeschaft in 2009). Het gerechtelijk akkoord strekt ertoe om de schuldenaar te saneren. De uitsluiting van de schuldvergelijking met de vorderingen op de onder akkoord geplaatste schuldenaar in het herstelplan draagt hiertoe bij. Deze bijzondere aard van het herstelplan en het gerechtelijk akkoord rechtvaardigen de uitzondering. In casu primeert het belang van de maatschappij bij de gezondmaking van de onderneming op het belang van de rechtverkrijgende derde. Hier is de uitsluiting dus wel degelijk tegenwerpelijk.

230. Bijgevolg is de uitsluiting van schuldvergelijking tegenwerpelijk in een minnelijk akkoord in het raam van de gerechtelijke reorganisatie van ondernemingen sinds de inwerkingtreding van de Wet Continuïteit van Ondernemingen (afgekort als: W.C.O.).²⁸⁰

231. In het cassatiearrest van 20 oktober 2005 oordeelt het Hof van Cassatie dat het recht van een schuldeiser om een beroep te doen op de schuldvergelijking niet de openbare orde raakt en dat een schuldeiser van dat recht afstand kan doen in het herstelplan, ook al gaat het om samenhangende vorderingen.²⁸¹ Uit dit arrest kunnen we echter niets concluderen over de tegenwerpelijkheid van de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking in het herstelplan. Het arrest beslist enkel dat de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking in het herstelplan geldig is en dus verbindend voor de betrokken partijen.

232. De tweede uitzondering op de niet-tegenwerpelijkheid van de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking aan rechtverkrijgende derden betreft de uitsluiting van schuldvergelijking overeengekomen tussen de houder van een kwaliteitsrekening en de bank.²⁸² Bij een kwaliteitsrekening bestaat de uitsluiting van schuldvergelijking in het belang van de begunstigde(n) van de tegoeden op deze rekening. Dit belang moet worden afgewogen tegen het belang van de rechtverkrijgende derde(n) op de vordering tot afdracht van de tegoeden. Bij deze evenwichtsoefening lijkt het aanvaardbaar om het belang van de begunstigde(n) van de tegoeden op de rekening te verkiezen boven het belang van de rechtverkrijgende derde(n). Zelfs bij het faillissement van de bank blijft de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking voortbestaan.²⁸³

²⁷⁹ *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 27.

²⁸⁰ Wet 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009 (ed. 1). Kritiek: R. JANSEN, "FarWest-recht: enkele kritische kanttekeningen bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord in de nieuwe Wet Continuïteit Ondernemingen", *R.W.* 2008-09, 1580-1583.

²⁸¹ Cass. 20 oktober 2005, *R.W.* 2006-07, 651, *Pas.* 2005, 1994. Het arrest betreft evenwel het gerechtelijk akkoord van voor de W.C.O.

²⁸² R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 120.

²⁸³ De ratio van de uitsluiting blijft immers gehandhaafd. In hoeverre de vordering tot afdracht van de begunstigden daadwerkelijk nog enig voorwerp zal hebben, is, gelet op de insolventie van de bank, onzeker. In

233. Het Hof van Cassatie heeft op 27 januari 2011 een baanbrekend arrest geveld over de beslagbaarheid van de kwaliteitsrekening van een advocaat.²⁸⁴ Voor deze kwaliteitsrekening is namelijk geen wettelijke bescherming voorzien. Dit omstreden arrest zegt dan ook dat de gelden op de derdenrekening geen afgeschermd patrimonium zijn, ze ontsnappen niet aan de schuldeisers van de advocaat.

234. De geldsommen die worden gestort op een derdenrekening die de advocaat in eigen naam en voor eigen rekening in de boeken van een bank opent, behoren ongeacht hun oorsprong, tot de schuldvordering van die advocaat op de bank en dus tot het geheel van zijn vermogen. De persoonlijke schuldeisers van die advocaat kunnen derhalve in handen van de bank derdenbeslag op het creditsaldo van die rekening leggen. Hopelijk stelt de wetgever snel paal en per aan deze m.i. verkeerde gedachtegang van het Hof en komt er snel een wettelijke regeling net als voor notarissen.

dit geval kan het depositogarantiestelsel allicht (deels) een oplossing bieden. Voor meer info zie: E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021.

²⁸⁴ Cass. 27 januari 2011, *NjW* 2011, 266.

6. Wisselwerking met andere rechtstakken

235. Het contract waarin de schuldvergelijking is opgenomen kan gestoeld zijn op de regels uit de Wet Financiële Zekerheden (*i.e.* wanneer de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van de wet valt) of, zoals eerder vermeld, op de regels van het gemeen recht. Logischerwijze vinden we ook elementen uit andere rechtstakken terug in het contract. Vooral de inhoud van de overeenkomst en de modaliteiten van de verrekening staan onder invloed van deze kruisbestuiving.²⁸⁵

6.1. Zekerhedenrecht

236. De contractuele schuldvergelijking bezit een grote zekerheidswaarde (*supra* nr. 72). De partij die schuldvergelijking kan inroepen, geniet de zekerheid van betaling van zijn schuldvordering; toch op zijn minst voor het gedeelte daarvan dat uitdooft dankzij de schuldvergelijking.²⁸⁶ De zekerheidsfunctie van het verrekenen zit bijgevolg in de vermindering van het kredietrisico van de tegenpartij.²⁸⁷

237. Schuldvergelijking heeft als voordeel dat het ervoor zorgt dat degene die ze inroept niet meer kampt met het probleem dat hij zelf nog zijn schuld zou moeten nakomen, terwijl hij voor zijn eigen schuldvordering een aangifte in het faillissement zou moet doen.²⁸⁸ Wanneer compensatie mogelijk is na het ontstaan van de samenloop, komt schuldvergelijking dus een zekerheidsfunctie toe.²⁸⁹

238. De zekerheidsfunctie heeft het laatste decennium een evolutie doorgemaakt. Wanneer de voorwaarden voor schuldvergelijking voor de samenloop zijn vervuld is er geen probleem, maar wanneer deze voorwaarden pas voldaan zijn na of door de samenloop is de situatie complexer.²⁹⁰

239. Zoals uitgelegd neemt het Belgische recht in dit opzicht een restrictieve houding aan (art. 1298 B.W.). Schuldvergelijking na samenloop is bijgevolg enkel toegestaan als de vorderingen samenhangend zijn.

240. De Franse regels betreffende *compensation* na faillissement hebben veel weg van het vroegere Belgische recht ter zake.²⁹¹ Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (art. 1298

²⁸⁵ Zie ook de vergelijking tussen de drie vormen (*supra* nrs. 69 e.v.)

²⁸⁶ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 223.

²⁸⁷ V. SAGAERT, A. APERS en S. BOULY, "De invloed van het Europese recht op het Belgische zekerheden- en goederenrecht" in V. SAGAERT, I. SAMOY en E. TERRY (eds.), *De invloed van het Europees recht op het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 657.

²⁸⁸ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 223.

²⁸⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 616-618.

²⁹⁰ Een vaak voorkomende situatie is dat een schuldvordering pas opeisbaar wordt bij het intreden van de samenloop. Volgens art. 22 Faill.W. heeft het ontstaan van de samenloop immers de onmiddellijke opeisbaarheid van de schuldvorderingen tot gevolg (Collectieve schuldenregeling: art. 1675/7 Ger.W.). Cass. 24 maart 1977, *Arr. Cass.* 1977, 804: Ook bij de vereffening van vennootschappen wordt de loop der interesten geschorst, althans in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers en niet ten aanzien van de debiteur.

Code Civil) maakt dat contractuele schuldvergelijking na faillissement in beginsel niet is toegestaan (art. 33 Wet van 25 januari 1985).²⁹² Er is evenwel een uitzondering voor samenhangende vorderingen (art. 33, al. 1 Wet van 25 januari 1985, aangevuld door de Wet van 10 juni 1994). De samenhang kan worden overeengekomen, want het is enkel vereist dat deze blijkt uit de intentie van de partijen.

241. In Engeland is de zekerheidsfunctie van schuldvergelijking minder problematisch.²⁹³ *Set-off* na faillissement wordt geregeld in *Section 323* van de *Insolvency Act 1986*. De Engelse wetgeving schept een soepel kader voor schuldvergelijking na faillissement. De voorwaarden zijn dat de vorderingen als *mutual* (wederkerig) kunnen worden beschouwd en dat ze zijn ontstaan voor de opening van de faillissementsprocedure. Samenhang tussen de vorderingen is geenszins vereist.

242. Rechten naar *equity* en contractuele rechten worden in principe via dwingende regels aan de kant geschoven door *Section 323* van de *Insolvency Act 1986*.²⁹⁴ *Insolvency set-off* is in Engeland *mandatory*.²⁹⁵ Dit heeft voor gevolg dat contractuele uitsluiting van schuldvergelijking na faillissement niet kan worden tegengeworpen aan de boedel.

243. De regels in de Nederlandse Faillissementswet (hierna: Fw.) proberen zelfs grotere compensatiemogelijkheden te creëren dan er buiten het faillissement bestaan. Er geldt zelfs maar één voorwaarde, nl. dat beide te verrekenen schuldvorderingen voor het ontstaan van de samenloop zijn ontstaan of dat ze voortvloeien uit handelingen met de gefailleerde van voor de faillietverklaring (art. 53, lid 1 Fw.).²⁹⁶ Wanneer het gaat om vorderingen die voortvloeien uit bepaalde handelingen van voor het faillissement is wel vereist dat er een verband bestaat tussen de na het faillissement ontstane schuld en de vordering die stamt uit een voor het faillissement gesloten overeenkomst. In beginsel zijn contractuele uitsluitingen dus tegenwerpelijk aan de boedel.

244. In de Principles of European Insolvency law luidt § 9.3 dat "*The opening of the (insolvency) proceeding does not prevent set-off*".²⁹⁷ In de D.C.F.R. wordt benadrukt in art. 6:101 dat de bepalingen inzake schuldvergelijking de samenloopbestendigheid van schuldvergelijking niet beïnvloeden.

²⁹¹ R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-06, 1170.

²⁹² P. WOOD, *Set-off and netting, derivatives, clearing systems*, Londen, Sweet and Maxwell, 2007, 153-155.

²⁹³ R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-06, 1169-1170.

²⁹⁴ P. WOOD, *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 83-85; R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-06, 1170.

²⁹⁵ Schuldvergelijking na samenloop is verplicht.

²⁹⁶ E. DIRIX en S. KORTMANN, "Compensatie en concursus creditorum", *T.P.R.* 1989, 1657-1683.

²⁹⁷ Principles of European Insolvency Law, opgemaakt te Brussel in 2005.

245. Het Belgische recht neemt een minderheidspositie in tegenover andere rechtsstelsels.²⁹⁸ Door de nieuwe regels (*supra* nrs. 173 e.v.) is het Belgische recht mee op deze kar kunnen springen en zijn de regels ook hier soepeler geworden.

246. Volgens V. SAGAERT wordt er eveneens steeds meer rekening gehouden met de economische realiteit, terwijl men zich in het verleden beperkte tot een enge juridische analyse van de feiten.²⁹⁹ Het zou nu voldoende zijn dat de samenhang is gebaseerd op het feit dat de te verrekenen schuldvorderingen tot een homogene verhouding behoren waarvan de finaliteit en het evenwicht door de onderlinge samenhang tussen de schuldvorderingen wordt bepaald.³⁰⁰ Zo heeft de samenhang-voorwaarde een ruimere invulling gekregen en volstaat het dat de vorderingen in het kader van een wederkerige rechtsverhouding zijn ontstaan, zelfs al is er geen contractuele grondslag.

6.2. Consumentenrecht

247. De partijen kunnen beslissen dat slechts één partij de mogelijkheid heeft om zich op schuldvergelijking te beroepen of ze kunnen beslissen dat schuldvergelijking tussen hen nooit plaats zal hebben.³⁰¹ De Wet Marktpraktijken³⁰² stelt evenwel soms paal en perk aan dergelijke bedingen.³⁰³ Wanneer het om een contract gaat tussen een onderneming of handelaar en een consument wordt de consument beschermd.

248. Een consument is volgens art. 2, 3° van de Wet Marktpraktijken: "*iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt*". De bescherming van de zwakke partij is hier nodig omdat men een contractuele uitsluiting van schuldvergelijking vaak aantreft in algemene contractvoorwaarden, die meestal niet gelezen worden door de consument noch toegelicht door de verkoper. Soms gaan deze bedingen zelfs zo ver dat ze de schuldvergelijking voor de koper uitsluiten en voor de verkoper het recht op schuldvergelijking uitdrukkelijk aanhalen. Dit geeft de verkoper een enorme macht. De verkoper garandeert zichzelf immers de integrale betaling in speciën van de koopprijs, terwijl hij de controle behoudt over de betalingswijze van zijn eigen schulden. Een voorbeeld van zulk beding zou kunnen zijn:

"De koper heeft niet het recht om schuldvergelijking in te roepen, welke ook de rechten of vorderingen zijn op basis waarvan hij schuldvergelijking zou kunnen laten gelden, behoudens uitdrukkelijke, schriftelijke toestemming die voorafgaand verleend wordt door de verkoper. De verkoper behoudt het recht van schuldvergelijking op ieder moment, zonder enige

²⁹⁸ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 225.

²⁹⁹ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 227-228.

³⁰⁰ Luik 6 maart 2003, *J.T.* 2003, 793; Luik 22 februari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 873.

³⁰¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 103; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, III, Parijs, 1844, 513; R. STEENNOT, "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 12.

³⁰² Afgekort als W.M.P.C.

³⁰³ Wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010 (ed. 1).

voorwaarde.”

249. De Wet Marktpraktijken stelt ook als toepassingsvoorwaarde dat de opsteller van de algemene voorwaarden een onderneming moet zijn. Art. 2, 1° W.M.P.C. definieert een onderneming als: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.

6.2.1. (Niet) onderhandelde bedingen

250. De W.M.P.C. legt een aantal (niet) onderhandelde bedingen aan banden. In de regel is het de bedoeling dat eerst naar de zwarte lijst gekeken wordt om te toetsen of een beding eventueel onrechtmatig is. Deze zwarte lijst vinden we terug in artikel 74 W.M.P.C.³⁰⁴ Het verboden beding i.v.m. schuldvergelijking is terug te vinden in artikel 74, 16° W.M.P.C.³⁰⁵ en luidt³⁰⁶:

“In de overeenkomsten gesloten tussen een onderneming en een consument zijn in elk geval onrechtmatig, de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken: de consument te verbieden zijn schuld tegenover de onderneming te compenseren met een schuldvordering die hij op haar zou hebben.”

