

STAATSCOMMISSIE VOOR HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

RAPPORT AAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Internationaal goederenrecht

november 1998

1. Inleiding

1.1.

Bij brief van 19 november 1991 van de Staatssecretaris van Justitie, Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht, nr. 164591/9/6, is de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht verzocht te adviseren over ten departemente van Justitie opgestelde voorontwerpen van wet houdende regeling van het conflictenrecht betreffende het zakenrechtelijke regime met betrekking tot zaken alsmede met betrekking tot vormvoorschriften. Dit rapport heeft betrekking op het eerstgenoemde onderwerp. In een volgend stadium zal over de vorm voorschriften worden geadviseerd. De adviesaanvraag over een voorontwerp voor een Wet conflictenrecht goederenrecht is als bijlage aan het slot van dit rapport opgenomen. Het overleg heeft geleid tot de opstelling van een herzien en aangevuld voorontwerp, dat eveneens als bijlage aan dit rapport is toegevoegd.

Het rapport is voorbereid door een subcommissie die was samengesteld uit de leden prof. mr A.V.M. Struycken (voorzitter), mr J.K. Franx, dr R.van Rooij, mw mr I.S. Joppe, mr W. Westbroek, mr F.A.A. Duynstee, prof.mr P. Vlas, mr G.M.C.C. Bruyninckx en mr A.F. Verdam, alsmede mw mr D.van Itersen (rapporteur) en mw mr M.E. Koppenol-Laforce (adjunct-secretaris). Tot zijn terugtreden in maart 1993 heeft mr J.van Rijn van Alkemade, opsteller van het voorontwerp, aan de beraadslagingen deelgenomen. Mr F.J.A. van der Velden, adviserend lid, heeft enige vergaderingen bijgewoond. In overeenstemming met hetgeen daaromtrent in de adviesaanvraag is gesteld, is het rapport voorbereid in samenwerking met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie. In verband daarmee hebben mede namens die organisatie in het werk geparticipeerd prof.mr E. Cohen Henriquez, mr K.D. de Lange, mr Q.J. Marck en mw mr J. Laumans-van der Wijst. Verder is een aantal afgevaardigden van het Genootschap van Bedrijfsjuristen bij het overleg betrokken geweest. Een zeer substantiële bijdrage aan het rapport is geleverd door prof. mr C.AE. Uniken Venema.

1.2.

De Staatscommissie onderschrijft de in de adviesaanvraag gesignaleerde behoefte aan opneming in de codificatie van het Nederlandse internationaal privaatrecht van enige bepalingen betreffende het internationale goederenrecht, zulks ter vervanging van hetgeen hieromtrent in de Wet algemene bepalingen van 1829 is geregeld. De Staatscommissie heeft eerst de in het voorontwerp voorgestelde regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot stoffelijke objecten in beschouwing genomen en heeft vervolgens onderzocht of deze door bijzondere regels dienen te worden

gecompleteerd. Leidraad daarbij waren niet alleen de rechtspraak, maar ook de behoeften van de rechtspraktijk, welke behoeften niet steeds uit de jurisprudentie blijken.

De Staatscommissie is tot de slotsom gekomen dat het bij de huidige ontwikkeling van het recht op dit terrein onjuist zou zijn te streven naar een Wet conflictenrecht goederenrecht die alle onderwerpen van internationaal goederenrecht bestrijkt. Haar onderzoek heeft tot de vaststelling geleid dat de praktijk met betrekking tot sommige onderwerpen onvoldoende is uitgekristalliseerd voor het stellen van wettelijke regels. Zou men daartoe thans overgaan, dan loopt men het gevaar onvoldoende in te spelen op de behoeften. Zo meent de Staatscommissie dat vooralsnog geen regeling dient te worden voorgesteld met betrekking tot waardepapieren die zaken vertegenwoordigen, waarover het aan haar voorgelegde voorontwerp een artikel bevat. Met de opstellers van het voorontwerp is de Staatscommissie voorts van mening dat specifieke regels met betrekking tot de eigendomsverrijking bij koop van zaken kunnen worden gemist. Wel ziet de Staatscommissie aanleiding in de wet een serie regels op te nemen met betrekking tot de overdracht van vorderingen en aandelen cq. de vestiging daarop van rechten.

2. Systematiek en terminologie

De vraag is bezien of het wetsvoorstel al dan niet de systematiek en de terminologie van het BW zou moeten volgen. Omdat het gebruikelijk is om Nederlandse rechtscategorieën bij het opstellen van wettelijke i.p.r.-regels als uitgangspunt te nemen, is de Staatscommissie van oordeel dat afstemming op de huidige terminologie van het BW wenselijk is. De Staatscommissie heeft een voorkeur voor het gebruik van de term "goederenrechtelijk regime" en "conflictenrecht goederenrecht" boven "zakenrecht". Daar waar nodig, worden in haar ontwerp de termen "eigendom" en "rechten" naast elkaar genoemd.

Onder "overdracht" is fiduciaire overdracht mede begrepen. Anders dan in het huidige Nederlandse recht komt deze in sommige buitenlandse rechtstelsels voor. Het internationaal privaatrecht kan daaraan niet voorbijgaan. Overigens meent de Staatscommissie dat, ofschoon in de systematiek van het BW de begrippen "zaak" en "eigendom" met elkaar worden vereenzelvigd, het wenselijk is te spreken van "overdracht van de eigendom van een zaak" ten einde misverstand bij buitenlandse rechtstoepassers te voorkomen.

3. Titel 1 - Algemene bepalingen

De Staatscommissie meent dat de rechtstoepasser erbij gebaat is dat de wettelijke regeling op daarvoor in aanmerking komende plaatsen eraan herinnert dat bepaalde onderwerpen in verdragen of in bijzondere wettelijke voorschriften zijn geregeld.

3.1. Artikel 1, eerste lid - Uitsluiting vervoermiddelen

Artikel 1, eerste lid van het voorontwerp luidt:

1. De bepalingen van deze wet zijn niet van toepassing op schepen, luchtvaartuigen en railvoertuigen.

Indien het eerste lid in de voorgestelde vorm wordt gehandhaafd, vallen niet te boek gestelde kleine schepen en luchtvaartuigen buiten de regeling. Er is naar het oordeel van de Staatscommissie aanleiding deze categorieën te brengen onder de regels voor zaken. Zij stelt daarom voor te bepalen dat de regeling van toepassing is op de genoemde vervoermiddelen voor zover op grond van enig verdrag of bij de wet geen andere voorschriften zijn gegeven. Vgl. voor zulk een geval Pres. Rb. Arnhem 14 oktober 1997, KGK 1997, 1449, NIPR 1998, 205. De woorden "bij de wet" zijn ingevoegd omdat er wettelijke regels zijn die niet tot verdragen kunnen worden herleid en op grond waarvan de eigendom van vervoermiddelen alleen door vermelding in een register kan worden overgedragen. Zie in dit verband artikel 2 van de Wet van 18 maart 1993 houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht, zoals aangevuld bij de wet van 26 januari 1995, Stb. 71 en 283, de artikelen 193 en 199 Boek 8 BW voor zeeschepen, de artikelen 783 en 790 Boek 8 BW voor binnenvaartschepen en de artikelen 1302 en 1306 Boek 8 BW voor luchtvaartuigen. De Staatscommissie stelt voor het woord "railvoertuigen" te vervangen door "spoorrijtuigen" en aldus aan te sluiten bij de terminologie van artikel 1670 van Boek 8 BW.

Voorgesteld wordt het eerste lid als volgt te laten luiden:

1. De bepalingen van deze wet zijn mede van toepassing op schepen, luchtvaartuigen en spoorrijtuigen, voor zover op grond van enig verdrag of bij de wet geen andere voorschriften zijn gegeven.

Voor het overige verwijst de Staatscommissie naar haar aantekeningen bij artikel 2, tweede lid, waarvan de schrapping is voorgesteld.

3.2. Artikel 1, tweede lid (vervallen) - Beperkte rechten

Artikel 1, tweede lid, van het voorontwerp luidt:

2. Voor de toepassing van deze wet worden onder zakelijke rechten mede begrepen beperkte rechten op een zaak.

Hiervoor, par. 2, werd aangegeven dat bij het opstellen van de regeling aansluiting dient te worden gezocht bij de terminologie van het BW. Een definitiebepaling als vervat in het tweede lid komt de Staatscommissie in verband daarmee overbodig voor. Daarom wordt de schrapping ervan voorgesteld.

3.3. Artikel 1, derde lid (vernummerd tot tweede lid) - Bevoegdheden van een trustee

Artikel 1, derde lid, van het voorontwerp luidt:

3. Voor de toepassing van deze wet worden de bevoegdheden van een trustee ten aanzien van het trustvermogen niet beschouwd als te behoren tot het zakenrechtelijke regime.

De Staatscommissie stelt voor in dit artikellid te bepalen dat de onderhavige wet de toepassing van het Haagse Trustverdrag en de daarop gebaseerde uitvoeringswet (Stb. 1995, 508) onverlet laat. De bepaling herinnert eraan dat de Wet conflictenrecht goederenrecht niet van toepassing is op goederenrechtelijke verhoudingen voor zover deze door het Trustverdrag en de daarbij behorende uitvoeringswet worden geregeld. Dit houdt kort gezegd in dat er in het kader van een erkende Anglo-Amerikaanse trust sprake kan zijn van een afgezonderd trustvermogen dat zich volgens het interne Nederlandse goederenrecht niet kan voordoen. Daarmee is evenwel nog geen antwoord gegeven op de vraag, wat geldt ten aanzien van een niet op grond van de verdragsregels in Nederland te erkennen trust. De Staatscommissie is van mening dat het van de omstandigheden van het geval zal afhangen of men de regels van de toekomstige wet conflictenrecht goederenrecht hierop zal willen toepassen. De rechter moet de vrijheid behouden om in concreto te onderzoeken of een trustfiguur met afgezonderd vermogen in het Nederlandse goederenrechtelijke stelsel kan worden inge-

past. De Staatscommissie tekent daarbij aan dat de rechter waarschijnlijk geneigd zal zijn het Trustverdrag ruim uit te leggen en bijvoorbeeld een mondeling tot stand gekomen, maar in redelijkheid te bewijzen trust voor erkenning in aanmerking zal brengen.

Overigens is de Staatscommissie in de loop van haar besprekingen tot de slotsom gekomen dat duidelijkheid moet bestaan over het gevolg dat een overdracht aan een trustee in de Nederlandse rechtsorde heeft indien die overdracht volgens de Wet conflictenrecht goederenrecht door het Nederlandse recht wordt beheerst. De Staatscommissie acht het voor het internationale rechtsverkeer van groot belang dat ervan kan worden uitgegaan dat er in dat geval in beginsel steeds een geldige overdracht plaatsvindt krachtens welke de trustee rechthebbende wordt, zulks in de hoedanigheid van trustee, in overeenstemming met het op de trust toepasselijke recht. Uit artikel 4 Wet conflictenrecht trusts blijkt niet onomstotelijk dat zulks het geval is. Artikel 84, derde lid, Boek 3 BW verzet zich tegen de totstandkoming van een geldige overdracht.

De Staatscommissie heeft het in verband hiermee dienstig gevonden in de Wet conflictenrecht goederenrecht een bepaling op te nemen die de toepasselijkheid van artikel 84, derde lid, Boek 3 BW in internationale gevallen uitsluit. Een vergelijkbare, zij het beperktere uitsluiting zal ook worden bewerkstelligd in een wetsvoorstel over repo-contracten, dat is aangekondigd in kamerstuk II, 1997/98, 25 107, nr 10 (Derde fase EMU). Het voorgestelde tweede lid van artikel 1 komt dan als volgt te luiden:

2. De bepalingen van deze wet laten onverlet het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, alsmede de Wet conflictenrecht trusts (Stb. 1995, 508). Onverminderd hetgeen voortvloeit uit dat verdrag en die wet, is een rechtshandeling die strekt tot een door Nederlands recht beheerste overdracht aan een trustee als bedoeld in dat verdrag, niet een ongeldige titel op de enkele grond dat die rechtshandeling tot doel heeft dat goed over te dragen tot zekerheid of de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

De Staatscommissie preciseert dat de door haar voorgestelde bepaling inzake de overdracht aan een trustee bedoeld is te gelden in gevallen waarin de erkenning van een buitenlandse trust aan de orde is en die daarom als internationale gevallen kunnen worden beschouwd. Het voornaamste kenmerk van een trust in de zin van het Trustverdrag is gelegen in het bestaan van een afgezonderd trustvermogen. Een overdracht aan een trustee,

waarbij het overgedragen goed krachtens een op de trust toepasselijk niet-Nederlands rechtssysteem deel gaat uitmaken van een afgezonderd trustvermogen, zal krachtens artikel 1, tweede lid worden onttrokken aan de werkingssfeer van artikel 84, derde lid, Boek 3 BW. Duidelijk komt hier tot uiting dat de werkingssfeer van artikel 1, tweede lid, beperkt zal zijn tot gevallen waarbij niet-Nederlands trustrecht een rol speelt, terwijl daarentegen de volledig door Nederlands recht beheerste fiduciaire rechtsverhoudingen buiten de werkingssfeer van artikel 1, tweede lid, zullen blijven. Vandaar het voorstel om artikel 1, tweede lid, op te nemen in de Wet conflictenrecht goederenrecht en niet in het Burgerlijk Wetboek. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat het internationale rechtsverkeer tot op zekere hoogte wordt beschermd tegen de nadelige gevolgen die kunnen voortvloeien uit de incongruentie die er bestaat tussen artikel 84, derde lid, Boek 3 BW en veel buitenlandse rechtstelsels betreffende trusts en fiduciaire rechtsverhoudingen.

3.4. Artikel 1, derde lid (nieuw) - Cultuurgoederen

In verband met het door de Staatscommissie ontworpen nieuwe artikel 4 is aan de orde gekomen de richtlijn nr. 93/7/EEG van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lid-staat zijn gebracht, alsmede de wet houdende wijziging van enige wetten, mede in verband met de uitvoering van die richtlijn (Implementatiewet bescherming cultuurgoederen tegen illegale uitvoer, Stb. 1995, 145). Zoals hierna, par. 8.3, zal worden uiteengezet, is de Staatscommissie tot de slotsom gekomen dat de hier bedoelde wettelijke bepalingen op grond van hun bijzondere karakter in de daarvoor in aanmerking komende gevallen steeds van toepassing zijn en dat zij derhalve van de toepassing van de Wet conflictenrecht goederenrecht dienen te worden uitgesloten.

De Staatscommissie stelt invoeging van een nieuw derde lid voor, dat als volgt luidt:

3. De bepalingen van deze wet laten onverlet de richtlijn nr. 93/7/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lid-staat zijn gebracht (Pb L 74) alsmede de Implementatiewet bescherming cultuurgoederen tegen illegale uitvoer (Stb. 1995, 145).

3.5. Artikel 1, vierde lid - Continentaal plat

Artikel 1, vierde lid, van het voorontwerp luidt:

[4. Voor de toepassing van deze wet wordt het Nederlandse continentale plat, als bedoeld in artikel 1 van de Mijwet continentaal plat, onder de Noordzee buiten de territoriale wateren beschouwd als Nederlands grondgebied.]

De Staatscommissie heeft de voorgestelde, tussen haken geplaatste regel gezien mede in het licht van een publikatie van H.L.J. Roelvink, getiteld Het continentaal plat als IPR-aanknopingspunt, in de Struyckenbundel Op recht, Zwolle 1996. Zij overweegt dat bij opneming van deze regel de vraag zou rijzen welke bepalingen van Nederlands recht men in concreto zou moeten toepassen. Een openbaar register voor het continentaal plat ontbreekt. In die leemte zou, door aanpassing van de Kadasterwet, moeten worden voorzien. De praktijk van de financiering van installaties op het continentaal plat blijkt echter gebruik te maken van juridische constructies waarbij een dergelijk register kan worden gemist. In verband hiermee stelt de Staatscommissie voor om af te zien van de opneming van een bepaling betreffende het continentaal plat in de wet conflictenrecht goederenrecht.

3.6. Verhouding tot het EU-faillissementsverdrag

De Staatscommissie is van oordeel dat het werkingsgebied van de door haar ontworpen regeling niet wordt doorkruist door de in november 1995 gereedgekomen tekst van een Verdrag van de Europese Unie betreffende insolventieprocedures (tekst in Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1996, nr. 7, blz. 177-181). Van belang zijn met name de artikelen 5 en 7 van die tekst, die moeten worden gelezen in verband met artikel 3.

4. Titel 2 - Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken

4.1. Artikel 2, eerste lid - hoofdregel: aanknopng aan het land van ligging

Artikel 2, eerste lid, van het voorontwerp luidt:

1. Het zakenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak wordt beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt. Dat recht bepaalt of een zaak roerend of onroerend is, wat een bestanddeel van een zaak is, of vestiging van een zakelijk recht daarop mogelijk is, welke zakelijke rechten erop kunnen rusten, welke de aard, de omvang en de inhoud van deze rechten is alsmede de wijze van hun ontstaan, wijziging, overgang en tenietgaan en hun onderlinge verhouding.

De Staatscommissie onderschrijft hetgeen in de toelichting op het voorontwerp is gesteld omtrent de handhaving van de verwijzing naar het recht van het land van ligging als uitgangspunt voor de regeling van het conflictenrecht op het gebied van zaken. Daar is gezegd dat het beginsel van aanknoping aan het recht van het land van ligging, zowel voor roerende als voor onroerende zaken, universeel is en in vrijwel alle codificaties of wetten betreffende het internationaal privaatrecht kan worden gevonden. Voorbeelden zijn par. 31 van de Oostenrijkse wet van 1978, de artikelen 99 en 100 van de Zwitserse wet van 1987 en artikel 43 van de aanbevelingen van 1988 van de Deutsche Rat für Internationales Privatrecht. Dat vragen zich kunnen voordoen in verband met de omstandigheid dat een roerende zaak waarop rechten zijn gevestigd, later wordt overgebracht naar een ander land, kan, aldus de toelichting, geen reden zijn om afstand te nemen van het uitgangspunt van de toepasselijkheid van het recht van het land ten tijde van de vestiging van die rechten.

Zie thans ook de Italiaanse i.p.r.-wet van 1995, artikel 51, eerste lid, en voor wat de doctrine betreft, Karl Kreuzer, *La propriété mobilière en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international (RCADI) 1996, tome 259, blz. 13-317 (44-70).

De Staatscommissie tekent hierbij aan dat voor zoveel nodig, de hoofdregel eveneens kan worden toegepast op, bijvoorbeeld, een appartementsrecht.

De Staatscommissie brengt in herinnering dat voor kwesties van zakenrecht de wet van de plaats van ligging vanouds een dominante rol speelt. Dit komt aan het licht in geval van discrepanties tussen de erfwet en de "lex rei sitae". De Staatscommissie heeft daaraan aandacht besteed in haar advies van 17 augustus 1992 inzake het internationaal erfrecht, onder 3.6.1. In de memorie van toelichting bij het inmiddels tot Rijkswet verheven voorstel van Rijkswet tot goedkeuring van het Haagse erfrechtverdrag (Kamerstuk 23 863 (R 1510) nr.3, 1993-1994) wordt daarop ingegaan, op blz. 11, in de drie laatste alinea's van het commentaar op artikel 7. Zie voorts artikel 4, tweede lid, van de Wet conflictenrecht erfopvolging, betreffende de verdeling van de nalatenschap; daarvan luidt de laatste zin: "Met de

eisen van het goederenrecht van de plaats van ligging der activa wordt rekening gehouden". Dit spoort met eerder genoemd advies, 7.6.1.

In dit verband is het dienstig erop te wijzen dat het Haagse Huwelijksgoederenverdrag 1978, voor Nederland in werking getreden, een doorbreking van de eenheid van regime toelaat door ruimte te laten voor de keuze van de *lex rei sitae* voor onroerende zaken (artikel 3, laatste lid, artikel 6, laatste lid.) Deze bepalingen zijn te verklaren door de dominante rol van de *lex rei sitae* in tal van landen. Vgl. het advies van de Staatscommissie van 15 juni 1988, onder 3.2.3.3. (2), 3.2.4. (vraag 2) en 3.3.2.3. De genoemde adviezen zijn gepubliceerd in de bundel "Geselecteerde adviezen - Naar een afgewogen internationaal privaatrecht", Den Haag 1995, blz. 33, 93 en 205 e.v. Deze bepalingen zijn te verklaren door de dominante rol van de *lex rei sitae* in tal van landen.

De Staatscommissie ziet niet voldoende grond om door middel van een speciale bepaling in de wet aan te geven in welke gevallen de *lex rei sitae* voorrang heeft.

4.2. De kwalificatie van het begrip "zaak"

De vraag is gesteld, of het juist is dat het begrip "zaak" aan de hand van de *lex fori* wordt gekwalificeerd. Hiermee loopt men, zo is gesteld, het gevaar dat van de regeling worden uitgesloten objecten die naar vreemd recht een zaak zijn, maar naar Nederlands recht niet. De Staatscommissie meent dat aansluiting moet worden gezocht bij de in het Nederlandse i.p.r. algemeen aanvaarde ongeschreven regel, dat kwalificatie naar de *lex fori* plaatsvindt. Dat uitgangspunt sluit niet uit dat een object dat naar Nederlands recht geen zaak is, maar bijvoorbeeld een bestanddeel van een zaak, volgens de wettelijke i.p.r.-regels toch als een zaak wordt beschouwd.

4.3. De onderwerpen die onder het goederenrechtelijke regime vallen

De Staatscommissie kan zich ermee verenigen dat artikel 2 een opsomming bevat van rechtsvragen die door het toepasselijke recht worden beheerst en die dus worden geacht onder het "goederenrechtelijke regime" te vallen. Er is naar gestreefd een zo volledig mogelijke opsomming te geven. In verband daarmee stelt de Staatscommissie voor na de woorden "Dat recht bepaalt" de woorden "in het bijzonder" in te voegen. Een soortgelijke en enuntiatieve opsomming is in artikel 10 opgenomen voor vorderingen op naam. In de artikelen 11, 12 en 13 wordt naar die opsomming verwezen.

4.4. Vatbaarheid voor overdracht

De Staatscommissie acht het zinvol een onderscheid te maken tussen de vatbaarheid voor overdracht van de eigendom dan wel voor vestiging van een recht, enerzijds, en de vraag welk type recht op een object kan rusten, anderzijds. Dit onderscheid is niet zozeer van belang voor zaken als wel voor vorderingen en aandelen, voor sommige typen waarvan de vraag naar de vatbaarheid voor overdracht afzonderlijk wordt behandeld.

4.5. Titelvereiste

De Staatscommissie is van oordeel dat de vraag of voor de overdracht van de eigendom van een zaak of voor de vestiging van een beperkt recht daarop een titel vereist is, evenals de overige vereisten (leveringshandeling en beschikkingsbevoegdheid) een vraag van goederenrecht is, die derhalve door de hoofdregel van artikel 2 wordt bestreken. De *lex rei sitae* bepaalt niet alleen of een titel is vereist, maar ook welke vereisten aan de titel moeten worden gesteld. Vgl. K.Kreuzer, RCADI 1996, Tome 259, blz. 103 e.v. (107). Zie ook A.I.M. van Mierlo, M.V. Polak, Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten, NIBE reeks nr. 31, 1997, blz. 46-48.

Is het Nederlandse recht de *lex rei sitae*, dan is niet vereist dat de titel wordt beheerst door Nederlands recht. Ook een tot overdracht strekkende verbintenis die voortkomt uit een door vreemd recht beheerst contract of legaat is voldoende te achten. Onverschillig is ook de plaats van totstandkoming van de overeenkomst of het legaat.

4.6.

De kwalificatie van de vraag naar het titelvereiste als een vraag van goederenrecht brengt naar de mening van de Staatscommissie tevens mee dat dezelfde hoofdregel van artikel 2 de vraag beheerst, of het wegvallen van de titel, bijvoorbeeld door de ontbinding van de onderliggende overeenkomst, zakelijke werking heeft. De consequentie van deze gedachtengang is dat geen zakelijke werking kan worden aanvaard indien het goed zich op het tijdstip van de ontbinding van de overeenkomst bevindt in een land welks recht deze werking niet kent, zelfs al voorziet het op de overeenkomst toepasselijke recht wèl in zodanige werking. Omgekeerd geldt dat zakelijke werking van de ontbinding wordt aangenomen ingeval het goed zich op genoemd tijdstip bevindt in een land welks recht in zodanige werking voorziet, ook al kent het contractsstatuut die werking niet. Dit laatste deed zich voor in het geval dat leidde tot het OMSA-arrest, HR 12 juni 1970, NJ 1971, 203,

over een reclamerecht, uitgeoefend in een Nederlands faillissement op basis van een koopovereenkomst die werd beheerst door Italiaans recht. Naar Italiaans recht heeft de uitoefening van het reclamerecht, naar moet worden verondersteld, niet tot gevolg dat de overeenkomst met zakelijke werking wordt ontbonden. De Hoge Raad oordeelde echter dat het Hof terecht zakelijke werking van de ontbinding had aangenomen. De toepassing van de *lex rei sitae*, waartoe hij geneigd scheen te zijn, mede gezien de conclusie van de AG Berger, komt de Staatscommissie in zulk een geval juist voor. Zij tekent daarbij aan dat zij aanvankelijk, bij de bestudering van de problemen voortvloeiend uit het conflict *mobile*, tot een andere conclusie was gekomen.

4.7. Zakelijke werking van de ontbinding van een overeenkomst

De Staatscommissie merkt hierbij verder op dat de vraag, welk recht de zakelijke werking van de ontbinding van een overeenkomst beheerst, in het arrest HR 17 december 1993, NJ 1994, 302, onbeantwoord is gebleven, zulks ondanks de conclusie van de AG Strikwerda, nos. 38, 39, dat de daarop betrekking hebbende klacht van de curator gegrond was en dat het Hof de *lex rei sitae* regel had miskend. Zie in dit verband voorts Hof Amsterdam 21 mei 1987, NIPR 1987, 427; J.E.J.Th. Deelen, bundel Hijmans van den Bergh, Met eerbiedigende werking, 1971, blz. 384. Zie verder de literatuur, geciteerd in de noot van J.A. van der Weide bij het zoëven genoemde arrest van de Hoge Raad, Juridisch up to Date, nr. 16, 1 september 1994, blz. 5; H.Boonk, Zeerecht en i.p.r., 1998, blz. 108-109.

