



Pour compenser les créances : la convention de netting

Françoise BAERT

La convention de netting est une convention en vertu de laquelle les parties conviennent que leurs créances réciproques seront automatiquement compensées et ce afin de dégager un montant « net » à payer par une partie à l'autre. L'article 1298 du Code civil organise certes un mécanisme de compensation légale « automatique » entre créances certaines, liquides et exigibles. La convention de netting permet cependant d'aller beaucoup plus loin.

En effet, jusque fin 2004, la compensation organisée par contrat entre parties pouvait poser difficulté en cas de faillite (ou lors de toute autre situation de concours), dans la mesure où cette compensation n'était opposable au curateur qu'à certaines conditions, notamment de connexité entre la créance et la dette à compenser, conditions qui n'étaient pas toujours remplies dans les faits.

La loi du 15 décembre 2004 «relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûretés réelles et de prêts portant sur des instruments financiers» a modifié fondamentalement le régime applicable, transformant la compensation en une véritable «garantie» en cas d'insolvabilité de son partenaire commercial.

Opposable au curateur

L'article 14 de cette loi rend en effet opposable aux tiers (on pense notamment au curateur) les conventions de compensation et ce, malgré la faillite, la survenance d'une saisie ou de toute autre situation de concours aux conditions suivantes :

- la convention de compensation doit avoir été conclue avant la faillite (ou la situation de concours) ou après, mais dans l'ignorance de celle-ci;
- il suffit que la créance et la dette à compenser existent au moment de la faillite (ou de la situation de concours). Il importe peu que les créances réciproques soient liquides, exigibles ou connexes. Peu importe également leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées.

Afin de renforcer l'efficacité d'une convention de «netting», on l'assortit souvent dans la pratique à une clause dite de «close ou », c'est-à-dire une clause visant à provoquer la compensation en cas de survenance d'un événement lié à la défaillance de son partenaire.

L'efficacité des conventions de netting est telle qu'elle a amené notre Cour constitutionnelle dans un arrêt du 27 novembre 2008 à en restreindre le champ d'application. Estimant que ces conventions étaient susceptibles de créer un désavantage disproportionné en faveur des

établissements bancaires et une discrimination à l'égard des autres créanciers, qui restent, quant à eux, soumis à la loi du concours, la Cour a décidé que, du fait qu'elles sont applicables à des personnes physiques n'ayant pas la qualité de commerçants, les conventions de netting violent les articles 10 et 11 de la constitution.

Il n'en reste pas moins que les conventions de netting résistent à la loi du concours lorsqu'on les oppose à des commerçants personnes physiques ou personnes morales.

Autant y penser lors de la conclusion de vos contrats avec des partenaires commerciaux qui sont susceptibles d'être à la fois vos créanciers et vos débiteurs.