De bepaling maakt dus geen onderscheid tussen een uitdrukkelijk of stilzwijgend overeengekomen beding.

251. In Nederland is een soortgelijk artikel aangenomen. Art. 6:237 g N.B.W. is net zoals het Belgische artikel een omzetting van richtlijn 93/13/EEG van de Europese Unie.³⁰⁷

252. Op grond van deze bepaling is een contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking ten aanzien van een consument *per se* verboden en brengt dit nietigheid mee.³⁰⁸ In art. 75, §1 WMPC staat namelijk dat elk onrechtmatig beding verboden en nietig is. De overeenkomst blijft evenwel bindend, voor zover zij zonder dit beding kan voortbestaan. De bescherming gaat ver, precies omdat de consument zelfs geen afstand kan doen van de rechten die hem worden toegekend.

³⁰⁴ De lijst is normatief en uitputtend. Dit wil zeggen dat er niets aan toegevoegd kan worden en dat de rechter enkel moet kijken of het eronder valt of niet. De onderneming kan dus geen tegenbewijs leveren. Deze lijst wordt echter toch gekenmerkt door een grijze tint. Er zit namelijk toch een marge op doordat er vaak woorden in terugkomen als onredelijkheid, onevenredigheid, onredelijk lange duur, ...

³⁰⁵ Voorheen: artikel 31, 14° W.H.P.C.

³⁰⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 105; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, boek 2, 132.

³⁰⁷ Art. 3, lid 3 Richtl. Raad nr. 93/13/EEG, 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 21 april 1993, Afl. 95, 29-34. Meer uitleg over het Nederlandse artikel: B. WESSELS, “Uitgangspunten bij verrekening” in B. WESSELS (ed.), *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 1996, 1-22.

³⁰⁸ Luik 26 januari 2007, *D.C.C.R.* 2008, 73, noot L. VAN DEN STEEN, *Bank Fin.R.* 2007, 344, noot E. VAN DEN HAUTE. In dit arrest acht het Hof van Beroep te Luik het recht dat de bank zichzelf toekent om naar eigen goeddunken te kiezen welke vorderingen ze zal compenseren, terwijl de consument geenszins zo'n recht bezit, een kennelijk onevenwicht tussen de partijen schept en daarom niet in overeenstemming is met art. 2, 28° W.M.P.C. (toen nog art. 31, §1 W.H.P.C.). Uiteindelijk beslist het Hof het beding ongeldig te verklaren op grond van artikel 74, 16° WMPC (toen nog artikel 31, 14° W.H.P.C.), omdat dan de marginale toetsing wegvalt en gebruik gemaakt kan worden van het *per se* verbod. Deze grondslag is nochtans betwistbaar, omdat dit eerder een beding van contractuele schuldvergelijking uitsluitend in het voordeel van de bank is (en niet een contractuele uitsluiting).

253. Daarna moet naar artikel 2, 28° W.M.P.C. gekeken worden. Dit is de algemene toetsingsnorm.³⁰⁹ De belangrijkste kenmerken van deze algemene norm zijn dat hij gebaseerd is op de goede trouw (art. 1134, lid 3 B.W.) uit het gemeen recht en dat het beding een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen (ten nadele van de consument) moet scheppen om nietig en verboden te zijn.³¹⁰

254. Op basis van dit artikel is elk beding of elke voorwaarde die alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen onrechtmatig.³¹¹ Als we terugkijken naar het beding dat als voorbeeld werd gegeven (*supra* nr. 248) kunnen we duidelijk een onevenwicht vaststellen, vermits de onderneming zich de mogelijkheid tot schuldvergelijking voorbehoudt en tegelijk deze mogelijkheid voor de consument in alle mogelijke situaties verbiedt.

255. Het onevenwicht in geval van insolventie is in ieder geval frappant.³¹² Wanneer de onderneming zich de schuldvergelijking voorbehoudt, houdt dit in dat zij tot schuldvergelijking kunnen overgaan wanneer de consument onder collectieve schuldenregeling wordt geplaatst. De consument daarentegen kan niet compenseren na het faillissement van de onderneming. De consument zal zijn schulden dus volledig aan de curator van het faillissement van de onderneming moeten betalen en voor zijn vorderingen op de onderneming zal hij logischerwijs dus de pondspondsgewijze verdeling moeten ondergaan.

256. Om art. 2, 28° W.M.P.C. in te roepen is een louter onevenwicht niet voldoende.³¹³ Het moet gaan om een kennelijk onevenwicht. Zoals eerder gezegd verwijst dit naar de marginale toetsing door de rechter. Dit impliceert dat de rechter pas aanneemt dat de grens van het in rechten toelaatbare overschreden is bij onbillijkheid of onredelijkheid. In het voorbeeld zal de rechter m.i. het kennelijk onevenwicht dat vereist is allicht aanvaarden. Bij de toetsing is het niet relevant om welk soort schuldvergelijking het gaat en evenmin of het om een uitdrukkelijk, dan wel impliciet overeengekomen clause gaat.

257. Art. 4 W.M.P.C. is hier ook belangrijk. Dit artikel legt de onderneming te goeder trouw op om behoorlijke en nuttige informatie te geven omtrent het product. Zo wordt er een beetje tegemoet gekomen aan het probleem van de niet-geïnformeerde consument.

258. In Nederland staat een bepaling in het N.B.W. over de (on)geldigheid van een beding in de algemene voorwaarden.³¹⁴ Deze bepaling is van toepassing tussen ondernemingen.³¹⁵ Art. 6:233a

³⁰⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 106.

³¹⁰ Dit impliceert een marginale toetsing door de rechter.

³¹¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 106.

³¹² R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 106.

³¹³ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 107.

³¹⁴ B. WESSELS, "Uitgangspunten bij verrekening" in B. WESSELS (ed.), *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 1996, 6; A.P.A. DE KLERK LEENEN, *Compensatie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 4 en 27.

³¹⁵ Hof Arnhem 3 december 1996, *N.J.* 1998, 615.

N.B.W. bepaalt dat als, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, een beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, het een ongeldig beding is.

259. Artikel 6:108(a) van de *Draft Common Frame of Reference* (D.C.F.R.) bepaalt dat "set-off cannot be affected where it is excluded by agreement".³¹⁶ Hieruit valt te concluderen dat het Belgische en Nederlandse standpunt, nl. de principiële geldigheid van de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking, in overeenstemming is met de regeling in de *Draft Common Frame of Reference*.

260. In de Nederlandse rechtspraak is een toepassingsgeval terug te vinden waar de contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking wel geldig is, maar niet rechtmatig.³¹⁷ Het betreft een situatie waarin er tussen twee ondernemingen verschillende overeenkomsten bestonden en de partijen dus meervoudig wederzijds schuldeiser en schuldenaar waren. Hier werd een beroep op de uitsluiting van de verrekening onredelijk bezwarend verklaard op grond van het eerder besproken art. 6:233a N.B.W.³¹⁸ De rechtbank oordeelde in dit geval dat het redelijk is om de bevoegdheid tot verrekening in dit geval niet te blokkeren door een eenzijdig opgesteld beding in de algemene voorwaarden.

261. De Nederlandse opvatting kan worden gevolgd in het Belgische recht.³¹⁹ De grondslag voor dit betoog is terug te vinden in het verbod op rechtsmisbruik en de verplichting om overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren (art. 1134, derde lid B.W.).

6.2.2. Dwingend recht

262. Ook op te merken is de juridische aard van de regels over onrechtmatige bedingen in de Wet Marktpraktijken.³²⁰ In de rechtspraak over de W.H.P.C. werd overwegend aanvaard dat de regels de status van dwingend recht konden genieten, maar niet die van openbare orde.³²¹ Aangezien de regeling in de W.M.P.C. niet fundamenteel is aangepast sinds de W.H.P.C. is deze rechtspraak nog van toepassing. Dit impliceert dat de nietigheid van een onrechtmatig beding enkel kan worden gevorderd door de beschermde partij. Bovendien kan de nietigheid worden bevestigd. Bij een kwaliteitsrekening zijn de beschermde partijen, zoals eerder besproken, de

³¹⁶ Draft Common Frame of Reference, opgemaakt te Brussel in 2009.

³¹⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 110-111.

³¹⁸ Hof Arnhem 3 december 1996, *N.J.* 1998, 615. In *casu* lijkt het Hof evenwel enkel de niet-inroepbaarheid van het beding te viseren.

³¹⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111.

³²⁰ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 108-109.

³²¹ Gent 4 maart 2003, *T.G.R.* 2003, 162; *Vred.* Brussel 19 september 2002, *T.Vred.* 2003, 372, met noot; Kh. Namen 7 oktober 1997, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1997, 223; *Vred.* Brussel 26 juli 1995, *R.W.* 1996-97, 264, met noot F. MORTIER. Contra opinies treffen we aan in: *Vred.* Gent 18 december 1997, *T.Vred.* 1998, 571, met noot; Rb. Charleroi 15 september 2000, *J.L.M.B.* 2001, 1244, met noot P. WÉRY. Er is in deze zin ook rechtspraak van het Hof van Justitie: HvJ C-240/98 tot en met C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.HvJ* 2000, I, 04941 (rechtsoverweging nr. 26) en HvJ C-473/00, *Cofidis*, *Jur.HvJ* 2002, I, 10875 (rechtsoverweging nr. 32 e.v.). S. STIJNS, "Zijn onrechtmatige bedingen nietig?" in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 921-946.

rekeninghouder en zijn schuldeisers. Bijgevolg kunnen enkel de schuldeisers het beding aanvechten en/of dit beding bevestigen. Aangezien het beding in hun voordeel bestaat is het weinig waarschijnlijk dat zij dit zouden aanvechten en/of bevestigen. Procesrechtelijk hebben zij hier wellicht ook geen belang bij.

6.3. Bankrecht

263. Bedingen in de algemene bankvoorwaarden kunnen niet alleen in de relatie bank-cliënt worden afgedwongen op basis van het gemeen recht, maar zullen in het geval van particuliere rekeninghouders vooral getoetst worden aan de onrechtmatige bedingen in de W.M.P.C.³²² Artikel 74, 16° W.M.P.C. is ook toepasselijk op financiële diensten en dus bankvoorwaarden.³²³ Indien in de bankvoorwaarden een contractuele uitsluiting van schuldvergelijking is opgenomen en dit in een relatie tussen de bank en een consument gebeurt, zijn de betreffende bedingen ongeldig.³²⁴ Het artikel in de W.M.P.C. maakt geen onderscheid of het om wettelijke, gerechtelijke of contractuele schuldvergelijking gaat.³²⁵

264. Een voorbeeld hiervan zijn de bankvoorwaarden betreffende de houder van een kwaliteitsrekening.³²⁶ Hier wordt de schuldvergelijking zowel voor de rekeninghouder als voor de bank uitgesloten. Bij gesyndiceerde kredieten is het eveneens de marktpraktijk dat de mogelijkheid tot schuldvergelijking van de kredietnemers wordt uitgesloten.

6.3.1. Relatie bank en consument

265. Om de bank te laten overgaan op contractuele schuldvergelijking (netting) na samenloop wordt er in de algemene bankvoorwaarden een compensatiebeding opgenomen dat enkel de bank mag invoeren.³²⁷

266. Expliciet wordt er enkel gesproken van een contractuele schuldvergelijking door de bank. De meeste auteurs leiden daaruit af dat in geval van samenloop de mogelijkheid tot schuldvergelijking op het vermogen van de bank voor de consument/cliënt impliciet wordt uitgesloten.³²⁸ Dit is echter een verkeerde interpretatie, want het compensatiebeding ten voordele

³²² I. DEMUYNCK, "Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de W.H.P.C.", *Bank Fin. R.* 2001, 67.

³²³ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 106. Verder over de W.H.P.C., maar nog steeds relevant: I. DEMUYNCK, "Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de W.H.P.C.", *Bank Fin. R.* 2001, 67 e.v.; J. STUYCK, "De handelspraktijkenwet na de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en financiële producten" in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 814-815.

³²⁴ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 103.

³²⁵ Contractuele uitsluiting van schuldvergelijking blijkt in bankvoorwaarden in beginsel niet voor te komen. Dit is eerder een academische kwestie.

³²⁶ Art. 1.18.2 algemene voorwaarden Axa 2012 (te raadplegen op: www.axa.be).

³²⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 104. Art. 49 algemeen reglement van de verrichtingen ING 2012 (te raadplegen op: www.ing.be); art. 1.18.1 Algemene voorwaarden Axa 2012 (te raadplegen op: www.axa.be); art. 19.2 algemeen reglement der verrichtingen Belfius Bank 2012 (te raadplegen op: www.belfius.be).

³²⁸ I. DEMUYNCK, "Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de W.H.P.C.", *Bank Fin. R.* 2001, 82; E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021; V.

van de bank belet helemaal niet dat de cliënt of diens bewindvoerder een beroep kan doen op de wettelijke of gerechtelijke schuldvergelijking (zowel bij de samenloop op zijn eigen vermogen als bij de samenloop op het vermogen van de bank).

267. Het gemeen recht vindt in dit geval toepassing. Voor de ratio legis kijken we naar artikel 1162 B.W. en artikel 40, §2 W.M.P.C.³²⁹ Ingeval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Bovendien geldt ook de regel dat een overeenkomst tussen een consument en een onderneming onder meer geïnterpreteerd kan worden aan de hand van de handelspraktijken die er rechtstreeks verband mee houden.³³⁰

268. Het compensatiebeding in de algemene bankvoorwaarden zal waarschijnlijk de toets van artikel 2, 28° W.M.P.C. voor de meeste rechters niet overleven.³³¹ Als we strikt naar een dergelijk beding kijken, wordt het immers enkel in het voordeel van de bank bedongen. De klant heeft hierbij dus geen recht op contractuele schuldvergelijking, noch bij samenloop op het vermogen van de bank, noch bij samenloop op zijn eigen vermogen.³³² De bank heeft volgens deze bepaling wel recht op contractuele schuldvergelijking na samenloop op het vermogen van de klant.

269. Finaal valt hier nog op te merken dat ten laatste op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, de bankier te goeder trouw aan de consument een behoorlijke en nuttige voorlichting moet geven betreffende de verkoopsvoorwaarden, rekening houdend met de door de consument uitgedrukte behoefte aan informatie en rekening houdend met het door de consument meegedeelde of redelijk voorzienbare gebruik (art. 4 W.M.P.C.).

