

Vergaderjaar 2004–2005

28 874

Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 5 januari 2005

De leden van de CDA- en de VVD-fractie hebben nadere vragen gesteld over dit wetsvoorstel naar aanleiding van een publicatie, alsmede naar aanleiding van enkele door deze leden ontvangen commentaren van derden.

1. De leden van de CDA-fractie refereren allereerst aan een artikel van mr.dr.s. T. R. M. P. Keijser, verschenen in WPNR nr. 6592. Zij vroegen met name commentaar op de conclusie van dit artikel dat het aanbeveling verdient het toepassingsbereik van het wetsvoorstel te beperken tot bepaalde marktdeelnemers en bepaalde transacties. Omdat de kwestie van de reikwijdte in verschillende vragen terug komt en ook ruim aandacht heeft gekregen in de literatuur lijkt het mij zinvol eerst nader in te gaan op de richtlijn zelf alvorens een reactie te geven op de meer specifieke vragen die in het artikel van Keijser aan de orde worden gesteld. De richtlijn geeft een regeling voor het geval een vordering wordt gecureerd door de overdracht of verpanding van creditsaldi of op de kapitaalmarkt verhandelbare effecten op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst. De richtlijn heeft als uitgangspunt dat financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen een bank en een vergelijkbare partij (hierna samengevat: «banken») alsmede financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen banken en een «gewone» onderneming vallen onder de reikwijdte van de regeling. Bij de uitvoering van de richtlijn mogen de lidstaten echter de «gewone» ondernemingen uitsluiten van het toepassingsbereik van de regeling. Van een belangrijke reeks lidstaten is bekend dat zij van de mogelijkheid van uitsluiting van «gewone» ondernemingen geen gebruik hebben gemaakt of dat vermoedelijk niet zullen doen. Een overzicht is opgenomen in paragraaf 22. Nederland zou met een beperking van de reikwijdte in Europa uit de pas lopen. De regeling in het wetsvoorstel is voorts uitgebreid tot financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen «gewone» ondernemingen. Een dergelijke uitbreiding van de regeling tot buiten het eigenlijke terrein van de richtlijn is ook aanvaard in Denemarken en het Verenigd Koninkrijk en iets vergelijkbaars geldt in Zweden. Het Belgische wetsvoorstel tot uitvoering van de richtlijn gaat eveneens uit van een uitbreiding van de reikwijdte en gaat daarbij nog verder dan het onderhavige wetsvoorstel; naast «gewone» ondernemingen vallen ook financiëlezekerheidsovereenkomsten met particulieren

onder de regeling. Ook in dat verband wordt verwezen naar paragraaf 22. Vanzelfsprekend is bij de afweging van de vraag of van de mogelijkheid van uitsluiting van «gewone» ondernemingen gebruik zou worden gemaakt en bij de uitbreiding van de regeling tot financiëuzeke-
renkomsten tussen «gewone» ondernemingen, de positie van die ondernemingen in ogenschouw genomen. Daarbij is onder meer rekening gehouden met de behoefte aan adequate financieringsinstrumenten en met de noodzakelijke bescherming van relatief zwakke partijen, zoals ondernemingen behorend tot het midden- en kleinbedrijf. De bescherming van deze partijen door de inrichting van de regeling en de aard van het financieringsproduct komt hierna in deze paragraaf – naar aanleiding van verschillende vragen van de CDA-fractie – alsook in de paragrafen 15, 17, 22 en 23 aan de orde.

Keijser roept in zijn hiervoor genoemde artikel de vraag op of een transactie op grond waarvan slechts *fiduciaire* eigendom wordt verschaf-
aan de zekerheidsnemer, kan worden gekwalificeerd als een financiëuze-
kerheidsovereenkomst tot overdracht (p. 765). Dergelijke transacties onderscheidt de auteur van transacties waarbij de *volle* eigendom van
geld of effecten wordt overgedragen. Transacties waarbij slechts fiduciaire
eigendom wordt verschaf, vereisen naar de mening van Keijser een
extensieve interpretatie van het begrip «financiëuzeke-
renkomst tot overdracht». Keijser acht zo'n interpretatie niet wenselijk en
bepleit een beperking van de reikwijdte van de voorgestelde regeling tot
de volle overdracht van eigendom (p. 767 en 770).

Graag verschaf ik op dit punt duidelijkheid. De leden van de fractie van het
CDA kan ik meedelen dat een extensieve interpretatie van de financiëuze-
kerheidsovereenkomst tot overdracht, die er toe zou leiden dat overdracht
kan plaatsvinden zonder dat de volle eigendom van geld of effecten wordt
verschaf, in strijd is met de wet. Een uitsluitend fiduciaire overdracht is
immers onverenigbaar met artikel 3:84 lid 3 BW. Artikel 7:55 BW brengt
daarin geen verandering. Dat de voorgestelde regeling betrekking heeft
op een volledige overdracht van de eigendom blijkt ook uit de memorie
van toelichting bij het wetsvoorstel (p. 8). De problemen die Keijser in zijn
artikel schetst indien van een extensieve interpretatie sprake zou zijn,
doen zich dan ook niet voor.

Voorts stelt Keijser dat het wetsvoorstel de financiëuzeke-
renkomst tot de vestiging van een pandrecht niet mogelijk moet maken tenzij
tevens wordt voorzien in een gebruiksrecht voor de zekerheidsnemer.

Zonder een gebruiksrecht zou de zekerheidsnemer onvoldoende over de
tot zekerheid strekkende goederen kunnen beschikken en zou de trans-
actie onvoldoende positieve invloed hebben op de liquiditeit van de geld-
en effectenmarkten (p. 768 en 770). Het voorstel van Keijser kan niet
worden gevolgd omdat het in strijd is met artikel 5 lid 1 van de richtlijn.
De richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat «Indien en voorzover een financiëuze-
kerheidsovereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht daartoe
streckende bepalingen bevat», de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de
zekerheidsnemer kan beschikken over een gebruiksrecht. De richtlijn heeft
als uitgangspunt dat partijen de keuze hebben om al dan niet een
gebruiksrecht overeen te komen. Financiëuzeke-
renkomsten tot de vestiging van een pandrecht waarbij geen gebruiksrecht is bedongen,
kunnen niet van de reikwijdte van de richtlijn worden uitgesloten. Zij
vallen onder de definitie van een dergelijke overeenkomst in artikel 2 lid 1
onderdeel c van de richtlijn. De Nederlandse wetgever kan hieraan niet
voorbij gaan, tenzij de richtlijn wordt aangepast.

Keijser bepleit voorts dat de regeling voor financiëuzeke-
renkomsten wordt beperkt tot marktpartijen met een band met de financiële
markt. Dit zou betekenen dat een financiëuzeke-
renkomst tussen een bank en een gewone onderneming wordt uitgesloten. De
richtlijn is echter juist ook voor dergelijke overeenkomsten met gewone
ondernemingen geschreven, teneinde tegemoet te komen aan de

financieringsbehoefte van ondernemingen. Van de mogelijkheid om de reikwijdte van de regeling betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten te beperken tot transacties tussen (met name) banken is geen gebruik gemaakt; men zie hiervoor nader paragraaf 22. Nederland zou daarmee een uitzonderingspositie innemen. Een dergelijke beperking kan ook niet voorkomen dat dergelijke transacties met gewone ondernemingen plaatsvinden, omdat de betrokken partijen dan gebruik kunnen maken van financiëlezekerheidsovereenkomsten naar buitenlands recht. Illustratief is de situatie in Duitsland. De Duitse uitvoeringswet ging oorspronkelijk uit van een beperking tot marktpartijen met een band met de financiële markt. Het wetsvoorstel is vervolgens gewijzigd. De beperking is geschrapt. Zoals Keijser zelf ook aangeeft (p. 770) is door de Duitse banken aangevoerd dat een beperking van de reikwijdte van de regeling in Duitsland tot gevolg zou hebben dat de beoogde transacties met gewone ondernemingen dan in het buitenland zouden worden afgesloten, met alle gevolgen voor de binnenlandse markt van dien. Het Duitse wetsvoorstel is daarom aangepast en in deze vorm wet geworden. Voor de Nederlandse banken en ondernemingen gelden dezelfde afwegingen. Aan de Nederlandse banken en ondernemingen zouden transactiemogelijkheden worden onthouden die naar buitenlands recht wel mogelijk zijn. De Nederlandse ondernemingen zouden voor hun financieringsbehoefte beroep moeten doen op buitenlandse regels. De Nederlandse wetgever kan niet voorkomen dat contracten naar buitenlands recht worden aangegaan. Wel kan Nederland ervoor zorgen dat het Nederlandse recht zodanig aantrekkelijk is dat de behoefte aan transacties naar buitenlands recht minder wordt gevoeld. Dat vereist dat de Nederlandse regeling voorziet in de mogelijkheid dat een financiëlezekerheids-overeenkomst wordt gesloten door een bank met een gewone onderneming. Tevens moet het Nederlandse regime een goede balans tussen de belangen van de banken en de belangen van de ondernemingen inhouden. Daarin is naar mijn mening voorzien, zoals hierna in de paragrafen 15, 17 en 22 naar aanleiding van vragen van de VVD-fractie nog zal worden uiteengezet.

De leden van de CDA-fractie merkten op dat in de praktijk een zekerheidsverschaffing van goederen door overdracht weinig voorkomt bij gewone ondernemers. Zij vreesden dat wanneer het gebruik van een financiëlezekerheids-overeenkomst zal openstaan voor ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf, aangenomen mag worden dat toepassing wel met enige regelmaat zal plaatsvinden.

Ik deel die vrees niet. Onder de reikwijdte van de richtlijn vallen slechts bepaalde goederen. Het gaat uitsluitend om creditsaldi en effecten die op een kapitaalmarkt verhandelbaar zijn. De overdracht op grondslag van een financiëlezekerheids-overeenkomst heeft tot gevolg dat deze goederen geheel in de macht van de financier komen, tot wiens vermogen zij gaan behoren. De samenstelling van het vermogen en de bedrijfsvoering van middelgrote of kleine ondernemingen zal veelal meebrengen dat de onderneming niet over meer creditsaldi beschikt dan voor haar bedrijfsvoering nodig zijn en dat tot haar vermogen geen grote hoeveelheden op een kapitaalmarkt verhandelbare effecten behoren. Die bedrijfsvoering zal in de regel dan ook niet toelaten dat de onderneming de bevoegdheid om over die creditsaldi en die effecten te beschikken verliest door deze in het kader van een financiëlezekerheids-overeenkomst aan de financier over te dragen. De vraag of een onderneming tot overdracht in het kader van een financiëlezekerheids-overeenkomst zal overgaan, hangt af van het financieringsarrangement dat zij met de bank overeenkomt. Het is niet te verwachten dat kleinere ondernemingen akkoord zullen gaan met een regeling die hun normale bedrijfsvoering in gevaar brengt, terwijl financiers er ook geen belang bij hebben aan te dringen op een wijze van financiering die aan een goede bedrijfsvoering in de weg staat en waarvan derhalve ook voor de financier geen goed resultaat is te verwachten.

Dat neemt niet weg dat grotere ondernemingen wel aan deze wijze van financiering behoefte kunnen hebben. Zou de reikwijdte van het wetsvoorstel worden beperkt tot financiële instellingen, dan worden deze ondernemingen in hun financiering getroffen. Zij zullen daarvoor dan uitwijken naar het buitenland. Dat acht ik niet wenselijk, zeker nu de bedrijfsvoering van kleinere ondernemingen nauwelijks door de richtlijn wordt gedeerd. De beperking tot bepaalde partijen die door sommigen wordt voorgestaan ligt in de praktijk reeds besloten in de aard van het product, hetgeen ook een reden is de werkingssfeer van de regeling zelf niet te beperken tot bepaalde partijen.

