

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2000-07

June 2000

*De interbancaire afwikkeling van
betalingen*

Reinhard STEENNOT

*The **Financial Law Institute** is a department within the Law School of Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.*

*The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research results of different researchers within the Financial Law Institute to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.*

*For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:*

<http://www.law.rug.ac.be/fli>

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2000

De interbancaire afwikkeling van betalingen

Reinhard STEENNOT

Abstract

This paper analyzes the legal problems concerning the settlement of interbank payments. After a description of the various mechanisms which at present are available to settle payments between financial institutions, the article focuses on the applicable law and on the liability of the intermediaries in case of default in the execution of the payment order. Furthermore, we analyze the issues surrounding the bankruptcy of a financial institution during the settlement of the payment order. The last chapter of the paper includes an analysis of the Belgian law of 28th april 1999, which implements the European directive on settlement finality in payment and securities settlement systems.

Comments to the Author:

Reinhard.Steennot@rug.ac.be

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2000

De interbancaire afwikkeling van betalingen

Reinhard STEENNOT
Aspirant FWO-Vlaanderen
Instituut Financieel Recht, U. Gent

Inhoudsopgave

BEKNOPTTE BIBLIOGRAFIE	2
INLEIDING	3
AFDELING I: DE UITWISSELING VAN INFORMATIE	3
AFDELING II: BESCHRIJVING VAN DE INTERBANCAIRE AFWIKKELINGSMECHANISMEN	5
§ 1 <i>Het optreden van corresponderende banken</i>	5
§ 2 <i>De tussenkomst van een betalingssysteem</i>	6
A. Netting versus gross settlement.....	6
B. Netting binnen het UCV	8
C. Real time gross settlement binnen ELLIPS.....	9
D. De rol van TARGET	10
AFDELING III DE TOEPASSELIJKE WET	10
AFDELING IV DE FOUTIEVE UITVOERING.....	13
§ 1 <i>De wet grensoverschrijdende geldoverschrijvingen</i>	13
A. De omschrijving van het toepassingsgebied	13
B. De uitvoeringstermijn.....	13
C. De terugbetalingsverplichting bij niet-afwikkeling	14
D. Overmacht	16
§ 2 <i>De toepassing van het gemeen recht</i>	16
AFDELING V HET FAILLISSEMENT VAN EEN DEELNEMER AAN EEN BETALINGSSYSTEEM.....	17
§ 1 <i>Een overzicht van de financiële risico's</i>	17
A. Het kredietrisico	17
B. Het liquiditeitsrisico	18
C. Het settlementrisico	19
D. Het systeemrisico	19
§ 2 <i>Een overzicht van de juridische risico's</i>	19
A. Het faillissement en de schuldvergelijking.....	19
B. De retroactieve werking van het faillissementsvonnis	20
C. Het niet definitief zijn van overboekingsopdrachten	20
D. De gevolgen van het faillissement voor de gestelde zekerheden	20
E. Het faillissement en het internationaal privaatrecht.....	21
§ 3 <i>De beheersing van de juridische risico's</i>	21
A. Het toepassingsgebied van de wet van 28 april 1999	22
B. Tegenstelbaarheid van netting.....	23
C. De afschaffing van de 0-uur regel.....	25
D. Definitief karakter van overboekingsopdrachten.....	26
E. Geldigheid en tegenstelbaarheid van de gestelde zekerheden.....	27
F. Toepasselijke wet.....	27
§ 4 <i>De noodzaak ook de financiële risico's te beheersen</i>	30
AFDELING VI HET FAILLISSEMENT VAN EEN INSTELLING DIE GEEN DEELNEMER IS	32
§ 1 <i>Artikel 157 van de wet van 22 maart 1993</i>	33
A. De afschaffing van de 0 uur regel	33
B. De tegenwerpelijkheid van nettingovereenkomsten	33
§ 2 <i>De toepassing van de wet grensoverschrijdende overschrijvingen?</i>	33
AFDELING VII: DE HERROEPING	35
BESLUIT	35

Beknopte bibliografie

- BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries*, Basel, 1990, 56 p.
- BLOCH, P., “La Directive 98/26/CEE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres”, in J.P. MATTOUT en H. DE VAUPLANE (ed.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF - France II*, Parijs, Banque, 1999, 49-81.
- DASSESSE, M., “Les quiproquos du netting”, *Rev. Dr. Banc.* 1995, 107-113.
- DEVOS, D., “Le netting en droit belge”, *Bank Fin.* 1994, 162-173.
- DEVOS, D., “Les effets externes des conventions en matière financière”, in *Le contrat et les tiers, les effets externes et la tierce complicité*, Brussel, 1995, 185-227.
- DEVOS, D., “La protection juridique des systèmes de paiement en cas de défaillance d’un participant”, *Rev. Dr. Banc.* 1997, nr. 59, 11-19.
- DEVOS, D. “Les virements transfrontaliers: analyse de la directive européenne 97/5 du 27 janvier 1997”, *Bank Fin.* 1998, 43-54.
- DEVOS, D., “La Directive Européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif de Règlement dans les Systèmes de Paiement et de Règlement des Opérations sur Titres”, *Euredia* 1999, 149-185.
- FAVRE-BULLE, X., *Les Paiements Transfrontières dans un Espace Financier Européen*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 575 p.
- GÖBEL, K., “Überblick zum erweiterten Pflichtenkreis der Kreditinstitute aufgrund der EU-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen”, *W.M.* 1997, 1832-1836.
- HOLLANDERS, M., “The Use and Exchange of Payment Instructions”, *Bank Fin.* 1995, 562-573.
- MALAGUTI, M.C., *The Payment Systems in the European Union*, Londen, Sweet & Maxwell, 1997, 388 p.
- SCHIMANSKY, H.; BUNTE, H.J. en LWOWSKI, H.J., *Bankrechts-Handbuch*, I, München, C.H. Beck, 1997, 865-940.
- SHEPPARD, D., *Payment Systems*, in *Handbooks in Central Banking*, Londen, Bank of England, 1996, 53 p.
- TELLIER, P., “Het uitwisselings- en verrekeningscentrum: een cruciale functie, een miskende rol”, *Bank Fin.* 2000, 6-10.
- THUNIS, X., *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namen, Presses universitaires de Namur, 1996, 362 p.
- VAES, A., “ELLIPS, Het Belgische bruto-vereffeningsstelsel voor betalingen met grote bedragen”, *Bank Fin.* 1997, 48-55.
- VEREecken, M., “Reducing Systemic Risk in Payment and Securities Settlement Systems”, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 1998, 107-134.

Inleiding

1. Wanneer de opdrachtgever en de begunstigde van een betaalopdracht een rekening bezitten bij eenzelfde financiële instelling kan de afwikkeling van de transactie plaatsgrijpen binnen de boeken van deze financiële instelling, die de rekening van de opdrachtgever zal debiteren en de rekening van de begunstigde zal crediteren. Indien de opdrachtgever en de begunstigde hun rekening daarentegen voeren bij een verschillende financiële instelling dient een beroep gedaan te worden op interbancaire afwikkelingsmechanismen^{1, 2}.

2. Twee systemen, die elkaar overigens niet uitsluiten, zijn denkbaar. Ofwel geschiedt de afwikkeling van de betaling middels het optreden van één of meer corresponderende banken, ofwel komt een centraal betalingssysteem tussenbeide³. De interbancaire afwikkeling van betalingen vereist in de eerste plaats de uitwisseling van de informatie, die noodzakelijk is voor de uitvoering van de betaalopdracht.

Afdeling I: De uitwisseling van informatie

3. De uitwisseling van informatie geschiedt in de overgrote meerderheid van de gevallen op elektronische wijze⁴. Niet het betaalinstrument zelf, maar wel de gegevens, die noodzakelijk zijn voor de verwerking van de betaalopdracht, worden door de financiële instellingen overgemaakt aan het afwikkelingsmechanisme. Geschreven betaalopdrachten, zoals cheques en niet-elektronisch geïnitieerde overschrijvingen worden ingehouden bij de financiële instelling waar ze werden aangeboden (*truncation*)⁵.

4. De transmissie van de gegevens kan plaatsvinden middels de afgifte van magnetische banden bij de Nationale Bank van België, doch geschiedt in de overgrote meerderheid van de gevallen door middel van het doorseinen van de gegevens van de betaalopdracht via gehuurde lijnen (*teleprocessing*)⁶. In betalingssystemen waarin de betaalopdrachten op een later tijdstip worden verwerkt, geschiedt de transmissie veelal in loten of *batches*. Een lot is daarbij een verzameling betaalopdrachten van een bepaald genre (vb. cheques, overschrijvingen, ...)⁷.

5. De interbancaire verwerking van overschrijvingen en cheques veronderstelt dat ofwel de financiële instelling van de opdrachtgever ofwel de financiële instelling van de begunstigde het initiatief heeft genomen om de gegevens van de betaalopdracht te verwerken en over te maken aan het afwikkelingsmechanisme. Dit is niet het geval bij de verwerking van betaalopdrachten, die worden geïnitieerd met een debetkaart. Het is immers de N.V. Banksys die bij een betaling met een debetkaart de gegevens van de transactie aan het UCV (Uitwisselingscentrum

¹ M. HOLLANDERS, "The Use and Exchange of Payment Instructions", *Bank Fin.* 1995, 569.

² In 1998 werden 5 miljoen girale betalingen voor een bedrag van 1.796 miljard Belgische frank uitgevoerd. Daarvan werden 3,7 miljoen betalingen interbancair verwerkt. Deze betalingen vertegenwoordigden een bedrag van 1.606 miljard frank.

³ L. FLAEMS en V. HERMANS, "Moyens de paiement et correspondent banking dans le nouvel espace financier européen", *Bank Fin.* 1992, 484-489; M.C. MALAGUTI, *The Payment Systems in the European Union*, Londen, Sweet & Maxwell, 1997, 42-44; H. SCHIMANSKY; H.J. BUNTE en H.J. LWOWSKI, *Bankrechts-Handbuch*, München, C.H. Beck, 1997, 823-824.

⁴ De verwerking van betaalopdrachten geschiedt alleen nog manueel binnen de Belgische Verrekenkamer, een door de Nationale Bank van België beheerde contractuele vereniging. Enkel niet-genormaliseerde cheques, cheques die een bedrag van 10.000 euro overschrijden en postassignaties worden nog verwerkt binnen de Verrekenkamer.

⁵ X. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Namen, Presses universitaires de Namur, 1996, 133; A. VAES, "ELLIPS, Het Belgische bruto-vereffeningsstelsel voor betalingen met grote bedragen", *Bank Fin.* 1997, 50.

⁶ P. TELLIER, "Het uitwisselings- en verrekeningscentrum: een cruciale functie, een miskende rol", *Bank Fin.* 2000, 7.

⁷ X. THUNIS, *o.c.*, 129.

en Verrekening) overmaakt. Het doorseinen van de gegevens van de terminal van de handelaar naar Banksys en van Banksys naar het UCV geschiedt door gebruik te maken van telefoonlijnen. Ook betalingen met een kredietkaart en een protonkaart⁸ worden verwerkt via het UCV. Wat betreft de betalingen met een kredietkaart wordt de transmissie verzorgd door Banksys⁹. Tussen Banksys en Bank Card Company bestaat ter zake een samenwerkingsakkoord.

6. De uitwisseling van informatie kan tenslotte plaatsgrijpen middels S.W.I.F.T. (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication). Nationaal wordt S.W.I.F.T. enkel gebruikt voor de verzending van berichten naar en door ELLIPS (Electronic Large Value Interbank Payment System)¹⁰. Op het internationale forum geschiedt de uitwisseling van informatie betreffende betaalopdrachten tussen corresponderende banken, alsook tussen de verschillende nationale bruto - betalingsafwikkelingsmechanismen die door TARGET (Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System) met elkaar worden verbonden (infra nr. 23), middels S.W.I.F.T. De werking van het systeem wordt gekenmerkt door het gebruik van uniforme en gestandaardiseerde berichten. Berichten die niet voldoen aan de S.W.I.F.T.- norm worden door het systeem verworpen. De normalisering van het berichtenverkeer heeft geleid tot een verhoogde snelheid en veiligheid¹¹.

7. De wijze waarop de informatie moet worden uitgewisseld wordt bepaald door allerhande interbancaire afspraken (vb. het Gebruikersdossier van het UCV, the S.W.I.F.T. User Handbook,...). Deze regelen, die de rechten en de plichten van de financiële instellingen omschrijven, zijn bij ontstentenis van incorporatie in de contractuele relatie tussen een financiële instelling en haar cliënteel, niet verbindend voor de cliënten¹². Het principe van de relativiteit van overeenkomsten verhindert dat derden rechten halen uit of verplichtingen worden opgelegd op grond van overeenkomsten waaraan zij vreemd zijn gebleven (art. 1165 B.W.). Als interbancaire afspraken verbinden zij enkel de financiële instellingen die ermee hebben ingestemd.

8. De vaststelling dat cliënten geen rechten kunnen halen uit de interbancaire afspraken en dat de financiële instellingen aan hun cliënteel geen verplichtingen kunnen opleggen die uitsluitend vervat liggen in deze interbancaire afspraken, verhindert niet dat het bestaan van de overeenkomst, als een feitelijk gegeven, door of tegen derden zou kunnen worden ingeroepen¹³. Zo kunnen de interbancaire afspraken een invulling geven aan de verplichtingen die op een professioneel bankier rusten. Lijdt een individuele klant schade, ingevolge de niet-naleving van de interbancaire afspraken, kan hij zich beroepen op de interbancaire regelen om aan te tonen dat de financiële instelling niet als een zorgvuldig professioneel is opgetreden bij de

⁸ Aangezien betalingen met proton bij een handelaar off-line geschieden, komt de on-line verbinding met Banksys maar tot stand wanneer de begunstigde handelaar beslist zijn terminal te ledigen.

⁹ Banksys staat in voor het beheer van het Bancontact/Mister Cash - netwerk, alsook voor het beheer van proton. Bank Card Company is verantwoordelijk voor het beheer van het netwerk van kredietkaarten. Het beheer veronderstelt in beide gevallen de autorisatie en het verwerken van transacties.

¹⁰ A. VAES, *o.c.*, 53.

¹¹ Zie ook: J. CHAVEZ, "S.W.I.F.T. and EDI. A review of progress to date", in C. DE BUSTO, (ed.), *Funds Transfer in international Banking*, Parijs, I.C.C., 1992, 47-63; J. ETZKORN, *Rechtsfragen des internationalen elektronischen Zahlungsverkehr durch S.W.I.F.T.*, Berlijn, Walter de Gruyter, 1991, 160 p.; S. NEWMAN, "S.W.I.F.T.", in W. EFFROS (ed.), *Payment Systems of the World*, New York, Oceana Publications, 1994, 371-405.

¹² D. DEVOS, "Les effets externes des conventions en matière financière", in *Le contrat et les tiers, les effets externes et la tierce complicité*, Brussel, 1995, 218.

¹³ Cass. 27 mei 1909, *Pas.* 1909, I, 272; Cass. 27 april 1953, *A.C.* 1953, 580; Cass. 29 mei 1974, *Pas.* 1974, I, 998; Cass. 28 februari 1985, *T.B.H.* 1985, 377, noot X.; Cass. 23 oktober 1987, *R.W.* 1987-1988, 949; Cass. 18 mei 1989, *A.C.*, 1988-1989, 1098; Antwerpen 28 april 1986, *Rec.gén.enr.not.* 1988, 201; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, T. I, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 121; P. VAN OMMESLAGHE, "Les obligations. Examen de Jurisprudence (1968-1973)", *R.C.J.B.* 1975, 502-503.

uitvoering van de betaalopdracht¹⁴. In deze benadering verleent de rechter geen uitvoering aan de interbancaire overeenkomst. Hij beperkt zich tot de invulling van de algemene verplichtingen van de bank aan de hand van de gegevens die hij in de interbancaire overeenkomst aantreft.

9. Een andere benadering, die evenmin afbreuk doet aan het principe van de relativiteit van overeenkomsten, bestaat erin aan bedingen uit de interbancaire overeenkomsten een beschermende werking ten aanzien van derden te verlenen¹⁵. Men gaat er daarbij van uit dat overeenkomsten, hoewel zij er niet onmiddellijk toe strekken aan derden rechten toe te kennen in de zin van artikel 1121 B.W., tot doel kunnen hebben de rechtspositie van derden te beschermen. Dergelijke bedingen treft men frequent aan in interbancaire overeenkomsten, aangezien in deze overeenkomsten vaak regelen worden geformuleerd betreffende de behoorlijke organisatie en de veiligheid van afhandeling van interbancaire verrichtingen. Deze, door DIRIX geformuleerde leer, is gebaseerd op de Duitse theorie van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*¹⁶. De figuur heeft in Duitsland een objectieve grondslag, die gevonden moet worden in de goede trouw¹⁷.

Afdeling II: Beschrijving van de interbancaire afwikkelingsmechanismen

§ 1 Het optreden van corresponderende banken

10. In tal van omstandigheden dient een financiële instelling een beroep te doen op een correspondent. Van een optreden van een corresponderende bank kan slechts sprake zijn indien naast de bank van de opdrachtgever en de bank van de begunstigde een derde bank tussenkomt in de afwikkeling van de betaling. De tussenkomst van deze bank kan ertoe strekken de rekeningen die de instelling van de opdrachtgever en de instelling van de begunstigde bij haar aanhouden te debiteren en te crediteren, de betaalopdracht over te maken aan haar correspondent of deel te nemen aan een betalingssysteem op grond van een lastgevings- of een commissieovereenkomst.

11. Het is niet voldoende vast te stellen dat de begunstigde een rekening bezit in een derde land of dat de betaalopdracht is uitgedrukt in een vreemde munt om te besluiten tot de tussenkomst van corresponderende banken. Het is immers mogelijk dat de bank van de opdrachtgever en de bank van de begunstigde een rekening bezitten bij elkaar, in welk geval de betaalopdracht verwerkt kan worden middels de debitering of de creditering van de rekening van de ene financiële instelling door de andere. Daarnaast kan de financiële instelling van de opdrachtgever rechtstreeks of middels een bijkantoor deelnemen aan het interbancaire betalingssysteem in het derde land, waaraan ook de bank van de begunstigde deelneemt.