6.3.2. Houder kwaliteitsrekening

270. Een andere interessante vraag in deze optiek is of de houder van een kwaliteitsrekening een consument is in de zin van de W.M.P.C.³³³ Een kwaliteitsrekening is een rekening die *qualitate qua* gehouden wordt, 'in de hoedanigheid van' en dient om gelden gescheiden te houden van het eigen vermogen. In de regel is de houder van een kwaliteitsrekening vaak een vrije beroeper en dus geen consument in de zin van de Wet Marktpraktijken. Hieruit volgt dat we de geldigheid van de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking tussen de bank en de houder van de kwaliteitsrekening niet kunnen aanvechten via deze wet.

SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 253.

³²⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 104.

³³⁰ M.E. STORME, "schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 56.

³³¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 107; M.E. STORME, "schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 47.

³³² In dit geval heeft hij enkel recht op wettelijke of gerechtelijke schuldvergelijking en moet hiervoor de vereiste van samenhangende vorderingen vervuld zijn.

³³³ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 107.

271. Wanneer het gaat om vrije beroepers is het een reflex om te kijken naar de wet van 2 augustus 2002 over de vrije beroepen.³³⁴ Deze wet bevat voor de categorie van de vrije beroepers een specifieke regeling voor de onrechtmatige bedingen.³³⁵ Deze redenering is echter niet correct, daar deze wet de verhouding tussen de beoefenaar van het vrij beroep en zijn cliënt dekt. Dus niet de verhouding tussen de beoefenaar van het vrij beroep en de bank, waar de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking in het raam van de kwaliteitsrekening zicht situeert.

272. In het geval dat de kwaliteitsrekening niet wordt beheerd door een vrije beroeper, bijvoorbeeld de penningmeester van de zwemclub, kan de houder van de rekening uitzonderlijk misschien toch als een consument worden aangemerkt.³³⁶ De tekst van de wet zou dit kunnen toelaten, maar in het geval van de kwaliteitsrekening bestaat de contractuele regeling van schuldvergelijking vooreerst in het voordeel van de schuldeisers van de rekeninghouder, maar ook in het voordeel van de rekeninghouder die rekenplichtig is aan zijn schuldeisers. In deze hypothese kunnen we zowel de rekeninghouder als zijn schuldeisers als consumenten zien. De Wet Marktpraktijken heeft dus de doelstelling om hen beiden te beschermen.³³⁷ In dit opzicht is het onjuist om op grond van de W.M.P.C. de contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking ongeldig te verklaren en zo dus een consument te benadelen.

6.3.3. Relatie bank en niet-consument

273. Voor de geldigheid van de algemene bankvoorwaarden bij niet-consumenten bestaat geen specifieke dwingende regeling.³³⁸ In dit geval is het gemeen recht van toepassing.³³⁹ Gemeenrechtelijk komen we dan tot de conclusie dat zowel de uitsluiting als de uitbreiding van schuldvergelijking in een contract geldig zijn.³⁴⁰ Vanzelfsprekend moet eerst gekeken worden of de contractpartijen bekwaam zijn en geldig hun toestemming hebben gegeven.

274. Hier moet een link gelegd worden met de figuur van gekwalificeerde benadeling.³⁴¹ Deze leer is door de rechtspraak en de rechtsleer uitgewerkt. Er dienen drie voorwaarden cumulatief vervuld te zijn.³⁴² Vooreerst is het vereist dat er een duidelijke en gewichtige wanverhouding

³³⁴ Wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002, 51704.

³³⁵ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 107-108.

³³⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 108.

³³⁷ De regels over onrechtmatige bedingen in de W.M.P.C. beschermen de consument: *Parl.St.* Senaat 1984-1985, nr. 947/1, 19-20.

³³⁸ Bedoeld worden de algemene bankvoorwaarden overeengekomen tussen ondernemingen in de zin van de W.M.P.C.

³³⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 109.

³⁴⁰ K. TROCH, "Bankdeposito's en bankrekeningen in beweging: twee praktische case-studies: conventionele compensatie en filtrageovereenkomsten" in B. TILLEMEN en B. DU LAING (ed.), *Bankcontracten*, Brugge, Die Keure, 2003, 206; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, boek 2, 132.

³⁴¹ S. STIJNS, "De sanctionering van wilsgebreken" in *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure, 2006, 167; C. CAUFFMAN, "Gekwalificeerde benadeling" in *Comm. Bijz. Over.*, Kluwer, 2007, 68-69; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 125-126; DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 37.

³⁴² H. GEENS, "De grondslagen van de culpa in contrahendo", *Jura Falc.* 2003-04, 449-450; H. BOCKEN, *Samenvattende Syllabus Algemeen verbintenissenrecht*, 2005-06, losbl. 67; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 75.

bestaat tussen de wederzijds bedongen prestaties. Vervolgens moet deze wanverhouding haar oorsprong vinden in het misbruik dat een van de partijen maakt van de concrete omstandigheden waarin de andere/benadeelde partij zich bevindt. De derde voorwaarde houdt in dat het contract zonder het misbruik tegen minder ongunstige voorwaarden zou zijn gesloten ofwel gewoon niet zou zijn gesloten. De ratio erachter is dat het misbruik voortvloeit uit het misbruik dat een van de partijen maakt van de behoeften, hartstochten, zwakheden of onwetendheid van de andere partij. Het is duidelijk dat dit een schending van de goede trouw inhoudt en bijgevolg een precontractuele fout.³⁴³

275. De gevolgen zijn schadevergoeding via art. 1382 B.W., alsook de volstreckte nietigheid van de overeenkomst, omdat dit ook strijdig met de goede zeden kan worden geacht.³⁴⁴ Soms is de sanctie matiging van de overdreven verbintenissen.

276. Toegepast op de figuur van schuldvergelijking moet er afgewogen worden of er een kennelijk onevenwicht is tussen de contractpartijen als gevolg van de contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking.³⁴⁵ Deze geldigheidsvoorwaarden zijn toepasselijk bij contractuele regelingen i.v.m. schuldvergelijking tussen ondernemingen in bv. handelscontracten of algemene bankvoorwaarden. Het maakt geen verschil om welk type schuldvergelijking het gaat, noch of het om een uitdrukkelijke of impliciete clausule gaat.

6.3.4. Faillissement van de bank

277. Hier wordt onderzocht wat er zal gebeuren indien de bank failliet gaat.³⁴⁶ Het faillissement van een financiële instelling laat het recht op compensatie onverlet.³⁴⁷ Maar wat is het lot van het beding als een ondernemer klant is bij een bank en zich na het faillissement wil beroepen op de schuldvergelijking tussen zijn eigen vordering op de bank en een samenhangende vordering van de bank op de ondernemer, maar de bank roept de contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking in?

278. Als de bepaling met de contractuele uitsluiting van schuldvergelijking tegen de ondernemer kan worden ingeroepen, kan er geen schuldvergelijking meer plaatsvinden tussen de vordering van de bank en zijn vordering op de bank.³⁴⁸ De ondernemer riskeert aldus de pondspondsgewijze verdeling voor zijn vordering en dat hij zijn schuld aan de bank volledig moet voldoen.

³⁴³ Gekwalificeerde benadeling wordt gelinkt aan de wilsgebreken doordat er aan de objectieve benadeling (1118 B.W.) uit het Burgerlijk Wetboek een subjectief element wordt toegevoegd, namelijk 'misbruik'. Zo sluit deze theorie aan bij het wilsgebrek bedrog.

³⁴⁴ Art. 6, 1131 en 1133 B.W.

³⁴⁵ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 109-110.

³⁴⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111.

³⁴⁷ Art. 109/22 Wet van 22 maart 1993 betreffende het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, BS 19 april 1993, 8650. E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021.

³⁴⁸ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111.

279. De klant kan evenwel proberen verweermiddelen in te roepen.³⁴⁹ Als eerste kunnen we verwijzen naar de verbintenisrechtelijke regels over de uitlegging van de overeenkomst. Deze regels bepalen dat *in concreto* moet worden nagegaan of de partijen deze contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking daadwerkelijk hebben willen voorschrijven in het geval van het faillissement van de bank. De ondernemer kan dit betwisten indien de clause deze hypothese niet uitdrukkelijk bevat.³⁵⁰ Maar het valt zeker te verdedigen dat een conventionele beperking niet de strekking heeft om haar gelding te behouden na het faillissement van de bank.

280. Ten tweede kan de ondernemer teruggrijpen naar de goede trouw.³⁵¹ Overeenkomsten moeten immers te goeder trouw worden uitgevoerd. Dit voorschrift wordt hoogstwaarschijnlijk niet gerespecteerd als de bank zich op de contractuele uitsluiting van de schuldvergelijking beroept in geval van haar eigen faillissement en deze uitsluiting in het beding niet uitdrukkelijk is voorgeschreven. Zoals eerder in de vergelijking met Nederland kan ook hier aansluiting gezocht worden bij het verbod op rechtsmisbruik.

281. Stel de ondernemer slaagt in zijn verweer.³⁵² Gemeenrechtelijk is de schuldvergelijking na samenloop dan enkel nog mogelijk tussen samenhangende vorderingen die bestaan van voor de samenloop. In de hypothese dat de vorderingen wel degelijk bestaan van voor de samenloop, moet enkel nog de samenhang onderzocht worden.

282. Hiervoor moeten we in de algemene bankvoorwaarden op zoek gaan naar de bedingen van 'eenheid van rekening' (*supra* nrs. 91-93).³⁵³ Dit beding heeft tot doel de vorderingen die de bank en de cliënt op elkaar hebben in een verband van onderlinge onafhankelijkheid te plaatsen.³⁵⁴ Rechtspraak en rechtsleer geven aan dat de overeengekomen samenhang de onderlinge vorderingen van de bank en de klant intrinsiek kenmerkt.³⁵⁵ Dit impliceert dat derden en dus ook de curator(en) van de gefailleerde bank hiermee rekening dienen te houden. Het is voor hen

³⁴⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111.

³⁵⁰ E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021.

³⁵¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111.

³⁵² R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 111.

³⁵³ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 112.

³⁵⁴ In de praktijk bepalen sommige bankvoorwaarden eenvoudigweg dat de klant en de bank de wederzijdse vorderingen steeds als onderling nauw verbonden beschouwen. De samenhang van de vorderingen wordt dan overeengekomen zonder een toevlucht te nemen tot een specifiek beding van eenheid van rekening. Dit is even effectief. In artikel 1.18.1 van de algemene voorwaarden van Axa uit 2010 staat zulk beding: "Alle kredieten en faciliteiten, van welke aard ook, waarover de klant bij de Bank beschikt, worden hem verstrekt met inachtneming van de tegoeden, sommen en waarden die door de Bank voor rekening van de klant worden aangehouden. De klant en de Bank beschouwen deze wederzijdse schuldvorderingen steeds als onderling nauw verbonden." (te raadplegen op: www.axa.be). In de nieuwe algemene voorwaarden van 2012 staat dit niet meer.

³⁵⁵ Bergen 28 juni 2004 (arrest *a quo* Cass. 7 april 2006, *J.T.* 2006, 645, *J.L.M.B.* 2006, 896, *NjW* 2006, afl. 153, 944, noot, *T.B.H.* 2006, 810); C.-A. LEUNEN, "Compensatie en concursus creditorum. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het Belgisch recht", *T.P.R.* 2004, 444-445; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2010, 465; M.E. STORME, *Algemeen zakenrecht*, VI, 2008 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/zekerheden2008IV.pdf>), 887-888; M.E. STORME, "schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 45-46 en 48; R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-06, 1163-1164.

onmogelijk de samenhang tussen de vorderingen nog te ontkennen. Er anders over oordelen zou m.i. ook in strijd zijn met de reciprociteit tussen de partijen die de W.M.P.C. voorschrijft.³⁵⁶

283. De bedingen van eenheid van rekening zijn in het voordeel van de bank geformuleerd.³⁵⁷ Als gevolg hiervan is in de rechtsleer de vraag gerezen of de klant zich überhaupt wel op de overeengekomen samenhang kan beroepen bij het faillissement van de bank of in geval van samenloop op het vermogen van de cliënt.³⁵⁸ Het is echter duidelijk dat de cliënt zich wel degelijk op de overeengekomen samenhang kan beroepen, zowel bij samenloop op zijn eigen vermogen als bij het faillissement van de bank.³⁵⁹ In de praktijk zijn de bedingen van eenheid van rekening of de andere clausules die samenhang uitdrukken immers algemeen geformuleerd. Dit wil zeggen dat er geen onderscheid gemaakt wordt tussen de verschillende situaties en partijen. De vorderingen zijn dus voor beide partijen en in beide richtingen samenhangend.

284. Bovendien zou het voor de cliënt waarschijnlijk nog steeds geen probleem zijn om zich op de samenhang te beroepen indien de samenhang enkel in het voordeel van de bank bedongen is.³⁶⁰ Deze clausule zou geen praktische uitwerking krijgen, omdat de overeengekomen samenhang de vorderingen intrinsiek kenmerkt en aldus *erga omnes* geldt. De vorderingen zijn dus zowel vanuit het oogpunt van de cliënt als vanuit het oogpunt van de bank samenhangend.

285. Voor schuldvergelijking na samenloop gelden eveneens de toepassingsvoorwaarden.³⁶¹ De te verrekenen vorderingen moeten dus opeisbaar zijn.³⁶² Door het faillissement van de bank worden de vorderingen op de bank onmiddellijk opeisbaar (art. 1188 B.W. en art. 22 Faill.W.). Dit zorgt ervoor dat de vordering van de klant op de bank opeisbaar wordt.³⁶³ De vordering van de bank op de klant is ook opeisbaar als het gaat om een periodieke vordering van de bank tot terugbetaling van een krediet, waarbij de termijn enkel bestaat in het voordeel van de klant. De klant kan in dit geval afstand doen van de termijn en zijn schuld in een keer terugbetalen.

286. In het geval dat er aan de terugbetaling een contractuele schadevergoeding is verbonden ten belope van de gederfde interest, is de vordering nog steeds vatbaar voor schuldvergelijking.³⁶⁴

³⁵⁶ Zie ook de mening van DIRIX en DEMUYNCK: E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021; I. DEMUYNCK, "Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de W.H.P.C.", *Bank Fin. R.* 2001, 83.

³⁵⁷ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 113.

³⁵⁸ E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021; V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (ed.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 253-254.

³⁵⁹ E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021; M.E. STORME, "schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 56.

³⁶⁰ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 113.

³⁶¹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 113.

³⁶² E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 113. De eigen vordering moet opeisbaar zijn en de eigen schuld moet betaalbaar zijn.

³⁶³ Zelfs als het een vordering op termijn is.

³⁶⁴ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 114.

