

Verwijdering van de Europese rechtscultuur. Het wetsvoorstel uitvoering Richtlijn financiële-zekerheidsovereenkomsten



Mr. R. Westrik*

1. Inleiding; twee visies

Het Wetsvoorstel betreffende de uitvoering van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten¹ (hierna aan te duiden als het Wetsvoorstel respectievelijk de Richtlijn) is enkele malen van meer principiële kritiek voorzien.² De stuwende kracht achter die kritiek is de zorg dat de maatregelen die op basis van de Richtlijn worden voorgesteld, diep zullen ingrijpen in het (continentale) systeem van het vermogensrecht, in het bijzonder in dat van het goederen- en faillissementsrecht. De maatregelen zullen kunnen leiden tot een verstoring van de ‘checks and balances’ die – niet zonder reden – in het zekerhedenrecht zijn neergelegd. Beginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid staan op het spel. De wetgever meent bij de uitvoering van de Richtlijn deze bezorgdheid echter te ondervangen met oplossingen op het technische vlak³, betoogt voorts dat de bezwaren niet voldoende hout snijden om het Wetsvoorstel niet door te zetten en meent dat de met de Richtlijn beoogde rechtszekerheid (rechtszekerheid voor crediteuren/zekerheidsnemers) niet in gevaar mag komen.⁴ In het algemeen acht de wetgever het doel van de Richtlijn te belangrijk om af te wijken – indien al mogelijk bij een EU-Richtlijn – van de in de Richtlijn gedicteerde koers. In dit verband is aardig het volgende citaat van de heer Heemsker (PvdA), die in de Tweede Kamer betoogt:

‘(..) Als wij iets extra’s doen – dat is goed voor het bedrijfsleven, de werknemers en dus voor de economie – dan moeten wij dat niet nalaten. Sterker, dat moeten wij doen. Gezond verstand moet overheersen in plaats van angst of misplaatste ideologie.’⁵

De verwijzing naar ‘ideologie’ is hier een treffende. In deze materie staan welbeschouwd namelijk twee ‘ideologieën’ of visies tegenover elkaar, een macro-economische en een macro-juridische (waarbij ‘macro’ gebruikt wordt ter aanduiding van het grotere Europese verband). De beide visies lijken elkaar thans, in de voorliggende mate-

* Universitair docent privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteur dankt prof. mr. A.I.M. van Mierlo voor zijn inspirerende opmerkingen bij de totstandkoming van dit artikel.

1. Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, TK 28874 / EK 28 874.
2. Vgl. Advies Raad van State en Nader rapport, TK 2002-2003, 28 874, B, p. 1-2; T.R.M.P. Keijser, De Collateral Richtlijn: het belang van de boedel uitgehold, *TvI* 2003/2, p. 32-37; *dezelfde*, De rechtspositie van de pandgever op de schopstoel, *NTBR* 2003/8, p. 432-442; (leden van) de CDA- en de VVD-fractie, Verslag, TK 2002-2003, 28 874, nr. 5, p. 1-4 en Verslag van de 70^{ste} vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4573-4580. J.A.A.J. Raijmakers en B.M. van Beek, *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2003-10, p. 185 en 188, signaleren wel een eenzijdige versterking van de rechtspositie van de crediteur/zekerheidsnemer, maar pleiten in hun conclusie enkel voor technische verbeteringen van de Uitvoeringswetgeving. Opmerkelijk is overigens, dat in een vroeg stadium het Economisch en Sociaal Comité zich al zeer kritisch uitliet over de toch eenzijdig op de bescherming van zekerheidsnemers gerichte aanpak, zoals toen geformuleerd in de Concept-Richtlijn; zie het Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het “Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten, Pb Nr. C 048 van 21/02/2002, p. 1-3. Met die kritiek is, nu de Uitvoeringswetgeving voorligt, verrassend weinig gedaan; vgl. de opmerkingen, gemaakt door het Comité op p. 2, punt 3.1-3.6.
3. Zie bijvoorbeeld het antwoord van Minister Donner op de vragen omtrent het ‘gebruiksrecht’ en het toeïgeningsrecht van de pandhouder, waarbij de pandgever zijn eigendomsrechten verliest. Dat antwoord komt telkens erop neer dat de pandhouder goederen of geld daarvoor terugkrijgt. Aan een eventueel insolventierisico bij de pandhouder gaat de Minister voorbij. Zie het Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4575-4576 en 70-4578-4580.
4. Men leze de Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2003-2004, 28 874, nr. 6 alsmede het Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4580.
5. Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4575, 1.k..

rie, niet te verdragen. De ‘onverdraagzaamheid’ komt goed tot uiting in dit citaat en roept de vraag op of het ‘gezonde verstand’, dat stimulering van de economie moet meebrengen, zó gezond moet zijn dat nadenken over ingrijpende gevolgen voor het juridische systeem en daarmee voor de beginselen en grondslagen van Europese samenlevingen als geheel, als misplaatst moet worden beschouwd, althans moet worden gekwalificeerd als ‘zich mogelijk nodeloos zorgen maken.’⁶ In het onderstaande zal blijken dat regeringen als de Nederlandse, door zich zo ‘gezond’ op te stellen als in het Wetsvoorstel, gedecideerd een weg inslaan die zich verwijderd van waarden en beginselen die sinds de Verlichting als de belangrijkste verworvenheden van beschaafde naties worden beschouwd. Eén en ander zal worden uiteengezet aan de hand van een korte beschrijving van de macro-economische visie (2) en van de macro-juridische visie (3). Onder 4 wordt de balans opgemaakt.

2. De macro-economische visie

Macro-economische belangen liggen ten grondslag aan de visie op de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten. Het doel van de Richtlijn is bevordering van de rechtszekerheid van financiëlezekerheidsovereenkomsten en, in breder verband, beperking van het systeemrisico dat is verbonden aan betalings- en effectenafwikkelings-systemen. Dit risico is het gevolg van het bestaan van Europese lidstaten met verschillende wettelijke stelsels van zekerheden- en insolventierecht.⁷ De Considerans bij de Richtlijn vermeldt⁸:

‘Er dient een communautaire regeling te worden ingesteld voor het verschaffen van effecten en contanten ten behoeve van zowel een zakelijke zekerheidsstelling als een overdracht van eigendom/gerechtigdheid, inclusief retrocessieovereenkomsten (repo’s). Dit zal de integratie en efficiëntie van de financiële markt, alsook de stabiliteit van het financiële bestel in de Gemeenschap bevorderen en tegelijkertijd de vrijheid van dienstverrichting en het vrije kapitaalverkeer op de interne markt voor financiële diensten ondersteunen. Deze richtlijn ziet op bilaterale financiëlezekerheidsovereenkomsten toe.’

De Richtlijn is bovendien onderdeel van een financieel-economisch actieplan om te komen tot een geïntegreerde markt voor financiële diensten in Europa. Dit Europees-juridische kader bestaat reeds uit onder meer⁹ de ‘Finaliteitsrichtlijn’¹⁰, de Richtlijn betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen¹¹ en de Insolventieverordening.¹² Er is behoefte aan regels die een efficiënt grensoverschrijdend gebruik van zakelijke zekerheden in de hand werken in het licht van de vervolmaking van een interne markt voor financiële diensten. Tegen deze achtergrond is het niet moeilijk de voordelen van de Richtlijn op te sommen. Een kleine greep (in telegramstijl)¹³:

- bijdrage aan optimaal functionerende Europese financiële markt, met als gevolg een lagere prijsstelling;
- bijdrage aan benutting van voordelen van de Euro-munt;
- eenmaking van de economische ruimte;
- vermindering ‘systeemrisico’ ofwel vergroting stabiliteit financiële bestel van de EU, omdat zakelijke zekerheden beter ingezet kunnen worden en aldus het risico dat het faillissement van één deelnemer ook andere deelnemers in de val meeneemt, verkleinen;
- efficiënte en geïntegreerde Europese financiële markt;
- formulering van gemeenschappelijke regels voor zakelijke zekerheden in het kader van financiëlezekerheids-overeenkomsten;
- facilitering van het voeren van één monetair beleid in economische en monetaire unie;
- beëindiging fragmentatie van kapitaalmarkt door onnodige verschillen in de onderscheiden rechtsgebieden van de EU weg te werken;
- wederzijdse aanvaarding en afdwingbaarheid van grensoverschrijdende zakelijke zekerheden;
- toename vertrouwen in grensoverschrijdende zakelijke zekerheden;
- voordelen voor kleine en middelgrote financiële entiteiten wanneer de werking van de Richtlijn tot deze wordt uitgebreid en financiële instellingen, als gevolg van het toegenomen vertrouwen in de te verstrekken zekerheden, ook met deze financiële transacties sluiten¹⁴;

6. Aldus de – aanvankelijk vrij principiële en kritische – leden van het CDA na repliek door de minister van Justitie (Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4573-4580), zie het Voorlopig Verslag van de vaste commissie voor Justitie d.d. 21 juni 2004, EK 2003-2004, 28 874, B, p. 1.
7. Vgl. de Considerans bij de Richtlijn, Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, Pb. L 168, 27 juni 2002, p. 43, sub 1 en 5.
8. Pb. L 168, 27 juni 2002, a.w., p. 43, sub 3.
9. Zie bijvoorbeeld het overzicht op http://europa.eu.int/eur-lex/nl/lif/reg/nl_register_06202020.html (Eur-Lex – Wetgeving, Diensten, Banken) alsmede de Toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende financiëlezekerheids-overeenkomsten, Pb. Nr. C 180 E van 26/062001, p. 0312-0318 (ook te vinden als Commissie van de Europese Gemeenschappen, Brussel, 27.03.2001, COM(2001) 168 definitief, COD 2001/0086, nr. 52001PC0168).
10. Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen, PB L 166, 11 juni 1998, p. 45-50.
11. Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001, PB L 125, 5 mei 2001, p. 15-23.
12. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, PB L 160, 30 juni 2000, p. 1-18. De Uitvoeringswet EG-insolventieverordening is met ingang van 15 november 2003 in werking getreden, zie Stbl. 2003, nr. 445 van 11 november 2003.
13. Ontleend aan verschillende documenten uit de wetgevingsgeschiedenis van de Richtlijn en aan W.F. Mulder, TvI 2003/1, p. 20-21.
14. Tegenpartijen zullen sneller bereid zijn om met deze entiteiten, die of een minder hoge rating of zelfs geen rating hebben, transacties te sluiten, wanneer zij als gevolg van de Richtlijn vertrouwen kunnen stellen in de zakelijke zekerheden die zij verkrijgen; vgl. de Toelichting, a.w. (zie noot 9), onder 2.4.

- beperking kredietrisico voor marktpartijen;
- verhogen liquiditeit van de financiële markten, met als gevolg een lagere prijsstelling;
- impuls voor transacties met groter volume en lange(re) looptijd;
- impuls bedrijvigheid/economie;
- vermindering solvabiliteitsbeslag bij financiële instellingen, met als gevolg een lagere prijsstelling voor hun diensten;
- vermindering ‘volatiliteit’ door bepalingen die hergebruik van gestelde zekerheden toestaan;
- vergroting van de concurrerende kracht van de Europese financiële markt;
- voordelen voor beleggers, voortvloeiend uit lagere prijsstellingen.

Dat met de Richtlijn wordt voorzien in behoeften van de (financiële) markt lijkt geen twijfel, alle hiervoor opgesomde voordelen overziend. De Richtlijn is wellicht zelfs in het kader van mondialisering te plaatsen, doordat het als instrument bijdraagt aan de vermindering van het gevaar dat lidstaten, vrij weergegeven¹⁵, afglijden naar een geïsoleerde positie door onvoldoende te reageren op de uitdagingen van globalisering. Het gevaar is dan gemarginaliseerd te raken en blijvend in diepe armoede te belanden. Mondialisering of globalisering stelt namelijk

‘(..) uitdagingen, verhoogt een aantal specifieke risico’s en vereist vaak snelle aanpassingen en bijstellingen van structuren met de daarmee samenhangende sociale kosten, zowel op nationaal als op internationaal niveau’.¹⁶

De Nederlandse wetgever onderschrijft het economisch-financiële en, voor zover het tot economische voorspoed kan leiden, ook het maatschappelijke belang van de Richtlijn:

‘Met de richtlijn en daarmee het Wetsvoorstel wordt een grotere rechtszekerheid en efficiëntie in verband met financiëlezekerheidsovereenkomsten beoogd. Een verbeterde positie van financiële instellingen op deze punten leidt tot een beperking van het kredietrisico. Dit kan mogelijk leiden tot een lagere prijsstelling van transacties, bijvoorbeeld door het berekenen van een lagere rente bij kredietverlening.’¹⁷

Klare taal. In de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn valt de eensgezindheid omtrent de noodzaak van deze Richtlijn bij de diverse wetgevende en beoordeelende instanties onmiddellijk op. De snelheid waarmee de voorstellen vervolgens tot stand worden gebracht en afgehandeld, kan evenmin worden misverstaan.¹⁸

Tot zover de economisch-financiële noodzaak die aan de Richtlijn en de Uitvoeringswet ten grondslag ligt. De Considerans bij de Richtlijn vermeldt vervolgens dat, om het gestelde doel te bereiken, de lidstaten hun nationale

wetgeving zodanig moeten herzien, dat bepalingen van goederen- en insolventierecht die in de weg staan aan de rechtszekerheid met betrekking tot financiëlezekerheidsovereenkomsten, niet op deze overeenkomsten van toepassing zijn.¹⁹ De Toelichting op de Richtlijn vermeldt daarbij dat beoogd wordt om enerzijds aan de behoeften van de markt tegemoet te komen, anderzijds echter het thans in de lidstaten bestaande rechtskader zo min mogelijk te verstoren.²⁰ Met de laatste opmerking wordt het macro-juridische terrein betreden. Inmiddels is namelijk duidelijk dat een aantal voorgestelde maatregelen vrij drastisch ingrijpt in de grondslagen van het Europese systeem van het vermogensrecht. Is de economisch-financiële noodzaak van de Richtlijn – het ‘macro-economische belang’ – dan voldoende om de gevolgen van die ingrepen te rechtvaardigen? Daarover is minst genomen enige twijfel mogelijk. Welke zijn dan die gevolgen?

3. De ‘macro-juridische’ visie

Dit onderdeel valt in tweeën uiteen. Eerst wordt geschetst op welke wijze de grondslagen van het vermogensrecht worden aangetast door de Richtlijn en de ontwerp-Uitvoeringswetgeving (3a). Daarna worden de gevolgen van die aantasting geschetst (3b).

3a. Aantasting van de grondslagen

De hiervoor vermelde doelstelling uit de Toelichting, dat het thans in de lidstaten bestaande rechtskader zo min mogelijk moet worden verstoord, is welbeschouwd niet bijster reëel. Slechts op het oog gaat het namelijk om *specifieke onderdelen* waarop wordt ingegrepen in het nationale recht van de lidstaten. Denk bijvoorbeeld aan het ‘gebruiksrecht’ van de pandhouder (art. 7:53 Ontwerp²¹), aan de mogelijkheid het verbod van toeëigening van art. 3:235 BW terzijde te stellen (art. 7:54 Ontwerp²²) of aan de verruimde werking die de Nederlandse regering aan de Richtlijn wil toekennen. De discussie richt zich dan vooral op technische aspecten als – onder meer – de definitie van effecten, de vraag of er ook

15. Naar de Verklaring van de Raad over het verslag van de Commissie over de antwoorden op de uitdagingen van de globalisering, opgenomen in het verslag van de 2414^e zitting van de Raad – Ecofin – Brussel, 5 maart 2002, C/02/46 (DN: PRES/02/46) (EU Institutions press releases).

16. Zie de vorige noot.

17. Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2003-2004, 28 874, nr. 6, p. 1-2.

18. De totstandkomingsgeschiedenis is te raadplegen via www.europa.eu.int/eur-lex

19. Considerans van de Richtlijn, a.w. (zie noot 7), Pb. L 168, 27 juni 2002, p. 43, sub 5.

20. Toelichting, a.w. (zie noot 9), onder 2.3.

21. EK 2003-2004, 28 874, A.

22. EK 2003-2004, 28 874, A.

derdenpand mogelijk is, de betekenis van de substitutie-bepaling van art. 7:53 lid 4 Ontwerp.²³

Onderliggend wordt echter het *systeem* dat aan die onderdelen ten grondslag ligt, door de Richtlijn en de Uitvoeringswetgeving aangetast. Op deze wijze wordt, om een economisch doel te bereiken, een bestaand juridisch evenwicht verstoord. In Europees verband – de Richtlijn bindt alle lidstaten om de doelstellingen te verwezenlijken – kan van een verstoring op macro-juridisch niveau worden gesproken. Twee voorbeelden ter illustratie.

i. De mogelijkheid het verbod van toeëigening van art. 3:235 BW te omzeilen (art. 7:54 Ontwerp). Wanneer de zekerheidsnemer bij een financiëlezekerheidsovereenkomst bevoegd is zich de effecten waarop het pandrecht rust toe te eigenen, althans zich als rechthebbende daarvan op te stellen, betekent zulks dat de overige schuldeisers – ook in Europees verband – van de pandgever hun verhaalsmogelijkheden op een eventueel executie-overschot van die verbonden effecten veelal zullen verliezen.²⁴ Een door de wetgever van het huidige recht bedoeld evenwicht tussen enerzijds de voorrangpositie van een zekerheids-gerechtigde, een voorrang die naar algemeen erkende inzichten niet verder mag gaan dan overeenkomt met de hoogte van de vordering van de zekerheids-gerechtigde, en anderzijds de belangen van andere schuldeisers bij verhaal op het vermogen van de debiteur, wordt aldus ‘opgeheven’.

Minister Donner stelt de CDA-fractie op dit punt kennelijk gerust door te herhalen²⁵, dat de pandgever ‘de goederen’ dan wel, in andere gevallen, ‘geld of effecten’ ‘terugkrijgt’²⁶ op het moment van de uitwinning van het pandrecht, maar dit argument snijdt goederen- en faillissementsrechtelijk weinig hout. Het systeem van ‘checks and balances’, neergelegd in de *paritas creditorum* die geldt in het goederen- en faillissementsrecht, is met de bevoegdheid tot toeëigening door een pandhouder namelijk in feite al opgeblazen. Er is nog maar één schuldeiser, namelijk de pandhouder die zich de effecten toeëigent en het is alleen deze die zijn vordering kan voldoen. De overige schuldeisers zullen in de praktijk veelal met lege handen achterblijven. Het maakt immers nogal verschil of men als ‘overige schuldeisers’ in een concursussituatie zélf beslag kan leggen op goederen waarop de pandgever nog rechthebbende is dan wel zélf een gevestigd pandrecht met betrekking tot die goederen geldend kan maken, of dat men als ‘overige schuldeisers’ slechts weet dat de pandgever of diens curator *een aanspraak* heeft jegens zijn contractspartij onder de financiëlezekerheidsovereenkomst, te weten een aanspraak tot ‘teruggave’ van de door de laatstgenoemde reeds toegeëigende goederen. Wanneer de contractspartij niet in staat blijkt te zijn om aan de verplichting tot ‘teruggave’ te voldoen²⁷, brengt een eventuele bevoegdheid tot verrekening²⁸ bij de pand-

gever – verrekening van de vordering tot teruggave met diens schuld aan de contractspartij –, de voor verhaal vatbare goederen ten behoeve van de overige schuldeisers niet terug in de boedel.

ii. De voorgenomen uitbreiding van de werking van de Richtlijn tot het midden- en kleinbedrijf.²⁹ Deze uitbreiding zal tot gevolg hebben dat er in het goederen-faillissementsrecht – ook in Europees verband – sprake zal zijn van ‘recht op twee snelheden’ bij de uitwinning van activa. De hoge snelheid – een vrijstelling van de meeste ordenings- en rangorderegels in een concursussituatie – geldt daarbij voor de partijen die onder de werking van de Richtlijn vallen. Dit zijn grote financiële-marktpartijen, kleine en middelgrote ondernemingen die financiëlezekerheidsovereenkomsten aangaan. Ten aanzien van de laatstgenoemde categorie is thans overigens geheel onduidelijk of minimaal één van de partijen tot de kapitaalmarkt moet behoren.³⁰ De lage versnelling, die gebondenheid inhoudt aan het systeem van ordening en rangorde dat geldt in een concursussituatie, geldt voor alle anderen. In een concreet voorbeeld zien de twee snelheden er als volgt uit. Stel, er zijn twee financiers van één middelgrote of kleine onderneming. Eén van hen –

23. Zie bijv. Manon Sevenheck, Financier mogelijk invloed tijdens afkoppelingsperiode, Bank- en effectenbedrijf september 2002, p. 24–27; J.A.A.J. Raijmakers en B.M. van Beek, a.w.; V.P.G. de Serière, De financiëlezekerheidsovereenkomst: een nieuwe ster aan ons goederenrechtelijk firmament, Ondernemingsrecht 2004-03, p. 68–71; Voorlopig Verslag van de vaste commissie voor Justitie, EK 2003-2004, 28 874, B.

24. Zie bijv., met verdere literatuur, T.R.M.P. Keijser, De rechtspositie van de pandgever op de schopstoel, NTBR 2003/8, p. 432–442.

25. Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4575 en 70-4578. Zie ook EK 2003-2004, 28 874, B, p. 1.

26. Het komt mij voor, dat onder ‘goederen’ mede vallen het geld en de effecten waar de minister over spreekt, althans in de zin van art. 7:51aanhel en sub f Ontwerp. Bovendien is er sprake van een verplichting tot overdracht van gelijkwaardige goederen, niet van een letterlijke teruggave van de toegeëigende goederen, vgl. art. 7:53 lid 2 en 3 Ontwerp.

27. Zie hierover terecht Keijser, a.w. (noot 24) en kamerlid Weekers (VVD), Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4578-4579.

28. Zie het antwoord van minister Donner, Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4579.

29. Dit onderwerp is – terecht – in de gehele parlementaire behandeling een onderwerp van discussie, vgl. TK 2002-2003, 28 874, A t/m (thans, 12 augustus 2004) EK 2003-2004, 28 878, B, maar ook in de Europese ontstaansgeschiedenis (verwezen zij, als ingang, naar www.europa.eu.int/eur-lex). Zie voorts de in noot 2 genoemde publicaties van T.R.M.P. Keijser.

30. Art. 7:52 Ontwerp sluit enkel natuurlijke personen, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf uit van de regeling. Uit de Memorie van Toelichting, TK 2002-2003, 28 874, nr. 3, p. 13 en uit het antwoord van minister Donner, Verslag van de 70^e vergadering, TK 70, 22 april 2004, p. 70-4575 is af te leiden dat ten minste één van de partijen tot de kapitaalmarkt moet behoren. In de Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2003-2004, nr. 6, p. 4-5 geeft de regering echter onomwonden aan, dat de regeling ook van toepassing is op financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij ‘uitsluitend “gewone” ondernemingen partij zijn’. Een merkwaardig resultaat voor wie bedenkt, dat in de Europese totstandkomingsgeschiedenis telkens ook is beklemtuond, dat zéér prudent moet worden omgegaan met de toepassing van het ‘verlichte rechtsregime’ (dat oorspronkelijk zou moeten gelden ten aanzien van alleen zeer grote financiële entiteiten), juist omdat dat ‘verlichte regime’ grote gevolgen kan hebben voor de geldende nationale rechtsstelsels.

bijvoorbeeld ABN-AMRO – verkreeg een pandrecht op roerende zaken en vorderingen op naam op basis van een *reguliere* financieringsovereenkomst. De ander – bijvoorbeeld ING-Bank – verkreeg een pandrecht op effecten, op basis van een financiële zekerheidsovereenkomst. In het geval van uitwinning geldt nu voor ABN-AMRO het reguliere stelsel van het BW, voor ING het stelsel voor eenvoudige uitwinning van de Richtlijn, zijnde een uitwinning zonder gebondenheid aan formaliteiten. ABN-AMRO dient de procedures voor uitwinning in acht te nemen (art. 3:250, 3:251 BW) en is gebonden aan het toeëigeningsverbod (art. 3:235 BW), ING-Bank daarentegen kan de ‘assets’ onder zich nemen als was zij eigenaar, of zij heeft dat al gedaan in een eerder stadium. Er zijn weinig voorspellende gaven nodig om de verwachting uit te spreken dat de ene schuldeiser (in dit voorbeeld: ABN-AMRO) zal trachten te ontkomen aan de ‘checks and balances’ van Titel 3.10 BW die voor haar wel gelden, maar voor de andere schuldeiser (ING-Bank) niet.

3b. *Gevolgen van de aantasting*

De verstoring van het macro-juridische systeem vindt plaats, zo moet worden vooropgesteld, omdat er een duidelijk doel bereikt moet worden: voorzien in maximale zekerheid voor grote financiële spelers ter vermijding van het ‘systeemrisico’ (zijnde het risico dat één van de grote financiële spelers in Europa in moeilijkheden komt en de overige in zijn val meetrokt). Kunnen de gevolgen van die verstoring van het juridische systeem echter niet minstens zo desastreus zijn op termijn als een verwezenlijking van dat ‘systeemrisico’? Het gaat waarschijnlijk iets geleidelijker dan dat Europa in korte tijd economisch gezien ‘gemarginaliseerd raakt en blijvend in diepe armoede belandt’³¹, maar een juridische én een morele marginalisering en -armoede liggen wel in het verschiet. Verder is het volgende te verwachten aan gevolgen.

i. Met de tamelijk eenzijdige aanpak die wordt voorgeschreven door de Richtlijn krijgt het belang van de samenleving bij vermindering van het ‘systeemrisico’ in het monetaire verkeer een primaat boven dat van evenwicht in het rechtssysteem. Het economische belang wordt duidelijk uitgesproken en opgelegd. De bedoeling en voorgenomen uitwerking van de Richtlijn is volstrekt helder voor wie de ontstaansgeschiedenis, de Considerans, de ontwerp-artikelen en ook de Nederlandse parlementaire stukken leest: niets mag in de weg staan aan de verwerkelijking van de doelstelling, te weten een efficiënt grensoverschrijdend gebruik van zakelijke zekerheden in het licht van de vervolmaking van een interne markt voor financiële diensten. Wat daar wel aan in de weg staat, wordt geëlimineerd of wordt in de Richtlijn of de Considerans voorzien van een (dringend) advies tot eliminatie. Wie vervolgens bedenkt *wat* er wordt

geëlimineerd – in effect: rechtsbeginselen, zie hierna –, komt al snel uit bij de idealen die Europa ten tijde van de Verlichting (en nadien) naar het oordeel van een ieder op een hoger beschavingsniveau brachten. Werd niet aan deze idealen enige eeuwen zo consciëntieus mogelijk vormgegeven in verdragen en wetten, juist om algemene beginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te laten zegevieren, waar eerder (rechts-)ongelijkheid, onderworpenheid aan belangen van enkelen, onvrijheid en willekeur golden? In abstracto, maar ook in gemoede, kan men zich reeds afvragen of de eenzijdige keuze die in de Richtlijn wordt gemaakt voor het economische belang van de samenleving, niet tot vrij ongewenste toestanden in de toekomst kan leiden;

ii. In het goederen- en faillissementsrecht hangt een wettelijke bepaling of een rechtsregel in de meeste gevallen ten nauwste samen met andere bepalingen en regels.³² Anders gesteld, een bepaling staat niet op zichzelf, maar is onderdeel van een systeem. Voorbeeld: het systeem van goederenrechtelijke rechten, dat verondersteld wordt ‘gesloten’ te zijn. In het goederenrecht (ook zijnde ‘de samenleving’) geldt dat rechtsonzekerheid ten aanzien van eigendomsrechten, zekerheidsrechten en daaraan verwante rechtsposities de samenleving al snel onleefbaar maken. Stel bijvoorbeeld dat een auto door eigenaar A is belast met een pandrecht. A acht zichzelf dan – en is in de regel, ook in andere Europese rechtssystemen – nog steeds eigenaar. Dit resultaat is te herleiden tot afspraken die zijn neergelegd in het goederenrecht. Indien de afspraken duidelijk zijn en ook duidelijk zijn afgebakend, vertoont het systeem interne coherentie³³, is het systeem ‘transparant’ in de zin van voorspelbaarheid en is er rechtszekerheid. De nieuwe ‘voorspelbaarheid’ op grond van de Richtlijn wordt echter, dat de financier/pandhouder op enig moment, los van enige wanbetaling of van een ‘notification event’ (opeisbaarheidsgrond) bij A en ook tot A’s niet geringe verbazing, zich over A’s auto ontfermt op grond van een plotselinge *eigendomsaanspraak*, een aanspraak die naar het oordeel van de financier indirect is terug te voeren op deze Europese Richtlijn. Want zoals hiervoor al gemeld, helderziendheid is niet nodig om te voorspellen dat wat de ene pandhouder heeft aan bevoegdheden, ook aantrekkelijk zal worden voor de andere. Een beroep op de rechtsgelijkheid, door de wetgever zo treffend maar ondoordacht gedaan bij de verruiming van de werking van de Richtlijn³⁴, ligt voor

31. Zie hiervoor, paragraaf 2.

32. Zie J.H.M. van Erp, Het wetsontwerp mededelingsvereiste bij cessie: aanleiding tot een fundamentele heroverweging van ons goederenrecht?, WPNR (2003) 6546, p. 677-679.

33. Van Erp, a.w., p. 677.

34. Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2003-2004, nr. 6, p. 4. Zie voorts hierna bij noot 42.

deze andere pandhouder om de hoek. Het effect dat als gevolg van de Richtlijn dan kan gaan optreden is: toenemende rechtsonzekerheid omtrent de waarde van de in het goederen- en faillissementsrecht neergelegde regels, afnemende voorspelbaarheid, afnemende interne coherentie en afnemende transparantie in het goederenrecht. Anders gesteld, het risico bestaat³⁵ dat tegenover de rechtszekerheid die wordt verkregen als gevolg van een of meer uitzonderingsbepalingen – hier: zekerheid voor zekerheidsgerechtigden op basis van een financiëlezekerheidsovereenkomst – rechtsonzekerheid komt te staan met betrekking tot de reikwijdte en de strekking van die uitzonderingsbepaling, met als uiteindelijk gevolg: algehele rechtsonzekerheid over de ‘waarde van de eerder gekozen hoofdregel’.³⁶ Voorbeeld: de hiervoor, onder 3a beschreven uitbreiding van de Richtlijn tot het midden- en kleinbedrijf.

4. Balans: verwijdering van de Europese rechtscultuur

Worden de macro-economische belangen afgewogen tegen de macro-juridische belangen, dan zijn twee opmerkingen te maken. Het zou allereerst niet tot een botsing tussen beide belangen behoren te komen in die zin, dat wordt uitgekomen bij een primaat van de economie in de mate als waarvan thans sprake is in de Richtlijnen en in de Uitvoeringswetgeving.

Vanzelfsprekend zou een primaat van het juridische systeem in een soortgelijke mate ook onwenselijk zijn. Het zou wenselijk zijn dat over wetgevende maatregelen ook in Europees verband zou worden nagedacht³⁷, dat desastreuze effecten zoals thans op het maatschappelijk-juridische vlak dreigen, worden voorkomen.

Voorts zou de vraag gesteld kunnen worden of de Richtlijn wellicht gezien kan worden als symptoom van een ontwikkeling naar een nieuwe Europese rechtscultuur.³⁸ Ook hierover vallen twee opmerkingen te maken in dit bestek. Enerzijds is het niet te ontkennen, dat de Richtlijn een gevolg is van de ontwikkeling naar een geïntegreerde Europese financiële markt. Dat daarbij qua inhoudelijke benadering in de Richtlijn sprake is van pregnant pragmatisme – het vizier is in de Richtlijn voornamelijk gericht op het bereiken van het macro-economische doel – kan dan wellicht nog geduid worden als een overgangsverschijnsel.³⁹ De overgang zou er in bestaan, Maris’ redenering toepassend, dat het economische doel van de Richtlijn – ecartering systeemrisico, maximale rechtszekerheid voor de financiële markt – uiteindelijk in economische zin in het belang is van allen in Europa, dat voorts dit ‘ideaal’ voorlopig wordt verwerkelijkt via een pragmatische regeling in de Richtlijn, maar dat op termijn

‘(..) juristen met een intern standpunt binnen het gemeenschapsrecht onvermijdelijk orde op zaken (zullen) stellen door het geheel te systematiseren, met alle conceptuele abstracties van dien’.⁴⁰

Anderzijds is het echter ook een feit, dat het pragmatisme in de Richtlijn zozeer vooropstaat, dat rechtsbeginselen en de nationale dogmatiek naar een tweede of lager plan zijn verwezen.⁴¹ In dit opzicht kan niet meer gesproken worden van een ontwikkeling ‘naar’ een Europese rechtscultuur. Het is eerder een stellige verwijdering van die cultuur. Van een overgangsverschijnsel kan dan geen sprake meer zijn. Immers, de waarden, beginselen en grondrechten die de huidige Europese (rechts)cultuur constituëren en die het thans geldende rechtssysteem schragen, worden aangetast. Het gevolg laat zich raden: er verschijnt inderdaad een nieuwe (rechts)‘cultuur’ aan de Europese horizon, maar dan een waarin de thans *voor een ieder* geldende fundamenten als gelijkheid en rechtvaardigheid, komen te gelden *voor enkelen*, bijvoorbeeld alleen voor die partijen die betrokken zijn bij een financiëlezekerheidsovereenkomst. Men zie het beroep op de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid dat uitsluitend ten behoeve van die partijen wordt gedaan door de Nederlandse wetgever.⁴² De wetgever gaat er daarbij geheel aan voorbij dat het gaat om de aanstaande toepassing van een ‘verlicht regime’, een regime dat meebrengt dat een ieder die *geen* partij is bij een financiëlezekerheidsovereenkomst, ook geen partij is bij rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

35. In deze zin ook J.H.M. van Erp, a.w., p. 677.

36. Van Erp, t.a.p.

37. Het opmerkelijke is, zoals hiervoor in noot 30 is aangegeven, dat er in Europees verband enkele malen nadrukkelijk is gewaarschuwd tegen een ontwrichtende werking als gevolg van het ‘verlichte regime’ van de Richtlijn.

38. Vgl. Martijn W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer 2001 en *deselfde*, in Arthur Salomons, Martijn Hesselink en Edgar du Perron, *Uitgesproken teksten*, Amsterdam 2002, waarover C.W. Maris van Sandelingenambacht, *Culturele revolutie in het privaatrecht*, RM Themis 2003/5, p. 262.

39. Maris, a.w., p. 261-262.

40. Aldus Maris, a.w., p. 262.

41. Vgl. over deze ontwikkeling meer in het algemeen ook R. Westrik, *Op weg naar de toekomst*, WPNR (2003) 6519, p. 122-128; W.J. Zwalve, *Art. 3:94 BW, Zo moet het niet!*, WPNR (2003) 6546, p. 667-668; J.H.M. van Erp, a.w., p. 675-679; Maris, a.w., p. 255.

42. Nota naar aanleiding van het Verslag, TK 2003-2004, nr. 6, p. 4.