¹⁴ Antwerpen 26 oktober 1993, *T. Not.* 1994, 79; Bergen 9 oktober 1992, *J.T.* 1993, 162; Brussel 11 september 1995, *Bank Fin.* 1995, 605; E. WYMEERSCH, "Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières", in C.D.V.A. (ed.), *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Brussel, Bruylant, 1985, 53.

¹⁵ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1984, 253 e.v..

¹⁶ Zie over deze figuur: OLG Frankfurt 9 februari 1984, *Betriebsberater* 1984, 807; C.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, Berlijn, Walter De Gruyter, 1988, 255; P. GOTTWALD, "Versprechung der Leistung an einen Dritten", in K. REBMANN en F.J. SÄCKER (ed.), *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 1985, 1024-1040; ; U. HÜFFER, "Die Haftung gegenüber dem ersten Auftraggeber im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr", *Z.H.R.* 1987, 100-101; M.D. SCHODERMEIER, "Les droits de l'émetteur d'un virement international manqué par la faute d'une banque intermédiaire", *Rev. Dr. Banc.* 1994, 104-105. Deze figuur werd in het verleden (voor het Überweisungsgesetz) door verschillende auteurs gebruikt met het oog op de erkenning van een rechtstreekse vordering van de opdrachtgever tegen een tussenkomende financiële instelling.

¹⁷ A. VAN GELDER, "Schutzpflichten zugunsten Dritter im bargeldlosen Zahlungsverkehr?", *W.M.* 1995, 1256.

12. In het bijzonder kan melding gemaakt worden van de rol die corresponderende banken spelen in de verwerking van kleine grensoverschrijdende overschrijvingen¹⁸. Zelfs binnen de Europese Unie vergt de afwikkeling van de overgrote meerderheid van de grensoverschrijdende overschrijvingen de tussenkomst van een corresponderende bank. De tussenkomst van corresponderende banken ligt aan de oorzaak van de hoge kostprijs van grensoverschrijdende overschrijvingen en van het gebrek aan snelheid waarmee zij worden verwerkt¹⁹.

13. De Europese Unie heeft een richtlijn²⁰ uitgevaardigd, die intussen in het interne recht van de Lidstaten werd omgezet²¹ (infra nr. 35 e.v.), en die tot doel heeft de transparantie bij en de snelheid van grensoverschrijdende overschrijvingen te verhogen en de kostprijs ervan te verlagen. Wil men evenwel bekomen dat de verwerking van kleine grensoverschrijdende overschrijvingen binnen de Europese Unie met eenzelfde snelheid, betrouwbaarheid en tegen een zelfde kostprijs zou plaatsvinden als dat geschiedt voor overschrijvingen op het nationale vlak, dient op Europees niveau voorzien te worden in een verbinding tussen de nationale betalingsafwikkelingssystemen of in een nieuw grensoverschrijdend verrekeningssysteem waaraan de banken van de Europese Unie kunnen deelnemen²². Dit laatste doel wordt nagestreefd door de *Euro Banking Association* (EBA), die middels EURO 1 een interbancair platform wil creëren voor de afwikkeling van grensoverschrijdende overschrijvingen betreffende kleine bedragen in euro.

§ 2 De tussenkomst van een betalingssysteem

14. In heel wat gevallen vergt de afwikkeling van een betaling de tussenkomst van een betalingsafwikkelingssysteem. Zo worden nationale interbancaire betalingen afgewikkeld middels de tussenkomst van een centraal betalingssysteem.

A. Netting versus gross settlement

15. Men dient een onderscheid te maken tussen de betalingssystemen waarbinnen betaaloopdrachten onmiddellijk en individueel worden uitgevoerd (*real time gross settlement*) en betalingssystemen waarbinnen de uitvoering plaatsvindt op een later tijdstip en waarbinnen de uitstaande vorderingen van de participanten met elkaar verrekend worden (*deferred net settlement*).

16. In geval van netting zijn de deelnemers enkel het resterende saldo verschuldigd. Netting kan zowel plaatsgrijpen tussen twee participanten (bilaterale netting) als op multilaterale basis (multilaterale netting) en kan al dan niet gepaard gaan met novatie²³. In de regel veronderstelt een netto-betaalsysteem een uitgestelde vereffening. Nochtans moet de vereffening in netto-betaalsystemen niet noodzakelijk plaatsgrijpen op een vooraf bepaald tijdstip. Zo is binnen

¹⁸ Het probleem stelt zich niet voor transacties die in het buitenland geïnitieerd worden met een debetkaart. De verwerking geschiedt geheel elektronisch via Europay, dat in verbinding staat met de nationale instellingen, die verantwoordelijk zijn voor de verwerking van transacties, die met een debetkaart worden geïnitieerd (voor België: Banksys).

¹⁹ W. HARTMANN, "Recent Developments in International Payment Systems", *Bank Fin.* 2000, 34-36.

²⁰ Richtlijn 97/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 1997 betreffende de grensoverschrijdende overschrijvingen, *P.B.L.* 1997, afl. 43/25. Zie over deze richtlijn: D. DEVOS, "Les virements transfrontaliers: analyse de la directive européenne 97/5 du 27 janvier 1997", *Bank Fin.* 1998, 43-54; K. GÖBEL "Überblick zum erweiterten Pflichtenkreis der Kreditinstitute aufgrund der EU-Richtlinie über grenzüberschreitende Überweisungen", *W.M.* 1997, 1832-1836.

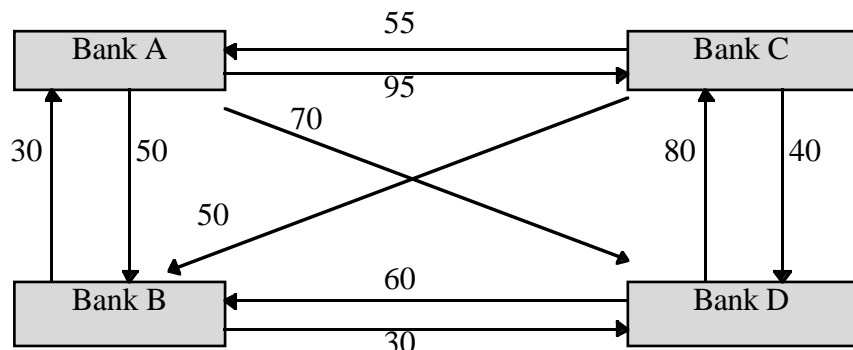
²¹ In België middels de wet van 9 januari 2000 betreffende de grensoverschrijdende geldoverschrijvingen, *B.S.* 9 februari 2000, 3911 (hierna WGO).

²² Zie ook: EUROPESE COMMISSIE, *Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: Retailbetalingen in de interne markt*, Brussel, 31 januari 2000, COM(2000) 36.

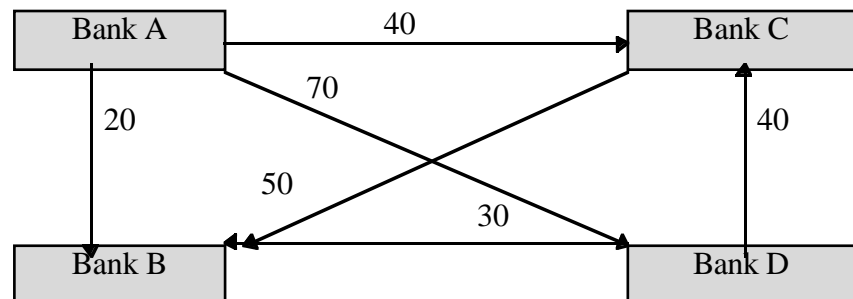
²³ Het betreft het onderscheid tussen *position netting* en *netting by novation*.

EURO 1 voorzien dat iedere deelnemer ten alle tijde kan vragen dat de andere deelnemers hun positie, die ze tegenover hem innemen, zouden voldoen. In normale omstandigheden zal de vereffening ook binnen EURO 1 evenwel op een vooraf bepaald tijdstip geschieden.

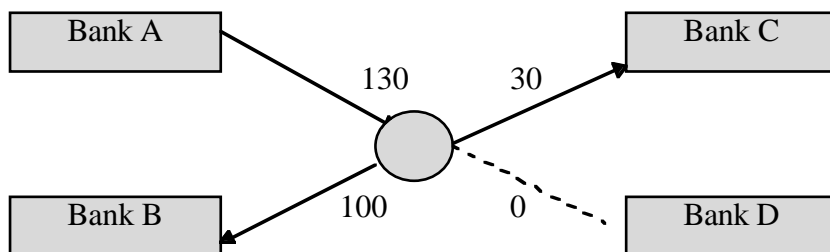
17. De *netting* mag niet verward worden met de *clearing*. De *clearing* bestaat erin de verschillende transacties tussen de aangesloten instellingen af te wikkelen en te vereffenen. Wanneer de tussenkomst er bovendien in bestaat de uitstaande vorderingen van de verschillende participanten te compenseren, zodat alleen nog het uitstaande saldo moet betaald worden, spreekt men over *netting*. *Clearing* veronderstelt derhalve niet noodzakelijk *netting*, doch kan tevens gepaard gaan met *real time gross settlement* of *delivery versus payment*. De *settlement* is de laatste handeling die deel uitmaakt van de *clearing*, die dus niet alleen de *settlement* omvat, doch tevens de uitwisseling van de informatie, die noodzakelijk is om tot de vereffening over te gaan²⁴.



Figuur 1: real time gross settlement



Figuur 2: bilaterale netting

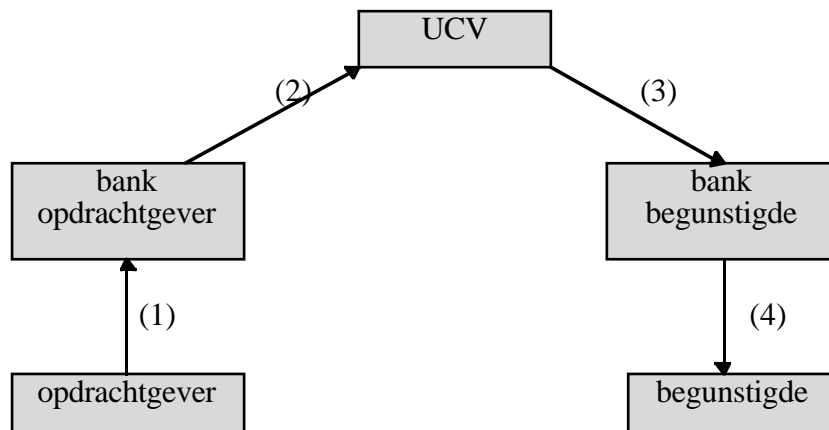


Figuur 3: multilaterale netting

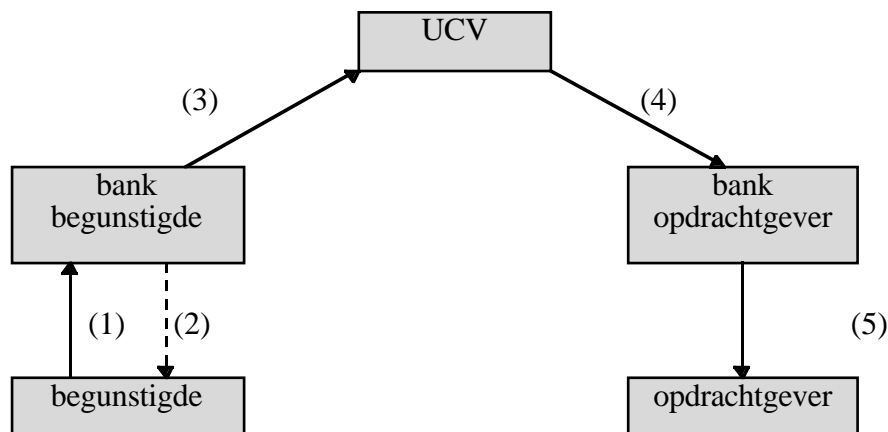
²⁴ V. SIMONART, “Le clearing et le netting - Notions fondamentales”, *Bank Fin.* 1994, 121; M. TAEYMANS, “Over clearinginstellingen”, in *De samenleving tussen ondernemingen*, Brussel, Bruylant, 1993, 291-292.

B. Netting binnen het UCV

18. Het UCV werd opgericht in 1974 en wordt beheerd door de Nationale Bank van België. Het is een *Automated Clearing House*, gespecialiseerd in de afwikkeling van detail-betalingen. Het telt 46 directe deelnemers en 58 indirecte deelnemers. Meer dan 99% van de betalingen worden middels het UCV verwerkt. Het betreft overschrijvingen die een bedrag van 500.000 euro niet overschrijden, betalingen verricht met debetkaarten, kredietkaarten en protonkaarten, domiciliëringen en cheques met een tegenwaarde van maximaal 10.000 euro²⁵. Hoewel het UCV meer dan 99% van de betalingen verwerkt, vertegenwoordigen deze transacties slechts 5% van het totale bedrag van de in België interbancair verwerkte betaalopdrachten.



Figuur 4: afwikkeling van een overschrijving via het UCV

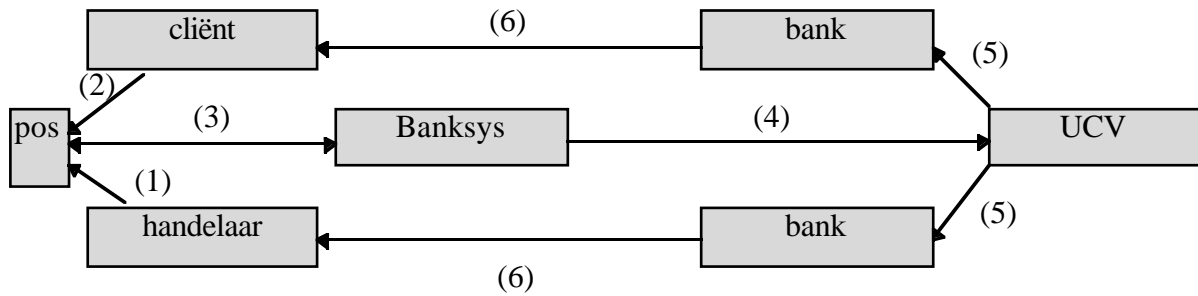


Figuur 5: afwikkeling van een betaling met een cheque via het UCV²⁶

²⁵ Zoals reeds vermeld, worden cheques die een bedrag van 10.000 euro overschrijden en postassignaties manueel verwerkt in de Verrekenkamer. Gelet op de marginale betekenis van deze instelling, die slechts verantwoordelijk is voor de verwerking van minder dan 1% van het totaal aantal transacties (met een tegenwaarde van 1% van het totaal te verwerken bedrag), kan worden volstaan met de opmerking dat de vereffening binnen de Verrekenkamer de multilaterale netting van de schulden en de schuldvorderingen veronderstelt.

²⁶ De tweede stap (2) vertegenwoordigt niet het traject dat de elektronische gegevens afleggen, maar wel de creditering van de rekening van de begunstigde die onder voorbehoud plaatsvindt. Men spreekt ter zake over het rechtstreeks krediet. Zie hierover: Antwerpen 7 september 1998, *A.J.T.* 1999-2000, 395, noot R. STEENNOT; Kh. Brussel 8 februari 1996, *T.B.H.* 1997, 750; Kh. Brussel 5 september 1997, *T.B.H.* 1998, 784; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Brussel, Bruylant, 1988, 548-549; P. DE VROEDE,

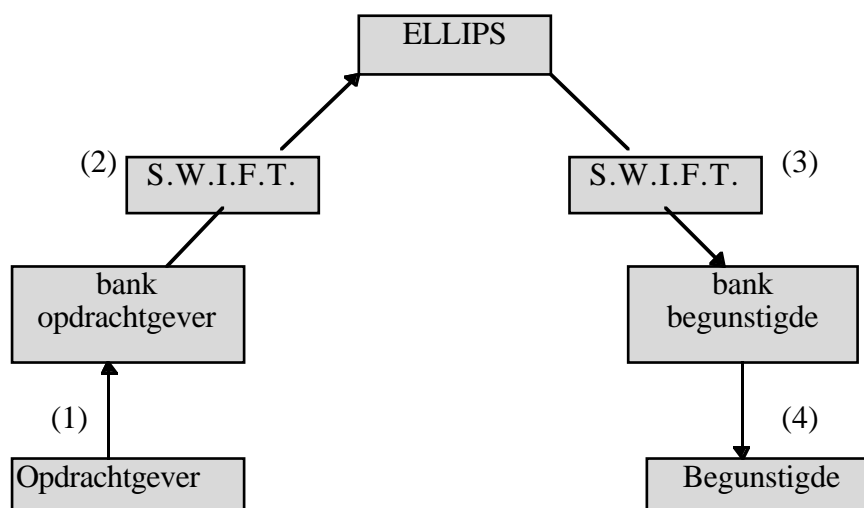
19. Nadat de deelnemende financiële instellingen, Banksys of Bank Card Company de gegevens voor de verwerking van de transactie aan het UCV hebben overgemaakt, zorgt het UCV enerzijds voor de multilaterale verrekening en anderzijds voor het doorseinen van de informatie naar de financiële instellingen, die nog niet op de hoogte zijn van de transfer. Nadat het UCV het verschuldigde nettosaldo heeft berekend, dat iedere deelnemer verschuldigd is, geschiedt de vereffening op een bepaald tijdstip binnen de boeken van de Nationale Bank van België, waar alle deelnemers een rekening bezitten. De daadwerkelijke vereffening geschiedt slechts op de dag waarop de gegevens aan het UCV werden overgemaakt (dag van de boekhoudkundige verwerking), indien de instructies voor een bepaald tijdstip bij het UCV werden ingevoerd. Het relevante tijdstip is verschillend voor de diverse toepassingen²⁷.



Figuur 6: afwikkeling van een betaling met een debetkaart aan een Pos - terminal

C. Real time gross settlement binnen ELLIPS

20. ELLIPS is operationeel sedert september 1996 en wordt, net als het UCV, beheerd door de Nationale Bank van België. Het telt 20 directe en 85 indirecte deelnemers. Het systeem is uitsluitend bestemd voor de geautomatiseerde verwerking van interbancaire creditberichten die door banken voor eigen rekening en voor rekening van cliënten worden uitgevoerd en die een bedrag van 500.000 euro overschrijden of een systeemrisico impliceren. Hoewel het aantal verwerkte betaalopdrachten slechts 0,1% vertegenwoordigt van het totaal aantal verwerkte betaalopdrachten staat dit afwikkelingssysteem in voor de afwikkeling van betalingen met een tegenwaarde van 94% van het totaal te verwerken bedrag van betalingen.



