

Vergaderjaar 2010–2011

32 457

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Europese 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 (PbEU L 146/37)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 1 december 2010

Inleiding

Het heeft ons verheugd dat de leden van de fracties van VVD, PVV, PvdA en SP met belangstelling hebben kennisgenomen van het wetsvoorstel, dat strekt tot implementatie van een Richtlijn van het Europees Parlement en de Europese Raad (hierna: Wijzigingsrichtlijn) waarmee wijzigingen zijn aangebracht in de Finaliteitsrichtlijn en de Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten. Hieronder ga ik, mede namens de Minister van Financiën, in op de door de betreffende fracties gestelde vragen.

1. Algemeen

De Finaliteitsrichtlijn bevat regels ten aanzien van de in de financiële sector gebruikte betalings- en afwikkelingssystemen. De Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten bevat regels ten aanzien van de kredietverlening tussen financiële instellingen onderling en kredietverlening door de centrale bank aan financiële instellingen. De Wijzigingsrichtlijn dient ter verdere coördinatie van individuele regels van lidstaten op deze gebieden. Daarmee wordt een aantal onduidelijkheden en mogelijke complicaties in de bestaande richtlijnen weggenomen. Ook wordt de kredietverlening tussen banken eenvoudiger gemaakt. Dit draagt bij aan het herstel van de economische crisis.

De leden van de VVD-fractie merken op dat het Britse Ministerie van Financiën over de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn een consultatiedocument heeft gepubliceerd. Zij wensen te vernemen op welke wijze de Nederlandse marktpartijen, belangengroepen en de Nederlandsche Bank (hierna: DNB) betrokken zijn bij dit wetsvoorstel. Deze leden willen

voorts weten of het kabinet voornemens is rekening te houden met de resultaten van de consultatie van het Britse Ministerie van Financiën en eventuele andere consultaties in Europa.

Financiële zekerheidsovereenkomsten met betrekking tot kredietvorderingen zullen voornamelijk voorkomen in de verhouding waarin DNB krediet verschafft aan de «gewone» banken in het kader van een zogeheten monetaire beleidstransactie, die is bedoeld om te garanderen dat banken over voldoende liquiditeiten kunnen beschikken. In de voorbereidingsfase van dit wetsvoorstel is uitgebreid gesproken met vertegenwoordigers van de individuele Nederlandse banken, de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en DNB. Ook over het uiteindelijke wetsvoorstel is hun mening gevraagd. Daarbij hebben alle betrokkenen aangegeven zich vooralsnog in belangrijke mate in de gemaakte keuzes te kunnen vinden. De Wijzigingsrichtlijn bevat voornamelijk voorschriften van technische aard die noodzakelijk waren vanwege de onderlinge verschillen tussen de rechtssystemen van de verschillende lidstaten. De wijze van implementatie en de keuzes die daarbij worden gemaakt zijn sterk afhankelijk van de wijze waarop het materiële recht van de afzonderlijke lidstaten is ingericht. Juist vanwege de verschillen in dat materiële recht geschiedt de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn in elke lidstaat anders. Het Verenigd Koninkrijk vormt van de onderlinge verschillen een illustratie: men kent daar geen Burgerlijk Wetboek en ook de in ons recht gehanteerde goederenrechtelijke begrippen zijn er grotendeels onbekend. Om deze reden ligt het niet voor de hand resultaten van de consultatie in het Verenigd Koninkrijk te betrekken in dit wetsvoorstel. Consultaties in andere lidstaten zijn ons niet bekend.

De leden van de VVD-fractie willen voorts weten of in het wetsvoorstel rekening is gehouden met hetgeen door Prof. mr. F.M.J. Verstijlen (NJB 2007, nr 947, p. 1115–1116) en Prof. mr. F.E.J. Beekhoven van den Boezem (Credit Claims, Serie Onderneming en Recht deel 56 (2010)) is betoogd. Een van de belangrijkste wijzigingen die de Wijzigingsrichtlijn met zich brengt is dat ook kredietvorderingen onderwerp van een financiële zekerheidsovereenkomst kunnen zijn (artikel 2 lid 4 onder c Wijzigingsrichtlijn). In zijn bijdrage aan het NJB waaraan de leden van de VVD-fractie refereren, stelt Professor Verstijlen de vraag of het de bedoeling van de Wijzigingsrichtlijn is dat ook een gewone onderneming een zekerheidsrecht op vorderingen kan vestigen volgens het regime van de Richtlijn Financiële zekerheidsovereenkomsten. Zulks zou er volgens Verstijlen op neerkomen dat het financiële zekerheidsovereenkomstenregime zich zal uitstrekken tot alle handelsvorderingen. Daardoor zou het evenwicht tussen zekerheidsnemers, zekerheidsgevers en ongesecureerde schuldeisers worden verstoord nu bij een financiële zekerheidsovereenkomst partijen zelf kunnen contracteren over onder meer hun goederenrechtelijke bevoegdheden, het niveau van bescherming en de verplichting tot afdracht van overwaarde. Een dergelijke vrijheid kan volgens Verstijlen slechts op zijn plaats zijn bij transacties tussen gelijkwaardige partijen als financiële instellingen en overheden aangezien die partijen in staat zijn voor hun eigen belangen te waken, maar niet in het normale kredietverkeer aangezien de zekerheidsgever daar doorgaans in een economisch zwakkere positie staat.

De betreffende bijdrage van Professor Verstijlen dateert van voor de definitieve versie van de Wijzigingsrichtlijn. De vraag of onder het begrip «kredietvorderingen» alle handelsvorderingen vallen, moet onder de Wijzigingsrichtlijn zoals die met dit wetsvoorstel wordt geïmplementeerd ontkennend worden beantwoord. Volgens artikel 2 lid 5 onderdeel a onder (iii) van de Wijzigingsrichtlijn is een kredietvordering immers een geldvordering die voortvloeit uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling als omschreven in artikel 4 onder 1 van de Richtlijn Kredietinstellingen (richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en Raad van

de Europese Unie van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 177) krediet verleent in de vorm van een lening. Deze bepaling is uitgewerkt in artikel 1:1 Wet op het Financieel toezicht (hierna: Wft), dat bepaalt dat een kredietinstelling een bank of een elektronischgeldinstelling is.

Dit alles leidt tot de definitie van het begrip «kredietvordering» zoals die is opgenomen in het voorgestelde artikel 7:51 onder f van dit wetsvoorstel. Op grond van deze bepaling is een kredietvordering een geldvordering voortvloeiend uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht krediet verleent in de vorm van een lening en dus niet een geldvordering uit een door een niet-financiële onderneming verschaft krediet.

De mogelijkheid tot het sluiten van een financiëlezekerheidsovereenkomst met betrekking tot een kredietvordering bestaat aldus alleen voor financiële instellingen. Een kredietvordering kan daarom niet zijn een handelsvordering. Ondernemingen kunnen ook niet een zekerheidsrecht op een kredietvordering vestigen volgens het regime van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten. De door de leden van de VVD-fractie gesignaleerde bezwaren van Professor Verstijlen zullen zich dus niet verwezenlijken.

De wensen van Professor Beekhoven van den Boezem waaraan de leden van de VVD-fractie refereren, vinden hun oorsprong in het volgende. Financiëlezekerheidsovereenkomsten ten aanzien van kredietvorderingen zullen voornamelijk voorkomen in de verhouding waarin DNB krediet verschaft aan «gewone» banken. Een financiëlezekerheidsovereenkomst kan zijn de overdracht van een vordering dan wel de vestiging van een pandrecht op een vordering (vgl. het voorgestelde artikel 7:51 sub b en c). Het pandrecht kan zijn een stil pandrecht of een openbaar pandrecht. Bij een openbaar pandrecht wordt mededeling van de verpanding gedaan aan de debiteur van de vordering (artikel 3:246 lid 1 BW). De pandhouder wordt daarmee direct inningsbevoegd. Bij een stil pandrecht wordt geen mededeling van de verpanding gedaan aan de debiteur van de vordering. De pandhouder wordt eerst inningsbevoegd nadat van de verpanding mededeling is gedaan aan de debiteur.

