

De redactie privaat

Juridische stellingbouw die het zicht op Europa belet, geïllustreerd aan de hand van de bezitsverschaffing van financiële activa.

Matthias E. STORME
buitengewoon hoogleraar KU Leuven, advocaat

1. Het is een gekend, maar toch onderschat fenomeen dat juristen zo sterk vasthangen in overgeleverde regels en begrippen dat zij nieuwe regels of begrippen vaak maar kunnen bedenken dan wel accepteren wanneer die vermomd zijn in de hen bekende begrippen. Een klassieke toepassing hiervan zijn de onweerlegbare vermoedens, bv. inzake aansprakelijkheid voor andermans daad of voor gebrekkige zaken. Een uitbreiding van aansprakelijkheid werd aldus gerealiseerd door in bepaalde gevallen een onweerlegbaar foutvermoeden in te voeren; blijkbaar was het ofwel voor het bedenken van de nieuwe regel ofwel voor de acceptatie ervan noodzakelijk om het foutprincipe hoog te houden en kon het maar terzijde worden geschoven door de fictie van een onweerlegbaar vermoeden van fout. Men kan dit fenomeen ook beschrijven als een vorm van juridische stellingbouw of steigeraanbouw om een constructie die niet meer voldoet recht te houden, een *legal scaffolding* zoals Alan Watson het zo beeldrijkelijk uitdrukte¹. Een dergelijke stellingbouw geeft een oplossing op korte termijn, maar leidt er vaak toe dat men nog generaties lang de steiger laat staan en vergeet om de fundamenten van het gebouw zelf te versterken. Zo is de Sint-Niklaaskerk in Gent eeuwenlang blijven verzakken, naarmate men er telkens nieuwe steunberen tegenaan bouwde. Anderen nemen de steiger ten onrechte voor het gebouw zelf, wat soms wel eens tot ongelukken leidt. De valse gelijkstelling doet vergeten dat in de vermomming van eenzelfde term verschillende zaken schuil gaan. De vermomming brengt juristen op een dwaalspoor. De steiger kan ook soms beletten dat men de renovatie merkt die intussen in het gebouw heeft plaatsgevonden.

2. Een voorbeeld van zo'n dwaling meen ik te bespeuren bij een bepaalde interpretatie van art. 4 § 1 van de Wet Financiële Zekerheden (Wet van 15 december betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, hierna WFZ). Deze bepaling geeft het toepassingsgebied van die Wet aan en stelt dat ze "van toepassing (is) op de zakelijke-zekerheidsovereenkomsten :

1° op financiële instrumenten die zijn overgemaakt aan de begunstigde van de zekerheid of aan de persoon die voor zijn rekening optreedt;

2° of op contanten die bij overeenkomst in pand zijn gegeven of zijn overgedragen ten gunste van de begunstigde van de zekerheid of aan de persoon die voor zijn rekening optreedt.

Voor de toepassing van het eerste lid, 1° en 2°, volstaat het aan te tonen dat de als zekerheid verschafte activa daadwerkelijk zijn geleverd, overgedragen, gehouden,

¹ A. WATSON, *Society and legal change*, Scottish Academic Press Edinburgh 1977, p. 87 v. Zie ook mijn "Bedenkingen bij de door het Hof van cassatie gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron : de traditie", *TPR* 1995, 971 v. = <http://www.storme.be/cassatie&traditie.html>, o.m. randnr. 49.

ingeschreven in een register of anderszids 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.

De inbezitstelling van op rekening geboekte financiële instrumenten kan inzonderheid geschieden door de creditering van die instrumenten op een speciale rekening geopend op naam van de zekerheidsverschaffer of van de begunstigde van de zekerheid of van een derde pandhouder. Het feit dat de als zekerheid verschaft activa in de boeken van een bemiddelaar worden ingeschreven, belet die bemiddelaar niet om, met betrekking tot die activa, te handelen als een partij."

3. Deze wet heeft volgens artikel 2 *"de omzetting tot doel van richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële-zekerheidsovereenkomsten"*. De tekst van alinea 2 is daarbij meer bepaald een omzetting van de volgende bepalingen van die Richtlijn (hierna RL):

- Art. 1 lid 1: *"Deze richtlijn voorziet in een communautaire regeling voor financiëlezekerheidsovereenkomsten die voldoen aan de eisen opgenomen in de leden 2 en 5, en als zekerheid verschafte financiële activa overeenkomstig de leden 4 en 5";*

- art. 1 lid 4: *"De als zekerheid verschafte financiële activa moeten bestaan uit contanten of financiële instrumenten (...)"*;

- art. 1 lid 5: *"Deze richtlijn is van toepassing zodra de financiële activa als zekerheid zijn verschaft (...)"*;

