

III

(Vorbereidende handelingen)

EUROPESE CENTRALE BANK

ADVIES VAN DE EUROPESE CENTRALE BANK

van 18 juli 2018

inzake een voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van de cessie van vorderingen

(CON/2018/33)

(2018/C 303/02)

Inleiding en rechtsgrondslag

Op 12 maart 2018 heeft de Europese Commissie een voorstel aangenomen voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad ontvangen betreffende het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van de cessie van vorderingen (hierna het „Voorstel” te noemen) ⁽¹⁾. De Europese Centrale Bank (ECB) is van mening dat het Voorstel binnen haar bevoegdheid valt, en heeft derhalve besloten haar recht uit te oefenen om een advies in te dienen, zoals bepaald in artikel 127, lid 4, tweede zin, en in artikel 282, lid 5, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna het „Verdrag” te noemen).

De ECB-adviesbevoegdheid is gebaseerd op artikel 127, lid 4, en artikel 282, lid 5, van het Verdrag, aangezien het Voorstel bepalingen bevat betreffende a) de fundamentele taak van het Europees Stelsel van centrale banken (ESCB), namelijk de tenuitvoerlegging van het monetair beleid van de Unie uit hoofde van artikel 127, lid 2, van het Verdrag voor zover het voorstel de belangen van de centrale banken van het ESCB betreft in samenhang met de zekerheidsstelling binnen het kader van Eurosysteemkrediettransacties, en b) de ESCB-bijdrage tot een goede beleidsvoering door de bevoegde autoriteiten ten aanzien van de stabiliteit van het financiële stelsel krachtens artikel 127, lid 5. Overeenkomstig artikel 17.5, eerste zin, van het reglement van orde van de Europese Centrale Bank heeft de Raad van bestuur dit advies goedgekeurd.

1. Algemene opmerkingen

1.1. De cessie van vorderingen is voor financiëlemarktdelnemers een van de mogelijkheden om de voor hun werkzaamheden noodzakelijke liquiditeit en/of krediet te verkrijgen. Thans worden de goederenrechtelijke gevolgen van de cessie van vorderingen beheerst door nationaal recht dat van lidstaat tot lidstaat verschilt. Met name voor vorderingen die bankleningen zijn blijft nationaal recht van toepassing ⁽²⁾ aangaande de rechtsgeldigheid van de cessie van vorderingen en het ontstaan van zekerheidsrechten ten aanzien daarvan, ook al zijn bepaalde materiële aspecten geharmoniseerd door Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad ⁽³⁾. Zonder harmonisatie kunnen economische subjecten in de Europese Unie niet weten welke voorschriften van toepassing zijn voor een rechtsgeldige cessie of een transactie tot zekerheidsstelling ten aanzien van een vordering binnen het kader van een grensoverschrijdende transactie ⁽⁴⁾. Bovendien, alhoewel een bepaalde mate van harmonisatie is verwezenlijkt uit hoofde van artikel 14 van Verordening EG nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad ⁽⁵⁾, leggen de bepalingen van die verordening niet vast welk recht van toepassing is op de zakenrechtelijke werking van de cessie van vorderingen ⁽⁶⁾. Onzekerheid aangaande het toepasselijke recht binnen het kader van de grensoverschrijdende

⁽¹⁾ COM(2018) 96 final.

⁽²⁾ Luidens artikel 3, lid 1, van Richtlijn 2002/47/EG mogen de lidstaten de voor de vaststelling van Richtlijn 2002/47/EG bestaande nationale voorschriften handhaven die verband houden met het bestaan, de geldigheid, derdenwerking, afdwingbaarheid, of toelaatbaarheid als bewijs van een financiëlezekerheidsvereenkomst, of de verschaffing van als zekerheid verschafte financiële activa uit hoofde van een financiëlezekerheidsvereenkomst.

⁽³⁾ Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten (PB L 168 van 27.6.2002, blz. 43).

⁽⁴⁾ De toelichting bij het Voorstel stelt terecht dat „voor deelnemers aan financiële markten en ook voor de reële economie van belang [is] dat er duidelijkheid bestaat over de eigendom van een vordering na de grensoverschrijdende cessie daarvan” (zie bladzijde 8).

⁽⁵⁾ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PB L 177 van 4.7.2008, blz. 6).

