

gingsvergoeding in al zijn facetten, Wolters, 2016, p. 72, nr. 95).

De voorschriften van de artikelen 2, 30, 34, 35, 36, 37 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werden nageleefd.

Om deze redenen

De rechtbank

Rechtdoende op tegenspraak:

Verklaart de vordering van mr. V.H. *q.q.* ontvankelijk doch ongegrond;

Wijst haar er dienvolgens van af;

Verleent akte aan de tegenvordering van NV KBC Bank;

Verklaart de tegenvordering ontvankelijk doch ongegrond;

Wijst haar er dienvolgens van af;

Legt de kosten van het geding ten laste van mr. V.H. *q.q.*, begroot in hoofde van NV KBC Bank op:

– minimum rechtsplegingsvergoeding: 1.200 EUR.

De voorlopige tenuitvoerlegging van dit vonnis volgt uit artikel 1397 Ger.W.

(...)

Noot

Contractuele schuldvergelijking (tijdens de verdachte periode): een krachtige zekerheid

Kasper Theunissen¹

De regels uit de wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden (hierna: “WFZ”) versterken de zekerheidswaarde van contractuele schuldvergelijking aanzienlijk. Het geannoteerde vonnis vormt hier een mooie illus-

tratie van. Meer bepaald illustreert het hoe artikel 16, § 3 WFZ de artikelen 17, 2° en 18 vanuit de faillissementswet van 8 augustus 1997 (hierna: “Faill.W.”) buiten werking stelt.

KORTE SCHETS VAN FEITEN EN ARGUMENTEN PROCESPARTIJEN

Aanleiding voor het bovenstaande vonnis waren betwistingen tussen de curator van een gefailleerde vennootschap enerzijds en een bank die een som geld aan deze vennootschap had uitgeleend anderzijds. De vennootschap had enkele maanden voor haar faillissement, tijdens de verdachte periode, de volledige openstaande lening vervroegd afgelost. De vennootschap kon deze lening aflossen omdat ze enkele weken daarvoor, ook tijdens de verdachte periode, een grote som geld van de stad Mechelen had ontvangen. De vennoot-

schap ontving het geld op de zichtrekening die zij aanhield bij de bank in kwestie. De stad Mechelen betaalde deze som in uitvoering van een dading met de vennootschap na een twist omtrent de al dan niet (on)rechtmatige beëindiging van een concessie die de vennootschap uitbaatte. Nadat de vennootschap deze dadingssom ontving, ging zij over tot de hierboven vermelde aflossing door middel van overschrijving naar de bank².



Na faillissement betwist de curator dat voormelde som aan de boedel en samenloop wordt onttrokken. Zij stelt de bank in gebreke de ontvangen som terug te betalen. Naar haar mening betaalde de vennootschap een niet-vervallen schuld

terug. Het krediet was immers nog niet opgezegd en nog niet opeisbaar. Vanwege artikel 17, 2° Faill.W. is deze betaling dan niet tegenwerpelijk aan de boedel.

¹ Aspirant-onderzoeker Universiteit Antwerpen.

² Bankoverschrijving van de vennootschap naar de bank met vermelding “*volledige vervroegde terugbetaling (...) investeringskrediet*”.

De bank daarentegen beroept zich op het beding van eenheid van rekening en het compensatiebeding opgenomen in de algemene bankvoorwaarden om contractuele schuldvergelijking in te roepen³. Zij meent dat artikel 17, 2° Faill.W. niet van toepassing is aangezien artikel 16, § 3 WFZ de toepas-

sing van het artikel uitsluit. Volgens haar gaat het niet over de betaling van een niet-vervallen schuld. Het krediet werd opeisbaar gezien de beëindiging in onderling overleg. Het gaat bijgevolg om een toepassing van contractuele schuldvergelijking onder de WFZ.

CONTRACTUELE SCHULDVERGELIJKING

De compensatieclausule en het beding van eenheid van rekening zijn klassieke vormen van contractuele schuldvergelijking⁴. De partijen spreken af hun onderlinge vorderingen tegenover elkaar teniet te laten gaan door schuldvergelijking, normaal in gevallen waar één of meer van de voorwaarden voor wettelijke schuldvergelijking (nog) niet in vervulling zijn gegaan⁵. *In casu* zou men, zonder de contractuele schuldvergelijking, vastlopen op de voorwaarde van opeisbaarheid. De vordering tot terugbetaling van het investeringskrediet was nog niet opeisbaar op het moment van faillissement en wettelijke schuldvergelijking na faillissement is in de regel nog steeds verboden.

