

Vergaderjaar 2004–2005

30 138

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. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

Het advies van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt, dan wel uitsluitend opmerkingen van redactionele aard bevat (artikel 25a, vierde lid, onderdeel b, van de Wet op de Raad van State).

Het wetsvoorstel strekt ter uitvoering van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (Richtlijn nr. 2002/47/EG, hierna ook: «Richtlijn»)¹. Het wetsvoorstel vervangt het gewijzigd voorstel van wet dat op 24 april 2004 is aangeboden aan de Eerste Kamer (Kamerstukken I, 28 874, A). Het desbetreffende wetsvoorstel strekte eveneens ter uitvoering van de Richtlijn, maar is op 8 maart 2005 door de Eerste Kamer verworpen. Dat voorstel was eerder met algemene stemmen aanvaard door de Tweede Kamer. Door de verwerping bestaat de noodzaak een nieuw wetsvoorstel in te dienen.

De Eerste Kamer wees de reikwijdte van artikel 7:52 BW in wetsvoorstel 28 874 af voor zover deze betrekking had op financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen ondernemingen die beide geen band hebben met de financiële markt. Het thans voorgestelde artikel 7:52 kent een meer beperkte reikwijdte. Gezien de stemverklaringen die in de Eerste Kamer zijn afgelegd op 8 maart 2005, mag aangenomen worden dat de nieuwe reikwijdte de steun van de Eerste Kamer heeft. Hierna wordt nog nader op die reikwijdte ingegaan. Voor het overige kon de Eerste Kamer zich met wetsvoorstel 28 874 verenigen. Het onderhavige wetsvoorstel wijkt derhalve inhoudelijk slechts op het punt van de reikwijdte wezenlijk af van het eerdere wetsvoorstel. Een voorwaardelijke bepaling in wetsvoorstel 28 874 kon vanwege een inmiddels gerealiseerde aanpassing van de Faillissementswet vervallen.

Hoewel deze memorie een zelfstandige toelichting op het wetsvoorstel geeft, laat dat de betekenis van de reeds gevoerde discussie in de Tweede en Eerste Kamer over wetsvoorstel 28 874 onverlet. Naar die discussie kan worden verwezen. De reeds gevoerde uitwisseling van standpunten behoudt zijn waarde. Uitsluitend ten behoeve van de praktijk is deze memorie van toelichting op een aantal punten aangevuld vanwege opmerkingen die tijdens de behandeling van wetsvoorstel 28 874 naar voren zijn gekomen.

De Richtlijn bouwt voort op de richtlijn betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen, ook wel Finaliteitsrichtlijn genoemd (Richtlijn nr. 98/26/EG, geïmplementeerd met de wet van 17 december 1998 tot wijzi-

¹ PbEG L168 van 26 juni 2002, implementatiedatum 27 december 2003.

ging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Faillissementswet met betrekking tot het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en effectenafwikkelsystemen, Stb. 714).

Financiële zekerheidsovereenkomsten zijn overeenkomsten op basis waarvan een zekerheidsnemer «financiële zekerheid» verkrijgt van een zekerheidsgever voor de nakoming van openstaande verplichtingen, door de overdracht of verpanding van bepaalde effecten dan wel op een rekening geboekt geld (creditsaldo).

Met de Richtlijn wordt beoogd te bereiken dat zekerheidsovereenkomsten en zekerheidsstellingen met een minimum aan formaliteiten tot stand kunnen komen, maar wel aantoonbaar zijn (overweging 9, 10, 11). De pandhouder heeft een zogenoemd gebruiksrecht ten aanzien van verpande goederen, onder de voorwaarde dat de zekerheidsovereenkomst een daartoe strekkend beding bevat (artikel 5). Op grond van het gebruiksrecht kunnen verpande goederen worden gebruikt en vervreemd, in overeenstemming met de voorwaarden die in dat verband zijn overeengekomen (artikel 2 lid 1 sub m). Voorts dient de uitwinning van verpande goederen op grond van de Richtlijn snel en eenvoudig te kunnen plaatsvinden wanneer een schuldenaar bij een financiële zekerheidsovereenkomst in verzuim is (artikel 4). Als gevolg van de Richtlijn wordt van de toepassing van de artikelen 3:235, 248 leden 1 en 2, 249, 250, 251 en 252 BW betreffende het pandrecht afgezien wanneer aan het pandrecht een financiële zekerheidsovereenkomst ten grondslag ligt.

De bijzondere regels voor financiële zekerheidsovereenkomsten worden zoveel mogelijk op één plaats in de wet bijeen gebracht, in een nieuwe titel 2 in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Voor zover het gaat om financiële zekerheidsovereenkomsten tot overdracht gaat het feitelijk om combinaties van bekende obligatoire overeenkomsten als koop, ruil en verbruikleen. Het ligt 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 financiële zekerheidsovereenkomsten tot de vestiging van een pandrecht omvat. Ook hier gaat het in beginsel om obligatoire overeenkomsten, die tot vestiging van een pandrecht verplichten. De omstandigheid dat de regeling belangrijke goederenrechtelijke bepalingen bevat is voor plaatsing in Boek 7 overigens ook geen bezwaar, nu daar meer bepalingen van goederenrechtelijke aard voorkomen of zullen voorkomen. Men denke onder meer 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.

Ook de regeling van conflictenrecht in artikel 9 van de Richtlijn wordt thans in Boek 7 opgenomen. Wanneer in de toekomst een Wet conflictenrecht goederenrecht tot stand komt, kan de desbetreffende bepaling worden verplaatst naar die regeling.

Voorts vereist de Richtlijn een wijziging van de Faillissementswet. Een aanpassing van de regeling van de afkoelingsperiode in de artikelen 63a en 241a van de Faillissementswet is noodzakelijk (artikel 4 lid 4 Richtlijn). Ook dient op grond van artikel 8 van de Richtlijn een uitzondering te worden bepaald op de regel dat een vonnis houdende het faillissement of een beschikking houdende de surseance van betaling terug werkt tot het tijdstip 00.00 uur van die dag (artikel 23, 35 en 217 Faillissementswet). Daarnaast geeft de Richtlijn aanleiding tot wijziging van de Wet giraal effectenverkeer, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992), de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (Wtv) en de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf (Wtn).

Verhouding Richtlijn en financiële markten

De Richtlijn vloeit voort uit een mededeling van de Europese Commissie van 11 mei 1999 aan het Europees Parlement en de Raad met de titel: «Tenuitvoerlegging van het kader voor financiële markten: een actieplan.» In overweging 3 van de Richtlijn, die in het kader van het actieplan als prioriteit is aangemerkt, is aangegeven wat met de Richtlijn wordt beoogd: «Er dient een communautaire regeling te worden ingesteld voor het verschaffen van effecten en contanten ten behoeve van zowel de zakelijke zekerheidsstelling als een overdracht van eigendom/ gerechtigdheid, inclusief retrocessieovereenkomsten (repo's). Dit zal de integratie en efficiëntie van de financiële markt, alsook de stabiliteit van het financiële bestel in de Gemeenschap bevorderen en tegelijkertijd de vrijheid van dienstverrichting en het vrije kapitaalverkeer op de interne markt voor financiële diensten ondersteunen.» Het aantal grensoverschrijdende financiële transacties en het volume daarvan is in de loop van de tijd sterk toegenomen. Dat is een gevolg van de ontwikkeling van het gemeenschappelijk monetair beleid binnen de EMU, alsmede de voortgaande internationalisering en integratie van de Europese financiële markten. Ook de grensoverschrijdende financiële transacties waarbij Nederlandse vennootschappen partij zijn, zijn omvangrijk. Het betreft dan zowel Nederlandse financiële instellingen als niet-financiële instellingen. In de praktijk zijn in verband met financiëlezekerheidsovereenkomsten verschillen tussen de relevante nationale wetgeving van de EU-lidstaten, gebrek aan rechtszekerheid en flexibiliteit in regelgeving, het bestaan van uiteenlopende en omslachtige formaliteiten en onduidelijkheid over het toepasselijk recht gebleken. De Richtlijn komt aan deze problemen tegemoet.

Met de Richtlijn wordt een grotere rechtszekerheid en efficiëntie terzake van financiëlezekerheidsovereenkomsten beoogd. Het bereiken van dit doel kan leiden tot een grotere liquiditeit van de financiële markten. Voor financiële instellingen zal een verbeterde positie in verband met financiëlezekerheidsovereenkomsten leiden tot een beperking van het kredietrisico. Financiële instellingen behoeven na het sluiten van een financiëlezekerheidsovereenkomst en het op basis daarvan verkrijgen van zekerheden minder kapitaal aan te houden voor de financiële transacties in verband waarmee een financiëlezekerheidsovereenkomst is gesloten. Dientengevolge maken financiële instellingen in de praktijk onderscheid tussen transacties in verband waarmee geen financiëlezekerheidsovereenkomst 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), bijvoorbeeld door een lagere rente vanwege kredietverlening te berekenen. Financiële instellingen kunnen ook bereid zijn transacties met een groter volume overeen te komen of transacties met een langere looptijd aan te gaan. De liquiditeit van de financiële markten kan toenemen wanneer financiële instellingen, die over adequate financiële zekerheid beschikken, eerder bereid zijn transacties aan te gaan met kleinere bedrijven dan zij thans doen. Deze voornoemde mogelijke gevolgen van de Richtlijn kunnen resulteren in een impuls voor de economische bedrijvigheid in Nederland.

De Richtlijn en de daaruit voortvloeiende regelgeving kan voorts leiden tot een vergroting van de stabiliteit van de financiële markten. Financiële instellingen zullen, indien zij beschikken over adequate financiële zekerheid, eerder geneigd zijn transacties aan te gaan, ook in geval van een toenemende volatiliteit van de financiële markten. Een adequaat juridisch kader leidt daarnaast tot een vermindering van het zogenoemde systeem-

risico, dat wil zeggen het risico dat een keten ontstaat van in problemen verkerende financiële instellingen indien een enkele financiële instelling – zoals een instelling die financiële zekerheid heeft verstrekt – verplichtingen niet kan nakomen. Door de sterk toegenomen aantallen en het volume van transacties tussen financiële instellingen onderling, bijvoorbeeld in de vorm van interbancaire transacties, zijn dergelijke systeemrisico's allerm minst denkbeeldig. De beoogde vergroting van de rechtszekerheid ten aanzien van verkregen financiële zekerheid, is derhalve van groot belang.

Reikwijdte van de Richtlijn

De Richtlijn betreft financiëlezekerheidsovereenkomsten alsmede het verschaffen van zekerheid op basis daarvan in verband met een betrokken financiële verplichting, door de overdracht van bepaalde goederen aan de zekerheidsnemer, dan wel de vestiging van een pandrecht op dergelijke goederen ten behoeve van de zekerheidsnemer (artikel 1 lid 1 j° artikel 2 lid 1, sub a, b en c). De goederen waarop de Richtlijn betrekking heeft, zijn «contanten» en «financiële instrumenten» (artikel 1 lid 4, sub a). Met «contanten» wordt bedoeld op geld dat op een rekening is gecrediteerd of soortgelijke vorderingen tot restitutie van geld, zoals geldmarktdeposito's, ongeacht in welke valuta (artikel 2 lid 1 sub d). De Richtlijn heeft geen betrekking op bankbiljetten of munten. Financiële instrumenten zijn in artikel 2 lid 1 sub e gedefinieerd als aandelen en andere met aandelen gelijk te stellen effecten, obligaties en andere schuldinstrumenten indien deze op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, en alle andere gewoonlijk verhandelde effecten waarmee die aandelen, obligaties of andere effecten via inschrijving, koop of omruiling kunnen worden verkregen of die aanleiding kunnen geven tot afwikkeling in contanten met uitsluiting van waardepapieren die een betalingsopdracht belichamen, inclusief rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging, geldmarkt-instrumenten en vorderingen op of rechten ten aanzien van een van de voornoemde instrumenten.

Artikel 1 lid 4 sub b geeft de lidstaten de mogelijkheid bepaalde aandelen van de werkingssfeer van de Richtlijn uit te sluiten. Het betreft (ingekochte) eigen aandelen van de schuldenaar, aandelen in verbonden ondernemingen, 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 aandelen in ondernemingen van wie het uitsluitende doel is onroerend goed te bezitten.

De uitzondering voor ondernemingen die het uitsluitende doel hebben onroerend goed te bezitten is opgenomen om tegemoet te komen aan een lidstaat waarin het huizenbezit van natuurlijke personen veelal via een dergelijke onderneming is geconstrueerd. Die particulieren worden niet door de Richtlijn geraakt. Deze situatie speelt in Nederland niet. Ook overigens is er geen aanleiding gebruik te maken van de hiervoor bedoelde mogelijke uitzonderingen aangezien het partijen naar Nederlands recht in beginsel vrijstaat naar eigen inzicht te beschikken over hun creditsaldi en effecten.

Onder de reikwijdte van de Richtlijn vallen financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij de zekerheidsnemer en de zekerheidsgever elk tot een in de Richtlijn genoemde categorie (a) tot en met (d) behoren, alsmede financiëlezekerheidsovereenkomsten tussen een van de voornoemde partijen en een rechtspersoon of onderneming die geen band heeft met de financiële markt (artikel 1 lid 2 onder e). De partijen genoemd onder categorie (a) tot en met (d) kunnen samengevat worden omschreven als overheidsinstanties, centrale banken e.a., financiële instellingen onder bedrijfseconomisch toezicht, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie en een verrekeningsinstituut.

De lidstaten mogen de reikwijdte van de regeling beperken tot financiële-

zekerheidsovereenkomsten waarbij uitsluitend de categorieën (a)-(d) (artikel 1 lid 3) partij zijn. Het ligt echter niet voor de hand van deze «opt-out» gebruik te maken. Daarop is niet aangedrongen door de Eerste Kamer ten tijde van de behandeling (en afstemming) van wetsvoorstel 28 874. Het gevolg van een beperking van de reikwijdte in deze zin zou voorts zijn dat financiëlezekerheidsovereenkomsten uitsluitend kunnen worden gesloten tussen banken en vergelijkbare marktpartijen. De overeenkomsten kunnen dan niet worden gesloten met andere ondernemingen. De richtlijn is echter mede bedoeld 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 dergelijke andere ondernemingen. 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. Ook is de toegevoegde waarde van de voorgestelde regeling mede gelegen in de vergroting van de rechtszekerheid ten aanzien van zekerheidsovereenkomsten en zekerheidsstellingen waarbij ondernemingen zijn betrokken, onder meer als gevolg van de regeling van conflictenrecht in artikel 9 van de Richtlijn. In de praktijk zijn ondernemingen vaak partij bij een zekerheidsovereenkomst, zodat de behoefte aan rechtszekerheid groot is. Regelmatig worden giraal overdraagbare effecten verpand of overgedragen op grond van een zekerheidsovereenkomst, zodat een regeling voor rechtsconflicten een belangrijke bijdrage aan de rechtszekerheid kan zijn.

De meeste andere lidstaten hebben gekozen voor een vergelijkbare regeling van de reikwijdte. Slechts een enkele lidstaat heeft gekozen voor een beperking van de reikwijdte tot uitsluitend partijen met een band met de financiële markten. Oostenrijk is daarvan een voorbeeld. In dat land bestaat echter inmiddels verzet tegen de regeling van de zijde van de gewone ondernemingen. Deze voeren aan dat zij behoefte hebben aan de financiëlezekerheidsovereenkomst overeenkomstig de Richtlijn als modern financieringsinstrument. In Duitsland heeft zich de omgekeerde beweging voorgedaan. De Duitse uitvoeringswet ging oorspronkelijk uit van een beperking tot marktpartijen met een band met de financiële markt. Het wetsvoorstel is vervolgens gewijzigd, omdat door de Duitse banken is 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. 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. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat er ook lidstaten zijn die de reikwijdte van de regeling van de richtlijn laten uitstrekken tot overeenkomsten tussen twee gewone ondernemingen, gelijk het verworpen wetsvoorstel 28 874. Dit betreft het Verenigd Koninkrijk, Zweden, Denemarken en België. Naar de toelichting op wetsvoorstel 28 874 wordt verwezen. Het nu voorgestelde artikel 7:52 BW heeft een meer beperkte reikwijdte.

Formaliteiten

Uit overweging 9 en artikel 2 lid 2, eerste zin, van de Richtlijn volgt dat de lidstaten, met het oog op de beperking van de administratieve lasten in verband met de overdracht en verpanding van geld en effecten, uitsluitend mogen voorschrijven dat deze moeten worden «geleverd, overgedragen, gehouden, geregistreerd of anderszins gekwalificeerd teneinde in het bezit of onder de controle te komen van de zekerheidsnemer of een persoon die namens de zekerheidsnemer optreedt». De zekerheids-overeenkomst en de overdracht of verpanding mogen niet afhankelijk worden gesteld van het vervullen van een formaliteit zoals het verlijden van een akte, in een bepaalde vorm of op een bepaalde wijze, de inschrijving bij een officiële of overheidsinstantie of in een openbaar register, de bekendmaking in een dagblad, in een officieel register of publicatieblad, of op enigerlei andere wijze, de kennisgeving aan een overheidsfunctionaris of de bewijslevering in een bepaalde vorm van de datum van het verlijden van een akte of document, van de omvang van de betrokken financiële verplichtingen of van enigerlei andere aangelegenheid (overweging 10). Wel dient de overdracht of verpanding aantoonbaar te zijn (overweging 10). Daarvoor is nodig dat een schuldenaar de tot zekerheid strekkende goederen levert aan de zekerheidsnemer, en dit schriftelijk of door middel van een duurzaam medium kan worden aangetoond (eventueel ook elektronisch vastgelegd), zodat de traceerbaarheid van de goederen wordt gewaarborgd. Voor het doel van de Richtlijn worden handelingen die door een lidstaat zijn voorgeschreven als voorwaarde voor de overdracht of verpanding van niet-giraal overdraagbare effecten, waaronder ook endossement in het geval van een orderpapier of inschrijving in het register van de emittent in het geval van effecten op naam, niet beschouwd als formaliteiten (overweging 10). Wanneer de financiëlezekerheids-overeenkomst een recht op vervanging of restitutie van overwaarde ten gunste van de schuldenaar inhoudt, doet dit geen afbreuk aan de levering van de betreffende goederen aan de zekerheidsnemer (artikel 2 lid 2, tweede zin, Richtlijn).

Overeenkomstig het voorgaande bepaalt de Richtlijn dat de lidstaten geen formaliteiten – in de zin van de Richtlijn – mogen voorschrijven voor de overdracht of verpanding van effecten en creditsaldi (artikel 3 lid 1). De levering van de bedoelde goederen dient op een zodanig wijze plaats te vinden, dat de goederen bepaalbaar zijn (artikel 1 lid 5, alinea 2). Voor zover effecten giraal overdraagbaar zijn, bepaalt artikel 1 lid 5, alinea 2 van de Richtlijn dat de creditering van een effectenrekening volstaat voor de identificatie van overgedragen of verpande effecten. Voor de identificatie van geld volstaat de creditering van een rekening.

Het Nederlandse recht behoeft in verband met de formaliteiten in de zin van de Richtlijn geen aanpassing. Voor zover effecten giraal overdraagbaar zijn, vindt levering plaats door een administratieve handeling, het bijschrijven of afschrijven van de effecten van een effectenrekening (artikel 17 van de Wet giraal effectenverkeer). De verpanding van de bedoelde effecten vindt op overeenkomstige wijze plaats. Voor zover de overdracht of verpanding andere – op de kapitaalmarkt verhandelbare effecten – betreft, gelden uitsluitend leveringsformaliteiten die noodzakelijk zijn voor de aantoonbaarheid van de rechtshandeling (art. 3:93–94 BW). Er gelden geen aanvullende formaliteiten die in het kader van de Richtlijn onacceptabel zijn. Voor zover een creditsaldo wordt geadmistreerd, levert de administratie van de instelling bewijs van het te vorderen bedrag. Ook ten aanzien van de overdracht of verpanding van dergelijke gelden zijn er geen met de Richtlijn onverenigbare formaliteiten.

Op grond van de Richtlijn moet ook het bestaan van een financiëlezekerheids-overeenkomst aantoonbaar zijn. Bewijs van het bestaan van dergelijke overeenkomsten kan schriftelijk maar ook op elke andere juridisch

afdwingbare wijze worden overgelegd, overeenkomstig het recht dat van toepassing is op de financiëlezekerheidsovereenkomst (overweging 11 en artikel 1 lid 5, alinea 3). De lidstaten mogen buiten de aantoonbaarheid geen andere formaliteiten bepalen als voorwaarde voor de totstandkoming van de overeenkomst (artikel 3). Nederland voldoet aan de eis dat het aangaan en bestaan van een zekerheidsovereenkomst onafhankelijk is van enige formaliteit. De overeenkomst behoeft door partijen niet op schrift te worden gesteld (art. 6:217 e.v. BW). Voor een succesvol beroep op de overeenkomst door partijen moet deze echter wel aantoonbaar zijn. Daarvoor kan een geschrift nog steeds goede diensten bewijzen. In de bancaire praktijk wordt vaak een kaderovereenkomst op schrift gesteld, terwijl transacties op basis van die overeenkomst veelal telefonisch plaatsvinden. De transacties zijn dan traceerbaar via de administratie van de betrokken banken. Een en ander sluit aan bij de richtlijn.

Uitoefening pandrecht en gebruiksrecht

Met de Richtlijn wordt beoogd te bewerkstelligen dat de uitwinning van verpande goederen – indien op grond van een financiëlezekerheidsovereenkomst gevestigd – snel en eenvoudig kan plaatsvinden wanneer een schuldenaar in verzuim is (overweging 17). De lidstaten mogen ten aanzien van de uitoefening van het pandrecht een rechterlijke toets introduceren of handhaven, teneinde (achteraf) te kunnen controleren of de uitwinning en waardering van de verpande goederen op commercieel redelijke wijze heeft plaatsgevonden. Op deze wijze kan ook de berekening van de openstaande verplichting worden gecontroleerd. Een rechterlijke toets voorafgaand aan de uitoefening van het pandrecht is echter niet toegestaan.

Artikel 4 van de Richtlijn houdt in dat een zekerheidsnemer ten behoeve waarvan een pandrecht op effecten is gevestigd, deze effecten moet kunnen verkopen en daarna tot verrekening moet kunnen overgaan van de waarde van de effecten met zijn vordering, op het moment dat aan de voorwaarden voor executie krachtens de financiëlezekerheidsovereenkomst of de wet is voldaan (artikel 4 lid 1 sub a). Een creditsaldo waarop een pandrecht is gevestigd, moet in dat geval door de zekerheidsnemer verrekend kunnen worden met zijn vordering (artikel 4 lid 1 sub b). Naast de verkoop van verpande effecten, biedt de Richtlijn de mogelijkheid te bepalen dat de zekerheidsnemer ten behoeve waarvan effecten zijn verpand, deze ook kan toe-eigenen wanneer aan de voorwaarden voor executie is voldaan (artikel 4 lid 1 sub a en lid 2). Toe-eigening is echter uitsluitend toegestaan wanneer deze mogelijkheid door partijen is overeengekomen en daarbij ook overeenstemming is bereikt over de waardering van de effecten. Voorts kunnen in de nationale wetgeving nadere voorwaarden aan de toe-eigening worden gesteld, voor zover die voorwaarden ten doel hebben te bereiken dat de uitwinning of waardering van de verpande effecten en de berekening van de openstaande verplichting op commercieel redelijke wijze geschiedt (artikel 4 lid 6 Richtlijn).

De verkoop van verpande effecten en de verrekening van creditsaldi mogen, onverminderd de voorwaarden van de financiëlezekerheidsovereenkomst, niet afhankelijk zijn van (artikel 4 lid 4 van de Richtlijn):

- a) een voorafgaande mededeling (aan de schuldenaar) dat het voor-nemen bestaat uit te winnen;
- b) de goedkeuring van een rechter, overheidsfunctionaris of andere persoon van de voorwaarden op basis waarvan wordt uitgewonnen;
- c) de voorwaarde dat uitwinning plaatsvindt via een verplichte openbare veiling of op een andere voorgeschreven wijze;
- d) het verstrijken van een aanvullende termijn.

Voorts bepaalt lid 5 van artikel 4 van de Richtlijn dat uitoefening van het pandrecht ook mogelijk moet zijn wanneer het faillissement of de surseance van betaling van de schuldenaar of de zekerheidsnemer wordt

uitgesproken. Er mag geen belemmering zijn voor de verrekening van creditsaldi waarop een pandrecht rust en de openstaande verplichting, overeenkomstig de bepalingen van de financiëlezekerheidsovereenkomst. Artikel 5 van de Richtlijn introduceert de mogelijkheid voor de zekerheidsnemer ten behoeve waarvan een pandrecht op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst wordt gevestigd, om een zogenoemd gebruiksrecht te bedingen. Op het hier bedoelde pandrecht blijven de gewone regels betreffende pandrecht van toepassing, 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. Wanneer de pandhouder gebruik maakt van zijn gebruiksrecht, dient de zekerheidsgever te worden gecompenseerd door de vervanging van de gebruikte goederen door «gelijkwaardige» goederen (artikel 5 lid 2). Het onderhavige voorstel regelt het gebruiksrecht in artikel 7:53 BW.

De Richtlijn en het wetsvoorstel hebben geen betrekking op de wettelijke regeling voor de vestiging van een bezitloos of stil pandrecht (artikel 3:237 en 239 BW). Op grond van artikel 1 lid 5, eerste alinea, is de richtlijn van toepassing zodra relevante activa als zekerheid zijn verschaft op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst en op voorwaarde dat de verschaffing met schriftelijke bewijsstukken kan worden aangetoond. In het systeem van de richtlijn is sprake van het verschaffen van zekerheid wanneer «de als zekerheid verschaft financiële activa daadwerkelijk worden geleverd, overgedragen, gehouden, ingeschreven in een register of anderzijds gekwalificeerd, zodat zij in het bezit of onder de controle komen van de zekerheidsnemer of een persoon die namens de zekerheidsnemer optreedt», aldus artikel 2 lid 2 van de richtlijn. Bedoeld is het geval waarin de zekerheidsnemer zich feitelijk en onmiddellijk kan verhalen op de activa wanneer (het gedrag van) de zekerheidsgever daartoe aanleiding geeft. Uitwinning moet mogelijk zijn zonder dat kennis wordt gegeven aan de zekerheidsgever van het voornemen daartoe (vgl. artikel 4 lid 4 onderdeel a richtlijn).

Overdracht

De lidstaten moeten bewerkstelligen dat financiëlezekerheidsovereenkomsten tot overdracht volledig rechtsgevolg hebben overeenkomstig de bepalingen van die overeenkomst (artikel 6 lid 1 Richtlijn). 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. 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. De lidstaten moeten voorkomen dat de overdracht – waaronder een overdracht aan de oorspronkelijke vervreemder, zoals bij een retrocessieovereenkomst – zou kunnen worden aangemerkt als een andere rechtsfiguur dan partijen hebben beoogd, bijvoorbeeld dat de overdracht wordt

aangemerkt als een verpanding (overweging 13 van de richtlijn). Een beletsel voor de volledige werking van een dergelijke overeenkomst bestaat in Nederland niet. Met name zijn de regels betreffende pand daarop niet (analoog) van toepassing.

De gedachte zou evenwel kunnen rijzen dat artikel 3:84 lid 3 BW hier problemen oproept. Die bepaling houdt in dat een rechtshandeling die (a) ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die (b) de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel van overdracht van dat goed is. Geen van beide onderdelen van de bepaling is een beletsel voor een overdracht als bedoeld in de Richtlijn.

Wat de bepaling onder (a) betreft, geldt het volgende. Bij de term «zekerheid» in artikel 3:84 lid 3 is gedacht aan zekerheid in de vorm van een beperkt recht als een pandrecht. De bepaling is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen om te bereiken dat de praktijk van de voor 1992 gebruikelijke zekerheidseigendom, dat in feite als een bezitloos pandrecht fungeerde, niet zou kunnen worden voortgezet, maar dat ter vervanging daarvan voortaan het bezitloos pandrecht van de artikelen 3:237 en 239 zou worden gebezigd. De term «zekerheid» heeft hier dus een beperkte, strikt juridische betekenis van de zekerheid die wordt verschaft door de beperkte rechten tot zekerheid, die worden geregeld in titel 9 van Boek 3 en die alleen strekken tot verhaal bij voorrang op het onderpand. De bepaling onder (a) staat dus niet in de weg aan een overdracht waardoor het goed volledig in het vermogen van de verkrijger valt. Een dergelijke overdracht strekt er immers niet toe aan de verkrijger slechts een – niet op de wet steunend – beperkt zekerheidsrecht te verschaffen. Verwezen moge worden naar HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, rechtsoverweging 3.4.3, waar wordt overwogen, kort samengevat, dat een overeenkomst die verplicht tot een «werkelijke overdracht», niet strekt tot zekerheid in deze beperkte betekenis, ook al houdt zij «verband met enigerlei vorm van van kredietverschaffing aan de overdrager».

Niettemin kan hier gemakkelijk een misverstand ontstaan. Ook de richtlijn bezigt immers de term «zekerheid» door van «financiële zekerheidsovereenkomsten» te spreken. De term «zekerheid» wordt hier echter in een andere betekenis dan in het Nederlandse BW gebruikt, namelijk in de zin van het economisch effect – financiële zekerheid in algemene zin – waarop de in de richtlijn bedoelde overeenkomsten gericht zijn. Die zekerheid kan onder meer juist door een overeenkomst die verplicht tot een volledige overdracht, verkregen worden. Een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht levert dan ook, gelet op het voorgaande, naar Nederlands recht zonder meer een geldige titel voor die overdracht op, omdat het de bedoeling is dat de overgedragen goederen volledig in het vermogen van de verkrijger vallen en dat deze niet alleen maar een – niet op de wet gegrond – beperkt zekerheidsrecht verkrijgt. Dat neemt evenwel de kans op misverstand door het gebruik van de term «zekerheid» niet weg. Het is daarom nodig geacht in de eerste zin van artikel 7:55 BW uitdrukkelijk te bepalen dat een overdracht tot nakoming van een financiële zekerheidsovereenkomst die tot overdracht verplicht, geen overdracht tot zekerheid in de zin van artikel 84 lid 3 van Boek 3 is.

Wat het bepaalde onder (b) betreft, kan het volgende worden opgemerkt. Duidelijk is dat deze regel geen beletsel kan zijn voor een overdracht tot nakoming van een financiële zekerheidsovereenkomst als bedoeld in artikel 6 lid 1 Richtlijn. De bedoeling van zowel het bepaalde onder (b) als van artikel 6 lid 1 Richtlijn is immers dat het goed na de overdracht volledig in het vermogen van de verkrijger valt. Niettemin is er de voorkeur aan gegeven om in de eerste zin van artikel 7:55 niet alleen de overdracht tot zekerheid te vermelden, maar ook de overdracht die er niet toe strekt het goed volledig in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Dat is gebeurd omdat de oppervlakkige lezer, wanneer hij alleen de overdracht tot zekerheid vermeld ziet en vervolgens artikel 3:84 lid 3 raad-

pleegt, wellicht niet zou begrijpen waarom het bepaalde onder (b) hier niet vermeld wordt.

Aandacht verdient dat het belang van artikel 7:55 uitgaat boven dat van de enkele materie van de financiëlezekerheidsovereenkomst. In de literatuur is over artikel 3:84 lid 3 een discussie ontstaan, waarin herhaaldelijk de vrees naar voren komt dat het daar bepaalde ruimer moet worden uitgelegd dan blijktens het voorgaande bedoeld is en dat die bepaling dan in de weg zou kunnen staan aan transacties waarvan het beletten geen redelijk doel dient. Artikel 7:55 stelt buiten twijfel dat een dergelijke uitleg niet juist is, hier niet en ook niet in andere gevallen. Met het oog op de rechtszekerheid is het wenselijk dit duidelijk te doen uitkomen. Die wenselijkheid is dan ook bij het vooroverleg ter voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel van de zijde van banken naar voren gebracht.

Aantekening verdient daarbij nog dat artikel 2a Wet toezicht effectenverkeer door artikel 7:55 BW kan worden vervangen, nu deze laatste bepaling alle door dit artikel 2a omvatte gevallen bestrijkt. Bovendien brengt deze vervanging een belangrijke verduidelijking. De slotzinsnede van artikel 2a («tenzij de effecten na de levering in handen van verkoper blijven») suggereert immers een uitleg van artikel 3:84 lid 3 die noch in dat lid, noch in artikel 2a bedoeld is. Een overdracht (retrocessie daaronder begrepen) die de effecten volledig in het vermogen van de verkrijger doet vallen, is, anders deze slotzinsnede schijnt te zeggen, ook geldig, wanneer deze effecten na die overdracht in handen blijven van de vervreemder, die ze dan voor de verkrijger gaat houden. Artikel 2a heeft dan ook tot nieuwe misverstanden geleid. In het onderhavige wetsvoorstel wordt daarom tevens schrapping van artikel 2a Wet toezicht effectenverkeer voorgesteld.

Voor alle duidelijkheid is verder aan artikel 7:55 een tweede zin toegevoegd, die uitdrukkelijk zegt dat bij een overdracht als hier bedoeld de regels betreffende pand volledig zijn uitgeschakeld, ook voor wat betreft analogische toepassing. Artikel 6 lid 1 Richtlijn keert zich, zoals gezegd, mede tegen een dergelijke toepassing. Herinnerd dient hier te worden aan het feit dat de rechtspraak betreffende de voor 1992 gebruikelijke zekerheidseigendom daarop inderdaad de regels betreffende pand analogisch toepaste. Nu niet geheel kan worden uitgesloten dat in de toekomst nog eens naar de figuur van een dergelijke analogische toepassing wordt gegrepen, is het wenselijk geacht ook op dit punt ieder misverstand uit te sluiten.

Artikel 6 lid 2 Richtlijn betreft de vraag of een beding volgens hetwelk verrekening mogelijk is met een vordering ter zake van de levering van gelijkwaardige goederen als bedoeld in artikel 5 Richtlijn, nog kan worden ingeroepen als tijdens het bestaan van deze leveringsverplichting, een gebeurtenis plaats vindt die recht op executie geeft. Naar Nederlands recht is dit geen probleem. De bevoegdheid tot verrekening wordt niet beïnvloed door het feit dat ter zake van een van de voor verrekening vatbare vorderingen tevens een bevoegdheid tot executie bestaat.

Verrekenbeding

Artikel 7 van de Richtlijn houdt in dat de vervroegde verrekening van verplichtingen in verband met een financiëlezekerheidsovereenkomst steeds mogelijk moet zijn indien die overeenkomst daartoe een clause bevat en aan de voorwaarden voor verrekening wordt voldaan. Aan de mogelijkheid van verrekening mag geen afbreuk worden gedaan door de enkele omstandigheid dat het faillissement of de surseance van betaling is uitgesproken van de zekerheidsgever of de zekerheidsnemer (artikel 7 lid 1 sub a). De Richtlijn doet echter geen afbreuk aan regels van nationaal recht op grond waarvan verrekening slechts mogelijk is indien over en weer vorderingen bestaan, dan wel dat een verplichting moet zijn aangegaan voordat de zekerheidsnemer op de hoogte was of had moeten zijn

van de aanvang van een procedure die kan leiden tot een faillissement of surseance van betaling (overweging 15, vgl. de artikelen 53 en 54 Fw.). Het Nederlandse recht behoeft op dit punt geen aanpassing.

