

## Verrekening in het IPR

### 1. Inleiding

Partijen die over en weer een vordering hebben, doen vaak een beroep op verrekening. Naar Nederlands recht gaan beide vorderingen dan tot hun gemeenschappelijk beoep teniet. Verrekening leidt derhalve tot vereenvoudiging van het betalingsverkeer. Eveneens verschaft verrekening zekerheid dat de andere partij haar vordering voldoet. Ook in het internationale handelsverkeer wordt regelmatig een beroep gedaan op verrekening. Wel kan het dan zijn dat de vorderingen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels.

Het is voor de partij die in het internationale handelsverkeer wil verrekenen van belang om te weten welk recht van toepassing is op de verrekening. Zij dient zich ervan te vergewissen of verrekening onder dat recht is toegestaan en aan welke voorschriften moet worden voldaan. Gaat een partij uit van het verkeerde recht dan kan dat erin resulteren dat zij niet aan de voorschriften voor verrekening voldoet. Ook kan het voorkomen dat verrekening (onder de betreffende omstandigheden) niet is toegestaan. Als gevolg van een onjuiste inschatting van het toepasselijke recht kan de partij die zich op verrekening beroept het risico lopen niet te hebben voldaan aan haar verplichtingen. De partij die wil verrekenen doet er dus verstandig aan eerst het op de verrekening toepasselijke recht te bepalen.

Het commune Nederlandse internationaal privaatrecht bevat geen geschreven verwijzingsregel voor verrekening. Wel hebben Nederlandse rechters zich met enige regelmaat uitgelaten over de vraag welk recht van toepassing is op verrekening. Ook het Hof van Justitie EG heeft zich daarover uitgelaten.<sup>1</sup> In Nederland is verder weinig gepubliceerd over verrekening in het internationaal privaatrecht. In de ons omringende landen en met name in Duitsland is daarover meer gepubliceerd. Op dit moment is de Europese Commissie doende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: EVO) om te zetten in een verordening. In het EVO wordt de verrekening niet expliciet genoemd. In het voorstel voor de verordening (hierna: het Voorstel) is dat wel het geval.<sup>2</sup> Hierna onderzoek ik aan de hand van welke verwijzingsregels het op verrekening toepasselijke recht kan worden bepaald. Vervolgens worden de verwijzingsregels vergeleken en kom ik tot een aanbeveling hoe het op de verrekening toepasselijke recht te bepalen.

### 2. De verwijzingsregels

In het algemeen worden drie verwijzingsregels voorgesteld.<sup>3</sup> Alvorens de drie verwijzingsregels te bespreken, een opmerking vooraf. De vordering die de schuldenaar wil voldoen door middel van verrekening wordt hierna de hoofdvordering genoemd; de vordering waarmee de schuldenaar wil verrekenen wordt hierna de tegenvordering genoemd.<sup>4</sup>

Een eerste hier te noemen verwijzingsregel is die waarbij de *lex fori* de verrekening beheerst. Een tweede voorgestane verwijzingsregel is die waarbij de verrekening wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering, dat is dus de vordering die de schuldenaar wil voldoen door

verrekening met zijn vordering. Een voorbeeld ter verduidelijking. A en B hebben vorderingen over en weer. B wenst de vordering van A te voldoen door verrekening met zijn vordering. Bij deze verwijzingsregel is het recht dat van toepassing is op de vordering die A heeft op B ook van toepassing op de verrekening. Een derde voorgestelde verwijzingsregel is die waarbij de voorschriften van beide rechtsstelsels moeten worden gecumuleerd (de cumulatieve methode). In dat geval wordt de verrekening niet beheerst door één rechtsstelsel, maar moeten de voorschriften van beide rechtsstelsels verrekening toestaan en bij verrekening in acht worden genomen. Hierna worden de drie in de vorige alinea genoemde verwijzingsregels behandeld, waarna in de tussenconclusie wordt uiteengezet welke verwijzingsregel in Nederland als geldend recht kan worden beschouwd.

#### 2.1 De *lex fori* beheerst de verrekening

In Nederland is eenmaal expliciet geoordeeld dat de *lex fori* de verrekening beheerst. De Rechtbank Alkmaar overwoog:

'Het beroep op compensatie dient als een kwestie van procesrechtelijke aard naar Nederlands recht als de *lex fori* te worden beoordeeld.'<sup>5</sup>

Ook uit een tweetal andere uitspraken kan worden afgeleid dat de rechter de *lex fori* toepaste.<sup>6</sup> In beide gevallen wees de rechter het beroep op verrekening af, omdat de vordering waarmee moest worden verrekend niet eenvoudig in rechte was vast te stellen. In beide gevallen ging de rechter niet (expliciet) in op de vraag welk recht van toepassing is op verrekening. Maar met het oordeel dat de tegenvordering niet eenvoudig in rechte was vast te stellen, lijken de betreffende rechters een materiële norm uit het Nederlandse recht te hebben toegepast als ware de *lex fori* van toepassing op de verrekening.

1 HvJEG 10 juli 2003, zaak C-87/01 P, NIPR 2004, 20.

2 Gedateerd 15 december 2005, COM(2005)650 final.

3 Volledigheidshalve merk ik op dat de Rechtbank Rotterdam (S&S 1969, 12) nog een andere verwijzingsregel (*lex solutionis*) heeft gehanteerd. Omdat het hier een uitzonderlijk geval betrof zal deze gehanteerde verwijzingsregel niet nader worden besproken. Wood (Philip R. Wood, *English and International set-off*, Londen: Sweet & Maxwell 1989, p. 1120) heeft daarnaast nog een alternatieve verwijzingsregel voorgesteld. Volgens hem zou de verrekening ook kunnen worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de vordering waarmee wordt verrekend (de tegenvordering; zie hierna). Ook dit betreft een uitzonderlijk geval. Mij is geen jurisprudentie en/of literatuur bekend waarin deze verwijzingsregel wordt gehanteerd respectievelijk verdedigd, reden waarom deze verwijzingsregel niet verder wordt besproken.

