

# 17de vergadering

Dinsdag 1 maart 2005

Aanvang 13.30 uur

## Voorzitter: Timmerman-Buck

Tegenwoordig zijn 71 leden, te weten:

Van de Beeten, Bemelmans-Videc, Van den Berg, Bierman-Beukema toe Water, Biermans, Broekers-Knol, Van den Broek-Laman Trip, Van Dalen-Schiphorst, Dees, Doek, Doesburg, Dölle, Van Driel, Dupuis, Eigeman, Engels, Essers, Franken, De Graaf, Hamel, Hessing, Van Heukelum, Hoekzema, Ten Hoeve, Holdijk, Jurgens, Kalsbeek-Schimmelpenninck van der Oije, Ketting, Klink, Kox, Van der Lans, Van Leeuwen, Leijnse, Lemstra, Van der Linden, Linthorst, Luijten, Maas-de Brouwer, Meindersma, Meulenbelt, Middel, Nap-Borger, Noten, Van den Oosten, Pastoor, Platvoet, Pormes, Putters, Van Raak, Rabbinge, Rosenthal, Russell, Schouw, Schuurman, Schuyer, Slagter-Roukema, Swenker, Sylvester, Tan, Terpstra, Thissen, Timmerman-Buck, Vedder-Wubben, Wagemakers, Walsma, Werner, Westerveld, Witteman, Witteveen, Woldring en De Wolff,

en de heer Donner, minister van Justitie.

De **voorzitter**: Ik deel aan de Kamer mede dat is ingekomen een bericht van verhindering van het lid:

Van Thijn, wegens verblijf buitenslands.

Dit bericht wordt voor kennisgeving aangenomen.

De **voorzitter**: De ingekomen stukken staan op een lijst die in de

zaal ter inzage ligt. Op die lijst heb ik voorstellen gedaan over de wijze van behandeling. Als aan het einde van de vergadering daartegen geen bezwaren zijn ingekomen, neem ik aan dat de Kamer zich met de voorstellen heeft verenigd.

(Deze lijst is, met de lijst van besluiten, opgenomen aan het einde van deze editie.)

De **voorzitter**: Aangezien voor de verschillende verdragen die ter stilzwijgende goedkeuring zijn voorgelegd en de algemene maatregelen van bestuur die zijn voorgehangen en gedrukt onder de nrs. 29954, 29966, 29967, 29969, 29970, 29973 en 29974 de termijn is verstreken, stel ik vast dat wat deze Kamer betreft aan uitdrukkelijke goedkeuring van dit voornemen, deze verdragen en algemene maatregelen van bestuur geen behoefte bestaat.

Aan de orde is de behandeling van de wetsvoorstellen:

- **Wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met een verbod op het ter beschikking stellen van vergunningbewijzen aan derden (28802);**

- **Wijziging van de Leegstandwet (verlenging duur vergunning voor verhuur van woonruimte in leegstaande woningen en gebouwen) (28987);**

- **Wijziging van de Huisvestingswet (wijziging bepalingen met betrekking tot de huisvesting van verblijfsgerechtigden) (29566);**

- **Wijziging van de Wet op medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (oplos-**

**sen van enige knelpunten) (29748).**

Deze wetsvoorstellen worden zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen.

Aan de orde is de behandeling van:

- **het wetsvoorstel Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (28874).**

De beraadslaging wordt geopend.

De **voorzitter**: Ik deel de Kamer mede dat ik na de eerste termijn van de Kamer de vergadering voor een halfuur zal schorsen omdat de minister van Justitie naar de Tweede Kamer geroepen is voor het vragenuurtje. Hij heeft mij verzekerd het ertoe te zullen leiden dat hij binnen een halfuur hier terug is. Wij zijn benieuwd en vertrouwen volledig op het vermogen van de minister zulks te bewerkstelligen.

De heer **Rabbinge** (PvdA): Mevrouw de voorzitter. Het is mij een voorrecht om nu eens met de minister van Justitie van gedachten te mogen wisselen. Dat voorrecht heb ik nog niet eerder mogen smaken in deze Kamer. Ik stel het bijzonder op prijs, vooral ook omdat het gaat over een voorstel dat naar mijn mening nog wel enige verbetering behoeft maar politiek geen heikele zaak is.

Dit wetsvoorstel kent een lange geschiedenis. Het introduceren van een Europese Richtlijn om financiële

## Rabbinge

zekerheidsovereenkomsten tot stand te brengen, is op zich nuttig en zeer wenselijk. De wettelijke vertaling van deze Europese Richtlijn naar de Nederlandse omstandigheden heeft veel te lang geduurd. Daarmee zijn wij al een paar jaar bezig. Dat lijkt vooral veroorzaakt door de manier waarop de Nederlandse wetgever de reikwijdte van de richtlijn heeft opgerekend.

De richtlijn beoogt zekerheidsstellingen tussen overheidsinstanties, financiële instellingen en verzekeringsbedrijven. Volgens artikel 1 lid 2 van de richtlijn gaat het om categorie a t/m d. Dit is een technisch detail, maar niet onbelangrijk.

In het voorliggende wetsvoorstel wordt de werkingssfeer van de financiële zekerheidsovereenkomsten uitgebreid tot rechtspersonen of ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid. Ook kunnen die rechtspersonen onderling financiële zekerheidsovereenkomst afsluiten zonder dat één van de partijen tot categorie a t/m d van de richtlijn behoort. Dat is een oprekking van hetgeen met de richtlijn wordt beoogd.