Artikel 7 lid 1 sub b bepaalt dat de mogelijkheid van verrekening voorts niet mag worden belemmerd door een overdracht, beslaglegging of vervreemding. Een vergelijkbare regeling is reeds bepaald in artikel 6:130 BW. Verrekening wordt niet belet door de overdracht of de verpanding van dan wel beslaglegging op een van de te verrekenen vorderingen, wanneer deze over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding. Een wetswijziging is op dit punt niet nodig.

De lidstaten mogen de mogelijkheid van verrekening op basis van een verrekenbeding niet afhankelijk maken van een voorafgaande mededeling, de goedkeuring van een rechter, overheidsfunctionaris of andere persoon, een afwijkende wijze van verrekening of het verstrijken van een bepaalde termijn. Wel is toegestaan dat partijen bij de financiële zekerheidsovereenkomst dergelijke voorwaarden overeenkomen (artikel 7 lid 2 Richtlijn). De Nederlandse regels zijn niet in strijd met deze bepaling van de Richtlijn, zodat aanpassing niet nodig is.

Faillissement

Ter ondersteuning van het gemeenschappelijke monetaire beleid worden financiële zekerheidsovereenkomsten gevrijwaard van de toepassing van enkele regels van nationaal faillissementsrecht (overweging 12). Artikel 8 lid 1 sub a van de Richtlijn heeft tot doel te bewerkstelligen dat een financiële zekerheidsovereenkomst alsmede de overdracht of de vestiging van een pandrecht op basis daarvan, niet nietig of vernietigbaar zijn om de enkele reden dat de rechtshandeling is verricht op de dag waarop een faillissement of surseance van betaling is aangevraagd of uitgesproken, maar voordat het vonnis is uitgesproken (artikel 8 lid 1 sub a). Dit wordt neergelegd in de artikelen 63e lid 1 en 241e lid 1 van de Faillissementswet. Voorts bepaalt artikel 8 lid 1 sub b Richtlijn dat een financiële zekerheidsovereenkomst of een overdracht of verpanding op basis daarvan, niet nietig of vernietigbaar mag zijn om de enkele reden dat de rechtshandeling heeft plaatsgevonden in een bepaalde periode voorafgaand aan het faillissement of de surseance van betaling. Bedoeld zijn nationale regels op grond waarvan de aantastbaarheid van een rechtshandeling – ten gevolg van het intreden van het faillissement of de surseance van betaling binnen een bepaalde termijn – een automatisme is. De Richtlijn raakt echter niet de bepalingen van het nationale faillissementsrecht op grond waarvan misbruik kan worden bestreden, ook niet wanneer daarvoor een termijn is bepaald. Nationale bepalingen blijven 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. De Nederlandse faillissementspauliana (art. 42 Faillissementswet), op grond waarvan rechtshandelingen onder omstandigheden vernietigd kunnen worden omdat de schuldenaar en/of zijn wederpartij wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling de benadeling van de schuldeisers tot gevolg kan hebben, kan ongewijzigd blijven. Ook kan verrekening slechts plaatsvinden binnen de grenzen van artikel 53 en 54 Faillissementswet. Uit de Richtlijn vloeit voorts voort dat het aangaan van een financiëleze-

kerheidsovereenkomst en de overdracht of verpanding op basis daarvan, alsmede het ontstaan van een vordering die door een financiële zekerheidsovereenkomst is gewaarborgd, op de dag van, maar na het tijdstip van, de faillietverklaring, rechtsgeldig zijn indien de 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 (artikel 8 lid 2). In dit verband is een wijziging van de Faillissementswet vereist. Gewezen wordt op de artikelsgewijze toelichting op artikel 63e lid 2 en artikel 241e lid 2 Faillissementswet.

Lid 3 van artikel 8 houdt verband met de mogelijkheid dat de financiële zekerheidsovereenkomst ertoe verplicht aanvullende goederen beschikbaar te stellen in verband met een wijziging van de waarde van de reeds overgedragen of verpande goederen, dan wel een wijziging in de hoogte van de openstaande schuld (sub a). Ook wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat de overeenkomst inhoudt dat de overgedragen of verpande goederen terug gevorderd kunnen worden door de schuldenaar, mits hij daarvoor vervangende goederen in de plaats stelt (sub b). Voor beide mogelijkheden schrijft de Richtlijn voor dat het verschaffen van goederen, met inbegrip van goederen die de waarde van reeds verschaft goederen moeten aanvullen of vervangen, niet aantastbaar mag zijn op de enkele grond dat de verschaffing plaatsvindt op de dag – maar voorafgaand aan het moment – waarop het faillissement of de surseance van betaling is uitgesproken. Dit rechtsgevolg wordt bereikt met het bepaalde in artikel 63e lid 1 en artikel 241e lid 1 Faillissementswet.

Voorts mag er op grond van artikel 8 lid 3 Richtlijn geen aantastbaarheid volgen om de enkele reden dat de verschaffing van goederen in een bepaalde termijn voorafgaand aan die uitspraak heeft plaatsgevonden (sub i). Evenmin mag aantastbaarheid het gevolg zijn van de omstandigheid dat de verplichting waarvoor zekerheid wordt gesteld, is aangegaan voorafgaand aan de datum waarop het zekerheidsrecht is gevestigd (sub ii). Aan de beide laatstgenoemde voorwaarden voldoet het Nederlandse recht reeds.

Conflictenrecht

In artikel 9 van de Richtlijn is een regeling van internationaal privaatrecht in verband met giraal overdraagbare effecten opgenomen. Het betreft de effecten die door een administratieve handeling – vergelijk artikel 17 van de Wet giraal effectenverkeer – overgedragen en verpand kunnen worden (artikel 2 lid 1 sub g Richtlijn). Het uitgangspunt van de regeling in de Richtlijn is hetzelfde als dat van het Haags verdrag van 13 december 2002 inzake het recht dat van toepassing is op bepaalde rechten ten aanzien van effecten die via een tussenpersoon worden gehouden.

De regeling in artikel 9 van de Richtlijn geeft aanleiding tot het invoegen van een wettelijke regel van Nederlands internationaal privaatrecht. In afwachting van de totstandkoming van een Wet conflictenrecht goederenrecht is voorlopig gekozen voor een plaats van de wettelijke regeling in artikel 7:56 BW. In de toekomst zal het bepaalde in dat artikel in de Wet conflictenrecht goederenrecht kunnen worden ondergebracht en kan de regeling in Boek 7 BW vervallen. De verbintenisrechtelijke aspecten van de financiële zekerheidsovereenkomst worden beheerst door het EEG-Verbintenissenverdrag van 1980. In afwijking daarvan worden rechten en verplichtingen uit een financiële zekerheidsovereenkomst jegens een systeem in de zin van artikel 212a Faillissementswet beheerst door artikel 212 e Faillissementswet in geval van een insolventieprocedure.

Artikel I Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Artikel 51

Bij de uitvoering van de Richtlijn is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de definities en de terminologie die in de Richtlijn zijn gebruikt. In artikel 51 is, voor de toepassing van de bepalingen van de titel over financiëlezekerheidsovereenkomsten, een definitie opgenomen van:

- de soort overeenkomst waarop titel 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek betrekking heeft (financiëlezekerheidsovereenkomsten houdende de verplichting tot overdracht, alsmede financiëlezekerheidsovereenkomsten houdende de verplichting tot de vestiging van een pandrecht);
- de soort goederen die op basis van de bedoelde zekerheidsovereenkomst overgedragen of verpand kunnen worden (creditsaldi alsmede effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn) en de goederen die ter vervanging van overgedragen of verpande goederen kunnen worden aangeboden;
- de begrippen executiegrond en verrekenbeding.

Een financiëlezekerheidsovereenkomst kan de vorm van een kaderovereenkomst hebben, op basis waarvan een reeks van transacties plaatsvindt. In dat geval zal de overeenkomst meer omvatten dan de verplichting tot de overdracht of verpanding van goederen in verband met een bepaalde transactie (vgl. artikel 2 lid 1 sub a Richtlijn). Ook kan de verplichting tot overdracht of verpanding voortvloeien uit de algemene voorwaarden bij de overeenkomst.

De definitie van de goederen die in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst kunnen worden overgedragen of verpand is vrijwel woordelijk overgenomen uit de Richtlijn (artikel 2 lid 1 sub d en e).

Verwezen wordt naar de paragraaf over de reikwijdte van de Richtlijn in het algemene deel van deze memorie van toelichting. De definitie van geld in artikel 7:51 onderdeel d BW is: een op een rekening of deposito gecrediteerd tegoed in geld. De definitie sluit inhoudelijk aan bij de definitie in de richtlijn van het begrip «contanten»: op een rekening in ongeacht welke valuta gecrediteerde gelden of soortgelijke vorderingen tot restitutie van geld, zoals geldmarktdeposito's (artikel 2 lid 1 onderdeel d richtlijn). Het begrip «contanten» is in het wetsvoorstel niet gebruikt omdat dit verwarring in de hand kan werken; het gaat immers niet om contanten maar om een creditsaldo.

De definitie van het begrip «effecten» in artikel 7:51 onderdeel e BW sluit aan bij de definitie in de richtlijn (artikel 2 lid 1 onderdeel e). De richtlijn is bedoeld voor effecten, zoals aandelen en daarmee vergelijkbare instrumenten, die snel en eenvoudig (eventueel grensoverschrijdend) op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn en derhalve in de bancaire wereld als een aantrekkelijk vorm van zekerheid worden beschouwd. Dat betekent dat in de loop van de tijd eventueel nieuwe producten kunnen ontstaan die als effecten in de zin van de richtlijn kunnen worden aangemerkt. Effecten waarvan een snelle verhandeling wordt belemmerd, bijvoorbeeld omdat een blokkeringsregeling moet worden nageleefd (artikelen 2:87 en 195 BW) zijn in het algemeen niet verhandelbaar op de kapitaalmarkt. Ook effecten waarvan de overdracht aan relatief zware formaliteiten is gebonden, zoals levering bij notariële akte, zullen niet aantrekkelijk zijn voor verhandeling op de kapitaalmarkt. Voor de uitleg van het begrip kapitaalmarkt moet worden aangesloten bij hetgeen in het algemene spraakgebruik – in met name de wereld voor de financiële dienstverlening – daaronder wordt verstaan. De kapitaalmarkt omvat in elk geval een effectenbeurs zoals gedefinieerd in artikel 1, onderdeel e, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995.

Ten aanzien van de begrippen «executiegrond» en «verrekenbeding» in artikel 7:51 BW kan het volgende worden opgemerkt. Met een executiegrond wordt bedoeld op een omstandigheid die op grond van de wet of een bepaling in de financiëlezekerheidsvereenkomst rechtvaardigt dat een pandhouder overgaat tot verkoop of toe-eigening van verpande goederen alsmede verrekening van de opbrengst of de waarde, dan wel overgaat tot verrekening van vorderingen. Voor het geval een debiteur niet voldoet aan verplichtingen jegens de crediteur uit hoofde van de financiëlezekerheidsvereenkomst, bijvoorbeeld door overschrijding van een betalingstermijn, wordt in artikel 7:51 onderdeel g BW het begrip «verzuim» gebruikt. Wanneer sprake is van verzuim, is geregeld in artikel 6:81 BW. Er is dan een executiegrond op grond van de wet. Voorts kan een executiegrond bestaan wanneer de financiëlezekerheidsvereenkomst aangeeft dat ook andere omstandigheden dan verzuim aanleiding geven tot de mogelijkheid van executie. Bijvoorbeeld kan de overeenkomst inhouden dat een executiegrond ontstaat wanneer de debiteur failliet wordt verklaard, overlijdt of onder curatele wordt gesteld.

