

INSOLVENTIE/INSOLVABILITÉ

De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis

Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak

Robby Houben¹ en Ivan Peeters²

I. Inleiding: omschrijving en functie van schuldvergelijking	762
II. Pleidooi voor een wettelijke uitbreiding van de zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht	762
III. Een wettelijke uitbreiding van de zekerheidswaarde van schuldvergelijking past in een praktische tendens om meer recht te doen aan de zekerheidswaarde	763
A. Ruimere zekerheidsfunctie van schuldvergelijking in de rechtspraak	763
1. <i>Verruiming begrip samenhang</i>	763
2. <i>Onbeperkt verrekeningsrecht boedelschuldeiser</i>	764
3. <i>Schuldvergelijking met een boedelvordering na gerechtelijk akkoord</i>	764
B. Ruimere zekerheidsfunctie schuldvergelijking in partiële wetgeving	765
1. <i>Netting</i>	765
2. <i>Inhouding</i>	765
IV. De valse noot: GwH 27 november 2008	766
A. Het arrest van het Grondwettelijk Hof	766
B. Een inopportuun en juridisch niet gefundeerd arrest	767
V. Ondoordachte navolging van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in ontwerpwetgeving – alternatieven	767
VI. Naast een wettelijke uitbreiding van de zekerheidswaarde van schuldvergelijking is ook een selectieve inperking van bepaalde toepassingen aan de orde – lessen uit de financiële crisis	768
A. Close-out-netting: een effectieve zekerheid maar destructief in bepaalde omstandigheden	768
B. Gemeenrechtelijke schuldvergelijking en excepties: ook een systeemrisico?	769
C. Wetgevende initiatieven op Europees en Belgisch niveau	770
1. <i>Europees voorstel: mogelijkheid om close-out-netting tijdelijk te schorsen bij insolventie kredietinstelling</i>	770
2. <i>België: ontbindende bedingen bij gerechtelijke reorganisatie en bij insolventie kredietinstelling, verzekeringsonderneming of vereffeningsinstelling (wet van 2 juni 2010)</i>	770
3. <i>Rechtsvergelijkende beschouwing: de Verenigde Staten</i>	772
VII. Besluit	772

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt de zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht onderzocht. Aanleiding hier- toe vormen een aantal wetgevende initiatieven die de zekerheidswaarde in vraag lijken te stellen. Aangezien een der- gelijke evolutie een achteruitgang van het Belgisch recht zou kunnen betekenen, beoogt dit artikel één en ander te kaderen en mogelijks in de juiste richting te sturen. Enerzijds wordt een verantwoorde uitbreiding van de zekerheids- waarde van schuldvergelijking bepleit, maar anderzijds wordt gewezen op de nood aan een gepast tegengewicht omwille van bepaalde lessen die men moet trekken uit de financiële crisis.

¹ Universiteit Antwerpen.

² Advocaat te Brussel.

RÉSUMÉ

Cette contribution analyse le rôle que joue en droit belge la "compensation en tant que sûreté". Un certain nombre d'initiatives législatives semblent remettre en question l'importance de la compensation en tant que sûreté, ce qui est à l'origine de la présente étude. Etant donné qu'une telle évolution pourrait signifier un recul du droit belge, l'article vise à situer la matière dans son contexte et si possible à indiquer la direction à prendre. Il s'agit d'une part de plaider pour un élargissement justifié de la valeur de sûreté de la compensation, ce qui n'empêche pas de souligner la nécessité d'un contreponds adapté au vu des leçons qu'il nous faut tirer de la crise financière.

I. INLEIDING: OMSCHRIJVING EN FUNCTIE VAN SCHULDVERGELIJKING

1. Schuldvergelijking is de rechtsfiguur die tot gevolg heeft dat vorderingen van schuldeisers op elkaar van rechtswege tenietgaan ten belope van het kleinste wederkerig bedrag indien er aan bepaalde voorwaarden voldaan is (art. 1289 BW). Heeft A in die optiek een vordering van 100 op B en B een vordering van 70 op A, dan brengt schuldvergelijking teweeg dat de wederzijdse vorderingen tenietgaan ten belope van 70 en er een saldoordering van A op B overblijft van 30.

Het nut van schuldvergelijking is tweeledig. Ten eerste moeten de partijen over en weer geen materiële overdracht van fondsen of overschrijvingen doen. Dit staat bekend als de betalingsfunctie van schuldvergelijking³, waarmee wordt bedoeld dat schuldvergelijking het tenietgaan van verbintenissen vereenvoudigt ten opzichte van de betaling⁴. Ten

tweede heeft schuldvergelijking een zekerheidsfunctie⁵. Door schuldvergelijking worden de risicoposities van de betrokken partijen gereduceerd. In het voorbeeld vermindert schuldvergelijking de risicopositie van A tot 30. A is bij de latere insolventie van B dus maar voor 30 aan de pondsgewijze verdeling onderworpen. De risicopositie van B wordt door schuldvergelijking gereduceerd tot 0.

In het Belgisch Burgerlijk Wetboek en de Belgische faillissementswet heeft de betalingsfunctie de bovenhand op de zekerheidsfunctie. Als regel geldt namelijk dat schuldvergelijking verboden is na samenloop (art. 1298 BW en art. 16-17 Faill.W.) en na de kennisgeving van overdracht van een vordering (art. 1295 BW). In de praktijk gelden hierop evenwel verschillende uitzonderingen, die meer recht doen aan de zekerheidswaarde van schuldvergelijking⁶.

II. PLEIDOOI VOOR EEN WETTELIJKE UITBREIDING VAN DE ZEKERHEIDSWAARDE VAN SCHULDVERGELIJKING IN HET BELGISCH RECHT

2. Het Belgische verbod op schuldvergelijking na samenloop staat in schril contrast met o.m. het Nederlands en het Duits recht, waarin meer recht wordt gedaan aan de zekerheidsfunctie van schuldvergelijking⁷. In het Nederlands en het Duits recht is de wettelijke regel dat schuldvergelijking steeds kan plaatsvinden na samenloop, zelfs ruimer dan los van samenloop (Nederland: art. 53 Fw. en Duitsland: § 95 InsO.). Een soortgelijke regel bestaat in het Engels recht, dat schuldvergelijking zelfs verplicht na samenloop (*Sec. 323*

Insolvency Act 1986)⁸, en het Zwitsers recht (art. 213 SchKG). Ook in de *Principles of European Insolvency Law* is de mogelijkheid tot schuldvergelijking na samenloop het uitgangspunt (§ 9.3). In Frankrijk daarentegen bestaat nog eenzelfde verouderde regelgeving als in België (art. 1298 C.civ.)⁹.

De lege ferenda is de aansluiting van de Belgische wetgeving met het recht van de buurlanden, met uitzondering van

³. BV. DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 354, nr. 627; W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 631; H. DE PAGE, *Traité*, III, Brussel, Bruylant, 1967, p. 616-618, nr. 617; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948, p. 246, nr. 214; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité*, XIV, Parijs, Larose et Tenin, 1908, p. 132, nr. 1803; J. GHESTIN, M. BILLAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, L.G.D.J., 2005, p. 1007, nr. 971; G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, Parijs, L.G.D.J., 1989, p. 8, nr. 2.

⁴. R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 27-28, nrs. 34-35.

⁵. BV. DEKKERS-VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 354, nr. 627; W. VAN GERVEN en S. COVEMAER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 631; H. DE PAGE, *Traité*, III, Brussel, Bruylant, 1967, p. 617, nr. 617; F. LAURENT, *Principes*, XVIII, Parijs, Chevalier-Marescq, 1887, p. 404, nr. 380; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 29-34, nrs. 36-44; J. GHESTIN, M. BILLAU en G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Parijs, 2005, p. 1009, nr. 975.

⁶. Zie *infra*, nrs. 4-10.

⁷. Zie voornamelijk N.E.D. FABER, *Verrekening*, Deventer, Kluwer, 2005, 614 p. (Nederland); STAUDINGER-GURSKY, *Recht der Schuldverhältnisse*, § 362-396, Berlijn, Sellier-De Gruyter, 2006, 520 p. (Duitsland); hierover met verdere verwijzingen voorts R. HOUBEN, "Contractuele schuldvergelijking na samenloop. De nieuwe regeling nader beschouwd", *RW* 2005-06, p. 1168 e.v., nrs. 14 e.v.