Le chèque, Editions de services interbancaires, 1983, 72-74; J.M. NELISSEN en Y. MERCHIEERS, "Wissel- en chequerecht. Overzicht van rechtspraak (1960-1980)", *T.P.R.* 1981, 1139-1140.

²⁷ Voor de toepassing "invorderingen" valt de reële verrekeningsdatum evenwel 4 UCV-dagen na de boekhoudkundige dag van de verwerking van het lot.

Figuur 7: Afwikkeling van een overschrijving via ELLIPS

21. De uitwisseling van informatie geschiedt uitsluitend elektronisch en dit middels S.W.I.F.T. ELLIPS zorgt voor een onmiddellijke en definitieve vereffening van iedere individuele betaalopdracht, door middel van het crediteren of het debiteren van de rekeningen die de deelnemers bezitten bij de Nationale Bank van België. De onmiddellijke uitvoering van een betaalopdracht kan evenwel niet plaatsvinden, indien de rekening van een deelnemer onvoldoende geprovisioneerd is met het oog op de uitvoering ervan en geen bijkomend krediet beschikbaar is. In dat geval wordt de betaalopdracht in een wachtrij geplaatst. Betaalopdrachten die zich op het einde van de dag nog in een wachtrij bevinden worden verworpen.

D. De rol van TARGET

22. TARGET heeft tot doel grensoverschrijdende betalingen binnen de Europese Unie op een veilige, efficiënte en goedkopere wijze te laten plaatsvinden²⁸. Hoewel TARGET voornamelijk gebruikt wordt voor de verwerking van betalingen van grote bedragen kunnen ook uit retailverrichtingen afkomstige bedragen middels TARGET afgewikkeld worden.

23. TARGET onderscheidt zich van de diverse nationale afwikkelingsmechanismen, zoals ELLIPS, doordat het slechts in een verbinding voorziet tussen de verschillende nationale *real time gross settlement* - systemen van de Lidstaten²⁹. Financiële instellingen zijn geen rechtstreeks lid van TARGET. Zij participeren slechts op een indirecte wijze, middels de nationale *real time gross settlement* - systemen. De eigenlijke vereffening geschiedt via het optreden van de centrale banken, waar de financiële instellingen, als deelnemers op het nationale niveau, hun rekeningen voeren³⁰.

Afdeling III De toepasselijke wet

24. Bij ontstentenis van uniforme regelen op wereldvlak³¹, is het van belang te bepalen welk rechtsstelsel van toepassing is op een internationale overschrijving. Meer bepaald wordt onderzocht welke wet een Belgische rechter, die wordt geconfronteerd met een geschil betreffende een grensoverschrijdende overschrijving moet hanteren. Deze vraag dient te worden onderscheiden van de vraag naar de toepasselijke wet binnen een betalingsafwikkelingssysteem (infra nr. 91 e.v.).

25. Een preliminaire vraag is deze naar de kwalificatie van de verhouding tussen de tussenkomende bankiers. De kwalificatie geschiedt traditioneel aan de hand van de *lex fori*³². Naar Belgisch recht wordt de juridische verhouding die ontstaat bij de uitvoering van een overschrijving in de rechtspraak en de rechtsleer klassiek geanalyseerd in functie van het

²⁸ A. VAES, "Uitdagingen voor betalingssystemen voor grote bedragen ingevolge de invoering van de euro", *Bank Fin.* 1999, 7.

²⁹ K. DE GEEST, "TARGET: achtergrond en praktijk", *Bank Fin.* 1998, 264; D. WARNE en N. ELLIOTT, *Banking Litigation*, Londen, Sweet & Maxwell, 1999, 264; <http://www.ecb.int/target>.

³⁰ M. BRINDLE en R. COX (ed.), *Law of Bank Payments*, Londen, Sweet & Maxwell, 1999, 85.

³¹ De UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers bevat geen juridische afdwingbare regelen, voor zover deze regelen niet in nationale wetten worden geïncorporeerd. Zie over deze regeling: E. BERGSTEN, "UNCITRAL Model Law", in W. EFFROS (ed.), *Payment Systems of the World*, New York, Oceana Publications, 1994, 407-499; M. VASSEUR, "Les principaux articles de la loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers", *R.D.A.I.* 1993, 155-208.

³² J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1997, 178.

gesubstitueerd mandaat³³. Dit impliceert dat alle tussenkomende instellingen optreden in naam van en voor rekening van de oorspronkelijke opdrachtgever³⁴. De vraag welke wet dit mandaat, of enig vergelijkbare figuur onder vreemd recht beheerst³⁵, dient opgelost aan de hand van het Romeverdrag³⁶.

26. De toepassing van het Romeverdrag impliceert dat de wet die de partijen hebben gekozen voorrang zal genieten (art. 3 EVO). Bij ontstentenis van enige rechtskeuze dient aangeknoopt bij het recht van het land waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is (art. 4.1 EVO). De overeenkomst wordt vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar de partij die de meest kenmerkende prestatie levert haar hoofdbestuur heeft (art. 4.2 EVO). Dit vermoeden geldt niet indien uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer verbonden is met een ander land (art. 4.5 EVO).

27. Concreet toegepast lijkt de meest kenmerkende prestatie te worden geleverd door de bank op wie een beroep wordt gedaan om de overschrijving uit te voeren. In het internationaal privaatrecht wordt immers aanvaard dat de bank de meest kenmerkende prestant is³⁷. Evenwel treden verschillende banken op bij de uitvoering van een grensoverschrijdende overschrijving. Twee benaderingen zijn mogelijk.

28. Ofwel gaat men uit van een eenheidsconcept waarbij de gehele internationale overschrijving beheerst wordt door één enkele wet, ofwel gaat men uit van een benadering waarin iedere bilaterale contractuele relatie afzonderlijk wordt beschouwd. In toepassing van deze tweede theorie moet de toepasselijke wet steeds bepaald worden in de verhouding tussen twee partijen (opdrachtgever - bank, bank- bank, bank- bank, bank - begunstigde). Meestal wordt daarbij aanvaard dat het de bank is die de opdracht verkrijgt om de overschrijvingsopdracht verder te leiden naar de volgende tussenkomende instelling of naar de begunstigde die de meest

³³ Bergen 2 december 1987, *D.C.C.R.* 1989, 52, noot M. ANTOINE, "Questions de responsabilité soulevées par l'exécution d'un ordre de virement erronément libellé"; Bergen 14 mei 1987, *T.B.H.* 1989, 58, noot REGOUT-MASSON; Bergen 13 februari 1984, *Bank Fin.* 1984, 49, noot X; Bergen 25 september 1984, *Bank Fin.* 1985/6, 35; Brussel 30 april 1980, *Bank Fin.* 1981, 209, noot A. BRUYNEEL; Kh. Brussel 23 juni 1983, *T.B.H.* 1987, 760, noot REGOUT-MASSON; Kh. Brussel 2 september 1998, *T.B.H.* 1999, 691, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; H. BRAECKMANS, "Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen", in W. VAN GERVEN; H. COUSY en J. STUYCK (ed.), *Handels- en Economisch Recht. Deel 1 Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard, 1989, 560-562; A. BRUYNEEL, "Le virement", in X (ed.), *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 380-381; G.A. DAL en I. CORBISIER, "Les instruments de paiement et de crédit (1980-1989)", *J.T.* 1990, 440; L. SIMONT en A. BRUYNEEL, "Chronique de droit bancaire privé", *Bank Fin.* 1980, 109-112.

³⁴ P. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Parijs, Litec, 1988, 184-195; I. CORBISIER, "Quelques Réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.* 1994, 92-93.

³⁵ De leer van het gesubstitueerd mandaat wordt tevens verdedigd in **Frankrijk**: M. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, Parijs, Litec, 1976, 219; F. PEROCHON en R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, Parijs, L.G.D.J., 1999, 703; P. PETEL, *o.c.*, 186 en 194; M. VASSEUR, "Les transferts internationaux de fonds", in *Recueil des Cours, Académie de droit international*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 184. Zie ook: Parijs 22 september 1988, *D.* 1991, S., 30. In **Duitsland** wordt het proces van de overschrijving daarentegen gezien als een opeenvolging van *Geschäftbesorgungsverträge*. De relatie tussen de banken onderling wordt gekenmerkt door het bestaan van een *Zahlungsvertrag*, een bijzondere vorm van het *Geschäftbesorgungsvertrag*: P. BYDLINSKI, "Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Überweisungsgesetzes", *W.M.* 1999, 1048; ; D. EINSELE, "Das neue Recht der Banküberweisung", *J.Z.* 2000, 9; A. KLAMT en C. KOCH, "Das neue Überweisungsrecht", *Der Betrieb* 1999, 943; J. RISSE en N. LINDNER, "Haftung der Banken nach dem neuen Überweisungsrecht", *Betriebsberater* 1999, 2201-2202.

³⁶ Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, gesloten te Rome op 19 juni 1980, *P.B.L.* 1980, afl. 266/1.

³⁷ E. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : évolution et perspectives*, Parijs, Litec, 1992, 101; R. STEENNOT, "Internationaal privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet", *Bank Fin.* 1999, 214; H. VAN HOUTTE en M.P. SENDER, *Europese IPR-Verdragen*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1997, 226.

kenmerkende prestatie levert³⁸. Het nadeel van deze benadering is dat de overschrijving beheerst wordt door diverse opeenvolgende nationale rechtsstelsels, die mogelijk verschillende regelen bevatten.

29. Daarom zou men kunnen pleiten voor de toepassing van één enkele nationale wet op het geheel van de overschrijving³⁹. Het is evenwel niet eenvoudig vast te stellen welke wet de voorkeur moet genieten. Meer bepaald is het niet duidelijk welke financiële instelling de meest kenmerkende prestatie levert. Zowel de instelling van de opdrachtgever, de instelling van de begunstigde als de eventueel tussenkomende instellingen spelen een cruciale rol bij de uitvoering van een internationale overschrijving⁴⁰.

30. Deze benaderingen weerspiegelen de wijze waarop de overschrijving benaderd wordt in de verschillende landen. Beschouwt men de overschrijving als een opeenvolging van bilaterale contractuele relaties, zoals in Duitsland en Zwitserland, ligt het voor de hand de voorkeur te geven aan de eerste opvatting. Is men daarentegen van oordeel, zoals in België en Frankrijk, dat de overschrijving als één geheel gezien moet worden, verkiest men traditioneel het eenheidsconcept. Het is van belang te beseffen dat bij de kwalificatie, die geschiedt om de internationaal toepasselijke wet te bepalen, rekening gehouden moet worden met de wijze waarop de overschrijving in andere rechtsstelsels wordt benaderd. De keuze voor een concept waarbij de toepasselijke wet in de verschillende bilaterale contractuele verhoudingen moet worden gezocht, verdient ons inziens de voorkeur. Zij sluit tevens het nauwst aan bij de benadering die men aantreft in de richtlijn grensoverschrijdende overschrijvingen en de *UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers*.

31. De vraag rijst of de tussenkomst van een betalingsafwikkelingssysteem de analyse niet kan beïnvloeden. Kan men niet argumenteren dat de tussenkomst van de verschillende financiële instellingen geschiedt in functie van hun directe of indirecte deelname aan een betalingsafwikkelingssysteem en zodoende dat de wet van dit systeem toegepast moet worden op de gehele overschrijving? Daarbij zou men dan kunnen voorhouden dat de overschrijving in toepassing van artikel 4.5° E.V.O. het nauwst verbonden is met het rechtsstelsel dat van toepassing is op het betalingsafwikkelingssysteem. Deze redenering is niet geheel onbekend in de internationale praktijk.

32. Ter illustratie kan melding gemaakt worden van artikel 4A-507 van de *Uniform Commercial Code* uit de Verenigde Staten. Dit artikel bepaalt dat een afwikkelingssysteem de mogelijkheid heeft de toepasselijke wet aan te duiden voor de gehele transfer. Opdat deze wet ook toepassing zou vinden op de rechten en de plichten van de opdrachtgever en de begunstigde is enkel vereist dat de opdrachtgever en de begunstigde op de hoogte zijn gebracht van de tussenkomst van het betalingssysteem en van de rechtskeuzeclausule. Het Amerikaanse afwikkelingssysteem CHIPS heeft van deze door de wetgever geboden mogelijkheid gebruik gemaakt. Dit impliceert dat zelfs de verhouding tussen een Belgische opdrachtgever en diens Belgische bank, die in se strikt nationaal is, onder de toepassing van het Amerikaanse recht ressorteert, indien de betaling middels CHIPS wordt afgewikkeld en aan de voorwaarden van de *Uniform Commercial Code* is voldaan⁴¹.

33. Tot slot dient gewezen op de invloed die bepalingen van dwingend recht kunnen uitoefenen (art. 7 E.V.O.). Het gaat zowel om de bepalingen van dwingend recht uit het land van het bevoegde rechtscollege, als om de bepalingen van dwingend recht uit het land waarmede het geval nauw verbonden is. Het betreft in het tweede geval bepalingen die volgens het recht van

³⁸ X. FAVRE-BULLE, *Les Paiements Transfrontières dans un Espace Financier Européen*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1998, 469-470; U. SCHNEIDER, "Pflichten und Haftung bei grenzüberschreitenden Überweisungen", *W.M.* 1999, 2191-2192; C. VON DER SEIPEN, "Law of conflicts from the German perspective" in W. HADDING en U. SCHNEIDER (ed.), *Legal Issues in International Credit Transfers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, 81-83 en 95.

³⁹ M. DELIERNEUX, "Les instruments de paiement international", *Rev.Dr.U.L.B.* 1993/2, 115 e.v.

⁴⁰ Zie ook: C. VON DER SEIPEN, *o.c.*, 83, die zelf geen voorstander is van het eenheidsconcept.

⁴¹ U. SCHNEIDER, *o.c.*, 2191.

dat land toepasselijk zijn, ongeacht of dat recht de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze tweede categorie dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking en met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing zouden voortvloeien. Als voorbeeld van dwingende bepalingen die bij de uitvoering van een overschrijving toepassing kunnen vinden kan gedacht worden aan de regelen inzake de wisselkoersreglementering.

Afdeling IV De foutieve uitvoering

34. Het moet worden benadrukt dat de tussenkomst van verschillende financiële instellingen ertoe kan leiden dat een grensoverschrijdende overschrijving of betaling verricht met een ander betaalinstrument laattijdig of zelfs helemaal niet wordt afgewikkeld. De wet betreffende de grensoverschrijdende geldoverschrijvingen bevat verschillende regelen die ertoe strekken de opdrachtgever in dergelijke situaties te beschermen⁴².

§ 1 De wet grensoverschrijdende geldoverschrijvingen

A. De omschrijving van het toepassingsgebied

35. De wet is van toepassing op grensoverschrijdende geldoverschrijvingen. Het betreft verrichtingen op initiatief van de opdrachtgever, waarbij de opdrachtgever aan een instelling of een bijkantoor van een instelling in een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte vraagt om in een instelling of een bijkantoor van een instelling in een andere Lidstaat een geldbedrag ter beschikking te stellen aan een door hem aangewezen begunstigde (art. 3, f WGO). Het grensoverschrijdend karakter van een overschrijving wordt derhalve niet bepaald door de identiteit of de woonplaats van de opdrachtgever of de begunstigde, doch door de plaats waar de instellingen of de bijkantoren van deze instellingen gevestigd zijn. De opdracht tot grensoverschrijdende overschrijving wordt door de wetgever gedefinieerd als een in ongeacht welke vorm rechtstreeks door een opdrachtgever aan een instelling gegeven onvoorwaardelijke instructie om een grensoverschrijdende overschrijving uit te voeren (art. 3, g WGO).

36. De wet vindt evenwel geen toepassing ten aanzien van alle grensoverschrijdende overschrijvingen. Zowel de overschrijvingen die een bedrag met een tegenwaarde van 50.000 euro overschrijden, de overschrijvingen in een andere munt dan de euro of één van de munten van de Lidstaten van de Europese Economisch Ruimte, als de overschrijvingen geïntialiseerd door een financiële instelling, een kredietinstelling of iedere andere instelling die in het kader van haar werkzaamheden grensoverschrijdende overschrijvingen uitvoert⁴³, ressorteren niet onder de wet (art. 2 WGO). De wet kan bovendien enkel gehanteerd worden ten aanzien van overschrijvingen, en niet ten aanzien van andere betalingsmechanismen. Grensoverschrijdende betalingen, verricht met cheques, krediet- of debetkaarten, alsook invorderingen vallen niet onder de wet.

B. De uitvoeringstermijn

⁴² De wet bevat nog andere bepalingen die verder buiten beschouwing blijven. Zij hebben tot doel de transparantie bij een grensoverschrijdende overschrijving te vergroten, dit zowel voor (art. 4 WGO) als na de transactie (art.5 WGO), alsook een einde te stellen aan de techniek, die gekend staat onder de benaming *double charging* en waarbij de kosten van de overschrijving in mindering worden gebracht van het bedrag van de overschrijving (art.8 WGO). Tot slot bepaalt de wet dat de financiële instellingen een aangepaste klachtenprocedure moeten instellen, waarin wordt voorzien door een zelfstandig organisme, waarvan beslissingen kunnen worden aanvaard door de instellingen (art.11 WGO).

⁴³ Het betreft louter interbancaire betalingen, die niet worden uitgevoerd voor rekening van een cliënt; met andere woorden overboekingsopdrachten waartoe initieel geen opdracht is gegeven door een cliënt.

37. De wet creëert zowel in hoofde van de instelling van de opdrachtgever als in hoofde van de instelling van de begunstigde de verplichting een grensoverschrijdende overschrijving binnen een bepaalde termijn uit te voeren. Het is noodzakelijk een onderscheid te maken naargelang al dan niet een uitvoeringstermijn werd overeengekomen.

