

Noot

*Het pand op levende bankrekeningen: (half)dood of springlevend?*Arie Van Hoe¹ en Rubben Lindemans²

1. INLEIDING

1. De collateral richtlijn: gunstregime voor financiële zekerheden. Middels richtlijn nr. 2002/47/EG³ (hierna, verkort aangeduid als de “collateral richtlijn”), heeft de Europese wetgever een geharmoniseerde regeling uitgewerkt inzake de totstandkoming en tegenwerpelijkheid van zekerheidsrechten op financiële activa⁴. De collateral richtlijn sterkt ertoe meer “zekerheid” te verschaffen voor de afwikkeling van diverse zakelijke zekerheidsvereenkomsten⁵. Dit vertaalt zich onder meer in regels die een efficiënte wijze van tenuitvoerlegging op financiële activa mogelijk maken en die bepaalde beperkingen uit het nationaal insolventierecht van de lidstaten buiten werking stellen.

De collateral richtlijn staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een meer omvattend Europees juridisch kader, waar ook de finaliteitsrichtlijn⁶ en de insolventieverordening⁷ deel van uitmaken⁸. In België werd de collateral richtlijn in 2004 omgezet in de wet financiële zekerheden (WFZ)⁹.

2. De impact van het geannoteerde arrest. Met het hierboven gepubliceerde arrest van 10 november 2016 heeft het Hof van Justitie zich voor de eerste maal uitgesproken over het toepassingsgebied van de collateral richtlijn¹⁰. De uitspraak van het Hof van Justitie is, zo zal blijken, van bij-

zonder belang voor het pand op levende bankrekeningen. Traditioneel leert men dat het voorwerp van zo’n pand het creditsaldo is dat de rekening vertoont bij de afsluiting of de uitwinning ervan¹¹. Voorafgaand aan de uitwinning kan de rekeninghouder-pandgever de rekening in kwestie debiteren of krediteren, overeenkomstig de daartoe bepaalde contractuele modaliteiten. Beschikkingsbevoegdheid en zekerheidsrecht gaan hand in hand¹². Het pand op een bankrekening is dan ook, net zoals een pand op de handelszaak, een voorbeeld van een “floating charge”. Uit een strikte lezing van het arrest, dat niet vrij van kritiek is, lijkt thans een beperking voort te vloeien aan deze vrije beschikkingsbevoegdheid van de pandgever.

3. Structuur annotatie. De structuur van deze annotatie is als volgt. Vooreerst worden de feiten en procedurele voorvallen toegelicht (2.). Vervolgens worden kort enkele niet-betwiste punten uit het arrest weergegeven (3.). Daarna wordt het in de collateral richtlijn vervatte verschaffingsvereiste voor financiële activa geanalyseerd (4.). Dit vereiste betreft de kern van het besproken arrest. Tot slot wordt de brug geslagen naar het Belgisch recht (5.), alvorens het besluit te formuleren (6.).

1. Advocaat (NautaDutilh).

2. Advocaat (Racine).

3. Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten.

4. Zie voor een uitgebreid en rechtsvergelijkend onderzoek van de (omzetting van de) collateral richtlijn, J. DIAMANT, *De collateral richtlijn. Een rechtsvergelijkende studie naar de implementatie van de goederenrechtelijke aspecten van de collateral richtlijn*, Deventer, Kluwer, 2014, 291 p.

5. E. DIRIX, “Wet Financiële Zekerheden” in *Failissement & Reorganisatie*, 2013, 3, nr. 2.

6. Richtlijn nr. 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen.

7. Verordening nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

8. Zie hierover, A. RUZIK, *Finanzmarktintegration durch Insolvenzrechtsharmonisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2010, 39 *et seq.*

9. Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke zekerheidsvereenkomsten met betrekking tot financiële instrumenten (BS 1 februari 2005), zoals gewijzigd. Voor zover als nodig wordt in herinnering gebracht dat een richtlijn haar volwaardige normatieve status eerst verkrijgt in de interne rechtsorde van de lidstaten na haar omzetting in nationaal recht; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 593, nr. 770. Hierin onderscheidt een richtlijn zich van een verordening, die geen omzetting in nationaal recht behoeft om rechtstreekse werking te hebben; N. CAMBIEN en M. VAN NIEUWENBORGH, “De EU-rechtsorde: de beginselen van voorrang en rechtstreekse werking” in N. CAMBIEN en J. NOWAK (eds.), *Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Brussel, Bruylant, 2015, 77, nr. 60.

10. Zie over dit arrest reeds, J. DIAMANT, “Noot bij Hof van Justitie 10 november 2016 (*Private Equity Insurance Group SLA t. Swedbank AS*)”, *TvI* 2017, 124-129; W.A.K. RANK, “Controlevereiste bij FZO’s: beschikken door de pandgever niet (langer) geoorloofd?”, *MvI* 2017, 117-128; T. DONNEZ, “Pand op levende bankrekeningen: de verschaffingsvereiste onder de loep”, *RW* 2016-17, 1202.

11. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 340, nr. 505; A. VERBEKE, “De inpandgeving van schuldvorderingen” in *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 93, nr. 113.

