

Zekerhedenrecht in ontwikkeling

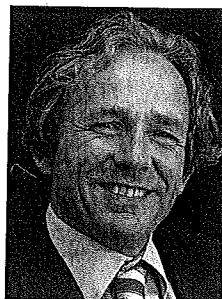
Bespreking van het preadvies "Zekerhedenrecht in ontwikkeling", uitgebracht voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 9 oktober 2009, door mr. R.W. Clumpkens, mr. dr. A.C.F.G. Thiele, prof. mr. T.H.D. Struycken, mr. dr. R.M. Wibier, prof. mr. J.H.M. van Erp en prof. mr. P.M. Veder, met een inleiding door prof. mr. A.F. Salomons



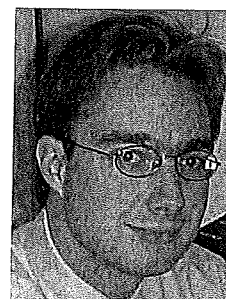
Prof. mr.
A.I.M. van Mierlo*



Mw. dr.
N.W.M. van den Heuvel**



Prof. mr.
R.D. Vriesendorp***



Prof. dr. V. Sagaert****

Inleiding

1. Op vrijdag 9 oktober 2009 organiseert de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie in Martiniplaza te Groningen haar jaarlijkse wetenschappelijke congres. Als thema is gekozen "zekerhedenrecht in ontwikkeling". Rondom dit thema zijn door zes preadviseurs – R.W. Clumpkens (notaris te Amsterdam), A.C.F.G. Thiele (advocaat te Amsterdam), T.H.D. Struycken (advocaat te Amsterdam en hoogleraar te Utrecht), R.M. Wibier (hoofddocent te Tilburg en advocaat te Amsterdam), J.H.M. van Erp (hoogleraar te Maastricht) en P.M. Veder (hoogleraar te Utrecht – zeer fraaie preadviezen uitgebracht, die niet alleen voor de notariële praktijkjurist de moeite van het lezen waard zijn. Het preadvies omvat ruim 300 pagina's en wordt ingeleid door de Amsterdamse hoogleraar A.F. Salomons (p. 13-19), die op 9 oktober ook zal fungeren als dagvoorzitter.

2. In deze bijdrage worden de verschillende onderdelen van het preadvies kort besproken. De redactie van het WPNR heeft ervoor gekozen daarvoor een aantal auteurs aan te zoeken. Van Mierlo gaat nader in op het onderdeel dat van de hand van Clumpkens is (*Pandrecht in de rechtspersonenpraktijk*). Van den Heuvel besteedt aandacht aan het onderdeel geschreven door Thiele (*Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid?*). Vriesendorp bespreekt de door Struycken (*Zekerheidsrechten en registratie*) respectievelijk Van Erp (*Huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht*) verzorgde onderdelen. Sagaert ten slotte neemt de onderdelen van Wibier (*Verbintenisrechtelijke alternatieven voor goederenrechtelijke zekerheidsrechten*) en Veder (*Goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk*) voor zijn rekening.

De volgorde waarin de respectieve besprekingen zijn opgenomen is gelijk aan de volgorde waarin de verschillende onderdelen in het preadvies staan opgenomen.

R.W. Clumpkens, Pandrecht in de rechtspersonenpraktijk (preadvies p. 19-70)

3. Clumpkens besteedt in zijn onderdeel van het preadvies aandacht aan de notariële praktijk, meer in het bijzonder aan de rol van de notaris bij het vestigen van een pandrecht op aandelen op naam in besloten en naamloze vennootschappen. In zijn preadvies zet hij vanuit een praktische invalshoek uiteen wat in dit verband zoal in "de loopgraven van de notariële praktijk" aan de orde komt.

4. Het onderdeel van Clumpkens valt in twee gedeelten uiteen. In het eerste gedeelte (§ 1, p. 19-53) komen verschillende algemene vragen aan de orde en wordt ingegaan op de rol van de notaris (onpartijdig notaris of partijadviseur?), uiteenlopende vragen van vennootschappelijke aard, de inhoud van de pandakte, uitwinning en tenietgaan van het pandrecht. In een helder en prettig leesbaar betoog voert Clumpkens de lezer langs verschillende niet altijd eenvoudige problemen van vennootschapsrecht en zekerhedenrecht. Beschouwingen waarin een verband wordt gelegd tussen de vestiging van zekerheidsrechten en het rechtspersonenrecht zijn tot dusverre spaarzaam.¹ Het onderdeel van Clumpkens vormt op dit punt een verrijking en gaat in op vragen over doeloverschrijding (art. 2:7 BW), steunfinanciering (art. 2:98c en art. 2:207c BW), interne bevoegdheidsbependingen en tegenstrijdig belang (art. 2:146 BW en art. 2:256 BW).²

* Hoogleraar privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam, advocaat te Rotterdam, redacteur van het WPNR.
(toon.vanmierlo@nautadutilh.com)

** Advocaat te Rotterdam.

*** Hoogleraar privaatrecht Universiteit van Tilburg.

**** Hoogleraar privaatrecht Katholieke Universiteit Leuven resp. Hoogleraar Property Law Universiteit van Antwerpen.

1. Zie voor de verlening van hypotheek bijv. Asser-Van Velten, Goederenrecht III (2003), nr. 194-197.

2. Zie nader § 1.3.1 (p. 25-31).

5. Voor de vestiging van een pandrecht op een aandeel op naam gelden in beginsel dezelfde vereisten die voor overdracht daarvan zijn gesteld, dat wil zeggen (i) een twee of meezijdige handeling waardoor de vestiging geschiedt en de inachtneming van zekere formaliteiten waaruit de vestiging blijkt, (ii) een geldige titel, daaronder te verstaan een rechtsverhouding die tot de vestiging van het recht verbindt, en (iii) de bevoegdheid van degene die zijn goed bezwaart om dit goed te verpanden.³ Pandrecht op aandelen op naam wordt gevestigd bij notariële akte (art. 2:196 lid 1 BW). Wat in dat kader zoal om de hoek komt kijken – zoals bij voorbeeld de verpanding bij voorbaat en de vraag naar de bevoegdheid tot uitoefening van aan het verpande aandeel verbonden rechten, zoals bijvoorbeeld het recht op dividend en het stemrecht – wordt door Clumpkens nader aan de orde gesteld in § 1.4., waarbij ter ondersteuning van het betoog af en toe gebruik wordt gemaakt van in de pandakte – mogelijk – op te nemen voorbeeldclausules.

6. Het BW maakt het mogelijk een door de pandgever in de toekomst te verwerven goed bij voorbaat te verpanden. Dit geldt evenzeer voor door de pandgever nog te verwerven aandelen krachtens uitgifte, levering, overgang of anderszins (te denken valt aan een uitkering van stockdividend of bonusaandelen). Een dergelijke verpanding bij voorbaat leidt eerst tot het ontstaan van een pandrecht op het moment waarop het desbetreffende aandeel door de pandgever wordt verworven (en het aandeel dus tegenwoordig wordt in het vermogen van de pandgever), mits op dát moment aan de overige – zojuist in nr. 5 gememoreerde – vereisten voor vestiging van een pandrecht is voldaan. In dit verband valt dan in het bijzonder te denken aan de eis van beschikkingsbevoegdheid. Faillieert de pandgever vóór de verwerving van het aandeel, dan wordt het ontstaan van het pandrecht niet alleen verhinderd door zijn beschikkingsonbevoegdheid, maar tevens door het bepaalde in art. 20 en art. 35 lid 2 Fw. Van laatstgenoemde bepaling maakt Clumpkens eveneens melding.⁴ Hieraan zij nog toegevoegd dat verlening van voorlopige surseance en toepassing van de schuldsanering een soortgelijk gevolg heeft.⁵

7. Het te verpanden goed moet bij de akte van levering met voldoende bepaaldheid zijn omschreven.⁶ De vraag is hoe deze regel moet worden verstaan bij de verpanding van toekomstige aandelen. Langs de lijnen van onder meer HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (nt. Kleijn), AA 1996, p. 115 e.v. (nt. Kortmann) (Rivierenland/Gispens qq) moet de notariële akte van verpanding zodanige gegevens bevatten dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke aandelen het gaat. Met Clumpkens⁷ ben ik van oordeel dat een abstracte omschrijving van de bij voorbaat verpande toekomstige aandelen voldoende is.

8. Pandrecht (bij voorbaat) op een toekomstig goed moet worden onderscheiden van een pandrecht tot zekerheid voor een toekomstige vordering (de geseceureerde vordering). In het bijzonder bij verpanding van toekomstige vorderingen wordt dit onderscheid in de praktijk nogal eens verward. Clumpkens lijkt van die verwarring ook het slachtoffer te zijn geworden, getuige zijn opmerking in noot 65. Art. 3:231 BW bepaalt met zoveel woorden dat een recht van pand en hypotheek ook kan worden gevestigd voor toekomstige vorderingen. Vereist is slechts dat de vordering waarvoor het zekerheidsrecht wordt verleend, voldoende bepaalbaar is (art. 3:231 lid 2 BW). De bepaalbaarheidseis van art. 3:231 lid 2 BW moet niet verward worden met de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW. Het criterium dat de Hoge Raad in het kader van de bepaaldheid in art. 3:84 lid 2 BW voor het eerst heeft geformuleerd in HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (nt. Kleijn), AA 1996, p. 115 e.v. (nt. Kortmann) (Rivierenland/Gispens qq) is niet hetzelfde als dat van de bepaalbaarheid van de toekomstige vordering waarvoor het zekerheidsrecht wordt gevestigd. Clumpkens lijkt met zijn noot 65 een andere – in mijn ogen onjuiste – mening toegedaan. Voor de bepaaldbaarheidseis is voldoende een zodanige aanduiding dat aan de hand daarvan op het tijdstip van executie kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Welke aanduiding in concreto aan deze eis voldoet, is aan de rechter ter beslissing overgelaten.⁸ In de praktijk stuit de eis van art. 3:231 lid 2 BW, voor zover ik kan overzien, niet op onoverkomelijke bezwaren. In het kader van bijvoorbeeld een bankzekerheidsrecht is voldoende als de akte vermeldt dat een zekerheid wordt verstrekt voor al hetgeen de zekerheidsnemer, uit welke hoofde dan ook, nu of in de toekomst van de zekerheidsverstrekker te vorderen heeft of zal hebben.⁹

9. Pandrecht op een aandeel op naam brengt mijns inziens tevens mee dat het pandrecht zich uitstrekt op bij voorbeeld uit te keren dividend. Clumpkens lijkt dezelfde mening te zijn toegedaan.¹⁰ Desondanks wordt in de praktijk, volgens Clumpkens, “ten einde duidelijkheid te creëren in de pandakte een tweede verpanding opgenomen, waarin alle rechten die de pandgever als aan-

3. Zie art. 3: 98 jo. art. 3:236 lid 2 BW, waarover nader Asser-Mijnssen, Goederenrecht III (2003), nr. 17 e.v.

4. Zie preadvies, p. 39.

5. Zie wat het eerste betreft met zoveel woorden HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 (nt. Kleijn) (Veenendaal qq/Hogeslag).

