

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

2 septembre 2011

PROJET DE LOI

**transposant la directive 2009/44/CE
du Parlement européen et du Conseil
du 6 mai 2009 modifiant la directive
98/26/CE concernant le caractère définitif
du règlement dans les systèmes de paiement
et de règlement des opérations sur titres
et la directive 2002/47/CE concernant
les contrats de garantie financière,
en ce qui concerne les systèmes liés
et les créances privées**

AMENDEMENTS

N° 1 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Art. 14

Insérer un 4°, rédigé comme suit:

“4° il est inséré un 11° rédigé comme suit “personne morale publique ou financière:

a) un établissement de crédit au sens de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit;

Document précédent:

Doc 53 **1714/ (2010/2011):**
001: Projet de loi.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

2 september 2011

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 afwikkelingsystemen
en Richtlijn 2002/47/EG betreffende
financiële zekerheidsovereenkomsten wat
gekoppelde systemen en kredietvorderingen
betreft**

AMENDEMENTEN

Nr. 1 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Art. 14

Een 4° invoegen, luidend als volgt:

“4° er wordt een punt 11° ingevoegd, luidend als volgt: “publieke of financiële rechtspersoon:

a) een kredietinstelling in de zin van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen;

Voorgaand document:

Doc 53 **1714/ (2010/2011):**
001: Wetsontwerp.

b) *une entreprise d'investissement au sens de la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement;*

c) *une entreprise d'assurances au sens de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances;*

d) *une société de gestion d'organismes de placement collectif au sens de la Partie III de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement;*

e) *un organisme de placement collectif au sens de la Partie II de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement;*

f) *une contrepartie centrale, un organe de règlement et une chambre de compensation au sens de la loi 28 avril 1999 visant à transposer la Directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres;*

g) *un établissement financier au sens de la présente loi;*

h) *une personne morale belge ou étrangère visée à l'article 5 de la présente loi agissant en nom propre mais pour le compte des bénéficiaires des sûretés;*

i) *une autorité publique (à l'exception des entreprises bénéficiant d'une garantie de l'État), y compris les organismes du secteur public chargés de la gestion de la dette publique ou intervenant dans ce domaine et les organismes du secteur public autorisés à détenir des comptes pour leurs clients;*

j) *la Banque nationale de Belgique, la Banque centrale européenne, la Banque des règlements internationaux, une banque multilatérale de développement telle que définie à l'annexe VI, partie 1, section 4, de la Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, le Fonds monétaire international et la Banque européenne d'investissement;*

k) *toute autre personne morale étrangère qui appartient dans son pays d'origine à l'une des catégories visées à l'article 1.2 a) à d) inclus de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 2 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière."*

b) *een beleggingsonderneming in de zin van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen;*

c) *een verzekeringsonderneming in de zin van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen;*

d) *een beheervennootschap van instellingen voor collectieve belegging in de zin van Deel III van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles;*

e) *een instelling voor collectieve belegging in de zin van Deel II van de wet van 20 juli 2004 betreffende bepaalde vormen van collectief beheer van beleggingsportefeuilles;*

f) *een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie en een clearing house in de zin van de wet van 28 april 1999 houdende omzetting van Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen;*

g) *een financiële instelling in de zin van deze wet;*

h) *een Belgische of buitenlandse rechtspersoon bedoeld in artikel 5 van deze wet die in eigen naam, maar voor rekening van begunstigden van zekerheden optreedt;*

i) *een overheidsinstantie (exclusief ondernemingen met overheidsgarantie), inclusief instellingen behorend tot de overheidssector die belast zijn met of een rol spelen bij het beheer van de overheidsschuld en instellingen behorend tot de overheidssector die zijn gemachtigd om voor klanten rekeningen aan te houden;*

j) *de Nationale Bank van België, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale Betalingen, een multilaterale ontwikkelingsbank als bedoeld in deel 1, afdeling 4, van bijlage VI bij Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Investeringsbank;*

k) *iedere andere buitenlandse rechtspersoon die in zijn land van oorsprong tot één van de categorieën behoort bedoeld in artikel 1.2 a) tot en met d) van de Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 2 juni 2002 betreffende financiëlezekerheids-overeenkomsten."*

JUSTIFICATION

L'amendement définit le concept de "personne morale publique ou financière" et ce, afin de circonscrire le champ d'application *ratione personae* de la loi en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire (*infra*).

N° 2 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Art. 14

Insérer un 5°, rédigé comme suit:

"5° il est ajouté un 12° rédigé comme suit:

"établissement financier: une entreprise qui n'est pas un établissement de crédit et dont l'activité principale consiste en l'acquisition de participations ou l'exercice d'une ou plusieurs des activités mentionnées aux points 2 à 12 inclus du paragraphe 2 de l'article 3 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, dont notamment:

a) une entreprise de crédit hypothécaire au sens de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire;

b) une entreprise de crédit à la consommation au sens de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation;

c) une entreprise de location-financement ou "leasing" au sens de l'arrêté royal n°55 du 10 novembre 1967 organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement;

d) un établissement de paiement ou un établissement de monnaie électronique au sens de la loi du 21 décembre 2009 relative au statut des établissements de paiement et des établissements de monnaie électronique, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement, à l'activité d'émission de monnaie électronique et à l'accès aux systèmes de paiement."

JUSTIFICATION

L'amendement définit le concept d' "établissement financier" cité à l'article 14, 4°, g).

VERANTWOORDING

Het amendement definieert het begrip "publieke of financiële rechtspersoon" teneinde de werkingssfeer *ratione personae* van de wet te omschrijven in geval van een verzoek tot of het openen van een procedure van gerechtelijke reorganisatie (zie hierna).

Nr. 2 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Art. 14

Een 5° invoegen, luidend als volgt:

"5° er wordt een punt 12° toegevoegd, luidend als volgt:

"financiële instelling: een onderneming die geen kredietinstelling is en waarvan de hoofdbedrijvigheid bestaat in het verwerven van deelnemingen of de uitoefening van één of meer werkzaamheden bedoeld in de punten 2 tot en met 12 van paragraaf 2 van artikel 3 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, waaronder met name:

a) een hypotheekonderneming in de zin van de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet;

b) een onderneming die consumentenkredieten verstrekt in de zin van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet;

c) een onderneming gespecialiseerd in financieringshuur of "leasing" in de zin van het koninklijk besluit nr. 55 van 10 november 1967, tot regeling van het juridisch statuut der ondernemingen gespecialiseerd in financieringshuur;

d) een betalingsinstelling of een instelling voor elektronisch geld in de zin van de wet van 21 december 2009 betreffende het statuut van de betalingsinstellingen en de instellingen voor elektronisch geld, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienstaanbieder, tot de beroepsmatige uitgifte van elektronisch geld en de toegang tot betalingssystemen."

VERANTWOORDING

Het amendement definieert het begrip "financiële instelling" vermeld in artikel 14, 4°, g).

N° 3 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Art. 15

Insérer un 4°, rédigé comme suit:

“4° il est inséré un § 3 rédigé comme suit:

“§ 3. Les articles 9, 9/1, 14 et 15 de la présente loi ne peuvent être invoqués dans les cas mentionnés ci-après, à moins que le créancier ne puisse se prévaloir d'un défaut de paiement:

a) quelle que soit la nature des créanciers, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne autre que celles visées à l'article 3, 11° de la présente loi, pendant la durée de cette procédure;

b) par un créancier qui est une personne autre que celles visées à l'article 3, 11° de la présente loi, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne morale publique ou financière, pendant la durée de cette procédure.

Le premier alinéa ne s'applique pas:

a) lorsque le créancier qui se prévaut d'une compensation ou d'une novation sur la base d'une convention de netting ne se prévaut pas également d'une clause résolutoire, d'une condition résolutoire ou de clauses et conditions de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;

b) en cas de réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle visée aux articles 8, 12 et 13 de la présente loi et en ce qui concerne tout recours dans ce cadre à une convention de netting ou aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;

c) aux sûretés réelles, conventions de netting et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, lorsqu'elles sont conclues au sujet de produits dérivés ou d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque nationale de Belgique. Lors de la rédaction de cette liste de types d'opérations, le Roi tient compte de l'intérêt des mécanismes visés au premier alinéa pour le fonctionnement normal des opérations concernées

Nr. 3 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Art. 15

Een 4° invoegen, luidend als volgt:

“4° er wordt een § 3 ingevoegd, luidend als volgt:

“§ 3. De artikelen 9, 9/1, 14 en 15 van deze wet kunnen in de hierna genoemde gevallen niet ingeroepen worden, tenzij de schuldeiser zich kan beroepen op een wanbetaling:

a) ongeacht de aard van schuldeisers, vanaf het verzoek tot of de opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie van een andere persoon dan deze bedoeld in artikel 3, 11° van deze wet, tijdens de duur van die procedure;

b) door een schuldeiser die een andere persoon is dan deze bedoeld in artikel 3, 11° van deze wet, vanaf het verzoek tot of de opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie van een publieke of financiële rechtspersoon, tijdens de duur van die procedure.

