

WETENSCHAP EN PRAKTIJK

Het fzo-pandrecht op giraal saldo: een alternatief voor de huidige verpandingspraktijk

S. Swinkels

1 Inleiding

Met de implementatie van de Collateral Richtlijn¹ heeft Nederland er een nieuw type pandrecht bij gekregen: het fzo-pandrecht.² Fzo's zijn te omschrijven als overeenkomsten waarbij geld en/of effecten worden verschaft als waarborg voor de nakoming van openstaande verplichtingen.³ Het is dus mogelijk een pandrecht te vestigen op het girale saldo van een bankrekening; een praktijk waar banken al jaren bekend mee zijn. Hoewel fzo's al worden gebruikt bij bijvoorbeeld derivatenovereenkomsten,⁴ wordt het girale saldo op een bankrekening in de regel niet verpand door middel van een fzo.⁵ Waarom niet? Het fzo-pandrecht biedt, ten opzichte van het reguliere pandrecht, verschillende voordelen voor de banken (par. 2). Mogelijk houdt de terughoudendheid verband met enkele vragen die spelen omtrent de toepasbaarheid van fzo-pandrechten in de huidige verpandingspraktijk, waar vooralsnog een openbaar pandrecht wordt bedongen op het girale saldo van een bankrekening (par. 3 en 4). Een belangrijk aspect van genoemde verpandingspraktijk is dat de pandgever in zijn hoedanigheid van rekeninghouder over de rekening wil blijven beschikken. Het controlevereiste van de Collateral Richtlijn lijkt op twee manieren aan een dergelijke praktijk in de weg te staan. Zo is in de parlementaire geschiedenis te lezen dat bij de vestiging van een openbaar fzo-pandrecht het girale geld overgemaakt dient te worden naar een kwaliteitsrekening (par. 5). Daarnaast dienen de verpande financiële activa uit de macht van de fzo-pandgever en in de macht van de fzo-pandhouder te worden gebracht, ook wel het beschikkingsvereiste genoemd (par. 6). Met name dit laatste vereiste lijkt te verhinderen dat de fzo-pandgever over zijn verpande girale saldo kan blijven beschikken. Lijkt, want het beschikkingsvereiste zelf is niet terug te vinden in het Nederlands Burgerlijk Wetboek (BW). Wat is dan de waarde van het beschikkingsvereiste? En in hoeverre speelt de doorwerking van het Europese recht in het

- 1 Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168, p. 43-50).
- 2 Dit is een pandrecht in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst (fzo), terug te vinden in titel 7.2 BW. De waarborgverschaffing bij een fzo kan zowel in de vorm van een pandrecht als in de vorm van een overdracht.
- 3 W.H.M. Reehuis, *Overdracht* (Monografieën BW, deel B6a), Deventer: Kluwer 2010, nr. 83.
- 4 Derivatenovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij verplichtingen van partijen afhankelijk zijn van een onderliggende koers, index of goederen. Denk daarbij aan 'swaps'.
- 5 Althans, mij zijn geen praktijkvoorbeelden bekend en dit beeld wordt mij bevestigd door geluiden uit de praktijk.

S. Swinkels

Nederlandse recht nog een rol (par. 7)? Al deze vragen zullen de revue passeren, voordat er in paragraaf 8 enige conclusies getrokken worden omtrent de stelling dat het fzo-pandrecht op giraal saldo een alternatief vormt voor de huidige verpandingspraktijk.

2 De voordelen van een fzo-pandrecht op bankrekeningen

Het vestigen van pandrechten op giraal saldo is aan de orde van de dag en is een praktijk waar banken vertrouwd mee zijn. Om over te schakelen van het bekende reguliere pandrecht naar het fzo-pandrecht is van belang dat deze fzo-pandrechten iets 'extra's' kunnen bieden. In de situatie dat de rekeninghouder in zwaar weer verkeert of in staat van faillissement is verklaard, biedt het fzo-pandrecht deze voordelen voor de bank. Zo zijn de mogelijkheden om over te gaan tot executie bij een fzo-pandrecht een stuk ruimer dan bij een regulier pandrecht. Daarnaast bepaalt art. 63e van de Faillissementswet (Fw) dat, onder bepaalde voorwaarden, banken nog op de dag van faillietverklaring hun positie kunnen versterken door het vestigen van een nieuw fzo-pandrecht en/of door het verrekenen van overgenomen vorderingen en schulden. Een mogelijkheid die op gespannen voet staat met het fixatiebeginsel.

2.1 Voordelen met betrekking tot de executie

Op het moment dat de fzo-pandgever nog niet in staat van faillissement verkeert, kan de bank wel al profiteren van de verruimde executiemogelijkheden die titel 7.2 BW biedt. Waar de gewone pandhouder pas mag executeren indien sprake is van verzuim aan de kant van de pandgever of schuldenaar,⁶ mag de fzo-pandhouder ook executeren indien sprake is van 'een andere omstandigheid' op grond waarvan de pandhouder krachtens een fzo of de wet gerechtigd is tot executie.⁷ In de titel tot verpanding van het fzo-pandrecht kunnen derhalve scenario's worden opgenomen op grond waarvan de bank bevoegd is tot uitwinning van het fzo-pandrecht. Bovendien beschikt de bank in haar hoedanigheid als fzo-pandhouder over meer manieren om over te gaan tot executie dan wanneer de bank 'slechts' een regulier pandhouder zou zijn. Zowel de gewone pandhouder als de fzo-pandhouder is bevoegd tot executoriale verkoop en levering en tot verhaal op de opbrengst.⁸ Een fzo-pandhouder is daarnaast ook bevoegd (1) effecten toe te eigenen en de waarde van die effecten te verrekenen met het hem verschuldigde, (2) het girale saldo waarop het pandrecht rust te verrekenen met het hem verschuldigde en (3) de kredietvordering waarop het pandrecht rust over te dragen en de opbrengst te verrekenen met het hem verschuldigde. Voor de verpanding van bankrekeningen is met name de onder 2 genoemde verrekeningsbevoegdheid van belang.

Indien de bank zowel fzo-pandhouder als *account bank* is van het verpande girale saldo, zal het fzo-pandrecht in vergelijking met het reguliere pandrecht op het

6 Zie art. 3:248 lid 1 BW.

7 Zie art. 7:51 aanhef en sub h BW.

8 Zie art. 3:248 lid 1 en 7:54 lid 1 aanhef en sub a BW.

eerste oog weinig 'extra's' bieden met betrekking tot de verrekeningsbevoegdheden. Immers, de *account bank* is in dat geval zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde. De bank kan in dit geval op grond van art. 53 Fw haar schuld met haar vordering op de failliete fzo-pandgever verrekenen indien beide zijn ontstaan vóór faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die vóór faillietverklaring met de fzo-pandgever zijn verricht.⁹ Wanneer daarentegen de nieuwe schuld van de bank ontstaat tijdens faillissement van de fzo-pandgever biedt het fzo-pandrecht wel perspectief. Op grond van art. 63e Fw kunnen banken namelijk nog óp de dag van faillietverklaring hun positie versterken. De voordelen die art. 63e Fw biedt, zullen hierna uiteen worden gezet.