38. De instelling van de opdrachtgever is verplicht zich op verzoek van de opdrachtgever te verbinden met betrekking tot de termijn binnen de welke zij de grensoverschrijdende overschrijving, waarvan de bijzonderheden nauwkeurig zijn omschreven, zal uitvoeren (art. 6 WGO). De instelling is niet verplicht zelf een termijn voorop te stellen indien er geen verzoek van de cliënt voorligt. Om te vermijden dat deze regel de instelling van de opdrachtgever carte blanche zou verlenen bepaalt de wetgever, dat, indien geen termijn is overeengekomen, de rekening van de instelling van de begunstigde gecrediteerd moet zijn aan het einde van de vijfde bankwerkdag volgend op de datum van aanvaarding van de opdracht tot grensoverschrijdende overschrijving (art. 7 § 1 WGO). De datum van aanvaarding is de datum van vervulling van alle voorwaarden die door een instelling zijn gesteld voor de uitvoering van een opdracht tot grensoverschrijdende overschrijving en die betrekking hebben op het bestaan van toereikende financiële dekking en op de informatie die voor de uitvoering van die overdracht noodzakelijk is (art. 3, 1 WGO).

39. Wordt de overeengekomen, of bij ontstentenis van overeenkomst, de door de wetgever vooropgestelde termijn niet gerespecteerd, dan is de instelling van de opdrachtgever ertoe gehouden de opdrachtgever te vergoeden. Deze forfaitaire vergoeding behelst de uitkering van een rente, die berekend wordt door de toepassing van de referentierentevoet op het bedrag van de overschrijving over de periode tussen het einde van de overeengekomen of de door de wetgever vooropgestelde termijn en de datum waarop de instelling van de begunstigde met het geld wordt gecrediteerd. Het voordeel van deze bepaling bestaat er voor de opdrachtgever in dat hij zich in geval van laattijdige uitvoering steeds tot zijn eigen financiële instelling kan richten. Op het interbancaire niveau bezit de instelling van de opdrachtgever over een verhaalsrecht tegen de bemiddelende instelling aan wie de vertraging te wijten is.

40. Ook de instelling van de begunstigde dient het uit de overschrijving resulterende geld binnen de met de begunstigde overeengekomen termijn ter beschikking te stellen (art. 7 § 2 WGO). Is geen termijn bepaald, dan dient de instelling van de begunstigde de rekening van de begunstigde te crediteren aan het eind van de werkdag, volgend op de bankwerkdag waarop de rekening van de instelling van de begunstigde werd gecrediteerd. Geschiedt de uitvoering laattijdig, dan is de bank van de begunstigde ertoe gehouden de begunstigde te vergoeden. De forfaitaire vergoeding behelst de uitkering van een rente die berekend wordt door toepassing van de referentierentevoet op het bedrag van de grensoverschrijdende overschrijving over de periode tussen het einde van de overeengekomen of de door de wetgever vooropgestelde termijn en de datum waarop de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd.

41. Het dient benadrukt dat zowel de opdrachtgever als de begunstigde op deze vergoeding aanspraak kunnen maken zonder dat zij enige fout in hoofde van een instelling moeten aantonen. Dit verklaart waarom de vergoeding beperkt is tot de uitkering van een rente. Wil de opdrachtgever of de begunstigde een bijkomende vergoeding bekomen voor de additionele schade die mogelijks werd veroorzaakt ingevolge de laattijdige uitvoering, dient een beroep gedaan te worden op de principes van het gemeen recht (infra nr. 49 e.v.). De aansprakelijkheid van de betrokken instellingen kan overigens niet weerhouden worden indien de instelling van de opdrachtgever, respectievelijk de instelling van de begunstigde, kan aantonen dat de vertraging aan de opdrachtgever, respectievelijk de begunstigde te wijten was (art. 7 § 3 WGO).

C. De terugbetalingsverplichting bij niet-afwikkeling

42. Indien de rekening van de instelling van de begunstigde⁴⁴ niet met het bedrag van de overschrijving werd gecrediteerd, is de instelling van de opdrachtgever, die de opdracht heeft aanvaard, verplicht de rekening van de opdrachtgever te crediteren met het bedrag van de overschrijving, vermeerderd met enerzijds de rente, die berekend wordt door toepassing van de referentierentevoet op het bedrag van de overschrijving over de periode tussen de datum van de opdracht en de crediteringsdatum en anderzijds het bedrag van de met de grensoverschrijdende overschrijving verband houdende kosten, die door de opdrachtgever zijn betaald. Deze bedragen dienen aan de opdrachtgever ter beschikking te worden gesteld binnen een termijn van veertien bankwerkdagen na de datum waarop de opdrachtgever zijn verzoek tot vergoeding heeft ingediend, tenzij wanneer de rekening van de instelling inmiddels met het tot de opdracht tot grensoverschrijdende overschrijving overeenkomende geld is gecrediteerd (art. 9 § 1 WGO).

43. Het verband tussen artikel 7 WGO en artikel 9 WGO is duidelijk. Zolang de opdrachtgever geen verzoek heeft ingediend om hem het bedrag van de overschrijving ter beschikking te stellen, heeft hij enkel recht op een rente. Pas vanaf het verzoek van de opdrachtgever begint de genoemde termijn van veertien bankwerkdagen te lopen. Wordt de rekening van de instelling van de begunstigde slechts gecrediteerd enkele maanden nadat de instelling van de opdrachtgever de opdracht heeft aanvaard, doch binnen de periode van veertien bankwerkdagen, kan de opdrachtgever in toepassing van artikel 7 slechts aanspraak maken op een rente⁴⁵.

44. In toepassing van de wet is de verplichting van de instelling van de opdrachtgever om de opdrachtgever te vergoeden beperkt tot 12.500 euro (art. 9 § 1 WGO). Deze bepaling doet evenwel geen afbreuk aan het gemeen recht, zodat de instelling van de opdrachtgever of een andere tussenkomende instelling, nog steeds krachtens het gemeen recht voor de additionele schade aansprakelijk gesteld kan worden. Dit blijkt zowel uit de wet⁴⁶ als uit een overweging gevoegd bij de richtlijn⁴⁷. Het moet benadrukt worden dat de aansprakelijkheid van de instelling van de opdrachtgever in toepassing van de wet los staat van de vraag of zij of een tussenkomende instelling een fout heeft begaan. Slechts wanneer de opdrachtgever een beroep moet doen op de principes van het gemeen recht om een vergoeding te bekomen voor de schade die 12.500 euro overschrijdt, moet de opdrachtgever bewijzen dat zijn instelling of een van de tussenkomende instellingen een fout heeft begaan.

45. De instelling van de opdrachtgever beschikt op het interbancaire niveau over een verhaalsrecht op de bemiddelende instelling, die de opdracht van de instelling van de opdrachtgever heeft aanvaard. Deze instelling is verplicht het bedrag van de overschrijving, inclusief de daaraan verbonden kosten en rente, op eigen kosten terug te betalen aan de instelling die haar de opdracht heeft gegeven. Het dient benadrukt dat deze verplichting niet beperkt is tot 12.500 euro. Indien de niet-afwikkeling te wijten is aan de foutieve of onvolledig instructies van de instelling die de opdracht heeft gegeven, is de bemiddelende instelling evenwel slechts verplicht al het mogelijke te doen om het bedrag van de overschrijving terug te betalen (art. 9 § 1 WGO). Haar verplichting wordt alsdan gereduceerd tot een middelenverbintenis.

46. In drie situaties is de instelling van de opdrachtgever niet verplicht het bedrag van de overschrijving aan de opdrachtgever terug te betalen. Dit is vooreerst het geval indien de niet-

⁴⁴ De gepubliceerde Nederlandse tekst heeft het over de creditering van de rekening van de begunstigde. Deze bepaling is niet in overeenstemming met de Franse tekst, die voorrang moet genieten. De Franse tekst is immers in overeenstemming met de richtlijn en de doelstellingen van de wet.

⁴⁵ O. HANCE en S. DIONNE BALZ, *The New Virtual Money: Law and Practice*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 198-199.

⁴⁶ Artikel 9 § 1 WGO bepaalt immers dat de verplichting van de instelling van de opdrachtgever geldt onverminderd enige andere vordering.

⁴⁷ Deze overweging geeft aan dat de bepalingen van de richtlijn betreffende de terugbetalingsverplichting geen afbreuk doen aan de algemene bepalingen van het nationale recht op grond waarvan een instelling tegenover de opdrachtgever aansprakelijk is in geval een grensoverschrijdende overmaking niet is afgewikkeld wegens een fout van die instelling.

afwikkeling het gevolg is van de niet-uitvoering van de overschrijving door de instelling van de begunstigde. De verplichting de opdrachtgever terug te betalen ontstaat slechts wanneer de rekening van de instelling van de begunstigde niet wordt gecrediteerd. Wat er na de creditering van de rekening van de instelling van de begunstigde gebeurt, betreft de relatie tussen de begunstigde en zijn instelling en gaat de instelling van de opdrachtgever niet aan.

47. De instelling van de opdrachtgever staat evenmin in voor de terugbetaling wanneer de niet-afwikkeling te wijten is aan de niet-uitvoering van de overschrijving door een bemiddelende instelling die door de instelling van de begunstigde is gekozen. In dat geval is de instelling van de begunstigde verplicht het geld, tot een bedrag van maximaal 12.500 euro, ter beschikking te stellen van de begunstigde (art. 9 §2 WGO). Evenmin staat de instelling van de opdrachtgever in voor de terugbetaling indien de niet-afwikkeling te wijten is aan de foutieve of onvolledige instructies van de opdrachtgever of van een bemiddelende instelling die uitdrukkelijk door de opdrachtgever is gekozen. De instelling van de opdrachtgever is er samen met alle andere bij de transactie betrokken instellingen slechts toe gehouden al het mogelijke te doen om het bedrag van de overschrijving terug te betalen (art. 9 §3 WGO).

D. Overmacht

48. De instellingen die bij de uitvoering van een grensoverschrijdende overschrijving zijn betrokken, zijn vrijgesteld van de bij de wet opgelegde verplichtingen indien zij redenen van overmacht kunnen aanvoeren (art. 10 WGO)⁴⁸. Overmacht wordt daarbij omschreven als abnormale en onvoorzienbare omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden. In het bijzonder kan de vraag gesteld worden of het faillissement van een tussenkomende instelling in hoofde van de bank van de opdrachtgever als overmacht gekwalificeerd kan worden (infra nr. 115 e.v.).

§ 2 De toepassing van het gemeen recht

49. Het gemeen recht dient gehanteerd te worden in geschillen waarin de wet betreffende de grensoverschrijdende geldoverschrijvingen niet toegepast kan worden, alsook in situaties waarin de geleden schade de door de wet vergoedbare schade overschrijdt en de opdrachtgever de additioneel geleden schade wil recupereren.

50. Blijft men trouw aan de klassieke leer die de overschrijving analyseert als een mandaat en een gesubstitueerd mandaat zijn het de regelen van de lastgeving die gehanteerd moeten worden. Wat betreft de aansprakelijkheid bij de foutieve uitvoering van overschrijvingen dient gewezen op artikel 1994, lid 2 B.W., dat een rechtstreekse vordering toekent aan de lastgever⁴⁹. De opdrachtgever kan in toepassing van dit artikel iedere tussenkomende instelling, andere dan zijn eigen financiële instelling, rechtstreeks contractueel aanspreken⁵⁰. Over een vordering jegens zijn eigen financiële instelling, die zelf geen fout heeft begaan, beschikt hij evenwel niet. Artikel 1994, lid 1 B.W. bepaalt immers dat de lasthebber enkel aansprakelijk is voor zijn plaatsvervanger indien hij de macht om iemand in zijn plaats te stellen niet had bekomen, alsook wanneer hij een blijkbaar onbevoegd of onvermogen persoon heeft gekozen. Aangezien de algemene bankvoorwaarden de plaatsvervanging toelaten en tussenkomende financiële instellingen in de regel niet als blijkbaar onbevoegd of onvermogen kunnen worden beschouwd, lijkt de bank van de opdrachtgever niet te kunnen worden aangesproken. De Franse rechtspraak is evenwel tot een andere oplossing gekomen, door te stellen dat op de bank

⁴⁸ In de praktijk zal deze bepaling slechts relevant zijn ter zake van de laattijdige uitvoering en van de niet-afwikkeling van een grensoverschrijdende overschrijving.

⁴⁹ Cass. 4 november 1966, *R.W.* 1966-1967, 1713; Cass. 16 december 1977, *RC.J.B.* 1981, 465, noot P.A. FORIERS, Brussel 19 januari 1952, *R.W.* 1951-1952, 1650; Gent 28 april 1995, *T.R.V.* 1995, 597, noot.

⁵⁰ Antwerpen 26 oktober 1993, *T.Not.* 1994, 79; A. BRUYNEEL, *o.c.*, 381.

van de opdrachtgever een toezichtsverplichting rust die hem, bij verkeerde uitvoering van de overschrijving, aansprakelijk stelt tegenover de opdrachtgever⁵¹. Het is maar de vraag hoe een lokale financiële instelling deze toezichtsverplichting ten aanzien van een tussenkomende internationale instelling moet uitoefenen⁵².

51. De kwalificatie als mandaat kan evenwel niet gehanteerd worden ten aanzien van betaalopdrachten die niet geanalyseerd kunnen worden als lastgeving. Zo worden betalingen die worden verricht met een kredietkaart of een debetkaart gekwalificeerd als een onvolmaakte delegatie⁵³. Dit betekent meteen dat geschillen betreffende de foutieve uitvoering van betaalopdrachten, die werden geïnitieerd met een krediet- of debetkaart, in de rechtstreekse contractuele verhoudingen moeten worden opgelost.

Afdeling V Het faillissement van een deelnemer aan een betalingssysteem

52. Bijzondere problemen doen zich voor indien een financiële instelling die tussenkomt bij de afwikkeling van een betaling failliet gaat. Niet alleen kan door het faillissement de afwikkeling van de betaling in het gedrang komen, doch tevens kan de werking van het gehele systeem verstoord worden. Vooraleer in te gaan op de oplossingen die door diverse wettelijke initiatieven werden uitgewerkt, is het van belang de financiële en juridische risico's waartoe de afwikkeling van betalingen binnen betalingsafwikkelingssystemen aanleiding kan geven bondig te bespreken.

§ 1 Een overzicht van de financiële risico's

A. Het kredietrisico

53. De deelnemers, die in een netto-betalingssysteem een netto creditpositie innemen, verlenen in werkelijkheid krediet aan de deelnemers die een netto debetpositie bezitten. Zij lopen derhalve het risico dat het krediet bij de *settlement* niet terugbetaald zal worden. Het kredietrisico binnen een interbancair betaalsysteem kan dan ook gedefinieerd worden als het risico dat de wederpartij niet aan haar verplichtingen zal voldoen op het tijdstip dat zij daartoe gehouden is of dat zij er niet in zal slagen haar verbintenissen na te komen voor het gehele bedrag⁵⁴.

54. Het kredietrisico kan tevens zijn oorsprong vinden in een snelle verwerking van de verkregen informatie. De vaststelling dat de vereffening binnen het UCV pas geschiedt op een later tijdstip verhindert immers niet dat de financiële instellingen de informatie betreffende de betaalopdracht reeds kunnen bezitten en verwerken voorafgaand aan het tijdstip waarop de interbancaire vereffening plaatsgrijpt. Indien financiële instellingen de ontvangen informatie aanwenden om de rekening van hun klanten onder voorbehoud te crediteren, voorafgaand aan

⁵¹ Parijs 22 september 1988, *D.* 1991, 30, noot M. VASSEUR; P. PETEL, *o.c.*, 212-223.

⁵² M.D. SCHODERMEIER, *o.c.*, 107.

⁵³ Rb. Luik 23 april 1985, *J.L.M.B.* 1985, 359; *T.B.H.* 1986, 540; J.P. BUYLE, "La carte de paiement électronique", in *La banque dans la vie quotidienne*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1986, 464; F. DE LY en G.L. BALLON, "Elektronische bank- en koperskaarten. Juridische aspecten naar Belgisch-Frans recht", in F. DE LY; G.L. BALLON en R.E. DE ROOY (ed.), *Preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht*, Zwolle, WEJ Tjeenk Willink, 1987, 169-171; P. KILLESTE, "Le titulaire d'une carte de crédit est-il engagé par déclaration unilatérale de volonté?", *T.B.H.* 1986, 502; E. WYMEERSCH, "De kredietkaarten in België, juridische aspecten", *T.P.R.* 1971, 670-675.

⁵⁴ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report on netting schemes*, (Angell-rapport), Basel, 1989, 9-10.

het tijdstip van de vereffening, ontstaat een nieuw kredietrisico, namelijk het risico dat de begunstigde de onder voorbehoud gecrediteerde fondsen niet kan terugbetalen⁵⁵.

55. Hoewel het kredietrisico in de regel niet aanwezig is in systemen die voorzien in *real time gross settlement*, kan de wijze waarop de informatie wordt verwerkt en verkregen het kredietrisico ook in deze systemen introduceren. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de begunstigde bank de rekening van de begunstigde reeds crediteert voorafgaand aan de vereffening. Aangezien deze systemen in *real time* functioneren veronderstelt deze hypothese dat de betrokken betaalopdracht in een wachtrij werd geplaatst en dat de begunstigde instelling weet dat zij de begunstigde is van een bij een andere deelnemer in een wachtrij geplaatste betaalopdracht.

B. Het liquiditeitsrisico

56. Het liquiditeitsrisico betreft het risico dat een deelnemer niet over voldoende liquiditeiten beschikt om aan zijn eigen betaalverplichtingen te voldoen⁵⁶. Het gebrek aan liquiditeiten kan het gevolg zijn van het in gebreke blijven van een andere deelnemer, die insolvent is geworden, doch kan tevens zijn oorzaak vinden in operationele problemen of foutieve overmakingen. De instelling die verwachtte betaald te worden door een andere instelling wordt door de afwezigheid van betaling geconfronteerd met een liquiditeitsprobleem en zal genoodzaakt zijn op korte termijn additionele liquiditeit te verwerven⁵⁷.