Het eerste lid is niet van toepassing:

a) wanneer een schuldeiser die zich op schuldvergelijking of schuldvernieuwing beroept op basis van een nettingovereenkomst zich niet eveneens beroept op een ontbindend beding, een ontbindende voorwaarde of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken;

b) bij de realisatie van een zakelijke zekerheidsovereenkomst als bedoeld in de artikelen 8, 12 en 13 van deze wet en wat betreft enig beroep in dat kader op een nettingovereenkomst of de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken;

c) op zakelijke zekerheden, nettingovereenkomsten en ontbindende bedingen en voorwaarden en de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, wanneer die zijn overeengekomen naar aanleiding van derivaten of andere financiële verrichtingen zoals omschreven door de Koning bij een met de Nationale Bank van België overlegd besluit. Bij de samenstelling van deze lijst van types van verrichtingen houdt de Koning rekening

et pour les marchés dans lesquels ils sont utilisés et de manière plus générale, des pratiques de marché belges et internationales.”

JUSTIFICATION

L'amendement écarte les articles 9 (règle de réalisation simplifiée des gages sur espèces); 9/1 (règle de réalisation simplifiée des gages sur créances bancaires), 14 et 15 (clauses de *close-out netting*) de la LSF en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire au sens de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après, la loi continuité) d'une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière ou d'une personne morale publique ou financière lorsque son cocontractant est une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière, à moins que le créancier puisse, pour l'exercice de ses droits (réalisation ou application du *close-out netting*), se prévaloir d'un défaut de paiement.

Jusqu'à présent, le texte de la LSF permet en effet à tout créancier titulaire d'une sûreté financière ou partie à une convention de *netting* de réaliser sa sûreté ou d'activer les clauses de *close-out netting*, même en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire (anciennement, la procédure de concordat judiciaire), laquelle s'adresse aux commerçants personnes physiques et morales.

Ainsi, dans son état actuel, la LSF fait primer l'intérêt des créanciers titulaires de sûretés financières ou parties à une convention de *netting* sur les objectifs sociétaux poursuivis par la procédure de restructuration et de sauvetage des entreprises que constitue la réorganisation judiciaire. Le législateur a confirmé ce choix à la faveur de la loi continuité, organique de la procédure de réorganisation judiciaire, puisque celle-ci réserve expressément l'application de la LSF, en sorte que les dispositions de la loi continuité ne sauraient y déroger.

Or, la directive garantie financière dont la LSF constitue la transposition en droit belge offre aux États membres la possibilité de ne pas appliquer les règles qu'elle contient aux contrats de garantie financière dans lesquels l'une des parties est une personne morale (la directive exclut en toute hypothèse les personnes physiques) autre que de droit public ou financière.

En privilégiant l'efficacité des sûretés financières et des conventions de *netting* sur l'objectif d'une procédure visant à redresser une entreprise commerciale, le législateur belge a choisi de protéger les intérêts propres de certains créanciers, et en particulier des institutions financières, quitte à compromettre les chances de réussite de la réorganisation judiciaire (voyez notamment Demolin P. et Materne J., "Le concordat judiciaire" in *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Anthemis, 2008, pp.120 et suiv. Dans le même sens, voyez Georges F., *La saisie de la monnaie scripturale*, op.cit., p. 182;

met het belang van de in het eerste lid geïllustreerde mechanismes voor de normale werking van de betrokken verrichtingen en voor de markten waarin deze worden aangewend en meer algemeen met de Belgische en internationale marktpraktijken.”

VERANTWOORDING

Het amendement schuift de artikelen 9 (regel van vereenvoudigde realisatie van panden op contanten), 9/1 (regel van vereenvoudigde realisatie van panden op bankvorderingen), 14 en 15 (*close-out netting*clausules) van de WFZ terzijde in geval van verzoek tot of opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie in de zin van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (hierna: de Continuïteitswet) van een persoon die geen publieke of financiële rechtspersoon is, of van een publieke of financiële rechtspersoon als diens medecontractant een persoon is die geen publieke of financiële rechtspersoon is, tenzij de betrokken schuldeiser zich voor de uitoefening van zijn rechten (realisatie of doorvoering van *close-out netting*) kan beroepen op een wanbetaling.

Tot dusver staat de tekst van de WFZ immers iedere schuldeiser die houder is van een financiële zekerheid of partij is bij een *netting*overeenkomst, toe zijn zekerheid te realiseren of de *close-out netting*clausules te activeren, zelfs ingeval een gerechtelijke reorganisatieprocedure wordt geopend (de vroegere procedure van het gerechtelijk akkoord) tegen kooplieden die natuurlijke personen of rechtspersonen zijn.

De huidige versie van de WFZ doet het belang van de schuldeisers die houder zijn van financiële zekerheden of partij zijn bij een *netting*overeenkomst, aldus voorgaan op de maatschappelijke doelstellingen van de herstructurerings- en reddingsprocedure voor ondernemingen die belichaamd is in de gerechtelijke reorganisatie. De wetgever bevestigde die keuze in de Continuïteitswet, waarin de gerechtelijke reorganisatieprocedure wordt geregeld, aangezien deze de toepassing van de WFZ uitdrukkelijk voorbehoudt, zodat de bepalingen van de Continuïteitswet er niet zouden kunnen van afwijken.

Niettemin biedt de Financiëlezekerheids-richtlijn, die door de WFZ in Belgisch recht werd omgezet, de lidstaten de mogelijkheid om de regels ervan niet toe te passen op de financiëlezekerheidsovereenkomsten waarin een van de partijen een rechtspersoon is (de Richtlijn sluit in ieder geval de natuurlijke personen uit) die niet onder het publiek of financieel recht valt.

Door aan de efficiëntie van de financiële zekerheden en de *netting*overeenkomsten voorrang te geven boven een procedure met als doel een handelsonderneming te herstellen, heeft de Belgische wetgever ervoor gekozen de specifieke belangen van bepaalde schuldeisers, en met name van de financiële instellingen te beschermen, op gevaar af dat de kansen op succes van de gerechtelijke reorganisatie hierdoor in het gedrang komen (zie onder meer Demolin P. en Materne J., "Le concordat judiciaire" in *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Anthemis, 2008, p. 120 en volgende. Zie in datzelfde

Sagaert V. et Seeldrayers H., "*De wet financiële zekerheden*", *RW*, 2004-2005, p. 1550).

Il apparaît en effet manifeste que les établissements de crédit jouissent d'une position fort avantageuse dans ce contexte puisqu'ils sont les principaux bénéficiaires de sûretés financières, d'une part, et qu'ils sont par essence dépositaires du patrimoine incorporel de leurs clients et, partant, plus à même de se prévaloir de la compensation, d'autre part (Biquet-Mathieu Ch. et Georges F., "Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement" in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, CDVA, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 106).

Il est intéressant de relever que ce conflit d'intérêts ou de valeurs entre les règles consacrées par la loi sur les sûretés financières et l'objectif de sauvetage et d'assainissement des procédures de restructuration a été récemment souligné aux termes d'une ordonnance rendue en référé¹ le 6 avril 2009 par la présidente du Tribunal de commerce de Bruxelles.

Cette décision a trait au sort du gage sur espèces — visé à l'article 9 de la LSF — dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Ainsi qu'il a été indiqué, l'article 9 permet au créancier gagiste sur espèces (monnaie scripturale) de réaliser son gage sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité², une saisie ou toute situation de concours.

La LSF déroge donc aux règles des procédures collectives (pour la réorganisation judiciaire, articles 30 et suivants de la loi continuïté) qui organisent la suspension des poursuites individuelles.