⁽⁶⁾ Zulks ondanks het feit dat overweging 38 van Verordening (EG) nr. 593/2008 bepaalt dat ten aanzien van de cessie van schuldvorderingen artikel 14, lid 1, ook van toepassing is op de goederenrechtelijke aspecten van een cessie tussen de cedent en de cessionaris.

cessie van vorderingen leidt tot juridische en financiële risico's voor financiëlemarktdelnemers, waarbij de risicomitigatie extra financiële transactiekosten veroorzaakt, alsook complicaties inzake de uitwinning van vorderingen indien de cedent failliet gaat. Onzekerheid over het toepasselijke vermogensrecht ingeval van grensoverschrijdende overdracht van vorderingen kan cessie ontmoedigen waardoor financiëlemarktdelnemers geen krediet verkrijgen voor de uitoefening van hun werkzaamheden.

- 1.2. De ECB neemt er nota van dat het Voorstel de vaststelling adresseert van het recht dat de werking beheerst van de cessie van een vordering ten aanzien van derden, en de voorrang van de gecedeerde vordering boven vorderingen van derden aangaande cessie. Door aanvulling van artikel 14 van Verordening (EG) nr. 593/2008 dat deze specifieke kwesties niet adresseert, beoogt het Voorstel regels in te voeren voor de vaststelling van de toepasselijke jurisdictie voor de bovengenoemde aangelegenheden. Aldus draagt het Voorstel ook bij aan de bevordering van grensoverschrijdende investering, hetgeen strookt met een van de doelstellingen van de Unie binnen het kader van de kapitaalmarktunie, zoals het Eurosysteem eerder al stelde⁽¹⁾.

2. Specifieke opmerkingen

- 2.1. De algemene regel van het Voorstel is dat op de derdenwerking van cessies van vorderingen het recht van het land van toepassing is waar de cedent zijn „gewone verblijfplaats” heeft. De ECB merkt op dat artikel 14 van Verordening (EG) nr. 593/2008 voor bepaalde aspecten gewag maakt van het recht van de cessieovereenkomst en voor andere aspecten het recht van de gecedeerde vordering. De algemene regel uit hoofde van het Voorstel maakt gewag van een derde jurisdictie, die van gewone verblijfplaats van de cedent. Alhoewel de voorgestelde regel haalbaar is, heeft de voorgestelde regel tekortkomingen, met name wanneer kredietvorderingen worden gebruikt als financiële zekerheid zoals bedoeld in artikel 1, lid 4, onder a), van Richtlijn 2002/47/EG. Zulks omdat de verwijzing naar het recht van een derde jurisdictie de juridische zorgvuldigheid ten laste van de zekerheidnemers verzwakt indien kredietvorderingen, d.w.z. bankleningen, als zekerheid grensoverschrijdend gemobiliseerd worden.
- 2.2. De toelichting bij het Voorstel stelt dat voor ongeveer 22 % van de herfinancieringstransacties van het Eurosysteem kredietvorderingen als zekerheid worden gesteld, ten belope van ongeveer 380 miljard EUR aan het einde van het tweede kwartaal van 2017, waarvan ongeveer 100 miljard EUR grensoverschrijdend gemobiliseerde kredietvorderingen betrof⁽²⁾. Aangezien het Voorstel raakt aan de belangen van centrale banken als zekerheidnemers, d.w.z. als cessionarissen van vorderingen, nodigt de ECB de Raad uit in artikel 4, lid 2, van het Voorstel de invoering te overwegen van een aanscherping die bewerkstelligt dat het op de vorderingen toepasselijke recht ook de derdenwerking beheerst van de cessies van kredietvorderingen, d.w.z. van bankleningen (artikel 4, lid 2 van het voorstel beoogt een speciale regeling met betrekking tot financiële aangelegenheden in het leven te roepen door te voorzien in de toepassing van het recht van de vordering in bepaalde situaties).
- 2.3. De ECB maakt gewag van het acquis inzake collisioneregels uit hoofde van artikel 9 van Richtlijn 2002/47/EG, luidens welke bepaling voor girale effecten binnen grensoverschrijdend kader, het recht van één rechtsgebied van toepassing is, namelijk het recht van de rekening waarin de effecten middels een bewaarnemer worden aangehouden. Deze regel beoogt de facilitatie van grensoverschrijdende financiëlezekerheidstransacties en geeft het acquis weer uit hoofde van artikel 9, lid 2, van Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad⁽³⁾, welk artikel 9, lid 2, tevens bepaalt dat slechts één recht van toepassing is, nl. dat van de betrokken rekening. De ECB herinnert er dienaangaande aan dat ten tijde van de vaststelling van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad⁽⁴⁾, om onder meer kredietvorderingen (d.w.z. bankleningen) op te nemen in het toepassingsgebied van Richtlijn 2002/47/EG, artikel 9 van die Richtlijn niet werd gewijzigd, aangezien onderhandelingen over de inhoud van artikel 14 van Verordening (EG) nr. 593/2008 nog steeds gevoerd werden. Rekening houdende met het acquis, met name met artikel 9 van Richtlijn 2002/47/EG en artikel 9, lid 2, van Richtlijn 98/26/EG, spreekt veel voor het vastleggen van één toepasselijke jurisdictie voor kredietvorderingen, zoals de uniewetgever heeft gedaan voor girale