⁸. Zie over de schuldvergelijking in het Engels recht bv.: J. BENJAMIN, *Financial law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 654 p.; S. DERHAM, *The law of Set-Off*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 921 p.; P. WOOD, *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing systems*, Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 376 p.

⁹. Zie voornamelijk G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, Parijs, L.G.D.J., 1989, 310 p.

Frankrijk, een legitiem en verantwoord doel¹⁰. In het raam van samenloop kan dit gebeuren door de invoering van een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop, zonder dat samenhang tussen de te verrekenen vorderingen vereist is, ongeacht de vorm van de schuldvergelijking (wettelijk, gerechtelijk of contractueel) en ongeacht de hoedanigheid van de schuldeisers (natuurlijke persoon of rechtspersoon, al dan niet handelaar)¹¹. Voorkeur verdient dat zo'n wetswijziging zou gebeuren door aanpassing van het Burgerlijk Wetboek en de relevante insolventiewetgeving.

De invoering van een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop zou een onmiskenbaar voordeel opleveren voor elke schuldeiser die regelmatige (handels)relaties onderhoudt met zijn wederpartijen. Er zou immers rechtszekerheid bestaan over de mogelijkheid zichzelf in geval van insolventie van de wederpartij te betalen met eigen schulden. Specifiek in bancaire context zou zo'n algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop bovendien het voordeel hebben van een gunstig effect in het raam van de prudentiële eigenvermogensvereisten¹².

III. EEN WETTELIJKE UITBREIDING VAN DE ZEKERHEIDSWAARDE VAN SCHULDVERGELIJKING PAST IN EEN PRAKTISCHE TENDENS OM MEER RECHT TE DOEN AAN DE ZEKERHEIDSWAARDE

4. Een uitbreiding van de zekerheidswaarde van schuldvergelijking door de invoering in het Belgisch recht van een (in principe) algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop, zoals hierboven beschreven, beantwoordt aan een praktische tendens om meer recht te doen aan de zekerheidswaarde van schuldvergelijking¹⁴. Dit sluit trouwens naadloos aan bij de tendens in de rechtspraak enerzijds en uit de evoluties van bijzondere wetgeving anderzijds.

A. Ruimere zekerheidsfunctie van schuldvergelijking in de rechtspraak

Ten eerste krijgt de zekerheidswaarde van schuldvergelijking een ruimere erkenning in de rechtspraak. Dit blijkt uit de verruiming van de invulling van de vereiste samenhang in

3. Ook wat betreft de mogelijkheden tot schuldvergelijking na kennisgeving van de overdracht van de schuldvordering aan de schuldenaar, is de wetgeving en rechtspraak in onze buurlanden meer ontwikkeld ten gunste van het recht op schuldvergelijking¹³. Men heeft er een beter evenwicht gezocht tussen de betrokken belangen. Voor de cessionaris zou de schuldvergelijking tussen cedent en schuldenaar een direct vermogensverlies inhouden indien de cedent niet meer voldoende solvabel is om het gecompenseerde bedrag aan de cessionaris over te maken. Voor de schuldenaar komt het er op aan dat de eenzijdige cessie niet zijn gerechtvaardigde verwachting om desnoods tot schuldvergelijking over te gaan, in alle gevallen doorkruist. Deze belangenafweging is niet helemaal dezelfde als tussen de diverse schuldeisers bij samenloop. De schuldvordering die wordt overgedragen dient immers in voldoende mate als een verhandelbare zaak te kunnen worden beschouwd, waarvan de waarde niet te zeer mag worden ondergraven door factoren (zoals schuldvergelijking) waarop de cessionaris geen vat heeft.

de toepassing van de uitzondering voor samenhangende vorderingen op het verbod van schuldvergelijking na samenloop (1), het onbeperkt verrekeningsrecht van de boedelschuldeiser (2) en de mogelijkheid tot schuldvergelijking met een boedelvordering in het raam van het voormalig gerechtelijk akkoord (3).

1. Verruiming begrip samenhang

5. Zoals aangegeven, bestaat er in het Belgisch recht een wettelijk verbod op schuldvergelijking na samenloop¹⁵. Op dit verbod wordt in de rechtspraak traditioneel een uitzondering aanvaard voor de schuldvergelijking na samenloop tussen samenhangende vorderingen die bestaan vóór de samenloop¹⁶. Een gelijksoortige uitzondering voor de schuldverge-

¹⁰. Zie reeds E. DIRIX, "Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid", *TPR* 1988, p. 345-346, nr. 30. Voorts: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 34, nr. 44, p. 577, nr. 967.

¹¹. Zie mijn pleidooi in die zin: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 638 p. en R. HOUBEN, "Schuldvergelijking", *RW* 2010-11, p. 1380-1383, nrs. 35-44. Uiteraard blijven uitzonderingen op grond van consumentenwetgeving van toepassing.

¹². Hierover met verwijzingen: R. HOUBEN, "De financiële crisis en privaatrecht" in *Economische groei in Europa: eerst de crisis, dan het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, te verschijnen.

¹³. Nederland: art. 6:130 NBW; Duitsland: art. 406 BGB; in Frankrijk werd de mogelijkheid van schuldvergelijking na cessie in geval van samenhang door de rechtspraak bevestigd (Cass. fr. (civ.) 12 juli 1995, *Bull.* 1995, III, nr. 183, p. 124, *D.* 1997, jur. 95, noot J.-P. CLAVIER; Cass. fr. (com.) 15 juni 1993, *Bull.* 1993, IV, nr. 242, p. 172, *D.* 1993, jur., 495, noot C. LARROUMET; Cass. fr. (com.) 8 februari 1994, *Bull.* 1994, IV, nr. 55, p. 42, *La Semaine Juridique*, Éd. G., 1995, II, 22455, noot D. AMMAR).

¹⁴. Uitgebreid, met verwijzingen: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 471-575.

¹⁵. Zie *supra*, nrs. 1 en 2.

¹⁶. Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, I, 440; Cass. 2 september 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 3, *Pas.* 1983, I, p. 3, *JT* 1982, 739, *RW* 1983-84, 523; Cass. 25 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, p. 1125, nr. 547, *Pas.* 1989, I, p. 1015, *RCJB* 1992, 348, noot, *RW* 1989-90, 331, *TBH* 1989, 775; Cass. 12 januari 1996, *Arr.Cass.* 1996, 27, *Pas.* 1996, I, p. 27, *RW* 1996-97, 269; Cass. 7 mei 2004, *JLMB* 2004, 948, *Pas.* 2004, I, p. 774, *TBH* 2004, 716; Cass. 25 maart 2005, *TBH* 2005, 1024, noot W. DERUCKE, *RW* 2005-06, 63; Cass. 7 april 2006, *JT* 2006, 645, *JLMB* 2006, 896, *NjW* 2006, afl. 153, 944, noot, *TBH* 2006, 810; Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, 844, noot R. HOUBEN; Cass. 4 februari 2011, *RW* 2010-11, noot R. HOUBEN (te verschijnen).

lijking na de kennisgeving van overdracht lijkt vandaag niet onomstreden, in die mate zelfs dat elk van de auteurs van deze bijdrage terzake een andere strekking voorstaat¹⁷. Gelet op de complexere belangenafweging (zie nr. 3) zou op dit punt ook best wetgevend worden opgetreden.

Over de vereiste samenhang voor schuldvergelijking na samenloop bestaat een principaarrest van het Hof van Cassatie van 7 december 1961¹⁸. In dit arrest werd de vereiste samenhang gekoppeld aan het ontstaan van vorderingen uit eenzelfde wederkerige overeenkomst. Later werd dit niet langer vereist en werd samenhang ook ruimer aangenomen, onder meer tussen vorderingen uit verschillende overeenkomsten¹⁹. Meer betwistbaar werd de samenhang in bepaalde rechtspraak zelfs aanvaard tussen of met buitencontractuele vorderingen²⁰.

De verruiming van de vereiste samenhang voor schuldvergelijking na samenloop impliceert een ruimere zekerheidsfunctie voor schuldvergelijking. Hoe ruimer namelijk de samenhang in de praktijk wordt ingevuld, hoe meer het wettelijk verbod op schuldvergelijking na samenloop wordt ingeperkt.

Gelet op de actualiteit is het nuttig op te merken dat niets belet dat het verrekeningsrecht op grond van samenhang ook kan gelden voor de cliënt van een failliete bank. De contractuele compensatiebedingen in de algemene bankvoorwaarden worden evenwel in de regel uitsluitend in het voordeel van de bank geformuleerd²¹.