Wanneer aan de voorwaarden van een executiegrond wordt voldaan, kan beroep worden gedaan op een verrekenbeding, mits een dergelijk beding is opgenomen in de financiëlezekerheidsvereenkomst of een overeenkomst waarvan een financiëlezekerheidsvereenkomst deel uitmaakt, dan wel het gevolg is van een wettelijk voorschrift. Op grond van een verrekenbeding kunnen de verplichtingen van de schuldenaar en de pandhouder met elkaar worden verrekend. Na de verrekening resteert er slechts een saldo, dat verschuldigd is door de partij met de grootste verplichting. Wanneer op een verrekenbeding beroep kan worden gedaan, worden de verplichtingen van partijen onmiddellijk opeisbaar. Voor zover nodig worden de verplichtingen omgezet in een verplichting tot het betalen van een bedrag dat hun geschatte actuele waarde vertegenwoordigt. Ook kan het verrekenbeding inhouden dat verplichtingen vervallen en worden vervangen door een verplichting tot het betalen van het bedrag van de actuele waarde. In de praktijk wordt een verrekenbeding zoals hiervoor omschreven ook wel aangeduid als een clause tot saldering bij voortijdige beëindiging.

Het wetsvoorstel sluit aan bij de terminologie van de richtlijn. Zo worden de termen overdracht en verrekening gebruikt in de richtlijn en derhalve ook in het wetsvoorstel. De bedoeling van de implementatiewet is om de richtlijn zijn volle werking te geven. Dit brengt mee, dat de ingevoegde bepalingen steeds conform de richtlijn dienen te worden uitgelegd. Dat is bijvoorbeeld van belang waar gebruikte termen – als onderdeel van de titel van financiëlezekerheidsvereenkomsten – een enigszins afwijkende betekenis hebben ten opzichte van gelijke termen in een ander deel van het Burgerlijk Wetboek. Zo brengt het stelsel van de richtlijn mee dat in geval van een financiëlezekerheidsvereenkomst 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, terwijl 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. In dat geval zijn de artikelen 3:83 e.v. BW onverkort van toepassing.

Voor verpanding van een creditsaldo geldt dat moet worden voldaan aan regels van artikel 3:236 lid 2 in verbinding met artikel 3:94 lid 1 BW, dat wil zeggen dat verpanding plaatsvindt door middel van «een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan» aan de schuldenaar door de pandgever of pandhouder. 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. Heeft de financiële zekerheidsovereenkomst betrekking op giraal overdraagbare effecten, dan is op de overdracht en verpanding daarvan de regeling van de artikelen 16 e.v. van de Wet giraal effectenverkeer van toepassing alsmede de artikelen 3:83 e.v. BW voor zover daarvan niet is afgeweken in de Wet giraal effectenverkeer. Gaat het om op een kapitaalmarkt verhandelbare effecten aan order of toonder, dan zijn de bepalingen van de artikelen 3:83 e.v. BW onverkort van toepassing.

Artikel 52

De Richtlijn noemt voor wat betreft de mogelijke partijen bij een financiële zekerheidsovereenkomst in de eerste plaats overheidsinstanties (artikel 1 lid 2 sub a). Daarbij wordt aangegeven dat instellingen die behoren tot de overheidssector van de lidstaten en die belast zijn met of een rol spelen bij het beheer van de overheidsschuld, geacht worden een overheidsinstantie te zijn (artikel 1 lid 2 sub a en sub i). Hetzelfde geldt voor instellingen die behoren tot de overheidssector van de lidstaten en die gemachtigd zijn om rekeningen voor klanten aan te houden (artikel 1 lid 2 sub a en sub ii). Voorts zijn genoemd de centrale banken van de lidstaten, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale Betalingen, een multilaterale ontwikkelingsbank, het Internationaal Monetair Fonds en de Europese Investeringsbank (artikel 1 lid 2 sub b). In artikel 1 lid 2 sub c van de Richtlijn is een niet-limitatieve opsomming gegeven van financiële instellingen onder bedrijfseconomisch toezicht die ook partij kunnen zijn. Tot dergelijke financiële instellingen in de zin van de Richtlijn behoren in elk geval: een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1 lid 1, onderdeel a, van de Wet toezicht kredietwezen 1992, een financiële instelling als bedoeld in artikel 1 lid 1, onderdeel c, van de Wet toezicht kredietwezen 1992, een effectenininstelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, een verzekeraar als bedoeld in artikel 1, onderdeel h, van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, een beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 1, onderdeel c, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen en een beheerder als bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Wet toezicht beleggingsinstellingen. Het bedoelde toezicht wordt in de financiële toezichtswetgeving thans veelal aangeduid als «financieel» toezicht. Het wetsvoorstel doet dat daarom ook. Daarnaast kan een centrale tegenpartij, een afwikkellende instantie en een verrekeningsinstituut in de zin van de Finaliteitsrichtlijn partij zijn (artikel 1 lid 2 sub d van de Richtlijn). In dat verband kan worden verwezen naar de onderdelen c, d en e van artikel 212a van de Faillissementswet, die in het kader van de uitvoering van de Finaliteitsrichtlijn zijn geïntroduceerd en waarin deze begrippen zijn uitgewerkt. De Richtlijn heeft als uitgangspunt dat de hiervoor bedoelde instellingen een financiële zekerheidsovereenkomst onderling kunnen aangaan.

Daarnaast is de Richtlijn van toepassing op dergelijke overeenkomsten tussen een van de voornoemde partijen en een rechtspersoon of onderneming zonder rechtspersoonlijkheid die niet tot een van die partijen kan worden gerekend. Voor de toepassing van de Richtlijn is de omvang van een onderneming niet relevant. Alle ondernemingen kunnen behoefte

hebben aan zekerheidsovereenkomsten, bijvoorbeeld om valutarisico's af te dekken. Ook personenvennootschappen en eenmanszaken kunnen derhalve van de richtlijnbevestigingen profiteren. Men heeft een ongelijke concurrentiepositie tussen de grote en minder grote ondernemingen willen voorkomen.

Natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf vallen buiten de reikwijdte van de Richtlijn. Dit is neergelegd in artikel 52 lid 2. Voor de bewoording daarvan is aangesloten bij de artikelen 15a, 86 en 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.

Artikel 53

Een pandhouder moet op grond van artikel 5 Richtlijn een gebruiksrecht kunnen bedingen in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst. Het gebruiksrecht is het recht om de verpande goederen te gebruiken en te vervreemden, in overeenstemming met de voorwaarden die daartoe zijn overeengekomen (artikel 2 lid 1 sub m Richtlijn). De pandhouder zal in de praktijk effecten ten aanzien waarvan een gebruiksrecht is bedongen, gebruiken om andere financiële verplichtingen af te dekken. Hij kan eventuele koerswinsten vanwege de verkoop van effecten behouden. Wanneer de pandhouder gebruik maakt van zijn gebruiksrecht, dient de schuldenaar te worden gecompenseerd door de vervanging van de gebruikte goederen door «gelijkwaardige» goederen (artikel 5 lid 2). De pandhouder handelt niet op basis van een executierecht (zie daarvoor artikel 7:54 BW). Een en ander is bepaald in artikel 7:53 lid 1 en 2 BW.

Voor het geval het gebruiksrecht wordt uitgeoefend ten aanzien van een creditsaldo, geeft artikel 2 lid 1 sub i van de Richtlijn aan dat hetzelfde bedrag in dezelfde valuta door de pandhouder (terug)betaald dient te worden. In het geval dat het gebruiksrecht wordt uitgeoefend ten aanzien van effecten is de hoofdregel, dat effecten van dezelfde emittent of debiteur, behorende tot dezelfde emissie of categorie, ter waarde van hetzelfde nominale bedrag, luidende in dezelfde valuta en van hetzelfde type moeten worden overgedragen. De financiële zekerheidsovereenkomst mag echter inhouden dat andere goederen moeten worden overgedragen, vanwege een gebeurtenis die betrekking heeft op of gevolgen heeft voor de effecten die door de schuldenaar zijn verpand. Indien een dergelijke afspraak is gemaakt, worden de andere effecten geacht gelijksoortig te zijn. De definitie van het begrip gelijkwaardige goederen is opgenomen in artikel 7:51 onderdeel f BW.

Ten aanzien van de gelijkwaardige goederen die ter vervanging van de oorspronkelijke goederen aan de schuldenaar worden overgedragen bepaalt artikel 5 lid 3 van de richtlijn: «De ... overgedragen gelijkwaardige activa zijn onderworpen aan dezelfde financiële zekerheidsovereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht als waaraan de oorspronkelijke als zekerheid verschaft financiële activa waren onderworpen, en worden behandeld als zijnde op hetzelfde tijdstip verschaft uit hoofde van de financiële zekerheidsovereenkomst die leidt tot een zakelijk zekerheidsrecht als de oorspronkelijke als zekerheid verschaft financiële activa.» De substitutie vindt plaats door en op het tijdstip van de overdracht van de vervangende goederen. Het pandrecht strekt zich van rechtswege uit over de goederen die in de plaats worden gesteld van de (oorspronkelijk) verpande goederen. Zij worden geacht te zijn verpand op hetzelfde tijdstip als de goederen die de zekerheidsgever oorspronkelijk als zekerheid ter beschikking heeft gesteld (artikel 7:53 lid 4 BW en 5 lid 3 richtlijn). Hierdoor wordt bewerkstelligd dat het pandrecht geacht wordt van meet af aan ononderbroken te zijn gevestigd op de vervangende goederen. De overdracht van gelijkwaardige goederen door de pandhouder aan de schuldenaar dient uiterlijk plaats te vinden op het tijdstip waarop de schul-

denaar aan zijn verplichtingen – waarvoor het pandrecht is gesteld – moet voldoen. Op dat tijdstip ontvalt door de voldoening van de schuld de grondslag aan het pandrecht. De schuldenaar dient weer vrij over de goederen – eventueel vervangen door gelijkwaardige goederen – te kunnen beschikken. De financiëlezekerheidsovereenkomst mag echter ook inhouden dat de pandhouder – op het uiterste tijdstip van betaling of zoveel eerder als zich een executiegrond voordoet – de waarde van de gelijkwaardige goederen verrekenet met de openstaande verplichtingen van de schuldenaar, zodat dan geen overdracht van gelijkwaardige goederen aan de schuldenaar plaatsvindt (artikel 5 lid 2 Richtlijn). 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 geseceerd. Dit is geregeld in artikel 7:53 lid 3 BW.

Artikel 54

De Richtlijn heeft als uitgangspunt dat de zekerheidsnemer ten behoeve waarvan een pandrecht is gevestigd op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst, snel en eenvoudig tot uitwinning moet kunnen overgaan wanneer de schuldenaar in verzuim is of voldaan wordt aan een executiegrond op basis van de overeenkomst of de wet. Verpande effecten kunnen worden verkocht en een pandrecht op een creditsaldo kan leiden tot verrekening (artikel 4 lid 1 sub a en b Richtlijn). In dat laatste geval gaat de verplichting om het creditsaldo terug te geven aan de pandgever teniet tot het bedrag van de geseceerde vordering. Een en ander moet ook mogelijk zijn in geval van faillissement of surseance van betaling (artikel 4 lid 5 Richtlijn). Aan deze voorwaarden van de Richtlijn voldoet het Nederlandse recht reeds voor zover het gaat om de verrekening van verplichtingen. Verwezen kan worden naar de artikelen 6:127 BW en 53 Faillissementswet, welke artikelen van toepassing zijn voor zover dit verenigbaar is met de richtlijn en de aard van het pandrecht.

De regeling van de uitwinning van verpande goederen op grond van artikel 4 lid 4 Richtlijn vereist dat een aantal bepalingen terzake het pandrecht in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing wordt verklaard. De afwijkingen in verband met financiëlezekerheidsovereenkomsten zijn opgesomd in artikel 7:54 lid 4 BW. Het betreft de artikelen 235, 248 lid 1 en 2, 249, 250, 251 en 252. Executie van een pandrecht dient op grond van de Richtlijn (artikel 2 lid 1 sub l) te kunnen resulteren in verkoop van de goederen, toe-eigening of verrekening, afhankelijk van de aard van de verpande goederen. Artikel 3:248 lid 1 en 2 BW gaat uitsluitend uit van verkoop van het verpande goed alsmede verhaal op de opbrengst. De uitwinning mag voorts niet afhankelijk zijn een voorafgaande mededeling aan de schuldenaar dat het voornemen bestaat uit te winnen (artikel 4 lid 4 sub a Richtlijn), hetgeen afwijkt van artikel 3:249 BW. Voor de uitwinning mag niet worden bepaald dat de verkoop plaats moet vinden via een openbare veiling of op een andere voorgeschreven manier, onverminderd verplichtingen die moeten waarborgen dat de uitwinning of waardering van de verpande goederen of de berekening van de openstaande vordering plaatsvindt op een commercieel redelijke wijze (artikel 4 lid 4 sub c en artikel 4 lid 6 Richtlijn). De artikelen 3:250–252 BW die de wijze van executie in verband met een pandrecht bepalen en de kennisgeving die daarvan moet worden gedaan, worden op grond van het voorgaande buiten toepassing verklaard.

Het wetsvoorstel voorziet niet in een bijzondere wijze van verkoop van de effecten waarop de Richtlijn betrekking heeft. Wel is bepaald dat de verkoop dient plaats te vinden op een daarvoor geschikte markt of ter beurze (artikel 7:54 lid 2 BW). Dat is noodzakelijk om zeker te stellen dat de marktwaarde van de verpande effecten op een commercieel redelijke wijze wordt gerealiseerd. Met name wordt het risico vermeden dat

effecten met een overwaarde voor een niet marktconforme – te lage – prijs worden gewaardeerd en verkocht door de pandhouder via een onderhandse verkoop. De schuldenaar zou daardoor ernstig benadeeld kunnen worden. Voor de formulering van het bepaalde in artikel 7:54 lid 2 BW is aansluiting gezocht bij het bepaalde in artikel 3:250 lid 2 BW. De verkoop moet plaatsvinden op een markt – dat wil zeggen een niet officieel erkende en gereguleerde beurs – door tussenkomst van een tussenpersoon in het vak, dan wel ter beurze door tussenkomst van een bevoegde tussenpersoon overeenkomstig de regels en gebruiken die daar voor een gewone verkoop gelden. Dat betekent dat voor verhandeling via de beurs gebruik moet worden gemaakt van bijvoorbeeld een bank of commissienair, en bij verhandeling op een markt gebruik moet worden gemaakt van een tussenpersoon in het vak. Beide voorschriften geven aan dat van een zekere organisatie van de markt of beurs sprake moet zijn en dat het een ieder niet vrij staat om zelf effecten op de betreffende markt te verhandelen. Gebruikmaking van een tussenpersoon moet bijdragen aan het realiseren van een marktprijs voor de effecten, in het belang van de schuldenaar en zijn overige schuldeisers. Een markt kan bijvoorbeeld worden georganiseerd via schermenhandel dan wel op andere wijze, mits aan het voorgaande wordt voldaan. Hetgeen in de praktijk als kapitaalmarkt wordt omschreven zal in het algemeen aan de bedoelde voorwaarden voldoen. Wanneer de zekerheidsnemer zelf bevoegd is als tussenpersoon op de markt of beurs op te treden, behoeft hij daartoe geen derde – als tussenpersoon – in te schakelen.

Naast de verkoop van verpande effecten, biedt de Richtlijn de mogelijkheid te bepalen dat de pandhouder de effecten ook kan toe-eigenen wanneer aan de voorwaarden voor uitwinning is voldaan (artikel 4 lid 1 sub a en lid 2). Toe-eigening is dan een alternatief voor verkoop. Toe-eigening is uitsluitend toegestaan wanneer deze mogelijkheid door partijen is overeengekomen en daarbij ook overeenstemming is bereikt over de waardering van de effecten. Voorts kunnen in de nationale wetgeving nadere voorwaarden aan de toe-eigening worden gesteld, voor zover die voorwaarden ten doel hebben te bereiken dat de uitwinning of waardering van de verpande effecten en de berekening van de openstaande verplichting op commercieel redelijke wijze geschiedt (artikel 4 lid 6 Richtlijn).

De meerderheid van de andere lidstaten kent de mogelijkheid van toe-eigening. Teneinde niet af te wijken van de meerderheid van die lidstaten en om toe-eigening mogelijk te maken, dient artikel 3:235 BW buiten toepassing te worden verklaard voor het pandrecht op grond van een financiële zekerheidsovereenkomst (vgl. artikel 7:54 lid 4 BW). Voorts moet worden voorkomen dat eenvoudig discussie kan ontstaan over de vraag wat de waarde van de toegeëigende effecten is. Het is in het belang van de schuldenaar dat de waarde van de verpande goederen marktconform wordt bepaald en dit feit voorts controleerbaar is. Dit kan het beste worden gegarandeerd door aan te sluiten bij de markt- of beurswaarde van de betreffende effecten (artikel 7:54 lid 3 BW). Toe-eigening kan derhalve plaatsvinden wanneer een recht daarop is bedongen en de waardering van de effecten plaatsvindt overeenkomstig artikel 7:54 lid 3 BW. Partijen kunnen hierover geen afwijkende afspraken maken, met uitzondering van het beding 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.

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 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 gecureerde 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. Een vergelijkbare regeling als bepaald in artikel 54, voor het geval een financiëlezekerheidsovereenkomst leidt tot de overdracht van effecten, is niet nodig. Ten behoeve van de overdracht dienen partijen overeenstemming te bereiken over de waarde van de effecten. Er is geen sprake van een eenzijdige uitwinning die via wetgeving moet worden gereguleerd.

Artikel 55

Artikel 55 strekt ertoe onzekerheid over de rechtsgeldigheid van een overdracht op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst weg te nemen. Juridische adviseurs blijken in zogenoemde «legal opinions» terughoudend te zijn wanneer hen verzocht wordt te garanderen dat artikel 3:84 lid 3 BW een overdracht erkent indien daaraan het beding is gekoppeld dat het overgedragen goed moet worden (terug) overgedragen wanneer op een later moment aan een bepaalde voorwaarde wordt voldaan. Een dergelijke overdracht is reeds volgens het huidige recht rechtsgeldig, mits het overgedragen goed geheel valt in het vermogen van de verkrijger. Teneinde twijfel uit te sluiten in verband met overdrachten op grond van een financiëlezekerheidsovereenkomst, wordt in artikel 7:55 BW bepaald dat een overdracht op basis van een dergelijke overeenkomst geen overdracht is in de zin van artikel 3:84 lid 3 BW. Ook wordt aangegeven dat de regels betreffende het pandrecht niet van toepassing zijn. Voor een meer uitgebreide toelichting kan worden verwezen naar de paragraaf betreffende overdracht in het algemene deel van deze memorie van toelichting.

Artikel 56

Artikel 7:56 lid 1 BW houdt een conflictenregel ten aanzien van giraal overdraagbare effecten in. Het recht van het land van de bij het girale effectenverkeer betrokken tussenpersoon – dat wil zeggen van 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. Artikel 9 lid 1 Richtlijn omschrijft het toepasselijke recht als «het recht van het land waar de betrokken rekening wordt aangehouden». Dit wordt wel omschreven als de Prima-regel (place of the relevant intermediary). Daarbij wordt in het midden gelaten welke instellingen, die bij het giraal effectenverkeer betrokken zijn, betrokken tussenpersoon zijn. De materie van artikel 9, met inbegrip van de vraag wat onder een «betrokken tussenpersoon» moet worden verstaan, wordt eveneens behandeld in het Haags verdrag van 13 december 2002 inzake het recht dat van toepassing is op bepaalde rechten ten aanzien van effecten die via een tussenpersoon worden gehouden. Indien de EG en de lidstaten van de Europese Unie in de toekomst partij bij dit verdrag worden, kan dit meebrengen dat artikel 9 van de huidige richtlijn wordt aangepast. In de huidige situatie dienen de lidstaten de richtlijn zoals deze thans luidt in zijn geheel te implementeren. Overeenkomstig artikel 9 Richtlijn, bepaalt artikel 7:56 BW vooralsnog niet welke instellingen betrokken tussenpersoon zijn. In dit verband kan worden gewezen op een advies dat in november 1998 door de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht is uitgebracht in verband met een tot stand te brengen Wet conflictenrecht goederen. In paragraaf 24.6 van het genoemde rapport noemde de Staatscommissie de volgende instellingen: kredietinstellingen, Negicef en andere soortgelijke instellingen, alsmede instellingen zoals Euroclear en Cedel. Het advies van

de Staatscommissie kan worden geraadpleegd op de website van het Ministerie van Justitie.

De relevante rekening betreft op grond van het voorgaande in ieder geval niet het aandelhoudersregister van de vennootschap, waarin een overdracht of verpanding van giraal overdraagbare aandelen onder omstandigheden geadmistreerd zou kunnen worden.

De laatste zin van het eerste lid van artikel 7:56 BW bepaalt dat de verwijzing naar het recht van de staat waar de rekening wordt gehouden niet tevens een verwijzing naar het internationaal privaatrecht van die staat inhoudt. Deze zin komt inhoudelijk overeen met de desbetreffende zin in artikel 9 lid 1 Richtlijn. Wanneer een conflictenregel verwijst naar buitenlands recht, betreft dit slechts een verwijzing naar het buitenlandse interne recht en derhalve niet een verwijzing naar het buitenlandse recht met inbegrip van conflictenregels van dat recht. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. 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 via het internationaal privaatrecht het recht van (wederom) een ander land van toepassing kan worden. De uitsluiting van de mogelijkheid van herverwijzing betreft een regel van dwingend recht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.

Artikel 9 lid 2 Richtlijn bepaalt de rechtsgevolgen ten aanzien waarvan de Prima-regel moet worden toegepast. In verband met de implementatie van dat artikellid is zoveel mogelijk aangesloten bij de terminologie van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in het rapport over internationaal goederenrecht voor zover dat betreft het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken (paragraaf 4.1–4.7) en verdringen op naam (paragraaf 18.10).

De Prima-regel is allereerst van toepassing op de goederenrechtelijke kwalificatie («juridische aard en gevolgen») van rechten ten aanzien van giraal overdraagbare effecten (artikel 9 lid 2 sub a Richtlijn). Op basis van het Nederlandse recht kan de overdracht of verpanding van deze effecten vanwege een financiëlezekerheidsvereenkomst plaatsvinden. In een andere staat kan de vestiging van een «zakelijk zekerheidsrecht» wellicht anders worden gekwalificeerd dan pandrecht. De conflictenregel maakt duidelijk welk recht doorslaggevend is voor het bepalen van het rechtsgevolg. In aansluiting op de paragrafen 4.1–4.7 en 18.10 van het rapport van de Staatscommissie is in artikel 7:56 lid 2 sub a bepaald, dat de Prima-regel regelt welke rechten op de effecten kunnen rusten en welke de aard en inhoud van deze rechten zijn.

Sub b van artikel 9 lid 2 Richtlijn betreft de vereisten voor derdenwerking van de rechten die op basis van een financiëlezekerheidsvereenkomst kunnen worden gevestigd op giraal overdraagbare effecten. In aansluiting op de eerdergenoemde paragrafen 4.1–4.7 en 18.10 is in onderdeel b van artikel 7:56 lid 2 BW bepaald dat de Prima-regel aangeeft welke vereisten aan de overdracht of vestiging van de onder a. bedoelde rechten worden gesteld. Wanneer op grond van de Prima-regel het Nederlandse recht van toepassing is, gelden derhalve de Nederlandse vereisten voor overdracht of verpanding van giraal overdraagbare effecten. De derdenwerking wordt voorts mede bepaald door de vraag wie gerechtigd is tot de uitoefening van de in de effecten besloten rechten. Dit is bepaald in artikel 7:56 lid 2 sub c BW, wederom in aansluiting op de eerdergenoemde paragraaf 18.10 in het rapport van de Staatscommissie.

Artikel 9 lid 2 sub c Richtlijn betreft de vraag op welke wijze rechten op giraal overdraagbare effecten kunnen tenietgaan of ondergeschikt worden gemaakt aan een ander recht, dan wel een verkrijging te goeder trouw kan plaatsvinden. In het voornoemde rapport van de Staatscommissie wordt gerefereerd aan de wijze waarop rechten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is (paragrafen 4.1–4.7 en 18.10). Dit is overgenomen in artikel 7:56 lid 2 sub d.