Relevant voor bovenstaand vonnis is de zekerheidsfunctie van contractuele schuldvergelijking⁶. Toegepast op de concrete casus betekent dit dat de bank zichzelf “betaalt” door verrekening van hetgeen de bank aan de schuldeiser verschuldigd is (*i.c.* het saldo dat de vennootschap had staan op de rekening-courant bij de bank) met hetgeen de schuldeiser aan hem verschuldigd (*i.c.* het openstaand investeringskrediet)⁷. Hierdoor is slechts de restantschuld nog onderworpen aan de samenloop⁸. In het geannoteerde vonnis was er geen restantschuld.

WET FINANCIËLE ZEKERHEDEN EN “NETTING”

De zekerheidsfunctie van contractuele schuldvergelijking werd versterkt en uitgebreid door de invoering van de WFZ. Deze wet is van toepassing op *nettingovereenkomsten*. Dit zijn “de overeenkomsten tot schuldvernieuwing of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking”⁹. Overeenkomsten tot contractuele schuldvergelijking zijn dus nettingovereenkomsten¹⁰. Het lijkt geen twijfel dat er *in casu* een nettingovereenkomst bestond.

De WFZ stelt twee voorwaarden voor de tegenwerpelijkheid van contractuele schuldvergelijking na samenloop¹¹. Enerzijds schrijft artikel 14 WFZ voor dat de schuldvorderingen en schulden die het voorwerp zijn van de schuldvergelijking moeten bestaan op het ogenblik waarop de samenloop intreedt. Anderzijds bepaalt artikel 15 WFZ dat de nettingovereenkomst zelf gesloten moet zijn voor de samenloop.

In casu was het duidelijk dat de nettingovereenkomst reeds bestond voor het ontstaan van samenloop. De vennootschap

3. “Alle rekeningen waarop de verrichtingen van de kredietnemers zijn of worden geboekt in één of meer vestigingen van de bank, vormen ongeacht hun rechtskarakter of de ermee verbonden modaliteiten slechts onderdelen van één ondeelbare rekening-courant (beding van eenheid van rekening), waarvan de credit- en debetsaldi elkaar voortdurend compenseren (compensatieclausule) (...) De bank is steeds – zelfs bij of na samenloop op (een deel van) het vermogen van de kredietnemers of n.a.v. de aanvraag of het openen van welke insolventieprocedure dan ook – gerechtigd om al wat zij van de kredietnemers te vorderen heeft of zal hebben in het kader van hun zakenrelatie te compenseren met de genoemde tegoeden (...)”. Zulke bedingen vindt men terug in nagenoeg alle algemene bankvoorwaarden.

4. R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 104; V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking. Over de groei (pijnen) van een verbintenisrechtelijk zekerheidsmechanisme” in X, *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 251-253; R. HOUBEN, m.m.v. A.S. VAN KEMMELBEKE en D. VAN WAES, “Compensatieclausules” in G. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke contractclausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1143) 1155. Zie ook A. ZENNER en I. PEETERS, “Faillite et compensation: une révolution copernicienne”, *JT* 2005, 333-336.

5. R. HOUBEN, m.m.v. A.S. VAN KEMMELBEKE en D. VAN WAES, “Compensatieclausules” in G. BALLON e.a. (eds.), *Gemeenrechtelijke contractclausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1143) 1155.

6. Voor de andere functie van (contractuele) schuldvergelijking, de betalingsfunctie, zie o.a.: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 27-28.

7. Zie hierover: M. STORME, “Schuldvergelijking en netting, in en buiten de wet financiële zekerheden” in X, *CBR Jaarboek 2010-2011*, (207) 209.

8. R. HOUBEN, m.m.v. A.S. VAN KEMMELBEKE en D. VAN WAES, “Compensatieclausules” in G. BALLON e.a. (eds.), *Gemeenrechtelijke contractclausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1143) 1155.

9. Art. 4, § 2 en 3, 4° WFZ.

10. I. PEETERS, “De wet financiële zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid”, *Bank Fin.R.* 2005, (164) 166; A. ZENNER en I. PEETERS, “Faillite et compensation: une révolution copernicienne”, *JT* 2005, (333) 334; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2004-05, (1521) 1541; D. DEMAREZ, “De wet financiële zekerheden”, *TPR* 2006, (1101) 1137; M. STORME, “Schuldvergelijking en netting, in en buiten de wet financiële zekerheden” in X, *CBR Jaarboek 2010-2011*, (207) 221; R. HOUBEN, m.m.v. A.S. VAN KEMMELBEKE en D. VAN WAES, “Compensatieclausules” in G. BALLON e.a. (eds.), *Gemeenrechtelijke contractclausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1143) 1157.