2. Deze leden stelden voorts de vraag of de hier voorgestelde figuur dogmatisch wel past binnen het vermogensrecht, zoals neergelegd in het geldende Burgerlijk Wetboek. Daarbij hebben deze leden erop gewezen dat de Hoge Raad in het Sogelease-arrest (19 mei 1995, NJ1996/119) weliswaar onder omstandigheden een eigendomsoverdracht heeft toegestaan die als zekerheidsrecht functioneert, maar dat dit niet wegneemt dat als uitgangspunt heeft te gelden dat (stil) pandrecht de functie van fiduciaire overdracht heeft vervangen. Deze leden hebben voorts eraan herinnerd dat pandrecht een beperkt recht is, afhankelijk van de vordering tot zekerheid waarvan het is gevestigd. Deze leden hadden de indruk dat hetgeen in het wetsvoorstel wordt voorgesteld in bepaalde opzichten fundamenteel afwijkt van dit zorgvuldig afgewogen totstandgekomen systeem van het BW.

Voorop moet worden gesteld dat het onderhavige wetsvoorstel strekt ter implementatie van een richtlijn die geldt voor alle lidstaten van de Europese Unie, die sterk uiteenlopende rechtsstelsels hebben. Het is daarom onvermijdelijk dat richtlijnen op het gebied van het privaatrecht nieuwe figuren kunnen brengen, die de in de nationale stelsels aanwezige dogmatiek doorkruisen. Het ligt in de aard van dergelijke richtlijnen dat deze doorkruising moet worden aanvaard. Een richtlijn wordt immers opgelegd en de nationale wetgever dient de volle werking daarvan in het nationale recht te verzekeren. De nationale wetgever heeft bij de implementatiewet enige vrijheid bij het zoeken van een formulering die het beste bij zijn nationale rechtssysteem past, maar die vrijheid gaat niet zover dat hij in strijd met de richtlijn mag komen, indien de voorgeschreven regeling niet in het stelsel van het nationale recht past. De Europese Commissie zowel als het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen voeren op dit punt een beleid dat er dikwijls toe noopt in de implementatiewet zoveel mogelijk bij de tekst van de richtlijn aan te sluiten, ook wanneer die richtlijn onduidelijk of voor verschillende uitleg vatbaar is. Tevens moet ervan worden uitgegaan dat de bedoeling van de implementatiewet om de richtlijn zijn volle werking te geven meebrengt, dat de ingevoegde bepalingen steeds conform de richtlijn dienen te worden uitgelegd, welke uitleg uiteindelijk is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Een andere uitleg zou immers met de richtlijn in strijd komen en meebrengen dat Nederland niet ten volle aan zijn verplichting tot implementatie heeft voldaan. Hetgeen overigens niet wegneemt dat Nederland er bij de onderhandelingen over een richtlijnvoorstel wel naar streeft dat de gekozen formuleringen in de richtlijn een goede en nauwgezette inpassing in het nationale stelsel toelaten.

Zou de onderhavige richtlijn van het stelsel van het Nederlandse BW afwijken, dan zou dat geen reden zijn die richtlijn niet door implementatie haar volle werking te geven. In het onderhavige geval kan evenwel worden gezegd dat van een «afwijking» geen sprake is, laat staan van een afwijking die moeilijk in het Nederlandse rechtssysteem is in te passen. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht, anders dan deze leden misschien voor ogen stond, *niet* leidt tot enig zekerheidsrecht in de zin van Boek 3 BW en

evenmin tot enige vorm van zekerheidseigendom, zoals deze in Nederland vóór 1992 bestond. Als voorbeeld van overeenkomsten waar het in de huidige praktijk om gaat, kunnen worden vermeld de repurchase-overeenkomsten. Het gaat hier om een combinatie van koopovereenkomsten. De ene partij, A, die liquide middelen nodig heeft, verkoopt effecten aan partij B (de financier) voor een bepaald geldbedrag (purchase price). Op hetzelfde moment verplicht partij B zich om op een bepaald later moment gelijkwaardige effecten over te dragen aan partij A en neemt partij A de verplichting op zich hiervoor een geldbedrag te betalen, waarin in de regel mede een bepaald rentebedrag is verdisconteerd (repurchase price). Als volgend voorbeeld kunnen de valutaswaps worden vermeld, waarbij partij A bijvoorbeeld dollars overdraagt aan partij B, terwijl B op hetzelfde moment euro's betaalt aan A, en partijen voorts afspreken dat op een bepaald later tijdstip even grote bedragen in dezelfde valuta zullen worden terugbetaald, waarbij één der partijen of beide partijen bovendien recht hebben op een rentevergoeding. Het gaat hier om koop of ruil van valuta. Voor een nadere omschrijving van dit soort transacties en voor verdere voorbeelden moge worden verwezen naar het door deze leden geciteerde artikel van Keijser in WPNR 6592, p. 763.

Dit type overeenkomst leidt tot werkelijke, volledige overdrachten, zoals artikel 2 lid 1 onder b en artikel 6 lid 1 van de richtlijn voorschrijven. Partijen zoeken hier hun bescherming in de volledige beschikkingsbevoegdheid over de goederen die aan hen krachtens de transactie worden overgedragen. Zoals gezegd, gaat het hier om een combinatie van koopovereenkomsten of ruilovereenkomsten en soms ook verbruikleenovereenkomsten («security lending»), die tot overdracht verplichten. Dergelijke transacties zijn reeds naar huidig recht geldig, ongeacht of zij geheel of in overwegende mate zijn gericht op kredietverlening. De overdrachten waartoe zij verplichten, zijn immers «werkelijke overdrachten» in de zin van het door deze leden geciteerde arrest van de HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, en hebben niet de bedoeling om artikel 3:84 lid 3 BW te ontduiken door een verkapt verhaalsrecht in het leven te roepen. Verwezen moge worden naar de uiteenzetting naar aanleiding van dit arrest van W. Snijders, Nog een duit in de zak van de trust, in Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 1997, p. 87 e.v., in het bijzonder p. 89-92.

3. Uit het voorgaande volgt tevens dat de regeling in Boek 7 thuis hoort. Voor zover het gaat om financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht gaat het immers om combinaties van bekende obligatoire overeenkomsten als koop, ruil en verbruikleen. Het ligt reeds om die reden voor de hand de regeling na de regeling in Boek 7 betreffende koop en ruil te plaatsen. Daaraan doet niet af dat het wetsvoorstel mede financiëlezekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht omvat. Ook hier gaat het in beginsel om obligatoire overeenkomsten, die tot vestiging van een pandrecht verplichten.

Uiteraard is juist dat de regeling belangrijke goederenrechtelijke bepalingen bevat. Voor plaatsing in Boek 7 is dit evenwel geen bezwaar, nu daar meer bepalingen van goederenrechtelijke aard voorkomen of zullen voorkomen. Men denke aan het reclamerecht bij koop (artikelen 7:39-44), de nog in te voegen regeling van huurkoop met eigendomsvoorbehoud, de regeling van de overgang van verhuur bij overdracht van verhuurde zaken (artikelen 7:226 en 227), de levering van zaken door middel van een ceel (artikel 7:607), de levering van aandelen in een personenvennootschap in artikel 7:823 leden 3 en 4, voorgesteld in wetsvoorstel 28 746, regels voor pandrecht bij sommenverzekering (artikelen 7.17.3.4 lid 1 onder a en lid 4, 7.17.3.6c en 7.17.3.20), voorgesteld in wetsvoorstel 19 529 en de vele goederenrechtelijke bepalingen in het wissel- en chequerecht, waarvan is aangekondigd dat het eveneens

een plaats in Boek 7 zal moeten vinden en dat dan ook reeds in het voorontwerp voor Boek 7 van 1972 is opgenomen. Plaatsing van de onderhavige regeling in Boek 7 verdient dan ook de voorkeur boven plaatsing in Boek 3.

4. Vervolgens hebben deze leden opgemerkt dat in het wetsvoorstel soms termen worden gebruikt die niet de betekenis lijken te hebben, die daaraan in het algemeen in het vermogensrecht wordt toegekend. Als eerste voorbeeld noemen deze leden de term «overdracht» in verband met de vraag of in geval van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht aan de verplichting tot overdracht van geld in de vorm van een creditsaldo kan worden voldaan door het desbetreffende bedrag op de gebruikelijke wijze over te maken op een rekening van de verkrijger. Het stelsel van de richtlijn brengt mee dat dit kan. Zoals hiervoor al is gezegd, moet het wetsvoorstel worden uitgelegd aan de hand van de richtlijn. Bovendien staat dit spraakgebruik ook niet op gespannen voet met de praktijk. Iemand die zich verplicht een geldbedrag «over te dragen», zal niet licht op de gedachte komen dat hij dat geld niet kan gireren, hoezeer ook juist is dat girale betaling geen overdracht is in de zin van titel 3.4 BW. Niet uitgesloten is overigens dat een creditsaldo wordt overgedragen door een cessie overeenkomstig artikel 3:94 BW. Of de richtlijn deze minder gebruikelijke methode toelaat, hangt ervan af of de door die bepaling vereiste akte met mededeling een formaliteit is die in strijd komt met artikel 3 lid 1 van de richtlijn. Nu de cessie overeenkomstig artikel 3 lid 2 van de richtlijn met schriftelijke bewijsstukken mag worden aange-toond en mededeling aan de schuldenaar slechts vereist is om de cessionaris het bezit van of de controle over het creditsaldo te geven in de zin van artikel 2 lid 2 van de richtlijn, mag worden aangenomen dat van een verboden formaliteit geen sprake is. Gezien het bovenstaande in verband met het onder 2 opgemerkte is het niet wenselijk van de in de richtlijn gebezigde term «overdracht» af te wijken en te zoeken naar een andere term.

5. Vervolgens hebben deze leden stilgestaan bij de wijze waarop verpanding van geld zou moeten plaatsvinden. Zij hebben gewezen op de opmerkingen in de memorie van antwoord dat hier eveneens overmaking naar een rekening van de zekerheidsnemer vereist is, echter ditmaal «ten titel van verpanding». Deze leden wezen er terecht op dat het hier geld in de vorm van een creditsaldo betreft, waarbij het in wezen gaat om een vordering op de bank waar de rekening wordt gehouden. Een dergelijke vordering dient te worden verpand naar de regels van artikel 3:236 lid 2 in verbinding met artikel 3:94 lid 1 BW, dat wil zeggen door middel van «een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan» aan de schuldenaar door de pandgever of pandhouder. Juist is dat een overmaking op een rekening van de pandhouder «ten titel van verpanding» daartoe niet voldoende is. Dat is met voormelde korte aanduiding dan ook niet bedoeld. Voor de verpanding is in verband met artikel 2 lid 2 van de richtlijn nodig dat de «als zekerheid verschaft financiële activa daadwerkelijk worden geleverd, overgedragen, gehouden (...), zodat zij in het bezit of onder controle komen van de zekerheidsnemer». 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. In een dergelijke op schrift gestelde overeenkomst kan mede een pandakte besloten liggen en tevens een mededeling aan de bank die bij die overeenkomst immers partij is. Kan die overeenkomst niet als pandakte worden uitgelegd of wordt dit onduidelijk geacht, dan kan het pandrecht gevestigd worden

door middel van overmaking van het geld op die rekening. Daarbij kan de overschrijvingsopdracht als pandakte fungeren. Volgens artikel 3:94 lid 1 BW is immers slechts nodig een «daarop gerichte akte» en niet «een tussen partijen opgemaakte akte». Volgens de Parlementaire Geschiedenis van Boek 3, p. 395, is voor een «daarop gerichte akte» voldoende een eenzijdige akte van de vervreemder, hier de pandgever, die het betreffende bedrag overmaakt door middel van een door hem ondertekende betalingsopdracht. Het spreekt van zelf dat die overmaking op een rekening als voormeld geschiedt «ten titel van verpanding».

