

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2007-09



Michel TISON

**De Wet Financiële Zekerheden en de
notariële praktijk**

November 2007

WP 2007-09

Michel TISON

**De Wet Financiële Zekerheden en de
notariële praktijk**

Abstract

The European Directive 2002/47EC on financial collateral arrangements has been implemented into Belgian law by the Law of 15 December 2004. From a domestic law point of view, this law has revolutionized the law on security interests in various respects: First, it validates in general the transfer of property as security interest for financial collateral. Furthermore, it facilitates the perfection of security interests, by eliminating the a priori consent by a court. Finally, it validates in general netting and close-out agreements.

In view of the wide scope of the Belgian implementing legislation, which, contrary to the Directive, also includes natural persons, the law on financial collateral is likely to affect the security interests in notarial lending agreements with both professional and private borrowers.

In this paper, we analyse in particular the practical implications of the Law of 15 December 2004 on mortgage credits granted to private individuals, as regulated by the Mortgage Credit Act of 4 august 2002. This raises specific issues in view of the priority of consumer protection regulation on the provisions of the Financial collateral Law.

To be published in

Rechtskronieken voor het notariaat, vol. 11, Brugge, Die Keure, 2007



Inleiding

De jongste jaren tekent zich in de financiële regulering een tendens af tot versoepeling van de handelingsmogelijkheden van (financiële) schuldeisers in situaties van insolventie of wanbetaling van hun debiteuren. Deze tendens wordt doorgaans verantwoord door enerzijds imperatieven van efficiënte werking van de financiële markten, en het tegengaan van systeemrisico's bij financiële instellingen anderzijds. Tot voor kort vertoonden deze afwijkende regelen een relatief marginaal belang, doordat ze zich in essentie beperkten tot de onderlinge verhoudingen tussen financiële instellingen (bijv. nettingovereenkomsten). Hierin is evenwel verandering getreden met de goedkeuring van de wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen¹ (hierna: Wet Financiële Zekerheden of WFZ), die op zijn beurt richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten in België omzet. De Wet Financiële Zekerheden houdt een aantal belangwekkende innovaties in op het vlak van het zekerhedenrecht (o.m. een ruime erkenning van de eigendomsoverdracht tot zekerheid), maar verbetert tevens de aanspraken van de begunstigde van financiële zekerheden ingeval van insolventie van de schuldenaar. Een gedetailleerde analyse van deze wet valt buiten het bestek van deze bijdrage.² Hierna worden de mogelijke implicaties van deze wet voor de notariële kredietpraktijk onderzocht.

De Wet Financiële Zekerheden heeft een fluwelen revolutie in het Belgische zekerheidsrecht veroorzaakt, en terzelfder tijd een zekerheidsrecht met twee snelheden tot stand gebracht: naast het klassieke zekerheidsrecht kent onze rechtsorde thans, onder invloed van het Europees recht³ een "speciaal" zekerheidsrecht voor financiële activa (contanten en financiële instrumenten). Dit kenmerkt zich niet enkel door een versoepeling van de regelen inzake totstandkoming en uitwinning van de klassieke zekerheden, maar creëert ook nieuwe zekerheidsfiguren, met name de veralgemeende erkenning van de eigendomsoverdracht tot zekerheid en de figuur van de 'security agent', die als begunstigde van een zekerheid voor rekening van (een substitueerbare groep van) derden optreedt.

De impact van de Wet Financiële Zekerheden op de notariële kredietpraktijk zal wellicht aanzienlijk zijn. Immers, de door deze wet geschapen mogelijkheden zullen niet enkel doorwegen in de kredietverlening aan ondernemingen. Ook in de hypothecaire kredietverlening aan particulieren zal de WFZ sporen nalaten, zij het in mindere mate. Naast de eigenlijke hypothecaire waarborg bevat het lastenkohier van deze kredietovereenkomsten doorgaans zekerheden op de financiële activa die de kredietnemer bij de kredietgever of bij

¹ B.S., 1 februari 2005.

² Zie onder meer V. SAGAERT, H. SEELDRAYERS, "De Wet Financiële Zekerheden", *R.W.* 2004-05, 1521-1550; J.P. DEGUÉE, D. DEVOS, "La loi relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004 – Lignes directrices", *Bank Fin.R.* 2005/III, 155-163; I. PEETERS, "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Bank Fin.R.* 2005/III, 164-178; C. BODDAERT, "De wet op de financiële zekerheden van 15 december 2004" in *Comm. Voorr.*, afl. 28, juni 2005; I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden – Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?", *T.B.H.* 2006, 170-207; M. VAN DER HAEGEN, "Impact de la directive concernant les garanties financières de *lege ferenda*", in M. TISON (ed.), *Bancaire en financière zekerheden*, Reeks: Cahiers AEDBF/EVBFR-Belgium, 15, Brussel, Bruylant, 2004, 263-298; D. Demarez, "De Wet Financiële Zekerheden", *T.P.R.* 2006/2, 1101-1151.

³ Met name richtlijn 2002/47/EG inzake financiëlezekerheidsovereenkomsten (beter gekend onder de benaming 'Collateral-richtlijn').



derden aanhoudt. De vraag rijst dan ook op welke wijze deze conventionele zekerheden wijzigingen zullen ondergaan onder invloed van de Wet Financiële Zekerheden.

Hierna komt eerst het algemene toepassingsgebied van de wet aan bod. Vervolgens wordt stilgestaan bij de specifieke regelen betreffende welbepaalde financiële zekerheden: pand, eigendomsoverdracht tot zekerheid en nettingovereenkomsten. Tot slot wordt nagegaan op welke wijze de wettelijke regeling inwerkt op de (hypothecaire) kredietverlening, weze het in de professionele sfeer of binnen het toepassingsgebied van de Wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet.

I. Toepassingsgebied van de Wet Financiële Zekerheden

A. Toepassingsgebied *ratione personae*: ruime invulling door de Belgische wetgever

De Belgische wetgever heeft bij de omzetting van de Europese Collateral-richtlijn geopteerd voor een zo ruim mogelijk toepassingsgebied, binnen de mogelijkheden geschapen door de Europese richtlijn, waardoor deze wet, meer dan in andere Europese lidstaten, in verregaande mate interfereert in het bestaande zekerheidsrecht. Volgens de Europese richtlijn geldt de regeling voor alle financiële zekerheden gesloten tussen een zekerheidsverschaffer en een zekerheidsnemer die beide behoren tot een van de categorieën opgesomd in artikel 1(2) van de richtlijn: overheidsinstanties, centrale banken, financiële instellingen, en ondernemingen andere dan natuurlijke personen, doch enkel wanneer de tegenpartij tot een andere categorie behoort. Daarnaast voorzag de richtlijn in een ‘opt out’-regeling, die toeliet om het soepeler zekerheidsregime niet toe te passen op ondernemingen. De Belgische wetgever heeft deze optie niet benut. Meer nog, ze heeft de regeling ook onverkort toepasselijk gemaakt op financiëlezekerheidsovereenkomsten met en tussen natuurlijke personen.