Aux termes de cette décision, il est fait défense au créancier gagiste (en l'espèce, un consortium bancaire) d'obtenir le versement des sommes inscrites au crédit des comptes qui lui sont gagés. La présidente du tribunal a suivi le raisonnement du débiteur en sursis, qui contestait la réalisation du gage en invoquant l'abus de droit. Une réalisation immédiate et définitive des gages aurait en effet compromis sérieusement les chances de succès de la procédure de réorganisation judiciaire³.

Le tribunal de commerce a ainsi estimé, certes en référé, devoir faire primer la continuité de l'entreprise sur les droits de certains créanciers isolés, fussent-ils protégés par la LSF.

¹ Laquelle ne préjuge donc pas de la solution qui sera consacrée *in fine* par le juge du fond.

² La procédure de concordat judiciaire — aujourd'hui réorganisation judiciaire —, est expressément mentionnée au rang des procédures d'insolvabilité aux termes de l'article 3, 5° de la loi.

³ Voyez Windey J., "Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties" in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Larcier, 2009, p.120 ainsi que Grégoire M., "*La réorganisation judiciaire aux mains des juges: premières récoltes*", *RDC*, 2009, p. 646 et suiv.

verband ook Georges F., *La saisie de la monnaie scripturale*, op. cit., p. 182; Sagaert V. et Seeldrayers H., "*De wet financiële zekerheden*", *RW*, 2004-2005, p. 1550).

Het lijkt immers duidelijk dat de kredietinstellingen een zeer voordelige positie innemen, aangezien ze enerzijds de voornaamste begunstigen van financiële zekerheden zijn en anderzijds per definitie optreden als bewaarnemers van het immaterieel vermogen van hun cliënten en hierdoor beter in staat zijn zich te beroepen op de compensatie (Biquet-Mathieu Ch. en Georges F., "Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement" in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, CDVA, Brussel, Bruylant, 2007, p. 106).

Het is interessant op te merken dat onlangs in een beschikking in kort geding¹ op 6 april 2009 van de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Brussel de nadruk werd gelegd op dit belangen- of waardenconflict tussen de in de wet vastgestelde regels over de financiële zekerheden en de door de herstructureringsprocedures beoogde redding en sanering.

Deze beslissing heeft betrekking op de behandeling van het — in artikel 9 van de WFZ bedoelde — pand op contanten in het kader van een gerechtelijke reorganisatieprocedure.

Zoals reeds vermeld, is het de pandhoudende schuldeiser krachtens artikel 9 toegestaan zijn pand op contanten (giraal geld) te realiseren zonder voorafgaande ingebrekestelling of gerechtelijke beslissing, niettegenstaande het openen van een insolventieprocedure², een beslag of enig ander geval van samenloop.

De WFZ wijkt dus af van de regels van de collectieve procedures (voor de gerechtelijke reorganisatie, artikelen 30 en volgende van de Continuïteitswet) inzake de opschorting van de individuele vervolgingen.

Op grond van deze beslissing wordt het de pandhoudende schuldeiser (in casu een bankconsortium) verboden de storing te verkrijgen van de creditbedragen op de hem in pand gegeven rekeningen. De voorzitter van de rechtbank volgde de redenering van de schuldenaar in kort geding, die de realisatie van het pand betwistte en rechtsmisbruik aanvoerde. Een onmiddellijke en definitieve realisatie van de panden zou de kansen op succes van de gerechtelijke reorganisatieprocedure³ immers ernstig in het gedrang hebben gebracht.

De rechtbank van koophandel heeft aldus, weliswaar in kort geding, geoordeeld dat de continuïteit van de onderneming moet primeren op de rechten van sommige individuele schuldeisers, ook al worden ze beschermd door de WFZ.

¹ Die dus niet vooruitloopt op de oplossing die de rechter ten gronde *in fine* zal huldigen.

² De procedure van het gerechtelijk akkoord — thans van gerechtelijke reorganisatie — wordt uitdrukkelijk in artikel 3, 5° van de wet vermeld als een van de insolventieprocedures.

³ Zie Windey J., "Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties" in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Larcier, 2009, p. 120 alsook Grégoire M., "*La réorganisation judiciaire aux mains des juges: premières récoltes*", *RDC*, 2009, p. 646 en volgende.

C'est cette idée (faire primer la réussite de la procédure de réorganisation judiciaire sur les intérêts de certains créanciers) qui est d'ailleurs à la base de certaines réflexions actuelles dans les forums internationaux et européens, où il est de plus en plus question de revoir certaines dispositions de la directive 2002/47/CE, en particulier s'agissant de la protection absolue des clauses de *netting* et de *close-out*.

Il résulte des éléments qui précèdent que la solution maximaliste adoptée par le législateur belge lors de la transposition de la Directive garantie financière a suscité des interrogations, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Comme le relevaient récemment deux auteurs⁴, la question est en définitive de savoir s'il *"ne faudrait-il pas trouver un meilleur équilibre entre les intérêts des banquiers et des créanciers et la sauvegarde des activités économiques d'entreprises qui, parfois, rencontrent des difficultés passagères qu'elles pourraient surmonter si le législateur leur en donnait les moyens?"*

N'est-ce pas l'intérêt des banquiers et des fournisseurs de maintenir des relations avec des entreprises qui pourraient être réorganisées efficacement? Si on ne donne pas aux entreprises, qui prennent des risques, de véritables moyens de surmonter des difficultés passagères, aucune législation quelconque ne sera efficace".

Il convient donc de trouver un équilibre entre la protection des garanties obtenues par les établissements financiers, d'une part, et les efforts visant à sauvegarder l'activité économique des entreprises non financières lorsque celle-ci rencontrent des difficultés passagères, d'autre part.

Comme il a été exposé ci-dessus, la directive garantie financière n'oblige pas les États membres à appliquer les dispositions qu'elle contient aux entreprises non financières.

Le champ d'application *ratione personae* de cette directive est en effet beaucoup plus limité que la loi belge de transposition: alors que la LSF s'applique quelle que soit la qualité (personne physique, personne morale, entreprises financières ou non) du preneur ou du constituant de la garantie, la directive ne s'applique qu'aux contrats de garantie financière (sûretés) dans lesquels tant le preneur de la garantie que le constituant de la garantie appartiennent tous deux à l'une des catégories suivantes⁵:

(i) une autorité publique;

(ii) une banque centrale, la Banque centrale européenne, la Banque des règlements internationaux, une banque multilatérale de développement, le Fonds monétaire international et la Banque européenne d'investissement;

(iii) un établissement financier soumis à une surveillance prudentielle, y compris un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, un établissement financier, une

⁴ Demolin P. et Materne J., *op. cit.*, p. 120.

⁵ Article 1, 2) a) à e) de la directive.

Deze gedachte (de slaagkansen van de gerechtelijke reorganisatieprocedure laten primeren op de belangen van sommige schuldeisers) ligt trouwens ten grondslag aan bepaalde discussies die momenteel worden gevoerd in de internationale en Europese fora, waar er steeds meer sprake van is om sommige bepalingen van de richtlijn 2002/47/EG te herzien, met name die betreffende de absolute bescherming van de *netting*- en *close-out* clausules.

Uit het voorgaande vloeit voort dat de maximalistische oplossing die de Belgische wetgever bij de omzetting van de Richtlijn financiële zekerheden hanteerde, vragen heeft doen rijzen, zowel in de rechtsleer als in de jurisprudentie.

Zoals twee auteurs onlangs constateerden⁴, gaat het er uiteindelijk om of *"er geen beter evenwicht moet worden gevonden tussen de belangen van de bankiers en de schuldeisers en het behoud van de economische activiteiten van ondernemingen die, soms, kortstondige moeilijkheden ervaren die ze te boven zouden kunnen komen als de wetgever hun daartoe de middelen zou geven?"*

Is het niet in het belang van de bankiers en de leveranciers om betrekkingen te onderhouden met ondernemingen die afdoend zouden kunnen worden gereorganiseerd? Indien men de ondernemingen, die risico's nemen, geen echte middelen verschaft om moeilijkheden van voorbijgaande aard te overwinnen, zal geen enkele wetgeving ooit doeltreffend zijn".

Er moet dus een evenwicht worden gevonden tussen enerzijds de bescherming van de door de financiële instellingen verkregen zekerheden, en anderzijds de inspanningen om de economische activiteit van de niet-financiële ondernemingen te vrijwaren wanneer deze met moeilijkheden van voorbijgaande aard te kampen hebben.