12. Zie hierover in ruimer verband, R. JANSEN, *Beschikkingsbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 133, nr. 145: “Het recht gaat moeizaam om met zekerheidsrechten die rusten op een wisselend onderpand. Nochtans is het recht om te mogen blijven beschikken over de goederen die het onderpand vormen, essentieel voor de schuldenaar. [...] Uiteindelijk zijn er twee manieren om vlottende zekerheidsrechten te construeren. Ofwel vestigt men een vast en actueel zekerheidsrecht op de goederen, waarbij dan een uitbreiding van de beschikkingsbevoegdheid wordt aanvaard, ofwel vestigt men een zekerheidsrecht dat op het ogenblik van vestiging nog geen zakelijke werking heeft, waardoor de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar intact blijft.”

2. DE FEITEN EN PROCEDURELE VOORGAANDEN

4. De feiten. Een Letse onderneming hield bij Swedbank een bankrekening aan. Het creditsaldo van die rekening was verpand aan Swedbank op grond van een clause vervat in de standaardovereenkomst voor een bankrekening-courant¹³. Nadat de Letse onderneming failliet was verklaard, debiteerde Swedbank een bedrag van ongeveer 274 EUR van de rekening-courant van de onderneming, als kosten voor het aanhouden van de rekening in de periode tot aan de faillietverklaring. De curator vorderde dit bedrag terug van de bank, op grond van de beginselen van nationaal recht die een gelijke behandeling waarborgen van schuldeisers in een insolventieprocedure en op grond van het verbod voor een individuele schuldeiser om handelingen te verrichten die andere schuldeisers schade berokkenen.

5. De bodemprocedures. De eerste rechter en de beroepsrechter wezen de vordering van de curator af, aangezien de als zekerheid verschaft financiële activa aan de toepassing van het insolventierecht zijn onttrokken op grond

van de Letse bepalingen tot omzetting van de collateral richtlijn. Het Letse Hof van Cassatie had evenwel twijfels over de werkingssfeer van die nationale bepalingen en de overeenstemming ervan met het in de Letse grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel. Om hierover duidelijkheid te krijgen, stelde het Letse Hof van Cassatie 5 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

6. De relevante prejudiciële vragen. Het Hof van Justitie onderzocht enkel de eerste en tweede prejudiciële vragen en dit op gezamenlijke wijze. Volgens het Hof van Justitie wenste de verwijzingsrechter met deze vragen in essentie te vernemen of de collateral richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat zij de houder van een financiële zekerheid, waarbij op een bankrekening gedeponeerde contanten aan de bank in pand worden gegeven voor alle vorderingen van de bank op de rekeninghouder, het recht geeft om die zekerheid te realiseren, ondanks het feit dat er ten aanzien van de zekerheidsverschaffer een insolventieprocedure is ingeleid.

3. DE NIET-BETWISTE PUNTEN

7. Betrokken financiële verplichting. Vooraleer tot de essentie van het arrest te komen, geeft het Hof toelichting bij enkele aspecten van het toepassingsgebied van de collateral richtlijn. Dit betreft in eerste instantie een nadere duiding omtrent de vereiste kwaliteit van de gewaarborgde schuldvordering. De collateral richtlijn hanteert in dit opzicht het gedefinieerde begrip “betrokken financiële verplichtingen”, wat in artikel 2, 1., f) wordt gedefinieerd als “*verplichtingen die worden gewaarborgd door een financiëlezekerheids-overeenkomst en die recht geven op afwikkeling in contanten en/of levering van financiële instrumenten*”. Het Hof van Justitie merkt op dat in deze definitie geen enkele uitdrukkelijke beperking is opgenomen, zodat in principe alle vorderingen van een bank op een rekeninghouder kunnen worden gedekt door de financiële zekerheid (randnr. 30-31 arrest)¹⁴. Kosten voor het aanhouden van een bankrekening, zoals in het hoofdgeding aan de orde was, vallen dan ook onder het toepassingsgebied van de collateral richtlijn. Het is dus geenszins vereist dat de zekerheid is gesteld voor afzonderlijke, specifieke verplichtingen. De betrokken financiële verplichtingen kunnen immers geheel of gedeeltelijk bestaan

uit huidige of toekomstige verplichtingen, met inbegrip van verplichtingen die ontstaan uit hoofde van een kaderovereenkomst of een soortgelijke overeenkomst (randnr. 32 arrest).

8. Contanten. Een tweede verduidelijking heeft betrekking op het begrip “contanten”. Dit wordt door artikel 2, 1., d) van de richtlijn gedefinieerd als “*op een rekening in ongeacht welke valuta gecrediteerde gelden of soortgelijke vorderingen tot restitutie van geld, zoals geldmarkideposito's*”. Het Hof overweegt aldus dat “*contanten die zijn gedeponeerd op een bankrekening als in het hoofdgeding*” onder de definitie van contanten vallen (randnr. 33 arrest). Het is bekend dat de keuze voor de term “contanten”, om giraal geld aan te duiden, ongelukkig is, aangezien deze term doorgaans wordt geacht betrekking te hebben op chartaal geld¹⁵.