- art. 2 lid 2: *"Verwijzingen in deze richtlijn naar het "verschaffen" of de "verschaffing" als zekerheid van financiële activa hebben betrekking op een situatie waarin de als zekerheid verschafte financiële activa daadwerkelijk worden geleverd, overgedragen, gehouden, ingeschreven in een register of anderszids gekwalificeerd, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van de zekerheidsnemer of een persoon die namens de zekerheidsnemer optreedt. (...)"*;

- en art. 1 lid 5: *" (...) Daartoe volstaat het aan te tonen dat activa in de vorm van giraal overdraagbare effecten zijn gecrediteerd of als krediet op de betrokken rekening zijn bijgeschreven en dat de activa in de vorm van contanten zijn gecrediteerd of als creditsaldo op een betrokken rekening zijn bijgeschreven."*

Met andere woorden, ook al heeft de wetgever de bepalingen herschikt, de tekst van de wet sluit zeer nauw aan bij de bewoordingen van de richtlijn.

Niets ligt dan ook meer voor de hand dan ervan uit te gaan dat die woorden ook hetzelfde betekenen, dus dat de vereisten voor verschaffing in de tekst van art. 4 WFZ ook dezelfde zijn als in art. 2 lid 2 RL. Dat betekent dan dat er, om de meer traditionele term van het Belgische recht te gebruiken, een "buitenbezitstelling" vereist wordt, met dien verstande dat deze op verschillende wijzen kan gebeuren (met name naargelang de aard van het actief en de wijze waarop het aangehouden wordt). Bij giraal geld en financiële instrumenten op naam betekent dit in beginsel een kennisgeving aan de schuldenaar (financiële instelling, uitgever van het financieel instrument) of de persoon die het register houdt, bij instrumenten aan toonder een overgave of kennisgeving aan de detentor en bij gedematerialiseerde instrumenten een kennisgeving aan de persoon die de effectenrekening voert. De loutere consensus dat de cedent of pandgever het actief voor de cessionaris of pandhouder houdt, geldt in die zin niet als buitenbezitstelling. Een dergelijk *constitutum possessorium* verschaft de cessionaris of pandhouder immers geen bezit dat onafhankelijk is van de cedent of pandgever.

Maar dan komt de aap uit de mouw: verschillende auteurs weigeren namelijk het woord "bezit" in art. 4 § 1 te lezen in de zin van de Richtlijn en nemen in de plaats daarvan de scheefgetrokken betekenis die de wetgever aan het woord buitenbezitstelling heeft gegeven in art. 2075 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, een schoolvoorbeeld van *legal scaffolding*: "*De schuldeiser verkrijgt het bezit van een in pand gegeven schuldvordering door het sluiten van de pandovereenkomst*" (versie zoals vastgesteld bij Wet van 12 december 1996).

4. De wetgever van 1996 was blijkbaar mentaal niet in staat om de inpandgeving los te denken van de buitenbezitstelling: in plaats van te stellen dat de schuldeiser een pandrecht verkrijgt door de loutere daartoe strekkende overeenkomst tussen partijen, ook zonder buitenbezitstelling in de hierboven uitgelegde betekenis, wordt een buitenbezitstelling gefingeerd. Nog vervelender is dat het fictief karakter hiervan niet onmiddellijk opvalt, omdat men een term gebruikt - namelijk bezit - die in het Wetboek precies in twee verschillende betekenissen wordt gebruikt, waarvan de ene (nl. het louter juridische bezit dat verschafte wordt zonder dat het goed uit de macht van de verschaffer gaat, een *constitutum possessorium* dus) in art. 2075 B.W. feitelijk juist is, maar geheel overbodig in deze context, en de andere (nl. het bezit in de zin van buiten de macht van de verschaffer zijn) qua rechtsgevolgen bedoeld wordt, maar feitelijk fictief is. Anders gezegd: het bezit van art. 2075 B.W. is fictief in de mate waarin het met een "buitenbezitstelling" in de zin van art. 2076 B.W. (de algemene vereiste van buitenbezitstelling bij pand, het vuistpandprincipe) wordt gelijkgesteld, maar is juridisch aanwezig in die zin dat de pandgever de schuldvordering vanaf dat ogenblik voor de pandhouder in pand houdt en niet langer enkel voor zichzelf in volle eigendom houdt. De pandhouder verkrijgt een pandrecht dat tegenwerpelijk is bij samenloop, niet doordat er een buitenbezitstelling plaatsvindt, maar ook ondanks het ontbreken van een buitenbezitstelling, ondanks het feit dat hij slechts een bezit heeft in de zwakke vorm en niet in de vorm van macht of controle. Op dezelfde manier verkrijgt de cessionaris eveneens een bij samenloop tegenwerpelijke eigendom van de gecedeerde vordering, ook zonder dat er buitenbezitstelling plaatsvindt, en waarbij de cessionaris dus evenzeer slechts een bezit heeft in de zwakke vorm. De pandhouder en cessionaris hebben dus een zwak bezit, doch minstens ten dele met de rechtsgevolgen die traditioneel (en nu nog voor pand op lichamelijke goederen) enkel aan het sterk bezit werden gehecht.