2. Onbeperkt verrekeningsrecht boedelschuldeiser

6. Voor de boedelschuldeiser geldt in het Belgisch recht een onbeperkt verrekeningsrecht. Een boedelschuld kan namelijk worden verrekend met een vordering van de wederpartij van vóór of ná de samenloop, ongeacht of deze vordering samenhangt met de boedelschuld²². Dit werd bevestigd in de cassatierechtspraak²³.

Het onbeperkt verrekeningsrecht is verklaarbaar op grond van het specifiek statuut van de boedelschuldeiser. Een boedelschuldeiser ontsnapt aan de fixatie wegens de samenloop en heeft recht op de prompte en, voor zover er voldoende fondsen aanwezig zijn, integrale betaling van zijn vordering²⁴. Het is logisch dat wanneer een schuldeiser recht heeft op de integrale betaling van zijn vordering de voldoening ook door schuldvergelijking kan gebeuren.

3. Schuldvergelijking met een boedelvordering na gerechtelijk akkoord

7. Onder de gelding van de thans opgeheven wet op het gerechtelijk akkoord (WGA), oordeelde het Hof van Cassatie dat schuldvergelijking mogelijk was tussen een vordering van de boedel van ná het gerechtelijk akkoord en een vordering van de wederpartij van voordien, voor zover het samenhangende vorderingen betrof²⁵. Het Hof stelde daarmee duidelijk de zekerheidsfunctie van de schuldvergelijking voorop. Daartoe werden de klassieke regels over de (on)mogelijkheid tot schuldvergelijking terzijde geplaatst.

17. **Pro:** Antwerpen 23 december 2002, *TBH* 2004, 276; Luik 24 april 2001, *onuitgeg.* (dit is het arrest *a quo* bij Cass. 26 juni 2003, *RW* 2003-04, 1419, noot M. DE THEIJE, *TBH* 2004, 476, noot I. PEETERS, *RCJB* 2007, 569, noot B. DE CONINCK); Kh. Dendermonde 27 november 2008, *RW* 2009-10, 1359; E. DIRIX, "Overdracht schuldvorderingen" in *Comm.Bijz.Ov.* 2006, p. 28, nr. 38; E. DIRIX en S. KORTMANN, "Compensatie en *concursum creditorum*", *TPR* 1989, p. 1680, nr. 17; E. DIRIX "Overzicht", *TPR* 2004, p. 1235, nr. 111; M.E. STORME, "*Paritas creditorum*, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, p. 1045, nr. 187; J. MAHAUX, "La compensation" in *Les sûretés issues de la pratique*, II, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1983, E. 14, nr. 52; M.L. STENGERS, "La compensation après faillite et l'exception d'inexécution par le débiteur d'une créance cédée" (noot onder Cass. 13 september 1973), *RCJB* 1974, p. 362, nr. 10; M. DE THEIJE, "Compensatie na cessie" (noot onder Cass. 26 juni 2003), *RW* 2003-04, p. 1422, nr. 8; C.-A. LEUNEN, "Compensatie en *concursum creditorum*", *TPR* 2004, p. 447, nr. 10; B. DE CONINCK, "Cession de créance et compensation légale entre dettes connexes" (noot onder Cass. 26 juni 2003), *RCJB* 2007, p. 599 e.v., nrs. 25 e.v. **Contra:** Cass. 26 juni 2003, *RW* 2003-04, 1419, noot M. DE THEIJE, *TBH* 2004, 476, noot I. PEETERS, *RCJB* 2007, 569, noot B. DE CONINCK. In de zin van dit arrest ook: Luik 19 april 2007, *onuitgeg.*; Kh. Tongeren 30 april 1984, *De Verz.* 1985, 459, kritische noot H. THYS; P. VAN OMMESLAGHE, "Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances", *JT* 1995, p. 535, nr. 16 en R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvordering*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 541-542, nr. 548.
18. Cass. 7 december 1961, *Pas.* 1962, I, p. 440.
19. Bv. Gent 27 februari 2002, *TGR* 2002, 68; Luik 24 april 2001, *TBBR* 2002, 402; Gent 13 april 1995, *TBH* 1996, 519; Luik 21 maart 1990, *JLMB* 1991, 827; Luik 30 januari 1985, *JL* 1985, 277.
20. Bv. Brussel 11 september 1987 (arrest *a quo* Cass. 22 mei 1989, *Arr.Cass.* 1988-89, p. 1125, nr. 547, *Pas.* 1989, I, p. 1015, *RCJB* 1992, 348, noot M. VAN QUICKENBORNE, *RW* 1989-90, 331, *TBH* 1989, 775).
21. Zie de baanbrekende analyse: E. DIRIX, "Compensatiebedingen: een tweesnijdend zwaard", *RW* 2008-09, 1021-1022. Over de compensatiebedingen, zie verder de analyse over *netting*.
22. O.m. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 384, nr. 556; A. DE WILDE, *Boedelschulden*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 487, nr. 561; V. SAGAERT, "Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 234, nr. 17; M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 33-34, nr. 23; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 810.
23. Cass. 25 juni 2006, *RW* 2006-07, 1561 noot R. HOUBEN.
24. A. DE WILDE, *Boedelschulden*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 481, nrs. 551 e.v.; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 53, nr. 63.
25. Cass. 1 juni 2006, *RW* 2006-07, 565, noot V. SAGAERT, *TBH* 2006, 819, noot E. VAN DEN HAUTE, *JT* 2006, 644, noot T. HURNER, *RCJB* 2009, 157, noot N. THIRION en D. PASTERGER.

Een toepassing daarvan zou namelijk tot de oplossing hebben geleid dat schuldvergelijking tussen de schuld in de boedel en de vordering van de boedel niet mogelijk is, zelfs niet tussen samenhangende vorderingen²⁶.

Zoals aangegeven, is de WGA inmiddels opgeheven en vervangen door de wet van 31 januari 2009 over de continuïteit van de ondernemingen (WCO)²⁷. De WCO bevat, in tegenstelling tot de WGA, een wetbepaling over schuldvergelijking (art. 34 WCO). Op grond van deze bepaling en de wetenschap dat de gerechtelijke reorganisatie geen samenloop tot stand brengt²⁸, is schuldvergelijking na gerechtelijke reorganisatie in ruime mate mogelijk²⁹. Artikel 34 WCO kadert in die optiek in de tendens van wettelijke verruiming van de zekerheidsfunctie van schuldvergelijking.

B. Ruimere zekerheidsfunctie schuldvergelijking in partiële wetgeving

8. Zoals hierboven reeds voor artikel 34 WCO opgemerkt³⁰, wordt de zekerheidswaarde van schuldvergelijking ook in recente partiële wetgeving vooropgesteld. Deze wetgeving wordt hierna kort besproken. Aan bod komen de regeling over netting enerzijds en over inhouding of fiscale schuldvergelijking anderzijds.

1. Netting

9. Aan de hand van het begrip ‘netting’ voerde de wet financiële zekerheden (WFZ) in 2005 een specifieke regeling in voor de contractuele schuldvergelijking na samenloop³¹. De nieuwe regelgeving is voor het Belgisch recht revolutionair. Terwijl er voordien een verbod op contractuele schuldvergelijking na samenloop bestond (art. 1298 BW), behoudens tussen samenhangende vorderingen, geldt er thans een recht op contractuele schuldvergelijking na samenloop, ongeacht de samenhang tussen de vorderingen en ongeacht de oorzaak of de aard van de vorderingen (art. 14-15 WFZ).

De nieuwe regeling heeft als gevolg dat het verbod op schuldvergelijking na samenloop in principe enkel nog relevant is voor de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking. Wegens een onbegrijpelijk arrest van het Grondwettelijk Hof moet met dit verbod evenwel ook nog rekening worden gehouden bij de contractuele schuldvergelijking overeengekomen met een natuurlijke persoon die geen handelaar is³².

2. Inhouding

10. Artikel 334 van de programmawet van 27 december 2004 (‘programmawet’)³³, zoals aangepast in 2008³⁴, bepaalt een verregaand wettelijk verrekeningsrecht voor de

²⁶. R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 786-790.

²⁷. BS 9 februari 2009.