4 Vergelijk R.I.V.F. Bertrams, 'Set-off in Private International Law', in: K. Boele-Woelki e.a. (red.), *Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 154; alsmede M.J. de Rooij, 'Verrekening in het Nederlandse en Zwitserse recht', in: *Europees privaatrecht, Molengrafica 1995, Opstellen over internationale transacties en intellectuele eigendom*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 100.

5 Rb. Alkmaar 7 november 1985, NIPR 1986, 213.

6 Hof 's-Hertogenbosch 15 augustus 1989, NIPR 1992, 227 en Rb. Arnhem 25 februari 1993, NIPR 1993, 445.

\* Niek Peters is advocaat te Amsterdam bij Greenberg Traurig, LLP.

## 2.2 Het recht dat de hoofdvordering beheerst is ook van toepassing op de verrekening

Voor zover ik heb kunnen nagaan, heeft de Rechtbank Arnhem deze verwijzingsregel in Nederland voor het eerst in een gerechtelijke procedure toegepast.<sup>7</sup> De casus was als volgt. Uit hoofde van een distributieovereenkomst had P.T. van den Heuvel een vordering tot schadevergoeding op Santini Maglificio Sportivo di Santini P&C S.A.S. (tegenvordering). Op die vordering was Nederlands recht van toepassing. Santini vorderde op haar beurt betaling voor geleverde zaken (hoofdvordering). De hoofdvordering werd in beginsel beheerst door het Weens Koopverdrag en door Italiaans recht voor zover een onderwerp niet was geregeld in het Weens Koopverdrag. Van den Heuvel beriep zich op verrekening. De rechtbank oordeelde:

‘Of hier een beroep op verrekening toekomt betreft een onderwerp dat niet door het Weens Koopverdrag wordt geregeld en moet derhalve naar het commune Italiaanse recht worden beantwoord.’<sup>8</sup>

De rechtbank verwierp vervolgens het beroep op verrekening omdat het Italiaanse recht (art. 1243 *Codice Civile*) onder meer bepaalde dat de rechter de tegenvordering op eenvoudige en snelle wijze moet kunnen vaststellen, hetgeen *in casu* niet het geval was.

Een soortgelijk geval blijkt ook uit een uitspraak van het Hof Arnhem van 15 april 1997.<sup>9</sup> Tussen Celli S.p.A. en Agrolang B.V. bestond een distributieovereenkomst. Partijen sloten onderliggende overeenkomsten voor de koop en levering van landbouwmachines. Celli zegde de distributieovereenkomst op. Agrolang liet vervolgens een aantal facturen onbetaald – waarvan zij de verschuldigdheid als zodanig niet betwistte – en vorderde vergoeding van de door de opzegging beweerdelijk geleden schade (tegenvordering). Op deze vordering tot schadevergoeding was Nederlands recht van toepassing. Celli vorderde in rechte betaling van de facturen (hoofdvordering). Op deze vordering was het Weens Koopverdrag van toepassing en Italiaans recht voor zover een onderwerp niet werd geregeld door het Weens Koopverdrag. Agrolang deed in rechte een beroep op verrekening.

De Rechtbank Zutphen had in eerste aanleg geoordeeld dat de vraag of Agrolang een beroep op verrekening toekomt niet door het Weens Koopverdrag wordt geregeld.<sup>10</sup> De rechtbank vervolgde:

‘Ook deze vraag moet derhalve, (...) aan de hand van Italiaans commune recht worden beoordeeld.’<sup>11</sup>

De verrekening werd derhalve beheerst door het recht dat de hoofdvordering beheerst. Vervolgens kwam de rechtbank tot hetzelfde oordeel als in de hierboven geschetste zaak *Van den Heuvel* tegen *Santini*. De gegrondheid van het verrekeningsverweer kon niet op eenvoudige en snelle wijze worden vastgesteld, hetgeen volgens artikel 1243 van de Italiaanse *Codice Civile* wel zou moeten. Het verrekeningsverweer werd dan ook verworpen. Het hof bekrachtigde het oordeel van de rechtbank.<sup>12</sup>

Ook de Rechtbank Arnhem heeft in juli 2003 (in een overweging ten overvloede) uitgesproken dat de verrekening wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de overeenkomst waartegen het verrekeningsverweer zich richt.<sup>13</sup> Oftewel, de verrekening werd beheerst door het recht dat van toepassing is op de vordering die de schuldenaar wil voldoen door middel van verrekening (hoofdvordering) met zijn eigen vordering (tegenvordering).

Voorts kan worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Arnhem waarvan de bespreking niet achterwege mag blijven.<sup>14</sup> Het betrof de volgende casus. Martin Griese Speditionsgesellschaft mbH voerde regelmatig internationale transporten uit in opdracht van Alternatieve Transport Organisatie (ATO) B.V. Op een gegeven moment heeft Griese een partij appels vervoerd waarvan de helft rot op de plaats van bestemming was aangekomen. ATO liet vervolgens de facturen van Griese onbetaald. Griese vorderde in rechte betaling van het openstaande bedrag (hoofdvordering). ATO hield Griese op haar beurt aansprakelijk voor de schade die was ontstaan doordat de helft van de vervoerde appels rot op de plaats van bestemming was aangekomen (tegenvordering). ATO deed vervolgens een beroep op verrekening. Griese en ATO verschillen van inzicht over de vraag welk recht van toepassing is op de verrekening. De rechtbank overwoog:

‘[O]p verrekening is het recht van toepassing dat de vordering beheerst waarvan betaling wordt gevorderd, nu de verrekening als een wijze van betaling (tenietgaan) van die vordering is te beschouwen. Dit oordeel strookt met art. 10 lid 1 sub d van het EEG-Verbintenissenverdrag (EVO).’<sup>15</sup>

Het recht dat van toepassing was op de hoofdvordering – Nederlands recht – was ook van toepassing op de verrekening. De rechtbank verwierp uiteindelijk het beroep op verrekening omdat de tegenvordering niet eenvoudig was vast te stellen.