Na introductie van de richtlijn dienen ook andere wetten te worden aangepast aan de richtlijn, zoals de Faillissementswet en de Wet giraal effectenrecht. Met de uitbreiding van de werkingssfeer zoals voorzien in het wetsvoorstel, wordt de beperking tot de financiële instellingen zoals die in de richtlijn is voorzien, doorbroken. Voor een dergelijke verruiming bestaan aldus vele deskundigen geen goede redenen. Dat bleek ook uit de schriftelijke inbreng van onze collega's van de VVD en het CDA. Die hebben dat met argumenten gestaafd. Kennelijk is het toch ontoereikend geweest om de minister te overtuigen, want de argumentatie om de financiële zekerheidsovereenkomst voor te schrijven voor transacties tussen partijen die met de financiële markten niets van doen hebben, ontbreekt. De afgelopen tijd hebben vele deskundigen zich daarover in de vakpers geroerd. Een van die deskundigen zei: het ziet ernaar uit dat een financiële zekerheidsovereenkomst wordt gesloten tussen snackbar De Vette Hap en diens speelautomatenverhuurder of bierleverancier die ook een lening heeft verstrekt. Wat de bijdrage van die financiële zekerheidsovereenkomst is aan de uitvoering

van het Gemeenschappelijk monetair beleid door de Nederlandsche Bank of aan de efficiëntie van de financiële markten in Europa, is volstrekt onduidelijk.

In feite wordt door de openstelling van de financiële zekerheidsovereenkomst een verslechtering bereikt van de positie van de zekerheidsgever en diens schuldeiser ten faveure van de zekerheidsnemer. De richtlijn biedt daarvoor geen rechtvaardiging. Bij herhaling is in het voortraject van deze wetgeving geweest om de gevolgen voor de verhoudingen tussen de pandgever en de pandnemer. De Raad van State heeft er ook reeds op gewezen. Bij de schriftelijke behandeling door de commissie voor Justitie van de Eerste Kamer is steeds gevraagd, de uitbreiding van de werkingssfeer van dit wetsvoorstel te beargumenteren. Zoals ik al zei, heeft de regering daarvoor niet echt overtuigende argumenten gegeven. Een mogelijk argument zou de vereenvoudiging van de verhoudingen kunnen zijn, doch dat lijkt onjuist omdat de regelgeving, zeker als gevolg van de uitgebreide memorie van toelichting, niet eenvoudiger, maar zelfs gecompliceerder is geworden. De machtsverhoudingen worden verschoven naar de kredietverschaffer of de pandnemer. Dat brengt de kredietontvanger of pandgever in het nadeel. Vaak gaat het om zeer kleine kredietnemers of pandgevers. Indien het de verhoudingen tussen financiële instellingen betrof, zou die verschuiving in feite te billijken zijn, doch dat geldt niet nu ook vele andere instellingen en bedrijven, ook kleine bedrijven, onder de werkingssfeer kunnen gaan vallen.

Vrijwel geen van de in de literatuur over dit wetsvoorstel figurerende deskundigen op het gebied van het privaatrecht is het eens met de door de regering ingeslagen weg. Alleen indien de regering tot heroverweging komt van die dwaling en besluit tot herziening van dit wetsvoorstel, waardoor het beter in overeenstemming wordt gebracht met de Europese richtlijn en er geen verstoringen van nu evenwichtige machtsverhoudingen worden bewerkstelligd, zal mijn fractie instemmen met dit wetsvoorstel.

Ik heb mijn bijdrage over dit wetsvoorstel beperkt tot de wettelijke uitwerking van de richtlijn en ben niet weer ingegaan op heel veel

punten die tijdens de schriftelijke behandeling adequaat zijn afgewikkeld. Daarvoor niets dan complimenten, maar de wettelijke uitwerking en met name de werkingssfeer is van groot belang. Vandaar dat ik er zoveel aandacht aan besteed. De beantwoording door de minister en de nadere toelichting waren in die andere gevallen voldoende.

Er zijn twee redenen om aan de verruiming van de werkingssfeer en aan de dientengevolge ontstane verhouding tussen de instellingen en rechtspersonen zoveel aandacht te geven. In de eerste plaats moet worden voorkomen dat overbodige regelgeving wordt geïntroduceerd. Daar zijn wij tegen, en dat lijkt hier aan de orde. In de tweede plaats lijkt er sprake te zijn van een symptoom dat zich bij de uitvoering van Europese richtlijnen in Nederlandse wetgeving meer lijkt voor te doen. De Raad van State wijst daar bij voortdurende op. Er wordt telkenmale een weg gekozen die demonstreert hoe bekwaam het beste jongetje van de Europese klas is, waardoor in vele gevallen wordt afgeweken van de geest van de Richtlijn en een langdurig en uitgebreid wetgevingstraject wordt ingeslagen. Mijn fractie is de regering erkentelijk voor een snelle en voortvarende wetgeving om Europese richtlijnen in te voeren, doch is tegenstander van de ook in dit geval gekozen ingewikkelde weg.

Mevrouw de voorzitter. Ik hoop dat de regering in staat is dit prangende punt van de werkingssfeer te corrigeren, opdat de voor financiële instellingen en organisaties noodzakelijke regelgeving snel kan worden ingevoerd. Wij zijn eigenlijk al twee jaar achter op de gestelde termijn; het moet niet veel langer duren. Mijn fractie wacht met belangstelling de reactie van de minister af.

□

De heer **Wagemakers** (CDA):  
Mevrouw de voorzitter. Ik heb een verhaal voorbereid dat even lang is als saai, en dat 25 minuten vergt.

Dit wetsvoorstel heeft een uitvoerige schriftelijke behandeling gekregen. Het aardige van die behandeling was dat ons een aantal zaken duidelijk werd en dat wij ook het gevoel kregen dat de minister tot steeds grotere helderheid kwam over de strekking van datgene wat hij hier vandaag verdedigt. Die vragen van

## Wagemakers

mijn fractie waren overigens grotendeels geleende wijsheid, want er verschenen artikelen in de vakliteratuur. Toen hier als het ware de discussie ontstond over deze tamelijk ingewikkelde problematiek creëerde dat enige tijd die de vakliteratuur benutte om in beweging te komen.