De schadevergoeding belet de klant niet om afstand te doen van de termijn. De waarde van de vordering van de bank wordt wel groter door de schadevergoeding. De waarde van de vordering is dus ook van belang voor de grootte van de schuldvergelijking.³⁶⁵

287. De regels zijn evenwel anders wanneer de terugbetalingstermijnen ook in het voordeel van de bank zijn.³⁶⁶ Dan kan er enkel afstand van worden gedaan op grond van een overeenkomst en niet eenzijdig door de cliënt. De klant verkeert dan in een situatie waarin zijn eigen vordering opeisbaar is, maar de vordering die de bank op hem heeft is dat niet. Deze situatie benadeelt de klant, want schuldvergelijking is de enige manier om zijn vordering volledig betaald te zien. Het is evenwel mogelijk om toch nog van de schuldvergelijking te genieten. De klant kan het opeisen van de eigen vordering in het teken stellen van het opeisbaar en betaalbaar worden van zijn schuld aan de bank. Dit houdt in dat wanneer er een terugbetalingstermijn vervalt, de schuldvergelijking kan plaatsvinden ten aanzien van deze som.³⁶⁷ Het resterende saldo wordt telkens gecompenseerd wanneer er een termijn vervalt. Zo ontsnapt hij zijn lot als chirografair schuldenaar, die bij de samenloop de pondspondsgewijze verdeling dient te ondergaan.³⁶⁸

288. Stel nu dat de bankvoorwaarden een close-outbeding bevatten.³⁶⁹ Dit is een clause die als doel heeft het risico van insolventie te beperken, terwijl de termijn nog loopt.³⁷⁰ Dit wordt bekomen aan de hand van een uitdrukkelijk ontbindend beding. Wanneer een van de partijen zich in een geval van samenloop bevindt, wordt de overeenkomst verbroken en kan schuldvergelijking plaatsvinden.³⁷¹ DIRIX merkt terecht op dat dit geen probleem vormt voor de voorgaande constructie. De W.F.Z. zorgt ervoor dat deze bedingen uitwerking hebben na de samenloop.³⁷²

289. Dan bestaat er nog het geval waarin een close-out-beding wordt gecombineerd met een nettingbeding (*supra* nrs. 81 en 96) in het voordeel van de cliënt. Er hoeft dan zelfs niet meer te worden stilgestaan bij de vraag naar de samenhang.³⁷³

³⁶⁵ M.E. STORME, *Algemeen zakenrecht*, VI, 2008 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/zekerheden2008IV.pdf>), 869-870; M.E. STORME, "schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, 29.

³⁶⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 114.

³⁶⁷ E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021-1022.

³⁶⁸ De gemaakte constructie is legitiem. De indiening van de vordering ter verificatie in het faillissement doet in elk geval geen afbreuk aan het recht dat de klant heeft op schuldvergelijking.

³⁶⁹ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 114.

³⁷⁰ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 741.

³⁷¹ Dit wordt 'default netting' genoemd. Dit is een soort netting die enkel intreedt bij verzuim of insolventie van de tegenpartij. De bedoeling van *default netting* is het risico bij insolventie te ondergraven. Bv. "In geval van faillietverklaring van een der partijen vervalt de termijn". Dus bij faillissement vervalt de tijdsbepaling.

³⁷² Art. 14 en 15 W.F.Z.

³⁷³ E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021-1022. Meestal zullen een close-out- en een nettingbeding evenwel niet zijn overeengekomen in het voordeel van de klant, maar enkel in het voordeel van de bank bij het faillissement van de klant. De geldigheid van deze bedingen is reeds besproken (*supra* nr. 98)

290. Deze bescherming voor de particulier werd hem echter uit handen genomen door het Grondwettelijk Hof. Het arrest van 27 november 2008 geeft aan dat de artikelen 14 en 15, §1 van de W.F.Z. ongrondwettig zijn in zoverre ze van toepassing zijn op natuurlijke personen die geen koopman zijn (*supra* nrs. 193 e.v.).

6.4. Handelsrecht

291. De rekening-courant is de voornaamste toepassing van schuldvergelijking binnen het handelsrecht. Er wordt zeer vaak een beroep gedaan op deze figuur tussen handelaars die een bestendige zakenrelatie onderhouden, alsook in de betrekkingen tussen een vennootschap en haar zaakvoerders, bestuurders of vennoten. Ondanks zijn populariteit kwam er nooit een wettelijke regeling voor de rekening-courant.³⁷⁴

6.4.1. Begrip

292. De rekening-courant is een overeenkomst tussen twee al dan niet handelaars, die regelmatig met elkaar betrekkingen onderhouden.³⁷⁵ Dankzij de rekening-courant worden al hun wederzijdse schuldvorderingen (voortkomend uit deze betrekkingen) opgenomen op een rekening, waarvan enkel het saldo opeisbaar is bij het afsluiten van de rekening.

293. De vordering tot betaling van het saldo van de rekening-courant is een vordering op termijn. Dit is zo, omdat volgens de klassieke leer het saldo van de rekening-courant maar opeisbaar wordt bij het afsluiten van de rekening.³⁷⁶ Er is echter geen sprake van een opschortende voorwaarde, want het afsluiten van de rekening-courant is geen onzekere gebeurtenis.

294. Schuldvergelijking met de vordering tot betaling van dit saldo kan ten vroegste plaatsvinden bij het afsluiten van de rekening, omdat het saldo dan pas opeisbaar wordt.³⁷⁷ Dit wil met andere woorden zeggen dat er voor de afsluiting van de rekening-courant geen schuldvergelijking kan plaatsvinden met een vordering buiten de rekening-courant.³⁷⁸

6.4.2. Rechtsleer

295. In de rechtsleer zijn een drietal theorieën te onderscheiden.³⁷⁹ Ze geven elk hun visie op de regels m.b.t. de rekening-courant.

³⁷⁴ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 131.

³⁷⁵ R. HOUBEN, "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courant-bedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004, 719.

³⁷⁶ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 173.

³⁷⁷ Gent 25 september 1991, *R.P.S.* 1992, 107, noot.

³⁷⁸ R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 173; J. GHESTIN, M. BILLAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 1026.

³⁷⁹ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 131.

6.4.2.1. De klassieke theorie

296. In de klassieke leer is de rekening-courant een contract tussen twee of meer personen die afspreken dat de wederzijdse vorderingen en schulden die uit hun betrekkingen ontstaan als een geheel worden beschouwd door ze op te nemen in een rekening of een boekhoudkundige tabel waarvan de vereffening wordt uitgesteld tot op het moment van de afsluiting van de rekening.³⁸⁰ Bij het afsluiten van de rekening worden de verschillende rekeningposten globaal verrekend en wordt het saldo opeisbaar.³⁸¹

297. De rekening-courant is volgens deze leer een eigensoortige overeenkomst, waarvoor enkel vereist is dat de partijen de wil uitdrukken om dergelijk contract aan te gaan.³⁸² In de praktijk kijkt men vooreerst of de voorwaarde van wederkerigheid der remises³⁸³ is opgenomen in het contract. Daarna kijkt men of er een 'algemene bestemming van de rekening-courant'³⁸⁴ aanwezig is.³⁸⁵

298. In de klassieke leer steunt de rekening-courant op twee basiskenmerken, nl. schuldvernieuwing en ondeelbaarheid.³⁸⁶ Er is sprake van schuldvernieuwing, omdat de vorderingen en de schulden die in de rekening-courant worden opgenomen, verdwijnen. Een boekhoudkundige post (debet of credit) komt in de plaats. Zolang als de rekening loopt, zijn deze rekeningposten niet beschikbaar voor de partijen. Ze zijn als het ware afgezonderd van hun vermogen. Bij de afsluiting van de rekening-courant komt het eventuele saldo wel terug bij het vermogen van de partijen.

299. Tijdens de overeenkomst is er geen sprake van een schuldenaar en een schuldeiser, want er is geen schuld op zich.

300. Een bepaalde vordering kan niet in rechte worden opgeëist en is dus ook niet vatbaar voor beslag.³⁸⁷ De schuldvernieuwing zou daarentegen niet in de weg staan aan schuldvergelijking na faillissement tussen vorderingen waarvan er slechts een in de rekening-courant is opgenomen. Dit is zo omdat de samenhang tussen de wederkerige verbintenissen behouden blijft.

301. Het belangrijkste gevolg van een rekening-courant is dat er bij de afsluiting globaal wordt gecompenseerd. Dit is een boekhoudkundige operatie die niet onderworpen is aan de regels van de wettelijke schuldvergelijking. Het gevolg hiervan is dat deze globale compensatie, in tegenstelling

³⁸⁰ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 132.

³⁸¹ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 330.

³⁸² R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 132-133.

³⁸³ D.w.z. dat de partijen elk op hun beurt vorderingen inschrijven in de rekening-courant (wederkerige remises).

³⁸⁴ D.w.z. dat in principe alle juridische operaties tussen de partijen in de rekening-courant worden opgenomen.

³⁸⁵ H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen" in W. VAN GERVEN, W. COUSY en J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en Economisch recht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 563.

³⁸⁶ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 133.

³⁸⁷ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 134.

tot bij het gemeen recht, nog kan plaatsvinden als de rekening-courant wordt afgesloten door het faillissement van een van de partijen.

302. Samengevat betekent dit dat als de partijen overeengekomen zijn om een rekening-courant te openen, de door de rechtspraak ontwikkelde rechtsgevolgen vanzelf intreden, uit kracht van de handelsgebruiken en de gewoonte. Door de vroegere aanhangers van de klassieke leer werd het contract echter gezien als enige fundering van het regime.

6.4.2.2. De theorie van de opeenvolgende compensaties

303. De klassieke leer had een aantal onvolkomenheden.³⁸⁸ Er was een bezwaar tegen het feit dat deze leer aan de partijen bedoelingen opdrong zoals bv. schuldvernieuwing. En er heerste ontevredenheid over het gebrek aan juridische fundering.

304. De theorie van de opeenvolgende compensaties biedt hier gehoor aan door de rekening-courant volledig op te laten gaan in het gemeen recht. Deze theorie werd echter matig onthaald in de rechtsleer en de rechtspraak, want er was reeds eensgezindheid over de opvatting dat de rekening-courant afwijkt van de wettelijke regeling.

305. Volgens deze theorie is de rekening courant een overeenkomst waarbij twee personen die regelmatig met elkaar zaken doen, beslissen om niet over te gaan tot onmiddellijke afhandeling van hun wederzijdse schuldvorderingen, maar enkel het saldo zullen betalen dat overblijft na de opeenvolgende compensaties.³⁸⁹ Dit houdt een vereenvoudiging van de wederzijdse betalingen in.

306. Compensatie speelt bij deze leer een centrale rol en de voorwaarde van wederkerigheid der remises speelt hier dus ook een belangrijke rol.³⁹⁰ Maar schuldvernieuwing en ondeelbaarheid worden door deze leer van de hand gewezen. Concreet betekent dit dat de ingeschreven vorderingen op zich blijven bestaan, zolang de schuldvergelijking niet heeft plaatsgevonden. Dit betekent eveneens dat het saldo op elk moment het karakter van een schuld of een schuldvordering heeft en dus vatbaar blijft voor beslag.

307. Over de juridische grondslag van de afwijkende regels voor de rekening-courant, blijft deze theorie een verklaring schuldig.

6.4.2.3. De theorie van de doorlopende compensatie

308. Zoals gesteld hield de klassieke leer een aantal ongewenste gevolgen in en er werd evenmin een juridisch sluitende verklaring gegeven.³⁹¹ De leer van de opeenvolgende compensaties negeerde dan weer de afwijkingen van het gemeen recht die een rekening-courant

³⁸⁸ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 136.

³⁸⁹ R. PIRET, *Le compte courant*, Brussel, Larcier, 1931, 356 p.

³⁹⁰ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 136.

³⁹¹ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 137.

met zich meebrengt. De theorie van de doorlopende compensatie probeert aan deze bekommernissen het hoofd te bieden.³⁹²

309. De regels van de rekening-courant zouden van toepassing zijn wanneer de partijen zelf een rechtsverhouding creëren die als een eenheid wordt beschouwd.³⁹³ De voorwaarde van wederkerigheid der remises is hier zoek en een gebrek aan wederkerigheid zou enkel tot gevolg hebben dat bepaalde regels geen uitwerking hebben.³⁹⁴ Het belangrijkste kenmerk van de rekening-courant binnen deze leer is dat de vorderingen doorlopend gecompenseerd worden met het saldo.

310. De rekening-courant blijft onderworpen aan het gemeen recht, maar in bepaalde gevallen wordt de compensatiemogelijkheid verruimd. In principe worden alle vorderingen van de partijen opgenomen krachtens de algemene bestemming van de rekening-courant, maar de vorderingen behouden wel hun individuele kenmerken. Het saldo van de rekening vormt een opeisbare schuldvordering en het blijft op elk moment het karakter van een schuld behouden.

311. Er is nog compensatie mogelijk met schulden ontstaan na het beslag of het faillissement, indien er samenhang is met een vordering binnen de rekening-courant.³⁹⁵

312. Volgens deze leer is er sprake van dwingende rekening-courantregels van gewoonterechtelijke aard. Er wordt geen beroep gedaan op schuldvernieuwing, noch op ondeelbaarheid. Het akkoord van de partijen om een rekening-courant aan te gaan zet de regels van dwingend gewoonterecht automatisch in werking. Dit systematisch teruggrijpen bevordert de rechtszekerheid echter niet.

6.4.3. Rechtspraak

313. Het Hof van Cassatie brengt evenmin verduidelijking.³⁹⁶ Op 6 juni 1935 werden er twee beginselarrèsten geveld, waarin het Hof besliste dat de partijen vrij zijn de voorwaarden, modaliteiten en gevolgen van hun rekening-courant te bepalen.³⁹⁷ Het Hof leidt hieruit af dat enkel de feitenrechter bevoegd is om de overeenkomst soeverein te interpreteren.

314. De meeste rechtspraak is het erover eens dat de partijen hun onderlinge verrichtingen beschouwen als een geheel en dat de meeste wederzijdse vorderingen tussen de partijen moeten worden opgenomen in de rekening-courant.³⁹⁸

³⁹² J.M. NELISSEN GRADE, *De rekening-courant*, Antwerpen, Maarten kluwer, 1976, 220.

³⁹³ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 137.

³⁹⁴ Bv. de regels m.b.t. schuldvergelijking.

³⁹⁵ J.M. NELISSEN GRADE, *De rekening-courant*, Antwerpen, Maarten kluwer, 1976, 169.

³⁹⁶ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 139.

³⁹⁷ Cass. 6 juni 1935, *Pas.* 1935, 273. Later bevestigd in: Cass. 16 september 1937, *Pas.* 1937, 235; Cass. 17 februari 1970, *Arr. Cass.* 1969-70, 571; Cass. 20 februari 1970, *Arr. Cass.* 1969-70, 584.