De Staatscommissie stelt voor artikel 2, eerste lid, als volgt te redigeren:

1. Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak wordt beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt. Dat recht bepaalt in het bijzonder:

- a. of een zaak roerend of onroerend is;***
- b. wat een bestanddeel van een zaak is;***
- c. of een zaak vatbaar is voor overdracht van de eigendom ervan of vestiging van een recht erop;***
- d. welke vereisten aan een overdracht of vestiging worden gesteld;***
- e. welke rechten op een zaak kunnen rusten en welke de aard en de inhoud van deze rechten zijn;***
- f. op welke wijze de onder e bedoelde rechten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is.***

4.8. Artikel 2, tweede lid (vervallen) - registergoederen

Artikel 2, tweede lid, van het voorontwerp luidt:

2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt een zaak die in een wettelijk geregeld of van overheidswege in stand gehouden register is ingeschreven, geacht zich steeds te bevinden op het grondgebied van de Staat waar het register zich bevindt.

In dit artikellid wordt met het feitelijk zich bevinden in een bepaalde Staat gelijkgesteld het in die Staat ingeschreven zijn van de zaak in een wettelijk geregeld of van overheidswege in stand gehouden register. De Staatscommissie heeft zich afgevraagd of die bepaling niet te ruim is gesteld, daar zij meer omvat dan registergoederen in de zin van artikel 10 Boek 3 BW. In het interne Nederlandse recht worden motorvoertuigen niet als registergoederen aangemerkt. De registratie van motorvoertuigen wordt in vreemde i.p.r.-wetten niet als aanknopingsfactor gehanteerd. Zie in dit verband het ontwerp van de Deutsche Rat für Internationales Privatrecht van 1988, gepubliceerd in Dieter Henrich, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, Tübingen 1991. Een dergelijke aanknopingsfactor zou naar het oordeel van de Staatscommissie onder omstandigheden te rigide kunnen zijn. Bovendien kan onduidelijk zijn of een bepaalde registratie voor de toepassing van deze bepaling aanknopingswaarde heeft. Mede gelet op het voorgestelde artikel 1, eerste lid, is de Staatscommissie van mening dat artikel 2, tweede lid, dient te vervallen.

Overigens signaleert de Staatscommissie dat toepassing van de hoofdregel van artikel 2 tot complicaties kan leiden bij de vestiging van rechten op zaken die per definitie bestemd zijn om in het internationale verkeer te worden gebruikt, maar die geen registergoederen zijn in de zin van artikel 10 Boek 3 BW. Het gaat hier met name om spoorrijtuigen, vrachtauto's en containers. Bij de financiering van dergelijke zaken ontstaat nogal eens behoefte om daarop een pandrecht te vestigen, ook al bevindt zich dat materieel, in het kader van het bedrijfsmatig gebruik ervan, in verschillende landen. Het zou wenselijk zijn om een dergelijk pandrecht te kunnen vestigen met toepassing van één rechtsstelsel.

De Staatscommissie aarzelt om voorstellen te doen die zulks wettelijk mogelijk zouden maken. Zulke voorstellen zouden er enerzijds op neerkomen dat voor het internationaal privaatrecht bepaalde goederen als registergoe-

deren worden beschouwd, en voor het interne recht niet, en anderzijds onzekerheid laten bestaan over de vraag of de aldus gevestigde rechten in het buitenland geldend kunnen worden gemaakt.

Voor luchtvaartuigen geldt het verdrag betreffende de internationale erkenning van rechten op luchtvaartuigen, Genève, 19 juni 1948, Trb. 1952, 86. Voor schepen geldt onder meer de Wet houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht. Voor spoorrijtuigen bestaat de financieringsregeling van Eurofima (Europese vennootschap tot financiering van spoorwegmaterieel, Bern, 20 oktober 1955, Trb. 1956, 10, 1997, 305). Daarbuiten geldt in beslagsituaties artikel 18, derde lid, van het verdrag betreffende het internationale spoorwegvervoer (COTIF), Bern, 9 mei 1980, Trb. 1980, 60. Over het goederenrecht met betrekking tot transportmaterieel is geen regel opgenomen in de Zwitserse i.p.r.-wet. Artikel 107 van die wet herinnert slechts aan de regels, opgenomen in andere (Zwitserse) wetten. In het IPRG Kommentar, Zürich 1993, bij dat artikel, blz. 846, wordt ten aanzien van vrachtauto's de toepassing van het recht van het land van registratie aanbevolen, maar voor zekerheidsrechten op deze zaken, de *lex rei sitae*. Nu zelfs Zwitserland, spoorwegland bij uitstek, zich heeft onthouden van het geven van een speciale regel, ziet de Staatscommissie (nog) niet voldoende grond voor Nederland zulk een regel voor te stellen. Zij beperkt zich ertoe in dit verband te wijzen op de onderhandelingen die momenteel in het kader van Unidroit plaatsvinden over een verdrag inzake zekerheden, gevestigd op verplaatsbaar materieel. Zie Unidroit News Bulletin, July-October 1996.

4.9. Artikel 2, derde lid (vernummerd tot tweede lid) - Bepalend tijdstip

Artikel 2, derde lid, van het voorontwerp luidt:

3. Voor de toepassing van het eerste lid is, wat betreft de verkrijging, de vestiging, de overgang, de wijziging of het tenietgaan van zake-lijke rechten, het tijdstip waarop de daarvoor noodzakelijke rechtsfeiten geschieden bepalend.

Verduidelijkt moet worden wat onder "het voor de verkrijging noodzakelijke rechtsfeit" wordt verstaan. Stel, een schilderij wordt verkocht tussen zich in Nederland bevindende partijen, die weten dat dat schilderij zich ten tijde van de verkoop in Frankrijk bevindt. Naar het Franse recht van de plaats van ligging heeft de obligatoire overeenkomst ook

goederenrechtelijk gevolg. Volgens artikel 2, derde lid, is de overdracht in dit geval compleet. Bevindt zich het schilderij op het tijdstip van het sluiten van de koop in Nederland, terwijl de contractspartners zich in Frankrijk bevinden, dan dient aan de Nederlandse vereisten voor eigendomsoverdracht te worden voldaan, zulks onverminderd het gestelde in par. 4.5.

Het in de vorige alinea gestelde behoeft nog een nuancering voor de gevallen van levering bij voorbaat. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de plaats en de tijd van de goederenrechtelijke leveringshandeling enerzijds en de plaats en de tijd waar, respectievelijk waarop, in de toekomst die handeling goederenrechtelijk effect moet sorteren. Laatstbedoelde plaats en tijd moeten beslissend worden geacht. Als, op basis van een beding dat deel uitmaakt van een contract, beheerst door Duits recht, in Amsterdam een akte wordt getekend waarbij zekere partijen koffie die in het volgende kalenderjaar in Londen zullen worden aangevoerd, bij voorbaat worden geleverd, wordt het goederenrechtelijk gevolg van de levering bij voorbaat beheerst door het Engelse recht van het land van ligging na aanvoer.

De Staatscommissie heeft bezien of het wetsvoorstel een "valideringsregel" zou moeten bevatten voor het geval waarin een goed naar Nederland wordt overgebracht nadat in het land van eerdere ligging met betrekking tot dat goed een onvoltooide goederenrechtelijke rechtshandeling is verricht, bijvoorbeeld een niet geregistreerd eigendomsvoorbehoud, dat is gemaakt in een land dat registratie daarvan vereist. Vgl. artikel 102, eerste lid, van de Zwitserse i.p.r.-wet en het equivalent ervan in het voorontwerp van de Deutsche Rat für Internationales Privatrecht. Een valideringsregel zou meebrengen dat in Nederland in een dergelijk geval een geldig eigendomsvoorbehoud zou bestaan, terwijl dat in het land van herkomst niet het geval is. Vgl. E.C. Henriquez, De zakelijke rechten van de onbetaalde verkoper in het internationale faillissementsrecht (Studiekring Offerhaus 1974, blz. 13 en 14).

Dezelfde vraag kan zich voordoen wanneer een object vanuit Nederland naar het buitenland wordt verplaatst, bijvoorbeeld ingeval een bij onderhandse akte gevestigd bezitloos pandrecht nog niet is geregistreerd op het tijdstip van verplaatsing.

Naar de mening van de Staatscommissie zou een valideringsregel de rechtszekerheid niet ten goede komen. Zij adviseert dan ook niet tot de opneming ervan in het wetsvoorstel. Zij meent dat de in het derde lid opge-

nomen regel aldus moet worden verstaan dat beslissend is het tijdstip waarop het laatste voor de verkrijging noodzakelijke rechtsfeit zich voordoet. Dit betekent in het zoëven genoemde voorbeeld, dat het in land X bedongen eigendomsvoorbehoud in Nederland niet perfect is omdat het in land X niet perfect is. Anderzijds is het bij deze lezing van de bepaling mogelijk dat de initiërende rechtsfeiten zich in het land van eerdere ligging voordoen en het voltooiende rechtsfeit in het land van latere ligging.

4.10. Rechten op zakelijke rechten

De Staatscommissie heeft het dienstig gevonden om aan artikel 2 toe te voegen een derde lid, dat de inhoud van het artikel van overeenkomstige toepassing verklaart in het geval van rechten die op zakelijke rechten zijn gevestigd. Het derde lid luidt als volgt:

3. De bepalingen van dit artikel zijn van overeenkomstige toepassing in geval van overdracht en van vestiging van rechten op zakelijke rechten.

5. Artikel 3 (was 6) - eigendomsvoorbehoud

5.1. Hoofdregel

In de Staatscommissie is vrij uitvoerig stilgestaan bij de vraag welke conflictenregel passend zou zijn voor de goederenrechtelijke aspecten van het eigendomsvoorbehoud. Het eigendomsvoorbehoud kan niet worden beschouwd als een "zakelijk recht" in de klassieke betekenis. Juister is het, te spreken van een beding in een contract of een zakelijke overeenkomst waarbij de eigendom wordt voorbehouden totdat aan zekere voorwaarden zal zijn voldaan. De vervulling daarvan doet het voorbehoud vervallen en dus de eigendom overgaan. Bij vergelijking van rechtsstelsels blijkt dat zulke bedingen verschillende goederenrechtelijke gevolgen kunnen hebben en dat daaraan ook verschillende goederenrechtelijke grenzen kunnen worden gesteld. Vergelijk artikel 92 Boek 3 BW, Parl. Gesch. blz. 388; Kreuzer, RCADI 1996, tome 259, blz. 235-243, 256-259.

Uit recente studies blijkt dat, hoewel een goede regeling voor het eigendomsvoorbehoud in het internationale handelsverkeer wenselijk is te achten, de verscheidenheid van stelsels het zeer moeilijk maakt zulk een regeling tot stand te brengen. In de Europese Unie zou een regeling in het kader van het gemeenschapsrecht overwogen moeten worden. Vgl. K. Kreuzer, Rev. crit. dr. internat. privé 1996, blz. 465-505, idem RCADI 1996, tome

259, blz. 270-296; Eva-Maria Kieninger, *Securities in Movable Property within the Common Market*, *European Review of Private Law* 1996, no.4, blz. 41-66; eadem, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, 1996. Ook Uncitral heeft zich reeds met het eigendomsvoorbehoud bezig gehouden, zonder succes; zie *Yearbooks* 1977, 1979, 1980. Hetzelfde geldt voor de Raad van Europa en de European Bank for Reconstruction and Development. Artikel 9 van de Amerikaanse Uniform Commercial Code biedt inspiratie voor een nieuw project van Unidroit; zie *Uniform Law Review* 1994-1995, blz. 17-31; 1997-3, blz. 488.

5.2. Onderwerping aan de contractswet?

De vraag is gezien of het - gelet enerzijds op de zware obligatoire component die het eigendomsvoorbehoud in het Nederlandse recht heeft, en anderzijds op de omstandigheid dat het eigendomsvoorbehoud in sommige rechtsstelsels als een contractenrechtelijke rechtsfiguur wordt beschouwd - wenselijk zou zijn de goederenrechtelijke werking van het voorbehoud tussen partijen te onderwerpen aan de contractswet. Dit zou neerkomen op een splitsing van het goederenrechtelijke regime naar gelang het de betrekkingen tussen partijen of die met derden betreft. Op laatstgenoemde betrekkingen is, uiteraard, het recht van het land van ligging van de goederen toepasselijk. In dit verband is gewezen op de artikelen 2 en 4 van het Haagse Verdrag van 15 april 1958 inzake de wet die van toepassing is op de overdracht van eigendom in geval van internationale koop van roerende lichamelijke zaken en artikel 12, onder e, van het Haagse verdrag van 22 december 1986 inzake het recht dat van toepassing is op internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken. Deze verdragen zijn (nog) niet in werking getreden. Alleen het laatste verdrag is voor het Koninkrijk ondertekend. Ook is gewezen op enige rechterlijke uitspraken en op literatuur over het onderwerp. Zie P. Vlas, J.A. van der Weide, *WPNR* (1995) 6205; zie over de toepasselijkheid van de contractswet op de goederenrechtelijke aspecten voorts J.J.van Hees, *Toepasselijk recht bij cross-border leasing*, in: *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing*, preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor burgerlijk recht, 1997. Ten slotte is erop gewezen dat de onderwerping van de betrekkingen tussen partijen aan de contractswet zou meebrengen dat één recht deze betrekkingen beheerst, ook indien de goederen zich in verscheidene landen bevinden.

De Staatscommissie heeft deze visie niet tot de hare gemaakt. Naar haar mening kan, met een beroep op goederenrechtelijke bepalingen van de contractswet, tussen partijen in goederenrechtelijk opzicht niet meer worden bereikt dan hetgeen volgens de goederenrechtelijke bepalingen van de

plaats van ligging mogelijk is. Deze laatste zullen prevaleren indien ter plaatse van de ligging het eigendomsrecht wordt ingeroepen. De rechtspraak waarin naar de contractswet is verwezen, is naar het oordeel van de Staatscommissie niet concludent. Bovendien zijn er rechterlijke uitspraken die in de door haar bepleite richting wijzen.

De Staatscommissie baseert haar voorkeur voor de door haar voorgestane oplossing ook op de overweging dat bij een splitsing van het goederenrechtelijke regime twijfel zou rijzen over de vraag wie men als partijen moet aanmerken en wie als derden. In de literatuur is wel gesuggereerd dat de curator van een partij als haar rechtsopvolger zou moeten worden beschouwd.

5.3.

De opvatting van de Staatscommissie kan worden verduidelijkt aan de hand van het volgende voorbeeld.

In een door Nederlands recht beheerste koopovereenkomst is een eigendomsvoorbehoud opgenomen. De goederen worden, conform deze overeenkomst, naar Frankrijk overgebracht. Het eigendomsvoorbehoud is, veronderstellenderwijs, naar Frans recht ongeldig en de goederen worden naar dat recht geacht in de eigendom van de koper te zijn overgegaan. De opvatting van de Staatscommissie brengt mee dat de verkoper in dit geval geen vordering tot revindicatie kan instellen, maar slechts een obligatoire vordering tot teruglevering in verband met de niet-nakoming van de betalingsverplichting van de koper kan doen gelden. Of teruglevering kan worden geëffectueerd, hangt af van de vraag of derden niet reeds rechten ten aanzien van de goederen hebben verkregen.

Uit het gegeven voorbeeld wordt duidelijk dat de verbintenissen uit de overeenkomst waarbij het eigendomsvoorbehoud is bedongen verder kunnen gaan dan datgene wat goederenrechtelijk met het voorbehoud kan worden bereikt. Ten einde misverstand hieromtrent te voorkomen, stelt de Staatscommissie voor dit in de wet tot uitdrukking te brengen.

Met deze precisering is bedoeld de aandacht te vestigen op het enigszins hybridische karakter van het eigendomsvoorbehoud. Niet is beoogd daarmee te zeggen dat verdergaande obligatoire verbintenissen bij andere goederenrechtelijke rechtsfiguren niet zouden kunnen bestaan.

Het bijzondere karakter van het eigendomsvoorbehoud is mede aanleiding geweest om die rechtsfiguur niet in de opsomming van artikel 2 op te

nemen, maar daaraan een afzonderlijk artikel te wijden. Voorgesteld wordt om dat artikel direct op artikel 2 te laten volgen. In artikel 6 van het voorontwerp was een regel voorgesteld die zich enerzijds beperkt tot de gevolgen van een eigendomsvoorbehoud in Nederland; anderzijds lijkt zij een verbijzondering te bevatten van de hierna, par. 7, te bespreken regel voor conflict mobile. De Staatscommissie stelt voor artikel 6 te laten vervallen en stelt voor in een nieuw artikel 3, eerste lid, de volgende bepaling over het eigendomsvoorbehoud op te nemen:

Artikel 3

1. De goederenrechtelijke gevolgen van het voorbehouden van het recht van eigendom worden beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt. Zulks laat onverlet de verbintenissen die volgens het op het beding van eigendomsvoorbehoud toepasselijke recht daaruit kunnen voortvloeien.

5.4.

De opvatting van de Staatscommissie brengt mee dat, indien partijen een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen dat in zijn effecten minder ruim is dan hetgeen het recht van het land van ligging van de goederen toestaat, het eigendomsvoorbehoud die overeengekomen beperkte werking zal hebben, omdat en in zover aangenomen mag worden dat het recht van het land van ligging zulk een beperking toelaat.

5.5.

De Staatscommissie tekent verder aan dat het land van ligging ten tijde van levering van de goederen - niet het land van ligging ten tijde waarop het aan de levering ten grondslag liggende obligatoire beding is gemaakt - het relevante aanknopingspunt is voor de totstandkoming van de goederenrechtelijke effecten van het eigendomsvoorbehoud. Dit betekent dat, indien het recht van het land van levering een ruimer eigendomsvoorbehoud kent dan de contractswet, dat ruimere eigendomsvoorbehoud kan worden bedongen.

Zie in dit verband voorts de toelichting op artikel 2, derde lid (par. 4.9.).

5.6.

De voorgestelde regel heeft verder de consequentie dat, indien de goederen ten aanzien waarvan een eigendomsvoorbehoud geldt, zich in verschillende landen bevinden, aan de hand van het recht van de onderscheidene landen moet worden nagegaan wat de goederenrechtelijke gevolgen van dat voorbehoud zijn. De Staatscommissie meent dat deze consequentie moet worden aanvaard.

5.7. Artikel 3, tweede lid (nieuw) - Bijzondere regel voor goederen, bestemd voor de uitvoer

Bij de bespreking van het eigendomsvoorbehoud heeft de Staatscommissie voorts gezien of het wenselijk zou zijn in het artikel over eigendomsvoorbehoud een tweede lid op te nemen van dezelfde strekking als artikel 103 van de Zwitserse i.p.r.-wet, bepalende dat het eigendomsvoorbehoud ten aanzien van goederen, bestemd voor de uitvoer, wordt beheerst door het recht van het land van bestemming.

Deze regel beoogt onder meer rekening te houden met eventuele registratievoorschriften van het land van bestemming. Het feit dat de plaats van ligging van het goed op het tijdstip van levering bepalend is voor de goederenrechtelijke consequenties van het eigendomsvoorbehoud, brengt mee dat de exporteur van goederen bij toepassing van de hoofdregel gebonden zou zijn aan de Nederlandse regels inzake eigendomsvoorbehoud wanneer hij, zoals in de praktijk zeer gebruikelijk is, "af fabriek" levert. De Staatscommissie stelt daarom voor in artikel 2a, tweede lid, de volgende bepaling op te nemen:

2. In afwijking van de eerste zin van het eerste lid kunnen partijen overeenkomen dat de goederenrechtelijke gevolgen van het voorbehouden van het recht van eigendom van een voor uitvoer bestemde zaak worden beheerst door het recht van de staat van bestemming.

De exporteur zal aldus, door de aanwijzing van dat recht te bedingen, ook kunnen profiteren van eventuele ruimere bepalingen van het land van bestemming. Zo zal hij in geval van uitvoer naar Duitsland gebruik kunnen maken van een "verlängerter Eigentumsvorbehalt". De voorgestelde bepaling heeft het oog op verplaatsing van een zaak naar een ander land, hetgeen aanleiding geeft tot een conflict mobile. Het conflict mobile vindt voor het overige uitsluitend regeling in het hierna, par. 7, te bespreken artikel 5. De hier voorgestelde bepaling geeft de ruimte om vooruit te lopen op de invoer van het goed in het andere land. Het beding heeft alleen dit begun-

stigende effect indien die invoer inderdaad plaatsvindt. Blijft invoer uit, dan geldt het recht van het land waar het goed zich op het tijdstip van de levering bevindt. Zie ook Kreuzer, RCADI, tome 259, blz. 275-276.

Is de plaats van bestemming van goederen van te voren niet bepaald, dan zal in het mantelcontract kunnen worden volstaan met de vermelding dat de ontstaans- en bestaansvereisten, alsmede de inhoud van het eigendomsvoorbehoud wordt bepaald door het recht van wat zal blijken te zijn het land van bestemming.

5.8. Artikel 3, derde lid (nieuw) - Overeenkomstige toepassing bij leasing van zaken, bestemd om in het buitenland te worden gebruikt

Recent is veel literatuur verschenen over de internationale aspecten van lease-transacties. Verwezen kan worden naar de preadviezen 1997 van de Vereniging voor burgerlijk recht over de vermogensrechtelijke aspecten van leasing, in het bijzonder de bijdrage van J.J.van Hees; Ioannis Voulgaris, *Le crédit-bail (leasing) et les institutions analogues en droit international privé*, RCADI 1996, tome 259, blz. 323-410; J.H. Dalhuisen, *The Ottawa Convention*, Molengrafica 1994, blz. 27-53, en D. Kokkini, *Enkele juridische aspecten van de financiële leasing (crédit-bail) in Frankrijk*, Molengrafica 1994, blz. 55-117. Mede in het licht daarvan is in de Staatscommissie de vraag opgeworpen of in het wetsvoorstel een bijzondere voorziening zou moeten worden getroffen in verband met internationale lease-transacties. De problematiek van leasing vertoont, wat de internationaal privaatrechtelijke aspecten betreft, een zekere overeenkomst met het eigendomsvoorbehoud. Internationale lease-overeenkomsten hebben nogal eens betrekking op materieel dat in Nederland is gebouwd en bestemd is om buiten Nederland te worden ingezet. De Staatscommissie meent dat de overeenkomstige toepassing van de bepalingen over het eigendomsvoorbehoud tegemoet kan komen aan de in de praktijk levende wens om op bepaalde transacties ander dan Nederlands recht van toepassing te doen zijn, zulks mede in verband met de financiering. Overigens heeft de Staatscommissie zich gerealiseerd dat deze regel niet toereikend is voor toepassing op transportmiddelen, die veelvuldig het voorwerp zijn van internationale leasing. Verwezen zij naar de in par. 4.8. gegeven uiteenzetting.

Het voorgestelde artikellid luidt als volgt:

3. Het bepaalde in de voorgaande leden is van overeenkomstige toepassing op de goederenrechtelijke gevolgen van leasing van zaken die bestemd zijn voor gebruik in het buitenland.

6. Artikel 4 (nieuw) - Retentierecht

De Staatscommissie acht het wenselijk om in het wetsvoorstel een bepaling op te nemen met betrekking tot het retentierecht. Zij wijst erop dat een dergelijke bepaling reeds voorkomt in de Wet van 18 maart 1993 houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht, Stb. 168, aangevuld bij de Wet van 26 januari 1995, Stb. 71 (in verband met titel 15 Boek 8 BW). Artikel 6, aanhef en onder a, van die wet bepaalt dat ongeacht het op de overeenkomst tot vervoer van zaken toepasselijke recht, het recht van de Staat waarin de haven gelegen is, waar de zaken ter lossing worden aangevoerd, van toepassing is op de vraag of en in hoeverre de vervoerder een recht van retentie op de zaken heeft.

De Staatscommissie meent dat de Wet conflictenrecht goederenrecht de meest geschikte plaats is voor een regeling van andere gevallen van retentierecht. Het is immers een verweermiddel tegen een revindicatie.

In het interne recht komt het retentierecht vooral voor in verband met contracten. Echter, ook los van enige contractuele bepaling kan de bezitter van een goed die door de eigenaar wordt aangesproken met een revindicatie (vgl. artikel 120, derde lid, en artikel 290 Boek 3 BW), zich op een retentierecht beroepen om ter zake van dat goed gemaakte kosten vergoed te krijgen. Verder valt te wijzen op het retentierecht van de zaakwaarnemer (vgl. artikel 200 in verband met artikel 57 Boek 6 en artikel 290 Boek 3 BW).

Volgens het BW werkt het retentierecht ook ten aanzien van derden die geen partij bij de onderliggende rechtsverhouding zijn. Een voorbeeld is het geval waarin de huurkoper een zaak in reparatie geeft. De reparateur kan zich ook tegenover de huurverkoper op het retentierecht beroepen. Het retentierecht werkt dus zelfs tegenover een persoon die eerder een recht had ten aanzien van de zaak.

Volgens de Staatscommissie zijn in het internationaal privaatrecht twee benaderingen mogelijk. In de eerste benadering zou, naar analogie van hetgeen voor het zee- en binnenvaartrecht is bepaald, het retentierecht

worden beheerst door het recht van de plaats van ligging van het goed, ongeacht het recht dat de rechtsverhouding beheerst. In de rechtspraak treft men voorbeelden aan van deze benadering. Zie het rechtspraakoverzicht van P. Vlas en J.A. van der Weide in WPNR (1995) 6205. Deze benadering kan meebrengen dat een beroep op het retentierecht mogelijk is zelfs als het recht dat de rechtsverhouding beheerst, een dergelijk retentierecht in het geheel niet toekent. De Staatscommissie meent dat hiermee voorbij wordt gezien aan het feit dat het retentierecht zijn oorsprong vindt in een rechtsverhouding die door een bepaald recht wordt beheerst. Daarom geeft zij de voorkeur aan een andere benadering, die erop neerkomt dat de vraag of een retentierecht bestaat, en wat de inhoud daarvan is, wordt beheerst door het recht dat de onderliggende rechtsverhouding beheerst. Het aldus verkregen retentierecht strekt echter niet verder dan op grond van het recht van land van ligging van de zaak mogelijk is. Een beroep op een retentierecht is dan ook niet mogelijk indien het recht van het land van ligging daarin in het geheel niet voorziet. Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 1 november 1997, Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 1998, NIPR 1998, 202; JOR 1998, afl. 6, noot P.M.Veder. Deze regel is neergelegd in het voorgestelde artikel 4. Die regel laat onverlet hetgeen reeds is bepaald ten aanzien van het retentierecht van de vervoerder.

De Staatscommissie stelt invoeging voor van een nieuw artikel 4, dat als volgt luidt:

Artikel 4

Onverminderd artikel 6, aanhef en onder a, van de Wet houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht, het binnenvaartrecht en het luchtrecht, worden het ontstaan en de inhoud van een recht van retentie bepaald door het recht dat de daaraan ten grondslag liggende rechtsverhouding beheerst. Een recht van retentie kan slechts geldend worden gemaakt voor zover het recht van de Staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt, zulks toelaat.

7. Artikel 5 (was 3, eerste zin) - Conflict mobile bij verplaatsing van roerende zaken

7.1. Analyse voorontwerp

Artikel 3, eerste zin, van het voorontwerp luidt:

Zakelijke rechten die overeenkomstig het ingevolge artikel 2 toepasselijke recht op een zaak zijn gevestigd, blijven daarop rusten, ook wanneer die zaak wordt overgebracht naar het grondgebied van een andere Staat.

In deze bepaling komt tot uiting dat in land A gevestigde rechten in land B moeten worden gerespecteerd wanneer de zaak van land A naar land B wordt overgebracht. Hierbij rijzen de volgende vragen. Moet het in land A gevestigde recht inpasbaar zijn in het goederenrechtelijke stelsel van land B? Als het niet inpasbaar is, moet dan een omzetting plaatsvinden in een verwante rechtsfiguur van laatstgenoemd stelsel? Indien dit laatste ook niet mogelijk is, kunnen dan aan de in land A gevestigde rechten in land B in het geheel geen goederenrechtelijke gevolgen worden toegekend? Het is noodzakelijk die vragen te beantwoorden omdat het goederenrechtelijke systeem in zeer veel landen wordt gekenmerkt door de geslotenheid (numerus clausus). De Staatscommissie heeft zich afgevraagd of het antwoord op die vragen besloten ligt in artikel 2. Zij is tot de slotsom gekomen dat dit niet het geval is en dat dus niet kan worden volstaan met een beschouwing in de toelichting op het wetsvoorstel. Het antwoord ligt evenmin besloten in de tweede zin van artikel 3, die hierna afzonderlijk zal worden besproken.

7.2.

De Staatscommissie verwijst in dit verband naar een arrest van de Franse Cour de cassation van 3 mei 1973 over een in Nederland door een financieringsbank gemaakt eigendomsvoorbehoud ten aanzien van materieel dat vervolgens door de exploitant van Nederland naar Frankrijk was overgebracht, waar op dat materieel door een derde beslag was gelegd (Rev. crit. dr. internat. privé 1974, blz. 100; Clunet 1975, blz. 74; Recueil général des lois 1974, blz. 453).

De Cour de cassation overwoog dat zakelijke rechten op goederen die zich in Frankrijk bevinden, uitsluitend door Frans recht worden beheerst en dat de overeenkomst met eigendomsvoorbehoud in werkelijkheid moest worden gekwalificeerd als een verkoop op krediet waarbij de goederen zonder inbezitstelling aan de bank waren verpand. Daar naar Frans recht een dergelijk zekerheidsrecht niet rechtsgeldig kan worden gevestigd, kon de bank in Frankrijk tegenover derden geen beroep doen op het gemaakte eigendomsvoorbehoud. Problemen in verband met conflict mobile doen zich derhalve bij overbrenging van een zaak vanuit Nederland naar het buitenland evenzeer voor als bij overbrenging vanuit het buitenland naar Nederland. Ook kan in Nederland de vraag aan de orde komen in hoeverre een recht na verplaatsing van de goederen van land A naar land B nog bestaat. De Staatscommissie is

daarom van mening dat niet kan worden volstaan met het stellen van een regel voor het geval van verplaatsing van een goed vanuit het buitenland naar Nederland.

7.3. Aanpassing aan het stelsel van het nieuwe land van ligging

Moeilijkheden doen zich niet voor voor zover het rechten betreft die geheel inpasbaar zijn in het stelsel van het land waarheen het object is verplaatst. Dat zal echter lang niet steeds het geval zijn. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

Stel, in Frankrijk is een vruchtgebruik verkregen op een zaak die vervolgens naar Nederland is gebracht. Stel voorts, de Franse regeling ter zake van het vruchtgebruik wijkt af van de Nederlandse. De vraag rijst nu of de vruchtgebruiker, conform de Franse regels, het goed in Nederland mag verkopen, terwijl dat in Nederland niet zou zijn toegestaan. De veronderstellenderwijs aan de Franse rechtsfiguur verbonden bevoegdheden zijn ruimer dan die welke aan de corresponderende Nederlandse rechtsfiguur verbonden zijn.

De Staatscommissie is van mening dat het Franse goederenrechtelijke regime niet onverkort kan blijven gelden voor zover het trekken vertoont die met het Nederlandse goederenrechtelijke systeem niet verenigbaar zijn. Door het regime niet aan te passen daar waar de grens van verenigbaarheid wordt overschreden, zou men de bepaling van artikel 2, eerste lid, uithollen.

Wat zakelijke zekerheidsrechten betreft, kan verder worden opgemerkt dat de erkenning van dergelijke rechten die verder gaan dan de ermee corresponderende Nederlandse rechten een extra inbreuk zou meebrengen op de *paritas creditorum*.

Een soortgelijk probleem zou zich voordoen in het omgekeerde geval, waarin aan de buitenlandse rechtsfiguur veronderstellenderwijs minder ruime bevoegdheden verbonden zijn dan aan de Nederlandse.

In dit verband is eveneens genoemd het zogenaamde "verlängerter Eigentumsvorbehalt" naar Duits recht. Dat recht wordt gevestigd op verkochte grondstoffen en blijft vervolgens rusten op de uit die grondstoffen vervaardigde produkten. Zie hierover H. Hanisch, *Deutscher Eigentumsvorbehalt im französischen Insolvenzverfahren*, IPRax 1992, blz. 187-191, en A. Jacquemont, *Clunet* 1991, blz. 993-1009. Artikel 3, eerste zin, van het voor-

ontwerp geeft niet aan of deze Duitse rechtsfiguur, in geval van verwerking van Duitse grondstoffen in Nederland, in Nederland al dan niet zou kunnen worden aanvaard voor zover het eigendomsvoorbehoud zich tot de vervaardigde produkten uitstrekt.

7.4.

Op grond van het voorgaande is de Staatscommissie tot de conclusie gekomen dat, indien aan het in land A ontstane recht meer dan wel minder bevoegdheden verbonden zijn dan aan de ermee corresponderende rechtsfiguur van land B, waarheen de zaak is overgebracht, een aanpassing aan het goederrechtelijke stelsel van land B dient plaats te vinden.

Voorziet recht A in meer bevoegdheden dan recht B, dan wordt het in land A ontstane recht in land B aanvaard voor zover het met dat van land B overeenkomt, met inbegrip van bevoegdheden die naar recht A wel, maar naar recht B niet van rechtswege bestaan, maar naar recht B door een beding kunnen worden geconstrueerd. Kent recht B die mogelijkheid niet, dan gelden in dat geval de beperkte bevoegdheden van recht B. In het omgekeerde geval, waarin recht B meer bevoegdheden toekent dan recht A, wordt het in land A ontstane recht eveneens aanvaard voor zover het met het ermee corresponderende recht van land B overeenkomt, maar in dit geval worden de uit recht B van rechtswege voortvloeiende extra bevoegdheden geacht te zijn uitgesloten, voor zover deze uitsluiting naar recht B door een beding kan worden geconstrueerd. Kan zodanige uitsluiting naar recht B niet worden bewerkstelligd, dan gelden de ruimere bevoegdheden van recht B. Met andere woorden, afhankelijk van de regels van dwingend en regelend recht van land B, wordt de grootst mogelijke overeenkomst met het in het land van herkomst bestaande recht bewerkstelligd.

De Staatscommissie merkt hierbij op dat in sommige gevallen het verschil tussen recht A en recht B zo groot zal zijn dat de rechtsfiguur van land A zal moeten worden "vertaald" in een afwijkende rechtsfiguur van land B die qua functie vergelijkbaar is met de oorspronkelijke. Men denke aan de omzetting van fiduciaire eigendomsverhoudingen in bezitloos pand. Vgl. artikel 86 Overgangswet NBW. Zie ook J.Kosters, *Internationaal Burgerlijk Recht*, 1917, blz. 723-725; H.Boonk, *Zeerecht en i.p.r.*, 1998, blz. 106-107, met verwijzing naar recente literatuur en rechtspraak.

Ter illustratie diene het volgende voorbeeld. In Engeland wordt op een zaak een life interest gevestigd. Als de zaak naar Nederland wordt overgebracht, komt in de plaats daarvan een vruchtgebruik waarop zoveel mogelijk de Engelse regels voor life interest worden toegepast.

Ook bij verplaatsing van een goed vanuit Nederland naar een ander land kan de methode toepassing vinden. Zij kan ertoe leiden dat een zaak die naar een Anglo-amerikaans land is overgebracht, wordt behandeld als ware zij onder een trustverband geplaatst, ook al is een zodanig trustverband niet daadwerkelijk gecreëerd.

7.5.

De Staatscommissie is van mening dat in de bepaling over conflict mobile tot uitdrukking moet komen dat de in par. 7.4 bedoelde aanpassing of omzetting dient plaats te vinden, zulks ongeacht of in het algemeen deel van de toekomstige i.p.r.-wet een omschrijving van het begrip aanpassing wordt opgenomen.

7.6.

Verskil van inzicht bestaat onder haar leden over de wijze waarop de hier beschreven aanpassing moet worden opgevat. Kan na overbrenging van de zaak naar land B nog worden gesproken van een rechtsfiguur van land A, of is er sprake van een rechtsfiguur van land B die zoveel mogelijk in overeenstemming is gebracht met die van land A?

Een meerderheid van de leden is van oordeel dat het gesloten goederenrechtelijke stelsel van land B niet toelaat dat buitenlandse rechtsfiguren na verplaatsing van het object naar dat land daar als zodanig blijven bestaan. "Aanpassing" betekent in haar visie steeds een inpassing in het stelsel van land B, door middel van transformatie - van rechtswege - in het in dat stelsel daarmee overeenkomende recht. Aldus ook K.Kreuzer, RCADI 1996, tome 259, blz. 81-82; Münchener Kommentar IPR 1998, blz. 2102, nr. 86; reeds J.Kosters, Internationaal Burgerlijk Recht, 1917, blz. 721; W.L.G. Lemaire, Hoofdpijnen, 1968, blz. 235.

Drie leden zijn echter van mening dat de in het buitenland verkregen rechten zoveel mogelijk ongemoeid moeten blijven. In elk concreet geval zal moeten worden nagegaan of de rechtsorde van het nieuwe land van ligging zich tegen erkenning van het elders verkregen recht verzet. De minderheid verwijst naar de formulering van de door de Deutsche Rat voorgestelde bepaling, die luidt:

Gelangt eine Sache, an der Rechte begründet sind, in einen anderen Staat, so können die Rechte nicht im Widerspruch zu der Rechtsordnung dieses Staates ausgeübt werden.

De minderheid verwijst verder naar Kropholler, Internationales Privatrecht 1997, § 54, III en Von Bar, Internationales Privatrecht 1991, II, nr. 755 e.v.

7.7. Tijdstip van regimewisseling

Een tweede verschil van opvatting binnen de Staatscommissie heeft betrekking op het tijdstip waarop de regimewisseling en de ermee gepaard gaande aanpassing of inpassing plaatsvinden.

De reeds genoemde minderheid gaat uit van het behoud van het recht, zoals dat naar de oorspronkelijke *lex rei sitae* is ontstaan. Het goederenrechtelijke regime verandert naar haar oordeel niet door de enkele overbrenging van het goed van land A naar land B. Pas bij het uitoefenen van het elders ontstane recht zal blijken of het elementen bevat die in de Nederlandse rechtsorde niet kunnen worden aanvaard.

De meerderheid gaat uit van regimewisseling bij het passeren van de grens. Degene die elders een recht heeft verkregen, vindt dat recht na verplaatsing van het object naar Nederland weer terug, maar nu onder het Nederlandse regime.

7.8.

De Staatscommissie heeft zich afgevraagd of het verschil uitmaakt of men aanneemt dat er bij het passeren van de grens al dan geen regimewisseling plaatsvindt. Neemt men aan dat op dat tijdstip geen regimewisseling plaatsvindt, dan rijst de vraag waardoor die regimewisseling dan wordt bewerkstelligd. In dit verband is bezien de formulering van het Zwitserse artikel 100, tweede lid:

Le contenu et l'exercice de droits réels mobiliers sont régis par le droit du lieu de la situation.

Dat artikel doet de vraag rijzen of men de uitoefening en/of de inhoud van een zakelijk recht kan onderscheiden van het recht zelf.

7.9.

Door de minderheid is bepleit dat als uitgangspunt zou moeten gelden dat de regimewisseling intreedt op het tijdstip waarop, na overbrenging van het goed van land A naar land B, met betrekking tot dat goed een rechtsfeit plaatsvindt. Gesteld is dat van een rechtsfeit in dit verband kan worden gesproken zodra de belangen van derden en/of schuldeisers daarmee gemoeid

zijn. Zie J.C.Schultsz, Eigendomsverkrijging bij koop van roerende goederen in het West-europees internationaal privaatrecht, diss. 1955, blz. 36-37.

De meerderheid kan die gedachtengang in zoverre onderschrijven dat de vraag naar het goederenrechtelijke regime pas rijst indien zich een dergelijk rechtsfeit voordoet. De vraag rijst bijvoorbeeld niet bij doorvoer van een goed naar een andere bestemming. De meerderheid geeft er echter de voorkeur aan ervan uit te gaan dat het nieuwe regime op het moment van het rechtsfeit reeds bestaat. Een andere opvatting stuit naar haar mening op bezwaar. Genoemd is het voorbeeld van degene die in het buitenland de eigendom van een zaak heeft verkregen en deze na aankomst in Nederland bij een bank in bewaring geeft. De bank heeft een retentierecht. Is door het rechtsfeit van de bewaargeving het regime veranderd? Dit zou meebrengen dat een rechter aan wie een kwestie wordt voorgelegd, alle ten aanzien van deze zaak ingetreden rechtsfeiten zou moeten nagaan om vast te stellen of en zo ja wanneer de regimewisseling is ingetreden.

De vraag is ook gesteld wat er gebeurt bij overdracht van de eigendom van een uit het buitenland naar Nederland overgebrachte zaak. Bewerkstelligt die overdracht dat voortaan een Nederlands eigendomsrecht op de zaak rust in plaats van een buitenlands eigendomsrecht, in die zin dat een nieuwe eigenaar meer dan wel minder bevoegdheden heeft dan zijn voorganger?

Tegen de minderheidsopvatting is ook een meer principiële bezwaar gemaakt. Het beginsel van verkregen rechten in het i.p.r. kan, zo is door de meerderheid betoogd, niet zonder meer van toepassing zijn op de inhoud van het recht cq. de eraan verbonden bevoegdheden. Het belangrijkste argument voor regimewisseling bij het passeren van de grens is gelegen in het gesloten karakter van het goederenrechtelijke systeem.

7.10.

Ten einde tot een gefundeerd oordeel over deze kwestie te komen, is de Staatscommissie te rade gegaan bij de rechtspraak en de literatuur. Het duidelijkst is K.Kreuzer in een noot bij een Duits arrest (BGH 11-3-1991) gepubliceerd in IPRax 1993, blz. 157 e.v. Daaruit blijkt dat de opvatting dat het goederenrechtelijke regime zich wijzigt wanneer het goed de grens passeert, ook in Duitsland wordt gehuldigd. Het oorspronkelijk toepasselijke recht houdt op van kracht te zijn. Zie ook Kreuzer, RCADI 1996, tome 259, blz. 77-84, 253-256.

7.11. Situatie bij terugkeer van de zaak in het oorspronkelijke land

De Staatscommissie heeft verder de vraag bezien, wat geldt indien het goed, na vanuit het land A naar land B te zijn overgebracht, naar land A terugkeert dan wel naar een derde land (land C) wordt overgebracht en de vraag naar de rechtstoestand aldaar rijst. Regimewisseling bij het passeren van de grens betekent dat de naar het recht van land B getransponeerde rechtsfiguur van land A nog sterker zou worden vervormd, wanneer het goed naar land C verhuist. Indien het recht in land B als vervallen is beschouwd, zou het bij terugkeer naar land A worden geacht niet meer te bestaan. Dit zijn ongewenste resultaten. Daarom dient voor deze gevallen uitgangspunt te zijn dat wordt onderzocht in hoeverre de oorspronkelijke, in land A ontstane rechtsfiguur rechtstreeks in het systeem van land C kan worden ingepast, met dien verstande evenwel dat eventueel in land B conform het recht van land B ingetreden rechtsfeiten met goederenrechtelijke consequenties in acht worden genomen. Dit brengt mee dat het oorspronkelijke recht "herleeft" bij terugkeer van de zaak naar het oorspronkelijke land dan wel bij overbrenging ervan naar een derde land in welks stelsel het recht kan worden ingepast.

Dit systeem kan aan de hand van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd.

Stel, ten aanzien van een zaak is in Duitsland een verlängerter Eigentumsvorbehalt gemaakt, dat naar Belgisch recht niet en naar Nederlands recht wel als rechtsgeldig wordt beschouwd. Het goed wordt naar België overgebracht, waar een naar Belgisch recht geldig pandrecht erop wordt gevestigd. Vervolgens wordt het naar Nederland overgebracht, waar het wordt geëxecuteerd. De geschetste regeling brengt mee dat het restant van de opbrengst kan worden uitgekeerd aan de Duitse leverancier die het voorbehoud heeft gemaakt. Het feit dat in België een pandrecht is gevestigd, laat onverlet dat het oorspronkelijk op het goed gevestigde recht in Nederland wordt gerespecteerd, met voorrang van het pandrecht.

7.12.

De leden die zich niet scharen achter de opvatting dat regimewisseling plaatsvindt bij overschrijding van de grens, hebben betoogd dat moeilijk verdedigbaar is dat na terugkeer van het object in land A, of bij doorvervoer naar land C, een zekerheidsrecht dat als gevolg van de verplaatsing naar land B was vervallen, weer herleeft. Uit buitenlandse jurisprudentie blijkt evenwel dat de omstandigheid dat het goed zich tijdelijk in land B bevindt, in het geheel niet behoeft te betekenen dat het erop

gevestigde recht bij terugkeer in het land van herkomst niet zou herleven. Zie noot Mezger in Rev. crit. dr. internat. privé 1974, blz. 103. Zie voorts Von Bar, Internationales Privatrecht II, § 759.

7.13. Conclusie omtrent het conflict mobile

Een en ander afwegende is de Staatscommissie in meerderheid van mening dat het de voorkeur verdient uit te gaan van de opvatting dat het goederenrechtelijke regime zich bij overbrenging van de zaak van land A naar land B van rechtswege wijzigt. Voor deze oplossing pleit bovenal dat omtrent de vraag óf het regime na de verplaatsing is gewijzigd, geen twijfel kan bestaan. Men ontloopt voorts de moeilijkheid van het omschrijven van het type rechtsfeit dat de regimewisseling teweeg brengt.

Het meerderheidsstandpunt is neergelegd in een tekstvoorstel voor een nieuw artikel 3. Daarin wordt aangegeven dat het goederenrechtelijke regime na de verplaatsing overeenkomt met het tevoren bestaande regime. Uitgangspunt is het behoud van in het land van eerdere ligging, conform het recht van dat land verkregen rechten. Dit blijkt uit de inleidende woorden van het eerste lid: "Onverminderd artikel 2, tweede lid," . De beperking daarop is gelegen in de woorden "behoudens voor zover zulks overenigbaar is met het recht van die andere Staat". Beoogd is tot uitdrukking te brengen dat in land B niet minder, maar ook niet meer rechten bestaan dan er in land A bestonden en dat geen bevoegdheden worden erkend die verder reiken dan door het dwingende recht van het nieuwe land van ligging zou zijn toegestaan.

De Staatscommissie heeft aanvankelijk overwogen een tweede en een derde lid toe te voegen, waarin worden geregeld het geval van terugkeer naar het land van herkomst en dat van overbrenging naar een derde land. Voor een goed begrip van haar gedachtengang zijn die twee leden, die niet in het uiteindelijke ontwerp zijn opgenomen, hieronder weergegeven. De redactie van de hoofdregel is echter op zodanige wijze aangepast dat deze de in het tweede en het derde lid bedoelde gevallen dekt, zodat deze twee leden overbodig zijn.

Het bedoelde, eerder overwogen tekstvoorstel luidde als volgt:

[1]. Onverminderd artikel 2, tweede lid, verkrijgt een recht op een roerende zaak, indien de zaak naar het grondgebied van een andere Staat wordt verplaatst, in die andere Staat een door het recht van die Staat beheerste inhoud. Deze inhoud komt overeen met die welke dat recht had in de

Staat waar het werd gevestigd, behoudens voor zover zulks onverenigbaar is met het recht van de Staat waarheen de zaak is verplaatst.

[2]. Wordt de roerende zaak nogmaals verplaatst, en wel naar het grondgebied van de Staat van herkomst, dan herleeft de rechtstoestand waarin de zaak vóór de eerste verplaatsing op dat grondgebied heeft verkeer, behoudens het rechtsgevolg van rechtsfeiten die sedertdien hebben plaatsgevonden.

[3]. Wordt de roerende zaak nogmaals verplaatst, doch naar het grondgebied van een derde Staat, dan verkrijgt de zaak de rechtstoestand die in geval van rechtstreekse verplaatsing naar die derde Staat op grond van het eerste lid zou zijn ontstaan, behoudens het rechtsgevolg van rechtsfeiten die sedert de eerste verplaatsing hebben plaatsgevonden.]

De uiteindelijk voorgestelde bepaling inzake conflict mobile luidt als volgt:

Artikel 5

Onverminderd artikel 2, tweede lid, verkrijgt een recht op een roerende zaak, indien de zaak naar het grondgebied van een andere Staat wordt verplaatst, in die andere Staat een door het recht van die Staat beheerste inhoud. Deze inhoud komt overeen met die welke dat recht had in de Staat waar het werd gevestigd, behoudens voor zover zulks onverenigbaar is met het recht van de Staat waarheen de zaak is verplaatst.

8. Artikel 6 (was artikel 3, tweede zin) - Verrijging van een beschikkingsonbevoegde

8.1. Voorstel voor een afzonderlijk artikel

Artikel 3, tweede zin, van het voorontwerp luidt:

Wordt evenwel daarna het bezit van de zaak verkregen, of daarop overeenkomstig het recht van de andere Staat een zakelijk recht gevestigd door een ander dan de oorspronkelijke rechthebbende, dan kan hij zich tegenover deze oorspronkelijke rechthebbende beroepen op het recht van die andere Staat.

De Staatscommissie is van oordeel dat de problemen verband houdend met verkrijging van een beschikkingsonbevoegde, waarop de tweede zin kennelijk mede betrekking heeft, in een afzonderlijk artikel dienen te

worden behandeld. Het gaat hier niet om het conflict mobile bij verplaatsing van een zaak van het ene land naar het andere, maar om de gevolgen van een defect in de rechtsverkrijging.

Zij stelt voor in een afzonderlijk artikel het volgende te bepalen:

Artikel 6

De rechtsgevolgen van de verkrijging van een zaak van een beschikkingsonbevoegde worden beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de zaak zich ten tijde van die verkrijging bevond.

Deze verwijzingsregel abstraheert van het bezit. Zij dekt zowel gevallen van vrijwillig als van onvrijwillig bezitsverlies door de oorspronkelijke rechthebbende. Zij concentreert zich op de problemen vallende onder het oude artikel 2014, thans artikel 86 Boek 3 BW. Artikel 2, tweede lid, impliceert echter dat ook andere gebreken in de verkrijging, zoals gebreken in de titel, eronder vallen. De achterliggende idee is dat de wet die de rechtshandeling van de verkrijging beheerst, zich uitstrekt tot de sancties op de eventuele gebreken in die handeling.

De voorgestelde regel spoort met de beslissingen - welbekend - van Rb Amsterdam 27 november 1932, NJ 1935, pag. 657, en 23 november 1976, AK 10370. Zie ook J.Kosters, *Internationaal Burgerlijk Recht*, 1917, blz. 715, 727; Dicey & Morris, *Conflict of Laws*, 1993, blz. 970, Rule 119; K. Kreuzer, *RCADI* 1996, tome 259, blz. 62-65. Zie voorts Hof Arnhem 5 augustus 1997, NIPR 1997, 343, ov. 5.2., waar verwezen wordt naar een tussenvonnis van 11 februari 1997. Het arrest HR 8 mei 1998 (schilderij Jan van der Heyden), RvdW 1998, 103, NIPR 1998, nr. 194, noot P.Vlas AA november 1998, biedt geen aanknopingspunt voor het voorstellen van een andere regel.

8.2.

Intussen is het dienstig zich rekenschap te geven van de draagwijdte van de voorgestelde keuze, zulks met name voor het geval waarin de zaak zich in Nederland bevindt onder een bezitter die op gebrekkige wijze in het buitenland heeft verkregen. De gekozen oplossing heeft tot gevolg dat artikel 99, eerste lid, Boek 3 BW, buiten toepassing blijft ingeval van verkrijging buitenslands, zowel wanneer, naar het recht van het land van verkrijging, toepasselijk volgens artikel 2, tweede lid, de termijn korter is als ook wanneer die termijn - veel - langer is. Het ligt voorts in de

lijn van de gekozen oplossing dat ook andere Nederlandse bepalingen betreffende de verjaring, zoals de artikelen 104, 306 i.v.m. 314, Boek 3 BW, in zulk een geval buiten toepassing blijven. Voor wat betreft artikel 105 Boek 3 BW komt het goed verdedigbaar voor dat, als naar de toepasselijke vreemde wet de revindicatie is verjaard, de bezitter rechthebbende wordt van de alsdan in Nederland gelegen zaak (voor zover die vreemde wet niet reeds in dat gevolg voorziet).

De voorgestelde regel, die kan worden beschouwd als een uitwerking van de algemene regel van artikel 2, tweede lid, impliceert dat een keuze is gemaakt uit drie mogelijk in aanmerking komende rechtstelsels: het recht van het land waar de rechthebbende de zaak is kwijtgeraakt, het recht van het land waar zij zich op het tijdstip van verkrijging uit handen van een onbevoegde bevond, en het recht van het land waarheen zij vervolgens door de verkrijger is overgebracht en waar hij gedurende kortere of langere tijd het bezit ervan heeft gehad.

8.3. Implementatiewet bescherming cultuurgoederen tegen illegale uitvoer

Tijdens de voorbereiding van haar advies heeft de Staatscommissie kennis genomen van het inmiddels tot Wet verheven wetsvoorstel tot wijziging van enige wetten in verband met de verplichting tot teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lid-staat zijn gebracht en in verband met de uitvoer van cultuurgoederen (Implementatiewet bescherming cultuurgoederen tegen illegale uitvoer, Stb. 1995, 145). Deze wet geeft uitvoering aan, onder andere, de richtlijn nr. 93/7/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lid-staat zijn gebracht. Er valt een onderscheid te maken tussen twee categorieën van gevallen, te weten **a.** de terugvordering van uit lid-staat A gestolen cultuurgoederen, die in lid-staat B worden teruggevonden, en **b.** aanspraken op cultuurgoederen ten aanzien waarvan een exportverbod geldt, welk verbod door de eigenaar is overtreden. Voor deze beide categorieën van gevallen is een wettelijke regeling getroffen, onder meer door invoeging van een nieuw artikel 86a Boek 3 BW, dat derogeert aan artikel 86, betreffende de verkrijging van een onbevoegde. De Staatscommissie leest het nieuwe artikel aldus dat onder "onbevoegdheid" in dit verband mede wordt verstaan het niet mogen exporteren van een cultuurgoed, d.w.z. een onbevoegdheid van de eigenaar zelf.

Naar de mening van de Staatscommissie valt het buiten haar opdracht om zich over de merites van deze nieuwe regelgeving uit te spreken. (Zie hierover een artikel van C. Bollen en G.R. de Groot in Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1995, blz. 1-10). Wel heeft zij de vraag gezien, hoe deze wet zich tot de door haar bepleite verwijzingsregel van artikel 3a verhoudt. In de procedure tot teruggave op verzoek van een lidstaat, als in de richtlijn voorzien, komt de verwijzingsregel niet aan de orde. De teruggave dient plaats te vinden ongeacht wie eigenaar is. De vraag, wie eigenaar is en daarmee de vraag naar het toepasselijke recht, zal pas spelen indien na de teruggave in de verzoekende Staat een revindicatieprocedure wordt geëntameerd.

Stel dat de revindicatieprocedure met betrekking tot een cultuuro goed in Nederland wordt gevoerd. Dit kan zich voordoen zowel wanneer het goed naar Nederland is teruggehaald na overtreding van een exportverbod als wanneer dat geval zich niet heeft voorgedaan. Indien het verweer wordt gevoerd dat de verkrijging in het buitenland heeft plaatsgevonden, zal op de revindicatie naar Nederlands internationaal privaatrecht moeten worden beslist. Naar gelang de verkrijging in een lidstaat of een niet-lidstaat van de Europese Unie heeft plaatsgevonden, geldt volgens het voorgestelde artikel 3a het recht van die lidstaat of die niet-lidstaat voor de civielrechtelijke consequenties van de beweerdte onregelmatige verkrijging.

Sommige leden van de Staatscommissie lezen artikel 12 van de Richtlijn, dat in artikel 1012 Rv wettelijke vorm heeft gekregen, aldus dat met het "nationale recht van de verzoekende lid-staat" wordt bedoeld het eigen, statelijke recht van die Staat, d.w.z. niet-gemeenschapsrecht, en dat die omschrijving overigens geen nadere aanduiding bevat voor de i.p.r.-problematiek. Volgens deze leden dwingen de bepalingen van artikel 12 van de Richtlijn en artikel 1012 Rv er niet toe het interne recht van de verzoekende Staat toepasselijk te achten. Die bepalingen staan er volgens hen niet aan in de weg dat de Nederlandse rechter de voorgestelde artikelen 3a, c.q. 2, tweede lid, zal toepassen. Andere leden zijn daarentegen van mening dat de woorden "het nationale recht van de verzoekende lid-staat" moeten worden verstaan als een verwijzing naar het materiële recht van de verzoekende lid-staat zonder zijn i.p.r. Verwezen is in dit verband naar K.Siehr, Handel mit Kulturgütern in der EWG, NJW 1993, blz. 2206-2209, i.h.b. blz. 2207: das Recht des ersuchenden Staates bestimmt die Frage des Eigentums an dem Kulturgut nach erfolgter Rückgabe (Art. 12 Richtlinie 93/7/EWG). Er mag es also kaufen, verwahren oder sogar wegen Schmuggels für verfallen erklären; idem RCADI 1993, Tome 243, nr. 296, blz. 237. Gimbrère/Pronk, NYIL 1992, blz. 265, die ten aanzien van artikel 12 Rl

opmerken, dat daarin "a uniform rule which derogates from p.i.l." is opgenomen. In die zin ook, met uitvoerige argumentatie, K.Kreuzer, RCADI 1996, tome 259, blz. 173-175. Het betreft hier een interpretatievraag waarover het Hof van Justitie van de EG duidelijkheid zou kunnen verschaffen. Hoe het antwoord ook moge luiden, het is de bedoeling dat de onderhavige wet de Richtlijn en de Implementatiewet bescherming cultuurgoe-deren tegen illegale uitvoer onaangeroerd laat. Om die reden stelt de Sta-atscommissie voor dit in artikel 1, derde lid, tot uitdrukking te brengen.

9. Artikel 7 (was artikel 4) - Eigendomsverkrijging van een gestolen of verloren zaak door de verzekeraar

Artikel 4 van het voorontwerp luidt:

Ongeacht het in artikel 2 bepaalde, wordt in geval van onvrijwillig verlies van het bezit van een zaak die vervolgens naar het grondgebied van een andere Staat is overgebracht, de vraag of in verband met dat verlies een verzekeraar in de rechten van de rechthebbende op die zaak is getreden beoordeeld naar het recht dat worden aangewezen door de regels van internationaal privaatrecht van de Staat op welks grondgebied de zaak zich oorspronkelijk bevond.

Voorgesteld is te bepalen dat de vraag of de verzekeraar van een gestolen zaak in de rechten van de bestolene wordt gesubrogeerd, wordt beheerst door het recht dat wordt aangewezen door het internationaal pri-vaatrecht van het land waar de zaak zich oorspronkelijk bevond. Een dergelijke bepaling geeft echter geen antwoord op de vraag welke regel van internationaal privaatrecht heeft te gelden als de zaak zich oorspronkelijk in Nederland bevond.

Voor het probleem van de eigendomsoverdracht van een gestolen zaak aan de verzekeraar, hierin bestaande dat de bestolen eigenaar als gevolg van de diefstal niet meer in staat is bezit te verschaffen, is in de recht-spraak betreffende het interne Nederlandse recht en vervolgens in het BW een oplossing gevonden, namelijk de mogelijkheid voor de bestolene om de zaak aan de verzekeraar te leveren door een daartoe bestemde akte (artikel 95 Boek 3 BW). Het probleem bestond ook in andere gevallen van onvrijwillig bezitsverlies.

De in artikel 95 Boek 3 BW neergelegde regel van Nederlands goederenrecht geldt, bij strikte toepassing van de lex rei sitae-regel,

alleen indien de zaak zich (nog) in Nederland bevindt. Dit kan echter in vele gevallen van bezitsverlies, bijvoorbeeld diefstal van auto's, niet met zekerheid worden gezegd door de bestolene en de zijnen. Toch is er in deze gevallen een behoefte aan een voorziening. Het belang daarvan is met name dat de verzekeraar zich als rechthebbende kan legitimeren en de zaak, nadat deze is opgespoord, kan revindiceren. Kan aldus aan de verzekeraar zekerheid worden geboden, dan is ook degene die tegen bezitsverlies door diefstal is verzekerd, daarbij gebaat.

Stel: een kostbaar schilderij is gestolen bij de in Duitsland wonende eigenaar; na verloop van geruime tijd wordt het aangetroffen in België gedurende de kijkdagen voorafgaande aan een veiling; de dief, de heler of de koper te goeder trouw woont in Nederland; de verzekeraar van de Duitse bestolene revindiceert het schilderij voor de Nederlandse rechter en beroept zich op zijn, naar Duits recht ingevolge paragraaf 931 BGB verkregen, eigendomsrecht; de gedaagde voert verweer. Hoe moet de Nederlandse bevoegde rechter beslissen op dit verweer? Vgl. Rb Arnhem 27 april 1994 (Mr Pos), NJkort 1994, 12, NIPR 1994, 431, besproken door P.Vlas en J.A.van der Weide in WPNR (1995) 6204.

De Staatscommissie heeft aanvankelijk overwogen voor te stellen dat de zaak in het hier bedoelde geval wordt geacht zich op het tijdstip van eigendomsverkrijging nog te hebben bevonden in de Staat waar het bezitsverlies plaatsvond, in casu Duitsland. Die oplossing heeft het bezwaar van een zekere toevalligheid. Bovendien komt het voor dat de eigenaar in het ongewisse verkeert over de plaats waar hij het bezit van de zaak heeft verloren. In verband daarmee geeft de Staatscommissie, alles afwegende, de voorkeur aan toepasselijkheid van het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst, ook al zou dit een recht zijn waarmee de situatie overigens geen aanknopng vertoont. Deze regel verschaft de verzekeraar de grootst mogelijke zekerheid omtrent zijn positie.

Denkbaar is dat de voorgestelde regel wordt uitgebreid tot gevallen van vrijwillig bezitsverlies, zoals verduistering door een bewaarnemer, een bruiklener of een huurder.

Ook zou kunnen worden overwogen de regel mede van toepassing te doen zijn indien wel bekend is waar de zaak zich na het bezitsverlies bevindt. Dit is in het uiteindelijke voorstel niet opgenomen omdat men daardoor in meer gevallen van de hoofdregel zou afwijken dan strikt noodzakelijk is.

De Staatscommissie meent dat de recente uitspraak van de Hoge Raad van 8 mei 1998 (Jan van der Heyden), RvdW 103, NIPR 1998, nr. 194, geen

aanleiding geeft om tot een ander voorstel te komen. Wel is de door de Hoge Raad in die uitspraak genoemde uitzonderingsregel - toepasselijkheid van het recht van het land waar de roerende zaak zich bevond voordat de diefstal plaatsvond - bruikbaar in het geval van een onverzekerde zaak. Artikel 7 zou derhalve kunnen worden aangevuld met een daartoe strekkende bepaling. Omdat de Staatscommissie geen uitgesproken opvatting heeft over de vraag of er aan een dergelijke aanvulling behoefte bestaat, is deze in het ontwerp tussen vierkante haken geplaatst.

De Staatscommissie merkt op dat de beide leden van het voorgestelde artikel 7 uitzonderingen vormen op de hoofdregel van artikel 6.

Het voorstel van de Staatscommissie luidt als volgt:

Artikel 7

[1] Indien het bezit van een zaak onvrijwillig is verloren en na dat verlies onbekend is in welke Staat de zaak zich bevindt, en indien dit verlies door een verzekering is gedekt, bepaalt het recht dat de verzekeringsovereenkomst beheerst, tevens of en op welke wijze de eigendom op de verzekeraar overgaat.

[2. Indien het bezit van een zaak onvrijwillig is verloren [en na dat verlies onbekend is in welke Staat de zaak zich bevindt, en indien dit verlies niet door een verzekering is gedekt, worden de rechtsgevolgen van goederenrechtelijke rechtshandelingen, door de eigenaar of zijn rechtsopvolger verricht, beheerst door het recht van de Staat waar de zaak zich voor het bezitsverlies bevond.]

10. Artikel 8 (was 5) - Goederen in transitu

Artikel 5 van het voorontwerp luidt:

Het zakenrechtelijke regime met betrekking tot zaken die krachtens een overeenkomst over zee of door meer landen worden vervoerd, wordt beheerst door het recht van de Staat van bestemming. Partijen kunnen overeenkomen dat het recht van de Staat van verzending toepasselijk zal zijn, of het recht dat hun overeenkomst beheerst, maar een zodanig beding heeft geen werking tegenover derden.

De Staatscommissie onderkent dat de in artikel 2 gegeven hoofdregel geen uitkomst biedt in het geval van goederen in transitu. Op het tijdstip van doorverkoop van een zaak die op transport is, of van vestiging daarop van een beperkt recht, kan namelijk onzeker zijn waar die zaak zich bevindt. Rechtspraak met betrekking tot deze problematiek is zeer schaars. Verwezen zij naar het arrest Aegis Wisdom, HR 17 maart 1989, NJ 1990, 427, met name de uitspraak van het Hof Den Haag van 20 maart 1987, die tot dat arrest heeft geleid.

De Staatscommissie kan zich verenigen met de in het voorontwerp opgenomen hoofdregel, die aansluit bij artikel 101 van de Zwitserse i.p.r.-wet. Zij stelt voor in de wet te spreken van een zaak die krachtens een overeenkomst voor internationaal vervoer wordt vervoerd. De regel geldt voor zeevervoer en ook voor vervoer over land of door de lucht. Zij geldt mede voor het geval dat het vervoer onder cognossement plaatsvindt. De Staatscommissie prefereert de aanknoping aan het recht van de Staat van bestemming omdat de vraag, wie eigenaar van de goederen is, pas op het tijdstip van de lossing zal rijzen. In Nederland pleegt men ervan uit te gaan dat Nederlands recht van toepassing is indien Nederland het land van bestemming is. Dat heeft het voordeel dat de Nederlandse rechter zijn eigen recht toepast.

Onder "Staat van bestemming" dient in dit verband te worden verstaan de door partijen aangewezen Staat van bestemming. Dat behoeft niet noodzakelijk de Staat te zijn waar de goederen uiteindelijk worden gelost. Denkbaar is dat de bestemming tijdens de reis wordt gewijzigd. Of dan het recht van de Staat van de oorspronkelijke bestemming dan wel van de latere bestemming van toepassing is, zal afhangen van de vraag of het goederenrechtelijke rechtsfeit voor of na de wijziging van de bestemming heeft plaatsgevonden.

De tweede zin van artikel 5 van het voorontwerp is ontleend aan artikel 104 van de Zwitserse i.p.r.-wet. De Staatscommissie heeft zich afgevraagd in hoeverre de praktijk gediend is met de mogelijkheid van een afwijkend beding waarbij het recht van de Staat van verzending dan wel het recht dat de overeenkomst beheerst, als toepasselijk wordt aangewezen, indien een dergelijk beding niet tegenover derden werkt. Haar bevindingen zijn als volgt.

In de doctrine en in de praktijk wordt gepleit voor de mogelijkheid van een (beperkte) rechtskeuze met werking tegenover derden. Partijen bij de koop van zaken plegen zich niet druk te maken over het goederenrechte-

lijke regime met betrekking tot die zaken. Maken zij een rechtskeuze, dan gaan zij ervan uit dat het goederenrechtelijke regime door het gekozen recht wordt beheerst. Voorbeelden zijn standaardcontracten als Gafta en Fosfa, waarin een keuze voor Engels recht wordt gemaakt.

Voor praktische doeleinden wordt de keuze voor het recht dat de overeenkomst beheerst voldoende geacht. Een keuze voor het recht van het land van verzending wordt minder gelukkig gevonden, omdat na vertrek uit dat land de band met dat land is verbroken en deze ook niet wordt hersteld. Partijen staan doorgaans in geen enkele relatie tot dat land, waarvan het recht soms minder kenbaar of ontwikkeld is. Vgl. H.Boonk, Zeerecht en i.p.r., 1998, blz. 111.

De Staatscommissie meent voorts dat in de wet tot uitdrukking dient te komen dat een in de overeenkomst opgenomen rechtskeuze wordt geacht mede de goederenrechtelijke aspecten te omvatten. Dat zulks het geval is, behoeft dan niet uitdrukkelijk in de overeenkomst te worden bepaald. Vergelijk de hierna, par. 17 en 18, te bespreken regeling betreffende de cessie van vorderingen op naam, geënt op het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 1997, NJ 1998, 585.

De voorgestelde bepaling is, evenals de hoofdregel, toepasselijk bij vervoer over zee, per trein of over de weg. Gesproken wordt van de "tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst". Bedoeld is dus de koopovereenkomst, niet de vervoersovereenkomst, welke laatste voor de goederenrechtelijke aspecten van de transactie minder relevant is.

De Staatscommissie meent dat de hier bedoelde aanwijzing van het toepasselijke recht ook geldt bij vervoer onder cognossement. In dit verband is de vraag gesteld of de wet dient aan te geven welk recht bepaalt of het cognossement de zaak vertegenwoordigt. Zie het hierna, par 13, te bespreken artikel 8 van het voorontwerp. De Staatscommissie meent in meerderheid dat dit niet noodzakelijk is.

De Staatscommissie komt tot de volgende formulering:

Artikel 8

1. Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak die krachtens een overeenkomst van internationaal vervoer wordt vervoerd, wordt beheerst door het recht van de Staat van bestemming.

2. In afwijking van het eerste lid wordt een aanwijzing van het recht dat toepasselijk is op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst geacht mede betrekking te hebben op het goederenrechtelijke regime met betrekking tot de vervoerde zaak.

11. Artikel 6 (vervallen) - Eigendomsvoorbehoud

Artikel 6 van het voorontwerp luidt:

De vraag of een ingevolge een buitenlands recht gemaakt eigendomsvoorbehoud in Nederland ten aanzien van een zich aldaar bevindende zaak geldend kan worden gemaakt tegenover derden, wordt beheerst door Nederlands recht.

Het eigendomsvoorbehoud werd hiervoor besproken in par. 5. Voorgesteld is de opnemng van een artikel dat volgt op artikel 2.

12. Artikel 7 (vervallen) - Eigendomsoverdracht tot zekerheid

Artikel 7 van het voorontwerp luidt:

Op een ingevolge buitenlands recht verrichte eigendomsoverdracht tot zekerheid van een zich in Nederland bevindende zaak kan tegenover derden geen beroep worden gedaan.

Aan een afzonderlijke bepaling met betrekking tot fiduciaire eigendomsoverdracht bestaat evenmin behoefte. De in artikel 3 opgenomen regeling betreffende het conflict mobile kan ertoe leiden dat een dergelijke rechtsfiguur bij overbrenging van de zaak naar Nederland wordt geconverteerd in een bezitloos pandrecht naar Nederlands recht. Zie overgangswet NBW, artikel 86.

13. Artikel 8 (vervallen) - Waardepapieren

Artikel 8 van het voorontwerp luidt:

1. De vraag of een waardepapier een zaak vertegenwoordigt wordt beheerst door het recht van de Staat waar degene die het waardepapier het eerst heeft uitgegeven is gevestigd.

2. Het zakenrechtelijke regime met betrekking tot een waardepapier en de zaak die het vertegenwoordigt wordt beheerst door het recht van de Staat waar het papier zich telkens bevindt.

De Staatscommissie heeft deskundig advies ingewonnen over de vraag of de praktijk behoefte heeft aan een regeling van de goederenrechtelijke aspecten van zaken representerende waardepapieren. Het betreft in de praktijk alleen cognossementen en celen. Haar is medegedeeld dat daaraan geen behoefte is. Zie in dit verband thans ook H.Boonk, Zeerecht en i.p.r., 1998, blz. 111-116, die groot gewicht toekent aan de plaats van ligging van de zaak zelf waarop het cognossement betrekking heeft. Daarom stelt zij voor artikel 8 te laten vervallen.

14. Titel 3 - Vorderingsrechten en aandelen - algemeen

In de inleidende beschouwing (par. 1.2) is reeds vermeld dat de Staatscommissie aanleiding heeft gezien om een serie regels op te stellen betreffende het goederenrechtelijke regime inzake vorderingsrechten en aandelen. Het is de Staatscommissie gebleken dat er in de praktijk een duidelijke behoefte bestaat aan een regeling voor de diverse rechtsfiguren die op dit gebied worden gehanteerd. Die regeling dient een antwoord te geven op de verschillende zich voordoende vragen van internationaal privaatrecht.

De Staatscommissie is, in het bijzonder met betrekking tot vorderingen op naam en aandelen op naam, op een aantal vragen gestuit die haar ertoe hebben gebracht om nadere informatie in te winnen van deskundigen op dit specifieke terrein. Daartoe heeft zij zich bij brief van 27 januari 1994 tot het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen gewend. Een uit leden van dat genootschap samengestelde werkgroep heeft zijn bevindingen in een memorandum d.d. 24 november 1994 neergelegd. In een volgend stadium hebben enige leden van deze werkgroep aan het overleg in de Staatscommissie deelgenomen. Later hebben daarin ook, op daartoe strekkende uitnodiging, geparticipeerd twee vertegenwoordigers van het kantoor Clifford Chance. Hun inbreng had meer specifiek betrekking op de cessie van vorderingen op naam in verband met de internationale financiering van transportmaterieel en dergelijke. Over deze en aanverwante kwesties is verder een uitvoerige nota ontvangen van prof. mr J.H. Dalhuisen. Met

betrekking tot effectengiro's is informatie ingewonnen van een bedrijfsjurist van Necigef (Nederlands Centraal Instituut voor Giraal Effectenverkeer). Verder is hierover het advies ingewonnen van prof. Mr S.E.Eisma en prof. Mr W.A.K.Rank. Ten slotte verdient vermelding dat de Staatscommissie heeft kennisgenomen van een bijdrage aan een congres van de International Bar Association in oktober 1994 (Randall D. Guynn, Fundamental Issues in Modernizing National Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws), alsmede van een rapport van het secretariaat van Uncitral, getiteld Assignment in receivables financing, Discussion and Preliminary Draft of uniform rules, bestemd voor de achtentwintigste zitting van die organisatie, van 2-26 mei 1995, A/CN.9/ 412, en van een document van een werkgroep over "International Contract Practices" van Uncitral, 28e zitting, New York, 2 - 13 maart 1998, A/CN. 9/ WG. II/WP.96.

Voor de uiteindelijke vormgeving van haar voorstellen heeft de Staatscommissie zich laten inspireren door de gedetailleerde, zeer verhelderende beschouwingen over transacties met aandelen en vorderingen aan toonder die haar op haar verzoek zijn gepresenteerd door prof. Mr C.AE. Uniken Venema. Voor zijn bijdrage, ook aan de uitwerking van de voorgestelde bepalingen, is zij hem veel dank verschuldigd.

Hierna volgt een artikelsgewijze bespreking van de voorstellen van de Staatscommissie.

15. Het begrip "gewone verblijfplaats"

Zoals hierna zal blijken, heeft de Staatscommissie voor de cessie niet gekozen voor een aanknopng aan de gewone verblijfplaats van de cedent. De door haar voorgestelde oplossing maakt een nadere omschrijving van die gewone verblijfplaats, ingeval het een bedrijf betreft, overbodig.

16. Artikel 9 - De kwalificatie van de vordering of het aandeel

In de loop van haar besprekingen is de Staatscommissie gekomen tot enigszins van elkaar afwijkende oplossingen voor vorderingen op naam en vorderingen aan toonder (artikelen 10 en 11), onderscheidenlijk aandelen op naam en aandelen aan toonder (artikelen 12 en 13). Aan de vraag, of bijvoorbeeld op de overdracht van een vordering artikel 10 dan wel artikel 11 moet worden toegepast, gaat de vraag vooraf, of men met een vordering op naam te maken heeft dan wel met een vordering aan toonder. Indien de vordering in een stuk belichaamd is, kan het voorkomen dat zij naar Neder-

lands recht als een toondervordering wordt beschouwd, maar naar het recht van een andere Staat, waar het stuk wordt verhandeld, als een vordering op naam. Het is van belang dat die kwalificatievraag voor het Nederlandse internationaal privaatrecht naar één recht wordt beantwoord. Ten einde tegemoet te komen aan de behoeften van het internationale effectenverkeer, stelt de Staatscommissie een regel voor die voorziet in een toetsing aan de hand van het recht van de Staat van ligging van het stuk. Is de vordering niet in een stuk belichaamd, dan kan zij niet anders zijn dan een vordering op naam. Zie voor een nadere toelichting de aantekeningen bij artikel 11 (par. 21.3). Voor aandelen wordt dezelfde regel voorgesteld.

De door de Staatscommissie voorgestelde bepaling luidt als volgt:

Artikel 9

1. Indien een vordering belichaamd is in een stuk, bepaalt het recht van de Staat op welks grondgebied het stuk zich bevindt, of de vordering een vordering op naam is dan wel een vordering aan toonder.

2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op aandelen.

17. Artikel 10 - Vorderingen op naam

17.1. Inleiding

De Staatscommissie heeft zich uitvoerig beraden over de voor te stellen conflictenregels met betrekking tot vorderingen op naam. Aan de orde is geweest de vraag of, en zo ja in hoeverre de materie kan worden geacht te worden bestreken door artikel 12 EVO, en of de regels van dat artikel voor overeenkomstige toepassing in aanmerking komen. Daarbij zij aanstonds opgemerkt dat beoogd is een regeling op te stellen die mede betrekking heeft op vorderingen uit andere bron dan uit overeenkomst. Verder zijn in de beschouwingen betrokken de artikelen 105 en 145 van de Zwitserse i.p.r.-wet en in verband daarmee de vraag of voor de verpanding van vorderingen een regel moet worden geformuleerd die afwijkt van de regel voor cessie. Voorts heeft de Staatscommissie zich afgevraagd of bij de beoordeling van de werking van de cessie tegenover derden een onderscheid dient te worden gemaakt naar gelang het de debitor cessus dan wel andere derden betreft.

17.2. Artikel 10, eerste lid - De vatbaarheid van vorderingen op naam voor overdracht c.q. vestiging van beperkte rechten

De Staatscommissie acht het van belang dat de wet een afzonderlijk antwoord geeft op de vraag naar de vatbaarheid van een vordering voor overdracht c.q. voor vestiging van beperkte rechten. Het betreft de vraag of een vordering hoogstpersoonlijk en dus onoverdraagbaar is. Onzeker is of artikel 12, tweede lid, EVO de vatbaarheid voor vestiging van beperkte rechten mede bestrijkt. Hoe dit zij, het komt de Staatscommissie passend voor de regel van dat artikellid van overeenkomstige toepassing te verklaren en het eerste lid van artikel 10 als volgt te formuleren:

1. De vatbaarheid van een vordering op naam voor overdracht dan wel voor vestiging daarop van rechten wordt beheerst door het recht dat op de vordering van toepassing is.

Uiteraard laat deze bepaling onverlet de toepassing van artikel 12, tweede lid, EVO. Ingeval het EG-Hof tot een andere interpretatie mocht komen dan de hier gegeven interpretatie, geldt de interpretatie van het EG-Hof. Dit geldt evenzeer ten aanzien van de de overige leden van artikel 10.

18. Artikel 10, tweede lid - Rechtskeuze ten aanzien van de overige elementen van het goederenrechtelijke regime?

18.1. Inleiding

In par. 2 werd reeds gesignaleerd dat in de tekstvoorstellen van de Staatscommissie onder "overdracht" fiduciaire overdracht mede is begrepen. Zie in dit verband artikel 1, tweede lid, tweede zin, op grond waarvan, indien het aangewezen recht het Nederlandse recht is, het feit dat een fiduciaire overdracht aan een trustee in de zin van het Trustverdrag wordt beoogd, op zichzelf geen ongeldige titel oplevert.

18.2.

De Staatscommissie heeft in haar aanvankelijke discussies vier mogelijke aanknopingen onder ogen gezien, te weten aanknoping aan het recht dat de vordering beheerst, aan het recht van de plaats van vestiging van de debiteur, onderscheidenlijk van de crediteur (cedent) of aan het recht dat de overeenkomst tot cessie beheerst. Zij heeft aanvankelijk gemeend de door R.I.V.F. Bertrams en H.L.E. Verhagen, WPNR (1993) 6088, bepleite aanknoping aan het cessiestatuut (artikel 12, eerste lid, EVO) en daarmee ook de

rechtskeuze te moeten afwijzen. Het eventueel gekozen recht van de contractuele verhouding die aan de cessie (of de vestiging van het recht) ten grondslag ligt, zou voor derden niet of moeilijk kenbaar zijn.

De Staatscommissie heeft ook de aanknopng aan het recht van de plaats van vestiging van de cedent in overweging genomen. Zie in dit verband par. 19, eerste alinea, betreffende het recht dat van toepassing is bij gebreke van een rechtskeuze. Zoals hierna zal blijken, stuit die oplossing op een aantal praktische bezwaren, die met name rijzen wanneer Nederlands recht de overdracht beheerst.

Na consultatie van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen en van enige gespecialiseerde advocaten van het kantoor Clifford Chance te Amsterdam is zij echter tot de slotsom gekomen dat een rechtskeuze voor de praktijk wenselijk is en niet op onoverkomelijke bezwaren stuit. Inmiddels heeft de Hoge Raad zich in een arrest van 16 mei 1997 (Brandsma qq v. Hansa Chemie AG), NJ 1998, 585, uitgesproken over de vraag naar het op de cessie van een vordering op naam toepasselijke recht. Het arrest berust op de opvatting dat artikel 12, eerste lid, EVO mede ziet op de goederenrechtelijke aspecten van de overdracht van een vordering. De Hoge Raad geeft voor die opvatting een aantal argumenten. Daarnaast hecht de Staatscommissie ook waarde aan de argumenten die tijdens haar gedachtenwisseling met externe deskundigen over dit onderwerp naar voren zijn gebracht en die hierna, par. 18.3 t.m. 18.8 zullen worden beschreven.

Het arrest van 16 mei 1997 heeft reeds aanleiding gegeven tot verschillende commentaren naast de noot van Th.M. de Boer in NJ 1998, 585, o.a. van L.F.A.Steffens, NTBR 1997, nr. 7, blz. 212-219; D.Rijpma, WPNR (1998) 6297; H.L.E. Verhagen, JOR 1997, blz. 77; P. Vlas, Ars Aequi 1998, nr. 3, blz. 213-220; T.H.D. Struycken, Bedrijfsjuridische berichten, 1998, nr. 5, blz. 61; idem, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1998, blz. 357; M.Koppenol-Laforce, NILR 1998, nr. 1, blz. 129-137; W.A.K.Rank, De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, rede 20 januari 1998, Nijmegen.

18.3. Opvatting van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen

Uit het memorandum d.d. 24 november 1994 van de werkgroep van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen blijkt dat de voorkeur van de internationale bankpraktijk uitgaat naar een systeem dat voor wat betreft het toepasselijke recht in de verhouding tussen de cedent en de cessionaris maximale flexibiliteit geeft. Denkbaar is - aldus dat memorandum - partijen de vrijheid te geven zelf het toepasselijke recht te kiezen. Deze flexibiliteit zou evenwel geen afbreuk mogen doen aan de rechtszekerheid van de

debitor cessus. Op de vraag naar de grenzen van de rechtskeuze is in het memorandum echter niet nader ingegaan.

18.4. Internationale financieringen in de praktijk

Door vertegenwoordigers van Clifford Chance is een uiteenzetting gegeven van de internationale financieringspraktijk, zals bijvoorbeeld met betrekking tot transportmaterieel, alsmede financieringsvormen zoals effectisering ("securitization") en factoring. Deze uiteenzetting is mede bepalend geweest voor de oordeelsvorming in de Staatscommissie.

Vanuit de Nederlandse optiek kan men in de internationale financieringspraktijk van grote investeringen twee typen van transacties onderscheiden.

Transacties van het eerste type zijn die waarbij Nederlandse bedrijven ter financiering van door hen te verwerven productiegoederen gebruik maken van de diensten van buitenlandse financiers. De reden daarvoor is gelegen in de wens om gebruik te maken van belastingvoordelen die het buitenland biedt en die in de regel bestaan uit investeringssubsidies en/of uitstel van buitenlandse vennootschapsbelasting door versnelde afschrijving.

Transacties van het tweede type zijn die waarbij buitenlandse bedrijven ter financiering van door hen te verwerven productiemiddelen, bijvoorbeeld ter vermindering van bronbelasting, gebruik wensen te maken van een Nederlandse financieringsmaatschappij om van de door Nederland gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting te kunnen profiteren.

Andere financieringsvormen die internationaal worden toegepast, zijn factoring, waarbij een crediteur zijn debiteurenbestand tegen een discount voor risico, tijd en kosten overdraagt aan een derde (de factoringmaatschappij); bij securitization geeft die derde, meestal een speciaal voor dat doel opgerichte vennootschap, met die vorderingen als zekerheid waardepapieren uit. Zie hierover R.A.Dudok van Heel, Enkele juridische aspecten van "securitization" (cessie in het internationaal privaatrecht) en M.H.F. Rongen, Enige beschouwingen omtrent asset backed securitization, beiden in de bundel Financiering en aansprakelijkheid, (red. S.C.J.J. Kortmann e.a.), Zwolle 1994.

Een voorbeeld van het eerste type:

Een door een Nederlandse luchtvaartmaatschappij in gebruik te nemen vliegtuig wordt door de producent verkocht en geleverd aan een investeringsmaatschappij in een derde land dat voor transacties als de onderhavige fiscale voordelen biedt.

De investeringsmaatschappij financiert de aankoop deels uit eigen middelen en deels met vreemd geld, geleend van een Nederlandse bank, bij wie een bedrag gelijk aan de lening à deposito wordt gestort door de luchtvaartmaatschappij.

De investeringsmaatschappij leest het vliegtuig aan de Nederlandse luchtvaartmaatschappij en cedeert de leasetermijnen die laatstgenoemde verschuldigd zal worden tot zekerheid van haar eigen verplichtingen aan de bank.

De bank kan de door de luchtvaartmaatschappij verschuldigde leasetermijnen verrekenen met de door de bank op het deposito verschuldigde rente (en eventueel de hoofdsom), terwijl de bank evenzeer de door haar aan de investeringsmaatschappij af te dragen leasetermijnen verrekent met de door deze aan de bank op de lening verschuldigde rente en (de termijnen van) de hoofdsom.

Het buitenlandse fiscale voordeel komt primair de investeringsmaatschappij ten goede. De investeringsmaatschappij mag versneld afschrijven, waardoor haar fiscale winst tijdelijk lager wordt en eerst in latere jaren wordt gerealiseerd. Het voordeel hiervan is dat verschuldigde vennootschapsbelasting per saldo later betaald hoeft te worden en met dit bedrag intussen winst kan worden gemaakt. Indirect profiteert ook de Nederlandse luchtvaartmaatschappij ervan, omdat een deel van het voordeel wordt doorgegeven in de vorm van verlaging van de leasetermijnen.

Het is de bedoeling dat de transactie de balans van de bank niet verlengt. Indien zulks niet mogelijk is, zal de lening van de bank aan de investeringsmaatschappij duurder worden vanwege het solvabiliteitsbeslag; deze extra kosten van de investeringsmaatschappij worden vervolgens in de leasetermijnen gecalculeerd en komen uiteindelijk ten laste van de luchtvaartmaatschappij.

Een voorbeeld van het tweede type transactie:

Een door een buitenlandse luchtvaartmaatschappij in gebruik te nemen vliegtuig wordt door de producent geleverd aan een investeringsmaatschappij in een derde land, die het vliegtuig financiert, wederom deels met eigen middelen en deels met vreemd geld, geleend van een bank.

Ter vermindering van bronbelasting leest de investeringsmaatschappij vervolgens het vliegtuig aan een speciaal voor dat doel opgerichte Nederlandse BV. Het vliegtuig wordt daarna door de BV gesubleased aan de luchtvaartmaatschappij.

De BV cedeert de subleasetermijnen aan de investeringsmaatschappij tot zekerheid van de door haarzelf verschuldigde leasetermijnen, terwijl de investeringsmaatschappij op haar beurt de subleasetermijnen en de leasetermijnen tot zekerheid van haar eigen verplichtingen cedeert aan de bank.

Een voorbeeld van securitization:

Een Spaanse bank cedeert haar vorderingen op cliënten, die door Spaans recht worden beheerst, aan een Nederlandse vennootschap, die op haar beurt schuldpapier uitgeeft dat door een Engelse bank wordt geplaatst. Tot zekerheid voor de verplichtingen uit het schuldpapier worden de vorderingen op de Spaanse debiteuren gecedeerd aan een Engelse trustee.

Bij bovenvermelde financieringen kan toepasselijkheid van het Nederlandse recht op de cessie problemen opleveren zowel door het fiduciaverbod als door het vereiste van mededeling van de cessie aan de debitor cessus; een en ander wordt in de volgende paragrafen nader uitgewerkt.

18.5. Het verbod van cessie tot zekerheid

Om te bereiken dat bij internationale leasetransacties verrekening kan plaatsvinden, is het essentieel dat de (sub)-leasetermijnen tot zekerheid kunnen worden gecedeerd. De bank in het eerste in par. 18.4 genoemde voorbeeld is zowel crediteur als debiteur van de buitenlandse investermingsmaatschappij, en zowel crediteur als debiteur van de luchtvaartmaatschappij; ingeval een partij niet aan zijn verplichtingen voldoet, kan de bank derhalve verrekenen. Indien Nederlands recht de cessie beheerst, wordt een dergelijke transactie echter verhinderd door het bepaalde in artikel 84, derde lid, Boek 3 BW; een in plaats van zekerheidscessie naar Nederlands recht wel toegestaan pandrecht maakt de mogelijkheid om te verrekenen hoogst dubieus.

Zulks betekent dat in het bedoelde voorbeeld verrekening niet mogelijk zou zijn indien de te formuleren Nederlandse conflictenregel zou voorzien in de toepasselijkheid van het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent (de luchtvaartmaatschappij in de relatie tot de bank), van de cessionaris (de bank in de relatie tot de investeringsmaatschappij), het recht dat de gecedeerde vordering beheerst indien dit het Nederlandse recht is, of het recht dat (een van de) overeenkomsten tot cessie beheerst indien dat het Nederlandse recht is.

In het tweede in par. 18.4. genoemde voorbeeld is verrekening niet mogelijk indien het op de cessie toepasselijke recht zou zijn dat van de cedent (de BV in de relatie tot de investermingsmaatschappij), het recht dat de gecedeerde vordering beheerst indien dit het Nederlandse recht is, of het recht dat (een van de) overeenkomsten tot cessie beheerst indien dit het Nederlandse recht is.

Ook de wens de transacties niet tot solvabiliteitsbeslag bij de bank te doen leiden, is alleen te verwezenlijken indien de (sub)-leasetermijnen tot zekerheid kunnen worden gecedeerd, m.a.w. indien ander recht dan Nederlands recht de cessie beheerst; een verpanding van de (sub)-leasetermijnen, die naar Nederlands recht mogelijk is, voorkomt solvabiliteitsbeslag niet.

18.6.

Van belang is voorts dat op transacties als hier bedoeld veelal Engels recht van toepassing wordt verklaard, ook als dat recht niet bij het geval is betrokken. Aldus wordt in een aantal gevallen tegemoet gekomen aan de wens om toepasselijkheid van Nederlands recht te vermijden. Van meer belang is nog dat men ernaar streeft de gehele operatie onder één recht te brengen.

De Staatscommissie onderkent dat Nederland niet bij machte is door middel van bepalingen van internationaal privaatrecht in deze sturing te geven aan internationale financiering en andere grote bankactiviteiten.

18.7. Het mededelingsvereiste bij cessie

Bij toepasselijkheid van Nederlands recht is bij internationale factoring en securitization voorts een belangrijk obstakel het vereiste van mededeling van de cessie aan de debiteur van de vordering; zie artikel 94, eerste lid, Boek 3 BW.

Zou de Nederlandse conflictenregel voorzien in de toepasselijkheid van het recht van de gewone verblijfplaats van de cessionaris, dan zou bij het derde in par. 18.4 genoemde voorbeeld van de overdracht van de vorderingen aan de Nederlandse vennootschap mededeling moeten worden gedaan aan de Spaanse debiteuren, hoewel het Spaanse interne recht die mededeling niet vereist. Zou de conflictenregel echter voorzien in de toepasselijkheid van het recht van de cedent, dan zou de overdracht aan de Engelse trustee, als deze al niet door het fiduciaverbod zou zijn getroffen, slechts geldig zijn indien daarvan mededeling wordt gedaan aan de Spaanse debiteuren.

18.8. Opeenvolgende cessies in het internationale verkeer

Ten slotte is gesignaleerd dat bij internationale transacties door financiers vaak de eis wordt gesteld dat tot zekerheid aan hen gecedeerde vorderingen kunnen worden doorgecedeerd. Indien de Nederlandse conflictenregel alleen een objectieve aanknopng zou kennen, zou dit, zodra Nederlands recht volgens die conflictenregel toepasselijk zou zijn, leiden tot een steeds wisselend goederenrechtelijk regime met betrekking tot dezelfde vordering, hetgeen tot allerlei complicaties aanleiding kan geven.

18.9. Conclusies met betrekking tot de wenselijkheid van rechtskeuze bij cessie

De hiervoor gegeven uiteenzetting is voor de Staatscommissie aanleiding geweest om de mogelijkheid van aansluiting bij de obligatoire overeenkomst tot cessie, en daarmee de rechtskeuze, nader te bezien.

Daarbij is ook aandacht gegeven aan het reeds genoemde artikel 145 van de Zwitserse i.p.r.-wet, dat voor de contractuele cessie van een vordering een rechtskeuze toestaat, evenals artikel 105 voor het geval van verpanding van vorderingen. Die artikelen luiden als volgt:

Article 145

1. La cession contractuelle de créances est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable a la créance cédée; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation.

2. L'élection de droit relative à la cession d'une créance d'un travailleur n'est valable que dans la mesure où l'article 121, 3e alinea, relatif au contrat de travail, l'admet.

3. La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession.

4. Les questions concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession.

Article 105

La mise en gage de créances, de papiers-valeurs ou d'autres droits, est régie par le droit choisi par les parties. Cette élection de droit n'est pas opposable aux tiers.

2. A défaut d'élection de droit, la mise en gage de créances ou de papiers-valeurs est régie par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du créancier-gagiste; la mise en gage d'autres droits est régie par le droit qui s'applique à ceux-ci.

3. Le débiteur ne peut se voir opposer un droit autre que celui qui régit le droit mis en gage.

Beide artikelen kennen een belangrijke beperking op het gevolg van de rechtskeuze. De Staatscommissie is van oordeel dat die beperkingen aan de rechtskeuze ernstig afbreuk doen.

Bij het bepalen van de mate waarin rechtskeuzevrijheid zou moeten worden toegelaten, is meegewogen de vraag in hoeverre daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de belangen van schuldeisers van de cedent.

De positie van de debiteur van de gecedeerde vordering komt hierna, par. 20, afzonderlijk aan de orde.

In het algemeen pleit voor de rechtskeuze in het internationaal privaatrecht dat er geen jurisprudentie is waaruit blijkt dat van die vrijheid misbruik wordt gemaakt. De schuldeisers van de cedent zijn voorts voor hun bescherming niet geheel afhankelijk van het recht dat op de cessie toepasselijk is. In een faillissement van de cedent zal de curator een beroep kunnen doen op de bescherming van het recht dat van toepassing is op dat faillissement (pauliana). De positie van de curator die gebruik wenst te maken van de pauliana, moet worden bezien in het licht van het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 1997 (Gustafsen qq - Mosk Kraanverhuur), RvdW 1997, 208; noot H.L.E. Verhagen in JOR 1997, 146; noot T. Bos, NILR 1998, blz. 262. Daaruit valt af te leiden dat de paulianavordering niet alleen aan de lex concursus moet worden getoetst, maar ook aan de "lex causae" (niet zijnde de lex concursus), in de onderhavige materie het recht dat de cessie beheerst, zodat de pauliana slechts dan toewijsbaar is indien zowel aan de eisen van de lex concursus als aan die van de lex causae is voldaan. Door middel van keuze van een pauliana-bestendig recht voor de cessie zouden cedent en cessionaris de positie van de schuldeisers van de cedent ongunstig kunnen beïnvloeden, zulks in vergelijking met het recht dat de cessie zou beheersen bij gebreke van een rechtskeuze. Niets verzet zich er echter tegen de rechtskeuze zelf aan te tasten op grond van benadeling van crediteuren indien daartoe gronden zijn.

In verband met het voorgaande, en met de omstandigheid dat de praktijk thans reeds werkt met de keuze voor een rechtsstelsel dat geen reële band met de transactie heeft, stelt de Staatscommissie voor dat op de cessie toepasselijk wordt verklaard het recht dat de obligatoire overeenkomst beheerst die tot cessie verplicht, en dat aldus de mogelijkheid wordt geopend van rechtskeuze ook voor de cessie zelf. Deze oplossing ligt, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld, besloten in artikel 12 EVO. Ook spoort zij met de opvatting van sommige landen, volgens welke er geen onderscheid is tussen de obligatoire en de goederenrechtelijke aspecten van de cessie. Voor een rechtskeuze pleit naar de mening van de Staatscommissie ook dat, naast de kwestie van artikel 84, derde lid, Boek 3 BW, alleen de kennisgeving aan de debiteur als constitutief vereiste voor de overgang van de vordering op de cessionaris een probleem oplevert. Erkend wordt dat door rechtskeuze voor cessie in het internationaal privaatrecht mogelijk te maken, ruimte wordt gegeven voor het ontwijken van het fiduciaverbod en het mededelingsvereiste, twee vereisten voor een geldige cessie die welbewust in het nieuw Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen.

Ter illustratie van de wenselijkheid van een rechtskeuze is genoemd het voorbeeld van een Nederlands bedrijf dat een vordering heeft die door Engels recht wordt beheerst. In dat geval kan men zich - verondersteld dat het recht dat de vordering beheerst, zou moeten gelden als het cessiestatuut - afvragen of het wenselijk is dat dat bedrijf die vordering wel onder trustverband naar Engels recht kan brengen, maar niet kan verpanden. Omgekeerd komt het onwenselijk voor dat - het Trustverdrag daargelaten - een Engels pensioenfonds in de vorm van een trust, dat kapitaal in Nederland onderbrengt, zou worden verhinderd de door Nederlands recht beheerste vorderingen die dat kapitaal vertegenwoordigen, bijvoorbeeld Nederlandse obligaties, op dezelfde wijze als Engelse activa onder het trustverband van dat pensioenfonds te brengen.

Zou het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent gelden als cessiestatuut, dan zou in het laatste voorbeeld artikel 84, derde lid, Boek 3 BW een obstakel vormen.

Ten slotte is erop gewezen dat de gekozen oplossing de mogelijkheid onverlet laat dat derdenbeslag op de vordering wordt gelegd. Derdenbeslag is ook een beschikkingshandeling in zoverre de beschikkingsbevoegdheid en de inningsbevoegdheid van de schuldeiser ten laste van wie beslag wordt gelegd, worden geblokkeerd. Deze wordt in de regel beheerst door het recht van de plaats van vestiging van de derdebeslagene. Vgl. artikel 700 Rv en HR 26 november 1954 (Lindeteves, NJ 1955, 698, noot DJV, alsmede, voor wat betreft de werking van een buitenlands faillissement met betrekking tot

vorderingen van de failliet op een in Nederland gevestigde debiteur, HR 2 juni 1967, NJ 1968, 16, HR 31 mei 1996 (De Vleeschmeesters), NJ 1998, 108, noot ThMdB, AA 1997, nr. 4, blz. 232, noot P.Vlas, HR 24 oktober 1997 voornoemd. Cessie, verpanding en andere beschikkingshandelingen zullen aan het gevolg van derdenbeslag geen afbreuk kunnen doen. Dit noopt de Staatscommissie er dan ook niet toe een andere regeling voor te stellen.

18.10. Voorstel

De door de Staatscommissie voorgestelde bepaling inzake het goederenrechtelijke regime van vorderingen op naam luidt als volgt:

2. Voor het overige wordt het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een vordering op naam beheerst door het recht dat de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst beheerst. Dat recht bepaalt in het bijzonder:

- a. welke vereisten aan een overdracht of vestiging worden gesteld;***
- b. wie gerechtigd is tot uitoefening van de in de vordering besloten rechten;***
- c. welke rechten op de vordering kunnen rusten en welke de aard en de inhoud van deze rechten zijn;***
- d. op welke wijze de onder c. bedoelde rechten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is.***

De voorgestelde regeling bouwt voort op de interpretatie die door de Hoge Raad in zijn arrest van 16 mei 1997 aan artikel 12, eerste lid, EVO is gegeven. Die interpretatie impliceert dat partijen bij de overeenkomst die verplicht tot cessie een vrije rechtskeuze hebben, welke keuze mede betrekking heeft op de goederenrechtelijke aspecten. De vraag of het, gegeven de uitspraak van de Hoge Raad over artikel 12, eerste lid, EVO, aan partijen vrijstaat voor de cessie als goederenrechtelijke overdrachtshandeling, met een beroep op artikel 3, eerste lid, laatste zin, EVO, een ander recht te kiezen dan het recht dat de obligatoire overeenkomst beheerst, kan hier onbeantwoord worden gelaten. Het is niet aan de Staatscommissie om artikel 12 EVO in verband met artikel 3, eerste lid, EVO uit te leggen.

Het bestaan van het arrest sluit niet uit dat het EG-Hof van Justitie te zijner tijd tot een andere interpretatie van artikel 12 komt. In dat geval geldt de interpretatie van het EG-Hof.

De voorgestelde regeling voor het goederenrechtelijke regime is bedoeld te gelden "erga omnes", derhalve zowel tussen partijen als ten opzichte van de debiteur van de overgedragen vordering alsook ten opzichte van andere derden, zoals schuldeisers van de cedent. Vgl. L.F.A. Steffens, NTBR 1997, nr. 7, blz. 213, commentaar sub 5.3.5.7.; D.Rijpma, WPNR (1998) 6297, commentaar sub 3.8; P. Vlas, Ars Aequi 1998, nr. 3, blz. 219.

Onder de voorgestelde regel valt ook de vestiging van een beperkt recht op een vordering.

18.11.

Ten einde de rechtstoepasser duidelijkheid te verschaffen over de onderwerpen die onder de hoofdregel voor het goederenrechtelijke regime zijn begrepen, is in het tweede lid een opsomming opgenomen, die grotendeels correspondeert met die van artikel 2 voor zaken. In de overige artikelen over vorderingen en aandelen wordt naar die opsomming verwezen.

De bepaling onder b. ziet op de vraag of, bijvoorbeeld bij obligaties, de pandhouder de vordering mag innen.

De Staatscommissie wijst erop dat de door haar ontworpen conflictenregels ter zake van de cessie en de vestiging van rechten op vorderingen geen antwoord geven op de vraag of, indien een vordering die geseceerd is door een pandrecht of een hypotheekrecht, wordt gecedeerd, het pandrecht c.q. het hypotheekrecht van rechtswege overgaat op de cessionaris. Voor zover het zekerheidsrecht bestaat uit hypotheek, wordt het antwoord gegeven door artikel 2, eerste lid, onder f, zulks onverminderd artikel 1, eerste lid, dat vervoermiddelen in beginsel uitsluit. Voor zover het gaat om een pandrecht, merkt de Staatscommissie op dat de bepalingen van artikel 2 van het ontwerp, in het voorgestelde derde lid van dat artikel mede van toepassing verklaard zijn op rechten, gevestigd op andere zakelijke rechten. Het derde lid bestrijkt dus niet mede het geval waarin een recht op een vordering is gevestigd. De Staatscommissie is van mening dat in dat geval een zelfde regel kan gelden als die van artikel 2, eerste lid, onder f. Zij stelt voor dit in artikel 10, tweede lid, onder d. te bepalen. Kort gezegd: het al dan niet accessoir karakter van een pandrecht, gevestigd op een vordering, wordt bepaald door het recht dat de vestiging van het pandrecht beheerst.

19. Artikel 10, tweede lid - Toepasselijk recht bij gebreke van een rechtskeuze

De Staatscommissie heeft veel tijd besteed aan de vraag welke regel moet gelden in het geval dat er geen rechtskeuze is gedaan. Zij heeft aanvankelijk overwogen een regel voor te stellen die het vorderingsstatuut als toepasselijk aanwijst, zoals bepleit in het proefschrift van L.F.A.Steffens, Overgang van vorderingen en schulden in het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deventer 1997. Toepassing van het vorderingsstatuut heeft het bezwaar dat niet steeds aanstonds duidelijk zal zijn welk recht een bepaalde vordering beheerst. Mede om die reden heeft de Staatscommissie aanvankelijk de voorkeur gegeven aan aanknoping aan het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent c.q. degene die het recht vestigt. Die aanknoping berust op de gedachte dat de woonplaats van de "eigenaar" van de vordering als situs van de vordering kan worden beschouwd. Overigens kan men verschillend denken over de vraag waar de situs van de vordering zich bevindt. In dit verband wijst de Staatscommissie nog op de door M.V.Polak in "Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen", 1993, verdedigde "functionele" aanknoping aan de drie betrokken rechtsstelsels. Een dergelijke aanknoping komt de Staatscommissie voor een wettelijke regeling te gecompliceerd voor.

De opvatting van de Hoge Raad over artikel 12, eerste lid, EVO, zoals deze in het voorgestelde tweede lid van artikel 10 tot uitdrukking komt, brengt echter mee dat bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing is de verwijzingsregel van artikel 4 EVO. De Staatscommissie geeft zich er rekenschap van dat dit lang niet steeds zal leiden tot toepassing van het recht van de gewone verblijfplaats, c.q. de plaats van vestiging van de cedent, met name niet wanneer de cessie integrerend onderdeel is van een meer omvattende overeenkomst, en een element vormt van de betaling van de prijs voor de prestatie van de wederpartij, zodat zij niet als de karakteristieke prestatie van de overeenkomst kan worden beschouwd. De zaak waarop het arrest van de Hoge Raad vormt hiervan een voorbeeld. Ofschoon dit zou kunnen betekenen dat het toepasselijke recht voor de debiteur minder gemakkelijk kenbaar is dan wanneer toepassing van het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent is voorgeschreven, meent de Staatscommissie dat de oplossing aanvaardbaar is.

20. Artikel 10, derde lid - Betrekkingen tot de debitor cessus en andere derden

20.1. Debitor cessus

In de praktijk wordt wel verdedigd dat de debiteur zich jegens de cessionaris kan beroepen op de beschermende bepalingen van hetzij het recht

dat de vordering beheerst, hetzij het recht van de gewone verblijfplaats van de debitor cessus. De Staatscommissie heeft op dit punt artikel 12, tweede lid, EVO gevolgd, door voor te stellen dat alleen een beroep op het vorderingsstatuut mogelijk is. De Staatscommissie is van mening dat de debitor cessus niet bovendien de bescherming van het recht van zijn gewone verblijfplaats behoeft. De mate van bescherming van de debitor cessus hangt geheel van de ter zake toepasselijke bepalingen van het vorderingsstatuut af.

De Staatscommissie komt tot de volgende redactie van het derde lid:

3. De betrekkingen tussen de cessionaris, onderscheidenlijk de gerechtigde, en de schuldenaar, de voorwaarden waaronder de overdracht van een vordering op naam dan wel de vestiging daarop van een recht aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen, alsmede de vraag of de schuldenaar door betaling is bevrijd, worden beheerst door het recht dat op de vordering van toepassing is.

20.2. Andere derden

In dit verband is nog ter sprake gekomen een publikatie van Anne Sinay-Cytermann, *Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance* (Rev. Crit. dr. internat. privé 1992, blz. 35-60). Daarin wordt gepleit voor een afzonderlijke regel op grond waarvan andere derden dan de debitor cessus zich op de beschermende bepalingen van het recht van de woonplaats van de debitor cessus mogen beroepen. De Staatscommissie heeft in haar tekstvoorstel een dergelijke afzonderlijke bepaling niet opgenomen. Zij meent dat de eenvoud van de regeling daarmee niet is gediend en verwijst in dit verband naar de op dit aspect betrekking hebbende overwegingen van het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 1997. Zie over derdenbeslag door een crediteur van de cedent hiervoor, par. 18.9.

Vermeld zij verder dat de bescherming van de crediteuren van de cedent ook veelvuldig wordt gebruikt als argument ten gunste van onderwerping van de cessie zelf aan het recht van de staat van vestiging van de cedent. De Staatscommissie is van oordeel dat bedrieglijke handelingen, verricht ter verkorting van de rechten van schuldeisers, met name een onoirbare rechtskeuze voor de cessie, op afdoende wijze kunnen worden bestreden en dat het daartoe niet noodzakelijk is de mogelijkheid van rechtskeuze af te wijzen. Zij tekent daarbij aan dat de publiciteit inzake de vermogenspositie van de cedent, al dan niet geconcentreerd op diens plaats van vestiging, slechts van betrekkelijke informatieve waarde

is. Schuldeisers moeten redelijkerwijs bedacht zijn op de mogelijkheid van zeer uiteenlopende financierings- en beleggingsconstructies die zich steeds vaker tot over de grens van het land van vestiging van de cedent uitstrekken. De schuldeiser hebben alle redenen zich niet te verlaten op de schijn van kredietwaardigheid.

20.3

Het geval van dubbele cessie lijkt oplosbaar zonder nadere voorziening. De debitor cessus die te goeder trouw betaalt aan degene die hij voor zijn schuldeiser aanzag, geniet de bescherming van het recht dat de vordering beheerst volgens het hierboven vermelde derde lid.

In geval van strijd tussen twee of meer personen die ieder zich voor cessionaris houden van eenzelfde vordering die - al dan niet bedrieglijk - meermalen is gecedeerd, moet worden nagegaan welke cessie als eerste perfect is geworden in de verhouding tussen de cedent en de verkrijger volgens het adagium *prior tempore potior iure*. Dit kan worden vastgesteld nadat voor iedere cessiehandeling volgens het daarop toepasselijke recht dat tijdstip van voltooiing is bepaald. Komt voor twee cessies hetzelfde tijdstip uit de bus - hetgeen niet geheel ondenkbaar is - dan moet de prioriteit naar de omstandigheden worden vastgesteld.

De slotsom is dat het, ter oplossing van dit in de literatuur menigmaal aan de orde gestelde probleem, evenmin noodzakelijk is de cessie te onderwerpen aan het recht van de plaats van vestiging van de cedent.

21. Artikel 11 - Vorderingen aan toonder

21.1. Aparte categorie

De Staatscommissie heeft allereerst de vraag bezien of het wenselijk is vorderingen aan toonder als een aparte categorie te behandelen. In de praktijk is het vanouds gebruikelijk om deze vorderingen gelijk te stellen met roerende lichamelijke zaken. Aanknoping aan de *lex rei sitae* ligt daarom voor de hand, zowel voor de vereisten voor overdracht als voor de vestiging van beperkte rechten. In dit verband is erop gewezen dat de verhandelbaarheid in het geding is. Het feit dat zulke stukken in Nederland in omloop worden gebracht, brengt tegenover het buitenland zekere verplichtingen mee.

In de loop van haar besprekingen is de Staatscommissie, mede door de inbreng van prof. Mr C.AE. Uniken Venema met betrekking tot dit onderwerp, tot het inzicht gekomen dat de verschillende aspecten van het goederenrechtelijke regime van vorderingen aan toonder een specifieke regeling behoe-

ven, zulks in verband met de rol die deze vorderingen spelen op de buitenlandse effectenmarkten.

21.2. Hoofdregel voor het goederenrechtelijke regime - toepassing ook op de vatbaarheid voor overdracht.

De Staatscommissie heeft zich vrij uitvoerig beraden over de vraag of een afzonderlijke verwijzingsregel gewenst is voor de vatbaarheid van een vordering aan toonder voor overdracht dan wel vestiging daarop van een recht. In de praktijk wordt wel bepleit de vatbaarheid aan het vorderingsstatuut te onderwerpen, zulks naar analogie van hetgeen voor vorderingen op naam geldt. Tegen opnemng van een dergelijke regel pleit dat de vorderingen waarom het hier gaat per definitie bestemd zijn om te circuleren en dus overdraagbaar zijn, en dat het moeilijk voorstelbaar is dat enig stelsel de overdraagbaarheid dan wel de vatbaarheid voor vestiging van rechten zou beperken. Ook is ervoor gewaarschuwd dat een aldus geformuleerde wettelijke regel in het buitenland ten onrechte de suggestie zou wekken dat het Nederlandse recht dienaangaande beperkingen kent. Vervolgens is evenwel verwezen naar de noot van prof. Mr S. Perrick bij het arrest van de Hoge Raad van 15 december 1995, NJ 1996, 653, waarin - met een beroep op artikel 83, tweede lid, Boek 3 BW - is gesteld dat zogenaamde "selling restrictions" met betrekking tot toonderstukken goederenrechtelijke werking hebben. Gaat men uit van de juistheid van die veronderstelling, dan rijst de vraag hoe in het buitenland wordt omgesprongen met dergelijke "selling restrictions", die veelal niet uit het stuk blijken. Onderwerping van de vatbaarheid voor overdracht aan het vorderingsstatuut zou naar de mening van de Staatscommissie de verhandelbaarheid in het buitenland van een Nederlandse toondervordering waarop een "selling restriction" rust, te zeer belemmeren en in feite in tegenspraak zijn met de kwalificatie "vordering aan toonder". In verband daarmee is de Staatscommissie bij nader inzien ertoe gekomen om de vatbaarheid te brengen onder de hoofdregel voor het goederenrechtelijke regime, te weten toepasselijkheid van het recht van de Staat waar het stuk zich bevindt. Daarom wordt in het voorgestelde artikel 11, eerste lid, tweede zin, ook verwezen naar het eerste lid van artikel 10. Hierbij wordt aangetekend dat in de verhouding tussen de verkrijger van het stuk en de debiteur in elk geval het vorderingsstatuut geldt (zie het voorgestelde tweede lid van artikel 11).

21.3.

De aan de vatbaarheidsvraag voorafgaande vraag, of een vordering een toondervordering is, wordt door artikel 9 bestreken. Die vraag ligt naar de mening van de Staatscommissie op één lijn met de vraag of een zaak onroerend of roerend is. Zie hierover par. 4.2. Zij dient naar haar oordeel aan de hand van de *lex rei sitae* te worden beantwoord, hetgeen neerkomt op toepassing van de hoofdregel voor het goederenrechtelijke regime. Een andere opvatting zou niet in overeenstemming zijn met de realiteit van het internationale effectenverkeer. In dit verband is erop gewezen dat in de Verenigde Staten een te moeilijke en niet snel leesbare tekst op een toonderstuk ertoe zou leiden dat het stuk in dat land niet als een "negotiable instrument" wordt beschouwd, hetgeen met zich zou brengen dat de in het stuk belichaamde rechten in de Verenigde Staten niet door "delivery" (bezitsverschaffing), maar slechts door "assignment" zouden kunnen worden overgedragen. De Nederlandse verwijzingsregel dient met deze gang van zaken rekening te houden. Ook hier geldt weer, dat in de verhouding tussen de rechthebbende en de debiteur het vorderingsstatuut van toepassing is.

21.4. Geen rechtskeuze voor toondervorderingen

In het eerste lid wordt ook verwezen naar de opsomming in artikel 10, tweede lid. Dit betekent dat het goederenrechtelijke regime mede omvat de vereisten van overdracht of vestiging, alsmede de vraag wie gerechtigd is tot uitoefening van de in de vordering belichaamde rechten. Toepasselijk daarop is het recht van de Staat waar het toonderstuk zich bevindt.

Er is volgens de Staatscommissie geen aanleiding om, zoals voor vorderingen op naam is geschied, te voorzien in een rechtskeuze voor de overdracht en de vraag welke rechten op vorderingen aan toonder kunnen worden gevestigd en aan welke vereisten daarbij moet worden voldaan.

Aanknoping aan de *lex rei sitae* betekent dat in geval van executie bij de debiteur onder omstandigheden een inpassing zal moeten plaatsvinden in het rechtsstelsel dat het faillissement van de debiteur beheerst, bijvoorbeeld in het geval waarin op het toonderstuk een beperkt recht is gevestigd, dat onbekend is in dat rechtsstelsel.

De Staatscommissie komt tot de volgende formulering van de hoofdregel voor toondervorderingen:

1. Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een vordering aan toonder wordt beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied het toonderstuk zich bevindt. Artikel 10, eerste en tweede lid, is van overeenkomstige toepassing op de vraag welke onderwerpen onder dat recht vallen.

21.5. Artikel 11, derde lid - Toepasselijkverklaring van de artikelen 5 en 6

De Staatscommissie stelt invoeging van een derde lid voor, dat luidt:

3. De artikelen 5 en 6 zijn van overeenkomstige toepassing op vorderingen aan toonder.

De regel van artikel 11, eerste lid, moeten worden gelezen in verband met dit derde lid. Het goederenrechtelijke regime omvat dus mede de figuur van eigendomsverkrijging van een niet-eigenaar door verkrijgers te goeder trouw onder bezwarende titel. In de Verenigde Staten gaat het om verwerving door "holders in due course"; vgl. par. 3-302 UCC. De lex rei sitae beheerst eveneens het met deze verwerving corresponderende tenietgaan van het "eigendomsrecht" van de eerdere "eigenaar". Zie nader par. 8.

De lex rei sitae dient, naar het oordeel van de Staatscommissie, eveneens te gelden met betrekking tot de mogelijkheden tot terugvordering in gevallen van onvrijwillig bezitsverlies. Met betrekking tot toonderstukken die zich in de Verenigde Staten bevinden, houdt dit in dat niet een "eigendomsactie" (revindicatie) kan worden ingesteld, maar de in het Anglo-Amerikaanse systeem in dergelijke gevallen gegeven "tort-actie" ("conversion"-actie; vgl. par. 3-420 UCC).

21.6.

De Staatscommissie heeft zich afgevraagd of ook artikel 7 voor overeenkomstige toepassing in anmerking zou komen. Zij heeft gemeend dat een toepasselijkverklaring minder zinvol zou zijn, omdat zeer onzeker is of de in dat artikel opgenomen regel in het buitenland zou werken ten aanzien van toondervorderingen.

21.7. Nadere toelichting op het voorstel

In de in het eerste lid opgenomen verwijzing naar artikel 10, tweede lid, onder b, ligt besloten dat de *lex rei sitae* bepalend is voor de vraag of verwerving van de eigendom of van enige vorm van houderschap van een toonderstuk een vereiste vormt voor verwerving van de in het stuk belichaamde aandeelhouders- of vorderingsrechten. In Anglo-Amerikaanse landen - waar geen algemene regel geldt dat men op grond van goede trouw en bezwarende titel de eigendom van een zaak kan verwerven van een niet-eigenaar, maar waar een dergelijke regel wel geldt met betrekking tot "negotiable instruments" - geldt dat een "holder in due course" van een toonderstuk gerechtigd kan zijn tot uitoefening van de in het stuk belichaamde rechten zonder eigenaar van het papier te zijn (vgl. par. 3-301 UCC).

21.8.

Ook toepassingsvormen van de trust zijn in dit verband van belang. Een trustee die onder vigeur van de *lex rei sitae* in de hoedanigheid van trustee - bijvoorbeeld krachtens een overdracht in trust - een vorderingsrecht heeft verworven, zal in beginsel krachtens de *lex rei sitae* bevoegd zijn tot uitoefening van het in het toonderstuk belichaamde vorderingsrecht. Daarbij doet niet terzake dat de trustee naar de maatstaven van het Nederlandse recht (indien dat het vorderingsstatuut is) een "eigenaar" is van een soort die door het Nederlandse artikel 84, derde lid, Boek 3 BW is uitgebannen. In de Verenigde Staten is de inschakeling van een trustee in vele gevallen zelfs verplicht (ingevolge de Trust Indenture Act). De rechten van de obligatiehouders dienen dan uiteraard te kunnen worden uitgeoefend door de trustee,. Verwezen wordt in dit verband naar het voorgestelde artikel 1, tweede lid, tweede zin. Zie ook de verwijzing naar artikel 10, tweede lid, onder c.

21.9.

Ten aanzien van de vestiging van rechten kan nog worden opgemerkt dat bij vestiging van een pandrecht krachtens de toepasselijke *lex rei sitae* dikwijls bepaalde publiciteitsvoorschriften dienen te worden nageleefd (bijvoorbeeld indien de toonderstukken zich in de Verenigde Staten bevinden, art. 9 UCC).

Met betrekking tot de vestiging van een recht van "vruchtgebruik" zij opgemerkt dat in de Anglo-Amerikaanse landen een recht dat vergelijkbaar is met een recht van vruchtgebruik ("life interest") niet kan worden gevestigd zonder dat dit recht wordt gecombineerd met dan wel ingebouwd in een trustverhouding. De "legal title" moet - ongesplitst - toebehoren aan een trustee, terwijl met betrekking tot de "equitable interest" een splitsing

wordt bewerkstelligd in die zin dat een "equitable interest" (te beschouwen als een in de tijd beperkt recht) wordt toegekend aan degene aan wie het recht op de vruchten wordt toegekend (terwijl de "equitable remainder" of "reversionary interests" worden toegekend aan opvolgende gerechtigden die vergelijkbaar zijn met de bloot-eigenaar van het Nederlandse recht).

21.10.

De verwijzing naar artikel 10, tweede lid, onder d, betekent dat het goederenrechtelijke regime mede omvat de vraag op welke wijze de op een vordering gevestigde rechten zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is. Het gaat hier om voorschriften inzake het al dan niet accessoire karakter van bepaalde zekerheidsrechten, alsmede inzake de onderlinge rangorde tussen bijvoorbeeld een pledge, vormen van "eigendom" tot zekerheid onder allerlei verschillende benamingen (zoals chattel mortgage, bill of sale, equipment trust), een lien (voorrecht), bepaalde beneficial interests die berusten op trustrecht, alsmede ten slotte een "article 9 security interest" berustende op de UCC. De belichaming van de betrokken vorderingsrechten in het toonderpapier brengt met zich dat de lex rei sitae op deze elementen van het goederenrechtelijke regime van toepassing dient te zijn.

21.11. Artikel 11, tweede lid - Betrekkingen met de debiteur

Het tweede lid van artikel 11, dat overeenkomt met het derde lid van artikel 10, betreft de verhouding tussen de uitgever van het toonderstuk, de nemer en de derdenverkrijgers. In het oog dient te worden gehouden dat ingevolge het eerste lid eerst volgens de lex rei sitae wordt bepaald wie bevoegd is om ten opzichte van de debiteur de in het toonderstuk belichaamde rechten uit te oefenen. Vervolgens bepaalt het vorderingsstatuut de inhoud van de betrekkingen tussen degene die deze bevoegdheid heeft en de debitor cessus.

Het kan hier gaan om de rechtsverhouding tussen de "uitgever" en de "nemer", maar ook om die tussen de "uitgever" en een "holder in due course". Van een "nemer" die het toonderstuk in de Verenigde Staten verwerft, kan sprake zijn bij uitgifte van een obligatielening die geheel of gedeeltelijk op de Amerikaanse kapitaalmarkt wordt geplaatst. De vragen die bij de uitoefening van rechten ten opzichte van de debitrice kunnen opkomen, hebben onder meer betrekking op de invloed van de "uitgifte" van toonderstukken op de onderliggende overeenkomst van geldlening (vgl. over bepaalde aspecten van legitimatie en abstractie onder meer Scheltema-Meijer 1993, blz. 30 e.v.).

De Staatscommissie merkt in dit verband verder op dat indien Nederlands recht de vordering beheerst, de debiteur te goeder trouw naar Nederlands recht mag betalen aan degene die volgens de lex rei sitae (mede bepaald met toepassing van artikel 5) rechthebbende is. "Te goeder trouw" betekent in deze situatie dat de debiteur, gelet op het internationale karakter van de rechtsverhouding, mag aannemen dat hij aan de rechthebbende betaalt. Artikel 6 brengt mee dat de plaats van verkrijging van het toonderstuk bepalend is voor de vraag of iemand rechthebbende is, niet de plaats waar deze vervolgens gedurende enige tijd het bezit van het stuk heeft gehad. Zie par. 8.2.

Het voorgestelde tweede lid van artikel 11 luidt als volgt;

2. De betrekkingen tussen de verkrijger en de schuldenaar, de voorwaarden waaronder de overdracht van de vordering dan wel de vestiging van een recht aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen, alsmede de vraag of de schuldenaar door betaling is bevrijd, worden beheerst door het recht dat op de vordering van toepassing is.

22. Artikel 12 - Aandelen op naam

22.1. Hoofdregel: Lex societatis

In overeenstemming met de heersende doctrine en met hetgeen in de praktijk gangbaar is, is voor aandelen op naam de "lex societatis" als uitgangspunt gekozen. Dat geldt voor het gehele goederenrechtelijke regime, met inbegrip van de vatbaarheid van deze aandelen voor overdracht, de vereisten voor overdracht ervan, de vraag welke rechten erop kunnen worden gevestigd en de vraag aan welke vereisten bij zodanige vestiging moet zijn voldaan. Toepassing van de "lex societatis", het recht dat de desbetreffende vennootschap beheerst, dringt zich op. Overeenkomstige toepassing van artikel 12 EVO, hoewel op het eerste gezicht voor de hand liggend, levert niet een bevredigend resultaat op.

Zoals hiervoor op verschillende plaatsen werd opgemerkt, verstaat de Staatscommissie onder "overdracht" mede een fiduciaire overdracht. Zie in dit verband het door de Staatscommissie voorgestelde tweede lid van artikel 1 en de daarop in par. 3.3. gegeven toelichting. Het daar bepaalde brengt mee dat een overdracht in trust naar Engels recht van aandelen in een Nederlandse vennootschap meebrengt dat de trustee aandeelhouder wordt. Is

het Trustverdrag van toepassing, dan gaan de aandelen deel uitmaken van een aan de trustee toebehorend afgezonderd vermogen. Een trustee in de zin van het Trustverdrag kan derhalve verzoeken om inschrijving van zijn aandelenbezit in het aandeelhoudersregister, al dan niet met vermelding van zijn hoedanigheid van trustee. Dit geldt zowel voor NV's als voor BV's.

Onder de *lex societatis* vallen de onderwerpen, genoemd in artikel 10, eerste en tweede lid. Is het Nederlandse recht de *lex societatis*, dan gelden voor de overdracht van aandelen de vormvoorschriften van de artikelen 86 en 86c, Boek 2 BW, onderscheidenlijk artikel 196 Boek 2 BW. De Staatscommissie meent dat indien een ander recht de *lex societatis* is, eventueel daarin voorkomende vergelijkbare vormvoorschriften in acht dient te worden genomen.

22.2. Opvatting Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen

Aan het Genootschap van Bedrijfsjuristen is de vraag voorgelegd of de voorgestelde regeling aanvaardbaar is. In het memorandum van 24 november 1994 van dat genootschap is betoogd dat de toepasselijkheid van Nederlands recht op transacties met Nederlandse aandelen in bepaalde gevallen tot moeilijkheden kan leiden. Genoemd zijn de volgende moeilijkheden:

a. In de praktijk komt het voor dat Nederlandse aandelen in het buitenland onder trustverband worden gebracht. De werkgroep van het Genootschap meent dat het mogelijk moet zijn een dergelijk verband, ook buiten het Trustverdrag, in het leven te roepen.

b. In de praktijk komt het voor dat Nederlandse aandelen op naam in de Verenigde Staten beschikbaar worden gesteld in een vorm, die ze overdraagbaar maakt door overgave van het aandeelbewijs, met endossement (dat dikwijls een blanco-endossement is), dus in afwijking van de Nederlandse vereisten voor levering. De werkgroep bepleit dat dergelijke afwijkingen mogelijk moeten zijn.

c. In de praktijk komt het wel voor dat op internationaal gespreide vermogens, mede omvattende aandelen in Nederlandse vennootschappen, 'life interests' worden gevestigd. Gesteld wordt dat in dergelijke gevallen niet kan worden geveerd dat met betrekking tot de Nederlandse aandelen specifiek Nederlandse rechten van vruchtgebruik tot stand worden gebracht.

De werkgroep noemt daarnaast voorbeelden uit de hiervoor, bij de bespreking van artikel 10, beschreven praktijk op het gebied van de financiering van projecten door de cessie van vorderingen. Zij wijst erop dat men bij een grote verscheidenheid van transacties zijn toevlucht neemt tot de toepassing van buitenlands recht om de problemen van de toepasselijkheid

van artikel 84, derde lid, Boek 3 BW te omzeilen. De werkgroep acht herbezinning op de regeling van dat artikel gewenst. Nederland is door die regeling in een uitzonderingspositie komen te verkeren, evenals, voor zover het niet-beursgenoteerde NV's betreft, door de nieuwe regeling van de overdracht van aandelen. De werkgroep heeft zich om die reden onthouden van het doen van concrete voorstellen en is van mening dat het aanbeveling verdient de rechtspraktijk niet te hinderen door enige conflictenrechtelijke regeling en de gehele materie voorshands ongeregeld te laten.

22.3. American shares

Naar aanleiding van het memorandum van de bedrijfsjuristen en de nota van prof. Dalhuisen, die dezelfde conclusie bevat, is nader overleg gepleegd met leden van de werkgroep. Dat overleg heeft geleid tot de presentatie, aan de Staatscommissie, van een uitvoerige beschouwing van prof. Mr C.AE. Uniken Venema over de verhandeling van zogenaamde American shares in Nederlandse NV's. Die beschouwing wordt hierna in een verkorte vorm weergegeven.

22.4.

Onder "American shares" wordt verstaan door of namens een Nederlandse NV in de Verenigde Staten afgegeven en voor verhandeling in de Verenigde Staten bestemde bewijzen van aandeel (share certificates), op de overdracht waarvan het recht van New York van toepassing is verklaard. De afgifte van deze bewijzen geschiedt door een zogenaamde Transfer Agent. De Transfer Agent is verplicht als "agent" van de vennootschap overdrachten in het door de Transfer Agent te houden deel van het aandeelhoudersregister te verwerken. Als zodanig treedt gewoonlijk een Amerikaanse bank of trust corporation op. Deze heeft zich ten opzichte van de Nederlandse NV contractueel verbonden om namens de NV het aandeelhoudersregister inzake de American shares bij te houden. Een rechthebbende op een share certificate kan zich in dit aandeelhoudersregister als zodanig laten inschrijven. Het aandeelhoudersregister is een gedeelte van het aandeelhoudersregister van de betrokken NV, dat met betrekking tot aandelen op naam moet worden bijgehouden (zie artikel 85, vierde lid, Boek 2 BW). De mogelijkheid om in het buitenland een gedeelte van het register te houden, berust op een daartoe strekkende regeling in de statuten van de betrokken NV.

Op de share certificates van de verschillende NV's zijn teksten afgedrukt, die niet geheel gelijklopend zijn, maar in hoofdzaak wel van gelijke strekking. Die teksten houden, kort weergegeven, het volgende in:

- a. toepasselijk zijn de op de overdracht van aandelen betrekking hebbende bepalingen van de statuten;
- b. de vennootschap is gerechtigd "the registered owner" van het aandeel te beschouwen als volledig gerechtigd tot het aandeel;
- c. de overdracht van het bewijs van aandeel kan worden bewerkstelligd door levering van het bewijs na endossement. "The validity and effect" van een dergelijke overdracht worden beheerst door het recht van New York. De wijze waarop dit recht van toepassing wordt verklaard, verschilt enigszins per NV.

In dit verband zijn vooral de hierboven onder c. bedoelde teksten van belang. Deze teksten hebben alle ten doel te bewerkstelligen dat American shares kunnen worden overgedragen op de wijze die voor overdracht ervan geldt volgens New Yorks recht, zijnde het recht van de staat waar de aandelen op de beurs zijn genoteerd. De acceptatie van US shares als solide belegging werd destijds geacht mede af te hangen van de overdraagbaarheid naar Amerikaans recht en overeenkomstig de Amerikaanse praktijk. Met betrekking tot de ontvangst van dividenden en de uitoefening van andere aandeelhoudersrechten diende tegelijkertijd te worden bepaald - eveneens in overeenstemming met Amerikaans recht en Amerikaanse praktijk - dat inschrijving als "registered owner" daarvoor beslissend zou zijn en dat de vennootschap op de inschrijving in het register zou mogen afgaan.

22.5.

De van toepassing verklaarde voorschriften van New Yorks recht wijken af van de voorschriften van Nederlands recht die gelden met betrekking tot de overdracht van aandelen op naam. Deze verschillen zijn kleiner geworden nu als gevolg van de invoering per 1 januari 1993 van artikel 86c Boek 2 B.W. de afgifte van het aandeelbewijs, geëndosseerd door de vervreemder, en gevolgd door afgifte van een nieuw aandeelbewijs luidende ten name van de verkrijger, als wijze van overdracht wordt aanvaard voor beursgenoteerde NV's.

Naar Nederlands recht zijn American shares te beschouwen als aandelen op naam. Dit is de consequentie van het feit dat de aandelen niet overdraagbaar zijn door overgave van een aandeelbewijs aan houder, maar dat voor een volledige overdracht, met rechtsgevolg ten opzichte van de betrokken NV, een inschrijving in het door de Transfer Agent gehouden register nodig is. Het door de Transfer Agent gehouden register is een register met een geheel aan Amerikaans recht en gebruik aangepaste vorm. Levering vindt in beginsel plaats door afgifte van het bewijs van aandeel na endossement. Dat endossement kan op naam luiden, maar het kan ook een blanco-endossement

zijn. In het laatste geval wordt het aandeelbewijs overdraagbaar op dezelfde wijze als een toonderbewijs. Veel leveringen leiden niet tot inschrijving in het register. Inschrijving vindt pas plaats tegen de tijd dat dividendbetalingen plaatsvinden. Bij de inschrijving wordt een nieuw bewijs van aandeel afgegeven, dat door de Transfer Agent ten name van de dan rechthebbende wordt gesteld.

Door de Transfer Agent worden ook rechthebbenden ingeschreven die op andere wijze dan door koop en levering kunnen hebben verworven, zo bijvoorbeeld erfgenamen of trusteees alsmede degenen aan wie bij beëindiging van een trust aandelen door een trustee zijn overgedragen. De Transfer Agent moet onderzoeken in hoeverre de aanspraken van de zich presenterende nieuwe rechthebbenden rechtsgeldig zijn.

Veel aandelen zijn in de Verenigde Staten onderworpen aan een trustverband. In het algemeen zal de trustee inschrijving in het register van aandeelhouders kunnen eisen. In vele gevallen zal hij verplicht zijn ook zijn hoedanigheid van trustee te doen inschrijven.

22.6.

Ook reeds ten tijde van de invoering van de American shares moest naar Nederlands recht waarschijnlijk worden aangenomen dat met betrekking tot aandelen op naam de lex societatis van toepassing was. De American shares werden echter beschouwd als aandelen op naam die in feite meer gelijkennis vertoonden met Nederlandse aandelen aan toonder: een overdracht van een American share vindt plaats door overgave van het share certificate met endossement; door veelvuldige blanco-endossering is in feite bewerkstelligd dat overdracht tussen vervreemder en verkrijger kan plaatsvinden door enkele overgave van het share certificate, dus op dezelfde wijze als de overdracht van een toonderbewijs. Deze sterke gelijkennis met Nederlandse toonderbewijzen lag ten grondslag aan de toepasselijkverklaring van New Yorks recht, die door de betrokken Nederlandse NV's met betrekking tot American shares in de praktijk is toegepast.

Indien nu echter in de Nederlandse wetgeving - zonder dat daarbij een uitzondering wordt gemaakt voor de American shares - een algemene bepaling wordt opgenomen, inhoudende dat op aandelen op naam de lex societatis van toepassing is, zou dit voor de betrokken Nederlandse NV's grote problemen met zich brengen. Met name zouden zich problemen voordoen in de vele gevallen waarin American shares worden onderworpen aan een Anglo-Amerikaanse trust. Deze problemen worden hierna in het kort geschetst, eerst met betrekking tot de huidige situatie waarin het hierboven

voorgestelde artikel 1, tweede lid - waardoor een overdracht aan een trustee in de zin van het Trustverdrag wordt onttrokken aan de werkingssfeer van artikel 84, derde lid, Boek 3 BW - , nog niet geldt en vervolgens met betrekking tot de situatie die zal ontstaan indien het voorgestelde artikel 1, tweede lid, zal zijn ingevoerd in het Nederlandse recht.

Zo lang artikel 1, tweede lid, niet zal zijn ingevoerd, zal krachtens de lex societatis (indien voor American shares geen uitzondering wordt gemaakt) met betrekking tot overdrachten van American shares aan een trustee artikel 84, derde lid, Boek 3 BW van toepassing zijn. In dit artikel wordt, kort gezegd, bepaald dat een overdracht slechts geldig is indien een overgang in het vermogen van de verkrijger wordt beoogd. Met betrekking tot een overdracht aan een trustee van een Anglo-Amerikaanse trust wordt aan dit vereiste van artikel 84, derde lid, Boek 3 BW niet voldaan, omdat daarbij immers juist niet wordt beoogd dat het overgedragen goed tot het vermogen van de trustee zal gaan behoren. Een overdracht-in-trust van American shares aan een Anglo-Amerikaanse trustee zou dus nietig zijn omdat daarbij krachtens Amerikaans recht juist niet een overgang in het privé-vermogen van de trustee tot stand komt.

Invoering van het door de Staatscommissie voorgestelde artikel 1, tweede lid, kan het bezwaar van de toepasselijkverklaring van de lex societatis op American shares slechts ten dele wegnemen. Uit artikel 1, tweede lid, zou wel voortvloeien dat een overdracht van aandelen op naam aan een trustee in de zin van het Trustverdrag - ondanks het ontbreken van het oogmerk dat de aandelen in het vermogen van de verkrijger zullen vallen - een geldige overdracht kan zijn. (Vermeld zij dat uit artikel 1, tweede lid, bovendien voortvloeit dat een overdracht aan een trustee geldig kan zijn ook in gevallen waarin de overdracht aan de trustee strekt tot zekerheidsverschaffing).

Het voorgestelde artikel 1, tweede lid, kan echter niet bewerkstelligen dat de overdracht van American shares aan een trustee tevens ten gevolge heeft dat de trustee de American shares verwerft in hoedanigheid van een trustee naar Amerikaans recht, in die zin dat de American shares niet gaan behoren tot het vermogen van de trustee, maar deel gaan uitmaken van een afzonderlijk "trust fund". Dit is een belangrijk punt, omdat degenen die American shares willen onderwerpen aan een Amerikaanse trust, erop moeten kunnen rekenen dat de American shares niet vatbaar zijn voor verhaal door de crediteuren van de trustee. Dit effect kan echter wel worden bewerkstelligd indien in artikel 12 de mogelijkheid wordt geopend om met betrekking tot de American shares het goederenrechtelijke regime van het New Yorkse recht van toepassing te verklaren.

De hier beschreven problemen zijn des te ernstiger omdat aandelen zich lenen voor toepassing van allerlei soorten trusts. Zo is de vestiging van een life interest (vergelijkbaar met een recht van vruchtgebruik) naar Amerikaans recht uitsluitend mogelijk "behind a trust".

De verkrijgbaarstelling van American shares door Nederlandse NV's heeft ten doel alle elementen van het New Yorkse goederenrechtelijke regime, inclusief de diverse daarin voorkomende trustvormen, toepasbaar te doen zijn met betrekking tot American shares, en dus op (een bepaalde soort) aandelen in de betrokken Nederlandse NV's. Invoering van een regel die de toepassing van het Nederlandse recht als *lex societatis* voorschrijft, zou echter diverse elementen van de bestaande trustpraktijk met ongeldigheid treffen, met name al die vormen van trustcreatie die gepaard gaan met een overdracht-in-trust. Daarnaast zouden vele "beperkte rechten" niet rechtsgeldig kunnen worden gecreëerd.

22.7.

Een gebruikelijke trustvorm die zeer veel wordt toegepast met betrekking tot aandelen, is de zogenaamde "nominee"-verhouding. Aandelen worden daarbij gesteld ten name van een nominee, zulks ter vergroting van de verhandelbaarheid. Overdracht door levering van het stuk na endossement, eventueel gevolgd door inschrijving van de koper in het aandeelhoudersregister, wordt overbodig indien de aandelen ten name worden gesteld van een nominee, terwijl de verdere transacties nog slechts in de boeken van de nominee worden verwerkt. De laatste tijd worden aandelen meer en meer op naam gesteld van een centrale nominee, de Depository Trust Corporation (DTC), die als zodanig functioneert ten behoeve van een groot aantal banken en brokers tezamen. De binnen het DTC-systeem gebrachte aandelen - dus ook US shares in Nederlandse NV's - kunnen worden geacht aan DTC toe te behoren in de hoedanigheid van trustee. CEDE and Co. houdt als nominee de aandelen ten behoeve van DTC. De cliënten zijn in deze constructie als beneficiaries tot de aandelen gerechtigd. De Uniform Commercial Code bevat regels op grond waarvan overdracht door "book entry" binnen het systeem van DTC/CEDE kan plaatsvinden. Een dergelijke book entry bewerkstelligt een overdracht van rechten ten opzichte van DTC, niet ten opzichte van de vennootschap, want die kent alleen DTC.

Toepassing van de *lex societatis* zou problemen oproepen met betrekking tot de inschrijvingen van aandelen ten name van een nominee. Van een rechtsgeldige overdracht aan een nominee zou volgens het Nederlandse goede-

renrechtelijke regime immers geen sprake kunnen zijn, omdat geen overgang in het vermogen van de nominee wordt beoogd.

22.8.

Ten einde te bevorderen dat overdrachten ook inderdaad zouden kunnen plaatsvinden op geheel dezelfde wijze als de overdracht van aandelen in US corporations, zijn indertijd - lang voordat DTC en CEDE werden georganiseerd - op de American share certificates de hiervoor aangeduide clausules geplaatst, waarin werd bepaald dat overdracht zou kunnen plaatsvinden conform het New Yorkse recht. De volstrekt afwijkende vorm van het American share certificate en de tussenschakeling van de Transfer Agent gaven steun aan de gedachte dat een regel van internationaal privaatrecht betreffende aandelen op naam volgens welke slechts de *lex societatis* van toepassing is, niet van toepassing was en ook niet van toepassing behoorde te zijn.

22.9.

Voor zover American shares kunnen worden geleverd door book entries in het kader van het DTC/CEDE-systeem, is aannemelijk dat het hierna te bespreken artikel 14, betreffende de effectengiro, van toepassing is. Deze toepasselijkheid vervalt echter zodra aandelen aan het systeem van DTC/CEDE worden onttrokken, hetgeen zich in de praktijk regelmatig voordoet. Volgens recente gegevens zijn thans 60 à 80% van de genoteerde Amerikaanse aandelen opgenomen in het DTC/CEDE systeem. De overdracht naar buiten toe geschiedt in de meeste gevallen door afgifte van een nieuw share certificate dat ten name van de verkrijger is gesteld. Het aantal gevallen waarin nog gebruik wordt gemaakt van blanco-endossering en waarin het certificate dus gaat circuleren als een soort toonderbewijs, is sterk afgenomen. Dit duidt erop dat een legislatieve oplossing voor het probleem van de American shares niet moet worden gezocht in de gelijkstelling, voor het Nederlandse internationaal privaatrecht, van US shares met aandelen aan toonder.

22.10.

Op de keuze van een oplossing is voorts van invloed een in 1994 tot stand gekomen ingrijpende wijziging van artikel 8 van de Uniform Commercial Code. In de nieuwe UCC-regeling, die naar verwachting binnenkort in het New Yorkse recht zal worden overgenomen, wordt een nieuwe onderscheiding gehanteerd tussen enerzijds de figuur van de "indirect holding" en anderzijds die van de "direct holding" van effecten. Het vernieuwende element in de nieuwe UCC-regeling is met name gelegen in de regeling betreffende de figuur van de "indirect holding". Daartoe behoren alle gevallen waarin de aandelen berusten bij DTC/CEDE tezamen met alle gevallen waarin bankers of brokers aandelen van cliënten houden onder toepasselijkverklaring van de

nieuwe UCC-regels. Krachtens deze nieuwe regels ontstaat er een vorm van mede-eigendom van de betrokken cliënten met betrekking tot de aandelen die in de vorm van "indirect holding" door DTC/CEDE en bankers en brokers worden gehouden. Het betreft een zelfstandig wettelijk regime, dat zich onderscheidt van het trustrecht. Overdrachten door book entry worden zonder restrictie mogelijk gemaakt.

Het Trustverdrag heeft ten aanzien van deze nieuwe vorm van mede-eigendom geen betekenis. Dat verdrag heeft slechts betekenis voor zover er sprake is van "direct holding" en van een daarbij uitdrukkelijk toegepaste trust in een schriftelijke vorm.

In het nieuwe systeem is de vorm van de onderliggende aandelen niet relevant. Voor de onderliggende aandelen kunnen aandeebewijzen in omloop zijn, maar dat is niet noodzakelijk het geval. De kans is niet uitgesloten dat de toepassing van aandelen waarvoor geen aandeebewijzen in omloop zijn, zal toenemen. Ook dit pleit tegen een gelijkstelling van US shares met toonderaandelen.

22.11. Voorstel

Op grond van de voorgaande beschouwingen komt de Staatscommissie tot het volgende tekstvoorstel:

Artikel 12

- 1. Het goederenrechtelijke regime van een aandeel op naam wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel heeft uitgegeven. Artikel 10, eerste en tweede lid, is van overeenkomstige toepassing op de vraag welke onderwerpen onder dat recht vallen.*
- 2. In afwijking van het eerste lid kan met betrekking tot aandelen op naam in een Nederlandse naamloze vennootschap waaraan, ter bevordering van de verhandelbaarheid aan een gereguleerde buitenlandse effectenbeurs, een in de Staat van vestiging van de beurs gebruikelijke vorm is gegeven, door de uitgevende vennootschap worden bepaald dat het goederenrechtelijke regime wordt beheerst door het recht van de Staat van de betrokken beurs dan wel het recht van de Staat waarin met instemming van de betrokken beurs leveringen en andere goederenrechtelijke rechtshandelingen betreffende de aandelen kunnen of moeten worden verricht.*

3. Een aanwijzing van het toepasselijke recht als in het tweede lid bedoeld dient uitdrukkelijk, op voor belanghebbenden kenbare wijze, te worden gedaan.

4. De betrekkingen tussen de aandeelhouder, onderscheidenlijk de gerechtigde, en de vennootschap, alsmede de voorwaarden waaronder de overdracht dan wel de vestiging van een recht aan de vennootschap kan worden tegengeworpen, worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel heeft uitgegeven.

22.12. Toelichting op het voorstel

De Staatscommissie is van oordeel dat, indien een wettelijke regeling met betrekking tot het internationale goederenrecht wordt getroffen, een regel die tegemoet komt aan de praktijk betreffende American shares daarin niet kan worden gemist. Het is van belang dat de rechtspraak duidelijkheid wordt verschaft over de juistheid van de op aandeelbewijzen afgedrukte teksten waarbij Amerikaans recht van toepassing wordt verklaard.

22.13.

In de Staatscommissie is de vraag opgeworpen of met de mogelijkheid van aanknoping aan het recht van de betrokken beurs kan worden volstaan en zo ja, of men niet beter het recht van de beurs automatisch van toepassing kan verklaren indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De Staatscommissie meent dat de voor te stellen bepaling rekening moet houden met mogelijke toekomstige ontwikkelingen, waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan de mogelijkheid dat American shares op de beurs van Londen worden verhandeld met inachtneming van de regels van het recht van New York, hetgeen kan betekenen dat tussenkomst van de Transfer Agent noodzakelijk is. Denkbaar is dat een noteringsovereenkomst daarin zou voorzien. In verband daarmee verdient het naar de mening van de Staatscommissie aanbeveling dat de wet ook de mogelijkheid biedt van aanwijzing van het recht van de Staat waarin met instemming van de betrokken beurs leveringen en andere goederenrechtelijke handelingen betreffende de aandelen kunnen of moeten worden verricht.

22.14.

De Staatscommissie is voorts van mening dat de bijzondere regel zich dient te beperken tot aandelen op naam in naamloze vennootschappen. Die aandelen dienen genoteerd te zijn bij een gereguleerde buitenlandse effectenbeurs. De formulering stemt overeen met die van artikel 86c Boek 2 BW, welk artikel verwijst naar artikel 1, onderdeel e, van de Wet toezicht

effectenverkeer 1995: effectenbeurs: een markt die aan regels is onderworpen en die bestemd is voor het bijeenbrengen van vraag en aanbod. In de praktijk speelt op dit terrein thans alleen de beurs van New York een rol. De Staatscommissie wil echter niet uitsluiten dat in de toekomst andere beurzen een rol gaan spelen.

Voor andere aandelen dan beursgenoteerde is aan een regel als die van het tweede lid geen behoefte. Wel kan de regel worden geacht mede van toepassing te zijn indien aandelen in de betrokken vorm beschikbaar worden gesteld in verband met een binnen afzienbare tijd te verwachten notering aan een buitenlandse beurs.

22.15.

Het tweede lid is geformuleerd als een eenzijdige conflictenregel. Het geldt uitsluitend voor Nederlandse naamloze vennootschappen. Aan buitenlandse wetgevers kan worden overgelaten om in de eigen wetgeving soortgelijke uitzonderingsregels te introduceren, indien vergelijkbare problemen zich daar zouden voordoen. De formulering sluit analogische toepassing niet uit.

22.16.

De Staatscommissie heeft niet gekozen voor een aanknoping aan het recht van de staat van vestiging van de Transfer Agent (ofwel de staat waar het register wordt gehouden). Die staat is namelijk niet noodzakelijk dezelfde als die waar de beurs is gevestigd. Het is voorts niet uitgesloten dat van de tussenschakeling van een Transfer Agent ooit wordt afgezien. Bovendien moet de te ontwerpen regel ook buiten de Verenigde Staten kunnen worden toegepast.

22.17.

Zoals hiervoor reeds bleek, kan de oplossing voor het probleem van de American shares niet worden gevonden in een (analoge) toepassing van het Trustverdrag. Zie hiervoor, par. 22.10.

22.18.

De voorgestelde regel bestrijkt voor een klein deel gevallen die eveneens worden bestreken door artikel 14. Dit is naar de mening van de Staatscommissie niet bezwaarlijk.

22.19.

In de eerste zin van het tweede lid wordt gesproken van een "in de Staat van vestiging van de betrokken beurs gebruikelijke vorm". Deze "vorm" omvat in het geval van de American shares een aantal elementen, namelijk:

- a. de American shares zijn aandelen op naam waarvoor aandeelbewijzen worden afgegeven die bij levering bij de Transfer Agent moeten worden ingeleverd met een door de vervreemder op het aandeelbewijs ingevuld en ondertekend endossement, waarna door de Transfer Agent een nieuw aandeelbewijs wordt afgegeven dat ten name van de verkrijger is gesteld. Deze vorm van aandelen op naam en deze wijze van levering steunt op statutaire bepalingen waarin deze vorm en deze wijze van levering mogelijk worden gemaakt;
- b. de bepaling dat de overdracht en de andere elementen van het goederenrechtelijke regime van de onder a. bedoelde aandelen worden beheerst door het recht van de staat van de beurs. De aanwijzing van New Yorks recht berust momenteel op de besluiten van de bevoegde organen van de vennootschap tot beschikbaarstelling van American shares en zij wordt tot uiting gebracht in de desbetreffende tekst, die op de American share certificates is afgedrukt;
- c. een statutaire regeling die inhoudt dat met betrekking tot aandelen als bedoeld onder a. een afzonderlijk (gedeelte van het) aandeelhoudersregister kan worden bijgehouden;
- d. een contractuele regeling met een in de Verenigde Staten gevestigde Transfer Agent, waarin aan de Transfer Agent taken worden opgedragen met betrekking tot het innemen en het afgeven van de American share certificates alsmede het bijhouden van het betrokken aandeelhoudersregister;
- e. een contractuele regeling met een in de Verenigde Staten gevestigde Registrar waarin aan de Registrar met betrekking tot de ontvangst en de afgifte van American share certificates en het bijhouden van het desbetreffende aandeelhoudersregister een controletaak wordt opgedragen;
- f. de aan de Transfer Agent en de Registrar opgedragen taken vloeien voort uit de New Yorkse wet, uit de New Yorkse beursvoorschriften en uit daarbij aansluitende gewoonteregels;
- g. denkbaar is dat in de toekomst in de statuten en in de contracten met de Transfer Agent en de Registrar ook een regeling wordt opgenomen inzake beschikbaarstelling in de Verenigde Staten van volledig "stukkenloze" aandelen.

Overigens is in de Staatscommissie gesignaleerd dat nog andere mogelijk in de toekomst te introduceren vormen die zouden kunnen strekken ter bevordering van de beurshandel in andere landen dan de Verenigde Staten, eveneens zouden kunnen worden gedekt door de regeling van artikel 12, tweede lid.

Bij de zinsnede "een in de Staat van vestiging van de beurs gebruikelijke vorm" tekent de Staatscommissie verder nog aan dat de omwisseling van toonderaandelen die worden verhandeld aan (onder meer) de Amsterdamse effectenbeurs, in American shares en omgekeerd, niet gepaard gaat met intrekking en uitgifte van aandelen en ook niet met een verandering in het uitstaande kapitaal. Een dergelijke omwisseling komt doorgaans tot stand ten gevolge van de handel in aandelen op de betrokken beurzen. Bij het ten uitvoer brengen van de leveringsplichten die voortvloeien uit koop en verkoop op de beurzen zal van dag tot dag blijken dat er ten gevolge van het totaal van de op die dag verrichte beurstransacties bijvoorbeeld in New York meer aandelen moeten worden uitgeleverd dan in Amsterdam, of omgekeerd. Zowel in Amsterdam als in New York worden "ruildepots" in stand gehouden, die een prompte omwisseling van toonderaandelen in American shares en omgekeerd mogelijk maken.

22.20.

In het tweede lid is duidelijkheidshalve aangegeven dat in de betrekkingen tussen de aandeelhouder, c.q. de gerechtigde, en de vennootschap de *lex societatis* blijft gelden.

22.21.

Het derde lid bepaalt dat de rechtskeuze uitdrukkelijk, op voor belanghebbenden kenbare wijze dient te worden gedaan. In verband met de verschillende denkbare verschijningsvormen van aandelen (waaronder "stukkenloze" aandelen) meent de Staatscommissie dat een nader voorschrift niet dient te worden gegeven.

23. Artikel 13 - Aandelen aan toonder

23.1.

Ten aanzien van aandelen aan toonder hebben geheel dezelfde overwegingen een rol gespeeld als ten aanzien van vorderingen aan toonder. Verwezen zij naar de beschouwingen in par. 21. De Staatscommissie heeft zich, voor wat betreft het goederenrechtelijke regime, aangesloten bij de vanouds gehuldigde opvatting dat aandelen aan toonder in beginsel gelijk moeten worden gesteld met roerende zaken. Dit leidt ertoe dat vragen betreffende dat regime worden beantwoord aan de hand van het recht van het recht van het land waar het aandeel zich ten tijde van de overdracht of de vestiging van een recht feitelijk bevindt. Problemen in verband met conflict mobile en gestolen aandelen (verkrijging van een beschikkingsonbevoegde) worden opgelost aan de hand van de *lex rei sitae*, niet van de *lex societatis*. Zie in dit verband het voorgestelde artikel 13, derde lid. Op de

rechtsverhouding tussen de verkrijger en de vennootschap is echter de lex societatis van toepassing. Zie het tweede lid. Dat betekent bijvoorbeeld dat, wanneer het een verpanding van aandelen aan toonder in een Nederlandse NV betreft, het stemrecht slechts overgaat indien is voldaan aan het bepaalde van artikel 89 Boek 2 BW.