DNB accepteert slechts een openbaar pandrecht als zekerheid voor door haar te verstrekken krediet en geen stil pandrecht. De reden daarvoor is kort gezegd dat wanneer de vordering door de bank zelf wordt geïnd, de positie van DNB als stil pandhouder minder voordelig is dan de positie als openbaar pandhouder. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer na een faillissement van de pandgevende bank de debiteur van de vordering alsnog aan de bank betaalt en niet aan DNB. Het doen van mededeling van de verpanding kan voor banken echter bezwaarlijk zijn aangezien daardoor de kans bestaat dat bij de betreffende debiteuren, en daarmee in de markt, een verkeerde indruk ontstaat van de kredietpositie van de bank. In een regulier geval biedt verrekening uitkomst indien een stil verpande vordering door de pandgever wordt geïnd. De bank kan dan haar vordering op de pandgever verrekenen met hetgeen van schuldenaren van de pandgever is geïnd en op de rekening van de pandgever terecht is gekomen. Dit is niet het geval bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot verpanding van een kredietvordering tussen een bank en DNB. Aangezien de bank bij DNB geen rekening aanhoudt waarover het betalingsverkeer met cliënten loopt, heeft DNB geen verrekeningspositie ten opzichte van die bank.

Om aan de bezwaren van DNB tegemoet te komen heeft Professor Beekhoven van den Boezem in zijn oratie voorgesteld in het onderhavige wetsvoorstel een regeling op te nemen. Deze regeling zou ertoe moeten leiden dat in het geval van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot verpanding van een kredietvordering de pandhouder van rechtswege een pandrecht op het geïnde verkrijgt in alle gevallen waarbij een ander dan de pandhouder de door middel van de financiëlezekerheidsovereenkomst

tot vestiging van een pandrecht verpande kredietvordering int. Deze regeling zou in zijn algemeenheid moeten gelden, dus ook tussen financiële instellingen onderling, maar vanwege haar bijzondere positie in ieder geval voor DNB.

Wij zijn van mening dat zowel de bezwaren van DNB als die van de banken worden ondervangen doordat partijen in plaats van een financiële zekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht kunnen kiezen voor een financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht. De financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht is een vorm van cessie. Artikel 3:94 BW voorziet in een tweetal wijzen van cessie: de openbare cessie en de stille cessie. Voor de openbare cessie vereist artikel 3:94 lid 1 BW een daartoe bestemde akte en mededeling aan de debiteur van de betreffende kredietvordering. De bezwaren die de banken hebben tegen het doen van een mededeling aan de debiteur van de betreffende vordering worden ondervangen door de mogelijkheid om te kiezen voor een financiële zekerheidsvereenkomst tot stille cessie. Een dergelijke cessie kan op grond van artikel 3:94 lid 3 BW plaatsvinden door een daartoe bestemde geregistreerde of authentieke akte, zonder mededeling aan de debiteur van de betreffende kredietvordering.

De bezwaren van DNB worden ondervangen doordat stille cessie na het verlijden of de registratie van de akte volledig goederenrechtelijke werking heeft. In het geval van een financiële zekerheidsvereenkomst tot overdracht van een kredietvordering die wordt gesloten tussen DNB en een «gewone bank» wil dat zeggen dat de kredietvordering ten gevolge van de financiële zekerheidsvereenkomst van het vermogen van de gewone bank in het vermogen van DNB raakt. Het moment waarop dat gebeurt, wordt bepaald door het tijdstip van registratie van de financiële zekerheidsvereenkomst. Voor het invoeren van de overdracht jegens de debiteur is echter wel een mededeling nodig. Indien de bank na de registratie maar voordat DNB een mededeling aan de debiteur heeft gedaan failliet gaat, en de debiteur van de vordering aan de bank betaalt, moet de vordering van DNB worden aangemerkt als een boedelvordering en behoeft DNB niet mee te delen in de algemene faillissementskosten.

De leden van de PvdA-fractie vragen wat met «deelnemer» wordt bedoeld.

Op grond van artikel 212a, aanhef en onderdeel f, Faillissementswet is een deelnemer een instelling, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie of een eventuele afwikkelende instantie en een systeemexploitant. Een instelling is:

1. een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wft;
2. een financiële instelling die een verklaring van ondertoezichtstelling als bedoeld in artikel 3:110 Wft heeft;
3. een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 1:1 Wft;
4. een centrale tegenpartij, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht effectentegoe-den verkrijgt;
5. een overheidsinstantie of onderneming met overheidsgarantie;
6. een ieder, bedoeld in artikel 3:4 Wft, die een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:11 Wft;
7. een clearinginstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wft.

Indien het thans aanhangige wetsvoorstel Wijzigingswet Wft 2010 (Kamerstukken II 2009–2010 32 036, nr. 2) wordt aangenomen en tot wet wordt verheven, valt onder «instelling» tevens degene die een vergunning heeft verkregen ingevolge artikel 3:4 Wft.

2. Finaliteitsrichtlijn

Alvorens in te gaan op de vragen en opmerkingen in het verslag, merken wij het volgende op. Verschillende fracties hebben vragen gesteld over de indirecte deelnemer. Ook de Raad van State heeft hierover opmerkingen gemaakt. De richtlijn biedt de optie een indirecte deelnemer als deelnemer te beschouwen, wanneer dit in het licht van het systeemrisico gerechtvaardigd is. Bij nader inzien is besloten geen gebruik te maken van deze optie. Aanleiding hiervoor is in de eerste plaats dat het onduidelijk is wie wanneer bepaalt of er sprake is van systeemrisico. Wanneer dit eerst achteraf zou worden vastgesteld, kan dit in de praktijk te veel onzekerheid geven. Geluiden uit de praktijk bevestigen dat deze onzekerheid niet opweegt tegen de voordelen van gebruikmaking van de optie. Bij een andere gelegenheid zal worden bezien of het dienstig is thans te regelen wie wanneer en op basis waarvan bepaalt of er sprake is van systeemrisico. Daarbij zal de vraag moeten worden beantwoord voor welke gevallen gebruikmaking van de optie in de richtlijn gevolgen heeft. In het bijzonder moet de vraag worden beantwoord of deze gevallen zich in de praktijk zodanig vaak voordoen dat een regeling wenselijk is. Daarbij moet worden bezien of de indirecte deelnemer wel handelingen in het systeem verricht die kunnen worden beschermd door het van toepassing verklaren van de bepalingen van de richtlijn. Ook moet de vraag worden beantwoord of het van toepassing verklaren van de bepalingen van de richtlijn op handelingen die door de indirecte deelnemer buiten het systeem worden verricht wel in overeenstemming met de bedoeling van de richtlijn is.

Nu niet langer gebruik wordt gemaakt van de optie om indirecte deelnemers als deelnemer te beschouwen, is de beantwoording van de vragen die op de indirecte deelnemer betrekking hebben, niet meer opportuun.

De leden van de VVD-fractie vragen wat geldt in geval van deelname van een Nederlandse instelling aan een systeem dat niet ergens in Europa is aangewezen als een systeem in de zin van de Finaliteitsrichtlijn. Zij vragen voorts of zij het juist zien dat Nederlands faillissementsrecht, met inbegrip van de terugwerkende kracht, van toepassing is in het geval een Nederlandse instelling deelnemer is in bijvoorbeeld een betalingssysteem in de Verenigde Staten, zonder dat de finaliteitsbescherming uit het daarop toepasselijke rechtsstelsel door de Nederlandse rechter wordt toegepast. In antwoord op beide vragen merken wij op dat het Nederlandse faillissementsrecht van toepassing is op een in Nederland uitgesproken faillissement en de gevolgen daarvan. Dat geldt ook voor de terugwerkende kracht tot 00.00 uur die door artikel 23 Faillissementswet (hierna ook: Fw.) wordt toegekend aan de faillietverklaring. Voor de goede orde merken wij op dat onder omstandigheden denkbaar is dat, indien het rechtsstelsel dat van toepassing is op het systeem eveneens een regel bevat die in finaliteit voorziet, een dergelijke regel kan worden gezien als een bepaling van bijzonder dwingend recht in internationaalprivaatrechtelijke zin. Daarmee wordt bedoeld een bepaling aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig overigens van toepassing is (vergelijk artikel 7 van het voorgestelde Boek 10 BW¹ en de zogeheten Verordening Rome I²).

De aan het woord zijnde leden wijzen op het geval van een Nederlandse instelling die deelneemt aan een Amerikaans systeem en vragen of de regering van mening is dat, in een dergelijk geval de bescherming van de failliete boedel de voorkeur verdient boven de in de memorie van

¹ TK 2009/10, 32 137, nr. 2.

