

Vergaderjaar 2003–2004

28 874

Wet tot uitvoering van richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 19 september 2003

Met belangstelling namen wij kennis van het verslag van de vaste commissie voor Justitie in verband met dit wetsvoorstel. De leden van de VVD-fractie hebben aangegeven dat zij in beginsel kunnen instemmen met de wijze waarop het kabinet de richtlijn beoogt te implementeren. Zowel de leden van de VVD-fractie als de leden van de CDA-fractie hebben nog enkele vragen.

Algemeen

De leden van de VVD-fractie hebben gevraagd welke lidstaten van de Europese Unie de richtlijn reeds hebben geïmplementeerd, dan wel wanneer te verwachten is dat die implementatie zal zijn voltooid. In verband met de uitvoering van de richtlijn bereikte ons medio juli 2003 het bericht dat op dat moment nog geen van de lidstaten met de uitvoering van de richtlijn gereed was. Verschillende lidstaten hebben aangegeven dat zij wetgeving in voorbereiding hebben die na het zomerreces zou worden ingediend (België, Denemarken, Duitsland, Finland, Griekenland, Spanje, Zweden). In de regel is door deze lidstaten aangegeven dat zij verwachten dat de uitvoering van de richtlijn tijdig – met inachtneming van de implementatietermijn die op 27 december 2003 afloopt – zal kunnen worden afgerond. Verschillende andere lidstaten hebben aangegeven dat zij de richtlijn via lagere regelgeving, zoals bij decreet, zullen uitvoeren (Ierland, Italië, Portugal). Deze lidstaten voorzien geen problemen om de richtlijn tijdig uit te voeren. Van de overige lidstaten is de stand van zaken niet bekend.

Verhouding richtlijn en financiële markten

In de memorie van toelichting is opgemerkt dat een verbeterde positie van financiële instellingen in verband met financiëlezekerheidsovereenkomsten zal leiden tot een beperking van het kredietrisico. Vervolgens is aangegeven dat dit kan leiden tot een lagere prijsstelling van transacties, bijvoorbeeld doordat een lagere rente vanwege kredietverlening wordt berekend. De leden van de VVD-fractie hebben verzocht dit vermoeden nader en concreter uit te bouwen.

Met de richtlijn en daarmee het wetsvoorstel wordt een grotere rechtsze-

kerheid en efficiëntie in verband met financiële zekerheidsovereenkomsten beoogd. Een verbeterde positie van financiële instellingen op deze punten leidt tot een beperking van het kredietrisico. Dit kan mogelijk leiden tot een lagere prijsstelling van transacties, bijvoorbeeld door het berekenen van een lagere rente bij kredietverlening. Financiële instellingen behoeven na het sluiten van een financiële zekerheidsovereenkomst en het op basis daarvan verkrijgen van zekerheden minder kapitaal aan te houden voor de financiële transacties in verband waarmee een financiële zekerheidsovereenkomst is gesloten. Dientengevolge maken financiële instellingen in de praktijk onderscheid tussen transacties in verband waarmee geen financiële zekerheidsovereenkomst wordt gesloten en transacties waarbij dit wel het geval is. Laatstgenoemde transacties hebben dan een lagere prijsstelling (dankzij het verminderde solvabiliteitsbeslag voor de betreffende financiële instelling). De mate waarin een lagere rente daadwerkelijk zal worden gerealiseerd zal echter mede afhangen van de economische omstandigheden, de concurrentie tussen bancaire instellingen en andere omstandigheden zoals de onderhandelingspositie van de crediteur en de debiteur in een concreet geval. In dit verband zijn van partijen geen concrete signalen over toekomstig beleid ontvangen.

Reikwijdte van de richtlijn

De leden van de CDA-fractie alsmede de leden van de VVD-fractie hebben de vraag gesteld waarom het kabinet geen gebruik maakt van de uitzonderingsmogelijkheid in artikel 1 lid 4 sub b richtlijn, op grond waarvan bepaalde aandelen van de werkingssfeer van de richtlijn kunnen worden uitgesloten. Het betreft (i) (ingekochte) eigen aandelen van de schuldenaar, (ii) aandelen in verbonden ondernemingen, (iii) aandelen in ondernemingen van wie het uitsluitende doel is productiemiddelen te bezitten die van wezenlijk belang zijn voor de onderneming van de schuldenaar dan wel (iv) aandelen in ondernemingen van wie het uitsluitende doel is onroerend goed te bezitten. Deze leden hebben opgemerkt dat met name ingekochte eigen aandelen van de schuldenaar, aandelen in verbonden ondernemingen en aandelen in ondernemingen van wie het uitsluitende doel is productiemiddelen te bezitten die van wezenlijk belang zijn voor de onderneming van de schuldenaar de continuïteit van de onderneming raken. Zij stelden daarom de vraag of in dat geval een extra waarborg niet gewenst is.