9. Toepassingsgebied *ratione materiae*. Interessanter is het antwoord van het Hof van Justitie op de vraag of de werkingssfeer *ratione materiae* van de collateral richtlijn, gelet op het juridische kader waarin die richtlijn is aangenomen,

¹³. De clause in kwestie bepaalde: “*De huidige of toekomstige geldmiddelen van de klant op de rekening worden aan de bank in onderpand gegeven en dekken alle kredieten van de bank. Indien de klant op de rekening-courant niet voorziet in de nodige geldmiddelen om de betalingen te verrichten en in iedere situatie waarin op grond van deze overeenkomst of andere met de bank gesloten overeenkomsten of op enige andere rechtsgrond een vordering van de bank op de klant ontstaat, heeft de bank het recht om aan die vordering te voldoen door het financieel onderpand uit te winnen, dat wil zeggen dat de bank, zonder de klant vooraf te waarschuwen, het verschuldigde bedrag van de rekening mag halen (overboeken). [...]*”

¹⁴. Zie hierover eerder reeds in gelijke zin, H. SEELDRAYERS, “De Europese richtlijn inzake de zekerheidsovereenkomsten. Krachtlijnen en artikelsgewijze commentaar (deel 1)”, *T.Fin.R.* 2003, 342-343, nrs. 13-14; W. BOSSU, “De richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten: inhoudelijke analyse” in M. TISON (ed.), *Bancaire en financiële zekerheden*, Brussel, 2004, 237, nr. 24.

¹⁵. V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2005-06, afl. 39, 1523, nr. 9; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 600, nr. 633.

moet worden beperkt tot contanten die zijn gedeponerd op rekeningen die worden gebruikt voor de afwikkeling van effectentransacties in het kader van de finaliteitsrichtlijn¹⁶. Het antwoord op deze vraag is negatief (randnr. 34). Het toepassingsgebied van de collateral richtlijn is ruimer dan dit van de finaliteitsrichtlijn.

10. Tijdstip waarop financiële activa moeten worden verschaft. Tot slot verduidelijkt het Hof van Justitie dat uit artikel 8 collateral richtlijn volgt dat financiële activa die na

het tijdstip van aanvang van een insolventieprocedure als zekerheid zijn verschaft, in beginsel niet binnen de werkingssfeer van de collateral richtlijn vallen (randnr. 45). Het Hof van Justitie merkt in die zin op dat, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, *in casu* niet aan deze voorwaarde lijkt te zijn voldaan, aangezien de contanten die werden verzilverd op grond van de zekerheid, pas na het tijdstip van aanvang van de insolventieprocedure op de betrokken rekening waren gedeponerd.

4. HET VERSCHAFFINGSVEREISTE

11. Structuur. De essentie van het arrest heeft evenwel betrekking op de invulling van het verschaffingsvereiste. Voor een goed begrip van het arrest, en de mogelijke gevolgen ervan voor de Belgische rechtspraktijk, wordt volgende structuur gehanteerd. Eerst situeren we het verschaffingsvereiste in de collateral richtlijn (4.1.). Vervolgens bespreken we de invulling van het verschaffingsvereiste in de conclusie van de advocaat-generaal SZPUNAR (4.2.). Nadien volgt de interpretatie door het Hof van Justitie (4.3.).

4.1. Het verschaffingsvereiste in de collateral richtlijn

12. Voorafgaande overwegingen van de collateral richtlijn. Ter bepaling van de *ratio legis* is het aangewezen eerst een blik te werpen op de relevante voorafgaande overwegingen van de collateral richtlijn.

(9) Ter beperking van de administratieve lasten voor partijen die onder deze richtlijn vallen de als zekerheid verschafte financiële activa gebruiken, kan de nationale wetgeving wat betreft de derdenwerking van als zekerheid verschafte financiële activa alleen voorschrijven dat deze moeten worden geleverd, overgedragen, gehouden, geregistreerd of anderszins gekwalificeerd teneinde in het bezit of onder de controle te komen van de zekerheidsnemer of een persoon die namens de zekerheidsnemer optreedt, zonder zekerheidstechnieken uit te sluiten waarbij de zekerheidsverschaffer activa mag vervangen of de overwaarde van activa gerestitueerd kan krijgen.

(10) Om dezelfde redenen mogen noch het bestaan, de geldigheid, de derdenwerking, de afdwingbaarheid of de toelaatbaarheid als bewijs van een financiëlezekerheidsovereenkomst, noch de verschaffing als zekerheid van financiële activa uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst afhankelijk worden gesteld van het vervullen van enige formaliteit zoals het verlijden van enigerlei akte, in een

bepaalde vorm of op een bepaalde wijze, de inschrijving bij een officiële of overheidsinstantie of in een openbaar register, de bekendmaking in een dagblad, in een officieel register of publicatieblad, of op enigerlei andere wijze, de kennisgeving aan een overheidsfunctionaris of de bewijslevering in een bepaalde vorm van de datum van het verlijden van een akte of document, van de omvang van de betrokken financiële verplichtingen of van enigerlei andere aangelegenheid. Deze richtlijn dient echter een evenwicht te bewerkstelligen tussen de beoogde marktefficiëntie en de veiligheid van de partijen bij de overeenkomst en derden, zodat onder meer het risico van fraude wordt vermeden. Dit evenwicht wordt bewerkstelligd doordat de richtlijn alleen betrekking heeft op financiëlezekerheidsovereenkomsten die voorzien in een vorm van het doen van afstand van de controle, d.w.z. de verschaffing als zekerheid van financiële activa, en waarbij de verschaffing als zekerheid van financiële activa schriftelijk of door middel van een duurzaam medium kan worden aangetoond, waardoor de traceerbaarheid van die activa wordt gewaarborgd. [...]