² Verordening (EG) nr. 592/2008 van het Europees Parlement en de Europese Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PbEU L 177, blz. 6 t/m 26, met rectificatie in PbEU 2009, L 308, blz. 87.

toelichting beschreven finaliteitsbescherming. Voorts vragen zij of het juist is dat in Duitsland de reikwijdte van de finaliteitswetgeving zodanig is verruimd, dat naar regels van internationaal privaatrecht ook deelname aan een niet-Europees finaliteitssysteem leidt tot toepasselijkheid van de daarop toepasselijke (niet-Europese) finaliteitswetgeving en zo ja, wat de redenen zijn voor de Nederlandse wetgever om niet een vergelijkbare regel op te nemen. Voorts vragen zij of de regering vreest voor misbruik bij deelname aan systemen die niet door een Europese minister zijn aangewezen of niet gelijkwaardig zijn aan een dergelijk systeem, en wijzen daarbij op het Engelse consultatiedocument.

In antwoord op deze vier vragen merken wij het volgende op. In § 7 van de Finaliteitsrichtlijn wordt weliswaar ingegaan op deelname van binnenlandse instellingen die rechtstreeks deelnemen aan systemen van derde landen, maar dit aspect speelt in de Wijzigingsrichtlijn geen rol. Een regel dienaangaande opnemen in het thans voorliggende wetsvoorstel zou dan ook buiten het bestek van de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn vallen. Wanneer wij in het kader van de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn terugkomen op keuzes die zijn gemaakt bij de implementatie van de Finaliteitsrichtlijn, zou dat op gespannen voet staan met de Aanwijzing voor de regelgeving 337, die bepaalt dat bij de implementatie in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan die welke voor de implementatie noodzakelijk zijn. Wij bestuderen thans of het wenselijk is een regeling te treffen die betrekking heeft op systemen in staten die geen lidstaat van de Europese Unie zijn en zo ja, hoe een dergelijke regeling vorm kan worden gegeven. Daarbij dient de finaliteitsbescherming te worden afgewogen tegen de belangen van de schuldeisers, waarbij ook een rol speelt dat de finaliteit van opdrachten die door Nederlandse deelnemers worden ingevoerd bij systemen in derde-landen het vertrouwen in Nederlandse deelnemers kan vergroten. Het is juist dat in Duitsland de reikwijdte van de finaliteitsbescherming is verruimd. Systemen in derde-landen worden naar Duits recht met aangewezen systemen gelijk gesteld «sofern sie im Wesentlichen den in Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 98/26/EG angeführten Voraussetzungen entsprechen» (§ 1 (16) Kreditwesengesetz), dus voor zover zij aan de wezenlijke kenmerken voldoen van een systeem in de zin van Finaliteitsrichtlijn. Bij de studie of het wenselijk is een regeling te treffen die betrekking heeft op systemen in staten die geen lidstaat van de Europese Unie zijn, zullen wij deze regel betrekken. Wel kan nu reeds worden opgemerkt dat op voorhand niet duidelijk is wie onder de Duitse regel beoordeelt of een systeem uit een derde-land voldoet aan de voorwaarden van de richtlijn, en wat «im Wesentlichen» is. Bij de vraag naar systemen in staten die geen lidstaat zijn dient de vraag te worden betrokken of deelname aan dergelijke systemen kan leiden tot misbruik.

De leden van de VVD-fractie menen dat bij de passage in de memorie van toelichting over interoperabele systemen (het voorgestelde artikel 212a, tweede lid, sub p, Fw) een concreet voorbeeld behulpzaam zou zijn geweest en verzoeken de regering alsnog een concreet voorbeeld toe te voegen. Een voorbeeld van een interoperabel systeem is de toekomstige link tussen de Nederlandse Central Counter Party (CCP) EMCF, het Zwitserse SIX X-Clear en de Britse clearinghuizen LCH.Clearnet Ltd en EuroCCP. Deze CCPs zijn voornemens deel te nemen in elkaars systeem en op die wijze transacties uit te wisselen. Ook een voorbeeld van interoperabele systemen is de aansluiting van de Equens CSM van Equens op Target2.NL van DNB. Beide zijn in de zin van art 212d Fw aangewezen. In de Equens CSM vindt de clearing van retailtransacties plaats. De geclearde transacties worden vervolgens gesetteld in Target2. Ook heeft de Equens CSM koppelingen met buitenlandse aangewezen retailsystemen. Ook in deze is de Equens CSM een interoperabel systeem.

De aan het woord zijnde leden vragen voorts of er ook sprake is van een interoperabel systeem indien één van de betrokken systemen niet een systeem is dat in Europa is aangewezen als finaliteitssysteem als bedoeld in de Finaliteitsrichtlijn en of een aanwijzing van twee of meer systemen als een interoperabel systeem vereist is voor de toepasselijkheid van de regels ter zake. Deze leden vragen waarom, als het inderdaad zo is dat er geen sprake is van een interoperabel systeem omdat een van de betrokkenen niet is aangewezen, de voorschriften voor de exploitanten ter coördinatie van een interoperabel systeem dan niet van overeenkomstige toepassing verklaard.

In antwoord hierop merken wij op dat er inderdaad geen sprake is van een interoperabel systeem in de zin van de wet indien een van de betrokkenen niet een in een lidstaat van de Europese Unie aangewezen systeem is. Een van de elementen van de definitie van «interoperabel systeem» is dat het twee of meer «systemen» moet betreffen. Conform de definitie van een «systeem» in artikel 2 van de Finaliteitsrichtlijn is een systeem pas een systeem in de zin van de wet wanneer het is aangewezen. Wanneer een van de betrokkenen niet is aangewezen, is het dus geen systeem en kan de onderlinge regeling voor de uitvoering van overboekingsopdrachten geen interoperabel systeem zijn. De gedachte hierachter is mede dat een systeem aan bepaalde voorwaarden dient te voldoen om te kunnen worden aangewezen. Het is gewenst dat de finaliteitsbescherming alleen geldt in geval een betrokkene is aangewezen. Dit heeft enerzijds een prikkel voor betrokkenen tot gevolg om zich in te spannen om aan bedoelde voorwaarden te voldoen. Anderzijds heeft dit een prikkel voor aangewezen systemen tot gevolg om slechts met andere aangewezen betrokkenen samen te werken.

De aan het woord zijnde leden vragen voorts bij wie de eindverantwoordelijkheid voor een interoperabel systeem berust, mede in het licht van de nieuwe paragrafen 14bis en 22bis in de considerans van de Finaliteitsrichtlijn.

In antwoord hierop merken wij op dat de belangrijkste regel met betrekking tot interoperabele systemen in de Finaliteitsrichtlijn voorschrijft dat elk systeem in zijn eigen regels het tijdstip van invoering in het systeem zodanig vaststelt dat zo veel mogelijk ervoor wordt gezorgd dat de regels van alle betrokken interoperabele systemen in dit opzicht worden gecoördineerd. Dat betekent dat per systeem er een toezichthouder is die erop toeziet dat het desbetreffende systeem zijn regels met betrekking tot invoering in het systeem conform deze regel heeft vastgesteld. De Finaliteitsrichtlijn gaat niet verder dan dat en het is ook niet aan de lidstaten om verder te gaan.

De leden van de VVD-fractie vragen of de regel wordt gehandhaafd dat de schuldenaar de beschikking over zijn vermogensbestanddelen verliest met ingang van de dag waarop het faillissement is uitgesproken, en of is overwogen deze regel af te schaffen in verband met de implementatie van de wijzigingsrichtlijn.

Deze kwestie valt buiten het bestek van de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn, en zal bij een eventuele herziening van het faillissementsrecht worden bezien.

Tot slot stellen de leden van de VVD-fractie enkele vragen met betrekking tot het internationaal privaatrecht. Zij vragen of het nieuwe artikel 212d, achtste lid, Fw alleen geldt voor instellingen die deelnemer zijn in een door Nederlands recht beheerst en in Nederland aangewezen finaliteits-systeem, en waarom niet ervoor is gekozen de bepaling als een zelfstandig artikel met een ruimere reikwijdte op te nemen zodat deze regel geldt ongeacht in welk land een systeem is aangewezen als finaliteitssysteem.

In antwoord hierop merken wij op dat met het nieuwe lid van artikel 212d artikel 10, vierde alinea van de Wijzigingsrichtlijn wordt geïmplementeerd. Elke lidstaat zal bedoeld richtlijnartikel implementeren. Daardoor zal bedoelde regel in elke lidstaat gelden, ongeacht in welke lidstaat een overeenkomst is aangewezen als systeem. De aan het woord zijnde leden vragen wanneer sprake is van een gerechtvaardigd belang in de zin van het voorgestelde artikel 212d, achtste lid, Fw. en of iedere cliënt van een instelling het recht heeft om dergelijke informatie te vragen. In antwoord hierop merken wij op dat het niet aan de lidstaten is om het begrip «gerechtvaardigd belang» nader in te vullen.