Er is geen aanleiding om voor de beschikkingsmacht van de schuldenaar onderscheid te maken tussen bepaalde soorten aandelen en andere goederen in verband met het verstrekken van zekerheid. Het verstrekken van zekerheid op basis van een financiële zekerheidsovereenkomst leidt niet tot een ander uitgangspunt. Voorop staat dat het verstrekken van zekerheid door bijvoorbeeld het verpanden van eigen aandelen of aandelen in een verbonden onderneming valt onder de keuzevrijheid van de schuldenaar. Indien de schuldenaar over de bedoelde effecten kan beschikken, kan hij deze desgewenst ook tot zekerheid laten dienen. Er is geen aanleiding voor een extra waarborg, bijvoorbeeld door de beschikkingsmacht van de schuldenaar – over zijn eigen goederen – te beperken. Het is de eigen verantwoordelijkheid van de schuldenaar mee te wegen dat een zekerheidsstelling in de bedoelde vorm belangrijke consequenties kan hebben wanneer zich een executiegrond in de zin van artikel 7:51 onderdeel g BW zou voordoen. Een en ander is niet wezenlijk anders indien een schuldenaar zekerheid verstrekt door verpanding van machines en andere goederen die voor zijn onderneming van groot belang zijn. De schuldenaar moet ook daarbij de consequenties van de zekerheidsverstrekking afwegen. Zijn beschikkingsmacht is ook daar niet ingeperkt en er is evenmin sprake van een andere extra waarborg. Overigens heeft de algemene vergadering van aandeelhouders onder omstandigheden een goedkeuringsrecht wanneer het bestuur van een

naamloze vennootschap besluit tot het verstrekken van zekerheid door de overdracht van aandelen in een verbonden onderneming en dat besluit zo ingrijpend is dat een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming optreedt – en daarmee wellicht de continuïteit van de onderneming wordt geraakt – op grond van het voorstel tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling (Kamerstukken II, 2001–2002, 28 179, nr. 1–3). De voorgestelde regeling, die bij aanvaarding en inwerkingtreding een plaats zal krijgen in artikel 2:107a BW, is van toepassing op alle naamloze vennootschappen, ongeacht de toepassing van de structuurregeling. Besloten vennootschappen kunnen een vergelijkbare regeling in de statuten opnemen.

Op grond van het voorgaande is er geen dwingende reden om gebruik te maken van de uitzondering van artikel 1 lid 4 sub b richtlijn. Meer in het algemeen zijn wij voorstander van een zo breed mogelijke toepassing van de richtlijn, met andere woorden van een zo min mogelijk gebruik van in de richtlijn geboden mogelijkheden voor uitzonderingen, teneinde de door middel van de richtlijn beoogde bevordering van de integratie en efficiëntie van de financiële markten in de Europese Unie te stimuleren. Voorts stelden deze leden de vraag hoe andere lidstaten met deze uitzonderingsmogelijkheid omgaan.

Volgens de eerdergenoemde – op sommige punten zeer globale – informatie uit medio juli van dit jaar over de uitvoering van de richtlijn door andere lidstaten, zal een aantal lidstaten geen gebruik maken van de optie van artikel 1 lid 4 sub b richtlijn. Dit betreft Duitsland, Griekenland, Italië, Spanje en Portugal. Enkele andere lidstaten hebben aangegeven dat zij gedeeltelijk gebruik denken te maken van de optie. België zal naar verwachting gebruik maken van de mogelijkheid om eigen aandelen en ondernemingen die eigen aandelen bezitten uit te sluiten. Ook Denemarken zal van de optie gebruik maken, maar het is niet duidelijk op welke wijze. Finland zal slechts gebruik maken van de uitzondering voor ondernemingen die het uitsluitende doel hebben onroerend goed te bezitten, omdat het huizenbezit van natuurlijke personen veelal via een dergelijke onderneming is geconstrueerd. Die particulieren worden niet door de richtlijn geraakt. In Finland zal echter geen uitzondering worden opgenomen voor ondernemers die zekerheid verschaffen. Ierland zal de mogelijkheid bieden om onder omstandigheden eigen aandelen en aandelen in verbonden ondernemingen uit te sluiten. In Zweden wordt overwogen aandelen in dochterondernemingen tot op zekere hoogte uit te sluiten. Op grond van het voorgaande zal een divers beeld kunnen ontstaan. Een voorlopige inschatting is echter dat een meerderheid van de lidstaten niet gebruik zal maken van de optie om eigen aandelen en aandelen in verbonden ondernemingen uit te sluiten. Dit draagt bij aan een uniforme toepassing van de richtlijn in de Europese Unie, en daarmee aan transparantie voor de marktpartijen die in de praktijk financiëlezekerheidsovereenkomsten sluiten.

