

JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE NEGATIEVE ZEKERHEIDSCLAUSULE

Eric De Bie

I. INLEIDING.

Het recht inzake zekerheden heeft de laatste jaren ingrijpende wijzigingen ondergaan. Klassieke waarborgen zoals pand, hypotheek en borgtocht hebben het gezelschap gekregen van nieuwe en soepelere zekerheidstechnieken zoals garanties, patronaatsverklaringen, compensatieclausules en dergelijke meer. Een aantal van deze "uit de praktijk gegroeide zekerheden" werden reeds op hun juridische draagwijdte getoetst, anderen daarentegen bleven tot op heden van een systematisch onderzoek verstoken.

Tot deze laatste categorie behoort de zogenaamde "negatieve zekerheidsclausule"¹. In de Angelsaksische literatuur spreekt men van "negative pledge clauses", een beding dat men hoofzakelijk aantreft in internationale obligatie-uitgiften en consortiumkredieten. In zo een clausule verbindt de kredietnemer zich ertoe andere kredietverleners geen zekerheden te verschaffen zolang de lening niet volledig is terugbetaald. Nu is het onjuist te beweren dat dergelijke negatieve zekerheidsclausule een volstrekt nieuwe creatie is: zowel in de Amerikaanse² als in de Franse³ rechtspraak van de jaren '30 komt zij verscheidene keren aan bod. Door de spectaculaire ontwikkeling van de internationale obligatie-uitgiften en consortiumkredieten wordt zij nu echter op veel ruimere schaal toegepast: de negatieve zekerheidsclausule blijkt er immers te zijn uitgegroeid tot een standaardbeding⁴.

In deze bijdrage zal worden getracht een antwoord te formuleren op een aantal van de juridische vragen die de negatieve zekerheidsclausule oproept. Op de problemen die rijzen in verband met de redactie van dergelijk beding wordt niet ingegaan: hiervoor wordt verwezen naar de in voetnoot aangehaalde literatuur.

- (1) Deze benaming werd overgenomen van DIERCKX, F., "Juridische kanttelingen bij enkele nieuwe financierings- en zekerheidstechnieken", *Bank- en Financiewezen*, 1987/2-3, 148.
- (2) Zie de verwijzingen bij McDANIEL, M. W., "Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete?", *The Business Lawyer* (verder: B.L.), 1983, 873 e.v.; MERKEL, H., *Die Negativklausel: Recht und Praxis einer schuldrechtlichen Sicherungsvereinbarung*, Berlijn, Duncker und Humblot, 1985, 3.
- (3) Zie Trib. Com. de la Seine, 27 juni 1935, *D.H.*, 1936, 14 en *D.P.*, 1937, II, 93 met noot CORDONNIER, P.
- (4) MERKEL, H., "Implications of the Negative Pledge Clause in International Finance", *Revue de Droit des Affaires Internationales* (verder: R.D.A.I.), 1987, 669.

II. BEGRIPSOMSCHRIJVING.

Alvorens de negatieve zekerheidsclausule in haar verschillende modaliteiten te beschrijven, moet kort worden stilgestaan bij de gehanteerde terminologie.

In navolging van de Franstalige literatuur⁵ spreekt men wel eens van "negatieve zekerheden". Deze benaming is evenwel onnauwkeurig, en dit in een dubbel opzicht.

Vooreerst onderscheidt men naast de negatieve zekerheden die een vetorecht creëren in hoofde van de schuldeiser ook nog "les sûretés négatives génératrices d'un droit de regard". De verbintenis van de schuldenaar die beantwoordt aan het recht van de crediteur om toezicht uit te oefenen, is echter geen verbintenis om niet te handelen, maar een positieve verbintenis om iets te doen, namelijk informatie verstrekken. Men ziet dan ook niet goed in waarom men haar bestempelt als een "negatieve zekerheid"⁶.

Daarnaast groepeert men onder de benaming "sûretés négatives génératrices d'un droit de véto" niet alleen de clausules waarin de debiteur zich ertoe verbindt om aan andere schuldeisers geen zekerheid te verstrekken, maar omvat deze categorie ook andere verbintenissen om niet te doen, zoals het verbod om kredieten op lange termijn aan te gaan of het verbod om dividenden uit te keren. De term "negatieve zekerheden" wordt hier m.a.w. gebruikt als synoniem van "negatieve verbintenissen", terwijl de negatieve zekerheidsclausule in feite slechts één van de mogelijke verschijningsvormen is van deze ruimere categorie⁷.

Terminologische verwarring bestaat er eveneens m.b.t. het onderscheid tussen de "negative pledge clause" en het "pari passu-beding": in de Franse praktijk blijkt de meest voorkomende vorm van de negatieve zekerheidsclausule immers te worden bestempeld als een "pari passu-

(5) België: MOREAU-MARGREVE, I., "Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés" in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A. (ed.), Brussel, Bruylant, 1983, 197; STRANART, A.-M., "De zekerheden" in VAN GERVEN, W., e.a., *Ondernemingsrecht, B, Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1989, 808, nr. 820. Frankrijk: CHAPUT, Y., "Les sûretés négatives", *Ann.Fac.Dr.Clermont*, 1974, 166 e.v. en *Juris-Classeur Commercial, Banque et crédit*, I, CABRILLAC, H., GAVALDA, D. en STOUFFELT, J. (eds.), Parijs, Editions Techniques, losbladig, fasc. 790; GAVALDA, C. en STOUFFLET, J., *Droit de la banque*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1974, 759, nr. 554; RIVES-LANGE, J.-L. en CONTAMINE-RAYNAUD, M., *Droit bancaire*, Parijs, Dalloz, 1986, 459, nr. 352; VASSEUR, M., "Les garanties indirectes du banquier", *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1982 (bijzonder nummer n.a.v. het colloquium van Deauville), 105.

(6) Zie ook MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., "Les engagements de ne pas faire en matière de crédit", in *Les sûretés issues de la pratique*, Brussel, 1983, vol. 3, L/5, nr. 5 en in *R.D.A.I.*, 1986, 678.

(7) Vgl. DIERCKX, F., *l.c.*, 146.

clausule" ⁸. In het internationaal financieel jargon daarentegen heeft de "pari passu-clausule" een gans andere betekenis. In dergelijk beding gaat de kredietnemer of de emittent de verbintenis aan om andere chirografaire schuldeisers niet te laten voorgaan op de kredietverlener respectievelijk de houder van de obligatie ingeval van samenloop ⁹. In tegenstelling tot de negatieve zekerheidsclausule heeft het "pari passu-beding" dus geen betrekking op de mogelijke zekerheden waardoor een schuldvordering wordt gewaarborgd, maar op de rang van deze schuldvordering t.a.v. de overige chirografaire schuldvorderingen ¹⁰. In landen waar de rangorde van de schulden op imperatieve wijze door de wet wordt bepaald (zoals België), zodat partijen er niet ten nadele van andere crediteuren kunnen van afwijken, heeft dergelijke clausule geen enkel nut ¹¹.

Tot zover deze terminologische uitwijding. Hoe kan nu de negatieve "pledge clausule" het best worden omschreven? Zoals reeds gezegd verbindt de debiteur er zich in dergelijk beding toe om aan andere schuldeisers geen waarborgen te verstrekken zolang de lening niet volledig is terugbetaald. In feite is deze omschrijving niet helemaal correct, of, beter gezegd, ze is onvolledig: ze betreft immers slechts de eenvoudigste vorm van de negatieve zekerheidsclausule.

Daarnaast bedingt de crediteur vaak dat, indien de debiteur niettegenstaande het verbod toch zekerheid stelt, laatstgenoemde verplicht is aan hem een gelijke of een gelijkwaardige zekerheid te verschaffen ¹². Bovendien een verbintenis om niet te doen, neemt de schuldenaar m.a.w. ook een positieve verplichting op zich, namelijk het verstrekken van een gelijke of een gelijkwaardige waarborg. Gemakkelijkheidshalve zal deze meer uitgewerkte modaliteit van de "negative pledge clausule", die in de praktijk het meest voorkomt, hierna worden aangeduid als de actieve negatieve zekerheidsclausule, terwijl het beding waarin de kredietnemer geen enkele positieve verplichting op zich neemt de passieve negatieve zekerheidsclausule zal worden genoemd.

(8) BROCAS, T., "Les clauses de protection liées à la situation financière de l'emprunteur", in *Les euro-crédits, expériences continentales*, BELLIS, M. (ed.), Parijs, Moniteur, 1982, 128; zie bv. Trib. Com. de la Seine, 27 juni 1935, geciteerd; HAMEL, J., LAGARDE, G. en JAUFFRET, A., *Droit commercial*, I, 2, Parijs, Dalloz, 1980, 286, nr. 564; RIPERT, G., *Traité élémentaire de droit commercial*, door ROBLOT, R., Parijs, L.G.D.J., 1986, 985, nr. 1421.

(9) MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 198; PENN, G.A., SHEA, A.M. en ARORA, A., *The Law and Practice of International Banking*, Londen, Sweet and Maxwell, 1986, 115; WOOD, P., *Law and Practice of International Finance*, Londen, Sweet and Maxwell, 1980, 155.

(10) BROCAS, T., o.c., 128; MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 198.

(11) DIERCKX, F., l.c., 150; BROCAS, T., o.c., 128-129; MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 199; BRAECKMANS, H., *Juridische aspecten van consortiumkredieten in eurodeviezen*, Antwerpen, Maklu, 1985, 256, noot 100.

(12) Over het onderscheid tussen een gelijke ("equal and rateable") en een gelijkwaardige ("equivalent") zekerheid, zie infra, nrs. 22 e.v.

III. DE FUNCTIE VAN DE NEGATIEVE ZEKERHEIDSCLAUSULE.

Zoals reeds gezegd komt de negatieve zekerheidsclausule hoofdzakelijk voor in internationale obligatie-uitgiften en consortiumkredieten. Haar belangrijkste doel is te verhinderen dat de debiteur zekerheden zou verschaffen aan andere schuldeisers, waardoor de crediteur, die zelf slechts over een chirografaire schuldvordering beschikt, ingeval van samenloop deze andere schuldeisers zou moeten laten voorgaan¹³. Zij strekt er m.a.w. toe te voorkomen dat bepaalde bestanddelen van het vermogen van de schuldenaar, dat luidens art. 8 Hyp.W. het gemeenschappelijk onderpand van alle schuldeisers vormt, het voorwerp zouden vormen van bijzondere zekerheden en bijgevolg aan de chirografaire schuldeisers zouden worden onttrokken. Als dusdanig verschaft de negatieve zekerheidsclausule de kredietverlener geen prioriteit t.a.v. de andere crediteuren, maar dat is, althans in internationale kredietverrichtingen, ook niet de bedoeling: zij beoogt vooral de gelijke behandeling van de schuldeisers¹⁴.