2.2 Voordelen van art. 63e Fw

Art. 63e lid 1 Fw bepaalt dat de faillietverklaring van een fzo-pandgever niet terugwerkt tot 00.00 uur van diezelfde dag met betrekking tot (onder andere) het vestigen van een fzo-pandrecht en een verrekeningsopdracht in het kader van een fzo.¹⁰ Ten aanzien van deze rechtshandelingen treedt het faillissement pas in op het moment dat de rechter de fzo-pandgever failliet verklaart. Art. 63e lid 2 Fw ziet op de periode tussen de daadwerkelijke faillietverklaring en 24.00 uur van die dag. Op grond van dat artikel is het tevens mogelijk voor de bank een fzo-pandrecht te vestigen op het girale saldo of een schuld te verrekenen na faillietverklaring, mits de fzo-pandhouder kan aantonen dat hij de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen.¹¹ Dit maakt het mogelijk voor de bank om, in afwijking van het fixatiebeginsel, op de dag van faillissement nog haar positie te verbeteren. Mogelijk probleem bij de toepassing van art. 63 Fw in de huidige verpandingspraktijk is het feit dat pandrechten worden gevestigd door de *account bank* zelf, op grond van een volmacht van de rekeninghouder/pandgever. Op grond van art. 3:72 aanhef en sub a BW eindigen volmachten bij faillissement van de pandgever. Art. 63e lid 2 Fw lost dit probleem op door de werking van art. 3:72 BW uit te sluiten. Een dergelijke uitsluiting komt echter niet voor in het eerste lid van art. 63e Fw. Het ligt desalniettemin in de rede aan te nemen dat een volmacht tot vestiging van een fzo-pandrecht op de dag van faillietverklaring in stand blijft, nu art. 63e lid 1 Fw tot doel heeft de gevolgen van faillissement, ten aanzien van het aangaan van een fzo, pas in te laten treden op het tijdstip van daadwerkelijke faillietverklaring door de rechter.¹² Een dergelijke redenering sluit bovendien aan bij hetgeen de minister heeft overwogen ten aanzien van het buiten toepassing laten

9 Zie art. 53 Fw. Overigens kwalificeert een schuldoverneming door middel van creditering, wanneer de bank weet dat het faillissement reeds is aangevraagd of deze te verwachten was, als een verrekening ex art. 54 Fw. Zie HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./BMH I) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (AMRO/Curatoren THB).

10 In afwijking van art. 23 en 35 Fw.

11 Kamerstukken II 2002/03, 28874, 3, p. 21; de minister kwalificeert dit vereiste als 'te goeder trouw'.

12 Zie art. 8 lid 1 sub a Collateral Richtlijn.

S. Swinkels

van art. 3:72 BW in het tweede lid van art. 63e Fw.¹³ Naar mijn mening kan de bank op de dag van faillissement van de rekeninghouder dus nog wel degelijk fzo-pandrecht vestigen ten behoeve van zichzelf. Dit is vooral van belang in de situatie dat er op de dag van faillietverklaring nog een boeking wordt verricht op de rekening van de fzo-pandgever. Immers, door creditering van het girale saldo zal er mogelijk een nieuwe vordering ontstaan waar niet reeds een fzo-pandrecht op is gevestigd. Twee situaties kunnen hierbij worden onderscheiden: de situatie dat voor creditering sprake is van een positief giraal saldo en de situatie dat voor creditering sprake is van een negatief giraal saldo. Beide situaties zullen worden toegelicht.

2.3 Creditering van een positief giraal saldo

Op een positief giraal saldo, van bijvoorbeeld +50, is voorafgaand aan de dag van faillissement een fzo-pandrecht gevestigd ten behoeve van de *account bank*. Op de dag van faillissement, voor het vonnis van de rechter, wordt er een overboeking gedaan van +100 en bedraagt het nieuwe saldo +150. Het crediteren van de +100 is aan te merken als een schuldoverneming¹⁴ en normaliter mag de bank deze schuld niet verrekenen met een eigen vordering op de failliet.¹⁵ Een dergelijke overboekingsopdracht komt in dat geval dus geheel voor risico van de bank. Echter, wanneer na creditering de bank een fzo-pandrecht vestigt op het nieuwe saldo van +150 is het wel mogelijk de schuld te verrekenen met een eigen vordering.¹⁶ Op grond van art. 7:54 lid 1 sub b BW mag de *account bank* namelijk een verpande vordering executeren door middel van een verrekening met een eigen vordering. Ook op grond van art. 63e lid 2 Fw is het mogelijk na het vonnis van de rechter, op de dag van faillietverklaring, een fzo-pandrecht te vestigen. Daarbij geldt wel als extra vereiste dat de bank, in haar hoedanigheid van fzo-pandhouder, te goeder trouw is. De fzo-pandhouder dient aan te tonen dat hij ten tijde van de rechtshandeling de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. Door het vestigen van een nieuw fzo-pandrecht en de executie daarvan door middel van verrekening komt het crediteren van een positief giraal saldo op de dag van faillissement niet langer voor rekening en risico van de bank.

Er bestaat nog een andere manier om de overgenomen schuld te verrekenen. Op grond van art. 63e lid 1 Fw wordt een opdracht tot verrekening op grond van een fzo namelijk niet geraakt door het faillissement, wanneer deze opdracht is gegeven op de dag van faillissement maar voor faillietverklaring door de rechter. Hiermee wordt bedoeld op een verrekening op grond van *close-out netting*-bedingen,

13 De minister heeft over de uitsluiting van art. 3:72 BW het volgende opgemerkt: 'Wanneer bijvoorbeeld een verpanding van goederen op basis van een financiële zekerheidsovereenkomst door een gevolmachtigde van de failliet plaatsvindt – derhalve na het tijdstip van het vonnis – zou de zekerheidsstelling ongedaan kunnen worden gemaakt. Er is in dat geval gehandeld op basis van een door het faillissement vervallen volmacht. Een dergelijk rechtsgevolg is in strijd met de Richtlijn, zodat een uitzondering op de regeling van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek noodzakelijk is.' Zie Kamerstukken II 2002/03, 28874, 3, p. 22.

14 HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./BMH I).

15 Zie art. 54 lid 2 Fw.

16 Art. 63e lid 1 Fw jo. art. 7:54 lid 1 sub b BW.

waarmee fzo's in de regel zijn uitgerust.¹⁷ Deze bedingen strekken tot verrekening van de wederzijdse verplichtingen indien zich een executiegrond voordoet.¹⁸ Door het uitstellen van de werking van faillissement kwalificeert een verrekeningsopdracht, op grond van een verrekeningsbeding in de fzo, niet als verrekening in faillissement ex art. 54 lid 2 Fw. Het is dus mogelijk voor de *account bank* het positieve girale saldo te verrekenen met een eigen vordering op de fzo-pandgever. Dat er geen fzo-pandrecht op het nieuwe saldo van +150 rust, doet hier niet aan af. De titel tot een eventuele verpanding, de fzo zelf, bestaat namelijk al en in deze titel is het *close-out netting*-beding overeengekomen. Let wel, hoewel de verrekening op grond van art. 63e lid 1 Fw dus niet plaatsvindt in het faillissement van de fzo-pandgever, vindt deze wel plaats 'in het zicht van faillissement'.¹⁹ Art. 54 lid 1 Fw speelt dus nog wel degelijk een rol. Dit is te verklaren uit het feit dat de Collateral Richtlijn geen afbreuk wil doen aan eventuele restricties of voorschriften in de nationale wetgeving inzake verrekening.²⁰ Concreet betekent dit dat verrekening op grond van de fzo slechts mogelijk is wanneer de *account bank* ten tijde van de overboeking te goeder trouw was.²¹ De bank is te goeder trouw wanneer zij op dat moment niet wist of behoorde te weten dat het faillissement van de rekeninghouder te verwachten was.