De leden van de CDA-fractie hebben aangegeven dat zij grote twijfel hebben bij de voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte van de regeling tot overeenkomsten tussen rechtspersonen of ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid die allebei geen band hebben met de financiële markt. Zij vragen het kabinet deze keuze nogmaals toe te lichten en daarbij het belang van de bescherming van de debiteur te betrekken. Bij de uitvoering van de richtlijn is afgewogen of de regeling betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten slechts betrekking moest hebben op (i) partijen met een band met de financiële markt, (ii) financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen dergelijke partijen en ondernemers zonder een band met de financiële markt, (iii) alle financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij «professionele» marktpartijen (dat wil zeggen alle partijen, met uitzondering van natuurlijke personen die geen beroep of bedrijf uitoefenen) betrokken zijn (ongeacht de vraag of een van hen een

band heeft met de financiële markt), dan wel (iv) alle financiëlezekerheids-overeenkomsten ongeacht de aard van de betrokken partijen (zodat ook natuurlijke personen die geen beroep of bedrijf uitoefenen onder de regeling zouden vallen). Gekozen is voor een regeling volgens de contouren van alternatief (iii) die betrekking heeft op alle financiëlezekerheids-overeenkomsten in de zin van artikel 7:51 BW, met uitzondering van het geval dat daarbij een natuurlijke persoon partij is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

In de regel zullen financiëlezekerheidsovereenkomsten tot stand komen tussen verschillende partijen met een band met de financiële markt (bijvoorbeeld verschillende financiële instellingen) dan wel een dergelijke partij en een onderneming die geen band heeft met de financiële markt (bijvoorbeeld een financiële instelling en een «gewone» (niet-financiële) onderneming). De voorgestelde regeling laat echter toe en strekt zich uit tot een financiëlezekerheidsovereenkomst waarbij uitsluitend «gewone» ondernemingen partij zijn. De eerste vraag die dan van belang is hoe vaak zich financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen «gewone» ondernemingen zullen voordoen. Het meest voor de hand ligt dat deze situatie zich vooral voordoet in gevallen van intra-concern financiering, waarbij een dochtervennootschap wordt gefinancierd door een moedervennootschap en in ruil daarvoor zekerheid verstrekt. De omstandigheid dat «gewone» ondernemingen in het algemeen niet als financiële instelling mogen optreden op grond van de Wet toezicht kredietwezen (vgl. paragraaf «Reikwijdte van de richtlijn» in de memorie van toelichting) voorkomt dat zij op grote schaal als financiers op de markt actief kunnen zijn.

Wanneer een financiëlezekerheidsovereenkomst tussen gewone ondernemingen tot stand komt, is voor de betrokken partijen uiteraard van belang dat de overeenkomst met rechtszekerheid is omgeven. Daarvoor zorgt dit wetsvoorstel. Voor de voorgestelde uitbreiding van de regeling zijn goede redenen aan te voeren. Hoewel zoals hiervoor is aangestipt, het niet waarschijnlijk is dat alle «gewone» ondernemingen van de regeling gebruik zullen gaan maken, is er geen reden om deze ondernemingen die dat wel willen, die mogelijkheid te onthouden. De regeling van de financiëlezekerheidsovereenkomst voorziet in een reële behoefte. Zij stelt onder meer in staat tot een slagvaardig en efficiënt financierings- en investeringsbeleid van ondernemingen, alsook tot het snel afdekken van valutarisico's. Het verdient daarom aanbeveling dat tussen ondernemingen van de vordelen van de regeling een zo ruim mogelijk gebruik kan worden gemaakt. Daarbij moet worden bedacht dat, zo men contracten tussen «gewone» ondernemers onderling van de regeling zou uitsluiten, dat niet zou betekenen dat dergelijke overeenkomsten onmogelijk worden, maar alleen dat de onderhavige titel daarop niet van toepassing zou zijn. Het is evenwel verwarrend dat dan voor «gewone» ondernemingen onderling een eigen, minder flexibel en ook minder duidelijk stelsel zou gelden. Zou men voor financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen «gewone» ondernemingen in de onderhavige titel een eigen stelsel willen uitwerken, dan zou dit tot nog weer verdere complicaties aanleiding geven. In dit verband is van belang dat het stelsel van de richtlijn een redelijk afgewogen geheel oplevert en de grenzen van het toepassingsgebied ook in artikel 1 lid 2 van de richtlijn al ruim zijn getrokken. Artikel 1 lid 2 trekt die genzen evenwel aan de hand van een lange en niet eenvoudige opsomming van verschillende categorieën van ondernemingen, waarbij de omschrijving van elke categorie geschikt is om weer nieuwe problemen op te roepen. De vele daaraan verbonden afgrenzingsproblemen kunnen de met de nieuwe regeling beoogde rechtszekerheid gemakkelijk in gevaar brengen. Zij kunnen daarom beter worden vermeden. Een evenwichtige implementatie vereist de toepassing van de voorgestelde regeling op financiëlezekerheids-overeenkomsten tussen «gewone» ondernemingen. De belangen van de debiteur worden daarbij naar behoren beschermd, zoals hierna aan de orde

komt naar aanleiding van een andere vraag van de leden van de CDA-fractie.