De aan het woord zijnde leden vragen wie verantwoordelijk is voor de juistheid van de te verstrekken informatie over de werking van door buitenlands recht beheerste finaliteitssystemen. Zij vragen of de uitvoering van de verplichting tot informatieverstrekking over systemen kan worden uitbesteed aan derden en wat de rol van een systeemexploitant is. Tot slot vragen zij hoe deze verplichting wordt uitgewerkt in de implementatiewetgeving en de bijhorende toelichting in andere Europese lidstaten (in het bijzonder Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Luxemburg en België).

De Finaliteitsrichtlijn bepaalt niet wie verantwoordelijk is voor de juistheid van de te verstrekken informatie over de werking van door buitenlands recht beheerste finaliteitssystemen. In het algemeen geldt dat degene die informatie verstrekt, daarvoor verantwoordelijk is. De richtlijn verbiedt niet dat de uitvoering van de verplichting tot informatieverstrekking over systemen wordt uitbesteed aan derden. De richtlijn bepaalt niet wat de rol van een systeemexploitant is. Mede gelet op de relatief beperkte implementatietermijn, is het ons nu onmogelijk om na te gaan hoe andere lidstaten deze verplichting hebben uitgewerkt.

De leden van de PvdA-fractie vragen of met «deelnemer» een deelnemende financiële instelling of bank wordt bedoeld.

In antwoord hierop merken wij op dat de gewijzigde definitie van «deelnemer» in de wijzigingsrichtlijn luidt: een instelling, een centrale tegenpartij, een afwikkellende instantie, een clearing house of een systeemexploitant.

Voorts merken de leden van de PvdA-fractie op dat de bescherming ook geldt voor transacties die plaatsvinden na opening van een insolventieprocedure, en dat dit zou gelden voor zover betrokken partijen kunnen aantonen dat ze niet op de hoogte waren, of niet op de hoogte hoefden te zijn van de opening van een dergelijke procedure. Zij vragen hoe kan worden aangetoond dat partijen niet op de hoogte waren en hoe kan worden aangetoond dat ze niet op de hoogte hoefden te zijn.

Voor de goede orde merken wij op dat na de opening van de insolventieprocedure verrichte transacties ook onder het huidige artikel 212b, derde lid, Fw. reeds finaliteitsbescherming hebben indien de in dat artikel genoemde entiteiten kunnen aantonen dat zij ten tijde van de uitvoering van de opdracht van de faillietverklaring niet kenden of behoorden te kennen. De wijziging van artikel 212b, derde lid, betreft niet het aantonen. Aangenomen mag worden dat een entiteit de faillietverklaring behoort te kennen vanaf het tijdstip dat zij is opgenomen in het faillissementsregister. In dit verband merken wij op dat onderdeel van de Finaliteitsrichtlijn een systematiek is waarin toezichthouders de aangewezen systemen dienen te berichten over de insolventieprocedure van een onder toezicht staande instelling, geïmplementeerd in artikel 212c Faillissementswet. Na die melding dient een systeem in ieder geval te worden geacht de faillietverklaring te kennen. De aan het woord zijnde leden vragen wie worden bedoeld met «betrokken partijen». Wij vatten deze vraag zo op dat wordt gevraagd wie moeten aantonen dat zij niet op de

hoogte zijn of behoeven te zijn van de opening van de insolventieprocedure. In antwoord op die vraag merken wij op dat de systeemexploitant dat op grond van het voorgestelde artikel 212b, derde lid, Fw. moet aantonen.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat het niet zo kan zijn dat een financiële instelling, tegen wie een insolventieprocedure wordt gestart, en hiervan dus op de hoogte is, alsnog bedragen gaat wegboeken naar derden en zo de schuldeisers dupeert, en vragen of dit toch mogelijk is onder de Finaliteitsrichtlijn.

In antwoord hierop merken op dat artikel 212b, derde lid, Fw., niet ziet op de situatie waarop de leden van de PvdA-fractie doelen. Twee zaken dienen te worden onderscheiden. In de eerste plaats is er de situatie waarin de systeemexploitant een overboekingsopdracht uitvoert die in het systeem is ingebracht na het tijdstip van faillietverklaring. In dat geval wordt de overboekingsopdracht uitgevoerd indien de systeemexploitant niet wist noch behoefde te weten dat de entiteit failliet is verklaard. In de tweede plaats is er de situatie waarop de leden van de PvdA-fractie doelen. In die situatie verricht de entiteit in het zicht van het faillissement een rechtshandeling waarmee derden worden gedupeerd. Indien een entiteit een rechtshandeling verplicht waarvan zij weet dat daardoor de schuldeisers worden benadeeld, verricht zij een rechtshandeling die gewoonlijk «paulianeus» wordt genoemd. De curator kan een dergelijke rechtshandeling met een buitengerechtelijke verklaring op grond van artikel 42 Fw. vernietigen. De wetenschap van de benadeling van de schuldeisers wordt onder omstandigheden vermoed te bestaan indien de rechtshandeling een jaar voor de faillietverklaring is verricht: artikel 43 Fw. Indien de rechtshandeling wordt vernietigd, wordt de overboekingsopdracht die met de rechtshandeling gepaard ging, niet teruggedraaid. Er wordt daarentegen een nieuwe overboekingsopdracht ingevoerd, als het ware in tegenovergestelde richting, teneinde hetgeen paulianeus uit het vermogen van de naderhand failliet verklaarde entiteit is gevloeid, te doen terugkeren in de boedel.

De aan het woord zijnde leden vragen of het waar is dat bij bepaalde insolventieprocedures er sprake kan zijn van terugwerkende kracht, maar dat tegelijkertijd de ingevoerde opdrachten niet mogen worden aangetast. Zij vragen of in dat geval voor de betreffende overboekingen geen terugwerkende kracht meer geldt.

De faillietverklaring heeft in beginsel als geheel inderdaad terugwerkende kracht heeft tot 00.00 uur van de dag van de faillietverklaring, maar dat de finaliteitsregels hierop een uitzondering maken, onder andere voor wat betreft overboekingsopdrachten die in een betalingssysteem worden ingevoerd. Anders gezegd: de entiteit verliest met terugwerkende kracht haar beschikkingsbevoegdheid. Indien de entiteit eerder op de dag van haar faillietverklaring nog overboekingsopdrachten heeft ingevoerd, zijn deze dus, naar achteraf blijkt, verricht terwijl de entiteit beschikkingsonbevoegd was. Zonder nadere regels zou dit ertoe leiden dat de overboekingsopdrachten nietig zijn en moeten worden teruggedraaid. De finaliteitsregels maken hierop een uitzondering door te bepalen dat die overboekingsopdrachten niet worden teruggedraaid.

De leden van de PvdA-fractie vragen of het klopt dat de regels van het betaalsysteem zelf bepalen welk recht van toepassing is op het systeem, op voorwaarde dat tenminste één deelnemer zijn hoofdkantoor heeft in de lidstaat, waarvan het recht is gekozen. Zij vragen voorts of het zo is dat, wanneer aan een betaalsysteem 99 Nederlandse banken deelnemen en één bank uit een andere lidstaat, het recht van die andere lidstaat van toepassing kan worden verklaard.

In antwoord hierop merken wij op dat dat ook onder de huidige Finaliteitsrichtlijn zo is. In artikel 2 van de Finaliteitsrichtlijn wordt onder «systeem» verstaan een systeem waarop het recht van een door de deelnemers gekozen lidstaat van toepassing is, en nader is bepaald dat de deelnemers uitsluitend kunnen kiezen voor het recht van een lidstaat waarin ten minste een van hen zijn hoofdkantoor heeft. In dit verband merken wij op dat rechtskeuze in het internationaal privaatrecht een wijdverbreid en algemeen erkend verschijnsel is. De Finaliteitsrichtlijn perkt deze keuze in zoverre in, dat slechts kan worden gekozen voor een recht van een lidstaat waar een van de deelnemers zijn hoofdkantoor heeft.

De aan het woord zijnde leden vragen op welke manier de beoogde coördinatie tussen interoperabele betaalsystemen gestalte gaat krijgen en of op dit punt een nadere toelichting kan worden gegeven. Een systeem dat deelneemt aan een onvoldoende gecoördineerd interoperabel systeem zal in het uiterste geval niet worden aangewezen. Is een dergelijk systeem al aangewezen, en gaat het deelnemen aan een onvoldoende gecoördineerd systeem, dan kan in het uiterste geval haar aanwijzing worden ingetrokken.

