

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 hypotheek. 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.