De hiervoor gereveleerde verwijzingsregel dat het recht dat de hoofdvordering beheerst de verrekening beheerst, wordt in de ons omringende landen eveneens toegepast. Volgens Dicey, Morris en Collins wordt deze verwijzingsregel ook in Engeland gehanteerd.<sup>16</sup> In de Duitse rechtspraak werd vroeger de cumulatieve methode toegepast. Tegenwoordig is in Duitsland de algemene opvatting dat de verrekening wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering,<sup>17</sup> welke verwijzingsregel ook haar ingang heeft gevonden in de rechtspraak.<sup>18</sup> Ook voor Oostenrijk geldt dat het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering de verrekening beheerst.<sup>19</sup> In tegenstelling tot de hiervoor genoem-

7 Rb. Arnhem 25 februari 1993, *NIPR* 1993, 445.

8 R.o. 14.

9 Hof Arnhem 15 april 1997, *NIPR* 1998, 101.

10 Rb. Zutphen 27 april 1995.

11 R.o. 7.3.

12 R.o. 5.5.

13 Rb. Arnhem 2 juli 2003, *NIPR* 2004, 26.

14 Rb. Rotterdam 26 oktober 2000, *NIPR* 2001, 273, *S&S* 2001, 71.

15 R.o. 4.1.

16 Dicey, Morris and Collins *on the Conflict of Laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2006, p. 190 en p. 1617. Vergelijk ook *Meridien BIAO Bank GmbH v. Bank of New York* [1997] 1 *Lloyd's Rep.* 437 (CA).

17 W. Graf, *Die Verrechnung im Internationalen Privatrecht*, 1951, p. 69; Chr. Reithmann & D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht: das Internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Keulen: Schmidt 2004, p. 295; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, p. 489; B. Jud, ‘Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht’, *IPRax* 2005, p. 105-106; als ook U. Magnus, ‘Internationale Aufrechnung’, in: S. Leible (red.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht*, München: Sellier European Law Publishers 2004, p. 213.

18 Vergelijk BGH 22 november 1962, *BGHZ* 38, 254 en 256; OLG Frankfurt 27 oktober 1966, *IPRspr.* 1966/67, 33, *NJW* 1967, 501.

19 D. Czernich & H. Heiss (red.), *Kommentar zum Römischen Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, Wenen: LexisNexis ARD Orac 1999, Art. 10, aant. 32.

de landen heeft Zwitserland een expliciet voor verrekening geschreven verwijzingsregel,<sup>20</sup> waarin wordt bepaald dat het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering (ook) van toepassing is op verrekening.

### 2.3 De cumulatieve methode

Hier te lande heeft Kusters zich in het begin van de vorige eeuw uitgesproken voor toepassing van de cumulatieve methode.<sup>21</sup> De cumulatieve methode is ook meermalen in Nederland door rechters toegepast. De Rechtbank Arnhem had in 1991 de volgende casus te behandelen.<sup>22</sup> Firma Gebr. Knemeyer GmbH had roerende zaken verkocht en geleverd aan Schildersbedrijven Van der Kroft B.V. Voor deze leveringen verzond Knemeyer facturen aan Van der Kroft. Van der Kroft had enkele facturen onbetaald gelaten. Knemeyer vorderde in rechte betaling (hoofdvordering). Van der Kroft stelde schade geleden te hebben als gevolg van wanprestatie zijdens Knemeyer (tegenvordering) en deed een beroep op compensatie (lees: verrekening). De rechtbank stelde:

'De vraag of Van der Kroft een beroep op compensatie toekomt moet worden beantwoord zowel naar het recht dat de overeenkomst(en) waarop de vordering van Knemeyer [hoofdvordering] is gegrond beheerst als naar het recht dat de overeenkomst(en) welke ten grondslag ligt (liggen) aan de tegenvordering van Van der Kroft beheerst. Naar Nederlands ipr kan het beroep op compensatie slechts worden gehonoreerd, indien een dergelijk beroep volgens beide rechtsstelsels is toegestaan.'<sup>23</sup>

Ook het Kantongerecht Terborg oordeelde op 25 juni 1992 dat de cumulatieve methode moet worden toegepast.<sup>24</sup> De in Italië woonachtige Masullo was op grond van een overeenkomst met Sturko Groothandel in Vlees B.V. opgetreden als handelsagent voor Sturko in Italië. Masullo vorderde onder meer betaling van provisie (hoofdvordering). Sturko stelde vorderingen te hebben uit zaakwaarneming en uit een 'star delcredere-beding' (tegenvorderingen). Sturko beriep zich vervolgens op compensatie (lees: verrekening) in die zin dat zij haar vorderingen op Masullo verrekende met de vordering die Masullo had op haar. Het kantongerecht paste de cumulatieve methode toe en sloot aan bij de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 19 december 1991. Zij hanteerde nagenoeg dezelfde formulering:

'De vraag of Sturko een beroep op verrekening toekomt moet worden beantwoord zowel naar het Italiaanse recht, dat de overeenkomst waarop de vordering van Masullo is gegrond [hoofdvordering] beheerst, als naar het recht dat de tegenvordering van Sturko beheerst. Naar Nederlands internationaal privaatrecht kan het beroep op verrekening slechts worden gehonoreerd, indien een dergelijk beroep volgens beide rechtsstelsels is toegestaan.'<sup>25</sup>

Op 10 juli 2003 heeft het Hof van Justitie EG een arrest gewezen in lijn met voorgaande uitspraken.<sup>26</sup> Een vereniging naar het recht van Frankrijk, CCRE, sloot contracten met de Commissie van de Europese Gemeenschappen (te Luxemburg) inzake technische bijstand. Partijen hadden Belgisch recht van toepassing verklaard op de contracten. Op enig moment concludeerde de Commissie dat CCRE (een aantal van) haar verplichtingen onder het contract niet was nagekomen. Zij vorderde gedeeltelijke terugbetaling van aan CCRE betaalde vergoedingen. CCRE betwistte het standpunt van de Commissie en weigerde het gevorderde bedrag terug te betalen. Daarop verrekende de Commissie het bedrag dat zij als communautaire bijdrage (beheerst door communautair recht) moest betalen aan CCRE met hetgeen CCRE aan haar moest

voldoen. CCRE stelde dat de verrekening niet geldig was. Het Hof van Justitie overwoog:

'Aangezien buitengerechtelijke verrekening het gelijktijdige tenietgaan van twee verplichtingen teweegbrengt, kan zij tussen twee vorderingen waarop twee verschillende rechtsorden van toepassing zijn, slechts plaatsvinden voorzover zij aan de vereisten van deze beide betrokken rechtsorden voldoet. Meer in het bijzonder is voor iedere verrekening van deze soort vereist, dat ten aanzien van elk van de betrokken vorderingen wordt gewaarborgd dat niet voorbij wordt gegaan aan de voorwaarden die zijn gesteld in de rechtsorde waaronder zij respectievelijk vallen.'<sup>27</sup>

De vraag of verrekening was toegestaan werd dus beantwoord volgens de cumulatieve methode, waarbij nog wel moet worden opgemerkt dat zowel de Commissie als CCRE hadden betoogd dat verrekening volgens beide van toepassing zijnde rechtsstelsels moest zijn toegestaan. Het Hof van Justitie oordeelde vervolgens dat niet aan de vereisten van Belgisch recht was voldaan, nu de betrokken vorderingen moesten vaststaan, hetgeen *in casu* niet het geval was, omdat CCRE – kort gezegd – de vorderingen van de Commissie had betwist. Overigens is het maar de vraag wat de waarde is van dit arrest. Het betreft hier namelijk een atypische situatie waarbij één van de vorderingen wordt beheerst door communautair recht. Daar komt bij dat het arrest evenmin is gebaseerd op het EVO.

De cumulatieve methode wordt in zowel Frankrijk,<sup>28</sup> België<sup>29</sup> als Italië<sup>30</sup> toegepast als verwijzingsregel bij verrekening van rechtswege; de verrekening die overeenkomt met de verrekening die onderwerp is van dit artikel.<sup>31</sup> Ik begrijp dat de rationale achter de cumulatieve methode in Frankrijk en België is dat er in die landen een verrekening van rechtswege plaatsvindt (dus zonder dat een verklaring daartoe is vereist) waardoor de verrekening een neutraal karakter zou hebben en niet de belangen van een der partijen zou dienen.<sup>32</sup>

### 2.4 Een verwijzingsregel in het EVO en het Voorstel

Van belang is voorts om te bezien of het EVO een verwijzingsregel voor verrekening bevat. Zo ja, wat is dan die verwijzingsregel? Artikel 10 lid 1 sub d EVO bepaalt welk recht van toepassing is op de verschillende wijzen waarop verbintenissen tenietgaan. Nu verrekening een wijze is waarop verbintenissen tenietgaan is algemeen geaccepteerd dat wanneer

20 Art. 148 lid 2 van de Zwitserse Federale Wet op het Internationaal privaatrecht.

21 J. Kusters, *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1917, p. 217.

22 Rb. Arnhem 19 december 1991, *NIPR* 1992, 229.

23 R.o. 10.

24 Ktg. Terborg 25 juni 1992, *NIPR* 1992, 403.

25 R.o. 7.

26 HvJ EG 10 juli 2003, zaak C-87/01 P, *NIPR* 2004, 20.

27 R.o. 61.

28 H. Battifol & P. Lagarde, *Droit International Privé*, Parijs: Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1983, par. 614; P. Mayer, *Droit International Privé*, Parijs: Montchrestien 2004, par. 545.

29 Magnus 2004, p. 215 (zie noot 17).

30 Magnus 2004, p. 216 (zie noot 17).

31 Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat men in Frankrijk, België en Italië naast verrekening van rechtswege ook nog onderscheid maakt tussen de vrijwillige verrekening en de gerechtelijke verrekening (Jud 2005, p. 104-105 (zie noot 17)).

32 K.P. Berger, 'Set-off in International Economic Arbitration', 15 *Arbitration International* 1999, p. 63-64; alsook Graf 1951, p. 72 (zie noot 17).

de bij de verrekening betrokken vorderingen worden beheerst door hetzelfde rechtsstelsel, dat rechtsstelsel op grond van artikel 10 lid 1 sub d EVO ook de verrekening beheerst. Of artikel 10 lid 1 sub d EVO ook een verwijzingsregel bevat voor de situatie waarin de bij de verrekening betrokken vorderingen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels is minder duidelijk. Ook in die situatie betreft de verrekening een wijze van tenietgaan van verbintenissen en om die reden wordt wel aangenomen dat artikel 10 lid 1 sub d EVO voor die situatie ook een verwijzingsregel voor verrekening zou bevatten.<sup>33</sup>

Vraag is vervolgens welke verwijzingsregel artikel 10 lid 1 sub d EVO dan zou bevatten. Moet verrekening worden beschouwd als een tenietgaan van beide verbintenissen of alleen als een tenietgaan van de hoofdvordering waarbij de tegenvordering als betaling moet worden gekarakteriseerd. In de Nederlandse literatuur wordt de laatste opvatting verdedigd, waardoor het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering de verrekening beheerst.<sup>34</sup> Ook in Duitsland wordt die opvatting (in het algemeen) verdedigd.<sup>35</sup> In Nederland is deze opvatting in rechte (Rb. Rotterdam 26 oktober 2000) éénmaal uitgemaakt.

