

Direktiva 2002/47/ES o finančnih zavarovanjih in njen pomen za evropsko zasebno pravo

Zbirni podatki

Avtor: Damjan Možina

Publikacija: Podjetje in delo - 2010, številka 6-7, stran 1096 | GV Založba, d.o.o., 6.10.2010

[Povezava do dokumenta na portalu IUS-INFO](#)

Besedilo

1. UVOD
2. PODROČJE UPORABE
3. MATERIALNO PRAVO ZAVAROVANJA OBVEZNOSTI
 - 3.1. Načelo neodvisnosti od formalnih aktov in perfektnost zagotovitve zavarovanja
 - 3.2. Realizacija zavarovanja in pravica prilastitve
 - 3.3. Pravica uporabe
4. MATERIALNO INSOLVENČNO PRAVO
5. KOLIZIJSKO PRAVO FINANČNIH ZAVAROVANJ
6. DIREKTIVA 2009/44/ES: VKLJUČITEV BANČNIH POSOJIL
7. POMEN DIREKTIVE ZA EVROPSKO ZASEBNO PRAVO

Povzetek Avtor predstavlja Direktivo 2002/47/ES o finančnih zavarovanjih. Opredelitvi področja uporabe sledi predstavitev materialnega prava zavarovanja obveznosti. Kot pomembni novosti sta obravnavani pravica prejemnika zavarovanja, da si na podlagi dogovora prilasti predmet zavarovanja, ter pravica, da predmet zavarovanja na podlagi dogovora uporablja in z njim razpolaga. Kratkemu orisu posebnega položaja finančnih zavarovanj v insolvenčnem postopku, predstavitvi kolizijskega prava finančnih zavarovanj in novosti, ki jih prinaša sprememba direktive v letu 2009, sledi obravnavo pomena Direktive za evropsko zasebno pravo. Direktiva je redki primer evropske zakonodaje na področju stvarnega prava in je podlaga za njen nadaljnji razvoj, tako na ravni pozitivnega prava kot akademskih projektov za prihodnost evropskega zasebnega prava.

Ključne besede: finančna zavarovanja, dematerializirani vrednostni papirji, close-out netting, mednarodno zasebno pravo, evropsko zasebno pravo, evropsko stvarno pravo

Abstract In the article the author presents and briefly analyses the Directive 2002/47/EC on financial collateral agreements. After presenting its scope of application the author analyses the substantial law of agreements on collaterals, including two new and important features: the right of the collateral taker to use (to dispose of) the financial collateral, provided the parties have agreed on this, and the right of the collateral taker to appropriate the financial collateral in an enforcement event. Special treatment of financial collateral agreements in insolvency proceedings is presented, followed by an introduction to conflicts of law issues of the financial collateral agreements. The article concludes with some thoughts on the significance of the Directive for European private law. The Directive is one of the rare examples of the EC legislation in the field of property law. As such, it is a foundation

for further development, both of legislation and academic projects for the future of European private law. **Key words:** financial collateral agreements, dematerialised securities, close-out netting, conflict of laws, European private law, European property law

1. UVOD Gospodarstvo v sodobni državi deluje tako, da je močno odvisno od kreditiranja. Krediti pa se praviloma odobravajo le na podlagi zavarovanja. Med oblikami zavarovanja tako v evropskem kot v svetovnem merilu raste pomen zavarovanja z vrednostnimi papirji. Evropska komisija je v Akcijskem načrtu za finančne storitve (1999) harmonizacijo pravne ureditve zavarovanj obveznosti zapisala med prioritete cilje za vzpostavitev enotnega evropskega trga finančnih storitev.¹ Na pomembnost pravne ureditve finančnih zavarovanj pa so opozarjala in zanjo lobirala tudi združenja finančne industrije.² V letu 2002 je bila v Evropski uniji sprejeta Direktiva 2002/47/ES o finančnih zavarovanjih (v nadaljevanju: Direktiva),³ s katero je Skupnost želela poenotiti in poenostaviti pravila držav članic o zavarovanju obveznosti z vrednostnimi papirji in denarnimi terjatvami. Direktiva ureja dve vrsti dogovorov o finančnih zavarovanjih: zavarovanje v obliki omejene stvarne pravice ter zavarovanje v obliki popolnega prenosa pravice. S spremembami Direktive v letu 2009 so bila med finančna zavarovanja vključena tudi bančna posojila.⁴