Op deze uitbreiding van het toepassingsgebied geldt slechts één uitzondering, die specifieke relevantie vertoont voor de kredietverlening aan particulieren: immers, de bepaling die de eigendomsoverdracht tot zekerheid betreffende financiële activa geldig en aan derden tegenstelbaar verklaart, geldt niet voor overeenkomsten tussen en met natuurlijke personen (zie verder)⁴

B. Toepassingsgebied *ratione materiae*: financiële zekerheden

De financiële zekerheden in de eigenlijke zin waarop de wet toepasselijk is, omvatten het pand en de eigendomsoverdracht tot zekerheid, voor zover deze slaan op hetzij girale geldtegoeden⁵ (ongeacht de valuta waarin de rekeningstand luidt), hetzij financiële instrumenten (o.m. aandelen, obligaties, ...). De onderliggende gewaarborgde schuld is hierbij niet relevant: zowel kredietovereenkomsten als andere rechtsverhoudingen kunnen

⁴ Art. 12 § 4 Wet Financiële Zekerheden.

⁵ De wet gebruikt evenwel de ongelukkig gekozen term “contanten”.



aanleiding geven tot vestiging van zekerheden die aan de Wet Financiële Zekerheden zijn onderworpen. Evenmin is de hoedanigheid van de partijen bij de zekerheidsovereenkomst van tel: niet enkel het professionele of interbancaire krediet, maar ook het krediet aan particulieren (inzonderheid consumentenkrediet en hypothecair krediet) genieten op het vlak van de zekerheden de bescherming van de wet.

Daarnaast houdt de Wet Financiële Zekerheden ook een regeling in voor zogeheten *nettingovereenkomsten*. Hoewel hier geen sprake is van een zekerheid in de eigenlijke zin, vormen deze overeenkomsten wel technieken die een preferentiële aanspraak op vermogensbestanddelen van de schuldenaar toelaten via de techniek van de compensatie.

II. Overzicht van de versoepelde zekerheidsregelen en -technieken

De Wet Financiële Zekerheden vertoont een duidelijke schuldeiserbeschermende inslag bij de uitwerking van de diverse bijzondere regelen op het vlak van de geviseerde financiële zekerheden. Deze werden in de rechtsliteratuur reeds uitgebreid toegelicht⁶, zodat hierna slechts een beknopt overzicht van de regeling wordt gegeven.

A. De inpandgeving van contanten en financiële instrumenten

1. Vestiging van het pand

Op zich raakt de Wet Financiële Zekerheden niet aan de grondvereisten inzake de vestiging van een pand, en in het bijzonder de vereiste van buitenbezitstelling. Wel elimineert artikel 7 van de Wet Financiële Zekerheden voor de burgerlijke pandovereenkomsten die slaan op contanten of financiële instrumenten de formele bestaans- en tegenstelbaarheidsvoorwaarden, m.n. het vereiste van een vaste datum (art. 1328 B.W.) en het bestaan van een authentiek of geregistreerd onderhands geschrift anderzijds (art. 2074 B.W.). Op het gebied van de buitenbezitstelling verzacht de wetgever bovendien het principe dat het pandrecht maar gehandhaafd blijft in geval van ononderbroken bezit van het in pand gegeven goed bij de pandhouder. Artikel 7, lid 2 WFZ laat immers pandsubstitutie toe: met name zullen margeopvragingen, d.i. vragen tot bijstorting van tegoeden tot zekerheid, en de gelijkwaardige financiële instrumenten of contanten die tijdens de duur van de overeenkomst in de plaats worden gesteld van de initieel in pand gegeven activa, aan dezelfde regeling zijn onderworpen als de initieel verpande activa. Deze ietwat cryptische regel is op te vatten als de bevestiging van de mogelijkheid om een vorm van ‘vlottend pand’ te creëren.

Deze mogelijkheid lijkt niet zonder belang voor de structurering van zekerheden bij kredietverlening: zo zou kunnen voorzien worden in de inpandgeving van een effectenportefeuille als bijkomende waarborg voor een hypothecair krediet, met de mogelijkheid voor de zekerheidsverschaffer om de effecten opgenomen in de portefeuille te vervangen door andere gelijkwaardige financiële instrumenten, met behoud voor de

⁶ Zie de bijdragen aangehaald in voetnoot 2.



kredietinstelling van het pandrecht op de activa in dezelfde rang, d.i. rang innemend op het ogenblik van de initiële pandvestiging.⁷ De voorwaarde van “vergelijkbaarheid” van de substitutie impliceert dat de pandsubstitutie niet mag leiden tot een verhoging van het bevoorrechte onderpand van de schuldeiser.⁸

2. Gebruiksrecht betreffende de in pand gegeven financiële instrumenten

Terwijl in het gemeen pandrecht de pandhoudende schuldeiser als bezitter *animo pignoris* geen enkel beschikkingsrecht op de verpande activa heeft, voorziet de Wet Financiële Zekerheden in de mogelijkheid om contractueel in zulk gebruiksrecht te voorzien (art. 11 WFZ): de wet maakt het mogelijk voor de pandhoudende schuldeiser om de in pand gegeven financiële instrumenten op om het even welke manier te gebruiken, alsof hij er eigenaar van was, onder de verbintenis tot teruggave van gelijkwaardige financiële instrumenten uiterlijk op de datum van opeisbaarheid van de gewaarborgde schuld. De teruggaveplicht kan ook, mits akkoord tussen partijen, vervangen worden door de toerekening van de waarde van de in pand gegeven financiële instrumenten op de schuldvordering. Deze toerekening kan ook door de schuldenaar worden geëist ingeval de schuldeiser in gebreke blijft zijn teruggaveplicht te voldoen.

Het gebruiksrecht, dat in werkelijkheid neerkomt op een beschikkingsrecht, laat de pandhoudende schuldeiser toe om de in bezit gehouden financiële instrumenten aan te wenden voor verrichtingen voor eigen rekening, onder meer effectenleningen, inpandgeving, verkoop, cessie-retrocessie verrichtingen enz. De opbrengsten hiervan zullen in principe aan de pandhoudende schuldeiser toekomen

3. Pandverzilvering

De artikelen 8 en 9 van de Wet Financiële Zekerheden voeren een eenvormig regime in voor de pandverzilvering voor alle financiële instrumenten en girale geldtegoeden. Sommige versoepelingen ten opzichte van het gemeen recht bestonden voorheen al in het regime van overheidseffecten en gescripturaliseerde effecten (K.B. nr. 62). De mogelijkheden op het vlak van pandrealisatie worden echter nog verder versoepeld en veralgemeend naar alle financiële instrumenten (dus ook bijv. toondereffecten).

Kort geschetst komt de wettelijke regeling op het volgende neer: in de regel — partijen kunnen evenwel anders overeenkomen — heeft de pandhouder ingeval van wanprestatie de mogelijkheid om het pand op financiële instrumenten zonder rechterlijke machtiging door verkoop te realiseren; dit recht moet wel worden uitgeoefend binnen de kortst mogelijke termijn, doch vereist geen ingebrekestelling noch rechterlijke machtiging (art. 8 § 1 WFZ).⁹ Belangrijk hierbij is te onderstrepen dat de notie “wanprestatie” in de Wet Financiële

⁷ Vgl. I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, *l.c.*, nr. 56, p. 186.

⁸ V. SAGAERT & H. SEELDRAYERS, *l.c.*, nr. 81, p. 1545, die terzake de analoge toepassing van de jurisprudentiële voorwaarden inzake het “wisselpand” vooropstellen; I. PEETERS & K. CHRISTIAENS, *l.c.*, nr. 64, p. 188.

⁹ Voor een toepassing, zie Vz. Kh. Gent 8 maart 2005, *R.W.* 2004-2005, 1557.



Zekerheden een ruime invulling krijgt, die niet enkel slaat op een (contractueel) tekortkoming van de schuldenaar in de betrokken rechtsverhouding, maar ruimer elke andere door de wet of bij overeenkomst bepaalde gebeurtenis die de begunstigde toelaat tot realisatie van de zekerheid over te gaan (art. 3, 7° WFZ). Dit laat bij kredietverhoudingen toe om het pand aan te spreken tot aanzuivering van een openstaande schuld bij de realisatie van om het even welke ontbindende voorwaarde in de kredietovereenkomst.

Voorts kunnen partijen contractueel in de mogelijkheid voorzien tot realisatie van het pand bij wege van toe-eigening door de pandhoudende schuldeiser. De overeenkomst die deze modaliteit toelaat zal eveneens de waarderingsregelen voor de toe te eigenen financiële instrumenten moeten vastleggen. De toe-eigening heeft tot gevolg dat de pandhoudende schuldeiser, die louter bezitter was, thans een eigendomstitel verkrijgt op de betrokken financiële instrumenten. De waarde van de aldus toegeëigende instrumenten wordt aangerekend op de opeisbare schuldvordering conform artikel 1254 B.W. (art. 8 § 2 WFZ). Evenmin als bij de pandrealisatie door verkoop, vereist de toe-eigening enige voorafgaande ingebrekestelling of rechterlijke machtiging.

Dezelfde techniek van toe-eigening en aanrekening beheerst de realisatie van een pand in contanten, met dien verstande dat deze wijze van pandrealisatie de regel is, behoudens andersluidende overeenkomst.

De *a priori* controle door de rechtbanken via de rechterlijke machtiging in het gemeenrechtelijke pandregime maakt plaats voor een *a posteriori*-toezicht: de rechter kan achteraf de voorwaarden controleren waaronder de realisatie of waardering van de financiële instrumenten of de waardering van de in pand gegeven contanten is gebeurd. De afschaffing van de *a priori*-controle door een rechtbank heeft in de kredietverlening aan particulieren ook nog een bijkomende implicatie: de mogelijkheid voor de schuldenaar om betalingsuitstel te vragen op grond van artikel 1244 B.W. wordt hierdoor uitgeschakeld¹⁰, tenzij men zou aannemen dat deze regel als bepaling van consumentenbescherming blijft primeren op de bepalingen van de Wet Financiële Zekerheden (zie verder).

B. De eigendomsoverdracht tot zekerheid van contanten en financiële instrumenten

Artikel 12 Wet Financiële Zekerheden neemt afstand van de traditionele leer, die tevens in het *Sart Tilmant-arrest*¹¹ was bevestigd, volgens dewelke een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid in het algemeen geen juridisch erkende zekerheidstechniek vormt die tegenstelbaar is in geval van samenloop. Voor zover het voorwerp van de zekerheid slaat op contanten of financiële instrumenten, houdt de regeling thans een algemene juridische erkenning in van de eigendomsoverdracht tot zekerheid. Deze zekerheid verleent aan de begunstigde ervan alle prerogatieven van het eigendomsrecht op de betrokken activa, onder de verbintenis van de

¹⁰ Vgl. E. DIRIX, “Parate executie door de pandhouder van effecten”, noot sub Vz. Kh. Gent 5 maart 2005, *R.W.* 2004-05, 1558.

¹¹ Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, nr. 386, *Pas.* 1996, I, 992, *R.W.* 1996-97, noot M.E. STORME, *Bank Fin.* 1997, noot I. PEETERS; E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten, o.c.*, nr. 586, p. 404.

overnemer om de overgedragen activa, of gelijkwaardige activa terug over te dragen bij de correcte uitvoering van de gewaarborgde schuld. Bij gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering van de gewaarborgde verbintenis zal overgegaan worden tot aanzuivering van de schuld door toerekening. Aan te stippen is dat, in tegenstelling tot de regelen inzake pandrealisatie, de mogelijkheid voor de schuldeiser om de overgedragen activa te behouden en de waarde ervan toe te rekenen op de openstaande schuld enkel geldt bij ‘niet-uitvoering’ van de overeenkomst, hetgeen een wanprestatie in de gebruikelijke zin van het woord veronderstelt. Bij de pandrealisatie verwijst de wet daarentegen naar het ruimere begrip ‘wanprestatie’ in de zin van de WFZ als aanknopingspunt voor de bijzondere rechten en aanspraken van de pandhoudende schuldeiser.

Het toepassingsgebied *ratione personae* van de wettelijke regeling ondergaat evenwel een beperking: de erkenning van de eigendomsoverdracht tot zekerheid ex artikel 12 WFZ geldt niet voor overeenkomsten tussen of met natuurlijke personen. Deze uitzondering viseert niet enkel rechtsbetrekkingen zoals de huurwaarborg¹², maar zal eveneens bescherming bieden aan de kredietnemer bij hypothecaire kredietverlening onderworpen aan de Wet Hypothecair Krediet.¹³ Clausules in de kredietakte die voorzien in een eigendomsoverdracht op financiële activa (bijv. effecten geplaatst op effectenrekening¹⁴) ten gunste van de kredietgever tot waarborg van de verbintenissen uit de kredietovereenkomst, moeten bijgevolg naar gemeenschappelijke maatstaven beoordeeld worden. Op grond van het *Sart-Tilmant*-arrest van het Hof van Cassatie¹⁵ kan gesteld worden dat zulke conventionele zekerheid *inter partes* geldig is, maar in een situatie van samenloop niet tegenstelbaar is aan derden in het licht van art. 7-8 Hyp.W.