Art. 63e lid 2 Fw heeft betrekking op de situatie dat de schuld wordt overgenomen ná faillietverklaring door de rechter, op de dag van faillissement. Een verrekening op grond van het *close-out netting*-beding vindt in dit geval plaats ten tijde van faillissement. Dit betekent dat art. 53 en 54 Fw een rol kunnen spelen.²² Op grond van art. 54 lid 2 Fw zou de verrekening van het overgeboekte bedrag op grond van het beding zijn uitgesloten, nu sprake is van een schuldovername ten tijde van faillissement. Echter, art. 63e Fw verklaart de werking van art. 54 lid 2 Fw buiten toepassing, mits de fzo-pandhouder kan aantonen dat hij ten tijde van de rechtshandeling de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen.²³ Dit vereiste van 'te goeder trouw' lijkt daarmee ruimer dan het reeds in de jurisprudentie ontwikkelde vereiste van te goeder trouw van art. 54 lid 1 Fw.

Door gebruik te maken van een fzo-pandrecht hoeven overboekingsopdrachten naar een positief giraal saldo op de dag van faillissement niet langer voor reke-

17 B.A. Schuijling, Financiële zekerheidsvereenkomsten en faillissement, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (Serie Onderneming en Recht, deel 72), Deventer: Kluwer 2012, p. 237.

18 Zie art. 7:51 sub h BW.

19 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 4 (MvA); Schuijling 2012, p. 239.

20 Zie overweging 15 van de considerans van de Collateral Richtlijn en Kamerstukken II 2004/05, 30138, 3, p. 11 (MvT).

21 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 m.nt. JBMV (AMRO/THB); HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN).

22 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 4 (MvA); Schuijling 2012, p. 239.

23 In de parlementaire geschiedenis is over deze uitzondering het volgende te lezen: 'Artikel 54 lid 2 Faillissementswet bepaalt dat na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden niet kunnen worden verrekend. Op grond van artikel 8 lid 2 van de Richtlijn kan de rechtsgeldigheid van de overdracht van creditsaldi echter niet worden uitgesloten, mits de wederpartij te goeder trouw is. Ook op dit punt is derhalve een uitzondering noodzakelijk.' Zie Kamerstukken II 2004/05, 30138, 3, p. 24.

ning en risico van de banken te komen. Het is mogelijk een op de dag van faillietverklaring overgenomen schuld te verrekenen met een eigen vordering op de fzo-pandgever. In paragraaf 2.4 wordt onderzocht in hoeverre deze voordelen opgaan indien de bank niet een positief, maar een negatief giraal saldo crediteert.

2.4 Creditering van een negatief giraal saldo

Een negatief giraal saldo zal voorafgaand aan het faillissement niet verpand zijn aan de *account bank*, nu de rekeninghouder niet de schuldeiser maar de schuldenaar is van deze vordering. Stel dat op de dag van faillietverklaring sprake is van een saldo van -50 en er wordt een boeking gedaan van +100. Is het dan mogelijk op het nieuwe saldo van +50 alsnog een fzo-pandrecht te vestigen en deze onder de noemer van executie te verrekenen met de schuld op de bank? Mijns inziens staan art. 53 lid 1 en 54 lid 2 Fw hieraan in de weg. Om tot een positief giraal saldo te komen waar wel een fzo-pandrecht op gevestigd kan worden, moet de *account bank* namelijk tijdens faillissement de schuld van +100 overnemen en deze vervolgens verrekenen met het negatieve saldo van -50.²⁴ Wanneer creditering niet mogelijk is, zal het girale saldo negatief blijven en is er überhaupt geen giraal saldo om het fzo-pandrecht op te vestigen. Verrekening in de vorm van executie van een fzo-pandrecht behoort derhalve niet tot de mogelijkheden.

Het crediteren van een negatief giraal saldo op de dag van faillissement is dus niet mogelijk. De overboekingsopdracht van +100 is daarentegen wel te kwalificeren als een overgenomen vordering van de rekeninghouder/fzo-pandgever op de *account bank* en kan daarom onder het reeds overeengekomen *close-out netting*-beding van een fzo vallen. Voor faillietverklaring door de rechter kan de overgenomen schuld derhalve worden verrekend, mits de fzo-pandhouder te goeder trouw is ten aanzien van de schuldoverneming.²⁵ De situatie wordt niet veel anders na faillietverklaring door de rechter. Art. 63e lid 2 Fw sluit immers de werking van art. 54 lid 2 Fw uit, op voorwaarde dat de fzo-pandhouder te goeder trouw is ten tijde van de overboeking. Er bestaat daarbij slechts een klein verschil tussen het vereiste van te goeder trouw van art. 54 lid 1 en 63e lid 2 Fw. Overboekingsopdrachten op een negatief giraal saldo, op de dag van faillissement, zullen dus wederom niet voor rekening en risico komen van de bank.

In deze paragraaf is uiteengezet waarom en wanneer een fzo-pandrecht voordelen meebrengt voor de bank, in vergelijking met het reguliere pandrecht. Zo kent de fzo-pandhouder ruimere executiemogelijkheden en hoeven boekingsopdrachten verricht op de dag van faillissement niet langer voor rekening en risico van de bank te komen. In theorie kunnen fzo-pandrechten dus zeker interessant zijn voor banken. Of het fzo-pandrecht praktisch ook een daadwerkelijk alternatief kan vormen voor de huidige verpandingspraktijk, zal in het verdere verloop van dit artikel ter sprake komen. Daarbij zal eerst de huidige verpandingspraktijk worden omschreven. Vervolgens wordt onderzocht of het fzo-pandrecht toegepast kan worden in deze praktijk.

24 HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Giro/Standaardfilms).

25 Art. 54 lid 1 BW.

3 Huidige verpandingspraktijk

In de huidige verpandingspraktijk is de verpanding van het girale saldo op een bankrekening aan de orde van de dag. Een positief saldo op een bankrekening is te omschrijven als een vordering op die bank en kan om die reden worden verpand.²⁶ De verpanding van dit saldo kent doorgaans twee verschijningsvormen: de verpanding van het girale saldo aan de *account bank* zelf en de verpanding aan een derde. In dit artikel zal de eerste verschijningsvorm centraal staan. Een verpanding van het girale saldo door de rekeninghouder aan zijn *account bank* vindt zijn grondslag in art. 24 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) en komt derhalve bijna altijd standaard voor.²⁷ Dit artikel kent een volmacht aan de bank toe om alle bestaande en toekomstige vorderingen die de cliënt/rekeninghouder op haar heeft aan zichzelf te verpanden.²⁸ Aangenomen mag worden dat dit een openbare verpanding²⁹ betreft, nu de pandhouder en de debiteur dezelfde rechtspersoon (de bank) zijn en derhalve aan het mededelingsvereiste zal zijn voldaan.³⁰ Er bestaat nog een andere reden waarom in de praktijk vrijwel altijd gekozen zal worden voor het openbare pandrecht in plaats van het stille pandrecht.³¹ Op grond van art. 3:239 lid 1 BW kunnen slechts vorderingen die op het moment van vestiging reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding stil worden verpand. De vordering van de rekeninghouder op de bank die ontstaat doordat de bank het saldo crediteert, vloeit volgens de Hoge Raad niet rechtstreeks voort uit een tussen de bank en de rekeninghouder bestaande rechtsverhouding. Het is een vaste lijn in de jurisprudentie dat creditering niet haar oorzaak vindt in de rechtsverhouding tussen bank en rekeninghouder, maar in het betalen van een derde op de desbetreffende rekening.³² Het toekomstige girale saldo zal om die reden niet bij voorbaat stil kunnen worden verpand.

Naast genoemde voordelen, brengt het openbare pandrecht ook een praktisch nadeel mee. Op grond van art. 3:246 lid 1 BW gaat door de vestiging van een openbaar pandrecht op een vordering de inningsbevoegdheid van de vordering

- 26 R.M. Wibier, Zekerheid op bankrekeningen: de financiëlezekerheidsovereenkomst – een gouden greep van de wetgever!, NTHR 2007, afl. 2, p. 76; H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2012, nr. 25. In België denkt men hetzelfde erover, zie o.a. E. Dirix & R. de Corte, Zekerheidsrechten, Mechelen: Kluwer 2006, nr. 505.
- 27 Algemene Bankvoorwaarden, in werking getreden op 1 november 2009.
- 28 Dit zal in de regel gebeuren via een verzamelpandakte, waarin een bepaling met een volgende strekking is opgenomen: 'De Bank geeft hierbij namens ieder van de Pandgevers alle Volmachtgoederen van die Pandgever aan de Bank in pand. De Bank aanvaardt deze verpanding.' Zie ook HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947 (Dix q.q./ING).
- 29 Art. 3:236 lid 1 jo. art. 3:94 lid 1 BW.
- 30 Asser/Mijnssen, Van Velten & Van Mierlo 3-III 2003/118.
- 31 J. Diamant, De Collateral Richtlijn (Recht en Praktijk, FR12), Deventer: Kluwer 2015, p. 88; Wibier 2007, p. 76.
- 32 HR 7 juni 1929, NJ 1929, p. 1285 (Staat/Buitenlandse Bankvereniging); HR 25 februari 1932, NJ 1932, p. 301 (Ontvanger/Schermer); HR 10 januari 1975, NJ 1976/249 (Giro/Standaardfilms); HR 27 januari 1989, NJ 1989/422 (Otex/Steenbergen q.q.); HR 17 februari 2012, NJ 2012/605 (Rabobank/Kézér q.q.), r.o. 3.6.

over van de pandgever/crediteur op de pandhouder. Bij de verpanding van een giraal saldo betekent dit dat de *account bank* zijnde pandhouder de eigen vordering int.³³ Dit levert praktische bezwaren op nu doorgaans de rekeninghouder/pandgever zelf over zijn girale saldo wil blijven beschikken. Op grond van art. 3:246 lid 4 BW kan de pandhouder aan de pandgever toestemming verlenen het girale saldo te innen, hetgeen in de praktijk ook doorgaans gebeurt. In de pandakte wordt opgenomen in welke gevallen de pandhouder deze toestemming kan intrekken, bijvoorbeeld wanneer de financiële positie van de pandgever verslechtert.³⁴ Over deze gang van zaken bestaat discussie. Is er namelijk wel sprake van een openbaar pandrecht op giraal saldo wanneer de pandgever toestemming krijgt over het saldo te blijven beschikken?³⁵ De meeste auteurs zijn van mening dat dit inderdaad het geval is en ik deel deze mening.³⁶ Eenzelfde vraag speelt bij het fzo-pandrecht. Het controlevereiste vereist namelijk dat de verpande financiële activa onder de controle komen van de fzo-pandhouder.³⁷

4 Het fzo-pandrecht op giraal saldo

In de vorige paragraaf is omschreven op welke manier giraal saldo in de regel wordt verpand aan de *account bank*. Een fzo-pandrecht kan pas een alternatief vormen voor deze verpandingspraktijk als het daarop aansluit. Het moet derhalve voor de *account bank* mogelijk zijn door middel van een volmacht voor zichzelf een fzo-pandrecht te vestigen en de fzo-pandgever moet als rekeninghouder over zijn bankrekening kunnen blijven beschikken. Overigens kan een fzo-pandrecht niet door en voor iedereen worden gevestigd. Zo dient minimaal een van de partijen een instelling als genoemd in art. 7:52 lid 1 BW³⁸ te zijn en kunnen consumenten geen partij zijn bij de overeenkomst.³⁹ Het is dus wel mogelijk een fzo te sluiten tussen een bank en een rechtspersoon of bedrijf.⁴⁰ Verder is in de parlementaire geschiedenis te lezen dat de algemene regels met betrekking tot pandrechten op

33 Wibier (2007, p. 80) geeft aan dat inning van een eigen vordering niet mogelijk is. Anders in die zin: J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 16.

34 J.E. Drinkhill, *De verpanding van rekening-courantsaldi*, MvV 2009, afl. 7/8, p. 173.

35 R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 32. Zie ook J.W. Winter, *Cessie en verpanding van toekomstige vorderingen*. HR 16 juni 1995, RvdW 1995, p. 108; C.T.M. Luijks, *Pandrecht op (het saldo van) een bankrekening*, WPNR 2001/6465, p. 970.

36 Drinkhill 2009, p. 173; A.-J. van der Lely, *Cash collateral. The implementation of the Collateral Directive in the Netherlands*, in: E. Koops & W.J. Zwolve (red.), *The past and future of money*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 72; P.M. Veder, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen: proefschrift van mr. R.M. Wibier*, MvV 2009, afl. 1, p. 23; J.F.M. Janssen, *Is een extern werkende verhaalsvoorrang op een giraal saldo op louter obligatoire grondslag mogelijk?* (bespreking van: R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen*, Deventer: Kluwer 2007), WPNR 2008/6759, p. 485; Luijks 2001, p. 971.

37 Art. 1 lid 5 jo. art. 2 lid 2 Collateral Richtlijn.

38 Het gaat daarbij o.a. om overheidsinstanties, banken, beleggingsinstellingen en verzekeraars. Zie hierover ook Diamant 2015, p. 1.

39 Zie art. 7:52 lid 1 en 2 BW.

40 Natuurlijk persoon ter uitoefening van een beroep of bedrijf, in de zin van art. 7:52 lid 2 BW.

fzo's van toepassing zijn, tenzij de wet anders bepaalt.⁴¹ De vestigingsformaliteiten van Boek 3 BW dienen derhalve in acht te worden genomen. Dit betekent dat de vordering overdraagbaar moet zijn en de fzo-pandgever beschikkingsbevoegd, dat er sprake moet zijn van een geldige titel en dat de vestigingsformaliteiten met betrekking tot openbare verpanding in acht dienen te worden genomen. Er bestaat ook een verschil met betrekking tot het reguliere pandrecht: het 'controlevereiste' van art. 1 lid 5 jo. art. 2 lid 2 van de Collateral Richtlijn. Dit controlevereiste houdt in dat de Collateral Richtlijn slechts van toepassing is indien de financiële activa als zekerheid zijn verschaft en op voorwaarde dat een en ander met schriftelijke bewijsstukken kan worden aangetoond.⁴² Art. 2 lid 2 van de Collateral Richtlijn definieert dit 'verschaffen' als het 'daadwerkelijk leveren, overdragen, houden, inschrijven in een register of anderszijds kwalificeren, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van de zekerheidsnemer of een persoon die namens de zekerheidsnemer optreedt'. Het is de vraag op welke manier dit vereiste geïnterpreteerd dient te worden. Hoewel in paragraaf 3 ter sprake kwam dat het naar Nederlands recht mogelijk is de inningsbevoegdheid ten aanzien van de verpande vordering te verlenen aan de pandgever, is niet geheel zeker of dit ook bij het fzo-pandrecht kan. Een nadere beschouwing van het controlevereiste is derhalve gewenst.

5 Het controlevereiste

Opvallend aan het controlevereiste is dat dit vereiste niet terug te vinden is in de Nederlandse wettelijke regeling omtrent fzo's. In de parlementaire geschiedenis wordt het controlevereiste daarentegen wel genoemd.⁴³ De minister heeft in eerste instantie het controlevereiste in de Nederlandse regelgeving geïmplementeerd door te stellen dat het fzo-pandrecht slechts een openbaar pandrecht kan zijn. Later komt de minister hierop terug, waardoor afgevraagd kan worden of een stille fzo-verpanding nu wel of niet mogelijk is.⁴⁴ In dit artikel wordt deze discussie buiten beschouwing gelaten, nu bij de verpanding van giraal saldo gebruik wordt gemaakt van openbare pandrechten. Wel interessant bij de eerste opmerking van de minister is dat hij de woorden 'bezit of onder de controle' van het controlevereiste uit de Collateral Richtlijn heeft vertaald naar 'in het bezit van of de macht over'.⁴⁵ Door de term 'macht' te gebruiken sluit de minister aan bij art. 3:237 lid 3 BW.⁴⁶ In de nadere memorie van toelichting wordt dit vereiste nader ingekleurd.⁴⁷

41 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 3 en Kamerstukken II 2009/10, 32457, 3, p. 10.

42 Zie art. 1 lid 5 Collateral Richtlijn.

43 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 2 (MvT). Vgl. Kamerstukken II 2002/03, 28874, 3, p. 7 (MvT).

44 Kamerstukken II 2009/10, 32457, 3, p. 11.

45 Kamerstukken II 2002/2003, 28874, 3, p. 7 (MvT).

46 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 2 (MvT).

47 Kamerstukken I 2004/05, 28874, E, p. 6 (nadere MvA).

‘Dat brengt mee dat nodig is dat het geld op een rekening wordt geplaatst waarover de pandhouder, uiteraard binnen de grenzen van de pandovereenkomst, kan beschikken, maar de pandgever niet. Een dergelijke rekening kan tot stand worden gebracht door een overeenkomst van de pandhouder en pandgever met de bank waar de rekening zal worden geopend, welke rekening kan worden gesteld op naam van de pandhouder in diens kwaliteit.’

Hiermee geeft de minister aan dat bij een openbaar fzo-pandrecht pas aan het controlevereiste wordt voldaan wanneer de fzo-pandhouder over de verschaft financiële zekerheid kan beschikken, maar de fzo-pandgever niet. Dit laatste vereiste, ook wel het ‘beschikkingsvereiste’ genoemd, is in de literatuur sterk bekritiseerd.⁴⁸ De minister geeft bovendien in deze passage aan dat wordt voldaan aan het beschikkingsvereiste indien het geld wordt overgemaakt op een kwaliteitsrekening, op naam van de pandhouder.⁴⁹ Een en ander zal berusten op een driepartijenovereenkomst: een overeenkomst van de pandhouder en pandgever met de bank. Op die manier wordt bewerkstelligd dat weliswaar de juridische eigendom van de verpande financiële activa bij de pandgever ligt, maar deze feitelijk niet meer over die activa kan beschikken.⁵⁰ Immers, de bank zal slechts betalingsopdrachten verrichten die door de rekeninghouder, dus de fzo-pandhouder, worden afgegeven.

In paragraaf 2, bij de beschrijving van de huidige verpandingspraktijk, kwam ter sprake dat creditsaldi op bankrekeningen in de regel openbaar worden verpand. Openbare verpanding heeft tot gevolg dat de inningsbevoegdheid van de vordering overgaat van de pandgever op de pandhouder.⁵¹ Nu dit praktische bezwaren meebrengt omdat de rekeninghouder/pandgever over zijn bankrekening wil blijven beschikken, spreken pandgever en pandhouder met elkaar af dat de pandgever deze bevoegdheid mag blijven uitvoeren. Deze toestemming wordt afgeleid van art. 3:246 lid 4 BW. Nu stuiten we op een probleem. Onderdeel van het controlevereiste is, zoals in de memorie van toelichting naar voren kwam, het beschikkingsvereiste. Oftewel: de fzo-pandhouder mag over de financiële activa beschikken, maar de fzo-pandgever niet en dit wordt bewerkstelligd door middel van het overboeken van het saldo op een kwaliteitsrekening. Deze invulling van het beschikkingsvereiste roept vragen op. Ten eerste: kan er nog wel een fzo-pandrecht worden gevestigd op een bankrekening, zonder het girale saldo over te

48 R. Zwitser, *Contractuele ‘overdracht’ en contractueel pand*, WPNR 2008/6746, p. 219; R.M. Wibier, *De financiëlezekerheidsovereenkomst: verkeerde implementatie van een Richtlijn en een smet op het Burgerlijk Wetboek!*, WPNR 2006/6667, par. 3; Van der Lely 2008, p. 175.

49 In de parlementaire geschiedenis merkt minister Donner nog op dat in de driepartijenovereenkomst waarbij de kwaliteitsrekening wordt geopend een pandakte besloten kan liggen. Bovendien kan de overschrijvingsopdracht van het verpande girale saldo op de kwaliteitsrekening als pandakte fungeren. Zie Kamerstukken II 2004/05, 30138, 3, p. 15.

50 Over deze opmerking met betrekking tot de kwaliteitsrekening is veel geschreven, o.a. in de verhouding met het Kas-Associatie-arrest (HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6519) en het Procall-arrest (HR 16 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413). Zie hierover Wibier 2006, par. 3. In het kader van dit artikel wordt als uitgangspunt genomen dat de invulling van deze kwaliteitsrekening, zoals de wetgever deze voor ogen had, rechtsgeldig is.

51 Art. 3:246 lid 1 BW.

boeken naar een kwaliteitsrekening? Ten tweede: staat het controlevereiste eraan in de weg dat de fzo-pandhouder de fzo-pandgever/rekeninghouder de beschikking over zijn bankrekening teruggeeft? Een fzo-pandrecht kan pas een daadwerkelijk alternatief zijn voor de huidige verpandingspraktijk als het op die praktijk aansluit. Het pandrecht moet daarbij tot stand kunnen komen zonder dat het girale saldo naar een kwaliteitsrekening geboekt dient te worden en het moet mogelijk zijn voor de fzo-pandgever om over de rekening te blijven beschikken. In het vervolg zal de beantwoording van deze twee vragen centraal staan.

6 Vestigen fzo-pandrecht zonder kwaliteitsrekening?

De invulling van het beschikkingsvereiste door te eisen dat het verpande girale saldo overgemaakt moet worden naar een kwaliteitsrekening van de pandhouder, was in de literatuur onderwerp van kritiek.⁵² Zo zou deze constructie in strijd zijn met het formaliteitenverbod van art. 3 lid 1 van de Collateral Richtlijn. Dit formaliteitenverbod houdt in dat de lidstaten geen formaliteiten mogen voorschrijven met betrekking tot de overdracht of verpanding van de financiële activa. Daarbij kan worden gedacht aan de inschrijving in een openbaar register, de bekendmaking in een publicatieblad of het in bepaalde vorm verlijden van een akte. Er bestaan ook enkele uitzonderingen op het formaliteitenverbod. Zo mag het formaliteitenverbod geen afbreuk doen aan het feit dat pas een fzo-pandrecht tot stand kan komen na verschaffing van de financiële activa, dus door voldoening aan het controlevereiste. Daarmee komen we in een spanningsveld terecht. Enerzijds stelt de minister namelijk dat om aan het controlevereiste te voldoen ook nodig is dat de gelden worden overgemaakt op een kwaliteitsrekening. Deze overboeking is daarmee onderdeel geworden van het controlevereiste, waardoor de formaliteiten die hiermee gepaard gaan, zijn uitgezonderd van het formaliteitenverbod. Anderzijds kan worden betoogd dat het vereiste van overmaking op een kwaliteitsrekening berust op een *slip of the pen* van de minister, nu (1) het vereiste van de kwaliteitsrekening geen hard vereiste is en tevens aan 'controle' kan worden voldaan door het handhaven van een openbaar pandrecht, (2) deze zienswijze in strijd is met de jurisprudentie van de Hoge Raad, en (3) deze extra vereisten in strijd zijn met het doel dat door het formaliteitenverbod wordt nagestreefd.

Allereerst het argument dat ook aan 'controle' kan worden voldaan door het handhaven van een openbaar pandrecht. Zo wijkt de passage in de wetgeschiedenis omtrent de kwaliteitsrekening af van andere passages in diezelfde wetgeschiedenis. Eerder noemde de minister namelijk dat de richtlijn geen betrekking heeft op een bezitloos of stil pandrecht, nu de richtlijn als uitgangspunt heeft dat bij de vestiging het bezit van of de macht over een goed wordt verschaft.⁵³ Later stelt de minister dat 'controle' kan ontstaan door verpanding van activa, mits het gaat om een openbaar pandrecht.⁵⁴ Ook bij de implementatie van de gewijzigde Collateral Richtlijn wordt de kwaliteitsrekening niet meer als extra vereiste

52 Diamant 2015, p. 123; Wibier 2006, p. 393-399; Van der Lely 2008, p. 169-176.

53 Kamerstukken II 2002/03, 28874, 3, p. 7.

54 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 2.

genoemd.⁵⁵ Een en ander duidt erop dat de wetgever in eerste instantie voor ogen had dat ‘controle’ van de richtlijn in lijn was met de ‘machtsverschaffing’ zoals we dat bij het Nederlandse openbare pandrecht kennen, zij het dat deze machtsverschaffing bij een vordering op naam is vertaald naar een ‘akte en mededeling’. Bovendien gebruikt de wetgever een ‘kan’-bepaling in zijn passage omtrent de kwaliteitsrekening. Dit wijst erop dat de constructie van de kwaliteitsrekening een suggestie is van hoe aan het controlevereiste kan worden voldaan.

Ten tweede wordt betoogd dat de constructie van de kwaliteitsrekening in strijd zou zijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Hij oordeelde in het *Kas-Associatie-arrest* namelijk dat rekeninghouder de rechthebbende is van het op die rekening staande girale saldo.⁵⁶ Bij het openen van een kwaliteitsrekening op naam van de fzo-pandhouder zou dit betekenen dat deze fzo-pandhouder rechthebbende is van het verpande girale saldo, terwijl de eigendom nooit over is gegaan van de fzo-pandgever naar de fzo-pandhouder. Bovendien beperkte de Hoge Raad in het *Procall-arrest* de mogelijkheden tot het openen van een kwaliteitsrekening tot bepaalde beroepsgroepen, zoals notarissen.⁵⁷

Ten derde strookt de invulling van het beschikkingsvereiste niet met het doel van het formaliteitenverbod. Dit heeft immers onder andere tot doel het vestigen van fzo-pandrecht te vereenvoudigen door formaliteiten tot een minimum te brengen.⁵⁸ Het vereiste van een kwaliteitsrekening is een aanvulling van de bestaande formaliteiten van het openbare pandrecht en bemoeilijkt daarmee juist de totstandkoming van pandrecht.

Gezien bovenstaande argumenten meen ik dat het overmaken van gelden op een kwaliteitsrekening geen vereiste is bij de totstandkoming van een fzo-pandrecht op giraal geld. Het vestigen van een openbaar fzo-pandrecht is voldoende om aan het controlevereiste te voldoen. Een openbare verpanding heeft immers tot gevolg dat de fzo-pandhouder inningsbevoegd wordt en daarmee de ‘controle’ heeft over de bankrekening.⁵⁹ Daarmee sluit het controlevereiste van de richtlijn aan bij het machtsvereiste zoals we dat bij het reguliere openbare pandrecht terugzien. Het eerste probleem lijkt daarmee opgelost. Deze oplossing vormt echter tegelijkertijd een probleem. Aan het controlevereiste wordt immers voldaan bij een openbaar pandrecht omdat in dit geval de inningsbevoegdheid bij de fzo-pandhouder komt te liggen. Is het dan nog wel mogelijk op grond van art. 3:246 lid 4 BW de inningsbevoegdheid te verlenen aan de fzo-pandgever/rekeninghouder? Deze vraag komt in de volgende paragraaf aan de orde.

55 Dossier 32457, ‘Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEU L 146/37).’

56 HR 23 september 1994, NJ 1996/461 (*Kas-Associatie/Drying*).

57 Wibier 2006, p. 393-399; Van der Lely 2008, p. 169-176.

58 Diamant 2015, p. 100.

59 In dezelfde zin: Diamant 2015. Zij is van mening dat een openbare verpanding voldoende is om aan het controlevereiste te voldoen, maar dat er ook andere manieren bestaan om aan het controlevereiste te voldoen, zoals het blokkeren van de rekening.

7 Is het mogelijk dat de fzo-pandgever over de rekening beschikt?

In de totstandkomingsgeschiedenis van titel 7.2 BW is bepaald dat op fzo's de algemene wettelijke bepalingen van pandrecht van toepassing zijn, tenzij hier expliciet van wordt afgeweken.⁶⁰ Het zou dus in beginsel mogelijk moeten zijn op grond van art. 3:246 lid 4 BW de inningsbevoegdheid over het verpande girale saldo, en daarmee de beschikking over de bankrekening, te verlenen aan de fzo-pandgever. Het controlevereiste van art. 1 lid 5 van de Collateral Richtlijn staat mogelijk aan deze toestemming in de weg. Echter, het controlevereiste is in zijn geheel niet opgenomen in de Nederlandse wet. Titel 7.2 BW wijkt derhalve niet expliciet af van art. 3:246 lid 1 BW, waardoor het mogelijk zou moeten zijn op grond van art. 3:246 lid 4 BW de fzo-pandgever de beschikking over de bankrekening te verlenen. Let wel, titel 7.2 BW vormt een implementatie van de Europese Collateral Richtlijn. Het Europese perspectief mag daarom zeker niet uit het oog verloren worden. Mogelijk maakt het controlevereiste, via de doorwerking van het Europese recht in het Nederlandse recht, de toepasselijkheid van art. 3:246 lid 4 BW onmogelijk. De vraag of het mogelijk is dat de fzo-pandgever over de rekening beschikt, is derhalve niet eenvoudig te beantwoorden. Hierna zal daarom worden onderzocht in hoeverre de Collateral Richtlijn zelf een obstakel vormt voor het toepassen van het fzo-pandrecht in de huidige verpandingspraktijk. Daarbij staan de horizontale werking van richtlijnen en richtlijnconforme interpretatie centraal.

7.1 Horizontale werking

Hoewel het controlevereiste van art. 1 lid 5 van de Collateral Richtlijn niet terug te vinden is in titel 7.2 BW, komt het vereiste wel terug in de parlementaire geschiedenis. Het is de vraag wat dit voor gevolgen heeft voor de rechtskracht van de bepaling. Kan een richtlijn bepaling toch rechtstreeks doorwerken in de Nederlandse rechtsorde indien deze onvolledig is geïmplementeerd in de nationale wetgeving? Met de arresten Ratti en Van Duyn lijkt het Hof van Justitie deze directe werking inderdaad aan te willen nemen, mits de richtlijn bepalingen voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn.⁶¹ Later komt het Hof hierop terug. In verschillende arresten lijkt het Hof aan te willen nemen dat richtlijnen wel direct door kunnen werken in de relatie tussen particulier en staat (verticale werking), maar niet in de verhouding tussen particulieren onderling (horizontale werking).⁶² Het is dus niet mogelijk voor particulieren om direct een beroep te doen op de Collateral Richtlijn. Via horizontale werking vormt het controlevereiste derhalve geen obstakel bij het verlenen van toestemming aan de fzo-pandgever/rekeninghouder om over de verpande bankrekening te beschikken.

60 Kamerstukken I 2003/04, 28874, C, p. 3 en Kamerstukken II 2009/10, 32457, 3, p. 10.

61 HvJ EG 4 december 1974, zaak 41/47 (Van Duyn) en HvJ EG 5 april 1979, zaak 148/78 (Ratti).

62 HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84 (Marshall); HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92 (Faccini Dori); HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397-403/01 (Pfeiffer); HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold).

S. Swinkels

7.2 Richtlijnconforme interpretatie

Hoewel een richtlijn niet rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde, dient een rechter de nationale implementatiewetgeving richtlijnconform te interpreteren. De nationale regeling dient in geval van strijd of discrepantie met de richtlijn ‘in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante richtlijn teneinde het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken’ te worden uitgelegd.⁶³ Via richtlijnconforme interpretatie kan het controlevereiste derhalve toch aan het verlenen van beschikkingsmacht aan de fzo-pandgever over de verpande rekening in de weg staan.

Verschillende auteurs hebben zich reeds over een richtlijnconforme interpretatie van de Collateral Richtlijn, en het controlevereiste in het bijzonder, gebogen. Van Vliet betoogt dat, nu het controlevereiste niet daadwerkelijk in de wet is opgenomen, dit vereiste soepeler richtlijnconform geïnterpreteerd kan worden. Die redenering volgend concludeert hij dat het Nederlandse recht de ruimte biedt om meer vormen van pandrecht onder de fzo-regeling te brengen, mits de fzo-richtlijnen gezien moeten worden als minimumharmonisatie. Bij minimumharmonisatie is immers het uitgangspunt dat de lidstaten bij de implementatie meer bescherming mogen bieden dan door de richtlijn wordt voorgeschreven.⁶⁴ Of de fzo-richtlijnen minimumharmonisatie en geen maximumharmonisatie nastreven, is onduidelijk.⁶⁵ Diamant interpreteert het controlevereiste bovendien een stuk strikter dan Van Vliet.⁶⁶ Zij is van mening dat de beschikkingsmacht daadwerkelijk aan de pandgever moet worden onttrokken, bijvoorbeeld door blokkering van de rekening van de fzo-pandgever.

In een recent arrest heeft het Hof van Justitie zich gebogen over de interpretatie van het controlevereiste.⁶⁷ Het Hof stelt daarbij allereerst dat de richtlijn zelf niet verduidelijkt onder welke voorwaarden is voldaan aan het controlevereiste. Bij de interpretatie van het controlevereiste stelt het Hof het volgende voorop:⁶⁸

‘Bijgevolg kan de houder van een zekerheid als in het hoofdgeding, die betrekking heeft op contanten die zijn gedeponeerd 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.’

Volgens het Hof lijkt in de voorliggende casus niet te zijn voldaan aan deze voorwaarde. Immers, de fzo bevat geen clause die de fzo-pandgever belette om over het girale saldo te beschikken na de storting ervan op die rekening. Hoe deze clause eruit zou moeten zien, wordt verder niet door het Hof behandeld. De A-G

63 Zie o.a. HvJ EU 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397-403/01, nr. 119 (Pfeiffer).

64 Asser/Hartkamp 3-I 2015/177.

65 M. Storme, *Juridische stellingebouw die het zicht op Europa belet, geïllustreerd aan de hand van de bezitsverschaffing van financiële activa*, TvPr. 2006, afl. 3, p. 1249-1262; Diamant 2015, p. 117.

66 Diamant 2015, p. 123-124.

67 HvJ EU 10 november 2016, zaak C-156/15.

68 HvJ EU 10 november 2016, zaak C-156/15, nr. 44.

besteedt in haar conclusie meer woorden aan deze wijze van bezitsverschaffing.⁶⁹ De A-G is van mening dat de verschaffing van financiële zekerheid in de vorm van giraal saldo het bestaan impliceert van een contractuele clause op grond waarvan de zekerheidsnemer het recht heeft om het gebruik van op die rekening gedeponeerde contanten te beperken, voor zover dit noodzakelijk is om de nakoming van de gedekte verplichtingen te waarborgen. Met deze laatste zinsnede lijkt de A-G een extra dimensie aan de interpretatie van het beschikkingsvereiste te geven, nu zij acht dat de fzo-pandgever enkel niet over het girale saldo zou mogen beschikken voor zover dit noodzakelijk is om de nakoming van de gedekte verplichtingen te waarborgen. Of het Hof ook in deze stelling meegaat, blijkt niet uit haar arrest. Daarbij komt de vraag op of het Nederlandse model, waarbij de pandhouder het recht heeft om de inningsbevoegdheid van de pandgever in te trekken, nog wel volstaat. Overigens kan dit mogelijk ook contractueel vormgegeven worden, door bijvoorbeeld het intrekken van de inningsbevoegdheid te koppelen aan het ontstaan/de verwachting van een *event of default*.

Over de uitkomst van een richtlijnconforme interpretatie valt te twisten. Daarbij is het overigens maar de vraag in hoeverre een richtlijnconforme interpretatie überhaupt opgaat. Hoewel de rechter in beginsel gehouden is tot een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht, kent deze interpretatie haar grenzen.⁷⁰ Zo speelt het rechtszekerheidsbeginsel een rol en mogen nationale regelingen niet *contra legem* worden geïnterpreteerd.⁷¹ Dat echter de grenzen van richtlijnconforme interpretatie niet snel worden bereikt, blijkt uit het Albron-arrest van de Hoge Raad.⁷² Het ging daarbij over de vraag of met het begrip ‘werkgever’ van art. 7:663 BW hetzelfde wordt bedoeld als met het begrip ‘vervreemder’ in de richtlijn. De Hoge Raad oordeelde dat, nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever beoogde de richtlijn getrouw om te zetten, minder betekenis toe dient te komen aan de bewoordingen van de Nederlandse wet.⁷³ Volgens verschillende auteurs heeft de Hoge Raad met deze uitspraak de mogelijkheden voor richtlijnconforme interpretatie sterk uitgerekt en kan slechts dan geen sprake meer zijn van een richtlijnconforme interpretatie, indien een richtlijn opzettelijk niet of niet juist is geïmplementeerd.⁷⁴ Net als bij het Albron-arrest het geval is, is ook bij de implementatie van titel 7.2 BW opgemerkt dat het de bedoeling is de richtlijn zijn volle werking te geven.⁷⁵ De lijn van Albron volgend zou dus ook nu kunnen worden geconcludeerd dat, ondanks de bewoordingen van de wet, de bepalingen van titel 7.2 BW richtlijnconform dienen te worden geïnterpreteerd. Hierin schuilt echter ook gelijk het verschil met de Albron-casus: in titel 7.2 BW zijn in zijn geheel geen ‘bewoordingen’ opgenomen met betrekking tot het con-

69 Conclusie A-G Szpunar 21 juli 2016, zaak C-156/15, nr. 53.

70 HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89 (Marleasing).

71 HvJ EU 4 juli 2006, C-212/04 (Adeneler), punt 110.

72 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (Albron).

73 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (Albron), r.o. 3.7.

74 B. Barentsen & S. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2013/2114, p. 2438 en Arbeidsovereenkomst, 2 Het Nederlandse collectief ontslagrecht bij: Wet melding collectief ontslag, Aanhef, J. Heinsius (online, laatst bijgewerkt op 26 augustus 2015).

75 Kamerstukken II 2004/05, 30138, 3, p. 14 (MvT).

S. Swinkels

trolevereiste. Welke bewoordingen dien je in dat geval dan richtlijnconform te interpreteren? Bovendien heeft de minister eveneens in de parlementaire geschiedenis genoemd dat de bepalingen van Boek 3 BW van toepassing zijn, tenzij hier expliciet van wordt afgeweken. Nu niet expliciet van art. 3:236 lid 4 BW wordt afgeweken, zou het mogelijk moeten zijn aan de fzo-pandgever toestemming te verlenen over de bankrekening te beschikken. Komt richtlijnconforme interpretatie van het controlevereiste, waardoor art. 3:236 lid 4 BW zou worden uitgesloten, in dat geval niet neer op een interpretatie *contra legem*? Bovendien heeft men behoorlijk wat verbeeldingskracht nodig om het controlevereiste te interpreteren in titel 7.2 BW. De woorden 'een overeenkomst op grond waarvan een pandrecht wordt verschaft' van art. 7:51 BW zijn met enige moeite zo te interpreteren dat het moet gaan om een openbaar pandrecht. Dat daarnaast, in afwijking van de huidige vestigingsformaliteiten van een openbaar pandrecht, óók nog aan een beschikkingsvereiste dient te worden voldaan, gaat erg ver. Kortom: de rol die het controlevereiste speelt in de Nederlandse rechtsorde is onzeker. Ik zou willen betogen dat het controlevereiste, op dit moment, niet in de weg hoeft te staan aan het verlenen van inningsbevoegdheid aan de fzo-pandgever. Immers, de Nederlandse wet schrijft een dergelijk vereiste niet voor en de uitkomst van richtlijnconforme interpretatie is onduidelijk. Dat betekent niet dat hiermee de kous af is. Het is aan de wetgever om meer duidelijkheid te verschaffen omtrent de toepasbaarheid van fzo's in het Nederlandse recht. Neem een voorbeeld aan onze zuiderburen, waar de wetgever expliciet heeft bepaald dat het controlevereiste van de richtlijn dezelfde betekenis toekomt als het Belgische vereiste van 'bezit'. Een en ander overigens tot gevolg dat de fzo-pandgever kan blijven beschikken over het girale saldo.⁷⁶

8 Conclusie

Het fzo-pandrecht brengt, in vergelijking met het reguliere pandrecht, verschillende voordelen mee voor de fzo-pandhouder. Zo hoeven boekingsopdrachten, verricht op de dag van faillissement, niet langer voor rekening en risico te komen van de *account bank*. Gezien de voordelen kunnen fzo-pandrechten interessant zijn voor banken. Momenteel maken zij veelvuldig gebruik van het reguliere openbare pandrecht op bankrekeningen, waarbij op grond van art. 3:246 lid 4 BW de beschikking over de bankrekening wordt 'teruggegeven' aan de pandgever/rekeninghouder. In dit artikel is onderzocht in hoeverre het mogelijk is een fzo-pandrecht te vestigen op een bankrekening, waarbij de fzo-pandgever tevens over de rekening kan beschikken. Op twee manieren lijkt het controlevereiste van de Collateral Richtlijn hierbij problematisch te zijn. Echter, het controlevereiste komt in zijn geheel niet terug in het BW, met als gevolg dat, nu een richtlijnconforme uitleg tevens geen uitsluitel geeft over de status van dit vereiste, het mijns inziens mogelijk moet zijn inningsbevoegdheid aan een fzo-pandgever te verlenen. Daarbij kan het fzo-pandrecht op dezelfde wijze toepassing vinden als het

76 J. Diamant, Proefschrift, WPNR 2015/7085, p. 1014.

Het fzo-pandrecht op giraal saldo: een alternatief voor de huidige verpandingspraktijk

‘reguliere’ pandrecht bij de verpanding van giraal saldo. Met andere woorden: het fzo-pandrecht vormt een alternatief voor de huidige verpandingspraktijk.