De vraag rijst waarom de kredietverlener zich beperkt tot zulke "zachte" zekerheid die, zoals verder zal worden aangetoond, in de harde werkelijkheid van een faillissement of een aanverwante procedure vaak wordt gereduceerd tot een "worthless piece of paper"¹⁵. Hiervoor zijn verschillende redenen.

In de eerste plaats gaat de vestiging van traditionele zakelijke zekerheden niet alleen gepaard met aanzienlijke kosten¹⁶, maar neemt dit ook de nodige tijd in beslag. Dit laatste kan een belangrijke hinderpaal vormen indien de kredietnemer op zeer korte termijn een obligatielening wil uitgeven om te profiteren van een gunstige marktevolutie¹⁷.

Voorts beantwoordt de opbrengst van de activa waarop de zekerheid wordt gevestigd niet altijd aan de verwachtingen: vaak betreft het immers goederen die een hoge "going concern"-waarde bezitten, maar die bij de liquidatie een belangrijke waardevermindering ondergaan¹⁸. Bovendien zijn de geleende bedragen vaak zo groot dat zelfs een onderneming met

(13) MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 673; HARRIS, P.I., "Negative Pledge", in *Sovereign Borrowers. Guidelines on Legal Negotiations with Commercial Lenders*, KALDEREN, L. en SIDDIQI, Q.S. (eds.), Londen, Butterworths, 1984, 156.

(14) Vgl. MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 674; WOOD, P., *o.c.*, 146.

(15) GABRIEL, P., *Legal Aspects of Syndicated Loans*, Londen, Butterworths, 1986, 89.

(16) De vestiging van een hypotheek of van een pand op de handelszaak, twee klassieke zekerheden inzake termijnkredieten, is in België onderworpen aan een evenredig registratierecht van 1 respectievelijk 0,5% (artt. 87 en 88 Registratiewetboek). Voor de hypotheek komen daar dan nog de notaris-kosten en het evenredig hypotheekrecht van 0,3% bij (art. 262 Registratiewetboek).

(17) MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 670.

(18) McDANIEL, M.W., *l.c.*, 877.

een uitstekende rating niet in staat is om op korte termijn de vereiste waarborgen bijeen te brengen ¹⁹.

Tenslotte bevinden de internationale kredietnemers zich dikwijls in een dermate sterke onderhandelingspositie en is de concurrentie onder de kredietverleners zo groot, dat de eis om zekerheden te stellen die de balans ontsieren niet kan worden hard gemaakt ²⁰.

Niettegenstaande dit alles zal de kredietverlener niet snel bereid zijn om het krediet zonder de minste waarborg toe te kennen. Bij wijze van compromis zullen partijen in dergelijk geval vaak een negatieve zekerheidsclausule in de overeenkomst opnemen, naast andere clausules ("covenants") die de solvabiliteit van de schuldenaar in stand moeten houden ²¹.

De door de "negative pledge clause" nagestreefde gelijkheid tussen de schuldeisers veronderstelt vanzelfsprekend dat er ook activa zijn die evenredig onder de crediteuren kunnen worden verdeeld: het heeft immers weinig zin dat men aanspraak kan maken op een gelijke behandeling indien er niets te verdelen valt. Vandaar dat de negatieve zekerheidsclausule gewoonlijk vergezeld is van bedingen die de instandhouding van het vermogen van de schuldenaar beogen.

Zo zal vrijwel steeds de mogelijkheid om "sale and lease-back" transacties aan te gaan worden beperkt, aangezien die vanuit economisch oogpunt precies hetzelfde resultaat opleveren als het vestigen van zakelijke zekerheden: de betrokken goederen verdwijnen immers uit het vermogen van de debiteur en kunnen bijgevolg niet meer worden aangewend ter voldoening van de chirografaire schulden ²². Ook andere eigendoms-overdrachten die tot doel hebben bepaalde schuldvorderingen te waarborgen, zoals de in het Duits en het Nederlands recht gekende fiduciaire overdracht tot zekerheid, dienen te worden beperkt ²³.

Anderzijds volstaat het niet om het - juridisch - verdwijnen van bepaalde goederen uit het vermogen van de schuldenaar te voorkomen: deze laatste kan de negatieve zekerheidsclausule tevens omzeilen door veelvuldig een beroep te doen op bepaalde financieringstechnieken waarbij hij wel het economisch gebruik van bepaalde goederen verwerft, maar niet het eigendomsrecht (bv. leasing) ²⁴. Ook in dat geval worden de zaken die het voorwerp uitmaken van de verrichting aan de gewone schuldeisers onttrokken: juridisch gezien maken zij immers geen deel uit van het vermogen van de schuldenaar.

(19) MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 671.

(20) MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 2.

(21) Voor een overzicht, zie PHILIPPART DE FOY, A., "Covenants in Loan Agreements", *Bank.Fin.*, 1974, 142 e.v.

(22) McDANIEL, M.W., *l.c.*, 867-868.

(23) HARRIES, H., "Die Negativklausel", *Wertpapiermitteilungen*, 1978, 1147; MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 683.

(24) HARRIES, H., *l.c.*, 1147; WOOD, P., *o.c.*, 148.

IV. JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE NEGATIEVE ZEKERHEIDSCLAUSULE.

A. DE JURIDISCHE AARD VAN DE NEGATIEVE ZEKERHEIDSCLAUSULE.

1. De *passieve negatieve zekerheidsclausule*.

Ons vermogensrecht wordt gekenmerkt door het fundamenteel onderscheid tussen zakelijke rechten en vorderingsrechten. Een belangrijk verschilpunt tussen beide categoriën betreft hun tegenwerpelijheid aan derden : in tegenstelling tot zakelijke rechten gelden vorderingsrechten niet erga omnes, maar verbinden zij slecht de contractspartijen. De kwalificatie van het aan de debiteur opgelegde verbod om zijn vermogen of bepaalde bestanddelen daarvan met zakelijke zekerheden te bezwaren als een persoonlijk of zakelijk recht, is bijgevolg erg belangrijk om de precieze draagwijdte ervan te beoordelen.

De vraag naar de juridische aard van het verbod om zakelijke zekerheidsrechten te vestigen, komt als dusdanig niet aan bod in de rechtspraak en de rechtsleer. Betwistingen zijn er wel gerezen naar aanleiding van de kwalificatie van clausules van onvervreemdbaarheid, dit zijn bedingen krachtens dewelke de eigenaar van een zaak deze niet mag vreemden. Gelet op de grote gelijkenis die tussen beide clausules bestaat - de negatieve zekerheidsclausule legt het verbod op om beperkte zakelijke rechten te vestigen, het beding van onvervreemdbaarheid daarentegen verbiedt de overdracht van het meest uitgebreide zakelijk recht, het eigendomsrecht - lijkt het evenwel verantwoord om beiden, althans wat betreft hun juridische aard, op één lijn te stellen.

In tegenstelling tot het Duits B.G.B.²⁵ bevat ons Burgerlijk Wetboek geen algemene bepaling luidens dewelke de berperking of uitsluiting van de bevoegdheid om over een goed te beschikken enkel persoonlijke werking heeft. Deze lacune heeft geleid tot twee tegengestelde opvattingen inzake de kwalificatie van onvervreemdbaarheidsclausules. Volgens de enen leidt dergelijk beding tot een "*indisponibilité réelle*" van het betrokken goed²⁶, anderen daarentegen zien er eerder een verbintenis om niet te doen in²⁷.

(25) Par. 137 B.G.B.: "Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt".

(26) Zie o.m. PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, III, door PICARD, M., Parijs, L.G.D.J., 1952, 237, nr. 228; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 805, nr. 909.

(27) Zie o.m. COLIN, A. en CAPITANT, H., *Traité de droit civil*, II, door JULLIOT DE LA MORANDIERE, L., Parijs, Dalloz, 1959, 96, nr. 150; DELIEGE, A., tw. "Inaliénabilité", in Répertoire notarial, II, *Les biens*, Brussel, Larquier, losbladig, nr. 62. Deze stelling

Men mag echter niet uit het oog verliezen dat deze discussie betrekking heeft op het vervreemdingsverbod dat de schenker of de testator oplegt aan zijn rechtsopvolger m.b.t. het geschonken respectievelijk gelegateerde goed. Bij overeenkomsten ten bezwarende titel daarentegen verbindt de debiteur zich ertoe om bepaalde goederen die zich in zijn vermogen bevinden niet te vervreemden. Dit onderscheid heeft belangrijke implicaties.

De voornaamste bezwaren die worden opgeworpen tegen de leer van de persoonlijke verbintenis bij schenkingen en testamenten betreffen de sanctie en de moeilijkheid die zich voordoet indien de onvervreemdbaarheid werd bedongen ten gunste van de begiftigde of de legataris. Een inbreuk op een persoonlijke verbintenis kan immers, behoudens ingeval van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk, niet worden gesanctioneerd met de vernietiging van de gewraakte rechtshandeling, terwijl de rechtspraak deze sanctie ook lijkt toe te passen ingeval van goede trouw van de verkrijger, althans wat onroerende goederen betreft²⁸. Anderzijds belet deze opvatting dat de onvervreemdbaarheid in het belang van de begiftigde of de legataris zelf wordt bedongen, aangezien deze zich moeilijk t.a.v. zichzelf kan verbinden²⁹.

Deze argumenten gaan echter niet op voor de verplichting om niet te vervreemden waartoe de debiteur zich in een contract ten bezwarende titel heeft verbonden. De overeenkomst die de schuldenaar met een derde afsluit met miskenning van een vroeger contract zal immers slechts worden vernietigd indien de derde zich medeplichtig heeft gemaakt aan de contractbreuk³⁰. Is de derde te goeder trouw, dan kan hij zich beroepen op het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten (art. 1165 B.W.). Het probleem dat het beding niet tot voordeel kan strekken van de titularis van de goederen blijft vanzelfsprekend bestaan, maar heeft voor contracten ten bezwarende titel niet de minste praktische relevantie: de verbintenis van de debiteur om een bepaald goed niet te vervreemden wordt immers steeds in het voordeel van de schuldeiser aangeaan.

werd gevolgd door het Hof van Beroep van Antwerpen in een arrest van 26 maart 1984, R.W., 1985-86, 1769 met noot PUELINCKX-COENE, M., i.h.b. nr. 8.