Overigens zal het toepassen van de voorgestelde regeling op overeenkomsten tussen gewone ondernemingen bijdragen aan de financiële stabiliteit in de Europese Unie. Deze ondernemingen zullen in de regel namelijk ook transacties met financiële instellingen hebben. Indien dan, in geval van een financiële zekerheidsovereenkomst tussen gewone ondernemingen, een van deze beide ondernemingen in problemen komt en geen financiële zekerheidsovereenkomst zou hebben afgesloten met zijn wederpartij, zou deze wederpartij eveneens in problemen kunnen raken en daarmee ook de financiële instellingen met wie deze wederpartij transacties heeft uitstaan. Door de voorgestelde regeling ook op overeenkomsten tussen gewone ondernemingen toe te passen, wordt het risico op een dergelijke aantasting van de stabiliteit van de financiële markten in de Europese Unie verder verkleind.

Zoals hiervoor aangegeven vroegen de leden van de CDA-fractie naar een beschouwing over de (bescherming van de) belangen van de debiteur in het geval een financiële zekerheidsovereenkomst door «gewone» ondernemingen is gesloten. De debiteur heeft verschillende belangen. Hij heeft belang bij het verkrijgen van voldoende financiering tegen acceptabele prijsstelling en voorwaarden. Hij heeft ook belang bij rechtszekerheid. Op dat laatste aspect is hiervoor reeds ingegaan. De debiteur zal moeten afwegen of voldoende aan zijn belangen kan worden voldaan wanneer een financiële zekerheidsovereenkomst wordt aangegaan met een partij die geen band heeft met de financiële markt. Zo nee, dan ligt het voor de hand dat van de overeenkomst wordt afgezien. Voor de debiteur is met name van belang dat de crediteur niet mag overgaan tot executie van de goederen die tot zekerheid zijn verstrekt, zonder dat daarvoor een aanvaardbare reden bestaat en zonder dat zeker gesteld wordt dat de executie geschiedt op commercieel aanvaardbare voorwaarden. Beide risico's zijn naar ons oordeel tot aanvaardbare proporties teruggebracht. In de eerste plaats zijn verschillende onderdelen van de regeling vaak niet dwingend van aard. Partijen kunnen desgewenst overeenkomen dat zij afzien van toepassing van de regeling in de artikelen 7:53 en 54 BW. In de tweede plaats kan executie slechts plaatsvinden wanneer de schuldenaar in verzuim is, dan wel wanneer voldaan wordt aan een andere in de overeenkomst opgenomen grond voor executie. In dat verband wordt ook verwezen naar het hierna opgenomen antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie ten aanzien van artikel 7:51 BW. Er is derhalve steeds sprake van een executiegrond waarvan de grondslag is gebaseerd op de wet of de financiële zekerheidsovereenkomst zelf. In de derde plaats is in artikel 7:54 lid 2 en 3 BW vervolgens aangegeven op welke wijze de executie dient te geschieden. Bij het formuleren van die regeling is het uitgangspunt dat de verkoop van effecten niet bij voorbaat op grond van de wet onderworpen mag zijn aan voorafgaand toezicht van de rechter (artikel 4 lid 4 richtlijn). Teneinde te garanderen dat de verkoop van effecten toch geschiedt tegen een marktprijs en de debiteur niet in een positie kan geraken dat hij onder druk wordt gezet een lagere prijs dan de marktprijs te aanvaarden, is bepaald dat de verkoop dient te geschieden op een markt of ter beurse. Dat voorkomt een onderhandse verkoop tegen een eventueel niet marktconforme prijs. Indien de crediteur op grond van de financiële zekerheidsovereenkomst kan overgaan tot toe-eigening, dient de waardering van de effecten eveneens te zijn gebaseerd op de waarde op een markt of ter beurse. Van deze dwingende koppeling aan de marktprijs kan slechts worden afgeweken wanneer de financiële zekerheidsovereenkomst inhoudt dat de voorzieningenrechter van de rechtbank, op verzoek van de pandhouder of pandgever, kan bepalen dat het verpande goed zal worden verkocht op een afwijkende wijze of kan verblijven aan de pandhouder voor een door de voorzieningenrechter vast te stellen bedrag. De belangen van de debiteur zijn op deze wijze zowel gediend

wanneer de wederpartij een financiële instelling is, als wanneer de wederpartij een andere onderneming zou zijn.