57. Een efficiënt beheer van de liquiditeiten staat centraal in de bruto-betaalsystemen. De individuele verwerking van iedere operatie vereist immers dat iedere deelnemer over voldoende fondsen beschikt opdat betalingen tijdig vereffend zouden kunnen worden. De noodzakelijke liquiditeiten kunnen op diverse manieren verkregen worden⁵⁸:

- gebruik van de liquiditeiten die aanwezig zijn op de rekening bij de centrale bank (creditsaldo + ontvangen liquiditeiten);
- gebruik van een intra-day krediet dat wordt verleend door de centrale bank⁵⁹. Het krediet kan al dan niet renteloos worden verstrekt en al dan niet afgedekt zijn door zekerheden⁶⁰. Het verkregen krediet kan in wezen twee vormen aannemen. Het krediet kan enerzijds bestaan uit overschrijdingen, toegestaan op de rekening bij de centrale bank, en anderzijds de vorm aannemen van cessie-retrocessie overeenkomsten (repo's)⁶¹;
- gebruik van liquiditeiten verkregen middels leningen op de geldmarkt.

⁵⁵ D. SHEPPARD, *Payment Systems*, in *Handbooks in Central Banking*, Londen, Bank of England, 1996, 28; P. VAN DEN BERGH, "Interbank Netting Schemes, Issues raised by the internationalisation of Payment and Settlement Systems", *Bank Fin.* 1992, 310.

⁵⁶ S. KAPPELHOF, "Netting", *Bank- en Effectenbedrijf* 1989, 41.

⁵⁷ S. KAPPELHOF, *Giraal betalings- en effectenverkeer. Nationaal en internationaal*, in *Serie Bank- en effectenbedrijf*, Amsterdam, NIBE, 1998, 95.

⁵⁸ F. GEERTS, "Real Time is Real Money: Managing Liquidity and Collateral in a cross-border Context", *Bank Fin.* 1999, 14.

⁵⁹ M. HOLLANDERS, "The Role of Central Banks in Payment Systems", *Bank Fin.* 1994, 23-24.

⁶⁰ Binnen TARGET bijvoorbeeld kan iedere deelnemer zelfstandig bepalen ten belope van welk bedrag hem intra-day krediet wordt verstrekt. Dit bedrag dient evenwel volledig afgedekt te zijn door zekerheden: T. DE CAUX, "Cross-Border Payments in Europe - now and after EMU", *Bank Fin.* 1998, 255; A. VAES, "Uitdagingen voor betalingssystemen voor grote bedragen ingevolge de invoering van de euro", *Bank Fin.* 1999, 8.

⁶¹ In het kader van een dergelijke overeenkomst gaat de bank de verbintenis aan bepaalde sterk liquide assets van commerciële banken te kopen en deze op het eind van de dag opnieuw aan diezelfde banken te verkopen. De koop en de verkoop gaat gepaard met de creditering en debitering van de settlement account.

C. Het settlementrisico

58. Het gebrek aan liquiditeiten en de onmogelijkheid bijkomende liquiditeiten te verwerven, alsook de onmogelijkheid om bijkomend krediet te verkrijgen, kunnen voor gevolg hebben dat een financiële instelling die deelneemt aan een betalingsafwikkelingssysteem haar aandeel in de vereffening niet kan betalen en dat daardoor de vereffening zelf niet kan plaatsvinden⁶².

D. Het systeemrisico

59. Het systeemrisico tot slot ontstaat doordat het in gebreke blijven van een bepaalde deelnemer ertoe kan leiden dat ook andere deelnemers op hun beurt in liquiditeitsproblemen komen en daardoor niet langer in staat zijn aan hun verplichtingen te voldoen⁶³. Het faillissement van een deelnemer kan in die zin een domino-effect veroorzaken, hetgeen een gevaar oplevert voor het gehele interbancaire betalingssysteem⁶⁴. Het mag dan ook geen verwondering wekken dat de werking van de interbancaire betaalsystemen aan het toezicht van de Nationale Bank van België onderworpen is, aangezien het falen van het interbancaire betaalsysteem aanzienlijke gevolgen kan hebben voor de economie in haar geheel⁶⁵.

§ 2 Een overzicht van de juridische risico's

60. Het juridisch risico vindt zijn oorsprong in de vaststelling dat de rechtsgevolgen, die krachtens het gemeen recht verbonden zijn aan een faillissement, niet aangepast zijn aan de werking van een interbancair betaalsysteem⁶⁶. Hierna volgt een beknopt overzicht van de bepalingen die de afwikkeling van betalingen in het geval van een faillissement van een tussenkomen instelling in aanzienlijke mate kunnen bemoeilijken.

A. Het faillissement en de schuldvergelijking

61. Vooreerst bevat het Belgisch faillissementsrecht een regel krachtens dewelke schuldvergelijking na faillissement in beginsel verboden is⁶⁷. Deze regel die traditioneel gerechtvaardigd wordt op grond van de gelijke behandeling van de schuldeisers⁶⁸, heeft voor gevolg dat de *netting*, die geanalyseerd kan worden als een vorm van conventionele schuldvergelijking, geen doorgang meer kan vinden van zodra het faillissementsvonnis juridisch afdwingbaar is. Dit impliceert dat de curator ervoor kan opteren de uitvoering te eisen

⁶² R. CRANSTON, *Principles of Banking Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 315; S. KAPPELHOF, *Giraal betalings- en effectenverkeer. Nationaal en internationaal*, in *Serie Bank- en effectenbedrijf*, Amsterdam, NIBE, 1998, 95.

⁶³ V. CANU en B. DE SAINT MARS, "Intermédiation financière et droit des procédures collectives", *Rev. Dr. Banc.* 1998, 124.

⁶⁴ Daarbij is het overigens niet uitgesloten dat de problemen overslaan naar een andere markt waarop de betrokken deelnemer eveneens actief is: BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries*, (Lamfalussy-rapport), Basel, 1990, 9.

⁶⁵ Artikel 8 van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België bepaalt: "De Bank waakt over de goede werking van de verrekenings- en betalingssystemen en ze vergewist zich van hun doelmatigheid en deugdelijkheid"; zie ook: M. GIOVANOLI, "Legal issues regarding payment and netting systems", in J. NORTON (ed.), *Cross-border Electronic Banking*, Londen, L.L.P., 1995, 207.

⁶⁶ D. DEVOS, "Le netting en droit belge", *Bank Fin.* 1994, 166-169.

⁶⁷ Zie voor een toepassing in de rechtspraak, die gebaseerd is op het huidige artikel 16 Faill.W.: Brussel 30 april 1987, *T.B.H.* 1989, 160; voor een rechtsvergelijkend overzicht betreffende de mogelijkheid na faillissement tot schuldvergelijking over te gaan: P.R. WOOD, *Principles of Netting: a comparative law study*, Amsterdam, NIBE, 1994, 19.

⁶⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge.*, T. III, Brussel, Bruylant, 1967, 641.

van de voor de boedel voordelige verbintenissen en de uitvoering te weigeren van de voor de massa nadelige verbintenissen (*cherry-picking*)⁶⁹.

62. Hoewel het verbod van schuldvergelijking na faillissement enkele uitzonderingen kent⁷⁰, die erop lijken te wijzen dat nettingovereenkomsten aan de massa kunnen worden tegengeworpen⁷¹, bleef een grote onzekerheid bestaan omtrent deze tegenwerpelijke. Mede daarom werd geopteerd voor een wetgevend optreden.

B. De retroactieve werking van het faillissementsvonnis

63. Het faillissementsrecht van heel wat landen voorziet in een regel krachtens dewelke het faillissementsvonnis juridisch afdwingbaar is vanaf het eerste uur van de dag waarop het werd uitgesproken⁷². De retroactiviteit van het faillissementsvonnis kan de afwikkeling van betalingen aanzienlijk bemoeilijken, aangezien volgens deze regel alle betaalopdrachten die werden ingevoerd op de dag van faillietverklaring niet tegenstelbaar zijn aan de failliete boedel⁷³.

C. Het niet definitief zijn van overboekingsopdrachten

64. Het faillissement van een financiële instelling kan voor gevolg hebben dat betalingen die op het interbancaire niveau werden uitgevoerd opnieuw in vraag worden gesteld. Dit is bijzonder nefast voor de deelnemers aan betaalsystemen die er moeten kunnen op vertrouwen dat betalingen, eens ze zijn uitgevoerd, niet meer in het gedrang kunnen worden gebracht.

D. De gevolgen van het faillissement voor de gestelde zekerheden

65. Het faillissement van een kredietinstelling kan er tevens toe leiden dat de door de instelling tot waarborg van hun intraday of overnight kredieten gevestigde zakelijke zekerheden, met inbegrip van deze die verband houden met de goede werking van de betaalsystemen, uitgehouden

⁶⁹ V. SIMONART, *o.c.*, 125; P. WOOD, *Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and netting*, in *Law and practice of international finance*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 159.

⁷⁰ Zo is schuldvergelijking na faillissement tegenwerpelijk aan de massa, indien een nauwe band aanwezig is tussen de vordering en de schuld. Een dergelijke connexiteit is voor handen van zodra de vordering en de schuld dezelfde oorzaak hebben (*ex eadem causa*) alsook wanneer zij onderling afhankelijk zijn of een objectieve samenhang bezitten. Tot slot wordt veelal ook de mogelijkheid de connexiteit te bedingen erkend. Daartoe is het volgens het Hof van Cassatie noodzakelijk dat de overeenkomst, zonder dat daarbij fraude aanwezig is, werd aangegaan voor het faillissement en dat de ondeelbaarheid voortvloeit uit de aard van de overeenkomst. Krachtens de recente rechtspraak blijkt aan deze voorwaarden voldaan wanneer de diverse verbintenissen één enkele economische operatie vormen en het voorwerp uitmaken van een kaderovereenkomst. Een dergelijke bedongen connexiteit is niet fictief of artificieel maar natuurlijk. Zie hierover onder meer: Cass. 25 mei 1989, *A.C.* 1988-1989, 1125; Cass. 17 december 1961, *Pas.* 1962, I, 440; Cass. 28 februari 1985, *Pas.* 1985, I, 795; Antwerpen 27 mei 1997, *R.W.* 1998-1999, 91, noot I. CLAEYS; Bergen 20 december 1988, *Bank Fin.* 1989, 487, noot M. DELIERNEUX; Brussel 30 april 1987, *T.B.H.* 1989, 160; Luik 22 februari 1996, *J.L.M.B.* 1996, 873; Kh. Charleroi 16 februari 1993, *J.L.M.B.* 1995, 147, noot J. CAEYMAEX; Kh. Ieper 14 december 1992, *T.B.H.* 1994, 364, noot P. COLLE; Kh. Brussel 8 augustus 1990, *T.B.H.* 1991, 658; Kh. Luik 21 maart 1990, 827; J.L. FAGNART, "Recherche sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution", noot onder Cass. 7 oktober 1976, *R.C.J.B.* 1979, 31-34; A.M. STRANART, "Les sûretés réelles traditionnelles. Développements récents", in *Droit des sûretés*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1992, 75-79.

⁷¹ P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents", in *Droit des Sûretés*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1992, 406.

⁷² Cass. 19 oktober 1987, *A.C.* 1987-1988, 195; Antwerpen 17 mei 1984, *R.W.* 1984-1985, k.264.

⁷³ V. CANU en B. DE SAINT MARS, "Intermédiation financière et droit des procédures collective. Ou la nécessité de traiter spécifiquement certains contractants en matière financière", *Rev.Dr.Banc.* 1998, nr. 68, 120; D. DEVOS, "Le netting en droit belge", *Bank Fin.* 1993, 167.

worden of ondoeltreffend blijken te zijn⁷⁴. Hoewel zekerheden in de regel ressorteren onder de *lex rei sitae*⁷⁵ blijft het faillissementsrecht van belang voor de bepaling van de rang die de schuldeiser-beneficiaris geniet, voor de vraag of zekerheden tegenwerpelijk zijn in geval van faillissement en voor het al dan niet bestaan van de mogelijkheid tot gedwongen uitvoering over te gaan⁷⁶. Het faillissementsrecht kan derhalve de positie van de titularis van de zekerheid in aanzienlijke mate aantasten, aangezien de rang die hij inneemt, alsook de termijn binnen de welke hij de gestelde zekerheden kan te gelde maken, voor hem van essentieel belang zijn. De titularis van de zekerheid heeft er in volatiele tijden belang bij de effecten, die het onderpand uitmaken, zo snel mogelijk te gelde te maken.

E. Het faillissement en het internationaal privaatrecht

66. Het volstaat echter niet in een oplossing te voorzien naar nationaal recht, gelet op de deelname aan de afwikkelingssystemen door instellingen die ressorteren onder het rechtsstelsel van een vreemd land. Het internationaal privaatrecht heeft voor gevolg dat men in geval van faillissement van een instelling naar vreemd recht rekening moet houden met het op het faillissement van toepassing zijnde vreemde recht, dat de vereffening van de transacties in het betalingssysteem, alsook de zakelijke zekerheden, verleend in het kader van dit betalings- of afwikkelingssysteem, in het gedrang kan brengen⁷⁷. Men dient er met andere woorden voor te zorgen dat naast de nationale wet ook andere wetten die ingevolge de faillietverklaring toepassing kunnen vinden, geen nefaste invloed hebben op de werking van de afwikkelingssystemen.

§ 3 De beheersing van de juridische risico's

67. De juridische afdwingbaarheid van nettingovereenkomsten en het definitief karakter van de afwikkeling van betalingen in betalingsafwikkelingssystemen is van essentieel belang⁷⁸. De beheersing van de juridische risico's wordt in België gerealiseerd middels de wet van 28 april 1999⁷⁹ en middels artikel 157 van de wet van 22 maart 1993⁸⁰. Eerstgenoemde wet is het resultaat van de omzetting van een Europese richtlijn betreffende de *finality of payment*⁸¹. De doelstelling van de wetgever bestaat erin te verzekeren dat een faillissement van een deelnemer de afwikkeling gedurende of op het einde van de dag niet in het gedrang kan brengen en aldus

⁷⁴ T. HUERTAS, "Payment Systems in Europe", *E.F.S.L.* 1995, 222; R.E. VAN ESCH, "Het moderne betalingsverkeer", in *Geldige effecten. Capita selecta recht van effecten- en geldverkeer*, Amsterdam, NIBE, 1999, 161.

⁷⁵ A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht, een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 150.

⁷⁶ H. DE WULF en P. WAUTELET, "Aspecten van internationaal privaatrecht", in H. BRAECKMANS; E. DIRIX en E. WYMEERSCH (ed.), *Faillissement & Gerechtigelijk akkoord. Het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 174.

⁷⁷ De faillissementswet bepaalt tevens of compensatie na faillissement mogelijk is: Bergen 24 december 1984, *T.B.H.* 1985, 775; N. WATTE, "Questions de droit international privé des sûretés", in A.M. STRANART (ed.), *Le droits de sûretés*, Brussel, Editions du jeune barreau, 1992, 321.

⁷⁸ Dit blijkt tevens uit het rapport *Lamfalussy* van de Bank for International Settlements, dat een aantal minimale standaarden formuleert. Meer bepaald vereist het goed functioneren van systemen die voorzien in de nettovereffening van betalingen of andere transacties in de eerste plaats dat deze systemen een degelijke juridische basis bezitten in alle relevante jurisdicties: BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten Countries*, Basel, 1990, 5.

⁷⁹ 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, *B.S.* 1 juni 1999, 19563.

⁸⁰ Wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, *B.S.* 19 april 1993, 8650.

⁸¹ Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, *P.B.L.* 1998, 166/45.

het systeemrisico te elimineren⁸². De wet van 28 april 1999 verhoudt zich tot artikel 157 als een *lex specialis*.

A. Het toepassingsgebied van de wet van 28 april 1999

68. Artikel 2 § 1 bepaalt dat de wet van toepassing is op de betalings- en effectenafwikkelingssystemen, die geregeld worden door het Belgische recht. De wetgever heeft ervoor geopteerd een opsomming te geven van de betalings- en effectenafwikkelingssystemen die onder de wet ressorteren⁸³. De Belgische wet onderscheidt zich hierin van de Europese richtlijn, die enkel een omschrijving bevat van het begrip “systeem” (art. 2, a). Een uitbreiding van het toepassingsgebied vergt evenwel geen wijziging van de wettekst, aangezien artikel 2 § 5 in de mogelijkheid voorziet de lijst van de systemen uit te breiden bij Koninklijk Besluit.

69. Niet alleen de betalings- en effectenafwikkelingssystemen, maar ook de deelnemers aan deze systemen ressorteren onder de wet. Een opsomming van de instellingen die als rechtstreekse deelnemers worden beschouwd, vindt men terug in de tweede paragraaf van artikel 2 van de wet⁸⁴. Naast de rechtstreekse deelnemers ressorteren ook de onrechtstreekse deelnemers onder de wet. Het betreft alle kredietinstellingen in de zin van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, waarvan de contante betalingsopdrachten op grond van een lastgevings- of een commissieovereenkomst worden uitgevoerd via een deelnemer aan het betalingssysteem. De wet is van toepassing van zodra de onrechtstreekse deelnemer bekend is bij de instellingen die verantwoordelijk zijn voor het systeem (art. 2 § 3).

70. Tot slot is de wet van toepassing op de vaststelling, ten aanzien van het Belgisch recht, van de rechten en verplichtingen, die voortvloeien uit de deelneming van een deelnemer naar Belgisch recht aan een systeem van een Lidstaat van de Europese Unie dat door de bevoegde autoriteiten van die staat als dusdanig werd aangemeld bij de Europese Commissie, of van een derde staat. Deze bepaling heeft tot doel, voor wat betreft de deelnemers naar Belgisch recht, de bescherming van de Belgische wet uit te breiden naar systemen in het buitenland. Systemen uit een derde land kunnen zich aldus op de Belgische wet beroepen voor wat betreft de vaststelling van de rechten en verplichtingen van een deelnemer naar Belgisch recht (zie ook infra nr. 94)⁸⁵.

71. De toepassing van de wet is uiteraard beperkt tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de deelneming aan één van de systemen, zoals omschreven in de wet. Dit impliceert dat in geval van een faillissement van een financiële instelling de wet niet gehanteerd kan worden ten aanzien van:

- betalingen waarvan de afwikkeling niet geschiedt middels een systeem, maar bijvoorbeeld via het beroep op corresponderende banken en
- betaalopdrachten die door de deelnemer nog niet in het systeem werden ingevoerd.

⁸² M. VEREECKEN, “Reducing Systemic Risk in Payment and Securities Settlement Systems”, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 1998, 107.