Direktiva predstavlja eno najpomembnejših pobud za pravno harmonizacijo v zvezi z ustvarjanjem delujočega in konkurenčnega skupnega evropskega finančnega trga. Vsebinsko je tesno povezana z drugimi pravnimi akti s tega področja.⁵ Direktiva je bila v slovensko pravo prenesena z Zakonom o finančnih zavarovanjih (ZFZ).⁶ Namen prispevka je podati kratek oris bistvenih določb Direktive, vključno z nedavnimi spremembami, katerih vsebino bo treba v slovenskem pravu še uresničiti, ter opozoriti na pomen Direktive za evropsko zasebno pravo.

2. PODROČJE UPORABE Direktiva ne harmonizira evropskega prava zavarovanja obveznosti na splošno, ampak vzpostavlja pravni okvir za uporabo tehnik finančnega zavarovanja med profesionalnimi udeleženci finančnega trga. Področju uporabe je bilo namenjeno veliko pozornosti, saj posebna obravnavo finančnih zavarovanj v insolvenčnem postopku odstopa od temeljnega načela enakega obravnavanja upnikov. Osebo področje uporabe Direktive je omejeno na razmerja, v katerih sta obe stranki udeleženci medbančnega prometa, kar zajema banke, vključno s centralno banko, državne organe, ECB, klirinške hiše in

druge institucije.⁷ Načeloma so vključena tudi druga podjetja, kadar je njihov sopogodbjenik profesionalni udeleženec finančnega trga, vendar so lahko države članice ta razmerja izključile iz področja uporabe (opt-out).⁸

Stvarno področje uporabe zajema dogovore, katerih predmet je zagotovitev finančnega zavarovanja, to je zavarovanja v obliki bančnega dobroimetja ali finančnih instrumentov - slednji so opredeljeni zelo široko, kot delnice, obveznice in tako rekoč kateri koli vrednostni papirji, s katerimi se običajno trguje. Sprememba Direktive v letu 2009 je dodala še tretjo kategorijo - bančna posojila, opredeljena kot denarne terjatve, ki izhajajo iz pogodb, v katerih kreditna institucija odobri denarna sredstva v obliki posojila.⁹

Tretja omejitev področja veljave se nanaša na obliko (metodo) zagotovitve zavarovanja. Direktiva pozna dve obliki zagotovitve oziroma dve stvarnopravni zavarovalni konstrukciji:¹⁰ dogovor o zavarovanju v obliki omejene stvarne pravice (security financial collateral agreement), pri katerem dajalec zavarovanja v korist prejemnika zavarovanja ustanovi pravico zavarovanja na predmetu zavarovanja, na katerem pa lastniška oziroma druga pravica do predmeta zavarovanja ostane dajalcu zavarovanja, ter dogovor o zavarovanju v obliki polnega prenosa pravice (title transfer financial collateral agreement), pri katerem dajalec zavarovanja na prejemnika zavarovanja prenese lastninsko pravico. Sem spadajo tudi tako imenovani repo posli (repurchase agreements) - začasna prodaja vrednostnih papirjev z obveznostjo povratnega odkupa. Namen takšnega širokega pristopa Direktive je zagotoviti veljavnost finančnih zavarovanj s polnim prenosom pravice in zlasti preprečiti prekategoriziranje teh poslov v zastavne pravice.¹¹

3. MATERIALNO PRAVO ZAVAROVANJA OBVEZNOSTI 3.1.

Načelo neodvisnosti od formalnih aktov in perfektnost zagotovitve zavarovanja Direktiva v prvem odstavku 3. člena od držav članic zahteva, da za sklepanje ali unovčenje finančnih zavarovanj opustijo vsakršne zahteve po formalnostih, kot na primer določeni obličnosti ali registraciji, izjema pa velja za nematerializirane vrednostne papirje.¹²

Vendarle pa Direktiva v drugem odstavku 3. člena postavlja določene zahteve: zavarovanje mora biti zagotovljeno, pri čemer mora biti zagotovitev dokazljiva v pisni obliki, prav tako pa mora biti v pisni ali drugi zakonsko enakovredni obliki dokazljiv sam dogovor o finančnem zavarovanju.¹³