Het wetsvoorstel is zeer omstre- den, met name als het gaat om de werkingssfeer, het bereik. Tot nu toe heb ik geen voorstanders aangetrof- fen. De Vereniging van burgerlijk recht heeft er een studiemiddag aan gewijd. Zo'n middag pleegt te eindigen met een soort peiling. Er zat een zaal vol juristen en ik geloof dat er zo'n zes voor het wetsvoorstel waren en de overige 40 à 45 tegen. Uiteraard is zo'n peiling niet een stemming als wij hier in dit huis houden, maar wel tekenend voor de sfeer rondom dit wetsvoorstel.

Dit wetsvoorstel wijkt op nogal wat onderdelen af van het systeem van het BW en dat heeft veel aandacht gekregen in de schriftelijke behandeling. De minister heeft gezegd dat dit nu eenmaal niet te vermijden is als men een Europese richtlijn moet implementeren. Dat brengt nieuwe rechtsfiguren met zich, dat kan de bestaande dogma- tiek doorkruisen en, ook als de formulering van de richtlijn zoveel mogelijk wordt gevolgd ± dat ligt toch voor de hand ± dan komt men toch termen tegen die hier een andere betekenis hebben dan in het kader van de richtlijn. Prof. Van den Boom heeft recentelijk in een artikel het dilemma voor de wetgevings- juristen in dit verband aardig getypeerd: Kies ik voor dogmatische zuiverheid, dan moet ik de systema- tiek aanpassen aan Europese regels. Kies ik voor een minimalistische inpassing, dan is over tien jaar het BW onbegrijpelijk van opbouw. Houd ik de materie bij elkaar, dan doorkruis ik de gelaagde structuur. Hak ik de materie in mootjes en verspreid ik ze over het wetboek, dan ontstaat het gevaar dat de samen- hang uit het oog wordt verloren en dat over enige tijd niemand meer beseft dat de regeling oorspronkelijk uit één Europees hout was gesne- den." Ik vind dat een aardige typering die aangeeft dat het niet simpel is om iedereen gelukkig te maken bij het implementeren van dit soort richtlijnen.

De richtlijn die hier aan de orde is, wordt ingepast in Boek 7. Bij de door

de minister gekozen opzet, die qua werkingssfeer heel breed was, is dat misschien ook nog wel te begrijpen. In de stukken heeft hij ons voorge- houden dat er bij implementatie van deze richtlijn geen sprake is van afwijkingen die moeilijk in het Nederlandse rechtsstelsel vallen in te passen. Die opmerking overtuigt minder, want het staat wel vast dat het gebruik van de term "over- dracht" in het kader van overdracht van geld door girale overmaking geen overdracht is in de zin zoals wij dat nu dogmatisch verstaan. Ik denk aan de manier waarop over verpanding van geld is gesproken, waarbij dan gezocht is naar wat in dit verband zou kunnen functioneren als een akte, aan de term "verreke- nen" die een heel andere betekenis heeft gekregen dan tot nu toe in het BW en aan het fenomeen van in de plaats stelling door gelijkwaardige goederen, waarbij de minister zelf melding maakt van eventuele dogmatische bezwaren, althans gelet op de huidige structuur van ons BW.

Mevrouw de voorzitter. Toch hecht mijn fractie eraan haar waardering uit te spreken voor in ieder geval de manier waarop in de nadere memorie van antwoord is gepoogd een en ander te verduidelijken en aan te geven hoe deze zaak met enige goede wil toch zou kunnen worden ingepast in het systeem van het nieuwe BW. In die nadere memorie van antwoord waren in feite heel intelligente beschouwingen neergelegd. Ik zie de minister met mij waarderend kijken naar zijn medewerkers op te tribune.

Er zijn nog wat technische punten overgebleven, zoals het vestigen van een pandrecht op een creditsaldo van geld. De minister gaat ervan uit dat men als men in het kader van zo'n financiële zekerheids- overeenkomst een pandrecht vestigt op een creditsaldo een kwaliteits- rekening op naam van de pandhou- der in het leven moet worden geroepen. Het is ons niet helemaal duidelijk wat in dat verband met een "kwaliteitsrekening" wordt bedoeld. Uit de jurisprudentie op dit punt blijkt dat de Hoge Raad zeer restrictief is ten aanzien van mogelijkheden om een dergelijke kwaliteitsrekening in het leven te roepen. Dat blijkt met name uit het arrest-ProCall/Van Dam waarin staat dat kwaliteitsrekeningen alleen kunnen worden geopend door notarissen, deurwaarders, accoun-

tants en advocaten voor cliënten. Als met het begrip "kwaliteitsrekening" wordt bedoeld op kwaliteitsrekening als in die jurisprudentie aangeduid, dan vraagt mijn fractie zich af of met het wetsvoorstel beoogd wordt om een nieuwe uitzondering mogelijk te maken.

Voor panding van een creditsaldo is naar de bestaande artikelen van het BW een akte vereist. Het ligt niet voor de hand dat een dergelijke pandakte besloten ligt in de financiële zekerheidsovereenkomst zelf. In de regel komen individuele transacties pas na het sluiten van de overeenkomst tot stand. De omvang daarvan staat op dat moment nog niet vast en pas later vinden boekingen plaats naar de pand- rekening. Kennelijk was de minister zich daarvan bewust want hij suggereert dat de akte ook besloten kan liggen in de overboekings- opdracht. Die constructie lijkt mij nogal ver gezocht. Bovendien vinden dergelijke overboekingen in de praktijk, zeker als het gaat om transacties tussen grote financiële instellingen, vaak elektronisch plaats. Is de elektronische boeking in dat geval de akte of moet daarnaast nog een schriftelijke akte worden opgesteld?