Tot slot wordt nog gewezen op de omstandigheid dat uit de eerdergenoemde informatie over de uitvoering van de richtlijn door andere lidstaten naar voren komt dat Denemarken en Zweden naar verluidt ook het voornemen hebben de reikwijdte van de regeling uit te breiden. Denemarken zou alle «fiscale» personen, maar niet de «fysieke» personen onder de reikwijdte van de regeling willen brengen. Een (verdere) uitwerking van de Deense en Zweedse voorstellen is thans niet voor handen. Ook is bekend dat in het kader van gesprekken van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) over een «Legislative guide on insolvency law» zal worden voorgesteld te bepalen dat een regeling van de toepassing van een executiegrond uit hoofde van financiëlezekerheidsvereenkomsten op al die overeenkomsten betrekking zou moeten hebben, onafhankelijk van de vraag of een van de partijen een financiële instelling is.

De leden van de CDA-fractie stellen voorts de vraag of de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten in een personenvennootschap kan leiden tot een al te eenvoudig verhaal op hun persoonlijke goederen.

Voor de uitoefening van een beroep of bedrijf bestaat de keuze uit verschillende soorten personenvennootschappen. Volgens het huidige recht zijn dat de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap. Wanneer het wetsvoorstel tot Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken II, 2001–2002, nr. 28 746, nr. 1–3) wordt aangenomen en in werking treedt, zal het recht ten aanzien van de personenvennootschappen worden gewijzigd, maar blijft een keuze uit verschillende rechtsvormen bestaan. Met elke rechtsvorm hangt een eigen aansprakelijkheidsregime, dat niet steeds leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid, van de verschillende vennoten samen. Zeer in het algemeen kan worden gesteld dat het privé-vermogen van een vennoot op enig moment onder omstandigheden geraakt kan worden – althans tot verhaal kan dienen – vanwege de uitoefening van een beroep of bedrijf in de vorm van een personenvennootschap. Daarmee dient rekening te worden gehouden wanneer tot het gebruik van een bepaalde rechtsvorm wordt besloten.

Het onderhavige wetsvoorstel leidt niet tot een aanpassing van het recht ten aanzien van personenvennootschappen en in beginsel evenmin ten aanzien van de mogelijkheid om verhaal te nemen op het privé-vermogen van een vennoot. De goederen waarop het wetsvoorstel betrekking heeft zijn voorts beperkt tot bepaalde effecten dan wel op een rekening geboekt geld en de overdracht of verpanding daarvan (artikel 7:51 onderdelen d en e BW). Wanneer deze goederen behoren tot het ondernemingsvermogen en een vennoot dergelijke goederen tot zekerheid overdraagt of verpandt, is geen wijziging van rechtspositie ten opzichte van het huidige recht voorzien ten aanzien van het privé-vermogen.

Ook de leden van de VVD-fractie hebben het kabinet gevraagd waarom geen gebruik wordt gemaakt van de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 1 lid 4 sub b richtlijn, alsmede welke andere lidstaten wel van die mogelijkheid gebruik zullen maken. In dat verband wordt verwezen naar het voorgaande antwoord op een vergelijkbare vraag van de leden van de CDA-fractie. De leden van de VVD-fractie hebben daarnaast de vraag gesteld welke lidstaten gebruik zullen maken van een optie op grond van artikel 1 lid 3 richtlijn. Deze optie komt er op neer dat de reikwijdte van de richtlijn wordt beperkt tot financiëlezekerheidsvereenkomsten tussen – samengevat – overheidsinstanties, centrale banken e.a., financiële instellingen onder bedrijfseconomisch toezicht, een centrale tegenpartij, een afwikkende instantie en een verrekeningsinstituut. Dat betekent dat de richtlijn dan niet van toepassing is op financiëlezekerheidsvereen-

komsten tussen een van de voornoemde partijen en een rechtspersoon of onderneming die geen band heeft met de financiële markt.

Van geen van de lidstaten is bekend dat van artikel 1 lid 3 van de richtlijn gebruik zal worden gemaakt. Volgens de ook eerder aangehaalde informatie van juli 2003 zullen Duitsland, Finland, Ierland, Italië, Portugal en Spanje van deze optie geen gebruik zullen maken. Dat betekent dat zij de reikwijdte van hun nationale regeling niet beperken tot partijen die een band hebben met de financiële markt. Denemarken en Zweden hebben hetzelfde aangegeven. Deze landen hebben tevens aangegeven dat zij de reikwijdte van hun nationale regeling breder zullen trekken dan waartoe de richtlijn verplicht. De aanpak van Denemarken en Zweden lijkt aan te sluiten bij het onderhavige wetsvoorstel.

De leden van de VVD-fractie hebben voorts gevraagd waarom de voorgestelde regeling in Titel 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet ook van toepassing is wanneer natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, partij zijn bij een zekerheidsverstrekking. Zij wilden weten of dit voortvloeit uit de richtlijn.