6. Vgl. art. 3:84 lid 2 BW jo. art. 3:98 BW. Zie in dit verband in het kader van verpanding ook Asser-Mijnssen, Goederenrecht III (2003), nr. 109a, alsmede HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 (nt. Klein) (Mulder qq/Rabobank).

7. Zie preadvies, p. 38.

8. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 737.

9. Zie in dit verband reeds HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (nt. Houwing) (Doyer & Kalf/Bouwman).

10. Zie preadvies § 1.4.3, p. 40-41.

deelhouders van de vennootschap toekomen en die (mogelijk) niet onder de verpanding als zodanig vallen, ook worden verpand". De voorbeeldclausule die de preadviseur daarop laat volgen leidt volgens mij niet tot de gewenste "tweede verpanding", om reden dat de clausule niet een vestigingsbepaling is doch louter een verplichting tot vestiging bevat. Ik sluit niet uit dat hier bij het overnemen van een voorbeeldclausule iets verkeerd is gegaan. De weergegeven clausule ziet meer op de gevallen waarin vestiging van een pandrecht bij de desbetreffende notariële akte niet mogelijk is en tussen partijen een verplichting tot extra zekerheidsverschaffing is opgenomen ten aanzien van rechten die na het opmaken van de akte nog voor verpanding vatbaar worden. Dergelijke clausules ziet men in de praktijk frequent gehanteerd in het kader van stille verpanding van vorderingen op naam die ten tijde van het opmaken van de akte van verpanding niet voldoen aan het in art. 3:239 lid 1 BW criterium, te weten dat de vordering alsdan "reeds bestaat of rechtsreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding". Het nut van een dergelijke verplichting tot extra zekerheidsverschaffing doet zich gevoelen in situaties waarin, nadat de zekerheidsverschaffer aan zijn verplichting uitvoering heeft gegeven, failliet wordt verklaard. In zo een geval zal de curator de zekerheidsverstrekking zelve slechts kunnen aantasten langs de weg van art. 47 Fw – met de vrijwel onneembare horde van het bewijs van "overleg"¹¹ – en niet die van art. 42 Fw.¹²

10. In het tweede gedeelte (§ 2, p. 54-69) bespreekt Clumpkens een aantal bijzondere gevallen die in zijn dagelijkse praktijk met enige regelmaat aan de orde komen, zoals onder meer verpanding en overgang van stemrecht op de pandhouder met uitgestelde of voorwaardelijke werking, pandrecht bij juridische fusie en splitting, verpanding van aandelen in de op stapel staande flex-BV en de verpanding van 'aandelen' in coöperaties en commanditaire en andere personenvennootschappen. Ook hier geeft Clumpkens blijk van zijn professionele kennis en ervaring en geven zijn heldere beschouwingen de lezer een zeer fraaie kijk in de Amsterdamse notariële keuken van de preadviseur.

A.C.F.G. Thiele, Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid? (preadvies p. 71-113)

11. Thiele behandelt in haar onderdeel de collectieve zekerheidsarrangementen, een onderwerp dat zeker een plaats verdient in een preadvies over zekerhedenrecht in ontwikkeling. Dergelijke arrangementen zijn als zodanig niet voorzien bij de invoering van het nieuwe BW in 1992. De praktijk worstelt met de vraag of zij in het geldende systeem kunnen worden ingepast. Het loont derhalve de moeite om, zoals Thiele doet, de knelpunten die in de praktijk voorkomen te analyseren en te bezien of aanpassingen in ons systeem wenselijk en mogelijk zijn.

12. Collectieve zekerheidsarrangementen is de verzamelnaam voor in de financieringspraktijk ontwikkelde constructies waarbij één partij zekerheden houdt, beheert en zonodig uitwint ten behoeve van een groep crediteuren. De praktijk maakt hiervan gebruik wanneer krediet wordt verleend door een groep van financiers en men wil bewerkstelligen dat de ter securering van het verstrekte krediet gevestigde zekerheden op doelmatige wijze worden beheerd, er geen ongecoördineerde uitwinning door individuele crediteuren plaatsvindt en nieuwe financiers eenvoudig kunnen toetreden.¹³ Het belang van collectieve zekerheidsarrangementen is derhalve evident. Ik ben het met Thiele eens dat zij een legitiem doel dienen en dat het gebruik ervan gefaciliteerd zou moeten worden.¹⁴

13. De problematiek wordt door Thiele adequaat in beeld gebracht.¹⁵ Onder de noemer van collectieve zekerheidsarrangementen onderscheidt zij twee basisvarianten: arrangementen op basis van vertegenwoordiging en arrangementen op basis van eigendom. Een arrangement gebaseerd op vertegenwoordiging gaat uit van zekerheden die worden gevestigd ten behoeve van de financiers gezamenlijk en die door hen in gemeenschap worden gehouden.¹⁶ Thiele behandelt achtereenvolgens verschillende knelpunten waarop de praktijk stuit. Ik noem er één: de overdracht van zekerheden en toetreding van een nieuwe financier.¹⁷ De ten behoeve van de financiers gevestigde zekerheden zullen in de regel dienen tot zekerheid van al hetgeen de betreffende financier nu of in de toekomst te vorderen heeft of zal hebben, zogenaamde bankzekerheden. Ook hier geldt dat wetgever noch Hoge Raad zich definitief heeft uitgesproken over de vraag of bankzekerheden kunnen worden overgedragen. In de literatuur is men het inmiddels wel erover eens dat zulks mogelijk is.¹⁸ Dit neemt echter niet weg dat op dit punt veiligheidskleppen worden ingebouwd of zelfs om deze reden volledig van de vertegenwoordigingsvariant wordt afgezien.

11. Overleg = samenspanning, zie HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (nt. Van Schilfgaarde), AA 1996, 183 (nt. Vriesendorp) (Gispens qq/IPN).

12. Zie in dit verband o.m. HR 16 januari 1987, NJ 1987, 528 (nt. Van der Grinten) (Steinz qq/Amro).

13. Zie preadvies, p. 71-72.

14. Zo concludeert zij kernachtig op p. 111.

15. Dit deed zij al eerder en bovendien in rechtsvergelijkend perspectief in haar dissertatie *Collective Security Arrangements; a Comparative Study of Dutch, English and German law*, Deventer: Kluwer 2003. Vergelijkbare exercities, maar dan zonder de rechtsvergelijkende component, werden uitgevoerd door M.V. Polak en A.I.M. van Mierlo, *Verstrekking van zekerheden aan internationale syndicaten*, Amsterdam: NIBE Bankjuridische reeks 1998 en S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een trustee (I) en (II)', *WPNR* (2001) 6459 en 6460, p. 813-823 en 840-846.

16. Deze variant behandelt Thiele in § 2.1 (p. 77 e.v.).

17. Zie preadvies § 2.1.3 onder (a), p. 80 e.v.

18. Zo concludeert ook Thiele op p. 79, met verdere verwijzingen naar de – overvloedige – literatuur over dit onderwerp.

14. De eigendomsvariant kent deze nadelen niet. Dit geldt ook voor de andere door Thiele gesignaleerde maar hier niet genoemde knelpunten.¹⁹ In die constructie worden de zekerheden niet gevestigd op naam van de financiers, maar op naam van een speciaal opgerichte vennootschap of stichting, de security trustee. De op die wijze door de kredietnemer gevestigde zekerheden vallen niet in het vermogen van de financiers, maar in dat van de security trustee. De financiers zijn krachtens een overeenkomst met de security trustee tot de opbrengst van de zekerheden gerechtigd en de security trustee is krachtens diezelfde overeenkomst slechts bevoegd om ten behoeve van de financiers de zekerheden uit te winnen. Deze constructie heeft als voordeel dat het toetreden van nieuwe financiers eenvoudig kan geschieden door de nieuwe financier partij te laten worden bij de overeenkomst met de security trustee. Het tweede voordeel is dat de security trustee zonder twijfel bevoegd is de zekerheden uit te winnen. Deze vallen immers in zijn vermogen en niet in een gemeenschap van financiers zoals in de vertegenwoordigingsconstructie. Om deze redenen genieten de collectieve zekerheidsarrangementen op basis van eigendom in de praktijk de voorkeur.²⁰ Ook deze constructies worden door de praktijk echter niet volledig waterdicht geacht.

15. De praktijk is onzeker over de vraag of zekerheden kunnen worden gevestigd ten behoeve van een zekerheidsnemer die niet tevens crediteur van de zekerheidsgever is.²¹ Obstakels worden gezien in het feit dat de wet dit niet met zoveel woorden toestaat en in het accessorietsbeginsel. De wet zou uitgaan van de situatie waarin zekerheid en gecureerde vordering in één hand zijn. Het accessorietsbeginsel, inhoudende dat een zekerheidsrecht afhankelijk is van de gecureerde vordering, zou zulks bovendien voorschrijven. Om dit risico te onderwerpen heeft de praktijk de figuur van de parallelle schuld ontwikkeld. Naar mijn idee opereert de praktijk hier echter wel wat te voorzichtig.²² Er is immers geen wettelijke bepaling die voorschrijft dat zekerheidsrecht en gecureerde vordering in één hand zijn. Het feit dat de wetgever de figuur van de security trustee destijds niet voor ogen heeft gehad, betekent mijns inziens niet dat deze niet mogelijk zou zijn, terwijl dit ook niet uit het accessorietsbeginsel volgt.

16. Het tweede probleem is het risico dat voor de financiers is verbonden aan insolventie van security trustee.²³ De door de kredietnemer gevestigde zekerheden vallen immers in het vermogen van de security trustee en dus, in geval van faillissement van de security trustee, ook in de faillissementsboedel. Wanneer de curator vervolgens weigert de tussen financiers en security trustee gesloten overeenkomst uit te voeren, rest de financiers nog slechts een concurrente vordering tot nakoming/schadevergoeding en zullen zij de opbrengst van de uitwinning van de

zekerheden moeten delen met de overige schuldeisers van de trustee, zo volgt uit HR 3 november 2006, NJ 2007, 155 (nt. Van Schilfgaarde) (Nebula). Thiele geeft zelf al aan dat dit risico zich zelden zal verwezenlijken.²⁴ Het faillissement van de security trustee moet samenvallen met een default aan de zijde van de kredietnemer, terwijl een security trustee in de regel een faillissementsbestendige, speciaal opgerichte vennootschap of stichting zal zijn. Dit laatste is in de praktijk slechts anders in geval van een door verschillende banken verstrekte syndicaatslening. Dan vervult vaak één van de betrokken banken de rol van security trustee en is het risico op faillissement groter dan in geval van een speciaal opgerichte vennootschap of stichting die geen andere verplichtingen heeft dan de verplichtingen jegens de financiers.

17. Toch is dit faillissementsrisico voor Thiele de aanleiding om in het preadvies nogmaals de problematiek van de collectieve zekerheidsarrangementen aan de orde te stellen en te pleiten voor een wettelijke regeling waarin duidelijk wordt gemaakt dat in geval van collectieve zekerheidsarrangementen zekerheidsrechten kunnen worden gehouden door een door de schuldeisers aangewezen zekerheidshouder en dat de opbrengsten van die zekerheidsrechten moeten worden gestort op een kwaliteitsrekening waartoe de schuldeisers zijn gerechtigd met uitzondering van de persoonlijke schuldeisers van de zekerheidshouder.²⁵ Ondanks de nog altijd voortdurende economische crisis, is het risico van faillissement van de security trustee naar mijn gevoel echter niet van dien aard dat het voldoende rechtvaardiging biedt voor het invoeren van een wettelijke regeling zoals Thiele voorstaat. Ons vermogensrecht is, zo is mijn idee, open genoeg om ruimte te bieden aan collectieve zekerheidsarrangementen. Het invoeren van een bijzondere regeling voor iedere figuur die door de wetgever niet is voorzien en door de Hoge Raad niet is gesanctioneerd is, zo komt mij voor, niet de weg die we zouden moeten volgen. Ik voel dan ook meer voor de benadering van W. Sniijders, die als uitgangspunt neemt dat ons vermogensrecht mede tot doel heeft een grondslag te vormen voor verdere, in 1992 nog niet te voorspellen ontwikkelingen en het aan die ontwik-

19. Deze variant staat centraal in § 2.2, p. 88 e.v.

20. Behalve wanneer het gaat om collectieve zekerheidsarrangementen ten behoeve van Duitse hypotheekbanken, zie § 2.3, p. 107 e.v.

21. Zie § 2.2.1, p. 89 e.v.

22. Zo menen ook Kortmann e.a., t.a.p., p. 840-846 en W. Sniijders, 'De openheid van het vermogensrecht', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 33-35. Deze bespreking biedt helaas niet de ruimte die hierna kort genoemde argumenten uitgebreid te bespreken; verwezen zij naar de genoemde publicaties van Kortmann e.a. en Sniijders.

23. Zie § 2.2.2, p. 99 e.v.

24. Zie preadvies, p. 101.

25. Zie § 4, p. 11-113. Het voorstel van Thiele is overigens gelijk aan het voorstel zoals zij dat reeds deed in haar hierboven reeds genoemde dissertatie.

kelingen slechts in de weg behoort te staan indien het daarvoor een duidelijk, op redelijke grond berustend beletsel bevat.²⁶ Op grond van het feit dat ons vermogensrecht geen bepaling bevat die aan collectieve zekerheidsarrangementen gebaseerd op eigendom in de weg zou staan en die constructies het systeem van het geldende recht geen geweld aan doen, komt hij tot de conclusie dat de constructie van de parallelle schuld is ingegeven door "overvoorzichtigheid" of "modern legisme".²⁷ Het is jammer dat Thiele hieraan in haar preadvies geen aandacht heeft besteed. De bijdrage van W. Sniijders dateert van na haar dissertatie en een beschouwing over de openheid van ons vermogensrecht zou haar bijdrage wellicht meer reliëf hebben gegeven. Aan de andere kant realiseer ik me ook dat de financieringspraktijk daarmee niet geholpen is. Een verwijzing naar de openheid van ons systeem is niet iets waar partijen bij een collectief zekerheidsarrangement op zitten te wachten. Zij willen de garantie dat een constructie stand houdt. Ik zou evenwel menen dat aan deze wens voor de "durfals" voldoende tegemoet wordt gekomen door de flexibiliteit van ons systeem, zoals die door W. Sniijders wordt beschreven, in combinatie met de mogelijkheid voor de "overvoorzichtigen" enige onzekerheid – zo die er al mocht zijn – weg te nemen door het gebruik van de eigendomsconstructie met parallelle schuld, dit alles aangevuld met een faillissementsbestendige security trustee.²⁸ De onzekerheid die dan nog rest is naar mijn smaak onvoldoende om een afzonderlijke regeling voor collectieve zekerheidsarrangementen, zoals door Thiele bepleit, te rechtvaardigen.

T.H.D. Struycken, Zekerheidsrechten en registratie (preadvies p. 115-186)

18. Struycken behandelt het interessante onderwerp van (het ontbreken van) registratie van zekerheidsrechten in het Nederlandse recht. In § 2 (p. 115 e.v.) bespreekt hij de registratievarianten van enkele²⁹ verschijningsvormen van Nederlandse zekerheidsrechten: de hypotheek en de openbare registers (§ 2.2), registratie van het stil pandrecht op zaken en vorderingen (§ 2.3), pandrecht op aandelen en het aandeelhoudersregister (§ 2.4) en het octrooi-register bij verpanding van een octrooirecht (§ 2.5). Daarna volgt in hoofdstuk 3 een uitstap naar enkele vormen van registratie van zekerheidsrechten in het buitenland: Article 9 Uniform Commercial Code (UCC) in de VS (§ 3.2), Book 9 van de zogenaamde Draft Common Frame of Reference (DCFR) in Europa (§ 3.3) en enkele overige internationale ontwikkelingen (§ 3.4). In hoofdstuk 4 komt hij tot enkele vraagpunten voor de toekomst: na een beschrijving van de uitgangspunten (§ 4.1) gaat hij in op de registratie door middel van een zogenaamde 'notice filing' (§ 4.2) en de functie van de inschrijving in een register (§ 4.3) om dan in de laatste korte paragraaf (§ 4.4) met een verder op zichzelf staand betoog over het huurbeding te eindigen. Bij wijze van conclusie sluit hij zijn preadvies in § 5 (p. 185-186) af met 20 stellingen.

19. In zijn vlot geschreven betoog lijkt Struycken op het eerste gezicht de vraag naar de functie van registratie van een zekerheidsrecht centraal te stellen.³⁰ Omdat het huidige Nederlandse recht op dit terrein geen heldere uitgangspunten en consistente lijnen vertoont, scherpt hij zijn vraag aan tot een normatieve: "Moet worden gekozen voor een vorm van registratie van een zekerheidsrecht, en, zo ja, welke juridische functie moet worden toegekend aan de betreffende vorm van registratie?"³¹ Het startpunt dat allereerst de vraag naar de wenselijkheid van registratie van een zekerheidsrecht moet worden vastgesteld wordt door Struycken echter niet uitgewerkt. Bij de beschrijving van het geldende Nederlandse recht in § 2 (Varianten van registratie van zekerheidsrechten in Nederland) stelt hij zich op basis van de vier door hem gekozen varianten van registratie³² ten doel om daarmee "door middel van een vergelijking van enige kenmerkende elementen van de bestaande vormen van registratie ideeën [te laten] ontstaan voor de rol die aan een vorm van registratie moet worden toegekend in het kader van de vestiging van zekerheidsrechten en hun tegenwerpelijkheid aan derden".³³ Dit streven blijkt ook uit zijn synthese aan het slot van dit hoofdstuk waarin hij concludeert tot signalering van een aantal gelijkenissen en verschillen met betrekking tot de inrichting van de registratie, de rol van de registratie voor (de kenbaarheid van) het bestaan en de inhoud van het zekerheidsrecht, alsmede voor de bepaling van de rangorde tussen verschillende zekerheidsrechten.³⁴ De door Struycken gestelde normatieve vraag óf registratie van zekerheidsrechten op zichzelf wenselijk is, komt hier dus niet aan de orde. Dit gebeurt evenmin in hoofdstuk 3 waarin Struycken een aantal internationale ontwikkelingen de revue laat passeren. Door zijn keuze te baseren op "de wens om duidelijk te maken welke rol in het kader van een aantal invloedrijke wetgevingsprojecten wordt toegekend aan een vorm van registratie"³⁵ gaat Struycken ook hier niet in op de voorafgaande normatieve vraag of überhaupt gekozen moet worden voor een vorm van registratie van zekerheidsrecht. Het blijkt echter dat dit voor Struycken ook helemaal geen vraag is; het hele preadvies toont dat hij zonder meer een voorstander van registratie is. In zijn conclusie van zijn uitgangspunt voor een toekomstige regeling blijkt waarom: de rol van registratie voor de kenbaarheid van een zekerheidsrecht voor

26. W. Sniijders, t.a.p., p. 27 en p. 58.

27. W. Sniijders, t.a.p., p. 33-35.

28. Thiele behandelt dit laatste in § 3.3, nadat zij in § 3.1 en 3.2 de contractuele en goederenrechtelijke manieren heeft besproken om de aan het faillissement van de security trustee verbonden risico's te minimaliseren.

29. Niet alle; denk aan bijv. pandrecht op andere IE-rechten dan het octrooirecht en het eigendomsvoorbehoud (hoewel hiervoor niet altijd registratiesystemen bestaan).

30. Zie preadvies § 1 en § 2.1.

31. Zie preadvies, p. 115.

32. Hypotheek, stil pandrecht op zaken en vorderingen, pand op aandelen en pand op octrooien.

33. Zie § 2.1, p. 115-16.

34. Zie § 2.6.

35. § 3.1, p. 159.

derden en het daar mee samenhangende al dan niet ontbreken van derdenbescherming vormen voor Struycken de rechtvaardiging voor invoering van een vorm van registratie van zekerheidsrechten.³⁶ Vooral bij de stille verpanding van zaken en vorderingen, die weliswaar een vorm van registratie kent maar waaraan nu geen openbaarheid kleeft, heeft Struycken een punt: derden – nu weer de oudere gerechtigde (bij zaken) dan weer de latere rechtsverkrijger (bij vorderingen) – kunnen hun rechtspositie aangetast zien worden zonder dat zij zich daartegen goed kunnen wapenen. Dit punt van Struycken is overigens niet nieuw: in de discussie midden vorige eeuw kwam al naar voren dat de problemen bij fiduciaire zekerheid op zaken en vorderingen niet zozeer lagen in schijnakten en antedateringen³⁷, maar veeleer in dubbele fiduciaire overdrachten en cessies met alle conflicten en botsingen van dien.³⁸

20. De door Struycken getoonde wenselijkheid van een openbaar toegankelijke registratie van zekerheidsrechten is al vaker bepleit, mede gebaseerd op internationale ervaringen.³⁹ Na het debat in de jaren '50 en '60 over het registerpandrecht en het daarvoor in de plaats gekomen alternatief van het stil pandrecht kwam de discussie over registratie van pandrechten in Nederland eigenlijk weer op gang met de invoering van het huidige BW. In mijn samen met Maurits Barendrecht gehouden oratie in 1993 toonde ik mij een groot voorstander van registratie van het stille pandrecht, waarbij ik mij indertijd – mede door mijn verblijf als advocaat in New York – heb laten inspireren door Article 9 UCC⁴⁰, dat in zijn huidige versie nu ook voor Struycken de stimulus vormt.⁴¹ Reeds toen weerlegde ik de in de jaren '50 geopperde bezwaren tegen openbaarheid van registratie van zekerheidsrechten, het pandrecht in het bijzonder: enerzijds de administratieve rompslomp en anderzijds het feit dat de Nederlander niet met zijn schulden te koop wenst te lopen. Dat het aanhouden van een register teveel administratieve rompslomp met zich mee zou brengen was in de vijftiger jaren van de vorige eeuw wellicht het geval, maar was in 1993 – en anno 2009 met zijn verder voortgeschreden moderne ICT-dataopslag- en verwerkingssystemen al helemaal – geen serieuze belemmering meer. De vele rechtsstelsels en internationale instrumenten, waarvan sommige door Struycken in hoofdstuk 3 zijn beschreven, die de een of andere openbaar toegankelijke registratievorm voorschrijven bewijzen dit ook. Het Nederlandse (calvinistische?) trekje om niet te koop te willen lopen met de schuldpositie is vandaag de dag evenmin een rechtens te respecteren bezwaar gezien de veelheid aan wel toegankelijke informatie daaromtrent (al dan niet zelf vrijwillig of op grond van kapitaalmarktvoorschriften openbaar gemaakt via internet of andere kanalen).⁴² Er lijken in Nederland derhalve weinig redenen meer te bestaan om niet tot openbaarmaking van pandrechten door registratie over te gaan.

21. Wellicht geldt een zelfde redenering voor het eigendomsvoorbehoud. Deze mengvorm van zekerheid en eigendom⁴³ wordt door Struycken enkel terloops behandeld in § 4.2.1., terwijl daarover – juist in de vergelijking met Article 9 UCC – wel het nodige gezegd zou kunnen worden. Tot op zekere hoogte zou openbaarmaking hiervan gelijk kunnen lopen aan de registratie van het stil pandrecht op bestaande zaken, maar een belangrijk verschil lijkt mij gelegen in de aard van de onderliggende transactie. Bij het eigendomsvoorbehoud is dit de commerciële transactie waar de nadruk op ligt, waarbij de verkoper zich met behulp van het eigendomsvoorbehoud een bepaalde mate van zekerheid voor de betaling van de koopprijs verschafft. Een aparte registratiehandeling staat hier toch wel enigszins buiten. Bij een financiering door een bank en het daarvoor verschaffen van zekerheid in de vorm van pand of hypotheek ligt dit anders. Hier staat het verschaffen van geld en krediet op de voorgrond en ligt het meer voor de hand om aandacht te besteden aan de formaliteiten die nodig zijn om de terugbetaling veilig te stellen. Hoewel een eventuele registratie-eis voor de geldigheid van een eigendomsvoorbehoud praktisch niet onmogelijk hoeft te zijn, verwacht ik hiertegen wel meer weerstand vanuit de praktijk. Anders dan bij de stille verpanding het geval is, hoeft nu immers bij het eigendomsvoorbehoud geen enkele administratieve handeling te worden verricht. Het nut van registratie van een eigen-

36. § 4.1.2, p. 177.

37. Zoals Meijers had aangevoerd ter rechtvaardiging van de invoering van een registerpandrecht en afschaffing van de fiduciaire eigendom; zie hierover preadvies § 2.3.3.2, p. 133 e.v.

38. Zie P.A. Stein, Het registerpandrecht, WPNR (1960) 4634, blz. 277 r.k., W.H.M. Reehuis, Stille verpanding (diss. Groningen 1987), nr. 202 e.v., A.I.M. van Mierlo, Fiduciaire eigendom, stil en vuistloos pand (diss. Nijmegen 1988), p. 117 e.v., alsmede R.D. Vriesendorp/J.M. Barendrecht, Zekerheid door wetenschap (oratie Tilburg 1993), p. 10-11, 13 e.v.

39. Zie U. Drobniq, Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr, Rabels Zeitschrift 38 (1974), p. 476 e.v., 485 e.v., R.D. Vriesendorp/J.M. Barendrecht, Zekerheid door wetenschap (oratie Tilburg 1993), p. 16 e.v. Er zijn ook terughoudende geluiden te horen, bijv. bij J.H. Dalhuisen, Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law (Hart Publishing 2007), p. 862.

40. Alsmede de daarop gebaseerde maar begin jaren '90 qua automatisering verder ontwikkelde regeling in Canada; zie R.D. Vriesendorp/J.M. Barendrecht, Zekerheid door wetenschap (oratie Tilburg 1993), p. 23.

41. Een ander groot voorstander is de Amerikaanse advocaat en lobbyist – door sommigen wel eens de Article 9 UCC-zending genoemd – H.C. Sigman, die de afgelopen jaren herhaaldelijk Europa heeft bezocht om de voordelen van Article 9 UCC uit te dragen; zie bijvoorbeeld H.C. Sigman and E.-M. Kieninger, *Cross-Border Security over Tangibles* (Sellier 2007), p. 3 e.v., 36 e.v. en voor Nederland H.C. Sigman, *Keereweer v. Sogelease BV seen from an American perspective*, WPNR (1996) 6214.

42. Dit betreft niet alleen informatie bij het Kadaster of de Kamers van Koophandel, maar ook bij iets lastiger toegankelijke bronnen zoals Stichting BKR in Tiel of particuliere kredietwaardigheidsonderzoeksbureaus.

43. De Hoge Raad beschouwt het als eigendom die niet strijdt met het fiducia-verbod (zie bijv. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease), r.o. 3.4.3, slot), terwijl de fiscus vooral het zekerheidsaspect op de voorgrond stelt en het eigendomsvoorbehoud dus niet respecteert ingeval hij zijn bodemrecht ex art. 22 lid 3 IW 1990 uitoefent (zie Leidraad Invoering, art. 22 § 5, 4).

domsvoorbehoud is ook maar beperkt, omdat veel clausules het de koper toestaan om de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken te verwerken of in het kader van de normale bedrijfsuitoefening te vervreemden. In deze gevallen eindigt het eigendomsvoorbehoud – en daarmee de verkoperszekerheid – doorgaans binnen afzienbare tijd, zodat een verkoper maar een beperkt belang heeft bij een langdurige zekerheid waartegen die extra administratieve rompslomp vermoedelijk niet opweegt. Alleen bij kostbare bedrijfsmiddelen die niet als voorraad maar als inventaris worden aangeschaft zie ik voor een algemene registratie-eis van een eigendomsvoorbehoud voordelen.

22. Als men het betoog voor een registratie van zekerheden (vooral bij stille verpanding van zaken en vorderingen) onderschrijft, rijst vervolgens de vraag hoe deze vorm moet krijgen. In dit verband laat Struycken met zijn beschrijving in hoofdstuk 2 van vier soorten zekerheden aardig de verschillende uitvoeringsmogelijkheden zien. De wijze waarop de registratie van hypotheek plaatsvindt verschilt immers aanmerkelijk van de registratie bij stille verpanding van zaken en vorderingen die op haar beurt weer verschilt van die bij enerzijds de verpanding van aandelen en anderzijds die van octrooien. De conclusies die Struycken uit al deze varianten trekt in zijn synthese in § 2.6 richten zich op vier aspecten van de rol van registratie. Allereerst kan deze erop gericht zijn om kenbaarheid te geven aan het bestaan van een zekerheidsrecht (in beginsel voor iedereen bij hypotheek en pand op octrooi, terwijl bij pand op aandelen alleen de aandeelhouders en de vennootschap daarvan op de hoogte kunnen zijn en bij de stille verpanding heeft de registratie deze functie in het geheel niet).⁴⁴ Hiermee hangt nauw samen het tweede aspect van de kenbaarheid van de inhoud van het zekerheidsrecht en andere relevante informatie.⁴⁵ Vooral voor andere schuldeisers van de zekerheidsgever ontbreken veel wezenlijke gegevens, in het bijzonder over de omvang van de schuld waarvoor de zekerheid is gevestigd. Dit heeft te maken met een derde aspect, te weten de wijze waarop de registraties van de verschillende zekerheidsrechten plaatsvindt; Struycken concludeert dat de Nederlandse registraties zogenaamde ‘aktenregistraties’ zijn, dat wil zeggen dat die vooral gericht zijn op het vastleggen van de aangeboden akten (hypotheek, octrooi en aandelen) en niet zozeer de rechten zelf.⁴⁶ Het vierde en laatste aspect raakt de betekenis van de inschrijving in de registers waar het gaat om de vaststelling van de onderlinge rangorde met andere (zekerheids)rechten van derden: daar waar registratie constitutief is voor de vestiging van het zekerheidsrecht (hypotheek en stil pand op zaken en vorderingen met een onderhandse akte), bepaalt zij in beginsel⁴⁷ tegelijkertijd ook de rangorde.⁴⁸ Bij verpanding van octrooien is de registratie vooral van belang in relatie tot derden, terwijl deze met het oog op de vaststelling van de rangorde van pandrechten op aandelen geen enkele rol speelt. Op basis van deze vier aspecten

komt Struycken aan het slot van hoofdstuk 2 in zijn synthese van de rol van registratie van zekerheidsrechten in het huidige Nederlandse recht tot de vaststelling dat ons rechtsstelsel geen consistente uitgangspunten voor registraties van zekerheidsrechten kent en er dus ook niet één duidelijke functie aan ten grondslag ligt.⁴⁹ Hier aangekomen is het tijd voor de overstap naar de internationale ontwikkelingen die volgens Struycken nieuw perspectief bieden.⁵⁰

23. In het licht van de voorkeur van Struycken voor registratie zal het niet verbazen dat hij de in zijn inleiding in hoofdstuk 1 gestelde vraag naar de *wenselijkheid* van registratie niet heeft behandeld in zijn ‘eclectische’ vogelvlucht langs enkele internationale ontwikkelingen in hoofdstuk 3. In zijn bespreking van het Amerikaanse Article 9 UCC in § 3.2 gaat hij direct in op de wijze hoe het registratiesysteem in elkaar steekt. De beschrijving door Struycken van het Amerikaanse systeem van registratie van zekerheidsrechten veronderstelt bij de lezer wel een zekere kennis van het Amerikaanse rechtssysteem, maar gezien de beperkingen die aan de omvang van een preadvies worden gesteld hoeft dat geen bezwaar te zijn. Ik vind dat van de hedendaagse Nederlandse (notariële) jurist verwacht mag worden dat men zich enigszins verdiept in ontwikkelingen in andere rechtsstelsels; wellicht niet direct voor de dagelijkse praktijk, maar veeleer om ontwikkelingen van het Nederlandse recht te kunnen plaatsen. Nederland noch haar recht bevindt zich immers op een eiland in de wereld.

24. In het Amerikaanse systeem met een grotendeels geüniformeerde aanpak van het zekerheidsrecht in de verschillende staten van de VS komt het zekerheidsrecht (‘security interest’) tussen partijen kort gezegd tot stand door de ‘security agreement’. Dit noemt men de ‘attachment’ van het zekerheidsrecht. Veel belangrijker is echter de zogenaamde ‘perfection’ waarmee het zekerheidsrecht ook tegen derden en in een faillissementssituatie kan worden uitgeoefend. Hier komt in het merendeel van de gevallen de registratie (‘filing’) om de hoek kijken. Deze valt echter op geen enkele wijze te vergelijken met één van de Nederlandse registratiesystemen. De ‘filing’ heeft betrekking op een summier document (‘financing statement’) waarin slechts enkele gegevens zijn opgenomen.⁵¹

44. § 2.6.1.

45. § 2.6.3.

46. § 2.6.2.

47. Uitzonderingen zijn bijv. denkbaar bij rangwisseling (art. 3:262 BW) of verkrijging door een derde te goeder trouw (art. 3:238 BW).

48. § 2.6.4.

49. Zie preadvies, p. 158 en 10^e stelling (p. 186).

50. Preadvies, p. 159.

51. Door Struycken uitgewerkt in § 3.2.2. Zie eerder ook R.D. Vriesendorp/J.M. Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap* (oratie Tilburg 1993), p. 23-24.

Het vormt vervolgens voor degene die de registers onderzoekt de bron voor verdere informatie. Als het goed is belandt hij bij de zekerheidsverlener die hem dan openheid van zaken moet⁵² geven over de geregistreerde zekerheidsnemers en zekerheden. De geïnteresseerde lezer verwijs ik verder graag naar de heldere en tamelijk gedetailleerde uiteenzetting door Struycken op dit punt. Enigszins in contrast hiermee staat de nogal summierse wijze waarop hij vervolgens DCFR Book 9 in § 3.3 en de overige internationale ontwikkelingen⁵³ in § 3.4 behandelt. Dit lijkt te zijn ingegeven door zijn conclusie dat al deze ontwikkelingen sterk geïnspireerd (b)lijken te zijn door Article 9 UCC. Op deze wijze is het preadvies vooral een vergelijking van het huidige Nederlandse recht met Article 9 UCC, dat – direct of indirect – in ongeveer een derde van de stellingen terugkeert.⁵⁴

25. Het Amerikaanse systeem van Article 9 UCC is niet alleen de inspiratie voor de ontwerpers van de andere door Struycken in hoofdstuk 3 besproken internationale instrumenten. Ook Struycken is – net als ik begin jaren '90 – door deze rechtsfiguur geïnspireerd. In hoofdstuk 4 behandelt hij een aantal vraagpunten voor de toekomst en komt hij tot de aanbeveling om ook in Nederland de zekerheidsrechten kenbaar te maken door een 'notice filing', een zogenaamde 'zekerhedenverklaring'.⁵⁵ Met betrekking tot deze verklaring bespreekt hij drie vraagpunten: in hoeverre moet van een potentiële zekerheidsnemer verlangd worden dat hij in de registers onderzoek doet naar anterieure (zekerheids)rechten met het oog op bescherming daartegen (§ 4.2.1)⁵⁶, welke informatie moet in dat register worden geopenbaard (§ 4.2.2) en hoe lang behoudt een inschrijving van de zekerhedenverklaring haar geldigheid (§ 4.2.3)? Als laatste⁵⁷ kwestie stelt Struycken de functie van de registratie aan de orde, waarbij hij volstaat met de algemene aanbeveling om die te beperken tot de vaststelling van de rangorde van het zekerheidsrecht en daarmee de tegenwerpelijheid aan derden (§ 4.3). Deze vraagpunten komen op verschillende manieren terug in de stellingen die Struycken aan het slot van zijn preadvies in hoofdstuk 5 heeft opgenomen. Gegeven de beperkte omvang van deze bespreking kan ik daarvan slechts enkele kort aanstippen:

– De 16^e stelling om de informatie in de registers tot een minimum te beperken acht ik op het eerste gezicht aantrekkelijk, mits duidelijk is wat dan tot de minimumgegevens moet worden gerekend.

– Ik zie geen meerwaarde in wettelijke mededelingsplichten van de zekerheidsgerechtigde, zoals Struycken in zijn 17^e stelling bepleit, zolang onduidelijk is welke gevolgen aan de niet-nakoming van deze plichten worden verbonden.

– Hoewel Struycken in zijn uitwerking in het preadvies (§ 4.2.3) de suggestie lijkt te wekken dat hij een voorstander is van periodieke verversing van de registratie, bepleit hij met zijn 18^e stelling het tegendeel. Ik ben het hiermee eens, mits de zekerheidsverlener op eenvoudige wijze in staat wordt gesteld om verouderde registraties uit het register te laten verwijderen. Overigens lijkt mij dit wel een aardig bespreekpunt ter vergadering vanuit de invalshoek van de (notariële) praktijk.

26. De meeste van de overige stellingen zijn te beschouwen als een samenvatting/conclusie van zijn beschrijving: het zijn in wezen de uitkomsten van zijn betoog.⁵⁸ Dit ligt enigszins anders met betrekking tot zijn 4^e stelling over alternatieve bewijsmogelijkheden voor de vaste dagtekening van de onderhandse stille pandakte. Ik ben het met Struycken eens dat daar waar het vereiste van registratie van onderhandse akten bij de stille verpanding van zaken en vorderingen vooral bedoeld is om antedatering te voorkomen, het mogelijk moet zijn om de juistheid van de datum ook langs andere wegen te bewijzen.⁵⁹ Met zijn 19^e stelling lijkt Struycken aansluiting te zoeken bij het Anglo-Amerikaanse idee van de 'better title', waarbij een conflict tussen twee partijen aangaande hun rechtspositie met betrekking tot een bepaald goed wordt opgelost ten gunste van degene die – in de onderlinge verhouding – het sterkste recht heeft. Daarom zou volgens hem de registratie alleen van belang zijn voor de tegenwerpelijheid van het zekerheidsrecht aan derden. Hiermee lijkt Struycken het continentale stelsel van absolute (zekerheids)rechten te willen verlaten. Ik vind het lastig inschatten of dit een goed idee is. Een enkele andere stelling leent zich ten slotte minder voor debat.⁶⁰

52. Hoewel hiertoe geen wettelijke verplichting bestaat, zal een potentiële kredietgever zijn conclusies trekken als de zekerheidsverlener geen informatie wil geven.

53. De EBRD Model Law on Secured Transactions uit 1994, de Cape Town Convention (UNIDROIT Convention on International interests in Mobile Equipment en het Protocol on Matters Specific to Aircraft Equipment) uit 2001, de UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade uit 2001, de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction uit 2008.

54. Zie zijn 11^e, 12^e, 14^e, 15^e, 16^e, 18^e en 19^e stelling (p. 186).

55. Zie § 4.2, p. 177.

56. Op dit punt is Struycken niet geheel duidelijk of hij bescherming van de jongere zekerheidsgerechtigde tegen ingeschreven anterieure zekerheidsrechten categorisch uitsluit of dat hij goede trouw in bijzondere omstandigheden toch mogelijk acht (vgl. HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (Hoogovens/Matex); zie R.D. Vriesendorp/J.M. Barendrecht, Zekerheid door wetenschap (oratie Tilburg 1993), p. 38, voetnoot 164).

57. Als allerlaatste punt behandelt Struycken in § 4.4 het huurbeding, maar dit staat volgens mij tamelijk op zichzelf en nogal los van de daaraan voorafgaande paragrafen.

58. Zie zijn 1^e t/m 3^e, 5^e en 6^e, 8^e t/m zijn 11^e, 13^e en 14^e stelling.

59. Vgl. R.D. Vriesendorp/J.M. Barendrecht, Zekerheid door wetenschap (oratie Tilburg 1993), p. 10-11, voetnoot 27.

60. De 12^e stelling dat het zekerhedenrecht in Europa gemodelleerd gaat worden naar de concepten van Article 9 UCC is niet zozeer een juridische stelling als wel een (rechts)politieke inschatting waarover mij een debat ter vergadering weinig zinvol lijkt.

27. Naast deze kanttekeningen bij enkele stellingen van Struycken denk ik dat ter vergadering vooral ook de praktische aspecten van zijn pleidooi voor een registratie-wijze à la Article 9 UCC moet worden besproken, want zit het venijn niet vaak in de staart? Zo zal men zich moeten afvragen welke gegevens precies geregistreerd zullen moeten worden: in hoeverre moet de Amerikaanse aanpak⁶¹ in Nederland worden gevolgd? Ter illustratie sluit ik af met een probleem dat mij van Amerikaanse zijde is aangereikt met betrekking tot het grote belang dat men daar hecht aan de precieze naam van de zekerheidsverlener met het oog op de zoekmogelijkheden⁶² en de problemen die dit geeft bij ingewikkelde, niet-Westerse namen of namen met tussenvoegsels of bijzondere leestekens. Hoewel dit met een goede afstelling van de zoekmachine mogelijk nog wel valt op te lossen, kan het lastiger worden in de gevallen waarin de statutaire naam van de schuldenaar afwijkt van zijn handelsna(a)m(en). Zou bijvoorbeeld mijn universiteit – met de handelsnamen Universiteit van Tilburg en Tilburg University – een zekerheidsrecht hebben geregistreerd, dan weet ik nog niet zo zeker of iedereen ook zal zoeken onder haar officiële, statutaire benaming “Stichting Katholieke Universiteit Brabant”.

Nu zijn praktische problemen op zichzelf geen reden om iets niet te doen, maar ik hoop dat de vergadering ook deze aspecten zal behandelen. Met zijn preadvies heeft Struycken een aardige aanzet voor het debat gegeven. Het is de verdienste van de KNB dat het onderwerp van de registratie van zekerheidsrechten in Nederland weer opnieuw aan de orde is gesteld.

R.M. Wibier, Verbintenisrechtelijke alternatieven voor goederenrechtelijke zekerheidsrechten (preadvies p. 187-230)

28. In zijn uiterst vlot geschreven onderdeel van het preadvies bewandelt Wibier de risicovolle grensstreek tussen het goederenrecht en het verbintenisrecht. Hij weet daarbij op uitmuntende wijze de mijnen die dit grensgebied – zoals zovele grensgebieden – bevatten, te omzeilen. Het preadvies is uiterst helder geschreven en de stellingen worden gepast geïllustreerd met voorbeelden allerhande, zodat het zelfs voor niet-ingewijden verstaanbaar wordt.

29. De preadviseur begint met een, op het eerste gezicht evidente, maar bij nader inzien gewaagde stelling: om in een samenloop situatie iets te zeggen te hebben, moet men zich op het goederenrecht kunnen beroepen. Een verbintenisrechtelijke aanspraak biedt – zo luidt de plompe stelling – nooit enige remedie in geval van insolventie. Het is de evidentie van deze stelling die Wibier in het vervolg van zijn preadvies beetje bij beetje zal onderuithalen.

30. Een eerste uitzondering op de noodzaak aan goederenrechtelijke werking geldt indien de titularis van een verbintenisrechtelijke aanspraak zijn aanspraken kan heroriënteren naar een derde, namelijk bij (i) borgtocht en hoofdelijkheid, (ii) een 403-verklaring van een moeder-vennootschap die zich hoofdelijk borgstelt met haar dochter, (iii) bankgarantie en (iv) een *net worth* verklaring. In paragraaf 2 (na de inleiding) komen deze verbintenisrechtelijke zekerheden (‘persoonlijke zekerheden’) aan bod, waarbij de pijnpunten van elk type worden aangegeven. Wibier geeft zelf aan dat hij niet op elk discussiepunt exhaustief kan ingaan. Hij komt tot de slotsom dat deze persoonlijke zekerheden geen eigenlijke zekerheden zijn, maar gewoon een omzeiling van het normale verhaalsvermogen van de debiteur. Hij spreekt van een soort van “valsspelerij”.⁶³

31. De auteur beschrijft in deze paragraaf 2 het zeer brede spectrum aan situaties waarin borgtocht en hoofdelijkheid in het vizier kan komen. Het gaat daarbij, zoals uit de bijdrage blijkt, van de (commerciële) zekerheidsstelling door vennootschappen in ruimer groepsverband tot (compliance)zekerheden verschaft door familieleden. Die beide contexten zijn totaal verschillend. Het is een pertinente vraag of dit brede spectrum niet opgedeeld moet/kan worden, waardoor het veld van de verbintenisrechtelijke zekerheden als het ware op twee snelheden gaat functioneren. Aan de ene kant de “*hard en fast*” commerciële zekerheden, waarvoor de zekerheidsteller doorgaans weinig bescherming behoeft. Aan de andere kant een bijzonder regime van kosteloze zekerheden, die vaak worden verleend in familiale verhoudingen, waarvoor wel in beschermingsbepalingen moet worden voorzien. Ook in rechtsvergelijkend perspectief ziet men steeds meer een “zekerhedenrecht op twee snelheden” ontstaan, en dit op natuurlijke wijze⁶⁴: zo worden in steeds meer landen de kosteloze borgstelling aan bijzondere vormvereisten gekoppeld die de borg moeten wijzen op de financiële risico’s die hij neemt, in sommige landen kan de borg kwijtschelding krijgen in het faillissement van de hoofdschuldenaar (de zgn. “fresh start” of verschoonbaarheid), in steeds meer landen is een onevenredige borgstelling van een kosteloze borg als nietig te beschouwen, enz. Wibier wekt op de indruk zelf de ruime waaier te willen opdelen, zonder dit als zodanig te expliciteren.⁶⁵ Het Nederlandse recht voorziet in een aantal beschermingsbepalingen (art. 7:857 NBW), maar de bescherming van de kosteloze zekerheidssteller is zeker (nog) niet op volle snelheid.

61. Door Struycken beschreven in § 3.2.2.4.

62. Zie preadvies, p. 164.

63. Zie preadvies, p. 198.

64. Voor een bespreking van de toenemende bescherming van de kosteloze zekerheidssteller in Europees perspectief: A. CIACCHI (ed.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Nomos, 2007, p. 396.

65. Zie preadvies, p. 191-192.

32. Ten tweede nog een randbemerking bij die tweede paragraaf: Wibier schrijft dat “de kracht van een bankgarantie is gelegen in het feit dat banken niet failliet gaan”. Het ware interessant om – rechtseconomisch – te onderzoeken of de bankgarantie aan kracht heeft ingeboet nu de evidentie van die uitspraak is komen te vervallen.

33. In § 3 (p. 199 e.v.) bestudeert de preadviseur een aantal gevallen waarbij goederenrechtelijke zekerheidsconstructies een verbintenisrechtelijk alternatief kennen dat tot een vergelijkbaar resultaat leidt. In de eerste plaats komt daarbij de *escrow* in al zijn varianten voor, te weten: de variatie waarbij een derde als *escrowee* fungeert en de variatie waarbij de bank zelf als *escrowee* fungeert. De auteur beschrijft bijzonder helder hoe de *escrow* als volwaardig (en flexibeler) alternatief voor de verpanding van een bankrekening dienst kan doen. Indien aan beide partijen rechtstreekse aanspraken tegen de bank worden toegerekend, zou het om een tegenwerpelijke constructie gaan, die niet aan het risico van o.m. het ProCall-arrest zou zijn blootgesteld.⁶⁶ Zoals Wibier schrijft, gaat het om een zeer flexibele zekerheidsstructuur, waarvan “de mogelijkheden om te variëren slechts wordt beperkt door de creativiteit van de betrokken partijen”.⁶⁷ De faillissementsbestendigheid van deze constructie wordt zonder meer aanvaard, aangezien de curator van elk van de partijen enkel een voorwaardelijk recht op uitkering aantreft, waarvan hij het voorwaardelijke karakter zonder meer moet aanvaarden.

34. Door deze uiteenzetting over *escrow*, blijkt dat – ook naar Nederlands recht – contractueel uitzonderingen kunnen ontstaan op het principe van de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen. Dat is met name het geval door de modulering van schuldvorderingen die in het vermogen van een schuldenaar zijn aan te treffen. De auteur schrijft dat “partijen op deze wijze precies kunnen regelen onder welke omstandigheden welk deel van het saldo aan welke partij moet worden vrijgegeven en daarmee het insolventie risico dat zij op elkaar lopen ecarteren”.⁶⁸ Het is, na lezing van dit onderdeel van het preadvies, zelfs de vraag of het beginsel van de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen met betrekking tot schuldvorderingen niet worden geprimeerd door een ander beginsel, namelijk dat een schuldeiser een schuldvordering moet nemen met de beperkingen die daaraan inherent zijn. De vraag rijst dan of met betrekking tot schuldvorderingen het numerus clausus beginsel nog wel zijn volle gelding heeft.

35. Wat er ook van zij, het zijn deze inherente beperkingen bij gedematerialiseerde *financial assets* die, zoals Wibier aangeeft, de oorzaak zijn van de financiële crisis. De vraag die rijst is of deze vaststelling een terugkeer naar de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen, en dus een terugtrek in de faillissementsbestendigheid van verbintenisrechtelijke mechanismen, oproept.

J.H.M. van Erp, Huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht (preadvies p. 231-268)

36. Van Erp behandelt het huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht. Na een inleiding in § 1 (p. 231-235) waarin hij het Europees recht als kader schetst dat de ruimte voor het Nederlandse recht bepaalt, bespreekt hij in § 2 (p. 235-240) de grondslagen binnen de verschillende Europese verdragen waarop de ontwikkeling van een Europese regeling van het goederenrecht door de Europese instellingen wordt gebaseerd. Hier stelt hij de vraag wat eigenlijk ‘Europees’ goederen- en zekerhedenrecht is, bezien vanuit de verschillende niveaus waarop de Europese samenwerking op dit rechtsgebied vorm heeft gekregen. Na een inleiding en een waarschuwing over taal- en terminologieverschillen binnen Europa (§ 2.1-2.2) stipt hij die verschillende niveaus van Europese samenwerking kort aan: de Raad van Europa (§ 2.3), de Europese Economische Ruimte (EER; § 2.4), de Europese Gemeenschappen en de Europese Unie (§ 2.5), daarna meer specifiek de Europese (Economische) Gemeenschap (EG; § 2.6) en de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA; § 2.7). Vervolgens beperkt Van Erp zich tot de invloed van de Europese Unie (EU) op het Nederlandse zekerhedenrecht. In dit verband behandelt hij in § 3 eerst de vraag in hoeverre de EU wel bevoegd is om op dit terrein, meer algemeen het goederenrecht, regelgevend op te treden. Na een bevestigende beantwoording richt hij zich in § 4 (p. 244-250) op het geldende EU-zekerhedenrecht, waarbij hij aandacht besteedt aan het eigendomsvoorbehoud (§ 4.2), de financiële zekerheidsvereenkomst (§ 4.3) en de emissierechten (§ 4.4). In § 5 werpt Van Erp de blik vooruit op een aantal toekomstige ontwikkelingen met betrekking tot het EU-zekerhedenrecht: het Gemeenschappelijk Referentiekader en het daartoe opgestelde ontwerp – beter bekend onder de Engelse benaming ‘Draft Common Frame of Reference’; DCFR) – dat inmiddels ook regels voor het goederenrecht bevat (§ 5.2), de Eurohypotheek (§ 5.3), het Europees beslag- en executierecht (§ 5.4) en het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad als EU-recht (§ 5.5). Van Erp rondt zijn preadvies af met enkele conclusies in hoofdstuk 6.

37. Voor de niet-ingewijde biedt het preadvies van Van Erp een aardige inkijk in de ontwikkelingen van de laatste jaren op het terrein van het Europese zekerhedenrecht. De jurist die zich enigszins in deze materie verdiept heeft, vindt – behalve in hoofdstuk 5 – echter niet veel

66. Zie preadvies, p. 219-220.

67. Zie preadvies, p. 203. Bekritiseerbaar is wel de gedachte dat “in de *escrow*-constructie is het goederenrecht echter in geen velden of wegen te bekennen is” (p. 201). De vaststelling dat de partijen niet het risico van insolventie van de *escrowee* dragen, bewijst dat de constructie binnen dat vermogen wel goederenrechtelijke werking heeft.

68. Zie preadvies, p. 211.

nieuws. Zo is de door Van Erp in hoofdstuk 3 opgeworpen vraag naar de bevoegdheid van de EU om op het terrein van het goederenrecht regelgevend op te treden vanuit academisch opzicht interessant en methodologisch een terecht startpunt, maar tegenwoordig lijkt mij deze kwestie een gepasseerd station. Ook al was dit in oorsprong tevens vanuit (rechts)politiek opzicht van belang, vandaag de dag is de regelgevende activiteit van de EU op dit gebied een realiteit.

38. Van Erp besteedt de nodige aandacht aan de afbakening van Nederlands en Europees recht.⁶⁹ Zoals hij terecht schrijft moeten wij in de Nederlandse rechtssfeer de suprematie van het Europese recht erkennen. Anders dan Van Erp stelt betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat er een scherpe scheiding tussen de beide rechtssystemen moet worden aangebracht. Voor hem is Nederlands recht het hier te lande geldend recht dat zonder beïnvloeding vanuit andere landen of volkenrechtelijke verbanden is tot stand gekomen via een Nederlands besluitvormingsproces. Europees recht vindt dan zijn oorsprong in een Europees besluitvormingsproces of een Nederlands besluitvormingsproces, maar dan ter uitvoering van Europese regels. Ik vind dit een wat gekunsteld onderscheid voor het onderwerp van het preadvies. Nederlands recht omvat immers het voor Nederland geldende Europese recht. Dit blijkt ook uit de door Van Erp in hoofdstuk 4 beschreven regelingen met een Europese achtergrond: het eigendomsvoorbehoud, de financiële zekerheidsvereenkomst en de regeling van de emissierechten in de Wet milieubeheer zijn immers 'gewoon' Nederlands recht. Bij zijn behandeling van het eigendomsvoorbehoud in § 4.2 komt tot uiting dat ons verschil in benadering overigens niet alleen een woordenspel is. Deze rechtsfiguur is voor hem een voorbeeld van Europees zekerhedenrecht, omdat het gebaseerd is op Europese regelgeving: de Richtlijn betalingsachterstanden⁷⁰ en de Europese Insolventieverordening.⁷¹ In de Richtlijn betalingsachterstanden is aan de lidstaten de verplichting opgelegd om in hun rechtstelsel buitenlandse vormen van eigendomsvoorbehoud te erkennen. Van Erp merkt hierover op dat de invloed van deze Europese regeling voor Nederland beperkt is, nu wij in art. 3:92 BW deze rechtsfiguur al hadden opgenomen. In Van Erps strikte scheiding tussen Nederlands en Europees recht is dit gezien de suprematie van het Europese recht echter geen argument. Het is dan van tweeën één: ofwel het eigendomsvoorbehoud is een regeling van Europees recht, maar dan is het irrelevant dat Nederland al een regeling van het eigendomsvoorbehoud heeft en of dit wel of niet door de Europese regeling zou worden geraakt; ofwel het eigendomsvoorbehoud is een Nederlandse regeling, maar dan hoort het niet in dit preadvies thuis.

39. Praktisch komt het verschil in benadering tussen ons tot uiting bij de vraag in hoeverre een buitenlands

eigendomsvoorbehoud in Nederland moet worden erkend. Zou de regeling daadwerkelijk Europees zijn en uit dien hoofde het Nederlandse recht opzij zetten, dan zou men kunnen betogen dat een verdergaand eigendomsvoorbehoud dan de 'eenvoudige' variant die slechts strekt tot zekerheid van enkel de betaling van het onder eigendomsvoorbehoud geleverde product⁷², naar Nederlands recht niet mogelijk zou zijn, nu de Richtlijn betalingsachterstanden deze verdergaande vorm van verkoperszekerheid niet noemt. Deze consequentie trekt Van Erp echter niet. Wel noemt hij in dit verband het – naar Nederlands recht op grond van art. 3:92 lid 2 BW ongeldige, want te ruime – Duitse zogenaamde 'verlängerter' eigendomsvoorbehoud waarin het eigendomsvoorbehoud zich ook uitstrekt tot producten die met de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken in Nederland zijn gemaakt. Dit betreft echter geen vraag van doorwerking van Europese regels op het Nederlandse recht. In de eerste plaats schrijft de Richtlijn betalingsachterstanden de regeling van het verlengde eigendomsvoorbehoud niet voor. In de tweede plaats gaat het in een dergelijk geval niet om doorwerking van het eigendomsvoorbehoud maar om de vraag of de oorspronkelijke eigendom nog wel bestaat en dit is bij het verlengde eigendomsvoorbehoud niet het geval. Door de zaaksvorming is de oorspronkelijk geleverde zaak – en daarmee het daarop rustende eigendomsrecht – tenietgegaan en is er een nieuw eigendomsrecht ontstaan in het nieuwe product. Indachtig art. 295 EG is het aan de lidstaten overgelaten om te bepalen wie eigenaar van die nieuw gevormde zaak is. In Nederland is dit geregeld in art. 5:16 BW waarin de zaaksvormingsregels zijn vastgelegd.

40. Het meest interessant vind ik Van Erps § 5 (p. 250 e.v.) over het toekomstig EU-zekerhedenrecht. Hoewel hij aan het begin hiervan⁷³ aangeeft speculatieve beschouwingen te willen vermijden, valt daaraan mijns inziens niet te ontkomen als men – zoals Van Erp eerder betoogt⁷⁴ – het preadvies wil gebruiken om een visie te tonen met betrekking tot de toekomst van het Europese goederenrecht, in het bijzonder het Europese zekerhedenrecht. Op dit punt neemt het DCFR een belangrijke plaats in en besteedt Van Erp hieraan terecht de nodige aandacht.⁷⁵ Dat document zal naar verwachting de komende jaren het academische en politieke debat over harmonisatie en uniformering van het Europese vermogensrecht beheersen en het is goed als ook de praktijkjuristen aan dit debat deelnemen.

69. Zie preadvies § 1, p. 231 e.v.

70. Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

71. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

72. Hiertoe biedt art. 3:92 lid 2 BW de verkoper de ruimte.

73. Bovenaan p. 251.

74. Zie preadvies § 1, slot (p. 235).

75. Zie § 5.2.

Het DCFR was oorspronkelijk gericht op de regeling van het Europese verbintenissenrecht, maar kent inmiddels ook een regeling van een aantal goederenrechtelijke onderwerpen, zoals de overdracht⁷⁶, goederenrechtelijke zekerheden⁷⁷ en de trust.⁷⁸ Ik ben het met Van Erp eens dat in dit kader geen scherp onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht kan worden gemaakt, zeker als het om de regulering van de trust gaat. Continentale jurisdicties met een 'civil law' achtergrond hebben deze Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur al ten dele erkend met het Haags Trustverdrag⁷⁹, maar een geüniformeerde regeling voor heel Europa is voornamelijk een stap te ver. Een van de redenen is dat de vraag naar de precieze betekenis en inhoud van een trust niet door iedereen op dezelfde manier wordt beantwoord. Het DCFR probeert dit op te lossen door te spreken over een 'legal relationship' waarmee het onderscheid verbintenissenrecht of goederenrecht minder gewicht krijgt.

41. Over de Eurohypotheek (§ 5.3), enkele ontwikkelingen op het terrein van het Europees beslag- en executierecht (§ 5.4) en het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad (§ 5.5) is Van Erp een stuk korter. Hier volstaat hij met een korte beschrijving en is het jammer dat hij zijn visie daarover niet met de lezer deelt. Zo lijkt mij bijvoorbeeld een interessante vraag wat voor de afzonderlijke lidstaten nu de betekenis is van de toetreding van de EU tot het UNIDROIT Verdrag van Kaapstad met zijn bijzondere regeling van een uniform zekerheidsregime voor goederen met grote waarde.

42. In zijn conclusie bepleit Van Erp een 'tweestromenland' in de rechtenopleiding, met inbegrip van de notariële opleiding. Zoals ik hierboven al aangaf geloof ik niet in een scherpe scheiding tussen Nederlands en Europees recht, omdat zij in onze rechtspraak geïntegreerd moeten worden benaderd. Wel onderschrijf ik Van Erps conclusie dat de Nederlandse (notariële) jurist gewend moet raken om buitenlandse bronnen in andere talen te gebruiken bij de hantering van het – vereurope-aniseerde – Nederlandse recht.

P.M. Veder, Goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de internationale handels- en financieringspraktijk (preadvies p. 269-322)

43. Terwijl het onderdeel van Van Erp de toenemende harmonisering binnen het zekerheden- en insolventierecht bestudeert, blijft Veder in zijn onderdeel van het preadvies stilstaan bij de verschillenpunten: die verschillenpunten doen namelijk de vraag rijzen naar het toepasselijke recht, zodat dit onderdeel voornamelijk een IPR-perspectief heeft. De techniciteit en complexiteit van vele IPR-vraagstukken worden door Veder helder en systematisch uiteengezet. Twee vragen komen daarbij achtereenvolgens aan bod, namelijk (i) de vraag welk recht van toepassing is op de vestiging en/of inhoud van goederen-

rechtelijke zekerheden in een grensoverschrijdende context, en (ii) de invloed van de opening van een insolventieprocedure op de uitoefening van goederenrechtelijke zekerheden.

44. Wat de eerste vraag betreft, behandelt de preadviseur op uitvoerige wijze de Wet Conflictenrecht Goederenrecht ('WCG'), die sinds 1 mei 2008 in werking is. De *lex rei sitae* regel wordt daarbij gecombineerd met bijzondere verwijzingsregels voor specifieke goederen (exportgoederen, aandelen, enz.).

45. Eén van de meest opmerkelijke bepalingen die Veder analyseert is art. 10 lid 2 WCG, dat bepaalt dat de goederenrechtelijke aspecten van de cessie of verpanding van een vordering op naam worden beheerst door het recht dat op de tot overdracht of vestiging van rechten verplichtende overeenkomst van toepassing is. Het meest evidente bezwaar tegen deze regel is dat zij mogelijk geen oplossing biedt indien concurrente rechtshandelingen met betrekking tot eenzelfde vordering, elk aan een ander recht zijn onderworpen, die elk in een andere oplossing voorzien. Naast deze inhoudelijke bezwaren⁸⁰, isoleert deze "Hansa-regel" het Nederlandse recht van andere nationale IPR-stelsels. Steeds meer rechtssystemen evolueren in de richting van de lokalisatie van de cedent/pandgever als aanknopingspunt. Ook om die reden is de kans klein dat de toekomstige Europese regeling inzake derdenwerking van de cessie/verpanding (toekomstige aanvulling Rome I – Verordening) de Nederlandse regeling zal overnemen. De kans dat de goederenrechtelijke gevolgen tussen de partijen (bv. cedent en cessionaris) dan wel nog door de wilsautonomie zullen worden beheerst, lijkt alsdan zeer klein te worden.

46. Uit dit onderdeel van het preadvies blijkt, eens te meer, hoe moeilijk het huwelijk tussen het goederenrecht en het conflictenrecht wel is. De reden daarvoor ligt voor de hand: het goederenrecht is een radarwerk, waarin – veel meer dan in bijvoorbeeld het verbintenissenrecht – alles op elkaar inhaakt. Het is bijgevolg zeer moeilijk om de diverse aanknopingsfactoren goed van elkaar te onderscheiden. Wanneer men de problematiek van het '*conflict mobile*', waar Veder in zijn onderdeel van het preadvies ruim op ingaat, hieraan toevoegt, wordt het geheel bijzonder complex.

76. Voor vorderingen in boek III en voor roerende zaken (in ruime zin) boek VIII.

77. In boek IX.

78. Boek X.

79. Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en op de erkenning van trusts ('s-Gravenhage 1 juli 1985).

80. Zie daarvoor ook reeds V. Sagaert, "De zakenrechtelijke werking van de cessie van schuldvorderingen: de nieuwe IPR-regeling na de Wet van 2 augustus 2002", *T.P.R.* 2003, p. 561-612.

47. De problematiek van het *'conflict mobile'* doet vooral vragen rijzen indien een goederenrechtelijke situatie zich uitstrekt over een zeker tijdsverloop, bijvoorbeeld in geval van conflicterende rechten op eenzelfde zaak of in geval van verkoop bij voorbaat. In beide gevallen plaatst Veder het "noodzakelijke rechtsfeit" einde van de periode, dit is de verkrijging door de tweede gerechtigde (conflicterende gerechtigden) of de verkrijging door de overdrager (levering bij voorbaat). Het is de vraag of dit ook het geval is indien, volgens het recht waar de zaak zich bevindt op het ogenblik van de verkrijging door de eerste gerechtigde respectievelijk de overdracht al onherroepelijke rechten in het vermogen van de (eerste) gerechtigde heeft doen ontstaan. Komt de door de preadviseur voorgestane oplossing dan niet in strijd met de leer van de "verworven rechten"?

48. In het tweede deel van zijn preadvies bestudeert Veder de invloed van de insolventieprocedures op de goederenrechtelijke zekerheden. Zoals bekend, bepaalt de Insolventieverordening (IVO) dat de zakelijke rechten van een schuldeiser of derde onverlet waarvan het voorwerp zich op het tijdstip waarop de procedure wordt geopend, op het grondgebied van een andere lidstaat bevindt. Het gaat, zoals Veder terecht verdedigt⁸¹, om een bepaling van uniform materieel recht voor grensoverschrijdende gevallen. Veder bestudeert de lokalisatie van de goederen onder de IVO, het toepassingsdomein van deze bepaling en ten slotte ook de strekking ervan.

49. Hij verdedigt (zoals in zijn proefschrift) de stelling dat art. 5 en 7 IVO voorzien in een *'hard and fast'-rule*, die ertoe leidt dat een zekerheidsschuldeiser met betrekking tot een in het buitenland gelegen zaak geen enkele afkoeingsperiode, termijnstelling of andere beperking kan worden opgelegd, zelfs niet indien die beperking in alle betrokken rechtstelsels is terug te vinden.⁸² Deze opvatting sluit de *lege lata* aan bij de bedoeling van de Europese wetgever. Evenwel leidt ze tot een theoretisch bezwaar, namelijk dat een grensoverschrijdende zekerheid in een insolventieprocedure gunstiger wordt behandeld dan een nationale zekerheid, en tot een praktisch bezwaar, te weten dat het op die manier aan de curator nagenoeg onmogelijk kan worden gemaakt om de failliete boedel te vereffenen. Veder spreekt overigens zelf van een "excessieve" bescherming.⁸³

50. In het laatste deel behandelt Veder – korter – de gevolgen in internationaal perspectief van insolventieprocedures die niet onder de IVO vallen. De bijdrage zit geprangd tussen het huidige recht en Titel 10 van het Voorontwerp Insolventierecht.

51. Het onderdeel van Veder toont aan dat de Europese wetgever via de Rome I-Verordening en de Insolventieverordening meer oog heeft voor de "schuldeiserzijde",

en niet enkel nog voor de "schuldenaarszijde" (consumentenbescherming). Deze vaststelling wordt nog groter als de Richtlijn Betalingsachterstanden Handelstransacties (2000/35/EG) en de Richtlijn betreffende de financiëlezekerheidsvereenkomsten ook mee in het vizier worden genomen.

Besluit

52. Het belooft ons inziens, gelet op de onderwerpen die in de verschillende onderdelen aan de orde komen en de wijze waarop de preadviseurs zich van hun taak hebben gekwetend, op 9 oktober in Martiniplaza een mooi en interessant congres te gaan worden, waarbij de – naar Nederlandse maatstaven mogelijk lange – reis naar Groningen in het niet valt. Met deze bespreking willen wij de lezer van het WPNR alvast enigszins in de mood brengen, waarbij wij de hoop uitspreken dat het hier besprokene uitnodigt tot lezing van de preadvies zelf en bezoek aan het congres.

81. Zie preadvies, p. 306.

82. Hierop bestaat enkel uitzondering indien een secundaire procedure wordt opgestart.

83. Zie preadvies, p. 308.