Ik kom op de kwestie van de exclusieve beschikkingsbevoegdheid van de pandhouder. De minister wijst erop dat de pandhouder, voorzover het pandrecht hem daartoe bevoegd maakt, over het saldo van de pandrekening kan beschikken, maar de pandgever niet. De pandhouder is daarmee exclusief beschikkings- bevoegd ofschoon de pandgever de rechthebbende is op het creditsaldo. Tegelijkertijd geeft de minister aan dat de pandgever de vordering op de bank kan overdragen of aan een derde kan verpanden zonder aantasting van het bestaande pandrecht. Beschikt de pandgever in dit geval over het creditsaldo of over de vordering op de bank tot overdracht van een gelijke hoeveel- heid als oorspronkelijk op de rekening is gestort? Kan de minister aangeven in hoeverre deze bevoegd- heid van de pandgever blijft bestaan nadat de pandhouder, mogelijk buiten medeweten van de pandgever om, een eventueel verleend gebruiksrecht heeft aangewend en het saldo van de rekening heeft gereduceerd tot nul? Over welk goed beschikt de pandgever in dat geval nog?

## Wagemakers

Ik stel graag enige kwesties aan de orde die samen hangen met de gehanteerde term "verrekening". De minister heeft in het wetsvoorstel gekozen voor een systeem waarbij de pandhouder zich moet houden aan de pandbepalingen enerzijds en de verrekeningsbepalingen anderzijds. Het is maar de vraag of die vermenging een gelukkige keuze is. Moet de pandhouder voortaan een verrekeningsverklaring uitbrengen? Beantwoorden de geldvordering en de vordering tot overdracht van gelijksoortige effecten aan elkaar in de zin van artikel 127 boek 6 BW? Heeft de uitwinning van een pand door middel van verrekening terugwerkende kracht?

De substitutieregeling is neergelegd in artikel 53. De keuze voor substitutie, uiterlijk op het tijdstip waarop de zekerheidsgever de geseceureerde vordering voldoet, levert een tamelijk vreemd resultaat op. Op dat moment voldoet de pandgever in beginsel de geseceureerde vordering, maar het pandrecht dat dan door substitutie ontstaat, is vanwege het accessoire karakter van het pandrecht, derhalve zonder geseceureerde vordering, zinledig.

De opmerking van de minister in relatie tot de substitutieregeling dat een en ander raakvlakken heeft met rechtsfiguren in het BW is juist, maar er is ook sprake van een groot verschil. Substitutie naar het huidige Nederlandse recht vindt meteen plaats, zonder sprake van een tijdsspanne tussen het tenietgaan van het oorspronkelijke goed en het in de plaats treden van het vervangende goed. Bij deze substitutieregeling liggen de zaken echter essentieel anders. Volgens deze regeling vervreemdt een pandhouder op grond van het hem toegekende gebruiksrecht verpande goederen; de pandgever moet gedurende een bepaalde periode, tot het moment dat substitutie plaatsvindt, met een verbintenisrechtelijke aanspraak genoegen nemen in plaats van met de goederrechtelijke. Dat verschil is tamelijk essentieel.

Ik kom op de laatste van mijn technische vragen. Zal er geen misbruik worden gemaakt van de voorgestelde regeling in artikel 63c van de Faillissementswet? Moet misbruik daarvan niet worden gevreesd? Of wordt dat misbruik eigenlijk niet mogelijk gemaakt? Een zekerheidsovereenkomst, zoals een

financiële zekerheidsovereenkomst, kan mondeling worden aangegaan. Het goederrechtelijke effect treedt op door een simpele overboeking van een krediet saldo. De minister heeft zelfs betoogd dat een dergelijk overschrijvingsopdracht de pandakte zou zijn. Dan wordt het wel erg simpel om een dergelijke overboeking uit te voeren en vervolgens als gefailleerde onderneming aan de curator mee te delen  $\pm$  de begunstigde moet dan wel in het complot zitten  $\pm$  dat dit is gebeurd in het kader van de uitvoering van een eerder mondeling gesloten financiële zekerheidsovereenkomst. Er is weliswaar een beperking in dit artikel neergelegd in dier voege dat de begunstigde dient aan te tonen dat hij ten tijde van de rechtshandeling de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. Bij de beoordeling van die beperking moet echter verdisconteerd worden dat de faillietverklaring van een gewone onderneming in de praktijk nooit gepubliceerd wordt op de dag van de faillietverklaring zelf. De wederpartij van de gefailleerde onderneming zal derhalve vrij snel kunnen aantonen dat hij te goeder trouw was, omdat uit geen enkel register bleek dat het bedrijf failliet was. Dat komt er dus op neer dat bij dubieuze ondernemingen, behoudens tegenbewijs door de curator in geval van aantoonbaar frauduleus handelen, allerlei gelden aan de boedel onttrokken kunnen worden nadat het bedrijf failliet is verklaard. Dat hoeft men niet te vrezen bij grote financiële instellingen, waarvoor de richtlijn eigenlijk bedoeld is. Die wereld is relatief overzichtelijk en transparant. Gezien het geknoei met gewone vennootschappen moet deze vorm van misbruik daar echter naar onze mening wel gevreesd worden. En dat dus kan aan de orde komen als de reikwijdte van deze richtlijn dusdanig wordt verbreed dat zij geldt voor gewone ondernemingen onderling.