Naar de (meeste) Europese rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse, gaan bij verrekening beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet. Daarom zou ook verdedigbaar zijn dat de vraag of verrekening is toegestaan moet worden beantwoord aan de hand van de cumulatieve methode. De tekst van artikel 10 lid 1 sub d EVO lijkt dit niet uit te sluiten. Daar komt bij dat volgens een toelichtend rapport bij het concept EVO uit 1972 de cumulatieve methode dient te worden toegepast voor het beantwoorden van de vraag of verrekening is toegestaan. Opgemerkt zij echter dat het Giuliano/Lagarde-rapport, dat als toelichting dient op het EVO, op dit punt zwijgt. In Frankrijk is wel verdedigd dat zowel de cumulatieve methode als de verwijzingsregel van de hoofdvordering te verenigen zijn met artikel 10 lid 1 sub d EVO.<sup>36</sup>

Jud is evenwel van mening dat de vraag welk recht de verrekening beheerst indien de te verrekenen vorderingen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels noch expliciet noch impliciet door het EVO wordt gereguleerd.<sup>37</sup> Zij vindt steun voor haar standpunt in hetgeen de Europese Commissie heeft gesteld in het 'Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan' (hierna: het Groenboek).<sup>38</sup>

De Commissie stelt dat de tekst van artikel 10 lid 1 sub d EVO tot rechtsonzekerheid kan leiden wat betreft de verwijzingsregel die moet worden toegepast op wettelijke verrekening indien de verbintenissen die verrekend worden, worden beheerst door verschillende rechtsstelsels. De tekst van artikel 10 lid 1 sub d EVO houdt met die situatie namelijk geen rekening en elke lidstaat zou dan ook zijn eigen verwijzingsregel moeten toepassen.<sup>39</sup> Volgens Jud blijkt hieruit dat de Commissie vindt dat artikel 10 lid 1 sub d EVO geen verwijzingsregel voor verrekening bevat voor situaties waarin de te verrekenen vorderingen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels.<sup>40</sup> De Commissie ziet graag een uniforme verwijzingsregel en stelt twee mogelijke oplossingen voor:

- (i) cumulatieve toepassing van de twee betrokken rechtsstelsels; en
- (ii) toepassing van het recht dat van toepassing is op de schuldvordering waartegen de schuldvergelijking wordt ingeroepen.<sup>41</sup>

De Commissie legde aan lidstaten en andere belanghebbenden als vraag 20 (in het Groenboek) voor of in het Voorstel

moet worden aangegeven welk recht van toepassing is op de wettelijke schuldvergelijking, en zo ja, welke verwijzingsregel zij dan aanbevelen.<sup>42</sup> Vervolgens hebben de lidstaten en belanghebbenden gereageerd.<sup>43</sup>

Enkele instanties uit Duitsland<sup>44</sup> stelden dat wettelijke schuldvergelijking in Duitsland onbekend is en dat daar verrekening slechts plaatsvindt na een verklaring daartoe van een partij. Hierbij zij opgemerkt dat in Nederland verrekening eveneens eerst plaatsvindt na een daartoe gedane verklaring. De vraag ligt dan ook voor of onder de wettelijke verrekening ook de verrekening moet worden begrepen die eerst plaatsvindt nadat een partij daartoe een verklaring heeft afgelegd. De Commissie maakt onderscheid tussen twee soorten verrekening, namelijk de contractuele en de wettelijke verrekening. Bij de contractuele verrekening vindt verrekening plaats door de wil van partijen. Oftewel, doordat partijen dat zijn overeengekomen. Op de contractuele verrekening is het recht van toepassing dat van toepassing is op het contract waarin verrekening is afgesproken. Wettelijke verrekening is volgens de Europese Commissie verrekening van rechtswege wanneer bepaalde voorwaarden zijn vervuld. Ik zou menen dat hieronder ook valt de verrekening die plaatsvindt nadat een partij daartoe een verklaring heeft gedaan. Nadat die verklaring is gedaan (en aan de andere voorwaarden voor verrekening is voldaan) heeft verrekening immers plaats. In die zin is de verklaring één van de voorwaarden waarna verrekening plaatsvindt. Daar komt bij dat deze vorm van verrekening gebaseerd is op de wet en niet op de gemeenschappelijke wil van de partijen.

Slechts enkele lidstaten hebben gereageerd op vraag 20 van het Groenboek.<sup>45</sup> Die reacties zijn zeer divers. Zo heeft Nederland gekozen voor de cumulatieve methode (de eerste oplossing). Het internationale rechtsverkeer zou gebaat zijn bij een recht op schuldvergelijking, maar dan voor zover beide in aanmerking komende rechtsstelsels schuldvergelijking toestaan. Zo'n regeling zou namelijk de meeste zekerheid bieden. Tsjechië heeft daarentegen gekozen voor het recht dat de hoofdvordering beheerst (de tweede oplossing). Engeland vindt dat er helemaal geen (nieuwe) verwijzingsregel moet komen en stelt vervolgens dat verrekening heeft te gelden als een procedureel onderwerp dat beheerst dient te worden door de *lex fori*. Duitsland noch Oostenrijk hebben

33 Vergelijk R.I.V.F. Bertrams & F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 67; en Berger 1999, p. 63 (zie noot 32).