⁸³ Als betalingssystemen in de zin van de wet worden beschouwd: ELLIPS, UCV en de Belgische Verrekenkamer (art. 2 § 1 a).

⁸⁴ Het betreft de kredietinstellingen in de zin van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, de beleggingsondernemingen in de zin van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs, iedere Belgische of buitenlandse publiekrechtelijke rechtspersoon of elke onderneming met overheidsgarantie, alsook iedere onderneming met zetel buiten het grondgebied van de Europese Unie, die gelijkaardige taken verricht als de bovenvermelde kredietinstellingen of beleggingsondernemingen. Het betreft tevens iedere beheerder, afwikkelende instantie of entiteit die verantwoordelijk is voor de in de wet bedoelde systemen.

⁸⁵ D. DE VOS, “Aspects juridiques intéressants les systèmes de règlement-titres”, in *Leuvense Vennootschapsdagen*, nog niet uitgegeven (xxx).

B. Tegenstelbaarheid van netting

72. Vooreerst voorziet de wetgever in de rechtsgeldigheid en de tegenstelbaarheid van overeenkomsten die compensatie of netting mogelijk maken (art. 3 §1)⁸⁶.

1. Voorwaarden

73. Krachtens artikel 3 § 1 van de wet betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen is de verrekening van overboekingsopdrachten, en de daaruit voortvloeiende vorderingen en verbintenissen, beschermd wanneer:

- de te verrekenen overboekingsopdrachten volgens de regels van het systeem - dit impliceert dat de werkingsregels van het systeem het tijdstip van invoering van de overboekingsopdrachten vaststellen - in het systeem werden ingevoerd voor het faillissement, het gerechtelijk akkoord of enig andere samenloop; of
- de overboekingsopdrachten werden ingevoerd en afgewikkeld op een ogenblik dat de beherende instelling of de afwikkelende instantie kan aantonen dat zij in de gewettigde onwetendheid verkeerde van het feit dat het faillissement, het gerechtelijk akkoord of de samenloop tegen de betrokken deelnemer voor dat tijdstip heeft plaatsgevonden.

74. De tweede hypothese strekt ertoe de rechtsonzekerheid weg te nemen die weegt op de betaalopdrachten die werden uitgevoerd tussen het tijdstip van het faillissement en het tijdstip waarop de deelnemers en de systeembeheerders van de betrokken betalingssystemen hiervan kennis nemen. Het volstaat evenwel niet dat de betaalopdrachten in het systeem werden ingevoerd. Ook de afwikkeling dient te geschieden op een tijdstip waarin de afwikkelende instantie zich in de gewettigde onwetendheid bevindt (zie ook infra nr. 86).

75. Laat ons dit illustreren aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een overboekingsopdracht wordt ingevoerd om 14.00 uur en een financiële instelling failliet wordt verklaard om 14.15 uur. Aangezien de overboekingsopdracht in het systeem werd ingevoerd voor het faillissement, kan zij zonder probleem verrekend en afgewikkeld worden. Is het faillissement daarentegen om 13.55 uur uitgesproken, de overboekingsopdracht om 14.00 ingevoerd en de beherende instelling om 14.45 uur op de hoogte gebracht van het faillissement, dan is de verrekening slechts beschermd indien de overboekingsopdracht werd ingevoerd (14.00 uur) en werd afgewikkeld op een ogenblik dat de beherende instelling of afwikkelende instantie in de gewettigde onwetendheid verkeerde van het faillissement (voor 14.45 uur). De vereiste van de afwikkeling veronderstelt dat de betaling, die resulteert uit de verrekening, wordt uitgevoerd

⁸⁶ In dit kader dient gewezen te worden op de nettingovereenkomst die binnen de Belgische Vereniging van Banken werd gesloten. Alle banken, dus ook de bijkantoren van buitenlandse banken, kunnen toetreden tot deze overeenkomst. Evenwel zal de nettingovereenkomst ten aanzien van deze bijkantoren slechts effect hebben voor zover het Belgische recht van toepassing is op de verrekening van de verrichtingen of de verrekening beheerst wordt door een rechtsstelsel dat de rechtsgeldigheid van een nettingovereenkomst onder analoge voorwaarden als het Belgische recht erkent: T. PAELINCK, "Netting: Algemene overeenkomst voor het Belgisch Financieel Centrum", *Bank Fin.* 1997, 657-661.

tussen het tijdstip van het faillissement (13.55 uur) en het tijdstip waarop de systeembeheerders hiervan kennisnemen (14.45 uur).

2. Beoordeling van de gewettigde onwetendheid

76. Het is de systeembeheerder die in geval van betwisting dient aan te tonen dat hij in de gewettigde onwetendheid verkeerde van de betrokken situatie. Het volstaat derhalve niet dat de systeembeheerder niet op de hoogte is van de samenloop. Zijn onwetendheid dient tevens verschoonbaar te zijn. Wat betreft de beoordeling van de verschoonbaarheid dient melding gemaakt van artikel 5 § 1 van de wet dat voorziet in een regel krachtens dewelke het nieuws van het faillissement en van een aantal andere gebeurtenissen ambtshalve door de griffie van de bevoegde rechtbank moet worden medegedeeld aan de Nationale Bank van België, en voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, die aan haar toezicht onderworpen zijn, eveneens aan de Commissie voor Bank- en Financien. Een dergelijke kennisgeving dient te geschieden per fax of per drager, binnen een uur na de neerlegging, betekening of uitspraak. De Nationale Bank van België moet erop toezien dat de vordering of het vonnis onverwijld wordt medegedeeld aan de beheerders en afwikkende instanties van de systemen vermeld in de wet⁸⁷.

77. Een beheerder of afwikkende instantie kan zijn gewettigde onwetendheid bewijzen door aan te tonen dat op het tijdstip van de opdracht of de uitvoering ervan het nieuws van het faillissement van de deelnemer in kwestie hem nog niet was betekend conform artikel 5 § 1 en evenmin bekend was op de markten⁸⁸. De Belgische wetgever heeft niet geopteerd voor een verplichte tussenkomst van het orgaan van toezicht voor de rechtbank die bevoegd is het faillissement van de betrokken instelling uit te spreken. De door de Belgische wetgever vooropgestelde regeling contrasteert in dit opzicht met de Franse wet die bepaalt dat het faillissement van een kredietinstelling enkel uitgesproken kan worden op advies van de *Commission bancaire*⁸⁹.

3. Relatie tot artikel 157 van de wet van 22 maart 1993

78. De Memorie van toelichting bepaalt uitdrukkelijk dat artikel 3 §1 geen afbreuk doet aan artikel 157 § 1, voor zover deze beschikking in het algemeen de tegenstelbaarheid aan de schuldeisers van bilaterale of multilaterale overeenkomsten van schuldvergelijking tussen kredietinstellingen of tussen kredietinstellingen en instellingen belast met de verrekening of de vereffening van betalingen of financiële transacties bevestigt en de tegenstelbaarheid van uitdrukkelijk ontbindende bedingen om schuldvergelijking mogelijk te maken⁹⁰ erkent. Artikel 3

⁸⁷ De Nationale Bank van België staat tevens in voor de kennisgeving aan de daartoe aangestelde autoriteiten in de andere Lidstaten van de Europese Unie, voor zover deze betrokken zijn bij het gerechtelijk akkoord of het faillissement van de deelnemer in kwestie.

⁸⁸ Ter zake kan verwezen worden naar het radionieuws en naar de nieuwsberichten op de Reuter- en de Telerateschermen: Memorie van Toelichting, p.10-11.

⁸⁹ Art. 46-3 van de wet van 24 januari 1984; P. BLOCH, "La Directive 98/26/CEE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres", in J.P. MATTOU en H. DE VAUPLANE (ed.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF - France II*, Parijs, Banque, 1999, 61.

⁹⁰ Dergelijke uitdrukkelijk ontbindende bedingen (close-out netting) hebben tot doel naast de opeisbare vorderingen ook de niet-opeisbare vorderingen te verrekenen. Daartoe bepalen de partijen in een overeenkomst dat bij het intreden van een bepaalde gebeurtenis (bijvoorbeeld faillissement) de onderlinge contracten ontbonden worden: D. DEVOS, "Le netting en droit belge", *Bank Fin.* 1994, 168.

§1, dat in geval van conflict tussen beide artikelen, als *lex specialis* voorrang zal genieten onderscheidt zich van artikel 157 §1 doordat het enkel gehanteerd kan worden in het licht van de deelname aan een systeem, zoals bepaald in de wet (zie *supra* nr. 68 e.v.).

4. De bescherming tegen de schadelijke gevolgen van handelingen gesteld in de verdachte periode

79. Tevens dient melding gemaakt van artikel 3 § 2 dat bepaalt dat de verrekening niet in het gedrang kan worden gebracht ingevolge de wetten betreffende het gerechtelijk akkoord of ingevolge de faillissementswet. Deze bepaling strekt ertoe de door het systeem uitgevoerde verrekening te beschermen tegen de eventueel schadelijke weerslag van de bepalingen betreffende de frauduleuze transacties, al dan niet uitgevoerd tijdens de verdachte periode. Zij moet verzekeren dat de verrekening definitief verworven is, dit om te vermijden dat de in deze verrekening geïntegreerde transacties en betalingen ongedaan zouden worden gemaakt. Problemen zouden anders bijvoorbeeld kunnen ontstaan, indien in de verrekening opgenomen overboekingsopdrachten de betaling betreffen van niet vervallen schulden.

5. De mogelijkheid de afwikkelingsrekening te debiteren

80. Artikel 3 § 3 tot slot bepaalt dat, niettegenstaande het faillissement, de systeembeheerder of de afwikkelende instantie - voor zover de toepasselijke contractuele bepalingen hem daartoe machtigen - de afwikkelingsrekening van de de gefailleerde deelnemer, die in gebreke blijft om zijn verbintenissen uit te voeren, mag debiteren, om het na de verrekening ontstane debetsaldo aan te zuiveren en aldus de eindafwikkeling mogelijk te maken. Meer nog, de beheerder is zelfs gemachtigd, onder de toepasselijke contractuele voorwaarden, ambtshalve, dit wil zeggen zonder voorafgaande rechterlijke machtiging, gebruik te maken van de aan de deelnemer toegestane kredietopening, om de in hoofde van de deelnemer ontstane debetpositie aan te zuiveren. Dit laatste is evenwel slechts mogelijk ten belope van een bedrag waarvoor beschikbare zakelijke zekerheden in de zin van artikel 8 § 3 voor handen zijn⁹¹.

81. Het kan nuttig zijn het belang van deze bepaling te illustreren aan de hand van een voorbeeld. Stel dat de netto debetpositie van een gefailleerde deelnemer 100 bedraagt en op de afwikkelingsrekening van de deelnemer slechts 80 aanwezig is. Laat de gefailleerde deelnemer na zijn verbintenis om 100 te betalen uit te voeren, dan kan de systeembeheerder, voor zover de toepasselijke contractuele bepalingen hem daartoe machtigen, de afwikkelingsrekening debiteren om het debetsaldo aan te zuiveren. Aangezien de aanwezige 80 niet volstaat om de eindafwikkeling mogelijk te maken, mag de afwikkelende instantie, voor zover dit contractueel is bepaald, tevens ambtshalve gebruik maken van de aan de deelnemer toegestane kredietopening. Daarbij is enkel vereist dat voor het bedrag van 20 zakelijke zekerheden in de zin van artikel 8 § 3 aan het toegestane krediet verbonden zijn.

C. De afschaffing van de 0-uur regel

82. Artikel 6 van de wet van 1999 bepaalt dat een faillissementsprocedure geen terugwerkende kracht kan hebben - ten opzichte van het ogenblik waarop het vonnis van faillietverklaring werd uitgesproken - op de rechten en de verplichtingen van een deelnemer, voortvloeiend uit zijn deelname aan het systeem. De regel betreft het geheel van rechten en plichten van een gefailleerde deelnemer, ongeacht of het de uitvoering van zijn overboekingsopdrachten betreft,

⁹¹ Zie ook: D. DEVOS, "La Directive Européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif de Règlement dans les Systèmes de Paiement et de Règlement des Opérations sur Titres", *Euredia* 1999, 176.

het vestigen van zekerheden of marges ten voordele van de systeembeheerder, of in het algemeen de tenuitvoerlegging van elke maatregel vastgelegd door de regels van het systeem⁹².

83. Artikel 6 bevat een algemene regel, waarvan zowel artikel 3 § 1 als artikel 4 § 1 een bijzondere toepassing uitmaken. Tevens dient opgemerkt dat artikel 6 geen afbreuk doet aan artikel 157 § 2 van de wet van 22 maart 1993, welk artikel een ruimere draagwijdte bezit (infra nr. 111).

D. Definitief karakter van overboekingsopdrachten

84. De wet bepaalt dat overboekingsopdrachten, alsook de betalingen die voortvloeien uit zulke opdrachten rechtsgeldig zijn en aan derden kunnen worden tegengeworpen, ook in geval van faillissement, gerechtelijk akkoord of een van het faillissement verschillende samenloop tegen een deelnemer, voor zover:

- de overboekingsopdrachten werden ingebracht in het systeem, volgens de regels ervan voor het plaatsvinden van het faillissement, het gerechtelijk akkoord of de samenloop of
- zij werden ingevoerd en uitgevoerd op een ogenblik dat de beherende instelling of afwikkellende instantie kan aantonen dat zij in de gewettigde onwetendheid verkeerde van het feit dat het faillissement, het gerechtelijk akkoord of de samenloop tegen de betrokken deelnemer voor dat tijdstip heeft plaatsgevonden.

85. De uitvoering van dergelijke opdrachten, en de betalingen die eruit voortvloeien, in een systeem zijn, zelfs na het faillissement, het gerechtelijk akkoord of de samenloop tegen een deelnemer, rechtsgeldig en definitief en kunnen om geen enkele reden nog in het gedrang worden gebracht.

86. De tekst van de wet maakt een duidelijk onderscheid tussen de betaalopdrachten die werden ingevoerd voor het tijdstip van faillietverklaring en deze die daarna werden ingebracht. Wat betreft betaalopdrachten die voor het plaatsvinden van het faillissement werden ingebracht volstaat het invoeren van de opdracht als dusdanig. Het is van geen belang wanneer de uitvoering van deze opdracht geschiedt. Wat betreft daarentegen betaalopdrachten die werden ingevoerd na het plaatsvinden van het faillissement is niet alleen vereist dat de invoering maar ook dat de uitvoering ervan geschiedde op een tijdstip waarop de beherende instelling of afwikkellende instantie kan aantonen dat zij in de gewettigde onwetendheid verkeerde omtrent het bestaan van het faillissement. Pas dan is de uitvoering definitief verworven (zie ook supra nrs. 74-75).

87. Deze regeling dient duidelijk te worden onderscheiden van de regel die voorziet in de tegenstelbaarheid van de verrekening van overboekingsopdrachten, te meer daar deze regel ook van toepassing is in systemen die niet voorzien in de verrekening van overboekingsopdrachten, doch die overboekingsopdrachten individueel en onmiddellijk uitvoeren. Waar artikel 3 van de wet de tegenstelbaarheid van de verrekening beoogt, betreft artikel 4 de rechtsgeldigheid van de overboekingsopdrachten als dusdanig. We illustreren dit aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een deelnemer aan een netto-betaalsysteem failliet wordt verklaard om 14.00 uur en dat een betaalopdracht in het systeem werd ingebracht om 13.35 uur. De rechtsgeldigheid van de overboekingsopdracht en het definitief karakter ervan worden beschermd op grond van artikel 4. De curator kan niet eisen dat de overboekingsopdracht uit het systeem wordt gelicht, zelfs indien de betaling, die voortvloeit uit deze opdracht, en die in ons geval het resultaat zal zijn van *netting*, geschiedt om 15.30 uur. De *netting* of de verrekening wordt eveneens beschermd, doch

⁹² Als voorbeeld worden in de Memorie van Toelichting genoemd: de regels betreffende de uitsluiting of schorsing van een deelnemer en de regels betreffende de overdracht van de posities op een andere participant: Memorie van Toelichting, p. 16.

op grond van artikel 3 van de wet. De curator kan niet beletten dat schuldvergelijking plaatsvindt.

E. Geldigheid en tegenstelbaarheid van de gestelde zekerheden

88. Zekerheden kunnen, in het kader van de afwikkeling van betalingen tussen financiële instellingen, slechts een oplossing aanreiken wanneer zij in geval van faillissement van een deelnemer op een eenvoudig wijze te gelde gemaakt kunnen worden. Daarom bepaalt artikel 8 § 1 dat de insolventie van een deelnemer, alsook iedere maatregel van beslag of sekwester tegen hem, geenszins afbreuk kan doen aan de geldigheid, de tegenstelbaarheid of de preferentiële tegeldemaking van de zekerheden⁹³, met inbegrip van alle rechten daarop, die werden gevormd ten gunste van een andere deelnemer aan het systeem of ten gunste van de centrale bank van een Lidstaat van de EU of de ECB, voor hun centrale-bankoperaties.

89. Deze bepaling strekt tot de verbetering van de doeltreffendheid van de zekerheden. De regel heeft voor gevolg dat de deelnemer - beneficiaris van de zekerheid - bij faillissement van een andere deelnemer, die onder hetzelfde nationaal recht valt als het betalingssysteem zelf, mag overgaan tot de uitwinning van de zekerheid die deze deelnemer heeft gesteld. De uitwinning kan geschieden zonder de voorafgaande toestemming van de rechtbank of de vereffenaar te vragen. Een dergelijke toestemming is niet nodig, zelfs niet indien het voorafgaand akkoord krachtens de faillissementswet vereist was. Uiteraard dient de beneficiaris steeds de algemene voorschriften die gelden voor de modaliteiten tot uitwinning van een zakelijke zekerheid in acht te nemen. Ter zake kan verwezen worden naar de verplichting te verkopen op een georganiseerde markt of naar de verplichting om te verkopen tegen de beste prijs.

F. Toepasselijke wet

90. Het is echter niet voldoende te voorzien in de juridische afdwingbaarheid van (overeenkomsten van) schuldvergelijking, in de tegenstelbaarheid van zekerheden en in de afschaffing van de 0 uur regel. Men dient er tevens over te waken dat deze bepalingen toepassing vinden in geval een deelnemer naar buitenlands recht failliet wordt verklaard. Zoals reeds werd vermeld, kan het internationaal privaatrecht roet in het eten gooien door ten aanzien van een deelnemer naar buitenlands recht een vreemde wet, die bijvoorbeeld niet voorziet in de afschaffing van de 0 uur regel, te hanteren.