Drugi odstavek 2. člena Direktive definira, kaj pomeni, da je zavarovanje "zagotovljeno": mora biti izročeno, preneseno, registrirano ali dodeljeno in je v posesti ali pod nadzorom uporabnika zavarovanja ali osebe, ki deluje v njegovem imenu. V evropsko zasebno pravo tako vstopa pojem "nadzora" kot funkcionalni ekvivalent pravnemu institutu posesti, kar je tudi v skladu s sodobnimi mednarodnimi razvojnimi tokovi na tem področju.¹⁴ Te težnje izraža na primer ureditev v ameriškem Uniform Commercial Code (UCC)¹⁵ ter v Nasvetih zakonodajalcem

glede zavarovanih transakcij UNCITRAL.¹⁶ Direktiva pojma posesti in pojma nadzora ne opredeli, z izjemo prvega odstavka 2. člena, točka g, po kateri je za zagotovitev zavarovanja z nematerializiranimi vrednostnimi papirji ključna vknjižba v register oziroma na račun pri posredniku oziroma drugi vmesni osebi. Kot vodilo pri razlagi pojma nadzora nad depozitarnim računom je mogoče uporabiti ureditev UCC, po kateri ima na primer prejemnik zavarovanja nadzor nad depozitarnim računom, ko se banka, prejemnik zavarovanja in dolžnik dogovorijo, da bo banka spoštovala le odredbe prejemnika zavarovanja.¹⁷ Če se postavi vprašanje prioritete med več prejemniki zavarovanja, bi se veljalo prav tako zgledovati po UCC, ki določa, da ima prejemnik zavarovanja, ki ima oziroma je prvi pridobil nadzor, prednost pred prejemniki, ki ga nimajo oziroma so ga pridobili kasneje.¹⁸

3.2. Realizacija zavarovanja in pravica prilastitve V 4. členu Direktiva državam članicam nalaga, da prejemnikom zavarovanja dopustijo, da v primeru izvršitve dogovorov o finančnih zavarovanjih le-ta unovčijo sami in takoj, ne da bi bila potrebna predhodna objava, sodna prodaja, javna dražba ali potek časa. Direktiva določa, da se unovčenje opravi s prodajo ali s prisvojitvijo (prilastitvijo) zavarovanja.

Novost so pravila prilastitve. Direktiva omogoča, da se stranki v pogodbi o zagotovitvi finančnega zavarovanja v obliki omejene stvarne pravice dogovorita, da si ima prejemnik zavarovanja enostransko pravico prisvojiti finančne instrumente, pod pogojem, da sta se stranki dogovorili o njihovem vrednotenju. Klavzula o pravici prilastitve je bila pred implementacijo Direktive v večini držav članic zaradi varstva dolžnika prepovedana, prepoved tako imenovanega komisoričnega dogovora (lex commissoria) pa izhaja še iz rimskega prava.¹⁹

3.3. Pravica uporabe V 5. členu Direktiva omogoča strankama, da se v pogodbi o zagotovitvi finančnega zavarovanja dogovorita, da ima prejemnik zavarovanja pravico uporabljati predmet zavarovanja oziroma z njim razpolagati (angl. right to use, nem. Verfügungsrecht).²⁰ Tudi pravica uporabe pomeni novost. Prejemnik zavarovanja lahko torej ravna, kot da bi bil lastnik, in zavarovanje proda ali obremeni ali sklone repo posel zaradi refinanciranja. Če prejemnik zavarovanja predmet zavarovanja tako "uporabi", mu ni treba vrniti iste stvari, ampak zgolj ekvivalentno zavarovanje. Šteje se, da je bilo nadomestno zavarovanje zagotovljeno ob času, ko je bilo zagotovljeno prvotno zavarovanje. Namen 5. člena je povečanje likvidnosti na finančnem trgu, posledica učinkovitejše rabe zavarovanj pa naj bi bilo tudi znižanje cen finančnih storitev. S tem naj bi se priznala tržna praksa v nekaterih državah (na primer Veliki Britaniji), znana kot repledging oziroma rehypotheccating. Pravica uporabe finančnega zavarovanja seveda ustreza finančnim institucijam, vendar pa je bila takšna pravica pred implementacijo Direktive v nasprotju z večino pravnih redov držav članic.