Artikel 9 lid 2 sub d bepaalt dat de Prima-regel ook doorslaggevend is voor de vraag welke stappen nodig zijn voor de executie van giraal overdraagbare effecten wanneer wordt voldaan aan een executiegrond in de zin van de Richtlijn. Dit is bepaald in artikel 7:56 lid 2 sub e BW.

Voor de volledigheid kan nog worden opgemerkt dat ook artikel 212f Faillissementswet een conflictenregel inhoudt in verband met effecten. De betreffende regel vloeit voort uit de Finaliteitsrichtlijn. De regel in artikel 7:56 BW is meer omvattend. Anderzijds kan artikel 212f Faillissementsrecht op een zekerheidsstelling van toepassing zijn wanneer artikel 7:56 BW dat niet is, te weten in het geval dat een zekerheidsrecht niet op basis van een financiëlezekerheidsvereenkomst is verkregen. Beide conflictenregels hebben een beperkt toepassingsbereik. Zij kunnen zonder problemen naast elkaar bestaan.

Artikel II Faillissementswet

Artikel 14/216

Zoals in het algemene deel is aangegeven, moet op grond van de Richtlijn in verband met financiëlezekerheidsvereenkomsten een uitzondering worden gemaakt op de regel dat een vonnis houdende het faillissement terug werkt tot het tijdstip 00.00 uur van die dag (artikel 23 en 35 Faillissementswet). Deze uitzondering wordt bepaald in artikel 63e Faillissementswet. Voor het moment waarop de gefailleerde niet langer bevoegd is een financiëlezekerheidsvereenkomst aan te gaan of een overdracht of vestiging van een pandrecht op grond daarvan te laten plaatsvinden, is het tijdstip van het vonnis doorslaggevend. Teneinde het exacte moment van een faillietverklaring te bepalen, is noodzakelijk dat het tijdstip van de uitspraak tot op de minuut nauwkeurig wordt vermeldt op het vonnis. Dit wordt toegevoegd aan artikel 14 lid 1 Faillissementswet. De plaatsing in artikel 14 van de verplichting om het tijdstip van de uitspraak te vermelden, heeft tot gevolg dat alle vonnissen houdende faillissement duidelijkheid moeten geven over het bedoelde tijdstip. Dat is echter noodzakelijk aangezien de rechtbank in de regel niet bij voorbaat kan bepalen of de gefailleerde een financiëlezekerheidsvereenkomst heeft gesloten, of een verpanding of overdracht op basis daarvan heeft plaatsgevonden. Teneinde zeker te stellen dat over het tijdstip van het vonnis op een later moment geen onduidelijkheid kan ontstaan, zullen alle desbetreffende vonnissen het tijdstip moeten vermelden. Overwogen is of een uitzondering kan worden gemaakt voor vonnissen die het faillissement inhouden van een natuurlijke persoon die niet werkzaam is in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het is echter niet uit te sluiten dat de gefailleerde op het tijdstip van het vonnis niet langer een onderneming voert, maar in de daaraan voorafgaande periode nog wel en in die periode een financiëlezekerheidsvereenkomst heeft gesloten, die nog op de dag van het vonnis de titel is voor een verpanding van geld of effecten. Ook voor dat geval is de regeling van artikel 63e Faillissementsrecht doorslaggevend voor de vraag of de rechtshandeling nog rechtsgeldig kon plaatsvinden. Voor de beantwoording van die vraag dient het tijdstip van het vonnis bekend te zijn.

Voor het geval een beschikking de surseance van betaling inhoudt geldt een vergelijkbare regeling. Deze wordt opgenomen in artikel 216 Faillissementswet.

De zogenoemde afkoelingsperiode van artikel 63a (voor het geval van een faillissement) en artikel 241a (voor het geval van een surseance) in de Faillissementswet zijn niet verenigbaar met artikel 4 lid 4 sub d van de Richtlijn in samenhang met artikel 4 lid 5. De Richtlijn schrijft voor dat de uitoefening van een pandrecht niet mag worden belemmerd door een in acht te nemen termijn, ook niet in het geval van een faillissement of een surseance van betaling. De onmiddellijke uitwinning van verpande goederen moet steeds mogelijk zijn. De regeling van artikel 63a/241a Faillissementswet houdt daarentegen in dat de rechter-commissaris op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bij schriftelijke beschikking kan bepalen dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, voor een periode van ten hoogste een maand uitsluitend met machtiging van de rechter-commissaris kan worden uitgeoefend. De rechter-commissaris kan deze periode eenmaal voor ten hoogste een maand verlengen.

Op grond van de Richtlijn moet een uitzondering worden bepaald op de mogelijkheid een afkoelingsperiode te bepalen voor verpande goederen in de zin van de Richtlijn. Aanpassing van de regeling van de afkoelingsperiode is naar mijn mening niet bezwaarlijk. De regeling heeft tot doel de curator in de gelegenheid te stellen de onderneming van de gefailleerde in zijn geheel over te dragen. Daarbij heeft de wetgever het oog gehad op het bijeenhouden van met name de bedrijfsmiddelen van de gefailleerde en de sursiet zoals voorraden en machines. Indien deze ten gevolge van de uitoefening van een pandrecht zouden worden onttrokken aan de onderneming, zou de verkoop van de gehele onderneming vrijwel onmogelijk worden. De goederen waarop de Richtlijn betrekking heeft (creditsaldi en effecten die op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn) zijn naar hun aard niet gelijk te stellen met de bedrijfsmiddelen die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming van de gefailleerde. De mogelijkheid van een curator om de gehele onderneming over te dragen wordt daardoor niet aangetast.

Artikel 63e/241e

Een gefailleerde verliest van rechtswege de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen op het tijdstip 00.00-uur van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken (artikel 23 Fw.). Op grond van artikel 217 Faillissementswet wordt een surseance van betaling geacht te zijn ingegaan bij de aanvang van de dag (00.00-uur) waarop zij is verleend. Op grond van artikel 8 lid 1 sub a en artikel 8 lid 2 van de Richtlijn dient Nederland een uitzondering te maken op deze 00.00-uur regeling.

De gevolgen van een faillissement of een surseance van betaling ten aanzien van het aangaan van een financiële zekerheidsovereenkomst en ten aanzien van de overdracht of verpanding van op een creditsaldo en effecten in de zin van de Richtlijn, moeten intreden op het tijdstip van het vonnis van de rechter (artikel 8 lid 1 sub a). Een vergelijkbare uitzondering bestaat reeds op grond van artikel 212b lid 1 van de Faillissementswet voor overboekingsopdrachten in verband met het faillissement van een kredietinstelling, financiële instelling of een andere instelling genoemd in artikel 212a sub a van de Faillissementswet. Voor het geval van een surseance van betaling geldt ook een dergelijke regeling (artikel 281h j° 212b lid 1 Faillissementswet). Ook is een vergelijkbare bepaling opgenomen in artikel 71, lid 9, Wtk 1992, met betrekking tot de Noodregeling ten aanzien van een kredietinstelling. Deze uitzonderingen zijn bepaald in het kader van de uitvoering van de eerdergenoemde Finaliteitsrichtlijn. In het onderhavige wetsvoorstel is in artikel 63e lid 1/241e lid 1

Faillissementswet waar mogelijk aangesloten bij de regeling in artikel 212b lid 1 Faillissementswet.

Artikel 63e lid 1 Faillissementswet bepaalt dat artikel 23 en 35 Faillissementswet niet van toepassing zijn. Op grond van artikel 23 Faillissementswet verliest de gefailleerde zoals hiervoor aangegeven van rechtswege en met terugwerkende kracht tot 00.00 uur van de dag waarop het faillissement is uitgesproken de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen. Ook is afwijking van artikel 35 Faillissementswet noodzakelijk, omdat dat artikel bepaalt dat een levering – ten behoeve van een overdracht of verpanding – niet meer geldig kan geschieden, indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen hebben plaatsgevonden die voor de levering door de schuldenaar nodig zijn. Voor het geval van surseance van betaling is een vergelijkbare regeling getroffen in artikel 241e lid 1 Faillissementswet.

Een verdere uitzondering op de 00.00-uur regeling bepaalt artikel 8 lid 2 Richtlijn, dat inhoudt dat het aangaan van een financiële zekerheidsvereenkomst, alsmede een verpanding of overdracht op grond daarvan en het ontstaan van een verplichting die door een dergelijke overeenkomst wordt gewaarborgd, afdwingbaar zijn jegens derden wanneer de totstandkoming van de overeenkomst, zekerheidsstelling of de 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. De voorgestelde regeling heeft tot gevolg dat het aangaan van een financiële zekerheidsvereenkomst op de dag van de uitspraak van een faillissement of surseance van betaling alsmede een overdracht of verpanding van geld of effecten of een opdracht tot verrekening op grond van een financiële zekerheidsvereenkomst op de dag van de uitspraak van een faillissement of surseance van betaling, niet bij voorbaat zijn terug te draaien door de curator. Hetzelfde geldt voor rechtshandelingen die verband houden met een vordering die op de dag van de uitspraak van een faillissement of surseance is ontstaan en die door een financiële zekerheidsvereenkomst is gewaarborgd. Verrekening van een vordering met een nieuw ontstane verplichting is derhalve mogelijk. Ook is het mogelijk om vanwege een nieuwe verplichting over te gaan tot overdracht of verpanding uit hoofde van een financiële zekerheidsvereenkomst. De curator zal moeten bezien of de rechtshandeling voorafgaand of na de uitspraak van de rechter heeft plaatsgevonden. Heeft de rechtshandeling na het tijdstip van de uitspraak plaatsgevonden, dan is relevant of de begunstigde instelling te goeder trouw was. Wanneer op de dag van de uitspraak en te goeder trouw is gehandeld, is de rechtshandeling niet vanwege het faillissement of de surseance van betaling aantastbaar. De bewijslast ten aanzien van de goede trouw rust aldus op de wederpartij, hetgeen een ruimhartig gebruik van de regeling zal belemmeren. In de praktijk zal het veelal de bank van de debiteur zijn, die zich op artikel 63e 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. In verband met deze bepaling is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij het bepaalde in artikel 212b lid 2 Faillissementswet.

Teneinde het beoogde resultaat te bereiken, is noodzakelijk een aantal bepalingen van de Faillissementswet buiten toepassing te verklaren. Het betreft allereerst de artikelen 23, 24, 35, 53 lid 1 en 54 lid 2 Faillissementswet. Op de artikelen 23 en 35 is hiervoor reeds ingegaan. Een uitzondering op artikel 24 Faillissementswet is noodzakelijk omdat op grond daarvan de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar, die na de faillietverklaring ontstaan, tenzij de boedel daarvoor is gebaat. Op grond van artikel 23 Faillissementswet betreft het verbintenissen die na 00.00 uur van de dag van de faillietverklaring zijn ontstaan. De Richtlijn houdt in dat verrekening met of zekerheidsstelling

vanwege een verplichting die na het tijdstip van het vonnis ontstaat, mogelijk moet zijn. Artikel 24 Faillissementswet mag dan dus niet van toepassing zijn. Voorts bepaalt artikel 53 lid 1 Faillissementswet dat verrekening uitsluitend mogelijk is indien beide vorderingen zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de failliet zijn verricht. Op grond van artikel 8 lid 2 van de Richtlijn dienen echter ook verplichtingen die op de dag van de faillietverklaring, maar na het tijdstip van het vonnis, ontstaan «juridisch afdwingbaar en bindend ten aanzien van derden» te zijn, onder de voorwaarde dat de wederpartij te goeder trouw is. De verrekening van een dergelijke nieuwe verplichting is nog mogelijk en rechtsgeldig. Artikel 53 lid 1 Faillissementswet moet dus buiten toepassing blijven. Artikel 54 lid 2 Faillissementswet bepaalt dat na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden niet kunnen worden verrekend. Op grond van artikel 8 lid 2 van de Richtlijn kan de rechtsgeldigheid van de overdracht van creditsaldi echter niet worden uitgesloten, mits de wederpartij te goeder trouw is. Ook op dit punt is derhalve een uitzondering noodzakelijk. Voorts wordt een uitzondering gemaakt op artikel 3:72 aanhef en sub a van het Burgerlijk Wetboek. Op grond van dat artikel eindigt een volmacht door het faillissement van een volmachtgever. Wanneer bijvoorbeeld een verpanding van goederen op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst door een «gevolmachtigde» van de failliet plaatsvindt – derhalve na het tijdstip van het vonnis – zou de zekerheidsstelling ongedaan kunnen worden gemaakt. Er is in dat geval gehandeld op basis van een door het faillissement vervallen volmacht. Een dergelijk rechtsgevolg is in strijd met de Richtlijn, zodat een uitzondering op de regeling in boek 3 van het Burgerlijk Wetboek noodzakelijk is. Een en ander is bepaald in artikel 63e lid 2 Faillissementswet. Voor zover van toepassing is voor het geval van een surseance van betaling een vergelijkbare regeling getroffen in artikel 241e lid 2 Faillissementswet.

Artikel 8 lid 3 sub a, b aanhef en i Richtlijn bepalen dat het overdragen of verpanden van goederen uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst, als aanvullende zekerheid vanwege een verandering van de waarde van reeds verschaft goederen of de schuld jegens de wederpartij, dan wel ter vervanging van reeds verschaft goederen (waarbij de oorspronkelijke goederen aan de schuldenaar gerestitueerd moeten worden), niet nietig of vernietigbaar mogen zijn om de enkele reden dat de transactie plaatsvindt op de dag van een faillietverklaring of surseance van betaling, maar voordat het vonnis is uitgesproken. Ook mogen dergelijke transacties niet aantastbaar zijn om de enkele reden dat zij hebben plaatsgevonden in een bepaalde periode voorafgaand aan het vonnis. Voor de verschaffing van aanvullende en vervangende zekerheid kan beroep worden gedaan op artikel 63e lid 1/241e lid 1 Fw. Die bepaling is op elke overdracht en verpanding, mits op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst, van toepassing. Voor de bedoelde transacties geldt reeds dat zij niet aantastbaar zijn om de enkele reden dat zij plaatsvinden in een bepaalde periode voorafgaand aan het vonnis, zodat op dat punt geen aanpassing nodig is.

In verband met de implementatie van de Finaliteitsrichtlijn is bepaald dat de griffier van de rechtbank De Nederlandse Bank terstond in kennis stelt van een faillietverklaring of surseance van betaling van een instelling (artikel 212c lid 1 onderscheidenlijk 281h Faillissementswet). Het doel van deze regeling is – onder meer – te voorkomen dat andere instellingen nog te goeder trouw overboekingsopdrachten kunnen geven, nadat een faillissement is uitgesproken of surseance van betaling is verleend. De Nederlandse Bank stelt vervolgens de in artikel 212d Faillissementswet aangegeven instellingen in kennis van het vonnis (artikel 212c lid 2 Faillissementswet). In de memorie van toelichting is in dit verband opgemerkt dat van de instellingen mag worden verwacht dat zij na kennisgeving van de uitspraak geen opdrachten meer in behandeling nemen

zonder dat daarvoor het fiat van de bewindvoerder of de curator is verkregen. De instelling waaraan mededeling is gedaan kan zich niet langer beroepen op onwetendheid van het faillissement of de surseance. In verband met de onderhavige Richtlijn is de kennisgeving op grond van artikel 212c en 241c Faillissement ook van belang. De kennisgeving van De Nederlandse 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 de goede trouw zoals bedoeld in artikel 63e lid 2 Faillissementswet 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 Nederlandse 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. 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.

Artikel 212b

In verband met de implementatie van de Finaliteitsrichtlijn is in artikel 212b lid 4 (inmiddels vernummerd tot lid 5) bepaald dat het tijdstip van faillietverklaring door de rechtbank op het vonnis wordt vermeld. De aantekening van dit tijdstip wordt op grond van het onderhavige wetsvoorstel verplicht bij elke faillietverklaring. In dat verband kan worden verwezen naar de toelichting op de artikelen 14 en 216 Faillissementswet. De desbetreffende overeenkomstige regeling in artikel 212b Faillissementswet kan daardoor vervallen.

Artikel 309a

Teneinde te voorkomen dat een afwijkende regeling terzake de afkoelingsperiode zou ontstaan in verband met de saneringsregeling, is artikel 309a ingevoegd. Dat artikel is inhoudelijk gelijk aan de artikelen 63b/241b Faillissementswet.

Artikel III Wet giraal effectenverkeer

Artikel 22

Het eerste lid van artikel 22 van de Wet giraal effectenverkeer bepaalt tot welke handelingen een pandhouder bevoegd is, wanneer het pandrecht is gevestigd op giraal overdraagbare effecten en de schuldenaar in verzuim is. Het artikel dient ook de toe-eigening van effecten overeenkomstig artikel 7:54 BW toe te laten. Teneinde hierover geen onduidelijkheid te laten bestaan, wordt in de aanhef van het eerste lid van artikel 22 aangegeven dat de bedoelde bepaling onverlet wordt gelaten.

Artikel IV Wet toezicht effectenverkeer 1995

Artikel 2a

Artikel 7:55 BW verduidelijkt dat een overdracht van effecten op basis van een financiële zekerheidsovereenkomst niet wordt geraakt door het bepaalde in artikel 3:84 lid 3 BW. Verwezen kan worden naar de algemene toelichting in de paragraaf over «Overdracht», alsmede de artikelsgewijze toelichting op dat punt. De algemeen geformuleerde regeling in artikel 7:55 BW maakt het bepaalde in artikel 2a Wet toezicht effectenverkeer 1995, met een vergelijkbare strekking maar beperkt tot de voornoemde wet, overbodig. Het wetsvoorstel houdt de schrapping van artikel 2a in.

Artikel V Wet toezicht kredietwezen 1992, Artikel VI Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en Artikel VII Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf

Aan een verzekeraar en een kredietinstelling die onder de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wtv dan wel de Wtn vallen kan geen surseance van betaling worden verleend. Ten aanzien van hen kan wel een zogenoemde noodregeling worden toegepast, hetgeen is geregeld in de genoemde financiële toezichtswetten. De noodregeling is een insolventieprocedure waarmee, bij een verzekeraar, hetzij een overdracht van het geheel of een gedeelte van de portefeuille van de verzekeraar, hetzij de gehele of gedeeltelijke vereffening van de portefeuille wordt beoogd, of, bij een kredietinstelling, de overdracht van verbintenissen van de kredietinstelling die zij in de uitoefening van haar bedrijf als kredietinstelling tot het ter beschikking krijgen van gelden heeft aangegaan of van een gedeelte daarvan, hetzij de gehele of gedeeltelijke liquidatie van het bedrijf van de kredietinstelling. De Richtlijn geeft aanleiding om enkele bepalingen van de noodregelingen in de genoemde financiële toezichtswetten aan te passen. Deze aanpassingen hebben dezelfde strekking als de wijzigingen die met het onderhavige wetsvoorstel worden aangebracht in de Faillissementswet. Met name de 00.00-uur regeling wordt buiten toepassing verklaard. In dit verband kan worden gewezen op de gelijke strekking van enerzijds de voorgestelde artikelen 71, lid 9, Wtk 1992 en 66, lid 13, Wtn en anderzijds het voorgestelde art. 63e, lid 1, Faillissementswet en art. 212b, lid 3, Faillissementswet (dat strekt tot implementatie van de Finaliteitsrichtlijn). Tevens wordt gewezen op de parallel tussen enerzijds de voorgestelde artikelen 71, lid 10, Wtk 1992 en 66, lid 14, Wtn en anderzijds art. 212b, lid 1, Faillissementswet.

Artikel VIII Inwerkingtreding

Wanneer dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven, treedt deze in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen datum. Het wetsvoorstel behoeft geen overgangsregeling omdat pas na de inwerkingtreding van de wet financiële zekerheidsovereenkomsten in de zin van de wet tot stand kunnen komen.

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

De Minister van Financiën,
G. Zalm

Transponeringstabel EU-Richtlijn «financiële zekerheidsovereenkomsten»

Richtlijn nr. 2002/47/EG d.d. 6 juni 2002	Wet
Artikel	Artikel
Artikel 1	
1, lid 1	behoeft geen implementatie
1, lid 2	artikel 7:52 BW
1, lid 3	beleidskeuze, zie paragraaf reikwijdte richtlijn
1, lid 4, sub a	artikel 7:51 onderdeel d en e
1, lid 4, sub b	behoeft geen implementatie
1, lid 5	behoeft geen implementatie
Artikel 2	
2, lid 1, sub a	artikel 7:51 onderdeel a BW
2, lid 1, sub b	artikel 7:51 onderdeel b BW
2, lid 1, sub c	artikel 7:51 onderdeel c BW
2, lid 1, sub d	artikel 7:51 onderdeel d BW
2, lid 1, sub e	artikel 7:51 onderdeel e BW
2, lid 1, sub f	behoeft geen implementatie
2, lid 1, sub g	behoeft geen implementatie
2, lid 1, sub h	behoeft geen implementatie
2, lid 1, sub i	artikel 7:51 onderdeel f BW
2, lid 1, sub j	behoeft geen implementatie
2, lid 1, sub k	behoeft geen implementatie
2, lid 1, sub l	artikel 7:51 onderdeel g BW
2, lid 1, sub m	artikel 7:53 BW
2, lid 1, sub n	artikel 7:51 onderdeel h BW
2, lid 2	behoeft geen implementatie
2, lid 3	behoeft geen implementatie
Artikel 3	
3, lid 1	behoeft geen implementatie
3, lid 2	behoeft geen implementatie
Artikel 4	
4, lid 1	artikel 7:54 lid 1 BW en artikel 22 Wge
4, lid 2	artikel 7:54 lid 3 BW en artikel 22 Wge
4, lid 3	behoeft geen implementatie
4, lid 4	artikel 7:54 lid 4 BW
4, lid 5	artikel 63d en 241d Fw.
4, lid 6	artikel 7:54 lid 2 BW
Artikel 5	
5, lid 1	artikel 7:53 lid 1 BW
5, lid 2	artikel 7:53 lid 2 en 3 BW
5, lid 3	artikel 7:53 lid 4 BW
5, lid 4	artikel 7:53 lid 4 BW
5, lid 5	artikel 7:53 lid 3 BW
Artikel 6	
6, lid 1	artikel 3:84 lid 3 en artikel 7:55 BW
6, lid 2	behoeft geen implementatie
Artikel 7	
7, lid 1, sub a	artikel 53 Fw.
7, lid 1, sub b	artikel 6:130 lid 2 BW
7, lid 2	behoeft geen implementatie
Artikel 8	
8, lid 1, sub a	artikel 14, 63e, 218 en 241e Fw., artikel 71 en 74 Wtk, artikel 156 en 163 Wtv, artikel 66 en 72 Wtn.
8, lid 1, sub b	behoeft geen implementatie
8, lid 2	artikel 14, 63e, 218 en 241e Fw. artikel 71 en 74 Wtk, artikel 156 en 163 Wtv, artikel 66 en 72 Wtn.
8, lid 3	artikel 14, 63e, 218 en 241e Fw. artikel 71 en 74 Wtk, artikel 156 en 163 Wtv, artikel 66 en 72 Wtn.
8, lid 4	behoeft geen implementatie

Artikel 9	
9, lid 1	artikel 7:56 lid 1 BW
9, lid 2	artikel 7:56 lid 2 BW
Artikel 10	behoeft geen implementatie
Artikel 11	behoeft geen implementatie
Artikel 12	behoeft geen implementatie
Artikel 13	behoeft geen implementatie

«behoeft geen implementatie»: het betreft hier bepalingen die verwijzen naar de richtlijn zelf, of die een opdracht aan de Raad of de lidstaten bevatten die niet hoeft te worden verwerkt in de nationale wetgeving, dan wel bepalingen die een optie inhouden.