11. Zie hierover: R. HOUBEN, “Netting” in *Comm.Voorr.* 2009, 42-50.

had immers de algemene bankvoorwaarden reeds jaren terug ondertekend. Wel was er enige betwisting omtrent de eerste voorwaarde. De curator meende immers dat de vordering van de bank niet bestond ten tijde van de samenloop. De vordering van de bank, namelijk de vordering tot terugbetaling van het openstaande krediet, is een vordering op termijn. De rechtsleer is het er over eens dat zo'n vordering een

“bestaande” vordering uitmaakt¹². Het relevante criterium inzake het bestaan van een vordering is immers het ontstaan van de rechtsverhouding waaruit de vordering voortspuit en niet de opeisbaarheid van de vordering¹³. Zonder al te veel discussie aanvaardde de rechtbank dus de toepasselijkheid van de WFZ.

ANALYSE EN BESLUIT

De bankoverschrijving kan worden gezien als een afstand van het voorrecht van termijn. Door die afstand werd het investeringskrediet opeisbaar en kon de schuldvergelijking intreden. De partijen brachten aldus de voorwaarden voor schuldvergelijking in vervulling tijdens de verdachte periode.

De rechter ziet hier evenwel terecht geen probleem in. Artikel 16, § 3 WFZ is immers duidelijk. Artikel 17, 2° Faill.W. is niet van toepassing op de nettingovereenkomsten noch op de betalingen, transacties en handelingen die worden verricht ter uitvoering van die nettingovereenkomst¹⁴. De WFZ beschermt aldus niet alleen de nettingovereenkomst zelf, maar ook de betalingen, transacties en handelingen die worden verricht in uitvoering van die overeenkomst¹⁵. De bankoverschrijving waarmee de gefailleerde vennootschap afstand deed van het voorrecht van termijn moet gekwalificeerd worden als een handeling die wordt verricht in uitvoering van de nettingovereenkomst. Bijgevolg speelt de bescherming van artikel 16, § 3 WFZ ten volle en wordt artikel 17, 2° Faill.W. buiten werking gesteld.

Indien men overigens de andere redenering zou volgen – nl. het in vervulling brengen van de voorwaarden voor schuldvergelijking tijdens de verdachte periode kan niet – moet men hoe dan ook onderkennen dat het rekeningtegoed uiteindelijk aan de bank had toegekomen. Op het moment van

faillissement zou het investeringskrediet immers opeisbaar geworden zijn vanwege artikel 22 Faill.W. en zou de schuldvergelijking dan zijn ingetreden. In de tussentijd had de vennootschap echter nog vrij over de gelden kunnen beschikken. Gezien de beperkte tijd tussen het moment van “betaling” en het faillissement lijkt dit op het eerste gezicht een pyrrusoverwinning. Toch had men op die paar maanden tijd eventueel nog andere schuldeisers kunnen betalen met de gelden.

Dit vonnis is een goede illustratie van de sterke zekerheidswaarde van netting op grond van de WFZ¹⁶, waarvan nettingclausules in algemene bankvoorwaarden een voorbeeld zijn. De WFZ rijkt zelfs zo ver dat deze wet het in vervulling brengen van de voorwaarden voor contractuele schuldvergelijking tijdens de verdachte periode beschermt. De meerwaarde van het geannoteerde vonnis is de illustratie daarvan. De sterke zekerheidswaarde van netting blijkt overigens ook uit andere voorbeelden, die in dit vonnis niet als dusdanig aan bod kwamen, zoals (niet exhaustief):

- netting op basis van de WFZ heeft – in tegenstelling tot de close-out-netting van de richtlijn financiële zekerheden¹⁷ – een nagenoeg onbeperkte toepassingsgebied naar de persoon: elke schuldeiser kan genieten van de bescherming van netting¹⁸, behoudens natuurlijke per-

¹² C. BODDAERT, “Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de wet financiële zekerheden”, *Bank Fin.R.* 2010, (240) 246; M. STORME, “Schuldvergelijking en netting, in en buiten de wet financiële zekerheden” in X, *CBR Jaarboek 2010-2011*, (207) 226.