23.2.

Toepasselijkheid van de lex societatis betekent in geval van toonderaandelen onder meer dat bij uitoefening van vorderingsrechten jegens de vennootschap door "holders in due course" artikel 146 Boek 6 BW toepasselijk is en niet par. 3-305 UCC.

23.3.

Ter sprake is nog gekomen de in artikel 105 van de Zwitserse i.p.r.-wet opgenomen rechtskeuzemogelijkheid met geldigheid tussen partijen. De Staatscommissie is van mening dat een dergelijke mogelijkheid in het geval van toonderaandelen en soortgelijke stukken niet moet worden gecreëerd. Zij staat te zeer op gespannen voet met de voor het zakenrecht wezenlijke derdenwerking van de zakenrechtelijke verhouding.

De voorgestelde tekst luidt als volgt:

Artikel 13

1. Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een aandeel aan toonder wordt beheerst door het recht van de Staat waar het toonderstuk zich bevindt. Artikel 10, eerste en tweede lid. is van overeenkomstige toepassing op de vraag welke onderwerpen onder dat recht vallen.

2. De betrekkingen tussen de aandeelhouder, onderscheidenlijk de gerechtigde, en de vennootschap, alsmede de voorwaarden waaronder de overdracht dan wel de vestiging van een recht aan de vennootschap kan worden tegengeworpen, worden beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap.

3. De artikelen 5 en 6 zijn van overeenkomstige toepassing op aandelen aan toonder.

24. Artikel 14 - Effectengiro's

24.1. Inleiding

Effectengiro's spelen een belangrijke rol in het huidige verkeer van effecten, zowel nationaal als internationaal. Dit is het gevolg van de enorme stijging van de vraag naar kapitaal, de groei van de internationale beleggingen en daarmee van de effectenhandel. Het gebruik van een effectengirostelsel heeft het voordeel dat grote transacties eenvoudiger en sneller tot stand kunnen komen tegen lagere kosten en met een geringer risico.

Het typische kenmerk van deze ontwikkeling is dat de stukken zelf niet langer circuleren, maar worden gedeponneerd bij een bewaarder. De belegger wordt rekeninghouder en als zodanig medegerechtigd in een pool van effecten van dezelfde soort. Hij is derhalve gerechtigd tot overdracht of uitlevering van effecten van die soort ter waarde van zijn tegoed. Zolang de stukken zijn geïmmobiliseerd, blijkt het tegoed van de belegger niet uit die stukken, maar uit zijn effectenrekening. Overdrachten vinden door overboeking plaats. Het recht van het land de fysieke ligging van de stukken is niet meer doorslaggevend voor de bepaling van de rechten van de belegger.

Voor de bewaring van de stukken worden verschillende constructies gehanteerd. Veelal hebben de grote internationale effectengiro-instellingen de stukken niet zelf onder zich, maar kunnen zij daarover beschikken via lokale bewaarinstellingen. De positie van de internationale instellingen is aldus vergelijkbaar met die van een trustee.

Voorbeelden van dergelijke internationaal opererende instellingen zijn Euroclear en Cedel, die respectievelijk in België en in Luxemburg zijn gevestigd en die door het particuliere bedrijfsleven zijn opgezet. De rechten van beleggers zijn geregeld in Belgische, onderscheidenlijk Luxemburgse regelgeving. Via deze systemen vinden op zeer grote schaal internationale transacties plaats in allerlei effecten. Geen van deze beide instellingen heeft de stukken zelf in bewaring. Bewaring vindt doorgaans plaats in het land van vestiging van de instelling die de stukken heeft uitgegeven, bij een centraal effectendepot. Transacties tussen deelnemers vinden plaats door overboeking.

Op nationaal niveau zijn in een aantal landen effectengiro-systemen opgezet, die aan meer gedetailleerde regelgeving onderworpen zijn dan systemen zoals Euroclear en Cedel. In Nederland is de Wet giraal effectenverkeer (Wge) tot stand gebracht om levering van daartoe aangewezen effecten (aan toonder) door overboeking mogelijk te maken en de belegger te beschermen tegen het faillissement van een tussenpersoon. Deze wet kent een "centraal instituut". Als zodanig is door de minister van Financiën aangewezen Necigef. De wet kent voorts "aangesloten instellingen", dat zijn instellingen die door het centraal instituut, Necigef, als zodanig zijn toegelaten. De aangesloten instellingen kunnen voor iedere soort effecten

een afzonderlijk "verzameldepot" houden. Het centraal instituut heeft voor iedere soort effecten een "girodepot". Wie effecten toevertrouwt aan een bank die "aangesloten instelling" is, wordt voor een breukdeel medegerechtigd in het totaal bestand van het verzameldepot. De regeling beoogt enerzijds het rechtsverkeer in effecten aanzienlijk te vereenvoudigen door levering door middel van bijschrijving op een rekening mogelijk te maken (effectengiro), anderzijds al degenen die effecten op de genoemde wijze hebben toevertrouwd aan een "aangesloten instelling", te behoeden voor de gevolgen van een débâcle van zulk een instelling. De belegger kan de tussenpersoon steeds om uitlevering vragen. Kenmerkend voor het wettelijke girale systeem is dat de overdracht van vermogensrechten door overboeking tot stand komt.

In de praktijk wordt uitgegaan van toepasselijkheid van het recht van het land van ligging van de (toonder)stukken op de vraag naar de vereisten voor overdracht. In Europa zijn verscheidene instituten, vergelijkbaar met Necigef, die door de minister van Financiën zijn goedgekeurd en waarmee verbindingen zijn gelegd, vgl. artikel 35 sub b van de Wge. Necigef en die instellingen houden rekeningen bij elkaar aan. De genoemde bepaling maakt een onderscheid tussen effecten die berusten onder, en effecten die bewaard worden voor instellingen in het buitenland. Op dat onderscheid zal thans nader worden ingegaan.

Voor wat betreft de stukken die door Necigef worden bewaard voor een zodanige buitenlandse instelling, vloeit uit de Wet voort dat deze aangesloten instelling of haar cliënten naar rato van hun tegoed medegerechtigd zijn op de in een girodepot opgenomen effecten, op dezelfde wijze als een (Nederlandse) "aangesloten instelling". Dit laatste moet worden aangenomen mede gezien het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 september 1994, NJ 1996, 461 nt. WMK (Kas-Ass). Het recht dat de verhouding beheerst tussen die buitenlandse instelling en haar cliënten, is niet bij machte in te breken in het stelsel van de Wet giraal effectenverkeer door wijziging te brengen in de modaliteiten van medegerechtigdheid die die wet kent (het nemo plus-beginsel). Daarop wordt hierna nog teruggekomen.

Voor wat betreft de stukken die voor Necigef "berusten onder een instelling in het buitenland", moet op overeenkomstige wijze worden aangenomen dat het recht dat het depot bij die instelling beheerst, bepaalt welke de rechtspositie van Necigef met betrekking tot die stukken is (en welke die is van degenen voor wie Necigef die stukken houdt). Dat geldt zowel voor tegoeden bij instellingen in het buitenland die door de minister

zijn aangewezen volgens artikel 35 sub b Wge, als voor tegoeden bij instellingen die niet aldus zijn aangewezen.

Een complicatie doet zich voor indien toonderstukken die toekomen aan Necigef of aan een "aangesloten instelling" niet in Nederland worden bewaard, maar in een ander land. Zolang de stukken zich in Nederland bevinden, geldt, naar de in het onderhavige wetsvoorstel bevestigde regel, het Nederlandse goederenrecht als *lex rei sitae*. Het in de Wge gecreëerde stelsel van medegerechtigdheid in de depots van degenen die stukken hebben toevertrouwd aan een aangesloten instelling, maakt deel uit van het toepasselijke Nederlandse recht. De vraag doet zich voor of het systeem van de Wge toepasselijk kan worden geacht dan wel verklaard op stukken die zich in het buitenland bevinden op naam van Necigef of van een "aangesloten instelling", zonder deel uit te maken van het bestand van een plaatselijke effectengiro-instelling. Dat zou bevorderlijk zijn voor het internationaal effectenverkeer. Zulks te bepalen gaat echter in zekere zin de macht van de Nederlandse wetgever te boven. Hij kan niet voorkomen dat in het buitenland de *lex rei sitae* toch wordt toegepast.

De Nederlandse wetgever zou wel kunnen bepalen dat op stukken die zich bevinden in Nederland, buiten het stelsel van de Wet giraal effectenverkeer om, maar die behoren tot het bestand van een buitenlandse effectengiro-instelling, niet worden beheerst door het Nederlandse goederenrecht, maar door het recht dat het stelsel van die effectengiro beheerst.

Euroclear en Cedel zijn geen aangesloten instellingen in de zin van de Wge. Bij transacties via Euroclear of Cedel kan zich dezelfde complicatie voordoen als zoëven is beschreven voor het Wge-systeem.

De Staatscommissie heeft zich over deze materie nader laten informeren door prof. mr S.E. Eisma en prof. mr W.A.K. Rank, alsmede door mr Ch.W.le Rütte, adviseur van Necigef.

24.2. De EU-richtlijn als basis voor een ontwerp-bepaling

In de loop van de besprekingen is vanwege het ministerie van Justitie een op de tekst van het EU-faillissementsverdrag gebaseerde ontwerp-richtlijn betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (nr 9962/97, *limité*) aan de Staatscommissie voorgelegd. Deze inmiddels gereedgekomen richtlijn bevat een bepaling die rechtstreeks op het hier aan de orde

zijnde onderwerp betrekking heeft. Bij de uiteindelijke formulering van die bepaling is gevolg gegeven aan de van Nederlandse zijde ingebrachte suggestie van de Staatscommissie ter verbetering van de redactie. Het desbetreffende artikel luidt in de definitieve versie als volgt:

Artikel 9

1. De rechten

- van een deelnemer ten aanzien van zakelijke zekerheden die aan hem in verband met een systeem zijn gesteld en
- van de centrale banken van de lidstaten of van de toekomstige Europese Centrale Bank ten aanzien van zakelijke zekerheden die hun gesteld zijn,

worden niet aangetast door een insolventieprocedure tegen de deelnemer of de wederpartij van centrale banken van de lidstaten of de toekomstige Europese Centrale Bank, die de zakelijke zekerheden heeft gesteld. Ter voldoening van deze rechten mogen die zakelijke zekerheden worden uitgewonnen.

2. Wanneer deelnemers en/of centrale banken van de lidstaten of de toekomstige Europese Centrale Bank op de in lid 1 beschreven wijze zakelijke zekerheden in de vorm van effecten (of van rechten ten aanzien effecten) verkrijgen en wanneer hun recht (of dat van een namens hen optredende vertegenwoordiger, agent of derde) ten aanzien van de effecten wettelijk vastgelegd is in een register, rekening of gecentraliseerd effectendepot, gelocaliseerd in een lidstaat, wordt de bepaling van de rechten van die personen als houders van zakelijke zekerheden ten aanzien van deze effecten beheerst door het recht van die lidstaat.

In dit artikel wordt gesproken van een "systeem", welke term in artikel 2 van de richtlijn als volgt wordt omschreven:

een formele overeenkomst

- tussen drie of meer deelnemers, in voorkomend geval, een afwikkellende instantie, een centrale tegenpartij, een clearing house of een indirecte deelnemer niet meegerekend, met gemeenschappelijke regels en standaardprocedures voor het uitvoeren van overboekingsopdrachten tussen de deelnemers,
- waarop het recht van een door de deelnemers gekozen lidstaat van toepassing is. De deelnemers kunnen echter uitsluitend kiezen voor het

recht van een lidstaat waarin ten minste een van hen zijn hoofdkantoor heeft,

- die door de lidstaat waarvan het recht toepasselijk is, onverminderd strengere algemeen toepasselijke voorwaarden die door de nationale wet worden voorgeschreven, als systeem is aangemerkt en bij de Commissie is aangemeld, nadat die lidstaat zich ervan heeft vergewist dat de regels van het systeem adequaat zijn.

Onder de in de eerste alinea genoemde voorwaarden mag een lidstaat als een systeem aanmerken een dergelijke formele overeenkomst die behelst dat overboekingsopdrachten als bedoeld in onderdeel i, tweede streepje, worden uitgevoerd en dat in beperkte mate opdrachten met betrekking tot andere financiële instrumenten uitvoert, indien de lidstaat van oordeel is dat zulks in het licht van het systeemrisico geboden is.

De geciteerde bepaling van artikel 9 heeft uitsluitend betrekking op het geval dat zekerheden in de vorm van effecten worden verkregen of dat ten aanzien van effecten zekerheidsrechten worden gevestigd. Gelet op de achtergrond van de richtlijn, is die beperking begrijpelijk. Het is de Staatscommissie echter gebleken dat in de praktijk van het effectenverkeer een duidelijke behoefte bestaat aan een soortgelijke regel, die de overdracht van rechten ten aanzien van effecten, alsmede de vestiging daarop van genotsrechten mede bestrijkt. Bovendien bepleit de Staatscommissie dat een zodanige regel zich niet tot de Europese Unie beperkt. Zie het daarover hiervoor, par. 22.9 en 22.16, gestelde.

24.3.

De beoogde regeling moet duidelijk maken dat een overboeking via een instelling voor giraal effectenverkeer bewerkstelligt dat de overdrager, of degene die het recht vestigt, niet langer rechthebbende is, zodat bij faillissement van de overdrager de rechten ten aanzien van de effecten buiten de boedel vallen.

24.4

De beoogde regeling moet er bovendien geen enkele twijfel over laten bestaan dat, voor zover het effecten betreft die onder de Wet giraal effectenverkeer vallen, een via een buitenlandse instelling voor giraal effectenverkeer tot stand gebrachte overboeking geen afbreuk doet aan de aan "deelgenoten" zoals Necigef en aangesloten instellingen voorbehouden medegerechtigdheid in de verzameldepots en de girodepots zoals voorzien in de Wge.

Gelet op de grote rol die Euroclear en Cedel in het internationale effectenverkeer spelen, is het van groot belang dat het voorgaande ook bij transacties via deze systemen vaststaat. In het geval van Euroclear gaat het Belgische recht ervan uit dat een overboeking mede-eigendom voor de begunstigde tot gevolg heeft, dus een absoluut recht ten aanzien van de effecten waarop de overboeking betrekking heeft doet ontstaan, ook indien die stukken, bijvoorbeeld, in Nederland zijn gelegen en deel uitmaken van het Wge-systeem. Volgens de Wge is echter, zoals hiervoor reeds is vermeld, alleen een deelgenoot in de zin van die wet medegerechtigd. De Wge sluit ten enenmale uit dat een overboeking bij bijvoorbeeld Euroclear effect zou hebben op de Wge-medegerechtigdheid van een aangesloten instelling. Het Wge-systeem, dat deel uitmaakt van het Nederlandse goederenrecht, kan door een buitenlandse wet niet worden opengebroken. Naar de mening van de Staatscommissie zou een dergelijke doorwerking in strijd zijn met het nemo plus-beginsel. Euroclear, of een vergelijkbare buitenlandse instelling, kan niet een andere positie hebben dan die welke de Wge heeft voorzien voor een "deelgenoot". Het in de internationale effectenbewaring gebruikelijke systeem van multi-tier bewaring zou door een dergelijke openbreking worden doorkruist.

De hier weergegeven opvatting van de Staatscommissie heeft ertoe geleid dat in de bepaling van de richtlijn wordt gesproken van "rechten ten aanzien van effecten" en niet van "rechten op effecten".

24.5.

De werking van de bepaling van de richtlijn kan aan de hand van het volgende praktijkvoorbeeld worden geïllustreerd.

Twee Britse banken hebben een rekening bij, bijvoorbeeld, Euroclear. Bank I houdt bij Euroclear een positie in Nederlandse effecten aan, bijvoorbeeld aandelen Philips. Bank I verpandt een deel van haar aldus gehouden positie aan bank II, welke verpanding in de boeken van Euroclear wordt geëffectueerd. De betrokken aandelen Philips worden voor Euroclear door A, een Nederlandse bank, een aangesloten instelling bij Necigef in de zin van de Wet giraal effectenverkeer, bewaard. Euroclear heeft een rekening bij A. Het tegoed van Euroclear bij A ondergaat door de transactie tussen de twee Britse banken I en II geen wijzigingen. Euroclear is immers geen aangesloten instelling in de zin van de Wge en alleen een boeking in de administratie van een aangesloten instelling levert een levering in de zin van de Wge op.

Zou een cliënt van bank II het stemrecht willen uitoefenen, dan dient bank II zich te wenden tot Euroclear, die zich op zijn beurt zal wenden tot bank A met een verzoek om uitlevering van de effecten ter fine van depot. De cliënt kan zich niet rechtstreeks tot Necigef wenden.

24.6. Voorstel

Het belang van het scheppen van duidelijkheid is, dat Nederlandse financiële instellingen die effecten bezitten, deze moeten kunnen gebruiken als zekerheid voor hun transacties. In de huidige praktijk worden over deze vraag veelvuldig legal opinions verlangd, hetgeen kosten meebrengt en Nederlandse financiële instellingen ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten in een onaantrekkelijke positie plaatst.

Voor een goed begrip zij aangetekend dat het spiegelbeeld van de hier beschreven situatie zich eveneens voordoet. Zo worden bij effectenbewaarbedrijven van de grote banken effecten die in het buitenland worden bewaard, door overboeking overgedragen. In het buitenland gaat men ervan uit dat het Nederlandse recht bepaalt welke rechten een cliënt ten aanzien van de effecten (dat wil zeggen: rechten ter zake van uitlevering en girale overboeking daarvan) heeft. Onverlet blijft hetgeen ten aanzien van de toonderstukken uit het recht van het land van ligging voortvloeit.

Verder zij aangetekend dat de bepalingen van de Wet giraal effectenverkeer (artikelen 30b en 35b) aldus zouden kunnen worden gelezen dat deze dezelfde "exportpretentie" hebben als de Belgische wet. De voorgestelde regeling, die het primaat laat liggen bij de toepasselijkheid van het recht van het land van ligging van de (toonder)stukken, maakt duidelijk dat er van een dergelijke pretentie geen sprake kan zijn.

De Staatscommissie stelt voor dat het wetsvoorstel wordt aangevuld met een artikel 14, dat als volgt luidt:

Artikel 14

Het goederenrechtelijke regime met betrekking tot rechten ter zake van uitlevering en girale overboeking van effecten jegens een instelling die haar bedrijf maakt van het bewaren of administreren van effecten en het verzorgen van giraal effectenverkeer, wordt beheerst door het recht van de Staat van vestiging van die instelling, onderscheidenlijk van het kantoor

van die instelling waar de rekening waarin de bedoelde effecten worden geadministreerd, wordt gehouden.

24.7. Toelichting op het voorstel

Bij dit tekstvoorstel worden de volgende aantekeningen gemaakt:

a. De Staatscommissie is van oordeel dat de door haar beoogde wettelijke voorziening ook dient te gelden voor effecten die niet of nog niet door de Wet giraal effectenverkeer worden bestreken. Zij tekent daarbij aan dat met ingang van 1 januari 1998 de lijst van effecten die wel daaronder vallen, is uitgebreid.

De EU-richtlijn spreekt, heel algemeen, van "effecten", d.w.z. van vorderingen en aandelen. Daarom wordt voorgesteld te spreken van effecten.

Voor zover het aandelen op naam betreft, gaat het om aandelen waarbij de bank ten behoeve van cliënten als aandeelhouder in het register van de vennootschap is vermeld. Hier is dus eveneens sprake van de overdracht van rechten ten aanzien van effecten.

b. Onder "instellingen die hun bedrijf maken van het bewaren en administreren van effecten" worden gerekend kredietinstellingen, Necigef en andere soortgelijke instellingen alsmede instellingen zoals Euroclear en Cedel. Artikel 14 is uitsluitend van toepassing voor zover een instelling (tevens) haar bedrijf maakt van het verzorgen van giraal effectenverkeer.

c. Voor de inhoud van het begrip "goederenrechtelijk regime" wordt verwezen naar artikel 10, tweede lid. Het voorgestelde artikel 14 geeft aan welk recht toepasselijk is op de overdracht c.q. de vestiging van rechten op rechten ter zake van uitlevering en girale overboeking van vorderingen of aandelen, die jegens een instelling voor giraal effectenverkeer kunnen worden uitgeoefend. Het heeft geen betrekking op de overdracht van de vorderingen of aandelen zelf. Ook zegt de bepaling niets over de inhoud van de rechten die jegens de instelling kunnen worden uitgeoefend. Uit de in par. 24.1 gegeven uiteenzetting bleek reeds dat het niet alleen contractuele rechten kan betreffen, maar ook vermogensrechten die naar Nederlandse opvatting in het goederenrecht thuishoren, zoals rechten tot revindicatie en (mede-)eigendomsrechten. Het is mogelijk dat die inhoud verschillend wordt beoordeeld door het recht van de staat van de instelling en door het recht van de staat van ligging van de effecten.

d. Wat de verhouding tussen artikel 14 en de artikelen 10 tot en met 13 betreft, is verder van belang dat artikel 14 alleen betrekking heeft op overdrachten die binnen de betrokken giro-instelling plaatsvinden, maar niet op leveringshandelingen waarbij aandelen het betrokken giro-systeem verlaten of daarin worden binnengebracht. Zie in dit verband hetgeen hiervoor, par. 22.9, is gesteld ten aanzien van leveringen van American shares in het kader van het DTC/CEDE-systeem.

e. De bepaling is van toepassing zowel op de cliënt die zijn rechten jegens de bewaarinstelling vervreemdt of bezwaart als op de bewaarinstelling die de rechten ter zake van effecten die zij jegens een andere bewaarinstelling heeft, vervreemdt of verpandt.

f. De ontworpen bepaling laat onverlet de werking van het Trustverdrag (zie het voorgestelde artikel 1, tweede lid). Denkbaar is dat Euroclear wordt beschouwd als een trust, in welk geval bij faillissement van Euroclear de rechten ten aanzien van de effecten buiten de boedel van Euroclear vallen.

g. Het komt voor dat effecten tot het bestand van meer dan één instelling kunnen worden gerekend, terwijl deze instellingen in verschillende landen rekeningen houden. Dan is bepalend het recht van het land waar de rekening wordt gehouden.

h. Het door de Staatscommissie ontworpen artikel wijkt qua redactie af van artikel 9, tweede lid, van de richtlijn. Ofschoon laatstgenoemd artikel niet uitdrukkelijk bepaalt welk recht de vestiging van de daar bedoelde zekerheden beheerst, leest de Staatscommissie het aldus, dat het recht van de staat van vestiging van de instelling voor giraal effectenverkeer daarop van toepassing is. Zij maakt dit op uit de woorden "wettelijk vastgelegd is in een register, rekening of gecentraliseerd effectendepot, gelokaliseerd in een lidstaat". Indien deze veronderstelling juist is, strookt de ontworpen bepaling geheel met de bepaling van de richtlijn.

i. De werking van het voorgestelde artikel 14 kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld van een keten van directe en indirecte rechtsbetrekkingen met een effectengiro-instelling.

A is in Engeland cliënt bij bank I, gevestigd te Londen. A houdt een positie in Nederlandse effecten bij bank I.

Bank I heeft een positie in deze effecten bij Euroclear, een effectengiro-instelling in de zin van artikel 14.

De effecten worden voor Euroclear bewaard door bank A, een Nederlandse bank, aangesloten instelling bij Necigef in de zin van de Wge. Bank A verricht haar bewaringstaak door de stukken volgens de Wge te deponeren bij Necigef.

De op alle vier niveaus bestaande rechtsverhoudingen worden beheerst door artikel 14 voor zover het gaat om rechten ter zake van uitlevering en gifale overboeking jegens een effectengiro-instelling. Echter, niet op al deze niveaus worden directe rechten in het leven geroepen. Cliënt A heeft geen directe rechtsverhouding met Euroclear, evenmin als Euroclear een directe rechtsverhouding heeft met Necigef. Bij de toepassing van artikel 14 kan het dus zowel om indirecte als om directe rechten jegens een effectengiro-instelling gaan.

De Staatscommissie is van oordeel dat het overweging verdient de door haar voorgestelde bepaling in te voeren ter gelegenheid van de implementatie van de richtlijn. Daar aannemelijk is dat deze op een eerder tijdstip plaatsvindt dan de invoering van de Wet conflictenrecht goederenrecht, zou de bepaling voorlopig in de implementatiewetgeving kunnen worden opgenomen. In een later stadium kan de bepaling in de implementatiewetgeving worden vervangen door een verwijzing naar de Wet conflictenrecht goederenrecht, waar zij in feite thuishoort.

De Staatscommissie verwijst ten slotte naar de literatuur over dit onderwerp, waaronder "Bewaring en eigendom van effecten", preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, door Mr W.A.K.Rank, Mr E.M.van Ardenne-Stachiw en Mr Ch.W. Le Rütte, Deventer 1997; een artikel van de hand van prof. Roy Goode, Oxford, onder de titel "The Nature and Transfer of Rights in Immaterialized and Immobilized Securities", en een artikel van Kathleen Tyson-Quah, Cedel Bank London, onder de titel: "Cross Border Securities Collateralisation Made Easy", beide verschenen in Butterworths' Journal of International Banking and Financial Law, April 1996, pag. 167-176, resp. pag. 177-184. Verder zij nog vermeld dat in de hiervoor, par 12, genoemde publikatie van de International Bar Association is gepleit voor een verdrag. Gelet op het voorgaande meent de Staatscommissie dat er aanleiding is niet op de totstandkoming van een verdrag te wachten.