

Bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht

Is het mogelijk en wenselijk een Europees openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken te creëren?

M.A. Heilbron

Inleiding

Sinds een aantal decennia woedt in de verschillende lidstaten van de Europese Unie discussie over bezitloze zekerheidsrechten.¹ Soms leidt die discussie een sluimerend bestaan, dan weer keert zij terug in de actualiteit. Zeker is dat het zekerhedenrecht zich kan verheugen in (warme) belangstelling uit doctrine en rechtspraktijk. In dit artikel zal door middel van een rechtsvergelijking een antwoord worden geformuleerd op de vraag: is het mogelijk en wenselijk een Europees openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken te creëren?

Bij de vergelijking wordt steeds uitgegaan van de rechtsverhouding waarbij er een partij is die aan haar wederpartij een som geld leent. Tot zekerheid van de voldoening van haar vordering eist de kredietgever van zijn wederpartij een zekerheidsrecht op diens roerende zaken (te denken valt aan machines, inventaris). Andere zekerheidsrechten (zoals het eigendomsvoorbehoud) en andere objecten van zekerheid (zoals onroerend goed of vorderingen) vallen buiten het kader van deze bijdrage.

De belangstelling voor het zekerhedenrecht is goed te verklaren. Een zekerheidsrecht brengt een sterke positie voor een crediteur. In het Nederlandse recht heeft een pandhouder het recht van parate executie en is hij separatist in het faillissement van de debiteur. Een firma zal ter financiering zekerheidsrechten vestigen op grote gedeelten van zijn eigendom. Dit heeft als gevolg dat in een deconfiture er nauwelijks meer uitkering zal kunnen plaatsvinden aan de ongesecureerde crediteuren van de failliet. De rechtvaardiging van het toestaan van een dergelijke constructie bestaat erin dat het zekerheidsrecht het verkrijgen van financiering tegen goede voorwaarden mogelijk maakt. Vanwege het karakter van het zekerheidsrecht is het van belang dat het zo rechtvaardig mogelijk wordt ingericht, waarbij de belangen van alle partijen in aanmerking worden genomen. De regelmaat waarmee voorstellen tot verandering van het zekerhedenrecht worden gedaan, noodzaakt een heroverweging van de regeling. De vraag is met name relevant in het kader van de intensievere juridische samenwerking binnen de Euro-

1 In dit artikel zal afwisselend worden gesproken over 'bezitloos' en 'stil' pandrecht voor een recht waarbij de verpande zaken zich niet in de feitelijke macht van de pandhouder bevinden. De benaming 'bezitloos' is echter juridisch niet zuiver, omdat het suggereert dat een vuistpandhouder wél bezit (in de zin van het BW) van de verpande zaak heeft, *quod non*.

M.A. Heilbron

pese Unie. In het huidige systeem kan een partij die een zekerheidsrecht op roerende zaken heeft er niet op vertrouwen dat dit recht in de gehele Unie zal worden erkend. Zij loopt het risico dat haar recht tenietgaat indien de zaken waarop het rust een landsgrens overschrijden. Een openbaar register voor zekerheidsrechten neemt dit bezwaar weg.

Om tot een antwoord op vorenstaande vraag te komen worden de regimes ten aanzien van zekerheidsrechten op roerende zaken naar Nederlands en Duits recht en het recht van de Verenigde Staten van Amerika onder de loep genomen. In deze drie jurisdicties heeft het zekerhedenrecht voor roerende zaken een sterk verschillende inhoud en vorm, te verklaren vanuit de verschillende rechtspolitieke keuzes die in de loop van de geschiedenis gemaakt zijn. Het is goed steeds voor ogen te houden dat de essentie en de functie van het zekerheidsrecht echter overal dezelfde zijn.

Een openbaar register zou zekerheidsrechten kenbaar maken en daarmee (in theorie) recht doen aan het goederenrechtelijk publiciteitsbeginsel. Het publiciteitsbeginsel, in abstracto inhoudende dat goederenrechtelijke rechten die tegen eenieder werken kenbaar voor hen moeten zijn, is daarom in deze bijdrage steeds de lat waarlangs de vergelijking plaatsvindt en neemt een centrale plaats in.

De opzet van dit artikel is als volgt: het Nederlandse stil pandrecht op roerende zaken komt aan bod in paragraaf 1. In paragraaf 2 wordt de Duitse fiduciaire eigendomsoverdracht besproken. Paragraaf 3 behandelt bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken naar het recht van de Verenigde Staten. In paragraaf 4 zullen toekomstgerichte gedachten worden geuit over al dan niet wenselijkheid van een systeem van openbare registratie van zekerheidsrechten in de Europese Unie.

1 De registratie van stil pandrecht op roerende zaken in Nederland: de status-quo en voorstellen tot verandering uit de juridische praktijk

1.1 Inleiding

In deze paragraaf komt ten eerste de registratie van het stil pandrecht op roerende zaken naar Nederlands recht aan bod. In het huidige systeem is een stil pandrecht op roerende zaken niet kenbaar voor derden. In juridisch Nederland wordt momenteel gedebatteerd over het tot stand brengen van zulke kenbaarheid door middel van een openbaar register voor stil pandrecht op roerende zaken.² De discussie is echter allerminst nieuw.³

2 Met name zijn te noemen de opposenten Struycken enerzijds en Beekhoven van den Boezem en Goosman anderzijds.

3 Behalve Meijers en de discussie in het parlement in het kader van het Nieuwe BW zijn te noemen: W. Sniijders, *Bezitloze zekerheid op roerende zaken*, in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse juristen-vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 25 e.v.; P.A. Stein, *Bezitloos pandrecht in het ontwerp voor een Nieuw burgerlijk wetboek*, WPNR (1972) 5182, p. 313 e.v.; R.D. Vriesendorp & J.M. Barendrecht, *Zekerheid door wetenschap* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 1993.

Eerst zal worden ingegaan op functie en doel van het huidige vereiste van registratie (par. 1.2).⁴ Vervolgens wordt de kenbaarheid van het stil pandrecht onder de loep genomen (par. 1.3). Ten slotte worden verschillende argumenten uit de juridische praktijk vóór en tegen een openbaar systeem van registratie van stil pandrecht op roerende zaken besproken; afgesloten wordt met een tussenconclusie over het Nederlandse recht (par. 1.4).

1.2 Het huidige systeem van registratie van stil pandrecht op roerende zaken

De formaliteiten. Voor de vestiging van een stil pandrecht zijn op grond van artikel 3:84 lid 1 en 3:98 BW vereist: beschikkingsbevoegdheid van de pandgever, een geldige titel voor de verpanding en een vestigingshandeling. Met Reehuis e.a. en Van Mierlo en Van Velten kan worden ingestemd dat de vestigingshandeling bestaat uit twee componenten: ten eerste wilsovereenstemming die tot verpanding strekt (de goederenrechtelijke overeenkomst) en ten tweede voldoening aan een door de wet gesteld vormvoorschrift.⁵ Het formele vereiste voor vestiging van een stil pandrecht op een roerende zaak is krachtens artikel 3:237 lid 1 BW een authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Dit artikellid drukt uit dat registratie een constitutief vereiste is in het geval voor de verpanding van de roerende zaken een onderhandse akte gebezigd is. Het stil pandrecht op roerende zaken komt tot stand op de dag dat de akte ter registratie wordt aangeboden.⁶ Indien het stil pandrecht gevestigd wordt bij authentieke akte, is registratie geen constitutief vereiste. Het stil pandrecht wordt gevestigd op de dag dat de akte verleden wordt.⁷ Desalniettemin moet een authentieke akte geregistreerd worden binnen tien dagen nadat hij is opgemaakt (art. 3 Registratiewet 1970). De registratie dient in dit geval echter niet om de datum van de vestiging van het pandrecht vast te stellen; die volgt uit de akte zelf.

Wat is nu de *inhoud* van deze registratie? Het register waar artikel 3:237 BW melding van maakt, wordt gehouden door de Belastingdienst. De registratie van de akte van een stille verpanding van een roerende zaak geschiedt door opname in het register van een summier aantal gegevens uit de akte, te weten: een doorlopend volgnummer, de naam van een van de partijen bij de akte, het aantal exemplaren van de akte dat ter registratie is aangeboden, het aantal bladen van de akte en het aantal in de akte aangebrachte renvoeien (art. 12 jo. 11 Uitvoeringsbesluit Registratiewet 1970). De verzameling gegevens die worden geregistreerd, wordt van oudsher 'libellé' genoemd. Een kopie van de akte of een specificatie van roerende zaken waarop het pandrecht rust wordt dus niet opgenomen in het register.

4 Semantische verwarring over het begrip 'registratie' moet worden vermeden. Steeds zal uit het zinsverband blijken of het gaat om registratie in de zin van de Registratiewet de *lege lata*, dan wel openbare registratie.

5 A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3-VI. Zekerheidsrechten, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Asser 2010 (3-VI*)), p. 120-121; W.H.M. Reehuis e.a., Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Reehuis e.a. 2006), p. 111-112.

6 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (concl. A-G A.S. Hartkamp, punt 23) (Sparbank Rivierland).

7 Asser 2010 (3-VI*), p. 170-174.

M.A. Heilbron

Daarnaast is het register niet openbaar. De in het register opgenomen informatie is niet voor derden te raadplegen.⁸ Dat is ook niet het doel van de registratie dat door de wetgever is beoogd.

Van de drie *doelen* van de registratie van pandakten, die blijken uit de memorie van toelichting bij de Registratiewet 1970 is slechts het eerstgenoemde voor onderhavig artikel relevant.⁹ Dit houdt in dat met de registratie het bestaan of het hebben bestaan van de akte vaststaat. De registratie vormt een waarborg tegen verduistering en antedatering of andere onregelmatige wijziging van akten. De eerste doelstelling betreft de bewijskracht van de (onderhandse) akte. Op de bewijskracht van de registratie valt echter het nodige af te dingen. Hiervoor is uiteengezet dat de informatie die het libellé bevat, zeer beperkt is. Bongard stelt dat voor hetgeen vermeld is in het register, geldt dat het een authentieke akte is en staaft dit met een arrest uit 1927.¹⁰ Mijns inziens volgt dit noch uit genoemd arrest en ook overigens is moeilijk in te zien hoe het libellé voldoet aan de eisen van artikel 156 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Hoe dit ook zij, hetgeen vermeld is in de registratie zegt nog niets over de geldigheid van de onderliggende (stille) verpandingsakte tussen partijen. Dit, in combinatie met de minimale informatie die in het register is opgenomen, zorgt ervoor dat het libellé doorgaans een zeer beperkte bewijsrechtelijke waarde heeft.¹¹ Daar komt nog bij dat in het register, dat elektronisch is, slechts gezocht kan worden op de naam van de aanbieder, de datum van de aanbieding of het inboeknummer.¹² Het doel van de regeling van de registratie is helder: objectief vastzetten van de datum van totstandkoming van de verpanding.

Al met al biedt registratie waarschijnlijk slechts een (lage) drempel tegen fraude ten aanzien van vermogensobjecten, hetzij door antedatering van de akte, hetzij door het opmaken van schijnakten.¹³ Nu is vastgesteld dat de huidige registratie, in de zin van de Registratiewet, geen kenbaarheid van het stil pandrecht op roerende zaken tot gevolg heeft, wordt het tijd om na te gaan hoe het (dogmatisch) gesteld is met de publiciteit van het stil pandrecht. Wordt publiciteit op een andere manier bereikt? Zo nee, moet hier iets aan veranderen? Deze vragen komen hierna aan bod.

8 Waarbij opgemerkt dient te worden dat een zeer beperkte uitzondering bestaat voor de curator in faillissement van een van de partijen bij de verpanding, vgl. T.H.D. Struycken, Zekerheidsrechten en registratie, in: Zekerhedenrecht in ontwikkeling (preadvies voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 9 oktober 2009 te Groningen, Den Haag: Sdu 2009, p. 115-186, p. 130.

9 Kamerstukken II 1969/70, 10 559, nr. 3, p. 4. De tweede en derde doelstelling betreffen het overheidstoezicht en fiscale regelingen.

10 M.P. Bongard, *De Registratiewet 1970. De formaliteit van de registratie*, Deventer: Kluwer 2000, p. 15; HR 9 december 1927, NJ 1928, 331.

11 Bongard 2000, p. 15.

12 Struycken 2009, p. 115-186, p. 131.

13 Deze gedachte is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van titel 3.9 van het BW, MvA II Inv. bij art. 3:237, Parl. Gesch. Boek 3, p. 1330 en VV II (2846) bij vraagpunt 3, Parl. Gesch. Boek 3, p. 686.

1.3 *De publiciteit van het stil pandrecht op roerende zaken*

Zojuist is vastgesteld dat er onder de huidige regeling van bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken geen sprake is van enige kenbaarheid. Is dit in overeenstemming te brengen met een van de principes van het goederenrecht: de publiciteit? Daartoe volgt nu eerst een uiteenzetting van de reikwijdte van het begrip publiciteit van goederenrechtelijke rechten.

Snijders en Rank-Berenschot poneren publiciteit als een van de eisen aan goederenrechtelijke rechten. Zij stellen:

‘De uiteindelijke eis voor stil pandrecht – een authentieke akte of onderhandse (niet in openbare registers maar ter belastinginspectie) geregistreerde akte – wordt hier ook als een (zij het zwakke) vorm van publiciteit beschouwd (...).’¹⁴

Bij deze zienswijze kunnen vraagtekens worden geplaatst. Zoals hiervoor geconstateerd brengt de huidige eis van registratie slechts mee dat de datum van het tot stand komen van het stil pandrecht vast komt te staan en heeft deze niets uit te staan met publiciteit.

In het goederenrecht is er altijd een derde waarmee (in mindere of meerdere mate) rekening moet worden gehouden.¹⁵ Als motivering hiervoor wordt in de eerste plaats gegeven dat het inherent is aan goederenrechtelijke rechten dat deze tegen eenieder werken. Derden zouden daarom in abstracto op de hoogte moeten kunnen geraken van het bestaan van een goederenrechtelijk recht.

Een tweede benadering van de eis van kenbaarheid van een zakelijk recht is het feit dat een stille verpanding met zich meebrengt dat er een ‘schijn van kredietwaardigheid’ bij een debiteur ontstaat. Een debiteur is in theorie in staat tot dubbele verpanding of overdracht van zijn verpande roerende zaken. De hoofdregel is dat een derde een pandrecht dat voor hem niet vooraf kenbaar was, tegen zich moet laten gelden (ware het niet dat er voor dit geval correctiemechanismen zijn, zie hierna).

Met Hamwijk moet worden ingestemd dat deze twee benaderingen van de publiciteitseis scherp dienen te worden onderscheiden voor een goed begrip van het fenomeen.¹⁶ Zij analyseert dat de eerste benadering op zichzelf genomen niet voldoende rechtvaardiging voor de publiciteitseis is. Bezit van een zaak bij een debiteur zegt immers niets over zijn verhouding tot dat goed, er is geen kwalitatieve informatie uit af te leiden.¹⁷ De tweede benadering, namelijk de mogelijkheid dat een pandgever die zijn zaken stil verpand heeft zich kan presenteren als ware hij onbezwaard eigenaar, is dat wél. Bij de vraag of er voldoende rechtvaardiging bestaat voor het kenbaar maken van een pandrecht aan derden, moet dus goed voor ogen worden gehouden dat de behoefte aan publiciteit beperkt moet worden

14 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 62.

15 F.M.J. Verstijlen, *Vergissingen in het goederenrecht (oratie Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7.

16 D.J.Y. Hamwijk, *Kenbaarmaking en feitelijke macht. Over het statische aspect van het publiciteitsbeginsel*, WPNR (2011) 6870 (hierna Hamwijk 2011a), p. 135.

17 Hamwijk 2011a, p. 136.

M.A. Heilbron

tot de groep derden die potentieel door de pandgever zouden kunnen worden misleid.

Het vorenstaande weerspiegelt de heersende mening omtrent het publiciteitsbeginsel. Salomons redeneert langs deze lijn, overwegende dat het publiciteitsbeginsel met zich brengt dat een stil pandrecht gevestigd door een beschikkingsonbevoegde niet in de derde hand werkt in geval van goede trouw van een eerder rechthebbende.¹⁸ Verstijlen stelt de vraag:

‘Is het erg dat op voor derden onnavolgbare wijze goederenrechtelijke rechten in het leven worden geroepen?’¹⁹

Hij beantwoordt haar ontkennend, maar verbindt daaraan de voorwaarde dat er een systeem van derdenbescherming bestaat.

Vanuit dit tweede perspectief op publiciteit kunnen de huidige regels van derdenbescherming als volgt worden verklaard. Een derde die geen weet heeft en kan hebben van een recht dat invloed heeft op zijn rechtspositie, dient hiervoor in mindere of meerdere mate beschermd te worden. Onder het huidige recht bestaan voor het gevaar dat een derde de dupe wordt van een onbevoegde pandgever correctiemechanismen in artikel 3:86 en 3:238 lid 2 BW. De verkrijger van een met stil pandrecht bezwaarde zaak verkrijgt het goed onbezwaard krachtens artikel 3:86 lid 2 BW indien hij de feitelijke macht over de zaak verkregen heeft. Wat betreft de tweede pandhouder van een roerende zaak, geldt: er treedt geen rangwisseling op, tenzij de tweede pandhouder het pandrecht tot een vuistpand weet te maken (art. 3:238 lid 1 en lid 2 BW).

Kort gezegd komt de derdenbescherming bij goederenrechtelijke handelingen ten aanzien van roerende zaken op het volgende neer: wie feitelijke macht heeft en te goeder trouw is, wordt beschermd; wie dit niet heeft, kan er rekening mee houden dat hij zijn recht verliest aan degene die de feitelijke macht heeft.²⁰ Zo bezien is de publiciteit van het stil pandrecht op roerende zaken niet eens zo ver te zoeken als men zou denken. Feit blijft echter dat de kenbaarheid beperkt is tot die partijen die op een uiterlijk kenbare situatie zijn afgegaan en mochten afgaan. Er bestaat in abstracto geen wens of noodzaak de publiciteitseis voor een pandrecht op een roerende zaak uit te breiden tot ‘alle’ derden.

Meer concreet wordt de notie van kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten door na te gaan hoe de kenbaarheid zou wijzigen door de introductie van een openbaar register voor de verscheidene bij een verpanding betrokken groepen.²¹

18 A.F. Salomons, Op de bres voor het fiduciaverbod. Ofwel: Meijers als kampioen der concurrent-crediteuren, NJB 1994, 37, p. 1262.

19 Verstijlen 2004, p. 13.

20 A.F. Salomons, Boekbespreking (bespreking van: F.M.J. Verstijlen, Vergissingen in het goederenrecht (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004), WPNR (2007) 6714, noot 22. Zie ook: L.P.W. van Vliet, Constitutum possessorium door een houder en bezitter: Nationaal Grondbezit/Kamphuis, NTBR 2002, p. 61-65. Van Vliet veronderstelt dat het wezenlijke element voor de verkrijging van derdenbescherming in het Nieuwe BW niet gelegen is in de zichtbare machtsverschuiwing, maar in het feit dat de derde reële macht heeft gekregen.

21 Zie: Parl. Gesch. Boek 3, V.V. II., p. 723.

Dit zijn: de kredietbehoevende, de kredietgever die zekerheid wenst, de overige, niet door zekerheid beschermde schuldeisers, en de derde-verkrijger van tot zekerheid verbonden goederen.

Voor de *kredietbehoevende* geldt, het is reeds gezegd, dat wordt aangevoerd dat er een valse schijn van kredietwaardigheid bestaat onder het huidige systeem. Immers, volgens de leer van artikel 3:109 en 3:119 BW wordt een bezitter vermoed rechthebbende te zijn.²² Nu is de pandgever krachtens de 'nemo plus-regel' beperkt beschikkingsbevoegd; hij kan de roerende zaak slechts overdragen onder de last van het daarop rustende pandrecht.²³ Door de regering werd echter gevreesd dat openbaarheid van zijn verpandingen zou leiden tot vrees voor het opnemen van krediet, hetgeen slecht zou zijn voor het handelsverkeer.²⁴ Struycken toont aan dat de behoefte aan geheimhouding van de positie van de zekerheidsgever te nuanceren valt.²⁵

De *kredietgever* zou in het geval van een openbaar register kunnen nagaan of er geen anterieure bezitloze zekerheidsrechten op de roerende zaken van de kredietnemer rusten, zodat hij in staat is een meer objectieve inschatting te maken van zijn positie. Hierbij is wel van belang op te merken dat de pandgever krachtens artikel 3:237 lid 2 BW verplicht is in de akte te verklaren dat hij tot het verpanden van het goed bevoegd is en of er reeds pandrecht op het goed rust. De pandhouder blijft onder het huidige systeem echter afhankelijk van de eerlijkheid en mededeelzaamheid van zijn pandgever.

De groep van *overige schuldeisers*, die hun vordering niet door zakelijke zekerheid gesterkt zien, werd geacht het meest met de openbaarmaking gebaat te zijn.²⁶ Dit belang kan echter sterk gereduceerd worden. Ten eerste wordt van hen niet verwacht dat ze zich vergewissen van de positie van hun debiteur alvorens met hem zaken te doen. Daarnaast worden zij niet wijzer van informatie uit het register; zij zijn immers ongesecureerd en nemen daarmee rang na de gecureerde crediteuren. Kennis van hun positie verandert niks aan die feitelijke positie. Tenslotte zijn overige schuldeisers waarschijnlijk meer geïnteresseerd in de algehele financiële positie van een debiteur; daarvan maakt de zekerhedenpositie slechts een onderdeel uit.²⁷

Van de *derde-verkrijger* van de stil verpande zaak wordt waarschijnlijk in de regel niet verwacht dat deze vóór overdracht de registers raadpleegt. Indien overdracht plaatsvindt in het kader van de uitoefening van beroep of bedrijf, is een beroep op

22 In principe is de rechthebbende beschikkingsbevoegd: Reehuis e.a. 2006, p. 118.

23 Dit is behoudens het geval, hetgeen in de praktijk de hoofdregel zal zijn, dat tussen pandgever en pandhouder een afspraak bestaat die de pandgever toestaat de zaken te vervreemden in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening.

24 Parl. Gesch. Boek 3, V.V. II, p. 724.

25 T.H.D. Struycken, De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de floating charge en Article 9 Uniform Commercial Code: over bepaaldheid en publiciteit, AA 1998, p. 79-80. Struycken noemt met name de registratie van instellingen bij het BKR en de verplichting een jaarrekening te publiceren.

26 Parl. Gesch. Boek 3, V.V. II, p. 724.

27 D.J.Y. Hamwijk, Een openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken: in ieder geval niet van belang voor de concurrente (handels)crediteur, TvI 2011-2 (hierna Hamwijk 2011b), p. 6-13.

M.A. Heilbron

derdenbescherming om onbezwaard eigenaar te worden niet nodig, omdat bij een verpanding van bedrijfsgoederen tussen pandgever en pandhouder zal worden afgesproken dat de zaken onbezwaard mogen worden overgedragen in het kader van de normale bedrijfsuitoefening.

1.4 Argumenten voor en tegen een openbaar register voor stil pandrecht op roerende zaken

Kenbaarheid voor derden wordt mogelijk gemaakt door invoering van een openbaar register voor zekerheidsrechten op roerende zaken. De discussie over de wenselijkheid en mogelijkheid van een openbaar register dateert reeds van de parlementaire voorbereiding van het Nieuwe BW in de jaren vijftig van de vorige eeuw. Meijers heeft als raadsadviseur van de regering met verve gepleit voor een wettelijke regeling van het registerpandrecht. Voor Meijers was publiciteit een van de leidende beginselen van het zakelijke zekerhedenrecht.²⁸ Recentelijk is de discussie opnieuw opgelaaid (in academische kringen) in het kader van unificatiepogingen, met name de eenmaking van het Europees privaatrecht. Zulks werd reeds voorspeld door Snijders in de jaren zeventig van de vorige eeuw.²⁹ In Nederland vindt de discussie eveneens gedeeltelijk buiten de poorten van de universiteit plaats, met als twee meest belangrijke opposanten Struycken enerzijds en Beekhoven van den Boezem en Goosman anderzijds.

De argumenten die door Struycken worden aangevoerd voor openbare registratie van zekerheidsrechten zijn de volgende. Ten eerste draagt een openbaar register voor stil pandrecht eraan bij dat een zekerheidsnemer niet meer afhankelijk is van de willekeur en betrouwbaarheid van de pandgever bij het doen van onderzoek naar zijn kredietpositie.³⁰ Een systeem van registratie zou eenvoudig moeten zijn te raadplegen, zodat een zekerheidsnemer zonder veel omhaal te weten komt of hij rekening moet houden met een anterieure zekerheidsnemer. Daarnaast zijn derden, overige schuldeisers van de kredietnemer, gebaat bij een systeem van registratie omdat zij zich op die manier zonder te veel omhaal op de hoogte kunnen stellen van zekerheidsrechten die hun eigen verhaalspositie kunnen beperken.³¹ Een derde argument voor openbaarmaking van gevestigde zekerheidsrechten is dat het voor nieuwe kredietgevers die proberen een positie te verwerven op de Nederlandse markt eenvoudiger is om inzicht te krijgen in hun potentiële klanten.³² Dit klemmt temeer in een financieel systeem dat toenemend blootstaat aan internationale invloeden. Daarnaast betoogt Struycken dat het huidige Nederlandse zekerhedenrecht wat betreft de (afwezigheid) van kenbaarheid niet aansluit op de internationale kredietwereld.³³ Het meest overtuigende

28 E.M. Meijers, *Eigendomsoverdracht tot zekerheid*, in: Feenstra e.a., *Bibliographie der geschriften van Prof. E.M. Meijers*, Leiden: Universitaire pers 1957, p. 280, 289: 'wanneer een zaak zich onder den schuldenaar bevindt, mag zij ten nadeele van schuldeischers slechts aan een derde geleverd worden op een uiterlijk kenbare wijze'.

29 Snijders 1970, p. 34.

30 Struycken 2009, p. 178.

31 Struycken 2009, p. 179.

32 Struycken 1998, p. 81.

33 Struycken 1998, p. 82.

argument, gezien vanuit de financiële praktijk, mag zijn dat het gebrek aan publiciteit en de moeite die het kredietgevers kost om informatie te achterhalen verrekenend worden in de prijs van het krediet. De prijs van krediet zou lager kunnen zijn en men zou hogere bedragen kunnen lenen.³⁴

Dit laatste argument vóór wordt ook door de tegenstanders van een openbare registratie van zekerheidsrechten op roerende zaken gehanteerd: kredietinstellingen verdisconteren de eventuele schade die zij zouden kunnen lijden als gevolg van het gebrek aan kenbaarheid in de prijs van het krediet dat zij verstrekken.³⁵ Daaruit leiden Beekhoven van den Boezem en Goosman het argument af dat een register niet geraadpleegd zou worden als het zou bestaan.³⁶ Ook wordt betoogd dat de kans dat een onderneming haar roerende zaken twee keer stil verpand niet groot is en een register daarom niet zinvol is. Daarnaast stellen Beekhoven van den Boezem en Goosman dat er in het kader van de vestiging van een pandrecht op een roerende zaak onderzoek naar de kredietnemer plaatsvindt, maar het register zou geen extra informatie opleveren in vergelijking met een onderzoek via de jaarcijfers en de accountant.³⁷ Informatie over de kredietwaardigheid van de wederpartij van een kredietgever is reeds beschikbaar, maar vanuit kostenbatenperspectief niet altijd de moeite van het raadplegen waard.

• *Tussenconclusie*

De discussie over de voors en tegens van een openbaar register voor pandrecht op roerende zaken in Nederland lijkt door de bancaire wereld, met als protagonisten Beekhoven van den Boezem en Goosman, vooral gevoerd te worden vanuit angst voor verandering. Een gehoorde redenering in de argumentatie tegen de noodzaak van het openbaar register voor zekerheidsrechten op roerende zaken is dat de regeling in het leven zou worden geroepen in het belang van kredietgevers. En laten zij nu net de grootste tegenstanders van registratie zijn.³⁸

De weerstand door kredietinstellingen tegen verandering en daarmee gepaard gaande kosten is begrijpelijk, maar overtuigt hij ook? Onderhands bestaat al openheid met betrekking tot financiële gegevens van ondernemingen vanwege publiciteit verzorgd door hierin gespecialiseerde bedrijven. Men kan zich afvragen of 'verplichte openbaarheid' niet juist leidt tot vereenvoudiging en daarmee tot verlaging van de kosten van krediet.

De aversie uit de financiële wereld tegen openbare registratie doet denken aan de situatie na invoering van het fiduciaverbod in Nederland. Ook daartegen bestond

34 Struycken 1998, p. 83. In dezelfde zin: Stein 1972, p. 325 en Vriesendorp & Barendrecht 1993, p. 55.

35 F.E.J. Beekhoven van den Boezem & C.E. Goosman, *Centraal pandregister voor roerende zaken*, WPNR (2010) 6860, p. 752 (hierna: Beekhoven van den Boezem & Goosman 2010a); F.E.J. Beekhoven van den Boezem & C.E. Goosman, *Centraal pandregister voor roerende zaken schiet zijn doel voorbij*, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid. Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Beekhoven van den Boezem 2010b), p. 49, 52.

36 Beekhoven van den Boezem & Goosman 2010b, p. 52.

37 Beekhoven van den Boezem & Goosman 2010b, p. 54.

38 Stein 1972, p. 325; Snijders 1970, p. 34; Beekhoven van den Boezem 2010b, p. 55.

M.A. Heilbron

vanuit de bancaire praktijk veel weerstand.³⁹ Inmiddels lijkt de praktijk zich echter goed te redden met het vereiste van stille verpanding door middel van akte en registratie. Mijns inziens bestaat er een goede mogelijkheid dat dit evenzo geldt voor het openbare register. Opvallend is overigens dat het huidige systeem van akte en registratie vanuit de notariële kring forse kritiek ontmoet.⁴⁰

Uit de constatering in paragraaf 1.3 is af te leiden dat 'kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten' niet het meest overtuigende argument is om over te gaan tot openbare registratie van zekerheidsrechten op roerende zaken. Het huidige wettelijke systeem van bescherming van degene die feitelijke macht verwerft over een goed, zoals voor roerende zaken neergelegd in artikel 3:86 en 3:238 BW, vormt een evenwichtig stelsel.⁴¹ Invoering van een register zou een herbezinning op dit evenwicht vragen. Indien het bestaan van een stil pandrecht kenbaar is uit een openbaar register, zou de tegenwerpelijke van het goederenrechtelijk recht aan derden in bepaalde gevallen vergroot worden. Er zullen rechtspolitieke keuzes gemaakt moeten worden over de vraag wanneer men geacht wordt de informatie uit het register te kennen.

Maar a priori het openbaar register voor bezitloze zekerheid op roerende zaken afwijzen, doet mijns inziens geen recht aan de voordelen die het zou hebben. Die liggen met name in het feit dat een kredietgever voor het bepalen van de kredietpositie van zijn toekomstige debiteur niet geheel afhankelijk is van de betrouwbaarheid van de debiteur en dat objectief de rangorde van crediteuren kan worden vastgesteld in een deconfiture. Daarnaast biedt de transparantie die het register schept goede mogelijkheden voor een Europees zekerheidsrecht, hetgeen uitgebreid aan de orde zal zijn in paragraaf 4.

2 Fiduciare zekerheidsoverdracht van roerende zaken naar Duits recht: frictie tussen flexibiliteit en publiciteit

2.1 Inleiding

De fiduciaire eigendomsoverdracht, de *Sicherungsübereignung*, is het meeste eminente bezitloze zekerheidsrecht op roerende zaken in het Duitse recht. Dit zekerheidsrecht heeft geen basis in de wet gekregen, maar is in doctrine en jurisprudentie tot ontwikkeling gebracht. Daardoor worden de reikwijdte en inhoud van de figuur tot op de dag van vandaag gedefinieerd, wat het tot een interessant object van studie maakt. Zoals nog zal blijken, betekent het feit dat de figuur niet in de wet verankerd ligt, niet dat deelnemers aan het rechtsverkeer zich bij toepassing ervan niet aan bepaalde normen dienen te houden om ongewenste en onrechtvaardige situaties te voorkomen.

Eerst volgt een beschrijving van de ontwikkeling en inhoud van de *Sicherungsübereignung* en een rechtsvergelijking met het Nederlandse stil pandrecht (par. 2.2). Daarna wordt de dogmatiek omtrent de publiciteit van de figuur

39 Salomons 1994, p. 1262.

40 H. Schuttevaer & M.P. Bongard, Kort begrip van rechtsverkeersbelastingen en registratie, Gouda: Quint 1993, p. 199 e.v.; Bongard 2000, p. 12 e.v.

41 Salomons 1994, p. 1266.

behandeld (par. 2.3) en afgesloten wordt met toekomstgerichte gedachten over de *Sicherungsübereignung* (par. 2.4).

Om de geesten rijp te maken voor het Duitse recht echter eerst het volgende citaat:

‘The BGB is not addressed to the citizen at all, but rather to the professional lawyer; it deliberately eschews easy comprehensibility and waives all claims to educate its reader; instead (...) it adopts throughout an abstract conceptual language which the layman, and often the foreign lawyer as well, finds largely incomprehensible.’⁴²

2.2 *Het Duitse bezitloze zekerheidsrecht: de eigendomsoverdracht tot zekerheid*

• *Uitsluiting van de mogelijkheid tot stille verpanding*

De figuur van de *Sicherungsübereignung* is ontwikkeld in reactie op het vuistpand in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). De regeling van het pandrecht in het BGB heeft een zeer traditioneel karakter. Zoals in het Nederlandse Oud BW,⁴³ bestaat het stil pandrecht in het Duitse recht niet. Krachtens § 1205 BGB⁴⁴ gelden voor de *Bestellung des Pfandrechts* (vestiging van een pandrecht op een roerende zaak) twee dwingende vereisten. Het eerste vereiste betreft de bezitsoverdracht van de roerende zaak die tot zekerheid strekt. Het tweede dat tussen pandgever en pandhouder overeenstemming bestaat dat de pandhouder recht heeft op het pandrecht. Deze overeenstemming wordt wel het *dinglicher Vertrag* (de goederenrechtelijke overeenkomst) genoemd. Binnen het Duitse wettelijke systeem bestaat geen pandrecht waarbij de roerende zaak in de macht van de pandgever blijft. Toelaten van een stil pandrecht zou tegen het publiciteitsbeginsel indruisen.⁴⁵ Daarnaast bepaalt § 1253 BGB dat het pandrecht vervalt zodra de roerende zaak in de macht van de pandgever komt en dat ieder beding tussen pandgever en pandhouder met de inhoud om de verpande zaak weer in de macht van de pandgever te brengen *unwirksam* (nietig) is. Op deze manier heeft de wetgever de vestiging van bezitloos pandrecht op roerende zaken volledig uitgesloten. Met de bezitsverschaffing aan de schuldeiser van de verpande zaak gaat de mogelijkheid om deze in het kader van de onderneming te gebruiken en/of te verhandelen voor de kredietnemer verloren.

De wetgever heeft aldus de behoefte aan een bezitloos pandrecht op roerende zaken van de praktijk miskend, waardoor de praktijk geen andere mogelijkheid

42 K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998 (vertaald uit het Duits door T. Weir), p. 144.

43 Art. 1198 lid 2 Oud BW luidt: ‘Het [pandrecht; MH] is niet bestaanbaar op zaken, die in de magt van den schuldenaar of den pandgever worden gelaten of met den wil van den schuldeiser terugkeren.’

44 § 1205 lid 1 BGB: ‘Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, dass dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll.’

45 J. Schapp & W. Schur, *Sachenrecht*, München: Vahlen 2010, p. 250: ‘Ein Pfandrecht kann jedoch nicht entsprechend § 930 durch Vereinbarung eines Besitzkonstituts begründet werden. Der in diesem Fall dem Verpfänder verbleibende unmittelbare Besitz würde dem Offenlegungsgrundsatz widersprechen.’

restte dan de wettelijke regeling te ontwijken.⁴⁶ Reeds ten tijde van de totstandkoming van het BGB waren er kritiek en waarschuwingen dat de praktijk een manier zou vinden om het vuistpandrecht te ontduiken. Desondanks heeft de wetgever het vuistpandrecht als enig zekerheidsrecht op roerende zaken geregeld. De praktijk heeft zijn toevlucht gezocht in de Sicherungsübereignung.

- *Het ontstaan van de Sicherungsübereignung*

In 1890 wees het Reichsgericht een uitspraak die grondlegend is voor de moderne Duitse financieringspraktijk.⁴⁷ Dit was de eerste keer dat de fiduciaire eigendomsoverdracht met levering *constitutum possessorium* door het Reichsgericht uitdrukkelijk erkend is als een manier om geldig een bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken te vestigen.

In het commentaar van Planck op het BGB uit 1902 werd de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid vervolgens aangemerkt als een geldige wijze van de vestiging van een bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken en dit is nadien niet meer serieus bestreden.⁴⁸

De Sicherungsübereignung is dus dé manier voor kredietinstellingen om hun klanten een lening te verstrekken en daarvoor in de plaats zekerheid in geval van wanprestatie en een separatistenpositie in een eventueel faillissement van de debiteur te verkrijgen. De overdracht tot zekerheid is niet wettelijk geregeld, maar is tegenwoordig zonder twijfel toelaatbaar. Ook door de wetgever is zij inmiddels erkend. Zij wordt met zoveel woorden genoemd in de Insolvenzordnung (§ 108, 166 en 167 InsO).

Het Duitse Burgerlijk Wetboek wordt gekenmerkt door een rationele systematisering. Is de overdracht tot zekerheid in dit verband een buitenbeentje? Dat is volgens de doctrine niet het geval, aldus Staudingers commentaar op het Bürgerliches Gesetzbuch:

‘Die Übereignung zu Sicherungszwecken als solche ist weder ein Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung, noch bedurfte sie gewohnheitsrechtlicher Anerkennung; sie stellt vielmehr eine im BGB vorgesehene und mit der Systematik des Gesetzes zu vereinbarende Form der Übereignung dar.’⁴⁹

- *Schets van de Sicherungsübereignung*

Nu de wet fiduciaire eigendomsoverdracht als zodanig niet regelt, dient men voor de formaliteiten te rade te gaan bij de algemene bepalingen van het BGB betref-

46 F. Baur/J. Baur & R. Stürner, *Sachenrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2009 (hierna: Baur & Stürner 2009), p. 776.

47 RGZ 26, 180 (2 juni 1890).

48 W. Wiegand, J. Von Staudinger's *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 3., *Sachenrecht. Kommentierung der §§ 929-950*, Berlijn: Sellier – de Gruyter 1996 (hierna: Staudinger/Wiegand 1996), p. 254; W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*. Deel 1 *Inleiding en zakenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 531.

49 Staudinger/Wiegand 1996, p. 254.

fende de eigendomsoverdracht.⁵⁰ In § 929 lid 1 1e zin BGB vindt men de hoofdregel voor eigendomsoverdracht van roerende zaken.⁵¹

Voor de vestiging van een bezitloos zekerheidsrecht is van wezenlijk belang dat de schuldenaar bezit van de zaak behoudt bij eigendomsoverdracht. Daar is in voorzien in § 930 BGB.⁵² De vereisten voor een overdracht tot zekerheid van een roerende zaak waarbij de zaak in de macht van de vervreemder blijft, zijn aldus tweeledig: eerstens een levering, die krachtens § 930 door middel van een Besitzkonstitut, *constitutum possessorium*, kan geschieden. Ten tweede, dat overeenstemming tussen beide partijen bestaat dat ze de zaak willen overdragen. De woorden 'dass (...) beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll' uit § 929 verwoorden het *dinglicher Vertrag*, de goederenrechtelijke overeenkomst.

De causa van een fiduciaire eigendomsoverdracht is het Sicherungsvertrag, de overeenkomst tussen kredietnemer en -gever.⁵³ In § 929 e.v. BGB wordt evenwel een geldige titel als grondslag van de overdracht niet genoemd als constitutief vereiste voor een eigendomsoverdracht. Dit is een uitwerking van het in het Duitse recht prevalerende *Abstraktionsprinzip*. In Duitsland geldt een abstract stelsel; men abstraheert de eigendomsoverdracht van de daaraan ten grondslag liggende titel.

Naast de vereiste eigendomsoverdracht van de zaak die tot zekerheid dient en het Sicherungsvertrag is vereist dat er een vordering (in veel gevallen een lening aan de debiteur/zekerheidsgever) is die gecureerd dient te worden. Er bestaat geen accessoriteit tussen vordering en zekerheidseigendom. Deze scheiding tussen obligatoire en goederenrechtelijke rechtshandeling noemt men het *Trennungsprinzip*. Draagt de crediteur-zekerheidsnemer de vordering op de zekerheidsgever over, dan gaat de eigendom van de roerende zaken niet mee over op de cessionaris. Gaat de vordering teniet, omdat zij door de schuldenaar voldaan wordt, dan valt de eigendom niet automatisch terug aan de vervreemder. Wel wordt de figuur verbintenisrechtelijk, door middel van het Sicherungsvertrag, zo ingericht dat wederzijde verplichtingen van zekerheidsgever en -nemer vastliggen en rechtens afdwingbaar zijn.

Het Abstraktionsprinzip en het Trennungsprinzip zijn elementaire kenmerken van de zekerheidsoverdracht. De Duitse wetgever heeft het aan rechtspraak en doctrine overgelaten om de overdracht tot zekerheid te ontwikkelen en inhoud te geven. Met het vorenstaande volsta ik op deze plaats. Een uitgebreide en gedetailleerde beschrijving van de figuur is te vinden in Bülow en Baur en Stürner.⁵⁴

50 H. Westermann/H.P. Westermann, K. Gursky & D. Eickmann, *Westermann's Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 1998, p. 343.

51 § 929 lid 1 BGB: 'Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.'

52 § 930 BGB: 'Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.'

53 P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten. Sachen und Rechte, Personen*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2007, p. 392.

54 Bülow 2007, p. 363 e.v.; Baur & Stürner 2009, p. 784-808.

M.A. Heilbron

• *Vergelijking met het Nederlandse stil pandrecht op roerende zaken*

Een vergelijking van de figuur van de Sicherungübereignung met het Nederlandse bezitloze zekerheidsrecht op roerende zaken, het stil pandrecht, laat het volgende beeld zien.

Formeel gezien springen de verschillen met het Nederlandse stil pandrecht direct in het oog: met name kunnen worden genoemd het hiervoor genoemde Abstraktionsprinzip en Trennungsprinzip. De fiduciaire eigendomsoverdracht vertoont *de jure* misschien grote verschillen, maar door de verbintenisrechtelijke regeling tussen partijen in het Duitse recht *de facto* grote overeenkomst met het stil pandrecht. *De jure*-verschillen, omdat de zekerheidsnemer goederenrechtelijk het volle eigendomsrecht heeft verkregen over de zaak die tot zekerheid is overgedragen. Hij kan naar believen beschikken over de zaak en haar overdragen of bezwaren, ook al is dit hem niet toegestaan op grond van de zekerheidsovereenkomst. De zekerheidsgever staat in zo'n geval slechts een verbintenisrechtelijke actie tegen de zekerheidsnemer ten dienste. Bülow stelt dat dit risico de prijs is voor de vermeden publiciteit van de zekerheidsoverdracht. Dogmatisch is het een ongewenste situatie om een crediteur eigenaar van de zaak te maken, en hem daarmee meer recht te geven dan strikt noodzakelijk.

Als gezegd, zijn er *de facto* vele overeenkomsten tussen het Nederlandse stil pandrecht en de Sicherungübereignung, omdat de fiduciaire eigendomsoverdracht materieelrechtelijk behandeld wordt als een pandrecht.⁵⁵ Dit wordt gefundeerd door middel van een conversie van de zekerheidsoverdracht in een pandrecht in een insolventiesituatie (*Umwandlung*).⁵⁶ Dit betekent dat de zekerheidsnemer niet de roerende zaak uit de boedel kan nemen als ware hij eigenaar, maar veeleer dat de zaak openbaar wordt uitgewonnen en de zekerheidsnemer met voorrang uit de opbrengst wordt voldaan.⁵⁷ De bevoegdheid tot uitwinnen komt krachtens § 166 InsO alleen de curator toe, hetgeen de boedel en schuldeisers als collectief ten goede komt, zo is de gedachte.

2.3 *De publiciteit van de zekerheidsoverdracht naar Duits lege lata*

Nu het zekerheidsrecht gevestigd wordt zonder vorm van registratie én het bezit van de zaken krachtens § 930 BGB bij de zekerheidsgever blijft, is van enige kenbaarheid van de fiducia voor derden geen sprake.⁵⁸ De volledige afwezigheid van publiciteit was lange tijd de reden dat dit zekerheidsrecht zeer omstreden was.

Net als in het geval van de Nederlandse jurist, is het voor de Duitse jurist vanaf zijn eerste college vanzelfsprekend dat aan het goederenrecht verschillende principes ten grondslag liggen. Het publiciteitsprincipe is er daar één van.⁵⁹ Het loopt

55 K.-H. Schwab/H. Prütting (bew.), *Sachenrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006, p. 164. Het is niet onomstreden of een fiduciaire zekerheidsnemer bij niet voldoening van de vordering door de zekerheidsgever zich als vol eigenaar mag gedragen, of de wettelijke voorschriften van het vuistpandrecht in acht dient te nemen. In de doctrine prevaleert laatstgenoemde zienswijze.

56 Baur & Stürmer 2009, p. 802.

57 BGH 27 maart 2008, NJW 2008, 1803.

58 Bülow 2007, p. 453; T. Quantz, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen* (Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 329), Berlin: Duncker & Humblot 2005, p. 95.

59 Baur & Stürmer 2009, p. 35 e.v.

als een rode draad door het Duitse goederenrecht. De *communis opinio* in de doctrine is in abstracto dat goederenrechtelijke rechten, die ieder moet respecteren, ook voor derden kenbaar moeten zijn, aldus Prütting:

‘Dagegen sollen dingliche Rechte, die jedermann respektieren muß, auch für dritte Personen erkennbar sein.’⁶⁰

In het geval van roerende zaken is feitelijke macht over de zaak het aanknopingspunt voor publiciteit,⁶¹ hetgeen zich met name manifesteert in de regeling van het vuistpand als wettelijk zekerheidsrecht op roerende zaken. We hebben hiervoor gezien dat het publiciteitsprincipe dogmatisch nog altijd het fundament van het vuistpand is.⁶²

Evenwel is het publiciteitsprincipe op belangrijke punten door de wetgever doorbroken. De fiduciaire eigendomsoverdracht is bij uitstek een rechtshandeling, toegestaan door de wetgever, waar geen enkele publiciteit aan kleeft. De zekerheids-overdracht kwam tot ontwikkeling om te ontkomen aan het vuistpand, dat een beletsel was voor de kredietnemer om zijn zaken in te zetten ten behoeve van zijn bedrijfsvoering. De rechtvaardiging van het toestaan van de zekerheids-overdracht bestond in de moderne eisen van economie en handelsverkeer. Volgens Quantz is dit een terugkerend fenomeen: de publiciteit van een goederenrechtelijke rechtsbetrekking moet naar huidig recht steeds wijken wanneer ze een obstructie vormt voor ‘de ontwikkeling van de moderne handel en economie’.⁶³ Dat moet volgens hem echter niet tot de consequentie leiden, dat de fiducia wordt gezien als inbreukmakend op de publiciteit. Die is immers in het moderne BGB in vergaande mate opgegeven, aldus Quantz.⁶⁴ Hij stelt dat de manifestatie van een goederenrechtelijke mutatie slechts intern werkt, dat wil zeggen tussen de partijen bij de overdracht, en niet naar buiten, zoals door de historische wetgever en de dogmatiek nog wel werd aangenomen.⁶⁵

Dat is begrijpelijk, omdat feitelijke macht over een zaak eveneens kan duiden op bijvoorbeeld bewaarneming, huur, lease of koop onder eigendomsvoorbehoud. Het is in Duitsland niet anders dan bij ons: feitelijke macht duidt niet per definitie op eigendom. Dat is in overeenstemming met de heersende mening omtrent publiciteit van goederenrechtelijke rechten: alhoewel het een fundamenteel principe is van het goederenrecht, is kenbaarheid van een rechtstoestand voor eenieder niet a priori vereist. Het is de vraag in hoeverre vorenstaande stelling van Prütting heden ten dage nog gelding heeft.

De overdracht tot zekerheid leidt evenwel tot versluiering van de kredietpositie van de zekerheidsgever. Zo heeft de erkenning van bezitloze zekerheidsrechten door de rechtspraak ertoe geleid dat bij opening van een insolventieprocedure regelmatig blijkt dat 90 procent van de activa onderworpen is aan bijzondere

60 Schwab/Prütting 2006, p. 14.

61 Baur & Stürmer 2009, p. 37.

62 Supra, noot 45.

63 Quantz 2005, p. 207.

64 Quantz 2005, p. 109-110.

65 Quantz 2005, p. 66.

M.A. Heilbron

voorrechten.⁶⁶ Dit wordt ook wel een uitholling van de faillissementsboedel genoemd.⁶⁷ Het doel van een insolventieprocedure, een zo volledig mogelijke voldoening van de crediteuren van de failliet, wordt nog nauwelijks gehaald.⁶⁸ Onge-secreerde crediteuren grijpen vanwege de fiduciaire eigendomsoverdracht dik-wijls naast het net. De rechtspraak heeft zich daarom genoodzaakt gezien het gebruik van de fiduciaire eigendomsoverdracht in 'extreme' gevallen in te dam-men. Zij heeft dit gedaan in het geval dat 'de bedongen zekerheid door haar omvang en ondoorzichtigheid (!) het door de zekerheidsnemer bewust op de koop toe genomen gevaar met zich brengt dat latere, nietsvermoedende kredietgevers schade zullen lijden'.⁶⁹ Bij grove overtreding van de publiciteit en de belangen van gewone crediteuren kan de Sicherungsübereignung nietig worden verklaard. Bij zulk soort conflicten gaat het om het vertrouwen dat een crediteur stelt in zijn debiteur. Het kan worden geplaatst in de sleutel van de tweede opvatting van publiciteit zoals die hiervoor naar Nederlands recht geconstateerd werd: kenbaar-heid kan een functie vervullen ter voorkoming van ongewenst overmatig bezwa-ren van de eigen boedel door de debiteur. Maar dit werkt louter ten aanzien van bepaalde derden, en niet tegen 'jedermann'.

De Duitse fiducia mag dan worden geroemd vanwege haar eenvoud en flexibili-teit,⁷⁰ de keerzijde daarvan is dat er geen vorm is van controleerbaarheid tegen fraude door antedatering of het opmaken van schijnakten. In de huidige situatie is ingrijpen door de rechter *ex post* de enige mogelijkheid. Men kan zich afvragen in hoeverre dit een wenselijke situatie is. In paragraaf 2.4 komt aan de orde of een openbare registratie van een bezitloos zekerheidsrecht op een roerende zaak het hoofd kan bieden aan de hiervoor beschreven situatie.

2.4 Openbare registratie van bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken: Duitse lex ferenda?

Ook in Duitsland⁷¹ zijn ter vergroting van de kenbaarheid van het goederenrech-telijke recht met enige regelmaat voorstellen gedaan tot het invoeren van een sys-teem van registratie van bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken.

Deze voorstellen zijn tot op de dag van vandaag afgewezen met het kosten-baten-argument dat de winst aan informatie te gering is in verhouding tot de moeite van het in het leven roepen van een register. Met Kieninger kan worden inge-stemd dat dit argument in de huidige tijd van digitalisering niet langer overtuigt.⁷²

66 Schwab/Prütting 2006, p. 165.

67 Westermann e.a. 1998, p. 343.

68 Schwab/Prütting, p. 165.

69 Baur & Stürner 2009, p. 778.

70 H.-J. Lwowski, 'Quiet' Creation of Security Interests or Filing, in: H. Eidenmüller & E.-M. Kieninger, *The future of secured credit in Europe*, *European Company and Financial Law Review*, special volume 2, Berlijn/New York: De Gruyter Recht 2008, p. 175.

71 Naast onlangs: Canada, Nieuw-Zeeland, Hongarije en voorstellen voor hervorming in Engeland en Oostenrijk.

72 E.-M. Kieninger, *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, *Archiv für die civilistische Praxis* (208) 2008, p. 211.

Betoogd wordt daarnaast dat een register voor bezitloze zekerheidsrechten zeer beperkt de dorst naar informatie bij kredietgevers zou weten te lessen, omdat allerlei andere aspecten van de kredietpositie, zoals voorraden en (toekomstige) vorderingen op derden, daaruit niet kenbaar zouden zijn.⁷³

Lwowski betoogt dat het maar zeer de vraag is of kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten noodzakelijk of gewenst is. De Duitse juridische en bancaire praktijk kan immers zeer goed uit de voeten met de Sicherungsübereignung, waarbij geen enkele kenbaarheid vereist is.⁷⁴ Dit is een argument dat ons inmiddels bekend voorkomt.

Daar staat tegenover dat door registratie van bezitloze zekerheidsrechten conflicten over de rangorde van crediteuren in faillissement kunnen worden voorkomen. Registratie van een zekerheidsrecht heeft ook 'slechts' de functie een duidelijke en objectieve datum van registratie vast te stellen.

Een tweede argument dat pro registratie wordt aangevoerd, is dat de dwang om bestaande zekerheidsrechten openbaar te maken ertoe leidt dat men in het algemeen voorzichtiger zal zijn om zijn zaken tot zekerheid over te dragen, hetgeen een vermindering van collisie van zekerheidsrechten tot gevolg zal hebben.⁷⁵ Deze twee argumenten zijn overtuigend in het licht van de hiervoor genoemde problematiek van de 'versluiting van de kredietpositie van de schuldenaar'.

In de doctrine is men het erover eens dat toestaan van de Sicherungsübereignung ertoe geleid heeft dat de waarde die uitgekeerd kan worden aan het geheel van crediteuren in een faillissement beduidend minder is dan wenselijk. Het lijkt niet te gewaagd om te stellen dat een openbaar register dat *ex ante* duidelijkheid schept, tegemoetkomt aan het bestaande probleem van de 'schijn van kredietwaardigheid' die een debiteur kan opwekken ten overstaan van zijn wederpartij. Het stelt kredietgevers in staat tot het maken van een meer accurate risico-inschatting van een potentiële debiteur.⁷⁶

De vaststelling dat het huidige systeem goed functioneert, mist toekomstgericht redeneren. Ook komt de fiducia niet tegemoet aan Europese ontwikkelingen; zij brengt met zich dat Duitsland uit de pas loopt in het internationale kredietverkeer.⁷⁷ In paragraaf 4 zal ik uit het vorenstaande conclusies trekken voor wat betreft de mogelijkheid en wenselijkheid van een Europees register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken.

73 Quantz 2005, p. 95-97.

74 Lwowski 2008, p. 175.

75 Quantz 2005, p. 97.

76 D. Krimphove, *Das europäische Sachenrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse nach der Komparativen Institutionenökonomik*, Keulen: Josef Eul Verlag 2006, p. 197.

77 Kieninger 2008, p. 208.

3 De registratie van bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken in de Verenigde Staten volgens artikel 9 Uniform Commercial Code

3.1 Inleiding

Na de uiteenzettingen in de vorige paragrafen over de regeling van zekerheidsrechten in 'het oude' Europa, zal het rechtssysteem aan de overkant van de Atlantische Oceaan onder de loep worden genomen. De ontwikkeling van het (privaat)recht in Duitsland en Nederland – hoezeer zij in de loop der eeuwen wat betreft de precieze invulling ook uit elkaar is gegroeid – is vergelijkbaar. Beide maken deel uit van de *Civil Law*-traditie en hebben gemeenschappelijke kenmerken wat betreft rechtssysteem, instituten, manier van redeneren, rechtsbronnen en ideologie. Het recht van de Verenigde Staten verschilt op vorenstaande vlakken fundamenteel van het Nederlandse (en het Duitse) recht.

Het Amerikaanse privaatrecht is goeddeels geschoeid op de leest van de Engelse *Common Law*. Wat betreft de regeling van de bezitloze zekerheidsrechten (op roerende zaken) is echter in de twintigste eeuw een significant andere, van de Engelse traditie afwijkende, koers gekozen. Waar het Engelse recht tot op de dag van vandaag een zeer gefragmenteerd stelsel van bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken kent,⁷⁸ bestaat in de Verenigde Staten sinds de invoering van artikel 9 Uniform Commercial Code (UCC) nog maar één uniform zekerheidsrecht; het zogenoemde *security interest*.⁷⁹

De UCC bevat een grote verscheidenheid aan artikelen op het gebied van het handelsrecht.⁸⁰ De wetteksten zijn niet afkomstig van de traditionele wetgever, maar opgesteld door experts op het gebied van handelsrecht. Het is een modelwet, hetgeen betekent dat het de verschillende staten vrijstaat om de wetten – al dan niet ten dele – in te voeren. Daarmee is gegeven dat het geen federale wetgeving betreft, maar *state law*. Inmiddels zijn alle staten ertoe overgegaan de UCC in het geheel of gedeeltelijk tot wet te verheffen en daarmee is het een van de meest succesvolle pogingen om het recht van de afzonderlijke staten te harmoniseren.⁸¹

Hierna komt eerst de totstandkoming van een *security interest* aan bod (par. 3.2). In tegenstelling tot Nederland en Duitsland kent de Verenigde Staten wel een openbaar register voor zekerheidsrechten. In paragraaf 3.3 wordt de kenbaarheid van informatie uit het register besproken. Afgesloten wordt met een afweging van de voor- en nadelen van een openbare registratie in de zin van artikel 9 UCC. Dit

78 De wijde variatie aan zekerheidsrechten naar huidig Engels recht is historisch gegroeid. Te noemen zijn onder andere: de *pledge*, de *chattel mortgage* en de *charge* en van de laatste twee bestaat ook een *equity*-variant. Daarnaast bestaat er het eigendomsvoorbehoud in twee varianten. Elk van deze zekerheidsrechten kent zijn eigen vormvereisten en voorschriften. Bron: W.J. Zwalve, C.Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 250-274.

79 Artikel 9 UCC is een betrekkelijk jong artikel, in de huidige vorm ontstaan in 1998. Regelmatig wordt de tekst herzien om te voldoen aan de noden van de dagelijkse praktijk.

80 Mijns inziens de beste vertaling voor 'the law governing the subject of commercial transactions'.

81 D.S. Clark & T. Ansay (red.), *Introduction to the Law of the United States*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 282.

is om te bezien of het model van artikel 9 UCC zich leent voor een toekomstig Europees zekerheidsrecht.

3.2 *De totstandkoming van een security interest volgens artikel 9 UCC*

Artikel 9 UCC draagt de titel 'Secured Transactions'. De *drafters* van artikel 9 UCC beoogden door middel van één uniforme regeling een einde te maken aan het bestaande oerwoud van zekerheidsrechten.⁸² Karakteristiek voor de regeling van artikel 9 UCC is het principe van *substance over form*. De regeling kent een functionele benadering van het zekerheidsrecht. Het is irrelevant wat voor naam partijen aan hun transactie geven; zodra de transactie inhoudelijk aan de kenmerken gesteld door artikel 9 UCC voldoet, zijn de bepalingen van het artikel van toepassing.⁸³ De UCC maakt onderscheid tussen het vestigen van het zekerheidsrecht op de roerende zaak (*attachment*) en het verlenen van werking *erga omnes* aan dit recht, genaamd *perfection*.

Creation van een security interest

Wat zijn de vereisten voor geldige vestiging van een zekerheidsrecht op een roerende zaak, een zogenoemd *attachment*? Deze zijn te vinden in § 9-203 UCC. Ten eerste moet er sprake zijn van een lening van de crediteur (*value*).⁸⁴ Daarnaast moet de debiteur recht hebben verworven in de roerende zaak die tot zekerheid dient.⁸⁵ Ter zake van de totstandkoming van een security interest wordt een overeenkomst, een zogenoemd *security agreement*, gesloten. Deze moet in het geval van een bezitloos zekerheidsrecht schriftelijk worden aangegaan en worden ondertekend door de debiteur. In de overeenkomst dient het *collateral* beschreven te worden.⁸⁶ De eisen die aan beschrijving worden gesteld zijn niet hoog, maar extreem generieke beschrijvingen van *collateral* in het *security agreement* zijn niet toegestaan.⁸⁷ Zodra er *value* is gesteld, de debiteur rechthebbende van de zaak is geworden en er een geldige overeenkomst tot stand is gekomen, is er sprake van *attachment*, dat wil zeggen is er een geldig *security interest* gevestigd. Het geldt tussen partijen en is in beginsel ook werkzaam tegen overige schuldeisers van de debiteur, die niet zelf een security interest op de zaak hebben verkregen. Indien de zekerheidsgever zijn verplichtingen uit de overeenkomst tot lening niet nakomt en er sprake is van *default*, mag de zekerheidsnemer zich krachtens § 9-503 en 504 UCC de zaken toe-eigenen en zich te goed doen uit de opbrengst.

Perfection van een security interest

Een security interest dat slechts *attached* is, maar niet *perfected*, is geen onbelemmerd 'bezit' voor een zekerheidsnemer. In het geval van faillissement van de zekerheidsgever hebben bepaalde categorieën schuldeisers voorrang op de zeker-

82 G. Gilmore, *The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman*, *Georgia Law Review* 1981, 15, p. 620.

83 Aldus § 9-109 sub a UCC: '(...) regardless of its form (...)'.
84 *Value* wordt gedefinieerd in artikel 1 UCC (*General provisions*), § 1-201.

85 Artikel 9 spreekt van het generieke 'collateral'. Dit kan elk goed betreffen dat tot zekerheid dient.

86 De vereisten voor de beschrijving van het collateral zijn te vinden in § 9-108 UCC.

87 Dit is wél toegestaan in het financing statement, waarover later meer.

M.A. Heilbron

heidsnemer met een *unperfected* zekerheidsrecht, met name de faillissementscurator en de zekerheidsnemer die wel is overgegaan tot perfection.⁸⁸ Eveneens komt het uitgewonnen collateral van een *unperfected security interest* toe aan de faillissementsboedel. Ter illustratie:

“The perfected secured creditor is nearly as far above the unperfected secured creditor in the priorities pecking order as the unperfected secured creditor is above the general creditor.”⁸⁹

De crediteur doet er dus verstandig over te gaan tot perfection van het *security interest*.⁹⁰ Perfection van een zekerheidsrecht op een roerende zaak tot zekerheid van een lening kan gebeuren op twee manieren; ten eerste door middel van bezitsoverdracht van het collateral aan de crediteur (*possession*). Verreweg de belangrijkste en meest gangbare wijze van perfection is echter *filing* van een *financing statement* bij een *filing office*.⁹¹ Oftewel: registratie van een beperkt aantal gegevens omtrent de zekerheidstransactie in een openbaar register.

Een *financing statement* is een formulier waarop een minimumaantal gegevens moeten worden ingevuld, te vinden in § 9-502 (a) en § 9-516 (b) UCC. Vereist zijn in ieder geval: de namen van de debiteur en de crediteur en beschrijving van het collateral. De eisen aan de beschrijving zijn minimaal; ze kan ‘supergeneriek’ zijn.⁹² § 9-516 (b) UCC vereist eveneens: de adressen van crediteur en debiteur en een verklaring of de debiteur een organisatie of een individu is. Indien het een organisatie betreft: het type, de jurisdictie en een *organizational identification number*. De *filing* moet behoorlijk worden medegedeeld en de *filing fee* moet zijn betaald. De vereisten voor het *financing statement* zijn dwingend, zo volgt uit de (overigens ogenschijnlijk ambigue) bepaling 9-520(a) UCC.⁹³ De eisen voor een *filing* zijn al met al eenvoudig te vervullen, en beoogd is het geheel zo veel mogelijk digitaal in te richten. Een rechtsgeldige *filing* van een *financing statement* zorgt voor *perfection* van het zekerheidsrecht.

88 § 9-301 UCC.

89 J.J. White & R.S. Summers, Uniform Commercial Code, Saint Paul MN: West Publishing Co. 2010, p. 1193-1194.

90 Het uitgangspunt in § 9-509(a) UCC is dat de zekerheidsgever toestemming moet geven tot *filing*, blijkend uit een *authenticated record*, dat eveneens digitaal kan zijn. In een aantal gevallen wordt echter geacht de toestemming automatisch te zijn verleend.

91 D.M. Phillips, Flawed Perfection: From Possession to Filing under Article 9, Boston University Law Review 1979, 59, p. 3.

92 White & Summers 2010, p. 1229.

93 De non-discretionaire bevoegdheid van de *filing officer* om een *financing statement* te weigeren volgt uit § 9-520(a) UCC: ‘A filing office shall refuse to accept a record for filing for a reason set forth in Section 9-516(b) and may refuse to accept a record for filing only for a reason set forth in Section 9-516(b)’ (onderstreping MH).

- *Rechtsgevolgen van de filing*

Elke *filing* krijgt een uniek nummer toegewezen (§ 9-519 (a) UCC). De *perfection* is effectief vanaf de datum en tijd van aanbidding van het *financing statement* en betaling van de *filing fee* of acceptatie van de documenten door het *filing office*.⁹⁴

Artikel 9 UCC voorziet in een rangvolgorde voor de zekerheidsrechten. Het systeem gaat uit van het principe *first in time, first in right*: het *security interest* dat het eerst *perfected* is, heeft prioriteit boven een zekerheidsrecht dat later *perfected* is, aldus § 9-322 UCC. Een zekerheidsrecht dat niet *perfected* is (maar wél 'attached' krachtens artikel 9), neemt in de regel rang na een zekerheidsrecht dat wél *perfected* is (onafhankelijk van de wijze van *perfection*), ook al werd het eerstgenoemde eerder gevestigd. Tussen *unperfected security interests* onderling geldt wederom de regel: wie het eerst komt, die het eerst maalt, aldus § 9-322 sub 3 UCC.

De *perfected* zekerheidsnemer mag de zaak die tot zekerheid is gegeven (het *collateral*) uitwinnen, niettegenstaande het faillissement van de zekerheidsgever.⁹⁵ Een *perfected* zekerheidsrecht is tegen te werpen aan eenieder, inclusief de curator in faillissement.

3.3 Kenbaarheid van informatie uit het register

Het register waarin het *financing statement* wordt ingeschreven is openbaar. Eenieder kan bij elk *filing office* een verzoek om informatie uit het register doen, aldus § 9-523 (c) UCC. Het office moet binnen twee werkdagen na ontvangst van de aanvraag de gegevens verschaffen (§ 9-523 (d) UCC).

Het proces is echter verre van transparant door de veelheid aan *filing offices*. Ten tijde van de totstandkoming van artikel 9 UCC dacht men hoogstens na over een *state-wide* systeem, maar nog lang niet over een *nation-wide* register voor zekerheidsrechten. Bovendien zijn er binnen één staat meerdere *filing offices* (voor verschillende goederen, of beheerd door verschillende *counties*), die hun eigen register bijhouden. Het grote aantal verschillende systemen van *filing* compliceert een effectieve zoekactie aanzienlijk.⁹⁶ Wat dit betreft is waarschijnlijk nog wel wat te winnen op het gebied van informatietechnologie. Een aantal problemen betreffende de '*electronic highway*' die in 1992 nog gesignaleerd werden,⁹⁷ kunnen naar verwachting tegenwoordig, in het tijdperk van '*computerization*', worden verholpen. In een aantal staten is het register inmiddels via internet te raadplegen.

Essentieel voor het doorzoeken is dat een zekere mate van uniformiteit in de indexering van de gegevens in het register plaatsvindt. De *financing statements* worden geregistreerd op naam van de zekerheidsgever, aldus § 9-519 (c) UCC. Het is daarom belangrijk dat deze correct wordt opgenomen in het register en daartoe gelden dan ook bijzondere voorschriften.⁹⁸

94 § 9-516 (a) UCC.

95 White & Summers 2010, p. 1194.

96 L.M. LoPucki, *Computerization of the Article 9 Filing System: Thoughts on Building the Electronic Highway*, *Law and Contemporary Problems* 1992, 55, p. 16 en onder noot 62 noemt het aantal 4200.

97 LoPucki 1992, p. 7-15.

98 § 9-503 UCC.

M.A. Heilbron

Uit het register is als gezegd kenbaar of er een *financing statement* op een bepaalde naam van een zekerheidsgever geregistreerd staat, en de datum en het tijdstip van de *filing*. Ook de overige informatie uit het *financing statement* wordt aan de aanvrager medegedeeld (zie § 3.2.2). Al met al is een geringe hoeveelheid informatie kenbaar uit het register. Een toekomstige zekerheidsnemer die meer informatie wenst, is krachtens § 9-210 UCC gerechtigd tot een *statement of account*,⁹⁹ afkomstig van de eerdere zekerheidsnemer, dat onder meer het aggregaat aan onbetaalde schuld van de zekerheidsgever kan vermelden. Een zekerheidsnemer verkrijgt dit niet direct van zijn 'voorganger', maar moet dit bij de zekerheidsgever stipuleren. In de regel zal laatstgenoemde aan dit verzoek voldoen;¹⁰⁰ de zekerheidsgerechtigde is verplicht binnen veertien dagen de gevraagde informatie aan hem aan te bieden (§ 9-210 (d) UCC).

De *filing* van het *financing statement* vervalt volgens § 9-515 UCC na verloop van vijf jaar, tenzij het wordt verversd in de laatste zes maanden voor afloop van deze termijn.

3.4 Voor- en nadelen van notice filing van een zekerheidsrecht in een openbaar register

Na vorenstaande bevindingen over de wettelijke regeling van zekerheidsrechten in de Verenigde Staten wordt het tijd de voor- en nadelen van het Amerikaanse systeem tegen elkaar af te wegen. De meningen in de (Amerikaanse) literatuur en rechtspraak over het nut en de effectiviteit van het registratiesysteem van artikel 9 UCC zijn verdeeld.

Registratie van een zekerheidsrecht heeft zich in de loop der tijd ontwikkeld als (minder wenselijk) alternatief voor het zekerheidsrecht, waarbij het bezit van de zaak bij de crediteur komt te liggen, zoals de *pledge* (het Angelsaksische 'equivalent' van het vuistpand).¹⁰¹ Waar men oorspronkelijk de mening was toegedaan dat bezitsoverdracht van een zaak die tot zekerheid dient aan de crediteur van de vordering (*possession*) het beste middel is om een crediteur de zekerheid te verschaffen dat zijn vordering voldaan zou worden door de debiteur,¹⁰² heeft het besef dat *possession* van zaken die tot zekerheid strekken bezwaren heeft in het kader van het handelsverkeer, ervoor gezorgd dat *filing* van een *financing statement* de voornaamste wijze van perfection is geworden.¹⁰³

Filing in een openbaar register neemt de terechte bezwaren tegen het zekerheidsrecht waarbij de zaak uit de macht van de kredietnemer moet worden gebracht

99 In feite zijn verschillende soorten informatie omtrent het reeds verleende zekerheidsrecht aan te vragen, te weten: een *request for an accounting*, een *request regarding a list of collateral*, en een *request regarding a statement of account*.

100 J. Hausmann, *The Value of Public-Notice Filing under Uniform Commercial Code Article 9: A Comparison with the German Legal System of Securities in Personal Property*, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1996, 25, p. 444.

101 G. Gilmore, *Security Interests in Personal Property*, New Jersey: The Lawbook Exchange 2007, p. 462.

102 D.G. Baird & T.H. Jackson, *Information, Uncertainty and the Transfer of Property*, *The Journal of Legal Studies* 1984, 13, p. 302-303; D.G. Baird & T.H. Jackson, *Possession and Ownership: an Examination of the Scope of Article 9*, *Stanford Law Review* 1983, 35, p. 180.

103 Phillips 1979, p. 5-8.

weg en maakt het bestaan van het zekerheidsrecht kenbaar. Zo wordt verhinderd dat een bepaalde debiteur bij derden ten onrechte een schijn van kredietwaardigheid zou kunnen wekken.

Daarmee is de kritiek echter allerminst verstomd. De noodzaak van kenbaarheid van het goederenrechtelijke recht, in de Amerikaanse literatuur aangeduid als *ostensible ownership*, wordt namelijk in Amerika eveneens verklaard vanuit de notie dat goederenrechtelijke rechten, die naar hun aard tegen derden werken, voor hen te ontdekken moeten zijn.¹⁰⁴ Deze twee te onderscheiden benaderingen van het begrip publiciteit van goederenrechtelijke rechten spelen eveneens in Nederland en Duitsland een rol in de discussie over het zekerhedenrecht, getuige de bevindingen in paragrafen 1 en 2. Volgens de Amerikaanse literatuur is op het begrip *ostensible ownership* – en daarmee op de wenselijkheid van het register voor notice filing dat artikel 9 UCC in het leven roept – echter het nodige af te dingen. Het is niet de functie van de registratie van een zekerheidsrecht om *the world at large* van het zekerheidsrecht op de hoogte te stellen.¹⁰⁵ Impliciet zijn alle deelnemers aan het kredietverkeer al op de hoogte van het bestaan van zekerheidsrechten, omdat het tot de algemene kennis behoort dat handelszaken (machines, inventarissen) onderworpen zijn aan zekerheidsrechten.

Dit klemt temeer wanneer men beseft dat het UCC-register niet ter zake doet voor *general creditors*, ongesecureerde (handels)crediteuren,¹⁰⁶ terwijl zij in theorie geacht worden gebaat te zijn bij openbaarmaking omdat zij in een deconfiture concurrent crediteur zijn en een kleine kans hebben dat hun vordering voldaan zal worden. Er is in het geval van deze categorie immers om twee redenen geen sprake van misleiding door het bestaan van bezitloze zekerheidsrechten, doordat zij niet op zulk soort informatie afgaan.

Zij baseren ten eerste hun beslissing tot zakendoen niet (uitsluitend) op het al of niet bestaan van zekerheidsrechten op de zaken van de debiteur, maar veeleer op zijn *general financial health* en deze is niet kenbaar uit het register.¹⁰⁷ Ten tweede is het voor hen irrelevant of er reeds goederenrechtelijke aanspraken van geseceureerde crediteuren bestaan op de zaken van hun wederpartij (bijvoorbeeld op het moment dat zij besluiten leverancier aan hem te worden); zij wisten van begin af aan dat ze ongesecureerd crediteur zouden zijn en in een deconfiture de positie van concurrent crediteur zouden innemen. Nu kenbaarheid geen voordeel oplevert voor hen, biedt openbare registratie geen voordeel.

Echter, zelfs als we Helman toestemmen dat *ostensible ownership* een *antiquated notion* is, is daarmee de kous niet af.¹⁰⁸ Immers, openbare registratie dient nog andere doeleinden dan de weinig concrete notie 'kenbaarheid'.

104 Baird & Jackson 1983, p. 177, Phillips 1979, p. 7.

105 D.G. Baird, Notice Filing and the Problem of Ostensible Ownership, *Journal of Legal Studies* 1983, 12, p. 55.

106 C.W. Mooney, The Mystery and Myth of 'Ostensible Ownership' and Article 9 Filing: A Critique of Proposals to Extend Filing Requirements to Leases, *Alabama Law Review* 1988, 39, p. 762.

107 Baird 1983, p. 60.

108 J. Helman, Ostensible Ownership and the Uniform Commercial Code, *Commercial Law Review* 1978, 83, p. 32.

M.A. Heilbron

Registratie voorziet in een objectieve en controleerbare vaststelling van de datum en tijd van tot stand komen van een zekerheidsrecht. Dit heeft een aantal consequenties. Eerste en opvolgende zekerheidsnemers zijn dankzij registratie krachtens artikel 9 UCC niet afhankelijk van de willekeur van hun zekerheidsgever om informatie over de goederenrechtelijke status van zijn zaken te geven. De kosten hiervan zijn lager en de informatie is betrouwbaarder dan die in een systeem waarbij men afhankelijk is van private informatie, zoals een jaarrekening en accountantsverklaring omtrent een toekomstige debiteur.¹⁰⁹ Het gevaar is niet geheel uit de lucht gegrepen dat bij het opmaken van een jaarrekening incorrecte informatie aan accountants wordt doorgegeven of dat accountants niet te goeder trouw handelen, getuige de Enron-affaire. Op zijn minst maakt dit duidelijk dat een (semi)publiek systeem van informatievoorziening voordelen biedt. Los daarvan is een jaarrekening vaak niet up-to-date; zij loopt dikwijls een jaar achter op de werkelijkheid.

De registratie is van elementair belang voor de gecureerde schuldeiser en eventuele opvolgende schuldeisers van eenzelfde debiteur. Eerstgenoemde ontleent er immers zijn voorrang aan ten opzichte van overige crediteuren. Omdat de schuldeiser zeker kan zijn van zijn hoge positie in een eventuele insolventie van de zekerheidsgever, is het risico dat hij loopt lager, hetgeen de verwachting rechtvaardigt dat de rente die hij verlangt voor krediet navenant lager zal zijn.¹¹⁰

Alhoewel het *financing statement* weinig vertelt over de inhoud van de lening of het zekerheidsrecht, verwijst het de zoeker naar de plaats waar meer informatie te verkrijgen is.¹¹¹ Vervolgens kan een toekomstige crediteur bijvoorbeeld een verzoek in de zin van § 9-210 UCC indienen, waardoor hij meer informatie over de bestaande zekerheidsrechten kan verkrijgen, zoals beschreven in paragraaf 3.3. Het feit dat de datum van de registratie geldt als definitieve, onweerlegbare datum van tot stand komen van een tegen derden werkend zekerheidsrecht, neemt de mogelijkheid tot disputen over de rangvolgorde weg. Eveneens zorgt de openbaarheid van de registratie van het zekerheidsrecht ervoor dat de mogelijkheden tot fraude, bijvoorbeeld door middel van schijnakten of antedatering, afnemen.¹¹²

Een laatste reden voor het bestaan van de eis van openbare registratie in het kader van de UCC was de roep vanuit de belanghebbenden, de bancaire wereld. Die bood verrassend genoeg de meeste weerstand toen tijdens het tot stand brengen van de UCC werd overwogen de eis van *filing* geheel te schrappen.¹¹³

Al met al kom ik tot de slotsom dat de voordelen van een systeem van *notice filing* in de zin van artikel 9 UCC de nadelen overtreffen. Dit is niet zozeer vanwege het feit dat registratie van zekerheidsrechten kenbaar maakt en daarmee recht doet aan het publiciteitsbeginsel. Veeleer zitten de voordelen vanuit rechtseconomisch perspectief in de rechtszekerheid vanwege de objectiviteit en betrouwbaarheid

109 Hausmann 1996, p. 444.

110 Mooney 1988, p. 745; Baird & Jackson 1983, p. 183-184; Baird 1983, p. 64; Hausmann 1996, p. 430.

111 White & Summers 2010, p. 1195.

112 Mooney 1988, p. 752.

113 Baird 1983, p. 60.

van het register. Een bank of soortgelijke instelling die overweegt om krediet te verstrekken, kan zich eenvoudig vergewissen waar zij moet zijn voor meer informatie over de potentiële debiteur. De kosten van het systeem van registratie zijn laag.¹¹⁴ De keerzijde van het systeem zit met name in de formaliteiten, zoals de administratieve inrichting ervan.

In paragraaf 4 zal met het vorenstaande in het achterhoofd worden gezien in hoeverre het systeem van de UCC zich leent voor een toekomstig Europees zekerhedenrecht.

4 Is het mogelijk en wenselijk een Europees openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken te creëren?

4.1 Inleiding

Na een analyse van de regimes ten aanzien van bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten is het tijd de blik op de Europese toekomst van het zekerhedenrecht te werpen. Uiteen zal worden gezet of een openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken wenselijk en mogelijk is binnen het rechtssysteem van de Europese Unie. Eerst komt de vraag aan de orde of de tijd in de steeds intensiever samenwerkende Europese Unie rijp is voor een nieuw model van goederenrecht (par. 4.2). Vervolgens wordt ingezoomd op het zekerhedenrecht en zal worden gezien of er een wens tot harmonisatie op dit vlak is (par. 4.3). Daarna komt kort de regeling van zekerheidsrechten uit het omvangrijke Europese academische project voor totstandbrenging van het Draft Common Frame of Reference aan bod (par. 4.4). Afgesloten wordt met een synthese van de bevindingen omtrent de kenbaarheid van zekerheidsrechten op roerende zaken in Nederland, Duitsland en Amerika. Het geheel mondt uit in een conclusie in antwoord op de vraag: Is het mogelijk en wenselijk een Europees openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken te creëren (par. 4.5)?

4.2 Naar een nieuw model van Europees goederenrecht?

Met het creëren van een interne markt in de Europese Unie is de behoefte aan een juridisch kader ontstaan. Een efficiënte, geïntegreerde economie van de lidstaten schept een noodzaak tot het opstellen van regels omwille van de rechtszekerheid. De Europese wetgever is er dus veel aan gelegen om grensoverschrijdende transacties te faciliteren.¹¹⁵ Vanuit deze overweging is in de afgelopen decennia met name door academici aandacht besteed aan de ontwikkeling van een gemeenschappelijk Europees privaatrecht. Tegelijkertijd komt er steeds meer privaatrechtelijke wetgeving van de Brusselse wetgever, in de vorm van verordeningen, richtlijnen en beschikkingen. Daarbij lag de focus in eerste instantie op het contracten-

114 H.C. Sigman, *Perfection and Priority of Security Rights*, in: H. Eidenmüller & E.-M. Kieninger, *The future of secured credit in Europe*, *European Company and Financial Law Review*, special volume 2, Berlijn/New York: De Gruyter Recht 2008, p. 158.

115 In het DCFR wordt de toename van 'economic welfare' binnen de Europese Unie zelfs 'the whole purpose and raison d'être of the DCFR' genoemd, DCFR, Outline edition, p. 16.

M.A. Heilbron

recht, dat zich beter zou lenen voor harmonisatie omdat het overwegend regelend recht betreft.

Het goederenrecht wordt traditioneel gezien als een 'rigide' rechtsgebied. Het goederenrecht is gericht op economische stabiliteit en betrouwbaarheid en is daardoor vooral gebaat bij zekere en vaste wettelijke normen.¹¹⁶ Die wettelijke normen zijn ingebed in wat kan worden genoemd 'het klassieke model van het goederenrecht', dat wordt gekenmerkt door een aantal fundamentele principes.¹¹⁷ De heersende mening is dat het rechtsverkeer erbij gebaat is dat partijen niet geheel vrijelijk inhoud en vorm kunnen geven aan rechten met zakelijke werking. Het is een rechtsgebied dat in hoge mate gekenmerkt wordt door dwingend recht.

Daarnaast zijn goederenrechtelijke regels sterk verankerd in de rechtshistorische tradities van iedere lidstaat. In de loop der geschiedenis zijn dan ook, niettegenstaande gemeenschappelijke karakteristieken van het goederenrecht, onderling sterk verschillende fundamentele rechtspolitieke keuzes gemaakt ten aanzien van het goederenrecht.

Een voorbeeld in dit verband is het uiteenlopen van de *Common Law*- en de *Civil Law*-tradities. Hiervoor is vastgesteld dat het Nederlandse en het Duitse goederenrecht gekenmerkt worden door een in hoge mate dogmatisch en abstract systeem. Precisie, consequentie en coherentie van juridische begrippen zijn in het BW en in het BGB van groot belang. In de *Common Law*-traditie is het goederenrecht pragmatischer en meer concreet van aard; men zoekt steeds naar een norm vanuit een specifieke juridische kwestie.

Hoewel het belangrijk is om dergelijke karakteristieken van het goederenrecht in het achterhoofd te houden, is het niet nodig ons blind te staren op het 'statische' karakter van het goederenrecht. Er zijn wel degelijk veranderende opvattingen waar te nemen, ingegeven door de dynamische rechtspraktijk. Van Erp signaleert een beweging richting meer flexibiliteit en open normen in het goederenrecht, die zich ten eerste manifesteert in het ontstaan van nieuwe goederenrechtelijke rechten en ten tweede in het ontstaan van nieuwe objecten van goederenrecht.¹¹⁸

Met Van Erp kan worden ingestemd dat de tijd rijp is voor een nieuwe benadering van het goederenrecht, omdat traditionele concepten en principes van het goederenrecht aan waarde inboeten en niet meer geschikt zijn om de eisen van het moderne handelsverkeer te accommoderen. Meer openheid en 'contractualisering' zijn ontwikkelingen die, ingegeven door de praktijk, zowel oorzaak als gevolg zijn van het vervagen van grenzen in de Europese Unie. Het recht is steeds minder een zaak van een nationale wetgever, en steeds meer een van de supranationale wetgever. Dat brengt met zich dat het weinig zinvol is om al te erg vast te

116 J.H.M. van Erp, *European Property law: A methodology for the future*, beschikbaar onder <<http://ssrn.com/abstract=1734633>>, te verschijnen in: R. Schulze & H. Schulte-Nölke, *European Private Law - Current Status and Perspectives*, München: Sellier European law publishers 2011, p. 4.

117 Voor een beschrijving van 'het klassieke model van het goederenrecht' zie J.H.M. van Erp, *Security interests: A secure start for the development of European property law*, Maastricht faculty of Law Working Paper 2008/5, p. 13.

118 Van Erp 2008, p. 17.

houden aan normen die nationaal en historisch bepaald zijn. Een meer toekomstgerichte benadering van het goederenrecht noopt tot een fundamentele heroverweging van bepaalde basisprincipes en uitgangspunten en van de normen waarin deze principes uitgekristalliseerd zijn. Hernieuwde uitgangspunten zijn nodig om de verschillen tussen verschillende rechtsculturen te overbruggen. Met Van Erp stem ik in dat een aanpak functioneel en pragmatisch zal moeten zijn.¹¹⁹ Vaststaat dat een dergelijk proces tijd nodig heeft om post te vatten in het 'rechtsbewustzijn'.

4.3 Grensoverschrijdende zekerheidsrechten: noodzaak tot harmonisatie?

Het goederenrecht is tot nog toe verstoken van veel aandacht van de Europese wetgever. Op een aantal gebieden van materieel en formeel goederenrecht is gepoogd richtlijnen op te stellen, die al met al weinig succes hebben geogst.¹²⁰ Wat betreft het algemene goederenrecht is lange tijd geen concrete belemmering voor de interne markt geconstateerd die de Europese Commissie ertoe zou hebben kunnen aanzetten zich te buigen over de ontwikkeling van een Europees goederenrecht.

Vanwege de voortschrijdende integratie van de Europese (kapitaal)markten is echter in de afgelopen tien jaar het besef gegroeid van het belang om tot harmonisatie of gelijkmaking van (delen van) het goederenrecht te komen.¹²¹ Dit geldt a fortiori voor het zekerhedenrecht. Uit verschillende hoeken hoort men de klacht dat marktpartijen hinder ondervinden van de verschillen tussen de regimes ten aanzien van het zekerhedenrecht.¹²² Dit strookt met de *communis opinio* in de doctrine dat de onzekerheid omtrent de erkenning en uitwinning van zekerheidsrechten in grensoverschrijdende transacties een belemmering van de interne markt vormt en (een vorm van) harmonisatie daarom gewenst is.¹²³ Het betreft gevallen waarin een stil zekerheidsrecht op een roerende zaak, dat onder de ene jurisdictie geldig gevestigd wordt, zijn gelding verliest doordat de zaak een landsgrens overschrijdt en het betreffende zekerheidsrecht (niet gekend en dus) niet erkend wordt in het andere land. Dat dergelijke casussen niet louter studieboek-

119 Van Erp 2011, p. 15-16.

120 Zie P.M. Veder, *Europeanisering van zekerheid op roerende zaken – tussen zekerheid en bescheidenheid*, in: *Europeanisering van Vermogenrecht* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 155-173.

121 J.H.M. van Erp, *Huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht*, in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (preadvies voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 9 oktober 2009 te Groningen, Den Haag: Sdu 2009, p. 232.

122 Uit een vergelijkende studie op basis van vragenlijsten gedaan door Von Bar en Drobnig, in: Chr. von Bar & U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, München: Sellier 2004, p. 430-440.

123 Von Bar & Drobnig 2004, p. 439-440; hierna: Kieninger 2008, p. 187; Kieninger 2004, p. 20; H.J. Snijders, *Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables*, in: Chr. von Bar & U. Drobnig (red.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, München: Sellier 2006, p. 156; K. Kreuzer, *Die Harmonisierung des Rechts der Mobiliarsicherheiten*, in: J. Basedow, O. Remien & M. Wenckstern, *Europäisches Kreditsicherungsrecht. Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, Veder 2010, p. 144-145. Voorzichtiger: Stadler 2010, p. 381 en Lwowski 2008, p. 175.

voorbeelden zijn, bewijzen een Ierse en een Spaanse zaak waarin er een conflict was over de niet-erkenning van een zekerheidsrecht naar buitenlands recht.¹²⁴ Deze onzekerheid en daarmee gepaard gaande kosten hebben tot gevolg dat partijen terughoudend zijn om grensoverschrijdende financieringen aan te gaan en daarvoor zekerheid te vestigen op hun roerende zaken. Het zou het investeringsklimaat ten goede komen indien zekerheid zou bestaan dat een in het ene land geldig tot stand gekomen zekerheidsrecht zijn volledige werking behoudt ingeval de zaak een landsgrens overgaat. Daarom is het gewenst dat een vorm van harmonisatie van het zekerhedenrecht plaatsvindt.

4.4 De regeling van artikel IX.-1:101 e.v. DCFR

Nu is vastgesteld dat een regeling voor zekerheidsrechten op Europees niveau vanuit economisch perspectief wenselijk zou zijn, is het tijd ons te bezinnen op de vorm die een dergelijke regeling zou kunnen hebben. Daartoe zijn reeds genomen initiatieven op dit gebied instructief. In een omvangrijk Europees wetenschappelijk project is de afgelopen jaren gewerkt aan de totstandbrenging van een *common core* van Europees privaatrecht. Het project heeft geleid tot de publicatie van 'Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law', gevat in een Draft Common Frame of Reference (DCFR). Het boek, dat min of meer de vorm van een gecodificeerd burgerlijk wetboek heeft, zou een aanzet kunnen geven tot een politiek Europees BW. Om de haalbaarheid daarvan te onderzoeken heeft de Europese Commissie een 'Groenboek'¹²⁵ opgesteld en vervolgens een Unie-brede consultatie verricht.¹²⁶ Op dit moment is nog niet duidelijk wat de volgende stap van de Europese Commissie ten aanzien van het academische DCFR zal zijn.¹²⁷ Bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken zijn uitvoerig geregeld in Book 9 DCFR, getiteld: '*Proprietary security in movable assets*'. De regeling uit het DCFR wordt hier summier geschetst, omdat zij bij benadering gelijk is aan artikel 9 UCC, dat reeds uitvoerig aan de orde is geweest in paragraaf 3.

124 Zie Kieninger 2008, p. 188-191. Kieninger voorziet grote problemen vanwege de onderlinge verschillen: 'Die beiden genannten Beispiele mögen genügen, um deutlich zu machen, dass die Nicht-erkennung von Mobiliarsicherheiten für den Binnenmarkt ein ernsthaftes Problem darstellt.'

125 'Groenboek over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen', COM(2010)348, <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/consultation_questionnaire_nl.pdf>.

126 Eenieder kreeg de gelegenheid zijn mening te geven over een optioneel instrument voor Europees contractenrecht. De respons is te vinden onder: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/news_consulting_0052_en.htm>.

127 Over de mogelijke rol van het goederenrechtelijk IPR binnen het optionele instrument: J.H.M. van Erp & B. Akkermans, Optioneel goederenrecht en internationaal privaatrecht (IPR), in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Het Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 105-124. Sigman en Kieninger stellen echter dat het IPR geen werkelijke oplossing biedt omdat de problemen zich voordoen op het gebied van het materiële recht, in H.C. Sigman & E.-M. Kieninger, *Introduction*, in: H.C. Sigman & E.-M. Kieninger (red.), *Cross-Border Security over Tangibles*, München: Sellier European law publishers 2007, p. 34. Bespreking van mogelijkheden die het IPR biedt valt buiten het bestek van dit onderzoek.

In lijn met de UCC kiest het DCFR voor een functionele benadering van het zekerheidsrecht, *security right* geheten.¹²⁸ Evenzo geldt dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen vestiging (hoofdstuk 2 DCFR) en werking tegen derden (hoofdstuk 3 DCFR) van het zekerheidsrecht, een fenomeen dat in de meeste Europese jurisdicties (nog) onbekend is. De eisen voor een geldige vestiging van een zekerheidsrecht op een roerende zaak zijn: de zaak bestaat en is overdraagbaar en de te secureren vordering bestaat. Daarnaast moet de zaak bepaald zijn, de zekerheidsgever moet beschikkingsbevoegd zijn en er moet wilsovereenstemming tussen zekerheidsnemer en -gever zijn.¹²⁹

Voor de werking van het *security right* tegen derden (*effectiveness as against third persons*) is net als in de UCC het uitgangspunt dat een openbare registratie in de vorm van een notice filing met een beperkt aantal gegevens vereist is, te vinden in artikel IX.-3:306. Daartoe wordt door artikel IX.-3:301 een Europees register in het leven geroepen dat geheel elektronisch is en online toegankelijk is. Registratie stelt de rangorde vast (verder geregeld in hoofdstuk 4 van Book 9 DCFR).

De gedachte achter de eis van openbare registratie in het DCFR is dat publiciteit past in een modern zekerhedenrecht voor roerende zaken:

‘Publicity by registration for security in movables can therefore with sufficient justification be regarded as a principle of European private law and this principle constitutes the general basis of the approach followed in this section.’¹³⁰

De keuze van de *drafters* van het DCFR is duidelijk: een regime van openbare registratie van zekerheidsrechten op roerende zaken gemodelleerd naar de UCC is *the way forward*.

4.5 Conclusie: naar een Europees register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken?

Vorenstaande uiteenzettingen over bezitloze zekerheidsrechten leiden niet *prima facie* tot een antwoord op de vraag of een toekomstig (Europees) zekerhedenrecht idealiter in de vorm van een *notice filing*-systeem zou moeten worden gegoten. Het is tijd geworden om het een en ander op een rijtje te zetten en conclusies te trekken in antwoord op de vraag: is het mogelijk en wenselijk een Europees openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken te creëren?

In elke keuze voor een bepaald regime voor zekerheidsrechten op roerende zaken spelen er vele verschillende en deels conflicterende belangen mee. De discussie omtrent een openbaar register voor zekerheidsrechten maakt in ieder geval duidelijk dat de jurist onder continue druk van twee krachten staat. Enerzijds moet de rechtstoepassing de ontwikkeling van de economie niet in de weg zitten, nee zelfs bevorderen, en anderzijds moeten traditionele principes vanwege hun recht-

128 Art. IX.-1:102 lid 1 en lid 2 DCFR.

129 Art. IX.-2:102 jo. IX.-2:105 DCFR.

130 Chr. von Bar & E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, München: Sellier 2009, p. 5495.

vaardigheid niet volledig veronachtzaamd worden ten behoeve van de economische vooruitgang.

Daarnaast dient een jurist zich er rekenschap van te geven hoezeer hij 'gevangen' zit in zijn eigen paradigma wat betreft de wenselijke inhoud van een rechtsnorm. Het zekerhedenrecht is in Nederland verweven in het burgerlijk recht. In Duitsland heeft men zich ten dele aan mogelijk hieruit voortvloeiende rigiditeit onttrokken doordat de figuur van de Sicherungsübereignung geen wettelijke regeling kent en grotendeels contractueel inhoud krijgt. In het voorgaande is gebleken hoezeer het idee van een codificatie voor het burgerlijk wetboek met vaste normen de privaatrechtelijke continentale rechtstraditie doordrenkt. Dit in contrast met de Amerikaanse benadering, zoals blijkt uit de regeling van zekerheidsrechten in de UCC. De motieven zijn in het geval van de UCC veeleer economisch en pragmatisch. Nu het DCFR eenzelfde opzet kiest als de UCC, is de vraag op zijn plaats of dit wel strookt met het continentaal-juridische idee van burgerlijk recht. De functionele benadering van het zekerheidsrecht die in de UCC en in het DCFR wordt gekozen, doet echter recht aan de essentie van het bezitloze zekerheidsrecht. Het zekerheidsrecht op roerende zaken is immers niet meer dan een instrument dat ten dienste staat aan het kredietverkeer. Het heeft een spilfunctie in de economie doordat het een investeringsklimaat faciliteert. Dat blijkt wanneer men nagaat wat een zekerheidsrecht in de kern is. Een bedrijf heeft behoefte aan krediet om zijn activiteiten te ontplooiën. Een bank is bereid krediet te verstrekken, maar wil het risico vermijden dat zij haar vordering niet voldaan ziet in geval van verzuim of faillissement van de debiteur. Dat verminderde risico bestaat in het Nederlandse recht in het verhaalsrecht van de pandhouder tot parate executie en de separatistpositie. Deze middelen geven een crediteur de grootst mogelijke zekerheid dat zijn vordering voldaan zal worden. Hoe minder risico een bank loopt, des te vlotter functioneert het kredietverkeer. Daar is aan het eind van de dag ook de debiteur bij gebaat, omdat hij tegen betere voorwaarden krediet kan verkrijgen.

Deze gang van zaken geldt in grote lijnen voor ieder rechtstelsel. Het is dus zaak een keuze te maken die voor de marktdeelnemers als geheel het meest voordelig is. Na vastgesteld te hebben dat de verschillende rechtstelsels in Europa wijd uiteenlopende regelingen voor zekerheidsrechten kennen, zou het de rechtszekerheid op de interne markt ten goede komen indien er een uniform regime zou zijn voor zekerheidsrechten op roerende zaken. Dat maakt dat partijen minder terughoudend zullen zijn in het aangaan van grensoverschrijdende transacties. De verwachting is dat een toename daarvan leidt tot een gezonde economie met minder barrières vanwege rechtsonzekerheid.

In het kader van de Europese Unie is het grootste voordeel erin gelegen dat partijen er zeker van kunnen zijn dat het zekerheidsrecht dat zij op roerende zaken hebben gevestigd immer zijn gelding behoudt, ook al overschrijden de zaken landsgrenzen. Dat een openbare registratie het meest geëigende middel hiertoe is, is niet zozeer gelegen in het feit dat 'het publiek' kennis kan nemen van de registers, als wel in het feit dat de datum en het tijdstip van werking ten aanzien van derden objectief zeker worden gesteld. Dat neemt mogelijkheden tot fraude weg en maakt een heldere rangvolgorde mogelijk.

Dat brengt ons bij de waarde van het goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel. Rechtvaardigt het publiciteitsbeginsel een openbaar register voor bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken? In de Duitse, Nederlandse en Amerikaanse literatuur wordt – terecht – ernstig *in Frage* gesteld hoeveel waarde aan de notie ‘kenbaarheid van goederenrechtelijke rechten’ gehecht moet worden. De overweging dat ‘een zekerheidsrecht naar zijn aard jegens eenieder werkt’ is in ieder geval niet voldoende reden om tot openbare registratie over te gaan. Eerst als er bepaalde partijen zijn die op de schijn van een uiterlijk kenbare situatie zijn afgegaan, verdient hun vertrouwen bescherming. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is de rangwisseling bij een dubbele verpanding dan wel een dubbele fiduciaire eigendomsoverdracht door een zekerheidsgever die zowel naar Nederlands als naar Duits recht optreedt op het moment dat de tweede zekerheidsnemer te goeder trouw het bezit van de verpande dan wel overgedragen zaak verkrijgt.¹³¹

Voor aanvang van dit onderzoek leefde bij mij de overtuiging dat de reden voor het willen registreren van zekerheidsrechten hoofdzakelijk is gelegen in het publiciteitsbeginsel. De kenbaarheid van zekerheidsrechten die ontstaat op het moment dat een openbaar register voor zekerheidsrechten in het leven wordt geroepen, zou – zo was mijn geloof – de toetssteen zijn aan de hand waarvan men kan inschatten of een dergelijke openbaarmaking gewenst is. Uit de (overwegend Amerikaanse) literatuur blijkt echter overtuigend dat dát een onjuiste voorstelling van zaken is.

Uit Amerikaanse literatuur blijkt genoegzaam dat het systeem van nut is voor bancaire instellingen en andere zekerheidsnemers. Voor zover zij zich laten horen is er echter met name vanuit deze kring, zowel in Duitsland als in Nederland, weerstand tegen het idee van een openbare registratie van zekerheidsrechten. Dat is ook begrijpelijk; elke verandering van de huidige koers brengt initiële onzekerheid en kosten met zich mee. Deze *path dependency* alleen overtuigt mijns inziens echter niet om een alternatief, dat vanuit rechtseconomisch oogpunt wenselijker is, af te wijzen. Al met al sta ik de creatie van een Europees zekerheidsrecht, gebaseerd op een systeem van *notice filing*, voor. Het biedt de grootste rechtszekerheid op het gebied van het Europese zekerhedenrecht.

131 Art. 3:238 lid 2 BW; § 932 Abs. 1 BGB.