De leden van de SP-fractie merken op dat in het algemeen deel van de memorie van toelichting enkele problemen worden geschetst die een wijziging van de Finaliteitsrichtlijn noodzakelijk maken en vragen naar de relatie tussen die problemen en de voorgestelde wijzigingen, en welke wijziging welk probleem beoogt op te lossen. In antwoord hierop merken wij op dat het belangrijkste onderwerp de interoperabele systemen betreft. Artikel 3, lid 3 van de Finaliteitsrichtlijn bepaalt dat het tijdstip van invoering van een overboekingsopdracht in een systeem wordt bepaald volgens de regels van dat systeem. Het tijdstip van invoering zelf is niet gedefinieerd en kan derhalve variëren per systeem zowel wat betreft de definitie ervan als het daadwerkelijke tijdstip van invoering. Met het oog op de mogelijke verschillen tussen samenwerkende systemen die een interoperabel systeem vormen, is bepaald dat zoveel mogelijk ervoor wordt gezorgd dat de regels van alle betrokken interoperabele systemen worden gecoördineerd. Daarnaast wordt de verantwoordelijkheid en de positie van de systeemexploitant beter tot uitdrukking gebracht. Een voorbeeld van de verduidelijking van de verantwoordelijkheid van de systeemexploitant is dat wordt bepaald dat het de systeemexploitant is die moet aantonen dat hij de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen ingeval een overboekingsopdracht is ingevoerd in het systeem binnen een werkdag als omschreven in de regels van het systeem gedurende welke de faillietverklaring van de deelnemer heeft plaatsgevonden. De vervanging van «dag» door «werkdag» is overigens ook een wijziging die voor meer duidelijkheid zorgt. In een concreet voorbeeld komt een en ander op het volgende neer. Een deelnemer wordt failliet verklaard om 11.00 uur. In de daaropvolgende nacht, om 01.00 uur, wordt er toch nog een overboekingsopdracht in een systeem ingevoerd. De werkdag van het systeem loopt van 07.00 uur tot 07.00 uur. De overboekingsopdracht wordt toch uitgevoerd indien de systeemexploitant aantoont dat hij de faillietverklaring niet kende noch behoorde te kennen. Onder de oorspronkelijke Finaliteitsrichtlijn gold deze regel voor overboekingsopdrachten die tot 00.00 uur van de dag van de faillietverklaring werden ingevoerd. Als gevolg van de Wijzigingsrichtlijn geldt deze regel voor overboekingsopdrachten die worden ingevoerd tijdens de werkdag van het systeem, in ons voorbeeld tot 07.00 uur. Onder het oude recht zou het de systeemexploitant dus niet meer baten aan te tonen dat hij de faillietverklaring niet kende noch behoorde te kennen, want de overboekingsopdracht wordt ingevoerd na 00.00 uur. Als gevolg van de Wijzigingsrichtlijn baat het hem nog wel aan te tonen dat hij de faillietverklaring niet kende noch behoorde te kennen, want de overboe-

kingsopdracht is ingevoerd voor het einde van de werkdag van de exploitant, namelijk voor 07.00 uur. Een voorbeeld van de verduidelijking van de positie van de systeemexploitant is de wijziging van artikel 9 van de Finaliteitsrichtlijn, waarin is bepaald dat ook de rechten van een systeemexploitant niet worden aangetast door een insolventieprocedure tegen een onder andere een deelnemer. Voorts geldt dat de kring van ondernemingen wier overboekingsopdrachten op grond van de Finaliteitsrichtlijn finaal dienen te zijn, onbedoeld niet identiek was aan de kring van ondernemingen wier overboekingsopdrachten op grond van de Faillissementswet finaal dienen te zijn; deze discrepantie is opgeheven door de term «instelling» te vervangen door «deelnemer».

De aan het woord zijnde leden lezen in de memorie van toelichting dat er ondernemingen zijn die wel onder de finaliteitsvoorschriften van de Faillissementswet vallen, maar niet onder die van de Finaliteitsrichtlijn. Zij merken op dat dit volgens de regering voordelen zou hebben, en vragen of er ook nadelen zijn te noemen.

Wij vermoeden dat er sprake is van een misverstand. In de memorie van toelichting hebben wij op bladzijde 7 geschreven dat de finaliteitsbescherming onder de Finaliteitsrichtlijn geldt voor een andere kring van entiteiten dan onder de Faillissementswet. Dit is niet beoogd. De discrepantie wordt opgeheven door de term «instelling» te vervangen door «deelnemer». Voor zover de leden van de SP-fractie beogen te vragen of er tegenover de voordelen van de finaliteitsbescherming ook nadelen staan, merken wij het volgende op. Het voordeel van de finaliteitsbescherming is dat het feit dat een overboekingsopdracht, naar later blijkt, is gegeven in strijd met de beschikkingsonbevoegdheid van de failliete entiteit, niet leidt tot een verstoring van het systeem. Een dergelijke verstoring zou buitengewoon grote consequenties kunnen hebben. Indien een overboekingsopdracht teruggedraaid zou kunnen worden, kan dat leiden tot een kettingreactie doordat hetgeen met de overboekingsopdracht is geleverd, weer is gebruikt voor een reeks van elkaar opvolgende nieuwe transacties. Dit zou fnuikend kunnen zijn voor het systeem, wat vervolgens weer de financiële stabiliteit van de financiële markten zou kunnen bedreigen. Dit wordt algemeen zodanig onaanvaardbaar geacht dat het nadeel van de finaliteitsbescherming daartegen niet opweegt. Dat nadeel is dat er vermogensbestanddelen uit de boedel gaan die zonder de finaliteitsbescherming hadden moeten terugkeren in de boedel ten behoeve van het verhaalsrecht van de gezamenlijke schuldeisers.

De leden van de SP-fractie vragen waarom beoogd wordt de categorie rechten en verplichtingen die niet door een insolventieprocedure kunnen worden aangetast, ruimer te maken.

In antwoord hierop wijzen wij op het zojuist weergegeven risico van een kettingreactie. Hoe groter de categorie overboekingsopdrachten die onder de finaliteitsbescherming vallen, hoe kleiner de kans op de kettingreactie.

Tot slot vragen de aan het woord zijnde leden hoe bepaald wordt of de onderlinge regeling tussen de systeemexploitanten van interoperabele systemen goed is.

De toezichthouders die toezicht houden op de systeemexploitanten zullen, ieder voor zich, beoordelen of onderlinge regeling goed is. Een toezichthouder zal toetsen of in de regels van het systeem waarop hij toezicht houdt, het tijdstip van invoering van een overboekingsopdracht in het systeem voldoende gecoördineerd is met de regels van het systeem waarop de andere toezichthouder toezicht houdt. In het uiterste geval zal de vergunning kunnen worden ingetrokken.

3. Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten

De leden van de VVD-fractie onderstrepen het belang van het stimuleren van kredietverlening en het verbeteren van de concurrentie tussen banken. Deze leden wijzen er terecht op dat de Wijzigingsrichtlijn en daarmee dit wetsvoorstel ertoe strekt die doelen te bereiken. Zij vragen hoe zal worden gewaarborgd dat banken de kredietverlening aan ondernemers en consumenten verruimen en de economie wordt gestimuleerd.

Voor bespoediging van het herstel van de economische crisis is het van belang dat consumenten en ondernemers voldoende krediet van de banken kunnen verkrijgen. Sinds het uitbreken van de economische crisis is dit moeilijker geworden aangezien de banken terughoudender zijn met het verstrekken van krediet. Een belangrijke reden voor die terughoudendheid is dat de liquiditeitspositie van banken sterk is teruggelopen, terwijl het juist van die liquiditeitspositie afhankelijk is hoeveel krediet de banken aan consumenten en ondernemers kunnen en mogen verschaffen. De liquiditeitspositie wordt bepaald door de hoeveelheid geld die banken in kas hebben te verminderen met de verplichte kapitaalbuffers die zij moeten aanhouden op grond van eisen die worden gesteld door de nationale toezichthouder DNB en de internationale toezichthouders, verenigd in het Baselcomité. Hoe meer krediet de banken dus door onderlinge leningen of door leningen van de centrale bank kunnen verwerven, hoe meer liquiditeiten zij hebben en hoe meer krediet zij aan consumenten en ondernemers kunnen verschaffen.