Met mijn laatste opmerking ga ik tevens over naar het tweede deel van mijn betoog. Dat betreft een kwestie waar de heer Rabbinge ook al bij stilstond, namelijk de werkingssfeer, het toepassingsbereik van de regeling. Het is aardig om vast te stellen, zeker gelet op de discussie die wij vorige week in deze zaal hadden met de Raad van State, dat de Raad van State bij de indiening van dit wetsvoorstel onmiddellijk

alarm heeft geslagen op dit punt. De Raad vond het niet voor de hand liggend, de werkingssfeer van deze bijzondere regeling uit te breiden tot partijen die niet aangemerkt kunnen worden als financiële instellingen. De Raad van State wees in zijn advies op dit punt op de afwijkingen van de normale regeling van het pandrecht in het BW en op het feit dat aan een crediteur/pandhouder aldus extra zekerheden worden verschaft, ten koste uiteraard van de debiteur pandgever. De wijziging die wordt voorgesteld in het wetsvoorstel Faillissementswet betekent eveneens een verschuiving in de verhouding tussen faillissementscrediteuren en de crediteuren uit de financiële zekerheidsovereenkomsten. Op zich is dat allemaal ware taal waar weinig aan toe te voegen valt. Toch zag de minister in het advies van de Raad van State onvoldoende aanleiding om de regeling geen toepassing te laten vinden op partijen zonder band met de financiële markten.

Gesteund door een nog te verschijnen artikel van prof. Verstijlen meen ik toch dat er voorop moet worden gesteld dat de Europese richtlijn gericht is op partijen die behoren tot de allergrootste die aan het handelsverkeer deelnemen. Daar is de richtlijn voor bedoeld, voor grote financiële instellingen. De regeling bevat tal van elementen die de positie van de zekerheidsnemer versterken ten koste van de zekerheidsgever en diens overige schuldeisers. Daar bestaat niet zoveel bezwaar tegen als het gaat om transacties tussen financiële partijen die op voet van gelijkheid met elkaar kunnen verkeren. Het is wellicht nog aanvaardbaar, het bereik op te rekken tot financiële instellingen in relatie met ondernemingen, als dat voor het functioneren van de financiële markten bevorderlijk is. Echter, het openstellen van de financiële zekerheidsovereenkomst voor partijen die met de financiële markten niets van doen hebben, leidt tot de door de Raad van State gememoreerde verslechtering van de positie van de zekerheidsgever, zonder dat de richtlijn daarvoor aanleiding of rechtvaardiging biedt.

Een opvallend element in dit verband is het voorgestelde gebruiksrecht bij verpanding. Het betekent immers een vergaande inbreuk op de positie van de pandgever. De pandnemer kan

## Wagemakers

immers over het verpande goed beschikken, niet om zijn zekerheid te executeren en zijn vordering te verhalen, maar gewoon omdat het hem zo uitkomt. Hij geeft het geld van de pandgever uit, hij handelt met diens effecten en terwijl de pandgever normaliter een goederrechtelijke aanspraak heeft ± ik wees er al op ± wordt deze nu gereduceerd tot een verbintenrechtelijke vordering tot overdracht van gelijksoortige goederen. In bepaalde omstandigheden heeft de pandgever echter niet bijster veel aan zo'n aanspraak, zeker als hij zijn schuld al ten dele of zelfs geheel heeft afgelost of als de effecten aanmerkelijk in waarde zijn gestegen. Dan ontstaat er een insolventierisico, al zal zich dat in de praktijk niet zo gauw voordoen bij grote financiële instellingen, maar zeker wel bij het thans gekozen bereik van de regeling, namelijk bij gewone ondernemingen.

Voorts wordt als argument voor het gekozen bereik het belang van de rechtszekerheid genoemd, het voorkomen van overgangssituaties. Nu is er op dit punt niet veel mis met het reguliere pandrecht dat in het huidige Burgerlijk Wetboek is neergelegd; ik denk dat dit komt doordat er enige eeuwen lang over dit pandrecht is nagedacht. Het wetsvoorstel biedt een oplossing voor een niet bestaand probleem en het veroorzaakt zelf een aantal problemen. Dit is ook wel zichtbaar geworden in de schriftelijke behandeling, gelet op het groot aantal juridische vragen dat door het voorgestelde wordt opgeroepen.

De minister heeft erop gewezen dat ook in het huidige recht ondernemingen een financiële zekerheidsovereenkomst kunnen sluiten. Dit moge zo zijn, maar het komt in de praktijk nauwelijks voor, anders dan wellicht in de vorm van bepaalde leaseconstructies. En het is overigens de vraag of het wel verstandig is om de ontwikkeling die mede in gang gezet is door het Sogelease-arrest, nog te versterken.

In dit verband heeft mijn fractie er goede nota van genomen dat conform de richtlijn de regels voor het pandrecht niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht. De bescherming moet dan derhalve worden gevonden in de inhoud van de overeenkomst zelf. Mijn fractie verwacht dat financiële

instellingen op dit punt standaardcontracten zullen hanteren waarin regelingen zijn neergelegd voor de afdracht van een eventuele overwaarde en voor de wijze waarop die moet worden vastgesteld. Ook dit demonstreert dat dit soort contracten eigenlijk alleen in die verhoudingen thuishoren.

Mijn fractie ontkent uiteraard niet dat het bij financiële zekerheidsovereenkomsten gaat om een pandrecht op creditsaldi en op effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, wat de problematiek die aanleiding heeft gegeven tot het toe-eigeningsverbod in het BW, voor een aanmerkelijk deel oplost. Maar het lost niet alle problemen op, want de begrippen markt en marktprijs zijn geenszins eenduidige begrippen, omdat effecten nu eenmaal niet alleen op een officiële beurs worden verhandeld, maar ook op allerlei meer informele platforms. In dit verband hebben wij ook kennisgenomen van de opvatting van de minister dat een zekerheidsnemer die bevoegd is om zelf als tussenpersoon op markten of beurzen op te treden, bij verkoop geen onafhankelijke derde als tussenpersoon behoeft in te schakelen. Ook dit zal afbreuk kunnen doen aan de objectiviteit van de prijsvorming. De minister heeft er voorts op gewezen dat zo nodig achteraf de rechter ingeschakeld kan worden om de prijsvorming te toetsen, maar wij denken dat dit niet simpel zal zijn voor ondernemingen die geen directe toegang hebben tot de financiële markt en de informatie die voor de prijsvorming relevant is.