(28) Zie CORVEST, H., "L'inaliénabilité conventionnelle", *Rép.Défrenois*, 1979, nr. 32.126, p. 140, nr. 20; COLIN, A. en CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Parijs, Dalloz, 1927, 769. Volgens deze laatste auteurs moet de nietigheidssanctie worden beschouwd als een toepassing van art. 1143 B.W., luidens hetwelk de schuldeiser gerechtigd is de vernietiging te vorderen van hetgeen in strijd met de verbintenis werd verricht. PLANIOL en RIPERT (*Traité*, III, 236-237, nr. 228) en DE PAGE (*Traité*, V, 805, nr. 909) werpen hiertegen op dat deze bepaling de materiële afbraak betreft en niet de juridische nietigheid, en dat een persoonlijke verbintenis om niet te doen overeenkomstig art. 1165 B.W. niet aan de verkrijger kan worden tegengeworpen.

(29) DE PAGE, H., *Traité*, V, 805, nr. 909; PUELINCKX-COENE, M., *l.c.*, nr. 8; CORVEST, H., *l.c.*, 1409.

(30) Vgl. Cass., 30 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 538.

Er is dus geen enkele reden om dergelijk beding als een zakelijke belasting te kwalificeren, integendeel, deze kwalificatie roept een aantal belangrijke bezwaren op. De voornaamste kritiek bestaat erin dat de Belgische wetgever de zakelijke rechten op limitatieve wijze heeft opgesomd, zodat partijen geen nieuwsoortige zakelijke rechten in het leven kunnen roepen. Dit numerus clausus-principe verzet zich tegen de erkenning van "zakelijke verbintenissen" of "verbintenissen propter rem"³¹ - dit zijn verbintenissen die, onafhankelijk van het bestaan van enige erfdienstbaarheid, als het ware aan het goed zelf kleven, en uit dien hoofde aan derden kunnen worden tegengeworpen³².

Wat het Frans recht betreft zou men hiertegen kunnen inbrengen dat de wetgever het zakelijk karakter van beperkingen aan het beschikkingsrecht van de eigenaar op impliciete wijze heeft erkend in art. 28-2 van het decreet van 4 januari 1955, luidens hetwelk "*les clauses d'inaliénabilité temporaire ou toute autre restriction au droit de disposer*" betreffende onroerende goeden moeten worden bekendgemaakt³³. Dit argument overtuigt echter niet: rechtshandelingen worden immers niet aan een publiciteitsregime onderworpen in functie van de doctrinale kwalificatie van de subjectieve rechten die ze in het leven roepen, wijzigen of uitdoeven, maar op grond van praktische overwegingen³⁴.

Het lijkt dus geen enkele twijfel dat het beding waarin de schuldenaar er zich t.a.v. de schuldeiser toe verbindt om een goed niet te vervreemden, een persoonlijke verbintenis om niet te doen is, die in hoofde van laatstgenoemde geen enkel zakelijk recht creëert³⁵. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de verbintenis van de debiteur om zijn vermogen of bepaalde bestanddelen daarvan niet met zakelijke zekerheden te bezwaren.

(31) Vgl. Cass., 16 september 1966, *R.C.J.B.*, 1968, 166 met de noot van HANSENNE, J., "La limitation du nombre de droits réels et le champ d'application du concept de service foncier", i.h.b. nrs. 9-12.

(32) Deze omschrijving is afkomstig van VAN OMMESLAGHE, P., "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté", in *Les sûretés*, BRUYNEEL, A. en STRANART, A.-M. (eds.), Brussel, Feduci, 1983, 373.

(33) Vgl. het Belgisch wetsvoorstel van 13 maart 1962, *Gedr.St.*, Kamer, 1961-62, nr. 313/1.

(34) CHAPUT, Y., *Ann.Fac.Dr.Clermont*, 1974, 178 en *Juris-Classeur Commercial*, nr. 33. Vgl. art. 1, tweede lid *in fine* Hyp.W., luidens hetwelk huurcontracten die voor langer dan 9 jaar zijn aangegaan of die kwijting inhouden voor tenminste 3 jaar op het hypotheekkantoor moeten worden overgeschreven. Deze bepaling doet vanzelfsprekend geen afbreuk aan het persoonlijk karakter van de uit de huurovereenkomst voortvloeiende rechten.

(35) In dezelfde zin BROCAS, T., o.c., 132; CHAPUT, Y., *Ann.Fac.Dr.Clermont*, 1974, 179 en *Juris-Classeur Commercial*, nr. 35; DELIEGE, A., o.c., nr. 61; MOREAU-MARGREVE, I., o.c., 198; MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Les sûretés issues de la pratique*, L/16, nr. 15 en *R.D.A.I.*, 1986, 687-688; VAN OMMESLAGHE, P., *Les sûretés*, 372-373.

2. De actieve negatieve zekerheidsclausule.

Zoals gezegd zal de schuldenaar zich er doorgaans niet alleen toe verbinden om bepaalde goederen niet met zakelijke zekerheden te bezwaren, maar tevens de verplichting aangaan om, indien er toch zekerheid wordt gesteld, de schuldeiser een gelijke of een gelijkwaardige waarborg te verstrekken. De verbintenis om niet te doen wordt m.a.w. aangevuld door een positieve verplichting.

Het opnemen van dergelijke verbintenis moet duidelijk worden onderscheiden van het daadwerkelijk vestigen van zakelijke zekerheden. In casu is er slechts sprake van een zekerheidsbelofte, die, als toepassing van de figuur van de contractsbelofte, slechts aanleiding geeft tot een verbintenis om te doen³⁶. Er dient te worden aangestipt dat het hier niet gaat om een pand- of een hypotheekbelofte: de schuldenaar verbindt er zich immers niet toe een pand of een hypotheek te vestigen ten gunste van de crediteur, hij belooft enkel dat hij aan laatstgenoemde een gelijke of een gelijkwaardige waarborg zal verstrekken als degene die werd gevestigd ten voordele van de derde. Of deze de vorm zal aannemen van een pand of van een hypotheek, staat bij het sluiten van de overeenkomst nog niet vast.

B. DE GELDIGHEID VAN DE NEGATIEVE ZEKERHEIDSCLAUSULE.

1. De passieve negatieve zekerheidsclausule.

Nu vaststaat dat de "negative pledge clause" enkel persoonlijke rechten in het leven roept, dient te worden onderzocht of dergelijke overeenkomst geldig is.

Volgens een aantal auteurs moet het verbod om te hypotheeceren (of in pand te geven) worden beoordeeld aan de hand van dezelfde maatstaven als degene die gelden voor clausules van onvervreemdbaarheid³⁷. DE PAGE motiveert deze opvatting met de overweging dat dergelijk verbod in feite neerkomt op een "gedeeltelijke" onvervreemdbaarheid³⁸.

Het is echter niet meteen duidelijk hoe een passieve negatieve zekerheidsclausule zou kunnen leiden tot een partiële onvervreemdbaarheid van de betrokken goederen. Er is immers een wezenlijk onderscheid tussen het vervreemden van een goed en het vestigen van een zakelijk zekerheidsrecht op dat goed. In de eerste hypothese verdwijnt het vervreemde goed uit het vermogen van de debiteur, maar wordt het - althans bij overeenkomsten ten bezwarende titel - vervangen door een andere

(36) DE PAGE, H., *Traité*, II, 1964, 503, nr. 512 A, 2.

(37) DE PAGE, H., *Traité*, V, 804, nrs. 907-908 en VIII, 423, nr. 340; SCHICKS, A. en VAN NISTERBEEK, A., *Traité formulaire de la pratique notariale*, IV, Leuven, Fonteyn, 1927, 379, nr. 754; R.P.D.B., tw. "Donations et testaments", nr. 152.

(38) DE PAGE, H., *Traité*, V, 804, nr. 907. Vgl. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Les sûretés issues de la pratique*, L/10, nr. 10, waar zij stelt "que chaque clause doit être examinée séparément, aux fins de déterminer le degré d'inaliénabilité qu'elle contient".

zaak (bv. de verkoopprijs) die in principe een gelijke economische waarde heeft. Het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers wordt in rechte dus niet aangetast. Men kan hier natuurlijk tegen opwerpen dat de verkoop van een bepaald vermogensbestanddeel (bv. een onroerend goed) de facto wel tot de verarming van de debiteur kan leiden, maar deze verarming treft alle chirografaire schuldeisers in gelijke mate. De vervreemding van een vermogensbestanddeel leidt m.a.w. niet tot een ongelijke behandeling van de chirografaire crediteuren, zodat de negatieve zekerheidsclausule, die precies tot doel heeft deze gelijkheid te vrijwaren, niet wordt miskend³⁹. In de tweede hypothese daarentegen wordt het gehypotheceerde of in pand gegeven goed onttrokken aan het verhaal van de chirografaire schuldeisers, en wordt de gelijkheid tussen de crediteuren doorbroken ten voordele van de hypothecaire of pandhoudende schuldeiser.

De negatieve zekerheidsclausule vormt dus geen hinderpaal voor de vervreemding van de betrokken vermogensbestanddelen⁴⁰, zodat er geen enkele reden is om haar geldigheid in twijfel te trekken.

Trouwens, zelfs indien de negatieve pledge clause zou moeten worden getoetst aan dezelfde criteria als een beding van onvervreemdbaarheid, dan nog zou haar geldigheid zelden of nooit in het gedrang komen. In navolging van de Franse rechtspraak, die door art. 900-1 C.c. werd bekrachtigd, althans wat clauses van onvervreemdbaarheid in schenkingen en testamenten betreft, aanvaardt onze rechtspraak immers de geldigheid van onvervreemdbaarheidsbedingen indien zij beperkt zijn in de tijd en op voorwaarde dat zij een ernstig en rechtmatig belang dienen⁴¹. Hoewel deze rechtspraak betrekking heeft op schenkingen en testamenten, geldt zij ook voor handelingen ten bezwarende titel⁴², wat in de praktijk steeds het geval zal zijn.

2. De actieve negatieve zekerheidsclausule.

Actieve negatieve pledge clauses vormen geen enkel beletsel voor de debiteur om de betrokken goederen te vervreemden. Hun geldigheid kan dan ook niet worden betwist.