34 Bertrams & Van der Velden 1999, p. 67 (zie noot 33); Bertrams 1994, p. 162 (zie noot 4); alsmede De Rooij 1995, p. 120 (zie noot 4).

35 Magnus 2004, p. 217 (zie noot 17), alwaar ook wordt verwezen naar andere auteurs en jurisprudentie.

36 H. Gaudemet-Tallon, 'Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention C.E.E. no. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)', *Revue trimestrielle de droit européen* 1981, p. 269; alsook De Rooij 1995, p. 99 (zie noot 4).

37 Jud 2005, p. 105 (zie noot 17).

38 COM(2002)654 def.

39 Groenboek, p. 49 (zie noot 38).

40 Jud 2005, p. 105 (zie noot 17).

41 Groenboek, p. 50 (zie noot 38).

42 Groenboek, p. 50 (zie noot 38).

43 <[http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_i/news\\_summary\\_rome1\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm)>.

44 De Bundesverband deutscher Banken en de Deutscher Anwaltverein.

45 De reacties van Duitsland, Tsjechië, Nederland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk op vraag 20 van het Groenboek zijn gepubliceerd.

een uitdrukkelijke keuze gemaakt voor één van beide opties. Uit de reacties van het bedrijfsleven, juridische beroepsbeoefenaren en de juridische wetenschap blijkt een voorkeur voor die verwijzingsregel waarbij de verrekening wordt beheerst door het recht dat de hoofdvordering beheerst (de tweede oplossing).

Naar aanleiding van de reacties op het Groenboek heeft de Europese Commissie artikel 16 Voorstel opgesteld, dat bepaalt:

*'Statutory offsetting shall be governed by the law applicable to the obligation in relation to which the right to offset is asserted.'*<sup>46</sup>

Volgens de toelichting bij artikel 16 van het Voorstel is bovenstaande tekst gekozen om verrekening eenvoudiger te maken terwijl tegelijkertijd de belangen worden gewaarborgd van degene jegens wie een beroep op verrekening wordt gedaan. Indien in de definitieve versie van het Voorstel artikel 16 gehandhaafd blijft, komt er voor vele verdragsluitende landen voor het eerst een expliciet voor verrekening geschreven verwijzingsregel en zal de vraag of verrekening is toegestaan, moeten worden beantwoord aan de hand van het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering.

Voorts is het interessant om te bezien of de verwijzingsregel van artikel 16 Voorstel ook wordt gehanteerd in de Insolventieverordening (hierna: IVO), die op 31 mei 2002 in werking is getreden. Als hoofdregel onder het IVO geldt dat de vraag of verrekening is toegestaan moet worden beantwoord aan de hand van het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de insolventieprocedure wordt geopend, oftewel de *lex concursus* (art. 4 lid 2 sub d). Indien volgens de *lex concursus* verrekening niet is toegestaan, moet een schuldeiser van de insolvente schuldenaar, indien de wederzijdse vorderingen voor het faillissement zijn aangegaan, toch recht hebben op verrekening wanneer deze wel is toegestaan volgens het recht dat van toepassing is op de vordering van de insolvente schuldenaar.<sup>47</sup> Dit is als volgt verwoord in artikel 6 lid 1 IVO:

*'De opening van de insolventieprocedure laat het recht van een schuldeiser op verrekening van zijn vordering met de vordering van de schuldenaar onverlet wanneer die verrekening is toegestaan bij het recht dat op de vordering van de insolvente schuldenaar van toepassing is.'*

Uit voormeld artikel blijkt dat het recht dat de hoofdvordering beheerst ook van toepassing is op de verrekening. Stel een schuldeiser en een insolvente schuldenaar hebben over en weer vorderingen en de schuldeiser beroept zich op verrekening. In dat geval is de vordering van de schuldeiser de tegenvordering en de vordering van de insolvente schuldenaar de hoofdvordering en het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering bepaalt of verrekening is toegestaan.<sup>48</sup> De literatuur is in deze onverdeeld.<sup>49</sup>

Ten overvloede merk ik op dat het Hof van Justitie EG zich – voordat het Voorstel (ervan uitgaande dat een verwijzingsregel voor verrekening blijft gehandhaafd) in werking treedt – mogelijk zou kunnen uitlaten over de vraag welk recht van toepassing is op verrekening en of deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van artikel 10 lid 1 sub d EVO, als ook hoe dat artikel moet worden uitgelegd. Het Hof van Justitie ontleent deze bevoegdheid aan het eerste protocol terzake de interpretatie van het EVO dat in werking is getreden op 1 augustus 2004.<sup>50</sup>