Zoals hierboven werd uiteengezet, verplicht de Richtlijn financiële zekerheden de lidstaten niet om de bepalingen ervan toe te passen op de niet-financiële ondernemingen.

De werkingssfeer *ratione personae* van die Richtlijn is immers veel beperkter dan de Belgische wet die haar heeft omgezet: terwijl de WFZ van toepassing is ongeacht de hoedanigheid (natuurlijk persoon, rechtspersoon, al dan niet financiële ondernemingen) van de pandnemer of de pandgever, geldt de richtlijn enkel voor de financiële zekerheids-overeenkomsten (zekerheden) waarbij zowel de pandnemer als de pandgever beide behoren tot een van de volgende categorieën⁵:

(i) een overheidsinstantie;

(ii) een centrale bank, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale Betalingen, een multilaterale ontwikkelings-bank, het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Investeringsbank;

(iii) een financiële instelling onder bedrijfseconomisch toezicht, met inbegrip van een kredietinstelling, een beleggings-onderneming, een financiële instelling, een verzekerings-

⁴ Demolin P. en Materne J., eigen vertaling van *op. cit.*, p. 120.

⁵ Artikel 1, 2) a) tot e) van de Richtlijn.

entreprise d'assurance, un organisme de placement collectif, une société de gestion;

(iv) une contrepartie centrale, un organe de règlement ou une chambre de compensation;

(v) une personne autre qu'une personne physique pour autant que l'autre partie soit un établissement défini aux points précités (i) à (iv).

En résumé, la directive ne couvre que les contrats de garantie financière conclus par des personnes morales et pour autant qu'une des parties au moins soit une institution publique ou réglementée⁶.

Les États membres ont toutefois une faculté d'*opt-out* puisqu'ils peuvent exclure du champ d'application de la directive les contrats de garantie financière dans lesquels l'une des parties est une personne visée au point (v), c'est-à-dire une personne morale autre qu'une entreprise publique ou réglementée⁷. S'ils recourent à cette possibilité, les États membres doivent en informer la Commission, qui en informe à son tour les autres États membres.

Cette faculté d'*opt-out* a été justifiée par le fait que *"réserver un traitement spécial aux contrats de garantie peut être jugé contraire au principe général de l'égalité de traitement des créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité"*⁸.

L'Autriche a décidé d'appliquer pleinement la dérogation ainsi offerte aux États membres tandis que la France, l'Allemagne, la République tchèque, la Slovaquie et la Suède ont choisi de faire un *opt-out* partiel.

Ainsi, la France utilise la faculté d'*opt-out* permise par la directive, en excluant les personnes autres que les entreprises financières de l'application de la directive pour la réalisation des contrats de garantie financière et l'activation des clauses de *close-out netting*, sauf pour les opérations sur instruments financiers. L'*opt-out* français a été justifié *"by the will to preserve some substance to the French insolvency rules when applied to ordinary corporate insolvency in respect of transactions that do not relate to financial instruments"*⁹.

Le nouvel article 15, 4° en projet suit la logique française, en excluant la règle de réalisation simplifiée portée aux articles 9 et 9/1 de la LSF, de même que l'activation des clauses de *close-out netting*, lorsqu'une procédure de réorganisation judiciaire est demandée par ou ouverte dans le chef d'une

onderneming, een instelling voor collectieve belegging, een beheer-maatschappij;

(iv) een centrale tegenpartij, een afwikkellende instantie of een *clearing house*;

(v) een andere dan een natuurlijke persoon, mits de andere partij een instelling is als omschreven onder (i) tot en met (iv).

Samengevat heeft de Richtlijn enkel betrekking op de door rechtspersonen gesloten financiële zekerheidsovereenkomsten waarin ten minste één van de partijen een openbare of geregelde instelling is⁶.

De lidstaten beschikken echter over een *opt-out* mogelijkheid, aangezien ze financiële zekerheidsovereenkomsten waarin één van de partijen een persoon is als bedoeld in punt (v), dat wil zeggen een andere rechtspersoon dan een openbare of geregelde instelling⁷, van de werkingssfeer van de Richtlijn kunnen uitsluiten. Indien ze van die mogelijkheid gebruik maken, moeten de lidstaten dit meedelen aan de Commissie, die op haar beurt de andere lidstaten op de hoogte brengt.

Die *opt-out* mogelijkheid werd gerechtvaardigd door het feit dat *"een speciale behandeling van zekerheidsovereenkomsten zou kunnen worden gezien als strijdig met het algemene beginsel van de gelijke behandeling van crediteuren in het kader van insolventieprocedures"*⁸.

Oostenrijk heeft besloten de aldus aan de lidstaten geboden afwijking ten volle toe te passen, terwijl Frankrijk, Duitsland, Tsjechië, Slovenië en Zweden hebben gekozen voor een gedeeltelijke *opt-out*.

Zo maakt Frankrijk gebruik van de bij de Richtlijn vergunde *opt-out* mogelijkheid, door andere personen dan financiële ondernemingen uit te sluiten van de toepassing van de Richtlijn voor de realisatie van de financiële zekerheids-overeenkomsten en de activering van de *close-out netting* clausules, behalve voor de transacties in financiële instrumenten. De Franse *opt-out* werd gerechtvaardigd *"by the will to preserve some substance to the French insolvency rules when applied to ordinary corporate insolvency in respect of transactions that do not relate to financial instruments"*⁹.

Het nieuwe artikel 15, 4° van het ontwerp volgt de Franse logica, door de in de artikelen 9 en 9/1 van de WFZ omschreven regel van vereenvoudigde realisatie, alsook de activering van *close-out netting* clausules uit te sluiten wanneer een gerechtelijke reorganisatieprocedure wordt aangevraagd

⁶ Terret M., "Transposition de la directive sur les contrats de garantie financière", *Bulletin de la Banque de France*, mai 2005, p. 46.

⁷ Article 1, 3) de la directive garantie financière.

⁸ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil — rapport d'évaluation sur la directive concernant les contrats de garantie financière, 20 décembre 2006, COM(2006) 833.

⁹ Directive 2002/47/CE on Financial Collateral Arrangements — Draft questionnaire to Member States for the drafting of the Evaluation Report — Réponses de la France, MARKT/G2/D(2006).

⁶ Terret M., "Transposition de la directive sur les contrats de garantie financière", *Bulletin de la Banque de France*, mai 2005, p. 46.

⁷ Artikel 1, 3) van de Richtlijn financiële zekerheid.

⁸ Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement — evaluatieverslag over de richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, 20 december 2006, COM(2006) 833.

⁹ Directive 2002/47/CE on Financial Collateral Arrangements — Draft questionnaire to Member States for the drafting of the Evaluation Report — Réponses de la France, MARKT/G2/D(2006).

personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière et que le défaut d'exécution n'est pas un défaut de paiement. On veut en effet éviter qu'un créancier puisse se prévaloir d'une clause résolutoire expresse liant le défaut d'exécution à la demande ou à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire. En revanche, en cas de défaut de paiement, le créancier pourra parfaitement réaliser sa sûreté ou déclencher la clause de *close-out*. Par défaut de paiement, on entend le non-paiement au moment où l'obligation de paiement est devenue exigible. Le défaut de paiement peut soit être survenu avant la demande de la procédure, soit se produire après cette demande. Sans préjudice de l'application de l'abus de droit, ce défaut de paiement doit naturellement se rapporter (en ce qui concerne sa réalisation) à au moins une des obligations garanties par la sûreté réelle ou (en ce qui concerne la clause de *close-out netting*) à au moins une des obligations qui tombent dans le champ d'application de la convention de *close-out netting*.

Concrètement, en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière, leurs contreparties ne pourront plus, du simple fait de cette demande ou de cet octroi, mettre fin aux contrats conclus avec leur débiteur en réorganisation et réaliser leurs sûretés financières ou procéder à la compensation.

Dans un souci d'égalité, la même règle est prévue en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne morale publique ou financière¹⁰ si sa contrepartie est une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière. À défaut, il y aurait eu rupture d'égalité: la personne morale publique ou financière ne pourrait procéder à la réalisation de sa sûreté en cas de procédure visant une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière mais ces dernières pourraient le faire en cas de procédure visant une personne morale publique ou financière.

La notion de "convention de *netting*" telle que définie à l'article 3,4° de la loi est particulièrement large et englobe tout contrat permettant de procéder à une compensation ou à une novation. Cette définition large englobe également pour cette raison les accords qui ne sont pas pertinents pour la problématique ici visée. Ainsi, ne peuvent par exemple être compromises la compensation qui a lieu dans le cadre d'un compte-courant ou simplement suite au paiement de dettes réciproques, même dans l'intérêt de l'entreprise qui vise la réorganisation judiciaire. Le second alinéa a donc pour objet d'exposer clairement que la suppression de la protection des articles 14 et 15 de la loi concerne exclusivement le *close-out netting*, donc le *netting* (compensation ou novation) dans le cas où des clauses ou conditions résolutoires ou d'autres

of geopend in hoofde van een persoon die geen publieke of financiële rechtspersoon is of een niet-financiële rechtspersoon en de niet-uitvoering geen wanbetaling is. Men wil immers vermijden dat een schuldeiser zich kan beroepen op een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde die de niet-uitvoering koppelt aan het verzoek tot of het openen van een gerechtelijke reorganisatieprocedure. Bij wanbetaling daarentegen, kan de schuldeiser zijn zekerheid volkomen realiseren. Met wanbetaling wordt bedoeld de niet-betaling op het tijdstip dat de betalingsverbintenis opeisbaar is geworden. Deze wanbetaling kan zich hetzij hebben voorgedaan voor de aanvraag van de procedure hetzij na die aanvraag. Onverminderd de toepassing van rechtsmisbruik, moet deze wanbetaling vanzelfsprekend betrekking hebben (wat betreft realisatie) op minstens één van de door de zakelijke zekerheid gewaarborgde verbintenissen of (wat betreft *close-out netting*) op minstens één van de verbintenissen die binnen het toepassingsgebied vallen van de *close-out netting*overeenkomst.

In concreto is het zo dat, bij een verzoek tot of opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie van een persoon die geen publieke of financiële rechtspersoon is, hun tegenpartijen hun financiële zekerheden niet meer zullen kunnen realiseren of hun *close-out*clausules niet meer zullen kunnen activeren louter ten gevolge van dat verzoek of die opening.

Om de gelijkheid te garanderen, wordt dezelfde regel gehanteerd voor een verzoek tot of opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie van een publieke of financiële rechtspersoon¹⁰ indien zijn tegenpartij een persoon is die geen publieke of financiële rechtspersoon is. Zo niet zou de gelijkheid verbroken zijn: de publieke of financiële rechtspersoon zou zijn zekerheid niet kunnen realiseren in geval van een procedure tegen een persoon die geen publieke of financiële rechtspersoon is, maar deze laatste zouden dat wel kunnen bij een procedure tegen een publieke of financiële rechtspersoon.

Het begrip "*netting*overeenkomst" zoals gedefinieerd in artikel 3, 4° van de wet is bijzonder ruim en omvat elke overeenkomst om tot schuldvergelijking of schuldvernieuwing te kunnen overgaan. Deze ruime definitie omvat daarom ook afspraken die niet relevant zijn voor de problematiek die hier geviséerd wordt. Aldus mogen bijvoorbeeld de schuldvergelijking die plaatsvindt binnen de werking van een rekening-courant of louter ter betaling van wederzijdse schulden niet in het gedrang gebracht worden, ook in het belang van de onderneming die de gerechtelijke reorganisatie wenst na te streven. Het tweede lid wil daarom duidelijk stellen dat het buiten spel zetten van de bescherming van de artikelen 14 en 15 van de wet enkel betrekking heeft op *close-out netting*, dus *netting* (schuldvergelijking of schuldvernieuwing) waarbij

¹⁰ Soulignons que la procédure de réorganisation judiciaire ne s'applique toutefois pas, conformément à l'article 35 de la loi du 2 juin 2010 visant à compléter les mesures de redressement applicables aux entreprises relevant du secteur bancaire et financier, aux établissements de crédit, aux entreprises d'assurances, aux entreprises d'investissement, aux sociétés de gestion d'organismes de placement collectif, aux organismes de compensation et de liquidation et assimilés et aux entreprises de réassurance.

¹⁰ Er wordt evenwel benadrukt dat conform artikel 35 van de wet van 2 juni 2010 tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector de procedure van gerechtelijke reorganisatie sowieso niet van toepassing is op de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de beleggingsondernemingen, de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging, de verrekenings- en vereffeningsinstellingen en de daarmee gelijkgestelde instellingen, en de herverzekeringsondernemingen.

dispositions concernant la résiliation anticipée peuvent également être invoquées.

En revanche, entre personnes morales publiques ou financières, les dispositions de la LSF continueront à s'appliquer, sans exception, même en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire dans le chef de l'une d'elles, conformément au texte des articles 1 et 4, 5 de la Directive garantie financière.

La nouvelle disposition ne s'applique pas aux sûretés constituées sur instruments financiers et ce, afin de préserver l'attractivité de la place financière belge. Il échet en outre de souligner que les dispositions de la LSF relatives aux sûretés sur instruments financiers s'articulent à d'autres dispositions légales existantes (dispositions relevantes du Code des sociétés, loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire etc.) dont la plupart prévoyait déjà, avant l'entrée en vigueur de la LSF, des règles de réalisation simplifiée.

Étant donné que le *netting* et les clauses de *close-out* constituent fréquemment un élément nécessaire de la réalisation de cette sorte de sûretés, la protection offerte par les articles 14 et 15 doit également subsister pour ces types de sûretés.

Les institutions financières, autorités et entreprises font fréquemment usage des produits dérivés et autres opérations financières plus complexes, tels entre autres qu'options, futures swaps, opérations à terme, emprunts de titres, cessions — rétrocessions, etc.

Étant donné l'importance de ces produits financiers, la fonction spécifique du *close-out netting* et des sûretés pour leur correcte liquidation et le contrôle des risques qui y sont liés, il est très important que le bon fonctionnement des sûretés et du *close-out netting* puisse être garanti au maximum. Ceci est d'autant plus vrai en raison du fait que les marchés pour ces opérations sont par essence internationaux ou même mondiaux. Pour les opérations à caractère national également, les caractéristiques et modalités contractuelles sont souvent en grande partie basées sur les pratiques de marché internationales, la plupart du temps par le biais de l'utilisation de contrats-cadres internationaux standardisés ("*master agreements*") développés par des organisations professionnelles internationales (telles que l'*International Swaps and Derivatives Association* — ISDA). Au-delà d'une uniformité suffisante et de la standardisation des contrats, une préoccupation particulière vis-à-vis de ces produits est que les conventions de *close-out netting* et les sûretés soient reconnues juridiquement et puissent être exécutées malgré les procédures d'insolvabilité ou d'assainissement dans le plus de pays possible. L'effectivité et la standardisation minimale est également d'une grande importance dans le cadre de la mission des autorités de surveillance européennes et autres de régler autant que possible les risques systémiques pour les opérations sur produits dérivés via des organismes de liquidation centraux.

ook beroep wordt gedaan op ontbindende bedingen of voorwaarden of andere bepalingen tot vervroegde beëindiging.

Tussen publieke of financiële rechtspersonen zullen de bepalingen van de WFZ daarentegen zonder uitzondering van toepassing blijven, zelfs in geval van verzoek tot of opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie in hoofde van één van hen in overeenstemming met de tekst van artikel 1 en 4, 5 van de Richtlijn financiële zekerheid.

De nieuwe bepaling is niet van toepassing op de zekerheden met betrekking tot financiële instrumenten, en dit om de aantrekkelijkheid van het Belgische financiële centrum in stand te houden. Bovendien moet worden beklemtoond dat de bepalingen van de WFZ over de zekerheden met betrekking tot financiële instrumenten aansluiten bij andere bestaande wettelijke bepalingen (relevante bepalingen van het Wetboek van vennootschappen, wet van 2 januari 1991 betreffende de markt van de effecten van de overheidsschuld en het monetair beleidsinstrumentarium, enz.), waarvan de meeste reeds vóór de inwerkingtreding van de WFZ regels van vereenvoudigde realisatie bevatten.

Aangezien *netting* en *close-out*clausules vaak een noodzakelijk onderdeel zijn bij de realisatie van dit soort zekerheden, moet de bescherming geboden door de artikelen 14 en 15 ook bij deze types van zekerheden behouden blijven.