Recent heeft E. DIRIX - die heeft ingezien dat er een probleem van richtlijnconforme interpretatie bestaat bij (art. 4 van) de WFZ - een vrij specieuze redenering ontwikkeld om te betogen dat er door het sluiten van een pandovereenkomst betreffende een schuldvordering wel degelijk een buitenbezitstelling in de zin van controleverschaffing plaatsvindt, met name omdat de pandhouder ingevolge de overeenkomst op ieder ogenblik éézijdig de zaak naar zich toe kan trekken door tot kennisgeving aan de derde-schuldenaar over te gaan². Maar zolang die kennisgeving niet is gedaan, blijft de schuldvordering in de macht van de pandgever: de derde-schuldenaar betaalt dan immers bevrijdend aan de pandgever (art. 2075 lid 2 B.W.). Bovendien verliest DIRIX uit het oog dat er betreffende de cessie helemaal niet

² DIRIX & DECORTE, *Zekerheidsrechten*, vijfde uitgave 2006 nr. 489 p. 330; hernomen en met een duidelijke schets van het kader van het debat in E. DIRIX, "Controle door de pandhouder van een schuldvordering en de Wet Financiële Zekerheden", *RW* 2006-2007, 1337-1338.

bepaald wordt (in art. 1690 B.W.) dat de cessie-overeenkomst een buitenbezitstelling inhoudt, hoewel bij cessie substantieel precies dezelfde regels gelden als bij inpandgeving van schuldvorderingen. Het bezit *constituto possessorio* van de pandhouder is geen andere vorm van bezit dan het bezit *constituto possessorio* van de cessionaris. Ons recht kent twee methoden om aan de cessionaris en de pandhouder een controle te verschaffen: ofwel door de schuldvordering aan toonder te stellen (en al dan niet te dematerialiseren), in welk geval de cessionaris of pandhouder anoniem kan blijven jegens de *cessus* en toch in controle zijn (zij het dat de *cessus* ermee moet instemmen dat de schuldvordering aan toonder wordt gesteld), of kennisgeving aan de cessionaris of pandhouder. Maar zolang daarvan geen gebruik is gemaakt, blijft de controle wel degelijk bij de cedent of pandgever: de *cessus* kan bevrijdend betalen aan de cedent of pandgever en deze kan innen, ook al mag hij dat misschien niet meer volgens de overeenkomst met de cessionaris of pandgever (dat laatste hangt van die overeenkomst af en kan verschillen naargelang het geval).

5. Terug naar de Wet Financiële Zekerheden nu. Meerdere auteurs beweren zoals gezegd dat bezit in art. 4 § 1 WFZ moet begrepen worden in de fictieve betekenis van art. 2075 BW³ - dus niet in de betekenis van art. 2 Richtlijn. Tegelijk wordt ook bij ons algemeen aanvaard dat art. 2 Richtlijn wel degelijk doelt op wat traditioneel buitenbezitstelling wordt genoemd en het *constitutum possessorium* (zoals dat in art. 2075 BW te vinden is) uitsluit⁴; overweging 10 spreekt daarbij van "afstand van controle". De uitleg van de Richtlijn zelf (waarover desgevallend het HJEG het laatste woord heeft) staat hier dus niet ter discussie. De vraag waaraan wel wat aandacht moet worden besteed is de vraag hoe de Belgische Wet, gegeven de inhoud van de Richtlijn, moet worden uitgelegd.

6. Zoals hoger gezegd lijkt het vrij evident dat een bepaling in een wet die strekt tot omzetting van een richtlijn en die zelf ook omzeggens letterlijk een bepaling uit die richtlijn weergeeft richtlijnconform wordt uitgelegd. Dit vloeit voort uit de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht, en heel in het bijzonder van de omzettingwet.