(39) Bij een handeling om niet wordt het gemeenschappelijk onderpand van de schuldeisers vanzelfsprekend wel aangetast, doch ook hier worden alle schuldeisers in gelijke mate getroffen, zodat de negatieve zekerheidsclausule niet wordt geschonden.

(40) Ook MERKEL, H. *Die Negativklausel*, 21 en *R.D.A.I.*, 1987, 684-685 en McDANIEL, M.W. *l.c.*, 871 zien in een "negative pledge clause" geen vervreemdingsverbod.

(41) Zie de verwijzingen bij PUELINCKX-COENE, M., *l.c.*, 1774, nr. 4; adde: Rb. Antwerpen, 25 februari 1988, *Rec.Gen.Enr.Not.*, 1989, nr. 23.773, 404.

(42) MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *R.D.A.I.*, 1986, 687. Aan deze voorwaarden is vrijwel steeds voldaan indien de verbintenis werd aangegaan jegens een kredietverlener, wiens belang ongetwijfeld als "rechtmatig" en "ernstig" kan worden bestempeld, en indien de geldigheidsduur van de clause beperkt is tot de duur van het krediet.

C. DE GEVOLGEN TUSSEN PARTIJEN.

1. De *passieve negatieve zekerheidsclausule*.

Zoals gezegd creëert het verbod om zakelijke zekerheden te vestigen ten gunste van andere schuldeisers enkel een persoonlijke verbintenis om niet te doen in hoofde van de schuldenaar. Welke zijn nu de gevolgen indien deze laatste zijn verplichtingen niet naleeft? Een onderscheid moet hierbij worden gemaakt tussen de situatie waarin de contractbreuk nog niet werd gepleegd en deze waarin de verboden zekerheid reeds werd gesteld.

Is de schuldeiser op de hoogte van het voornemen van de debiteur om in strijd met het verbod zekerheid te stellen, dan kan hij dit trachten te verhinderen via een procedure in kort geding⁴³. In de meeste gevallen zal de crediteur echter slechts achteraf te weten komen dat de schuldenaar het beding heeft geschonden, zodat een preventief optreden is uitgesloten.

Werd de gewraakte zekerheid reeds gesteld, dan kan de schuldeiser de gedwongen uitvoering van de verbintenis vorderen. Hoewel art. 1142 B.W. in algemene bewoordingen stelt dat een verbintenis om niet te doen wordt opgelost in schadevergoeding ingeval de debiteur haar niet nakomt, neemt men doorgaans aan dat de gedwongen uitvoering in natura de voorkeur geniet⁴⁴. Wel is vereist dat de gedwongen uitvoering niet rechtstreeks of onrechtstreeks geschiedt d.m.v. fysieke dwang op de persoon van de schuldenaar, behoudens wettelijke uitzondering⁴⁵.

Bij de miskenning van het verbod om zekerheden te vestigen, is de uitvoering in natura niet meer mogelijk: de debiteur zal zijn contractuele wanprestatie slechts kunnen herstellen indien de derde bereid is afstand te doen van de hem verleende waarborgen, wat deze normaal zal weigeren⁴⁶. De schuldeiser zal zich dan ook tevreden moeten stellen met de uitvoering bij wijze van equivalent, d.w.z. met een schadevergoeding in geld. Hiervoor zal hij, naast de fout en het oorzakelijk verband, moeten aantonen dat hij schade heeft geleden. En precies hier wringt het schoentje: zolang de debiteur zich van zijn terugbetalingsverplichting kwijt, zal de schuldeiser immers moeilijk kunnen aantonen dat hij schade lijdt.

(43) Vgl. DIERCKX, F., *l.c.*, 149.

(44) Cass., 30 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 538; KRUIHOF, R., "Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen", *T.P.R.*, 1983, 670, nr. 164; VAN OMMESLAGHE, P., "La sanction de l'inexécution du contrat", in *Les obligations contractuelles*, DIEUX, X. e.a. (eds.), Editions du Jeune Barreau, 1984, 202.

(45) Cass., 23 december 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 505; *Pas.*, 1978, I, 477.

(46) HARRIES, H., *l.c.*, 1148; MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 142.

Slaagt hij daar toch in, dan is er nog het probleem van de begroting van de schade ⁴⁷.

Anders is de situatie indien de debiteur de lening niet meer kan terugbetalen. De schuldeiser zal dan meestal in samenloop komen met andere chirografaïre schuldeisers (bv. ingeval van faillissement). In deze hypothese is de schade wel kwantificeerbaar. De berekening gebeurt als volgt. Eerst begroot men het dividend dat de crediteur zou hebben gekregen indien de schuldenaar de litigieuze zekerheid niet had gesteld. Van dit bedrag trekt men het dividend af dat zou zijn uitgekeerd na de schending van de negatieve zekerheidsclausule indien men geen rekening zou houden met het recht op schadevergoeding wegens contractbreuk ⁴⁸. Het verschil stemt overeen met de schade die door de crediteur werd geleden en waarvoor hij schadevergoeding kan eisen ⁴⁹.

Uit dit alles blijkt duidelijk dat de gemeenrechtelijke regeling inzake contractuele wanprestatie weinig of geen resultaat oplevert. De schuldeiser zal er dan ook best aan doen een contractuele regeling terzake te treffen.

De meeste overeenkomsten bevatten een beding luidens hetwelk de geleende som onmiddellijk eisbaar wordt indien de schuldenaar de negatieve zekerheidsclausule miskent ^{50 51}. De doeltreffendheid van dergelijke clausule mag echter niet worden overschat ⁵². Vooreerst veronderstelt ze dat de kredietverlener op de hoogte is van de schending, wat niet noodzakelijk het geval is. Daarnaast is vereist dat de overeenkomst wordt beëindigd en de geleende sommen worden terugbetaald vooraleer een

(47) HARRIES, H., *l.c.*, 1148; MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 142.

(48) Aangezien de gezamenlijke omvang van de in het faillissement opgenomen schuldvorderingen toeneemt ingevolge de veroordeling van de debiteur tot schadevergoeding, is dit dividend groter dan wat uiteindelijk wordt uitgekeerd.

(49) Zie MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 160-161. De berekeningen kunnen soms bijzonder ingewikkeld worden (zie nr. 18 van de bijlage bij het proefschrift van deze auteur).

(50) In internationale kredietovereenkomsten en obligatie-uitgiften spreekt men van een "event of default".

(51) Ofschoon eerder theoretisch van aard, kan men zich de vraag stellen of de crediteur bij gebreke aan een uitdrukkelijk beding een beroep kan doen op art. 1188 B.W., luidens hetwelk de schuldenaar het voordeel van de termijn verliest indien hij de gestelde zekerheden vermindert. VAN RYN en HEENEN, *Principes*, IV, 427, nr. 555 beantwoorden deze vraag bevestigend, volgens MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Les sûretés issues de la pratique*, L/19, nr. 21 en *R.D.A.I.*, 1986, 689 en MOREAU-MARGREVE, *o.c.*, 198, noot 209 daarentegen is de passieve negatieve zekerheidsclausule geen zekerheid in de zin van bovenvermeld artikel. Deze laatste opvatting verdient de voorkeur. Gelet op het intuitu personae karakter van een lening zou men eventueel kunnen argumenteren dat de overtreding van het verbod de vertrouwensrelatie tussen partijen ernstig verstoort en bijgevolg de vervroegde terugbetaling van de geleende bedragen rechtvaardigt (vgl. RIVES-LANGE, J.-L. en CONTAMINE-RAYNAUD, M., *o.c.*, 460-461; MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 202). Dit neemt niet weg dat het verkieslijk is contractueel te omschrijven in welke gevallen het krediet vroegtijdig kan worden beëindigd.

(52) CHAPUT, Y., *Ann.Fac.Dr.Clermont*, 1974, 180 en *Juris-Classeur Commercial*, nr. 39.

eventueel faillissement wordt uitgesproken : vanaf de faillietverklaring verliest de gefailleerde immers het beheer over al zijn goederen en is elke door hem verrichte betaling nietig (art. 444 Faill.W.).

Belangrijker is echter dat, indien de lening een aanzienlijke omvang heeft, de schuldenaar in bepaalde gevallen niet in staat zal zijn het verschuldigde bedrag onmiddellijk terug te betalen⁵³. Daarom bevat de overeenkomst soms een beding luidens hetwelk de debiteur over een bepaalde termijn beschikt om de inbreuk ongedaan te maken⁵⁴. In de meeste gevallen zal dit evenwel op het verzet stuiten van de derde in wiens voordeel de zekerheid werd gesteld⁵⁵.

Bijkomende problemen kunnen zich voordoen indien andere crediteuren van de schuldenaar zogenaamde "cross default" clausules in hun respectieve overeenkomsten hebben ingelast. Krachtens dergelijk beding kan de schuldeiser zijn recht op vervroegde terugbetaling reeds uitoefenen indien de schuldenaar zijn verbintenissen t.a.v. zijn andere schuldeisers niet nakomt en deze de door hen geleende bedragen vervroegd kunnen opeisen⁵⁶. In dat geval kan de uitoefening door één crediteur van zijn recht een kettingreactie teweeg brengen, met alle gevolgen van dien.

Uit het bovenstaande mag niet worden afgeleid dat het beding van vervroegde opeisbaarheid steeds ondoeltreffend is. Zo is het erg efficiënt wanneer het krediet niet in één maal ter beschikking wordt gesteld, maar slechts in verschillende schijven kan worden opgenomen. Pleegt de kredietnemer reeds na het eerste voorschot contractbreuk, dan kan de bankier weigeren de overeenkomst verder uit te voeren⁵⁷. Indien echter het ganse krediet reeds is opgenomen, dan kan de onmiddellijke terugbetaling de schuldenaar in ernstige liquiditeitsproblemen brengen. In dergelijk geval zal de kredietverlener doorgaans de facto aan de toepassing van het beding verzaken⁵⁸.

Gelet op de onmogelijkheid om, behoudens ingeval van samenloop, de schade te kwantificeren, is het nuttig een schadebeding in de over-

(53) Vgl. MAZZONI, A., "Les clauses d'exigibilité anticipée et de paiement tardif", in *Les eurocrédits, expériences continentales*, BELLIS, M. (ed.), Parijs, Moniteur, 1982, 139-140.

(54) HARRIS, P.I., o.c., 172; HARRIES, H., l.c., 1148 spreekt hier over een "Beseitigungspflicht". Zie ook MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 199-200; MAZZONI, A., o.c., 141.

(55) Deze zal enkel instemmen indien zijn schuldvordering onmiddellijk wordt betaald. Indien het echter om een aanzienlijk bedrag handelt, dan komt de schuldenaar in een situatie terecht die hij precies wilde vermijden : hij zal dan immers onmiddellijk een belangrijke som moeten betalen.

(56) Over dergelijke clausule, zie MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 204.

(57) Vgl. MAZZONI, A., o.c., 140.

(58) MAZZONI, A., o.c., 140.

eenkomst op te nemen ⁵⁹. Wel is vereist dat de bedongen som beschouwd kan worden als een vergoeding van de schade zoals die bij het sluiten van de overeenkomst kon worden geraamd ⁶⁰. Is dit niet het geval, dan is het beding absoluut nietig ⁶¹. De schadevergoeding kan bijvoorbeeld bestaan in een verhoging van de intrestvoet, die het verhoogde risico moet compenseren ⁶².

Hoewel dergelijk schadebeding een efficiënt drukkingsmiddel kan zijn om de debiteur ervan te weerhouden het verbod te overtreden, mag men niet uit het oog verliezen dat de vordering tot schadevergoeding een chirografaire schuldvordering is. Gaat de schuldenaar failliet, dan zal zij hoogstens een (beperkt) dividend opleveren.

2. De actieve negatieve zekerheidsclausule.

a. Kwalificatie.

Zoals gezegd bevat de actieve negatieve zekerheidsclausule een zekerheidsbelofte: de schuldenaar verbindt zich ertoe een gelijke of een gelijkwaardige waarborg te verstrekken als degene die ten gunste van de derde werd gesteld. Daarnaast houdt dergelijk beding echter ook een verbintenis om niet te doen in: de kredietnemer of emittent dient zich ervan te onthouden zekerheid te stellen ten voordele van andere crediteuren. Welke is nu de verhouding tussen deze op het eerste zicht tegenstrijdige verplichtingen?

De verplichting om waarborgen te verschaffen kan alleszins niet worden beschouwd als een contractueel bedongen sanctie ingeval van schending van de onthoudingsplicht. Het doel van een schadebeding is te voorkomen dat ingeval van wanprestatie betwisting zou ontstaan omtrent de omvang van de schade. Het inlassen van dergelijke clausule heeft echter niet tot gevolg dat de schuldenaar mag kiezen tussen de normale uitvoering van de overeenkomst en de betaling van de forfaitaire schadevergoeding ⁶³. Indien de debiteur weigert zijn contractuele verplichtingen in natura uit te voeren en aanbiedt om de overeengekomen vergoeding te betalen, dan kan de schuldeiser steeds een procedure aanhangig maken om in de mate van het mogelijke de gedwongen uitvoering in natura te verkrijgen.

Bij de actieve negatieve zekerheidsclausule daarentegen heeft de schuldenaar onmiskenbaar het recht om zijn verbintenis om niet te han-

(59) Zie hierover MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 200 e.v.

(60) Zoals gezegd is het erg moeilijk de schade te begrenzen.

(61) Cass., 17 april 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 754 met concl. E. KRINGS; zie ook de verwijzingen bij KRUITHOF, R., *T.P.R.*, 1983, 677 e.v., nrs. 172 e.v.

(62) HARRIES, H., *l.c.*, 1148.

(63) Vgl. Cass., 23 december 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 505.

delen te vervangen door het stellen van een zekerheid, zonder dat de crediteur hiertegen iets kan ondernemen. De kwalificatie van schadebeding dient dan ook te worden verworpen.

Dit bezwaar wordt ondervangen indien men de uit de actieve "negative pledge" clause voortvloeiende verplichtingen beschouwt als een facultatieve verbintenis. Dergelijke verbintenissen hebben slechts één prestatie tot voorwerp (in obligatione et in debitione), maar de schuldenaar kan zich tevens bevrijden door het verrichten van een andere, eveneens in de overeenkomst omschreven prestatie ⁶⁴.

Op het eerste zich beantwoordt de negatieve zekerheidsclausule aan dit schema: de crediteur heeft het recht om gedurende de ganse duur van de overeenkomst van de schuldenaar te eisen dat deze zijn onthoudingsplicht naleeft. Daarentegen kan hij niet vorderen dat hem zakelijke zekerheden worden verleend: die prestatie is immers niet in debitione. De debiteur van zijn kant heeft het recht om op elk ogenblik zijn voortdurende verbintenis ⁶⁵ om niet te doen te vervangen door de verplichting om een zekerheid te stellen: de bij het sluiten van de overeenkomst bedongen prestatie wordt dan bij de uitvoering vervangen door degene die als bijkomende mogelijkheid ("facultas") was voorzien. In feite is de positie van de crediteur bij een facultatieve verbintenis dus identiek aan zijn positie bij een passieve "negative pledge" clause: hij kan enkel eisen dat de debiteur de gewraakte zekerheid ongedaan maakt, en indien dit op het verzet van de derde stuit, zal hij enkel aanspraak kunnen maken op een vervangende schadevergoeding wegens inbreuk op een verplichting om niet te doen.

Daarom moet de negatieve zekerheidsclausule zo worden geformuleerd dat de schuldeiser recht heeft op een gelijke of een gelijkwaardige waarborg als degene die werd gesteld ten voordele van de derde. Dit kan het best worden verwezenlijkt door haar te construeren als een alterna-

(64) DE PAGE, H., *Traité*, III, 289, nrs. 283 e.v.; KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht*, I, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1943, 229, nr. 127.

(65) De "negative pledge" clause is immers een overeenkomst met opeenvolgende prestaties (vgl. MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 51). De kredietnemer of emittent moet er zich gedurende de looptijd van de lening van onthouden om de in het beding aangeduide vermogensbestanddelen te bezwaren met de contractueel omschreven zekerheden telkens indien hij een binnen het toepassingsgebied van de clause vallend krediet opneemt. Het feit dat hij zijn verbintenis om niet te doen n.a.v. een bepaalde transactie vervangt door de verplichting om een gelijke of een gelijkwaardige waarborg te verstrekken, doet dus geen afbreuk aan zijn onthoudingsplicht bij andere verrichtingen. Men kan zich evenwel afvragen of de figuur van de facultatieve verbintenis wel beantwoordt aan de bedoeling van partijen. Dergelijke verbintenissen strekken immers uitsluitend tot voordeel van de debiteur, en kunnen bijgevolg nooit diens situatie verzwaren. Concreet betekent dit dat de schuldeiser enkel de gedwongen tenuitvoerlegging kan eisen van de verbintenis in obligatione - in casu de onthoudingsplicht - en geen aanspraken kan doen gelden op de andere prestatie - de verplichting zekerheid te stellen.

tieve verbintenis. Dergelijke verbintenissen hebben verschillende prestaties tot voorwerp (in obligatione), waarvan er slechts één dient te worden nagekomen (in debitione) ⁶⁶. Om uit te maken welke prestatie dient te worden uitgevoerd, zal één van de partijen een keuze moeten maken. In beginsel berust de keuze bij de debiteur, maar niets belet haar op te dragen aan de schuldeiser (art. 1190 B.W.).

Toegepast op de negatieve zekerheidsclausule ziet dit schema er als volgt uit. De schuldenaar verbindt zich ertoe om gedurende de looptijd van de lening, telkens wanneer hij een binnen het toepassingsgebied van het beding vallend krediet opneemt, ofwel zich te onthouden van het vestigen van de in de clausule omschreven zekerheden op de aangeduide vermogensbestanddelen, ofwel aan de crediteur een gelijke of een gelijkwaardige waarborg te verschaffen als degene die werd toegekend aan de derde. De keuze berust bij de schuldenaar. Door de uitoefening van dit keuzerecht wordt de alternatieve verbintenis omgevormd tot een eenvoudige verbintenis ⁶⁷, en kan de crediteur de uitvoering van de verschuldigde prestatie vorderen.

De figuur van de alternatieve verbintenis lijkt dus het best te beantwoorden aan de bedoeling van partijen. De negatieve zekerheidsclausule moet dan ook duidelijk als dusdanig worden geformuleerd, zoniet kan er twijfel ontstaan of men voor een alternatieve dan wel voor een - voor de schuldenaar voordeligere - facultatieve verbintenis staat. Het belang hiervan kan, gelet op art. 1162 B.W., niet voldoende worden beklemtoond: ingeval van twijfel wordt het beding immers uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft, d.i. de schuldeiser.

b. De aard van de te verstrekken zekerheid.

Meestal leggen actieve negatieve zekerheidsformules de kredietnemer de verplichting op om een gelijke zekerheid te verstrekken ("equal and rateable security") ⁶⁸. In andere gevallen kan de schuldeiser aanspraak maken op een gelijkwaardige waarborg ("equivalent security") ⁶⁹, terwijl in een derde categorie van clausules de crediteur over een keuzemogelijkheid beschikt (een gelijke of een gelijkwaardige zekerheid) ⁷⁰. Afgezien van hun opportuniteit moet tevens de aandacht worden gevestigd op de verschillende juridische gevolgen van deze clausules.

(66) DE PAGE, H., *Traité*, III, 279, nr. 273; KLUYSKENS, A., *De verbintenissen*, 224, nr. 123.

(67) DE PAGE, H., *Traité*, III, 285, nr. 277.

(68) Zie de voorbeelden bij WOOD, P., *o.c.*, 154; MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 678; HARRIS, P.I., *l.c.*, 172; GABRIEL, P., *o.c.*, 82; BROCAS, T., *o.c.*, 130.

(69) Zie WOOD, P., *o.c.*, 150.

(70) Zie BRAECKMANS, H., *o.c.*, 526, artikel 19 van de modelovereenkomst; PENN, G.A., SHEA, A.M. en ARORA, A., *o.c.*, 415, clausule 15 van de modelovereenkomst.

Heeft de schuldenaar zich ertoe verbonden een gelijke zekerheid te verstrekken, dan is hij verplicht aan de crediteur een waarborg te verschaffen die volledig identiek is aan die van de derde wat betreft haar aard, het voorwerp waarop ze betrekking heeft, haar rang, het tijdstip waarop ze wordt gevestigd en de mate waarin ze de schuldvordering waarborgt ⁷¹. De schuldeiser heeft m.a.w. recht op een evenredige deelneming in de aan de derde te verstrekken zekerheid. Het hoeft geen betoog dat de naleving van dergelijke verplichting op heel wat praktische moeilijkheden stuit en niet steeds het gewenste resultaat zal opleveren, al was het maar omwille van het verwateringseffect dat ze veroorzaakt ⁷².

Een bijzondere vorm van deze clause is de zogenaamde "ipso facto" clause. Krachtens dergelijk beding, dat o.m. door de Wereldbank wordt gebruikt ⁷³, zal de schuldvordering van de schuldeiser ipso facto, dit is door het enkele feit van de zekerheidstelling ten gunste van een derde, in gelijke mate door deze zekerheid worden gewaarborgd als de vordering van de derde. Naar verluidt zou het gebruik van dergelijk "automatic security device" de laatste tijd aanzienlijk zijn toegenomen ⁷⁴. De meeste auteurs staan echter vrij sceptisch t.a.v. haar doeltreffendheid ⁷⁵.

Naar Belgisch recht heeft dergelijk beding alleszins geen enkel effect. In de eerste plaats zal meestal niet zijn voldaan aan de bestaansvoorwaarden van pand of hypotheek ⁷⁶. Daarnaast stuit deze clause onvermijdelijk op het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten (art. 1165 B.W.): zij zou er immers toe leiden dat de derde, zelfs indien hij te goeder trouw is, de opbrengst van de zekerheid naar evenredigheid zou moeten delen met de begunstigde van het beding, hoewel hij geen partij is bij de kredietovereenkomst en bijgevolg ook niet gebonden is door de verplichting om "equal and rateable security" te verstrekken ⁷⁷.

(71) MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 109 e.v.

(72) Zie de bedenkingen van BROCAS, T., o.c., 130-131; MERKEL, H., *Die Negativklausel*, 109-110, en WOOD, P., o.c., 149-150.

(73) Zie WOOD, P., o.c., 154.

(74) PENN, G.A., SHEA, A.M. en ARORA, A., o.c., 114.

(75) Zie o.m. GOODE, R.M., o.c., 21: "So the pro rata clause, in so far it is designed to produce automatic security, wholly fails to achieve that objective."; WOOD, P., o.c., 150: "... the ability of such clause to establish a security interest automatically must generally be regarded with scepticism."; MERKEL, H., *R.D.A.I.*, 1987, 679: "It is wishful thinking to hope that at the same time a security interest is created in favour of a third party, an equally ranking security interest also arises automatically in favour of the lender."; zie ook CLARK, K. en TAYLOR, A., "Conditions precedent and covenants in Eurocurrency loan agreements", *International Financial Law Review*, september 1982, 18; PENN, G.A., SHEA, A.M. en ARORA, A., o.c., 113 e.v.; HARRIS, P.I., o.c., 164.

(76) Zie infra.

(77) Vgl. de clause aangehaald bij BRAECKMANS, H., o.c., 526: "... share equally and rateably with the Indebtedness or other obligations secured by such Charge, and that, in the creation of such Charge, express provision is made to such effect." Het is m.a.w. noodzakelijk om in de overeenkomst met de derde een beding in te lassen waarin deze instemt met de proportionele deelneming van de schuldeiser in de waarborg.

opvatting niet aan herziening toe is ⁸⁷.

Een veel eenvoudigere wijze om de schuldenaar te dwingen een hypotheek te verlenen, is te dreigen met de toepassing van het beding van vervroegde opeisbaarheid, of, indien de overeenkomst dit niet zou bevatten, met de toepassing van art. 1188 B.W. Luidens dit artikel verliest de debiteur het voordeel van de termijn indien hij de gestelde zekerheden vermindert. Dit geldt a fortiori indien de beloofde zekerheid helemaal niet wordt gesteld ⁸⁸.

Wat het pand betreft moet een onderscheid worden gemaakt tussen het gewone handelspand, de inpandgifte van de handelszaak en de inpandgifte van schuldvorderingen die niet zijn neergelegd in een waardepapier. Volgens de heersende opvatting is het pandcontract een zakelijke overeenkomst, d.w.z. dat de overeenkomst slechts tot stand komt door de overhandiging van de in pand gegeven zaak ⁸⁹. Dit geldt zowel inter partes als t.a.v. derden. Het gevolg hiervan is dat de pandbelofte niet kan worden beschouwd als een pand, maar gekwalificeerd moet worden als een daarvan onderscheiden overeenkomst, die niet automatisch tot de inpandgeving leidt ⁹⁰. Evenals bij de hypotheekbelofte kan de uit de pandbelofte voortvloeiende verbintenis om te doen in beginsel niet worden afgedwongen in natura, hoewel ook hier de dwangsom en het beding van vervroegde opeisbaarheid of art. 1188 B.W. de schuldeiser een doeltreffend wapen in handen geven om de debiteur te dwingen de beloofde pandovereenkomst te sluiten.

In tegenstelling tot het gewone pand is het pand op de handelszaak geen zakelijke overeenkomst: er is namelijk geen buitenbezitstelling. Luidens art. 3 van de wet van 29 oktober 1919 wordt het pand gevestigd bij authentieke of onderhandse akte. Hieruit leidt men af dat het pand op de handelszaak een plechtige overeenkomst is ⁹¹. Dit betekent dat de inpandgifte schriftelijk moeten worden overeengekomen. Evenals bij de hypotheekbelofte kan de schuldenaar in principe niet worden gedwongen dergelijke overeenkomst te sluiten, maar onrechtstreeks is ook hier mogelijk.

(87) In die zin DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 250, nr. 499; zie reeds KLUYSKENS, A., *Voorrechten en hypotheeken*, in *Beginselen van burgerlijk recht*, VI, Antwerpen, Standaard-Boekhandel, 1951, 254, nr. 260.

(88) DE PAGE, H., *Traité*, VII, 665, nr. 729.

(89) DE PAGE, H., *Traité*, VI, 999, nr. 1013; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 180, nr. 367. Voor een kritiek, zie de bijdrage van STRANART, A.-M. in VAN GERVEN, W. e.a., *Ondernemingsrecht*, B, *o.c.*, 675-676, nr. 714 en de verwijzingen.

(90) Cass., 7 april 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 950 en de bespreking door STRANART-THILLY, A.-M., "Chronique de jurisprudence (1967-1974) Les sûretés réelles et la publicité foncière", *Bank.Fin.*, 1975, 205-208.

(91) DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 198, nr. 408; FREDERICQ, L., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 432, nr. 399.

Tenslotte is er nog de in pandgifte van schuldvorderingen die niet in een waardepapier zijn neergelegd. Volgens de traditionele opvatting kan een schuldvordering slechts in pand worden gegeven indien zij is vastgesteld in een geschrift, vermits dit aan de pandhouder moet worden overhandigd ⁹². Deze stelling werd betwist, o.m. door RONSE ⁹³, volgens wie de (negatieve) publiciteit, die door de buitenbezitstelling wordt gerealiseerd, bij de in pandgifte van schuldvorderingen wordt verwezenlijkt door het vormvoorschrift van art. 1690 B.W. ⁹⁴. Het Hof van Cassatie heeft zich in een recent arrest bij deze opvatting aangesloten ⁹⁵. Het Hof had zich evenwel niet uit te spreken over de vraag of de betekening overeenkomstig art. 1690 B.W. een bestaansvoorwaarde van het pand uitmaakt dan wel enkel vereist is voor de tegenwerpelijheid aan derden ⁹⁶. Aangezien de meerderheid van rechtspraak en rechtsleer nog steeds van oordeel is dat een pand een zakelijke overeenkomst is, moet de naleving van de formaliteit van art. 1690 B.W. bij de in pandgifte van niet in een waardepapier geïncorporeerde schuldvorderingen, als tegenhanger van de overhandiging bij de in pandgifte van lichamelijke roerende goederen, worden beschouwd als een bestaansvoorwaarde van het pand. Bijgevolg kan ook hier de crediteur de gedwongen uitvoering in natura niet eisen, met dezelfde uitzonderingen ⁹⁷.

(92) DE PAGE, H., *Traité*, VI, nr. 1041 C en 1053; FREDERICQ, L., *Handboek*, II, 568-569, nr. 1365.

(93) RONSE, J., "Handelspand van schuldvorderingen zonder afgifte van een titel", in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, Story-Scientia, 1966, 845; in dezelfde zin: DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 190, nr. 390.

(94) Art. 2075 B.W. is immers niet van toepassing op het handelspand.

(95) Cass., 29 maart 1990, *R.W.*, 1990-1991, 364 met noot DIRIX, E. en *T.B.H.*, 1990, 1029 met noot LECHIEN, D.

(96) Vgl. LECHIEN, D., *T.B.H.*, 1990, 1035.

(97) De opvatting volgens de welke het pand tussen partijen door de enkele wilsovereenstemming tot stand komt, werd recent gevolgd door het Hof van Beroep van Brussel in een arrest van 13 januari 1989, *T.B.H.*, 1990, 20 met noot LECHIEN, D., "La mise en gage des créances non incorporées dans un titre négociable" (p. 3). Aanvaardt men deze stelling, dan kan het klassiek onderscheid tussen het pand en de pandbelofte, dat precies steunt op het zakelijk karakter van het pandcontract, niet meer worden gehandhaafd m.b.t. de in pandgifte van niet in een waardepapier neergelegde schuldvorderingen. Toegepast op de negatieve zekerheidsclausule komt dit er op neer dat het pand inter partes tot stand komt, hetzij op het ogenblik dat de schuldenaar en de derde het eens zijn over de te verstrekken zekerheid (indien de kredietverlener respectievelijk de obligatiehouders recht hebben op een gelijke waarborg), hetzij op het moment dat door de partij- of bindende derdenbeslissing komt vast te staan welke waarborg gelijkwaardig is aan die van de derde (indien de debiteur verplicht is "equivalent security" te verstrekken). Opdat dit pand aan derden zou kunnen worden toegeworpen, is echter vereist dat het aan de schuldenaar van de in pand gegeven schuldvordering wordt betekend (art. 1690 B.W.).

D. DE GEVOLGEN TEN AANZIEN VAN DERDEN.

1. De *passieve negatieve zekerheidsclausule*.

De overtreding van het verbod om waarborgen te verstrekken impliceert noodzakelijkerwijze de medewerking van de derde ten gunste van wie de zekerheden worden gesteld. De vraag rijst in welke mate deze derde door dit verbod wordt getroffen. Zoals werd aangetoond dient de *passieve "negative pledge" clause* te worden beschouwd als een verbintenis om niet te doen. De derde is dan ook niet gebonden door dit verbod (art. 1165 B.W.).

Dit betekent evenwel niet dat de derde-contractant steeds vrijuit gaat ingeval van contractuele wanprestatie van de schuldenaar : in bepaalde gevallen zal hij door de benadeelde crediteur kunnen worden aangesproken. Dit is met name het geval indien hij zich medeplichtig heeft gemaakt aan de vrijwillige contractbreuk van de debiteur of indien er sprake is van pauliaans bedrog.

a. Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk.

De theorie van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk heeft reeds heel wat inkt doen vloeien. Sinds het cassatie-arrest van 22 april 1983⁹⁸ lijkt de materie tot rust te zijn gekomen. Zoals steeds bij de toepassing van art. 1382 B.W. - waar ook deze theorie op steunt - is vereist dat de derde een fout heeft begaan, welke in causaal verband staat met de door het slachtoffer - hier de schuldeiser - geleden schade. De derde begaat een fout indien hij, niettegenstaande het feit dat hij op de hoogte is of behoort te zijn van het bestaan van een geldige contractuele verbintenis, bewust meewerkt aan de contractbreuk van de schuldenaar⁹⁹. De feitenrechter moet in elk concreet geval nagaan of deze voorwaarden zijn vervuld.

Gelet op de ruime verspreiding die de "*negative pledge*" clause in bepaalde categorieën van kredietovereenkomsten kent, lijkt het aangewezen om de schuldenaar die zekerheid stelt een schriftelijke verklaring te laten ondertekenen waaruit blijkt dat het verlenen van de zekerheid geen inbreuk vormt op een bestaande negatieve zekerheidsclausule¹⁰⁰.

In de veronderstelling dat de derde-medeplichtigheid kan worden aangetoond, rijst de vraag naar het herstel van de schade. In een arrest van 10 januari 1965¹⁰¹ besliste het Hof van Cassatie dat het herstel in

(98) Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, noot DIRIX, E. p.p. 427-433.

(99) Zie MERCHIERS, Y., "Contractbreuk en derde-medeplichtigheid", *R.W.*, 1985-86, 2006 e.v. en de talrijke verwijzingen.

(100) BROCAS, T., *o.c.*, 133; DIERCKX, F., *l.c.*, 149.

(101) Cass., 10 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 538.

natura is aangewezen telkens wanneer dit mogelijk is. In casu werd de verkoop aan een derde met miskenning van een vroegere verkoopbelofte nietig verklaard.

De sanctie van de nietigverklaring is bij de schending van de negatieve zekerheidsclausule evenwel niet aangewezen, aangezien zij aan alle schuldeisers ten gunste zou komen, terwijl de begunstigde van het beding geacht wordt enkel voor zichzelf te hebben bedongen, tenzij het te gedeelte uitdrukkelijk is bepaald of uit de aard van de overeenkomst voortvloeit (art. 1122 B.W.). Dit laatste is stellig niet het geval¹⁰². Een aangepastere sanctie dringt zich dan ook op.

Naar analogie met de actio pauliana, die tot gevolg heeft dat de bedrieglijke handeling niet-tegenwerpelijik wordt verklaard aan degene die ze heeft ingesteld (en aan hen die zich daarbij hebben aangesloten), terwijl zij t.a.v. de andere schuldeisers onverkort blijft gelden¹⁰³, zou men kunnen argumenteren dat de meest aangepaste sanctie bij derde-medeplichtigheid aan contractbreuk bestaat in de niet-tegenwerpelijikheid van de gewraakte zekerheid aan de benadeelde schuldeiser¹⁰⁴. Het resultaat van deze niet-tegenwerpelijikheid is echter dat laatstgenoemde uiteindelijk meer krijgt dan wanneer de debiteur het verbod had nageleefd¹⁰⁵. In deze laatste hypothese zou de opbrengst van het goed waarop de zekerheid werd gevestigd immers onder de chirografaire schuldeisers zijn verdeeld naar evenredigheid van hun schuldvordering. Ingeval van schending van het beding daarentegen wordt het goed aan de gewone schuldeisers onttrokken, aangezien de zekerheid t.a.v. hen volledige uitwerking heeft, en moet de derde, aan wie de opbrengst toekomt, deze bij wijze van schadevergoeding delen met de benadeelde schuldeiser in verhouding tot hun respectieve schuldvorderingen. Uiteindelijk komt dit erop neer dat de crediteur door de miskenning van de negatieve zekerheidsclausule als het ware wordt "gepromoveerd" tot een separatist - hij komt m.b.t. het vermogensbestanddeel waarop de litigieuze zekerheid werd gevestigd immers niet in samenloop met de gewone schuldeisers -, terwijl hij bij de normale uitvoering van de overeenkomst slecht aantreedt als chirografair!

(102) Vgl. DIERCKX, F., *l.c.*, 149; zie ook VAN OMMESLAGHE, P., *Les sûretés*, 372-373.

(103) Cass., 11 januari 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 594; DE PAGE, H., *Traité*, II, 253-254, nr. 245; VAN OMMESLAGHE, P., "Examen de jurisprudence (1974-1982) Les obligations", *R.C.J.B.*, 1988, 132, nr. 221; VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1987, 408-409; KRUITHOF, R., *T.P.R.*, 1983, 691, nr. 187.

(104) In die zin VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de Droit Commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 428, nr. 555.

(105) In dezelfde zin CHAPUT, Y., *Ann.Fac.Dr.Clermont*, 1974, 184 en *Juris-Classeur Commercial*, nr. 48.

De sanctie van de niet-tegenwerpelijheid moet dan ook worden verworpen, omdat de toegekende schadevergoeding de geleden schade niet enkel herstelt, maar de benadeelde een bijkomend voordeel oplevert. De enige aangepast sanctie is de veroordeling van de derde-medeplichtige tot betaling van een geldsom die overeenstemt met de vermindering van het dividend dat de benadeelde ontvangt ingevolge het stellen van de litigieuze zekerheid.

b. De actio pauliana.

Naast een vordering wegens derde-medeplichtigheid aan contractbreuk beschikt de benadeelde schuldeiser in bepaalde omstandigheden ook over een actio pauliana¹⁰⁶. De voorwaarden waaraan de pauliaanse vordering is onderworpen zijn echter bijzonder streng, en zullen slechts zelden zijn vervuld.

Slaagt de schuldeiser erin aan te tonen dat aan de vereisten van de actio pauliana is voldaan, dan zal de litigieuze zekerheid niet aan hem kunnen worden tegengeworpen, terwijl zij t.a.v. de andere crediteuren haar volledige uitwerking behoudt¹⁰⁷. Dit veronderstelt wel dat de vordering werd toegewezen voor een eventuele faillietverklaring van de schuldenaar. Was de crediteur niet op de hoogte van de bedrieglijke handeling of heeft hij hiertegen niets ondernomen voor het faillissementsvonnis, dan kan hij de actio pauliana niet meer instellen, vermits die dan enkel kan worden uitgeoefend door de curator. De opbrengst komt in dat geval ten goede aan alle schuldeisers, ook aan degene waarvan de rechten na de bedrieglijke handeling zouden zijn ontstaan¹⁰⁸.

2. De actieve negatieve zekerheidsclausule.

a. Zekerheden gesteld tijdens de verdachte periode.

De actieve "negative pledge" clausule verplicht de debiteur ertoe om aan de schuldeiser een gelijke of een gelijkwaardige waarborg te verstrekken. Een vraag die hier onmiddellijk rijst, is welke de gevolgen zijn indien de zekerheid wordt gevestigd tijdens de verdachte periode. Art. 445 vier-

(106) MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *R.D.A.I.*, 1986, 691 en *Les sûretés issues de la pratique*, I/20-21, nr. 24; BROCAS, T., *l.c.*, 133; DUPONT, P., "The negative pledge clause under Luxembourg law", *International Financial Law Review*, maart 1986, 17-18.

(107) Zie supra, noot 106.

(108) Cass., 11 januari 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 594. Volgens VAN RYN en HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 1965, 268, nr. 2717, zou de vordering niet worden ingewilligd indien alle schuldvorderingen in de boedel van na de bedrieglijke handeling dateren. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1988, 129, nr. 218, is van oordeel dat dit reeds het geval zou zijn indien een grote meerderheid van de schuldvorderingen na de gewraakte handeling zijn ontstaan.

de lid Faill.W. bepaalt immers dat elke hypotheek of elk pand dat tijdens deze periode werd gevestigd wegens vroegere aangegane schulden nietig is. Art. 447 tweede lid preciseert voorts dat de inschrijving van een hypotheek genomen tijdens de verdachte periode nietig kan worden verklaard indien er meer dan 15 dagen zijn verlopen tussen de akte tot vestiging van de hypotheek en de inschrijving. Deze bepaling is tevens van toepassing op de inschrijving van het pand op de handelszaak ¹⁰⁹.

Wat de hypotheek betreft, deze komt slechts tot stand door het verlijden van de hypotheekakte ¹¹⁰. Wordt zij tijdens de verdachte periode gevestigd in uitvoering van een negatieve zekerheidsclausule, dan gebeurt dit per definitie ter waarborging van een vroeger aangegane schuld en kan zij bijgevolg niet aan de boedel worden tegengeworpen. Werd de hypotheekakte daarentegen voor de verdachte periode verleden, dan kan de hypotheek slechts nietig worden verklaard indien ze tijdens de verdachte periode werd ingeschreven en er meer dan 15 dagen waren verlopen sinds het verlijden van de akte.

Het gewone handelspand komt tot stand door de buitenbezitstelling, het pand op de handelszaak door het opstellen van een onderhands of authentiek geschrift, en de inpandgifte van een niet in een waardepapier neergelegde schuldvordering door het vervullen van de formaliteit van art. 1690 B.W. ¹¹¹. Gebeurt dit tijdens de verdachte periode, dan betreft het zekerheden wegens vroeger aangegane schulden en vallen zij onder toepassing van art. 445 vierde lid Faill.W.. Wat betreft het pand op de handelszaak komt daar nog bij dat, zelfs indien de inpandgifte plaatsvond voor de verdachte periode, de inschrijving tijdens de verdachte periode nietig kan worden verklaard indien er meer dan 15 dagen zijn verlopen sinds de vestiging van het pand.

b. Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk.

Evenals de inbreuk op een passieve negatieve zekerheidsclausule kan ook de schending van een actieve "negative pledge" clausule aanleiding geven tot de aansprakelijkheid van de derde wegens medeplichtigheid aan contractbreuk. Beide hypothesen verschillen evenwel aanzienlijk van elkaar. Bij een passieve clausule is het de debiteur absoluut verboden om zekerheid te stellen. Doet hij dit toch, dan pleegt hij noodzakelijkerwijze contractbreuk.

Bij een actieve negatieve zekerheidsclausule daarentegen is er sprake van een alternatieve verbintenis. De schuldenaar maakt zich niet automa-

(109) CLOQUET, A., *Les concordats et la faillite*, in *Les Nouvelles, Droit Commercial*, IV, Brussel, Larcier, 1985, 94, nr. 309; FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial belge*, VII, Gent, Fecheyr, 1949, 637, nr. 445.

(110) Zie supra.

(111) Zie supra.

tisch schuldig aan wanprestatie indien hij zekerheid stelt ten gunste van en derde : hij pleegt slechts contractbreuk indien hij de schuldeiser geen gelijke of gelijkwaardige waarborg verstrekt. Het enkele feit dat de debiteur nalaat om deze positieve verbintenis uit te voeren, volstaat evenwel niet om de derde te kunnen aanspreken wegens medeplichtigheid : daarvoor is vereist dat deze bewust heeft meegewerkt aan de wanprestatie van de schuldenaar. Dit is het geval indien deze derde weet of behoort te weten dat laatstgenoemde ingevolge het stellen van de litigieuze zekerheden niet meer in staat is om zijn verbintenis om een gelijke of een gelijkwaardige waarborg te verstrekken, na te komen.

Kan de fout van de derde worden aangetoond, dan rijst de vraag naar het herstel van de schade. In tegenstelling tot bij de passieve negatieve zekerheidsclausule is de niet-tegenwerpelijheid van de litigieuze zekerheid hier wel een aangepaste sanctie. Dit betekent niet dat de benadeelde schuldeiser aanspraak kan maken op de volledige opbrengst van het goed waarop de zekerheid werd gevestigd : dat zou er immers op neerkomen dat hij een betere positie zou verwerven dan de derde, terwijl de doelstelling van de "negatieve pledge" clausule de gelijke behandeling van de schuldeisers is. Juister lijkt dan ook de verdeling van de opbrengst tussen de derde en de benadeelde crediteur naar evenredigheid van de omvang van hun respectieve schuldvorderingen ¹¹².

Uiteindelijk komt dit er op neer dat de benadeelde ingeval van faillissement van de debiteur ontsnapt aan de samenloop, althans m.b.t. de opbrengst van het goed waarop de litigieuze zekerheid werd gevestigd. T.a.v. de andere schuldeisers behoudt deze zekerheid immers haar volledige uitwerking. Bij de passieve negatieve zekerheidsclausule werd de sanctie van de niet-tegenwerpelijheid om deze reden verworpen, aangezien ze tot gevolg had dat de benadeelde schuldeiser als het ware werd gepromoveerd tot een separatist, terwijl uit de "negative pledge" clausule slechts vorderingsrechten voortvloeien. Dit argument gaat echter niet op bij de actieve negatieve zekerheidsclausule. In de veronderstelling dat de debiteur geen contractuele wanprestatie had gepleegd, zou de schuldvordering van de crediteur immers op een gelijke of een gelijkwaardige manier zijn gewaarborgd als die van de derde, en zou hij een separatist zijn geweest. De verdeling van de opbrengst van de litigieuze zekerheid doet dus aan de ene kant geen afbreuk aan de rechten van de chirografaire schuldeisers, aangezien zij de zekerheid toch moeten erkennen, en verschaft de benadeelde schuldeiser anderzijds geen bijkomend voordeel in vergelijking met de normale uitvoering van de overeenkomst.

Wat dit laatste betreft bestaat er evenwel een uitzondering, namelijk indien de door de derde bedongen zekerheid werd verstrekt tijdens de verdachte periode. Heeft deze zekerheid betrekking op een vroegere

(112) In dezelfde zin DIERCKX, F., *l.c.*, 149.

schuldvordering van de derde, dan kan zij overeenkomstig art. 445 vierde lid Faill.W. niet aan de boedel worden tegengeworpen en doen er zich geen problemen voor. Anders is de situatie wanneer de waarborg gelijktijdig met het ontstaan van de schuld werd gevestigd: in dat geval is zij in beginsel tegenstelbaar aan de boedel. Hanteert men ook hier de sanctie van de niet-tegenwerpelijkheid, dan levert dit aan de benadeelde schuldeiser een groter voordeel op dan de normale uitvoering van de overeenkomst. In deze laatste hypothese zou de door de benadeelde crediteur verkregen zekerheid immers zijn aangetast door een nietigheid in de zin van art. 445 vierde lid Faill.W., aangezien ze betrekking heeft op een vroeger aangegane schuld. De pro rata-verdeling van de opbrengst tussen de derde en de benadeelde schuldeiser dient dan ook te worden verworpen.

Laatstgenoemde kan in dergelijk geval evenmin aanspraak maken op een schadevergoeding in geld. De derde heeft zich weliswaar schuldig gemaakt aan een onrechtmatige daad, maar dit brengt zijn aansprakelijkheid slechts in het gedrang indien de "benadeelde" crediteur hierdoor schade heeft geleden, en dit is in casu niet het geval: de normale uitvoering van de overeenkomst had voor hem immers geen enkel nut meer.

c. De actio pauliana.

Waar de schending van de passieve negatieve zekerheidsclausule - zij het in zeer uitzonderlijke omstandigheden - aanleiding kan geven tot een actio pauliana, is dit niet het geval voor de actieve versie. In dit laatste geval bestaat de handeling die de debiteur wordt verweten immers niet uit het onttrekken van een bepaald vermogensbestanddeel aan de schuldeisers, maar in het niet vestigen van een zakelijk zekerheidsrecht. Dit kan vanzelfsprekend nooit leiden tot een "verarming" van de schuldenaar.

V. BESLUIT.

Hoewel de negatieve zekerheidsclausule algemeen bestaansrecht heeft verworven, vooral dan in internationale kredietverrichtingen, werd tot nog toe relatief weinig aandacht besteed aan haar juridische draagwijdte.

Een onderzoek toont aan dat er twee categoriën van negatieve zekerheidsclausules zijn, m.n. zij die de debiteur alleen verbieden zakelijke zekerheden te vestigen op zijn goederen (de passieve negatieve zekerheidsclausule), en zij die de schuldenaar de keuze laten tussen het zich onthouden van het stellen van zekerheid en het verlenen van waarborgen die gelijk of gelijkwaardig zijn aan degene die aan een derde werden toegekend (de actieve negatieve zekerheidsclausule).

Ingevolge haar zuiver contractuele aard is de "negative pledge" clause een soepele, discrete en goedkope zekerheidstechniek. De keerzijde van de medaille is dat zij niet ontsnapt aan het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten (art. 1165 B.W.) : derden kunnen m.a.w. niet worden aangesproken tot nakoming van de uit het beding voortvloeiende verbintenissen. Enkel ingeval van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk en pauliaans bedrog kan de schuldeiser zich tegen hen keren, maar dit zijn uitzonderlijke middelen die niet van aard zijn de positie van de crediteur wezenlijk te verstevigen.

Dit essentieel relatief karakter is meteen ook de belangrijkste beperking van de negatieve zekerheidsclausule : zij verleent de schuldeiser geen prioriteit ingeval van samenloop. Beoordeelt men haar bijgevolg aan de hand van de criteria die gelden voor de klassieke zekerheden, dan kan men niet anders dan besluiten dat zij bijzonder ondoeltreffend is.

Dergelijke vergelijking loopt echter mank. De "negative pledge" clause is immers geen zakelijk zekerheidsrecht en pretendeert dit ook niet te zijn. Zij vormt een alternatief voor de om diverse redenen onaangepaste of niet haalbare traditionele zekerheden. Bovendien heeft zij een gans andere finaliteit : niet de prioriteit t.a.v. andere schuldeisers staat centraal, maar wel de gelijkheid tussen deze laatste onderling. Benadert men haar vanuit deze invalshoek, dan vervult de negatieve zekerheidsclausule een reële - zij het beperkte - functie.

APERCU GENERAL : Aspects juridiques de la clause de sûreté négative.

Le droit des sûretés a connu depuis les dernières années des changements profonds ; car les sûretés traditionnelles comme le gage, l'hypothèque ou le cautionnement ne suffisent plus pour répondre aux nécessités actuelles du monde commercial et ont par conséquent été complétées par des techniques nouvelles de sûretés comme les acceptations bancaires, crédits documentaires ou les garanties à première demande.

Une nouvelle forme de sûreté qui est née de la pratique commerciale est la clause de sûreté négative. Contrairement à d'autres formes nouvelles de sûreté, elle n'a pas encore fait l'objet d'une étude juridique approfondie.

Il y a deux catégories principales de clauses de sûreté négative :

- La clause passive de sûreté négative qu'on peut qualifier comme une obligation personnelle de ne pas faire : dans le cadre d'un contrat de prêt-emprunt, le débiteur s'engage à ne pas accorder des sûretés réelles aux créanciers ultérieurs.

- La clause active de sûreté négative qu'on peut qualifier comme une obligation alternative : ou bien le débiteur s'engage à ne pas accorder des sûretés réelles aux autres créanciers ; ou bien, s'il le fait malgré cette clause, il devient automatiquement obligé de accorder au créancier originaire une sûreté égale ou équivalente.

L'auteur de cet article n'oublie pas d'illustrer les points faibles d'une telle clause. En effet, elle ne crée aucune sûreté réelle dans le chef du créancier. Et puisque la clause est purement de nature contractuelle, elle n'échappe pas au principe de la relativité des conventions ; cela implique que les tiers (les autres créanciers) ne peuvent être forcés à l'exécution des obligations qui résultent de la clause, sauf en cas -extrêmement rare- de complicité de rupture contractuelle ou de dol paulien.

La clause de sûreté négative ne peut donc prétendre garantir un droit de sûreté réel. Néanmoins puisqu'elle n'a pas comme finalité de réaliser la priorité parmi les créanciers en cas de faillite, mais seulement l'égalité, elle peut toujours remplir une fonction réelle -soit limitée- dans le monde commercial.