De CDA-fractie heeft ook nog vastgesteld dat het argument dat Nederland, bij uitsluiting van financiële zekerheidsovereenkomsten tussen ondernemingen, uit de pas zou lopen met het buitenland en dat er gevreesd zou moeten worden dat zulke overeenkomsten onder toepassing van buitenlands recht toch gesloten zullen worden, zeker niet opgaat. Het betreft immers slechts enkele lidstaten die gekozen hebben voor een zodanig bereik van deze regeling, naar ik meen slechts drie van de vierentwintig andere landen van de Unie.

En ten slotte vreest mijn fractie dat er zich bij het voorgestelde toepassingsbereik van deze regeling, dus inclusief overeenkomsten tussen ondernemingen, een groot aantal juridische geschillen zal gaan voordoen over de exacte inhoud en

betekenis van de wetsartikelen. Het stelsel wijkt immers op een aantal onderdelen af van de huidige systematiek. Maar er is nog een ander aspect. Financiële zekerheidsovereenkomsten tussen ondernemingen lijken weliswaar bepaald te worden door de nu te implementeren richtlijn, maar deze richtlijn is niet rechtstreeks van toepassing, omdat Nederland er vrijwillig voor zou kiezen, de werkingssfeer van de Europese richtlijn uit te breiden tot overeenkomsten tussen ondernemingen. Dat betekent dan ook dat voor dit deel van de voorgestelde wettelijke regeling niet het Europese Hof de hoogste bevoegde rechter is, maar in beginsel de Hoge Raad. Dit creëert op zich weer het risico dat het ene deel van de regeling die als implementatie van het Europese recht kan worden aangemerkt, anders kan worden uitgelegd dan het andere deel van de regeling, zijnde de gevallen waarop de richtlijn formeel geen betrekking heeft. Dat leidt dan ook weer tot het risico van rechtsdiversiteit op dit punt. Al met al heeft mijn fractie de indruk dat het niet wenselijk is de voorgestelde regeling voor financiële zekerheidsovereenkomsten ook van toepassing te verklaren op het verkeer tussen ondernemingen onderling. Wij wachten de beantwoording van de minister af.

□

Mevrouw **Broekers-Knol** (VVD):  
Mevrouw de voorzitter. Het wetsvoorstel tot uitvoering van Richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002, betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten doet mij denken aan de overbekende sneeuwbal die almaar dikker wordt. In de loop van de behandeling van het wetsvoorstel bleken namelijk steeds meer haken en ogen aan het wetsvoorstel te kleven, werden er steeds meer vragen opgeworpen en die vragen vereisten vervolgens een steeds uitvoeriger beantwoording door de minister. Kon met de nota naar aanleiding van het verslag van 19 september 2003 en de memorie van antwoord van 13 september 2004 nog met zo'n 10 pagina's worden volstaan, voor de nadere memorie van antwoord bleken inmiddels 23 pagina's nodig te zijn. De conclusie lijkt gewettigd dat wat betreft dit wetsvoorstel er "more to is than meets the eye", liever gezegd

## Broekers-Knol

dan "met the eye", althans als wij kijken vanaf de start van het wetgevingsproces tot de dag van vandaag.

De VVD-fractie is de minister erkentelijk voor de gedegen en uitvoerige beantwoording van de schriftelijke vragen. Daardoor is op een groot aantal punten de gewenste en noodzakelijke verduidelijking verkregen. Toch hebben de antwoorden van de minister de VVD-fractie er nog niet van kunnen overtuigen het wetsvoorstel in de huidige vorm te accepteren. Ik zal dit nader toelichten. Ik zal daarbij achtereenvolgens behandelen de plaats van de financiëlezekerheidsvereenkomsten in het systeem van het goederenrecht en de uitbreiding van het toepassingsgebied van de financiëlezekerheidsvereenkomsten tot ondernemingen, niet zijnde financiële instellingen.

Volgens de preambule beoogt de zogenaamde "Financial Collateral Directive", de Richtlijn betreffende de financiëlezekerheidsvereenkomsten, de efficiëntie van de financiële markt te bevorderen door een minimumregeling voor zekerheden op financiële activa tot stand te brengen. Dit zou moeten leiden tot efficiëntere transacties van de Europese Centrale Bank en de nationale banken bij de uitvoering van het gemeenschappelijk monetair beleid. Het zou tevens moeten leiden tot een grotere liquiditeit van de financiële markten. Vanuit dit doel van de richtlijn is het dan ook niet verwonderlijk dat de richtlijn zich in artikel 1, lid 2, richt op zekerheidsinstellingen tussen financiële instellingen, zoals banken, centrale banken, verzekeringsmaatschappijen, overheidsinstanties enz. onderling, of tussen financiële instellingen en ondernemingen, niet zijnde financiële instellingen.

