

genre d'opérations aux conditions déterminées par l'arrêté d'agrément;

Attendu que dans sa version applicable aux faits, l'article 2 de l'arrêté royal du 12 février 1936 concernant l'agrément d'établissements de crédit autorisés à pratiquer le crédit professionnel en faveur de la petite bourgeoisie commerçante et industrielle énonçait que les opérations de crédit sur fonds de commerce comportaient, outre les avances, les ouvertures de crédit ou avances en compte courant, le crédit d'escompte, le crédit d'acceptation et le crédit d'aval;

Attendu qu'il se déduit de ces dispositions que le gage sur fonds de commerce ne peut constituer la sûreté d'un cautionnement consenti à une banque pour le crédit que celle-ci a accordé à un tiers;

Attendu que l'arrêt constate que la défenderesse a consenti à la demanderesse *sub 6*) diverses ouvertures de crédit moyennant la mise en gage de son fonds de commerce et qu'elle a, par ailleurs, accordé d'autres avances à une société Marci Frais International moyennant la caution solidaire et indivisible de la demanderesse *sub 6*); que la société Marci Frais International a été déclarée en faillite; qu'à défaut d'obtenir de la demanderesse *sub 6*) le paiement de son cautionnement, la défenderesse a pratiqué saisie conservatoire sur les fonds de commerce gagé et que celui-ci fut ensuite vendu;

Que l'arrêt qui admet la validité du gage sur fonds de commerce pour garantir le cautionnement litigieux viole les dispositions précitées;

Et attendu que la cassation de la décision relative à ce gage

entraîne la cassation de celle, qui en est la suite, de réformer le jugement entrepris en tant qu'il désigne un expert avant de statuer sur les différentes demandes de dommages et intérêts à charge de la défenderesse.

Sur les autres griefs

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'examiner le second moyen qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue;

Et attendu qu'il y a lieu de déclarer l'arrêt commun à la partie appelée devant la Cour à cette fin;

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il décide que le gage garantit la caution litigieuse et qu'il réforme le jugement entrepris qui désigne un expert avant de statuer sur les différentes demandes de dommages et intérêts à charge de la défenderesse;

Déclare l'arrêt commun à la société anonyme Fortis Banque;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de la décision partiellement cassée;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Bruxelles.

(...)

Noot

Enkele beschouwingen omtrent de bruikbaarheid van het pand op een handelszaak

Ivan Peeters en Philip Van Steenwinkel¹

DE WETSHISTORIEK

1. Met de invoering van de mogelijkheid tot inpandgeving van een handelszaak in 1919, had de wetgever de bijzondere bedoeling om de kredietmogelijkheden van de kleinhandel aanzienlijk te verruimen². Oorspronkelijk voorzag artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak dat dit pand enkel kon gevestigd worden ten gunste van banken en kredietinstellingen die daartoe door de Regering gemachtigd

waren en die zich voor dit type verrichtingen onderwierpen aan de voorwaarden van het besluit van erkenning³. Deze kwalitatieve vereiste in hoofde van de pandhoudende schuldeiser werd ingegeven door de bekommernis om de kleinhandelaar te beschermen tegen uitbuiting of om te verhinderen dat andere schuldeisers voor wie het handelsfonds tot gemeenschappelijke waarborg strekt slachtoffer zouden

¹. Advocaten te Brussel, Freshfields Bruckhaus Deringer.

². Loi du 25 octobre 1919 sur le crédit professionnel en faveur de la petite bourgeoisie commerçante et industrielle, *B.S.* 21 novembre 1919, waarvan de titel door het K.B. n° 282 van 30 maart 1936 gewijzigd werd tot de huidige versie "Loi sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrément et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation", *B.S.* 7 april 1936 (hierna genoemd de "Wet Pand Handelszaak").

³. "Le gage sur fonds de commerce ne peut être consenti qu'à des banques ou établissements de crédit agréés par le Gouvernement et se soumettant pour ce genre d'opération aux conditions déterminées par l'arrêté d'agrément."

worden van geheime verstandhoudingen tussen de handelaar en bepaalde gewetenloze kredietinstellingen⁴. Artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak en de voorwaarden waaraan de begunstigen van een pand op de handelszaak dienden te voldoen, werden verder uitgewerkt in een koninklijk besluit van 12 februari 1936⁵. Het K.B. 1936 bevatte naast de voorwaarden waaraan gemachtigde banken en kredietinstellingen dienden te voldoen, eveneens een verduidelijking van het type vorderingen die door het pand op de handelszaak konden gewaarborgd worden: “de kredietverrichtingen op de handelszaak omvatten, naast de voorschotten, de kredietopeningen of de voorschotten in rekening-courant, het discontokrediet, het acceptkrediet en de verrichtingen op aval” (art. 2 K.B. 1936)⁶.

2. De wet van 22 maart 1993 op het statuut en het toezicht op de kredietinstellingen (de “WKI”)⁷ heeft artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak ingrijpend gewijzigd. Sindsdien kunnen alle kredietinstellingen die een vergunning hebben gekre-

gen in één van de lidstaten van de Europese Gemeenschap begunstigde zijn van het pand op de handelszaak zonder dat er in de wettekst nog sprake is van een bijkomende machtiging of andere voorwaarden. Verder bepaalt het gewijzigde artikel 7 dat de handelszaak ook in pand kan worden gegeven aan de bij koninklijk besluit bepaalde financiële instellingen. Overeenkomstig het uitvoeringsbesluit van 9 oktober 1995⁸ dient het hier te gaan om Belgische financiële instellingen of gespecialiseerde dochters van kredietinstellingen die onder een andere lidstaat van de Europese Gemeenschap ressorteren waarvan de hoofdbedrijvigheid bestaat in het verstrekken van leningen (inclusief onder meer consumentenkrediet, hypothecair krediet, factoring met of zonder verhaal en financiering van handelstransacties (inclusief forfaitering)), leasing of het verlenen van garanties en het stellen van borgtochten⁹. Artikel 2 van het K.B. 1995 voorziet ook in de opheffing van het K.B. 1936. Door de wijziging van artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak had dat koninklijk besluit immers geen bestaansreden meer en evenmin een rechtsgrond.

TOCH NOG ONZEKERHEID OMTRENT TOEGELATEN VORDERINGEN

3. Sinds de wijziging van artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak en de opheffing van het K.B. 1936, bevat de regelgeving inzake het pand op de handelszaak geen enkele uitdrukkelijke basis meer om de vorderingen die door het pand kunnen worden gewaarborgd naar hun aard te beperken, althans niet voor kredietinstellingen. Moet niettemin uit de wordingsgeschiedenis van de Wet Pand Handelszaak, de beperking van mogelijke pandhouders tot EU-kredietinstellingen en bepaalde types financiële instellingen en uit de bijzondere voorschriften inzake die financiële instellingen afgeleid worden dat inherent het pand op de handelszaak enkel kredietverrichtingen van de pandhouder mag waarborgen?

4. *Restrictieve Interpretatie.* Een gedeelte van de rechtsleer beantwoordt deze vraag nog steeds bevestigend¹⁰. Volgens deze restrictieve opvatting kunnen enkel eigen kredietverrichtingen door het pand op de handelszaak gewaarborgd worden. Uit de wetwijziging van 1993 en de afschaf-

ting van het K.B. 1936 in de nasleep daarvan zou men volgens deze opvatting enkel mogen afleiden dat men het type gewaarborgde vorderingen niet meer hoeft te beperken tot diegene opgesomd in het K.B. 1936. Vorderingen die geen eigen kredietoperaties uitmaken van de pandhoudende schuldeiser, zouden zodoende nog steeds buiten het bestek van het pand op de handelszaak vallen. Men denkt hier bijvoorbeeld aan een vordering van een kredietinstelling op de borg van haar kredietnemer. Andere klassieke voorbeelden die door de rechtsleer worden aangehaald, zijn schuldvorderingen waarvan de pandhouder titularis wordt ingevolge cessie of subrogatie¹¹. Kritische stemmen binnen de restrictieve strekking stellen hierbij wel (o.i. terecht) vast dat de aangehaalde voorbeelden van cessie en subrogatie niet altijd even éénduidig zijn om aan te tonen dat enkel kredietverrichtingen kunnen gewaarborgd worden. In de mate dat de cessionaris of de gesubrogeerde schuldeiser bijvoorbeeld zelf afbetalingstermijnen toestaat, verschaft hij eigenlijk zelf een vorm van

4. A. CUYPERS, “Wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen”, *Comm. Voorr.* n° 37 en de verwijzingen aldaar.

5. Arrêté royal concernant l’agrégation d’établissements de crédit autorisés à pratiquer le crédit professionnel en faveur de la petite bourgeoisie commerçante et industrielle, *B.S.* 24-25 februari 1936 (het “K.B. 1936”).

6. Het K.B. 1936 vormde op zich reeds een liberalisering van een eerdere beperking in een koninklijk besluit van 15 januari 1920 die voorzag dat enkel voorschotten door het pand op de handelszaak konden gewaarborgd worden.

7. Art. 132 WKI.

8. Koninklijk besluit van 9 oktober 1995 tot uitvoering van de artikelen 7 en 15 van de wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van een handelszaak, het endossement van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen, *B.S.* 10 januari 1996 (het “K.B. 1995”).

9. Het K.B. van 9 oktober 1995 verwijst naar de financiële instellingen bedoeld in de art. 3 § 1, 5° en 78 van de wet van 22 maart 1993, welke de in art. 3 § 2, 2°, 3° en 6° van dezelfde wet vermelde werkzaamheden verrichten.

10. A. CUYPERS, *o.c.*, nr. 43; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Kluwer, 2006, 353; B. DU LAING en H. COUSY, “Het Pand op de Handelszaak: een algemeen overzicht”, in H. COUSY, B. TILLEMANS en A. BENOIT-MOURY (eds.), *Recht en Onderneming. De Handelszaak*, Brugge, die Keure, 2001, p. 48.

11. Onderscheid dient gemaakt te worden met het scenario waarbij de overgedragen of gesubrogeerde schuldvordering reeds gewaarborgd wordt door het pand op de handelszaak – in dergelijk geval zal het pand de schuldvordering gewoon volgen.

krediet aan de gecedeerde schuldenaar¹². Oorspronkelijk werd door de meest conservatieve auteurs tevens beoogd dat het pand op de handelszaak enkel kon gevestigd worden voor kredietverrichtingen die tussen de pandhoudende schuldeiser en een handelaar werden uitgevoerd voor de behoeften van diens handelsactiviteit¹³. Deze stelling blijkt door de recente rechtsleer, met inbegrip van de aanhangers van een restrictieve interpretatie, niet meer gevolgd te worden¹⁴. Aanhangers van de restrictieve interpretatie lijken de wordingsgeschiedenis van de Wet Pand Handelszaak, voor dit punt althans, dan toch voor een stuk te willen laten varen.

5. *Ruimere interpretatie.* Een andere strekking binnen de rechtsleer houdt echter voor dat sedert de wetswijziging van 1993 er geen beperkingen meer zijn wat betreft het type vorderingen die een kredietinstelling kan laten waarborgen door een pand op de handelszaak¹⁵. Wel blijven ook deze auteurs veelal nog vasthouden aan de vereiste dat het moet gaan om eigen gewaarborgde vorderingen van de pandhouder en dat vorderingen die ontstaan tussen de pandgever en een derde en pas nadien overgaan op de pandhouder door middel van cessie of subrogatie, in beginsel nog steeds dienen uitgesloten te worden¹⁶.

HET BESPROKEN ARREST

6. In 1991 kent een bank aan Fiduciaire Thibaut een (bijkomende) kredietopening toe gewaarborgd door een pand op de handelszaak van deze laatste ten belope van 20.000.000 BEF. Het verkregen pand strekt daarbij tot zekerheid van alle sommen die de Fiduciaire Thibaut verschuldigd is of zal zijn, uit welke hoofde dan ook, aan de bank. Een jaar later, in 1992, stemt de bank ermee in om het bestaande krediet van een andere vennootschap, Macri Frais International, met 9.000.000 BEF te verhogen mits het bekomen van een hoofdelijke en ondeelbare borgstelling vanwege Fiduciaire Thibaut, ten belope van het bedrag van de verhoging. Fiduciaire Thibaut is aandeelhouder in Macri Frais International. In september 1993 wordt het bedrag van deze borgstelling verder opgetrokken. In mei 1993 staat ook een tweede bank voor 64.000.000 BEF aan kredieten toe aan Fiduciaire Thibaut. Deze kredieten worden eveneens gewaarborgd door een pand op de handelszaak (in tweede rang) en dit ten belope van 50.000.000 BEF. Wanneer Macri Frais International in november 1993 failliet wordt verklaard, richt de eerste bank zich tot Fiduciaire Thibaut om betaling te bekomen uit hoofde van de borgstelling. Bij gebrek aan betaling laat de bank beslag leggen op de handelszaak met het oog op de uitwinning van het pand. Wanneer Fiduciaire Thibaut zich hiertegen verzet, ontstaat een geschil waarin ook de tweede bank tussenkomt, aangezien de ongeldigheid en niet-tegenwerpelijkheid van het pand op

de handelszaak ten gunste van de eerste bank in vraag wordt gesteld op grond van de overweging dat het pand, anders dan vereist door de geldende wetgeving, geen kredietverrichting waarborgt zoals omschreven in het K.B. 1936.

7. Op 25 juni 2004 bevestigt het hof van beroep te Bergen¹⁷ de geldigheid en tegenwerpelijkheid van het pand op de handelszaak tot zekerheid van de vordering uit hoofde van de borgstelling. Het hof is van mening dat (a) het niet het K.B. 1936 is dat relevant is voor het soort kredietverrichtingen dat is toegelaten, maar wel het koninklijk besluit dat de bank haar individuele erkenning heeft gegeven, (b) het K.B. 1936 niet de meer algemene draagwijdte van artikel 7 Wet Pand Handelszaak kan beperken en (c) het K.B. 1936 bovendien geen limitatieve opsomming bevat van de toegelaten types van kredietverrichtingen.

8. In zijn arrest van 23 mei 2005 verbreekt het Hof van Cassatie de beslissing van het hof van beroep van Bergen. Gelet op het voor de wetswijziging van 1993 geldende artikel 7 Wet Pand Handelszaak en artikel 2 van het K.B. 1936 (die op het te beslechten geschil nog van toepassing waren) kan een pand op de handelszaak volgens het Hof niet tot waarborg strekken van een borgstelling door de pandgever toegekend aan een bank tot zekerheid van een krediet toegestaan aan een derde.

¹². A. CUYPERS, *o.c.*, nr. 43.

¹³. I. MOREAU-MARGRÈVE, "Heurts et malheurs du gage sur fonds de commerce" (noot onder Cass. 8 april 1976), *R.C.J.B.* 1980, 151.

¹⁴. A. CUYPERS, *o.c.*, nr. 43.

¹⁵. C. BIQUET-MATHIEU, "Les Sûretés, chapitre 8, gage sur fonds de commerce", in Y.-H. LELEU (ed.), *Chroniques notariales*, Gent, Larcier, 2006, 229; J. CATTARUZZA, *Le gage sur fonds de commerce*, Brussel, Kluwer Editions Juridiques, 1997, 28-30; D. LECHIEN, "Le gage sur fonds de commerce est-il une sûreté efficace?", in X., *Actualités de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1994, 130-131. In een geschil dat – onder toepassing van de geldende wetgeving – qua feitenconstellatie zeer geëek op de feiten die ten grondslag liggen aan het besproken arrest, werd de mogelijkheid om een aan de bank verstrekte borgtocht door een pand te waarborgen in lijn met de ruimere interpretatie niet in vraag gesteld. Zie Brussel 19 december 2000, *Rev. prat. soc.* 2002, 58-61.

¹⁶. D. LECHIEN, *l.c.*, 131; J. CATTARUZZA, *o.c.*, 30.

¹⁷. Bergen 28 juni 2004, 2000/RG/992-2001/RG/213, *niet gepubl.*

BELANG VAN HET ARREST

9. Het arrest maakt o.i. een correcte toepassing van de voor de wetwijziging van 1993 geldende regelen. Artikel 7 verwijst niet alleen naar een erkenning, maar ook naar “verrichtingen”, die in het K.B. 1936 zijn beschreven.

10. Het besproken arrest spreekt zich uitsluitend uit over het vroegere wettelijke regime. In het arrest kan dus geenszins een bevestiging worden gelezen van de – door ons verdedigde – ruimere interpretatie van de huidige wetgeving. Niettemin lijkt ons het arrest niet zonder belang voor het meningsverschil in de rechtsleer zoals hoger (randnrs. 3 tot en met 5) beschreven. De voorstanders van de restrictieve interpretatie bepleiten immers dat – gelet op de wetshistoriek – een pand op de handelszaak van nature enkel tot waarborg kan strekken van een kredietverrichting aangegaan door de pandgever. Terzake ziet dit deel van de rechtsleer geen verschil tussen het oude en het thans geldende regime. Tegen de achtergrond van die beweerde continuïteit is het niet zonder belang vast te stellen dat voor zijn beslissing het Hof zich uitsluitend steunt op de tekst van het oude artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak en artikel 2 van het K.B. 1936. Het zijn die uitdrukkelijke bepalingen op basis waarvan het pand op de handelszaak enkel voorschotten, kredietopeningen en voorschotten in rekening-courant, het discontokrediet, het acceptkrediet en de verrichtingen op aval mocht waarborgen en dus niet een vordering uit hoofde van een ten gunste van de bank verleende borgtocht. Nergens, noch in beroep noch in cassatie, wordt gesteld dat een pand op de handelszaak uit zijn aard, dus los van de besproken artikelen, enkel kredietverrichtingen kan waarborgen (en dus niet een borgtocht).

11. Voor de toegelaten financiële instellingen voorzien de huidige tekst van artikel 7 van de Wet Pand Handelszaak en het K.B. 1995 samen, op een met de oude wetgeving vergelijkbare wijze, beperkingen voor het type vorderingen die in aanmerking komen¹⁸. Hieruit blijkt, *a contrario*, dat het niet langer de bedoeling was om voor kredietinstellingen de toegelaten vorderingen af te bakenen. In dat geval zou men immers een gelijkaardige tekst in het K.B. 1995 moeten hebben voorzien in plaats van over te gaan tot een volledige opheffing van K.B. 1936.

12. Dat een verwijzing naar de oorspronkelijke geest van de wet om het type gewaarborgde vorderingen voor kredietinstellingen te blijven beperken volledig achterhaald is¹⁹ blijkt ook duidelijk bij een nadere analyse van het huidige

regime. De voor financiële instellingen voorziene voorwaarden laten enerzijds uitdrukkelijk toe dat het pand ook een consumentenkrediet waarborgt, wat een duidelijke indicatie is dat de wetgever het oorspronkelijk kader (krediet voor de kleinhandel) heeft verlaten. Een consumentenkrediet zal in beginsel geen verband vertonen met de handelsactiviteit. Anderzijds bevestigt de aard van andere verrichtingen die in het K.B. 1995 worden opgesomd (zoals factoring en forfaitering) dat het pand al lang niet meer enkel gedacht is voor de kleinhandel.

13. De enige resterende beperkingen die voor kredietinstellingen nog mogen gelden zijn o.i. deze die voortvloeien uit het gemeen recht, d.i. uit de vereiste specialiteit van de gewaarborgde vorderingen. De gewaarborgde vorderingen moeten op het ogenblik van de pandvestiging en aan de hand van de pandakte bepaald of bepaalbaar²⁰ zijn. Dit vraagstuk rijst – zoals in het hier besproken geschil – voornamelijk in het kader van het pand voor alle sommen. Het hof van beroep van Bergen oordeelde terzake in het in cassatie bestreden arrest²¹ dat de formulering “alle sommen die haar verschuldigd zijn of zullen worden uit welke hoofde ook” een afdoende contractuele basis geeft om de toekomstige verbintenissen te bepalen die door het pand gewaarborgd worden. Ook de vorderingen uit hoofde van de door de pandgever aan de bank verstrekte borgstelling werden in deze “alle sommen” begrepen²². De beperking dat enkel “eigen” vorderingen van de pandhouder (zijnde vorderingen die hun oorsprong vinden in de relatie tussen de pandhouder en de pandgever) door het pand op de handelszaak kunnen gewaarborgd worden, dient dan ook in dit licht geanalyseerd te worden. De uitsluiting van vorderingen waarvan de pandhouder titularis wordt bij wijze van cessie of subrogatie, is dan ook enkel gerechtvaardigd indien pandgever en pandhouder op het ogenblik van het vestigen van het pand niet de bedoeling hebben gehad deze vorderingen te waarborgen en daaromtrent ook niets uitdrukkelijk voorzien hebben in de pandakte. In geval van een duidelijk geformuleerde “alle sommen”-clausule lijkt het echter weinig verdedigbaar om deze gecedeerde of gesubrogeerde vorderingen nog verder uit te sluiten.

14. In het geschil dat door het arrest wordt beslecht, wenste de bank de handelszaak van Fiduciaire Thibaut onrechtstreeks aan te wenden als waarborg voor een kredietverlening aan Macri Frais International door de pandgevende vennootschap een borgtocht te laten geven aan de

¹⁸. Dat enkel bepaalde vorderingen in aanmerking komen wordt niet met zoveel woorden gezegd, maar net als bij het K.B. 1936 voorziet het K.B. 1995 dat enkel financiële instellingen die bepaalde financiële verrichtingen doen in aanmerking komen.

¹⁹. C. BIQUET-MATHIEU, *l.c.*, 229.

²⁰. Zie Cass. 28 maart 1974, *Pas.* 1974, I, 776.

²¹. Bergen 28 juni 2004, 2000/RG/992-2001/RG/213, *niet gepubl.*

²². In dezelfde zin, Brussel 19 december 2000, *Rev. prat. soc.* 2002, 58-61. Weliswaar werd in dat geval in de pandakte uitdrukkelijk ook verwezen naar borgtochten die door de pandgever zouden kunnen worden verstrekt.

bank voor de schulden van de andere vennootschap. De bankpraktijk heeft nog andere technieken ontwikkeld waarbij de zekerheden verstrekt door een kredietnemer onrechtstreeks kunnen worden aangewend voor schulden van derden. Aldus kan de kredietovereenkomst voorzien dat ten belope van het ongebruikte gedeelte van een kredietlijn de bank het recht heeft om de schuld van een derde persoon toe te rekenen op het krediet: indien de derde in gebreke blijft, wordt de schuld ingeboekt als een kredietopname door de kredietnemer zelf en wordt de schuld van de derde jegens de bank aldus eveneens een rechtstreekse kredietplicht van de kredietnemer jegens de bank uit hoofde van de kredietovereenkomst. In de mate de kredietlijn gewaarborgd is zal ook de overname van de schuld van de derde door dezelfde waarborgen gedekt zijn²³. Een dergelijke techniek is niet in strijd met de vereiste van de specialiteit die geldt voor zakelijke zekerheden wat betreft de gewaarborgde vorderingen. De vordering die aldus wordt opgenomen in de kredietrelatie is volledig bepaalbaar op basis van de oorspronkelijke krediet- en zekerheidsovereenkomst, met name elke schuld van een derde die door de kredietnemer wordt ten laste genomen ten belope van het niet anderszins gebruikte deel van de kredietlijn. De vraag die zich met betrekking tot het K.B. 1936 stelde was of de opname van de schuld van een derde wel een kredietverrichting was zoals omschreven in dat koninklijk besluit dan wel een vermomde borgstelling ten gunste van de bank. Deze vraagstelling is thans met zekerheid achterhaald. Omtrent de mogelijkheid om de vordering uit hoofde van het gebruik van het krediet als waarborg door een pand op de handelszaak te laten waarborgen kan geen twijfel meer bestaan.

15. De omvang en/of de complexiteit van bepaalde financiële montages (zoals effectiveringsverrichtingen of consortiale kredieten) creëren in de praktijk vaak een noodzaak om de vestiging, het behoud en de uitwinning van de zekerheden gelet op de veelheid van gewaarborgde schuldeisers (met mogelijk uiteenlopende belangen) toe te vertrouwen aan één

instelling die terzake in het belang van de anderen zal optreden. In een Belgische context kunnen diverse technieken worden gebruikt om deze persoon, typisch aangeduid als de “zekerheidsagent”, voldoende bevoegdheden en rechten toe te kennen om zijn taken te vervullen. Eén van deze technieken is de “parallelle debt”-structuur²⁴. Hierbij neemt de debiteur naast zijn verbintenis tegenover de kredietverleners om de door hen voorgeschoten bedragen terug te betalen (de “oorspronkelijke verbintenissen”), een bijkomende verbintenis op voor hetzelfde bedrag en volgens dezelfde modaliteiten jegens de zekerheidsagent (de “parallelle verbintenis”). De creatie van een dergelijke bijkomende verbintenis tegenover de zekerheidsagent leidt niet tot een verzwaring van de rechtspositie van de debiteur. De betalingen van de debiteur aan de schuldeisers van de “oorspronkelijke” verbintenis worden immers eveneens toegerekend op de parallelle verbintenis jegens de zekerheidsagent. In deze benadering worden de zekerheidsrechten dan gevestigd tot zekerheid van deze parallelle verbintenis jegens de zekerheidsagent, die dan krachtens diens interne verhouding met de eigenlijke kredietverstrekkers ertoe gehouden is het provenu van de uitoefening van de zekerheidsrechten aan die kredietverstrekkers af te dragen²⁵. Zolang men er van uit moest gaan dat een verpanding van een handelszaak enkel kredietschulden kon waarborgen, stelde zich bij deze techniek de vraag of de “parallelle schuld” kon worden gekwalificeerd als een echte kredietplicht. Ons inziens kon daar weinig twijfel over bestaan. Het betreft immers verbintenissen die uitsluitend hun oorzaak en finaliteit vinden in kredietverlening. Bovendien is het voorwerp van die verbintenissen (op de identiteit van de schuldeiser na) identiek aan de “oorspronkelijke” verbintenissen jegens de kredietverstrekkers die de geleende gelden effectief hebben voorgeschoten. Dit alles neemt evenwel niet weg dat de schuldeiser van de parallelle verbintenissen een persoon moet zijn ten gunste van wie overeenkomstig artikel 7 van Wet Pand Handelszaak en het K.B. 1995 een dergelijk pand kan worden gevestigd.

KIJKEN NAAR DE TOEKOMST

16. Een verdergaande versoepeling van de wettelijke voorwaarden voor de verpanding van een handelszaak dringt zich op. Het pand op de handelszaak is reeds lang niet meer een instrument dat enkel relevant is om de kredietmogelijkheden van de kleine ondernemingen te verruimen. Ook voor de

middelgrote en grote ondernemingen is de verpanding van hun handelszaak een belangrijk element voor hun financieringsmogelijkheden. Vooreerst omdat voor lichamelijke roerende goederen waarvoor een echte buitenbezitstelling niet realistisch is voor de pandgever (bv. een machinepark of

²³. Bij sommige instellingen wordt dit voorgesteld als een effectieve gebruiksvorm van de kredietlijn (“gebruik van krediet als waarborg”); bij andere instellingen spreekt men eerder van een “imputatie beding”. Zie J. VAN DOORSLAER, *De kredietopening*, Brussel, Kluwer, 1984, 143 p., in het bijzonder p. 52-56.

²⁴. Zie hieromtrent onder meer B. BROUCKE, “Zekerheden ten gunste van een collectiviteit van schuldeisers – de praktijk van de gesyndiceerde kredieten”, *Comm. Voorr.* 2003, Brussel, Kluwer, 43 p.; S.C.J.J. KORTMANN e.a., “Zekerheidsrechten op naam van een trustee”, *W.P.N.R. (Ned.)* 2001, p. 813 e.v.; R. JANSSEN, “Gesyndiceerde kredieten”, *Jura Falc.* 2004-05, p. 87; I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, “De wet financiële zekerheden”, *T.B.H.* 2006, p. 205, randnr. 144.

²⁵. Omtrent de geldigheid en tegenwerpelijheid van deze techniek, zie in het bijzonder E. DIRIX en I. PEETERS, “De hypotheek ‘voor rekening’ – een juridische bouwsteen voor de financiering van grote projecten”, *R.W.* 2005, p. 837.

ander groot uitrustingsmaterieel), een verpanding van de handelszaak meestal de enige wijze is om een financier een voorrecht op die activa te verschaffen²⁶. In de huidige, geglobaliseerde financiële markten bieden zich bovendien voor deze ondernemingen meer en meer buitenlandse financiers aan die geen Europese kredietinstelling of gespecialiseerde dochteronderneming van dergelijke kredietinstellingen zijn. Een pand op de handelszaak kan bovendien ook een rol spelen voor bepaalde innovatieve kapitaalmarktverrichtingen, zoals “secured loan”²⁷ of “whole business”²⁸-effectiseringen, die een aanzienlijk lagere netto financieringskost kunnen mogelijk maken. In die structuren worden de zekerheden door de ontlende onderneming typisch verstrekt ten gunste van ofwel een (Belgische of buitenlandse) vennootschap die uitsluitend is opgericht om schuldinstrumenten uit te geven en die het provenu van die emissie doorleent aan de pandgever ofwel een vennootschapzekerheidsagent die

optreedt voor de emittent of voor de houders van de schuldinstrumenten. Om de in België gevestigde ondernemingen toe te laten maximaal toegang te krijgen tot deze financieringsbronnen dienen de thans geldende beperkingen wat betreft de aard van de pandhoudende schuldeiser afgeschaft te worden.

17. Wat betreft de voorraad van de onderneming verschaft een pand op de handelszaak de pandhouder slechts een voorrecht ten belope van maximum 50% van de waarde²⁹. Aldus wou de wetgever van 1919 bij kleine handelaars er voor zorgen dat ook andere schuldeisers dan de bankpandhouder nog over een realistisch verhaalsrecht zouden beschikken. In de praktijk levert deze maatregel evenwel niet veel resultaat op voor de chirografaire schuldeisers³⁰. Voor de onderneming is het vooral een beperking die haar financiering bemoeilijkt.

²⁶. Met uitzondering van de verkoper die een beroep kan doen op het eigendomsvoorbehoud of het voorrecht van de onbetaalde verkoper of de subrogatie door een financier in het eigendomsvoorbehoud of het voorrecht indien hij de aankoop financiert.

²⁷. Een speciaal voor dat doel opgerichte vennootschap verstrekt een lening aan de onderneming, die gewaarborgd wordt door activa die stabiele cash flows genereren (onroerend goed, schuldvorderingen, een vloot van leasingvoertuigen, enz.). Deze gewaarborgde lening vormt dan de basis voor de uitgifte van schuldinstrumenten (“asset backed securities”) van hoge kwaliteit en dus met lagere rentevoet.

²⁸. Dit is meestal een “secured loan”-structuur, waarbij niet enkel welbepaalde activa van de onderneming het onderpand vormen, maar de volledige onderneming, op basis van een complex pakket van zekerheden waarmee men alle activa tracht te vatten en de financier in de mogelijkheid te stellen indien nodig de onderneming “in going concern” te gelde te maken.

²⁹. Art. 2 Wet Pand Handelszaak.

³⁰. Enerzijds komen zij meestal nog in samenloop op deze activa met grotere financiers en schuldeisers ten belope van diens niet-gewaarborgde voordeeling. Anderzijds worden door financiers duurdere technieken ontwikkeld (warrantage, consignatieverkoop, effectisering) die hen toch toelaten bij voorrang verhaal te hebben op de hele voorraad.