Financiële instellingen, overheden en ondernemingen maken veelvuldig gebruik van afgeleide producten (derivaten) en andere complexere financiële verrichtingen, zoals ondermeer, opties, futures, swaps, termijnverrichtingen, leningen van effecten, cessies-retrocessies enz.

Gelet op het belang van deze financiële producten, de specifieke functie van *close-out netting* en zekerheden voor hun correcte afwikkeling en beheersing van de er aan verbonden risico's, is het van groot belang dat de goede werking van de zekerheden en de *close-out netting* maximaal gevrijwaard worden. Dit niet in het minst ook omdat de markten voor deze verrichtingen bij uitstek internationaal of zelfs mondiaal zijn. Ook voor binnenlandse verrichtingen worden de kenmerken en contractuele modaliteiten doorgaans sterk geënt op internationale marktpraktijken, vaak via het gebruik van internationaal gestandaardiseerde kaderovereenkomsten ("*master agreements*") uitgewerkt door internationale beroepsorganisaties (zoals de *International Swaps and Derivatives Association* — ISDA). Naast voldoende uniformiteit en standaardisering van de contracten is het een bijzondere bekommernis voor deze producten dat *close-out netting*overeenkomsten en zekerheden in zoveel mogelijk landen juridisch worden erkend en uitvoerbaar zijn ondanks insolventie- of saneringsprocedures. De effectiviteit en minimum aan standaardisering is ook van groot belang voor het streven van Europese en andere toezichthouders om omwille van systeemrisico's zoveel mogelijk derivatenverrichtingen via centrale vereffeningsinstellingen te kunnen afwickelen.

Étant donné que les produits dérivés et les opérations financières plus complexes comprennent un éventail plus large de différentes sortes de contrats et d'opérations, qui évoluent de surcroît continuellement dans la pratique, sous l'influence des marchés financiers et de la réglementation, la détermination des types d'opérations qui doivent demeurer en dehors de cette nouvelle règle est laissée à l'appréciation du Roi, en tenant compte de critères objectifs tels que (a) l'importance du close-out netting et des mécanismes de sûreté visés pour le fonctionnement normal des opérations en question et des marchés dans lesquels ces opérations sont utilisées et (b) les pratiques de marché belges et internationales. Il va de soi que les produits dérivés et les autres opérations financières plus complexes qui sont typiquement exécutés dans le cadre de contrats-cadres ("master agreements") dans lesquels les parties prévoient toutes les modalités d'une liquidation globale de leurs diverses opérations via le close-out netting et moyennant la constitution de sûretés financières ("collateral") sont repris dans cette liste.

Conformément à l'article 1, 3° de la Directive garantie financière, il conviendra d'informer la Commission européenne de cette modification législative.

N° 4 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Insérer un 5° rédigé comme suit:

"5° il est inséré un § 4 rédigé comme suit:

"§ 4. Lorsque le Roi arrête un acte de disposition au sens de l'article 26bis, § 1^{er} de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, de l'article 57bis, § 1^{er} de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit ou de l'article 23bis, § 1^{er} de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, les articles 9, 9/1, 14 et 15 de la présente loi ne peuvent être invoqués par les cocontractants autres que ceux visés à l'article 3, 11° de la présente loi, à moins que les cocontractants puissent se prévaloir d'un défaut de paiement.

Le premier alinéa ne s'applique pas:

a) lorsque le créancier qui se prévaut d'une compensation ou d'une novation sur la base d'une convention de netting ne se prévaut pas également d'une clause résolutoire, d'une condition résolutoire ou de clauses et conditions de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;

b) en cas de réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle visée aux articles 8, 12 et 13 de la présente loi et en ce qui concerne tout recours dans

Aangezien derivaten en complexere financiële verrichtingen een ruime waaier van verschillende soorten contracten en verrichtingen omvatten, die bovendien voortdurend in de praktijk evolueren onder invloed van de financiële markten en regulering, wordt het aan de Koning overgelaten om de types verrichtingen die buiten de toepassing van deze nieuwe regel moeten blijven, nader te bepalen rekening houdende met objectieve criteria, zoals (a) het belang van close-out netting en de geviseerde zekerheidsmechanismen voor de normale werking van de betrokken verrichtingen en voor de markten waarin deze worden aangewend en (b) de Belgische en internationale marktpraktijken. Het ligt daarbij voor de hand dat alleszins derivaten en andere complexere financiële verrichtingen die in de markt typisch uitgevoerd worden binnen het kader van kaderovereenkomsten ("master agreements") waarin tussen partijen wordt voorzien in modaliteiten tot een globale afwikkeling van hun diverse verrichtingen via close-out netting en tegen de toekenning van zakelijke financiële zekerheden ("collateral") in deze lijst worden opgenomen.

Overeenkomstig artikel 1, 3° van de Richtlijn financiële zekerheid dient de Europese Commissie van deze wetswijziging op de hoogte te worden gebracht.

Nr. 4 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Een 5° invoegen, luidend als volgt:

"5° er wordt een § 4 ingevoegd, luidend als volgt:

"§ 4. Wanneer de Koning een daad van beschikking vaststelt in de zin van artikel 26bis, § 1 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, van artikel 57bis, § 1 van wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen of van artikel 23bis, § 1 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, kunnen de artikelen 9, 9/1, 14 en 15 van deze wet niet worden ingeroepen door andere medecontractanten dan deze bedoeld in artikel 3, 11° van deze wet tenzij de medecontractanten zich kunnen beroepen op een wanbetaling.

Het eerste lid is niet van toepassing:

a) wanneer een schuldeiser die zich op schuldvergelijking of schuldvernieuwing beroept op basis van een nettingovereenkomst zich niet eveneens beroept op een ontbindend beding, een ontbindende voorwaarde of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken;

b) bij de realisatie van een zakelijke zekerheidsovereenkomst als bedoeld in de artikelen 8, 12 en 13 van deze wet en wat betreft enig beroep in dat kader op

ce cadre à une convention de netting ou aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation;

c) aux sûretés réelles, conventions de netting et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, lorsqu'elles sont conclues au sujet de produits dérivés ou d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque nationale de Belgique. Lors de la rédaction de cette liste de types d'opérations, le Roi tient compte de l'intérêt des mécanismes visés au premier alinéa pour le fonctionnement normal des opérations concernées et pour les marchés dans lesquels ils sont utilisés et de manière plus générale, des pratiques de marché belges et internationales."

JUSTIFICATION

L'amendement prévoit une règle identique à celle prévue à l'article 15, 4° en projet lorsqu'un acte de disposition est arrêté par le Roi à l'égard d'une entreprise d'assurance (sur pied de l'article 26*bis*, § 1^{er} de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances), d'un établissement de crédit (sur pied de l'article 57*bis*, § 1^{er} de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit) ou d'un organisme de liquidation et assimilés (sur pied de l'article 23*bis*, § 1^{er} de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers). Ainsi, le cocontractant qui n'est pas une personne morale publique ou financière, d'une entreprise d'assurance, d'un établissement de crédit ou d'un organisme de liquidation ne pourra plus réaliser sa sûreté sur espèces ou créances bancaires ou activer une clause de *close-out netting* lorsque ceux-ci font l'objet d'un acte de disposition décidé par le Roi et que le créancier concerné ne peut pas, pour l'exercice de ses droits (réalisation ou application du *close-out netting*), se prévaloir d'un défaut de paiement. Sans préjudice de l'application de l'abus de droit, ce défaut de paiement doit naturellement se rapporter (en ce qui concerne sa réalisation) à au moins une des obligations garanties par la sûreté réelle ou (en ce qui concerne la clause de *close-out netting*) à au moins une des obligations qui tombent dans le champ d'application de la convention de *close-out netting*.

En revanche, les cocontractants personnes morales publiques ou financières pourront continuer à se prévaloir des articles 9, 9/1, 14 et 15 de la LSF. Cette nouvelle disposition ne porte donc pas préjudice aux articles 1 et 4, 5 de la Directive garantie financière.

een nettingovereenkomst of de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken;

c) op zakelijke zekerheden, nettingovereenkomsten en ontbindende bedingen en voorwaarden en de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, wanneer die zijn overeengekomen naar aanleiding van derivaten of andere financiële verrichtingen zoals omschreven door de Koning bij een met de Nationale Bank van België overlegd besluit. Bij de samenstelling van deze lijst van types van verrichtingen houdt de Koning rekening met het belang van de in het eerste lid geïllustreerde mechanismen voor de normale werking van de betrokken verrichtingen en voor de markten waarin deze worden aangewend en meer algemeen met de Belgische en internationale marktpraktijken."

VERANTWOORDING

Het amendement voorziet in een identieke regel dan deze voorzien in artikel 15, 4° van het ontwerp wanneer een daad van beschikking wordt vastgesteld door de Koning ten aanzien van een verzekeringsonderneming (op basis van artikel 26*bis*, § 1 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen), van een kredietinstelling (op basis van artikel 57*bis*, § 1 van wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen) of van een vereffeningsinstelling of daarmee gelijkgestelde instelling (op basis van artikel 23*bis*, § 1 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten). Zodoende zal de medecontractant die geen publieke of financiële rechtspersoon is, van een verzekeringsonderneming, van een kredietinstelling of van een vereffeningsinstelling niet meer kunnen overgaan tot de realisatie van zijn zekerheid op contanten of bankvorderingen of tot activering van een *close-out netting*clausule wanneer deze het voorwerp uitmaken van een daad van beschikking beslist door de Koning en de betrokken schuldeiser zich voor de uitoefening van zijn rechten (realisatie of doorvoering van *close-out netting*) niet kan beroepen op een wanbetaling. Onverminderd de toepassing van rechtsmisbruik, moet deze wanbetaling vanzelfsprekend betrekking hebben (wat betreft realisatie) op minstens één van de door de zakelijke zekerheid gewaarborgde verbintenissen of (wat betreft *close-out netting*) op minstens één van de verbintenissen die binnen het toepassingsgebied vallen van de *close-out netting*overeenkomst..

De medecontractanten die publieke of financiële rechtspersoon zijn zullen zich daarentegen kunnen blijven beroepen op de artikelen 9, 9/1, 14 en 15 van de WFZ. Deze nieuwe bepaling doet aldus geen afbreuk aan de artikelen 1 en 4, 5 van de Richtlijn financiële zekerheid.

N° 5 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Art. 20 (nouveau)

Insérer un article 20, rédigé comme suit:

“Art. 20. Dans la même loi, l'article 14, dont le texte actuel formera le paragraphe 1^{er}, est complété par un paragraphe 2, rédigé comme suit:

“§ 2. Le paragraphe 1^{er} du présent article ne s'applique pas aux conventions de netting ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes.

Le paragraphe 1^{er} du présent article reste toutefois d'application concernant les conventions de netting ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation qui ont été conclues à un moment où la personne physique avait la qualité de commerçant à condition que la novation ou la compensation porte sur au moins une créance née à un moment où la personne physique était commerçante.

L'alinéa 1^{er} du présent paragraphe ne porte pas préjudice au droit d'imputation sur la créance garantie dans le cadre de la réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle.”

JUSTIFICATION

L'article 20 tient compte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 novembre 2008.

Aux termes de son arrêt rendu le 27 novembre 2008, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que les articles 14 et 15 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières violaient les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils étaient applicables à des personnes physiques non commerçantes au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce.

L'article 20 en projet fait application de cette décision et, partant, prive du bénéfice de l'article 14 de la LSF les conventions de netting ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation qui ont été conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes.

Nr. 5 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Art. 20 (nieuw)

Een artikel 20 invoegen, luidend als volgt:

“Art. 20. In dezelfde wet wordt artikel 14, waarvan de bestaande tekst paragraaf 1 zal vormen, aangevuld met een paragraaf 2, luidend als volgt:

“§ 2. Paragraaf 1 van dit artikel is niet van toepassing op de nettingovereenkomsten, noch op de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

Paragraaf 1 van dit artikel blijft evenwel van toepassing op de nettingovereenkomsten en op de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, die werden gesloten op een ogenblik dat de natuurlijke persoon de hoedanigheid van koopman had, op voorwaarde dat de schuldvernieuwing of schuldvergelijking wordt ingeroepen voor minstens één verbintenis die is ontstaan op een ogenblik dat de natuurlijke persoon koopman was.

Het eerste lid van deze paragraaf doet geen afbreuk aan het recht van toerekening op de gewaarborgde schuldvordering in het kader van de realisatie van een zakelijke zekerheidsovereenkomst.”

VERANTWOORDING

Artikel 20 houdt rekening met het arrest van het Grondwettelijk Hof van 27 november 2008.

In zijn arrest van 27 november 2008 heeft het Grondwettelijk Hof voor recht gezegd dat de artikelen 14 en 15 van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schonden in zoverre ze van toepassing waren op natuurlijke personen die geen kooplieden zijn in de zin van artikel 1 van het Wetboek van koophandel.

Artikel 20 van het ontwerp past deze beslissing toe en ontzegt derhalve het voorrecht van artikel 14 van de WFZ aan de netting-overeenkomsten evenals aan de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, indien die werden gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

Il est toutefois prévu que les créanciers d'une personne physique non commerçante pourront continuer à bénéficier de l'article 14 LSF si deux conditions sont réunies: (i) si la convention de *netting* ou la clause ou condition résolutoire ou de déchéance du terme a été conclue à un moment où la personne physique était encore commerçante et (ii) si au moins une des créances qui sont novées ou compensées est née à un moment où la personne physique était encore commerçante. À défaut, il suffirait à la personne physique commerçante de cesser tout commerce pour échapper à l'application de l'article 14 de la LSF.

Excepté pour le transfert de propriété à titre de garantie, la loi admet que les personnes physiques qui ne sont pas commerçantes concluent des convention constitutives de sûreté réelle dont les caractéristiques principales sont alors réglées par la loi. Le droit d'imputation nécessaire à la bonne liquidation de la réalisation de ces sûretés doit donc également demeuré protégé.

Pour rappel, par application de l'article 15, 4° en projet, l'article 14 est rendu inapplicable en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière, ou d'une personne morale publique ou financière lorsque son cocontractant n'est pas une personne morale publique ou financière, si le défaut d'exécution n'est pas un défaut de paiement. On veut empêcher de la sorte aux créanciers d'un débiteur en réorganisation d'activer les clauses résolutoires expresses et de déclencher le processus de compensation du simple fait de la demande d'ouverture ou de l'octroi d'une procédure de réorganisation judiciaire.

N° 6 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Art. 21 (*nouveau*)

Insérer un article 21, rédigé comme suit:

“Art. 21. À l'article 15 de la même loi, il est inséré un paragraphe 3 rédigé comme suit:

“§ 3. Les paragraphes 1^{er} et 2 du présent article ne s'appliquent pas aux conventions de netting ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes.

Le paragraphe 1^{er} du présent article reste toutefois d'application concernant les conventions de netting ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation qui ont été conclues à un moment où la personne physique avait la qualité de

Het wordt evenwel voorzien dat schuldeisers van een natuurlijk persoon niet-koopman kunnen blijven genieten van de bescherming van artikel 14 WFZ indien aan twee voorwaarden voldaan is: (i) de *netting*overeenkomst of het beding of voorwaarde tot ontbinding of vervroegde beëindiging werden overeengekomen op een ogenblik dat de natuurlijke persoon koopman was en (ii) dat minstens één verbintenis die het voorwerp uitmaakt van de novatie of schuldvergelijking is ontstaan op een ogenblik dat de natuurlijke persoon nog koopman was. Anders zou het volstaan voor de natuurlijke persoon om elke handelsactiviteit te stoppen om te ontsnappen aan de toepassing van artikel 14 WFZ.

Tenzij voor de overdracht van eigendom tot zekerheid, laat de wet toe dat natuurlijke personen die geen kooplieden zijn, zakelijke zekerheidsovereenkomsten sluiten waarvan de belangrijkste kenmerken dan door de wet worden geregeld. De recht van toerekening noodzakelijk voor de goede afwikkeling van een realisatie van die zekerheden moet dan eveneens beschermd blijven.

Ter herinnering, overeenkomstig artikel 15, 4° van het ontwerp wordt artikel 14 niet-toepasbaar gemaakt bij een verzoek tot of opening van een procedure van gerechtelijke reorganisatie van een persoon die geen publieke of financiële rechtspersoon is, of van een publieke of financiële rechtspersoon als diens medecontractant geen publieke of financiële rechtspersoon is, indien de niet-uitvoering geen wanbetaling is. Men wil aldus de schuldeisers van een schuldenaar in reorganisatie beletten dat ze, louter wegens het verzoek tot of de opening van een gerechtelijke reorganisatieprocedure, de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarden activeren en het schuldvergelijgingsproces op gang brengen.