Tegenstanders van deze interpretatie, voor zover zij al op de vraag ingaan, voeren aan dat de WFZ een veel ruimer toepassingsgebied heeft dan de Richtlijn. Dat laatste is natuurlijk waar, en overduidelijk wat de toepassing *ratione personae* betreft (nl. wat de partijen betreft tussen wie de financiëlezekerheidsovereenkomst is gesloten, aangezien de RL enkel voor "grote spelers" geldt, art. 1 lid 2 en 3 RL), maar is geen voldoende antwoord. Het is merkwaardig hoe licht men hier over de Europese

³ Bv., zij het niet steeds in alle details overeenstemmend: aarzelend en enkel voor giraal geld V. SAGAERT en H. SEELDRAIERS, "De Wet Financiële Zekerheden", *RW* 2004-2005, (1521) 1526, nr. 18 en nr. 25; voor giraal geld en in zekere zin ook voor gedematerialiseerde effecten I. PEETERS en K. CHRISTIAENS, "De Wet Financiële Zekerheden", *TBH* 2006, (170) 184, nr. 51, stellig en algemeen D. DEMAREZ, Preadvies, in het vorig nummer van *TPR*, randnr. 287. I. PEETERS schrijft evenwel veeleer in andere zin in I. PEETERS, "Wet betreffende de financiële zekerheden. Nieuwe regels inzake netting en schuldvergelijking en inzake de overdracht tot zekerheid van financiële instrumenten en contanten", in AEBDF (red.), *Les sûretés financières (collateral): bouleversement du droit des sûretés?*, 2004, nr. 7.

⁴ I.a. M. VAN DER HAEGEN, "L'impact de la directive concernant les garanties financières de lege ferenda", in *Bancaire en financiële zekerheden*, Bruylant Brussel 2004, p. (263) 278 randnr. 15; W. BOUSSU, "De richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten", in *Bancaire en financiële zekerheden*, Bruylant Brussel 2004, p. (227) 238 nr. 31.

connectie heengaat.

Het gaat hier immers nog steeds om een omzettingswet, zij het een voorbeeld van verruimde omzetting (in het Duits *überschießende Umsetzung*). Het is dus een goede gelegenheid om even te wijzen op de specifieke vragen die rijzen bij zo'n verruimde omzetting. Die vragen zijn immers in de Belgische rechtsleer tot op heden nauwelijks bestudeerd⁵. Wel uitvoeriger bestudeerd is de vraag in welke gevallen de Belgische wetgever en/of rechter krachtens het nationale grondwettelijk recht verplicht kan zijn om het niet door het gemeenschapsrecht betroffen nationale recht om redenen van gelijke behandeling aan te passen aan het door gemeenschapsrecht betroffen recht (het zgn. homogeniteitsgebod)⁶.

7. De correcte redenering bestaat erin eerst na te gaan wat de door de Richtlijn geregelde materie of werkingssfeer is (in het Duits *Gegenstandsbereich*; de RL spreekt van "voorwerp en werkingssfeer"), en in welke mate het binnen die materie om een minimumharmonisatie of om een volledige harmonisatie gaat, om aldus te bepalen hoe het nationale recht binnen het bereik van de geregelde materie moet worden uitgelegd, en pas nadien na te gaan wat de gevolgen zijn op het gebied van de verruimde omzetting (d.i. buiten de werkingssfeer is van de Richtlijn).

Dit heeft te maken met het feit dat er twee opzichten zijn waaronder de nationale wetgever bij de omzetting van een Richtlijn deze te boven of te buiten kan gaan: enerzijds door de omgezette regels ook buiten de werkingssfeer van de Richtlijn te laten gelden (verruimde omzetting, *erweiternde Umsetzung* of *überschießende Umsetzung s.s.*), anderzijds door binnen de werkingssfeer van de Richtlijn de regels van de Richtlijn "versterkt" toe te passen⁷ (*modifizierende Umsetzung*; vaak door middel van zgn. *goldplating*⁸). Dat laatste is evenwel slechts mogelijk voor zover de

⁵ Zie hierover onder meer R. SCHULZE, "Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts - Einführung", in R. Schulze (ed.), *Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts*, Nomops Baden-Baden 1999, p. 9 v., i.h.b. 17-19; M. HABERSACK en C. MAYER, "Die überschießende Umsetzung von Richtlinien", *JZ* 1999, 913 v.; G. BRANDNER, *Die überschießende Umsetzung von Richtlinien*, Peter Lang 2003; P. HOMMELHOFF, "Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts", in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Beck München 2000, II, 889 v.; M. LUTTER, "Zur überschießenden Umsetzung von Richtlinien in der EU", in *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, München 2005, 571 v.; T. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, Nomos Baden Baden 2006; Th. RIEHM, "Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien", *JZ* 2006, 1035 v.

⁶ Zie vooral de publicaties van W. VAN GERVEN, "In het verleden ligt de toekomst van een Europees ius commune", *RW* 1995-96, 1430; -, "Bridging the gap between community and national laws : towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies ?", *CMLR* 1995, 679 v. Zie verder o.m. BARAV, "Omnipotent Courts", in *Essays in honour of H.G. Schermers*, II, 265 v.; B. LE BAUT-FERRARESE, *R. Dalloz* 1998, Chron. (307) 310; A. TIZZANO, "L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien", *AJDA* 1996, n° spécial, p. 129 v.; R. CARANTA, "Learning from our Neighbours: Public Law remedies Homogenization from Bottom Up", *Maastricht Journal* 1997, 220 v.