Het wetsvoorstel dat wij vandaag bespreken, strekt tot uitvoering van de Richtlijn. Voorgesteld wordt om in Boek 7 BW een nieuwe titel 2, financiëlezekerheidsvereenkomsten, in te voeren met een regeling voor een financiëlezekerheidsvereenkomst tot overdracht en een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht. Het wetsvoorstel bouwt echter tegelijkertijd voort op de bepalingen in Boek 3 BW: een overdracht uit hoofde van een financiëlezekerheidsvereenkomst tot overdracht is een overdracht in de zin van Boek 3 en

het pandrecht dat gevestigd is uit hoofde van de financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht is een pandrecht in de zin van Boek 3. Dat leidt hier en daar, zoals prof. Verstijlen dat in zijn nog te verschijnen artikel in Ondernemingsrecht 2005-3 noemt, tot een al te exotische uitleg. Bijvoorbeeld dat een bankoverschrijvingsopdracht, die in het normale geval door de betaler aan zijn bank wordt gericht en niet aan de begunstigde of diens bank, als pandakte kan fungeren. En zo zijn meer voorbeelden te geven. Is bij het opstellen van het wetsvoorstel, met het oog op mogelijke fricties met boek 3 BW, overwogen om voor de financiëlezekerheidsvereenkomst waarop de Richtlijn het oog heeft, een bijzondere regeling in het leven te roepen? Zo nee, waarom niet als daarmee een  $\pm$  wellicht te grote  $\pm$  inbreuk op het goederenrechtelijk systeem, of een soms te exotische uitleg van de bepalingen van dat systeem, had kunnen worden voorkomen? Heeft wellicht een rol gespeeld dat in het wetsvoorstel het toepassingsgebied van de financiëlezekerheidsvereenkomst wordt uitgebreid tot ondernemingen onderling, dus het gehele bedrijfsleven, waardoor een bijzondere regeling minder voor de hand zou liggen dan wanneer het slechts financiële instellingen zou betreffen?

In de Uitvoeringswet wordt het toepassingsgebied van de Richtlijn niet beperkt tot transacties tussen financiële instellingen onderling en financiële instellingen en ondernemingen. Ook ondernemingen onderling kunnen financiëlezekerheidsvereenkomst sluiten. De VVD heeft daar grote problemen mee. Wij hebben dat ook al aangegeven in het nader voorlopig verslag. Helaas overtuigt het antwoord in de nadere memorie van antwoord ons niet, omdat voor ons de mogelijke negatieve consequenties van financiëlezekerheidsvereenkomst tussen ondernemingen onderling zwaar wegen.

Het doel van de Richtlijn is om de integratie en efficiëntie van de financiële markt, als ook de stabiliteit van het financiële bestel in de Gemeenschap te bevorderen en tegelijkertijd de vrijheid van dienstverrichting en het vrije kapitaalverkeer op de interne markt voor financiële diensten te ondersteunen. Zo staat in de memorie van

toelichting op pagina 2 te lezen. Dat is helder. Financiëlezekerheidsvereenkomst die gesloten worden tussen ondernemingen onderling, zullen aan dat doel echter weinig bijdragen. Dat is ook helder.

Daarentegen biedt de financiëlezekerheidsvereenkomst wél minder rechtszekerheid voor de zekerheidsgever en meer bevoegdheden voor de zekerheidsnemer. Ik noem een voorbeeld. De financiëlezekerheidsvereenkomst tot het vestigen van een pandrecht introduceert in artikel 7:53 BW het gebruiksrecht van de pandnemer. Met dat gebruiksrecht wordt de positie van de pandgever in ernstige mate aangetast in die zin dat hij een belangrijke vorm van bescherming, namelijk de goederenrechtelijke, mist. Stel de pandnemer handelt bijvoorbeeld met de in pand gegeven effecten. Hij moet de pandgever te zijner tijd wel gelijkwaardige goederen teruggeven, volgens artikel 7:53 lid 2 BW. Maar ondertussen heeft de pandgever nog slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak en geen goederenrechtelijke. Als de pandnemer in financiële moeilijkheden komt en niet in staat blijkt gelijkwaardige goederen terug te leveren, komt de pandgever niet ver met de verbintenisrechtelijke aanspraak. Hij draagt dan het insolventierisico.

Hij heeft weliswaar zelf een schuld aan de pandnemer, maar het kan zijn dat de in pand gegeven effecten een grotere waarde vertegenwoordigen dan de schuld. Het kan ook zijn dat de pandgever al een deel van de schuld heeft afgelost enz..

Bij grote financiële instellingen hoeft voor een dergelijke situatie niet snel gevreesd te worden. Daar zal zich het probleem van insolventie niet gauw voordoen, hoewel het ook niet uit te sluiten valt. Bij "gewone" ondernemingen onderling zijn die risico's echter veel groter. En dan kan het zijn dat de pandgever er slecht van af komt.

Bij de financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht zal de zekerheidsgever met de zekerheidsnemer in de financiële zekerheidsvereenkomst zélf moeten zien te regelen dat een eventuele overwaarde moet worden afgedragen, hoe de overwaarde moet worden vastgesteld, enz. Bij financiële instellingen die op voet van gelijkheid met elkaar onderhandelen, zal dit geen problemen opleveren. Wij zien die problemen wél bij

## Broekers-Knol

onderhandelingen over een financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht tussen financiële ondernemingen en gewone ondernemingen, bijvoorbeeld uit het midden- en kleinbedrijf, en ondernemingen onderling. De "zwakkere" partij zal zich onvermijdelijk moeten schikken in hetgeen de "sterkere" partij bij de onderhandelingen bereid is af te spreken. De heer Wagemakers noemde al de standaardcontracten. De opmerking op pagina 16 van de nadere memorie van antwoord, de op één na laatste alinea, kan ons helaas niet overtuigen.