Het in het vet aangeduide gedeelte beklemtoont dat de collateral richtlijn een evenwicht beoogt na te streven tussen enerzijds marktefficiëntie en anderzijds de veiligheid (d.w.z. bescherming) van de partijen bij de overeenkomst en van de derden¹⁷.

13. Artikel 2 collateral richtlijn. Artikel 1, 5. collateral richtlijn geeft aan dat de richtlijn van toepassing is zodra de financiële activa als zekerheid zijn “verschaft” en op voorwaarde dat zulks met schriftelijke bewijsstukken kan worden aangetoond. Nadere invulling van het verschaffingsvereiste wordt geboden door artikel 2, 2. collateral richtlijn, dat luidt:

“Verwijzingen in deze richtlijn naar het ‘verschaffen’ of de ‘verschaffing’ als zekerheid van financiële activa hebben betrekking op een situatie waarin de als zekerheid verschaft

¹⁶. Richtlijn nr. 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen.

¹⁷. Zie C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 603, nr. 636.

financiële activa daadwerkelijk worden geleverd, overgedragen, gehouden, ingeschreven in een register of anderszinds gekwalificeerd, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van de zekerheidsnemer of een persoon die namens de zekerheidsnemer optreedt. Een eventueel recht op vervanging van de als zekerheid verschaft financiële activa of restitutie van de overwaarde aan als zekerheid verschaft financiële activa ten gunste van de zekerheidsverschaffer doet geen afbreuk aan het feit dat de financiële activa als zekerheid zijn verschaft aan de zekerheidsnemer zoals bedoeld in deze richtlijn.”

4.2. Het verschaffingsvereiste in de conclusie van advocaat-generaal Szpunar

14. Contractuele clause volstaat. Het vereiste een zekerheid “te verschaffen” vormt, volgens advocaat-generaal SZPUNAR, een *quid pro quo* voor de afwijking, in het belang van de marktefficiëntie, van de in het nationaal recht vastgestelde formaliteiten (randnr. 40 conclusie). Met verwijzing naar rechtspraak uit het Verenigd Koninkrijk gaat de advocaat-generaal vervolgens over tot nadere invulling van het verschaffingsvereiste. Aan dit vereiste zou vooreerst elk nuttig effect worden ontnomen indien het aldus werd uitgelegd dat hieraan is voldaan indien de zekerheidsverschaffer vrij over die activa kan blijven beschikken na de verschaffing ervan (randnr. 49 conclusie). Een dergelijke vrije beschikkingsbevoegdheid zou bovendien haaks staan op het (bij uitzondering) aan de zekerheidsverschaffer toegestane recht tot vervanging van de als zekerheid verschaft financiële activa of restitutie van de overwaarde aan als zekerheid verschaft financiële activa (randnrs. 50-51 conclusie). In de daaropvolgende randnummers komt de advocaat-generaal tot de kern van de zaak.

(51) In het geval van een zekerheid die wordt gesteld in de vorm van op een rekening gedeponeerde contanten impliceert de verkrijging van het bezit of de controle door de zekerheidsnemer volgens mij derhalve noodzakelijkerwijs dat deze laatste niet alleen een praktische controle uitoefent over de rekening waarop de zekerheid betrekking heeft, maar ook het recht heeft om te verhinderen dat de zekerheidsverschaffer de contanten opneemt, voor zover dit noodzakelijk is om de nakoming van de gedekte verplichtingen te waarborgen.

(52) In casu moet de verwijzende rechter bijgevolg onderzoeken of de tussen partijen in het hoofdgeding gesloten rekening-courantovereenkomst een clause bevat op grond waarvan Swedbank het recht heeft om het opnemen van de op de betrokken rekening gedeponeerde contanten te beperken. Onverminderd dat onderzoek, dat onder de uitsluitende bevoegdheid van de verwijzende rechter valt, merk ik op dat partijen in het hoofdgeding ter terechtzitting het erover eens waren dat de litigieuze overeenkomst geen enkele clause bevat op grond waarvan de bank het opne-

men van die contanten kan beperken of een bepaald bedrag geblokkeerd moet blijven op de rekening. Indien die feitelijke omstandigheid komt vast te staan, zou dit tot de conclusie leiden dat de litigieuze zekerheid niet kan worden geacht overeenkomstig de vereisten van richtlijn nr. 2002/47 te zijn gesteld, zodat zij niet onder die bepalingen valt.

Aan het verschaffingsvereiste is volgens advocaat-generaal SZPUNAR voldaan wanneer de betrokken financiëlezekerheidsovereenkomst een contractuele clause bevat die de pandhouder het recht (of beter: de bevoegdheid) geeft de opname van de contanten te beperken of een bepaald bedrag te blokkeren op de rekening in kwestie. De advocaat-generaal lijkt daarentegen niet te eisen dat de gelden van bij de verschaffing effectief moeten worden geblokkeerd. De cruciale vraag is of het Hof van Justitie dezelfde (ruime) invulling geeft aan het verschaffingsvereiste dan wel of het Hof van Justitie een striktere invulling van dit vereiste voorstaat.