⁽¹⁾ Zie Europese Commissie, *Green Paper — Building a Capital Markets Union* (COM(2015) 63 final, Brussel, 18.2.2015). Zie tevens Europese Centrale Bank „Building a Capital Markets Union — Eurosystem contribution to the European Commission's Green Paper”, 2015.

⁽²⁾ Zie bladzijde 2 en voetnoot 10 van de toelichting bij het Voorstel. Opgemerkt zij dat aan het einde van het tweede kwartaal van 2017 het bedrag van Eurosysteemkrediettransacties aanzienlijk lager lag dan het referentiebedrag, waarbij voor deze Eurosysteemkrediettransacties kredietvorderingen als zekerheid werden gesteld die grensoverschrijdend waren gemobiliseerd.

⁽³⁾ Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PB L 166 van 11.6.1998, blz. 45).

⁽⁴⁾ Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PB L 146 van 10.6.2009, blz. 37).

effecten. Gezien artikel 14, lid 1, van de Verordening (EG) nr. 593/2008 en artikel 4, lid 2, van het Voorstel, zou het aantal op kredietvorderingen toepasselijke rechtsgebieden het beste verminderd kunnen worden door ook in het geval van bankleningen te verwijzen naar het recht van de gecedeerde vordering. Dat zou een mate van rechtszekerheid opleveren en eenvoud die vergelijkbaar is met de voor als zekerheid gemobiliseerde bankleningen bereikte rechtszekerheid.

- 2.4. De toelichting bij het Voorstel stelt dat collisieregels in het Voorstel enerzijds, en de collisieregels in Richtlijn 2002/47/EG, Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad⁽¹⁾ anderzijds elkaar niet overlappen, aangezien de eerstgenoemde van toepassing zijn op vorderingen en de laatstgenoemden op girale effecten en instrumenten, het bestaan of overdracht waarvan registratie in een register, een rekening of een gecentraliseerd effectendepot veronderstelt⁽²⁾. De ECB neemt desalniettemin deze gelegenheid te baat om nogmaals een aangelegenheid te adresseren aangaande Richtlijn 2002/47/EG die van wezenlijk belang is voor het Eurosysteem voor de aanvaarding van kredietvorderingen als zekerheid van Eurosysteemkrediettransacties. De ECB herinnert eraan dat Richtlijn 2002/47/EG werd gewijzigd bij 2009/44/EG waarbij specifiek beoogd werd het gebruik door centrale banken van kredietvorderingen als zekerheid te faciliteren. De ECB heeft over deze wijzigingen een advies uitgebracht⁽³⁾ waarin de ECB de kwestie van „niet-geharmoniseerde regelreeksen betreffende kredietvorderingen in de verschillende EU-jurisdicties” adresseerde en wees op het „grote belang voor het Eurosysteem om kredietvorderingen als zekerheid te kunnen gebruiken krachtens een regeling die werd ingevoerd door Richtlijn 2002/47/EG, aldus een informele en efficiënte aanpak faciliterende voor die soort activa, met name via elektronische weg en waaronder binnen het kader van grensoverschrijdende constellatie”.
- 2.5. Enerzijds betreft het Voorstel slechts collisieregels en geen inhoudelijke kwesties, anderzijds herhaalt de ECB haar eerdere opmerkingen over de risico's die voortvloeien uit de mobilisatie van kredietvorderingen als centralebankzekerheid, zowel tussen eurogebiedjurisdicties alsook op unieniveau, namelijk het risico dat derden-schuldenaars (of zekerheidstellers) van die kredietvorderingen verrekeningsrechten uitoefenen ten opzichte van bedragen die crediteuren van die vorderingen aan dergelijke derden verschuldigd zijn. Dit risico kan de waarde van de kredietvordering aanzienlijk verminderen en kan de toereikendheid ervan als onderpand krachtens artikel 18.1 van de statuten van het Europees Stelsel van centrale banken en van de Europese Centrale Bank (hierna de „ESCB-statuten” genoemd) compromitteren. Indien een centrale bank ingeval van wanbetaling door de wederpartij een kredietvordering wil uitwinnen, kan de mogelijke verrekening de zekerheidswaarde van de kredietvordering deels of geheel tenietdoen. Artikel 3, lid 3, i), van Richtlijn 2002/47/EG, zoals ingevoerd door Richtlijn 2009/44/EG, adresseert verrekening slechts in beperkte mate. Een aantal lidstaten heeft wetgeving ingevoerd die dit risico adresseert door uitsluiting van verrekeningsrechten ten aanzien van kredietvorderingen die worden gemobiliseerd als zekerheid in krediettransacties met centrale banken van het ESCB⁽⁴⁾.
- 2.6. De ECB acht het doel van de uitsluiting van verrekeningsrisico's in verband met de aanvaarding van kredietvorderingen als zekerheid in Eurosysteemkrediettransacties legitiem en volledig strokend met de ESCB-statuten. De bescherming van het Eurosysteem tegen mogelijke verliezen uit de aanvaarding van een dergelijke zekerheid houdt nauw verband met het vereiste van artikel 18.1 van de ESCB-statuten dat de door centrale banken van het ESCB verleende kredieten moeten zijn gedekt door toereikende zekerheid. Bovendien, indien verrekeningsrisico's adequaat worden geadresseerd wordt tevens de voortdurende beleenbaarheid van kredietvorderingen als onderpand in Eurosysteemkrediettransacties gefaciliteerd, en draagt aldus bij aan de efficiëntie van de doorwerking van monetair beleid aan de reële economie⁽⁵⁾. De ECB nodigt de Raad uit een wijziging van Richtlijn 2002/47/EG in overweging te nemen om uit te sluiten dat de debiteur (of de zekerheidsteller) van een kredietvordering, die wordt aangeboden als zekerheid aan een centrale bank binnen het kader van Eurosysteemkrediettransacties, uit hoofde van die vordering verrekeningsrechten uitoefenen die zij hebben tegen de oorspronkelijke kredietverstrekker. Om het bedrag van potentiële verliezen ingeval van uitwinning te minimaliseren, moet deze uitsluiting tevens derden bestrijken aan wie een centrale bank van het Eurosysteem de kredietvordering vervolgens heeft gecedeerd⁽⁶⁾.

Indien de ECB wijzigingen van het Voorstel aanbeveelt, worden daartoe in een apart technisch werkdokument specifieke onderbouwde formuleringsvoorstellen opgenomen. Het technische werkdokument is in de Engelse taal beschikbaar op de ECB-website.

⁽¹⁾ Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PB L 125 van 5.5.2001, blz. 15).

⁽²⁾ Zie bladzijde 11 van de toelichting bij het Voorstel.

⁽³⁾ Zie paragraaf 9.1 van Advies CON/2008/37.

⁽⁴⁾ Met name, paragraaf 2 van afdeling I van artikel L. 141-4 van de French Financial and Monetary Code, ingevoerd door artikel 53 van Wet nr. 2016-1691 van 9 december 2016; Artikel 26 van de Italiaanse Decreetwet nr. 237 van 23 december 2016, geconverteerd in Wet door de Wet van 17 februari 2017, nr. 15; Artikel 22-1(4) van de Wet van 23 december 1998 betreffende de monetaire status en de Centrale Bank van Luxemburg; zie tevens paragraaf 2.1-2.2 van Advies CON/2006/56; paragraaf 2.3 van Advies CON/2016/37; paragraaf 5.1 van Advies CON/2017/1.

⁽⁵⁾ Zie paragraaf 2.2 van Advies CON 2016/37; paragraaf 5.1 van Advies CON/2017/1.

⁽⁶⁾ Zie paragraaf 2.5 van Advies CON/2016/37.

Dit advies wordt op de ECB-website gepubliceerd.

Gedaan te Frankfurt am Main, 18 juli 2018.

De president van de ECB

Mario DRAGHI