Doordat voormelde uitsluiting geldt voor alle overeenkomsten gesloten “met natuurlijke personen”, zal deze ook de gevallen van zekerheidsverschaffing door een derde onder de vorm van een eigendomsoverdracht tot zekerheid uitsluiten van de validering door de Wet Financiële Zekerheden: men denkt hierbij bijvoorbeeld aan de vennootschap die een professioneel (hypothecair) krediet verkrijgt, en tot zekerheid waarvan de zaakvoerder ten gunste van de kredietverstrekker financiële instrumenten in eigendom zou overdragen.

C. Validering van “nettingovereenkomsten”

De Europese collateral-richtlijn verplicht de lidstaten tevens om, binnen het personele toepassingsgebied ervan, tot juridische erkenning over te gaan van “nettingovereenkomsten”,

¹² Voor de waarborgfiguren die bestaan in de storting van een geldsom tot zekerheid van een verbintenis, lijkt deze uitsluiting geen praktisch effect te hebben: in het gemeen recht wordt zulke eigendomsoverdragende zekerheid immers als rechtsgeldig en tegenstelbaar erkend bij samenloop: zie E. DIRIX & R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, Gent, Story-Scientia, 1999, nr. 552, p. 376-378.

¹³ Immers, ingevolge artikel 1 Wet Hypothecair Krediet is de kredietnemer per definitie een natuurlijke persoon die handelt met een oogmerk dat hoofdzakelijk vreemd is aan een handels- beroeps- of ambachtelijke activiteit.

¹⁴ Men merke op dat in het regime van ‘fungibele bewaargeving’ van effecten (K.B. nr. 62) de inschrijving van effecten op een effectenrekening bij een erkende rekeninghouder niet eigendomsoverdragend is, nu de titularis van de rekening een mede-eigendomsrecht behoudt, dat uitoefenbaar is op de totaliteit van gelijksoortige effecten die de rekeninhouder bij de vereffeningsinstelling aanhoudt.

¹⁵ Cass. 17 oktober 1996, aangehaald in voetnoot 11.



teneinde in een situatie van insolventie van één van de partijen tot afwikkeling van de overeenkomst met eventuele schuldvergelijking te kunnen overgaan. De Belgische wetgever is evenwel verder gegaan, en heeft aan de wettelijke erkenning van nettingovereenkomsten een onbeperkt toepassingsgebied *ratione personae* en *ratione materiae* toegekend. Uit de wettelijke definitie en de validering van nettingovereenkomsten in artikel 14 WFZ volgt niet enkel dat de hoedanigheid van de partijen bij de nettingovereenkomst irrelevant is. Tevens is de regeling losgekoppeld van deze betreffende de financiële zekerheden: de wet raakt alle conventionele compensatieregelingen, ook al is hierin geen enkel financiële zekerheid betrokken.¹⁶

Het resultaat hiervan is dat conventionele compensatie bij insolventie van één van de partijen nagenoeg onbeperkt tegenstelbaar zal worden aan de overige schuldeisers.

1. “Nettingovereenkomst”

De notie “nettingovereenkomst” wijst op alle overeenkomsten tot schuldvernieuwing, of tot bilaterale of multilaterale schuldvergelijking (art. 3, 4°), ongeacht de hoedanigheid van partijen of de onderliggende schuld.¹⁷ Ze omvat onder meer de rekening-courant, de clausules van eenheid van rekening, en, ruimer, alle compensatieovereenkomsten die eventueel in algemene bank- of kredietvoorwaarden voorkomen.

2. Tegenstelbaarheid van “nettingovereenkomsten” bij insolventie van één van de partijen

Het praktische belang van de regeling inzake nettingovereenkomsten schuilt voornamelijk in de afdwingbaarheid ervan wanneer ten aanzien van één van de partijen een insolventieprocedure wordt geopend. Met name zal het intreden van de insolventie geen afbreuk doen aan de mogelijkheid om tot schuldvergelijking over te gaan tussen alle schulden die bestaan op het ogenblik van de insolventie, ongeacht de datum van opeisbaarheid. Daarenboven valideert de Wet Financiële Zekerheden de uitwerking van ontbindende voorwaarden of clausules van voortijdige beëindiging van overeenkomsten die ertoe strekken om schuldvergelijking tussen partijen mogelijk te maken (zogeheten *close out-netting*).¹⁸ Beide mogelijkheden staan los van enige wanprestatie in hoofde van de partij tegenover wie de nettingovereenkomst wordt toegepast. Contractueel kunnen ook andere gebeurtenissen of situaties (*events of default*) worden omschreven waarin de schuldvergelijking of de voortijdige afwikkeling plaatsgrijpt, zoals bijvoorbeeld een waardevermindering van de hypothecaire waarborg, wanprestatie in andere overeenkomsten met dezelfde schuldeiser of zelfs met een derde (zogeheten *cross default* clausules), evenals de opening van een insolventieprocedure (collectieve schuldenregeling, gerechtelijk akkoord of faillissement). De compensatie treedt dan op als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst en heeft

¹⁶ Vgl. C. BODDAERT, “De wet op de financiële zekerheden van 15 december 2004” *l.c.*

¹⁷ Vgl. V. SAGAERT, H. SEELDRAYERS, *l.c.*, 1541.

¹⁸ De ontbinding of voortijdige beëindiging geeft aanleiding tot het ontstaan van een opeisbare schuld, die dan bijvoorbeeld kan gecompenseerd worden met een zekerheid die aan een schuldeiser werd toegekend. De techniek was voorheen gangbaar in de financiële markten, bijvoorbeeld bij de voortijdige afwikkeling van posities in afgeleide instrumenten.



uitwerking tussen alle schulden en schuldvorderingen die op het ogenblik van de ontbinding bestaan, ongeacht de datum van opeisbaarheid ervan.¹⁹

3. Implicaties bij insolventie

De algemene regeling inzake nettingovereenkomsten heeft aanzienlijke gevolgen voor de positie van de schuldeisers bij een insolventie. Vooreerst leidt de regeling tot een algemene erkenning van conventionele compensatiemechanismen bij insolventie: tot op heden gold als regel dat schuldvergelijking na het intreden van de samenloop bij insolventie niet was toegestaan, behoudens verknochtheid tussen de wederzijdse schulden en schuldvorderingen. Thans moet worden aangenomen dat de voorwaarde inzake objectieve connexiteit tussen de wederzijdse schuldvorderingen niet langer geldt.²⁰ Daarenboven volstaat het dat de schulden bestaan opdat conventionele compensatie mogelijk zou zijn. Dit impliceert bijvoorbeeld dat een nettingovereenkomst kan leiden tot tegenstelbare schuldvergelijking tussen een schuldvordering die opeisbaar was vóór het ontstaan van de samenloop-situatie en een schuld die pas opeisbaar wordt na of ingevolge het ontstaan van de samenloop.

De gevolgen van de veralgemeende erkenning van *close out-netting* zijn niet minder verstrekkend, i het bijzonder in het segment van de commerciële kredietverlening. Met name kan dit, in een situatie van gerechtelijk akkoord, leiden tot een verregaande uitholling van artikel 28 Wet Gerechtelijk Akkoord: de *close out-netting* laat toe om de ontbinding van de overeenkomst te stipuleren ingeval van gerechtelijk akkoord van één van de partijen, teneinde de onderlinge schuldposities vervroegd bij wege van schuldvergelijking te kunnen afwickelen. Deze opportuniteit zal bijzondere voordelen bieden aan kredietverstrekkers: thans biedt de Wet Financiële Zekerheden hen de mogelijkheid om bij gerechtelijk akkoord de ontbinding van de kredietovereenkomst te bewerkstelligen, teneinde de openstaande kredietschuld te compenseren met het bedrag van de zekerheden die voor het krediet werden verstrekt, of met de rekeningtegoeden die de klant bij de kredietinstelling aanhoudt. Deze situatie kan gebeurlijk aanleiding geven tot misbruiken: meer bepaald zou een schuldeiser in zijn algemene voorwaarden een algemene *close out-netting* kunnen inschrijven, die effectief wordt bij de toekenning van een voorlopige opschorting aan de debiteur, ook indien er in realiteit geen schuldvorderingen van de concordataire schuldenaar op de schuldeiser of zekerheden ten gunste van laatstgenoemde zijn. De *close out-netting* zou dan de ontbinding van de overeenkomst bewerkstelligd hebben in weerwil van artikel 28 Wet Gerechtelijk Akkoord. Aan te nemen valt dat zulke situaties via de beperkende werking van de goede trouw kunnen worden ondervangen.

D. Financiële zekerheden en insolventie van de schuldenaar

De Wet Financiële Zekerheden houdt in diverse opzichten een belangrijke versterking in van de positie van de titularis van de financiële zekerheid in geval van insolventie van de debiteur. Niet enkel kan de schuldeiser via een eigendomsoverdracht tot zekerheid een veilige positie innemen in een insolventiesituatie. Ook wanneer enkel een pandrecht op de financiële activa

¹⁹ Zie art. 14 Wet Financiële Zekerheden.

²⁰ Zie ook V. SAGAERT, H. SEELDRAYERS, *l.c.*, 1542.



werd bedongen, bevindt de schuldeiser zich in een voordeliger rechtstoestand dan de overige pandhoudende of hypothecaire schuldeisers. Zijn rechtstoestand kan als volgt worden samengevat: de pandrealisatie, zoals hoger beschreven, is mogelijk niettegenstaande een insolventieprocedure ten aanzien van de debiteur werd geopend. De notie “insolventieprocedure” omvat zowel de collectieve schuldenregeling, het gerechtelijk akkoord als het faillissement. De regel houdt een aanzienlijke verbetering in van de rechtspositie van de pandhoudende schuldeiser in elk van deze procedures: zowel in een collectieve schuldenregeling als in een gerechtelijk akkoord zal de titularis van de financiële zekerheid zich niet moeten storen aan de opschorting van middelen van tenuitvoerlegging die de overige separatisten, waaronder de hypothecaire schuldeiser, treft. Beschikt de schuldeiser over zowel een hypothecaire waarborg als over een pand op financiële instrumenten of contanten, dan zal hij de realisatie van dit pand kunnen bewerkstelligen zodra hij de regel van art. 1563 Ger.W. heeft wegbedongen.²¹ Door de mogelijkheid tot onmiddellijke verzilvering van het pand, kan de schuldeiser zich aan de insolventieprocedure (aanzuiveringsregeling of herstelplan) onttrekken en zijn vordering minstens ten dele voldoen. In een faillissementssituatie zal de pandhoudende schuldeiser niet de neerlegging van het eerste proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen moeten afwachten.²²

III. De Wet Financiële Zekerheden en de (particuliere) hypothecaire kredietverlening: voorrang van de wetgeving inzake consumentenbescherming

A. Principe

Als verzachting op de verregaande uitbreiding van het personele toepassingsgebied van de Wet Financiële Zekerheden tot natuurlijke personen, heeft de wetgever erop willen waken dat de schuldeiserbeschermende bepalingen waarin deze wet voorziet geen afbreuk zou doen aan de bescherming die de consument op grond van andere wetgeving geniet. Om deze reden formuleert de Wet Financiële Zekerheden een algemene voorrangregel ten gunste van bijzondere wetgeving inzake consumentenbescherming artikel 2, lid 2 WFZ verduidelijkt immers dat de Wet Financiële Zekerheden een specifieke regeling invoert voor de zakelijke zekerheden betreffende contanten en financiële instrumenten, evenals voor nettingovereenkomsten, doch *onverminderd de wetgeving inzake consumentenbescherming*.²³ Met andere woorden, de bepalingen van positief recht die de bescherming van de consument tot voorwerp hebben, het weze algemene regelen dan wel specifieke regelen inzake (krediet)zekerheden, zullen primeren op de bepalingen van de Wet Financiële Zekerheden. Er zij evenwel benadrukt dat de collectieve schuldenregeling in dit opzicht niet te beschouwen is als een consumentenbeschermende regel die, onder meer inzake de opschorting van middelen

²¹ Art. 1563 Ger.W., dat de schuldeiser enkel toelaat om de vervolgingen op niet-gehypothekeerde goederen wanneer de gehypothekeerde goederen ontoereiken zijn, is immers noch van openbare orde, noch van dwingend recht: zie Cass. 3 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1192..

²² Zie ook V. SAGAERT, H. SEELDRAYERS, *l.c.*, 1533.

²³ Het betreft hier enkel specifieke wettelijke regelen, en niet, bijvoorbeeld, de collectieve schuldenregeling. Deze is immers een insolventieprocedure in de zin van de Wet Financiële Zekerheden die precies aanleiding geeft tot een preferentiële behandeling van de titularis van financiële zekerheden (vgl. V. SAGAERT, H. SEELDRAYERS, *l.c.*, 1525, met referentie aan de memorie van toelichting).



van tenuitvoerlegging, zou primeren op de Wet Financiële Zekerheden. Integendeel, de collectieve schuldenregeling is te beschouwen als een insolventieprocedure, die de afwikkeling van de financiële zekerheden en de uitwerking van netting- en *close out*-overeenkomsten onverlet laat.

De draagwijdte van deze uitzondering lijkt nochtans minder verregaand dan op het eerste gezicht zou lijken: bij ontstentenis aan specifieke wettelijke regimes voor zakelijke zekerheden verstrekt door consumenten, zal de voorrang van bijzondere regelen in werkelijkheid voornamelijk leiden tot de blijvende toepassing van *aanvullende* bepalingen in consumentenwetgeving, die inwerken op de wijze van totstandkoming en de contractuele invulling van de zekerheidsovereenkomst. Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp inzake financiëlezekerheidsovereenkomsten²⁴ is af te leiden dat voornamelijk de toepassing van de algemene regelen van consumentenbescherming, zoals vervat in de W.H.P.C., via deze voorrangsregel beschermd wordt: de memorie van Toelichting vermeldt onder meer de regelen inzake de voorlichting van de consument (art. 30 W.H.P.C.) en de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen (art. 32 W.H.P.C.). Daarnaast verwijst de Memorie van Toelichting naar de primauteit van enkele bepalingen uit de Wet Consumentenkrediet op het vak van de vermelding van de zekerheden in de kredietovereenkomst, de regelen inzake vervoegde opeisbaarheid en de verboden bedingen. Daarentegen biedt de memorie van toelichting geel illustraties uit de Wet Hypothecair Krediet.

B. Concrete gevolgen voor hypothecaire kredietverlening

De concrete invulling van de voorrangsregel op de materie van (hypothecaire) kredietverlening en zekerheden roept evenwel diverse vragen op.

1. Voorlichtingsplicht (artikel 30 W.H.P.C.)

Vooreerst zou twijfel kunnen bestaan over de vraag of, onafhankelijk van de Wet Financiële Zekerheden, de voorlichtingsplicht ex artikel 30 W.H.P.C. *überhaupt* van toepassing is op de vestiging van een conventionele zekerheid door een kredietinstelling: immers, indien de zekerheidsovereenkomst geïsoleerd wordt beschouwd, zou men kunnen argumenteren dat deze niet leidt tot de levering van een dienst door de kredietinstelling, en laatstgenoemde bijgevolg voor deze overeenkomst niet als “verkoper” is te beschouwen. Bijgevolg zou de voorlichtingsplicht ex artikel 30 W.H.P.C. evenmin van toepassing zijn op de zekerheidsovereenkomst. Dit lijkt ons echter een té reductionistische benadering: de zekerheidsovereenkomst kan als *accessorium* niet los gezien worden van de kredietovereenkomst waartoe ze als waarborg dient, en moet bijgevolg als onderdeel van de kredietrelatie worden onderzocht, waarin de kredietinstelling wel als “verkoper” in de zin van de W.H.P.C. is te beschouwen. Deze zienswijze lijkt in elk geval te kunnen opgaan voor het geval de zekerheid wordt verstrekt door de kredietnemer. Ingeval de zekerheidsverschaffer

²⁴ Zie *Parl. St. Kamer*, doc 51-1407/001, p. 22.



een derde is (bijv. zakelijke borg), valt sterker te twijfelen aan de toepasselijkheid van artikel 30 W.H.P.C. ten aanzien van de derde.²⁵

Concreet impliceert de toepasselijkheid van artikel 30 W.H.P.C. op de vestiging van een financiële zekerheid dat de kredietverstrekker in voorkomend geval op het ogenblik van de vestiging van de zekerheid aan de consument, rekening houdend met diens veronderstelde of uitgedrukte behoefte aan informatie, duiding moet verschaffen over de draagwijdte en contractuele omkadering van de financiële zekerheid.²⁶ Aan te nemen is dat de kredietverstrekker hierbij bijzondere aandacht zal moeten besteden aan de aspecten van de zekerheidsovereenkomst die afwijken van de gemeenrechtelijke bepalingen (bijv. gebruiks- en substitutierecht bij pand; recht op parate executie en eventueel op toe-eigening). Zoals reeds aangegeven, impliceert de toepasselijkheid van artikel 30 W.H.P.C. niet zozeer een afwijking op de bepalingen van de Wet Financiële Zekerheden, maar werkt ze hierbij veeleer aanvullend ten opzichte van deze wet.

2. Onrechtmatige bedingen

De ‘voorrang’ van de W.H.P.C. betreft, luidens de Memorie van Toelichting, eveneens de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen (art. 31-33 W.H.P.C.). In dit verband is vooreerst aan te stippen dat het verschaffen van een financiële zekerheid op zich niet kan beschouwd worden als een situatie die een kennelijk onevenwicht schept in de contractuele bedingen en voorwaarden: immers, de zekerheidsvestiging betreft het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, en ingevolge artikel 31 § 3, lid 2 W.H.P.C. ontsnapt dit aan de onrechtmatigheidsbeoordeling.²⁷

Daarentegen valt niet uit te sluiten dat bepaalde bedingen in financiëlezekerheidsovereenkomsten op gespannen voet zullen staan met de zwarte lijst van verboden bedingen, vervat in artikel 32 W.H.P.C. Inzonderheid de inperking van het ontbindingsrecht op grond van artikel 32, 9° kan, in de verhouding met consumenten, beperkend werken ten aanzien van de in de Wet Financiële Zekerheden voorziene mogelijkheid om ontbindende voorwaarden in overeenkomsten in te lassen teneinde schuldvergelijking of schuldvernieuwing mogelijk te maken (zogeheten *close out-netting*): de kredietovereenkomst zal, ingeval de ontbindende voorwaarde niet refereert aan een situatie van eigenlijke wanprestatie in de kredietovereenkomst, d.i. de ontstentenis of onvolledige uitvoering van de verbintenis door de schuldenaar) moeten voorzien in een afdoende schadeloosstelling van de consument, dan wel, voor overeenkomsten voor onbepaalde duur, in een redelijke opzeggingstermijn. Zo lijkt het betwistbaar of een hypothecaire kredietovereenkomst kan voorzien in een ontbindende voorwaarde die verwijst naar een wanprestatie door de schuldenaar in een andere overeenkomst (zogeheten *cross default clause*), die de onmiddellijke opeisbaarheid van de kredietschuld zonder schadeloosstelling

²⁵ Vgl. Luik 2 oktober 2000, *T.B.H.* 2003, 429, met kritische noot V. DE FRANQUEN en M.-D. WEINBERGER, “La caution s’engageant à titre privé pour garantir un crédit professionnel doit-elle bénéficier de la protection accordée au consommateur?”; Rb. Brussel 12 november 2003, *J.T.* 2004, 185.

²⁶ Zie voor meer details R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Reeks Instituut Financieel Recht, 8, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 198-212, p. 116-122.

²⁷ Vgl. R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *o.c.*, nr. 242, p. 136.



tot gevolg heeft, en toerekening van de waarde van de in zekerheid gegeven financiële activa op deze kredietenschuld.

3. Financiële zekerheden bij hypothecair krediet

De vraag rijst in welke mate de voorrangregel van artikel 2 WFZ concrete rechtsgevolgen zal hebben op het vlak van de verschaffing van financiële zekerheden in kredieten onderworpen aan de Wet Hypothecair Krediet. Deze vraag beperkt zich per definitie tot de regelen inzake het pand, nu de eigendomsoverdracht tot zekerheid wettelijk niet is erkend voor overeenkomsten met natuurlijke personen.