4.3. Het verschaffingsvereiste in het arrest van het Hof van Justitie

15. Autonome en uniforme uitleg voor de Unie. Het Hof van Justitie stelt vooreerst dat het verschaffingsvereiste in de gehele Unie autonoom en uniform moet worden uitgelegd, aangezien de collateral richtlijn voor de invulling van het criterium niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten. Bij die uitlegging moet rekening worden gehouden met de bewoordingen, de context en het doel van dat criterium (randnr. 39 arrest). Ter nadere bepaling wordt verwezen naar de hierboven geciteerde voorafgaande overweging nr. 10. Zoals aangehaald, blijkt daaruit dat met de collateral richtlijn wordt beoogd een evenwicht tot stand te brengen tussen enerzijds de marktefficiëntie, met name door belemmerende formaliteiten in verband met de verschaffing als zekerheid van financiële activa te vermijden, en anderzijds de veiligheid van de partijen bij de financiëlezekerheidsovereenkomst en derden, door te eisen dat de verschaffing van de financiële zekerheid zich vertaalt in een vorm van afstand doen van de controle (randnr. 40 arrest).

16. Daadwerkelijk beletten dat zekerheidshouder over contanten beschikt. Het verschaffingsvereiste beoogt te verzekeren dat de in de financiëlezekerheidsovereenkomst aangewezen zekerheidsnemer *bij het plaatsvinden van de afdwingingsgrond* werkelijk over die activa kan beschikken (randnr. 41 arrest). Zoals ook door advocaat-generaal SZPUNAR gesteld, wordt de draagwijdte van het eventueel recht op vervanging van de als zekerheid verschaft financiële activa of restitutie van de overwaarde aan als zekerheid verschaft financiële activa ten gunste van de zekerheidsverschaffer uitgehold, in het geval waarin de rekeninghouder vrij over die contanten kan beschikken (randnr. 43 arrest). Het Hof van Justitie gaat vervolgens over tot de formulering van volgende overweging (randnr. 44 arrest):

“Bijgevolg kan de houder van een zekerheid als in het hoofdgeding, die betrekking heeft op contanten die zijn gedeponereerd op een gewone bankrekening, slechts worden geacht ‘in het bezit of onder de controle’ van die contanten te zijn gekomen, indien de zekerheidsverschaffer wordt belet over die contanten te beschikken.”

17. Contractuele clause volstaat niet? Uit die overweging zou op het eerste gezicht kunnen worden afgeleid dat een contractuele clause die de pandhouder het recht (of beter: de bevoegdheid) geeft het opnemen van de contanten door de pandgever-rekeninghouder te beperken, zoals bedoeld door advocaat-generaal SZPUNAR (*supra*, nr. 14), niet volstaat. De vereiste beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever lijkt door het Hof van Justitie absolu(u)t(er) te worden opgevat. Enkele overwegingen verder stelt het Hof van Justitie evenwel dat het aan de verwijzende rechter toekomt om te verifiëren of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde financiëlezekerheidsvereenkomst (g)een clause bevat die de pandgever belet om over die contanten te beschikken na de storting ervan op die rekening (randnr. 48 arrest). Deze toevoeging kan gelezen worden als een *bevestiging* dan wel als een *nuancering* van de hierboven geciteerde overweging:

- de eerste lezing sluit elke vorm van beschikking door de pandgever na de storting op de rekening uit. De vereiste contractuele beperking is in deze lezing absoluut;
- de tweede lezing, daarentegen, sluit aan bij de invulling gegeven aan het verschaffingsvereiste door advocaat-generaal SZPUNAR, waarbij een contractuele clause die de pandhouder het recht (of beter: de bevoegdheid) geeft het opnemen van de contanten te beperken, (wel) volstaat.

18. Rechtsonzekerheid. Het arrest van het Hof van Justitie laat niet met zekerheid toe te besluiten dat een bankrekening waarop de pandgever nog enige beschikkingsbevoegdheid bewaart nadat het pand werd verschaft, voldoet aan het verschaffingsvereiste van de collateral richtlijn. In een (voor het pand op levende bankrekeningen) “gunstige” lezing, die ondergetekende auteurs onderschrijven (zie volgend randnr.), bedoelt het Hof wat de advocaat-generaal uitdrukkelijk(er) zegt. In dat geval kan een contractuele clause op grond waarvan de zekerheidsnemer de zekerheidsgever de bevoegdheid kan ontnemen om over de girale gelden te beschikken (nog steeds) volstaan. In een “ongunstige” lezing volstaat dergelijke clause niet. Dit betekent dat een pand op een levende bankrekeningen niet langer van het gunstregime van de collateral richtlijn geniet. Finaal kan men echter niet om de conclusie heen dat het arrest aanleiding geeft tot

rechtsonzekerheid, wat voor een voorzichtig jurist (adviseur) vaak genoeg is om uit te gaan van de strikte lezing van het arrest¹⁸.

19. Kritische bemerkingen. Zoals hoger aangegeven, onderschrijven ondergetekende auteurs de gunstige lezing van het arrest, dat op een aantal punten niet vrij van kritiek is. Vooreerst omdat het Hof van Justitie oordeelt dat het verschaffingsvereiste op een autonome en uniforme wijze voor de gehele Unie dient te worden uitgelegd. Uit overwegingen 9 en 10 volgt dat de basisregel is dat lidstaten geen beperkingen of formaliteiten mogen opleggen met betrekking tot financiële activa. Bij wijze van uitzondering mogen lidstaten, wat betreft de derdenwerking van de als zekerheid verschaft financiële activa, alleen regels voorschrijven met betrekking tot de leveringshandeling teneinde deze in het bezit of onder de controle te laten komen van de zekerheidsnemer of van de persoon die namens hem optreedt. Hieruit volgt dat het verschaffingsvereiste niet op een autonome wijze dient te worden uitgelegd voor de gehele Unie en dat ter zake enige beleidsrange wordt gelaten voor de lidstaten.

Het Hof van Justitie wijst vervolgens voor de concrete invulling van het verschaffingsvereiste wel terecht op het in overweging 10 vermelde evenwicht tussen de beoogde marktefficiëntie enerzijds en de veiligheid van de partijen bij de overeenkomst en derden anderzijds. De vraag rijst echter of dit evenwicht in de “ongunstige” lezing van het arrest niet meer wordt uitgehold dan gebalanceerd. Immers, de marktefficiëntie en in het bijzonder de liquiditeit van de markt is geenszins gebaat bij een effectieve blokkering van gelden. Bovendien valt niet in te zien in welke mate de strikte lezing van het arrest bijdraagt tot een grotere “veiligheid” van de partijen bij de overeenkomst en derden. Zoals uit de voorafgaande overweging nr. 10 blijkt, dient de beoogde “veiligheid” voornamelijk te worden begrepen als het inperken van het risico op fraude. Het risico op fraude wordt op voldoende wijze ondervangen door de eis dat de verschaffing schriftelijk of door middel van een duurzaam medium moet kunnen worden aangetoond. Het naderhand al dan niet effectief blokkeren van de als zekerheid verschaft gelden, draagt hier weinig toe bij.

Tot slot mag men, los van alle dogmatische beschouwingen bij het arrest, vanuit pragmatisch oogpunt niet uit het oog verliezen dat het finaal de pandhouder is die het meeste, zo niet uitsluitend, een belang heeft bij een effectieve blokkering van de gelden. Door de blokkering zal hij immers *ab initio* de waarde van de aan hem verschaft zekerheid kunnen inschatten in geval later dient te worden overgegaan tot pandverzilvering. Indien de pandhouder echter akkoord is

¹⁸. Vgl. J. DIAMANT, “Noot bij Hof van Justitie 10 november 2016 (*Private Equity Insurance Group SIA t. Swedbank AS*)”, *TvI* 2017, (124) 128: “Gezien de verschillende interpretaties die aan het arrest van het Hof van Justitie kunnen worden gegeven, is het in mijn ogen aan te bevelen om in de praktijk zekerheidshalve uit te gaan van de ‘strikte’ benadering van het controlevereiste. In die benadering is een contractuele clause op grond waarvan de zekerheidsnemer de zekerheidsgever de bevoegdheid kan ontnemen om over de girale gelden te beschikken – een clause die zoals eerder aangegeven gebruikelijk is in door Nederlands recht beheerste financiëlezekerheidsvereenkomsten –, onvoldoende voor ‘bezit of controle’. Een mogelijkheid om aan de strikte invulling van het controlevereiste te voldoen is om de rekening waarop het onderpand is gestort, te blokkeren.”

dat de pandgever verder beschikt over de gelden onder de voorwaarden die volgen uit de gunstige lezing van het arrest, valt niet in te zien waarom die vrijheid dient te worden

beperkt onder verwijzing naar een evenwicht tussen de marktefficiëntie en de veiligheid.

5. GEVOLGEN VOOR DE BELGISCHE RECHTSPRAKTIJK

5.1. Wat voorafging: van (fictief) bezit naar controle

20. Algemeen. Een bankrekening kwalificeert men naar Belgisch (burgerlijk) recht doorgaans als een schuldvoordering van de rekeninghouder op de bank¹⁹. Derhalve wordt traditioneel geleerd dat voor een verpanding van een bankrekening dient te worden gehandeld overeenkomstig de artikelen van toepassing op de verpanding van een schuldvoordering. Om die reden bespreken we hierna eerst beknopt de evolutie inzake de buitenbezitstelling vereist bij een gemeenrechtelijk pand op schuldvoorderingen, alvorens de evolutie van het verschaffingsvereiste onder de WFZ nader toe te lichten. Tussen beide regelgevingen bestaat een nauwe, doch daarom niet steeds coherente, band.

21. Het bezitloos pand op schuldvoorderingen. Met de wetten van 6 juli 1994 en 12 december 1996 hervormde de Belgische wetgever op ingrijpende wijze de regeling inzake het pand op schuldvoorderingen²⁰, parallel met de regeling inzake cessie van schuldvoorderingen. Ingevolge deze laatste wetswijziging verkrijgt de schuldeiser het bezit van een in pand gegeven schuldvoordering door het (louter) sluiten van de pandovereenkomst (art. 2075, eerste lid BW). Het gemeenrechtelijke pand werd hierdoor een pand dat formeel nog wel buitenbezitstelling vereist, doch deze kan op fictieve wijze worden gerealiseerd²¹. *De facto* werd derhalve een “bezitloos” pandrecht gecreëerd. Een kennisgeving aan de debiteur of een erkenning door de debiteur is overeenkomstig artikel 2075, tweede lid BW enkel vereist voor de tegenstelbaarheid van het pandrecht aan de debiteur, maar niet voor de geldige totstandkoming van het pandrecht. Een pandrecht op schuldvoorderingen kan dus tot stand komen zonder kennis van de debiteur (“stil pandrecht”). In de rechtsleer werd de invoering van het bezitloos pand op schuldvoorderingen toegejuicht, in het bijzonder omdat hiermede eveneens een verpanding van levende bankrekeningen

werd mogelijk gemaakt²². Vóór de wetswijziging in 1994/1996 werd de verpanding van levende bankrekeningen onmogelijk geacht, omdat zolang de pandgever-rekeninghouder kon blijven beschikken over de rekening, er geen buitenbezitstelling was waardoor evenmin een geldig pandrecht kon worden gevestigd.