## 2.5 Tussenconclusie: geldend recht

De meningen zijn verdeeld of artikel 10 lid 1 sub d EVO wel of niet een verwijzingsregel voor verrekening bevat indien de te verrekenen vorderingen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels. Ik sluit mij aan bij Jud en zou menen dat artikel 10 lid 1 sub d EVO geen verwijzingsregel voor verrekening bevat indien de te verrekenen vorderingen worden beheerst door verschillende rechtsstelsels. Voor het beantwoorden van de vraag welke verwijzingsregel nu als geldend recht heeft te gelden, dient dan ook te worden teruggevalen op de hierboven behandelde Nederlandse rechtspraak. Uit die rechtspraak blijkt een duidelijke ontwikkeling. Tot en met medio 1992 hanteerden rechters nog de *lex fori* of de cumulatieve methode ter bepaling van het recht dat van toepassing is op verrekening. Daarna oordeelden rechters expliciet dat de verrekening wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering (en slechts éénmaal onder verwijzing naar art. 10 lid 1 sub d EVO). Aangenomen kan dan ook worden dat in Nederland als geldend recht de verwijzingsregel geldt waarbij het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering ook de verrekening beheerst. Daarnaast geldt dat zowel artikel 16 Voorstel als artikel 6 lid 1 IVO diezelfde verwijzingsregel bevatten. Ook Bertrams, Van der Velden en De Rooij zijn de mening toegedaan dat de verrekening moet worden beheerst door het recht dat de hoofdvordering beheerst.<sup>51</sup> Opvallend bij bestudering van de rechtspraak is dat het beroep op verrekening vaak wordt afgewezen omdat de vordering waarmee moet worden verrekend niet eenvoudig (in rechte) kan worden vastgesteld.

## 3. De drie verwijzingsregels vergeleken

Hierna zal ik de voor- en nadelen van de verschillende verwijzingsregels uiteenzetten om daarna te komen tot een aanbeveling voor het toepassen van een bepaalde verwijzingsregel.

In het algemeen wordt de *lex fori* als ongeschikt beschouwd om het op de verrekening toepasselijke recht te bepalen.<sup>52</sup>

46 Ik heb ervoor gekozen om de Engelse tekst te citeren, aangezien de Nederlandse vertaling mijns inziens niet juist is en tot onduidelijkheid zou kunnen leiden. Volledigheidshalve hierbij de Nederlandse vertaling: 'Wettelijke schuldvergelijking wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de verbintenis waarvoor beroep wordt gedaan op schuldvergelijking.'

47 Considerans 26 van het IVO in combinatie met Vigrós/Schmitt rapport, nr. 110.

48 Vigrós/Schmitt rapport, nr. 108.

49 B. Wessels, *T&C Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2006, art. 6 IVO; S.C.J.J. Kortmann & P.M. Veder, 'De Europese Insolventieverordening', *WPNR* (6421) 2000, p. 772; Vigrós/Schmitt rapport, nr. 108; M.R. Bollen, 'Verrekening onder de insolventieverordening', *V&O* 2003, p. 18; R.J. van Galen, *Faillissementwet*, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 6 IVO, aant. 1; B. Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer: Kluwer 2006, p. 379/381; Groenboek, p. 50 (zie noot 38); alsmede Bertrams & Van der Velden 1999, p. 68 (zie noot 33). Volledigheidshalve merk ik op dat in de literatuur discussie bestaat of onder het recht dat wordt genoemd in art. 6 IVO slechts het algemeen burgerlijk recht dan wel ook het insolventierecht van het recht dat de vordering van de failliet beheerst moet worden begrepen. Voor die discussie verwijs ik naar de hiervoor aangehaalde literatuur nu het te ver voert om daar in dit artikel op in te gaan.

50 België heeft op 5 mei 2004 het protocol geratificeerd, waardoor aan de voorwaarden voor inwerkingtreding is voldaan.

51 Vergelijk noten 4 en 33.

52 Bertrams 1994, p. 159 (zie noot 4); alsook Wood 1989, p. 1121 (zie noot 3).

Daarvoor zijn goede redenen aan te voeren. De verrekening is immers van materiële en niet van processuele aard. In de *lex fori*-verwijzingsregel zit ook willekeur. Het leidt er namelijk toe dat het recht van de aangezochte rechter van toepassing is op de verrekening, terwijl de vorderingen van partijen aan andere rechtsstelsels kunnen zijn onderworpen. Bijvoorbeeld, de vorderingen van A en B worden beheerst door Duits respectievelijk Frans recht, maar als de partijen procederen in Nederland beheerst Nederlands recht de verrekening, terwijl Nederlands recht niets van doen heeft met de geschillen tussen partijen. Verder leidt het toepassen van de *lex fori* tot onzekerheid. Partijen kunnen immers op voorhand moeilijk inschatten welk recht de verrekening zal gaan beheersen. Ook bestaan er proceseconomische bezwaren. Indien de *lex fori* de verrekening zou beheersen, zou dat *forum shopping* in de hand kunnen werken. Partijen gaan dan op zoek naar een voor hen zo gunstig mogelijke jurisdictie. In het licht van het voorgaande acht ik de *lex fori*-verwijzingsregel niet de aangewezen regel ter bepaling van het toepasselijke recht.

De verwijzingsregel waarbij de verrekening wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering, geeft minder willekeur en onzekerheid. Bij deze verwijzingsregel wordt de verrekening beheerst door het recht dat ook de hoofdvordering beheerst. De crediteur van de hoofdvordering zou dan voor de toelaatbaarheid van de verrekening een beroep moeten kunnen doen op het recht dat op zijn vordering van toepassing is. Dat maakt dat deze verwijzingsregel betrekkelijk eenvoudig is toe te passen. Ook is zij overzichtelijk. Echter, ook deze verwijzingsregel heeft nog iets willekeurig. Voordat de verrekening plaatsvindt, is niet bekend wat de hoofdvordering en wat de tegenvordering is.<sup>53</sup> Derhalve is tot dat moment onbekend welk recht de verrekening zal beheersen. Daar staat tegenover dat zodra verrekening plaatsvindt terstond duidelijk is welk recht van toepassing is op de verrekening.