Dat de figuur van een dergelijke kwaliteitsrekening ten behoeve van meer belanghebbenden in ons recht past, volgt uit HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 betreffende een kwaliteitsrekening met meer belanghebbenden met uiteenlopende belangen, als ook uit de kwaliteitsrekening waarop de opbrengst van een executie dient te worden gestort, ook in geval van een executie door een pandhouder. Men zie over dit laatste artikel 490b in verband met artikel 445 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de uiteenzetting in de Parlementaire Geschiedenis Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1340, waar wordt gesproken van opening van een rekening «op een wijze die meebrengt dat het betreffende bedrag – dat aan de gezamenlijke belanghebbenden toekomt – niet in zijn vermogen valt», dat wil zeggen niet in het vermogen van de pandhouder die voor de opening van die rekening heeft te zorgen. Welke vorm uit praktisch oogpunt aan een dergelijke rekening het best kan worden gegeven, kan aan de (bank)praktijk worden overgelaten. Het is dan ook niet de bedoeling van het wetsvoorstel op dit punt verandering te brengen in het thans gebruikelijke goederenrechtelijke systeem.

6. Vervolgens hebben deze leden opgemerkt dat het wetsvoorstel en de daarop gegeven toelichting niet lijken te stroken met het algemeen vermogensrecht, als de term «verrekenen» wordt gebruikt. Daarbij denken deze leden aan het gebruik van die term in de artikelen 53 lid 3 en 54 lid 1 sub a en b waar het gaat om verrekening van de «waarde» van de daar bedoelde goederen door de pandhouder met de geseceureerde vordering, onderscheidenlijk verrekening door de pandhouder van het geld waarop het pandrecht rust, met de geseceureerde vordering. Voorop moet worden gesteld dat het hier gaat om verrekening in de zin van artikel 4 lid 1 en artikel 5 lid 2 van de richtlijn. Het eerste artikel ziet op de executie door de pandhouder, de materie van artikel 54 van het wetsvoorstel, het tweede artikel ziet op het door de pandhouder volgens de richtlijn te bedingen «gebruiksrecht», de materie van artikel 53 van het wetsvoorstel. Beide bepalingen, artikel 53 lid 3 zowel als artikel 54 lid 1, betreffen in wezen het nemen van verhaal door de pandhouder voor de geseceureerde vordering, nadat het tijdstip waarop de pandgever de vordering moet voldoen, is verschenen of zich een executiegrond voordoet.

Dat neemt niet weg dat in de gedachtegang van de richtlijn en dus ook van de artikelen 53 en 54 van het wetsvoorstel hier twee vorderingen tegenover elkaar staan. De pandhouder die van zijn gebruiksrecht gebruik gemaakt heeft of zich, uit hoofde van een desbetreffend beding, het onderpand heeft toegeëigend, wordt daardoor een bedrag aan de pandgever verschuldigd ten belope van de waarde van die goederen. Hij kan zich voldoen door die schuld met de door het pandrecht geseceureerde vordering te verrekenen. Tegenover elkaar staan hier de vordering tot vergoeding van de waarde van het door de pandhouder te gelde gemaakte onderpand en de vordering die door het pandrecht wordt geseceureerd. Het ligt derhalve alleszins voor de hand hier van verrekening te spreken en daarop in beginsel de artikelen 6:127 e.v. BW toe te passen, voor zover dit verenigbaar is met de richtlijn en de aard van het pandrecht. Noch de richtlijn, noch de aard van het pandrecht staat er aan in de weg dat overeenkomstig artikel 6:127 voor de verrekening een verklaring van de pandhouder nodig is dat hij zijn schuld ter zake van de

waarde van de goederen met zijn geseecureerde vordering verrekeent en dat beide verbintenissen slechts tot hun gemeenschappelijk beloop teniet gaan. Uit de richtlijn vloeit echter wel voort dat de verrekeningsbevoegdheid uitsluitend aan de pandhouder toekomt, en niet ook aan de pandgever, zoals dan ook in de artikelen 53 en 54 van het wetsvoorstel tot uiting komt. Nu het gaat om verrekening als instrument tot het nemen van verhaal uit het pandrecht, is de pandhouder uit hoofde van artikel 57 van de Faillissementswet bevoegd dit recht uit te oefenen, alsof er geen faillissement was, zoals trouwens ook al voortvloeit uit artikel 53 van de Faillissementswet, nu beide vorderingen voortvloeien uit een «handeling» die vóór het faillissement met de gefailleerde pandgever is verricht, te weten de verpanding uit hoofde van de financiëlezekerheidsovereenkomst.

Voor wat betreft de verrekening, bedoeld in artikel 54 lid 1 onder b van het wetsvoorstel geldt hetzelfde als hiervoor is uiteengezet met dien verstande dat de schuld van de pandhouder hier niet bestaat in zijn verplichting ter zake van de waarde van goederen, maar in zijn verplichting het creditsaldo, dat hem niet toebehoort, weer aan de pandgever terug te geven. Door de verrekening gaat deze verplichting tot het bedrag van de geseecureerde vordering teniet. Dat deze zienswijze afwijkt van die van de huidige artikelen 3:246 en 3:255 is juist; zij voldoet evenwel aan het stelsel van de richtlijn, vervat in artikel 4 lid 1 onder b. Men kan overigens niet zeggen dat «verhaal door middel van verrekening» in het Nederlandse recht een nieuwe figuur is. In het door deze leden geciteerde arrest van de HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171, wordt immers met zoveel woorden overwogen dat de bank die in die zaak partij was, zich uit hoofde van haar pandrecht «op de vordering kon verhalen en dat zij dat ook door verrekening kon effectueren». Ook in HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471, r.o. 3.5.2, wordt gesproken van «door verrekening verhalen». Deze terminologie wordt in de door deze leden geciteerde noten van Van Schilfgaarde wel bekritiseerd, maar dat is geen reden om die door de Hoge Raad gebezigde terminologie in het onderhavige wetsvoorstel af te wijzen.

Dat de onderhavige verrekening tot verhaal strekt, heeft tevens gevolgen voor de toepasselijkheid van de Nederlandse regels betreffende verhaal door de pandhouder. Die regels blijven immers van toepassing, voor zover zij niet door het wetsvoorstel opzij worden gezet, zoals in het bijzonder in artikel 54 lid 4 gebeurt. Een belangrijke, in dat lid niet uitgezonderde bepaling is artikel 3:253. Leidt de verrekening tot een overschot, omdat de waarde van het onderpand de waarde van de geseecureerde vordering overtreft, dan dient met dit overschot te worden gehandeld overeenkomstig artikel 3:253 lid 1, tweede en derde zin, in verbinding met artikel 490b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Deze regeling mondt, zo betrokkenen het niet eens worden, uit in een rangregeling. Op deze wijze wordt overeenkomstig het huidige recht ten volle rekening gehouden met de belangen van beslagleggers of schuldeisers die een pandrecht op de verpande goederen hebben verkregen en in rang na de pandhouder komen. Zou er een pandhouder zijn die in rang boven de verhaal nemende pandhouder gaat, dan zal de bevoegdheid tot verrekening slechts aan de hoogst gerangschikte pandhouder toekomen. De richtlijn staat daaraan niet in de weg. Dat er een hoger gerangschikt pandrecht zal zijn, is overigens weinig waarschijnlijk. Degene die een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht wil sluiten, zal immers niet accepteren dat er op de goederen reeds een pandrecht rust, dat in rang boven het zijne komt. Bij giraal overdraagbare effecten, waarvan verpanding geschiedt overeenkomstig de artikelen 20 en 21 Wet giraal effectenverkeer, kan hiernaar eenvoudig navraag worden gedaan bij de bank waar de effectenrekening wordt gehouden. Gaat het om effecten aan toonder of order, dan geldt het volgende. Een reeds eerder gevestigd openbaar

pandrecht is herkenbaar, omdat dit slechts kan worden gevestigd door het effect in de macht van de pandhouder te brengen, bij een effect aan order bovendien voorzien van een endossement. Een eerder gevestigd stil pandrecht levert voor een latere pandhouder uit hoofde van een financiële zekerheidsvereenkomst geen gevaar op. Het openbare pandrecht uit hoofde van de financiële zekerheidsvereenkomst zal immers krachtens artikel 3:238 BW boven eventuele eerdere gevestigde stille pandrechten gaan, mits de houder van het openbare pandrecht te goeder trouw was toen hij de effecten in zijn macht kreeg. Gaat het om een creditsaldo, dan kan bij de betrokken bank worden geïnformeerd of daarop reeds een openbaar pandrecht rust, dat immers aan de bank moet zijn medege-deeld. Voor wat betreft stille pandrechten, als bedoeld in artikel 3:239 BW, moet worden opgemerkt dat die volgens lid 1 van dit artikel slechts gevestigd kunnen worden op vorderingen die reeds bestaan of uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeien. Door op het creditsaldo dat ter uitvoering van de financiële zekerheidsvereenkomst zal worden gevormd, bij voorbaat al het overeengekomen openbare pandrecht te vestigen, zoals in de praktijk gebruikelijk is, kan worden voorkomen, dat stille pandrechten hier nog een rol kunnen spelen.

7. De leden van de CDA-fractie hebben vervolgens stilgestaan bij de opmerkingen in de memorie van antwoord dat op de «overdracht» op basis van een financiële zekerheidsvereenkomst de algemene regels van artikel 3:83 e.v. BW van toepassing zijn. Deze leden vroegen zich af of de toepasselijkheid van bedoelde artikelen in dit geval een afdoende functie kan vervullen. Zij vroegen of het niet zo was dat de uitgangspunten van de richtlijn moeilijk zijn in te passen in het Nederlandse causale systeem en daarom een ingreep in Boek 3 eerder voor de hand had gelegen. Hiervoor onder 3 is reeds uiteengezet waarom plaatsing van de onderhavige regeling in Boek 7 de voorkeur verdient boven plaatsing in Boek 3. Juist is dat op de overdracht op basis van een financiële zekerheidsvereenkomst in beginsel de artikelen 3:83 e.v. BW van toepassing zijn, maar deze opmerking die terloops gemaakt is op p. 3, voorlaatste alinea, van de memorie van antwoord, behoeft wel nuancering. In de eerste plaats is juist dat effectuering van de verplichting tot overdracht van geld door girale overmaking niet een figuur is waarop de artikelen 3:83 e.v. BW van toepassing zijn. Zoals hiervoor onder 4 is aangestipt, kan aan de verplichting het betrokken creditsaldo over te dragen, naar mag worden aangenomen, ook door cessie met mededeling aan de bank worden voldaan. In dat geval zijn de artikelen 3:83 e.v. BW onverkort van toepassing. Heeft de financiële zekerheidsvereenkomst betrekking op giraal overdraagbare effecten, dan is op de overdracht daarvan de regeling van de artikelen 16 e.v. van de Wet giraal effectenverkeer van toepassing en zijn de artikelen 3:83 e.v. uitsluitend van toepassing voor zover daarvan in de regeling van de Wet giraal effectenverkeer niet is afgeweken. Gaat het om op een kapitaalmarkt verhandelbare effecten aan order of toonder dan zijn de bepalingen van de artikelen 3:83 e.v. BW wederom onverkort van toepassing. In de gevallen waarin de artikelen 3:83 e.v. van toepassing zijn, kan die toepasselijkheid niet worden gemist. De richtlijn houdt zich alleen met de wijze van overdracht bezig, voor zover het de in artikel 3 bedoelde formaliteiten betreft. De cessie van een creditsaldo en de overdracht van effecten aan order of toonder zullen volgens de artikelen 3:83 e.v. moeten geschieden. Men zie voor cessie artikel 3:94 en voor effecten aan toonder of order artikel 3:93. Voor de geldigheid van dergelijke overdrachten zal overeenkomstig artikel 3:84 lid 1 een geldige titel nodig zijn alsmede beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Ook zal in gevolge artikel 3:84 lid 2 die titel met voldoende bepaaldheid omschreven moeten zijn. Die titel zal hier, zoals deze leden al veronderstelden, in de financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht gelegen zijn. Titelgebreken zullen in de

derde hand in geval van goede trouw van de verkrijger overeenkomstig artikel 3:88 kunnen worden geheeld. Overdracht en ook verpandingen kunnen ingevolge artikel 3:97 ook van toekomstige goederen bij voorbaat plaats vinden, bijvoorbeeld krachtens een raamovereenkomst, in het kader waarvan financiëlezekerheidsvereenkomsten in de praktijk in de regel worden gesloten. Duidelijk is dat aan dergelijke regels behoefte bestaat.

8. Vervolgens vroegen deze leden hoe de financiëlezekerheidsvereenkomst tot verpanding in het juridische systeem van beperkte rechten moet worden ingepast. Deze vraag moet aldus worden beantwoord dat op het hier bedoelde pandrecht de gewone regels betreffende pandrecht van toepassing blijven, voor zover het wetsvoorstel daarvan niet afwijkt, zoals met name gebeurt ter zake van het gebruiksrecht van artikel 53 en de executieregeling van artikel 54. Daaruit vloeit tevens het antwoord voort op een groot aantal vervolgens door deze leden gestelde vragen, die van een ander uitgangspunt uitgaan dan hiervoor onder 5 juist is geacht. Voor alle duidelijkheid zullen die vragen hier niettemin in extenso worden beantwoord.

Het pandrecht op basis van een financiëlezekerheidsvereenkomst tot verpanding is een beperkt recht in de zin van artikel 3:8 BW en tevens een afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW, verbonden aan de vordering die door het pandrecht wordt gecureerd. Verpanding van een creditsaldo moet, zoals hiervoor onder 5 is uiteengezet, plaatsvinden met toepassing van artikel 3:236 lid 2 in verbinding met artikel 3:94 lid 1. Zoals daar eveneens is uiteengezet, kan aan de eisen van artikel 3:94 lid 1 soms worden voldaan door een overmakingsopdracht op een daartoe speciaal ingerichte rekening ten name van de pandhouder in diens kwaliteit, mits die opdracht aan de eisen van een pandakte voldoet. Ook dan is sprake van vestigen van een beperkt recht van pand. De vordering op de bank moet dan worden gezien als een vordering ter zake waarvan de pandgever de schuldeiser is met dien verstande dat de bevoegdheid om over het saldo op die rekening te beschikken toekomt aan de pandhouder, evenwel slechts binnen de grenzen van diens pandrecht. Niet het verpande saldo, maar het pandrecht zelf is een beperkt recht. Het saldo, dat wil zeggen de vordering op de bank, is het hoofdrecht. Het pandrecht gaat teniet op de gewone wijze, zoals door volledige voldoening van de gecureerde vordering of door afstand van die vordering. Het saldo komt dan weer onbezwaard aan de pandgever toe en kan worden overgemaakt op een door deze aan te wijzen rekening. In geval van cessie van de gecureerde vordering gaat het pandrecht van rechtswege met die vordering mee over op de cessionaris. De verpanding kan niet plaats vinden door de enkele overboeking op een rekening van de pandhouder, doch alleen met toepassing van artikel 3:94 lid 1, waarvoor, zoals hiervoor onder 5 is uiteengezet, een pandakte is vereist. Er is dan geen sprake van dat de pandgever geen vordering meer heeft. Hij blijft met betrekking tot de vordering op de bank de schuldeiser, zij het dat de pandhouder met uitsluiting van de pandgever over de rekening kan beschikken, voorzover het pandrecht hem daartoe bevoegd maakt. Dit resultaat kan worden bereikt door middel van een ten name van de pandhouder geopende kwaliteitsrekening die het recht van de pandgever eerbiedigt. De pandhouder wordt derhalve geen schuldeiser van de vordering. De vordering op de bank kan door de pandgever worden overgedragen of opnieuw worden verpand, maar dit tast het bestaande pandrecht niet aan. Het is niet de taak van de bank een andere controle uit te oefenen dan de gewone, bestaande in het controleren of betalingsopdrachten behoorlijk zijn ondertekend door degene(n) die krachtens de overeenkomst met de bank bevoegd zijn over de rekening te beschikken. Hoe de overeenkomst met de bank precies moet worden ingericht, kan aan de praktijk worden overgelaten. Zoals gezegd zijn rekeningen ten behoeve van meer

belanghebbenden met tegengestelde belangen geen uitzondering. De wetgever behoort hier de huidige en toekomstige bankpraktijk niet onnodig voor de voeten te lopen. Dat geldt mede voor de vraag of behoefte bestaat aan een aparte rekening voor iedere verpanding of, zoals meer voor de hand ligt, een rekening ten name van de pandhouder in diens kwaliteit waarnaar door de pandgever verdere bedragen ter verpanding kunnen worden overgemaakt. In elk geval kan niet worden volstaan met een simpele overmaking zoals plaats kan vinden uit hoofde van een financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht.

9. Daarna hebben de leden van de CDA-fractie nog een vraag gesteld betreffende artikel 7:53, in verband met mijn opmerking op p. 11 van de memorie van antwoord dat het pandrecht op de zogenaamde gelijkwaardige goederen geacht moet worden tot stand te zijn gekomen op hetzelfde moment als waarop het oorspronkelijke pandrecht tot stand is gekomen. Deze leden hebben er terecht op gewezen dat de gelijkwaardige goederen die naderhand in de plaats van de verpande goederen door de pandhouder zijn aangeschaft, juridisch nooit aan de pandgever hebben toebehoord. Volgens artikel 53 lid 2 dienen zij dan ook aan hem te worden overgedragen. Zodra de overdracht plaats vindt, komt het pandrecht van rechtswege op deze goederen te rusten. Het gaat hier om een figuur die de richtlijn voorschrijft en die derhalve in het Nederlandse recht dient te worden geïmplementeerd, ongeacht eventuele dogmatische bezwaren. Een figuur als de onderhavige is in ons huidige recht overigens niet onbekend. Men zie artikel 3:213 BW betreffende bevoegde vervreemding door de vruchtgebruiker van aan het vruchtgebruik onderworpen goederen. Hetgeen voor die goederen in de plaats treedt, behoort aan de hoofdgerechtigde toe en is van rechtswege eveneens aan het vruchtgebruik onderworpen. De hoofdgerechtigde verkrijgt deze goederen, hoewel deze hem nooit hebben toebehoord. Iets dergelijks kan zich voordoen bij artikel 3:229. Het recht van pand of hypotheek brengt van rechtswege een pandrecht mee op alle vorderingen tot vergoeding, die in de plaats van het verpande goed treden. Dat geldt ook als het de pandhouder is, die krachtens artikel 3:245 de vordering tot vergoeding instelt. Het pandrecht komt dan krachtens artikel 3:246 lid 5 te rusten op het door hem geïnde, terwijl het geïnde van rechtswege aan de pandgever toebehoort. Iets dergelijks kan ook voortvloeien uit artikel 3:167, wanneer een deelgenoot met machtiging van de rechter als bedoeld in artikel 3:174 een goed van de gemeenschap te gelde maakt. In dat geval gaat de koopprijs van rechtswege tot de gemeenschap behoren. Artikel 53 lid 4 is met al deze reeds in ons recht aanvaarde gevallen van zaaksvervanging verwant en kan dan ook niet gezegd worden bijzondere dogmatische moeilijkheden te geven, ook niet doordat de rang van het pandrecht wordt bepaald door het tijdstip waarop het oorspronkelijke pandrecht werd gevestigd.

10. De leden van de CDA-fractie stelden vervolgens nog enkele vragen van minder dogmatische aard. Vanwege de omstandigheid dat een financiële zekerheidsvereenkomst mondeling kan worden aangegaan, vroegen zij wanneer het goederenrechtelijk effect optreedt dat met de bedoelde financiële zekerheidsvereenkomst wordt beoogd. Zij vroegen hoe dit tijdstip moet worden vastgesteld in het geval van een overboeking. In verband met de overboeking van een creditsaldo vroegen zij of artikel 35 lid 1 Faillissementswet wat betreft deze «overdracht» nog tot complicaties aanleiding kan geven. De vormvrijheid van de financiële zekerheidsvereenkomst moet worden onderscheiden van de regels die gelden voor de overdracht of verpanding waartoe die overeenkomst verplicht. Die overeenkomst is de titel die aan de overdracht of verpanding ten grondslag ligt en is vormvrij. Voor de overdracht en verpanding gelden de vormvereisten, die voor overdracht en verpanding van de goederen, waarom het in het gegeven geval gaat,

zijn voorgeschreven. Het goederenrechtelijk effect treedt pas in als aan de vereisten voor de overdracht of verpanding is voldaan. In het geval van giraal overdraagbare effecten is derhalve beslissend of een bijschrijving heeft plaatsgevonden als bedoeld in de artikelen 17 en 20 van de Wet giraal effectenverkeer of, indien aan de aangesloten instelling verpand wordt, een overeenkomst is tot stand gekomen als bedoeld in artikel 21 van die wet. Gaat het om effecten aan toonder of order, dan zal voldaan moeten zijn aan de eisen van artikel 3:93. In geval van cessie of verpanding van een vordering zal het gaan om de eisen van artikel 3:94 lid 1. In al dergelijke gevallen brengt artikel 35 in verbinding met het voorgestelde artikel 63c lid 1 Faillissementswet mee dat vóór het tijdstip van de faillietverklaring alle voor de overdracht of verpanding vereiste handelingen moeten hebben plaats gevonden, wil die overdracht of verpanding geldig zijn. Het voorgestelde artikel 63c lid 2 Faillissementswet voegt daar nog aan toe dat de overdracht of verpanding eveneens geldig is, wanneer zij na de faillietverklaring, maar nog op de dag van de faillietverklaring wordt voltooid, mits de wederpartij kan aantonen dat deze ten tijde van de desbetreffende rechtshandeling de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen.

Gaat het om een financiële zekerheidsovereenkomst met betrekking tot een creditsaldo en wordt de verplichting tot overdracht geëffectueerd door overschrijving op de rekening van de wederpartij, dan geldt het volgende. Nu het hier geen overdracht in de zin van de artikelen 3:83 e.v. BW betreft, is niet artikel 35 Faillissementswet van toepassing, maar artikel 23 van die wet, dat eveneens in het voorgestelde artikel 63c wordt vermeld. Gevolg daarvan is dat een na de faillietverklaring, maar nog wel op de dag van de faillietverklaring gegeven opdracht tot een rechtsgeldig resultaat kan leiden, indien de wederpartij te goeder trouw was. Gaat het om een betalingsopdracht door een instelling als bedoeld in artikel 212a onder a Faillissementswet en gaat deze instelling failliet dan volgt hetzelfde uit artikel 212b Faillissementswet.

De gedeeltelijke uitschakeling van artikel 23 Faillissementswet door de artikelen 63c en 212b van die wet is ook van belang voor giraal overdraagbare effecten. Weliswaar komt de overdracht van dergelijke effecten pas tot stand op het tijdstip van de bijschrijving (artikel 17 Wet giraal effectenverkeer), maar die bijschrijving kan nog geldig geschieden, wanneer een opdracht tot bijschrijving door de schuldenaar heeft plaats gevonden op een tijdstip dat deze opdracht nog niet door artikel 23 Faillissementswet werd getroffen en hij dus nog bevoegd was die opdracht te geven. Dit resultaat wordt door de richtlijn geëist, zoals dit resultaat ook geëist wordt door richtlijn 98/26/EG, die aan de artikelen 212a e.v. Faillissementswet ten grondslag ligt.

11. Deze leden stelden voorts de vraag of de voorgestelde regeling moet worden aangepast om derdezekerheid mogelijk te maken. Ter aanvulling van hetgeen daarover reeds in de memorie van antwoord in de laatste alinea van p. 6, en de eerste van p. 7 is gezegd, zou ik in dit verband nog het volgende willen opmerken.

Voor zover deze leden dachten aan het geval dat een derde de zekerheid stelt voor de vordering die de schuldeiser op de schuldenaar heeft, geldt het volgende. Uit artikel 3:231 lid 1, derde zin, volgt dat deze figuur naar Nederlands recht mogelijk is. De artikelen 7:51, 53 en 54 beogen niet deze figuur uit te sluiten. Die bepalingen dienen immers overeenkomstig de richtlijn te worden uitgelegd. Uit artikel 2 lid 1, onderdeel f, subonderdeel ii, van de richtlijn volgt dat ook de richtlijn deze figuur omvat. Dat het wetsvoorstel de figuur niet met zoveel woorden vermeldt, doet aan deze uitleg niet af. Het ligt immers voldoende voor de hand dat verschaffing van pand door een derde pandgever ten behoeve van de schuldenaar met een verschaffing door de schuldenaar zelf moet worden gelijkgesteld. Voor zover deze leden doelen op de – inderdaad omstreden – figuur van

een pandrecht tot securering van een vordering die niet aan de pandhouder, maar aan de derde toebehoort, geldt dat deze figuur vermoedelijk niet onder de richtlijn valt. Nu zij daar niet vermeld wordt, ligt het niet voor de hand haar in het onderhavige wetsvoorstel te verwerken. Zoals op p. 7, eerste alinea, van de memorie van antwoord wordt gezegd, sluit het Nederlandse recht, als de figuur volgens de Europese Commissie of het Hof van Justitie wel onder de richtlijn mocht vallen, ook op dit punt een richtlijn conforme uitleg niet uit. Men zie W. Snijders, De openheid van het vermogensrecht, in Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk recht, 2002, p. 33–35 en de noot van J. J. van Hees onder HR 9 juli 2004, LJN, AO7575, onder 3 alsmede de noot van Van Schilfgaarde onder datzelfde arrest in NJ 2004, 618, p. 5023, linkerkolom. Een en ander leidt mij tot de slotsom dat aanpassing van het wetsvoorstel met het oog op derdezekerheid niet nodig is.

12. Ook vroegen de leden van de CDA-fractie of de regel dat een pandrecht ter securering van een vordering tot voldoening van iets anders dan een geldsom moet worden opgevat als een pandrecht ter zake van een vordering tot betaling van een geldsom, dat in geval van wanprestatie ter zake van de primaire vordering ontstaat. Deze leden vroegen zich af of dit strookt met artikel 3:227 BW. Zij meenden dat deze zienswijze overigens geen soelaas biedt in het geval van de ook onder de reikwijdte van het voorstel vallende derdezekerheid. Zij wezen er in dit verband op dat de derdepandgever niet aansprakelijk is voor de wanprestatie door de schuldenaar.

Tussen de genoemde opvatting en artikel 3:227 lid 1 BW bestaat geen spanning. Deze bepaling eist dat uiterlijk op het tijdstip van de executie de geldsom aan de pandhouder verschuldigd is, waarvoor deze verhaal op het verbonden goed kan nemen. Een pandrecht dat is verleend voor een vordering tot levering van iets anders dan geld, voldoet aan de eis van artikel 3:227 lid 1, omdat een dergelijke vordering in geval van wanprestatie tot een geldvordering leidt, waarvoor verhaal op het verpande goed mogelijk is. Dit verhaal komt pas aan de orde, wanneer zich een executiegrond voordoet. Heeft een derde het pandrecht verleend, dan geldt hetzelfde. Dat pandrecht strekt in deze opvatting immers mede tot zekerheid van de vordering tot betaling van de geldsom, die het gevolg is van de wanprestatie van de schuldenaar jegens de pandhouder. Dit leidt derhalve niet tot nieuwe complicaties.

13. Deze leden vroegen voorts of voor de verpanding van giraal overdraagbare effecten vereist is, dat is voldaan aan de artikelen 20 en 21 van de Wet giraal effectenverkeer.

Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Juist is ook dat de bijschrijving, bedoeld in artikel 20 van de Wet giraal effectenverkeer niet ook alle bedingen zal omvatten, die tussen de pandhouder en de pandgever zijn overeengekomen. Deze bedingen zullen derhalve op andere wijze moeten worden vastgelegd, zoals ook thans met bijkomende bedingen gebeurt.

14. Deze leden stelden de vraag of een verrekening op basis van een verrekenbeding getoetst moet worden aan artikel 53 en 54 van de Faillissementswet. Ook stelden zij een vraag over de mogelijkheid van verrekening tijdens de afkoelingsperiode.

Op grond van de richtlijn blijven nationale bepalingen gelden voor zover zij beogen te voorkomen dat kan worden overgegaan tot uitwinning van tot zekerheid strekkende goederen terwijl de zekerheidsnemer niet te goeder trouw is ten aanzien van het faillissement van de schuldenaar. Overweging 15 bepaald daartoe: «Deze richtlijn doet geen afbreuk aan eventuele restricties of voorschriften in de nationale wetgeving inzake het in aanmerking nemen van vorderingen en verplichtingen tot saldering of

verrekening, bijvoorbeeld in verband met hun wederkerigheid of het feit dat zij zijn aangegaan voordat de zekerheidsnemer op de hoogte was of had moeten zijn van de aanvang [...] van een liquidatieprocedure [...] ten aanzien van de zekerheidsverschaffer.» Hetzelfde is bedoeld met het bepaalde in artikel 8 lid 4 van de richtlijn. Artikel 8 lid 4, dat geldt voor het geval van faillissement van de zekerheidsgever, is daarmee een uitzondering op de algemene regel van artikel 7 van de richtlijn dat een verrekenbeding wordt erkend. Artikel 53 en 54 van de Faillissementswet zijn nationale voorschriften die op grond van artikel 8 lid 4 van de richtlijn blijven gelden. Zij houden verband met de eis van wederkerigheid van schulden alsmede de goede trouw van de zekerheidsnemer. Derhalve kan verrekening slechts plaatsvinden binnen de grenzen van artikel 53 en 54 Faillissementswet.

De afkoelingsperiode in het geval van faillissement heeft tot gevolg dat verhaal op «tot de boedel behorende goederen» tijdelijk niet mogelijk is (artikel 63a Fw). De richtlijn laat de handhaving van de afkoelingsperiode ten aanzien van de goederen waarop de richtlijn betrekking heeft niet toe. Ten aanzien van die goederen moet uitwinning door verkoop of verrekening mogelijk zijn, ook als het faillissement is uitgesproken. Om dit resultaat te bereiken is in artikel 63b/241b van de Faillissementswet bepaald dat de afkoelingsperiode geen betrekking heeft op verpande creditsaldi en de effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn. Eenzelfde regeling is overbodig wanneer de goederen op grond van een financiëlezekerheidsovereenkomst niet worden verpand, maar worden overgedragen aan de schuldeiser. De betreffende goederen behoren na de overdracht niet «tot de boedel» van de *schuldenaar*, maar tot de boedel van de *schuldeiser*. De afkoelingsperiode staat dan niet in de weg aan het nemen van verhaal.

15. De leden van de VVD-fractie sloten zich aan bij de nadere vragen van de leden van de CDA-fractie. Naar de antwoorden op die vragen wordt verwezen. De leden van de fractie van de VVD stelden voorts enkele vragen naar aanleiding van het al eerdergenoemde artikel van Keijser. Allereerst is de vraag gesteld of de omschrijving van het begrip «financiëlezekerheidsovereenkomst» in artikel 7:51 a-c BW (te) ruim is omschreven. Dit houdt verband met de stelling van Keijser dat «traditionele zekerheidsinstrumenten», waarmee wordt bedoeld op *fiduciaire* eigendomsoverdracht en verpanding zonder gebruiksrecht, naar zijn mening ten onrechte onder de reikwijdte van het wetsvoorstel kunnen vallen. Keijser is tegenstander van een «extensieve» interpretatie van artikel 7:51 BW.

Zoals hiervoor onder 1 naar aanleiding van een vergelijkbare vraag van de leden van de CDA-fractie is aangegeven, kan van een fiduciaire eigendomsoverdracht geen sprake zijn. Een fiduciaire overdracht heeft als kenmerk dat de goederen die tot zekerheid strekken niet geheel in het vermogen van de zekerheidsnemer vallen. Een dergelijke constructie is niet toegestaan op grond van artikel 3:84 lid 3 BW. De artikelen 7:51 en 55 BW brengen daarin geen verandering. Het fiduciaverbod blijft ook na de uitvoering van de richtlijn bestaan. De veronderstelde extensieve interpretatie is in strijd met de wet. Aantekening verdient hierbij nog dat deze leden terecht onderscheid maakten tussen financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht zoals repurchase-, securities lending en bepaalde derivatenovereenkomsten enerzijds en financiëlezekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een traditioneel zekerheidsrecht, met name pandrecht, anderzijds. Niet juist is evenwel de veronderstelling, waarvan deze leden wellicht uitgingen, dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht mede strekt tot het nemen van «verhaal» op de betrokken goederen, zoals bij pandrecht het geval is.

Waar Keijser aanvoert dat het wetsvoorstel ten onrechte ook de mogelijkheid omvat dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot de

vestiging van een pandrecht wordt gesloten waarbij geen gebruiksrecht wordt bedongen, geldt dat de richtlijn geen andere mogelijkheid laat. De richtlijn heeft tot gevolg dat de bij de zekerheidsverschaffing betrokken partijen zelf kunnen bepalen of al dan niet een gebruiksrecht wordt overeengekomen. Het wetsvoorstel moet die mogelijkheid derhalve ook bieden.

Overigens deel ik niet de mening van Keijser dat uit het «liberale uitwinningssysteme» van het wetsvoorstel «ingrijpende negatieve gevolgen voor pandgevers en hun crediteuren» zouden voortvloeien (p. 768, rechterkolom, onderaan). Het gaat hier immers uitsluitend om pand op creditsaldi en op effecten die op een kapitaalmarkt verhandelbaar zijn. De wijziging van het uitwinningssysteme ten opzichte van het huidige Nederlandse recht zit vooral in de mogelijkheid van verhaal door toe-eigening van het onderpand. Maar ingrijpend is die wijziging niet. Voor wat betreft geld, komt ook het huidige artikel 3:255 neer op toe-eigening. Voor wat betreft effecten, moet worden opgemerkt dat volgens artikel 54 lid 3 van het wetsvoorstel toe-eigening uitsluitend toegelaten is, wanneer dat is bedongen en de waardering van de effecten is gebaseerd op de waarde op een markt of ter beurze; daardoor wordt de pandgever beschermd tegen toe-eigening voor een bedrag beneden de waarde van de effecten. Hiervoor onder 6, vijfde alinea, is al aangegeven dat ook de bevoegdheid tot verhaal door middel van verrekening de pandgever en zijn crediteuren niet benadeelt; artikel 3:253 BW blijft op het overschot van toepassing. Ook het feit dat de formaliteiten van de artikelen 249 en 252 hier niet gelden, is weinig ingrijpend. Die bepalingen zijn immers van aanvullend recht en in de praktijk wordt daarvan dan ook regelmatig afgeweken, met name ook bij pandrecht op effecten. Derhalve kan niet worden gezegd dat de executieregeling van het wetsvoorstel voor de pandgever en zijn schuldeisers «ingrijpende negatieve gevolgen» heeft.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een beperking van de transacties die onder een financiëlezekerheidsvereenkomst kunnen vallen, niet aan de orde is voor wat betreft een *fiduciaire* eigendomsoverdracht (omdat deze reeds in strijd is met de wet en de richtlijn daarin geen verandering brengt) en niet mogelijk is voor wat betreft de verpanding zonder gebruiksrecht (omdat een uitsluiting in strijd zou zijn met de richtlijn).

16. Deze leden verwijzen ook naar het artikel van Keijser waar deze refereert aan de omstandigheid dat de Duitse Bundesrat de Duitse regering zou hebben opgeroepen om de richtlijn restrictief uit te leggen. Dit betreft een andere beperking van de regeling dan hiervoor vermeld. In het voorgaande ging het om de vraag of transacties die onder het wetsvoorstel (kunnen) vallen moeten worden uitgesloten. Hier gaat het om de vraag wie partij kan zijn bij een financiëlezekerheidsvereenkomst. In Duitsland is in eerste instantie een wetsvoorstel ingediend op grond waarvan uitsluitend partijen met een band met de financiële markt een financiëlezekerheidsvereenkomst zouden kunnen aangaan. Dit betekende dat zo'n overeenkomst niet zou kunnen bestaan tussen een bank en een onderneming. Dit voorstel is gewijzigd. Overweging daarvoor was dat een restrictief Duits rechtssysteem tot gevolg zou hebben dat transacties zouden worden aangegaan naar het recht van een ander land dat die transacties wel toestaat. Zoals ook naar aanleiding van een vraag van de leden van de CDA-fractie hiervoor onder 1 is aangegeven, heeft dit geresulteerd in een wettelijke regeling die financiëlezekerheidsvereenkomsten tussen bijvoorbeeld banken en ondernemingen toelaat. Naar verluidt heeft de Duitse Bundesrat de Duitse regering opgeroepen zich in de Europese Unie sterk te maken voor een restrictieve uitleg van de richtlijn. De Duitse regering zou inderdaad de Europese Commissie kunnen oproepen om het initiatief te nemen tot wijziging van de richtlijn,

dat wil zeggen een beperking van de partijen die volgens de richtlijn een financiële zekerheids overeenkomst kunnen aangaan. Echter, zelfs als een dergelijke wijziging van de richtlijn door de Europese Commissie zou worden gesteund en aanvaard door de lidstaten, kan dat niet verhinderen dat lidstaten in het nationale recht een meer flexibel regime kunnen aanbieden aan hun ondernemingen. Wanneer het Duitse recht zou aansluiten bij een nieuwe – meer restrictieve – richtlijn, zullen Duitse ondernemingen voor hun financieringsarrangementen gebruik kunnen blijven maken van de faciliteiten die naar het recht van een ander land worden aangeboden. Mij is overigens niet bekend of de Duitse regering uitvoering zal geven aan de oproep van de Duitse Bundesrat. Dat andere regeringen een beperking van de richtlijn wensen is mij evenmin bekend.

17. Deze leden vroegen of ik vrees voor negatieve gevolgen van een ruime interpretatie van het begrip financiële zekerheids overeenkomst voor het midden- en kleinbedrijf. Zoals hiervoor onder 1 en 15 reeds is aangegeven, leidt de voorgestelde regeling niet tot afschaffing van het fiducia verbod. Van een herintroductie van het fiduciaire eigendomsrecht is derhalve geen sprake. Het midden- en kleinbedrijf kan daardoor dus ook niet kan worden geraakt. De richtlijn verplicht de lidstaten voorts om een regeling in te voeren voor een financiële zekerheids overeenkomst op grond waarvan creditsaldi en effecten kunnen worden verpand, al dan niet in combinatie met een gebruiksrecht. Wanneer een gebruiksrecht is bedongen, heeft de schuldenaar recht op vervangende goederen van de schuldeiser (artikel 7:53 BW). De schuldeiser kan overgaan tot uitwinning van de verpande goederen, wanneer de schuldenaar in verzuim is. Dat is naar het huidige recht niet anders (artikel 3:248 lid 1 BW). Hiervoor onder 15 is reeds aangegeven, waarom deze wijze van uitwinning voor de pandgever en zijn crediteuren geen ingrijpende gevolgen heeft. Vanwege de aard van de goederen is de marktwaarde van de goederen die tot zekerheid strekken eenvoudig te bepalen. Het gaat immers om creditsaldi dan wel effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn. Uit de voorgestelde regeling volgt voorts dat uitwinning van de verpande goederen door de schuldeiser uitsluitend tegen de marktwaarde kan plaatsvinden. Onder die voorwaarden loopt de schuldenaar naar mijn mening geen onacceptabel risico wanneer de schuldeiser – bij het in gebreke blijven van de schuldenaar – tot uitwinning overgaat. De uitwinning kan overeenkomstig de richtlijn plaatsvinden zonder tussenkomst van de rechter. Mocht er onverhoopt toch een discussie ontstaan tussen de schuldenaar en de schuldeiser over de wijze waarop de schuldeiser van zijn rechten gebruik heeft gemaakt, dan kan door partijen alsnog beroep op de rechter worden gedaan om terzake uitsluitel te krijgen. De waarborgen van dit systeem acht ik van groot belang voor zowel de grote als de minder grote ondernemingen. Ik verwacht vanwege die waarborgen geen negatieve gevolgen voor de grote ondernemingen, maar ook niet voor ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf die partij zijn bij een financiële zekerheids overeenkomst.

Daarnaast wordt nogmaals gewezen op wat hiervoor onder 1, voorlaatste alinea, al is uiteengezet. Het is niet aannemelijk dat kleine ondernemingen vaak een overeenkomst in de zin van de richtlijn zullen sluiten, omdat deze veronderstelt dat de onderneming in staat en bereid is aan de financier een creditsaldo of op een kapitaalmarkt verhandelbare effecten te verschaffen, die dan geheel aan het bezit en de controle van die onderneming onttrokken zullen zijn, zowel in geval van overdracht, als in geval van verpanding.

Aandacht verdient bij dit alles nog dat in een eerdere versie van de richtlijn namelijk die van 27/03/2001, 2001/0086 (COD), (COM) 168 definitief, aangehaald en besproken door Rank in Onzekere zekerheid, Insolad-bundel 2001, p. 109 e.v., de toepassing van de richtlijn was beperkt tot grote ondernemingen, namelijk tot «een persoon die geen

natuurlijke persoon is en wiens basisvermogen meer bedraagt dan 100 miljoen euro of wiens totale activa meer bedragen dan 1000 miljoen euro op het tijdstip dat de financiële zekerheden daadwerkelijk worden geleverd». Deze begrenzing is evenwel geschrapt, nu wenselijk is geacht dat alle ondernemingen kunnen profiteren van de kredietfaciliteiten die door de richtlijn mogelijk worden gemaakt. Flexibele zekerheidsrechten zijn immers mede in het voordeel van de schuldenaar die aldus sneller en goedkoper krediet zal kunnen krijgen. Daarbij is geen uitzondering gemaakt voor het midden- en kleinbedrijf. Dat het midden- en kleinbedrijf slechts bij uitzondering van de mogelijkheden gebruik zal maken, doet aan deze strekking niet af.

18. De leden van de fractie van de VVD stelden een vraag over het tijdstip waarop de schuldenaar een goederenrechtelijke aanspraak krijgt op de vervangende gelijkwaardige goederen in de zin van artikel 7:53 lid 2 en lid 4 BW.

Artikel 7:53 lid 2 BW bepaalt dat de schuldenaar recht heeft op vervangende gelijkwaardige goederen wanneer de schuldeiser gebruik maakt van een gebruiksrecht. Die goederen moeten aan de schuldenaar worden overgedragen, uiterlijk op het tijdstip waarop de schuldenaar moet voldoen aan de vordering waarvoor het verpande tot zekerheid strekt. Zou de schuldenaar immers op dat tijdstip overgaan tot aflossing van zijn schuld aan de schuldeiser, dan moet de door de schuldenaar verstrekte zekerheid weer vrijvallen. Dit vereist dat de schuldeiser uiterlijk op dat tijdstip de vervangende goederen beschikbaar moet houden voor de schuldenaar. De schuldenaar heeft dan ook volgens artikel 53 lid 2 recht op overdracht van vervangende goederen, uiterlijk op het tijdstip waarop hij de vordering moet voldoen.

De wijze waarop die overdracht plaats dient te vinden, hangt af van de aard van de goederen. Gaat het om effecten aan toonder, dan is het enkele feit dat de pandhouder de effecten voor de pandgever gaat houden, voor de overdracht voldoende. Daarin ligt immers een bezitsverschaffing besloten, vereist door artikel 3:93 in verbinding met artikel 3:90 BW. Die bezitsverschaffing kan plaats vinden overeenkomstig artikel 3:110 BW. Bij effecten aan order zal bovendien endossement moeten plaats vinden. Gaat het om giraal overdraagbare effecten, dan zullen die effecten door de pandhouder op een daartoe bestemde rekening moeten worden geplaatst, zodat de effecten aan de pandgever worden geleverd door de bijschrijving (artikel 17 Wet giraal effectenverkeer) en daarop van rechtswege het pandrecht kan komen te rusten. Bestond het onderpand in een creditsaldo, dan zal het door de pandhouder gebruikte bedrag op de betrokken rekening moeten worden gestort of op een andere rekening waarop de pandgever rechthebbende is en op het saldo waarvan van rechtswege het pandrecht kan komen te rusten, waarvan, zoals reeds onder 9 opgemerkt, de rangorde bepaald wordt door het tijdstip waarop het pandrecht op de oorspronkelijke goederen werd gevestigd. Op grond van het voorgaande kan geen substitutie worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de pandhouder goederen verwerft, die als gelijkwaardig kunnen worden aangemerkt. Artikel 53 lid 2 spreekt immers van een verplichting tot overdracht. De substitutie vindt eerst plaats door en op het tijdstip van deze overdracht.

19. Deze leden vroegen of nadere waarborgen ter bescherming van de zekerheidsgever nodig zijn voor het geval hij er niet in slaagt de tussenkomst van de rechter te bedingen bij de verkoop van de door hem tot zekerheid verstrekte goederen (vgl. artikel 7:54 lid 4 BW).

Het uitgangspunt van de richtlijn is dat verkoop van goederen door de schuldeiser – in het geval de schuldenaar in gebreke blijft – kan plaatsvinden zonder tussenkomst van de rechter (artikel 4 lid 4 richtlijn). Hiervoor is gekozen omdat de goederen waarop de richtlijn betrekking

heeft steeds eenvoudig kunnen worden gewaardeerd; een discussie over de waardering van de goederen is niet nodig. Artikel 4 lid 6 van de richtlijn biedt de lidstaten echter de mogelijkheid tot een nadere regeling, inhoudende «dat de realisatie of waardering van als zekerheid verschaft financiële activa en de berekening van de betrokken financiële verplichtingen op commercieel redelijke wijze moet geschieden». Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt. Er is aangesloten bij de reeds bestaande regeling van artikel 3:250 BW. Die regeling gaat ervan uit dat een verkoop van verpande goederen via een openbare verkoop niet noodzakelijk is, mits het pand bestaat uit goederen die op een markt verhandelbaar zijn. Op grond van artikel 7:54 BW en het reeds bestaande artikel 3:250 BW wordt de schuldenaar beschermd tegen een eventueel overheersende positie van de schuldeiser, doordat de verkoop moet plaatsvinden op een markt, overeenkomstig de daar geldende voorschriften. Op die markt zal de marktprijs voor de goederen worden gerealiseerd, zodat de schuldenaar niet onevenredig door de uitwinning door de schuldeiser wordt geschaad. Op grond van het voorgaande levert artikel 7:54 geen verslechtering van de positie van de schuldenaar op ten opzichte van het bestaande recht op grond van artikel 3:250 BW. Ten overvloede wordt opgemerkt dat artikel 7:54 lid 4 BW aansluit bij het bepaalde in artikel 3:251 BW. Ook op grond van die bestaande regeling kan de tussenkomst van de rechter contractueel worden uitgesloten waar het gaat om goederen die op een markt verhandelbaar zijn.

20. Naar aanleiding van het artikel van Keijser vroegen deze leden een nadere toelichting op de mogelijkheid tot verrekening in het geval van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht. Keijser stelt dat het wetsvoorstel ten onrechte niet regelt dat de afkoelingsperiode niet in de weg staat aan verrekening in het geval van overdracht.

De stelling van Keijser berust op een misvatting. De afkoelingsperiode in het geval van faillissement heeft tot gevolg dat verhaal op «tot de boedel behorende goederen» tijdelijk niet mogelijk is (artikel 63a Fw). Verpande creditsaldi en effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn behoren nog steeds tot de boedel van de zekerheidsgever. De richtlijn laat de handhaving van de afkoelingsperiode ten aanzien van deze goederen echter niet toe. Derhalve is in artikel 63b/241b van de Faillissementswet bepaald dat de afkoelingsperiode geen betrekking heeft op verpande creditsaldi en de bedoelde effecten. Verhaal op de goederen door verkoop of verrekening kan dus plaatsvinden. Dit wordt door Keijser ook erkend. Eenzelfde regeling is overbodig wanneer de goederen op grond van een financiële zekerheidsovereenkomst worden overgedragen aan de schuldeiser. De betreffende goederen behoren na de overdracht immers niet meer «tot de boedel» van de *schuldenaar*. De goederen behoren tot de boedel van de *schuldeiser*. In de geschetste situatie wordt dus niet voldaan aan een voorwaarde voor de toepassing van artikel 63a/241a van de Faillissementswet. De afkoelingsperiode is dan niet aan de orde. Voor een nadere regeling bestaat geen aanleiding.

21. De leden van de VVD-fractie wezen er op dat een crediteur uit hoofde van een financiële zekerheidsovereenkomst nog beroep kan doen op de afdwingbaarheid van rechtshandelingen die zijn verricht nadat de debiteur failliet is verklaard, mits de crediteur te goeder trouw is. Zij vroegen een reactie op de inbreuk op de paritas creditorum.

Artikel 63c Faillissementswet tast de rechtsgeldigheid van rechtshandelingen niet aan wanneer zij door de debiteur worden verricht:

- op de dag van de faillietverklaring; en
- de wederpartij kan aantonen dat hij ten tijde van de rechtshandeling de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen.

Wanneer aan deze voorwaarden wordt voldaan, wordt de paritas creditorum inderdaad doorbroken. Dat is echter een verplichting op grond

van de richtlijn (artikel 8 richtlijn). Een vergelijkbare inbreuk op de paritas wordt overigens reeds gemaakt door de artikelen 212a en 212b Faillissementswet, ingevoegd ter uitvoering van richtlijn 98/26/EG. Een zekere inbreuk op het bestaande systeem kan niet worden ontkend. Echter, de gevolgen daarvan zijn naar verwachting beperkt. Ook dat volgt uit artikel 63c Fw. De termijn waarbinnen de debiteur nog rechtshandelingen kan verrichten is immers gelimiteerd. De handelingen kunnen niet later plaatsvinden dan op de dag van de faillietverklaring. Ook de omstandigheid dat de schuldeiser belast is met de bewijslast van zijn goede trouw, zal een ruimhartig gebruik van de regeling belemmeren. In de praktijk zal het de bank van de debiteur zijn, die zich op artikel 63c wenst te beroepen. Vanwege de bekendheid van de bank met de financiële gesteldheid van de debiteur ligt voor de hand dat de bank veelal moeite zal hebben met het aantonen van goede trouw. Het ligt verder op het pad van de curator om de bank zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van de faillietverklaring, zodat van goede trouw geen sprake meer is. Al met al wordt verwacht dat de inbreuk op de paritas creditorum in de praktijk beperkt zal blijven.

22. Afsluitend stelden de leden van de fractie van de VVD de vraag of de reikwijdte van het wetsvoorstel moet worden beperkt tot partijen met een band met de financiële markt.

Het gevolg van een beperking van de reikwijdte in deze zin is dat financiële zekerheidsovereenkomsten uitsluitend kunnen worden gesloten tussen banken en vergelijkbare marktpartijen. De overeenkomsten kunnen dan niet worden gesloten met andere ondernemingen, die geen band hebben met de financiële markt. De reikwijdte van de richtlijn is echter ruimer, omdat die richtlijn mede bedoeld is ter ondersteuning van het bedrijfsleven in het kader van het vrije verkeer van goederen en kapitaal. Beoogd is een instrument te bieden dat mede tegemoet kan komen aan de financieringsbehoefte van voormelde andere ondernemingen. In de richtlijn en het wetsvoorstel zijn verder waarborgen ingebouwd die voorkomen dat de wederpartij van een onderneming die partij is bij een financiële zekerheidsovereenkomst, misbruik kan maken van zijn positie wanneer de onderneming in gebreke blijft om aan haar verplichtingen jegens een financier te voldoen. Dat is in het voorgaande onder 1, 15 en 17 reeds gememoreerd. Met de uitsluiting van ondernemingen die geen band hebben met de financiële markt, zou Nederland in Europa ook uit de pas lopen. De richtlijn laat weliswaar toe om toepassing op overeenkomsten tussen banken en vergelijkbare partijen met andere ondernemingen uit te sluiten, maar een belangrijke reeks landen heeft niet van die mogelijkheid gebruik gemaakt of zal dat vermoedelijk niet doen. Dat geldt met name voor België, Tsjechië, Denemarken, Finland, Ierland, Litouwen, Polen, Slowakije, Zweden, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland (Newsletter Banking Law, september 2004). De positie van Denemarken en van het Verenigd Koninkrijk is overigens gelijk aan die van Nederland in die zin dat de regeling ook geldt tussen gewone ondernemingen onderling. In Zweden geldt reeds een vergelijkbare regeling. Voorts is in België een wetsvoorstel tot uitvoering van de richtlijn ingediend dat niet alleen uitgaat van een regeling die (ook) geldt voor financiële zekerheidsovereenkomsten tussen gewone ondernemingen, maar tevens voor die overeenkomsten waarbij een particulier partij is. Wanneer in Nederland gewone ondernemingen van de voordelen van het flexibele regime van de richtlijn zouden worden uitgesloten, zou het resultaat zijn dat Nederlandse financiële instellingen en gewone Nederlandse ondernemingen moeten terugvallen op buitenlands recht. Dat is niet gunstig voor de Nederlandse financiële sector – het zal leiden tot een vershraling van de financiële dienstverlening in Nederland – en is overigens evenmin gunstig voor de betreffende ondernemingen. De in het wetsvoorstel opgenomen waarborgen ter bescherming van de ondernemingen kunnen dan niet

worden gegarandeerd. Ik herhaal dat er voorts geen wezenlijke belemmeringen zijn voor de opname van de voorgestelde regeling in het systeem van het Burgerlijk Wetboek. In dat verband wordt verwezen naar het eerdere antwoord in paragraaf 1 op een vergelijkbare vraag van de leden van de CDA-fractie.

Voor de goede orde wordt nog het volgende opgemerkt in verband met de reikwijdte van de voorgestelde regeling. Keijser (p. 770 linkerkolom onderaan) heeft voorgesteld de regeling zodanig te beperken dat financiëlezekerheidsovereenkomsten niet kunnen worden gesloten met een onderneming die geen band heeft met de financiële markt. In het voorgaande is al aangegeven waarom een dergelijke beperking noch nodig, noch wenselijk is. De Raad van State heeft een ander advies gegeven. De Raad heeft gesteld dat overwogen moet worden de regeling te beperken tot overeenkomsten tussen bijvoorbeeld banken alsmede tot overeenkomsten tussen bijvoorbeeld banken en ondernemingen die geen band hebben met de financiële markt. De Raad heeft derhalve niet geadviseerd om laatst genoemde ondernemingen geheel van de regeling uit te sluiten. De Raad meende wel dat verder moest worden nagedacht over de wenselijkheid dat de regeling van toepassing is op financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen ondernemingen die *beide* geen band hebben met de financiële markt. Hiervoor kan worden gedacht aan een financiëlezekerheidsovereenkomst van een werkmaatschappij binnen een groep van ondernemingen met een financieringsmaatschappij die binnen diezelfde groep betrokken is bij de financiering van werkmaatschappijen. Het amendement dat het kamerlid De Vries (nr. 8) heeft ingediend bij de Tweede Kamer en dat uiteindelijk weer is ingetrokken na de mondelinge behandeling, geeft aan hoe de regeling er uit zou zien wanneer de mogelijkheid van financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen gewone ondernemingen zou worden uitgesloten. Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer is aangegeven, dat de met het wetsvoorstel voorgestelde regeling beter past in het systeem van het Burgerlijk Wetboek dan de regeling die met het voornoemde amendement zou worden bereikt. Ter aanvulling van hetgeen toen is gezegd, wil ik daaraan thans nog het volgende toevoegen.

Voorop moet worden gesteld dat naar het huidige recht financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht tussen alle ondernemingen rechtsgeldig kunnen worden gesloten. Verwezen moge worden naar hetgeen hiervoor onder 2 reeds is uiteengezet. Een beperking in het onderhavige wetsvoorstel tot overeenkomsten tussen banken en dergelijke financiële instellingen of tot ondernemingen, mits de wederpartij een financiële instelling is, zou voor wat betreft de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht de onjuiste indruk wekken dat zodanige overeenkomsten tussen gewone ondernemingen niet langer rechtsgeldig kunnen worden gesloten. Er is evenwel geen reden het huidige recht op het onderhavige punt te wijzigen.

Gaat het om financiëlezekerheidsovereenkomsten tot verpanding, dan moet inderdaad worden vastgesteld dat hier een meer flexibele regeling wordt ingevoerd, die op een aantal punten van het huidige recht afwijkt. Bij het betoog van Keijser wordt echter uit het oog verloren dat de regeling tot gevolg heeft dat een schuldenaar die in staat is een sterk en aantrekkelijk onderpand aan te bieden, sneller en goedkoper krediet zal kunnen krijgen. Dat geldt uiteraard als hij tegenover een bank of andere financiële instelling staat, maar kan ook een rol spelen binnen een concern of bij op andere wijze samenwerkende ondernemingen.

Te bedenken valt daarbij dat de behoefte aan liquiditeit waarop de richtlijn is gericht, niet alleen van belang is voor de kapitaalmarkt, waarop de richtlijn vooral ziet. De financiëlezekerheidsovereenkomsten stellen immers een onderneming in staat zich zeer snel liquide middelen te verschaffen en deze liquide middelen ook weer snel om te zetten in een productieve, rente verschaffende belegging, die op haar beurt weer op het

juiste moment kan worden omgezet in liquide middelen. Aldus kan een onderneming ter zake van haar liquiditeitspositie en het rendement van haar activa een slagvaardig, nauwkeurig op de wisselende behoefte van die onderneming afgestemd beleid voeren. Ook speelt een rol het slagvaardig kunnen afdekken van financiële risico's, zoals terzake van koersfluctuaties van vreemde valuta (valutaswaps). Daarbij is essentieel dat de desbetreffende contracten aan beide partijen voldoende waarborg voor een goede afwikkeling geven, hetzij doordat de betrokken goederen aan hen gaan toebehoren, hetzij doordat zij beschermd worden door een pandrecht. Het is moeilijk in te zien waarom dergelijke contracten niet rechtsgeldig tussen alle ondernemingen gesloten kunnen worden.

Voor zover het gaat om een onderneming die haar bedrijf maakt van het sluiten van dergelijke transacties met andere ondernemingen die daar behoefte aan hebben, geldt overigens de Wet toezicht kredietwezen 1992, die meebrengt dat een dergelijke onderneming een vergunning nodig heeft en onderworpen is aan het in die wet bedoelde toezicht.

Ongewenste doorkruising van de huidige professionele financiële praktijk kan aldus worden voorkomen.

Mijn standpunt zou anders zijn, als de regeling van de financiële zekerheidsovereenkomst in de richtlijn onevenwichtig zou zijn of niet goed in het stelsel van het Nederlandse vermogensrecht zou passen. Dat is echter niet het geval. Allereerst verdient hier aandacht dat volgens de zeventiende overweging die aan de tekst van de richtlijn vooraf gaat, met deze richtlijn mede beoogd is een evenwicht te bewerkstelligen tussen enerzijds de doelstelling van het bevorderen van «snelle en niet formalistische executoriale procedures» en anderzijds «de bescherming van de zekerheidsverschaffer en derden door uitdrukkelijk te bevestigen dat lidstaten in hun nationale wetgeving een controle a posteriori kunnen handhaven of invoeren, welke de rechtscolleges kunnen uitoefenen ten aanzien van de realisatie of waardering van financiële activa en de berekening van de betrokken financiële verplichtingen. Een dergelijke controle moet de justitiële autoriteit in staat stellen om na te gaan of de realisatie of waardering op commercieel redelijke wijze is geschied.» Het Nederlandse recht biedt in het kader van de regels betreffende wanprestatie en onrechtmatige daad voldoende mogelijkheden om deze strekking van de richtlijn haar volle werking te geven. Dat de pandovereenkomst op «commercieel redelijke wijze» moet worden uitgevoerd, vloeit uit de aard van die overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voort. Bij dit uitgangspunt komt nog het volgende.

Hiervoor onder 1, 15 en 17 is reeds uiteengezet dat de regeling betreffende executie van het onderpand in artikel 7:54 noch voor de pandgever, noch voor diens andere schuldeisers bezwaarlijk is, nu het hier uitsluitend gaat om pandrecht op creditsaldi en op effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, en een regeling is opgenomen die de bevoegdheid tot toe-eigening van dergelijke effecten beperkt tot het geval dat de waardering van de effecten is gebaseerd op de waarde op een markt of ter beurze. De ratio van het toe-eigeningsverbod van het huidige artikel 3:235 is gelegen in het gevaar dat de pandhouder het goed beneden de werkelijke waarde tot zich neemt, in verband met het feit dat die waarde in het algemeen onzeker is, en voor de pandgever moeilijk is aan te tonen.

Die ratio doet zich juist hier echter niet voor. Creditsaldi hebben een vaste waarde: het bedrag van het saldo op de rekening. De hier bedoelde effecten hebben een waarde die aan de hand van een objectieve maatstaf voor beide partijen eenvoudig is vast te stellen. De regeling komt derhalve neer op een verfijning die in het stelsel van Boek 3 BW zeer wel past.

De regeling van de financiële zekerheidsovereenkomst tot verpanding wijkt slechts wezenlijk af van de regeling van het pandrecht in het BW, wanneer partijen overeenkomen dat de pandgever een gebruiksrecht heeft. Een dergelijk beding is evenwel alleen mogelijk ten aanzien van creditsaldi en op een kapitaalmarkt verhandelbare effecten, d.w.z. goederen die naar

hun aard zonder meer vervangbaar zijn door goederen die met de oorspronkelijke volledig overeenkomen. Is zo'n gebruiksrecht niet bedongen, dan is van een wezenlijk verschil geen sprake. Is wel een gebruiksrecht bedongen, dan heeft de zekerheidsnemer een zekerheidsrecht dat systematisch past tussen de werkelijke overdracht van de betrokken goederen, die in ons recht zonder meer geldig is, en de verpanding van die goederen naar de gewone regels zonder gebruiksrecht. De zekerheidsnemer met een gebruiksrecht heeft meer bevoegdheden dan bij een gewoon pandrecht, omdat hij de goederen tijdens de looptijd van het zekerheidsrecht kan verhandelen. Hij heeft echter minder bevoegdheden dan op basis van een werkelijke overdracht, omdat de goederen niet tot zijn vermogen gaan behoren en hij, als hij de goederen mocht hebben verhandeld, overeenkomstig artikel 7:53 lid 2 verplicht wordt gelijkwaardige goederen aan de pandgever over te dragen, waarop dan weer het pandrecht komt te rusten. Noch voor een werkelijke overdracht, noch voor een gewone verpanding gelden beperkingen voor wat betreft de partijen die de transactie kunnen aangaan. In een dergelijk systeem past het niet om voor de verpanding met gebruiksrecht – de tussencategorie – een sterk afwijkende regeling op te nemen in die voege, dat hier wèl een belangrijke beperking geldt met betrekking tot de partijen die transactie kunnen aangaan. Om deze reden past het voor het pandrecht met gebruiksrecht voorgestelde stelsel eveneens goed in het systeem van het BW.

Tegen deze achtergrond gaat het niet aan gewone ondernemingen, eventueel ook kleinere ondernemingen, de mogelijkheden te onthouden die de onderhavige overeenkomsten bieden ter zake van het verkrijgen van snel en relatief goedkoop krediet, ter zake van het voeren van een slagvaardig beleid met betrekking tot liquiditeiten en het rendabel maken van activa en ter zake van het afdekken van bijvoorbeeld valutarisico's. Nederland staat met deze oplossing ook niet alleen. Een dergelijke uitbreiding van de regeling tot buiten het eigenlijke terrein van de richtlijn is ook aanvaard in Denemarken en het Verenigd Koninkrijk. Iets dergelijks geldt in Zweden, waar de implementatie van de richtlijn nauwelijks nieuws bracht, omdat het Zweedse recht reeds in de dezelfde zin luidt.

23. Tijdens het opstellen van deze memorie heb ik nog kennis genomen van de bijdragen van Van Erp en Westrik in WPNR 6601, p. 967 e.v.. Duidelijkheidshalve zal ik hierna ook op deze bijdragen, voor zover relevant, ingaan. Ik begin met de bijdrage van Van Erp. Deze schrijver sluit zich aan bij de mening van Keijser dat het wetsvoorstel ten onrechte mede op het midden- en kleinbedrijf van toepassing is. Hij miskent daarbij, evenals Keijser, dat de richtlijn blijkens artikel 1 lid 2 onder e in beginsel mede het midden- en kleinbedrijf omvat en dat het blijkens artikel 1 lid 3 slechts mogelijk is het midden- en kleinbedrijf van de regels uit te sluiten door *alle* ondernemingen uit te sluiten die niet een financiële instelling zijn als bedoeld in artikel 1 lid 2 onder a-d van de richtlijn. Tusseloplossingen zijn niet mogelijk, zoals ook naar voren komt uit de door schrijver op p. 970 geciteerde brief van de ECB aan de Oostenrijkse regering naar aanleiding van een Oostenrijks voorontwerp, waarin een dergelijke tusseloplossing werd voorgesteld. Wat de consequenties zijn van een algehele uitsluiting van de ondernemingen bedoeld in artikel 1 lid 2 onder e is hiervoor onder 1, 15, 17 en 22 uitvoerig uiteengezet. Een dergelijke uitsluiting is onwenselijk en, anders dan Oostenrijk, hebben veel lidstaten dan ook niet van de mogelijkheid die artikel 1 lid 3 van de richtlijn biedt, gebruik gemaakt; verwezen moge worden naar 22 tweede alinea. Anders dan de schrijver suggereert geldt dat ook voor Duitsland. Verwezen wordt naar Absatz 17 van Paragraph 1 van de Kreditwesengesetz die aan de Duitse implementatiewet is toegevoegd. Ook voor de door de schrijver besproken vraag of het wetsvoorstel mede

moet gelden voor gewone ondernemingen onderling, kan naar het voorgaande worden verwezen, in het bijzonder naar hetgeen daarover onder 22 is gezegd. Daarbij verdient aantekening dat de door de schrijver gegeven voorstelling van zaken dat door het wetsvoorstel «het Nederlandse goederenrecht een fundamentele wijziging ondergaat», als een retorische overdrijving moet worden beschouwd, ingegeven door de wens van de schrijver het gehele Nederlandse goederenrecht te herzien. Het wetsvoorstel heeft immers alleen betrekking op creditsaldi en op een kapitaalmarkt verhandelbare effecten en betreft voor een belangrijk deel transacties die ook naar huidig recht geldig kunnen worden gesloten. Bespreking eist voorts wat de schrijver naar voren brengt ter zake van de vraag of de onderhavige richtlijn een «minimumrichtlijn» is. Zijn mening op dit punt leidt hem tot de suggestie dat toepasselijkheid van het wetsvoorstel op overeenkomsten tussen gewone ondernemingen in strijd met de richtlijn zou kunnen komen. Deze suggestie is onjuist en vindt ook geen steun in de door de schrijver geciteerde overweging 22, die aan de tekst van de richtlijn vooraf gaat. De vraag die in deze overweging aan de orde wordt gesteld, is of de regeling van de financiële zekerheidsovereenkomst aan de lidstaten moet worden overgelaten dan wel door de Gemeenschap kan worden verwezenlijkt. In dat kader wordt gezegd dat het hier gaat om een «doelstelling» van het opstellen van «een minimumregeling van het gebruik van als zekerheid verschaft financiële activa». Omdat deze doelstelling beter door de Gemeenschap kan worden verwezenlijkt, kan de Gemeenschap overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 van het Verdrag maatregelen nemen. Daaraan wordt toegevoegd dat overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel de richtlijn niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van deze doelstelling. Uit een en ander volgt onmiskenbaar dat het terrein dat niet door de richtlijn wordt bestreken, geheel aan de nationale wetgever is overgelaten. De vergelijking die de schrijver trekt met de richtlijnen op het terrein van de consumentenbescherming is misleidend. Daar pleegt men de term «minimumregeling» te bezigen om aan te duiden dat de lidstaten vrij zijn om aan consumenten meer bescherming te bieden dan de betrokken richtlijn eist. Dat aspect is bij de onderhavige richtlijn niet aan de orde. Van het dwingende regime van de onderhavige richtlijn kan immers niet worden afgeweken, noch ten gunste van de ene partij, noch ten gunste van de andere partij tenzij uit de regeling zelf het tegendeel blijkt. Men zie ook wat in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer, p. 4, over het dwingende recht wordt opgemerkt. Voor wat betreft de bijdrage van Van Erp zowel als die van Westrik moet tot slot worden opgemerkt dat de richtlijn geen aanleiding vormt om tot een herziening van het Nederlandse goederenrecht over te gaan of in Europees verband te dier zake voorstellen te doen dan wel stelling te nemen tegen de onderhavige richtlijn die voldoet aan een behoefte van de praktijk, die niet op aan het nationale recht ontleende dogmatische gronden behoort te worden doorkruist.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner