

---

**GRONDWETTELIJK HOF 27 NOVEMBER 2008**


---

**SCHULDVERGELIJKING**

**Collectieve schuldenregeling – Wet financiële zekerheden – Nettingovereenkomst – Tegenwerpelijkheid in geval van samenloop – Niet pertinent ten aanzien van natuurlijke personen die geen handelaar zijn – Collectieve schuldenregeling – Ongrondwettig**

*De artikelen 14 en 15 § 1 van de wet financiële zekerheden van 15 december 2004 (“WFZ”) staan kredietinstellingen toe een nettingovereenkomst te doen gelden om te ontsnappen aan de regel van de samenloop. Gelet op het doel van economische groei en financiële stabiliteit dat de wetgever met de WFZ wilde nastreven in de bank- en financiële sector; is deze maatregel niet pertinent in zoverre hij van toepassing is op de schuldenaars die natuurlijke personen zijn en die, gelet op hun situatie van overmatige schuldenlast, zijn genoodzaakt een verzoek in te dienen tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling.*

*In zoverre de artikelen 14 en 15 § 1 WFZ van toepassing zijn op natuurlijke personen die geen kooplieden zijn in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel, schenden zij dan ook de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.*

**COMPENSATION**

**Règlement collectif de dettes – Loi relative aux sûretés financières – Convention de netting – Opposabilité dans le concours – Impertinence relative aux personnes physiques qui n’ont pas la qualité de commerçant – Règlement collectif de dettes – Inconstitutionnelle**

*Les articles 14 et 15 § 1 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (“LSF”) permettent aux établissements de crédit de faire valoir une convention de netting pour échapper à la règle du concours.*

*Eu égard à l’objectif de croissance économique et de stabilité financière que le législateur entendait poursuivre dans le secteur bancaire et financier; cette mesure n’est pas pertinente en ce qu’elle est applicable à des débiteurs qui sont des personnes physiques et qui, compte tenu de leur situation de surendettement, se voient contraints d’introduire une requête en règlement collectif de dettes.*

*En ce qu’ils sont applicables à des personnes physiques qui n’ont pas la qualité de commerçant au sens de l’article 1<sup>er</sup> du Code de commerce, les articles 14 et 15 § 1<sup>er</sup> LSF violent les articles 10 et 11 de la Constitution.*

**Zet.: M. Melchior en M. Bossuyt (voorzitters), R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke en J. Spreutels (rechters)**

**Pl.: Mrs. M.-P. Donéa loco M. Eloy en M. Coomans de Brachène loco D. Gérard, A. Feyt**

**Zaak: nr. 167/2008**

*In zake: de prejudiciële vraag over de artikelen 14 en 15 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zake-lijkezekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, gesteld door de beslagrechter te Neufchâteau.*

Het Grondwettelijk Hof,

wijst na beraad het volgende arrest:

**I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging**

Bij beschikking van 20 november 2007 in zake M.M. en M.-C. G. tegen L.L. en anderen, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 22 november 2007, heeft de beslagrechter te Neufchâteau de volgende prejudiciële vraag gesteld:

“Artikel 1675/7 § 1 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de beschikking van toelaatbaarheid een toestand van samenloop tussen de schuldeisers doet ontstaan en de opschorting van de loop van de interesten en de onbeschikbaarheid van het vermogen van de verzoeker tot gevolg heeft. Artikel 1675/7 § 3 bepaalt zijnerzijds dat de beschikking van toelaatbaarheid voor de verzoeker het verbod inhoudt om, behoudens de toestemming van de rechter, (...) enige daad te stellen die een schuldeiser zou bevoordelen; § 4 van dat artikel bepaalt dat de gevolgen van de beschikking van toelaatbaarheid verder lopen tot de verwerping, het einde of de herroeping van de aanzuiveringsregeling, onder voorbehoud van de bepalingen van de aanzuiveringsregeling.

De bepalingen van de artikelen 14 en 15 § 1 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden wijken af van de artikelen 1675/7 en 1675/9 § 1, 4<sup>o</sup> van het Gerech-

telijk Wetboek, in zoverre zij het mogelijk maken dat nettingovereenkomsten worden tegengesteld aan de schuldeisers en aan derden onder de voorwaarden waarin die artikelen voorzien, onder andere in geval van samenloop.

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

De Waalse regering en de Ministerraad hebben memories ingediend.

(...)

## II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

M.M. en M.-C. G. hebben bij de beslagrechter van de rechtbank van eerste aanleg te Neufchâteau een verzoekschrift ingediend tot collectieve schuldenregeling. Een van hun schuldeisers, de NV “Axa Bank Belgium”, heeft zich verzet tegen de aanzuiveringsregeling die de schuldbemiddelaar ter goedkeuring aan alle schuldeisers had voorgelegd.

M.M. en M.-C. G. waren houder van verschillende rekeningen bij de voormelde financiële instelling. Doordat de zichtrekening van M.M. en M.-C. G. een negatief saldo vertoonde en de spaarrekeningen positieve saldi, heeft de NV “Axa Bank Belgium” de zichtrekening gecrediteerd met de positieve saldi van de spaarrekeningen, en bijgevolg een schuldverdeling aangegeven van kapitaal en kosten, ten belope van 1.127,66 EUR. De NV “Axa Bank Belgium” heeft de schuldvergelijking die werd doorgevoerd met toepassing van de artikelen 14 en 15 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijkezekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, verantwoord.

De voormelde bepalingen regelen de nettingovereenkomsten (overeenkomsten van schuldvernieuwing of van bilaterale of multilaterale schuldvergelijking), terwijl de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de procedure van collectieve schuldenregeling in principe elk mechanisme van schuldvergelijking verbieden. Vanuit de vaststelling dat die nettingovereenkomsten aan de schuldeisers en aan derden tegenstelbaar zijn en rechtsgevolgen kunnen hebben in geval van een insolventieprocedure, beslag of in gevallen van samenloop, beslist de beslagrechter van de rechtbank van eerste aanleg te Neufchâteau aan het Hof een vraag te stellen over de artikelen 14 en 15 § 1 van de wet van 15 december 2004, doordat die artikelen een onevenredig voordeel zouden kunnen teweegbrengen voor de bankinstellingen, alsook een discriminatie van de andere schuldeisers, die onderworpen blijven aan de wet van samenloop en die geen enkele schuldvergelijking kunnen toepassen.

## III. In rechte

– A –

A.1.1. De Waalse regering signaleert dat de wet van 15 december 2004, volgens de *Memorie van Toelichting* ervan, ertoe strekt richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, in Belgisch recht om te zetten. De artikelen 14 en 15 van de voormelde wet zijn meer bepaald de omzetting van de artikelen 7 en 8 van die richtlijn. Volgens de Waalse regering zou men met de in het geding zijnde wetsbepalingen twee doelstellingen nastreven. De eerste doelstelling zou betrekking hebben op de economische groei. De tweede doelstelling zou verband houden met de financiële stabiliteit. De onderlinge verwevenheid tussen financiële instellingen en commerciële of industriële ondernemingen zou immers van die aard zijn dat de insolventie van één instelling ook de insolventie van andere instellingen en ondernemingen tot gevolg zou kunnen hebben.

A.1.2. De Waalse regering vraagt zich af of de bekritiseerde bepalingen in principe van toepassing zijn op alle natuurlijke personen, in het bijzonder op diegene die verwickeld zijn in een procedure van collectieve schuldenregeling. Zulk een procedure staat immers enkel open voor natuurlijke personen die geen handelaar zijn en die zich in een situatie van overmatige schuldenlast bevinden. Volgens de *Memorie van Toelichting* van de wet van 15 december 2004 zouden echter in principe alleen vermogende natuurlijke personen in de praktijk met de wet worden geconfronteerd. Daaruit zou dan ook moeten worden afgeleid dat aan de natuurlijke personen die verwickeld zijn in een procedure van collectieve schuldenregeling, en aan hun schuldeisers, de bepalingen van de in het geding zijnde wet niet kunnen worden tegengesteld.

A.1.3. Indien men niettemin bevestigend zou antwoorden op de voorgaande vraag, zouden de in het geding zijnde bepalingen volgens de Waalse regering niet pertinent zijn ten opzichte van de doelstellingen die zij nastreven, of althans niet evenredig ermee. Men ziet immers niet in welk opzicht het feit dat nettingovereenkomsten tegenstelbaar worden gemaakt aan de schuldeisers van een natuurlijke persoon die zich in een situatie van overmatige schuldenlast bevindt, zou toelaten de tweevoudige doelstelling van de wet te bereiken. De natuurlijke personen die geen handelaar zijn, zijn immers niet betrokken bij de doelstelling van bevordering van de economische groei. Het zou eveneens duidelijk zijn dat de impact, voor de financiële en bankinstellingen, van het eventuele ontbreken van een schuldvergelijking in het kader van een procedure van collectieve schuldenregeling, op financieel vlak noodzakelijkerwijs beperkt zou zijn.

A.1.4. Met verwijzing naar het arrest van het Hof nr. 54/2006 van 19 april 2006, geeft de Waalse regering nog aan dat de financiële en bankinstellingen niet de hoedanigheid hebben die, zoals dat het geval is voor de Schatkist, op zich vol-

doende zou zijn om hun een bevoorrechte positie toe te kennen ten opzichte van de andere schuldeisers van een natuurlijke persoon, wanneer deze een verzoekschrift tot collectieve schuldenregeling heeft ingediend.

A.1.5. Door in het kader van een procedure van collectieve schuldenregeling de nettingovereenkomsten die de financiële en bankinstellingen sluiten tegenstelbaar te maken aan derden, zou de wetgever zonder geldige verantwoording die instellingen doen ontsnappen aan de regel van de gelijkheid van de schuldeisers die zich in een toestand van samenloop bevinden, regel die is bepaald bij de artikelen 1675/7 en 1675/9 van het Gerechtelijk Wetboek, die betrekking hebben op de collectieve schuldenregeling, en bij artikel 1298 van het Burgerlijk Wetboek.

A.2.1. Volgens de Ministerraad blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde wet dat het de uitgesproken bedoeling van de wetgever was om af te wijken van de artikelen 1675/7 en 1675/9 § 1, 1° van het Gerechtelijk Wetboek. De Ministerraad wijst eveneens op de twee doelstellingen die door de wetgever werden nagestreefd bij de aanneming van de wet van 15 december 2004, die ertoe strekte richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 in Belgisch recht om te zetten.

A.2.2. Hoewel de wetgever eveneens de bedoeling had de consument in zekere mate te blijven beschermen, heeft hij echter niet de natuurlijke personen ten aanzien van wie een procedure van collectieve schuldenregeling loopt, uitgesloten van het toepassingsgebied *ratione personae* van de artikelen 14 en 15 § 1 van de wet van 15 december 2004. De reden daarvoor zou liggen in het feit dat, vóór de aanneming van de wet van 15 december 2004 en als gevolg van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, de doeltreffendheid van de nettingovereenkomsten die met een natuurlijke persoon waren gesloten, gegarandeerd was niettegenstaande de opening van een procedure van collectieve schuldenregeling, indien de schuldvergelijking was toegestaan door de wet die de schuldvergelijkingsovereenkomst regelde en door de wet die van toepassing was op de schuldvordering van de insolvente schuldenaar. De wetgever zou dus niet anders gedaan hebben dan zich af te stemmen op het toenmalige Europees recht om voor alle nettingovereenkomsten dezelfde doeltreffendheid te garanderen, ongeacht de wet die van toepassing was op de schuldvergelijkingsovereenkomst en op de schuldvordering van de insolvente schuldenaar, met inbegrip van de Belgische wet.

A.2.3. Wat meer in het bijzonder de prejudiciële vraag betreft die te dezen is gesteld, benadrukt de Ministerraad het feit dat de in het geding zijnde bepalingen deel uitmaken van een ontegenzeggelijk ruimere wetgevende context, waarin wordt gestreefd naar financiële stabiliteit. Rekening houdend met die doelstelling, zou het niet onrechtmatig zijn om aan mechanismen van contractuele waarborgen een grotere

doeltreffendheid te verlenen in situaties van samenloop, en dat ongeacht de oorzaak ervan.

A.2.4. De Ministerraad onderstreept dat, vóór de goedkeuring van de in het geding zijnde bepalingen, de tegenstelbaarheid van nettingovereenkomsten aan derden, en in het bijzonder aan de andere schuldeisers van een natuurlijke persoon van wie een verzoekschrift tot collectieve schuldenregeling toelaatbaar was verklaard, afhing van een wet die van toepassing was op de schuldvordering van de natuurlijke persoon die betrokken was in een insolventieprocedure.

Met toepassing van de artikelen 6 en 13 van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures was contractuele schuldvergelijking immers reeds doeltreffend niettegenstaande een procedure van collectieve schuldenregeling, indien de wet die van toepassing was op de schuldvergelijkingsovereenkomst en de wet die de vordering van de schuldenaar regelde, dat toestonden. Daaruit volgt dat, naargelang de nettingovereenkomst en de vordering van de insolvente schuldenaar al dan niet waren geregeld door het Belgisch recht, zulk een overeenkomst al dan niet kon worden tegengeworpen aan de andere schuldeisers van de schuldenaar die betrokken was in een procedure van collectieve schuldenregeling. Het optreden van de wetgever zou dus tot doel en tot gevolg hebben gehad eenzelfde doeltreffendheid te garanderen voor alle nettingovereenkomsten, en niet alleen voor die waarvoor de noodzakelijkerwijs buitenlandse wet een schuldvergelijking toestond in geval van een insolventieprocedure.

A.2.5. De Ministerraad voegt eraan toe dat de Belgische wetgever niet kon beslissen de nettingovereenkomsten van hun externe gevolgen te ontdoen in situaties van samenloop waarbij particulieren betrokken zijn. Indien hij dat zou hebben gedaan, zou hij zijn ingegaan tegen het rechtstreeks toepasselijke Europees recht, dat reeds doeltreffendheid verleende aan de nettingovereenkomsten die vielen in het toepassingsgebied van de artikelen 6 en 13 van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

A.2.6. Ten slotte gaat de Ministerraad na of de toepassing van de artikelen 14 en 15 § 1 van de wet van 15 december 2004 naar aanleiding van procedures van collectieve schuldenregeling, een onevenredig voordeel toekent – zoals de verwijzende rechter beweert – aan de bankinstellingen, in het nadeel van de andere schuldeisers.

De Ministerraad preciseert in dat verband dat de bankinstellingen zich vaker dan anderen in een situatie bevinden waarin zij tegelijkertijd schuldeiser en schuldenaar van hun cliënten zijn, wegens de aard zelf van hun activiteiten. Zij zijn echter niet de enigen die in die situatie kunnen terechtkomen, en bijgevolg niet de enigen die een nettingovereenkomst kunnen sluiten.

De Ministerraad geeft eveneens aan dat de bankinstellingen tot een ruimere categorie van schuldeisers behoren, in casu

die van de schuldeisers die tegelijkertijd schuldenaar zijn van hun medecontractanten, een categorie die verschilt van die van de andere schuldeisers, die slechts schuldeiser zijn van diegene van wie een verzoekschrift tot collectieve schuldenregeling toelaatbaar werd verklaard. Die twee categorieën zouden echter volgens de Ministerraad niet kunnen worden vergeleken.

– B –

B.1. Met de prejudiciële vraag wordt het Hof verzocht zich uit te spreken over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 14 en 15 § 1 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijkezekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, in samenhang gelezen met de artikelen 1675/7 en 1675/9 § 1, 4° van het Gerechtelijk Wetboek, in zoverre zij het mogelijk maken dat nettingovereenkomsten worden tegengesteld aan de schuldeisers en aan derden onder de voorwaarden waarin die artikelen voorzien, onder andere in geval van samenloop.

B.2.1. De voormelde artikelen 14 en 15 § 1 bepalen:

“Art. 14. De nettingovereenkomsten alsook de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, kunnen, zonder voorafgaande ingebrekestelling of gerechtelijke beslissing, niettegenstaande elke overdracht van de rechten waarop zij betrekking hebben, in het geval van de opening van een insolventieprocedure of in het geval van het beslag of enig ander geval van samenloop, aan de schuldeisers worden tegengesteld als de schuldvordering en de schuld waarop de schuldvernieuwing of -vergelijking moet worden toegepast, bestaan op het ogenblik waarop de insolventieprocedure, het beslag of een geval van samenloop plaatsvindt, ongeacht de datum van hun opeisbaarheid, hun doel of de valuta waarin zij zijn uitgedrukt.

Art. 15. § 1. De zakelijkezekerheidsovereenkomsten en de nettingovereenkomsten zijn geldig en aan derden tegenstelbaar en zij kunnen dus rechtsgevolg hebben, inclusief in het geval van een insolventieprocedure, het beslag of enig ander geval van samenloop, als die overeenkomsten zijn gesloten vóór het tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend of vóór het beslag of de samenloop plaatsvindt, of, wanneer die overeenkomsten ná dat moment zijn gesloten, als de tegenpartij kan aantonen dat zij, op het ogenblik waarop de betrokken overeenkomst werd gesloten, in de gewettigde onwetendheid verkeerde over de opening of het eerder plaatsvinden van die procedure of die samenloop.”

B.2.2. Wat de procedure van collectieve schuldenregeling betreft, bepalen de artikelen 1675/7 en 1675/9 van het Gerechtelijk Wetboek:

“Art. 1675/7. § 1. Onverminderd de toepassing van § 3, doet de beschikking van toelaatbaarheid een toestand van samenloop ontstaan tussen de schuldeisers en heeft de opschorting van de loop van de interesten en de onbeschikbaarheid van het vermogen van de verzoeker tot gevolg.

Tot de boedel behoren alle goederen van de verzoeker op het ogenblik van de beschikking, alsmede de goederen die hij tijdens de uitvoering van de collectieve aanzuiveringsregeling verkrijgt.

De gevolgen van de overdrachten van schuldvordering worden geschorst tot het einde, de verwerping of de herroeping van de aanzuiveringsregeling. Op dezelfde wijze, behalve in geval van tegeldemaking van het vermogen, worden de gevolgen van de zakelijke zekerheden en van de voorrechten geschorst tot het einde, de verwerping of de herroeping van de aanzuiveringsregeling.

§ 2. Alle middelen van tenuitvoerlegging die strekken tot betaling van een geldsom worden geschorst. De reeds gelegde beslagen behouden echter hun bewarende werking.

Indien de dag van de gedwongen verkoop van de in beslag genomen roerende of onroerende goederen reeds vóór de beschikking van toelaatbaarheid was bepaald en door aanplakking bekendgemaakt, geschiedt deze verkoop voor rekening van de boedel.

Ten aanzien van personen die een persoonlijke zekerheid hebben toegestaan om een schuld van de schuldenaar te waarborgen, worden de middelen van tenuitvoerlegging geschorst tot de homologatie van de minnelijke aanzuiveringsregeling, tot de neerlegging van het in artikel 1675/11 § 1 bedoelde proces-verbaal of tot de verwerping van de aanzuiveringsregeling.

Ten aanzien van personen die de in artikel 1675/16bis § 2 bedoelde verklaring hebben neergelegd, worden de uitvoeringsmaatregelen geschorst tot de rechter uitspraak heeft gedaan over de bevrijding.

§ 3. De beschikking van toelaatbaarheid houdt voor de verzoeker het verbod in om, behoudens toestemming van de rechter:

- enige daad te stellen die een normaal vermogensbeheer te buiten gaat;
- enige daad te stellen die een schuldeiser zou bevoordelen, behoudens de betaling van een onderhoudsschuld voor zover deze geen achterstallen betreft;
- zijn onvermogen te vergroten.

§ 4. De gevolgen van de beschikking van toelaatbaarheid lopen verder, onder voorbehoud van de bepalingen van de aanzuiveringsregeling, tot de verwerping, het einde of de herroeping van de aanzuiveringsregeling.

§ 5. Onverminderd de toepassing van artikel 1675/15 is iedere daad gesteld door de schuldenaar in weerwil van de

gevolgen verbonden aan de beschikking van toelaatbaarheid niet tegenwerpbaar aan de schuldeisers.

§ 6. De gevolgen van de beschikking van toelaatbaarheid vangen aan de eerste dag die volgt op het opmaken van het bericht van collectieve schuldenregeling bedoeld in artikel 1390*quinquies*.”

“Art. 1675/9. § 1. Uiterlijk drie dagen na de uitspraak van de beschikking van toelaatbaarheid moet de griffier deze bij gerechtsbrief ter kennis brengen van:

1° de verzoeker en zijn echtgenoot of de wettelijk samenwonende, onder toevoeging van de tekst van artikel 1675/7 en, in voorkomend geval, zijn raadsman;

2° de schuldeisers en de personen die een persoonlijke zekerheid hebben gesteld onder toevoeging van een afschrift van het verzoekschrift, van een formulier van aangifte van schuldvordering, van de tekst van § 2 van dit artikel en van de tekst van artikel 1675/7;

3° de schuldbemiddelaar onder toevoeging van een afschrift van het verzoekschrift en van de als bijlage toegevoegde stukken;

4° de betrokken schuldenaars onder toevoeging van een afschrift van de tekst van artikel 1675/7. Zij worden ervan op de hoogte gebracht dat iedere betaling, vanaf ontvangst van de beschikking, in handen van de schuldbemiddelaar moet gebeuren.

[...].”

B.3.1. Volgens de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde wet van 15 december 2004, wordt een nettingovereenkomst gedefinieerd als volgt:

“een overeenkomst [...] die een conventioneel verrekeningsproces instelt waarbij de wederzijdse verplichtingen tussen twee of meer partijen verrekend worden zodat een ‘nettobedrag’ wordt verkregen dat door de ene partij aan de andere moet worden betaald. Dit nettobedrag is het saldo van de verrekening waarbij de verplichtingen elkaar opheffen ten belope van de laagste schuld. Een nettingovereenkomst bevat doorgaans een zogenaamde “close out”-clausule. Dat is een uitdrukkelijk ontbindend beding dat de ontbinding van de termijncontracten of -verrichtingen tot gevolg heeft wanneer zich een gebeurtenis voordoet (die verband houdt met wanprestatie) waardoor het verrekeningsproces in werking treedt en dat tot doel heeft alle nog niet opeisbare verplichtingen in dit proces te betrekken” (*Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1407/001, p. 27*).

B.3.2. Door de wet van 15 december 2004 aan te nemen, wilde de wetgever, enerzijds, de richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten in Belgisch recht omzetten en, anderzijds, het potentieel economisch nut van die omzetting verzekeren door haar te voorzien van de

daartoe noodzakelijke aanvullingen op fiscaal vlak (*ibid.*, p. 7).

B.3.3. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet blijkt dat twee specifieke doelstellingen werden nagestreefd: enerzijds, de bekommernis om de economische groei te waarborgen, en anderzijds, de bezorgdheid om de stabiliteit van het financiële systeem te versterken.

Wat de economische groei betreft, staat het volgende te lezen in de parlementaire voorbereiding:

“Financiële zekerheden vormen een absoluut noodzakelijke voorwaarde voor het sluiten van (1) kredietovereenkomsten en (2) derivatenovereenkomsten. Via kredietovereenkomsten verwerven ondernemingen externe werkingsmiddelen. Via derivatenovereenkomsten dekken ondernemingen markt-, krediet-, deviezen- en andere risico's af: stijging van rentevoeten, daling van USD, verhoging van grondstoffenprijs, etc. ... Beide zijn essentieel voor het functioneren van industriële en commerciële ondernemingen.

Een adequate zekerheidswetgeving verschaft ondernemingen een toegang tot dergelijke overeenkomsten, en dit tegen een lagere prijs. Dit heeft positieve gevolgen voor [de] economische groei en [de] tewerkstelling.

Op dit punt gaat het ontwerp van de wet beduidend verder dan de richtlijn. De richtlijn heeft geen betrekking op zekerheidsstellingen tussen niet-financiële ondernemingen en met betrokkenheid van natuurlijke personen. Dit is begrijpelijk, aangezien de richtlijn kadert in het *Financial Services Action Plan* van de Europese Commissie, wat met name de uitbouw van een geïntegreerde Europese kapitaalmarkt beoogt.

Met het wetsontwerp trekt de regering de gevolgde logica door naar het geheel van de economie.

Naar *industriële en commerciële ondernemingen* toe heeft dit de volgende gevolgen:

1. goedkopere toegang tot *kredieten*, mede gebaseerd op de kapitaaltoereikendheidsnormen van de Kapitaalakkoorden Basel I en II, die banken toelaten om het kapitaalbeslag dat normaliter geldt voor verleende kredieten te verminderen indien de exposures adequaat afgedekt zijn; minder kapitaalbeslag leidt tot een lagere kredietkost;

2. deelname aan zgn. *treasury* operaties (vnl. via repo's), met hogere financiële opbrengsten voor de ondernemingen met kasoverschotten en in het algemeen een hogere marktliquiditeit en dus lagere interestvoeten als gevolg;

3. toegang tot *derivatenoperaties*, waarbij de industriële en commerciële ondernemingen vnl. optreden als verkoper van risico. Dit maakt het ondernemingsgebeuren minder kwetsbaar voor externe economische schokken, met een verlaagd insolventierisico, behoud van economische activiteit en werkgelegenheid als korte-termijnvoordeel en een toenevende economische groei als lange-termijnvoordeel.

Naar *natuurlijke personen* toe heeft dit de volgende gevolgen:

1. wegens het deponssatoire karakter van de zekerheden zullen in de praktijk enkel vermogende natuurlijke personen door de wet betrokken zijn: enkel zij hebben de effecten of contanten om als zekerheid voor financiële transacties te verlenen;

2. toegang tot derivatenoperaties, waarbij de natuurlijke personen vnl. optreden als koper van risico, en dit in het kader van de maximalisering van de opbrengst van hun vermogensbeheer (zie ook de rol van de zgn. *hedge funds*). Door hun aanwezigheid in de markt hebben zij een neerwaartse invloed op de prijs van risico-overdracht, wat voor industriële en commerciële ondernemingen een lagere kost voor afdekking van risico als gevolg heeft;

3. doordat vermogende natuurlijke personen kredieten kunnen opnemen tegen overdracht van een effectenportefeuille, kunnen zij deelnemen aan kapitaalmarktoperaties: aankoop van of inschrijving op aandelen, obligaties, etc, met eveneens positieve gevolgen voor marktliquiditeit en interestvoeten, die op hun beurt leiden tot een lagere financieringskost van industriële en commerciële ondernemingen, of de overheid.” (*ibid.*, p. 10 en 11).

Het doel van financiële stabiliteit wordt als volgt omschreven:

“De onderlinge verwevenheid tussen financiële instellingen onderling en commerciële of industriële ondernemingen is van die aard dat de insolventie van één instelling ook de insolventie van andere instellingen en ondernemingen als gevolg kan hebben: dit is het zgn. besmettings- of dominorisico, met mogelijke rampzalige economische gevolgen.

De richtlijn vangt dit risico enkel op in het kader van financiële markttransacties (in de ruime zin van het woord), wat logisch is aangezien zij kadert in het *Financial services Action Plan* van de Europese Commissie.

Het wetsontwerp gaat ervan uit dat dezelfde logica geldt in alle economische relaties en breidt de bescherming tegen het besmettingsrisico uit naar alle door de wet gedekte contractuele relaties. Dit heeft als gevolg dat ook de besmettingsrisico's van en op particulieren en (commerciële of industriële) ondernemingen gedekt worden, wat de algemene economische stabiliteit, en dus ook groei en tewerkstelling ten goede komt.” (*ibid.*, p. 11 en 12).

B.4. De wetgever verantwoordde de keuze om, wat de nettingovereenkomsten betreft, het toepassingsgebied *ratione personae* uit te breiden tot entiteiten buiten de financiële sector, door de bescherming waarvoor die overeenkomsten al in aanmerking kwamen in het kader van de verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (*PB. L.* 160, 30 juni 2000, p. 1), en doordat het aangewezen was het systeem te veralgemenen (*Parl. St. Kamer* 2004-05, Doc. 51-1407/001, p. 34-35).

De genoemde verordening bepaalt immers in artikel 6:

“Verrekening

1. 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.

2. De in lid 1 uiteengezette regel vormt geen beletsel voor het instellen van vorderingen tot nietigheid, vernietiging of niet-tegenwerpbaarheid als bedoeld in artikel 4, lid 2, onder m).”

De Belgische wetgever wilde op die manier voor alle nettingovereenkomsten in een identieke behandeling voorzien, ook wanneer de vordering van de insolvente schuldenaar door het Belgisch recht wordt geregeld.

B.5. De in het geding zijnde bepalingen voorzien in een mechanisme van wettelijke schuldvergelijking dat afwijkt van de regel van de gelijkheid van de schuldeisers die zich bevinden in een toestand van samenloop, zoals die met name is bepaald in de artikelen 1675/7 en 1675/9 van het Gerechtelijk Wetboek, die betrekking hebben op de collectieve schuldenregeling, en in artikel 1298 van het Burgerlijk Wetboek.

B.6.1. Volgens de verwijzende rechter zouden de artikelen 14 en 15 van de wet van 15 december 2004 een onevenredig voordeel kunnen teweegbrengen voor de bankinstellingen, en een discriminatie van de andere schuldeisers, die onderworpen blijven aan de regel van de samenloop en die geen schuldvergelijking kunnen toepassen.

B.6.2. De in het geding zijnde bepalingen hebben niet tot gevolg dat alleen de nettingovereenkomsten waarbij een bankinstelling is betrokken, tegenstelbaar worden gemaakt aan de schuldeisers in samenloop. De bepalingen gelden immers, zoals blijkt uit zowel de bewoordingen van de wet als de in B.3.1. vermelde parlementaire voorbereiding ervan, voor alle overeenkomsten die een conventioneel verrekeningsproces instellen waarbij de wederzijdse verplichtingen tussen twee of meer partijen, los van hun hoedanigheid, worden verrekend zodat een nettobedrag wordt verkregen dat door de ene partij aan de andere moet worden betaald.

B.6.3. Het Hof dient dus het verschil in behandeling te onderzoeken tussen de schuldeisers die zich kunnen beroepen op een nettingovereenkomst in de zin van de in het geding zijnde bepalingen, en de schuldeisers die zich niet op zulk een overeenkomst kunnen beroepen en op wie bijgevolg de regel van samenloop wordt toegepast met toepassing van de artikelen 1675/7 en 1675/9 van het Gerechtelijk Wetboek.

B.7.1. Het verschil in behandeling berust op een objectief criterium, namelijk het feit dat de schuldeisers al dan niet een nettingovereenkomst hebben gesloten met een medecontract-

tant wiens verzoek tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling toelaatbaar werd verklaard.

B.7.2. In tegenstelling tot hetgeen de Ministerraad voorhoudt, zijn beide categorieën van schuldeisers voldoende vergelijkbaar. Zij beschikken immers over schuldvorderingen tegen een natuurlijke persoon op wie een procedure van collectieve schuldenregeling van toepassing is, niettegenstaande het feit dat de eerste categorie overigens schuldenaar is van die natuurlijke persoon.

B.8.1. Zoals aangegeven in B.3.3. en B.4., wilde de wetgever door middel van de in het geding zijnde bepalingen economische groei en financiële stabiliteit nastreven. De wetgever is bovendien verder gegaan dan de omzetting van de richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 door het toepassingsgebied *ratione personae* van de wet uit te breiden tot buiten de financiële sector, wegens de bescherming waarvoor de nettingovereenkomsten reeds in aanmerking komen in het kader van de Europese verordening nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures.

B.8.2. Gelet op het doel van economische groei en financiële stabiliteit dat de wetgever wilde nastreven in de bank- en financiële sector, is de maatregel die erin bestaat de kredietinstellingen toe te staan een nettingovereenkomst te doen gelden om te ontsnappen aan de regel van de samenloop, niet pertinent in zoverre hij van toepassing is op de schuldenaars, die natuurlijke personen zijn en die, gelet op hun situatie van overmatige schuldenlast, zijn genoodzaakt een verzoek in te dienen tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling.

Volgens de parlementaire voorbereiding hebben die twee doelstellingen meer in het bijzonder betrekking op “vermo-

gende” personen (*Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1407/001, p. 11*) of althans op personen die over effecten beschikken (*Parl. St. Kamer 2004-05, Doc. 51-1407/002, p. 14*).

Wat betreft de bescherming waarvoor nettingovereenkomsten reeds in aanmerking komen krachtens de Europese verordening nr. 1346/2000, kan zulke overweging, en evenmin de omstandigheid dat de schuldeisers die door de in het geding zijnde bepalingen worden beoogd eveneens bewaarnemer zijn van het immateriële vermogen van hun schuldenaar, niet op redelijke wijze verantwoord worden dat op die manier afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de andere schuldeisers, die aldus een gedeelte van het actief wordt ontnomen waarop zij aanspraak hadden kunnen maken indien de in het geding zijnde bepalingen niet zouden zijn toegepast.

B.9. De prejudiciële vraag dient in die mate bevestigend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht:

In zoverre de artikelen 14 en 15 § 1 van de wet van 15 december 2004 “betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijkezekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten” van toepassing zijn op natuurlijke personen die geen kooplieden zijn in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel, schenden zij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

(...)

## Noot

### ***Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting***

*Robby Houben*<sup>1</sup>

1. Op 1 februari 2005 trad de wet financiële zekerheden (“WFZ”) in werking. Deze wet zet de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (“RFZ”)<sup>2</sup> om in het Belgisch recht. De WFZ voert in het Belgisch recht aan de hand van het begrip “netting” nieuwe rechtsregels over con-

tractuele schuldvergelijking in<sup>3</sup>. Het voornaamste gevolg van de nieuwe regels is dat er voortaan, mits er voldaan is aan bepaalde voorwaarden, een recht bestaat op contractuele schuldvergelijking na samenloop, terwijl er voordien een principieel verbod bestond. Dit impliceert dat contractuele

<sup>1</sup> Universiteit Antwerpen.

<sup>2</sup> *P.B. L.* 27 juni 2002, afl. 168, 43.

<sup>3</sup> Over de nieuwe regels o.m.: R. HOUBEN, “Contractuele compensatie na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd”, *R.W.* 2005-06, 1161-1172; I. PEETERS, “De wet financiële zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid”, *Bank. Fin. R.* 2005, 164-178; I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, “De wet financiële zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?”, *T.B.H.* 2006, 170-207; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *R.W.* 2004-05, 1521-1550; A. ZENNER en I. PEETERS, “Faillite et compensation: une révolution copernicienne”, *J.T.* 2005, 333-336; D. DEMAREZ, “De wet financiële zekerheden”, *T.P.R.* 2006, 1101-1155; R. HOUBEN, “Netting”, in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 2009.

schuldvergelijking onder bepaalde voorwaarden voortaan steeds tegenwerpelijk kan intreden na samenloop, behoudens bedrog.

Het recht op contractuele schuldvergelijking na samenloop is onderhevig aan twee voorwaarden. Ten eerste moet de schuldvergelijking in beginsel zijn overeengekomen vóór de samenloop (art. 15 § 1 WFZ). Daarnaast moeten de te verrekenen vorderingen bestaan vóór de samenloop plaatsvindt (art. 14 WFZ)<sup>4</sup>. Samenhang tussen de vorderingen is in tegenstelling tot vóór de inwerkingtreding van de WFZ geen vereiste meer om te kunnen overgaan tot contractuele

schuldvergelijking na samenloop.

De tegenwerpelijke van contractuele schuldvergelijking ingevolge de WFZ geldt niet alleen bij samenloop, maar ook in geval van “overdracht” van vorderingen. De term “overdracht” heeft uiteraard betrekking op de cessie van vorderingen, maar algemeen wordt aanvaard dat het begrip daartoe niet mag worden beperkt<sup>5</sup>. In die optiek wordt aangenomen dat de term overdracht elke vorm van overgang van schuldvorderingen omvat, bijvoorbeeld krachtens delegatie, persoonlijke subrogatie, rechtstreekse vordering of inpandgeving.

## 1. NETTING IN DE WET FINANCIËLE ZEKERHEDEN: TOEPASSINGSGBIED

2. De nettingregels vervat in de WFZ hebben een ruim toepassingsgebied. Het materieel toepassingsgebied omvat zowel de gemeenrechtelijke contractuele schuldvergelijking als de klassieke bilaterale of multilaterale netting die in het (institutionele) financieel recht moet worden gesitueerd. Bij de eerstgenoemde categorie kan onder meer gedacht worden aan het beding van eenheid van rekening, het compensatiebeding en de (juridische) rekening-courant<sup>6</sup>. Tot de laatstgenoemde categorie behoren onder meer de zogenaamde “Master Agreements”, die de contractuele relatie tussen partijen betrekken bij de verhandeling van derivaten, zoals swaps, beheersen.

De nieuwe rechtsregels over netting zijn niet alleen van toepassing op de eigenlijke contractuele verrekeningsbedingen. Het toepassingsgebied omvat tevens de zogenaamde close-outbedingen. Dit zijn de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of schuldvergelijking mogelijk te maken. De wettelijke en de gerechtelijke schuldvergelijking zijn niet in het toepassingsgebied van de WFZ begrepen.

3. *Ratione personae* bevat de WFZ inzake netting geen enkel aanknopingspunt. De rechtsleer leidt hieruit een onbeperkt personeel toepassingsgebied van de WFZ inzake netting af<sup>7</sup>. In die optiek is het niet vereist dat de netting- of close-outovereenkomst gesloten is tussen – of met – financiële instellingen om van de bescherming van de WFZ

inzake netting te kunnen genieten. Ook de netting- en close-outovereenkomsten gesloten tussen of met handelaars of consumenten, rechtspersonen of natuurlijke personen, vallen principieel onder het toepassingsgebied van de WFZ.

Het personeel toepassingsgebied van de WFZ is aanzienlijk ruimer dan dat van het opgeheven artikel 157 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen (WKI)<sup>8</sup>. Artikel 157 WKI bevatte een beschermingsregeling voor overeenkomsten van bilaterale en multilaterale schuldvergelijking en uitdrukkelijke ontbindende bedingen met het oog op schuldvergelijking, gesloten tussen kredietinstellingen of tussen kredietinstellingen en instellingen belast met de verrekening of vereffening van betalingen of financiële transacties. Dit wetsartikel was in principe enkel van toepassing op de netting tussen kredietinstellingen en in geen geval in de relatie tussen kredietinstellingen en hun cliënten (ondernemingen of consumenten).

Het personeel toepassingsgebied van de WFZ is tevens ruimer dan dat van de instruerende richtlijn. In grote lijnen kan worden gesteld dat de richtlijn twee categorieën viseert: enerzijds de (financiële) instellingen met een specifiek statuut en anderzijds de “andere dan natuurlijke personen” (art. 1.2. en 1.3. RFZ). De richtlijn geldt in wezen enkel niet voor natuurlijke personen. Hier schuilt het verschilpunt met de WFZ. De WFZ is in tegenstelling tot de richtlijn ook van toepassing op natuurlijke personen. De verruiming van het toepassingsgebied van de richtlijn in de WFZ vormt geen probleem voor de Europeesrechtelijke conformiteit van de

<sup>4</sup> Zie de eerste gepubliceerde rechtspraak over deze voorwaarde: Kh. Antwerpen 25 februari 2008, *R.W.* 2008-09, 971, noot C. BODDAERT.

<sup>5</sup> V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1543, nr. 75; D. DEMAREZ, *l.c.*, p. 1143, nr. 56; I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, *l.c.*, p. 181, nr. 39; C. BODDAERT, *l.c.*, p. 144, nr. 33; M. DE THEÏJE, “Compensatie...”, p. 10, nr. 16. Zie ook de discussie in de rechtsleer omtrent de invulling van het begrip “overdracht” in art. 1690 B.W. bij dubbele, achtereenvolgende cessie. Voor een bespreking van deze discussie in het licht van cessie en posterieure samenloop en met nadere verwijzingen: R. HOUBEN, “Schuldvergelijking bij cessie en posterieure samenloop”, *T.B.H.* 2008, 679-687.

<sup>6</sup> Zie over deze bedingen o.m. C. BODDAERT, “Krediet en insolventie – de inbreng van de wet financiële zekerheden”, in AEDBF (ed.), *Bank en insolventie*, Brussel, Bruylant, 2007, p. 120-121, nrs. 4 en 5; H. BRAECKMANS, “Bankrekeningen, betaal- en kredietverrichtingen”, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Gent, E.Story-Scientia, 1989, 563 e.v.; R. HOUBEN, “Conventionele schuldvergelijking”, *Jura Falc.* 2004-05, 718-730.

<sup>7</sup> *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/002, 13; *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/001, 34.

<sup>8</sup> Zie uitgebreid over dit wetsartikel: R. STEENNOT, “Commentaar bij art. 157 W. 22 maart 1993”, in *Financieel recht. Commentaar met overzicht van rechtsleer en rechtspraak*, Kluwer, 2004, 27 p.



Belgische bepalingen. De richtlijn hanteert namelijk de methode van de minimale harmonisatie<sup>9</sup>, zodat het de lidstaten vrij staat in meer bescherming dan voorgeschreven in de richtlijn te voorzien.

Het is met betrekking tot de uitbreiding naar natuurlijke personen in de WFZ van het toepassingsgebied van de richtlijn dat het Grondwettelijk Hof zich in het geannoteerde arrest heeft uitgesproken<sup>10</sup>.

## 2. HET ARREST VAN HET GRONDWETTELIJK HOF VAN 27 NOVEMBER 2008

4. Het Grondwettelijk Hof spreekt zich in het geannoteerde arrest uit over een prejudiciële vraag van de beslagrechter van Neufchâteau. De vraag betreft de (on)grondwettigheid van de ongelijke behandeling van de schuldeiser die een beroep kan doen op een nettingovereenkomst in het kader van een collectieve schuldenregeling en de schuldeiser die dit niet kan. Het Grondwettelijk Hof overweegt de prejudiciële vraag als volgt.

In de eerste plaats stelt het Hof een verschillende behandeling vast tussen de schuldeiser die zich ten aanzien van zijn – onder collectieve schuldenregeling geplaatste – schuldenaar op een nettingovereenkomst kan beroepen en de schuldeiser die dit niet kan. De verschillende behandeling steunt op een objectief criterium, namelijk het al dan niet sluiten van een nettingovereenkomst met de betrokken schuldenaar. Vervolgens geeft het Hof aan dat de schuldeiser die een nettingovereenkomst heeft gesloten met zijn schuldenaar/natuurlijke persoon en de schuldeiser die dit niet heeft gedaan, voldoende vergelijkbaar zijn: beide categorieën beschikken over vorderingen tegen een natuurlijke persoon op wie een procedure van collectieve schuldenregeling van toepassing is, niettegenstaande het feit dat de eerste categorie – aldus het Hof – overigens schuldenaar is

van die natuurlijke persoon.

Aansluitend stelt het Hof vast dat de artikelen 14 en 15 WFZ *ratione personae* een verruiming vormen van het toepassingsgebied van de RFZ. De WFZ is in tegenstelling tot de RFZ namelijk ook van toepassing buiten de financiële sector. Ten slotte wijst het Hof op het doel van economische groei en financiële stabiliteit dat de wetgever met de WFZ wilde nastreven in de bank- en financiële sector. Deze doelstellingen geven volgens het Hof aan dat de WFZ enkel betrekking heeft op “vermogende” personen. In die optiek acht het Hof de maatregel die erin bestaat kredietinstellingen toe te staan een nettingovereenkomst te doen gelden om te ontsnappen aan de regel van de samenloop niet pertinent, in zoverre hij van toepassing is op de schuldenaars die natuurlijke personen zijn en die gelet op hun situatie van overmatige schuldenlast zijn genoodzaakt een verzoek in te dienen tot het verkrijgen van een collectieve schuldenregeling.

Het Grondwettelijk Hof besluit dat de beschermingsregeling inzake netting vervat in de artikelen 14 en 15 § 1 WFZ niet in overeenstemming is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, voor zover zij van toepassing is op natuurlijke personen die geen handelaar zijn.

## 3. GEVOLGEN VAN HET ARREST

5. Wat zijn de praktische gevolgen van het geannoteerde arrest? Het voornaamste gevolg van het arrest is dat contractuele schuldvergelijking niet langer op grond van de WFZ tegenwerpelijk kan intreden na samenloop op het vermogen van een natuurlijke persoon die geen handelaar is<sup>11</sup>. Terzake geldt voortaan het gemeen recht<sup>12</sup>. Op grond van het gemeen recht kan schuldvergelijking na samenloop enkel tegenwerpelijk intreden tussen samenhangende vorderingen, in beginsel op voorwaarde dat beide te verrekenen vorderingen bestaan voor de samenloop.

De rechtsregels over netting vervat in de WFZ blijven onverkort gelden ten aanzien van de partijen bij een nettingovereenkomst die niet worden gevisieerd in het geannoteerde

arrest. Dit zijn: rechtspersonen en handelaars (al dan niet natuurlijke personen).

Het arrest van het Grondwettelijk Hof heeft potentieel een ruime draagwijdte. Het Hof acht de artikelen 14 en 15 § 1 WFZ, die de beschermingsregels voor netting bevatten, namelijk ongrondwettig voor zover zij van toepassing zijn op natuurlijke personen die geen handelaar zijn, zonder daarbij enige nadere beperking aan te duiden. Dit impliceert dat het arrest in beginsel niet alleen betrekking heeft op de contractuele schuldvergelijking na samenloop, maar ook op de contractuele schuldvergelijking na beslag, de kennisgeving van cessie of verpanding, en dergelijke meer<sup>13</sup>. Onder meer er op gelet dat het Hof in de overwegingen om tot de

<sup>9</sup> Zie overweging (22) bij de richtlijn.

<sup>10</sup> GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, tevens gepubliceerd in *NjW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *J.T.* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE.

<sup>11</sup> Over de gevolgen van een arrest van het Grondwettelijk Hof gewezen op een prejudiciële vraag in het algemeen: P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 378-385.

<sup>12</sup> Ook E. DIRIX, “Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes” (noot onder GwH 27 november 2008), *NjW* 2008, 926.

<sup>13</sup> Ook E. DIRIX, *l.c.*, 926.

ongrondwettigheid van de genoemde artikelen te besluiten enkel de samenloop viseert, kan men zich afvragen of het Hof bewust zulk een ruime draagwijdte aan het geannoteerde arrest heeft willen geven.

6. Ingevolge het geannoteerde arrest kunnen nettingovereenkomsten ten aanzien van natuurlijke personen die geen handelaar zijn, niet langer genieten van het beschermingsregime vervat in de WFZ. Wat betekent dit voor de bestaande algemene (bank)voorwaarden die een nettingbeding bevatten dat van toepassing is op natuurlijke personen? Zijn zulke bedingen ingevolge het arrest van het Grondwettelijk Hof ongeldig? Dit is zeker niet het geval. Op de geldigheid van contractuele schuldvergelijking ten aanzien van natuurlijke personen heeft het arrest geen invloed. Overigens had/heeft ook de WFZ daarop geen invloed. De WFZ bepaalt enkel de rechtsgevolgen van netting, maar niet of netting al dan niet geldig is overeengekomen<sup>14</sup>. Dat blijft een vraag van gemeen

contractenrecht. Het uitgangspunt is derhalve nog steeds dat contractuele schuldvergelijking (na samenloop) ten aanzien van natuurlijke personen principieel geldig is.

In wezen is het enige praktische gevolg van het geannoteerde arrest voor de bestaande algemene voorwaarden die een verrekenningsbeding bevatten, dat dit beding na samenloop ten aanzien van een natuurlijke persoon die geen handelaar is, niet langer kan worden afgedwongen op grond van de WFZ. De WFZ kan met andere woorden geen grondslag meer bieden voor de tegenwerpelijke van contractuele schuldvergelijking na samenloop op het vermogen van een natuurlijke persoon die geen handelaar is. Hierna zal worden aangetoond dat daarvoor wel nog een afdoende grondslag kan worden gevonden in het gemeen recht, zodat de praktische gevolgen van het geannoteerde arrest niet groot zijn. Een aanpassing van de bestaande algemene voorwaarden lijkt alvast in beginsel niet vereist.

#### 4. KRITIEK OP HET ARREST

7. Het geannoteerde arrest wordt in de eerste commentaren kritisch onthaald<sup>15</sup>. De voornaamste kritiek betreft dat het Grondwettelijk Hof volkomen voorbij gaat aan de zekerheidsfunctie van de (contractuele) schuldvergelijking. Deze kritiek van prof. Dirix kan worden onderschreven. De nieuwe rechtsregels over netting vervat in de WFZ hadden voor de schuldvergelijking tot gevolg dat het Belgisch recht (gedeeltelijk) aansluiting kreeg bij het recht van de buurlanden. In onze buurlanden bestaat er namelijk in de regel een wettelijke verruiming van de mogelijkheid tot schuldvergelijking na samenloop<sup>16</sup>. In het Belgisch recht bestaat terzake een principieel verbod (art. 1298 B.W.)<sup>17</sup>. De WFZ schafte dit verbod af voor de contractuele schuldvergelijking, waardoor de schuldvergelijking een volwaardig conventioneel zekerheidsmechanisme werd. Het Grondwettelijk Hof geeft aan deze evolutie thans een flinke knauw door de ongrondwettigheid te bepalen van de rechtsregels over netting in de WFZ ten aanzien van natuurlijke personen die geen handelaar zijn.

Gelet op de potentieel ruime draagwijdte van het geannoteerde arrest geldt in beginsel een zelfde conclusie voor de schuldvergelijking na de kennisgeving van cessie of een andere “overgang” van de tegenvordering. Ook op dit vlak betekende de WFZ inzake schuldvergelijking een toenade-

ring tot het recht van de buurlanden, waaraan het geannoteerde arrest afbreuk doet<sup>18</sup>.

8. Het geannoteerde arrest kan ook nog op andere gronden worden bekritiseerd. In de eerste plaats past er kritiek op de overweging van het Hof dat de rechtsregels over netting ten aanzien van natuurlijke personen niet pertinent zouden zijn, gelet op het doel van economische groei en financiële stabiliteit dat de wetgever wilde nastreven in de financiële sector. Met deze overweging geeft het Hof te kennen dat het door de wetgever gebruikte middel niet in redelijk verband staat met het gehanteerde doel<sup>19</sup>. Het middel is hierbij de principiële tegenwerpelijke van netting ten aanzien van natuurlijke personen en het doel de economische groei en financiële stabiliteit. De juistheid van deze redenering kan worden betwijfeld. Het is thans namelijk al te duidelijk dat financiële stabiliteit ook afhankelijk is van de zekerheidsposities die een schuldeiser – een bank of een andere schuldeiser – kan innemen tegen zijn schuldenaars die natuurlijke personen/niet handelaars zijn.

Ten tweede wekt de redenering van het Grondwettelijk Hof verbazing dat de WFZ, en de rechtsregels over netting daarin vervat, in principe enkel betrekking hebben op “vermogende personen”<sup>20</sup>. De WFZ is een wet die (financiële) zekerheden

<sup>14</sup>. V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *l.c.*, p. 1541, nr. 68 ; *Parl. St.* Kamer 2004-05, nr. 1407/1, 35.

<sup>15</sup>. E. DIRIX, *l.c.*, 926.

<sup>16</sup>. *Nederland*: art. 53 Fw. (zie uitgebreid het proefschrift van N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 615 p.); *Duitsland*: § 95 InsO.; *Engeland*: Section 323 van de *Insolvency Act* 1986.

<sup>17</sup>. *Idem Frankrijk*: art. 1298 C. civ.

<sup>18</sup>. *Nederland*: art. 6:130 N.B.W. (zie uitgebreid het proefschrift van N.E.D. FABER, *o.c.*, 615 p.); *Duitsland*: § 406 B.G.B.

<sup>19</sup>. Over de pertinentietoets: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Antwerpen, Kluwer, 2005, p. 260-263, nrs. 658-665; P. POPELIER, *o.c.*, 107 e.v.

<sup>20</sup>. Ook: E. DIRIX, *l.c.*, 926.

normeert en hiervoor de nodige rechtszekerheid bepaalt. Zekerheden zijn bij uitstek relevant in geval van onvermogen van de zekerheidsgever. In dat geval manifesteert het zekerheidsrecht zich en verleent het aan de zekerheidsnemer een gunstige positie. Indien het risico op onvermogen slechts hypothetisch zou zijn, zou er aan (financiële) zekerheden op (het vermogen van) de schuldenaar allicht minder behoefte zijn. Stellen dat een wet die zekerheidsposities regelt in principe enkel betrekking heeft op vermogende personen is derhalve enigszins contradictorisch.

Een derde kritiek betreft de vergelijkbaarheid die het Grondwettelijk Hof aanneemt van de categorie van de schuldeisers die een nettingovereenkomst zijn overeengekomen met hun schuldenaar wiens verzoek tot collectieve schuldenregeling toelaatbaar werd verklaard, met de categorie van de schuldeisers die dit niet hebben gedaan<sup>21</sup>. Het Hof oordeelt weliswaar terecht dat beide categorieën van schuldeisers over een vordering op de debiteur beschikken, maar het insinueert ten onrechte dat enkel de eerstgenoemde categorie ook schuldenaar zou zijn van zijn schuldenaar. Het wederzijds schuldenaarschap kan uiteraard ook bestaan los van enige netting-

overeenkomst. Dit is net het wezen van de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking. Omgekeerd impliceert het bestaan van een nettingovereenkomst tussen partijen bovendien niet noodzakelijk dat de contractpartijen wederzijds schuldenaar zijn van elkaar op het tijdstip van samenloop. In de regel zal dit natuurlijk wel het geval zijn.

Bij de aangenomen vergelijkbaarheid past nog een meer fundamentele kritiek. Het komt namelijk voor dat de situatie van de schuldeiser die op grond van een nettingovereenkomst in geval van samenloop een vordering op zijn schuldenaar (natuurlijke persoon/niet handelaar) kan voldoen door middel van een eigen schuld aan zijn schuldenaar, en de situatie van de schuldeiser die dit niet kan omdat hij niet over zulke overeenkomst beschikt, niet vergelijkbaar zijn. De eerstgenoemde schuldeiser heeft de diligentie aan de dag gelegd om een zekerheidspositie in te nemen, door het sluiten van de nettingovereenkomst, terwijl de laatstgenoemde schuldeiser geen zekerheidspositie heeft bedongen. Het is logisch dat aan de zekerheidsnemer een andere, (betere) positie toekomt dan aan de chirografaire schuldeiser. Dit is een wezenlijk uitgangspunt van het zekerhedenrecht<sup>22</sup>.

## 5. HET GEMEEN RECHT BIEDT UITKOMST

9. Het geannoteerde arrest heeft, zoals aangegeven, tot gevolg dat de WFZ niet langer de grondslag kan vormen voor de tegenwerpelijheid van contractuele schuldvergelijking na samenloop of na "overdracht" van de tegenvordering, indien de wederpartij een natuurlijke persoon is die geen handelaar is. Betekent dit dat de contractuele schuldvergelijking in voorkomend geval ten aanzien van de genoemde personen niet langer mogelijk is? Dit is niet het geval. Het gemeen recht biedt namelijk voldoende grondslag om de schuldvergelijking ten aanzien van natuurlijke personen na samenloop of overdracht te rechtvaardigen. Dit kan als volgt worden verklaard.

Gemeenrechtelijk is de regel dat schuldvergelijking na samenloop kan plaatsvinden tussen samenhangende vorderingen. Deze regel geldt eveneens ten aanzien van natuurlijke personen. Over de vraag of de vereiste samenhang al dan niet kan worden overeengekomen, bestaat er discussie. De overwegende opvatting is dat dit niet zonder meer kan, maar dat de samenhang steun moet vinden in de feiten en

derhalve niet "kunstmatig" mag zijn<sup>23</sup>. Een minderheid is van mening dat de contractueel overeengekomen samenhang in beginsel nooit "kunstmatig" kan zijn<sup>24</sup>. Vanuit een zakenrechtelijke bril bekeken, verdient de minderheidsopvatting de voorkeur.

Zakenrechtelijk bestaat de regel dat een schuldvordering op naam geen ander bestaan kent dan de gelding ervan tussen twee personen in een gegeven schuldverhouding<sup>25</sup>. Alle bepalingen en modaliteiten die geldig tussen een schuldenaar en een schuldeiser zijn overeengekomen hebben in die optiek in beginsel een effect *erga omnes*. Verbintenisrechtelijk geldige bepalingen krijgen derhalve zakenrechtelijke uitwerking, omdat ze inherent zijn aan de zaak zelf, de schuldvordering<sup>26</sup>. Dit principe staat bekend als de externe werking van interne mechanismen.

Neemt men het principe van de externe werking van interne modulering tussen partijen in een bepaalde schuldverhouding als uitgangspunt, dan levert dit op dat een overeenkomst tussen die partijen waarin wordt bepaald dat de tussen

<sup>21</sup>. Zie over de vergelijkbaarheidstest: P. POPELIER, *o.c.*, 104-106.

<sup>22</sup>. Ook E. DIRIX, *l.c.*, 926.

<sup>23</sup>. Bv. Luik 15 oktober 2002, *DAOR* 2003, 27, *T.B.H.* 2004, 138; Brussel 9 februari 2005, *RABG* 2007, 45; Kh. Hoei 5 januari 2005, *Bank. Fin. R.* 2005, 284; J.-M. NELISSEN-GRADE, "Compensatie na faillissement en vereffening van tijdelijke vennootschappen", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, E.Story-Scientia, 1986, p. 300, nrs. 26 e.v.

<sup>24</sup>. Bv. E. DIRIX en S. KORTMANN, "Compensatie en *concursum creditorum*", *T.P.R.* 1989, 1675; M.E. STORME, "Schuldvergelijking" (update 2007), <http://webh01.ua.ac.be/storme/schuldvergelijking2007.pdf>, 15; C.A. LEUNEN, "Compensatie en *concursum creditorum*. Recente evolutie van de zekerheidsfunctie van compensatie in het Belgisch recht", *T.P.R.* 2004, p. 445, nr. 6.

<sup>25</sup>. Hierover uitgebreid het proefschrift van C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldverordeningen*, proefschrift K.U.Leuven, 2006-07, p. 542 e.v., nrs. 646 e.v.; M.E. STORME, "*Paritas creditorum*, voorrang en roerende zekerheden", *T.P.R.* 2006, p. 1025, nr. 149 en p. 1075, nr. 247.

<sup>26</sup>. M.E. STORME, *l.c.*, p. 1025, nr. 149 en p. 1075, nr. 247.

hen bestaande vorderingen bestemd worden om met elkaar te worden verrekend, zakenrechtelijk werkt en daarom in principe tegenwerpelijk is aan de rechtsverkrijger op de vorderingen waarop de genoemde overeenkomst betrekking heeft<sup>27</sup>. Dit geldt zowel in geval van samenloop als in andere gevallen waarin een derde rechten met zakelijke werking verkrijgt op de vordering die het voorwerp uitmaakt van de overeenkomst tussen partijen, bijvoorbeeld ingevolge overdracht van de betrokken vorderingen. De hoedanigheid van de contractpartijen (natuurlijke persoon of rechtspersoon, handelaar of niet-handelaar) is hierbij irrelevant.

10. Uit het bovenstaande blijkt dat het gemeen recht vol-

doende waarborgen biedt om de contractuele schuldvergelijking niettegenstaande samenloop of overdracht ten aanzien van natuurlijke personen die geen handelaar zijn, te rechtvaardigen. Opdat de contractuele schuldvergelijking in voorkomend geval principieel tegenwerpelijk kan plaatsvinden, volstaat het om tijdig samenhang tussen de te verrekenen vorderingen overeen te komen. Men doet er voortaan derhalve goed aan om naast een nettingbeding, tevens een beding op te nemen waarin wordt gestipuleerd dat de onderlinge vorderingen tussen de contractpartijen een nauwe samenhang vertonen en bestemd zijn om met elkaar te worden verrekend. Zulk beding is allicht reeds opgenomen in de meeste algemene (bank)voorwaarden.

## 6. DE LEGE FERENDA

11. Een nadeel van de bovenstaande gemeenrechtelijke grondslag voor de contractuele schuldvergelijking niettegenstaande samenloop of overdracht, is de – voorlopig – louter rechtsgeleerde aard ervan. Zulke grondslag kan voor de praktijk noodgedwongen nooit dezelfde rechtszekerheid bieden als een duidelijke norm. Om die reden, en er bovendien op gelet dat het geannoteerde arrest vatbaar is voor fundamentele kritiek, is een wetgevend initiatief op zijn plaats. Verschillende pistes kunnen hierbij worden bewandeld.

In de eerste plaats zou de wetgever zich er toe kunnen beperken om een norm in te voeren waarin de mogelijkheid tot contractuele schuldvergelijking na samenloop of overdracht van rechten ten aanzien van natuurlijke personen die geen handelaar zijn, wordt bevestigd. Het is dan wel vereist dat de wetgever die mogelijkheid afdoende verantwoordt in de parlementaire voorbereiding. De kern van de kritiek van het Grondwettelijk Hof op de huidige (ongrondwettige) regeling lijkt namelijk te zijn dat deze niet voldoende gemotiveerd wordt in de parlementaire voorbereiding<sup>28</sup>.

Een tweede denkpiste is een meer algemene verruiming van het recht op schuldvergelijking. De wetgever zou de principiële mogelijkheid tot schuldvergelijking na samenloop kunnen voorschrijven voor alle vormen van schuldvergelijking.

Dit impliceert een recht op wettelijke, gerechtelijke en contractuele schuldvergelijking niettegenstaande samenloop. De wetgever kan hierbij bepalen dat samenhang tussen de te verrekenen vorderingen geen vereiste is voor de schuldvergelijking na samenloop, evenmin als de hoedanigheid van de wederzijdse schuldenaars. In de lijn hiervan zou de wetgever de principiële mogelijkheid van alle vormen van schuldvergelijking niettegenstaande “overdracht” van de tegenvordering kunnen bepalen, althans in geval van samenhangende vorderingen. Op die manier zou het Belgisch recht inzake schuldvergelijking aansluiting krijgen bij het recht van de buurlanden<sup>29</sup>.

Het invoeren van een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop of overdracht zou bovendien tegemoet komen aan de in het geannoteerde arrest – m.i. ten onrechte – vastgestelde discriminatie tussen de schuldeiser die beschikt over een nettingovereenkomst en daarom kan verrekenen na samenloop, en de schuldeiser die niet over zulke overeenkomst beschikt en die bevoegdheid daarom niet heeft. Een algemeen recht op schuldvergelijking in geval van samenloop of overdracht impliceert namelijk dat elke schuldeiser in voorkomend geval over een gelijk recht op schuldvergelijking beschikt, zonder dat daarvoor voorafgaand een overeenkomst moet worden gesloten.

<sup>27</sup>. In verband met de rekening-courant: C. LEBON, *o.c.*, p. 570-572, nr. 675; M.E. STORME, “Schuldvergelijking”, <http://webh01.ua.ac.be/storme/schuldvergelijking2007.pdf>, 28.

<sup>28</sup>. Zie tevens C. BIQUET-MATHIEU en F. GEORGES, “Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés”, in CDVA (ed.), *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Brussel, Bruylant, 2007, p. 104, nr. 37; F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Brussel, Larcier, 2006, p. 173, nr. 101.

<sup>29</sup>. Zie hierboven de verwijzingen in voetnoten 16 en 18. *Adde*: voor een analyse van het recht van de buurlanden in geval van samenloop, bv.: R. HOUBEN, “Contractuele compensatie na samenloop – de nieuwe regeling nader beschouwd”, *R.W.* 2005-06, 1161-1172; voor een analyse in geval van overdracht, bv.: R. HOUBEN, “Schuldvergelijking bij cessie en posterieure samenloop”, *T.B.H.* 2008, 679-687.