

Vergaderjaar 2005–2006

**30 138**

## **Voorstel van wet tot Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten**

**Nr. 6**

### **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld 6 oktober 2005

Binnen de vaste commissie voor Justitie<sup>1</sup> hebben enkele leden de behoefte om naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag inzake het voorstel van wet tot Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (30 138) enkele vragen en opmerkingen voor te leggen. Bij brief van 4 oktober 2005 heeft de minister deze beantwoord. Vragen en antwoorden zijn hierna afgedrukt.

De voorzitter van de commissie,  
De Pater-van der Meer

Adjunct-griffier van de commissie,  
Beuker

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Van de Camp (CDA), De Vries (PvdA), Van Heemst (PvdA), Vos (GL), Rouvoet (CU), Adelmund (PvdA), De Wit (SP), Albayrak (PvdA), Luchtenveld (VVD), Wilders (Groep Wilders), Weekers (VVD), De Pater-van der Meer (CDA), voorzitter, Çörüz (CDA), Verbeet (PvdA), ondervoorzitter, Wolfsen (PvdA), De Vries (CDA), Van Haersma Buma (CDA), Eerdmans (LPF), Van Vroonhoven-Kok (CDA), Varela (LPF), Van Fessem (CDA), Straub (PvdA), Nawijn (Groep Nawijn), Van der Laan (D66), Visser (VVD), Azough (GL), Van Egerschot (VVD) en Vacature (SP).

Plv. leden: Jonker (CDA), Dijsselbloem (PvdA), Timmer (PvdA), Halsema (GL), Van der Staaij (SGP), Kalsbeek (PvdA), Van Velzen (SP), Tjon-A-Ten (PvdA), Van Baalen (VVD), Blok (VVD), Hirsi Ali (VVD), Aasted Madsen-van Stiphout (CDA), Jager (CDA), Van Heteren (PvdA), Arib (PvdA), Buijs (CDA), Sterk (CDA), Kraneveldt (LPF), Joldersma (CDA), Van As (LPF), Ormel (CDA), Van Dijken (PvdA), Lambrechts (D66), Van Schijndel (VVD), Karimi (GL), Örgü (VVD) en Vergeer (SP).

## **I Vragen en opmerkingen vanuit de fracties**

De leden van de CDA-fractie hebben naar aanleiding van de nota naar aanleiding van het verslag geen nadere vragen maar maken graag van de gelegenheid gebruik het volgende vraagstuk aan de regering voor te leggen.

Deze leden hebben met belangstelling kennisgenomen van het artikel «De financiëlezekerheidsovereenkomst, een tussenbalans» (L.P.W. van Vliet) in het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR 2005/5). In dit artikel wordt gesteld dat ten onrechte in het wetsvoorstel niet de verrekening van een overschot bij zekerheidsoverdracht is geregeld. De leden van de CDA-fractie constateren dat in het voorgestelde artikel 54 dit wel is geregeld voor het pandrecht op effecten. Deelt de regering met de leden van de CDA-fractie de overtuiging dat het ontbreken van een dergelijke verplichting onredelijk kan zijn voor de zekerheidsgever en dat bij een ongerechtvaardigd voordeel voor de zekerheidsnemer er verrekening zou moeten plaatsvinden? Deze leden erkennen dat het de voorkeur verdient een eventuele verrekeningsverplichting op te nemen in de overeenkomst. Maar wanneer een van de contractspartijen geen financiële instelling is, verdient deze dan geen wettelijke bescherming?

Hoe beoordeelt de regering het ontbreken van een verrekeningsplicht in het licht van overweging 16 van de richtlijn?

De leden van de CDA-fractie delen met de regering de noodzaak om expliciet in artikel 55 op te nemen dat de zekerheidsoverdracht niet leidt tot enig zekerheidsrecht in de zin van Boek 3 BW of een fiduciaire eigendom. Maar daar doet toch een verplichting tot verrekening niets aan af, zo vragen de aan het woord zijnde leden. Door de verrekeningsplicht ook expliciet in artikel 55 op te nemen kan er voor partijen ook geen onduidelijkheid bestaan over de toepassing van artikel 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking).

De leden van de CDA-fractie vragen van de regering een uitgebreide nadere beschouwing op het bovenstaande vraagstuk.

## **II Reactie van de minister**

De leden van de CDA-fractie stelden naar aanleiding van het artikel van L.P.W. van Vliet, «De financiëlezekerheidsovereenkomst, een tussenbalans» de vraag of het wetsvoorstel een verrekenverplichting dient in te houden terzake de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht. De vraag is, of het ontbreken van een verrekenverplichting onredelijk kan zijn jegens de zekerheidsgever, te weten wanneer de zekerheidsnemer een ongerechtvaardigd voordeel verkrijgt via een hem niet toekomende overwaarde van de tot zekerheid strekkende goederen. Deze leden vroegen of een contractspartij die geen financiële instelling is, wettelijke bescherming behoeft. Voorts verwezen zij naar overweging 16 van de richtlijn. In de navolgende beschouwing zal worden aangegeven dat de aangesneden kwestie geen nadere regeling behoeft. Daarbij wordt er telkens vanuit gegaan dat een bank geld ter beschikking stelt, onder de voorwaarde dat de gefinancierde partij – die zelf geen financiële instelling is – effecten tot zekerheid of overdracht aanbiedt. Voor het antwoord op de gestelde vraag dient onderscheid te worden gemaakt tussen de zekerheid die een bank verkrijgt bij vestiging van een pandrecht uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot verpanding en de positie die de bank verkrijgt door overdracht van effecten uit hoofde van financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht. In het geval van verpanding van effecten aan de bank, als zekerheid voor

het verstrekken van een geldsom, geldt het volgende wanneer de debiteur in gebreke zou blijven. De bank heeft in dat geval recht op uitwinning van de tot zekerheid verpande goederen. Executie van het zekerheidsrecht kan plaatsvinden door verkoop van de effecten. De pandhouder kan in dat geval, na voldoening van de kosten van de executie, het aan hem verschuldigde bedrag waarvoor hij pandrecht heeft, afhouden van de netto-opbrengst. Het overschot wordt aan de pandgever uitgekeerd. Een en ander volgt uit artikel 3:253 lid 1 BW. Van een ongerechtvaardigde verrijking van de bank is geen sprake.

Wanneer de schuldenaar in gebreke blijft, kan de executie van het pandrecht ook plaatsvinden – als alternatief voor de verkoop van effecten – door toe-eigening van de effecten door de pandhouder, mits de mogelijkheid van toe-eigening in de financiëlezekerheidsovereenkomst is bepaald. Voor dat geval bepaalt het voorgestelde artikel 7:54 lid 1 sub a BW dat de pandhouder de waarde van de effecten verreket met het hem verschuldigde. Door de verrekening gaat de schuld van de pandgever teniet ten belope van de waarde van de effecten (vgl. artikel 6:127 BW). Voor zover de effecten een overwaarde hebben, heeft de pandgever recht op betaling van het desbetreffende bedrag door de bank. Zonder de betaling van de overwaarde aan de pandgever zou immers een ongerechtvaardigde verrijking van de bank optreden. Het feit dat de onderhavige verrekening tot verhaal strekt, heeft tot gevolg dat de Nederlandse regels betreffende verhaal door de pandhouder van toepassing blijven, voor zover zij niet door het wetsvoorstel opzij worden gezet, zoals in het bijzonder in artikel 54 lid 4 BW gebeurt. Een belangrijke, niet uitgezonderde bepaling is artikel 3:253 BW. Met het bedrag van de na toe-eigening en verrekening eventueel resterende overwaarde, dat de bank aan de pandgever verschuldigd is, dient te worden gehandeld zoals ten aanzien van het overschot is bepaald in artikel 3:253 lid 1, tweede en derde zin, in verbinding met artikel 490b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De financiëlezekerheidsovereenkomst kan ook inhouden dat effecten worden overgedragen aan de bank door de debiteur. Het gaat hier om een werkelijke en volledige overdracht, zoals bedoeld in artikel 2 lid 1 onder b en artikel 6 lid 1 van de richtlijn. In de memorie van toelichting is in dit verband de praktijk van repurchase-overeenkomsten als voorbeeld gegeven. In dat geval is sprake van een combinatie van opvolgende koop-overeenkomsten. Voor de volledigheid wordt het aldaar opgenomen voorbeeld herhaald. Partij A, die liquide middelen nodig heeft, verkoopt effecten aan partij B (de bank) voor een bepaald geldbedrag (purchase price). Aan de liquiditeitsbehoefte van A is daarmee voldaan. Op hetzelfde moment verplicht bank B zich om op een bepaald later tijdstip gelijkwaardige effecten over te dragen aan partij A, derhalve een transactie in omgekeerde richting. Partij A neemt daarbij de verplichting op zich om alsdan voor de effecten een geldbedrag te betalen. In dat geldbedrag is in de regel een bepaald rentebedrag verdisconteerd (repurchase price). Op grond van de eerste transactie vindt overdracht van de effecten plaats aan de bank, die daardoor volledig beschikkingsbevoegd wordt over de effecten. De effecten worden onderdeel van het vermogen van de bank. Op het afgesproken latere tijdstip wordt de transactie in omgekeerde richting uitgevoerd, met verdiscontering van het bedoelde rentebedrag. Op dat moment vindt overdracht van de effecten aan partij A plaats door bank B, waardoor partij A weer beschikkingsbevoegd wordt.

