

Europese zekerheid met Nederlands vuistloos pandrecht

Mr. W.H.J. van den Wildenberg, datum 14-05-2018

Datum

14-05-2018

Auteur

Mr. W.H.J. van den Wildenberg^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Algemeen

Insolventierecht (V)

1. Gemeenschappelijke markt en individuele barrières

Op veel rechtsgebieden is de strijd tussen de Europese interne markt en de barrières van individuele lidstaten voor het verkeer van goederen en kapitaal grotendeels beslecht. Binnen het zekerhedenrecht wordt echter nog vaak gedacht dat lidstaten zelf kunnen bepalen wat zij met zekerheidsrechten uit andere lidstaten doen, als die gevestigd op een geïmporteerde roerende zaak hun grondgebied bereiken.^[2] Een studie uit 2004 in opdracht van de Europese Commissie toont de nodige voorbeelden.^[3] Zo wordt in Oostenrijkse rechtspraak een Duitse bezitloze zekerheidsoverdracht niet erkend, omdat Oostenrijks recht geen bezitloze overdracht kent.^[4] In een Franse zaak wordt om soortgelijke redenen een Nederlandsrechtelijke zekerheidsoverdracht ongeldig geacht.^[5] In Engelse jurisprudentie wordt een Duits verlengd eigendomsvoorbehoud dat tevens zekerheid bood op de verkoopopbrengsten van de voorbehouden zaken ongeldig geacht, omdat het niet was geregistreerd bij het Engelse Companies House.^[6] In Nederland hebben wij artikel 10:130 BW, dat buitenlandse^[7] zekerheden weliswaar in stand laat, maar wel voorschrijft dat zij niet kunnen worden uitgeoefend op een wijze die onverenigbaar is met het Nederlandse recht. De onderzoekers schrijven deze beperkingen op buitenlandse zekerheden toe aan het feit dat onder het internationale privaatrecht van in ieder van de onderzochte lidstaten de locatie van de zaak het aanknopingspunt is voor het toepasselijke goederenrechtelijk regime.^[8]

Kredietverstrekkers die financieren met roerende zaken als onderpand, kunnen uiteraard niet het risico lopen dat hun zekerheid bij de grens ophoudt. Daarom nemen zij in de financieringsstructuur en de kredietdocumentatie beschermingen op, die mogelijk te ingrijpend zijn voor kredietnemers en te weinig ingrijpend voor de lidstaten die dit soort barrières opwerpen. Zo eisen financiers vaak zekerheid naar het recht van ieder land waar zich onderpand bevindt. Een kredietnemer die importeert via Nederland, opslaat in Frankrijk en Estland en distribueert via centra in Spanje, Italië, Finland en Litouwen, moet dan naar zeven rechtsstelsels zekerheid vestigen. Op het product in het distributiecentrum in Spanje zit dan Nederlands vuistloos pandrecht, maar ook Franse en Spaanse zekerheid. De financiers moeten zich bovendien – vaak op kosten van de kredietnemer – laten adviseren over hun rechtspositie in al die lidstaten. Ook komt het voor dat financiers eisen dat mededeling wordt gedaan aan debiteuren of een registratie wordt verricht, hoewel dat onder de *lex causae* van het zekerheidsrecht niet nodig is.^[9] Hiermee hopen financiers dat in één keer wordt voldaan aan de vestigingsvereisten^[10] van meerdere lidstaten. Regelmatig wordt kredietnemers geheel verboden om onderpand te verplaatsen naar andere lidstaten. Met dit soort beperkingen worden de nationale barrières op de doorwerking van buitenlandse zekerheden versterkt. Ik denk dat het voor financiers op de lange termijn beter zou zijn om deze barrières juist aan te vechten met behulp van de regels die de interne markt beschermen. In deze bijdrage bespreek ik de grondslagen waarop zij dat kunnen doen.

2. Welke bescherming kan het Europese recht bieden?

De preambule van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) uit de ambitie om 'de barrières die Europa verdelen' weg te nemen door 'verwijdering van de bestaande hinderpalen' die het handelsverkeer tussen de lidstaten belemmeren. Het VWEU bevat daartoe een aantal verboden. In deze bijdrage richt ik mij op de verboden van artikel 34 VWEU (belemmeringen op het vrije goederenverkeer) en artikel 63 lid 1 VWEU (belemmeringen op het vrije kapitaalverkeer). Deze verboden leggen lidstaten de verplichting op om geen hiermee strijdige regelgeving te hebben. Als een lidstaat wel regelgeving heeft die in strijd met het VWEU de rechten of bevoegdheden van de gerechtigde tot een buitenlands zekerheidsrecht beperkt, kan die gerechtigde dat in een procedure tegen de desbetreffende lidstaat

aanvechten.^[11] De rechter moet het strijdige nationale recht dan buiten toepassing laten.^[12] Normaliter zal een zekerheidsgerechtigde echter zijn rechten en bevoegdheden uit hoofde van een buitenlands zekerheidsrecht niet hoeven te verdedigen tegenover een lidstaat, maar tegenover de zekerheidsgever, diens curator, een beslaglegger of een derde die een goederenrechtelijk recht ten aanzien van de verzekerde zaak pretendeert. Ook in die context zal de rechter bepalingen van nationaal recht die strijdig zijn met het VWEU buiten toepassing moeten laten.^[13] De rechter moet dan de betrekkingen tussen partijen vaststellen aan de hand van de resterende bepalingen van nationaal recht.^[14]

Hierbij maakt het geen verschil of de nationale regels die buiten toepassing moeten worden gelaten onder het nationale recht van internationaal privaatrecht of goederenrecht zijn (of beide). Ten aanzien van internationaal privaatrecht werd in het verleden nog wel beweerd dat dit slechts het toepasselijke materiële recht aanwijst en niet op zichzelf kan leiden tot strijd met het Europese recht. In *Centros*,^[15] *Überseering*^[16] en *Inspire Art*^[17] heeft het Hof van Justitie echter regels van internationaal rechtspersonenrecht in strijd geacht met de vrijheid van vestiging, een andere vrijheid die wordt beschermd door de verboden in het VWEU. Hieruit volgt dat regels van internationaal privaatrecht net zo goed buiten toepassing kunnen worden gesteld wegens strijd met verdragsrechtelijke verboden.^[18] Ten aanzien van goederenrecht werd ooit gedacht dat artikel 345 VWEU – ‘De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet’ – en voorgangers betekenden dat het goederenrecht was uitgesloten van de gevolgen van het Europese recht. Het Hof heeft deze misvatting rechtgezet in *Commissie/Portugal*. Volgens het Hof bedoelen deze bepalingen slechts aan te geven dat de Europese verdragen de lidstaten vrij laten de eigendom van ondernemingen te organiseren, binnen de grenzen gesteld door die verdragen.^[19] Regels die invloed hebben op (de regulering van) zekerheidsrechten vallen binnen het bereik van het unierecht.^[20] Zie in dit kader ook Europese goederenrechtelijke regelgeving^[21] en Europese regelgeving ten aanzien van de doorwerking van zekerheidsrechten.^[22]

3. Vrijheid van goederenverkeer

Artikel 34 VWEU verbiedt ‘[k]wantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten’. Een nationale regel valt onder dit verbod als is voldaan aan twee vereisten: de regel moet zien op (1) ‘producten’ die deel uitmaken van de handel tussen lidstaten;^[23] en (2) een kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking zijn.^[24]

3.1 Producten

Producten zijn volgens het Hof ‘waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het onderwerp van handelstransacties kunnen vormen’.^[25] Ook de eigendom van die waren valt hieronder. Dat volgt uit *Krantz*,^[26] waarin het Hof de impact van het bodembeslagrecht van de Nederlandse fiscus op het (voorbehouden) eigendomsrecht van een leverancier toetste aan (een voorganger van) artikel 34 VWEU. Hoewel het Hof oordeelde dat geen sprake was van een ongeoorloofde belemmering van het vrije goederenverkeer, lijkt het Hof wel te hebben gevonden dat hier ‘producten’ in de zin van het vrije goederenverkeer in het geding waren.^[27]

Er zijn goede redenen om te verwachten dat ook andere zakelijke rechten, zoals zekerheidsrechten, de bescherming van artikel 34 VWEU genieten. Ten eerste wordt in het concept-‘Brexit-akkoord’ voorgesteld om de bescherming van de interne markt tijdens de transitieperiode te laten voortduren voor ‘... the transfer of ownership, any other property right, or possession concerning the good in question’.^[28] Ten tweede moet bij onduidelijkheid over de uitleg van Europese regels worden teruggevallen op de algemene uitlegeregels voor Europees recht, zoals het Hof die in *CILFIT* heeft voorgeschreven. Volgens deze regels moeten alle authentieke taalversies van de tekst van een regel worden vergeleken, met inachtneming van de autonome terminologie van het unierecht en in het licht van het unierecht als geheel, zijn doelstellingen en zijn ontwikkelingsstand.^[29] Bij het schrijven van deze bijdrage is geen vergelijking van de 24 authentieke taalversies van artikel 34 VWEU gemaakt. Wel kan worden vastgesteld dat de Engelse en de Nederlandse taalversies geen aanknopingspunt bieden om te stellen dat eigendom wel maar andere zakelijke rechten niet onder artikel 34 VWEU vallen. Voor wat betreft het tweede deel van de uitlegregel is van belang dat dit artikel erop is gericht om barrières op het goederenverkeer op de interne markt weg te nemen. Als een nationale regel dus een dergelijke barrière vormt, is mijns inziens sprake van strijd met artikel 34 VWEU, ook al ziet die nationale regel op zakelijke zekerheidsrechten en niet op eigendom of op de onderliggende zaken zelf.^[30]

3.2 Kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking

Kwantitatieve beperkingen zijn, in de woorden van het Hof in *Geddo*, ‘maatregelen welke, al naar het geval, de invoer, uitvoer of doorvoer geheel of ten dele beletten’.^[31] In de context van deze bijdrage gaat het dan om regels die import of export van zaken waarop een buitenlands zekerheidsrecht rust negatief beïnvloeden.^[32] Uit de studie in opdracht van de Europese Commissie en eigen ervaring blijkt niet dat er lidstaten zijn die dergelijke regels hanteren.

Een maatregel van gelijke werking is volgens het Hof ‘iedere handelsregeling der Lid-Staten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren’.^[33] De maatregel kan een wettelijke regel zijn, maar uit *Commissie/Ierland* volgt dat ook praktijken die vergelijkbaar zijn met ‘verbindende regeringsmaatregelen’

onder dit begrip vallen.^[34] Hieruit volgt dat ook in de rechtspraak geformuleerde regels, waar het in de zaken in de studie in opdracht van de Europese Commissie nogal eens om lijkt te zijn gegaan, maatregelen in de zin van artikel 34 VWEU kunnen zijn. Uit het criterium 'rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel [...] belemmeren' volgt dat de focus ligt op het effect van de maatregel en dat het doel van ondergeschikt belang is.^[35] Een maatregel is een maatregel van gelijke werking indien deze leidt tot direct of indirect discriminatoire behandeling van buitenlandse producten of belemmering van de toegang van producten tot de markt van lidstaten.

3.2.1 Maatregel van gelijke werking: directe discriminatie

Nationale regels over de behandeling van buitenlandse zekerheden kunnen tot gevolg hebben dat direct wordt gediscrimineerd tegen buitenlandse zekerheidsrechten ten opzichte van nationale zekerheden. Het is onzeker of dit probleem in de praktijk speelt. De studie in opdracht van de Europese Commissie laat hier geen voorbeelden van zien. Ik noem twee voorbeelden van regels die mijns inziens in deze categorie zouden vallen. In de eerste plaats regels die buitenlandse zekerheidsrechten als zodanig de uitwinbaarheid ontzeggen. Het kan dan gaan om regels die buitenlandse zekerheden direct nietig verklaren, maar ook om regels die voorschrijven dat een buitenlands zekerheidsrecht vervalt bij een bepaald rechtsfeit – bijvoorbeeld, overdracht van de verzekerde zaak of faillissement – en dat niet tevens voor nationale zekerheidsrechten bepalen. Ten tweede leiden regels die een buitenlands zekerheidsrecht onderwerpen aan additionele vestigingsvereisten tot directe discriminatie, als zij niet gelden voor nationale zekerheidsrechten.

3.2.2 Maatregel van gelijke werking: indirecte discriminatie

Nationale regels bewerkstelligen regelmatig dat indirect wordt gediscrimineerd tegen buitenlandse zekerheden. De nationale regels leggen dan dezelfde regels op aan nationale en buitenlandse zekerheidsrechten, maar treffen daarmee vooral buitenlandse zekerheidsrechten. Het onderzoek in opdracht van de Europese Commissie toont een aantal voorbeelden. Ten eerste zijn er regels die bepaalde typen zekerheden niet toestaan. Eerder in dit artikel werden Oostenrijkse en Franse zaken genoemd, waarin buitenlandse bezitloze zekerheidsoverdrachten niet werden erkend omdat het eigen recht geen bezitloze overdracht toestaat.^[36] Dit soort rechtsregels discrimineert indirect buitenlandse zekerheden. Om de Franse zaak als voorbeeld te nemen: in die zaak gaf een Nederlandse zekerheidsgever zaken in Nederland in bezitloze zekerheidseigendom aan een Nederlandse bank. Vervolgens bracht de zekerheidsgever de zaken naar Frankrijk, waar een schuldeiser beslag legde. De Franse rechter oordeelde dat de zekerheid niet werd erkend en dat de beslaglegger deze dus niet tegen zich hoefde te laten gelden. Voor de Nederlandse bank was het resultaat niet anders dan het voor een Franse bank was geweest op basis van dezelfde feiten. Maar een Franse bank had, vanwege bekendheid met de Franse regels, waarschijnlijk geen genoeg genomen met bezitloze zekerheid. In Nederland was bezitloze zekerheid destijds echter de norm.^[37]

Een tweede voorbeeld van indirecte discriminatie zijn regels die vestigingsvereisten opleggen aan bepaalde typen zekerheden. Het onderzoek noemt op dit punt Franse jurisprudentie waarin nationale maar ook buitenlandse eigendomsvoorbeholden alleen worden erkend als de verkoper heeft voldaan aan de vereisten van de Franse faillissementswet.^[38] Hier kan ook worden genoemd de verplichting die het Companies Act 2006 oplegt aan vennootschappen uit het Verenigd Koninkrijk om *charges* te registreren bij het Companies House. Veiligheidshalve gaat de praktijk ervan uit dat deze verplichting ook ziet op buitenlandse zekerheden die deze vennootschappen vestigen op zaken in het buitenland, en dat zekerheden die niet tijdig zijn geregistreerd in het Verenigd Koninkrijk geen voorrangspositie opleveren. In deze beide gevallen legt het nationale recht identieke formaliteiten op aan zekerheidsgevers, maar bij buitenlandse zekerheden komen die formaliteiten bovenop de vestigingsvereisten van het recht van vestiging. Een derde vorm van indirecte discriminatoire behandeling bestaat uit regels die de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde terugbrengen tot het niveau van de gerechtigde tot een nationaal zekerheidsrecht. Iemand met een buitenlands zekerheidsrecht levert dan in, iemand met een nationaal zekerheidsrecht niet. De minst ingrijpende variant is een regel als artikel 10:130 BW, die bevoegdheden alleen inperkt voor zover onverenigbaar met het nationale recht en alleen zolang de verzekerde zaak zich in de desbetreffende lidstaat bevindt. Ook in deze variant kunnen de gevolgen voor de zekerheidsgerechtigde verstrekking zijn. Volgens de onderzoekers is onder Deens insolventierecht een eigendomsvoorbehoud met doorverkooprecht, ongeacht de herkomst, in faillissement niet effectief.^[39] Voor Nederlandse leveranciers met zo'n eigendomsvoorbehoud is het dan een schrale troost dat leveranciers met een Deens eigendomsvoorbehoud ook hun goederen kwijt zijn. Ingrijpender zijn regels die transformatie voorschrijven, dat wil zeggen, omzetting van het buitenlandse zekerheidsrecht naar een equivalent nationaal zekerheidsrecht.^[40] Transformatieregels kunnen namelijk leiden tot een definitief verlies van bevoegdheden.

3.2.3 Maatregel van gelijke werking: belemmering markttoegang

In *Trailers* oordeelde het Hof dat ook 'elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert' een maatregel van gelijke werking is.^[41] In *Commissie/Griekenland (spelautomaten)* merkte het Hof in ieder geval een regel aan als strijdig met (de voorganger van) artikel 34 VWEU omdat de import van spelautomaten stopte na de inwerkingtreding van die regel.^[42] Nationale regels die slechts leiden tot extra kosten

bij import kunnen ook beperkingen van de vrijheid van goederenverkeer zijn,^[43] hoewel daarbij volgens advocaat-generaal Poiras Maduro mogelijk wel geldt dat die kosten het gevolg moeten zijn van een nationale regel die geen rekening houdt met geïmporteerde producten.^[44] In *ANETT* achtte het Hof wetgeving belemmerend omdat die 'een negatieve weerslag [kon] hebben op de keuze van de producten die de [importeurs] opnemen in hun productassortiment en, uiteindelijk, op de toegang tot de Spaanse markt voor verschillende uit andere lidstaten afkomstige producten'.^[45] Nationale regels die buitenlandse zekerheidsrechten beperken, belemmeren in de praktijk op al deze manieren markttoegang van zekerheidsrechten en daarmee het onderliggende onderpand. Deze regels zijn de oorzaak van verboden in kredietdocumentatie om onderpand te verplaatsen naar andere lidstaten en van de keuzes van bepaalde kredietnemers om voorraden op te slaan op plaatsen waar daar – vanwege goedkopere of gemakkelijker te vestigen zekerheid – meer financiering op kan worden getrokken. Deze regels zorgen ook voor extra transactiekosten. Immers, voor meerdere lidstaten moeten juristen analyses van de rechten van de zekerheidsrechtelijke opstellen, zekerheidsdocumentatie opstellen en formaliteiten zoals notaristussenkomst en registraties organiseren. Dit alles betekent dat kredietnemers er vaak voor kiezen om onderpand in bepaalde lidstaten niet te bezwaren met zekerheid en dus minder financiering aan te trekken, of daarvoor een hogere vergoeding te betalen. In *ANETT*-termen kunnen deze regels dus een negatieve weerslag hebben op de keuze van kredietnemers om potentieel onderpand onder te brengen in meerdere lidstaten, of in lidstaten waar het vestigen van zekerheden en het in stand houden van zekerheidsposities relatief duur of arbeidsintensief is.^[46]

4. Vrijheid van kapitaalverkeer

Artikel 63 lid 1 VWEU verbiedt 'alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen'. Een nationale regel raakt aan dit verbod als die regel (1) ziet op 'kapitaalverkeer'; en (2) discriminatie op grond van nationaliteit, vestigingsplaats of plaats van belegging^[47] tot gevolg heeft of op een andere manier de markttoegang belemmert.

4.1 Kapitaalverkeer

In *Trummer en Mayer* heeft het Hof aangegeven dat de bijlage bij Richtlijn 88/361 een niet-limitatieve opsomming bevat van onderwerpen die onder het 'kapitaalverkeer' vallen. ^[48] Pandrechten en andere zekerheidsrechten gegeven door een ingezetene van een lidstaat aan een niet-ingezetene van die lidstaat, en omgekeerd, komen voor op deze lijst onder de categorie 'Borgstellingen, andere garanties en pandrechten'. ^[49] Ook een zekerheidsrecht gegeven door een ingezetene aan een andere ingezetene kan onderdeel uitmaken van het kapitaalverkeer, als het feitencomplex een raakvlak heeft met de interne markt. Dat leid ik af uit *Block*, waarin het Hof oordeelde dat een erfopvolging tussen twee ingezetenen van Duitsland deel uitmaakte van het kapitaalverkeer, omdat geen sprake was van een zuiver interne situatie. Een deel van de nalatenschap bestond namelijk uit in Spanje aangehouden beleggingen en daar werd ook lokaal belasting over geheven.^[50] In mijn optiek is er voldoende raakvlak met de interne markt als met zekerheid bezwaarde zaken worden overgebracht van de ene naar de andere lidstaat.^[51]

4.2 Discriminatie of belemmering markttoegang

Discriminatie kan direct of indirect zijn. Voor voorbeelden van beide vormen verwijs ik naar de relevante paragrafen over vrijheid van goederenverkeer hierboven. Daar werd al vastgesteld dat de studie in opdracht van de Europese Commissie laat zien dat indirect discriminatoire regelgeving ten aanzien van buitenlandse zekerheidsrechten voorkomt. Van een belemmering van de markttoegang is volgens het Hof sprake als een regel partijen ervan kan weerhouden om een transactie te verrichten, en die transactie de bescherming van de vrijheid van kapitaalverkeer geniet. Zo oordeelde het Hof in *Trummer en Mayer* dat de verplichting om hypotheek in te schrijven voor een bedrag in Oostenrijkse schilling of een tegenwaarde in goud schuldeisers ervan weerhield om de vrijheid tot het uitlenen van geld in andere valuta uit te oefenen. Een daling van de schilling ten opzichte van de munteenheid waarin de lening was verstrekt, zou immers betekenen dat de zekerheid van de financier minder waard zou worden.^[52] In *Commissie/Portugal* achtte het Hof een toestemmingsvereiste voor de aankoop van een bepaalde hoeveelheid aandelen strijdig met de vrijheid van kapitaalverkeer, omdat dit investeerders zou kunnen ontmoedigen.^[53] In *Konle* merkte het Hof een vergunningsvereiste voor de aankoop van land aan als 'naar haar aard [...] een beperking van het vrije kapitaalverkeer'. ^[54] Een regel die de doorwerking van een buitenlands zekerheidsrecht beperkt, zal al snel een belemmering van de markttoegang zijn. Het uitlenen van geld en het voor een vordering uit geldlening vestigen van een zekerheidsrecht zijn immers transacties die door de vrijheid van kapitaalverkeer worden beschermd, en een nationale beperking weerhoudt de zekerheidhouder ervan om zijn rechten onder die transacties ten volle uit te oefenen. Uit *Commissie/Portugal* en *Konle* kan worden afgeleid dat dit ook geldt voor nationale regels die nadere eisen stellen aan de doorwerking van buitenlandse zekerheden, zoals registratie.