1. De Belgische wet

a) Toepassing van de wet van het systeem

91. Om dit te vermijden bevat de wet van 28 april 1999 verschillende bepalingen. De basisregel ligt vervat in artikel 7 §1 en houdt in dat de gevolgen van een insolventieprocedure⁹⁴, ingesteld tegen een deelnemer die ressorteert onder het recht van een andere Lidstaat van de Europese Unie of een derde staat, op de rechten en de verplichtingen van een deelnemer, voortvloeiend uit zijn deelname aan het Belgisch systeem, uitsluitend onder de toepassing van de Belgische wet vallen. Artikel 7 § 1 heeft met andere woorden voor gevolg dat, in geval van faillissement van

⁹³ Een zekerheid in de zin van het artikel is ieder pand van of ieder bijzonder voorrecht op contanten of financiële instrumenten, iedere cessie-retrocessieoperatie of eigendomsoverdracht tot zekerheid of elke analoge waarborg, beheerst door het Belgisch of een buitenlands recht (art. 8 § 3).

⁹⁴ Artikel 7 § 3 omschrijft deze procedure als ieder faillissement, gerechtelijk akkoord, moratorium, staking van betalingen en , in het algemeen, iedere collectieve maatregel waarin de wetgeving van een Lidstaat of een derde staat voorziet met het oog op de liquidatie of de sanering van een deelnemer indien een dergelijke maatregel gepaard gaat met opschorting van, of oplegging van beperkingen aan alle of een deel van de desbetreffende overboekingsopdrachten of betalingen.

een deelnemer, die ressorteert onder het recht van een derde staat maar die deelneemt aan het Belgische systeem, de curator van die staat de bepalingen van de Belgische wet moet respecteren. Omgekeerd bepaalt artikel 7 § 2 dat het faillissement van een deelnemer die onder het Belgische recht ressorteert, wat betreft zijn rechten en zijn verplichtingen voortvloeiend uit zijn deelname aan een buitenlands systeem, uitsluitend beheerst worden door de wet van dat systeem. De Belgische curator dient dus de wet van het buitenlandse systeem te respecteren.

92. Deze bepalingen hebben niet uitsluitend betrekking op de aangelegenheden die door de richtlijn geregeld worden, zoals de mogelijkheid na het faillissement tot *netting* over te gaan of de neutralisering van de 0 uur regel, doch tevens op de aangelegenheden, die niet uitdrukkelijk door de richtlijn beheerst worden. Het is voldoende dat zij verband houden met de rechten en de verplichtingen die voor de deelnemer voortvloeien uit zijn deelname aan het betalingsafwikkelingssysteem. Als voorbeeld kan verwezen worden naar de hypothese dat een betalingssysteem, conform de lokale wetgeving, bij insolventie van een deelnemer contracten of posities zou overhevelen⁹⁵. Het betreft de situatie waarin een derde een contract van de gefailleerde deelnemer of de positie die deze deelnemer inneemt, overneemt.

93. Zoals reeds vermeld, impliceert artikel 7 § 1 dat, in geval van faillissement van een deelnemer, die ressorteert onder het recht van een derde staat maar die deelneemt aan het Belgische systeem, de curator van die staat de bepalingen van de Belgische wet moet respecteren. De vraag rijst echter hoe men dit resultaat kan bereiken indien de curator van die derde staat de betaalopdrachten, uitgevoerd door de gefailleerde deelnemer, op grond van de vreemde faillissementswet in vraag stelt. Wij zijn de mening toegedaan dat de toepassing van de vreemde faillissementswet, die bijvoorbeeld de compensatie na faillissement verbiedt en in geen uitzondering voorziet ten aanzien van betaalsystemen, verhinderd kan worden op grond van de internationale openbare orde⁹⁶. Men kan immers argumenteren dat de goede werking van de betaalsystemen behoort tot de internationale openbare orde van het land waar het betaalsysteem gevestigd is.

94. Artikel 7 § 2 behandelt de situatie waarin een instelling naar Belgisch recht, die deelneemt aan een afwikkelingssysteem in een land dat niet behoort tot de EU, failliet gaat. Krachtens artikel 7 § 2 dient uitsluitend de voor dat systeem geldende buitenlandse wetgeving gehanteerd te worden. Dit belet nochtans niet dat men zich in de derde staat zou baseren op het Belgische faillissementsrecht, met inbegrip van de wet van 28 april 1999, om de Belgische curator het recht te ontzeggen de betaalopdrachten van de gefailleerde deelnemer in vraag te stellen. Dit blijkt duidelijk uit artikel 2 § 4 van de wet van 28 april 1999 (supra nr. 70). Deze regel heeft voor gevolg dat een systeem uit een derde land, dat geen bijzondere bepalingen bezit ter zake van de afwikkeling van betalingen in geval van faillissement van een deelnemer naar Belgisch recht, zich tegenover de Belgische curator kan beroepen op de bepalingen van de wet van 28 april 1999.

95. Aangezien de wet spreekt over een Belgisch systeem en een systeem dat ressorteert onder het recht van een andere staat, dient men vast te stellen wanneer een systeem Belgisch is. Het systeem is in wezen een overeenkomst, zodat de partijen, dit zijn de deelnemers, de toepasselijke wet kunnen kiezen (art. 3 EVO)⁹⁷. Deze keuze is evenwel beperkt. Krachtens artikel 2 a) van de richtlijn *finality of payment* kunnen de deelnemers enkel een wet kiezen van een land waar tenminste één onder hen zijn hoofdkantoor heeft. Bovendien kan de keuze van een wet van een land waar één enkele deelnemer zijn hoofdkantoor gevestigd is de toepassing van de dwingende bepalingen van het recht van een ander land, waarmee het geval nauw verbonden is, niet verhinderen (art. 7 EVO). Een dergelijke nauwe band lijkt aanwezig ten aanzien van het recht van het land waar het hoofdkantoor van de meerderheid van de deelnemers

⁹⁵ D. DEVOS, “La Directive Européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif de Règlement dans les Systèmes de Paiement et de Règlement des Opérations sur Titres”, *Euredia* 1999, 180.

⁹⁶ Zie in deze zin ook: D. DEVOS, “La protection juridique des systèmes de paiement en cas de défaillance d’un participant”, *Rev. Dr. Banc.* 1997, nr. 59, 18.

⁹⁷ A. NIJENHUIS en H.L.E. VERHAGEN, “Netting: een beschouwing naar Nederlands recht”, *De Naamloze vennootschap*, 1994, 101-102.

is gevestigd en waar zich tevens het afwikkelingssysteem bevindt. De bepalingen van dit land zullen, voor zover zij betrekking hebben op het definitief karakter van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, toepassing vinden, zelfs indien de partijen een andere toepasselijke wet gekozen hebben.

96. Bij ontstentenis van enige keuze, een situatie die weinig waarschijnlijk is, dient men ingevolge artikel 4 van het Romeverdrag de wet van het land waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden aan te wenden. Artikel 4.2° E.V.O. geeft aan dat een overeenkomst vermoed wordt het nauwst te zijn verbonden met het land, waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten haar hoofdbestuur heeft. Het lijkt geen twijfel dat de afwikkelende instantie de meest kenmerkende prestatie verricht, zodat de wet van het land waar zij gevestigd is toepassing moet vinden⁹⁸.

b) Toepassing van de wet van de Lidstaat waar de rekening wordt gehouden

97. Een tweede uitdrukkelijke bepaling van internationaal privaatrechtelijke aard ligt vervat in artikel 8 § 2, dat bepaalt dat, wanneer financiële instrumenten het voorwerp uitmaken van een zekerheid ten gunste van de deelnemers aan een systeem of ten gunste van een centrale bank van een Lidstaat van de Europese Unie of van de ECB, en ingeschreven zijn op een rekening, in een register of bij een centraal depositostelsel in een Lidstaat van de Europese Unie overeenkomstig de wetgeving van die staat, de vaststelling van de rechten van de deelnemers of van de centrale banken in hun hoedanigheid van houders van zekerheden uitsluitend onder de toepassing van het recht van de Lidstaat waar de rekening, het register of het centraal depositostelsel waarop de zekerheid werd ingeschreven, wordt bijgehouden, valt. Niet de wet van het systeem of de faillissementswet, maar wel de wet van de Lidstaat waar de financiële instrumenten zijn ingeschreven op een rekening, in een register of bij een centraal depositostelsel dient derhalve toegepast te worden.

c) Doeltreffendheid van de zekerheden en het internationaal privaatrecht

98. Tot slot bevat ook artikel 8 § 1 een regel van internationaal privaatrechtelijke aard, waar het bepaalt dat de insolventie van een deelnemer naar buitenlands recht op generlei wijze afbreuk kan doen aan de geldigheid, de tegenstelbaarheid of de preferentiële tegeldemaking van de zekerheden, gevormd ten gunste van een deelnemer aan een systeem, of ten gunste van de centrale bank van een Lidstaat van de EU of de ECB voor hun centrale-bankoperaties. Deze bepaling moet verzekeren dat de toepassing van een vreemde faillissementswet geen negatieve invloed heeft op de rechten van de crediteur, die deelnemer is aan het betaalsysteem en biedt aldus bescherming tegen de negatieve rechtsgevolgen van het recht dat het faillissement van de debiteur beheerst.

2. Het insolventieverdrag⁹⁹

99. Artikel 9 van het insolventieverdrag, dat nog niet in werking is getreden¹⁰⁰, bevat een bijzondere regel krachtens de welke de gevolgen van een insolventieprocedure voor de rechten en de verplichtingen van deelnemers aan een betalings- of een vereffeningssysteem of aan een financiële markt, uitsluitend beheerst worden door het recht van de staat dat op dat systeem of die markt van toepassing is. Deze bepaling stemt overeen met artikel 8 van de richtlijn en artikel 7 van de wet van 28 april 1999. Artikel 9 van het insolventieverdrag geldt onverminderd artikel

⁹⁸ P. BLOCH, *o.c.*, 70.

⁹⁹ Europees Verdrag betreffende insolventieprocedures, opgemaakt te Brussel op 23 november 1995.

¹⁰⁰ Op dit ogenblik is er een Initiatief van de Bondsrepubliek Duitsland en Republiek Finland met het oog op de aanneming van een Verordening van de Raad betreffende insolventieprocedures, aan de Raad voorgelegd op 26 mei 1999, *P.B.C.* 1999, afl. 222/8. De tekst van dit initiatief is identiek aan deze van het insolventieverdrag.

5 dat betrekking heeft op de zakelijke rechten en zakelijke zekerheden en bepaalt dat de opening van een insolventieprocedure het zakelijk recht van een schuldeiser of van een derde op lichamelijke of onlichamelijke of op roerende of onroerende goederen die toebehoren aan de schuldenaar en die zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend op het grondgebied van een andere verdragsluitende staat bevinden, onverlet laat. Deze bepaling werd opgenomen in het insolventieverdrag om te vermijden dat de wet van het systeem automatisch toegepast zou worden op de zekerheden, die zich in een derde staat bevinden.

100. De bepaling van artikel 5 heeft een ruime draagwijdte, aangezien krachtens artikel 5 niet alleen de vreemde faillissementswet, doch ook de insolventieprocedure in het algemeen, de rechten van de titularis van de zekerheid onverlet laat. De titularis kan zich gedragen alsof er geen faillissement is geweest. In die zin vertoont artikel 5 een grote gelijkenis met artikel 8 § 1 van de wet van 28 april 1999. Nochtans bestaat er een belangrijk onderscheid. Artikel 27 van het insolventieverdrag voorziet in de mogelijkheid een secundaire insolventieprocedure te openen. Derhalve kunnen zekerheden aangetast worden indien ze betrekking hebben op goederen, die zich bevinden in een andere staat en indien de curator beslist in die staat een secundaire insolventieprocedure te openen. Deze procedure wordt volledig beheerst door het recht van het land waar ze wordt geopend en biedt de curator de mogelijkheid het interne faillissementsrecht van het land waar de secundaire faillissementsprocedure werd geopend toe te passen ten aanzien van de gestelde zekerheden.

3. Het voorstel van richtlijn met betrekking tot de sanering en vereffening van kredietinstellingen

101. Dit voorstel van richtlijn, daterend van 1995, bepaalt dat de administratieve en de gerechtelijke autoriteiten van het land van oorsprong van de bank in moeilijkheden exclusief bevoegd zijn om beslissingen te nemen aangaande de in werking stelling van maatregelen van sanering, alsook voor het openen van een faillissementsprocedure. De bevoegde autoriteiten dienen daarbij toepassing te maken van de wet van het land van oorsprong van de kredietinstelling¹⁰¹.

102. Aangezien de *home country rule* de afwikkeling van betalingen in het gedrang zou kunnen brengen bevat het voorstel enkele belangrijke uitzonderingen. De werking van de betalings- en afwikkelingssystemen, de geldigheid van de *netting* en van cessie retrocessie operaties blijven onderworpen aan de wet van het systeem. Ook de zekerheden worden niet beheerst door de wet van het land van oorsprong, doch wel door de *lex rei sitae*.

103. Het voorstel onderscheidt zich van het insolventieverdrag, aangezien het niet bepaalt dat de opening van een insolventieprocedure de zekerheden onverlet laat. Gelet op de onmogelijkheid een secundaire insolventieprocedure uit te spreken is een dergelijke bepaling ook niet wenselijk, aangezien ze zou leiden tot een werkelijke immuniteit in hoofde van de titularis van een zekerheid. Een dergelijke immuniteit is enkel wenselijk ten aanzien van de zekerheden gesteld in het kader van de goede werking van de betalings- en afwikkelingssystemen, een doelstelling die bereikt wordt middels de wet van 28 april 1999 en de richtlijn *Finality of payment*.

§ 4 De noodzaak ook de financiële risico's te beheersen

104. De adequate beheersing van de financiële risico's laat toe de doelstelling van de wet van 28 april 1999, zijnde de eliminatie van het systeemrisico, ten volle te realiseren. Indien een deelnemer aan een netto-betaalsysteem failliet wordt verklaard kunnen nettingovereenkomsten

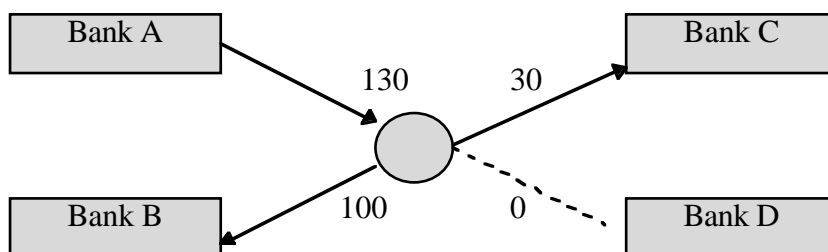
¹⁰¹ In tegenstelling tot het insolventieverdrag bevat het voorstel niet de mogelijkheid een secundaire insolventieprocedure uit te spreken en huldigt derhalve het principe van de eenheid en universaliteit van het faillissement: M. DASSESSE, "Les quiproquos du netting", *Rev. Dr. Banc.* 1995, 111.

slechts de afwikkeling van de berekende posities verzekeren indien de netto debetpositie, die wordt ingenomen door de gefailleerde deelnemer, kan worden aangezuiverd¹⁰². De absolute zekerheid dat dit mogelijk is, kan men bekomen door de maximale netto debetpositie te bepalen die iedere deelnemer tegenover alle andere deelnemers samen mag innemen¹⁰³ en alle deelnemers te verplichten ten belope van hun maximale netto debetpositie zekerheden te verstrekken. De eindafwikkeling wordt alsdan verzekerd dankzij de combinatie van:

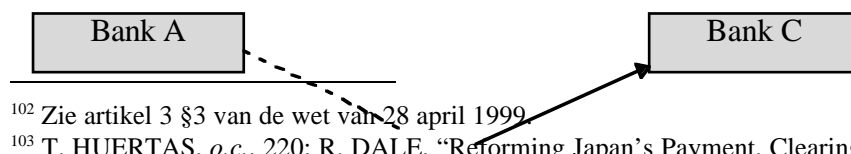
- het stellen van *caps* en zekerheden als maatregelen ter beheersing van de financiële risico's;
- de juridische afdwingbaarheid van *netting*;
- de mogelijkheid voor de systeembeheerder om de afwikkelingsrekening van de in gebreke blijvende deelnemer te debiteren en eventueel zelfs gebruik te maken van de toegestane kredietopening en
- de regel betreffende de doeltreffendheid van de zekerheden.

105. Is het niet mogelijk de in hoofde van de gefailleerde deelnemer ontstane netto debetpositie aan te zuiveren dient men zijn toevlucht te nemen tot curatieve maatregelen, zoals *loss-sharing* of *unwinding*, die weliswaar toelaten de vereffening te laten plaatsvinden, maar die kunnen leiden tot aanzienlijke verliezen in hoofde van de overige deelnemers. Zij beperken in wezen het nut van de wettelijke maatregelen, aangezien het systeemrisico behouden blijft.

106. *Unwinding* is een techniek die erin bestaat de in gebreke blijvende deelnemer van de *settlement* uit te sluiten en de netto betaalverplichtingen van iedere deelnemer opnieuw te berekenen, zonder daarbij rekening te houden met de in gebreke blijvende partij¹⁰⁴. Het nadeel van deze methode, die voorzien is binnen het UCV, bestaat erin dat zij aanleiding kan geven tot liquiditeitsproblemen in hoofde van andere deelnemers¹⁰⁵. Bovendien heeft zij voor gevolg dat de door alsook de in het voordeel van de gefailleerde ingevoerde betaalopdrachten, hoewel ze wettelijk gezien afgewikkeld kunnen worden, geen uitvoering kunnen bekomen.



