

Ad rem

Een paar apart

Prof. mr. F.W. Grosheide

1. Contractenrecht en goederenrecht vormen – om zo te zeggen – een hechte tweeling. Vele contractuele posities laten zich immers niet anders verzilveren dan samenlopend met het aangaan van financieringstransacties. Alle reden daarom om in dit nummer waarin Frieling in de rubriek *Contracten maken* speciale aandacht schenkt aan het redigeren van zekerheidsclausules, ook te attenderen op de aanstaande afkondiging van een UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions*.¹

Het *Legislative Guide*-project is ingegeven door het wereldwijd gedeelde gevoel dat de tijd rijp is voor het ontwerpen van een internationaal instrument dat de belemmeringen wegneemt waartegen de internationale handel aanloopt doordat het zekerhedenrecht nationaal is geregeld. Die nationaalrechtelijke verschillen brengen bijvoorbeeld mee dat bij grensoverschrijdende transacties in met zekerheden bezwaarde goederen, een in land A op goed x verleend zekerheidsrecht mogelijk geen gelding heeft in land B dat deze zekerheid niet (er)kent. Met als gevolg dat het verkrijgen van krediet een kostbare aangelegenheid kan worden.

Bij het ontwerpen van de gids is de aandacht aanvankelijk uitsluitend gericht geweest op roerende goederen, onroerende goederen en vorderingsrechten. In een laat stadium zijn intellectuele eigendomsrechten aan de rij toegevoegd. In de voorliggende vorm heeft de gids dan ook op de voet van wat in de EU het *broad concept of property* wordt genoemd, mede betrekking op *incorporeal movable rights*.²

2. De *Legislative Guide* bestaat uit elf sleutelonderwerpen die worden geïntroduceerd in de eerste afdeling van de *Recommendations* (Doc. 29, p. 12). Drie van de belangrijkste onderwerpen zijn (1) het bevorderen van zekergesteld krediet, (2) het op eenvoudige en efficiënte manier verkrijgen van zekerheidsrechten, (3) het harmoniseren van het contractuele zekerhedenrecht met inbegrip van regels van internationaal privaatrecht (*conflict of law rules*).

Hoofddoelstelling van de gids is het doen van aanbevelingen aan nationale wetgevers ter zake van het formuleren van rechtsregels voor een uniform *security right*. Een dergelijk zekerheidsrecht zou dan de bestaande, van elkaar afwijkende nationale regies moeten vervangen. Het basisonderscheid tussen nationaalrechtelijke re-

giems is doorgaans dat tussen *possessory security* en *non-possessory security*. Terwijl de meeste nationale systemen slechts een type *possessory security* blijken te kennen (d.i. het pandrecht), zijn er vele tientallen typen van *non-possessory security* te vinden. Bovendien zijn er nog altijd landen waar bezitsloze zekerheid niet dan wel bij uitzondering bestaat.

3. De gids beoogt nu *to validate non-possessory security rights* (Doc. 29, p. 12). Met dat doel wordt voorgesteld beide typen van zekerheidsrecht te vervangen door een algemeen *security right*. Hoe heilzaam dat is voor grensoverschrijdende handelstransacties wordt in het commentaar op de gids onderstreept door verwijzing naar het Amerikaanse artikel 9 UCC, welk model niet slechts door verscheidene *common law*-landen is gevolgd maar ook door enkele *civil law*-jurisdicties.

Dat nieuw in te voeren zekerheidsrecht wordt in de gids gedefinieerd als *a consensual property right created in movable property that secures payment or other performance of one or more obligations* (Terminology s. 3 lit. (a), WP. 29, p. 23). Het eerst in aanmerking komende object van dit *security right* zijn *corporeal movables*. Maar het zekerheidsrecht kan ook worden gevestigd op rechten. Daarbij richt de gids zich primair op *claims for the payment of money*, d.z. *receivables*; maar strekt zich ook uit over *an outright transfer of a receivable* (Defin. 3 (a); Rec. 3 – WP. 29, p. 3, 14). Ook intellectuele eigendomsrechten kunnen – zoals gezegd – object van zekerheid zijn.

4. Belangrijk *caveat* is dat de toepasselijkheid van de gids op eigen autoriteit in zoverre is beperkt, dat deze geen toepassing vindt in geval van enigerlei inconsistentie van zijn regels met *existing laws or international obligations of the state relating to these assets* (Rec. 4 (a); WP. 29, p. 15).

1 Zie voor de concepttekst <www.uncitral.org> (publications); <www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html>.

2 Zie Christian von Bar, Ulrich Drobnig, Study on Property Law and Non-Contractual Liability as they relate to Contract Law (SANCO B5- 1000/02/000574).

Daarenboven wordt in een bericht van de werkgroep die aan de opstelling van de gids werkt (en dat vermoedelijk zijn weg zal vinden naar het officiële commentaar) aan de Staten aanbevolen bij de implementatie van de gids hun zekerhedenrecht op twee punten aan te passen. Dat betreft allereerst mogelijke bijstelling met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten. Dat betreft vervolgens het geval van een directe inconsistentie zoals hiervoor aangegeven: de toepasselijkheid van de gids moet dan *expressis verbis* worden geformuleerd binnen de ruimte die deze inconsistentie laat.

5.

Hiervoor werd opgemerkt dat de *Legislative Guide* ertoe strekt een algemeen geldend *security right* in te voeren. Dat echter is de hoofdregel waarop in elk geval een belangrijke uitzondering bestaat. Die uitzondering betreft – wat worden genoemd – *security rights covering credits for the acquisition of assets*, en is het gevolg van het feit dat bij het ontwerpen van de gids op dit punt geen overeenstemming kon worden bereikt (WP. 29, p. 91, 95). Met betrekking tot dit specifieke zekerheidsrecht worden twee verschillende deelregimes voorgesteld: de zogeheten *unitary approach* en de zogenoemde *non-unitary approach*.

Wat de *unitary approach* betreft: ingevolge Rec. 182 is de verkrijging van een zekerheidsrecht zelf ook een zekerheidsrecht. Dit betekent dat de gids van toepassing is wanneer niet anders is bepaald. Inderdaad kent de gids enkele speciale regels (Rec. 185; Rec. 186–192). Dan de *non-unitary approach*: dit betreft het geval van eigendomsvoorbehoud. Voorgesteld wordt om de vier in de gids onderscheiden vormen van voorbehoud gelijkelijk te behandelen en naar resultaat functioneel equivalent te maken aan het *unitary approach-regime* (WP. 29, p. 95; Rec. 184–185, p. 97; 186–192, p. 98–100).