²⁸. Bv. M. VANMEENEN, “De wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *RW* 2008-09, p. 1309, nr. 70; V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 233, nr. 15; S. BRIJS, “De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen”, *TRV* 2009, p. 673, nr. 15; E. DIRIX en R. JANSEN, “De positie van de schuldeisers en de lopende overeenkomsten” in K. BYTTEBIER, E. DIRIX, M. TISON en M. VANMEENEN (eds.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, 2010, p. 161, nr. 7; E. DIRIX, “Recente ontwikkelingen insolventierecht, beslagrecht en zekerheden” in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 16, nr. 28; M.E. STORME, “Schuldvergelijking en insolventie” in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 32, nr. 19; zie ook J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, p. 244, nr. 31.

²⁹. Zie met verwijzingen naar de rechtsleer: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 795-797; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Mechelen, Kluwer, 2011, 167-169; A. ZENNER, J.-P. LEBEAU en C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Gent, Larcier, 2010, 156; vgl. J. WINDEY, “La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, *JT* 2009, p. 243, nr. 25.

³⁰. Zie *supra*, nr. 7.

³¹. Deze uitzondering werd reeds uitgebreid becommentarieerd: C. BIQUET-MATHIEU, “De quelques considérations en matière de sûretés”, *Rev.dr.ULg* 2006, 35-41; 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, 61-137; C. BODDAERT, “Financiële zekerheden” in *Commentaar Voorrechten en hypotheeken*, Mechelen, Kluwer, 2005, 75 p.; C. BODDAERT, “Krediet en insolventie. De inbreng van de wet financiële zekerheden” in AEDBF (ed.), *Bank en insolventie*, Brussel, Bruylant, 2007, 115-156; D. DEMAREZ, “De wet financiële zekerheden”, *TPR* 2006, 1101-1155; R. HOUBEN, “Contractuele schuldvergelijking na samenloop. De nieuwe regeling nader beschouwd”, *RW* 2005-06, 1161-1172; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 906 e.v.; R. HOUBEN, “Netting” in *Comm. Voorr.*, 2009, 46 p.; 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?”, *TBH* 2006, 170-207; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2004-05, 1521-1550; V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 223-258; M.E. STORME, “Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden”, *TPR* 2006, 939-1100; M.E. STORME, “Schuldvergelijking en insolventie” in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 23-58; M. TISON, “Kredieten en zekerheden in insolventieperspectief” in *Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 231-268; A. ZENNER en I. PEETERS, “Faillite et compensation: une révolution copernicenne”, *JT* 2005, 333-336.

³². Zie *infra*, nrs. 11-15.

³³. BS 31 december 2004. Hierover met verdere verwijzingen naar de rechtsleer en rechtspraak: R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 829-842.

³⁴. Art. 194 programmawet 22 december 2008, BS 29 december 2008.

fiscus. Op grond van deze bepaling kan de fiscus namelijk ongeveer elke fiscale vordering (bv. inzake inkomstenbelasting) of vordering wegens onverschuldigde betaling van de belastingplichtige op de fiscus verrekenen met elke fiscale (bv. een BTW-vordering) of niet-fiscale vordering van de fiscus op de belastingplichtige. De verrekeningsmogelijkheid van de fiscus bestaat ook na samenloop en ongeacht de

samenhang tussen de te verrekenen vorderingen (art. 334, 2^{de} lid programmawet)³⁵. De fiscale schuldvergelijking heeft dus een sterke zekerheidswaarde. De te verrekenen vorderingen moeten, zoals in het gemeen recht, wel beide bestaan vóór de samenloop, tenzij het gaat om de schuldvergelijking met een boedelschuld van de fiscus³⁶.

IV. DE VALSE NOOT: GwH 27 NOVEMBER 2008

11. In het licht van de geanalyseerde tendens om meer recht te doen aan de zekerheidswaarde van schuldvergelijking, zorgt het Grondwettelijk Hof voor de valse noot. In zijn sterk bekritiseerde arrest van 27 november 2008 oordeelt het Grondwettelijk Hof immers dat contractuele schuldvergelijking op grond van de WFZ niet kan worden afgedwongen tegenover natuurlijke personen die geen handelaar zijn³⁷. Dit arrest, alsook de fundamentele kritiek hierop, worden kort uiteengezet.

A. Het arrest van het Grondwettelijk Hof

12. Het Grondwettelijk Hof spreekt zich in zijn arrest van 27 november 2008 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 raam 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 richtlijn financiële zekerheden (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.

³⁵. Zeer helder: Beslagr. Brussel 13 mei 2005, *RW* 2005-06, 1069, noot M. DE THEIJE en recentelijk Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, 845, noot R. HOUBEN; over dit laatste arrest, zie ook I. VEROUWSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Mechelen, Kluwer, 2011, nrs. 3.7.6.4 en 3.7.6.11.

³⁶. Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, 845, noot R. HOUBEN.

³⁷. GwH 27 november 2008, nr. 167/2008, *NjW* 2008, 925, noot E. DIRIX, *TBH* 2009, 496, noot R. HOUBEN, *JT* 2009, 44, noot M. GRÉGOIRE, *JLMB* 2009, 816, noot F. GEORGES. Zie zeer kritisch over dit arrest: E. DIRIX, “Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes” (noot onder GwH 27 november 2008), *NjW* 2008, 926; E. DIRIX, “Zekerheden, eigendomsvoorbehoud en rangregeling” in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMEN en M. VANMEELEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, II, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 41, nr. 32; R. HOUBEN, “Contractuele schuldvergelijking na samenloop ten aanzien van natuurlijke personen: geen netting” (noot onder GwH 27 november 2008), *TBH* 2009, 502-507; V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake schuldvergelijking” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 249-251, nrs. 40-43; M.E. STORME, “Schuldvergelijking en insolventie” in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 43, nr. 43 en p. 57, nr. 69; R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 556-558, nrs. 924-928.

B. Een inopportuun en juridisch niet gefundeerd arrest

13. Het besproken arrest van het Grondwettelijk Hof is kennelijk inopportuun. Het doet immers afbreuk aan de gewenste verdere aansluiting van het Belgisch recht met het recht van de buurlanden³⁸, die door middel van de nettingbepalingen in de WFZ werd gerealiseerd.

Het arrest is bovendien niet verzoenbaar met de algemene tendens in de rechtspraak om meer recht te doen aan de zekerheidswaarde van schuldvergelijking. Het Grondwettelijk Hof vaart daarmee duidelijk een andere koers dan het Hof van Cassatie.

Ten derde is het resultaat dat voortvloeit uit het geciteerde arrest kennelijk onevenwichtig vanuit het standpunt van de personen die het Hof blijkbaar heeft willen beschermen. Het arrest leidt niet alleen tot de beperking van de nettingrechten van schuldeisers, maar berooft de natuurlijke persoon niet-handelaar ook van diens recht om bij samenloop van zijn schuldenaar beroep te doen op de bescherming geboden door de WFZ. Door natuurlijke personen uit te sluiten van netting en contractuele schuldvergelijking verliezen zij bovendien een makkelijke mogelijkheid om aan hun schuldeisers een efficiënte en zeer goedkope zekerheid te verschaffen: er zijn geen vestigings-, noch uitvoeringskosten. Het is niet ondenkbaar dat banken na het arrest terug meer nadruk gaan leggen

op andere zekerheden, die duurder uitvallen voor de kredietnemer. Dit verhoogt de drempel voor de toegang tot krediet en mogelijkwijze de prijs van het krediet voor de natuurlijke persoon. Hiermee hangt samen dat naarmate het Belgisch recht de zekerheidsfunctie van netting en contractuele schuldvergelijking beperkt, Belgische financiële instellingen meer (duur) eigen vermogen moeten aanhouden in het raam van de prudentiële eigenvermogensvereisten³⁹. Die meerkost dreigt verrekend te worden in de prijs van kredieten.

14. Vanuit louter juridisch oogpunt is het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008 ook bedenkelijk. Het Hof lijkt immers te oordelen dat de schuldeiser bij een contractuele schuldvergelijking vergelijkbaar is met de schuldeiser bij een wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking en dat er geen onderscheiden regime mag gelden⁴⁰. Dit is in het huidig recht onjuist. De schuldeiser die contractueel kan verrekenen is namelijk een zekerheidsnemer, terwijl de schuldeiser bij wettelijke of gerechtelijke schuldvergelijking dat niet is. Tussen zekerheidsnemers en chirografaire schuldeisers bestaat er uiteraard geen vergelijkbaarheid: de eerste categorie heeft de diligentie aan de dag gelegd een zekerheid te nemen, terwijl de tweede categorie dit niet heeft gedaan. Aan de zekerheidsnemer komt dan logischerwijs een betere positie toe dan de chirografaire schuldeiser. Dit is de essentie van het zekerhedenrecht. Een onderscheiden regeling kan in die optiek nooit ongrondwettig zijn.

V. ONDOORDACHTE NAVOLGING VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET GRONDWETTELIJK HOF IN ONTWERPWETGEVING – ALTERNATIEVEN

15. Ondanks de fundamentele rechtsgeleerde kritiek op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008⁴¹, heeft dit arrest navolging gekregen bij de recente wijziging van de WFZ⁴². Voortaan zal de bijzondere bescherming voor netting en conventionele schuldvergelijking zoals voorzien door de artikelen 14 en 15 WFZ niet meer van toepassing zijn wanneer deze overeenkomsten gesloten zijn tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

Deze keuze van de wetgever valt ten zeerste te betreuren. Zoals hierboven aangegeven, doet een beperking van de zekerheidswaarde van schuldvergelijking afbreuk aan de

noodzakelijke aansluiting van het Belgisch recht met het recht van de buurlanden. Het wetsvoorstel gaat bovendien in tegen een duidelijke tendens in de rechtspraak om maximaal tegemoet te komen aan de praktische tendens en economische behoefte aan schuldvergelijking ondanks samenloop⁴³.

16. Bovendien moet het argument worden ontkracht dat de wetgever bij de uitbreiding van het toepassingsgebied van de WFZ in vergelijking tot de RFZ een optie zou hebben genomen die noch ten gronde noch rechtsvergelijkend te verantwoorden zou zijn.

³⁸. Met uitzondering van Frankrijk, zoals aangegeven.

³⁹. Inzake de ontwegende functie van netting op het eigen vermogen, zie: richtlijn 2006/48/EG van 14 juni 2006 betreffende de toegang en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *Pb. L.* 2006, nr. 177, 1; besluit van 17 oktober 2006 van de CBFA over het reglement op het eigen vermogen van de kredietinstellingen en de beleggingsondernemingen, *BS* 29 december 2006; BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report on netting schemes*, prepared by the group of experts on payment systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Basel, 1989; R. BONTE en J. MEULEMAN, "Basel 2. Een inleiding op de nieuwe kapitaalvereisten voor banken" in *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 11.

⁴⁰. Voor nog andere punten van kritiek op dit arrest, zie de rechtsleer geciteerd in vn. 37.

⁴¹. Zie *supra*, vn. 37.

⁴². Wetsontwerp tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *Parl.St.* Kamer, 2010-11, 1714/005, goedgekeurd op 13 september 2011, in het bijzonder artikelen 20 en 21 van het ontwerp.

⁴³. Zie *supra*, nr. 13.

Dit argument is erop gebaseerd dat in de buurlanden de omzetting van de RFZ naar de persoon beperkt is gebleven, terwijl in België de omzetting *ratione personae* ruim werd opgevat en aangewend werd om een veralgemeende bescherming van het recht op contractuele schuldvergelijking na samenloop in te voeren. Die vaststelling is *in se* juist, maar kan enkel begrepen worden indien men er aan toevoegt dat er in de buurlanden reeds voor de omzetting van de RFZ een ruim gemeen recht op schuldvergelijking na samenloop bestond, ook ten aanzien van natuurlijke personen en zeker ten aanzien van ondernemingsdragers/rechtspersonen. Mede daarom is de omzetting van de RFZ in de buurlanden op het vlak van het persoonlijk toepassingsgebied beperkt gebleven en ook kunnen blijven. In België is de omzetting van de RFZ in de WFZ *ratione personae* ruimer opgevat, mede omwille van het achterhaalde verbod op schuldvergelijking na samenloop. Zo werd gezorgd voor de gedeeltelijke aansluiting met het recht van de buurlanden.

Kortom, in België moest voor een ruimere omzetting worden geopteerd om op zekerheidsrechtelijk vlak competitief te blijven met de buurlanden, terwijl de buurlanden zich een beperkt toepassingsgebied van de omzetting van de RFZ konden veroorloven. De terugschroefing van het toepassingsgebied naar de persoon van de WFZ zou in die optiek

globaal genomen leiden tot een reële achteruitgang van het Belgisch recht.

17. In plaats van de beperking van het toepassingsgebied van netting en contractuele schuldvergelijking na samenloop, is een beter alternatief de hierboven reeds bepleite invoering van een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop, ongeacht de vorm van de schuldvergelijking, de samenhang tussen de te verrekenen vorderingen en de hoedanigheid van de schuldeisers⁴⁴. Op die manier zou het Belgisch recht over schuldvergelijking volwaardig aansluiten bij het recht van de buurlanden.

Het invoeren van een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop zou daarenboven tegemoet komen aan de door het Grondwettelijk Hof (ten onrechte) vastgestelde discriminatie tussen de schuldeiser die beschikt over een nettingovereenkomst en daarom recht heeft op schuldvergelijking na samenloop, en de schuldeiser die niet over zo'n overeenkomst beschikt en dit recht daarom niet heeft. Een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop betekent namelijk dat elke schuldeiser dan een gelijk recht op schuldvergelijking heeft, zonder dat daarvoor voorafgaand een overeenkomst moet worden gesloten.

VI. NAAST EEN WETTELIJKE UITBREIDING VAN DE ZEKERHEIDSWAARDE VAN SCHULDVERGELIJKING IS OOK EEN SELECTIEVE INPERKING VAN BEPAALDE TOEPASSINGEN AAN DE ORDE – LESSEN UIT DE FINANCIËLE CRISIS

18. Een uitbreiding van de zekerheidswaarde van schuldvergelijking door de invoering van een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop, zoals hierboven beschreven, is te bepleiten, maar moet in al haar toepassingen maatschappelijk verantwoord kunnen zijn. In dit verband zijn zeker lessen te trekken uit de financiële crisis. Meer bepaald zijn de gebeurtenissen in de crisis met betrekking tot contractuele schuldvergelijking in de vorm van *close-out-netting* relevant. Dit wordt verder uitgewerkt.

A. *Close-out-netting*: een effectieve zekerheid maar destructief in bepaalde omstandigheden

19. *Close-out-netting* is de overeenkomst tussen partijen op grond waarvan de onderlinge verbintenissen op termijn

voortijdig opeisbaar worden gesteld naar aanleiding van een contractueel bepaalde gebeurtenis ('*default*') om vervolgens te worden verrekend⁴⁵. Het typevoorbeeld van een gebeurtenis die aanleiding geeft tot vervroegde opeisbaarheid en verrekening van de verbintenissen is het aanduiden van een bewindvoerder over het vermogen van de wederpartij, bijvoorbeeld wegens faillissement⁴⁶.

Aangezien *close-out-netting* resulteert in verrekening (door schuldvergelijking⁴⁷), heeft deze rechtsfiguur een vermindering van het tegenpartijrisico tot gevolg⁴⁸. Dit geldt uiteraard maar indien de juridische afdwingbaarheid van de constructie wordt aanvaard. In Europa (art. 7 RFZ) en de Verenigde Staten (sec. 560-561 *Bankruptcy Code*) is dit alleszins het geval. In het Belgisch recht is *close-out-netting*, als toepassing van netting, faillissementsbestendig op grond van de

⁴⁴ Zie *supra*, nr. 2.

⁴⁵ J. BENJAMIN, *Financial law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 267, nr. 12.10; R. HOUBEN, "Netting" in *Voorrechten en hypotheeken. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, 46 p. met de verwijzingen; BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report on netting schemes*, prepared by the group of experts on payment systems of the central banks of the Group of Ten Countries, Basel, 1989, p. 26.

⁴⁶ *Second report on EU Clearing and Settlement Arrangements*, Brussel, 2003, 53.

⁴⁷ Ook de verrekening op basis van schuldvernieuwing is mogelijk. Dit blijft verder buiten beschouwing.

⁴⁸ Zie BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the central Banks of the Group of Ten Countries*, Basel, 1990, 7; P.R. WOOD, *Comparative Financial Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, p. 18, nrs. 1-20; D. DEVOS, "Le netting en droit belge", *Bank Fin.* 1994, 164.

WFZ⁴⁹. De risicobeperkende functie van netting kan daarom ook in ons land, zoals reeds aangegeven, in aanmerking genomen worden bij de berekening van het aan te houden eigen vermogen van financiële instellingen⁵⁰.

20. *Close-out-netting* is een zeer geschikte rechtsfiguur om het tegenpartijrisico op te vangen, maar kan in bepaalde omstandigheden een averechts effect hebben. Dit kwam aan het licht bij het faillissement van het Amerikaanse Lehman Brothers in september 2008⁵¹. Naar aanleiding van dit faillissement gingen tegenpartijen van Lehman massaal over tot *close-out-netting*. Het resultaat hiervan was dat binnen de twee weken na het faillissement 80% van de ongeveer 1,5 miljoen transacties met meer dan 8.000 tegenpartijen beëindigd, verrekend en vereffend waren. *Close-out-netting* gaf met andere woorden aanleiding tot een *run* van tegenpartijen op Lehman⁵².

Dit was in twee opzichten problematisch⁵³. Ten eerste was de massale *close-out-netting* nefast voor de ordentelijke afwikkeling van het faillissement van Lehman Brothers. Een overnemer vinden voor de verbintenissen van Lehman was niet meer haalbaar. Na de *close-out-netting* bleef er namelijk geen significant actief meer over om te gelde te maken.

Ten tweede schoten de tegenpartijen zich onbedoeld ook in de eigen voet. Door over te gaan tot *close-out-netting* hadden zij, gelet op het resterend actief van Lehman ná netting, minder kans om hun overblijvende saldoordering nog te recupereren. Bovendien werden de zekerheden ten belope van die saldoordering massaal gerealiseerd, waardoor de opbrengst hiervan daalde. Ten slotte ging dit, gelet op de grote vraag, gepaard met een hoge prijs om het risico op de saldoordering in de markt af te dekken. Deze aspecten in acht genomen, konden als gevolg van de netting ook de tegenpartijen zelf aanzienlijke verliezen oplopen, met systeemrelevante gevolgen.

B. Gemeenrechtelijke schuldvergelijking en excepties: ook een systeemrisico?

21. Niet alleen *close-out-netting*, maar ook wettelijke schuldvergelijking bij samenhang of excepties (in het bijzonder de exceptie van niet-uitvoering⁵⁴) kunnen bij een herstelprocedure of bij insolventie van een financiële instelling tot een onomkeerbare negatieve spiraal en waardevernietiging leiden. Wanneer tegenpartijen hun tegoeden (deposito's, beleggingen) bij de instellingen onbeperkt kunnen compenseren met de (krediet)vorderingen die de instelling jegens hen aanhoudt, ziet de instelling een essentieel bestanddeel van haar vermogen vrijwel onmiddellijk verdwijnen, waardoor haar kredietwaardigheid onherroepelijk verloren (dreigt te gaan) gaat. Het 'verdwijnen' van haar activa is problematisch niet alleen voor haar inkomsten, maar bijvoorbeeld ook voor haar schulden die gewaarborgd zijn door die activa (bv. interbancaire financieringen of gewaarborgde liquiditeitsverrichtingen bij de Nationale Bank of Europese Centrale Bank).

22. Het voortbestaan van een financiële instelling is afhankelijk van de voortdurende beschikbaarheid van voldoende liquide middelen, dus van een voldoende en stabiele financiering door derden ('*funding*'). Nu de financiële crisis eenieder er aan heeft herinnerd dat financiële instellingen, inclusief kredietinstellingen, insolvent kunnen worden, is het van essentieel belang geworden dat financiële instellingen adequate zekerheden kunnen verstrekken aan hun eigen financiers⁵⁵ en/of hun activa anderszins kunnen 'mobiliseren' om liquiditeit te bekomen⁵⁶. Vorderingen op tegenpartijen, zoals kredietvorderingen zijn de essentiële activa van financiële instellingen. Het is dus erg belangrijk voor de soliditeit van financiële instellingen dat er, desnoods via bijzondere wetgeving, over gewaakt wordt dat juridische belemmeringen voor de aanwending als zekerheid of 'mobilisering' van die activa worden weggewerkt⁵⁷. Even belangrijk is het dan echter te vermijden dat – gelet op de eigen kenmerken van die vorderingen – schuldvergelijking of andere excepties onzekerheid kunnen veroorzaken omtrent de intrinsieke waarde van die vorderingen als onderpand. Een financier zal maar bereid zijn financiering te verschaffen met

⁴⁹. Zie *supra*, nr. 9 en *infra* nrs. 28, 29 en 30.

⁵⁰. Zie *supra*, nr. 13.

⁵¹. Hierover E.R. MORRISSON, "Is the Bankruptcy Code an adequate mechanism for resolving the distress of systemically important institutions?", *Temple Law Review* 2009, vol. 82:2 (ook te raadplegen via www.ssrn.com).

⁵². E.R. MORRISSON, "Is the Bankruptcy Code an adequate mechanism for resolving the distress of systemically important institutions?", *Temple Law Review* 2009, vol. 82:2 (ook te raadplegen via www.ssrn.com, 5).

⁵³. E.R. MORRISSON, "Is the Bankruptcy Code an adequate mechanism for resolving the distress of systemically important institutions?", *Temple Law Review* 2009, vol. 82:2 (ook te raadplegen via www.ssrn.com, 3-5).

⁵⁴. Wanneer de exceptie van niet-uitvoering wordt ingeroepen in het kader van een insolventie, leidt deze exceptie tot hetzelfde resultaat als een schuldvergelijking. Door de insolventie wordt de opschorting van betaling door de schuldenaar definitief.

⁵⁵. Bv. via interbankenfinanciering, via het Eurosysteem of de uitgifte van gewaarborgde schuldtitels zoals 'covered bonds'.

⁵⁶. Via verkoop of via een overdracht in het kader van een effectisering.

⁵⁷. De Belgische wetgever is trouwens verplicht de toepassing van de WFZ uit te breiden zodat die niet enkel meer geldt voor financiële instrumenten en contanten maar ook voor bankvorderingen. Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft.

bankvorderingen als onderpand, indien hij zeker is dat bij insolventie van zijn debiteur-financiële instelling zijn onderpand niet wezenlijk in waarde zal verminderen tengevolge van schuldvergelijking of excepties ingeroepen door de debiteuren van die vorderingen.

C. Wetgevende initiatieven op Europees en Belgisch niveau

23. De problematiek van de “*counterparty run on the failing institution*” door *close-out-netting* wordt Europees onderkend en heeft in België zelfs al tot wetgeving geleid.

1. Europees voorstel: mogelijkheid om *close-out-netting* tijdelijk te schorsen bij insolventie kredietinstelling

Europees wordt de problematiek behandeld in de *Technical details of a possible EU Framework for bank recovery and resolution* (“*Technical details*”)⁵⁸. In dit consultatiedocument wordt voorgesteld om bij insolventie van een kredietinstelling de bewindvoerder (“*resolution authority*”) van die instelling de mogelijkheid te geven *close-out-netting* ten aanzien van de kredietinstelling tijdelijk te schorsen (G13 *Technical details*). De schorsing zou aanvangen vanaf de kennisgeving daarvan door de bewindvoerder. De sanctie op een onterechte schorsing zou enkel uit schadevergoeding kunnen bestaan, toegekend door de rechtbank in een legaliteitscontrole *a posteriori*⁵⁹.

De doelstelling van de schorsing van *close-out-netting* is om de bewindvoerder de mogelijkheid te bieden een overnemer te zoeken voor de contractuele verbintenissen van de kredietinstelling, zonder dat hij reeds bij voorbaat met een, wegens verrekening, beperkt actief wordt geconfronteerd en tot mislukken gedoemd is. Slaagt de bewindvoerder in zijn opzet om een overnemer te zoeken, dan kan er geen *close-out* meer plaatsvinden ten aanzien van de insolvente kredietinstelling. Hierbij is het wel vereist dat de bewindvoerder alle rechten en verplichtingen in verband met de nettingovereenkomsten overdraagt. Indien de overdracht slechts gedeeltelijk zou zijn (“*cherry picking*”), zou een zogenaamde *safe guard* gelden, waarover voorlopig weinig details bekend zijn (H *Technical details*). *Close-out-netting* kan ná de overname

wel worden toegepast ten aanzien van de overnemer, zonder dat de overdracht zelf evenwel een geval van *default* kan zijn⁶⁰.

Slaagt de bewindvoerder er niet in om tijdig⁶¹ een overnemer voor de verbintenissen van de insolvente kredietinstelling te vinden of geeft de bewindvoerder voortijdig te kennen de verbintenissen onder de nettingovereenkomst niet te zullen overdragen, dan kunnen de tegenpartijen hun *close-out*-rechten ten aanzien van de kredietinstelling hernemen.

24. Het Europese voorstel is evenwichtig en goed te keuren. Enerzijds wordt de insolvente kredietinstelling beschermd: het actief verdwijnt niet onmiddellijk uit haar vermogen door netting. Anderzijds worden de belangen van de tegenpartijen gediend: de overdracht van verbintenissen kan tot gevolg hebben dat zij op langere termijn een grotere opbrengst op hun vorderingen genereren dan bij onmiddellijke netting. Bovendien hernemen ze bij gebreke van tijdige overdracht hun *close-out*-rechten, zodat er in beginsel geen schade wordt geleden door de schorsing, behoudens aangroei van de eigen schuld en/of vermindering van de eigen vordering tijdens de schorsing.

2. België: ontbindende bedingen bij gerechtelijke reorganisatie of bij insolventie kredietinstelling, verzekeringsonderneming of vereffeningsinstelling (wet van 2 juni 2010)

25. In de lijn van het Europese voorstel bestaat in het Belgisch recht thans reeds een wettelijke bepaling die er toe strekt tegenpartijen van een kredietinstelling te beletten om hun overeenkomsten te beëindigen in geval van (dreigende) insolventie van een kredietinstelling (nieuw art. 57bis, § 4 wet 22 maart 1993 op het statuut en toezicht van de kredietinstellingen (WKI)). Deze uitsluiting werd ingevoerd door artikel 5 van de zogenaamde herstelwet van 2 juni 2010⁶², die in grote mate gebaseerd is op de gebeurtenissen in het raam van de *Fortis*-zaak. Gelijksoortige bepalingen werden ingevoerd voor verzekeringsondernemingen (art. 3) en vereffeningsinstellingen (art. 6). In de herstelwet zelf wordt niet gesproken over de wijze waarop artikel 57bis, § 4 zich verhoudt tot de artikelen 14 en 15 WFZ. In de *memorie van toelichting* wordt gewezen op de negatieve gevolgen van *close-out-netting*, maar dat lijkt eerder in het kader van de motive-

⁵⁸. DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Technical details of a possible EU Framework for bank recovery and resolution*, 105 p. (terug te vinden via http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/crisis_management/consultation_paper_en.pdf).

⁵⁹. DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Technical details of a possible EU Framework for bank recovery and resolution*, 64, 66.

⁶⁰. DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Technical details of a possible EU Framework for bank recovery and resolution*, 65.

⁶¹. D.i. binnen de 48 uur na de kennisgeving van de schorsing of vóór 17 u van de ‘*business day*’ die volgt op de dag van de kennisgeving van de schorsing, afhankelijk van welke periode het langst duurt.

⁶². Wet van 2 juni 2010 tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector, *BS* 14 juni 2010. Deze wet ging gepaard met de wet tot aanvulling, wat de verhaalmiddelen betreft, van de wet van 2 juni 2010 tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector, *BS* 14 juni 2010, die meer procedureel van aard is. Over deze wet zie I. VEROUWSTRAETE en S. DEJONGHE, “Herstelmaatregelen en rechtsbescherming in en buiten de wet van 2 juni 2010” in *Financieel recht anno 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011 (te verschijnen).

ring waarom men de kredietinstellingen voortaan heeft uitgesloten van de toepassing van de WCO. Wanneer men de structuur van de nieuwe herstelwetgeving bekijkt wordt het duidelijk dat de maatregelen vervat in artikel 57bis WKI in diezelfde wet als een ‘saneringsmaatregel’ worden bestempeld (nl. in art. 3, 8° WKI). Dit sluit dan naadloos aan bij de tekst van de artikelen 14 en 3, 5° WFZ waarin enerzijds wordt bepaald dat ‘close-out-netting’ nog mogelijk is ondanks enige ‘insolventieprocedure’ en anderzijds de term ‘insolventieprocedure’ ook uitdrukkelijk (onder meer) betrekking heeft op “elke saneringsmaatregel die enigerlei optreden van Belgische of buitenlandse administratieve of rechterlijke instanties met zich brengt en die bestemd is om de financiële positie in stand te houden of te herstellen, en van dien aard is dat zij de bestaande rechten van derden aantast”. Kortom, de voorrangregeling uitgewerkt in de artikelen 14 *juncto* 3, 5° WFZ is nog steeds werkzaam aangezien die bepalingen uitdrukkelijk voorzien in een voorrang op enige saneringsmaatregel van het type voorzien in artikel 57bis⁶³. Deze bescherming van *close-out-netting* ook bij kredietinstellingen, is niet alleen opportuun (zie *infra*), maar ook noodzakelijk omdat een lezing van artikel 57bis WKI die *close-out-netting* zou uitsluiten manifest strijdig zou zijn met de RFZ⁶⁴.

26. Zoals de in het vooruitzicht gestelde Europese normen en mits een aanpassing ter zake van de RFZ, zou een verdere uitbreiding van artikel 57bis, § 4 tot *close-out-netting* zoals geregeld in de WFZ, principieel verantwoord zijn en ingepast kunnen worden in een globale aanpak van schuldvergelijking waarin een uitbreiding toch centraal zou staan.

27. Toch is het gepast, niet exhaustief, een aantal aanbevelingen te formuleren voor de aanpassing van artikel 57bis zodra men de *close-out netting* effectief zou willen/kunnen viseren. Ten eerste bepaalt de Belgische regeling, in tegenstelling tot de Europees in het vooruitzicht gestelde normen, geen termijn voor de uitsluiting van *close-out*. Dit impliceert dat de *close-out-rechten* voor onbepaalde duur worden uitgesloten. In het licht van schuldvergelijking betekent dit dat

de partijen bij *close-out-netting* de initieel voorziene opeisbaarheid van hun onderlinge verplichtingen moeten afwachten, zonder vervroegde beëindigingsmogelijkheid, opdat schuldvergelijking na samenloop kan plaatsvinden⁶⁵.

In vergelijking met de Europese voorstellen is deze Belgische oplossing minder tegenpartijvriendelijk en meer gericht op de insolvente kredietinstelling. Of dit de juiste oplossing is, is maar de vraag. Het is namelijk niet ondenkbaar dat door *close-out-netting* voor onbepaalde duur uit te sluiten, de tegenpartij, die eveneens een (systeemrelevante) financiële instelling kan zijn, in de problemen komt. In elk geval rijst de vraag naar de Europeesrechtelijke conformiteit van de Belgische wetgeving indien het Europese voorstel in zijn huidige vorm wetgeving zou worden.

Een tweede kanttekening is dat in de Belgische regeling de uitsluiting van *close-out* automatisch plaatsvindt naar aanleiding van een ‘reddingsoperatie’ door de Koning, terwijl in de Europese voorstellen de bewindvoerder een beoordelingsbevoegdheid heeft over de schorsing van *close-out-netting*. Men kan de vraag stellen of de Europese oplossing geen geschiktere *tool* is dan de Belgische. De Europese *mogelijkheid* tot schorsing is namelijk flexibeler dan de Belgische *automatische* uitsluiting en biedt daarom meer ruimte om recht te doen aan het concrete geval. De hierboven gemaakte bemerking over de conformiteit van het Belgisch recht met het Europees recht *de lege ferenda* geldt hier uiteraard analogisch.

Een verdere verfijning van de Belgische regeling is aangegeven om de delicate evenwichten die bestaan bij tal van financiële producten waarvan *close-out-netting* een wezenlijk bestanddeel is (vnl. cessies-retrocessies, swaps en andere derivaten) te kunnen respecteren⁶⁶.

28. Medio september 2011 heeft het federale parlement naar aanleiding van de door een Europese richtlijn opgelegde wijzigingen aan de WFZ⁶⁷, een wet goedgekeurd ter omzetting van die richtlijn (de Wijzigingswet)⁶⁸. De wetgever heeft, wat betreft *netting* en schuldvergelijking, bovendien nu reeds voor een stuk geanticipeerd op het finale debat

63. Deze lezing wordt nu ook uitdrukkelijk bevestigd in de nieuwe vierde paragraaf van art. 4 WFZ, zoals gewijzigd door art. 15 van het Wetsontwerp tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *Parl.St.* Kamer, 2010-11, 1714/005.