5. Samenloop

Als een nationale beperking mogelijk in strijd komt met zowel het verbod op beperkingen van het vrije goederenverkeer als het verbod op beperkingen op het vrije kapitaalverkeer, moet de rechter onderzoeken of hoofdzakelijk sprake is van uitoefening van één van deze vrijheden en dan bezien of sprake is van strijd met het verbod op beperkingen van die vrijheid.^[55] In *Schindler* overwoog het Hof bijvoorbeeld dat bij de organisatie van een loterij waarbij de papieren loten werden geïmporteerd eerder de vrijheid van dienstenverkeer in het geding was dan de vrijheid van goederenverkeer, omdat de invoer van de loten geen doel op zich was.^[56] In de context van deze bijdrage laat dit onderscheid zich minder makkelijk maken. Vanuit de zekerheidsgever bezien zal eerder de vrijheid van goederenverkeer in het geding zijn en vanuit de zekerheidsgerechtigde de vrijheid van kapitaalverkeer. Waar geen onderscheid kan worden gemaakt, moet de rechter toetsen aan de verboden op beperkingen van beide vrijheden.^[57]

6. Wanneer is een beperking gerechtvaardigd?

Een beperking die in strijd lijkt te zijn met artikel 34 of 63 lid 1 VWEU, kan desondanks geoorloofd zijn omdat een rechtvaardiging bestaat voor die beperking. Die rechtvaardiging kan in het VWEU zelf staan of zijn ingegeven door dwingende eisen van algemeen belang. De herkomst van deze rechtvaardigingen verschilt overigens wel per beperking:

| Vrijheid | Soort beperking | Herkomst rechtvaardiging | |
|-----------------|-------------------------------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------|
| | | VWEU | Dwingende eisen algemeen belang |
| Goederenverkeer | Directe discriminatie | Artikel 36 VWEU | Jurisprudentie ^[58] |
| | Indirecte discriminatie of overige belemmering markttoegang | Artikel 36 VWEU | Jurisprudentie ^[59] |
| Kapitaalverkeer | Alle | Artikel 65(1)(b) VWEU ^[60] | Jurisprudentie ^[61] |

Voor alle rechtvaardigingen geldt dat zij een beperking niet kunnen redden, als die beperking in ongeoorloofde strijd komt met Europese grondrechten.^[62]

6.1 Rechtvaardiging op grond van het VWEU

Artikel 36 VWEU noemt een aantal gronden waarop inbreuk mag worden gemaakt op de vrijheid van goederenverkeer.^[63] Artikel 65 lid 1 onder b VWEU staat maatregelen toe die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn. Ik herken – in ieder geval in de Nederlandse en Engelse taalversies van dit artikel – in deze gronden geen bases voor beperkingen op buitenlandse zekerheidsrechten. Het oprekken van deze gronden om die rechtvaardigingen daar wel onder te scharen, past niet bij het feit dat artikelen 34 en 63 lid 1 VWEU juist fundamentele regels van unierecht is waarop slechts beperkt uitzonderingen zijn toegestaan.^[64]

Er zijn schrijvers die in de grond ‘openbare orde’ een mogelijke rechtvaardiging voor inbreuken op buitenlandse zekerheidsrechten zien. Lidstaten zouden deze grond gebruiken om te rechtvaardigen dat zij buitenlandse zekerheidsrechten op onderpand op hun grondgebied onderwerpen aan het gesloten stelsel van zakelijke rechten – ook wel de *numerus clausus* genoemd – van hun eigen recht (de *lex rei sitae*).^[65] In de Duitse literatuur wordt een dergelijke rechtvaardiging naar ik begrijp ook bepleit.^[66] Ik vind deze benadering niet passen bij het openbare-ordebegrip dat het Hof lijkt te hanteren. In het verleden heeft het Hof vooral regels op het gebied van handhaving en veiligheid aangemerkt als zijnde van ‘openbare orde’.^[67] De *lex rei sitae*-regel en door de *numerus clausus* ingegeven regels daarentegen zijn in de gebruikelijke uitleg bestemd om economische orde te scheppen. De *lex rei sitae*-regel doet dat door een passend aanknopingspunt voor goederenrechtelijke kwesties aan te wijzen.^[68] Regels die voortvloeien uit het *numerus clausus*-principe beogen volgens velen ook economische doelen.^[69] Zo heeft het onthouden van erkenning aan buitenlandse zekerheden of het voorschrijven van transformatie of aanpassing van het nationale recht^[70] waarschijnlijk ten doel de kenbaarheid, voorspelbaarheid en onderlinge verhouding van zakelijke rechten te bewaken. Het niet toestaan van bezitloze of stille zekerheid en het voorschrijven van extra vestigingsvereisten komt doorgaans voort uit de gedachte dat zekerheid publiek moet zijn, om de verhaalsposities van zekerheidsgerechtigden en andere schuldeisers inzichtelijk te maken. Juist regels met een economische doelstelling vallen volgens het Hof niet onder het openbare orde-begrip van artikel 36 of 65 lid 1 onder b VWEU.^[71]

Regels die wel van ‘openbare orde’ zijn, genieten de bescherming van dat artikel alleen als zij niet neerkomen op willekeurige discriminatie of verkapt beperking van de intracommunautaire handel.^[72] Volgens het Hof is daar sprake van bij een ‘oneigenlijk gebruik’ van nationale regels ‘en wel dusdanig dat goederen van oorsprong uit andere Lid-Staten worden gediscrimineerd of bepaalde nationale producties zijdelings worden beschermd’.^[73] Dat maakt het volgens mij

moeilijk om direct discriminatoire regels – die immers per definitie willekeurig discrimineren^[74] – te rechtvaardigen. Beperkingen die geen ruimte laten voor de afwijkende identiteit van buitenlandse zekerheden, zoals het eerdergenoemde onthouden van erkenning aan bezitloze zekerheid, lopen volgens mij ook stuk op dit vereiste. In feite probeert het nationale recht dan te bepalen hoe buitenlandse zekerheden kunnen worden gevestigd, en daarmee veroorzaakt het zowel discriminatie tegen buitenlandse zekerheden als te verstrekkende bescherming van nationale aanspraken op zaken waarop buitenlandse zekerheden rusten.

6.2 Rechtvaardiging op grond van dwingende eisen van algemeen belang

Een beperking op buitenlandse zekerheden kan zijn ingegeven door dwingende eisen van algemeen belang. Dat zijn volgens het Hof belangrijke redenen voor lidstaten om op te treden, bij afwezigheid van Europese regelgeving.^[75] Het Hof heeft verschillende mogelijke rechtvaardigingsgronden voor de inperking van de bevoegdheden van de gerechtigde tot een buitenlands zekerheidsrecht als dwingende eisen van algemeen belang aangemerkt. In *SEVIC* en *Polbud* ging het om de bescherming van de rechten van schuldeisers.^[76] In *Trummer en Mayer* accepteerde het Hof dat duidelijkheid en doorzichtigheid van de rechten van schuldeisers met en zonder zekerheid dwingende eisen van algemeen belang kunnen zijn.^[77] Regels die zuiver economische doelstellingen hebben en niet dienen tot bescherming van partijen, zijn echter geen dwingende eisen van algemeen belang.^[78]

Niet iedere beperking die is gebaseerd op dwingende eisen van algemeen belang is gerechtvaardigd. Daarvoor is vereist dat die beperking zowel geschikt als benodigd is om het beoogde doel te bereiken.^[79] Geschiktheid houdt volgens het Hof in dat de beperking adequaat is voor het daadwerkelijk bereiken van het gestelde doel. Dat moet zeer concreet worden getoetst^[80] en vergt om die reden een uitermate kritische beschouwing van het nationale recht dat wil ingrijpen ten aanzien van een buitenlands zekerheidsrecht. Als het nationale recht bijvoorbeeld bezitloze zekerheid verbiedt onder het vaandel van bescherming van de gerechtvaardigde verwachtingen van derden-schuldeisers, moet daarbij de vraag worden gesteld hoeveel informatie die schuldeisers überhaupt ontlenen aan bezit.^[81] En als een beperking wordt gesteld om de coherentie van het stelsel van goederenrechtelijke rechten te bewaken, moet worden getoetst of het nationale stelsel van goederenrecht eigenlijk wel coherent is.^[82]

Ter illustratie: in *Trummer en Mayer* achtte het Hof Oostenrijkse wetgeving ongeschikt, die in het kader van transparantie voor schuldeisers eiste dat hypotheken werden geregistreerd in Oostenrijkse schilling of de tegenwaarde daarvan in goud. Volgens het Hof zou hiermee weliswaar aan schuldeisers van lagere rang duidelijkheid kunnen worden geboden over hun verhaalspositie, maar zou dat ten koste gaan van schuldeisers met een hypotheekvordering gedomineerd in een andere valuta.^[83] Daarmee kan gezegd worden dat een nationaalrechtelijke beperking die bedoelt schuldeisers te beschermen tegen onduidelijkheid over hun aanspraken niet mag leiden tot onzekerheid voor de gerechtigde tot een buitenlands zekerheidsrecht.

Benodigdheid vereist dat (i) de beperking nodig is om het gestelde doel te bereiken; en (ii) dat doel niet kan worden bereikt met beperkingen die minder verstrekkend zijn of minder impact hebben op de intracommunautaire handel.^[84] Het eerste criterium betekent dat ingrepen die een reeds op een andere manier geboden bescherming beogen te bieden niet zijn toegestaan. Het opleggen van bijvoorbeeld een registratievereiste om schuldeisers duidelijkheid te bieden – voor zover dat de geschiktheidstest kan doorstaan – mag dus niet als de *lex causae* al op een andere manier voorziet in behartiging van dat belang. Uit *Polbud* volgt dat het volstaat als de *lex causae* op ‘passende wijze’ bescherming biedt.^[85] Dat lees ik als: voldoende bescherming, gezien het te bereiken doel. Eenzelfde bescherming of een eenzelfde mate van bescherming is mijns inziens niet vereist.

Het tweede criterium is een horde die weinig beperkingen op buitenlandse zekerheden zullen kunnen nemen. Het feit dat er lidstaten zijn die transformatie in plaats van nietigheid van buitenlandse zekerheden voorschrijven, of een regel als artikel 10:130 BW in plaats van transformatie,^[86] laat zien dat voor veel beperkingen een minder verstrekkend alternatief denkbaar is. Ik vraag mij ook af of artikel 10:130 BW – wat er toch toe kan leiden dat een zekerheidsgerechtigde bevoegdheden niet kan uitoefenen of een slechtere positie heeft ten opzichte van derden dan onder de *lex causae* – wel veilig is op dit punt. Zou het niet minder impact hebben op het handelsverkeer tussen lidstaten als niet het buitenlandse zekerheidsrecht, maar de *lex rei sitae* plaatsmaakt voor de rechten en bevoegdheden die de *lex causae* van het buitenlandse zekerheidsrecht toekent? De zekerheidsgerechtigde zou dan in dezelfde positie verkeren als onder de *lex causae*. De uitwerking van dit alternatief vergt uiteraard wel veel van nationale wetgevers en rechters. Wetgevers zouden alle naar het recht van lidstaten gevestigde zekerheidsrechten die op hun grondgebied kunnen worden uitgewonnen een plaats moeten geven ten opzichte van elkaar en van andere nationale goederenrechtelijke aanspraken en regels ten aanzien van zekerheden. Zolang een dergelijke pan-Europese *numerus clausus* ontbreekt, valt de ongelukkige rechter die zich ermee geconfronteerd ziet de taak ten deel om de *lex rei sitae* aan te passen op het buitenlandse zekerheidsrecht. De complexiteit van zijn opgave kan echter geen reden zijn voor Europees recht om plaats te moeten maken voor daarmee strijdig nationaal recht.^[87]

6.3 Geen ongeoorloofde strijd met Europese grondrechten

Het Europese grondrecht dat bij een beperking op een zekerheidsrecht het meest waarschijnlijk in het geding zal zijn, is het recht op ongestoord genot van eigendom, dat is opgenomen in artikel 1 van het Eerste protocol bij het Europees verdrag tot

bescherming van de rechten van de mens (EP). Op grond van artikel 52 lid 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie biedt artikel 17 van het Handvest tenminste dezelfde mate van bescherming aan eigendom.^[88] 'Eigendom' in deze zin omvat volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) mede een zakelijk zekerheidsrecht.^[89] Dat het daarbij om een buitenlands zekerheidsrecht gaat, is niet relevant.^[90]

Het stellen van beperkingen aan zekerheidsrechten is een inbreuk op het recht van ongestoord genot van eigendom. Als de beperking zo ver gaat dat het buitenlandse zekerheidsrecht als niet bestaand wordt beschouwd of niet kan worden uitgeoefend, is waarschijnlijk sprake van onteigening (*deprivation*) in de zin van artikel 1 EP. Daarnaast is het stellen van beperkingen een vorm van regulering van eigendom, één van de inbreuken die uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 1 EP.^[91]

Een inbreuk is geoorloofd als die (i) rechtmatig; (ii) in het algemeen belang; en (iii) proportioneel is.^[92] De betekenis die het EHRM heeft toegekend aan deze vereisten, heeft tot gevolg dat het niet mogelijk is om in algemene zin te zeggen of beperkingen op buitenlands zekerheden zijn toegestaan. Ik beperk mij hier dan ook tot een samenvatting van de vereisten voor geoorloofdheid. Rechtmatigheid vereist een basis in een kenbare rechtsregel, die zo duidelijk is dat een rechtssubject zijn gedrag hierop kan afstemmen en dat de inbreuk niet willekeurig kan worden gemaakt.^[93] De rechtsregel mag in jurisprudentie geformuleerd zijn. Een beperking is in het algemeen belang als de Staat in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot die beperking. Discretie van de Staat is hierbij het uitgangspunt.^[94] Proportionaliteit betekent dat, alle omstandigheden beziend, sprake is van een *fair balance* tussen het algemeen belang en het belang van het rechtssubject in kwestie.^[95] In *Gasus* heeft het EHRM een drietal omstandigheden genoemd dat mogelijk relevant is voor de beoordeling of sprake is van een *fair balance* tussen de belangen van de zekerheidsgerechtigde en het algemeen belang. In die zaak kwam een leverancier met eigendomsvoorbehoud naar Duits recht van een nog niet afbetaalde, zich in Nederland bevindende machine op tegen het bodembeslag van de Nederlandse Ontvanger. Ten eerste overwoog het EHRM dat de leverancier kon verwachten dat Nederlands recht de effectiviteit van het eigendomsvoorbehoud zou beheersen.^[96] Interessant is dat de leverancier voor zover bekend geen beroep heeft gedaan op de bescherming die hij mocht verwachten van de vrijheid van goederen – of kapitaalverkeer – wellicht had het EHRM dan anders geoordeeld. Ten tweede gaf het EHRM aan dat het binnen de discretie van de Ontvanger valt om zekerheidseigendom in mindere mate te respecteren dan reële eigendom.^[97] Dit impliceert dat er onder artikel 1 EP een verhoogde discretie is tot beperking van zekerheidsrechten ten opzichte van (echte) eigendom. Ten derde vond het EHRM het een verzachtende omstandigheid dat het Nederlandse recht de voorrangspositie van de leverancier ten opzichte van andere schuldeisers onverlet liet.^[98] Een beperking die breder ingrijpt, zal dus eerder ongeoorloofd zijn.

7. Conclusie: beschermt Europees recht een Nederlands vuistloos pandrecht in het buitenland?

Regels van een andere lidstaat die de rechten of bevoegdheden van de pandhouder van een Nederlands vuistloos pandrecht beperken, zijn in beginsel niet toegestaan. Het uitgangspunt voor de pandhouder is dan ook dat hij erop mag vertrouwen dat hij zijn rechten en bevoegdheden in andere lidstaten onverkort mag uitoefenen. Hij hoeft alleen rekening te houden met beperkingen die worden gerechtvaardigd door dwingende eisen van algemeen belang, die geschikt en benodigd zijn om dat belang te behartigen en die niet in strijd komen met het grondrecht van ongestoord genot van eigendom. Aan deze vereisten is niet snel voldaan.

Voor pandhouders (en pandgevers) kan het dus de moeite zijn om in verweer te komen als ze in een andere lidstaat rechten of bevoegdheden worden onteigend. Voor de vaststelling van hun rechtspositie volstaat het niet om te kijken naar het nationale internationaal privaatrecht en het daardoor aangewezen materiële recht. Met zo'n analyse kan slechts de (mogelijk) maximale impact van het nationale recht in kaart worden gebracht. Waar die maximale impact in strijd komt met artikel 34 of 63 lid 1 VWEU, moet het nationale recht wijken. Het is uiteraard een lastige opgave om vast te stellen welke regels van nationaal recht aan de kant worden gezet. Om nog maar niet te spreken van de complexiteit van het beoordelen of die beperkingen wel geschikt en benodigd zijn, of in strijd komen met artikel 1 EP. Toch is dit een toets die – in navolging van veel andere rechtsgebieden – ook in het (internationale) goederenrecht zal moeten worden verricht. Lagere rechters kunnen en de hoogste rechters moeten onduidelijkheden over de uitleg van de verboden van artikel 34 of 63 lid 1 VWEU voorleggen aan het Hof,^[99] tenzij sprake is van een zogenaamde *acte clair* of *acte éclairé*.^[100] Mijns inziens is daar op dit moment alleen bij nationale regels die evident discrimineren tegen buitenlandse zekerheden sprake van.

Voor gerechtigden tot andere zakelijke rechten, beslagleggers, andere schuldeisers van de pandgever en de pandgever zelf of diens curator betekent het bovenstaande dat nationale regels die hen beschermen aan de kant kunnen worden gezet door het Europese recht. Waar nu vooral financiers zich zorgen maken over de invloed van nationaal recht op hun buitenlandse zekerheidsrechten, moeten misschien juist deze andere belanghebbenden zich zorgen maken over de invloed van buitenlandse zekerheidsrechten op hun nationale recht.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: W.H.J. van den Wildenberg, 'Europese zekerheid met Nederlands vuistloos pandrecht', *TvI* 2018/29. W. van den Wildenberg is advocaat bij Rutgers & Posch (wouter.vandenwildenberg@rutgersposch.com). Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan Bram Akkermans en Kees Westermann voor hun input.

[2]

Zo constateert ook W-H. Roth, 'Secured Credit and the Internal Market', in: H. Eidenmüller & E-M. Kieninger (red.), *The Future of Secured Credit in Europe*, Berlijn: W. De Gruyter Recht 2008, p. 37.

[3]

Chr. von Bar & U. Drobnig (red.), *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*, München: Sellier European Law Publishers 2004, p. 343 e.v. Dit onderzoek biedt een goede indicatie van de regels waarmee gerechtigden tot buitenlandse zekerheden kunnen worden geconfronteerd. Bij het schrijven van deze bijdrage heb ik niet onderzocht of de regels die in dit onderzoek worden genoemd nog geldend recht zijn in de desbetreffende lidstaten.

[4]

Von Bar & Drobnig 2004, p. 343.

[5]

Von Bar & Drobnig 2004, p. 344. Het ging overigens om een zekerheidsoverdracht die naar Nederlands recht wel geldig was (onder het oud BW).

[6]

Von Bar & Drobnig 2004, p. 347.

[7]

Ik verwijs in dit artikel regelmatig naar 'buitenlandse' zekerheden. Daarmee bedoel ik: Zekerheidsrechten die geldig zijn gevestigd naar het recht van een lidstaat op een roerende zaak, welke zaak na vestiging naar een andere lidstaat is verplaatst.

[8]

Von Bar & Drobnig 2004, p. 342. Overigens worden artikel 10:130 BW en haar voorganger in de Wet conflictenrecht goederenrecht niet behandeld in het onderzoek.

[9]

Zie bijvoorbeeld Von Bar & Drobnig 2004, p. 348.

[10]

Ik gebruik hier de Nederlandse term 'vestiging', maar doel hiermee mede op *perfection* van zekerheden.

[11]

HvJ 5 februari 1963, zaak 26/62 (*Van Gend & Loos*) en HvJ 23 maart 1977, zaak 74/76 (*Jannelli*).

[12]

HvJ 15 juni 1964, zaak 6/64 (*Costa/ENEL*) en HvJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/94 (*Sanz de Lera*), r.o. 41-48.

[13]

Vgl. A.S. Hartkamp, 'De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht', *WPNR* 2009/6792, p. 255.

[14]

Overigens is dit geen zogenaamde horizontale werking van gemeenschapsrecht, omdat de verdragsbepalingen niet bedoelen de verhoudingen tussen private partijen te regelen. Vgl. Hartkamp 2009, p. 254-255 en L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Monografieën BW nr. A30, 2010, 5.4 en zie ook C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 77.

[15]

HvJ 9 maart 1999, zaak C-212/97 (*Centros*).

[16]

HvJ 5 november 2002, zaak C-208/00 (*Überseering*).

[17]

HvJ 30 september 2003, zaak C-167/01 (*Inspire Art*).

[18]

Zie uitgebreider hierover H.L.E. Verhagen, *Conflict mobile bij roerende zaken: assimilatie of transformatie? Een bijdrage over roerende zaken in het internationaal privaatrecht*, Studiekring Offerhaus nr. 10, Deventer: Kluwer 2007, p. 29-30.

[19]

HvJ 4 juni 2002, zaak C-367/98 (*Commissie/Portugal*). Zie ook B. Akkermans & E. Ramaekers, 'Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its meaning and interpretations', *European Law Journal* 2010, p. 302 over de achtergrond van deze bepaling.

[20]

Zie ook B. Akkermans, 'De invloed van het Europese recht op het Nederlandse goederenrecht', *WPNR* 2013/6992.

[\[21\]](#)

Bijvoorbeeld Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten.

[\[22\]](#)

Bijvoorbeeld Verordening 2015/848/EU betreffende insolventieprocedures, artikelen 7 en 8 en Richtlijn 1993/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (artikel 7 lid 1 als toegepast in HvJ 17 juli 2014, zaak C-169/14 (*Sánchez Morcillo en del Carmen Abril García/Banco Bilbao*)) en het voorstel COM(2018) 96 voor de verordening betreffende het recht van toepassing op de gevolgen voor derden van cessies van vorderingen.

[\[23\]](#)

Artikel 28 lid 2 en 29 VWEU.

[\[24\]](#)

In deze bijdrage ga ik niet in op een mogelijke derde categorie van verboden inbreuken, de 'nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden' (HvJ 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (*Keck en Mithouard*)). Ik behandel deze categorie niet, omdat onduidelijk is of deze nog separaat bestaat en omdat ik betwijfel dat deze van toepassing is op het soort zekerheden waar dit artikel op ziet. Zie hierover Akkermans & Ramaekers 2013, p. 245-247.

[\[25\]](#)

HvJ 10 december 1968, zaak 7/68 (*Commissie /Italië*).

[\[26\]](#)

HvJ 7 maart 1990, zaak C-69/88 (*Krantz*).

[\[27\]](#)

Zie ook J.W. Rutgers, *International reservation of title clauses. A study of Dutch, French and German Private International Law in the Light of European Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 1999, p. 181-182.

[\[28\]](#)

Artikel 36 onder c van de Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community van 19 maart 2018, TF50 (2018) 35. De onderstreping is van mijn hand.

[\[29\]](#)

HvJ 6 oktober 1982, zaak C-283/81 (*CILFIT*), r.o. 18-20.

[\[30\]](#)

Zo ook, naar ik begrijp, Roth 2008, p. 49.

[\[31\]](#)

HvJ 12 juli 1973, zaak 2/73 (*Geddo*), r.o. 7.

[\[32\]](#)

Zie ook Akkermans & Ramaekers 2013, p. 242.

[\[33\]](#)

HvJ 11 juli 1974, zaak 8/74 (*Dassonville*), r.o. 5.

[\[34\]](#)

HvJ 24 november 1982, zaak 249/81 (*Commissie/Ierland*), r.o. 24-27. Zie ook Barnard 2016, p. 75.

[\[35\]](#)

Zie ook Barnard 2016, p. 79.

[\[36\]](#)

Von Bar & Drobnig 2004, p. 343-344.

[\[37\]](#)

Vgl. in dit kader HvJ 6 maart 2018, gevoegde zaken C-52/16 en C-113/16 (*SEGRO en Horváth*), r.o. 74: indirecte discriminatie op grond van nationaliteit en herkomst kapitaal omdat 'de [...] aan de orde zijnde regeling meer nadeel berokkent aan staatsburgers van andere lidstaten dan aan Hongaarse staatsburgers...'.
[...]

[\[38\]](#)

Von Bar & Drobnig 2004, p. 344.

[\[39\]](#)

Von Bar & Drobnig 2004, p. 343.

[\[40\]](#)

Zo ook Verhagen 2007, p. 36.

[\[41\]](#)

HvJ 10 februari 2009, zaak C-110/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 37.

[\[42\]](#)

HvJ 26 oktober 2006, zaak C-65/05 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 28 en 30.

[\[43\]](#)

Barnard 2016, p. 106, onder verwijzing naar HvJ 23 oktober 1997, zaak C-189/95 (*Franzén*), r.o. 71 en HvJ 5 februari 2004, zaak C-270/02 (*Commissie/Italië*), r.o. 10.

[\[44\]](#)

Barnard 2016, p. 106-107, onder verwijzing naar de opinie van advocaat-generaal Poiares Maduro bij gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04 (*Alfa Vita en Carrefour*).

[\[45\]](#)

HvJ 26 april 2012, zaak C-456/10 (*ANETT*), r.o. 42.

[\[46\]](#)

Tot deze conclusie komen ook Roth 2008, p. 50 en Akkermans & Ramaekers 2013, p. 242-243, hoewel (hoofdzakelijk) ten aanzien van eigendomsvoorbeholden.

[\[47\]](#)

Hoewel artikel 63 lid 1 VWEU (anders dan artikel 67 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957) het discriminatieverbod niet met zoveel woorden noemt, volgt uit de jurisprudentie van het Hof dat het artikel wel degelijk dit verbod bevat. Zie bijvoorbeeld HvJ 30 juni 2016, zaak C-123/15 (*Feilen*), r.o. 19.

[\[48\]](#)

HvJ 16 maart 1999, zaak C-222/97 (*Trummer en Mayer*), r.o. 21. Dit arrest zag op een voorganger van artikel 63 VWEU, maar algemeen wordt er van uitgegaan dat deze uitlegregel ook geldt voor artikel 63 VWEU. Zie ook Barnard 2016, p. 522.

[\[49\]](#)

Bijlage bij Richtlijn 88/361/EEG van 24 juni 1988, onderdeel IX. Zie ook bovengenoemd arrest, r.o. 23.

[\[50\]](#)

HvJ 12 februari 2009, zaak C-67/08 (*Block*), r.o. 21. Zie ook HvJ 11 december 2003, zaak C-364/01 (*Barbier*), r.o. 59.

[\[51\]](#)

Zo ook Roth 2008, p. 50.

[\[52\]](#)

HvJ 16 maart 1999, zaak C-222/97 (*Trummer en Mayer*), r.o. 26.

[\[53\]](#)

HvJ 4 juni 2002, zaak C-367/98 (*Commissie/Portugal*), r.o. 45-46.

[\[54\]](#)

HvJ 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle/Republiek Oostenrijk*), r.o. 39.

[\[55\]](#)

HvJ 3 oktober 2006, zaak C-452/04 (*Fidum Finanz*), r.o. 34.

[\[56\]](#)

HvJ 24 maart 1994, zaak C-275/92 (*Schindler*), r.o. 22.

[\[57\]](#)

HvJ 3 oktober 2006, zaak C-452/04 (*Fidum Finanz*), r.o. 34.

[\[58\]](#)

Het gaat hier om arresten waarin het Hof dergelijke beperkingen aan deze maatstaf heeft getoetst, wat impliceert dat deze beperkingen zijn toegestaan als zij die test doorstaan. Zie hierover uitgebreid Barnard 2016, p. 85-87.

[\[59\]](#)

HvJ 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Rewe-Zentral*), r.o. 8 e.v. en HvJ 10 februari 2009, zaak C-110/05 (*Commissie/Italië*), r.o. 59-60.

[\[60\]](#)

Artikel 64-66 VWEU bevatten ook andere uitzonderingen op artikel 63 lid 1 VWEU, maar deze uitzonderingen zullen in de context van deze bijdrage doorgaans geen rol spelen.

[\[61\]](#)

HvJ 4 juni 2002, zaak C-367/98 (*Commissie/Portugal*), r.o. 49.

[62]

Vgl. HvJ 18 juni 1991, zaak C-260/89 (*Plioforissis*), r.o. 44-45 en HvJ 25 maart 2004, zaak C-71/02 (*Karner*), r.o. 49.

[63]

Bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

[64]

HvJ 25 januari 1977, zaak 46/76 (*Bauhuis*), r.o. 12 en HvJ 6 maart 2018, gevoegde zaken C-52/16 en C-113/16 (*SEGRO en Horváth*), r.o. 96.

[65]

B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen/Oxford/Portland: Intersentia 2008, p. 529 en Akkermans & Ramaekers 2013, p. 248 (in het kader van artikel 36 VWEU). Deze onderwerping is het gevolg van verwijzingsregels die het recht van het land waar de bezwaarde zaak zich bevindt aanwijzen als het recht dat bepaalt binnen welke kaders de rechten verbonden aan een zekerheidsrecht kunnen worden uitgeoefend. Zie hierover uitgebreid Verhagen 2007, p. 6-15.

[66]

Zie Akkermans 2008, p. 529-530.

[67]

Zie voor artikel 36 VWEU HvJ 27 oktober 1977, zaak 30/77 (*Bouchereau*), HvJ 9 december 1997, zaak C-265/95 (*Commissie/Frankrijk*), HvJ 11 september 2003, zaak C-6/01 (*Anomar*), HvJ 2 oktober 2003, zaak C-12/02 (*Grilli*), HvJ 28 september 2006, zaak C-434/04 (*Ahokainen en Leppik*) en HvJ 16 december 2010, zaak C-137/09 (*Josemans*) en voor artikel 65 lid 1 onder b VWEU HvJ 14 december 1995, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/94 (*Sanz de Lera*) en HvJ 1 oktober 2009, zaak 567/07 (*Sint Servatius*).

[68]

Zie uitgebreid Verhagen 2007, p. 6-7.

[69]

Zie uitgebreid over de (niet altijd bekende) ratio van de *numerus clausus* T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Serie Onderneming en Recht, deel 37, Deventer: Kluwer 2007, p. 287-357 en Akkermans 2008, p. 437-487.

[70]

Zie Verhagen 2007, p. 18-21 over het verschil tussen transformatie en aanpassing.

[71]

HvJ 19 december 1961, zaak 7/61 (*Commissie/Italië*), HvJ 20 mei 1976, zaak 104/75 (*De Peijper*), r.o. 18, HvJ 7 februari 1984, zaak 238/82 (*Duphar*), r.o. 23 en HvJ 7 juni 2012, zaak 39/11 (*VBV/FMA*), r.o. 29.

[72]

Artikel. 36 en 65 lid 3 VWEU.

[73]

HvJ 14 december 1979, zaak 34/79 (*Henn en Darby*), r.o. 21.

[74]

Vgl. Akkermans 2008, p. 534.

[75]

Zie bijvoorbeeld HvJ 20 februari 1979, zaak 120/78 (*Rewe-Zentral*), r.o. 8 e.v.

[76]

HvJ 13 december 2005, zaak C-411/03 (*SEVIC*), r.o. 28 en HvJ 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud*), r.o. 54. In beide gevallen ging het om beperkingen op de vrijheid van vestiging.

[77]

HvJ 16 maart 1999, zaak C-222/97 (*Trummer en Mayer*), r.o. 30.

[78]

HvJ 28 april 1998, zaak C-120/95 (*Decker*), r.o. 39. Zie ook Rutgers 1999, p. 202 en Akkermans & Ramaekers 2013, p. 250.

[79]

Zie bijvoorbeeld HvJ 17 oktober 2002, zaak C-79/01 (*Payroll Data Services*), r.o. 32 en 36.

[80]

Zie uitgebreid over de geschiktheidstest (in de context van die zaak) HvJ 26 juni 1997, zaak C-368/95 (*Familiapress*), r.o. 30 e.v.

[81]

Zo ook Roth 2008, p. 57. Vgl. in dit kader HvJ 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud*), r.o. 58, waar het Hof overweegt dat '... rekening [moet worden] gehouden met het werkelijke risico op schending van de belangen van de schuldeisers'.

[82]

Zo ook Rutgers 1999, p. 202 en Akkermans & Ramaekers 2013, p. 250. Vgl. in dit kader HvJ 5 juni 2007, zaak C-170/04 (*Rosengren*), r.o. 51-54, maar kennelijk anders HvJ 13 juli 2004, zaak C-429/02 (*Bacardi France*), r.o. 40-41.

[83]

HvJ 16 maart 1999, zaak C-222/97 (*Trummer en Mayer*), r.o. 31.

[84]

HvJ 5 juni 2007, zaak C-170/04 (*Rosengren*), r.o. 50.

[85]

HvJ 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud*), r.o. 58.

[86]

Zo ook Verhagen 2007, p. 36.

[87]

Zie ook Akkermans 2008, p. 537-538 over andere complicaties die dit met zich kan brengen.

[88]

Zie hierover T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een erkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht – Deel 2', *NTBR* 2011/76. Hierbij ga ik er van uit dat nationale overheden, als zij beperkingen stellen op de vrijheid van goederenverkeer of kapitaalverkeer, optreden binnen het toepassingsgebied van het unierecht en dus zijn gehouden aan het Handvest. Zie hierover T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een erkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht – Deel 1', *NTBR* 2011/68.

[89]

EHRM 23 februari 1995, application no. 15375/89 (*Gasus*), r.o. 53.

[90]

Bovengenoemd arrest, r.o. 39.

[91]

Zie bijvoorbeeld bovengenoemd arrest, r.o. 55.

[92]

Zie F. MacCarthy, *Article One of the First Protocol to the European Convention on Human Rights: the evolution of a right in Europe and the United Kingdom*, Glasgow: University of Glasgow 2009, p. 98-99. Een vierde criterium dat vaak wordt genoemd, dat de inbreuk in overeenstemming met algemene principes van internationaal recht moet zijn, geldt niet voor regulering en mijns inziens niet voor het type onteigening waar een beperking op een buitenlands zekerheidsrecht in de regel toe leidt. Zie in dit kader MacCarthy 2009, p. 130-131 over het *Gasus*-arrest.

[93]

EHRM 26 april 1979, application no. 6538/74 (*Sunday Times*), r.o. 49 en EHRM 2 augustus 1984, application no. 8691/79 (*Malone*), r.o. 67.

[94]

EHRM 19 december 1989, application no. 10522/83 (*Mellacher*), r.o. 45.

[95]

EHRM 23 september 1982, application no. 7151/75 (*Sporrong and Lönnroth*), r.o. 69.

[96]

EHRM 23 februari 1995, application no. 15375/89 (*Gasus*), r.o. 67.

[97]

Bovengenoemd arrest, r.o. 68.

[98]

Bovengenoemd arrest, r.o. 70.

[99]

Artikel 267 VWEU.

[100]

HvJ 6 oktober 1982, zaak 283/81 (*CILFIT*), r.o. 21.