Figuur 8: posities ingevolge de multilaterale netting, berekend op basis van figuur 1

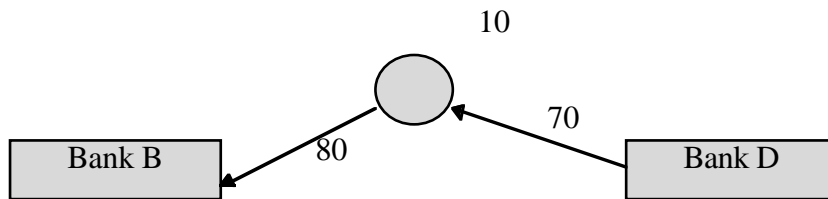


¹⁰² Zie artikel 3 §3 van de wet van 28 april 1999.

¹⁰³ T. HUERTAS, *o.c.*, 220; R. DALE, "Reforming Japan's Payment, Clearing and Settlement Systems: Part I: Large Value Interbank Payment Systems", *J.I.B.L.* 1999, 179. Betaalopdrachten, waarvan de verwerking zou leiden tot de overschrijding van deze maximale positie dienen te worden verworpen of in een wachtrij geplaatst. Naast deze *caps* bestaan nog andere caps. Deze strekken ertoe de maximale netto credit positie te bepalen die een deelnemer wil innemen tegenover een andere deelnemer: R. DALE, "Controlling Risks in Large-Value Interbank Payment Systems", *J.I.B.L.* 1997, 429; A. HOOK, "CHIPS", in W. EFFROS (ed.), *Payment Systems of the World*, New York, Oceana Publications, 1994, 113-114 en 117-119.

¹⁰⁴ H.J. VOLLRATH, *Die Endgültigkeit bargeldloser Zahlungen*, Berlin, Walter de Gruyter, 1997, 169.

¹⁰⁵ De unwinding is bijvoorbeeld niet meer mogelijk in EBA: W. SCHEERLINCK, "EBA Clearing: een waardevol alternatief voor efficiënt grensoverschrijdend betalingsverkeer", *Bank Fin.* 1998, 269.



Figuur 9: Gevolg van *unwinding* in geval van faillissement van bank A. De posities werden berekend op basis van figuur 1.

107. *Loss-sharing* is een techniek waarbij de overige deelnemers aan het systeem voor de nodige liquiditeiten zorgen om de vereffening tot een goed einde te brengen. De meest eenvoudige formule daarbij bestaat erin iedere deelnemer eenzelfde bedrag te doen ophoesten. Deze formule is evenwel niet billijk, daar zij geen rekening houdt met de relaties die de overlevende deelnemer heeft met de in gebreke blijvende partij. Daarom kan men ervoor opteren het verlies pro rata, dit is in functie van de bestaande, bilaterale posities, over de overlevende deelnemers te verdelen. Maar ook dergelijk systeem is vrij willekeurig, aangezien de stroom van betalingen aan een financiële instelling wordt opgedrongen. De beste methode bestaat er wellicht in de verliezen pro rata, in functie van de bilaterale caps of limieten die iedere overlevende bank ten aanzien van de in gebreke blijvende bank heeft vastgesteld, te verdelen. De overlevende banken hebben deze limieten immers, rekening houdend met de kredietwaardigheid van de tegenpartij, zelf kunnen vastleggen¹⁰⁶.

108. In tegenstelling tot de *unwinding* laat *loss-sharing* toe de door de gefailleerde deelnemer geïntialiseerde betaalopdrachten af te wikkelen, zodat de opdrachtgever of de begunstigde uit de onderliggende verhouding, althans wat betreft de afwikkeling van de betaling, niets zullen merken van het faillissement van de tussenkommende financiële instelling. Men kan immers niet argumenteren dat de curator de verrichtingen die werden gesteld na 0 uur van de dag van het faillissementsvonnis wel in vraag kan stellen in de relatie tot de uiteindelijke begunstigde. Een dergelijke minimalistische interpretatie van de wet lag duidelijk niet in de bedoeling van de wetgever¹⁰⁷.

109. Het niet op een adequate wijze beheersen van de financiële risico's kan voor gevolg hebben dat het nut van de wettelijke regelen ten dele te niet wordt gedaan. Een dergelijke situatie doet zich voor indien door een inadequate beheersing van de financiële risico's de mogelijkheid die door de wetgever in artikel 3 § 3 wordt geboden om, ter aanzuivering van het na *netting* ontstane debetsaldo, de afwikkelingsrekening van de gefailleerde deelnemer te debiteren en binnen bepaalde grenzen gebruik te maken van de aan de gefailleerde deelnemer toegestane kredietopening, niet toereikend is om de eindafwikkeling te verzekeren. In een dergelijk geval kan de betaalopdracht, geïntialiseerd door de intussen gefailleerde instelling van de opdrachtgever, niet afgewikkeld worden (tenzij bij *loss-sharing*) en derhalve de rekening van de uiteindelijke begunstigde van de betaalopdracht niet gecrediteerd worden. De opdrachtgever uit de onderliggende verhouding is niet bevrijd, aangezien de bevrijding slechts geschiedt bij de creditering van de rekening van de begunstigde¹⁰⁸.

Afdeling VI Het faillissement van een instelling die geen deelnemer is

¹⁰⁶ D. SCHEPPARD, o.c., 31-32.

¹⁰⁷ M. VEREECKEN, o.c., 121; D. DEVOS, "La Directive Européenne du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif de Règlement dans les Systèmes de Paiement et de Règlement des Opérations sur Titres", *Euredia* 1999, 179-180.

¹⁰⁸ Luik 22 december 1982, *Jur. Liège* 1983, 347; Antwerpen 17 mei 1984, *R.W.* 1984-1985, 264; Kh. Luik 13 mei 1981, *Jur. Liège* 1983, 65; contra: Arbh. Antwerpen 14 november 1995, *T.B.H.* 1996, 1035, noot J.P. BUYLE en X. THUNIS.

110. Is de gefailleerde instelling geen deelnemer in de zin van artikel 2 van de wet van 28 april 1999 kan de wet niet gehanteerd worden. Dit betekent evenwel niet dat geen wettelijke bepalingen voor handen zijn die de afwikkeling van de betaling in geval van een faillissement van een tussenkomende financiële instelling beheersen.

§ 1 Artikel 157 van de wet van 22 maart 1993

A. De afschaffing van de 0 uur regel

111. Artikel 157 § 2 bepaalt dat de door een kredietinstelling op de dag van haar faillietverklaring verrichte betalingen, transacties en handelingen en de op die dag aan dergelijke instellingen gedane betalingen geldig zijn indien zij het tijdstip van het vonnis van faillietverklaring voorafgaan of werden verricht zonder van het faillissement van de kredietinstelling af te weten. Deze bepaling heeft voor gevolg dat alle betalingen die door of aan de gefailleerde corresponderende bank werden verricht voor het tijdstip van faillietverklaring of eventueel daarna - indien ze werden verricht zonder van het faillissement op de hoogte te zijn - door de curator niet in vraag kunnen worden gesteld.

B. De tegenwerpelijkheid van nettingovereenkomsten

112. Artikel 157 § 1 voorziet in de tegenwerpelijkheid van overeenkomsten van bilaterale en multilaterale schuldvergelijking tussen kredietinstellingen of tussen kredietinstellingen en instellingen belast met de verrekening of vereffening van betalingen, in geval van faillissement of enig andere gelijkgerechtigde samenloop. Vereist is enkel dat de te verrekenen vordering en schuld ten tijde van de faillietverklaring of van de gelijkgerechtigde samenloop deel uitmaakten van hetzelfde vermogen - noch de datum van hun opeisbaarheid, noch hun voorwerp, noch de munteenheid waarin ze zijn uitgedrukt kunnen de schuldvergelijking beletten - en dat de overeenkomst van schuldvergelijking niet werd gesloten voor voorheen aangegane niet-vervallen schulden sedert het door de rechtbank bepaalde tijdstip waarop de schuldenaar heeft opgehouden te betalen of binnen de tien dagen die dit tijdstip voorafgaan¹⁰⁹.

113. De garantie dat de in de schuldvergelijking opgenomen betaalopdrachten daadwerkelijk kunnen worden afgewikkeld is echter heel wat geringer dan in toepassing van de wet van 28 april 1999. Vooreerst biedt artikel 157 geen enkele waarborg dat de bepaling gehanteerd kan worden in de relatie tussen een Belgische en buitenlandse financiële instelling¹¹⁰. De toepasselijke faillissementswet kan de toepassing van artikel 157 verhinderen.

114. Bovendien bevat artikel 157 § 1 geen bepaling die de mogelijkheid biedt na de faillietverklaring de rekening van de gefailleerde instelling te debiteren ter aanzuivering van het netto debetsaldo¹¹¹. Derhalve is de afwikkeling van de betaalopdracht slechts verzekerd indien de gefailleerde instelling een netto creditpositie inneemt ten aanzien van een andere instelling. Neemt zij daarentegen een netto debetpositie in kunnen niet alle betaalopdrachten, tot de uitvoering waarvan de gefailleerde instelling opdracht heeft gegeven voor de faillietverklaring, afgewikkeld worden.

§ 2 De toepassing van de wet grensoverschrijdende overschrijvingen?

115. Indien na de aanvaarding van een opdracht tot grensoverschrijdende overschrijving door de instelling van de opdrachtgever, de rekening van de instelling van de begunstigde niet met

¹⁰⁹ M. DELIERNEUX, "Rapport de synthèse et conclusions générales", *Bank Fin.* 1994,179; D. DEVOS, "Le netting en droit belge", *Bank Fin* 1994, 169.

¹¹⁰ M. DELIERNEUX, "Rapport de synthèse et conclusions générales", *Bank Fin.* 1994, 179.

¹¹¹ Zie artikel 3 § 3 van de wet van 28 april 1999.

het daarmee overeenkomende geld wordt gecrediteerd, is de instelling van de opdrachtgever, zoals reeds vermeld, verplicht, ten belope van maximaal 12.500 euro, de rekening van de opdrachtgever te crediteren met het bedrag van de overschrijving, vermeerderd met de rente en de kosten van de overschrijving (art. 9 §1 WGO). De bepaling vindt toepassing bij iedere niet-afwikkeling van een grensoverschrijdende overschrijving, die niet het resultaat is van overmacht. De vraag is of het mogelijk is het faillissement van een tussenkomende instelling als een geval van overmacht te kwalificeren. Een ontkennend antwoord impliceert dat de instelling van de opdrachtgever, zij het binnen bepaalde grenzen, moet instaan voor het faillissement van een tussenkomende financiële instelling.

116. In de Duitse rechtsleer werd door VOLLRATH¹¹² aangevoerd dat de bank van de opdrachtgever slechts voor het faillissement van de tussenkomende instelling hoeft in te staan, indien zij ten minste licht nalatig heeft gehandeld, met andere woorden het faillissement van de tussenkomende instelling enigszins had kunnen of moeten voorzien. Onderzocht moet worden of deze benadering past in de omschrijving van overmacht, als abnormale en onvoorzienbare omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die er zich op beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden¹¹³.

117. Het abnormaal en onvoorzienbaar karakter van een gebeurtenis leidt tot de kwalificatie als overmacht. Het lijkt mogelijk te argumenteren dat het faillissement van een tussenkomende instelling in de regel een abnormale en onvoorzienbare gebeurtenis vormt voor de instelling van de opdrachtgever¹¹⁴. De interpretatie krachtens dewelke een dergelijk faillissement nooit als overmacht kan worden beschouwd, lijkt onaanvaardbaar. Veeleer moet er de voorkeur aan gegeven worden de feitelijke omstandigheden als determinerend te beschouwen. Enkel indien de instelling van de opdrachtgever het faillissement van de bemiddelende instelling had moeten voorzien, kan het faillissement niet als overmacht beschouwd worden. Beter ware het overigens geweest in de wet uitdrukkelijk te bepalen of en eventueel wanneer het faillissement van een tussenkomende instelling als overmacht beschouwd moet worden. Dit is bijvoorbeeld het geval in de *Uniform Commercial Code* waar uitdrukkelijk wordt bepaald dat de *Money Back Guarantee* tevens geldt in geval de tussenkomende bank insolvent is (art. 4 A-402 (e) U.C.C.)¹¹⁵.

118. Zelfs indien men aanneemt dat het faillissement niet als een geval van overmacht beschouwd kan worden kan, gelet op de beperking van de teruggaveverplichting in hoofde van de instelling van de opdrachtgever tot 12.500 euro, niet besloten worden dat de opdrachtgever in toepassing van de wet geen enkel risico loopt bij de niet-afwikkeling van de overschrijving ingevolge het faillissement van de tussenkomende instelling. Het dient overigens benadrukt dat de instelling van de opdrachtgever, nadat zij de rekening van de opdrachtgever heeft gecrediteerd, in voorkomend geval het risico van het faillissement kan afwentelen op de tussenkomende instelling aan wie zij de opdracht heeft gegeven en die met de gefailleerde instelling heeft gehandeld.

¹¹² H.J. VOLLRATH, *o.c.*, 216-218; contra: D. EINSELE, "Das neue Recht der Banküberweisung", *J.Z.* 2000, 15.

¹¹³ Zie voor de definitie van overmacht in het gemeen recht: Cass. 8 november 1985, *A.C.* 1985-1986, 328; Cass. 9 oktober 1986, *A.C.* 1986-1987, 165; R. KRUIHOF, "Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering", in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 281-310. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 622-632.

¹¹⁴ Contra: D. DEVOS, "Les virements transfrontaliers: analyse de la directive européenne 97/5 du 27 janvier 1997", *Bank Fin.* 1998, 53-54. De auteur gaat er van uit dat de tussenkomende instellingen optreden als uitvoeringsagent. Opgemerkt moet worden dat deze analyse onverenigbaar is met de klassieke leer van het gesubstitueerd mandaat, die in de rechtspraak en de rechtsleer in overwegende mate wordt verdedigd (supra nrs. 25 en 50).

¹¹⁵ Zie ook: U. SCHNEIDER, *o.c.*, 2194-2195.

Afdeling VII: De herroeping

119. De klassieke analyse van de overschrijving als een mandaat heeft voor gevolg dat een betaalopdracht, gegeven middels een overschrijving, voor zover contractueel niet anders is bepaald, herroepen kan worden zolang de rekening van de begunstigde niet is gecrediteerd¹¹⁶. De herroeping van een betaalopdracht, die bijgedragen heeft tot de berekening van het nettosaldo of die reeds is uitgevoerd kan de goede werking van het systeem evenwel in het gedrang brengen.

120. Daarom wordt de onherroepelijkheid van de betaalopdracht verzekerd in artikel 4 § 2 van de wet van 28 april 1999. Eens het tijdstip bereikt waarop de betaalopdracht krachtens de werkingsvoorwaarden van het systeem onherroepelijk is geworden, kan geen enkele fysieke of rechtspersoon de betaalopdracht nog herroepen. Het tijdstip bepaald in de werkingsvoorwaarden is bindend voor de deelnemers, de opdrachtgever en iedere derde. De vraag rijst of deze regel impliceert dat de opdrachtgever zijn opdracht in geen geval nog kan herroepen of enkel dat hij de afwikkeling binnen het systeem moet respecteren. Anders gesteld, kan de opdrachtgever zich wenden tot de bank van de begunstigde - die de fondsen heeft ontvangen, doch nog niet heeft overgemaakt aan de begunstigde - en zijn opdracht herroepen ?

121. De ratio legis bestaat erin de afwikkeling binnen een systeem niet in gedrang te brengen. Herroept de opdrachtgever zijn opdracht, eens de bank van de begunstigde de fondsen heeft ontvangen, dan heeft deze herroeping geen enkel gevolg voor het afwikkelingsmechanisme, daar de afwikkeling reeds voltooid is. Geeft de bank van de begunstigde gevolg aan de herroeping, en krachtens de theorie van het gesubstitueerd mandaat is zij daartoe verplicht, dient zij een geheel nieuwe transfer op gang te brengen, die middels de tussenkomst van het betalingsafwikkelingssysteem zal worden afgewikkeld. Steun voor deze redenering vindt men in de dertiende overweging van de richtlijn *finality of payment*, waarin wordt bepaald dat niets in de richtlijn een deelnemer of een derde belet de uit de onderliggende transactie voortvloeiende rechten of aanspraken uit te oefenen, mits dit niet leidt tot het ongedaan maken van de verrekening of de herroeping van de overboekingsopdracht in het systeem.

122. Willen banken derhalve beletten dat betaalopdrachten, die krachtens het gemeen recht herroepelijk zijn¹¹⁷, nog herroepen kunnen worden, eens zij het betalingssysteem gepasseerd zijn, dan moeten zij dit contractueel bedingen in de algemene bankvoorwaarden. Hoewel de lastgeving in se onherroepelijk is belet niets de bank van de opdrachtgever te bedingen dat betaalopdrachten onherroepelijk zijn¹¹⁸.

Besluit

123. De rechten en de plichten van de financiële instellingen bij de interbancaire afwikkeling van betalingen worden ten dele beheerst door wettelijke bepalingen, ten dele door contractuele afspraken. Het moge duidelijk zijn dat wettelijke maatregelen op zich niet kunnen volstaan om alle mogelijke problemen op te lossen. Zo is een efficiënte afwikkeling van grensoverschrijdende overschrijvingen slechts mogelijk indien de banken bereid worden gevonden systemen te creëren die toelaten internationale betalingen op een zelfde wijze af te wikkelen als nationale betalingen. Zo ook kunnen de wettelijke maatregelen, die de financiële instellingen moeten beschermen tegen het faillissement van een andere instelling, slechts ten volle hun doelstelling bereiken indien zij vergezeld worden van maatregelen die toelaten de

¹¹⁶ Kh. Brussel 23 juni 1983, *T.B.H.* 1987, 760, noot REGOUT-MASSON; Kh. Brussel 10 september 1986, *T.B.H.* 1987, 755, noot REGOUT-MASSON; Kh. Bergen 14 mei 1987, *T.B.H.* 1989, 58, noot M. REGOUT-MASSON; A. BRUYNEEL, *o.c.*, 386.

¹¹⁷ Betalingen verricht met een kredietkaart of een debetkaart zijn in se onherroepelijk gelet op de kwalificatie als onvolmaakte delegatie: zie supra noot 52.

¹¹⁸ Cass. 13 januari 1938, *Pas.*, 1938, I, 6.

financiële risico's, waartoe de interbancaire afwikkeling van betalingen leidt, op een adequate wijze te beheersen.

Reinhard Steenot
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen
Instituut Financieel Recht - U.G.