Van Vliet stelt in zijn artikel de vraag: «Hoe is de verplichting tot verrekenen van een eventueel overschot bij executie geregeld bij de fzo-overdracht?» (p. 198). Deze vraag getuigt van een misvatting. Bij de hiervoor beschreven eerste transactie, waarbij partij A zijn effecten overdraagt aan zijn financier, partij B, resulteert vanwege die transactie – op dat moment – geen schuld van partij A jegens bank B. Partijen voldoen over en weer aan hun op dat moment bestaande verplichtingen door de overdracht van de effecten respectievelijk de betaling. De regels betref-

fende pandrecht zijn hier niet van toepassing, ook niet bij wege van analogie. Overweging 13 van de richtlijn sluit uitdrukkelijk uit dat een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht in het nationale recht wordt «geherkwalificeerd» tot een «zekerheidsstelling», zoals een pandrecht of een zekerheidsoverdracht, zoals deze voor 1992 in Nederland bestond. Er zal dan ook geen «executie» door bank B kunnen plaatsvinden vanwege de niet nakoming van de desbetreffende verplichtingen. Evenmin behoeft derhalve met een overschot rekening te worden gehouden. Wel dient bank B op een later – daartoe afgesproken tijdstip – de effecten weer aan partij A over te dragen, tegen de daartoe met partij A overeengekomen prijs. Dit is de tweede in het voorbeeld genoemde transactie. Die transactie is niet aan te merken als de aflossing van een uitstaande lening, maar als een tweede koop- en verkooptransactie. Wel kan ten tijde van de tweede transactie blijken dat partij A de overeengekomen prijs niet of niet geheel kan voldoen. Partij A blijft dan in zoverre in gebreke. Dat betekent voor bank B, dat deze niet meer effecten behoeft over te dragen aan partij A dan overeenkomt met het gedeelte van de koopprijs dat A wel kan voldoen. Voor het meerdere zal de bank, voorzover de overeenkomst er niet op andere wijze in voorziet, zich kunnen beroepen op het opschortingsrecht van artikel 6:262 BW en de overeenkomst aansluitend eventueel partieel (artikel 6:270 BW) kunnen ontbinden. De geschetste situatie wijkt derhalve niet af van andere gevallen waarbij een koopovereenkomst door een van de partijen niet kan worden nagekomen. Van ongerechtvaardigde verrijking van bank B is geen sprake; deze is volledig gerechtigd tot de aan de bank overgedragen effecten op grond van transactie 1, en dient bij transactie 2 slechts effecten over te dragen aan partij A voor zover deze de koopprijs daarvoor kan voldoen. Dit betekent voorts dat geen sprake is van een benadeling van de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers van partij A. Overigens wijkt de geschetste situatie niet af van andere gevallen waarbij een koopovereenkomst door een van de partijen niet kan worden nagekomen. Samengevat vindt in de situatie van toe-eigening van effecten door de bank – op grond van een pandrecht – een onttrekking van activa plaats bij de schuldenaar. De bank mag daarbij uiteraard niet verder worden bevoordeeld dan gerechtvaardigd is vanwege de omvang van de schuld van partij A aan de bank. Wanneer daarentegen effecten zijn overgedragen door partij A aan een bank en deze daarvoor een geldbedrag ter beschikking stelt, heeft partij A geen schuld aan de bank voor het bedoelde geldbedrag. In ruil daarvoor heeft partij A immers effecten overgedragen. Van de mogelijkheid van uitwinning door of verrijking van de bank is in zoverre geen sprake. Bij de tweede transactie, waarbij de bank de effecten overdraagt aan partij A tegen betaling van een geldsom door partij A, is evenmin sprake van verrijking van de financier. Voor de volledigheid wordt nog ingegaan op hetgeen is bepaald in overweging 16 van de richtlijn. Aan het einde van die overweging staat: «Dit doet echter geen afbreuk aan de mogelijkheid om de financiëlezekerheids-overeenkomst en de verschaffing als zekerheid van financiële activa als deel van de initiële verschaffing, aanvulling of vervanging van als zekerheid verschaft financiële activa uit hoofde van het nationale recht aan te vechten, bijvoorbeeld wanneer zulks opzettelijk is gedaan ten nadele van de andere schuldeisers (dit geldt onder meer voor acties op basis van fraude of soortgelijke ontwijkingregels die in een voorgeschreven periode van toepassing kunnen zijn).» Deze overweging verduidelijkt dat regels van nationaal recht die ter bestrijding van misbruik zijn geschreven, door de richtlijn niet worden aangetast. Op grond van deze bepaling kan bijvoorbeeld in de Nederlandse situatie beroep worden gedaan op de actio pauliana. Zoals in het voorgaande is verduidelijkt, behoeft van een misbruiksituatie echter geen sprake te zijn wanneer effecten worden overgedragen in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht. Overweging 16 is dan ook niet geschreven ter beperking van de mogelijkheid van zo'n overdracht, zoals bedoeld in overweging 13.