

Richtlijn 2009/44/EG: EG-knuppel in het hoenderhok van het Nederlandse goederenrecht

*Prof. mr. dr. F.E.J. Beekhoven van den Boezem**

Inleiding

De Europese Collateral Richtlijn (Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten) van 6 juni 2002 bracht een eenvormig Europees communautair rechtskader voor het grensoverschrijdend gebruik van financiële zekerheden, waar het geld of effecten betreft. Nederland heeft deze richtlijn geïmplementeerd in artikel 7:51-7:55 BW. De daarin geregelde financiëlezekerheidsvereenkomst (fzo) is een overeenkomst op basis waarvan een financiële instelling 'financiële zekerheid' verkrijgt van een zekerheidsgever voor de nakoming van openstaande verplichtingen.¹ Moeten geld of effecten dienen als waarborg voor een verplichting, dan biedt het gebruikmaken van een fzo de volgende bevoegdheden voor de zekerheidsnemer:

- a. De zekerheidsnemer mag het geld of de effecten die tot waarborg van een verplichting in zekerheid zijn gegeven, gebruiken (art. 7:53 lid 1 BW). Als hij dit doet, ontstaat een verplichting tot overdracht van gelijkwaardige goederen aan de zekerheidsgever (art. 7:53 lid 2 BW), maar partijen kunnen ook bepalen dat hij de vordering op de zekerheidsgever mag verrekenen met de waarde van gelijkwaardige goederen (art. 7:53 lid 3 BW).
- b. Wanneer aan de voorwaarden van een executiegrond is voldaan, mag de zekerheidsnemer de effecten die hem in zekerheid zijn gegeven niet alleen verkopen, maar ook in plaats daarvan toe-eigenen en hun waarde verrekenen met het hem verschuldigde (art. 7:54 lid 1 sub a BW).
- c. Gaat het om geld waarop het zekerheidsrecht rust, dan mag hij dit in dat geval verrekenen met hetgeen hem toekomt.

Daarnaast werden met deze richtlijn formaliteiten verminderd, met name waar het de uitwinning van dergelijke zekerheden betreft (art. 7:54 BW). Ook is een aantal bepalingen van de Faillissementswet (Fw) bij de implementatie van deze richtlijn gewijzigd.²

Fzo tot vestiging van een pandrecht en fzo tot overdracht

Er zijn twee soorten financiëlezekerheidsvereenkomsten, te weten de fzo tot vestiging van een pandrecht en de fzo tot overdracht (art. 7:51 BW). Het sluiten van een fzo tot vestiging van een pandrecht biedt voordelen gelegen in de hiervoor genoemde bevoegdheden. Een reguliere pandhouder heeft deze namelijk niet. Voor wat betreft de fzo tot overdracht zijn de hiervoor genoemde bevoegdheden (deels) inherent aan de positie van iemand die welk goed dan ook overgedragen krijgt. Men zoekt dan ook tevergeefs naar specifieke bepalingen over de fzo tot overdracht. Ten aanzien van de inhoud ervan zijn partijen namelijk vrij, mits zij blijven binnen de grenzen van de wet.

Voor wat betreft dit laatste komt al snel de vraag op of een fzo tot overdracht, waarbij immers goederen worden overgedragen als waarborg voor een verplichting (art. 7:51 sub b BW), niet in strijd komt met het 'fiduciaverbod'³ van artikel 3:84 lid 3 BW. Daarin is namelijk bepaald dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel is van overdracht van dat goed.

Artikel 3:84 lid 3 BW

De problematiek rond artikel 3:84 lid 3 BW heeft de gemoederen behoorlijk bezig gehouden. Er is veel geschreven over het fiduciaverbod in het algemeen⁴ en de krampachtige verhouding tussen financiëlezekerheidsvereenkomsten en (de uitgangs-

* Prof. mr. dr. F.E.J. Beekhoven van den Boezem is juridisch adviseur ING en hoogleraar onderneming en financiering aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht, bewerkt door W.H.M. Reehuis, A.H.T. Heisterkamp, G.E. van Maanen en G.T. de Jong, Deventer: Gouda Quint, 2006, twaalfde druk, nr. 979.

2. Zie bijvoorbeeld art. 63d Fw: de afkoelingsperiode is niet van toepassing op goederen die zijn verpand via een fzo tot vestiging van een pandrecht.

3. Van een echt verbod is geen sprake. Hooguit kan men zeggen dat een en ander onmogelijk wordt gemaakt, omdat daaraan een ongeldige titel ten grondslag ligt. Een *fiducia cum amico* staat de bepaling gewoon toe. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp 2006, nr. 118 en Mon. Nieuw BW B-6a (Brahm/Reehuis), nr. 26.

4. Zie bijv. Mon. Nieuw BW B-6a (Brahm/Reehuis), nrs. 26-38 en Fiduciare verhoudingen, Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt, (red.), Serie Onderneming en recht deel 41, Deventer: Kluwer 2007.

punten van) Nederlands goederenrecht in het bijzonder.⁵ Inmiddels kunnen we constateren dat de Hoge Raad ten aanzien van artikel 3:84 lid 3 BW een duidelijke lijn heeft geformuleerd: indien de rechtshandeling van partijen strekt tot een 'werkelijke overdracht' en niet slechts tot overdracht 'ten titel van verhaal', dan komt een dergelijke overdracht niet in strijd met voornoemd artikel.⁶ Dit kan anders zijn, indien uit bijkomende omstandigheden moet worden afgeleid dat bedoeling tot ontduiking van artikel 3:84 lid 3 BW voorzat. Zolang maar de rechtshandeling de strekking heeft het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan en er een goede reden is voor het feit dat hem op die manier meer rechten worden verschafte dan een enkel recht op het goed dat iemand in zijn belang als schuldeiser beschermt, is er dus niets aan de hand. Het feit dat de overdracht plaats heeft in verband met de verstrekking van enigerlei vorm van krediet, doet daaraan niet af. Alleen een overdracht die slechts tot doel heeft de schuldeiser meer rechten te geven dan zijn belang als schuldeiser rechtvaardigt, is gedoemd te mislukken wegens een ongeldige titel in voornoemde zin. In de gangbare vormen van financiële zekerheidsvereenkomsten tot overdracht is daarvan geen sprake. Ik geef twee voorbeelden, ontleend aan Reehuis.⁷

Gaat het om de financiële zekerheid 'effecten' dan is de constructie meestal als volgt: A verkoopt aan B een bepaalde hoeveelheid effecten tegen contante betaling van € 90.000. Op hetzelfde moment koopt A van B een zelfde hoeveelheid soortgelijke effecten terug. Op termijn moet A daarvoor € 100.000 betalen. Het verschil van € 10.000 vertegenwoordigt een vergoeding voor het beschikbaar stellen van het geld en voor de kosten, de rente en het risico dat ermee gepaard gaat. Op deze manier wordt geld dat vastzit in effecten liquide gemaakt. Van een ongeldige titel in de zin van artikel 3:84 lid 3 BW is geen sprake. Het gaat hier immers om een werkelijke overdracht die meer behelst dan het de ander verschaffen van zekerheid. Die ander mag namelijk de effecten gebruiken en vervreemden, mits hij op het afgesproken tijdstip een gelijke hoeveelheid effecten van dezelfde soort overdraagt aan A. De effecten gaan dus zonder beperking op hem over.

Voor wat betreft een fzo tot overdracht van geld moet men denken aan een 'valutaswap': B betaalt een hoeveelheid dollars aan A, waarvoor A aan B een bedrag aan euros teruggeeft. Tegelijkertijd spreken zij af dat A na een bepaalde termijn niet diezelfde dollars, maar eenzelfde hoeveelheid dollars aan B terug-

geeft. Op zijn beurt betaalt B daarvoor een bedrag aan euros. Ook in dit geval staat artikel 3:84 lid 3 BW niet aan de constructie in de weg. Gedurende de looptijd van de overeenkomst mag A de dollars immers uitgeven, mits hij na ommekomst van de afgesproken termijn eenzelfde hoeveelheid retourneert. Het goed gaat dus ook hier zonder beperking over. Daarbij komt dat in artikel 7:55 BW is bepaald:

'Een overdracht ter nakoming van een financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht is geen overdracht tot zekerheid of een overdracht die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen in de zin van art. 84 lid 3 van Boek 3. (...)'

Deze laatste bepaling heeft de wenkbrouwen van velen doen fronsen.⁸ Het komt toch immers aan op uitleg van de overeenkomst die tot overdracht verplicht en het is dan toch de rechter en niet de wetgever die bepaalt of een fzo tot overdracht in een concreet geval in strijd komt met artikel 3:84 lid 3 BW? Maar, zo probeert de parlementaire geschiedenis ons gerust te stellen, de bepaling is niet bedoeld om iets toe te voegen. Ook zonder artikel 7:55 BW zou namelijk de daarin bedoelde fzo tot overdracht steeds strekken tot een werkelijke overdracht en nimmer botsen met artikel 3:84 lid 3 BW. De bepaling dient er slechts toe ieder misverstand daaromtrent weg te nemen.⁹ Wat hiervan ook zij, voor wat betreft 'kredietvorderingen' als financiële zekerheid zal de wetgever met betere argumenten moeten komen, zo zullen wij straks zien.

Richtlijn 2009/44/EG

Op advies van de ECB¹⁰ hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie op 6 mei 2009 de Collateral Richtlijn (Richtlijn 2002/47/EG van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten) gewijzigd.¹¹ Konden onder vigeur van de oude Collateral Richtlijn slechts effecten en giraal geld het onderwerp zijn van een financiële zekerheidsvereenkomst, in de gewijzigde richtlijn geldt dit eveneens voor 'kredietvorderingen', te weten geldvorderingen die voortkomen uit een overeenkomst waarbij een bank krediet verstrekt in de vorm van een lening.¹² Richtlijn 2009/44/EG moet uiterlijk 30 december 2010 in ons Burgerlijk Wetboek zijn geïmplementeerd en met ingang van 30 juni 2011 worden toegepast.

5. Zie o.a. H.J. Snijders, Wetgever, heb mededogen met ons Burgerlijk Wetboek, ook bij financiële zekerheidsvereenkomsten, NTBR 2005/3, p. 91; F.M.J. Verstijlen, Van feo naar fzo (via Brussel). Over het wetsvoorstel inzake de financiële zekerheidsvereenkomst en het spanningsveld tussen Europees en nationaal goederenrecht, Ondernemingsrecht 2005/3, p. 68 en 74; V.P.G. de Serière, De financiële zekerheidsvereenkomst: een nieuwe ster aan ons goederenrechtelijk firmament, Ondernemingsrecht 2004/3, p. 71 e.v. en C.J.H. Jansen, 'De financiële zekerheidsvereenkomst', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), De invloed van het Europees recht op het Nederlandse privaatrecht. 2 bijzonder deel (Serie onderneming en recht, 42-II) (p. 353-367), Deventer: Kluwer 2007.
6. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keerweer q.q./Sogelase BV). Zie ook HR 18 november 2005, JOR 2006, 60 m.nt. Th.A.L. Kliebisch (B.T.L. Lease BV/Van Summeren).
7. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 985.

8. Zie o.a. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 986 en Verstijlen 2005, p. 72.
9. MvT Wetsvoorstel 30 138, nr. 3, p. 9; Nadere MvA I, Kamerstukken I 2004/05, 28 874, nr. E, p. 2, 14 en 16 en MvT II, Kamerstukken II 2004/05, 30 138, nr. 3, p. 1.
10. Advies van de Europese Centrale Bank van 7 augustus 2008 inzake een voorstel tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG (CON/2008/37), PB C 216 van 23.8.2008, p. 4 e.v.
11. Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft, PbEU 10 juni 2009, L 146/37.
12. Zie hierover uitgebreid mijn binnenkort te verschijnen inaugurele rede Credit Claims, kredietvorderingen als beleenbare activa voor monetaire beleidstransacties in het Eurosysteem.

De twee hiervoor besproken mogelijke structuren voor het construeren van een financiële zekerheids overeenkomst – te weten de fzo tot vestiging van een pandrecht en de fzo tot overdracht – zijn volgens de gewijzigde Collateral Richtlijn ook aangewezen waar het gaat om kredietvorderingen. Voor wat betreft de fzo tot vestiging van een pandrecht is van belang op te merken dat het hiervoor beschreven recht van de pandhouder om de hem in zekerheid gegeven gelden of effecten te gebruiken niet geldt voor kredietvorderingen. In de toelichting bij het Commissievoorstel is daaromtrent opgemerkt:

‘Anders dan contanten of financiële instrumenten zijn kredietvorderingen niet fungibel. Dit heeft tot gevolg dat een zekerheidsnemer die zijn gebruiksrecht uitoefent, niet in staat is om de zekerheidsverschaffer na afloop van de transactie gelijkwaardige zekerheden te restitueren. Daarom is het aangewezen te verduidelijken dat het gebruiksrecht als vastgelegd in artikel 5 niet van toepassing is op kredietvorderingen.’

Kortom: het gebruiksrecht is voor wat betreft een fzo tot vestiging van een pandrecht op kredietvorderingen uitgesloten, omdat daarbij gewoonweg niets is voor te stellen.

Maar hoe moet het dan met de tweede mogelijkheid, een fzo tot *overdracht* van kredietvorderingen? Is die niet per definitie in strijd met het zojuist besproken fiducia verbod? Immers, als bij gebruik van kredietvorderingen niets is voor te stellen, dan kan de overdracht ervan middels een fzo-structuur op niets anders zien dan slechts op zekerheidsverschaffing. Met deze wijziging van de Collateral Richtlijn lijkt de (EG-)knuppel in het hoenderhok van het Nederlandse goederenrecht te worden gegooid. Voor wat betreft kredietvorderingen kan men namelijk niet zeggen dat artikel 7:55 BW vastlegt wat toch al uit artikel 3:84 lid 3 BW volgt – en in die zin artikel 7:55 BW niet meer doet dan het voorkomen van misverstanden –, omdat een overdracht in deze zin de strekking heeft de zekerheidsverkrijger niets meer te verschaffen dan een enkel recht op het goed dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt.¹³ In dat geval heeft hij immers geen ander belang dan zich op de vorderingen te verhalen nu *gebruik* van deze zekerheid niet aan de orde kan zijn. Als dit slechts het doel is, dienen partijen normaliter gebruik te maken van een (stil) pandrecht, omdat bij overdracht de zekerheidsnemer meer rechten zou krijgen dan zijn belang als schuldeiser rechtvaardigt. Een rechter die zich moet buigen over de uitleg van een fzo tot overdracht van kredietvorderingen, lijkt dan ook niet anders te kunnen concluderen dan dat artikel 7:55 BW conflicteert met artikel 3:84 lid 3 BW.

Conclusie

Afhankelijk van hoe een en ander in de implementatiewetgeving zal worden opgenomen, lijkt het ervoor te moeten worden gehouden dat de Collateral Richtlijn van 2002 op gespannen voet stond met het Nederlandse goederenrecht, maar dat de

Collateral Richtlijn van 2009 zelfs verder gaat dan dat: zij doet het ‘fiducia verbod’ sneuvelen (althans als het gaat om belening van kredietvorderingen onder een financiële zekerheids overeenkomst tot overdracht)! Dat is toch opzienbarend nieuws, na al die jaren van discussie over de voors en tegens, het wel en wee, en de praktische onhanterbaarheid van artikel 3:84 lid 3 BW.¹⁴

13. Zie HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keerweer q.q./Sogelease BV) r.o. 3.4.3.

14. Zie o.a. W.H.M. Reehuis, Groninger Opmerkingen en Mededelingen (1997), p. 58 e.v.; W.A.K. Rank, De (on)hanterbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk (oratie Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, Serie Onderneming en recht deel 12; H.L.E. Verhagen, Vijf jaar NBW: artikel 3:84 lid 3 en de financieringspraktijk, Trema 1997/2, p. 54-59; M.H.E. Rongen, De strekking van het fiducia verbod, in het bijzonder in verband met financiering op basis van vorderingen, in: Vertrouwd met de Trust, Deventer: Kluwer 1996, p. 263-303; R.H. Maatman, De verkrijging van het economisch belang bij vorderingsrechten, WPNR 6286 (1997), p. 679-683; H.W. Heijman, De reikwijdte van het fiducia verbod, in het bijzonder in verband met leasing, WPNR 6119 (2008), p. 1-14; W.M. Kleijn, Conversie voor alle zekerheid, De reikwijdte van het fiducia verbod, WPNR 6119 (2008) p. 15-17; S.C.J.J. Kortmann, Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW, WPNR 6119 (2008), p. 18-23 en S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheids-overdracht, NJB 1995, p. 991-996.