V zvezi s pravico uporabe obstajajo tudi pomisleki. Pri finančnem zavarovanju v obliki omejene stvarne pravice ima dajalec zavarovanja, ki ostane lastnik, pravico, da po prenehanju osnovne

obveznosti (zaradi izpolnitve) zahteva predmet zavarovanja nazaj. Pravica prejemnika zavarovanja je, da se v primeru neizpolnitve osnovne obveznosti prednostno poplača iz zavarovanja. Direktiva pa daje prejemniku zavarovanja pravico razpolaganja s predmetom zavarovanja ne glede na to, ali je prišlo do neizpolnitve osnovne obveznosti. Ko prejemnik zavarovanja izkoristi pravico razpolaganja, se stvarnopravna vez med dajalcem (lastnikom) in predmetom zavarovanja pretrga, dajalcu pa ostane (le) obligacijski zahtevek. S tem, ko dajalec zavarovanja privoli v dogovor o uporabi, se torej strinja z zamenjavo svojega stvarnopravnega upravičenja z obligacijskim zahtevkom. Teorija meni, da gre pri pravici uporabe za nekakšen hibrid med prenosom pravice in klasično zastavo.²¹ Člen 5 Direktive povzroča tudi neravnovesje v pravicah in obveznostih strank: medtem ko je interes prejemnika zavarovanja, v primeru ko "uporabi" predmet zavarovanja, varovan, saj ima enake pravice kot po dogovoru o finančnem zavarovanju (četrti odstavek), ima dajalec zavarovanja le obligacijski zahtevek, ki ga v najboljšem primeru lahko pobota z osnovno obveznostjo, dokler ne prejme enakovrednega zavarovanja.²² Razlika se pokaže v stečaju: dajalec zavarovanja bi moral v obsegu, v katerem obveznosti ne bi mogel pobotati, deliti usodo drugih (nezavarovanih) upnikov.²³

4. MATERIALNO INSOLVENČNO PRAVO Peti odstavek 4. člena Direktive zahteva, da finančno zavarovanje učinkuje v skladu z dogovorom (to je, predvsem v polni višini) tudi tedaj, kadar se proti dajalcu ali prejemniku zavarovanja začne insolvenčni postopek.

Člen 7 Direktive od držav članic zahteva priznavanje bilateralnih dogovorov o neto izravnavi (close-out netting) tudi v primeru, kadar se proti dajalcu ali prejemniku zavarovanja začne oziroma nadaljuje insolvenčni postopek. Neto izravnavna (close-out netting) olajšuje realizacijo obveznosti strank iz dogovora o finančnem zavarovanju. V drugem odstavku 2. člena, točka n, ter v 14. uvodni izjavi Direktive je opredeljena kot učinkovita in običajna praksa obvladovanja tveganja na finančnem trgu, pri kateri gre za dogovor, po katerem se ob nastopu primera realizacije vse terjatve med strankama štejejo za zapadle denarne terjatve, ki se nato medsebojno pobotajo, tako da ostane en sam neto znesek (saldo na računu), ki ga mora stranka, ki dolguje večjo vsoto, plačati drugi stranki.

Člen 8 Direktive določa, da morajo države članice poskrbeti, da zagotovitev finančnih zavarovanj ni nična ali izpodbojna le zaradi tega, ker je do nje prišlo v določenem obdobju pred začetkom insolvenčnega postopka, na dan začetka ali po začetku insolvenčnega postopka (prvi odstavek 8. člena Direktive). Pogoj pri tem je, da prejemnik zavarovanja dokaže svojo dobrovernost, torej da ni vedel in da ni bil dolžan vedeti za začetek insolvenčnega postopka (drugi odstavek 8. člena Direktive). Tretji odstavek 8. člena Direktive ureja poseben primer naknadne dopolnitve (top up collateral) oziroma nadomestitve (substitution of collateral) zavarovanja v kontekstu insolvenčnega postopka. V skladu s četrtrim odstavkom 8. člena Direktive pa ostajajo v veljavi določbe nacionalnih pravnih redov.

Insolvenčnopravni privilegiji dopolnjujejo pravila Direktive 98/26/ES o dokončnosti poravnave, ki je namenjena preprečevanju učinka padanja domin zaradi insolvence enega od udeležencev sistema poravnave vrednostnih papirjev.²⁴ Ta direktiva v členih 3 in 5 zahteva, da nalogi za prenos, vneseni v sistem, ter medsebojno pobotanje učinkujejo ne glede na začetek insolvenčnega postopka.