64. De RFZ verplicht tot een bescherming van *close-out-netting* tegen de gevolgen van insolventie of saneringsmaatregelen. Ook al is het toepassingsgebied van de RFZ beperkter dan dat van art. 14 WFZ, toch zullen de meeste *nettingovereenkomsten* van kredietinstellingen ook vallen binnen het toepassingsgebied van de RFZ.

65. Uiteraard kan een wettelijke vervroegde opeisbaarstelling wel van toepassing zijn, bv. inzake de schulden op termijn van de gefailleerde bij faillissement (art. 1188 BW).

66. Zie voor de UK: M. BAKE, S. WALSH en K. HAWKEN, “The Banking Act: the new ‘special resolution regime’ dealing with failing banks and its consequences”, *The Banking Law Journal* 2009, 343-353; D.L. MENGLE, *Close-Out Netting and Risk Management in Over-the-Counter Derivatives*, Fordham University, 1 June 2010, 23 p.; P. PAECH, “Netting and resolution powers – Global problems, local solutions?”, *LSE* 12 May 2011.

67. Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft.

68. Wetsontwerp tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, *Parl.St.* Kamer, 2010-11, 1714/005.

over het juiste evenwicht tussen netting enerzijds en de continuïteitskansen van financiële instellingen anderzijds. Het nieuwe artikel 4, § 4 WFZ zoals ingevoerd door artikel 15 van de Wijzigingswet beperkt voortaan in geval van maatregelen in de zin van artikel 54bis WKI de mogelijkheid tot close-out netting door tegenpartijen die zich niet op de bescherming van de RFZ kunnen beroepen, tenzij zij aantonen dat zich een concrete wanbetaling heeft voorgedaan door de kredietinstelling. Deze beperking geldt evenwel niet waar (a) schuldvergelijking wordt ingeroepen buiten close-out netting (bv. rekening-courant, loutere betalingsfunctie), (b) de netting onderdeel is van de realisatie van een pand op financiële instrumenten, een zekerheidscessie of een cessie-retrocessie en (c) in het kader van afgeleide producten en complexe financiële verrichtingen nader te bepalen door de Koning. Dezelfde beperkingen en uitzonderingen worden voorzien voor verzekeringsondernemingen en vereffeninginstellingen.

29. Via de Wijzigingswet is de wetgever tevens op zoek gegaan naar een ander evenwicht tussen close-out netting en de bescherming die ondernemingen in het kader van de WCO, dus bij een gerechtelijke reorganisatie, kunnen bekomen tegen acties van hun schuldeisers. De Wijzigingswet voegt een derde paragraaf toe aan artikel 4 WFZ, waardoor, vanaf het verzoek tot de opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie en gedurende die procedure, de artikelen 9, 9/1, 14 en 15 van de WFZ slechts kunnen worden toegepast indien de schuldeiser zich kan beroepen op een effectieve wanbetaling. Deze beperking geldt evenwel niet (a) wanneer zowel de onderneming die het verzoek doet als de schuldeiser die wenst te ageren, personen zijn die vallen

binnen het toepassingsgebied van de RFZ ('publieke of financiële rechtspersonen'), (b) waar schuldvergelijking wordt ingeroepen buiten close-out netting (bv. rekening-courant, loutere betalingsfunctie), (c) wanneer de netting onderdeel is van de realisatie van een pand op financiële instrumenten, een zekerheidscessie of een cessie-retrocessie en (d) in het kader van afgeleide producten en complexe financiële verrichtingen nader te bepalen door de Koning.

3. Rechtsvergelijkende beschouwing: de Verenigde Staten

30. Ten slotte is het interessant te wijzen op gezaghebbende Amerikaanse rechtsleer die ervoor pleit om de Amerikaanse *safe harbor* voor close-out-netting van kredietderivaten⁶⁹ in te perken tot kredietderivaten die bestaan vóór de insolventie van een van de partijen en bovendien samenhangend zijn⁷⁰. Beschouwd vanuit het Belgisch recht – en bij uitbreiding vanuit Europees perspectief – is dit voorstel opmerkelijk. Behoudens de schorsingsmogelijkheden beschreven in nr. 25 en ingevoerd door de recente Wijzigingswet⁷¹ bestaat er in ons land (en op grond van de RFZ doorheen Europa) immers in deze context een recht op netting na samenloop, zonder dat de te verrekenen vorderingen moeten samenhangen. Ook voor de door het nieuwe artikel 4, § 3, c) WFZ voorziene extra Belgische 'safe harbor' voor derivaten, wordt samenhang niet als een criterium naar voor geschoven⁷². Samenhang wordt in het Belgisch recht enkel nog vereist voor de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking na samenloop⁷³. In de buurlanden, met uitzondering van Frankrijk, geldt de samenhangvereiste zelfs in die gevallen niet⁷⁴.

VII. BESLUIT

31. Schuldvergelijking kent in de praktijk een uitdijende zekerheidswaarde, ondanks het wettelijk verbod op schuldvergelijking na samenloop in het Burgerlijk Wetboek en de faillissementswet. Bij de wettelijke en gerechtelijke schuldvergelijking blijkt dit vooral uit de verruiming van de invulling van de vereiste samenhang in de toepassing van de uitzondering voor samenhangende vorderingen op het verbod van schuldvergelijking na samenloop. Ook het onbeperkte verrekeningsrecht van de boedelschuldeiser, dat niet onderworpen is aan enige samenhangvereiste, illustreert dit. Bij de contractuele schuldvergelijking blijkt de zekerheidswaarde uit het in 2005 ingevoerde recht op contractuele schuldver-

gelijking na samenloop ('netting'), zonder dat samenhang tussen de te verrekenen vorderingen vereist is.

De uitbreiding van de zekerheidswaarde van de schuldvergelijking is goed te keuren. Hierdoor schuift het Belgisch recht op in de richting van het recht van de buurlanden, waarin er, met uitzondering van Frankrijk, een algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop bestaat, ongeacht de samenhang tussen de te verrekenen vorderingen. Om de verkieslijke volledige aansluiting bij het recht van de buurlanden te verkrijgen kan in België *de lege ferenda* een gelijksoortig algemeen recht op schuldvergelijking na samenloop worden bepleit⁷⁵.

⁶⁹. Zie *supra*, nr. 19.

⁷⁰. M.J. ROE, "The derivatives market's payment priorities as financial crisis accelerator", *Stanford Law Review* 2011, 573-575.

⁷¹. Zie *supra*, nrs. 28 en 29.

⁷². Zie uitgebreid met verwijzingen R. HOUBEN, *Schuldvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 547-575.

⁷³. Zie *supra*, nr. 5.

⁷⁴. Zie *supra*, nr. 2.

⁷⁵. Zie recentelijk nog een gelijklopend pleidooi: M.E. STORME, "Schuldvergelijking en insolventie" in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Insolventie- en beslagrecht*, Brugge, die Keure, 2010, p. 58, nr. 69.

Alleszins dient toekomstige wetgeving in de lijn te liggen van de praktische tendens om meer recht te doen aan de zekerheidswaarde van schuldvergelijking. Dit betekent dat het gemeen recht inzake schuldvergelijking na samenloop enerzijds en de nettingbepalingen in de WFZ anderzijds minstens moeten worden bestendigd, met ontkenning van het onbegrijpelijke arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008. Dat de wetgever het Hof gevolgd is in de Wijzigingswet, valt te betreuren⁷⁶.

Dit neemt niet weg dat een wettelijke beperking van schuldvergelijking na samenloop in bepaalde gevallen verant-

woord kan zijn. Dit is namelijk het geval indien het legitieme belang van een partij om het tegenpartijrisico te ondervangen door schuldvergelijking conflicteert met het algemene belang om systeemrisico's te vermijden. In die optiek zijn de in Europees verband circulerende voorstellen in die zin principieel lovenswaardig. Tegen die achtergrond zijn de (partiele) oplossingen die door de Wijzigingswet op dit punt als ook voor de gerechtelijke reorganisatie zijn ingevoerd, ongetwijfeld slechts tijdelijke benaderingen in afwachting van een ruimere evaluatie van de onderliggende problemen.

⁷⁶. Zie *supra*, nr. 15.