Van de verwijzingsregels lijkt de cumulatieve methode in eerste oogopslag de meeste duidelijkheid en zekerheid te bieden. Op voorhand is immers bekend aan welk recht de verrekening moet voldoen. Nadeel is echter dat het complexer wordt om vast te stellen of verrekening is toegestaan, aan welke regels moet worden voldaan en wat de gevolgen zijn van verrekening. Complicerende factor is dat de (materiële) regels voor verrekening van verschillende jurisdicties kunnen botsen. Het ene stelsel kan bepalen dat verrekening van rechtswege plaatsvindt, terwijl het andere stelsel kan bepalen dat voor verrekening een verklaring vereist is. Ook kunnen er verschillende regels zijn wat de vraag betreft of verrekening wel of geen terugwerkende kracht heeft. Volgens sommige auteurs moet de cumulatieve methode worden toegepast teneinde te vermijden dat vonnissen waarin het verrekeningsberoep is gehonoreerd niet worden erkend in andere landen.<sup>54</sup> Dit probleem zou mijns inziens ook kunnen spelen bij toepassing van de cumulatieve methode. Een voorbeeld ter illustratie. Het recht van land A en het recht van land B is toegepast op de verrekening, terwijl het vonnis moet worden erkend in land Y. Ook in dat geval zouden er zich problemen kunnen voordoen wat de erkenning betreft. Ik acht het erkenningsargument dan ook geen doorslaggevend argument voor toepassing van de cumulatieve methode.

Zowel de tweede als de derde besproken verwijzingsregel hebben voor- en nadelen. Ook bestaat er een fundamenteel verschil tussen beide verwijzingsregels. Dat verschil ziet op de bescherming van de crediteur van de hoofdvordering. Bij de cumulatieve methode kan de crediteur van de hoofdvordering óók een beroep doen op weren uit het recht dat de tegenvordering beheerst. Bij de verwijzingsregel waarbij de verrekening wordt beheerst door het recht dat van toepassing

is op de hoofdvordering, kan de crediteur echter géén beroep doen op weren uit het recht dat de tegenvordering beheerst. De vraag is nu of de crediteur van de hoofdvordering ter bescherming van zijn rechten een beroep moet kunnen doen op het recht dat de tegenvordering beheerst.

Laat ik die vraag trachten te beantwoorden aan de hand van een voorbeeld, in welk voorbeeld de verrekening wordt beheerst door het recht dat ook de hoofdvordering beheerst. A en B hebben vorderingen over en weer en B doet een beroep op verrekening. B kan volgens het recht dat zijn vordering (de tegenvordering) beheerst geen beroep doen op verrekening. Bijvoorbeeld omdat op zijn vordering een pandrecht of beslag rust. A kan geen beroep doen op die weren, omdat het recht dat zijn vordering (de hoofdvordering) beheerst de verrekening beheerst (en dat recht hem die weren niet geven). A heeft dus de verrekening te dulden, terwijl B geen beroep op verrekening had kunnen doen als het een verrekening in een nationale context was geweest.

Tegen de hierboven beschreven situatie bestaan mijns inziens vanuit het perspectief van A (*in casu* de crediteur van de hoofdvordering) niet zoveel bezwaren. De weren waarop A geen beroep kan doen zijn namelijk niet geschreven voor zijn bescherming, maar ter bescherming van een derde, te weten de pandhouder respectievelijk beslaglegger. Wel zou kunnen worden betoogd dat de crediteur van de hoofdvordering een beroep moet kunnen doen op weren uit het recht dat de tegenvordering beheerst als het weren betreft die verband houden met de vatbaarheid voor verrekening en specifiek zijn geschreven voor de bescherming van de wederpartij (*in casu* de crediteur van de hoofdvordering). Daar staat tegenover dat de crediteur van de hoofdvordering altijd wordt beschermd door het recht dat van toepassing is op de hoofdvordering – zijn vordering. Staat dat recht de verrekening toe dan zou ook kunnen worden betoogd dat het redelijk is dat de crediteur van de hoofdvordering de verrekening moet dulden.

#### 4. Conclusie

Gezien de gevolgen van verrekening – tenietgaan van de vorderingen over en weer tot hun gemeenschappelijk beloop – kan worden betoogd dat de verrekening niet slechts zou moeten worden beheerst door het recht dat de hoofdvordering beheerst. Daar komt bij dat de cumulatieve methode duidelijk is. Op voorhand is immers bekend aan welke voorwaarden moet worden voldaan wil verrekening mogelijk zijn. Hier staat tegenover dat de cumulatieve methode complex is. De verwijzingsregel waarbij het recht dat de hoofdvordering beheerst ook de verrekening beheerst, is daarentegen eenvoudiger. Wel kan deze verwijzingsregel tot willekeur leiden; ook al is die betrekkelijk. Totdat iemand een beroep doet op verrekening is onbekend welk recht van toepassing is op de verrekening. Echter, zodra iemand een beroep doet op verrekening is terstond bekend welk recht van toepassing is. Daar staat tegenover dat de crediteur van de hoofdvordering bij toepassing van deze verwijzingsregel minder bescherming geniet dan bij toepassing van de cumulatieve methode. De crediteur van de hoofdvordering kan namelijk geen beroep doen op weren uit het recht dat de tegenvordering beheerst.

<sup>53</sup> Immers, tot het moment van verrekening is niet bekend wie een beroep op verrekening doet en derhalve welke vordering een partij wil voldoen door middel van verrekening (hoofdvordering) met zijn eigen vordering (tegenvordering).

<sup>54</sup> Batiffol & Lagarde 1983, par. 732, 745 en 752 (zie noot 28).

Wel wordt hij altijd beschermd door het recht dat van toepassing is op zijn vordering.

Alles afwegend zou ik toch menen dat de verrekening zou moeten worden beheerst door het recht dat ook de hoofdvor-

dering beheerst. Doorslaggevend is hierbij de eenvoud van deze verwijzingsregel en de wetenschap dat de crediteur van de hoofdvordering altijd wordt beschermd door het recht dat van toepassing is op zijn vordering.