³⁹⁸ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 139.

315. Verder lijkt de rechtspraak een onderscheid te maken tussen de rekening-courant in een bankcontext en daarbuiten.³⁹⁹ Wanneer het gaat om algemene bankvoorwaarden neemt de rechtspraak meestal aan dat het ook effectief gaat om een rekening-courant wanneer de partijen deze naam erop plakken.⁴⁰⁰

316. Buiten de bankwereld is de rechtspraak minder snel geneigd om te aanvaarden dat het om een rekening-courant gaat. Het is dan de gewoonte dat er getoetst wordt aan een aantal minimumvoorwaarden die verschillen tussen de rechtscollèges.⁴⁰¹

317. De enige voorwaarden die blijven terugkomen in de rechtspraak zijn als eerste dat de partijen hun vorderingen als een geheel moeten beschouwen.⁴⁰² Deze voorwaarde kan vervangen worden door op te nemen dat enkel het saldo opeisbaar is.⁴⁰³ Deze voorwaarde is eveneens belangrijk in recentere rechtsleer theorieën.

318. Ten tweede worden remises in twee richtingen door de meerderheid van de rechtspraak vereist.⁴⁰⁴ De afwezigheid van deze voorwaarde kan worden afgeleid uit het feit dat er gescheiden rekeningen bestaan voor leveranciers en debiteuren of wanneer er geen creditrente werd vastgelegd.⁴⁰⁵ De rechtbanken controleren de voorwaarde nog anders door te kijken of er debet- en creditverrichtingen plaatsvonden.⁴⁰⁶

319. Er is geen eensgezindheid m.b.t. de juridische fundering. In enkele arresten verwijst het Hof van Cassatie naar de bindende kracht van de overeenkomst⁴⁰⁷, maar alleen een overeenkomst kan geen afwijking toestaan van de regels van openbare orde of dwingend recht.⁴⁰⁸

6.4.4. Tussenbesluit

320. Zolang de wetgever niet ingrijpt is het wellicht onmogelijk om een lijst met juiste en coherente regels voor de rekening-courant op te stellen. De drie weergegeven theorieën vertonen elk gebreken en wanneer een nieuwe theorie naar voor wordt geschoven lijkt deze al op voorhand veroordeeld te worden.

³⁹⁹ R. TAS, "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 139-140.

⁴⁰⁰ Bv. Bergen 27 februari 1990, *J.T.* 1991, 193; Antwerpen 24 november 1992, *R.W.* 1994-95, 746; Luik 14 januari 1993, *J.L.* 1994, 364.

⁴⁰¹ J.M. NELISSEN GRADE, *De rekening-courant*, Antwerpen, Maarten kluwer, 1976, 213.

⁴⁰² Cass. 28 februari 1985, *T.B.H.* 1985, 377. Zie hierbij: J.M. NELISSEN GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 290.

⁴⁰³ Bergen 30 december 1975, *Pas.* 1976, 178.

⁴⁰⁴ Beslagr. Luik 22 december 1993, *J.L.* 1994, 870. *A contrario*: Kh. Brussel 17 maart 1982, *T.B.H.* 1982, 410.

⁴⁰⁵ Kh. Brussel, 17 mei 1971, *T.B.H.* 1971, 444; Gent 7 april 1992, *T.G.R.* 1992, 93.

⁴⁰⁶ Gent 15 januari 1988, *T.B.H.* 1991, 1080; Brussel 2 februari 1993, *J.D.F.* 1993, 110.

⁴⁰⁷ Cass. 6 juni 1935, *Pas.* 1935, 273.

⁴⁰⁸ J.M. NELISSEN GRADE, *De rekening-courant*, Antwerpen, Maarten kluwer, 1976, 59.

321. Wat de rechtspraak betreft is er geen eensgezindheid en de verschillende rechtscolleges doen weinig moeite om tot een consistente theorie te komen. Dus als rechtsleer en rechtspraak samen worden bekeken, valt er nog geen echte lijn te trekken in de regels. Er zijn een paar voorwaarden zoals het beschouwen van de vorderingen als een geheel en de wederkerigheid der remises die in verschillende theorieën en in de rechtspraak terugkomen, maar er kan geen garantie worden geboden dat deze voorwaarden altijd zullen worden toegepast.

322. Finaal valt te besluiten dat de rekening-courant onderworpen is aan de soevereiniteit van de feitenrechter en de gangbare (plaatselijke) handelsgebruiken.

7. Internationaal Privaatrecht

323. De Europese insolventieverordening⁴⁰⁹ en het nationale I.P.R.⁴¹⁰ kennen een grote zekerheidsfunctie toe aan schuldvergelijking. Deze regelingen zorgen voor een grotere tegenwerpelijheid van de compensatie na samenloop, indien aan de verbintenisrechtelijke voorwaarden voor schuldvergelijking is voldaan. De zekerheidswerking van schuldvergelijking onder de insolventieverordening is evenwel sterker dan die van het W.I.P.R.

7.1. Binnen de Europese Unie

324. Op het ogenblik dat een van de partijen bij een internationale rechtsverhouding failliet gaat, rijst de vraag of schuldvergelijking nog mogelijk is.⁴¹¹ Zoals eerder besproken kan schuldvergelijking ook een zekerheidsfunctie hebben (*supra* nr. 72). De schuldeiser die zich op schuldvergelijking beroept verkrijgt namelijk integrale betaling. Zijn schuld dooft immers uit.

325. Om het toepasselijke recht op schuldvergelijking in een grensoverschrijdende context vast te stellen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verbintenisrechtelijke geldigheid en de tegenwerpelijheid aan de samenloop.⁴¹²

7.1.1. Rome-I

326. De Rome I-verordening bepaalt het recht dat van toepassing is op de verbintenissen uit overeenkomst en is op die manier voor schuldvergelijking toepasselijk om de verbintenisrechtelijke geldigheid te bepalen.⁴¹³ Voor de vormen van schuldvergelijking die niet op een overeenkomst tussen partijen berusten is er een specifiek artikel. Art. 17 bepaalt: "Indien de bevoegdheid tot verrekening niet op een overeenkomst tussen de partijen berust, wordt de verrekening beheerst door het recht dat toepasselijk is op de vordering ten aanzien waarvan men zich op verrekening beroept".

327. Voor contractuele schuldvergelijking gelden de algemene regels van art. 3 en 4 Rome I-verordening. Artikel 3 geeft aan dat eerst moet worden gekeken of de partijen het recht waardoor de overeenkomst wordt beheerst hebben gekozen. Bij gebreke van een rechtskeuze moet worden gekeken naar art. 4, 2 om het toepasselijke recht te bepalen. De overeenkomst wordt dan beheerst door het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst moet verrichten haar gewone verblijfplaats heeft. Als uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land is het recht van dat andere land van toepassing (4, 3 Rome I-verordening). Indien het toepasselijke recht niet op deze

⁴⁰⁹ Verord. Raad (EG) nr. 1346/2000, 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. L.* 30 juni 2000, afl. 160, 1.

⁴¹⁰ Wet 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal Privaatrecht, *BS* 27 juli 2004 (ed. 1). Hierna: W.I.P.R.

⁴¹¹ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 597.

⁴¹² V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 254.

⁴¹³ Verord. Europees Parlement en Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb. L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6.

manier kan worden vastgesteld zegt art. 4, 4 tenslotte dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht waarmee zij het nauwst verbonden is.⁴¹⁴

7.1.2. De insolventieverordening

328. Wanneer schuldvergelijking verbintenisrechtelijk is toegestaan, dient te worden bepaald welk recht van toepassing is op de tegenwerpelijheidsproblematiek.

329. De Europese insolventieverordening bevat regels van internationaal privaatrecht die de intracommunautaire gevolgen van Europese insolventieprocedures bepalen.⁴¹⁵ Het materieel toepassingsgebied is terug te vinden in art. 1, lid 1 en het personeel toepassingsgebied in art. 1, lid 2.⁴¹⁶ In bijlage A is per land terug te vinden welke insolventieprocedures worden bedoeld in art. 2, a. Voor België wordt het faillissement vernoemd.

7.1.2.1. Algemene regels in de insolventieverordening

330. Voor het territoriale toepassingsgebied moet worden gekeken of het centrum van de voornaamste belangen binnen de Europese Unie ligt (considerans 14).⁴¹⁷ Dit komt overeen met de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen voert en die daardoor als zodanig voor derden herkenbaar is (considerans 13).

331. In art. 3, 1 is hiervoor een weerlegbaar vermoeden opgenomen voor rechtspersonen, nl. de plaats van de statutaire zetel.⁴¹⁸ Voor natuurlijke personen moet dit *in concreto* bekeken worden (considerans 13). Als het gaat om een ondernemingsgroep, wordt voor elke statutaire zetel geacht dat deze als een afzonderlijk centrum van voornaamste belangen kan worden gezien. En dus worden deze afzonderlijk behandeld. Het is hier aangewezen om het vermoeden uit art. 3,1 te weerleggen en te poneren dat het centrum van voornaamste belangen in hetzelfde land ligt. Zo worden verschillende parallelle procedures voorkomen.⁴¹⁹

332. Een zekere vorm van forumshopping wordt dus toegelaten, maar het arrest Staubitz-Schreiber beperkt de verplaatsing van het centrum van voornaamste belangen wel indien dit enkele dagen voor de opening van de procedure of indien dit na de procedure gebeurde.⁴²⁰

333. De insolventieverordening onderscheidt drie procedures: de hoofdinsolventieprocedure (art. 3, 1), de secundaire procedure (art. 3, 2) en de territoriale procedure (art. 3, 4). Een schuldenaar

⁴¹⁴ Een uitputtende uitleg over de Rome I-verordening gaat het bestek van dit werk te buiten.

⁴¹⁵ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintennisrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 254.

⁴¹⁶ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 581.

⁴¹⁷ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 581.

⁴¹⁸ Luik 25 januari 2007, *J.L.M.B.* 2007, 1231.

⁴¹⁹ Volgens het arrest Eurofood mag het vermoeden niet lichtzinnig weerlegd worden. HvJ C-341/04, Eurofood IFSC, *Pb.C.* 17 juni 2006, afl. 143, 11.

⁴²⁰ HvJ C-1/04, Staubitz-Schreiber, *Jur.* 2006, I, 701.

kan de rechtsmacht van zijn land niet erkennen in strijd met de verordening, want de regels hieromtrent zijn van openbare orde en de toepassing ervan wordt ambtshalve door de rechter onderzocht.⁴²¹

334. Het belangrijkste principe van de hoofdinsolventieprocedure is zijn universele strekking en het wederzijdse vertrouwen waarop de erkenning van deze procedure door de andere lidstaten is gebaseerd.⁴²² De universele werking van deze procedure zorgt ervoor dat alle schuldeisers de gevolgen van deze procedure moeten ondergaan en dat alle goederen binnen de Europese Unie geraakt worden.

335. De procedure wordt geopend in de lidstaat waar de debiteur zijn centrum van voornaamste belangen heeft.⁴²³ Alle activa binnen de Europese Unie vallen onder diezelfde procedure. De activa buiten de Europese Unie vallen erbuiten en de rechter die de procedure heeft geopend kijkt dan of deze activa volgens zijn nationale internationaal privaatrecht in de boedel vallen. Eens er een procedure is geopend zijn alle andere Europese rechters daartoe onbevoegd en tevens kan er per debiteur maar een enkele procedure lopen.

336. De beslissing van de rechter die de procedure eerst opende, moet in andere lidstaten worden erkend, zonder dat deze de bevoegdheid hebben om de beslissing van deze rechter te toetsen.⁴²⁴ Opening van de procedure betekent automatisch erkenning door de andere lidstaten (art. 16). Een andere lidstaat kan de erkenning van de beslissing slechts zeer uitzonderlijk weigeren (art. 25, 3 en art. 26).

337. Een secundaire procedure openen is facultatief. Bovendien moet door de rechter worden nagegaan of dit een nuttig belang dient.⁴²⁵ Deze procedure heeft enkel territoriale werking, d.w.z. binnen de lidstaat waar de goederen zich bevinden. Indien er reeds een hoofdprocedure werd geopend, dan wordt de territoriale procedure een secundaire procedure genoemd.

338. Een territoriale procedure wordt geopend in het land waar de debiteur een vestiging heeft en omvat enkel de activa die zich in dat land bevinden.⁴²⁶ Deze procedure kan enkel worden geopend als er nog geen hoofdprocedure is gestart.

339. Volgens artikel 31 geldt tussen hoofdprocedures en secundaire procedures een samenwerkingsplicht. De curatoren van de hoofdprocedure en de secundaire procedure moeten elkaar onverwijld kennis geven van al hetgene nuttig kan zijn voor de andere procedure. Dit is tevens het geval voor een hoofdprocedure en een territoriale procedure, mits de territoriale

⁴²¹ F. PARREIN, "Europese insolventieverordening", *NjW* 2011, 247.

⁴²² Het mijlpaalarrest dat de basisprincipes schetst: HvJ C-444/07, PG Probud Gdynia, *NjW* 2011, 260.

⁴²³ F. PARREIN, "Europese insolventieverordening", *NjW* 2011, 247.

⁴²⁴ F. PARREIN, "Europese insolventieverordening", *NjW* 2011, 249.

⁴²⁵ F. PARREIN, "Europese insolventieverordening", *NjW* 2011, 250.

⁴²⁶ F. PARREIN, "Europese insolventieverordening", *NjW* 2011, 250.

procedure dan een secundaire procedure wordt. De samenwerkingsplicht geldt enkel voor curatoren en niet voor rechtbanken.

340. Art. 120 van het Belgische nationale internationale privaatrecht (W.I.P.R.) voorziet nog in een extra eis van wederkerigheid voor de samenwerking tussen de curatoren. Dit is in België dus enkel verplicht indien het buitenlandse recht ook voorziet in een gelijkaardige samenwerkingsplicht.

341. Dit is volgens mij een lacune in de wet, zowel in de insolventieverordening als in het Belgische W.I.P.R. Het zou een voordeel zijn mocht er een grotere samenwerkingsplicht zijn. Als de gevatte rechtbanken verplicht zouden worden bekend te maken in welke procedures ze gevat zijn en er ook voor hen een samenwerkingsplicht zou worden opgelegd, kan menig conflict worden voorkomen.

7.1.2.2. Schuldvergelijking binnen de insolventieverordening

342. Verrekening wordt gezien als een waarborg die wordt beheerst door een recht op de toepassing waarvan de betrokken schuldeiser bij het sluiten van de overeenkomst of het aangaan van de schuld kan rekenen (*considerans* 26).⁴²⁷

343. Het toepasselijke recht is de *lex concursus* (art. 4, 1). Dit artikel zegt in principe dat iedere rechtbank zijn eigen recht toepast. In art. 4, 2 zijn de materies terug te vinden die door de *lex concursus* worden geregeld. Zo wordt er bepaald onder welke voorwaarden de procedure wordt geopend, verloopt en wordt beëindigd.⁴²⁸

344. De *lex concursus* stelt eveneens vast onder welke voorwaarden een verrekening kan worden tegengeworpen (art. 4, 2, d). Een concreet voorbeeld: een schuldeiser in een Belgische faillissementsprocedure kan dus beroep doen op schuldvergelijking als aan de voorwaarden van het Belgische recht voldaan is. Dit is zo zelfs als de *lex causae* van geen van beide schuldvorderingen dit toelaat.⁴²⁹

345. De verordening voorziet in art. 6 in een correctie voor situaties waarin schuldvergelijking volgens de *lex concursus* niet tegenstelbaar is aan het faillissement.⁴³⁰ De verrekening moet toch worden erkend wanneer ze is toegestaan overeenkomstig het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is.

⁴²⁷ Zie ook: Rapport Virgos/Schmit, 77, nr. 110.

⁴²⁸ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 583.

⁴²⁹ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 580.

⁴³⁰ Kanttekening: In het Rapport Virgos/Schmit staat dat artikel 6 alleen van toepassing is als de te compenseren schuldvorderingen zijn aangegaan voor de insolventieprocedure is geopend. Voor vorderingen die nadien zijn ontstaan vindt enkel de hoofdregel uit artikel 4 toepassing (Rapport Virgos/Schmit, 77, nr. 110). In de verordening zelf is deze beperking echter niet terug te vinden. Nu kent men onder andere in Nederland de mogelijkheid om te compenseren met vorderingen die pas na het faillissement zijn ontstaan (art. 53 Fw.). Bijgevolg kan deze onduidelijkheid voor het Belgisch recht tot vreemde situaties leiden.

346. De regels gelden zowel voor wettelijke schuldvergelijking als voor conventionele schuldvergelijking. De conventionele schuldvergelijking kan dus plaatsvinden als dit toegelaten is volgens de *lex concursus* of als het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is, dit toelaten.

347. Het is hierbij niet vereist dat het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is, het recht is van een Europese lidstaat.⁴³¹ Dit maakt dat de mogelijkheid om schuldvergelijking te laten plaatsvinden in een Belgische procedure kan worden opgedrongen door om het even welk rechtsstelsel ter wereld dat van toepassing is op de vordering van de insolvente schuldenaar.⁴³²

7.1.2.3. Netting binnen de insolventieverordening

348. De insolventieverordening bevat ook bepalingen voor grensoverschrijdende netting.⁴³³ De gevolgen van de insolventieprocedure voor de rechten en verplichtingen van deelnemers aan een betalings- of afwikkelingssysteem of aan een financiële markt worden uitsluitend beheerst door het recht van de lidstaat dat op dat systeem of die markt van toepassing is (art. 9, 1). Hier blijft de *lex concursus* dus volledig buiten het geding.

349. Het toepassingsgebied van deze bepaling omvat netting en close-outbetalingssystemen.⁴³⁴ Ze is ook van toepassing op financiële markten.⁴³⁵ Dit zijn markten in een Europese lidstaat waar financiële instrumenten, andere financiële producten of 'commodity features' en opties op regelmatige basis worden verhandeld, waar een reglementering van transacties en toegang bestaat en die onder toezicht staat van de staat van de *lex contractus*.⁴³⁶

350. Het recht dat de partijen gekozen hebben voor hun betalingssysteem of hun financiële markt blijft dus van toepassing. De bepaling wil het rechtmatig vertrouwen van de deelnemende partijen beschermen, door te voorkomen dat de opening van een insolventieprocedure voor een van hen tot gevolg zou hebben dat een ander recht dan het recht dat ze gekozen hadden om op het systeem van toepassing te zijn, toch de rechten en plichten van die deelnemer jegens het systeem zou regelen (considerans 27).⁴³⁷

⁴³¹ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 598.

⁴³² Rapport Virgos/Schmit, 69, nr. 93.

⁴³³ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 599.

⁴³⁴ Rapport Virgos/Schmit, 81, nr. 120.

⁴³⁵ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 599.

⁴³⁶ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 599; Rapport Virgos/Schmit, 82, nr. 120.

⁴³⁷ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 599; Rapport Virgos/Schmit, 81, nr. 120.

351. Er wordt ook afgeweken van de algemene verwijzingsregels betreffende de niet-tegenwerpelijkheden tijdens de verdachte periode.⁴³⁸ De nietigheid, vernietiging of niet-tegenwerpelijkheid van betalingen of verrichtingen wordt bepaald krachtens het recht dat op het betreffende betalingsstelsel of de financiële markt van toepassing is.

352. Artikel 5 maakt een uitzondering op dit geheel. De houders van zakelijke rechten hun rechten worden onverlet gelaten. Ze hebben daardoor de zekerheid dat hun positie altijd wordt bepaald overeenkomstig de *lex rei sitae*.

353. Considerans 27 van de insolventieverordening wijst ook nog op de voorrang van de specifieke voorschriften in Richtlijn⁴³⁹ 98/26/EG.⁴⁴⁰ Deze richtlijn is bij Wet van 28 april 1999 omgezet in het Belgische recht.⁴⁴¹

7.2. Buiten de Europese Unie

354. Het I.P.R.-Wetboek (W.I.P.R.) is van toepassing op de extracommunautaire gevolgen van een Europese insolventieprocedure en op niet-Europese insolventieprocedures.⁴⁴² De artikelen 116 e.v. W.I.P.R. zijn van toepassing. Het W.I.P.R. is sterk beïnvloed door de insolventieverordening (art. 118, §1, 1). Art. 118, §1, 2 wordt quasi nooit gebruikt, want op grond van de insolventieverordening zou de rechter in dit geval reeds bevoegd zijn. Art. 121 W.I.P.R. bepaalt de voorwaarden waaronder België een beslissing erkent.

355. Hier geldt dat het recht van een schuldeiser om de verrekening van zijn vordering met de vordering van de schuldenaar te vragen, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de vordering van de insolvente schuldenaar (art. 119, §2, 2° W.I.P.R.).

356. Het W.I.P.R. verklaart bijgevolg bij voorbaat het recht dat de vordering van de insolvente schuldenaar beheerst van toepassing, ongeacht of dit schuldvergelijking toelaat of niet (art. 119, §2, 2° W.I.P.R.).⁴⁴³ Dit zou dus voor gevolg kunnen hebben dat een schuldeiser slechter af is bij de toepassing van het W.I.P.R. dan bij toepassing van de insolventieverordening waar nog een correctie mogelijk is.

⁴³⁸ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 599.

⁴³⁹ Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 98/26/EG, 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, *Pb. L.* 11 juni 1998, afl. 166, 45.

⁴⁴⁰ E. DIRIX en V. SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *T.B.H.* 2001, 599.

⁴⁴¹ Wet van 28 april 1999 houdende de 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, *BS* 1 juni 1999 (ed. 1).

⁴⁴² V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 255.

⁴⁴³ V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 256.

357. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de mogelijkheid tot compensatie wordt uitgesloten door het recht van de vordering van de insolvente schuldenaar en daarentegen wel wordt toegestaan onder de *lex concursus*. Er is dan geen verrekening mogelijk, terwijl dit onder de insolventieverondening wel mogelijk is.

7.3. Tussenbesluit

358. De mogelijkheden voor compensatie lopen in Europa en daarbuiten sterk uiteen. In België is schuldvergelijking na een faillissement in principe niet meer mogelijk, behalve in geval van connexiteit of een nettingovereenkomst die onder het toepassingsgebied van de W.F.Z. valt. Onze buurlanden zijn overwegend niet zo streng.

359. In Nederland en Engeland wordt compensatie na een faillissement aan geen bijkomende voorwaarden onderworpen. In Nederland wordt de vereiste van opeisbaarheid zelfs niet gesteld bij een faillissement (art. 53, 1 Fw.). In Engeland blijft compensatie na faillissement ook mogelijk (art. 4.90 *Insolvency Rules 1986* en *Section 323* van de *Insolvency Act 1986*).

360. Als de schuldvergelijking of de nettingovereenkomst via het internationale privaatrecht wordt beheerst door een buitenlands rechtstelsel heeft ze bijgevolg potentieel een grotere zekerheidswaarde.

361. Wat betreft netting wordt de systeem-integriteit van de grensoverschrijdende transacties in gesloten systemen tussen financiële instellingen gewaarborgd. M.a.w. er wordt op toegezien dat de rechten en plichten van de verschillende deelnemers aan het systeem beheerst blijven door het recht waarvoor zij gekozen hebben.

8. Besluit

362. We kunnen besluiten dat schuldvergelijking een zeer oude rechtsfiguur is, die vele gedaantes aanneemt en tot op vandaag vernieuwend uit de hoek komt. Het Burgerlijk Wetboek bevat een regeling aangaande schuldvergelijking (art. 1289 B.W. e.v.) en klasseert het als een wijze van tenietgaan van verbintenissen. De techniek vereenvoudigt het betalingsverkeer en verzekert de schuldeiser van betaling van het laagste gemeenschappelijk bedrag. Zo komen we dan tot het adagium: "*qui compense paye*".

363. Artikel 1291 B.W. bepaalt een aantal voorwaarden om de wettelijke schuldvergelijking in te laten treden. Het is belangrijk dat er twee vorderingen over en weer bestaan tussen de schuldeisers. De vorderingen moeten bestaan en opeisbaar zijn. Eveneens is vereist dat beide vorderingen geld of een vervangbare zaak van dezelfde soort tot voorwerp hebben en bovendien is de liquiditeit van de te verrekenen vorderingen essentieel.

364. Art. 1293 en 1298 B.W. kunnen, zelfs als de toepassingsvoorwaarden voldaan zijn, nog verhinderen dat schuldvergelijking plaatsvindt. Het is bijgevolg duidelijk dat schuldvergelijking in vele gevallen niet automatisch en van rechtswege kan intreden.

365. De rechter kan evenwel in bepaalde gevallen nog schuldvergelijking uitspreken. Dit is wenselijk in een situatie waarin de tot betaling aangesproken schuldenaar over een niet-compensabele schuldvordering op de eiser in het geding beschikt. Hij kan dan een tegeneis instellen met het verzoek om de eiser tot betaling van deze vordering te veroordelen. Zo wordt de ontbrekende voorwaarde vervuld en kan hij vragen om schuldvergelijking tussen beide vorderingen vast te stellen. De compensatie wordt uitgesproken.

366. Met deze twee vormen van schuldvergelijking werd nog niet tegemoet gekomen aan alle bekommernissen. Dat brengt ons bij het eigenlijke onderwerp van deze thesis, de conventionele schuldvergelijking. Overeenkomsten van schuldvergelijking houden immers een uitbreiding van de wettelijke regels in.

367. De drie vormen van schuldvergelijking vertonen hier en daar gelijkenissen. Het blijft evenwel nuttig om een onderscheid te maken, omdat de vormen proces- en zekerheidsrechtelijk niet vereenzelvigd kunnen worden. De gerechtelijke schuldvergelijking kan namelijk enkel plaatsvinden op tegenvordering van de verweerder, terwijl de wettelijke en de contractuele schuldvergelijking een verweer ten gronde uitmaken.

368. Behoudens tussen samenhangende vorderingen zijn de wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking niet meer mogelijk na de samenloop of na kennisgeving (of erkenning) van de overdracht. De contractuele schuldvergelijking, onder het toepassingsgebied van de W.F.Z., heeft een veel grotere zekerheidswaarde, daar zij mogelijk blijft na de samenloop en na de kennisgeving van de overdracht. Het maakt zelfs niet uit of de vorderingen samenhangend zijn.

369. Doordat de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek voor het overgrote deel niet van openbare orde zijn, bestaat de mogelijkheid voor de partijen om dienaangaande te contracteren. Het contract bepaalt in welke gevallen de gehele of gedeeltelijke compensatie intreedt en aan welke toepassingsvoorwaarden eventueel niet voldaan moet zijn. De voorwaarden kunnen ook worden verstrengd en schuldvergelijking kan zelfs in zijn geheel worden uitgesloten. Het beding kan eveneens de bedoeling hebben om schuldvergelijking toe te laten t.a.v. verbintenissen die niet tussen dezelfde partijen bestaan (drie- of meerpartijen rechtsverhoudingen).

370. Contracten voor schuldvergelijking blijven contracten en een geldig contract mag geen schending van de openbare orde of goede zeden inhouden. De geldigheidsvereisten voor een overeenkomst en regels van dwingend recht moeten vanzelfsprekend worden nageleefd.

371. De contractuele schuldvergelijking kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend. Er bestaan zelfs geen vormvereisten, maar de schuldvergelijking mag geen afbreuk doen aan de rechten van derden. Bijgevolg blijven de rechtsgevolgen van schuldvergelijking beperkt tot de betrokken partijen.

372. Het bestaan van het contract tussen de partijen kan door henzelf tegen derden worden ingeroepen en derden kunnen langs de andere kant het bestaan van dit contract tegen de contractpartijen inroepen. Wanneer een verbintenis door de schuldvergelijking uitdooft en dit afbreuk doet aan een verkregen recht op betaling van een derde, dan is dit rechtsgevolg niet aan de derde tegenwerpbaar. Partijen houden dus best rekening met deze niet tegenwerpbaarheid. Er bestaat twijfel over de vraag of overeenkomsten van schuldvergelijking aan curatoren kunnen worden tegengeworpen in geval van faillissement van een der partijen.

373. Netting is een recent begrip en is geïntroduceerd door de Wet Financiële zekerheden. Netting omvat het op contractuele basis verrekenen van schuldvorderingen en dit levert voor de partijen op dat zij enkel nog netto-saldi moeten voldoen. Netting heeft net zoals gewone schuldvergelijking de functie om de betalingsstromen tussen partijen te verminderen.

374. Het grootste voordeel is echter de zekerheidsfunctie van nettingovereenkomsten. Door middel van een nettingovereenkomst tracht men vooral de mogelijkheid tot verrekening van wederzijdse schuldvorderingen na faillissement te verzekeren.

375. De W.F.Z. wil de tegenwerpelijke van schuldvergelijking bij samenloop vergroten. Deze wet is gebaseerd op de richtlijn Financiële Zekerheden. Dit is een minimumharmonisatie richtlijn en de wetgever zag zijn kans schoon om op verschillende punten veel verder te gaan dan de richtlijn.

376. Het personele toepassingsgebied van de W.F.Z. was niet beperkt. De wet was van toepassing op financiële instellingen, ondernemingen, handelaars en consumenten. Het Grondwettelijk Hof heeft de W.F.Z. intussen deels ongrondwettig verklaard in zijn arrest van 27 november 2008 en de wet van 26 september 2011 heeft het toepassingsgebied beperkt. Art. 14

W.F.Z. is nu niet meer van toepassing op nettingovereenkomsten gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

377. Dit arrest doet vele wenkbrouwen fronsen, voornamelijk omdat de gedachte van gelijke behandeling die de wetgever voor ogen had zo compleet verloren gaat. De wetgever had namelijk bewust een zeer ruim toepassingsgebied uitgetekend in de W.F.Z. zodat België niet achter zijn buurlanden bleef aan huppelen. Verder is het arrest gestoeld op bedenkelijke overwegingen.

378. Het gezegde van een gezaghebbende Franse auteur (A. MARTIN-SERF, "Compensation. Contrat et acte ponctuel détaché de toute connexité, Exclusion de la compensation", *Rev. trim. dr. com.* 1996, 343) verwoordt perfect mijn ergernis m.b.t. dit arrest en de meeste andere hogere rechtspraak: "*Lorsqu'une chambre civile de la Cour de cassation s'occupe de compensation et de connexité dans le cadre d'une procédure collective... tout s'obscurcit encore un peu plus.*"

379. Aanvankelijk was de term 'netting' voorbehouden voor overeenkomsten in het institutioneel financieel recht. De W.F.Z. heeft de term verruimd en overeenkomsten in het privaat (financieel) recht en zelfs het consumentenrecht vallen er nu ook onder. Het heeft geen belang om welk soort schuldvordering het gaat en het begrip schuldvergelijking moet ruim worden geïnterpreteerd.

380. Art. 1289 B.W. heeft voor gevolg dat schuldvergelijking onmogelijk kan intreden na samenloop op een van de vermogens, verpanding of overgang van een van de vorderingen. Deze regel blijft van toepassing op overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de W.F.Z. vallen. De regel moet wel worden genuanceerd.

381. Wanneer er samenhang is tussen de vorderingen kan schuldvergelijking wel nog na samenloop of rechtsovergang. Enige extra voorwaarde is dat beide vorderingen ontstaan zijn voor de samenloop.

382. Art. 14 W.F.Z. houdt in dat alle onder het toepassingsgebied vallende nettingovereenkomsten kunnen worden tegengesteld aan de schuldeisers. De schuldvordering en de schuld moeten wel bestaan op het ogenblik waarop de insolventieprocedure, het beslag of een geval van samenloop plaatsvindt.

383. Toepassing van art. 14 W.F.Z. zorgt ervoor dat enkel het netto-saldo in de boedel valt of toekomt aan de cessionaris. De oorspronkelijke schuldvorderingen worden als het ware opgeslorpt.

384. Art. 16 W.F.Z. geeft aan wat er gebeurt met de regels van de Faillissementswet wanneer de W.F.Z. toepassing vindt. Zo wordt art. 17, 2° Faill.W. aan de kant geschoven, zodat netting door middel van een nettingovereenkomst tegenwerpelijk is aan de boedel en dat het zelfs niet uitmaakt of de nettingovereenkomst voor of tijdens de verdachte periode is gesloten.

385. Ook art. 18 Faill.W. wordt uitgeschakeld voor nettingovereenkomsten. Het is voor nettingovereenkomsten dus niet zo dat de handelingen van de gefailleerde niet-tegenwerpelijk

kunnen worden verklaard als de tegenpartij van de gefailleerde kennis had van de staking van betaling.

386. Art. 15, §1 W.F.Z. stelt de "nul uur-regel" buiten werking. Dit artikel vergroot de derdenwerking van de nettingovereenkomst nog meer doordat deze wordt uitgebreid tot nettingovereenkomsten die zijn gesloten op de dag, maar voor het exacte tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend of het beslag of de samenloop plaatsvindt. Van de fixatieregel wordt ook afgeweken, zodat schuldeisers die zich te goeder trouw op de nettingovereenkomst willen beroepen art. 16 Faill.W. naast zich neer kunnen leggen.

387. Schuldvergelijking is alom aanwezig en andere rechtstakken kunnen ook een invloed hebben op de inhoud van de overeenkomst en de modaliteiten van de verrekening. Schuldvergelijking komt zelfs terug in het familiaal vermogensrecht, waar de krachtens de beheersrekening verschuldigde bedragen worden gecompenseerd met toepassing van art. 1290 B.W. e.v.

388. Het zekerhedenrecht speelt ook een rol. De partij die schuldvergelijking kan inroepen, geniet de zekerheid van betaling van zijn schuldvordering; toch op zijn minst voor het gedeelte daarvan dat uitdooft dankzij de schuldvergelijking. De zekerheidsfunctie van het verrekenen zit bijgevolg in de vermindering van het kredietrisico van de tegenpartij.

389. Wanneer we te maken hebben met een contract tussen een onderneming of handelaar en een consument is de Wet Marktpraktijken relevant. De overeenkomst van schuldvergelijking kan soms gezien worden als een onrechtmatig beding. Een contractuele uitsluiting van schuldvergelijking ten aanzien van een consument is *per se* verboden en dus nietig. De overeenkomst blijft evenwel bindend voor zover zij zonder dit beding kan voortbestaan.

390. De wisselwerking tussen schuldvergelijking en het bankrecht is vooral interessant wanneer het gaat over de overeenkomst tussen een bank en een niet-consument. Het gemeen recht is hier van toepassing.

391. In de algemene bankvoorwaarden zijn vaak bedingen van eenheid van rekening en compensatiebedingen terug te vinden. Bedingen van eenheid van rekening hebben tot doel alle door de bank op naam van dezelfde rekeninghouder geopende rekeningen, behoudens bijzondere overeenkomst, te zien als een onderdeel van één en ondeelbare rekening-courant. Het belangrijkste gevolg hiervan is dat de bank, bij faillissement van de rekeninghouder, als schuldeiser slechts één vordering bezit. Het compensatiebeding is een beding dat de bedoeling heeft de saldi van rekeningen die juridisch zelfstandig zijn met elkaar te verrekenen.

392. De rekening-courant is de voornaamste toepassing van schuldvergelijking binnen het handelsrecht. Het is een overeenkomst tussen twee al dan niet handelaars, die regelmatig met elkaar betrekkingen onderhouden. Dankzij de rekening-courant worden al hun wederzijdse

schuldvorderingen opgenomen op een rekening, waarvan enkel het saldo opeisbaar is bij het afsluiten van de rekening.

393. Er is geen wettelijke regeling m.b.t de rekening- courant. Er zijn dienaangaande wel drie grote theorieën te onderscheiden en de rechtspraak heeft ook zijn visie op deze figuur. Zolang de wetgever niet ingrijpt is het wellicht onmogelijk om een lijst met de juiste regels voor de rekening-courant op te stellen. De drie theorieën vertonen immers elk gebreken en in de rechtspraak is er geen eensgezindheid. Aan het einde van de rit is de rekening-courant onderworpen aan de soevereiniteit van de feitenrechter en de gangbare (plaatselijke) handelsgebruiken.

394. Het nationale I.P.R. en de Europese insolventieverordening kennen een grote zekerheidsfunctie toe aan schuldvergelijking. Deze regelingen zorgen voor een grotere tegenwerpelijke van de compensatie na samenloop, indien aan de verbintenisrechtelijke voorwaarden voor schuldvergelijking is voldaan.

395. De mogelijkheden voor compensatie lopen in Europa en daarbuiten sterk uiteen. In België is schuldvergelijking na faillissement in principe niet meer mogelijk, behalve in geval van connexiteit. Maar onze buurlanden zijn overwegend niet zo streng. Als de schuldvergelijking of nettingovereenkomst via het internationale privaatrecht wordt beheerst door een buitenlands rechtsstelsel heeft ze bijgevolg potentieel een grotere zekerheidswaarde.

396. Wat betreft netting wordt de systeem-integriteit van de grensoverschrijdende transacties in gesloten systemen tussen financiële instellingen gewaarborgd. M.a.w. er wordt op toegezien dat de rechten en plichten van de verschillende deelnemers aan het systeem beheerst blijven door het recht waarvoor zij gekozen hebben.

397. Finaal wil ik nog graag mijn eigen mening kwijt omtrent het onderwerp. Ik vind het een beetje betreuenswaardig dat de wetgever ervoor heeft geopteerd om de richtlijn Financiële Zekerheden in een aparte wet om te zetten. Het zou overzichtelijker zijn als de regels werden geïntegreerd in het Burgerlijk Wetboek of in de Faillissementswet hetgeen de versnippering zou tegengaan.

398. Verder zou de gemeenrechtelijke uitzondering op het verbod van schuldvergelijking na samenloop, nl. samenhang, ruimer opgevat mogen worden. De Franse rechtspraak is bijvoorbeeld soepeler dan de Belgische. De Nederlandse regelgeving is eveneens soepeler en in Engeland is schuldvergelijking na faillissement zelfs verplicht en is samenhang geenszins vereist.

399. Hopelijk is het in België ooit mogelijk om te komen tot een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop ongeacht samenhang tussen de te verrekenen vorderingen (en misschien zelfs zonder overeenkomst van schuldvergelijking of netting). We zijn, buiten enkele kleine stapjes terug, alleszins goed op weg.

Bibliografie

Wetgeving

- Verdrag van Rome 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, *Pb. C.* 23 december 2006, afl. 318, 56.
- Richtl. Raad nr. 93/13/EEG, 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 21 april 1993, Afl. 95, 29-34.
- Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 98/26/EG, 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, *Pb. L.* 11 juni 1998, afl. 166, 45.
- Verord. Raad (EG) nr. 1346/2000, 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb. L.* 30 juni 2000, afl. 160, 1.
- Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2002/47/EG, 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, *Pb. L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43.
- Verord. Europees Parlement en Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb. L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6.
- Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2009/44/EEG, 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *Pb. L.* 10 juni 2009, afl. 146, 37.
- Wet van 22 maart 1993 betreffende het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, *BS* 19 april 1993, 8650.
- 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, *BS* 1 juni 1999 (ed. 1), *err.*, *BS* 17 november 1999 (ed. 1).
- Wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002, 51704.
- Wet 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal Privaatrecht, *BS* 27 juli 2004 (ed. 1).
- Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *BS* 1 februari 2005 (ed. 2).
- Programmawet 27 december 2004, *BS* 31 december 2004 (ed. 2).
- Wet 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, *BS* 9 februari 2009 (ed. 1).
- Wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 april 2010 (ed. 1).

- Wet van 26 september 2011 tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *BS* 10 november 2011 (ed. 1), *err.*, *BS* 21 november 2011.

Paralegale normering

- Principles of European Contract Law, opgemaakt te Kopenhagen in 1995.
- Principles of European Insolvency Law, opgemaakt te Brussel in 2005.
- Draft Common Frame of Reference, opgemaakt te Brussel in 2009.
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts, opgemaakt te Rome in 2010.

Vorbereidende documenten

- Memorie van toelichting bij de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *Parl.St.* Senaat 1984-1985, nr. 947/1.
- Wetsontwerp 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, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1999/1.
- Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001.
- Wetsontwerp betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002.

Rapporten

- Rapport Virgos/Schmit, http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf.

Rechtspraak

- HvJ C-250/78, *Deka*, *Jur.HvJ* 1983, 421.
- HvJ C-240/98 tot en met C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.HvJ* 2000, I, 04941.
- HvJ C-473/00, *Cofidis*, *Jur.HvJ* 2002, I, 10875.
- HvJ C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, *Jur.HvJ* 2006, I, 701.
- HvJ C-341/04, *Eurofood IFSC*, *Pb.C.* 17 juni 2006, afl. 143, 11.
- HvJ C-444/07, *PG Probud Gdynia*, *NjW* 2011, 260.
- GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NjW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *T.B.H.* 2009, 496, noot R. HOUBEN, *J.T.* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE, *J.L.M.B.* 2009, 816, noot F. GEORGES.
- Cass. 14 mei 1925, *Pas.* 1925, 245.
- Cass. 6 juni 1935, *Pas.* 1935, 273.

- Cass. 7 november 1935, *Pas.* 1936, 44, concl. P.G. P. LECLERCQ.
- Cass. 16 september 1937, *Pas.* 1937, 235.
- Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, 440.
- Cass. 19 februari 1965, *Pas.* 1965, I, 630.
- Cass. 17 februari 1970, *Arr. Cass.* 1969-70, 571.
- Cass. 20 februari 1970, *Arr. Cass.* 1969-70, 584.
- Cass. 10 november 1971, *Pas.* 1972, 355.
- Cass. 24 maart 1977, *Arr. Cass.* 1977, 804.
- Cass. 26 februari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 829, *J.T.* 1983, 121, *Pas.* 1982, I, 790, *R.W.* 1983-84, 162.
- Cass. 28 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 887, *Bull.* 1985, 795, *Pas.* 1985, 795, *R.W.* 1985-86, 997, noot E. DIRIX, *J.T.* 1986, 578, noot F. T'KINT, *R.C.J.B.* 1987, 571, noot A LIMPENS, *T.B.H.* 1985, 377, noot.
- Cass. 11 april 1986, *Pas.* 1986, I, 987.
- Cass. 25 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1125, *Pas.* 1989, 1015, *R.W.* 1989-90, 331, *T.B.H.* 1989, 771, noot, *R.C.J.B.* 1992, 354, noot M. VAN QUICKENBORNE, "Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite".
- Cass. 26 november 1992, *Arr. Cass.* 1992-93, 1306, *Pas.* 1992, 1306, *R.W.* 1992-93, 1373.
- Cass. 16 september 1993, *Bank Fin.* 1994, 43; *R.W.* 1993-94, 1268, noot E. DIRIX, "Compensatie en tegoeden op bankrekeningen".
- Cass. 12 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 44, *Pas.* 1996, 46, *R.W.* 1996-97, 269.
- Cass. 24 april 1997, *Arr. Cass.* 1997, 487.
- Cass. 31 januari 2002, *Pas.* 2002, afl. 2, 312, *R.W.* 2002-03, 982, noot MOSSELMANS, *T. Not.* 2003, 24, noot DE CLERCQ, *T.B.H.* 2002, 316.
- Cass. 26 juni 2003, *R.W.* 2003-04, 1419, noot M. DE THEIJE, "Compensatie na cessie", *Rev.not.b.* 2003, 620, *T.B.H.* 2004, 476, noot I. PEETERS, "Schuldvergelijking na cessie van schuldvordering: geen uitzondering voor verknochte verbintenissen. Het gerechtvaardigd vertrouwen van Belgische debiteuren beschaamd", *T.B.H.* 2004, 479 e.v.
- Cass. 20 oktober 2005, *R.W.* 2006-07, 651, *Pas.* 2005, 1994.
- Cass. 7 april 2006, *J.T.* 2006, 645, *J.L.M.B.* 2006, 896, *NjW* 2006, afl. 153, 944, noot, *T.B.H.* 2006, 810.
- Cass. 15 juni 2006, *Arr. Cass.* 2006, 1398, concl. G. DUBRULLE, *R.W.* 2007-08, 232, noot R. FRANSIS.
- Cass. 25 september 2006, *R.W.* 2006-07, 1561, noot HOUBEN.
- Cass. 24 juni 2010, nr. C.09.0365.N en nr. F.09.0085.N, *Fisc. Act.* 2010 nr. 38, 8, noot M. DELANOTE, "Fiscale schuldvergelijking na samenloop? Ja, maar", *Jaarverslag cassatie* 2010, 28.
- Cass. 27 januari 2011, *NjW* 2011, 266.
- Cass. 5 oktober 2012, *T.B.H.* 2013, 194.

- Hof Gent 10 juli 1947, *R.C.J.B.* 1948, 53, noot FREDERICQ.
- Hof Bergen 2 november 1976, *Pas.* 1977, 132.

- Hof Brussel 3 november 1994, *J.T.* 1995, 215.
 - Hof Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, noot R. TAS.
 - Hof Brussel 28 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 144.
 - Hof Brussel 14 november 1996, *J.T.* 1997, 182.
 - Hof Antwerpen 10 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1024.
 - Hof Brussel 6 oktober 1998, *A.J.T.* 1998-99, 953, *J.L.M.B.* 2000, 1326.
 - Hof Luik 23 november 1998, *R.R.D.* 2000, 43, noot P. WÉRY.
 - Hof Antwerpen 17 januari 2000, *R.W.* 2001-02, 278.
 - Hof Antwerpen 17 april 2001, *R.W.* 2002-03, 301.
 - Hof Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68.
 - Hof Antwerpen 23 december 2002, *T.B.H.* 2004, 276.
-
- Brussel 19 april 1966, *Pas.* 1967, II, 72.
 - Bergen 30 december 1975, *Pas.* 1976, 178.
 - Brussel 3 februari 1986, *T.B.H.* 1988, 702.
 - Gent 15 januari 1988, *T.B.H.* 1991, 1080.
 - Bergen 21 juni 1988, *Pas.* 1988, II, 239.
 - Bergen 23 mei 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1285, noot C. PARMENTIER.
 - Bergen 27 februari 1990, *J.T.* 1991, 193.
 - Gent 25 september 1991, *R.P.S.* 1992, 107, noot.
 - Gent 7 april 1992, *T.G.R.* 1992, 93.
 - Antwerpen 24 november 1992, *R.W.* 1994-95, 746.
 - Luik 14 januari 1993, *J.L.* 1994, 364.
 - Brussel 2 februari 1993, *J.D.F.* 1993, 110.
 - Beslagr. Luik 22 december 1993, *J.L.* 1994, 870.
 - Gent 9 november 1994, *T.R.V.* 1995, 323, noot R. TAS.
 - Luik 22 februari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 873.
 - Antwerpen 27 mei 1997, *R.W.* 1998-99, 91.
 - Rb. Brugge 27 juni 1997, *T. Vred.* 1999, 28.
 - Antwerpen 22 september 1997, *R.W.* 1998-99, 157.
 - Antwerpen 27 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 675.
 - Bergen 20 december 1998, *Bank Fin.* 1989, 487, noot M. DELIERNEUX.
 - Antwerpen 17 januari 2000, *R.W.* 2001-02, 278.
 - Brussel 15 september 2000, *J.T.* 2001, 91.
 - Rb. Charleroi 15 september 2000, *J.L.M.B.* 2001, 1244, met noot P. WÉRY.
 - Namen 8 oktober 2001, *T.B.H.* 2003, 6, met noot, *J.T.* 2002, 291.
 - Gent 27 februari 2002, *T.G.R.* 2002, 68.
 - Gent 4 maart 2003, *T.G.R.* 2003, 162.
 - Luik 6 maart 2003, *J.T.* 2003, 793.
 - Luik 25 januari 2007, *J.L.M.B.* 2007, 1231.
 - Luik 26 januari 2007, *D.C.C.R.* 2008, 73, noot L. VAN DEN STEEN, *Bank Fin.R.* 2007, 344, noot E. VAN DEN HAUTE.

- Kh. Brussel, 17 mei 1971, *T.B.H.* 1971, 444.
- Kh. Brussel 17 maart 1982, *T.B.H.* 1982, 410.
- Kh. Gent 21 januari 1992, *Eur.Vervoerr.* 1993, 203.
- Kh. Ieper 14 december 1992, *T.B.H.* 1994, 364, noot P. COLLE.
- Kh. Namen 21 december 1995, *J.L.M.B.* 1996, 1225.
- Kh. Namen 7 oktober 1997, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging* 1997, 223.
- Kh. Brussel 24 november 1997, *T.B.H.* 1999, 45, noot P. VAN HOOGHTEN.
- Kh. Gent 25 juni 1998, *T.B.H.* 1999, 348.
- Kh. Brussel 14 juli 1999, *T.B.H.* 2000, 433.
- Kh. Kortrijk 21 mei 2001, *R.W.* 2002-03, 311.
- Kh. Charleroi 2 januari 2008, *J.T.* 2008, 195.
- Kh. Antwerpen 25 februari 2008, *R.W.* 2008-09, 971, noot C. BODDAERT.

- Vred. Torhout 23 maart 1993, *T.Vred.* 1999, 24.
- Vred. Brussel 26 juli 1995, *R.W.* 1996-97, 264, met noot F. MORTIER.
- Vred. Gent 18 december 1997, *T.Vred.* 1998, 571, met noot.
- Vred. Brussel 19 september 2002, *T.Vred.* 2003, 372, met noot.

- Cass. fr. 30 maart 1989, *Bull. Civ.* 1989, III, nr. 77.
- Cass. fr. 8 februari 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22455, noot AMMAR.
- Cass. fr. 12 juli 1995, *D.* 1997, *Jur.* 95, noot CLAVIER.
- Cass. fr. 14 januari 1997, *Bull. Civ.* 1997, IV, nr. 16.

- Hof Arnhem 3 december 1996, *N.J.* 1998, 615.

Rechtsleer

Boeken

- ASSER-HARTKAMP-SIEBURGH, *Verbintenissenrecht*, II, Deventer, Kluwer, 2009, 410 p.
- BOCKEN, H., *Samenvattende Syllabus Algemeen verbintenissenrecht*, losbl., Academiejaar 2005-06, 263 p.
- BYBAU, J.H., *De werking der schuldvergelijking*, Delft, Judels, 1912, 199 p.
- CASSIN, R., *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Parijs, Sirey, 1914, 800 p.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- DE CLIPPELE, F., *De betaling door middel van de elektronische overdracht van geldmiddelen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 168 p.
- DE KLERK LEENEN, A.P.K., *Compensatie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 118 p.
- DE LEVAL, G., *Traité des saisies*, Luik, 1988, 780 p.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, *Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1967, 1185 p.

- DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 1167 p.
- DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 820 p.
- DEMOLOMBE, C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, III, Parijs, 1844, 628 p.
- FABER, N.E.D., *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 614 p.
- GHESTIN, J., BILLAU, M. en LOISEAU, G., *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, L.G.D.J., 2005, 1374 p.
- GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 1990, 231 p.
- HOUBEN, R., *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 638 p.
- KLUYSKENS, A., *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard boekhandel, 1948, 655 p.
- LOCRE, M., *Législation civile, commerciale et criminelle*, VI, Brussel, Tarlier, 1836, 474 p.
- NELISSEN GRADE, J.M., *De rekening-courant*, Antwerpen, Maarten kluwer, 1976, 406 p.
- PIRET, R., *Le compte courant*, Brussel, Larcier, 1931, 356 p.
- STIJNS, S., *Verbindenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, boek 2.
- STORME, M.E., *Algemeen zakenrecht*, VI, 2008 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/zekerheden2008IV.pdf>), 490 p.
- STORME, M.E., *Algemeen zakenrecht*, I, 2009 (te raadplegen via <http://webh01.ua.ac.be/storme/vermogensrecht2009I.pdf>), 232 p.
- VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.
- VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations*, IV, Brussel, U.L.B., 2010, 803 p.
- VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 885 p.
- WOOD, P., *English and International Set-Off*, Londen, Sweet & Maxwell, 1989, 1287 p.
- WOOD, P., *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 251 p.
- WOOD, P., *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing systems*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 376 p.

Artikelen

- ARNOU, P., "Verlating van familie, niet meer eisbare achterstallen en schuldvergelijking", (noot onder Antwerpen 11 april 1986), *R.W.* 1986-87, 1223-1226.
- BRAECKMANS, H., "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen" in W. VAN GERVEN, W. COUSY en J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en Economisch recht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 545-650.
- BRIJS, S., "De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen", *T.R.V.* 2009, 667-708.
- CAUFFMAN, C., "Gekwalificeerde benadeling" in *Comm. Bijz. Over.*, Kluwer, 2007, 22 p.
- DEMUYNCK, I., "Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de W.H.P.C.", *Bank Fin.R.* 2001, 67-87.
- DEVOS, D., "Le netting en droit belge", *Bank Fin.* 1994, 162-173.
- DIRIX, E. en KORTMANN, S., "Compensatie en concursus creditorum", *T.P.R.* 1989, 1657-1683.
- DIRIX, E., "Gerechtelijke compensatie en beslag in eigen hand" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 105-113.

- DIRIX, E., "Verhaalrechten op schuldvorderingen" in *Liber Amicorum Marcel Briers*, Gent, Mys & Beesch, 1993, 149-157.
- DIRIX, E., "Compensatie en tegoeden op bankrekeningen", *R.W.* 1993-94, 1269-1271.
- DIRIX, E., en SAGAERT, V., "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese insolventieverordering", *T.B.H.* 2001, 580-600.
- DIRIX, E., "Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes", *NjW* 2008, 926.
- DIRIX, E., "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *R.W.* 2008-09, 1021-1022.
- DIRIX, E. en BROECKX, K., *Beslag*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2010, 627 p.
- GEENS, H., "De grondslagen van de culpa in contrahendo", *Jura Falc.* 2003-04, 433-460.
- HOUBEN, R., "Conventionele schuldvergelijking. Compensatieclausules, rekening-courantbedingen en nettingclausules: een analyse vanuit het gemene recht, met de financiële sector als toetssteen", *Jura Falc.* 2004-05, 687-762.
- HOUBEN, R., "Contractuele schuldvergelijking na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd", *R.W.* 2005-06, 1161-1172.
- JANSEN, R., "FarWest-recht: enkele kritische kanttekeningen bij het buitengerechtelijk minnelijk akkoord in de nieuwe Wet Continuïteit Ondernemingen", *R.W.* 2008-09, 1580-1583.
- JANSEN, R. en SAGAERT, V., "Zekerheden algemene leerstukken", *T.P.R.* 2012, 1280- 1301.
- LEUNEN, C.-A., "Compensatie en concursus creditorum. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het Belgisch recht", *T.P.R.* 2004, 439-454.
- MAHAUX, J., "La compensation" in *Les sûretés issues de la pratique*, II, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1983, 81 p.
- NELISSEN GRADE, J.M., "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 287-306.
- PAELINCK, T., "Netting: Algemene overeenkomst voor het Belgisch financieel centrum", *Bank Fin.* 1997, 657-661.
- PARREIN, F., "Europese insolventieverordering", *NjW* 2011, 246-253.
- PEETERS, I. en CHRISTIAENS, K., "De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *T.B.H.* 2006, 170-207.
- ROODHOOF, J., "Schuldvergelijking" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, 4328-4376.
- SAGAERT, V., "Compensatie door de verkoop van aandelen tijdens de verdachte periode voorafgaand aan de faillietverklaring", (noot onder Gent 1 december 1999), *T.R.V.* 2001, 251-256.
- SAGAERT, V. en SEELDRAYERS, H., "De Wet financiële zekerheden", *R.W.* 2004-05, 1521-1550.
- SAGAERT, V., "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (red.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Brussel, Intersentia Vlaams Pleitgenootschap Brussel, 2009, 223-258.
- SAGAERT, V., APERS, A. en BOULY, S., "De invloed van het Europese recht op het Belgische zekerheden- en goederenrecht" in V. SAGAERT, I. SAMOY en E. TERRY (eds.), *De invloed van het Europees recht op het Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 635-690.
- SIMONART, V., "Le clearing et le netting – Notions fondamentales", *Bank Fin.* 1994, 121-133.

- STEENNOT, R., "Schuldvergelijking" in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, 2003, 19 p.
- STIJNS, S., "Zijn onrechtmatige bedingen nietig?" in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 921-946.
- STIJNS, S., "De sanctionering van wilsgebreken" in *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure, 2006, 131-168.
- STORME, M.E., "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *T.P.R.* 2006, 939-1100.
- STORME, M.E., "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (ed.), *Insolventie en beslagrecht*, Brugge, 2010, 23-58.
- STORME, M.E., "Schuldvergelijking en netting, in en buiten de Wet Financiële Zekerheden" in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 207-241.
- STUYCK, J., "De handelspraktijkenwet na de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en financiële producten" in *Van alle markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 813-831.
- TAS, R., "Recente tendensen in de rechtspraak m.b.t. de rekening-courant", *T.R.V.* 1995, 131-148.
- TAS, R., "Vennotenrekening, rekening-courant en compensatie", (noot onder Gent 9 november 1994), *T.R.V.* 1995, 326-330.
- TROCH, K., "Bankdeposito's en bankrekeningen in beweging: twee praktische case-studies: conventionele compensatie en filtrageovereenkomsten" in B. TILLEMANN en B. DU LAING (ed.), *Bankcontracten*, Brugge, Die Keure, 2003, 201-266.
- VAN HOE, A., "Wet van 26 september 2011 tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft", *T.B.H.* 2012, 102-103.
- WESSELS, B., "uitgangspunten bij verrekening" in B. WESSELS (ed.), *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 1996, 1-22.

Overzicht van rechtspraak

- DIRIX, E., "Overzicht van rechtspraak zekerheden (1998-2003)", *T.P.R.* 2004, 1163-1311.

Auteursrechtelijke overeenkomst

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

Overeenkomsten van schuldvergelijking of netting

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

Jaar: **2013**

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

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

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

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

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

Voor akkoord,

Freson, Isabel

Datum: **15/05/2013**