¹³ C. BODDAERT, “Nettingovereenkomsten, documentair krediet (import) en de exceptie van schuldvergelijking in de wet financiële zekerheden”, *Bank Fin.R.* 2010, (240) 249; M. GREGOIRE en V. DE FRANCOUEN, “La loi sur les sûretés financières et la compensation” in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, Luik, Anthemis, 2008, (8) 9.

¹⁴ Art. 16, § 3 WFZ.

¹⁵ V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2004-05, (1521) 1543; D. DEMAREZ, “De wet financiële zekerheden”, *TPR* 2006, (1101) 1141; A. ZENNER en I. PEETERS, “Faillite et compensation: une révolution copernicienne”, *JT* 2005, (333) 336.

¹⁶ Zie recent nog over de zekerheidswaarde van contractuele schuldvergelijking specifiek in het raam van de eigenvermogensvereisten voor banken: A. CHAMBEROD, “Les conventions de compensation dans le cadre du règlement (UE) n° 575/2013 (CRR)”, *TBH* 2017, 830-845.

¹⁷ Richtlijn nr. 2002/47, 6 juni 2002, betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten, *Pb.L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43.

¹⁸ Wetsontwerp betreffende de financiële zekerheden, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 13; Wetsontwerp betreffende de financiële zekerheden, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 34. W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 637-638; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 385, nr. 557; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 138, nr. 187; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2004-05, (1521) 1541, nr. 70; C. POULLET, “Les garanties financières: une efficacité renforcée au détriment des droits des autres créanciers?”, *RPS* 2005, (245) 288, nr. 38; B. DE CONINCK, “Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes”, *RCJB* 2007, 608, nr. 33; M. DE THELJE, “Compensatie algemeen” in *Comm.Voorr.* 2005, 9, nr. 15; R. HOUBEN, “Contractuele compensatie na samenloop – De nieuwe regeling nader beschouwd”, *RW* 2005-06, (1161) 1165, nr. 7; M. TISON, “Kredieten en zekerheden in insolventieperspectief” in X., *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 265, nr. 67; *contra*: C. BIQUET-MATHIEU, “De quelques considérations en matière de sûretés”, *Rev.dr.ULg* 2006, (27) 38-40, nr. 12; C. BIQUET-MATHIEU en F. GEORGES, “Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés” in X. (ed.), *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Brussel, Bruylant, 2007, (61) 103-105, nr. 37.

- sonen die geen handelaar zijn¹⁹;
- het is niet vereist dat de netting verbonden is aan of deel uitmaakt van een zakelijke zekerheidsovereenkomst met betrekking tot financiële instrumenten of contanten om te kunnen compenseren²⁰;
 - nettingovereenkomsten kunnen worden gesloten tot op het tijdstip van de opening van een insolventieprocedure, wat betekent dat de nul-uurregel bij faillissement (art. 16 Faill.W.) voor deze overeenkomsten wordt opgeheven; nettingovereenkomsten kunnen zelfs na samenloop worden gesloten als de partij die niet aan de samenloop onderworpen wordt kan aantonen dat hij op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst in de gewettigde onwetendheid verkeerde over de samenloop (art. 15, § 1 WFZ); en
 - samenhang tussen de te verrekenen vorderingen is géén vereiste voor de netting na samenloop²¹. Voor de contractuele schuldvergelijking na samenloop betekent dit een fundamenteel verschil met de vroegere regeling, waarin samenhang dan wel vereist was.

¹⁹ GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NJW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *TBH* 2009, 496, noot R. HOUBEN, *JT* 2009, 44, noot M. GREGOIRE, *JLMB* 2009, 816, noot F. GEORGES; en later de wetwijziging waardoor deze rechtspraak in de WFZ werd geïntegreerd: art. 14, § 2 en 15, § 3 WFZ.

²⁰ A. ZENNER en I. PEETERS, "Faillite et compensation: une révolution copernicienne", *JT* 2005, (333) 334; D. DEMAREZ, "De wet financiële zekerheden", *TPR* 2006, (1101) 1138, nr. 52.

²¹ Men zou ook kunnen stellen dat de samenhang tussen de vorderingen die het voorwerp uitmaken van een nettingovereenkomst *iuris et de iure* wordt vermoed (M. GREGOIRE en V. DE FRANCOUEN, "La loi sur les sûretés financières et la compensation" in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, Luik, Anthemis, 2008, (7) 14, nr. 17). Die benadering leidt niet tot een praktisch verschil.