⁷ Zie i.a. Th. RIEHM, *JZ* 2006, 1035 v.; T. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, p. 61 v.; eerder (met gedeeltelijk andere criteria) G. BRANDNER, *Die überschießende Umsetzung von Richtlinien*, p. 136 v.

⁸ Lett. vergulden. Daaronder volstaat men vooral de neiging van nationale wetgever om zich beter te willen voordoen dan de Europese regelgever door de reglementering nog te verscherpen. De Belgische wetgeving ter omzetting van Europese regels van verbruikersbescherming is daarvan vaak een voorbeeld. Anderen wensen deze term niet te gebruiken bij de verstrenging van minimumharmonisatie, maar enkel voor de bijkomende reglementering die naar aanleiding van de omzetting of inwerkingtreding van gemeenschapsrecht wordt ingevoerd.

Richtlijn zelf dat toestaat, d.i. voor zover het op dat punt niet om een volledige harmonisatie gaat maar om een minimumharmonisatie. In het bijzonder bij richtlijnen die een volledige harmonisatie beogen moet dus duidelijk onderscheiden worden tussen de geregelde materie of werkingssfeer (*Gegenstandsbereich*) en de intensiteit van harmonisatie van die materie (*Harmonisierungsintensität*).

8. Nu is RL 2002/47 niet bijzonder duidelijk ten aanzien van de rol die de buitenbezitstellingseis voor zekerheden op financiële activa in dit opzicht speelt. Er zijn in beginsel drie interpretaties mogelijk: ofwel vallen bezitloze zekerheden op financiële activa zonder meer buiten de geregelde materie, ofwel vallen ze erbinnen (althans als het om een conventionele zekerheid gaat tussen personen waarvoor de Richtlijn *ratione personae* geldt) maar gaat het slechts om een minimumharmonisatie op dit punt, ofwel vallen ze erbinnen en gaat het om een volledige harmonisatie van financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen "grote spelers".

Voor de eerste interpretatie spreekt de verwoording van art. 1 leden 1 en lid 5 RL : "*Deze richtlijn voorziet in een communautaire regeling voor financiëlezekerheidsovereenkomsten die voldoen aan de eisen opgenomen in de leden 2 en 5 ...*" (en lid 5: "*Deze richtlijn is van toepassing zodra de financiële activa als zekerheid zijn verschaft ...*"), maar daartegen spreekt overweging nr. 10. Die verduidelijkt de rol van de vereiste van "verschaffing" van het pand, en duidt duidelijk op een volledige harmonisatie: "*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*". Uit deze bepaling kan men afleiden dat de verschaffing (buitenbezitstelling) om redenen van fraudebestrijding wordt opgelegd aan de lidstaten als niet enkel een voldoende maar ook een noodzakelijke voorwaarde om tussen grote spelers afdwingbare financiëlezekerheidsovereenkomsten te hebben, de derde interpretatie dus. Ook de eerste zin, nl. "*Deze richtlijn voorziet in een communautaire regeling voor*", lijkt op een volledige harmonisatie te wijzen. Maar voor de tweede interpretatie spreekt dan weer overweging 22 RL, dat als doelstelling van de Richtlijn bepaalt "*een minimumregeling voor het gebruik van als zekerheid verschaft financiële activa tot stand te brengen*".

9. Hoewel er dus een aantal argumenten zijn tegen deze interpretatie, gaan we er even van uit dat de eerste interpretatie geldt en dat de Belgische wetgever dus in beginsel de vrijheid had om de rechtsgevolgen voorgeschreven door de richtlijn ook verruimd toe te passen, niet alleen:

- door te verruimen naar andere activa dan financiële activa (wat duidelijk niet is gebeurd);
- door te verruimen naar overeenkomsten tussen andere partijen dan de door de RL bedoelde grote spelers (wat duidelijk wel is gebeurd);
- door te verruimen naar zekerheden die niet uit een overeenkomst voortvloeien maar rechtstreeks uit de wet (wat duidelijk niet is gebeurd);

maar ook:

- door te verruimen naar zekerheden op financiële activa zonder buitenbezitstelling, vraag die ons hier bezighoudt.

Deze vrijheid van de wetgever is niet geheel onbegrensd, en is met name begrensd door:

- de nationale grondwettelijke beginselen zoals met name het non-discriminatiebeginsel (dat ook kan inhouden dat verschillende situaties niet gelijk mogen behandeld worden; of omgekeerd dat niet door een richtlijn geregelde gevallen juist wel homogeen moeten behandeld worden);
- communautaire rechtsbeginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het loyaliteitsbeginsel (art. 10 EG).

Deze laatste beginselen spelen bovendien ook een rol bij de interpretatie van nationale wetgeving, in het bijzonder omzettingwetgeving.

10. Op de eerste plaats volgt uit de beginselen van het gemeenschapsrecht dat een omzettingwet dient te worden uitgelegd aan de hand van de richtlijn zelf. Dit beginsel geldt niet enkel in die gevallen waar het erop aankomt te vermijden dat het nationale recht strijdig zou zijn met het gemeenschapsrecht (dat is de situatie die men meestal voor ogen heeft wanneer men de richtlijnconforme interpretatie bespreekt, maar in die situatie geldt de verplichting niet enkel voor de omzettingwet maar voor het hele nationale recht⁹), maar ook wanneer een andere interpretatie (nog) geen schending van gemeenschapsrecht zou uitmaken. Dat volgt namelijk uit het arrest-*Kolpinghuis* van het HJEG¹⁰ en kan als een toepassing van het communautair rechtszekerheidsbeginsel worden gezien. Het volgt ook - krachtens de Belgische rechtsbeginselen inzake interpretatie van wetten - uit de expliciete vermelding in art. 2 van de WFZ dat zij de omzetting van die RL tot doel heeft. Die richtlijnconforme interpretatie vindt zijn grens slechts daar waar de nationale bepalingen niet kunnen worden uitgelegd in overeenstemming met de richtlijn¹¹ (ook dat laatste is een toepassing van het communautair rechtszekerheidsbeginsel) (NB. deze vraag moet onderscheiden worden van de verderop besproken vraag of de bepalingen van de wet wanneer ze toegepast worden buiten de werkingssfeer van het verdrag (met name op overeenkomsten tussen andere partijen dan de grote spelers) ook verplicht in dezelfde zin moeten worden geïnterpreteerd).

Indien de Belgische wetgever het regime van de RL had willen toepassen op andere zekerheden op financiële activa dan zekerheden met buitenbezitstelling, had de wetgever dat dus uitdrukkelijk moeten doen, net zoals hij dat uitdrukkelijk gedaan heeft om dit regime uit te breiden naar overeenkomsten tussen andere partijen dan de "grote spelers".

Aangezien de Belgische wetgever er evenwel voor gekozen heeft de bewoordingen "*daadwerkelijk geleverd, overgedragen, gehouden, ingeschreven in een register of*

⁹ HJEG 13-11-1990, 106/89, *Marleasing*.

¹⁰ HJEG 8-10-1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*. Het ging over de vraag hoe een omzettingwet moest worden uitgelegd ten aanzien van een situatie die zich voordeed op een tijdstip waarop er nog geen omzettingplicht was.

¹¹ HJEG 16-12-1993, 334/92, *Wagner Miret*.

anderzijds gekwalificeerd, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van (de begunstigde van de zekerheid)" te gebruiken in art. 4 WFZ, kan en mag aan die woorden geen andere betekenis worden gegeven dan aan de woorden "*daadwerkelijk geleverd, overgedragen, gehouden, ingeschreven in een register of anderzijds gekwalificeerd, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van de zekerheidsnemer...*" in de RL¹².

11. M.i. is bij deze stand van zaken een onderzoek van de Voorbereidende werken van de WFZ¹³ eigenlijk irrelevant. Het is opvallend hoe de doctrine de jongste jaren veel meer aandacht besteedt aan de voorbereidende werken dan vroeger. De voornaamste reden voor de toegenomen verwijzing naar voorbereidende werken is allicht de toegenomen toegankelijkheid ervan, zeker sinds ze zeer snel *on line* kunnen worden teruggevonden. Nochtans zijn er juist redenen zijn om daaraan minder belang te hechten dan vroeger, gezien de toegenomen gebrekkigheid van de juridische kwaliteit van het wetgevend werk en van de toelichtingen en tussenkomsten bij de voorbereiding ervan. Bovendien is het concept van een wil van de wetgever eigenlijk maar zinvol wanneer de auteur van een wetgevende tekst duidelijk en individueel kan worden aangewezen. Zelfs in dat geval kan de betekenis van een rechtsregel nooit gereduceerd worden tot de wil van de auteur; relevant is niet wat de auteur gewild heeft maar wat er beslist is. De beslissing is een tekst die een plaats inneemt in het geheel van de rechtsregels en waarvan de betekenis mede door de rest van de regels wordt bepaald en dus ook in de loop der tijden kan wijzigen. Een grotere terughoudendheid bij het gebruik van de voorbereidende werken zou de doctrine aldus sieren.

12. Bovendien geven de voorbereidende werken *in casu* onvoldoende aanwijzingen om af te wijken van een richtlijnconforme interpretatie.

Wat de financiële instrumenten betreft is er overigens ook in de Voorbereidende werken geen enkele aanwijzing te vinden dat de wet ook zou gelden zonder buitenbezitstelling. Weliswaar gebruikt lid 2 van art. 4 bij de omschrijving van de verschaffingsvereiste, conform de RL, het woorden overdragen, maar dit kan niet in de zin van eigendomsoverdracht of cessie worden begrepen. Het woord komt hier uit uit art. 2 lid 2 RL, waar het niét overdracht van eigendom betekent, maar overdracht van bezit of controle. En het woord "bezit" in art. 2 lid 2 RL betekent manifest sterk bezit en niet ook zwak bezit (cfr. *supra*). De Mvt vermeldt ook meermaals zowel voor instrumenten aan toonder, op naam of gedematerialiseerd dat de desbetreffende wijze van buitenbezitstelling vereist is¹⁴.

¹² Met name kan niet worden volgehouden dat de verschaffing ook zou kunnen bestaan in het overboeken van instrumenten op een rekening die uitsluitend op naam van de zekerheidsverschaffer zelf staat, zonder dat aan de rekeningvoerende instelling kennis is gegeven van de zekerheidsverschaffing ten gunste van de begunstigde van de zekerheid. Het klopt dat volgens de tekst van art. 4 § 1 lid 3 WFZ bij gedematerialiseerde effecten deze ook kunnen worden in pand gegeven door overboeking op een speciale rekening die nog steeds op naam staat van de zekerheidsverschaffer (die is immers nog steeds eigenaar), maar ook dan blijft vereist dat deze effecten onder controle komen van de zekerheidsnemer of een derde, met name doordat de bevoegdheid van de rekeninghouder ten aanzien van de effecten die op zijn naam staan beperkt is. Zie ook de nadruk in de MvT op het depossessoire karakter van de zekerheid, *infra* geciteerd.

¹³ Met name de Memorie van Toelichting 51. *Stukken Kamer* 2004-2005, nr. 1407/001.

¹⁴ Wat betreft art. 4 § 1 lid 3 WFZ, zie hoger.

Nu is het wel zo dat in de voorbereidende werken wordt gesteld dat uit art. 4 lid 1, 2° volgt dat de wet ook geldt voor een in pandgeving of cessie van giraal geld zonder buitenbezitstelling (Mvt p. 33). Evenwel kan deze interpretatie van art. 4 lid 1, 2° maar gelden indien bezit in art. 4 lid 2 ook zwak bezit betekent - *quod non* (zie hierboven) - en overdracht in art. 4 lid 2 gewoon cessie zou betekenen - *quod non*. Art. 4 WFZ heeft namelijk het woord overdragen tweemaal gekopieerd uit de RL, waar het in de RL duidelijk om andere betekenissen gaat: in art. 4 lid 1, 2° komt het woord overdracht uit art. 2 lid 1 a) RL, waar het om "overdracht van eigendom/gerechtigdheid" gaat, terwijl het in art. 4 lid 2 uit art. 2 lid 2 RL komt, waar het níet overdracht van eigendom betekent, maar "overdracht van bezit of controle". Bovendien wordt de uitbreiding van de regeling naar andere partijen dan de grote spelers, en met name ook naar natuurlijke personen, in dezelfde MvT (p. 11) uitdrukkelijk als volgt gerechtvaardigd: "*wegens het depossessoire karakter van de zekerheden zullen in de praktijk enkel vermogende natuurlijke personen door de wet betroffen zijn: enkel zij hebben de effecten of contanten om als zekerheid voor financiële transacties te verlenen*". Bij dergelijke dubbelzinnigheden in de voorbereidende werken naast de expliciete bedoeling van omzetting van de Richtlijn in art. 2 WFZ, moet de richtlijnconforme interpretatie voorrang krijgen. Anders gezegd: een kennisgeving aan de debiteur van het giraal geld (rekeningvoerende instelling) is noodzakelijk (en ook voldoende¹⁵).

13. Overigens mag men niet vergeten dat minstens wanneer men ervan uitgaat dat de RL geen volledige harmonisatie inhoudt (zie de discussie hoger), deze RL nog steeds het gemeen recht inzake in pandgeving van giraal geld onverlet laat en enkel maakt dat de bijzondere regels en remedies van de WFZ niet gelden. In die hypothese blijft het stil pandrecht op giraal geld mogelijk onder dezelfde voorwaarden en met dezelfde gevolgen als het stil pandrecht op andere schuldvorderingen op naam dan financiële activa (art. 2075 BW); de WFZ is er gewoon niet op van toepassing. Overigens kunnen de meeste regels van de WFZ in de praktijk slechts toegepast worden vanaf de kennisgeving aan de debiteur (bij giraal geld de rekeningvoerende instelling). Zowel de realisatie als het gebruiksrecht zijn immers praktisch onmogelijk zonder dergelijke kennisgeving. De insistentie van sommige auteurs om ondanks het beperkte praktische belang toch de mogelijkheid van een stille zekerheid onder de WFZ op te eisen is dan ook merkwaardig.

Mocht het anderzijds zo zijn dat de RL de buitenbezitstelling als een noodzakelijke voorwaarde oplegt voor financiële zekerheidsovereenkomsten betreffende financiële activa tussen grote spelers, dan zou het Belgische gemeen recht (onder meer art. 2075 BW) wel restrictief moeten worden geïnterpreteerd als niet geldend voor dergelijke overeenkomsten, omdat het anders strijdig zou zijn met het gemeenschapsrecht.

14. Tenslotte moet erop gewezen worden dat er geen enkel argument is om dezelfde bepalingen van de WFZ binnen het toepassingsgebied van die wet anders te

¹⁵ Er is geen enkele bepaling die vereist dat er naast een kennisgeving aan, ook een handeling van de bank (een overboeking) zou moeten gebeuren. Vgl. I. PEETERS, in AEBDF (red.), *Les sûretés financières (collateral): bouleversement du droit des sûretés?*, p. 21 nr. 34. Anders SAGAERT & SEELDRAYERS, p. 1526 nr. 18. Art. 1 lid 5 van de RL bevat een bepaling inzake bewijs van de verschaffing die wel zo zou kunnen worden uitgelegd, maar deze is niet overgenomen in de WFZ.

interpreteren naargelang het gaat om situaties die zich - met name *ratione personae* - binnen of buiten de werkingssfeer van de RL bevinden.

Meer nog, voor de uitleg van die wetsbepalingen die de omzetting van een bepaling van de RL beogen, en waarvoor de interpretatie van de RL dus van determinerend belang is, kan aan het HJEG een uitlegvraag worden gesteld, zelfs indien de concrete casus buiten de werkingssfeer van de RL valt (zie bv. de arresten *Giloy*¹⁶ en *Leur-Bloem*¹⁷)¹⁸. Zowel het gemeenschapsrecht als het nationale recht hebben er immers belang bij dat omwille van de rechtszekerheid eenzelfde bepaling ook op dezelfde wijze wordt uitgelegd zowel binnen als buiten die werkingssfeer. De nationale rechter is in beginsel weliswaar niet verplicht om in zo'n geval de wettelijke regeling ook in niet-communautaire gevallen in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te leggen, maar dat wordt anders wanneer daardoor rechtsonzekerheid zou worden geschapen (arrest-*ICI/Kenneth Hall Colmer*¹⁹) (dit laatste is ook te beschouwen als een toepassing van art. 10 EG en/of het communautair rechtszekerheidsbeginsel). Men spreekt hier ook van quasi-richtlijnconforme interpretatie of richtlijngeoriënteerde interpretatie²⁰.

Bovendien is de Belgische rechter m.i. krachtens Belgische rechtsbeginselen van grondwettelijke rang als het gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel, wel degelijk verplicht om een dergelijke rechtsregel in beide soorten situaties gelijkelijk uit te leggen.

15. Ongeacht of men mijn conclusie over de interpretatie van art. 4 WFZ deelt of niet, de discussie hierover toont op zijn minst dat de rechtszekerheid er wel bij zou varen indien de wetgever het onderscheid tussen stille zekerheden en zekerheden met buitenbezitstelling, met name betreffende schuldvorderingen en effecten, niet langer zou wegmoffelen, zoals in art. 2075 BW gebeurt, maar openlijk zou behandelen.

Daarnaast moge deze bijdrage meer algemeen gelezen worden als een pleidooi om bij de interpretatie van rechtsregels wat meer aandacht te besteden aan de gemeenschapsrechtelijke (of in andere gevallen buitenlandsrechtelijke) bronnen ervan en ze wat minder te laten overwoekeren door knip- en plakwerk uit de *on line* toegankelijke "voorbereidende werken".

¹⁶ HJEG 26-11-1996, 130/95, *Giloy*.

¹⁷ HJEG 17-7-1997, 28/95, *Leur-Bloem t. Inspecteur Belastingdienst*.

¹⁸ Zie F. POILVACHE, "Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire", *JTDE* 1998, 121 v.; M. HABERSACK en C. MAYER, *JZ* 1999, 913 v.; G. BRANDNER, *Die überschießende Umsetzung von Richtlinien*, 112 v.; T. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, 174 v.; M. SCHMID, *Die Grenzen der Auslegungskompetenz des EUGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234: dargestellt am Beispiel der überschießenden Richtlinienumsetzung*, Peter Lang Frankfurt 2005.

¹⁹ HJEG 16-7-1998, 264/96, *ICI t. Kenneth Hall Colmer*.

²⁰ P. HOMMELHOFF, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, II, (889) 915 v. c.q. T. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, p. 106 v.