5. KOLIZIJSKO PRAVO FINANČNIH ZAVAROVANJ V čezmejnih transakcijah z vrednostnimi papirji je vprašanje merodajnega prava in s tem povezane predvidljivosti tveganj za udeležence izjemno pomembno. To velja tudi pri zavarovanjih z zastavitvijo vrednostnih papirjev, saj se stvarnopravne ureditve držav med seboj zelo razlikujejo. Poleg tega različne pravne ureditve za primer insolvence enega od udeležencev čezmejnega prometa z vrednostnimi papirji povzročajo sistemske rizike.

Medtem ko je enotno mnenje, da se vprašanja glede pravne narave vrednostnega papirja rešujejo po statutu izdajatelja (lex societatis za vprašanja članskih pravic iz vrednostnih papirjev),²⁵ je vprašanje prava, ki se uporablja za stvarnopravne učinke zavarovanja z nematerializiranimi vrednostnimi papirji, vključno z vprašanjem veljavnosti, pravil o prioriteti in realizacije, bolj zapleteno. Upoštevati moramo namreč, da uporaba klasičnega stvarnopravnega statuta, to je navezovanja glede na lego stvari (lex rei sitae), v okoliščinah mednarodnega trgovanja z vrednostnimi papirji, ki so večinoma dematerializirani, ni mogoča, poleg tega pa se praviloma ne hranijo pri finančnih institucijah, kjer imajo vlagatelji račune, ampak pri tretjih osebah - depotnih bankah (intermediaries) oziroma pri centralnih hraniteljih. Kraj, kjer se (elektronska) listina nahaja (lex cartae sitae), je zato pogosto zelo težko ugotoviti, pri čemer je lahko z vidika transakcije tudi povsem naključen oziroma fiktiven.

Direktiva v 9. členu določa, da se za vprašanja pravne narave in stvarnopravnih učinkov zavarovanja z nematerializiranimi vrednostnimi papirji, pogojev za učinkovitost dogovorov o zavarovanjih z nematerializiranimi vrednostnimi papirji, prioritete med konkurirajočimi si interesi ter realizacije zavarovanj uporabi pravo države, kjer se vodi ustrezen račun. Ustrezen račun je v drugem odstavku 2. člena, točka h, opredeljen kot register oziroma račun, na katerem se opravi knjižba, na podlagi katere prejemnik pridobi zavarovanje na nematerializiranih vrednostnih papirjih. Ureditev Direktive temelji na pristopu, ki se imenuje PRIMA (Place of the Relevant Intermediary Approach).²⁶ Enak pristop je ubrala tudi Direktiva 98/26 o dokončnosti poravnave,²⁷ pri čemer Direktiva o finančnih zavarovanjih izrecno izključuje renvoi.

Omeniti velja, da je bila v letu 2006 v okviru haaške konference za mednarodno zasebno pravo sprejeta Konvencija o pravu, ki se uporabi za nekatere pravice v zvezi z vrednostnimi papirji, ki jih hranijo vmesne osebe,²⁸ ta konvencija pa kot osnovno pravilo drugače od ES določa pravo, ki ga izbereta stranki (pod določenimi pogoji), čemur se bo morala - tako teorija - v

prihodnosti prilagoditi tudi ES.²⁹

6. DIREKTIVA 2009/44/ES: VKLJUČITEV BANČNIH POSOJIL

Direktiva 2009/44/ES³⁰ je razširila stvarno področje veljave še za "bančna posojila", to je zahteve zoper banke na podlagi odobritve posojil. Direktivo je treba v nacionalne pravne rede prenesti do 31. decembra 2010. Med razlogi za vključitev bančnih posojil Komisija navaja, da pomen bančnih posojil kot sredstva zavarovanja narašča, zaradi česar jih tudi Evropska centralna banka od 1. januarja 2007 sprejema kot zavarovanje za kreditne operacije v sistemu Evra.³¹ Treba je zagotoviti enotna pravila za poslovanje med centralnimi bankami in spodbujati čezmejno uporabo teh zavarovanj. Režim za bančna posojila kot finančna zavarovanja pa se v dveh točkah razlikuje od "splošne" ureditve Direktive 2002/47/ES: države članice imajo možnost zadržati določene obličnostne zahteve glede bančnih posojil, poleg tega pa je pri bančnih posojilih kot finančnih zavarovanjih izključena pravica uporabe.³²