Nr. 6 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Art. 21 (*nieuw*)

Een artikel 21 invoegen, luidend als volgt:

“Art. 21. In artikel 15 van dezelfde wet wordt een paragraaf 3 ingevoegd, luidend als volgt:

“§ 3. Paragrafen 1 en 2 van dit artikel zij niet van toepassing op de nettingovereenkomsten, noch op de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, gesloten tussen of met natuurlijke personen die geen kooplieden zijn.

Paragraaf 1 van dit artikel blijft evenwel van toepassing op de nettingovereenkomsten en op de ontbindende bedingen en voorwaarden of de bedingen en voorwaarden met betrekking tot de vroegtijdige beëindiging die zijn vastgelegd om de schuldvernieuwing of -vergelijking mogelijk te maken, die werden gesloten op

commerçant à condition que la novation ou la compensation porte sur au moins une créance née à un moment où la personne physique était commerçante.

L'alinéa 1^{er} du présent paragraphe ne porte pas préjudice au droit d'imputation sur la créance garantie dans le cadre de la réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle."

JUSTIFICATION

L'article 21 reproduit la même règle que celle prévue à l'article 20. La Cour constitutionnelle ayant dit pour droit que les articles 14 et 15 de la LSF étaient inconstitutionnels en tant qu'ils s'appliquent à des personnes physiques non commerçantes, il est apparu nécessaire de prévoir une exclusion identique pour ces deux dispositions.

N° 7 DE M. GOFFIN ET CONSORTS

Art. 22 et 23 (nouveaux)

Insérer un chapitre 4, rédigé comme suit:

"CHAPITRE 4. Modifications de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises

Art. 22. L'article 34 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises est remplacé par ce qui suit:

"Art. 34. La compensation n'est permise au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes".

Art. 23. À l'article 49, alinéa 3, de la même loi, les mots "ni des créances pouvant être compensées en vertu d'une convention antérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation" sont abrogés."

JUSTIFICATION

L'article 22 abroge la réserve stipulée à l'article 34 de la loi continuité, lequel dispose que "Sans préjudice de l'application de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, la compensation n'est permise

een ogenblik dat de natuurlijke persoon de hoedanigheid van koopman had, op voorwaarde dat de schuldvernieuwing of schuldvergelijking wordt ingeroepen voor minstens één verbintenis die is ontstaan op een ogenblik dat de natuurlijke persoon koopman was.

Het eerste lid van deze paragraaf doet geen afbreuk aan het recht van toerekening op de gewaarborgde schuldvordering in het kader van de realisatie van een zakelijke zekerheidsovereenkomst."

VERANTWOORDING

Artikel 21 neemt de bepaling van artikel 20 over. Aangezien het Grondwettelijk Hof voor recht gezegd heeft dat de artikelen 14 en 15 van de WFZ ongrondwettig waren voor zover ze van toepassing zijn op natuurlijke personen die geen kooplieden zijn, bleek het noodzakelijk in die twee bepalingen eenzelfde uitsluiting vast te leggen.

Nr. 7 VAN DE HEER GOFFIN c.s.

Art. 22 en 23 (nieuw)

Een hoofdstuk 4 invoegen, luidend als volgt:

"HOOFDSTUK 4. Wijzigingen aan de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen

Art. 22. Artikel 34 van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen wordt vervangen door wat volgt:

"Art. 34. Schuldvergelijking tijdens de opschorting is enkel toegestaan tussen schuldvorderingen in de opschorting en schulden ontstaan tijdens de opschorting indien deze verkocht zijn".

Art. 23. In artikel 49, derde lid, van dezelfde wet worden de woorden "noch met betrekking tot vorderingen die op grond van een voor de opening van de procedure van reorganisatie gesloten overeenkomst kunnen worden gecompenseerd" geschrapt."

VERANTWOORDING

Artikel 22 heft het voorbehoud op zoals het werd omschreven in artikel 34 van de Continuïteitswet, dat luidt als volgt: "Onverminderd de toepassing van de wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële

au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes”.

L'article 34 de la loi continuité traite ainsi des cas de compensation entre une créance sursitaire et une créance du débiteur en réorganisation née *pendant* le sursis.

La réserve relative à l'application de la LSF est partant sans objet puisque les articles 14 et 15 de cette loi sont impuissants à fonder l'opposabilité de la compensation conventionnelle entre créances réciproques qui ne sont pas *toutes deux* nées *avant* l'ouverture de la procédure¹¹.

L'article 23 abroge le dernier membre de phrase de l'article 49, alinéa 3 de la loi continuité.

Cet article énonce que le plan de réorganisation peut *“prévoir que les créances sursitaires ne pourront être compensées avec des dettes du créancier titulaire postérieures à l'homologation. Une telle proposition ne peut viser des créances connexes ni des créances pouvant être compensées en vertu d'une convention antérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation”*.

L'article 49 vise donc l'hypothèse d'une compensation entre une créance sursitaire et une créance du débiteur en réorganisation née *après* l'homologation du plan de réorganisation (réorganisation judiciaire par accord collectif) par le tribunal.

Par conséquent, la réserve relative à la conclusion d'une convention de netting avant l'ouverture de la procédure de réorganisation¹² est sans objet puisque les articles 14 et 15 de la LSF sont impuissants à fonder l'opposabilité de la compensation conventionnelle entre créances réciproques qui ne sont pas toutes deux nées avant l'ouverture de la procédure.

Philippe GOFFIN (MR)
Christiane VIENNE (PS)
David CLARINVAL (MR)
Josy ARENS (cdH)
Raf TERWINGEN (CD&V)
Gwendolyn RUTTEN (Open Vld)

¹¹ Dans le même sens: Windey J., "Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties", *op. cit.*, p. 123.

¹² "Une telle proposition ne peut viser (...) des créances pouvant être compensées en vertu d'une convention antérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation".

instrumenten, is schuldvergelijking tijdens de opschorting enkel toegestaan tussen schuldvorderingen in de opschorting en schulden ontstaan tijdens de opschorting indien deze verknocht zijn”.

Artikel 34 van de Continuïteitswet handelt aldus over de schuldvergelijkingen tussen een schuldvordering in de opschorting en een vordering van de schuldenaar in reorganisatie die ontstaan is *tijdens* de opschorting.

Het voorbehoud inzake de toepassing van de WFZ is derhalve zonder voorwerp omdat de artikelen 14 en 15 van die wet niet in staat zijn de tegenstelbaarheid van de bedongen schuldvergelijking te vestigen tussen wederzijdse vorderingen die niet *beide* ontstaan zijn *vóór* de procedure werd geopend¹¹.

Artikel 23 heft het laatste zinsdeel van artikel 49, lid 3, van de Continuïteitswet op.

Dat artikel stelt dat het reorganisatieplan kan *“bepalen dat geen schuldvergelijking mogelijk zal zijn tussen de schuldvorderingen in de opschorting en de schulden van de schuldeiser-titularis die zijn ontstaan na de homologatie. Een dergelijk voorstel kan niet gedaan worden met betrekking tot samenhangende vorderingen noch met betrekking tot vorderingen die op grond van een voor de opening van de procedure van reorganisatie gesloten overeenkomst kunnen worden gecompenseerd”*.

Artikel 49 slaat dus op de hypothese van een schuldvergelijking tussen een schuld-vordering in de opschorting en een vordering van de schuldenaar in reorganisatie die ontstaan is *na* de homologatie van het reorganisatieplan (gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord) door de rechtbank.

Bijgevolg is het voorbehoud inzake het sluiten van een nettingovereenkomst *vóór* het openen van de reorganisatie-procedure¹² zonder voorwerp, aangezien de artikelen 14 en 15 van de WFZ niet in staat zijn de tegenstelbaarheid van de bedongen schuldvergelijking te vestigen tussen wederzijdse vorderingen die niet allebei ontstaan zijn *vóór* de procedure werd geopend.

¹¹ Zie in dat verband ook: Windey J., "Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties", *op. cit.*, p. 123.

¹² "Een dergelijk voorstel kan niet gedaan worden (...) met betrekking tot vorderingen die op grond van een voor de opening van de procedure van reorganisatie gesloten overeenkomst kunnen worden gecompenseerd".