22. De verhouding tussen het bezitloos pand op schuldvoorderingen en de WFZ. Naar aanleiding van de omzetting van de collateral richtlijn in Belgisch recht in 2004, werd in artikel 4, § 1, tweede lid WFZ een “verschaffingsvereiste” opgenomen ten aanzien van het vestigen van financiële zekerheden op contanten. De initiële definitie daarvan sloot nauw aan bij de definitie opgenomen in de collateral richtlijn (*supra*, nr. 13). Het volstond aan te tonen dat “*de als zekerheid verschaft activa daadwerkelijk zijn geleverd, overgedragen, gehouden, ingeschreven in een register of anderszinds gekwalificeerd, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van de begunstigde van de zekerheid of de persoon die voor rekening van die begunstigde optreedt*”.

Over deze verhouding tussen het gemeenrechtelijk bezitloos pandrecht op grond van artikel 2075, eerste lid BW en de regeling voorzien in artikel 4, § 1 WFZ bestonden verschillende opvattingen in de rechtsleer, die zich dialectisch laten duiden middels these, antithese en synthese.

23. These. De meerderheid van de rechtsleer stelde dat aan het controle- en bezitsvereiste van artikel 4, § 1 WFZ voldaan was door toepassing van artikel 2075, eerste lid BW²³. Voor deze auteurs volstond aldus het loutere sluiten van de pandovereenkomst om een pandrecht op een bankrekening te vestigen dat geniet van het gunstregime voorzien in de WFZ. Een dergelijk pandrecht kan dus ook worden gevestigd zonder kennis van de bank bij wie de rekening wordt aangehouden (“stil pandrecht”), ten gunste van een andere persoon dan de bank.

¹⁹. Over de kwalificatie van giraal geld, zie uitgebreid: G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 47-61, nrs. 59-71.

²⁰. Zie voor een bespreking van de situatie voorafgaand aan 1994/1996, C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvoorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 525-533.

²¹. I. PEETERS en P. NOBELS, “Pand op geldsommen en schuldvoorderingen” in J. BAECK en M. KRUIHOF (eds.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 112, nr. 5.

²². A. VERBEKE, “De inpandgeving van schuldvoorderingen” in *Overdracht en inpandgeving van schuldvoorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 39-101.

²³. D. DE MAREZ, “De wet financiële zekerheden”, *TPR* 2006, 1116; I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, “De wet financiële zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht?”, *TBH* 2006, afl. 2, 184, nr. 51; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2005-06, afl. 39, 1528, nr. 24; C. BODDAERT, “Het pand op financiële instrumenten en contanten na de inwerkingtreding van de wet financiële zekerheden”, *Bank Fin.R.* 2005, 196-197, nr. 14; J.-P. DEGUEE en D. DEVOS, “La loi relative aux sûretés financières du 15 décembre 2004. Lignes directrices”, *Bank Fin.R.* 2005, 160, nr. 11.

24. Antithese. STORME bekritiseerde voormelde gelijkstelling. Aan artikel 4, § 1, tweede lid WFZ diende volgens hem een autonome invulling gegeven te worden. De totstandkoming van het pand op contanten vereist volgens hem wel nog steeds een kennisgeving aan of een erkenning door de debiteur van de rekeninggoeden (de bank), uiteraard in de mate dat de debiteur niet zelf de zekerheidshouder is²⁴.

25. Synthese. Door DIRIX werd een tussenoplossing aangeboden. Hij stelde, net zoals de meerderheidsvisie, dat aan het verschaffingsvereiste is voldaan door het louter sluiten van de pandovereenkomst. Maar hij nuanceerde dit standpunt vervolgens door voorop te stellen dat, wanneer de pandgever nadien nog over de gelden kan beschikken, de pandhouder op ieder ogenblik eenzijdig de zaak naar zich toe moet kunnen trekken door tot kennisgeving over te gaan aan de bank als schuldenaar, wanneer de contractuele voorwaarden daartoe vervuld zijn²⁵. In de mate dat de bank zelf de pandhouder is, zal een dergelijke kennisgeving uiteraard niet nodig zijn.

26. Exit bezit. De discussie over de verhouding tussen artikel 2075, eerste lid BW en artikel 4, § 1 WFZ leek een stille dood te sterven n.a.v. een wijziging van laatstgenoemd artikel bij wet van 26 september 2011. Sinds voornoemde wetswijziging bepaalt artikel 4, § 1, vijfde lid WFZ dat het volstaat dat “*de contanten [...] voldoende bepaald of bepaalbaar zijn op grond van de zakelijke-zekerheidsovereenkomst*”. Elke verwijzing naar een buitenbezitstelling of verschaffing werd achterwege gelaten. Deze wijziging zou als gevolg hebben dat het geen twijfel meer lijdt dat de levende rekening door de loutere sluiting van de zekerheids-overeenkomst onder het toepassingsgebied van de WFZ ressorteert²⁶.

27. Enter controle. In het kader van de globale hervorming van het recht inzake zakelijke zekerheden op roerende goederen bij wet van 11 juli 2013²⁷ (“wet roerende zekerheden”), heeft de wetgever de gemeenrechtelijke regeling

inzake pand op schuldvorderingen gewijzigd. Artikel 60 van voornoemde wet bepaalt dat de pandhouder het bezit van een in pand gegeven schuldvordering verkrijgt door het sluiten van de pandovereenkomst op voorwaarde dat hij bevoegd is tot kennisgeving van het pandrecht aan de schuldenaar van de verpande schuldvordering. De tegenwerpelijke van een pand op een schuldvordering gebeurt niet door de kennisgeving van het pandrecht aan de schuldenaar, maar door de mogelijkheid om dit te doen²⁸. Bezit wordt gelijkgesteld met controle²⁹. Hierin kan een bevestiging door de wetgever van de synthese van DIRIX worden gezien (*supra*, nr. 25). Wat hierbij evenwel opvalt, is dat de gemeenrechtelijke regeling, die zoals geduid haar oorsprong vindt in een controverse over de verhouding tussen het gemeen recht en de WFZ, *niet* parallel van toepassing werd gemaakt op het pand op contanten onder de WFZ. Daarvoor blijft het vereiste bepaald in artikel 4, § 1, vijfde lid WFZ gelden³⁰.

5.2. Besluit: pand op levende bankrekening: (half)dood of springlevend?

28. Hoe verhoudt het geannoteerde arrest zich met het Belgisch recht, en meer bepaald met de mogelijkheid tot het vestigen van een pand op levende bankrekeningen? Het antwoord is uiteraard afhankelijk van de lezing die men aan het arrest geeft.

29. Indien de strikte lezing van het arrest wordt gevolgd. Indien de strikte lezing van het geannoteerde arrest wordt gevolgd, leidt dit tot het besluit dat een contractuele clause op grond waarvan de zekerheidsnemer de zekerheidsgever de bevoegdheid kan ontnemen om over de girale gelden te beschikken, niet volstaat opdat het pandrecht onder de collateral richtlijn valt (*supra*, nr. 17). In dat geval dringt de conclusie zich op dat een pand dat (louter) voldoet aan de voorwaarden van artikel 4, § 1, vijfde lid WFZ, geen pand in de zin van de collateral richtlijn is. Dit zou dan betekenen dat dit pand niet de voordelen van de collateral richtlijn/WFZ

²⁴ M.E. STORME, “Juridische stellingbouw die het zicht op Europa belet, geïllustreerd aan de hand van de bezitsverschaffing van financiële activa”, *TPR* 2006, 1249-1262. STORME bestempelde de meerderheidsvisie als een voorbeeld van juridische stelling of steigeraanbouw, met name de drang om enkel nieuwe regels of begrippen (*in casu* deze uit de WFZ) te aanvaarden wanneer die vermomd zijn in de hen bekende begrippen (*in casu* deze uit het BW).

²⁵ E. DIRIX, “Controle door de pandhouder van een schuldvordering en de wet financiële zekerheden”, *RW* 2006-07, afl. 32, 1337-1338.

²⁶ Zie hierover, R. HOUBEN, “Het gewijzigd juridisch kader voor financiële zekerheden (met inbegrip van netting)”, *RW* 2012-13, nr. 8: “Op te merken valt dat de bepaalbaarheid het enige vereiste is waarmee rekening moet worden gehouden voor de toepasselijkheid van de bescherming van de WFZ. Er geldt inzake het pand dus geen bijkomend vereiste van buitenbezitstelling of controleoverdracht. Het unieke vereiste van bepaalbaarheid wordt ook ingevoerd voor contanten. Ook voor de verpanding van contanten geldt derhalve geen vereiste van buitenbezitstelling of controleoverdracht (meer). Het lijdt dan ook geen twijfel (meer) dat de ‘levende’ rekening – i.e. een niet-geblokkeerde rekening, waarvan de rekeninghouder het saldo kan laten fluctueren – door de loutere sluiting van de zekerheidsovereenkomst onder het toepassingsgebied van de WFZ ressorteert. Hiermee wordt de bestaande praktijk bevestigd en bestendigd.”

²⁷ Wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake (*BS* 2 augustus 2013).

²⁸ R. JANSEN, “Algemene beginselen bij de verpanding van roerende goederen” in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 101, nr. 46.

²⁹ P. VANSTEENWINKEL en I. PEETERS, “Art. 60-68 Pandwet” in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 82, nr. 2.

³⁰ K. PANIS en R. JACOBS, “Wet financiële zekerheden en pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk” in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 319, nr. 67.

kan genieten. Een dergelijk pand zou wel een gemeenrechtelijk pand kunnen zijn, op voorwaarde dat het voldoet aan artikel 60 van de wet roerende zekerheden, wat controle door de pandhouder veronderstelt.

30. Indien de gunstige lezing van het arrest wordt gevolgd. In de gunstige lezing van het arrest, zal de invulling van het verschaffingsvereiste geen problemen stellen voor

het pand op levende bankrekeningen, zoals we dit in België vandaag kennen, aangezien pandovereenkomsten standaard de vereiste clausules bevatten. Minstens kunnen deze clausules verder worden gemoduleerd, teneinde te verzekeren dat de pandhouder effectief over het recht beschikt om de opname van de rekeningtegoeden te beperken. Wordt ongetwijfeld vervolgd.