7. POMEN DIREKTIVE ZA EVROPSKO ZASEBNO PRAVO

Poleg tega, da je Direktiva eden ključnih delov obstoječega evropskega prava kapitalnega trga in bančnega prava, je tudi eden zelo redkih in zato toliko pomembnejših evropskih zakonodajnih ukrepov na področju stvarnega prava, namreč prava premičninskih zavarovanj ter odstopa terjatev.³³ Zato je pomen Direktive za evropsko zasebno pravo bistveno večji od njenega področja veljave in sega v splošno civilno pravo.

Evropsko zasebno pravo ima dva različna vidika: poleg obstoječega zasebnega prava ES (*acquis communautaire*), ki ga sestavlja predvsem veliko število aktov sekundarnega prava, to je uredb in direktiv, ki pa ne temeljijo na enovitem sistematičnem pristopu tako kot nacionalni sistemi, je tu še delo pravne znanosti, ki se kaže v projektih za (prihodnje morebitno) poenotenje zasebnega prava v Evropi. Za oba vidika je značilna osrednja vloga obligacijskega in predvsem pogodbenega prava. Obstoječe zasebno pravo ES v velikem delu sestavljajo direktive o varstvu potrošnika pri različnih vidikih sklepanja pogodb, ki temeljijo na ideji, da je pravna harmonizacija potrebna za delovanje skupnega trga.³⁴ Tudi na področju evropske pravne znanosti je področje splošnega pogodbenega prava najbolj izdelano.³⁵

Na področju stvarnega prava obstajajo evropski zakonodajni akti le v fragmentih, pa tudi znanstveni interes za primerjalnopravno preučevanje je bil doslej precej manjši kot na drugih področjih zasebnega prava. Poleg Direktive, ki jo obravnava ta članek, lahko v obstoječe stvarno pravo ES uvrstimo še Direktivo 93/7/EGS o vračanju predmetov kulturne dediščine,³⁶ ki omejuje možnosti priposestevanja teh predmetov, poleg tega pa zanje vzpostavlja poseben kolizijskopравни režim: namesto *lex rei sitae* velja *lex originis*.³⁷ Sem spadata še Direktiva 2000/37/ES o plačilnih zamudah v gospodarskih poslih, ki od držav članic pavšalno zahteva priznanje pridržka lastninske pravice, ne da bi ta institut podrobneje opredelila,³⁸ ter Uredba št. 1346/2000, o insolvenčnih postopkih,³⁹ ki za dogovorjene pridržke lastninske pravice predvideva posebna pravila.⁴⁰

Pristojnost ES na področju materialnega zasebnega prava je omejena na ukrepe v zvezi z delovanjem skupnega trga. Na prvi pogled se zdi, da je zveza stvarnega prava z delovanjem notranjega trga precej šibkejša kot zveza pogodbenega prava. Tako na primer nepremičninski trg deluje ne glede na kolizijsko načelo *lex rei sitae*, saj je očitno vrednost poslov dovolj velika, da zdrži transakcijske stroške, ki nastanejo z uporabo nacionalnega prava države, v kateri leži nepremičnina. Vendar če velja, da je harmonizacija (ali celo unifikacija) na področju pogodbenega prava koristna in potrebna na tistih področjih, ki neposredno vplivajo na čezmejno poslovanje (skupni trg), potem to nujno vodi v harmonizacijo tistih delov stvarnega prava, ki so s čezmejnim poslovanjem tesno povezani in je njihova harmonizacija izvedljiva: to pa je predvsem pravo zavarovanj obveznosti.⁴¹ Zato ni presenetljivo, da že dalj časa potekajo tudi razprave o "evrohipoteki", čeprav še ni prišlo do izoblikovanja zakonodajnega predloga.⁴² Direktiva o finančnih zavarovanjih pomeni, čeprav z omejenim področjem uporabe, obstoječe pravo Skupnosti na področju zavarovanj, na podlagi katerega se bo skupnostno pravo na tem področju, tako na ravni pozitivnega prava kot na ravni pravne znanosti, razvijalo naprej.

Najnovejši evropski projekt, Osnutek skupnega referenčnega okvira (Draft Common Frame of Reference), ki pomeni modelno ureditev evropskega zasebnega prava brez pozitivnopravne moči, vsebuje poleg obligacijskega prava tudi nekatere dele stvarnega prava.⁴³ Deveta knjiga, z naslovom "stvarnopravna premičninska zavarovanja", v precejšnjem delu temelji prav na Direktivi, čeprav se v določenih točkah od nje tudi odmika.⁴⁴

Če naj iz rešitev Direktive vendarle sklepamo na razvojne značilnosti evropskega stvarnega prava, bi bilo morda z ozirom na to, da Direktiva v nekaterih točkah strankam omogoča odmike od klasičnih in togih zasnov stvarnega prava, mogoče govoriti o težnji po "kontraktualizaciji" stvarnega prava.

1 Glej Sporočilo Komisije KOM(1999)232 z dne 11. 5. 1999.

2 Tako je na primer ISDA (International Swaps and Derivatives Association) v letu 2000 objavila poročilo "Collateral Arrangements in the European Financial Markets", dostopno na naslovu http://www.isda.org/press/pdf/eur_coll_law_reform.pdf, v katerem je identificirala ključne problemske sklope in predlagala rešitve.

3 Direktiva 2002/47/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. junija 2002 o dogovorih o finančnih zavarovanjih (UL L 168 z dne 27. 6. 2002).

4 Direktiva 2009/44/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 6. maja 2009 o spremembi Direktive 98/26/ES o dokončnosti poravnave pri plačilih in sistemih poravnave vrednostnih papirjev in Direktive 2002/47/ES o dogovorih o finančnem zavarovanju glede povezanih sistemov in bančnih posojil (UL L 146/37 z dne 10. 6. 2009).

5 Glej Direktivo 98/26/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. maja 1998 o dokončnosti poravnave pri plačilih in sistemih poravnave vrednostnih papirjev (UL L 166 z dne 11. 6. 1998), Uredbo Sveta št. 1346/2000 z dne 29. maja o postopkih v primeru insolventnosti (UL L 160 z dne 30. 6. 2000), Direktivo 2001/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. aprila 2001 o reorganizaciji in prenehanju kreditnih institucij (UL L 125 z dne 5. 5. 2001), Direktivo 2004/39/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. aprila 2004 o trgih finančnih instrumentov (UL L 145/1), Direktivo 2006/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. junija 2006 o začetku

opravljanja in opravljanju dejavnosti kreditnih institucij in Direktivo 2006/49/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. junija 2006 o kapitalski ustreznosti investicijskih podjetij in kreditnih institucij (obe: UL L 177 z dne 30. 6. 2006).

6 Uradni list RS, št. 47/2004, spremembe v 68/2006, glej 81/2006-UPB1.

7 Glej drugi odstavek 1. člena Direktive.

8 Glej drugi odstavek 1. člena, točka e Direktive.

9 Glej prvi odstavek 2. člena, točka o konsolidirane različice Direktive.

10 Glej prvi odstavek 2. člena, točki b in c Direktive.

11 Glej 13. uvodno izjavo Direktive.

12 Glej 10. uvodno izjavo Direktive.

13 Peti odstavek 1. člena pojasnjuje, da se Direktiva nanaša na finančna zavarovanja, potem ko so bila ta izdana in je to mogoče dokazati v pisni obliki, oziroma na dogovore o finančnem zavarovanju, ki so dokazljivi v pisni ali drugi zakonsko enakovredni obliki. Dokazovanje zagotovitve zavarovanja mora omogočiti identifikacijo predmeta zavarovanja, pri čemer je dovolj, da se dokaže, da so bili nematerializirani vrednostni papirji knjiženi v dobro imenovanega računa.

14 Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2006, stran 609.

15 Glej člen 9, Uniform Commercial Code, ki je dostopen na primer na naslovu <http://www.law.cornell.edu/ucc/>.

16 UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions - Terminology and recommendations, dostopno na naslovu: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-1g/e/Terminology-and-Recs.18-1-10.pdf>

17 Glej § 9-104 UCC.

18 Glej § 9-327 do § 9-329 UCC.

19 Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2006, stran 609.

20 Glej prvi odstavek 5. člena Direktive. Glej tudi 19. člen Direktive 2006/73/ES z dne 10. avgusta 2006 o izvajanju Direktive 2004/39/ES Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z organizacijskimi zahtevami in pogoji poslovanja investicijskih družb ter opredeljenimi izrazi za namene navedene direktive (UL L 241/26).

21 Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2006), stran 609. Glej tudi: Johansson, E., Property rights in investment securities and the doctrine of specificity, Springer, Berlin-Heidelberg 2009, stran 16.

22 Johansson, E., Property rights in investment securities and the doctrine of specificity, Springer, Berlin-Heidelberg 2009, stran 16.

23 Prav tam.

24 Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2006, stran 610.

25 Glej na primer Goode, Roy, Kronke, Herber, McKendrick, Ewan, Transational commercial law - text, cases and materials, Oxford University Press, 2007, stran 486.

26 Goode, Roy/Kronke, Herber/McKendrick, Ewan, Transational commercial law - text, cases and materials, Oxford University Press, 2007, stran 488; Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2006, stran 610.

27 Glej drugi odstavek 9. člena Direktive 98/26/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. maja 1998 o dokončnosti poravnave pri plačilih in sistemih poravnave vrednostnih papirjev (UL L 166 z dne 11. 6. 1998). O tem kritično: Einsele, D., Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. izd., Beck, München 2009, r. št. 194.

28 Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary, dostopna na: Convention of 5 July 2006 on the

Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary. O konvenciji glej na primer Löber, K.: Die Haager Konvention über das auf bestimmte Rechte an verwahrten Wertpapieren anwendbare Recht, BKR 2003, stran 265, ter Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Euro-päischen Privatrechts, 2006, stran 612.

29 Goode, Roy/Kronke, Herber/McKendrick, Ewan, Transational commercial law - text, cases and materials, Oxford University Press, 2007, stran 494.

30 Glej opombo 4.

31 Glej predlog Komisije za Direktivo o spremembah Direktiv 98/26/ES in 2002/47/ES z dne 23. 4. 2008, COM(2008)213 final, stran 2.

32 Glej šesti in osmi odstavek 2. člena Direktive 2009/44/ES (opomba 4).

33 Schwarz, S., v: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2006, stran 608.

34 Glej na primer Možina, Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi, Podjetje in delo, št. 8/2008, strani 1695-1717.

35 Glej na primer Načela evropskega pogodbenega prava (PECL).

36 Direktiva Sveta 93/7/EGS z dne 15. marca 1993 o vračanju predmetov kulturne dediščine, ki so bili protipravno odstranjeni iz ozemlja države članice (UL L 74 z dne 27. 3. 1993).

37 Glej 12. člen Direktive iz prejšnje opombe.

38 Direktiva 2000/35/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. junija 2000 o boju proti zamudam pri plačilih v trgovinskih poslih (UL L 200/35).

39 Glej opombo 5.

40 Po prvem odstavku 7. člena Uredbe stečaj kupca ne vpliva na lastninsko pravico prodajalca, če se premoženje ne nahaja v državi stečaja. Po drugem odstavku 7. člena pa začetek stečaja zoper prodajalca po dobavi blaga ne povzroči razveljavitve oziroma prenehanja pogodbe in ne nasprotuje pridobitvi lastninske pravice s strani kupca.

41 Glej na primer van Erp, European and National Property Law: Osmosis or Growing Nationalism? 6th Walter van Gerven Lecture, Europa Law Publishing, Groningen 2006.

42 Glej Zeleno knjigo o hipotekarnih kreditih v EU z dne 19. 7. 2005, KOM (2005) 327 končno, ter Tratnik, M., Različne ureditve hipoteke v EU in notranji trg hipotekarnih kreditov, Pravna praksa, št. 12/2008, stran 34.

43 Glej von Bar, C/CLive, E. (ur.): Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference, Full edition, Sellier, München 2009. O DCFR glej: Možina, Evropsko pogodbeno pravo, škatle za orodje in modri gumbi, Podjetje in delo, št. 8/2008, strani 1695-1717.

44 Kritično: Wibier, Some initial Thoughts in Relation to Chapter IX of the DCFR, 3. 11. 2009; Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper No. 2009/11, dostopno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499043