Wij vragen daarom de minister nogmaals waarom hij het nodig heeft geoordeeld om in het wetsvoorstel het toepassingsgebied van de financiële zekerheidsvereenkomst uit te breiden tot financiële zekerheidsvereenkomsten tussen financiële instellingen en gewone ondernemingen en tussen gewone ondernemingen onderling. Ligt het niet veel meer voor de hand, met het oog op het doel van de Richtlijn, namelijk het bevorderen van de liquiditeit op de financiële markten, het wetsvoorstel te beperken tot de financiële ondernemingen? Is de minister er niet met de leden van de VVD-fractie van overtuigd dat mogelijke negatieve gevolgen van het wetsvoorstel, zowel in economisch opzicht (de scheve verhouding tussen zekerheidsgever en zekerheidsnemer) als in juridisch opzicht (doorkruisen van het goederenrechtelijk systeem), voorkomen worden als het wetsvoorstel slechts van toepassing is op financiële ondernemingen? Is de minister bereid het wetsvoorstel op dit punt te heroverwegen?

Mevrouw de voorzitter, ik rond af. Het wetsvoorstel Financiële zekerheidsvereenkomsten betreft een lastige materie. De Richtlijn moet geïmplementeerd worden. Daarover bestaat geen misverstand. We moeten echter voorkomen dat we ons achter een wetsvoorstel scharen dat meer problemen oproept dan dat het oplost.

Wij wachten de beantwoording van de minister met belangstelling af.

De beraadslaging wordt geschorst.

De vergadering wordt van 14.15 uur tot 14.45 uur geschorst.

Aan de orde is de behandeling van:

- **het wetsvoorstel Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van beledigende uitlatingen en het aanzetten tot haat, discriminatie of gewelddadig optreden wegens een lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap (strafbaarstelling discriminatie wegens een handicap) (28221).**

De beraadslaging wordt geopend.



Mevrouw **Westerveld** (PvdA):  
Mevrouw de voorzitter. Mijn fractie heeft met instemming en waardering kennis genomen van dit wetsvoorstel dat de bescherming van het strafrecht tegen discriminatie doet uitstrekken tot mensen met een handicap. Strafrechtelijke belediging bevindt zich op het snijvlak van de vrijheid van meningsuiting en de bescherming tegen scheldkanonnades of puur grievende kwalificaties. In een tijd waarin kunnen zeggen wat je denkt wel tot het hoogste goed verheven lijkt, hebben burgers behoefte aan signalen van de overheid dat niet alles ongestraft gezegd kan worden en die vrijheid zijn begrenzing vindt in het recht van ieder mens om zich in zijn menselijke waardigheid gerespecteerd te weten.

Beledigende, puur om het kwetsen gedane uitlatingen wegens ras of seksuele gerichtheid zijn strafbaar en behoren dat ook te zijn. Weliswaar is het strafrecht in de trits bepalingen die mensen tegen discriminatie beschermen het sluitstuk, het uiterste redmiddel, maar het is wel een sluitstuk dat in deze pluriforme en verhardende samenleving niet gemist kan worden. Dit uitgangspunt moet, behalve voor ras en seksuele gerichtheid ook gelden voor het hebben van een lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap. Mijn fractie onderschrijft de toevoeging van deze woorden aan de artikelen 137c t/m f dan ook van harte en spreekt de wens uit dat de waarde hiervan vooral symbolisch zal zijn, dat wil zeggen dat zij hoopt dat het beroep hierop in de praktijk niet of nauwelijks voorkomt.

Mijn fractie staat eveneens achter het initiatief vanuit de Tweede Kamer, waarom overigens ook door de Raad van State was verzocht, om

tot een strafbaarstelling te komen van discriminatie op deze grond in het sociaal-economisch verkeer. Zij spreekt haar waardering uit voor het vele werk dat door de initiatiefnemers in de Tweede Kamer is verzet om dit thema onder de aandacht van de regering te brengen, haar vervolgens te overtuigen van nut en noodzaak van deze toevoeging en ten slotte om ervoor te zorgen dat het hier thans als een voldragen wetsvoorstel ter beoordeling voorligt. Misschien moet ik zeggen: een bijna voldragen wetsvoorstel.

Het thema heeft namelijk van de initiatiefnemers veel werk en denkkracht geleverd. De reden is niet zozeer dat er over het onderwerp zelf verschil van mening bestaat, maar dat de wijze van formulering minder eenvoudig is dan bij de strafbaarstelling van grievende beledigingen. Bij het tweede lid van artikel 429 quater gaat het niet om het verbieden of strafbaar stellen van maatschappelijk verwerpelijk handelen, maar de mogelijk discriminatoire aantasting van iemands grondrecht om op voet van gelijkheid aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen, bestaat uit nalaten, terwijl handelen geboden zou zijn.

Het in dit verband meest gebruikte voorbeeld is dat van een gehandicapte die zich de toegang tot een openbare gelegenheid ontzegd ziet, doordat de eigenaar verzuimt de gelegenheid rolstoeltoegankelijk te maken. Is dat nalaten waarvan de gehandicapte evenveel last heeft als een weigering om iemand vanwege zijn huidskleur toe te laten, even verwerpelijk? Is dat altijd en in alle gevallen strafbare discriminatie? Het antwoord op die vraag is niet een ondubbelzinnig en volmondig ja. Het hangt er maar vanaf hoeveel moeite en kosten de ondernemer zich moet getroosten om deze voor sommige mensen onneembare barrière te slechten. Onder omstandigheden kan er voor het nalaten, voor het niet-doen wat in termen van gelijkberechtiging wenselijk zou zijn, een te rechtvaardigen, te respecteren reden zijn. Dat element beoogt de toevoeging "zonder redelijke grond" tot uitdrukking te brengen. Het is vervolgens aan de strafrechter om uit te maken of er voor het nalaten waarover geklaagd wordt, zo'n redelijke grond heeft bestaan. Anders gezegd: dient de gehandicapte dit uitstotende effect als een fact of life te aanvaarden of dient de onderne-