De reikwijdte van de richtlijn ziet uitdrukkelijk niet op natuurlijke personen zonder ondernemingsactiviteiten, die in het wetsvoorstel zijn omschreven als natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De richtlijn houdt in de eerste plaats een regeling in voor financiëlezekerheidsvereenkomsten waarbij uitsluitend partijen betrokken zijn die een band hebben met de financiële markten. Daarnaast biedt de richtlijn de mogelijkheid om de reikwijdte van de regeling uit te breiden tot financiëlezekerheidsvereenkomsten waarbij één partij een band heeft met de financiële markten en de andere partij een onderneming in stand houdt. Ten behoeve van een evenwichtige implementatie strekt de reikwijdte van de voorgestelde regeling zich op grond van het wetsvoorstel ook uit tot financiëlezekerheidsvereenkomsten tussen ondernemers, onafhankelijk van de vraag of zij een band hebben met de financiële markt. Het wetsvoorstel raakt overeenkomstig de richtlijn niet aan de positie van natuurlijke personen zonder ondernemingsactiviteiten. Van dergelijke personen mag niet dezelfde kennis, ervaring of onderhandelingspositie worden verwacht als van een ondernemer. De wetgever dient deze personen verdergaand dan ondernemers – hoe groot of klein deze ook zijn – in bescherming te nemen tegen crediteuren die een zekerheidsverschaffing bedingen. In een dergelijke relatie waarbij een natuurlijke persoon zonder ondernemingsactiviteiten is betrokken, kan een afwijking van de «gewone» regels voor de uitoefening van een pandrecht (vgl. artikel 7:54 lid 4 BW), ook gezien de omstandigheid dat de richtlijn tot ondernemers is gericht, niet worden gerechtvaardigd.

Uitoefening pandrecht en gebruiksrecht

Door de leden van de CDA-fractie is gevraagd of en hoe ten aanzien van het uitoefenen van het pandrecht sprake is van een rechterlijke toets achteraf.

Deze vraag houdt verband met de omstandigheid dat de verkoop van verpande effecten en de verrekening van op een rekening gecrediteerde gelden niet op grond van de *wet* bij voorbaat afhankelijk mogen worden gesteld van – onder meer – de goedkeuring van een rechter van de voorwaarden *voorafgaand* aan de uitwinning (artikel 4 lid 4 van de richtlijn). De financiëlezekerheidsvereenkomst zou daartoe echter wel kunnen verplichten. De lidstaten mogen op grond van de richtlijn wel een rechterlijke toets introduceren of handhaven in hun wetgeving ten aanzien van de uitoefening van het pandrecht waardoor in andere gevallen kan worden gecontroleerd of de uitwinning en waardering van de verpande goederen op commercieel redelijke wijze heeft plaatsgevonden. Op deze wijze kan ook de berekening van de vordering van de pandhouder op de pandgever worden gecontroleerd. Een dergelijke controle is op grond van

het huidige recht reeds mogelijk. Bijvoorbeeld kan de pandgever zich tot de rechter wenden wanneer uitwinning door de pandhouder heeft plaatsgevonden en hij van mening is dat de pandhouder nog niet gerechtigd was tot die uitwinning of zich daarbij niet aan de regels heeft gehouden die een uitwinning of waardering van de verpande goederen op commercieel redelijke wijze moeten garanderen (artikel 7:54 BW). Alsdan kan de rechter de gang van zaken achteraf beoordelen en daaraan indien nodig consequenties verbinden.

Faillissement

De leden van de CDA-fractie hebben in verband met de artikelen 63c en 241c Faillissementswet de vraag gesteld bij wie de bewijslast ligt in verband met de vraag of een wederpartij kan aantonen dat hij geen kennis had, noch diende te hebben van de aanvang van het faillissement of de surseance van betaling van de schuldenaar. Het aangaan van een financiële zekerheidsovereenkomst, een verpanding of overdracht op grond daarvan of het ontstaan van een verplichting die door een dergelijke overeenkomst wordt gewaarborgd, zijn afdwingbaar jegens derden wanneer de totstandkoming van de overeenkomst, zekerheidsstelling of vordering plaatsvindt op de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken of een surseance van betaling wordt verleend, mits de wederpartij kan aantonen dat hij van het faillissement of de surseance geen kennis had of diende te hebben. Deze leden hebben ook gevraagd of het mogelijk is dat een wederpartij nog na de publicatie van het vonnis van faillietverklaring beroep doet op artikel 63c of 241c Faillissementswet.

Het is aan de curator om te bezien of een rechtshandeling voorafgaand aan of na de uitspraak van de rechter heeft plaatsgevonden. Wanneer op de dag van de uitspraak te goeder trouw is gehandeld, is de rechtshandeling niet vanwege het faillissement of de surseance van betaling aantastbaar. De goede trouw dient door de wederpartij, derhalve de begunstigde crediteur, te worden aangetoond.

In ieder geval eindigt de termijn waarin nog rechtshandelingen kunnen worden verricht die jegens derden werking hebben, zodra de dag van de faillietverklaring of de dag waarop surseance is verleend is verstreken. Tot dat tijdstip is de regeling in verband met goede trouw relevant. De kennisgeving van de Nederlandsche Bank aan instellingen als bedoeld in artikel 7:51 sub g BW dat een andere instelling failliet is of surseance van betaling is verleend, heeft tot gevolg dat ten aanzien van de eerstgenoemde instellingen de goede trouw zoals bedoeld in artikel 63c en 241c Faillissementswet in ieder geval vervalt. In het geval van een faillissement of surseance van een onderneming die niet tevens een instelling is zoals hiervoor bedoeld, vindt echter geen kennisgeving op grond van de wet door de Nederlandsche Bank plaats. In dat geval moet op basis van de omstandigheden van het geval worden bezien of en wanneer de instelling te goeder trouw is. De goede trouw vervalt in beginsel ook wanneer een faillietverklaring of surseance openbaar wordt gemaakt (vgl. artikel 52 Faillissementswet).

Conflictenrecht

In artikel 9 van de richtlijn is een regeling van internationaal privaatrecht in verband met giraal overdraagbare effecten opgenomen. In verband met deze regeling geeft de memorie van toelichting aan dat ten aanzien van het recht dat toepasselijk is op girale effectentransacties tot op zekere hoogte eensgezindheid bestaat. De leden van de CDA-fractie hebben gevraagd deze zinsnede toe te lichten.

Artikel 9 van de richtlijn is gebaseerd op het uitgangspunt dat de genoemde transacties zijn onderworpen aan het recht van het land van de bij de transactie betrokken tussenpersoon. Daarmee is gekozen voor

toepassing van de zogenoemde Prima-regel (Place of the Relevant Intermediary Approach). De regeling in artikel 9 van de richtlijn is geïnspireerd door voorstellen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht voor een verdrag betreffende het toepasselijke recht ten aanzien van effecten die via een tussenpersoon worden gehouden. Ten tijde van de totstandkoming van de richtlijn waren de onderhandelingen over de tekst van het beoogde verdrag nog niet afgerond. Ten aanzien van de toepassing van de Prima-regel bestond echter al eensgezindheid, zodat deze regel als uitgangspunt in de richtlijn kon worden neergelegd. Inmiddels is de tekst van het verdrag van de Haagse Conferentie vastgesteld op 13 december 2002. Het verdrag krijgt de datum van de eerste ondertekening, die echter thans nog niet heeft plaatsgevonden. De verwachting is dat in Brussel besluitvorming tot stand zal komen op grond waarvan de lidstaten van de Europese Unie het verdrag gezamenlijk zullen ondertekenen en vervolgens bekrachtigen. In het verdrag heeft nog een precisering van de Place of the Relevant Intermediary plaatsgevonden. Daarover bestaat derhalve ook eensgezindheid. De precisering in het verdrag zal er waarschijnlijk toe leiden dat artikel 9 van de huidige richtlijn in de toekomst, wellicht in 2004, zal worden aangepast. Een en ander laat echter onverlet dat de lidstaten de richtlijn zoals deze thans luidt in zijn geheel dienen te implementeren voor 27 december 2003.

Artikelen

Artikel 7:51 BW

De leden van de CDA-fractie hebben een vraag gesteld over de definitie van het begrip executiegrond. Enerzijds wordt in die definitie het begrip «verzuim» gebruikt, anderzijds wordt ook aangegeven dat «een andere omstandigheid» kan leiden tot een executiegrond. Deze leden vragen naar de toegevoegde waarde van de woorden «of een andere omstandigheid» en of die woorden niet tot verwarring kunnen leiden.

De richtlijn gaat er in artikel 2 lid 1 sub I vanuit dat een executiegrond om verschillende redenen kan ontstaan. Enerzijds betreft het de omstandigheid dat een debiteur niet voldoet aan verplichtingen jegens de crediteur uit hoofde van de financiëlezekerheidsovereenkomst. Voor die gevallen wordt in artikel 7:51 onderdeel g BW het begrip «verzuim» gebruikt. Wanneer sprake is van verzuim, is geregeld in artikel 6:81 BW. De voorgestelde regeling in artikel 7:51 onderdeel g BW, leidt dan ook niet tot een zelfstandige verzuimregeling in afwijking van de hoofdregels in Boek 6 BW. Voorts kan een executiegrond bestaan wanneer de financiëlezekerheidsovereenkomst aangeeft dat ook andere omstandigheden dan verzuim aanleiding geven tot de mogelijkheid van executie. Dat is dan afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst. Bijvoorbeeld kan de overeenkomst inhouden dat een executiegrond ontstaat wanneer de debiteur failliet wordt verklaard, overlijdt of onder curatele wordt gesteld. Deze omstandigheden kunnen zich ook voordoen voordat van verzuim sprake is. In dat geval zijn de betreffende omstandigheden door de crediteur kennelijk van een zo grote invloed geacht, dat deze alsdan tot executie wenst te kunnen overgaan en dit in de overeenkomst is bepaald. De voorgestelde regeling is in overeenstemming met de richtlijn.

Artikel 7:52 BW

De leden van de VVD-fractie hebben gevraagd of het altijd voldoende duidelijk zal zijn of een natuurlijke persoon handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dat is van belang omdat artikel 7:52 BW bepaalt dat de titel betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten van toepassing is op dergelijke overeenkomsten, tenzij een van de partijen een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Voor de formulering van artikel 7:52 BW is aangesloten bij het bestaande gebruik in het Burgerlijk Wetboek van de omschrijving van een natuurlijke persoon die – al dan niet – handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Deze bewoording komt bijvoorbeeld ook voor in de artikelen 15a, 86, 305c van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 41, 119a, 170, 175, 185, 192, 194, 200, 214, 236, 237, 240, 244, 247 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. De bedoelde formulering leidt niet tot bijzondere problemen. De natuurlijke persoon die in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf een financiële zekerheidsovereenkomst wenst aan te gaan, zal dat als zodanig ook kenbaar moeten maken aan zijn wederpartij. Zijn inkomsten als ondernemer zullen van belang zijn voor de crediteur in het kader van de afweging of een lening zal worden verstrekt. Indien een schuldenaar echter buiten zijn beroep of bedrijf om een lening wenst te verkrijgen, bijvoorbeeld voor de aankoop van een woonhuis, en daarbij een pandrecht verleent op zijn effectenportefeuille, zal van een financiële zekerheidsovereenkomst in de zin van artikel 7:51 BW geen sprake zijn. Deze leden stelden voorts de vraag in hoeverre van belang kan zijn dat een partij bij een financiële zekerheidsovereenkomst, na het sluiten van die overeenkomst, de status verwerft van een natuurlijke persoon die niet (langer) handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Voor het antwoord op deze vraag is doorslaggevend op welk moment door de natuurlijke persoon is gehandeld (en in welke hoedanigheid). Is gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan kan een financiële zekerheidsovereenkomst in de zin van artikel 7:51 BW tot stand zijn gekomen. Het ontstaan van die overeenkomst wordt niet aangetast door de omstandigheid dat de natuurlijke persoon na enige tijd zijn beroep of bedrijf eindigt. De overeenkomst blijft in beginsel in stand, tenzij de overeenkomst bijvoorbeeld zou inhouden dat een dergelijke wijziging van omstandigheden kwalificeert als een executiegrond. Voor nieuwe overeenkomsten waarbij zekerheid wordt verleend valt de natuurlijke persoon niet meer onder Titel 2 van Boek 7 BW vanaf het tijdstip van het beëindigen van het beroep of bedrijf.

Artikel 7:56 BW

Artikel 7:56 lid 1 BW houdt een conflictenregel in ten aanzien van giraal overdraagbare effecten. Het recht van het land van de bij het girale effectenverkeer betrokken tussenpersoon – dat wil zeggen de tussenpersoon die de rekening houdt waarin de overdracht en verpanding van giraal overdraagbare effecten wordt geadministreerd – is doorslaggevend voor de in lid 2 van artikel 7:56 bepaalde rechtsgevolgen. De leden van de VVD-fractie hebben gevraagd naar een toelichting op de laatste zin van lid 1, waarin staat dat de verwijzing naar dat recht niet mede omvat een verwijzing naar het internationaal privaatrecht van de betreffende staat. De laatste zin van het eerste lid van artikel 7:56 BW komt inhoudelijk overeen met de desbetreffende zin in artikel 9 lid 1 richtlijn. De regeling heeft tot gevolg dat herverwijzing wordt uitgesloten. Toepassing van artikel 7:56 BW heeft tot gevolg dat het recht van een bepaald land van toepassing wordt verklaard, bijvoorbeeld het Duitse recht. Als gevolg daarvan bepaalt het interne Duitse recht welke rechten op de effecten kunnen rusten (vgl. artikel 7:56 lid 2 sub a BW). In het geval het Duitse internationaal privaatrecht een conflictenregel zou inhouden die aangeeft dat de bedoelde kwestie wordt onderworpen aan Frans recht, dan heeft artikel 7:56 BW (en artikel 9 lid 1 richtlijn) tot gevolg dat aan die regel van Duits internationaal privaatrecht voorbij wordt gegaan. Het interne Duitse recht – en niet het Duitse internationale privaatrecht – moet worden toegepast. De uitsluiting van herverwijzing voorkomt dat na toepassing van de Prima-regel – via het internationaal privaatrecht – het recht van (wederom) een ander land van toepassing kan worden. De uitsluiting van de moge-

lijkheid van herverwijzing betreft een regel van dwingend recht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.

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

De Minister van Financiën,
G. Zalm