Volgende elementen kunnen hierbij worden aangereikt.

Op het vlak van de vestiging van een pand op contanten of financiële instrumenten als bijkomende waarborg inzake hypothecair krediet, gelden geen specifieke regelen in de Wet Hypothecair Krediet. Artikel 7 WFZ verklaart, zoals hoger aangegeven, met betrekking tot de totstandkoming van het burgerlijk pand de artikelen 1328 en 2075 B.W. niet toepasselijk, zodat het bestaan en de tegenstelbaarheid van een pandovereenkomst niet afhangt van het bestaan van een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Doordat de zekerheid in de (authentieke) kredietakte zelf of in het lastenkohier, dat door toevoeging aan de akte eveneens authentieke rechtskracht verkrijgt, is opgenomen, is deze versoepeling in de Wet Financiële Zekerheden in de hypothecaire kredietpraktijk zonder voorwerp.

Wanneer het voorwerp van de inpandgeving financiële instrumenten betreft die op een (effecten)rekening zijn ingeschreven, preciseert artikel 4 § 1, lid 3 WFZ dat de buitenbezitstelling (als bestaansvoorwaarde voor de pandvestiging) kan gebeuren door inschrijving van de betrokken financiële instrumenten op een *bijzondere rekening* geopend op naam van de pandverstrekker, de begunstigde of een derde pandhouder. Bij ontstentenis van afwijkende bepaling in de Wet Hypothecair Krediet, zal deze overboeking op een bijzondere rekening eveneens vereist zijn voor de pandvestiging tot zekerheid van het krediet.

Bijzondere aandacht verdient artikel 17 Wet Hypothecair Krediet, dat in een bijzondere regeling voorziet voor de zogeheten constructieleningen, waarbij het ontleende kapitaal in pand wordt gegeven ten voordele van de kredietverlener, en slechts gelost wordt in de mate betalingen moeten gebeuren naarmate de bouwwerken vorderen. Artikel 17 § 1 verplicht de kredietgever om op de in pand gegeven geldsom – die als giraal geldtegoed te beschouwen is als “contanten” in de zin van de Wet Financiële Zekerheden — interest toe te kennen die gelijk is aan de rentevoet van het krediet, zodat het pand een financieel neutrale verrichting vormt voor de ontlener. Deze regel wordt niet ontkracht door de Wet Financiële Zekerheden. Hetzelfde geldt voor de compensatieregeling in geval van samenloop situatie in hoofde van de kredietgever, nu deze hypothese niet door de Wet Financiële Zekerheden wordt gevisieerd. Omgekeerd houdt de regeling van artikel 17 Wet Hypothecair Krediet geen beletsel in voor de toepassing van artikel 9 § 1 Wet Financiële Zekerheden, dat de schuldeiser toelaat om bij wanprestatie het in pand gegeven kapitaal rechtstreeks toe te rekenen op de schuldvordering

op de kredietnemer. Evenwel is gebeurlijk rekening te houden met de verplichte ingebrekestelling op grond van artikel 45 Wet Hypothecair Krediet (zie verder).

Op het niveau van de realisatie van het pand, heeft de Wet Hypothecair Krediet wel een invloed op de rechten die de pandhoudende schuldeiser uit de Wet Financiële Zekerheden zou putten. Vooreerst vloeit uit de regeling van artikel 8 en 9 Wet Financiële Zekerheden voort dat het, behoudens andersluidende overeenkomst tussen partijen, de pandhoudende schuldeiser toegestaan is om, bij wanprestatie, de in pand gegeven financiële instrumenten of contanten zonder voorafgaande ingebrekestelling of gerechtelijke beslissing te realiseren. Daarentegen bepaalt artikel 45 Wet Hypothecair Krediet dat de hypotheekonderneming bij wanbetaling gehouden is een verwittiging te zenden aan de kredietnemer, die de gevolgen van de wanbetaling vermeldt. De rechtbank zal gebeurlijk de niet-naleving van de verwittigingsplicht ambtshalve kunnen opwerpen naar aanleiding van een vordering tot betaling ingesteld door de kredietverstrekker.²⁸ De voorrangsregel van artikel 2 WFZ heeft tot gevolg dat de verwittigingsplicht ex artikel 45 Wet Hypothecair Krediet zal primeren op de realisatie 'zonder voorafgaande ingebrekestelling' waarvan sprake in artikel 8 en 9 Wet Financiële Zekerheden.

Twee bijkomende elementen moeten hierbij worden aangestipt. Vooreerst geldt de verwittigingsplicht ex artikel 45 Wet Hypothecair Krediet enkel in geval van wanbetaling van een verschuldigd bedrag, hetgeen een contractuele wanprestatie in de kredietovereenkomst veronderstelt. De realisatie of toerekening van het pand in toepassing van de Wet Financiële Zekerheden daarentegen is mogelijk bij elke wanprestatie, zoals breed opgevat in de Wet Financiële Zekerheden. Strikt beschouwd is er dus enkel een mogelijk conflict tussen beide regelingen ingeval de pandrealisatie het gevolg is van een wanbetaling, en niet wanneer de pandrealisatie volgt op de ontbinding van de overeenkomst op grond van de realisatie van een ontbindende voorwaarde die niet is gerelateerd aan een wanbetaling in de onderliggende kredietovereenkomst. Ten tweede maakt artikel 45 Wet Hypothecair Krediet deel uit van Titel II van de wet, en geldt het bijgevolg enkel ten aanzien van hypotheekondernemingen in de zin van artikel 37 van de Wet Hypothecair Krediet. In geval van een hypothecair krediet verleend door een niet-professionele kredietverlener, zal bij wanbetaling de onmiddellijke pandrealisatie zonder ingebrekestelling bijgevolg wel mogelijk zijn.

Eveneens met betrekking tot de dwanguitvoering jegens de kredietnemer krachtens een vonnis of een andere authentieke akte, voorziet artikel 59 Wet Hypothecair Krediet in een verplichte voorafgaande poging tot minnelijke schikking, en dit op straffe van (relatieve) nietigheid van de dwanguitvoeringshandelingen.²⁹ De vraag rijst hoe de parate executie van een pand hiermee kan verzoend worden, nu artikel 8 Wet Financiële Zekerheden de realisatie van het pand toelaat zonder rechterlijke interventie, behoudens andersluidende overeenkomst. In de veronderstelling dat artikel 59 Wet Hypothecair Krediet ook geldt bij de pandrealisatie, zou de voorrangsregel van artikel 2 WFZ tot gevolg hebben dat in werkelijkheid geen pandrealisatie zonder rechterlijke tussenkomst mogelijk is, minstens dat voor de (beslag)rechter een poging tot minnelijke schikking moet worden gebracht. De vraag of de

²⁸ Luik 10 maart 2006, *J.T.* 2006, 247, noot. Het arrest huldigt hierdoor niet zozeer de regel dat artikel 45 Wet Hypothecair Krediet de openbare orde zou raken, maar beslist op procedurele gronden, met name de verplichting voor de rechter om het voor hem hangende geschil te beslechten conform de rechtsregelen die erop van toepassing zijn (cf. Cass. 14 april 2005, *J.L.M.B.* 2005, 856, noot G. DE LEVAL).

²⁹ Zie o.m. Rb. Brussel 1 februari 1994, *T.B.B.R.* 1994 431; Rb. Veurne 16 november 1993 *P. & B.* 1994, 47; Beslagr. Charleroi 12 februari 2002, *J.L.M.B.* 2002, 1525.



poging tot minnelijke schikking opgelegd door artikel 59 Wet Hypothecair Krediet louter vastkleeft aan de uitwinning van het gehypothekeerde goed, of in ruimere zin ook op de dwanguitvoering ten aanzien van andere activa van de schuldenaar slaat, is in rechtsleer en rechtspraak betwist. Terwijl sommige rechtbanken een extensieve interpretatie van artikel 59 Wet Hypothecair Krediet voorstaan³⁰, oordelen andere rechters dat artikel 59 Wet Hypothecair Krediet enkel het gehypothekeerde goed betreft: er anders over oordelen zou een ongeoorloofde discriminatie opleveren tussen een chirografaire schuldeiser en de schuldeiser die zich onvoldoende heeft ingedekt door een hypothecaire waarborg.³¹ Indien wordt uitgegaan van de restrictieve interpretatie van artikel 59 Wet Hypothecair Krediet, staat niets de parate executie van de in pand gegeven financiële activa, na ingebrekestelling conform artikel 45 Wet Hypothecair Krediet, in de weg. Een extensieve interpretatie van artikel 59 leidt echter tot een, wellicht niet door de wetgever gewilde, omweg langs de rechter vooraleer tot executie zonder rechterlijke machtiging wordt overgegaan. In zulk geval is evenmin uit te sluiten dat, indien de poging tot minnelijke schikking herleid wordt tot een loutere formaliteit, de realisatie van het pand naderhand getoetst kan worden aan het verbod van rechtsmisbruik.³²

Besluit

De – behendig en geruisloos door het parlement gesluisde – Wet Financiële Zekerheden van 15 december 2004 heeft een stille revolutie in het zekerheidsrecht teweeggebracht, die voornamelijk, gezien de activa waarop de zekerheid slaat, in de sector van de kredietverlening zal doorwerken. De wet houdt weliswaar op sommige vlakken een welgekomen modernisering van het zekerheidsrecht in, onder meer door de wegwerking van achterhaalde formalismen bij zowel de totstandkoming als de realisatie van de zekerheden. Ze dreigt evenwel terzelfder tijd, als gevolg van het gebrek aan totaalaanpak van de (zakelijke) zekerheden, een aantal nieuwe onevenwichten in het leven te roepen. Vooreerst leidt de aanzienlijke verbetering van de rechtssituatie van de begunstigde van een financiële zekerheid ertoe dat de vestiging en uitwinning van deze zekerheden vaak eenvoudiger wordt dan andere zakelijke zekerheden (pand op andere roerende goederen, hypotheek). In sommige opzichten kan dit ook de kredietnemer ten goede komen, aangezien de aanwezigheid van alternatieve zekerheden de kredietverstrekker ervan zal weerhouden al te snel de hypothecaire waarborg aan te spreken. Meer fundamenteel leidt de gefragmenteerde ‘modernisering’ van het zekerheidsrecht tot een zekerheidsrecht met verschillende snelheden, waarbij nauw verwante zekerheidsfiguren aan soms erg uiteenlopende regelen zijn onderworpen (bijv. pand op financiële instrumenten en pand op schuldovorderingen). Tot slot valt het gebrek aan duidelijkheid en rechtszekerheid te betreuren betreffende de financiële zekerheden toegekend door natuurlijke personen-consumenten: de aanwezigheid in de Wet Financiële Zekerheden van een voorrangsclausule die het juridisch ‘acquis’ inzake consumentenbescherming garandeert, is op zich toe te juichen. De wetgever had dit principe evenwel verder kunnen expliciteren aan de hand van meer precieze regelen. Zoals het voorbeeld inzake hypothecair krediet aantoont, is thans puzzelwerk nodig om de concrete gevolgen van deze voorrangregeling in kaart te brengen. Ook de rechtspraktijk zal gediend zijn met verder onderzoek rond de wisselwerking tussen de Wet Financiële Zekerheden en het consumentenrecht.

³⁰ Zie bijv. Besl. Charleroi 12 februari 2002, *J.L.M.B.* 2002, 1525.

³¹ Zie Luik 9 september 2003, *R.R.D.* 2003, 469.

³² Vgl. Luik 23 juni 2003, *J.L.M.B.* 2004, 1050., noot P. DEJEMEPPE.

Onderhavige bijdrage heeft uitgewezen dat, met betrekking tot het hypothecaire krediet, de consumentenbeschermende wetgeving slechts in beperkte mate lijkt in te werken op de financiële zekerheden, hoewel niet uit te sluiten is dat de regeling betreffende onrechtmatige bedingen bepaalde modaliteiten van de financiëlezekerheidsovereenkomsten op de helling zet..

Het is dan ook de vraag of de Wet Financiële Zekerheden voldoende evenwichtig is uitgebouwd, en de consument voldoende bewust is van de reikwijdte van de zekerheden waarmee hij naar aanleiding van een hypothecair krediet zijn vermogen bezwaart.³³ Voor de notaris is hier, als onpartijdige raadgever, een belangrijke rol weggelegd: geconfronteerd met een complexe realiteit waarin de consument doorgaans de nodige onderlegdheid mist om voldoende de draagwijdte van de te onderschrijven verbintenissen en zekerheden te begrijpen, moet de wettelijke raadgevingsplicht dusdanig worden ingevuld dat de consument vanwege de notaris de nodige toelichting kan verkrijgen teneinde zich met kennis van zaken te verbinden.³⁴

³³ Zo zal de consument veelal niet beseffen dat, via het algemeen lastenkohier, de kredietverstrekker doorgaans omvangrijke zekerheden vestigt op het geheel van de financiële activa van de consument (banktegoeden, effectenrekeningen enz.). Zo ook kan, enigszins buiten de context van de Wet Financiële Zekerheden, de vraag opgeworpen worden naar de opportuniteit om ‘alle sommen’-zekerheden toe te laten ten aanzien van (financiële) activa van consumenten, die zich van de draagwijdte van deze zekerheidstechniek meestal niet bewust zijn.

³⁴ Vgl. voor een toepassingsgeval betreffende de aansprakelijkheid van de notaris wegens ontoereikende raadgeving aan niet-onderlegde cliënten: Antwerpen 2 december 1997, *R.W.* 1997-98, 980.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.