Het spreekt voor zich dat ook de kredieten die door andere banken of de centrale bank aan een bank worden verstrekt, door die bank moeten worden terugbetaald. Deze terugbetaling wordt zeker gesteld door een onderpand, dat daarom ook wel zekerheid wordt genoemd. Indien banken meer zekerheid kunnen verschaffen, kunnen zij meer krediet verkrijgen. Het verschaffen van zekerheid kan geschieden door middel van financiëlezekerheidsovereenkomsten. Nu met de Wijzigingsrichtlijn en daarmee met dit wetsvoorstel ook kredietvorderingen als zekerheid kunnen dienen, kunnen de banken meer zekerheid verschaffen en dus meer krediet aantrekken. Daardoor kunnen zij meer geld in kas krijgen dat zij vervolgens aan consumenten en ondernemers ter beschikking kunnen stellen.

De ruimere mogelijkheden voor banken tot het verschaffen van zekerheid die het gevolg van de Wijzigingsrichtlijn en dit wetsvoorstel zullen zijn, kunnen de economie ten goede komen. Een garantie dat de Wijzigingsrichtlijn en dit wetsvoorstel daadwerkelijk zullen leiden tot een stimulering van de economie is evenwel niet te geven. De ruimte die banken hebben voor het verschaffen van krediet aan consumenten wordt immers niet alleen bepaald door hoeveel krediet banken kunnen aantrekken, maar door allerlei omstandigheden waaronder de rente die de banken moeten betalen voor het aantrekken van krediet, het saldo van de rekeningen die consumenten en ondernemers bij de betreffende bank hebben en de verplichte kapitaalbuffers die banken moeten aanhouden op grond van eisen van DNB en het Baselcomité.

De leden van de VVD-fractie willen weten of er voldoende toezicht op wordt gehouden dat de kredietnemers van de kredietvorderingen die als onderpand bij een financiëlezekerheidsovereenkomst dienen, voldoende solvabel zijn. De leden van de SP-fractie vragen of eisen worden gesteld aan de kwaliteit van kredietvorderingen die in onderpand kunnen worden gegeven.

Financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij kredietvorderingen als zekerheid dienen, kunnen worden gebruikt bij interbancaire kredietverlening, dat wil zeggen kredietverlening tussen banken onderling. Zij zullen echter voornamelijk voorkomen in de relatie waarin DNB krediet verstrekt

aan «gewone banken» in het kader van een monetaire beleidstransactie. Het doel van een dergelijke transactie is dat de bank over voldoende liquiditeiten kan beschikken. In beide gevallen dienen de kredietvorderingen als zekerheid voor terugbetaling van een krediet dat aan een bank wordt verstrekt.

In het geval van interbancaire kredietverlening is het aan de kredietverstrekkende bank zelf om te bepalen welke kredietvorderingen zij als onderpand accepteert. Als gezegd zullen Financiëlezekerheidsvereenkomsten waarbij kredietvorderingen als zekerheid dienen voornamelijk voorkomen in de relatie tussen DNB en de gewone banken. Bij het sluiten van een financiëlezekerheidsvereenkomst waarbij kredietvorderingen als zekerheid dienen, zal DNB erop letten dat de betreffende kredietvorderingen door voldoende onderpand worden gedekt. Kredietverlening door DNB aan banken mag op grond van artikel 8 lid 1 van de Bankwet namelijk alleen geschieden tegen toereikend onderpand. Ook de statuten van het Europees stelsel van centrale banken bepalen dat krediettransacties door de bij dat stelsel aangesloten centrale banken, waaronder DNB, slechts tegen toereikend onderpand mogen worden verricht (vgl. artikel 18.1). In dit kader worden door het Europese stelsel van centrale banken eisen gesteld waaraan kredietvorderingen moeten voldoen om te kunnen dienen als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst. Het doel van deze eisen is te garanderen dat de centrale banken gevrijwaard blijven van verliezen als gevolg van het sluiten van financiëlezekerheidsvereenkomsten (vgl. Europese Centrale Bank, De uitvoering van het monetaire beleid in het Eurogebied, Algemene documentatie inzake de monetaire beleidsinstrumenten en procedures van het Eurosysteem (november 2008), p. 38-42 en 109).

De eisen betreffen ten eerste het soort schuldenaren. Het moet gaan om (i) niet-financiële vennootschappen, (ii) entiteiten uit de publieke sector (bijvoorbeeld woningbouwcorporaties) of (iii) internationale of supranationale instellingen. Ten tweede betreffen de eisen het soort en de hoogte van de kredietvorderingen die als zekerheid kunnen dienen. Zo moet de kredietvordering een in Euro luidende onvoorwaardelijke hoofdsom hebben en een rentevoet die niet kan resulteren in een negatieve kasstroom. Het minimumbedrag om als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst te kunnen dienen is vanaf 1 januari 2012 € 500 000 in de hele Europese Unie. Tot die tijd is het minimumbedrag in Nederland € 1 miljoen. Voorts mag de vordering geen beperkingen bevatten met betrekking tot haar mobilisatie of tegeldemaking. De derde eis is dat de kredietovereenkomst waaruit de vordering voortvloeit onderworpen moet zijn aan het recht van een EU-lidstaat.

De leden van de SP-fractie willen weten in hoeverre de leencapaciteit van banken wordt vergroot nu voortaan kredietvorderingen als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst kunnen dienen. Kredietvorderingen zijn de belangrijkste vermogensbestanddelen op de balans van banken. Voor Europese banken geldt dat kredietvorderingen bijna 60% van al hun vermogensbestanddelen uitmaken (vgl. Commission Staff Working Document of 23-4-2008 accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending the Settlement Finality Directive and the Financial Collateral Directive, Impact assessment, COM (2008)213 final, SEC (2008)491, p. 13). De mogelijkheid dat kredietvorderingen als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsvereenkomst kunnen dienen, zal dus leiden tot een zeer aanzienlijke toename van de leencapaciteit van banken in die zin dat zij meer krediet kunnen aantrekken. De extra liquiditeiten die zij daarmee verwerven kunnen zij vervolgens in de vorm van krediet weer ter beschikking stellen aan consumenten en ondernemers. Ook de leencapaciteit van banken in de zin dat zij meer krediet kunnen verstrekken aan consumenten, zal dus aanzienlijk toenemen. In hoeverre wordt echter niet alleen bepaald door

hoeveel krediet banken kunnen aantrekken, maar door allerlei omstandigheden waaronder de rente die de banken moeten betalen voor het aantrekken van krediet, het saldo van de rekeningen die consumenten en ondernemers bij de betreffende bank hebben en de verplichte kapitaalbuffers die banken moeten aanhouden op grond van eisen van DNB en het Baselcomité.

De leden van de SP-fractie vragen of de mogelijkheid kredietvorderingen onderwerp van een financiëlezekerheidsovereenkomst te doen zijn effect kan hebben op de kwaliteit van de kredietportefeuille van banken. De mogelijkheid dat kredietvorderingen kunnen dienen als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst verandert niets aan de samenstelling van de kredietportefeuille van banken. De financiëlezekerheidsovereenkomst is slechts een middel om krediet aan te trekken. Banken hebben daardoor weliswaar meer mogelijkheden om hun liquiditeitspositie te verbeteren, en kredieten te verstrekken maar de banken moeten op hun beurt het verkregen krediet ook weer terugbetalen. Om die reden zullen banken er goed op letten dat zij de verkregen liquiditeiten verstrekken aan debiteuren die voldoende solvabel zijn.

De leden van de SP-fractie vragen voorts in hoeverre kredieten die worden afgesloten met de ruimte die ontstaat door het sluiten van een financiëlezekerheidsovereenkomst weer kunnen worden gebruikt om nieuwe financiëlezekerheidsovereenkomsten af te sluiten. Wanneer een financiëlezekerheidsovereenkomst wordt gesloten met betrekking tot kredietvorderingen, vormen deze kredietvorderingen de zekerheid voor de terugbetaling van het krediet dat aan de bank wordt verstrekt. Financiëlezekerheidsovereenkomsten worden door banken gesloten om hun liquiditeitspositie te verbeteren. Door de toegenomen liquiditeit beschikken banken over meer geld, dat zij in de vorm van krediet aan consumenten en ondernemers ter beschikking kunnen stellen. De kredietvorderingen die daaruit voortvloeien kunnen op hun beurt weer dienen als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst. Bij kredietverstrekking moeten banken echter in alle gevallen vanzelfsprekend blijven binnen de verplichte liquiditeitsratio's en kapitaalbuffers. Over deze liquiditeitsratio's en kapitaalbuffers zijn door toezichthouders en centrale bankdirecteuren in het Baselcomité afspraken gemaakt om te garanderen dat banken slechts tot een verantwoorde hoogte krediet verschaffen. Deze afspraken zijn in het recente Basel III-akkoord nog aangescherpt.

De leden van de SP-fractie willen vervolgens weten of het voor een bank mogelijk is om ten aanzien van één kredietvordering bij meerdere partijen een financiëlezekerheidsovereenkomst te sluiten. De financiëlezekerheidsovereenkomst kent twee verschijningsvormen, namelijk (i) de financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht op een kredietvordering (artikel 7:51 sub c) en (ii) de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht van een kredietvordering (artikel 7:71 sub b). Beide vormen komen voornamelijk voor in de relatie waarin DNB aan een gewone bank krediet verschaft in het kader van een monetaire beleidstransactie. In dat geval moet de betreffende bank bij het sluiten van een financiëlezekerheidsovereenkomst verklaren dat zij ervoor instaat dat de aangeboden kredietvorderingen door haar niet reeds worden gebruikt als onderpand ten gunste van een derde partij, en zij de kredietvorderingen ook niet zal mobiliseren ten gunste van een derde partij. Ook moet de bank verklaren dat zij zonder schriftelijke toestemming van DNB niet bevoegd is de vordering aan derden over te dragen of daarop een beperkt recht te vestigen ten behoeve van een andere partij dan DNB. Vervolgens moet de betreffende bank ten minste één maal per kwartaal schriftelijk bevestigen dat op de betreffende kredietvorderingen

geen beperkte rechten ten gunste van een andere partij zijn gevestigd (vgl. De Nederlandsche Bank N.V., Handleiding Monetaire Beleidstransacties (augustus 2009), § 10.65, Bijlage VI: Panddocumenten voor niet-verhandelbare activa, artikel 2 sub (2) en p. 102, artikel 5).

Nu de banken die hun krediet betrekken van DNB ook onder toezicht van DNB staan, zullen de bovenstaande eisen ertoe leiden dat banken ten aanzien van kredietvorderingen die reeds als zekerheid dienen in het kader van een met DNB gesloten financiëlezekerheidsovereenkomst. Om daarvan geheel zeker te zijn, accepteert DNB geen stil pandrecht als zekerheid maar slechts een openbaar pandrecht of een overdracht.

De leden van de SP-fractie lezen in de memorie van toelichting dat Nederland een goederenrechtelijke handeling mag eisen bij de overdracht van een kredietvordering, maar dat deze eis niet verder mag gaan dan het opnemen van kredietvorderingen op een lijst. Zij vragen zich af hoe dit zich verhoudt met de leveringseisen van artikel 3:94 BW.

Een financiëlezekerheidsovereenkomst kan inhouden de overdracht van een kredietvordering dan wel de vestiging van een pandrecht op een kredietvordering (vgl. het voorgestelde artikel 7:51 sub b en c). Voor de overdracht van een kredietvordering of de vestiging van een pandrecht daarop in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst moet voor zover in Titel 7.2 BW niet anders is bepaald worden aangesloten bij het algemene systeem van het Burgerlijk Wetboek voor de overdracht van een vordering. Artikel 3:94 lid 1 jo. 3:98 BW bepaalt dat voor de overdracht van vorderingen of de vestiging van een beperkt recht daarop een akte is vereist. Nu artikel 2 lid 6 onder a van de Wijzigingsrichtlijn bepaalt dat geen formaliteiten mogen worden geëist wanneer kredietvorderingen als zekerheid dienen in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst, zou kunnen worden geconcludeerd dat artikel 3:94 lid 1 BW jo. artikel 3:98 BW niet van toepassing zijn. Zulks is echter niet het geval. Juist om te bewerkstelligen dat de eisen van artikel 3:94 lid 1 BW jo. artikel 3:98 BW van toepassing zijn, is op voorstel van Nederland in artikel 4 sub (e) onder (i) bepaald dat mag worden verlangd dat bij het sluiten van een financiëlezekerheidsovereenkomst een lijst wordt opgemaakt. Op deze lijst worden de kredietvorderingen waarop de financiëlezekerheidsovereenkomst betrekking heeft zeer nauwkeurig omschreven. Daarmee kan de lijst worden beschouwd als een akte en is voldaan aan de leveringseisen van artikel 3:94 lid 1 BW jo. artikel 3:98 BW.

Artikelen

Artikel II

Onderdeel A

De leden van de SP-fractie lezen in de memorie van toelichting dat Nederland wel degelijk een goederenrechtelijke handeling mag eisen bij de overdracht van een kredietvordering of het vestigen van een pandrecht op een kredietvordering in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst. Die eis mag niet verder gaan dan het opnemen van een kredietvordering op een lijst. Deze leden vragen hoe dit zich verhoudt tot de leveringseisen van artikel 3:94 BW.

Voor het antwoord op deze vraag verwijzen wij naar het hetgeen naar aanleiding van een gelijklopende vraag van deze leden hierboven is opgemerkt onder punt 3 van het algemene gedeelte van deze nota naar aanleiding van het verslag.

De leden van de SP merken voorts op dat Nederland gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een stil pandrecht kennisgeving voor te schrijven

voor het ontstaan van inningsbevoegdheid. Deze leden willen weten of er additionele eisen worden gesteld indien de financiëlezekerheids overeenkomst een pandrecht behelst dan wel of artikel 3:246 lid 1 BW van toepassing blijft.

In het geval van een financiëlezekerheids overeenkomst moet, voor zover in Titel 7.2 BW niet anders is bepaald, worden aangesloten bij het algemene systeem van het Burgerlijk Wetboek. Dit geldt ook voor een financiëlezekerheids overeenkomst tot vestiging van een pandrecht nu door dit wetsvoorstel geen additionele eisen worden gesteld voor het geval de financiëlezekerheids overeenkomst een pandrecht behelst. In artikel 3:246 lid 1 BW is bepaald dat, wanneer het pandrecht op een vordering rust, de pandhouder bevoegd is nakoming van die vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen wanneer aan de schuldenaar van de vordering mededeling van de verpanding is gedaan.

De leden van de SP-fractie merken op dat banken bezwaren hadden tegen het mededelingsvereiste bij verpanding en dat er een suggestie is gedaan om aan deze bezwaren tegemoet te komen. Deze leden vragen of de suggestie van de banken is opgevolgd alsmede wat er is gebeurd met het mededelingsvereiste en in hoeverre aan de bezwaren tegemoet is gekomen.

Wij merkten al enkele malen op dat financiëlezekerheids overeenkomsten ten aanzien van kredietvorderingen voornamelijk zullen voorkomen in de verhouding waarin DNB krediet verschaft aan «gewone» banken. Een financiëlezekerheids overeenkomst kan zijn de overdracht van een vordering dan wel de vestiging van een pandrecht op een vordering (vgl. het voorgestelde artikel 7:51 sub b en c). Het pandrecht kan zijn een stil pandrecht of een openbaar pandrecht. Bij een openbaar pandrecht wordt mededeling van de verpanding gedaan aan de debiteur van de vordering (artikel 3:246 lid 1 BW). De pandhouder wordt daarmee direct inningsbevoegd. Bij een stil pandrecht wordt geen mededeling van de verpanding gedaan aan de debiteur van de vordering. De pandhouder wordt eerst inningsbevoegd nadat van de verpanding mededeling is gedaan aan de debiteur.

DNB accepteert slechts een openbaar pandrecht als zekerheid voor door haar te verstrekken krediet en geen stil pandrecht. De reden daarvoor is dat in bepaalde gevallen de positie van DNB als stil pandhouder minder voordelig is dan de positie als openbaar pandhouder. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer na een faillissement van de pandgevende bank maar voordat een kennisgeving aan de debiteur van de vordering is gedaan, deze debiteur alsnog aan de bank betaalt en niet aan DNB. Het doen van mededeling van de verpanding kan voor banken echter bezwaarlijk zijn aangezien daardoor de kans bestaat dat bij de betreffende debiteuren, en daarmee in de markt een verkeerde indruk ontstaat van de kredietpositie van de bank.

In een regulier geval biedt verrekening uitkomst indien een stil verpande vordering door de pandgever wordt geïnd. De bank kan dan haar vordering verrekenen met hetgeen is geïnd en op de rekening van de pandgever terecht is gekomen. Bij een financiëlezekerheids overeenkomst tot verpanding van een kredietvordering tussen een bank en DNB kan van verrekening evenwel geen sprake zijn nu de bank bij DNB geen rekening aanhoudt waarover het betalingsverkeer met cliënten loopt, en heeft DNB geen verrekeningspositie ten opzichte van die bank.

