



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Ten geleide

Salomons, A.F.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Salomons, A. F. (2013). Ten geleide. *Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht*, 2013(2), 58-59. <http://www.uitgeverijparis.nl/reader/8164/7398>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Ten geleide

Prof.dr. A.F. Salomons

In de onderhavige bijzonder nummer van NTHR treft u het vijftal bijdragen aan dat gepresenteerd wordt op het NTHR-symposium 2013 over ontwikkelingen in de internationale financieringspraktijk. Bij wijze van introductie zal ik in het onderstaande van elk van deze bijdragen een schetsmatige beschrijving geven.

De bijdrage van **J. Diamant** (p. 57-64) heeft betrekking op de mogelijkheid giraal geld en girale effecten tot onderpand te maken in het kader van een financieelzekerheidsovereenkomst (FZO). De Collateral-richtlijn uit 2002, waaraan wij de introductie van de FZO te danken hebben, schrijft voor dat dergelijk collateral in het bezit of onder de controle dient te komen van de zekerheidsnemer of degene die namens deze optreedt. Hoewel dit 'controlevereiste' bij de implementatie van de Collateral-richtlijn niet expliciet is overgenomen in titel 7.2 BW, leidt Diamant uit de parlementaire geschiedenis af dat het wel degelijk gelding heeft in het Nederlandse recht. Dit is van belang voor de toelaatbaarheid van de vestiging van een pandrecht op een giraal saldo ten behoeve van de bank waar de rekening wordt aangehouden; volgens de minister moet dan gekozen worden voor openbare verpanding om aan het controlevereiste te voldoen, en is bovendien vereist dat het saldo op een rekening wordt geplaatst waarover de pandhouder wel, en de pandgever niet kan beschikken (een kwaliteitsrekening). Dit zou betekenen dat geen ruimte bestaat voor verpanding van een giraal saldo in het kader van een FZO waarbij de pandgever vrijelijk kan blijven beschikken over het saldo. Diamant betoogt evenwel dat ook andere wijzen zijn te bedenken waarop de beschikkingsmacht wordt ontnomen aan de pandgever. Zij onderzoekt vervolgens, mede in het licht van Engelse jurisprudentie, welke speelruimte het bepaalde in art. 2 lid 2, tweede volzin van de Collateral-richtlijn schept: deze bepaling houdt onder meer in dat ook aan het controlevereiste voldaan kan zijn wanneer de zekerheidsverschaffer recht op restitutie van de overwaarde van de als zekerheid verschafte financiële activa heeft. Dit biedt ruimte voor een constructie waarin bij iedere betalingsopdracht van de pandgever wordt beoordeeld of het resterende tegoed voldoende dekking biedt voor al hetgeen de pandhouder te vorderen heeft van de pandgever en alleen toestemming wordt gegeven voor uitvoering van de opdracht als het resterende saldo voldoende dekking biedt. In deze situatie kan de pandgever dus niet *vrijelijk* over het saldo beschikken, maar is de beperking aan zijn beschikkings-

· Hoogleraar Privaatrecht UvA, Center for the Study of European Contract Law, raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Amsterdam, medewerker van dit blad.

macht wel zoveel mogelijk ingeperkt. Diamant onderzoekt eveneens de toelaatbaarheid van twee constructies waarin de pandgever wél onbepert kan beschikken over het girale geld: het situatie waarin de pandgever een blanco machtiging heeft verkregen en die waarin weliswaar is afgesproken dat betalingsopdrachten ten laste van het giraal saldo worden uitgevoerd voor zover het resterende saldo voldoende dekking biedt voor de vordering van de pandhouder, maar partijen hier in de praktijk niet naar handelen. De eerstgenoemde constructie verwerpt zij zonder meer, de tweede, in afwijking van een recente Engelse rechterlijke uitspraak, uiteindelijk eveneens, teneinde recht te doen aan het bepaalde in de Collateralrichtlijn.

De bezitter van een goed ontvangt in ons Burgerlijk Wetboek heel wat privileges. Zo wordt hij vermoed rechthebbende te zijn (art. 3:119 lid 1 BW), heeft hij bij goede trouw aanspraak op vergoeding van de ten behoeve van het goed gemaakte kosten bij opeising door de rechthebbende (art. 3:120 lid 2) en mag hij afgifte van dat goed opschorten totdat hij de vergoeding niet heeft ontvangen (art. 3:120 lid 3). Ook kan hij door verjaring eigenaar worden (bij goede trouw na 3 of 10 jaar, afhankelijk van de aard van het goed, en anders na 20 jaar, zie art. 3:99 en 105 jo 306). De vraag die **R.M. Wibier** (p. 65-71) opwerpt en oriënterderwijs bespreekt is of dergelijke bepalingen echt wel gelijkelijk gelden voor lichamelijke objecten, zoals roerende zaken, en onlichamelijke, zoals vorderingen op naam. Met zijn vraag of het niet beter zou zijn geweest een apart vermogensrecht voor niet-stoffelijke objecten te schrijven stelt hij de keuze voor het hantieren van een gelaagde structuur op dit punt ter discussie. Toch is het niet zijn bedoeling om de vordering op naam geheel uit het goederenrecht te verbannen; voor sommige situaties acht hij de goederenrechtelijke leerstukken uit het Burgerlijk Wetboek wel toepasselijk op vorderingen, voor andere lijkt hem een verbintenisrechtelijke weg meer geëigend. Zijn betoog spitst zich toe op een bespreking van de vraag wat wij aanmoeten met de in art. 3:99 lid 1 BW geboden mogelijkheid een vordering te verkrijgen door middel van verjaring.

In de bijdrage van **T.H.D. Struycken** (p. 72-84) staat opnieuw het pandrecht centraal, maar dan in internationaal-privaatrechtelijk perspectief. Hij bespreekt een aantal IPR-kwesties die zich in het grensoverschrijdende handelsverkeer dagelijks aandienen ten aanzien van het toepasselijke recht inzake goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Achtergrond vormt de sinds 2012 in Titel 10.10 BW te vinden verwijzingsregels, waarbij art. 10:137 BW voor zaken een geheel andere aanknopingsfactor biedt – de *lex rei sitae* – dan art. 10:135 BW doet voor vorderingen op naam: bij de laatstgenoemde categorie wordt voor de verpandbaarheid en de gevolgen van verpanding aangeknoopt bij het recht dat op de vordering van toepassing is, en voor de vereisten voor verpanding bij het recht van de tot verpanding verplichtende overeenkomst. Struycken bespreekt diverse vragen

rond de verpanding van roerende zaken die gedurende de vestiging een landsgrens passeren, van toekomstige zaken en van (bestaande en toekomstige) vorderingen. Aansluitend behandelt hij enkele IPR-kwesties rond accessorieit en overgang onder algemene titel; ik noem enkel de vraag of bij de cessie van een vordering die is gecureerd met een zekerheidsrecht waarop buitenlands recht van toepassing is, dat zekerheidsrecht mee overgaat. Geconstateerd wordt dat onduidelijkheid over de wijze waarop de wettelijke verwijzingsregels in de behandelde situaties moeten worden toegepast tot onzekerheid leidt, terwijl het goederenrecht en het bijbehorende IPR de betrokken partijen maar weinig ruimte laat om door middel van een rechtskeuze deze onzekerheid de baas te zijn. Wel betoogt Struycken dat de rechter ten aanzien van de vestiging van zekerheidsrechten zoveel mogelijk recht moet doen aan de vermoedelijke bedoelingen en verwachtingen van partijen.

De bijdrage van **P.M. Veder** (p. 85-90) ligt in het verlengde van die van Struycken: ook ditmaal staan onduidelijkheden met betrekking tot zekerheidsrechten in het grensoverschrijdende verkeer centraal, maar ditmaal zijn deze toegespitst op insolventiesituaties. Voor de lidstaten van de Europese Unie bestaat sinds de inwerkingtreding van de Insolventieverordening in mei 2002 wel duidelijkheid over de positie van de zekerheidsgeëchtigde in een grensoverschrijdende insolventie. Echter, tegenover de duidelijkheid die art. 5 IVO biedt staat dat – zo betoogt Veder – de balans tussen de belangen van zekerheidsgeëchtigden en andere schuldeisers daarin volledig is doorgeschoten in het voordeel van eerstgenoemden. Dat hier sprake is van ‘excessieve’ bescherming van zekerheidsgeëchtigden is van meet af aan onderkend, maar het werd in het belang van het beheer van de boedel geacht om vast te houden aan de nog altijd geldende formule van art 5. Veder betwijfelt overigens of de bepaling werkelijk bijdraagt aan de vergemakkelijking van het beheer van de boedel, en bespreekt enkele mogelijke herformuleringen van art. 5 IVO die in het recente verleden naar voren zijn gebracht, ook door hemzelf. Hij betreurt dan ook dat de Europese Commissie in december 2012 wel voorstellen tot aanpassing van de Insolventieverordening heeft gelanceerd, maar art. 5 hierbij ongemoeid heeft gelaten.

De slotbijdrage, over herstructurerings in de moderne financieringspraktijk, is van de hand van **R.D. Vriesendorp en R. Van den Sigtenhorst** (p. 91-98). Zij constateren dat Nederland, waar insolventie van een onderneming in de regel tot liquidatie leidt, inmiddels hopeloos achterloopt bij veel andere landen, waarin het insolventieregime op het tot stand brengen van een reorganisatie is gericht. Zij menen dan ook dat de uit 1893 daterende Faillissementswet op dit punt rijp is voor hervorming naar het voorbeeld van rechtsstelsels waarin gestreefd wordt naar effectief herstructureren met behoud van de continuïteit van de onderneming, liefst al in een stadium waarin deze nog niet insolvent is geraakt. Ter inspiratie beschrijven zij

aan de hand van een probleemanalyse de Amerikaanse gerechtelijke reorganisatieprocedure van *chapter 11* van de *US Bankruptcy Code*, dat zij aanmerken als een doorontwikkeld, veelzijdig, effectief en flexibel systeem voor herstructureringen. Wanneer Nederland zou overstappen op een dergelijk systeem, waarin het behoud van *going concern*-waarde vooropgesteld wordt en waarin de rechter voldoende armslag krijgt om de reorganisatie tot een succes te maken, dan zou ook hier een moderne, flexibele herstructureringspraktijk tot stand gebracht kunnen worden.