Om aan de bezwaren van DNB tegemoet te komen hebben de banken en DNB een regeling voorgesteld op grond waarvan in het geval van een financiëlezekerheids overeenkomst tot verpanding van een kredietvordering de pandhouder van rechtswege een pandrecht op het geïnde verkrijgt in alle gevallen waarbij een ander dan de pandhouder de door middel van de financiëlezekerheids overeenkomst tot vestiging van een pandrecht verpande kredietvordering int. Deze regeling zou in zijn

algemeenheid moeten gelden, maar vanwege haar bijzondere positie in ieder geval voor DNB.

De suggestie van de banken en DNB is in dit wetsvoorstel niet gevolgd. Wij zijn van mening dat zowel de bezwaren van DNB als die van de banken worden ondervangen doordat partijen in plaats van een financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht kunnen kiezen voor een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht. De financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht is een vorm van cessie. Artikel 3:94 BW voorziet in een tweetal wijzen van cessie: de openbare cessie en de stille cessie. Voor de openbare cessie vereist artikel 3:94 lid 1 BW een daartoe bestemde akte en mededeling aan de debiteur van de betreffende kredietvordering. De bezwaren die de banken hebben tegen het doen van een mededeling aan de debiteur van de betreffende vordering worden ondervangen door de mogelijkheid om te kiezen voor een financiële zekerheidsovereenkomst tot stille cessie. Een dergelijke cessie kan op grond van artikel 3:94 lid 3 BW plaatsvinden door een daartoe bestemde geregistreerde of authentieke akte, zonder mededeling aan de debiteur van de betreffende kredietvordering.

De bezwaren van DNB worden ondervangen doordat stille cessie na het verlijden of de registratie van de akte volledig goederenrechtelijke werking heeft. In het geval van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht van een kredietvordering die wordt gesloten tussen DNB en een «gewone bank» wil dat zeggen dat de kredietvordering ten gevolge van de financiële zekerheidsovereenkomst van het vermogen van de gewone bank in het vermogen van DNB raakt. Het moment waarop dat gebeurd wordt bepaald door het tijdstip van registratie van de financiële zekerheidsovereenkomst. Indien de bank na dat tijdstip failliet gaat, en de debiteur van de vordering (per ongeluk) aan de bank betaalt, moet de vordering van DNB worden aangemerkt als een boedelvordering en behoeft DNB dus niet mee te delen in de algemene faillissementskosten.

De leden van de SP-fractie vragen naar de positie van de debiteur. Zij willen weten wanneer welke partij een mededeling moet doen aan de debiteur, zodat de debiteur weet aan wie hij moet betalen. Deze leden willen voorts zeker weten dat met de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn niets ten nadele van de debiteur verandert.

Een financiële zekerheidsovereenkomst kan strekken tot de overdracht van een kredietvordering of de vestiging van een pandrecht daarop (vgl. het voorgestelde artikel 7:51 sub b en c). De bepalingen omtrent de financiële zekerheidsovereenkomst zijn opgenomen in Titel 7.2 BW. Voor zover deze titel geen specifieke bepalingen bevat, moet worden aangesloten bij de algemene bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omtrent de overdracht van vorderingen op naam en de vestiging van een beperkt recht daarop. Ten aanzien van de inningsbevoegdheid in geval van een overdracht van of de vestiging van een pandrecht op een kredietvordering bevat Titel 7.2 BW geen specifieke bepalingen. Ook het wetsvoorstel bevat geen speciale regels ten aanzien van de vraag aan wie de debiteur van een kredietvordering moet betalen indien de betreffende kredietvordering op grond van een financiële zekerheidsovereenkomst als zekerheid dient. Aldus brengt het wetsvoorstel geen verandering in de positie van de debiteur van de kredietvordering die het onderwerp is van een financiële zekerheidsovereenkomst en staat vast dat met de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn niets ten nadele van de debiteur verandert.

In het geval van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht moet de vraag aan wie de debiteur moet betalen worden beantwoord aan de hand van de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek. Dit brengt met zich dat artikel 3:94 lid 3 BW van toepassing is. Op grond van deze bepaling kan een overdracht de debiteur van de vordering pas worden tegengeworpen nadat die overdracht hem is medegedeeld door de vervreemder of de verkrijger. Aldus kan de debiteur van een kredietvor-

dering die onderwerp is van een financiëlezekerheidsovereenkomst, zolang hem niet is medegedeeld dat de vordering is overgedragen, bevrijdend betalen aan de bank die de kredietvordering heeft overgedragen, dus aan de zekerheidsgever. Zodra de overdracht evenwel is medegedeeld aan de debiteur, moet hij aan de zekerheidsnemer betalen en zijn betalingen aan de zekerheidsgever niet meer bevrijdend. In het geval van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht op een kredietvordering geldt artikel 3:246 lid 1 BW. Op grond van deze bepaling kan de vordering eerst door de pandhouder worden geïnd nadat de verpanding aan de debiteur is medegedeeld. Zolang de mededeling niet is gedaan, is geen sprake van inningsbevoegdheid van de pandhouder. Dat wil zeggen dat zolang geen mededeling van de verpanding is gedaan, de debiteur bevrijdend aan de pandgever kan betalen. Nadat mededeling van de verpanding is gedaan, moet de debiteur aan de pandhouder betalen en zijn betalingen aan de pandgever niet meer bevrijdend.

Onderdeel B

De leden van de VVD-fractie vragen of in andere lidstaten van de Europese Unie, in het bijzonder Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Luxemburg en België, eveneens gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om kredietvorderingen op consumenten uit te zonderen van de mogelijkheid om op grond van een financiëlezekerheidsovereenkomst als zekerheid te dienen.

In het Verenigd Koninkrijk is in het consultatiedocument over de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn voorgesteld kredietvorderingen op consumenten niet uit te zonderen van de mogelijkheid om als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst te dienen. De reden daarvoor is dat deze vorderingen ook thans al als zekerheid dienen. Een definitieve keuze is echter nog niet gemaakt.

In Frankrijk zijn vooralsnog slechts enkele hoofdpunten van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd en is nog geen keuze gemaakt of vorderingen op consumenten al dan niet uitgezonderd worden. In België is voor zover wij weten nog geen wetsvoorstel tot implementatie van de Wijzigingsrichtlijn aanhangig.

In Duitsland is geen gebruik gemaakt van de optie om kredietvorderingen op consumenten uit te zonderen van de mogelijkheid om als zekerheid te dienen in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst. De belangrijkste reden voor die keuze is dat een uitzondering van kredietvorderingen op consumenten van de mogelijkheid als zekerheid te dienen van weinig belang is aangezien kredietvorderingen op consumenten door het Europese stelsel van centrale banken toch al niet als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst worden geaccepteerd. Ook in Nederland geldt dat bij het niet uitsluiten van kredietvorderingen op consumenten dergelijke vorderingen de facto niet als zekerheid kunnen dienen aangezien DNB dergelijke vorderingen niet als zekerheid kan accepteren nu de eisen van het Europese stelsel van centrale banken dat niet toelaten.

De leden van de VVD-fractie merken op dat in de memorie van toelichting staat dat van consumenten niet kan worden verwacht dat zij nadat hun de cessie of de verpanding van de kredietvordering is medegedeeld, begrijpen dat betaling aan hun oorspronkelijke schuldeiser niet langer bevrijdend is, en zij hun betaling aan een andere financiële instelling moeten richten. Deze leden vragen zich af waarin de financiëlezekerheids-overeenkomst verschilt van een gewone cessie of verpanding alsmede

waarom in het geval van een gewone cessie of verpanding dat begrip van consumenten wel kan worden verwacht.

De voornaamste reden om kredietvorderingen op consumenten uit te sluiten van de mogelijkheid om als zekerheid te dienen in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst is dat uit de besprekingen die in de voorbereidingsfase van dit wetsvoorstel met de banken zijn gevoerd, naar voren is gekomen dat geen economische behoefte bestaat aan de mogelijkheid dat kredietvorderingen op consumenten als zekerheid kunnen dienen. Dit geldt temeer nu kredietvorderingen op consumenten niet door het Europese stelsel van centrale banken worden geaccepteerd als zekerheid.

Bij een gewone cessie of verpanding, waaraan de leden van de VVD-fractie refereren, merkt de consument daarvan veelal niets.

Mededeling speelt pas in een situatie van (dreigend) faillissement. In dat geval mag de consument er niet op vertrouwen dat zijn verhouding tot de oorspronkelijke crediteur ongewijzigd blijft en hij gewoon aan zijn oorspronkelijke crediteur kan blijven betalen. Wanneer consumenten een schuld aan een bank hebben, moeten zij ervan uit kunnen gaan dat zij die schuld ook aan de betreffende bank kunnen terugbetalen. Indien dat niet zo zou zijn, kan dat bij consumenten tot onrust leiden.

De minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten