

Vergaderjaar 1998–1999

**26 260**

## **Wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Faillissementswet met betrekking tot het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en effectenafwikkelingsystemen**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **Inhoudsopgave**

#### **Hoofdstuk I. Algemene toelichting**

1. Inleiding
2. Doel van de richtlijn
3. Reikwijdte van de richtlijn
4. Inhoud en verwerking van de richtlijn
  - 4.1 Inleiding
  - 4.2 Herroeping van opdrachten
  - 4.3 Geen terugwerkende kracht bij faillissement, bij toepassing van de noodregeling en bij verlening van surseance van betaling
  - 4.4 De rechtsgeldigheid van verrekening
  - 4.5 Internationaal privaatrechtelijke regels betreffende het recht dat een systeem en de rechten en plichten van een deelnemer aan een systeem beheerst
  - 4.6 Bescherming van houders van goederenrechtelijke zekerheden
5. Overige artikelen
6. Kosten van de uitvoering van de wet

#### **Hoofdstuk II. Artikelsgewijze toelichting**

#### **Bijlagen**

- A. Transponeringstabel Richtlijn → Wet

## HOOFDSTUK I. ALGEMENE TOELICHTING

### 1. Inleiding

Het wetsvoorstel strekt tot uitvoering van richtlijn nr. 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 mei 1998, betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen (PbEG Nr L 166/45), (hierna te noemen: de richtlijn).

### 2. Doel van de richtlijn

De richtlijn beoogt bij te dragen aan het efficiënt en effectief functioneren van systemen voor de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in de Europese Gemeenschap. De richtlijn sluit daarmee aan bij de vooruitgang die is geboekt op de weg naar de voltooiing van de interne markt, met name wat betreft het vrij verrichten van diensten en de liberalisering van het kapitaalverkeer met het oog op de totstandbrenging van een Economische en Monetaire Unie.

Directe aanleiding voor de richtlijn vormde het door de Bank for International Settlements te Bazel in 1990 gepubliceerde rapport<sup>1</sup> over interbancaire verrekeningssystemen. In dit aan de presidenten van de centrale banken van de Groep van Tien (G10) aangeboden rapport, het zogenaamde Lamfalussy-rapport, is aangetoond dat betalingssystemen die functioneren op basis van een aantal juridische varianten van verrekening, met name multilaterale verrekening, juridische risico's en daardoor belangrijke systeemrisico's meebrengen. Het rapport adviseerde dat het verminderen van deze juridische risico's in verband met deelname aan betalingssystemen van het allergrootste belang is.

In dit kader heeft voorts het Committee on Payment and Settlement Systems van de G10 in maart 1995 een rapport gepubliceerd<sup>2</sup> over een onderzoek naar de risico's in de afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties. Eén van de conclusies in dit rapport is dat het bestaan van de vele, dikwijls weinig transparante, verbindingen tussen afwikkelingsystemen bij kan dragen aan de mogelijkheid dat verstoringen zich internationaal voortplanten. Hiervan is met name ook sprake indien een verstoring de dagelijkse verrekening van de vele vorderingen die deelnemers aan betalings- en effectenafwikkelingsystemen (hierna: systemen) op elkaar bezitten zou ondermijnen. Nadere regelgeving zou de kans op deze verstoringen moeten minimaliseren.

Ook de ontwikkelingen in de markt gaven aanleiding om het Europese juridische kader met betrekking tot systemen te herzien. Door de voortschrijdende stand der techniek alsmede de liberalisering en deregulering van de financiële markten is het nationale en internationale girale betalings- en effectenverkeer de laatste jaren sterk toegenomen. In dit girale betalings- en effectenverkeer wordt grote waarde gehecht aan het veilig afwikkelen van overschrijvingen van geld en effecten. Met betrekking tot het betalingsverkeer is in dat kader tussen de centrale banken in het verband van het Europese Monetaire Instituut (EMI) afgesproken dat de centrale bank in iedere lidstaat een zogenoemd direct bruto afwikkelingssysteem zal ontwikkelen waarin grote (interbancaire) overschrijvingen direct bruto worden afgewikkeld. De bruto afwikkelingsmethode komt er op neer dat iedere overschrijving afzonderlijk en onherroepelijk, ook wel genoemd «hard», wordt afgewikkeld. Hierdoor kunnen de deelnemers aan een brutosysteem, met name kredietinstellingen en financiële instellingen, telkens nadat zij een overschrijving hebben ontvangen deze aanwenden voor het doen van eigen overschrij-

<sup>1</sup> Bank voor Internationale Betalingen, Rapport van het comité over de interbancaire verrekeningssystemen van de Centrale Banken van de Groep van 10, Bazel – november 1990.

<sup>2</sup> Cross-border securities settlement, Report prepared by the Committee on payment and settlement systems, of the central banks of the group of ten countries, Basel, maart 1995.

vingen. Aldus kan gedurende de dag hetzelfde «geld» door een reeks van opeenvolgende ontvangers snel weer worden doorbetaald.

Deelnemers aan het betalingsverkeer hanteren naast de hierboven beschreven brutosystemen ook schuldvergelijking om de dagelijkse verrekening van de vele vorderingen die zij op elkaar bezitten te vergemakkelijken. De daartoe gesloten onderlinge overeenkomsten van schuldvergelijking (verrekeningsovereenkomsten), waardoor enkel nog het netto saldo hoeft te worden betaald, zijn belangrijk voor de kredietinstellingen, financiële instellingen en effecteninstellingen omdat zij, gezien het aantal en de totale waarde van de overschrijvingen, kostenbesparend werken (nettosystemen). Bovendien verminderen deze overeenkomsten van schuldvergelijking de krediet- en liquiditeitsrisico's die inherent zijn aan (interbancaire) overschrijvingen, en dragen zij zorg voor een efficiënt systeem. In deze context werd het bovengenoemde Lamfalussy-rapport uitgebracht inzake interbancaire verrekeningsystemen met aanbevelingen betreffende de minimumnormen waaraan systemen en hun verrekeningssystemen moeten voldoen. Dit rapport stelt als basisvereiste dat de verrekeningssystemen over een solide juridische grondslag moeten beschikken in alle betrokken rechtsstelsels<sup>1</sup>. De Europese Unie (EU) streeft er dan ook naar in onderhavige richtlijn een solide juridische grondslag voor bruto- en nettosystemen te vestigen.

Ook met betrekking tot effectenafwikkelingsystemen zijn soortgelijke processen in gebruik. Het bedrijf Effectenclearing (dat onder andere de posities van de deelnemers vaststelt) heeft reeds lang een verrekeningsstelsel waaruit opdrachten tot overboeking bij het Nederlands Centraal Instituut voor Giraal Effectenverkeer (Necigef) van slechts de saldi voortvloeien. Ook is er thans een transactiegewijze afwikkeling, waarbij betaling via de rekeningen, die worden aangehouden bij De Nederlandsche Bank N.V. (de Bank), gekoppeld is aan levering bij Necigef. Het reeds aangehaalde G10 rapport van het Committee on Payment and Settlement Systems concludeerde dan ook dat het bestaan van deze verbindingen tussen afwikkelingsystemen bij kan dragen aan de mogelijkheid dat verstoringen zich internationaal voortplanten. Voor het goed functioneren van de hier besproken systemen is het van groot belang dat dergelijke verstoringen worden voorkomen.

Een belangrijke voorwaarde voor het goed functioneren van de hierboven omschreven systemen is, dat voldoende zekerheid bestaat over de definitieve afwikkeling van de (girale) overschrijvingen. Exploitanten van systemen stellen dan ook steeds vaker de voorwaarde dat een opdracht die in het systeem is ingebracht en afgewikkeld wordt, definitief is, dat wil zeggen niet meer ongedaan kan worden gemaakt. Een instelling die deze zekerheid niet kan bieden, bijvoorbeeld als gevolg van de wetgeving in het land van vestiging van deze instelling, wordt dan niet toegelaten als deelnemer aan dat systeem. De richtlijn beoogt deze zekerheid te scheppen door de lidstaten te verplichten een juridisch kader neer te leggen waarmee kan worden gewaarborgd dat een verstoring van systemen, als gevolg van toepassing van nationale regels, tot een minimum wordt beperkt.

### **3. Reikwijdte van de richtlijn**

Artikel 1 van de richtlijn beperkt de reikwijdte van de bepalingen van de richtlijn tot systemen die beheerst worden door het recht van een lidstaat. Systemen van niet-lidstaten, ook als een in de EU gevestigde bank aangesloten is bij een dergelijk systeem, vallen buiten de reikwijdte van de richtlijn. De bepalingen van de richtlijn zijn derhalve uitsluitend rechtsgeldig binnen de EU en hebben geen extracommunautaire werking.

---

<sup>1</sup> Aanbeveling I, blz. 5.

Het is voor de toepasselijkheid van de richtlijn niet van belang in welke valuta de systemen werken: de bepalingen zijn ook van toepassing ook als het in de EU gevestigde systeem in dollars of in yen zou werken.

#### **4. Inhoud en verwerking van de richtlijn**

##### *4.1 Inleiding*

De belangrijkste elementen van de richtlijn betreffen: de beperking van de mogelijkheid tot herroeping van opdrachten aan een systeem; het uitsluiten van de terugwerkende kracht bij faillissement, toepassing van de noodregeling en surseance van betaling; de rechtsgeldigheid van verrekening; internationaal privaatrechtelijke regels betreffende het recht dat een systeem of de rechten van een deelnemer aan een systeem beheerst, en de bescherming van houders van goederenrechtelijke zekerheden. Hieronder worden de artikelen van de richtlijn toegelicht waarin deze elementen zijn uitgewerkt. Daarbij zal tevens worden ingegaan op de verwerking daarvan in de Nederlandse regelgeving.

##### *4.2 Herroeping van opdrachten aan een systeem*

Het bewerkstelligen van het definitief zijn van een transactie in een systeem begint bij het beperken van de mogelijkheid tot herroeping van opdrachten aan een systeem. Indien immers de deelnemers aan een systeem of derden de mogelijkheid zouden hebben een overboekingsopdracht of opdracht tot verrekening<sup>1</sup> te herroepen tot in een verevorderd stadium van het proces dat een opdracht in een systeem doorloopt, kan dit een versturende werking op het systeem hebben en de verrekening frustreren. Het is derhalve van belang dat na een bepaald moment de in het systeem ingevoerde opdracht niet meer kan worden herroepen. Onder een opdracht wordt hierbij verstaan het feitelijk aan een betalings- of effectenafwikkelingssysteem aangeven dat een girale overschrijving moet worden uitgevoerd.

In Nederland is herroeping in de praktijk nooit een probleem geweest. De behoefte aan herroeping is grotendeels afwezig, mede als gevolg van het feit dat opdrachten snel verwerkt worden en betalingen onder omstandigheden bij de begunstigde kunnen worden teruggehaald. Binnen de EU bestond echter grote behoefte om juridisch vast te leggen dat opdrachten na een door de regels van het systeem bepaald tijdstip niet kunnen worden herroepen. Gevreesd werd dat anders lidstaten voor de cliënt de mogelijkheid zouden handhaven of introduceren om een verregaand herroepingsrecht uit te oefenen, met alle gevolgen van dien voor met name de Europese systemen. In artikel 5 van de richtlijn wordt daarom voorgeschreven dat opdrachten tot overboeking na een door de regels van het systeem bepaald tijdstip, niet herroepen kunnen worden, noch door een deelnemer, noch door een derde.

Het systeem bepaalt dus op welk tijdstip herroeping niet meer is toegestaan. Artikel 5 van de richtlijn verplicht lidstaten ervoor zorg te dragen dat het nationale recht geen bepalingen kent die aan deze regel afbreuk zouden kunnen doen. Het Nederlandse recht kent dergelijke bepalingen niet. Er wordt van uitgegaan dat de opdracht door een opdrachtgever niet meer kan worden herroepen, nadat daaraan een begin van uitvoering is gegeven. Hiervan zal in ieder geval sprake zijn zodra een opdracht bij een bovengenoemd systeem wordt ingevoerd. Ter implementatie van artikel 5 is derhalve geen nadere regelgeving noodzakelijk.

Voor de goede orde wordt wel opgemerkt dat deze beperking van het herroepingsrecht niet betekent dat de gevolgen van een betaling nooit

---

<sup>1</sup> Indien hierna over een opdracht wordt gesproken, wordt daaronder begrepen een overboekingsopdracht of een opdracht tot verrekening.

ongedaan gemaakt zouden kunnen worden. In bepaalde specifieke omstandigheden bestaat deze mogelijkheid, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid om de gevolgen van een automatische incasso binnen 30 dagen ongedaan te maken. De initiële opdracht wordt dan echter niet herroepen en geannuleerd, maar opgevolgd door een nieuwe opdracht op basis waarvan het bedrag dat eerder was overgeboekt, wordt teruggeboekt.

#### *4.3 Geen terugwerkende kracht bij faillissement, bij toepassing van de noodregeling en bij verlening van surseance van betaling*

In het wetsvoorstel is ter implementatie van de artikelen 3 en 7 van de richtlijn, die bepalen dat insolventieprocedures tegen een deelnemer aan een systeem geen terugwerkende kracht mogen hebben, een uitzondering opgenomen op de 00.00-uur regel. Deze regel houdt in dat het faillissement terugwerkt vanaf het moment van faillietverklaring tot 00.00 uur daarvoor. De uitzondering op de 00.00-uur regel wordt gemaakt ten aanzien van kredietinstellingen, financiële instellingen, effecteninstellingen, centrale tegenpartijen, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht effectentegoeden verkrijgen, overheidsinstanties, ondernemingen met overheidsgarantie en in een staat die niet een lidstaat is van de Europese Unie gevestigde ondernemingen of instellingen die het bedrijf van kredietinstelling of effecteninstelling uitoefenen door middel van een bijkantoor in Nederland (verder te noemen: instellingen als bedoeld in artikel 212a, sub a). Tevens is in het wetsvoorstel opgenomen dat voor kredietinstellingen het invoeren van de noodregeling niet meer terugwerkt tot het tijdstip 00.00-uur en dat voor financiële instellingen, effecteninstellingen, kredietinstellingen, waaraan vrijstelling of ontheffing is verleend op grond van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992), centrale tegenpartijen, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht effectentegoeden verkrijgen, overheidsinstanties, ondernemingen met overheidsgarantie en in een staat die niet een lidstaat is van de Europese Unie gevestigde ondernemingen of instellingen die het bedrijf van effecteninstelling uitoefenen door middel van een bijkantoor in Nederland (verder te noemen: instellingen als bedoeld in artikel 281g) de verlening van surseance van betaling niet meer terugwerkt tot 00.00-uur.

Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat opdrachten, ingevoerd in het systeem voor opening van de insolventieprocedure, juridisch afdwingbaar zijn. Opdrachten, die zijn ingevoerd nadat een insolventieprocedure is geopend, zijn uitsluitend juridisch afdwingbaar, indien de opdracht in het systeem wordt uitgevoerd op de dag van opening van de insolventieprocedure en de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut kan aantonen dat deze ten tijde van de uitvoering van de opdracht niet op de hoogte was of op de hoogte behoefde te zijn van de opening van de insolventieprocedure. Artikel 7 stelt meer specifiek dat insolventieprocedures geen terugwerkende kracht mogen hebben ten aanzien van de rechten en verplichtingen die voor een deelnemer uit zijn deelname aan een systeem voortvloeien. Beide artikelen overlappen elkaar dus gedeeltelijk, aangezien de terugwerkende kracht van een insolventieprocedure ook de verrekening en overboeking kan treffen.

Met betrekking tot de implementatie van deze artikelen zijn artikel 71, achtste lid, van de Wtk 1992 en artikel 23 en artikel 217 van de Faillissementswet (Fw) van bijzonder belang. Op grond van artikel 71, achtste lid, van de Wtk 1992, werkt de beschikking van de rechtbank tot toepassing van de noodregeling terug tot aan het begin (het tijdstip 00.00-uur) van de dag waarop zij is gegeven. Op grond van artikel 23 Fw

verliest de gefailleerde van rechtswege de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorende vermogen; het verlies van die beschikkings- en beheersbevoegdheid wordt geacht te zijn ingegaan op het tijdstip 00.00-uur van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken. Op grond van artikel 217 Fw wordt de surseance geacht te zijn ingegaan bij de aanvang (het tijdstip 00.00-uur) van de dag, waarop zij is verleend. Gelet hierop moet geconcludeerd worden dat op grond van deze artikelen rechtshandelingen met terugwerkende kracht kunnen worden aangetast door de curator, respectievelijk de bewindvoerder bij toepassing van de noodregeling en bij verlening van surseance van betaling. De achterliggende gedachte van de 00.00-uur regel is dat de discussie over de vraag of een bepaalde rechtshandeling is verricht voordat of nadat het verlies van het beheer en de beschikking is ingegaan, tot een minimum moet worden beperkt. De kans op discussie wordt kleiner indien men de werking van het faillissement niet laat beginnen op het per zaak wisselende en moeilijk te bewijzen tijdstip van de uitspraak, maar met de aanvang van de dag van de faillietverklaring. Op dit laatste tijdstip zijn in de regel weinig rechtshandelingen te verwachten. Bovendien speelt een rol dat frauduleuze rechtshandelingen gemakkelijker kunnen worden tegengegaan wanneer zij zijn verricht op een tijdstip waarop de gefailleerde reeds geacht wordt het beheer en de beschikking te hebben verloren.

Uit deze 00.00-uur regel vloeit echter ook voort dat in een giraal verrekeningssysteem verrekening op de dag waarop toepassing van de noodregeling plaatsvindt, surseance van betaling wordt verleend of de faillietverklaring wordt uitgesproken, ongedaan zou kunnen worden gemaakt door de bewindvoerder respectievelijk de faillissementscurator, wanneer er geen samenhang bestaat tussen de te verrekenen voordeelingen. In een brutosysteem zou de bewindvoerder of curator door de werking van de 00.00-uur regeling een girale overschrijving van effecten of geld tijdens de uitvoering kunnen vernietigen. Indien de bewindvoerder of de curator van deze mogelijkheden om in te grijpen in een netto- of brutosysteem gebruik zou maken, zou de goede werking van het systeem echter worden verstoord, met alle gevolgen van dien voor de overige deelnemers. Hierdoor bestaat binnen een netto- of brutosysteem niet de noodzakelijke zekerheid omtrent de status van door hen verrichte en ontvangen berichten en overschrijvingen. De 00.00-uur regel levert als gevolg van haar terugwerkende kracht onzekerheid over het definitieve karakter van de afwikkeling van een girale overschrijving en kan zodoende een bedreigende factor vormen voor het goed functioneren van betalings- en effectenafwikkelingsystemen.

Ofschoon de richtlijn ruimte biedt om in de nationale wetgeving de mogelijkheid op te nemen dat de bewindvoerder of de curator deze bedragen wel terugvordert van de instelling die het bedrag via het systeem ontvangt of van degene die uiteindelijk de uiteindelijke begunstigde is, menen ondergetekenden dat, behalve in de zeer uitzonderlijke hieronder beschreven gevallen van deze ruimte geen gebruik dient te worden gemaakt. Daarvoor worden de volgende redenen aangevoerd. Ten eerste zou Nederland zich ten opzichte van de andere lidstaten in een uitzonderingspositie manoeuvreren, hetgeen ongewenst is. Binnen de EU kent alleen Nederland nog de 00.00-uur regeling voor deelnemers aan betalingssystemen. De andere EU-landen kennen de 00.00-uur regeling niet of hebben deze onlangs, zoals in Frankrijk, Italië, België en Luxemburg, uitgezonderd voor hetzij deelnemers aan betalingssystemen hetzij voor betalingen verricht in betalingssystemen. Het aanpassen van de 00.00-uur regeling voor systemen zou daarom ook zonder de richtlijn noodzakelijk zijn geweest om de positie van Nederland in het internationale betalings- en effectenverkeer te waarborgen en om te kunnen

blijven voldoen aan de eisen die de moderne girale systemen heden ten dage stellen<sup>1</sup>.

Ten tweede kan op grond van de 00-00-uur regeling in Nederland niet worden voldaan aan de tussen de centrale banken in EMI-verband gemaakte afspraak om specifiek voor grote interbancaire betalingen een direct bruto afwikkelingssysteem op te zetten waarin onherroepelijk, «hard», wordt betaald.

Ten derde dient uit liquiditeitsoogpunt te worden voorkomen dat een instelling bedragen die zij heeft ontvangen en reeds voor andere transacties heeft aangewend, zou moeten terugbetalen aan de bewindvoerder en de curator.

Ten vierde zullen op grond van de 00.00-uur regeling Europese betalingsystemen aan Nederlandse instellingen zwaardere eisen stellen aan deelname aan het systeem dan aan andere instellingen, hetgeen de concurrentiepositie van Nederlandse instellingen uiteraard niet ten goede komt.

Als laatste argument kan worden gewezen op de ontwikkeling in de jurisprudentie<sup>2</sup> waarin met zoveel woorden is overwogen dat de curator ook andere belangen dan die van de schuldeisers, met name «maatschappelijke belangen» moet behartigen. In deze moeten de belangen van de schuldeisers van de failliete instelling worden afgewogen tegen het maatschappelijk belang van een goed functionerend betalings- en effectenverkeer. Teneinde ondubbelzinnig tot uitdrukking te brengen dat de belangen van het betalings- en effectenverkeer prevaleren, is er niet voor gekozen de curator de mogelijkheid te geven om deze belangen af te wegen tegen de belangen van de schuldeisers van de failliete instelling, maar in de wetstekst een bepaling op te nemen waardoor de curator de opdrachten, gegeven door de instelling tussen 00.00 uur en het tijdstip van faillietverklaring niet ongedaan kan maken.

Ofschoon de 00.00-uur regeling binnen de noodregeling, de regeling met betrekking tot surseance van betaling en het faillissementsrecht tot dusver geen concrete problemen heeft opgeleverd met betrekking tot instellingen als bedoeld in artikel 212a, sub a en artikel 281g, moet worden geconcludeerd dat zij in het specifieke geval van het internationale betalings- en effectenverkeer de deelname van Nederlandse instellingen aan internationale systemen bedreigt met alle gevolgen van dien, zoals het niet kunnen realiseren van kostenbesparing en risicovermindering.

Derhalve is ter implementatie van de artikelen 3 en 7 ervoor gekozen in het wetsvoorstel voor instellingen als bedoeld in artikel 212a, sub a en artikel 281g, een uitzondering op de 00.00-uur regeling op te nemen, waardoor voor deze instellingen het terugwerkende kracht-karakter van de 00.00-uur regeling zal worden uitgesloten. Door middel van het opnemen in de Wtk 1992 en de Fw van deze aanvulling op de 00.00-uur regeling voor zover het betreft het betalings- en effectenverkeer tussen instellingen als bedoeld in artikel 212a, sub a of artikel 281g, wordt niet alleen de richtlijn geïmplementeerd, maar vindt Nederland ook weer aansluiting bij zijn Europese partners in het betalingsverkeer.

Het wetsvoorstel bepaalt dat, indien een instelling als bedoeld in artikel 212a, sub a of artikel 281g een opdracht heeft gegeven, die is ingevoerd in een door de minister van Financiën, de Bank gehoord, aan te wijzen en bij de Commissie aan te melden systeem, óf in een systeem dat op grond van de richtlijn door een andere lidstaat is erkend en bij de Commissie is aangemeld vóór het tijdstip van de uitspraak tot toepassing van de noodregeling (in geval van een kredietinstelling), dan wel tot verlening van surseance van betaling (ingeval van instellingen als bedoeld in artikel 281g) dan wel het tijdstip van faillietverklaring (ingeval van instellingen

<sup>1</sup> Een wetsvoorstel daartoe was reeds aangekondigd in de begroting van 1997 maar is om praktische redenen opgegaan in dit implementatie-wetsvoorstel, omdat zij dezelfde materie betreffen.

<sup>2</sup> HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 en HR 19 april 1996, NJ 1996, 727.

als bedoeld in artikel 212a, sub a) deze opdracht, ongeacht het tijdstip waarop deze wordt uitgevoerd evenals de daarop volgende betaling, levering, verrekening of andere rechtshandeling die benodigd is om de opdracht volledig uit te voeren, niet ongedaan kan worden gemaakt<sup>1</sup>. Indien de opdracht is ingevoerd in een systeem na het tijdstip van uitspraak tot toepassing van de noodregeling, tot verlening van surseance van betaling dan wel het tijdstip van faillietverklaring en is uitgevoerd op de dag dat de uitspraak tot toepassing van de noodregeling, tot verlening van surseance van betaling, dan wel tot faillietverklaring is gegeven, kan de opdracht niet worden ongedaan gemaakt en zijn de bewindvoerder, respectievelijk de curator aan de opdracht gebonden, indien de centrale tegenpartij, de afwikkellende instantie of het verrekeningsinstituut kan aantonen dat zij de beschikking tot toepassing van de noodregeling, dan wel de uitspraak tot verlening van surseance van betaling, dan wel de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen (hieronder steeds de additionele eis van de goede trouw te noemen). Behoudens het geval dat de centrale tegenpartij, de afwikkellende instantie of het verrekeningsinstituut niet kan aantonen dat zij de uitspraak tot toepassing van de noodregeling, tot verlening van surseance van betaling, dan wel tot faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen kan de curator de uitvoering van de opdracht niet meer ongedaan maken. Dit geldt ook voor de bewindvoerder in geval van toepassing van de noodregeling, die door de rechtbank al dan niet op voordracht van de Bank is benoemd, in een procedure als bedoeld in artikel 71 Wtk 1992, alsmede voor de bewindvoerder die in het geval van surseance van betaling op grond van artikel 215, tweede lid, Fw door de rechtbank is benoemd.

De opdracht wordt door de instelling geacht te zijn gegeven en voor verwerking in het systeem te zijn ingevoerd zodra de opdracht niet meer kan worden herroepen, dat wil zeggen zodra de opdracht het punt gepasseerd is, waarna het systeem herroeping niet meer toestaat. Zodoende is de afwikkeling gegarandeerd van girale overschrijvingen tussen twee of meer instellingen als bedoeld in artikel 212a, sub a of artikel 281g uit hoofde van het goederen- en dienstenverkeer of die voortvloeien uit effectentransacties, al dan niet in opdracht van derden.

Artikel 212b, eerste lid, bevat niet alleen een afwijking van artikel 23 Fw, maar ook van artikel 35 Fw. Artikel 35 bepaalt dat een levering niet meer geldig kan geschieden, indien op de dag van faillietverklaring nog niet alle handelingen hebben plaatsgevonden die voor die levering door de schuldenaar nodig zijn. Indien in artikel 212b, eerste lid niet zou worden afgeweken van artikel 35 Fw, wordt het door de richtlijn beoogde doel niet bereikt. De uitvoering van een vóór de faillietverklaring in het systeem ingevoerde opdracht moet immers worden voltooid, ook wanneer de levering op het moment van faillietverklaring nog niet heeft plaatsgevonden. De uitsluiting van artikel 35 werkt ook ten aanzien van leveringshandelingen die nodig zijn voor het vestigen van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht, doordat het derde lid van artikel 212b het eerste lid daarop van overeenkomstige toepassing verklaart.

In artikel 212b, tweede lid, wordt niet alleen afgeweken van de artikelen 23 en 35 Fw, maar wordt ook bepaald dat de artikelen 24, 53, eerste, 54, tweede lid, Fw en artikel 72, aanhef en onder a, van boek 3 BW niet aan derden kunnen worden tegengeworpen. Artikel 24 bepaalt dat voor verbintenissen van de schuldenaar, na de faillietverklaring ontstaan, de boedel niet aansprakelijk is, behalve wanneer de boedel daardoor is gebaat. Daarbij is van belang dat de tekst van artikel 24 spreekt over «na de faillietverklaring ontstaan», doch dat daarmee buiten het kader van dit wetsvoorstel, als gevolg van artikel 23, wordt bedoeld: «na 00.00 uur van de dag van de faillietverklaring». Artikel 23 beoogt immers de aanvang

---

<sup>1</sup> Indien hierna over daaropvolgende betaling of levering wordt gesproken, wordt daaronder mede begrepen de daaropvolgende verrekening of andere rechtshandeling die benodigd is om de opdracht volledig uit te voeren.



van het faillissement aan te geven. In het kader van het wetsvoorstel moeten de woorden «na de faillietverklaring» echter wel letterlijk worden genomen, dus: vanaf het moment van faillietverklaring.

Voorts geldt dat ten aanzien van elk artikel waarnaar wordt verwezen in het tweede lid, deze artikelen alleen dan niet aan derden kunnen worden tegengeworpen indien de centrale tegenpartij, de afwikkellende instantie of het verrekeningsinstituut kan aantonen dat deze ten tijde van de uitvoering van de opdracht de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. Om deze reden hoeft in artikel 212b, tweede lid, niet te worden verwezen naar de artikelen 3:86 en 3:238 BW. Artikel 212b geeft een eigen invulling aan het vereiste van de goede trouw. Een derde die onbekend is met het faillissement en te goeder trouw met de gefailleerde handelt, wordt buiten het kader van het wetsvoorstel niet beschermd; de artikelen 23 en 24 gelden. Het antwoord op de vraag of de derde wordt beschermd indien het een door een gefailleerde instelling in het systeem ingevoerde opdracht betreft, wordt niet door de artikelen 3:86 en 3:238 BW gegeven, maar door het wetsvoorstel. In die zin bevat het wetsvoorstel een *lex specialis* ten opzichte van de artikelen 3:86 en 3:238 BW. De curator kan zich onder het huidige recht beroepen op artikel 24 Fw met betrekking tot rechtshandelingen die door de gefailleerde zijn verricht in strijd met het verlies van het beheer en de beschikking. Door een beroep op artikel 24 Fw van de curator worden de verbintenissen niet nietig, zodat de gefailleerde zelf wel aansprakelijk is. Aangezien dit wetsvoorstel de terugwerkende kracht aan de faillietverklaring ontzegt en het tijdstip van faillietverklaring het tijdstip is waarop de rechter het vonnis heeft uitgesproken, was uitsluiting van artikel 24 Fw in 212b, eerste lid, nog niet noodzakelijk, aangezien dat lid uitsluitend ziet op de situatie vóór faillietverklaring. Teneinde vast te leggen dat een door een instelling gegeven opdracht na faillietverklaring, indien aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan, niet kan worden ongedaan gemaakt, is in artikel 212b, tweede lid, bepaald dat artikel 24 Fw niet aan derden kan worden tegengeworpen. Het zou immers onjuist zijn de bedoeling van de wetgever zo te interpreteren als zou het feit dat een gegeven opdracht niet ongedaan kan worden gemaakt niet tegenover de boedel maar wel tegenover de gefailleerde werken. Het bovenstaande geldt *mutatis mutandis* ook voor artikel 228, tweede lid, Fw met betrekking tot de surseance van betaling.

Op grond van artikel 3:72, aanhef en sub a, BW eindigt een volmacht door faillissement van de volmachtgever. Indien de instelling een volmacht geeft aan een ander om namens haar betalingsopdrachten in het systeem in te voeren, zou het in strijd met de richtlijn zijn als de opdracht, gegeven door de gevolmachtigde, zou kunnen worden herroepen doordat de instelling faillieert. Om dit te voorkomen is bepaald in artikel 212b, eerste lid, dat artikel 72, aanhef en onder a, Boek 3 BW, niet aan derden kunnen worden tegengeworpen, mits aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan. Om dit resultaat te bewerkstelligen is bepaald dat artikel 212b, tweede lid, een afwijking inhoudt ten opzichte van artikel 3:72, aanhef en onder a BW.

Artikel 53 Fw bepaalt dat verrekening mogelijk is, indien beide vorderingen zijn ontstaan vóór faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. In het kader van de richtlijn zou het onjuist zijn, indien een opdracht tot verrekening die wordt ingevoerd in het systeem na het tijdstip van faillietverklaring en die op de dag van faillietverklaring wordt uitgevoerd, ongedaan zou kunnen worden gemaakt, dat wil zeggen, niet tot verrekening zou kunnen leiden. Om die reden is bepaald dat artikel 53, eerste lid, Fw niet aan derden kan worden

teggeworpen, mits aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan.

Artikel 54, tweede lid, Fw bepaalt dat na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden niet kunnen worden verrekend. De richtlijn bepaalt dat ook na faillissement nog overboekingsopdrachten en opdrachten tot verrekening kunnen worden gegeven die niet terug kunnen worden gedraaid, indien aan de additionele eis van de goede trouw wordt voldaan. Hetgeen hierboven is opgemerkt met betrekking tot artikel 53 Fw geldt ook voor artikel 54, tweede lid, Fw. Voor een goede werking van het systeem moet het onmogelijk zijn dat een opdracht tot verrekening van een na de faillietverklaring overgenomen vordering, die nog op de dag van faillietverklaring wordt uitgevoerd, ongedaan wordt gemaakt. Om die reden is bepaald dat ook artikel 54, tweede lid, Fw niet aan derden kan worden tegengeworpen. Ook hier geldt de additionele eis van de goede trouw.

Artikel 52 Fw hoeft niet te worden genoemd in artikel 212b. Artikel 52 Fw regelt immers betaling aan de gefailleerde, niet door de gefailleerde. Indien via een systeem aan een failliete instelling is betaald, regelt artikel 52 Fw of de betaler bevrijdend heeft betaald, dan wel nog een keer moet betalen. Er is dus geen sprake van ongedaanmaking van een betaling. Toepassing van artikel 52 Fw kan de integriteit van het systeem dan ook niet aantasten.

Ten aanzien van de artikel 72, eerste lid, Wtk 1992 kan nog het volgende worden opgemerkt. In artikel 71, tiende lid, Wtk 1992, (het equivalent van artikel 212b, tweede lid) wordt bepaald dat artikel 72, eerste lid, niet aan derden kan worden tegengeworpen, indien aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan. Artikel 72, eerste lid, bepaalt dat de bewindvoerders bij uitsluiting alle bevoegdheden uitoefenen van de organen van de kredietinstelling dan wel het bijkantoor. De richtlijn bepaalt echter dat kredietinstellingen ook na faillissement nog overboekingsopdrachten kunnen geven, die niet ongedaan kunnen worden gemaakt, indien aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan, Om die reden is bepaald dat in dat geval artikel 72, eerste lid, Wtk 1992, niet aan derden kan worden tegengeworpen.

De regel dat opdrachten gegeven aan het systeem tussen 00.00 uur en het tijdstip van faillietverklaring niet ongedaan kunnen worden gemaakt en dat opdrachten gegeven aan het systeem na het tijdstip van faillietverklaring niet ongedaan kunnen worden gemaakt, mits aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan, geldt niet alleen ten aanzien van opdrachten, maar ook ten aanzien van de vestiging van een goederenrechtelijk zekerheidsrecht door de instelling in verband met deelname aan het systeem ten behoeve van een andere deelnemer aan het systeem of ten behoeve van een centrale bank. Indien de instelling tussen 00.00 uur en het tijdstip van faillietverklaring een goederenrechtelijk zekerheidsrecht heeft gevestigd of na het tijdstip van faillietverklaring, terwijl de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut kan aantonen dat zij de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen, kan de curator zich er niet op beroepen dat hij daaraan niet gebonden is, en kan hij derhalve deze vestiging niet ongedaan maken. De boedel is gebonden aan de vestiging van het goederenrechtelijke zekerheidsrecht. Artikel 23 Fw blijft echter onverkort gelden jegens alle anderen jegens wie de instelling in voornoemde periode rechtstreeks een rechtshandeling heeft verricht.

De afwijking van artikel 71, achtste lid, van de Wtk 1992, artikel 23 en artikel 217 van de Fw betekent overigens niet, dat de bewindvoerder of de

curator een girale overschrijving waarvan hij meent dat deze niet had mogen worden verricht, in geen enkel geval meer zou kunnen opeisen ten behoeve van de boedel. Wanneer de bij het systeem aangesloten ontvangende instelling de waarde waarop de opdracht betrekking had heeft ontvangen als gevolg van fraude of een technische fout, kan de curator of de bewindvoerder het bedrag van de waarde terugvorderen van die ontvangende instelling.

Het wetsvoorstel laat verder onverlet dat in gevallen waarin sprake is van bewuste benadeling van de boedel van de noodregeling of surseance van betaling of het faillissement, de nietigheid van deze handelingen door de bewindvoerder of de curator kan worden ingeroepen (de zogenaamde «actio Pauliana»). Dit heeft echter geen gevolgen voor het systeem. Alle ingevoerde girale overschrijvingen in betalings- en effectenafwikkel-systemen voor de uitspraak tot toepassing van de noodregeling of tot verlening van surseance van betaling, alsmede voor het tijdstip van faillissement blijven voor wat betreft de uitvoering en afwikkeling in stand. Dit geldt ook voor de overschrijvingen ingevoerd na de uitspraak tot toepassing van de noodregeling of tot surseance van betaling, alsmede na het tijdstip van faillissement, mits aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan. De bewindvoerder of de curator kan derhalve niet meer de uitvoering en afwikkeling van de girale overschrijving in het betalings- of effectenafwikkelingsysteem ongedaan maken en laten terugdraaien door het betalings- of effectenafwikkelingsysteem. Overigens worden door deze afwijking van het bepaalde in artikel 71, achtste lid, van de Wtk 1992 en in artikel 23 en artikel 217 van de Fw, geen nieuwe preferenties of voorrechten worden geschapen.

In dit kader kan nog het volgende worden opgemerkt. Op grond van artikel 42 Fw kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan hij wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. Op grond van artikel 47 Fw kan de voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld alleen dan worden vernietigd, wanneer wordt aangetoond dat degene die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd of dat het de overeengekomen bedoeling was van schuldenaar en schuldeiser om de andere crediteuren te benadelen. Op grond van artikel 51 Fw is het gevolg van een vernietiging naar aanleiding van een actio Pauliana dat degene jegens wie de vernietiging werkt, hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, aan de curator moet teruggeven. Indien het systeem wist dat benadeling van de schuldeisers het gevolg was, en de uiteindelijk begunstigde niet, blijft het recht van de begunstigde op de betaling, op grond van artikel 51, lid 2, geëerbiedigd. Het systeem kan in deze situatie niet worden verplicht de uitvoering en afwikkeling ongedaan te maken. Wel kan in systemen, die werken met een centrale tegenpartij, de centrale tegenpartij – in geval dat bij haar de in artikel 42 of 47 Fw bedoelde wetenschap van benadeling of intentie tot benadeling aanwezig was – worden verplicht de door haar daadwerkelijk ontvangen gelden of effectentegoeden terug te geven aan de boedel. Afwikkelende instanties en verrekeningsinstituten ontvangen in het kader van hun boekingsactiviteiten geen gelden of effectentegoeden en kunnen derhalve ook niet tot teruggave hiervan worden verplicht. Het voorgaande laat onverlet dat deelnemers aan een systeem, die willens en wetens schuldeisers van een failliete instelling benadelen onder omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gehouden op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW e.v.). Ook is denkbaar dat een curator een vordering uit onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW e.v.) of uit ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) kan instellen tegen

derden, die willens en wetens schuldeisers van een failliete instelling benadelen.

Om de kansen tot een minimum te beperken dat een instelling als bedoeld in artikel 212a, sub a of artikel 281g nieuwe opdrachten geeft na het moment waarop de noodregeling van toepassing wordt, de surseance van betaling wordt verleend of het faillissement wordt uitgesproken, is in het wetsvoorstel bepaald dat de griffier van de rechtbank «terstond» na de uitspraak kennis geeft van die uitspraak aan de Bank. De Bank stelt terstond de door de minister van Financiën op grond van artikel 212d van de Faillissementswet aangewezen systemen, alsmede de bevoegde autoriteiten van de overige lidstaten van de Europese Unie en andere staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte in kennis. Van de systemen mag verwacht worden dat na kennismaking van de uitspraak geen opdrachten meer in behandeling worden genomen zonder dat deze het fiat van de bewindvoerder of de curator hebben.

Voor het antwoord op de vraag of en onder welke voorwaarden een gegeven opdracht, die voor verwerking is ingevoerd in het systeem, ongedaan kan worden gemaakt door de bewindvoerder of de curator, is het tijdstip waarop de opdracht is gegeven bepalend. Indien opdrachten zijn gegeven vóór het tijdstip van de uitspraak tot toepassing van de noodregeling of tot verlening van surseance van betaling, alsmede voor het tijdstip waarop het faillissement wordt uitgesproken, kunnen deze, behoudens fraude, technische fouten en paulianeuze handelingen, niet meer worden ongedaan gemaakt, terwijl dit na genoemde tijdstippen alleen dan niet meer mogelijk is, indien aan de additionele eis van de goede trouw is voldaan. Gelet hierop is in het wetsvoorstel bepaald, dat de rechter die de toepassing van de noodregeling, de verlening van surseance van betaling dan wel de faillietverklaring uitspreekt, op het vonnis het tijdstip van toepassing van de noodregeling, de verlening van surseance van betaling, dan wel van de faillietverklaring tot op de minuut nauwkeurig vermeldt.

De griffier stelt de Bank terstond in kennis van de uitspraak tot toepassing van de noodregeling of tot verlening van surseance van betaling, dan wel tot faillietverklaring. In de praktijk zal een zeer korte tijd, in de orde van enige minuten, verstrijken tussen de uitspraak en de kennisgeving aan de Bank. De Bank zal terstond alle betrokken systemen in kennis stellen. Het tijdstip dat op het vonnis wordt vermeld en het tijdstip waarop de kennisgeving plaatsvindt zijn dan ook niet exact hetzelfde. In de praktijk zal dit niet tot grote problemen leiden. Zeker niet met betrekking tot kredietinstellingen en financiële instellingen, aangezien de Bank ten aanzien van deze instellingen reeds op de hoogte is van de behandeling van de aanvraag tot toepassing van de noodregeling, respectievelijk van de aanvraag tot verlening van surseance van betaling dan wel van de faillissementsaanvraag.

De aanvulling op de ingevolge de Wtk 1992 en de Fw geldende 00.00-uur regeling heeft uitsluitend betrekking op het verrichten van betalingen door instellingen als bedoeld in artikel 212a, sub a en artikel 281g in door de minister van Financiën, de Bank gehoord, aan te wijzen betalings- en effectenafwikkelingsystemen die bij de Commissie zijn aangemeld en in systemen die op grond van de richtlijn door een andere lidstaat zijn erkend en bij de Commissie zijn aangemeld. De eerste ondergetekende overweegt om de in Nederland werkzame systemen aan te wijzen. Bezien zal worden of en, zo ja, onder welke voorwaarden, andere systemen kunnen worden aangewezen.

Ondergetekenden menen dat het derden-beslag als bedoeld in artikel 475 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in dit wetsvoorstel niet een afzonderlijke voorziening behoeft. Voorop gesteld zij dat de richtlijn niet tot een dergelijke regeling noopt. Gelet op de spoed die met dit voorstel is gemoeid, is het niet opportuun het wetsvoorstel te belasten met bepalingen waartoe de Richtlijn niet verplicht.

Ook om inhoudelijke redenen menen wij dat het derden-beslag in dit wetsvoorstel geen regeling behoeft. De artikelen 475 e.v. Rv betreffen het executoriale beslag op vorderingen die de geëxecuteerde op derden mocht hebben of uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen, en op hem toebehorende roerende zaken die onder derden mochten berusten en geen register-goederen zijn. Artikel 475h Rv bepaalt dat een vervreemding, bezwaring, afstand of onderbewindstelling van een door het beslag getroffen vordering, tot stand gekomen nadat het beslag is gelegd, niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen.

Op grond van artikel 718 Rv kan een schuldeiser onder derden conservatoir beslag leggen op de in artikel 475 Rv bedoelde goederen. Op grond van artikel 720 Rv zijn de artikelen 475a tot en met 475i Rv van overeenkomstige toepassing.

Het is mogelijk dat derden-beslag is gelegd onder de instelling die deelneemt aan het systeem, en dat deze toch een betalingsopdracht invoert in het systeem, bijvoorbeeld doordat de instelling niet meer in staat is de betalingsopdracht tijdig in te trekken nadat het beslag onder haar is gelegd. Op grond van artikel 475h Rv blijft de betalingsopdracht in stand; de opdracht kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Het goed functioneren van het betalingssysteem wordt hierdoor dus niet bedreigd. De beslaglegger zet de executie tegen de instelling voort alsof de vordering van de cliënt nog onder de instelling is. Dat heeft tot gevolg dat op de instelling de verplichting rust tot een herhaalde betaling (maar nu aan de beslaglegger) of tot vervangende schadevergoeding. In dit verband zie men ook artikel 24 Wet giraal effectenverkeer (Wge), dat bepaalt dat, indien onder een aangesloten instelling derden-beslag is gelegd op het aandeel van een deelgenoot in een verzameldepot, de beslaglegger ervoor kan kiezen dat de afgifte en executie, bedoeld in artikel 477 Rv, worden vervangen door verkoop van effecten van de betreffende soort en hoeveelheid op een effectenbeurs, gevolgd door levering door middel van bijschrijving. Derden-beslag onder het centraal instituut op een ten name van een instelling staand aandeel in een girodepot, is niet mogelijk op grond van artikel 44 Wge.

#### *4.4 Rechtsgeldigheid van verrekening*

Artikel 3 van de richtlijn bepaalt niet alleen dat geen terugwerkende kracht kan worden verleend aan overboekingsopdrachten, maar ook dat overboekingsopdrachten en de verrekening daarvan in de rechtstelsels van alle lidstaten juridisch afdwingbaar en aan derden tegen te werpen moeten zijn. De juridische afdwingbaarheid moet zelfs in geval van een insolventieprocedure tegen een deelnemer aan het systeem aan derden kunnen worden tegengeworpen, mits de overboekingsopdrachten in een systeem zijn ingevoerd voor het tijdstip waarop een insolventieprocedure is geopend of de overboekingsopdrachten zijn ingevoerd na het tijdstip waarop een insolventieprocedure is geopend en aan de additionele eis van de goede trouw wordt voldaan. Artikel 6, eerste lid, van de richtlijn stelt dat het moment waarop de insolventieprocedure wordt geopend, het moment is waarop de bevoegde rechterlijke instantie haar beslissing geeft. In Nederland is dat het moment, waarop de rechter in de gerechtelijke procedure de toepassing van de noodregeling, verlening van surseance van betaling dan wel het faillissement uitspreekt.

Artikel 3 is ook van toepassing op verrekening. Verrekening is het salderen of onderling verrekenen c.q. tegen elkaar wegstrepen van verplichtingen die tussen twee of meer partijen bestaan. Het tussen banken contractueel verrekenen van bestaande verplichtingen kan ertoe leiden dat door die banken in het kader van het wettelijk toezicht minder eigen vermogen hoeft te worden aangehouden. Daarnaast nemen de risico's bij betalingen significant af, zoals het tegenpartij- en kredietrisico. In verband met deze voordelen wordt in het (internationale) betalingsverkeer veelvuldig gebruik gemaakt van verrekening. Artikel 3 bepaalt dat ook verrekening in alle EU-rechtstelsels juridisch afdwingbaar en aan derden tegen te werpen moet zijn.

Er kunnen drie vormen van verrekening worden onderscheiden die ieder eigen specifieke kenmerken bezitten:

a) (Betalings)verrekening

(Betalings)verrekening behelst de afspraak dat wederzijdse vorderingen en schulden worden voldaan door middel van verrekening; het resterende verschil blijft verschuldigd. In raamovereenkomsten wordt (betalings)verrekening doorgaans geregeld ten aanzien van vorderingen en schulden die luiden in dezelfde valuta en betaalbaar zijn op dezelfde datum. Deze vorm van verrekening is geregeld in de artikelen 6:127 e.v. BW. De bepalingen zijn van regelen recht, hetgeen betekent dat de bevoegdheid tot verrekening kan worden uitgesloten of kan worden uitgebreid tot gevallen waarin aan de wettelijke vereisten van verrekening niet wordt voldaan. Het staat partijen derhalve vrij ten aanzien van verrekening een juridisch bindende regeling te treffen.

b) Schuldvernieuwing

Schuldvernieuwing is eveneens het salderen van wederzijdse vorderingen die luiden in dezelfde valuta en betaalbaar zijn op dezelfde datum. Hierbij vervangt een nieuwe schuldverhouding de door twee voorgaande transacties tussen partijen ontstane verplichtingen. Het verschuldigde bedrag uit hoofde van de schuldvernieuwing wordt bepaald door het salderen van de verschuldigde bedragen op grond van de twee onderliggende transacties. Schuldvernieuwing kan juridisch worden bewerkstelligd doordat eerst afstand van recht wordt gedaan (artikel 6:160 BW) en vervolgens in verband daarmee een nieuwe overeenkomst wordt aangegaan. Tussen het tenietgaan van het oude en het ontstaan van de nieuwe verbintenis moet een onafscheidelijk verband bestaan. Uit een tussen partijen geldende raamovereenkomst blijkt doorgaans de wil van partijen om een bestaande verbintenis te vervangen door een ander.

c) Verrekening bij in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde

Deze vorm van verrekening houdt in dat in geval zich een bepaalde gebeurtenis voordoet, partijen de tussen hen bestaande contractuele verplichtingen beëindigen overeenkomstig een in een raamovereenkomst opgenomen schadevergoedingsberekening. In het Nederlands recht kan deze constructie rechtsgeldig door partijen worden overeengekomen door opname van een ontbindende voorwaarde in een contract. Dit is geregeld in de artikelen 6:22 e.v. BW.

Uit het bovenstaande blijkt dat alle genoemde vormen van contractuele verrekening volgens Nederlands burgerlijk recht juridisch afdwingbaar zijn. Niettemin kunnen dwingendrechtelijke bepalingen die zijn opgenomen in de Wtk 1992 en de Fw ertoe leiden dat de gesloten overeenkomsten niet kunnen worden uitgevoerd op een wijze zoals partijen zich bij het aangaan van het contract hadden voorgesteld: de 00.00 uur regeling uit de Wtk 1992 en de Fw kan ertoe leiden dat verrekeningconstructies in geval van toepassing van de noodregeling,

verlening van surseance van betaling, dan wel in geval van faillissement van één der partijen, niet kunnen worden uitgevoerd. Met name faillissement van één der partijen heeft nadelige gevolgen bij schuldvernieuwingsconstructies; in geval van faillissement vóór het tijdstip van vernieuwing kunnen de voor die vernieuwing noodzakelijke rechtshandelingen de boedel niet binden.

Verrekening in geval van in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde is minder kwetsbaar. Daarbij kan zich een probleem voordoen indien in de raamovereenkomst een schadevergoedingsregeling is opgenomen die in geval van faillissement slechts eenzijdig schadevergoeding ten laste van de failliete boedel aan de wederpartij toestaat. Dergelijke bepalingen kunnen door de rechter als onredelijk worden aangemerkt en buiten toepassing worden gelaten.

De conclusie is dat naar Nederlands recht alle vormen van verrekening juridisch afdwingbaar zijn, met dien verstande dat de uitvoering van de verrekeningsovereenkomst wordt doorkruist in geval van toepassing van de noodregeling, verlening van surseance van betaling, dan wel in het geval van faillissement van één der partijen. Voor zover dit het gevolg is van de 00.00-uur regel wordt dit gevolg door het wetsvoorstel voorkomen. Door het opnemen van een afwijking op de 00.00-uur regel in de Wtk 1992 en de Fw voor zover het betreft het betalings- en effectenverkeer tussen instellingen, zal verrekening voortaan ook in alle gevallen juridisch afdwingbaar zijn.

#### *4.5 Internationaal privaatrechtelijke regels betreffende het recht dat een systeem en de rechten en verplichtingen van een deelnemer aan een systeem beheerst*

De bepalingen van de richtlijn treden in plaats van het EVO (Verdrag, op 19 juni 1980 te Rome tot stand gekomen, inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Trb. 1980, 156 goedgekeurd bij Rijkswet van 31 januari 1991, Stb. 53), voor zover van toepassing. Artikel 2, onderdeel a, tweede gedachtenstreepje van de richtlijn bepaalt dat een systeem een overeenkomst is, waarop het recht van een door de deelnemers gekozen lidstaat van toepassing is. Wil het systeem dus onder het regime van de richtlijn vallen, dan zullen de deelnemers een rechtskeuze moeten maken. Zij kunnen echter slechts kiezen voor het recht van een lidstaat waarin ten minste een van hen zijn hoofdkantoor heeft.

Artikel 8 van de richtlijn bepaalt dat, ingeval een insolventieprocedure wordt geopend tegen een deelnemer aan een systeem, de rechten en verplichtingen die uit of in verband met diens deelname aan dat systeem ontstaan, worden bepaald door het recht waardoor dat systeem wordt beheerst. De bedoeling is te voorkomen dat er wijzigingen optreden in de regelingen betreffende rechten en verplichtingen van deelnemers aan systemen als gevolg van een insolventieprocedure die is geopend in een ander land dan het land waarvan het recht het systeem beheerst. Artikel 212e bepaalt niet rechtstreeks welk recht van toepassing is; aangesloten wordt bij de regel in artikel 2, onderdeel a, tweede gedachtenstreepje van de richtlijn, zoals geïmplementeerd in artikel 212d, eerste lid. Dat artikel bevat de regel dat door rechtskeuze wordt bepaald welk recht het systeem beheerst. Het betreft hier zowel obligatoire verbintenissen als goederenrechtelijke. Eén en ander betekent dat de rechten en verplichtingen van een instelling die in Nederland falliet wordt verklaard, jegens de deelnemers van het systeem, worden beheerst door het recht dat op grond van rechtskeuze door de deelnemers het systeem beheerst.

Herhaald zij dat de deelnemers uitsluitend kunnen kiezen voor een recht van een lidstaat waar ten minste één van hen zijn hoofdkantoor heeft.

#### *4.6 Bescherming van houders van goederenrechtelijke zekerheden*

In de richtlijn wordt geen algemene regel gegeven met betrekking tot het toepasselijke recht op goederenrechtelijke zekerheden. Gelet op de complexiteit van deze materie en de spoed die men wilde betrachten bij het opstellen van de richtlijn, heeft men ervan afgezien een dergelijke regel te geven. Wel werd het raadzaam geacht te bepalen in artikel 9, eerste lid, van de richtlijn dat goederenrechtelijke zekerheidsrechten niet kunnen worden aangetast door het enkele feit dat een insolventieprocedure wordt geopend. Dit laat de mogelijkheid onverlet dat de curator een actio Pauliana instelt, indien daarvoor gronden aanwezig zijn. De vestiging, de geldigheid en het bereik van goederenrechtelijke zekerheidsrechten worden beheerst door het daarop van toepassing zijnde recht, doorgaans het recht van de staat waar het goed waarop zij rusten zich bevindt, en worden niet door de opening van een insolventieprocedure aangetast. Degene ten behoeve van wie de zekerheid is gesteld, kan het zekerheidsrecht uitoefenen door de goederen waarop het zekerheidsrecht is gevestigd, uit te winnen. Voor Nederland is het niet nodig deze bepaling in de richtlijn om te zetten; op grond van artikel 57 Fw kunnen pand- en hypotheekhouders hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is.

In dit kader kan over het huidige recht het volgende worden opgemerkt. In zijn arrest van 16 mei 1997 (NJ 1998, 585, JOR 1997, nr. 77) overwoog de Hoge Raad met zoveel woorden dat een door cedent en cessionaris overeenkomstig artikel 3 EVO gedane rechtskeuze tevens de goederenrechtelijke aspecten van de cessie bevat. Wanneer de lijn van deze uitspraak wordt doorgetrokken naar de vestiging van een zekerheidsrecht op vorderingen op naam, mag worden aangenomen dat de bezwaring van vordering op naam wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen.

Voor wat betreft bezwaring van aandelen op naam wijzen wij erop dat de heersende doctrine, alsmede de praktijk, ervan uitgaat dat het gehele goederenrechtelijke regime wordt beheerst door de «lex societatis», met andere woorden, het recht dat de desbetreffende vennootschap beheerst. Met betrekking tot de bezwaring van aandelen aan toonder is dat de vanouds gehuldigde opvatting dat deze gelijk moeten worden gesteld met roerende lichamelijke zaken. Dit heeft als gevolg dat het goederenrechtelijke regime wordt beheerst door de «lex rei sitae», dus het recht van de staat waar het aandeel zich bevindt op het moment van de overdracht of de bezwaring.

Met betrekking tot goederenrechtelijke zekerheidsrechten wijst de richtlijn, in artikel 9, tweede lid, voor een specifiek geval wel een toepasselijk recht aan, namelijk voor het geval een deelnemer aan het systeem of een centrale bank een goederenrechtelijke zekerheid krijgt in de vorm van effecten, of van rechten ten aanzien van effecten, wanneer hun rechten ten aanzien van die effecten wettelijk zijn vastgelegd in een register, een rekening of een gecentraliseerd effectendepot dat is gelokaliseerd in een lidstaat. In een dergelijk geval wordt de bepaling van die rechten beheerst door het recht van de lidstaat waar dat register, die rekening of dat effectendepot is gelokaliseerd. Het antwoord op de vraag of dergelijke rechten ook dan kunnen worden geëffectueerd wanneer het register, de rekening of het gecentraliseerd effectendepot niet in een lidstaat van de Europese Unie is gelegen, zal afhangen van het recht van die andere staat.

Ten aanzien van de vraag waar een register, een rekening of een gecentraliseerd effectendepot gelokaliseerd is, merken wij het volgende op. De



richtlijn geeft hier geen antwoord op. Een antwoord op de vraag kan niet door een enkele lidstaat worden gegeven. Mogelijke antwoorden zijn de volgende: (i) een register wordt gelokaliseerd in de staat waar de instelling die het register aanhoudt, is gevestigd; (ii) een rekening wordt gelokaliseerd in het land waar deze wordt aangehouden; (iii) een gecentraliseerd effectendepot wordt gelokaliseerd in het land waar het zich daadwerkelijk bevindt.

Met betrekking tot de woorden «wettelijk vastgelegd» merken wij op dat het hier niet betreft een vastlegging die op grond van de wet verplicht is, maar om een vastlegging waarvoor wettelijke regels gelden.

Artikel 9, tweede lid, heeft betrekking uitsluitend op het geval dat zekerheden in de vorm van effecten worden verkregen of dat ten aanzien van effecten zekerheidsrechten worden gevestigd. Het is evenwel gebleken dat in de praktijk van het effectenverkeer een duidelijke behoefte bestaat aan een soortgelijke regel die ook op de overdracht van effecten betrekking heeft, alsmede op de vestiging daarop van genotsrechten. Gelet op de relatief korte implementatietermijn menen wij evenwel dat het niet opportuun is het wetsvoorstel te belasten met een regeling waartoe de uitvoering van de richtlijn niet noopt. De tweede ondergetekende bereidt thans een wetsvoorstel «conflictenrecht goederenrecht» voor. In het kader hiervan wordt bezien of de regel die het recht aanwijst van het land waar het register is gelokaliseerd, moet worden uitgebreid tot andere onderwerpen dan de vestiging van goederenrechtelijke zekerheidsrechten. Bezien zal worden of deze regel van de Fw moet worden overgebracht naar een nog in te dienen voorstel van wet «conflictenrecht goederenrecht».

Samengevat is de situatie aldus: op het systeem is het recht van een door de deelnemers gekozen lidstaat van toepassing. Zij kunnen uitsluitend kiezen voor het recht van een lidstaat waarin ten minste één van hen zijn hoofdkantoor heeft. Dit recht beheerst tevens de rechten en verplichtingen van een deelnemer die uit of in verband met diens deelname aan het systeem ontstaan. Een uitzondering op deze regel geldt, indien deelnemers of de centrale bank goederenrechtelijke zekerheden in de vorm van effecten verkrijgen en indien hun recht ten aanzien van de effecten is vastgelegd in een register, rekening of gecentraliseerd effectendepot gelokaliseerd in een lidstaat. In dat geval wordt de bepaling van de rechten van die personen als houders van goederenrechtelijke zekerheden ten aanzien van deze effecten beheerst door het recht van die lidstaat.

## **5. Overige artikelen**

Artikel 4 van de richtlijn biedt de mogelijkheid aan lidstaten een bepaling op te nemen dat een tegen een deelnemer geopende insolventieprocedure niet belet dat middelen of effecten op de rekening van die deelnemer aan het systeem gebruikt mogen worden om de verplichtingen van die deelnemer in het systeem na te komen. Van deze optie is geen gebruik gemaakt. De kern van het wetsvoorstel is immers te bewerkstelligen dat overboekingsopdrachten, die reeds zijn ingevoerd in een systeem niet ongedaan kunnen worden gemaakt, aangezien dit van groot belang is voor de continuïteit van het systeem.

Artikel 4 heeft echter betrekking op andere gelden dan die welke met de afhandeling van deze overboekingsopdrachten zijn gemoeid, zodat het systeem door deze gelden niet wordt geraakt. Daarom is ervoor gekozen de Fw op dit punt niet te wijzigen, zodat deze gelden in voorkomende situaties gewoon in de boedel vallen.

Artikel 10 bestaat uit vier alinea's. De eerste alinea bepaalt dat de lidstaten aan de Commissie dienen te melden welke systemen onder de richtlijn vallen en welke de bevoegde autoriteiten in hun land zijn in de zin van de richtlijn. De meldplicht voor systemen vloeit voort uit het wetsvoorstel. Uiteraard kan bij Nederlandse wet niet worden bepaald dat andere lidstaten systemen moeten of kunnen erkennen, of bij de Commissie moeten of kunnen aanmelden. Wel is bepaald dat die systemen die door andere lidstaten zijn erkend en aangemeld bij de Commissie onder de definitie van een systeem vallen. Het gevolg hiervan is dat ook betalingsopdrachten die door Nederlandse instellingen zijn gegeven en voor verwerking in door andere lidstaten erkende en aangemelde systemen zijn ingevoerd, niet ongedaan kunnen worden gemaakt. De Bank is de bevoegde autoriteit in de zin van artikel 10, eerste alinea. Dit zal door de Minister van Financiën aan de Commissie worden gemeld. Het is niet noodzakelijk voor deze meldplicht een aparte bepaling in het wetsvoorstel op te nemen.

De tweede alinea van artikel 10 bepaalt dat het systeem aan de lidstaat waarvan het recht van toepassing is mededeling doet van de deelnemers aan het systeem, eventuele indirecte deelneming daarbij inbegrepen, alsmede van iedere verandering in het deelnemersbestand. Deze bepaling is in het wetsvoorstel geïmplementeerd door op te nemen dat het systeem de Minister van Financiën in kennis stelt van de instellingen die direct of indirect deelnemen aan het systeem, alsmede van elke aanvang of beëindiging van deelname door een instelling aan het systeem.

De derde alinea van artikel 10 biedt lidstaten de mogelijkheid om de systemen behalve aan de meldplicht, bedoeld in de tweede alinea, ook nog aan toezichts- of goedkeuringsvereisten te onderwerpen. Om van deze mogelijkheid in de toekomst gebruik te kunnen maken, is in het wetsvoorstel bepaald dat de Minister van Financiën voorschriften kan verbinden aan zijn beschikking waarbij hij een systeem aanwijst.

De vierde alinea van artikel 10 bepaalt dat een ieder die daarbij een gerechtvaardigd belang heeft, van een instelling kan verlangen dat zij hem mededeelt aan welke systemen de instelling deelneemt en dat zij hem informatie verstrekt over de belangrijkste regels die gelden voor de werking van die systemen. Deze alinea zal in lagere regelgeving worden geïmplementeerd. Artikel 11, eerste lid Wet toezicht effectenverkeer 1995 en (na inwerkingtreding van een reeds ingediend wetsvoorstel tot wijziging van de Wtk 1992) artikel 85a Wtk 1992 bieden de mogelijkheid regels te stellen met betrekking tot aan het publiek te verstrekken informatie. In deze lagere regelgeving zal worden opgenomen dat indien een cliënt of een ander met een gerechtvaardigd belang hierom verzoekt, een instelling verplicht is mede te delen aan welke systemen de instelling deelneemt en wat de belangrijkste regels zijn die gelden voor de werking van die systemen.

De artikelen 11, 12, 13 en 14 van de richtlijn bevatten geen materiële bepalingen en leiden niet tot nieuwe regelgeving.

## **6. Kosten van de uitvoering van de wet**

De wet heeft geen gevolgen voor de Rijksbegroting, aangezien de gevolgen van de wet alleen daarin bestaan dat de rechtsgevolgen van bepaalde transacties in betalings- en effectensystemen gewijzigd worden; deze transacties in de private sector en hun rechtsgevolgen hebben geen directe invloed op de Rijksbegroting.

## HOOFDSTUK II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

### 7. Inleiding

In het algemene deel van deze memorie van toelichting zijn de aanpassingen op de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Faillissementswet uitvoerig toegelicht. De wijzigingen hangen volledig samen met de implementatie van de richtlijn 98/26/EG. Aangezien de wijzigingen sterk in verband met elkaar staan, hebben ondergetekenden ervoor gekozen deze bepalingen zoveel mogelijk in hun onderlinge samenhang te bespreken. Het gevolg van het vorenstaande is dat in de artikelsgewijze toelichting de meeste bepalingen niet meer of slechts summier aan bod zullen komen.

### 8. Toelichting op de artikelen

#### *Artikel I*

Artikel I wijzigt artikel 71 van de Wtk 1992. Voor een uitgebreide toelichting op het artikel wordt verwezen naar paragraaf 4.3. Voor alle duidelijkheid wordt hier nogmaals benadrukt dat indien een opdracht is gegeven en voor verwerking in het systeem is ingevoerd vóór het tijdstip van de uitspraak tot toepassing van de noodregeling deze opdracht niet ongedaan kan worden gemaakt, ongeacht het tijdstip waarop de opdracht uiteindelijk wordt uitgevoerd.

In het uitzonderlijke geval dat een opdracht wordt gegeven en ingevoerd na de uitspraak tot toepassing van de noodregeling kan deze opdracht alleen dan niet ongedaan worden gemaakt indien de opdracht op de dag van de uitspraak tot toepassing van de noodregeling wordt uitgevoerd en natuurlijk aan de overige vereisten is voldaan.

Het dertiende lid dient ter implementatie van artikel 6, tweede lid en derde lid van de richtlijn. De eerste volzin van het dertiende lid bepaalt dat de griffier van de rechtbank de Bank terstond in kennis stelt van de beschikking van de rechtbank. De Bank is in Nederland dan ook de bevoegde autoriteit bedoeld in artikel 6, tweede lid van de richtlijn. Dat de Bank de bevoegde autoriteit is in Nederland, dient op grond van artikel 10 van de richtlijn aan de Commissie te worden gemeld. De Minister van Financiën zal hiervoor zorgdragen.

#### *Artikel II A*

Artikel II A voegt een nieuwe afdeling aan de Fw toe ter implementatie van de richtlijn met het oog op het faillissement van een instelling als bedoeld in artikel 212a, sub a. Deze nieuwe afdeling bestaat uit de artikelen 212a tot en met 212f.

Door artikel 212a wordt artikel 2 van de richtlijn, dat dertien definities behelst, geïmplementeerd. In het wetsontwerp zijn alle definities uit de richtlijn overgenomen, met uitzondering van de definitie voor zakelijke zekerheden. De definitie van zakelijke zekerheden is niet overgenomen, aangezien deze term in het wetsvoorstel niet voorkomt.

De richtlijn geeft in artikel 2, sub b vier categorieën instellingen weer waarop de richtlijn van toepassing is. Door onder de definitie van instelling in artikel 212a, sub a kredietinstellingen, financiële instellingen, effecteninstellingen, overheidsinstanties of ondernemingen met overheidsgarantie en in een staat die niet een lidstaat is van de Europese Unie gevestigde ondernemingen of instellingen die het bedrijf van kredietinstelling of effecteninstelling uitoefenen door middel van een bijkantoor in de Europese Unie te laten vallen, zijn alle in de richtlijn genoemde categorieën geïmplementeerd.

Aangezien het doel van de richtlijn is de gevolgen van verstoring van een systeem ingevolge een insolventieprocedure tegen een deelnemer in dat systeem tot een minimum te beperken, is in de definitie van instelling ook opgenomen een centrale tegenpartij, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht effectentegoeden verkrijgt. Deze centrale tegenpartij verkrijgt immers effectentegoeden, die bij faillissement in haar boedel zullen vervallen, waardoor de werking van het systeem kan worden verstoord.

De definitie van systeem in artikel 212a, sub b dient in samenhang met artikel 212d te worden gezien. De Minister van Financiën zal voor hij een systeem aanwijst eerst advies bij de Bank inwinnen. Op grond van artikel 212d kan de Minister van Financiën aan zijn beschikking waarbij hij een systeem aanwijst voorschriften verbinden. Naast de verplichtingen die deze voorschriften aan een systeem kunnen opleggen, is een systeem in ieder geval op grond van artikel 212d, vierde lid verplicht de Minister van Financiën in kennis te stellen van de instellingen die direct of indirect deelnemen aan het systeem, alsmede van elke verandering hierin. In artikel 212d, zesde lid is de verplichting uit de richtlijn opgenomen dat een systeem bij de Commissie dient te worden aangemeld. De Minister van Financiën zal hiervoor zorgdragen. Voorts bepaalt artikel 212a, sub b dat onder de definitie van systeem ook systemen vallen die door andere lidstaten zijn erkend en bij de Commissie zijn aangemeld. Het gevolg hiervan is dat de betalingsopdrachten die aan dergelijke systemen zijn verstrekt onder de werking van het wetsvoorstel vallen.

Artikel 212a, sub h bevat een definitie van centrale bank. Deze definitie komt niet in de richtlijn voor, maar is in het wetsvoorstel opgenomen om de leesbaarheid van de wetsartikelen te vergroten. Ook de definitie van bijkantoor, artikel 212a, sub i, komt niet in de richtlijn voor, maar is opgenomen om de duidelijkheid van het wetsvoorstel te vergroten. De overige definities van artikel 212a behoeven geen nadere toelichting, aangezien de meeste definities bijna letterlijk uit de richtlijn zijn overgenomen.

Artikel 212b is het kernartikel van de nieuwe afdeling in de Fw. Het eerste en tweede lid van het artikel hebben dezelfde strekking als het nieuwe negende lid en tiende lid van artikel 71 Wtk 1992. Het derde lid komt overeen met het nieuwe elfde lid van artikel 71 Wtk 1992, terwijl het vierde lid overeenstemt met het twaalfde lid van artikel 71 Wtk 1992. Voor een uitgebreide toelichting op het artikel wordt verwezen naar paragraaf 4.3 en de opmerkingen bij artikel I van het artikelsgewijze commentaar.

Artikel 212c heeft dezelfde strekking als het dertiende lid van artikel 71 Wtk 1992. Voor een toelichting op het artikel wordt dan ook verwezen naar de opmerkingen bij artikel I van het artikelsgewijze commentaar. Door artikel 212d worden de tweede en derde alinea van artikel 10 van de richtlijn geïmplementeerd. Voor een toelichting op het artikel wordt verwezen naar paragraaf 5, alsmede naar de opmerkingen die bij de bespreking van artikel 212a, sub b over het artikel zijn gemaakt.

Door artikel 212e wordt artikel 8 van de richtlijn geïmplementeerd. Voor een toelichting op het artikel wordt verwezen naar paragraaf 4.5.

Door artikel 212f wordt artikel 9 van de richtlijn geïmplementeerd. Voor een toelichting op het artikel wordt verwezen naar paragraaf 4.6.

## B

Artikel II B voegt een nieuwe afdeling aan de Fw toe ter implementatie van de richtlijn met het oog op de verlening van surseance van betaling aan een kredietinstelling, die niet wordt beschouwd als een kredietinstelling op grond van de Wet toezicht kredietwezen 1992, een financiële instelling, een effecteninstelling, een centrale tegenpartij, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht effectentegoeden verkrijgt, een overheidsinstantie, onderneming met overheidsgarantie en een in een staat die niet een lidstaat is van de Europese Unie gevestigde onderneming of instelling die het bedrijf van effecteninstelling uitoefent door middel van een bijkantoor in Nederland. Deze nieuwe afdeling bestaat uit de artikelen 281g en 281h.

Artikel 281g bepaalt op welke instellingen de afdeling van toepassing is. Het betreft hier alle instellingen, die niet vallen onder de noodregeling van artikel 71 van de Wtk 1992. Dit zijn naast de effecteninstellingen, de financiële instellingen, centrale tegenpartijen, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht effectentegoeden verkrijgen, overheidsinstanties, ondernemingen met overheidsgarantie en in een staat die niet een lidstaat is van de Europese Unie gevestigde ondernemingen of instellingen die het bedrijf van effecteninstelling uitoefenen door middel van een bijkantoor in Nederland, kredietinstellingen die niet worden beschouwd als een kredietinstelling op grond van de Wtk 1992. Het betreft hier instellingen, waarvan de Minister van Financiën of de Bank op grond van artikel 1, derde lid, onderscheidenlijk vierde lid, van de Wtk 1992 hebben bepaald dat zij niet dienen te worden beschouwd als kredietinstellingen in de zin van de Wtk 1992.

In artikel 281h worden de artikelen 212a, onderdelen b tot en met f, en 212b tot en met 212f van overeenkomstige toepassing verklaard op de verlening van de surseance van betaling met dien verstande dat voor artikel 23 wordt gelezen «artikel 217», voor artikel 24 «artikel 228, tweede lid», voor artikel 53, eerste lid «artikel 234, eerste lid» en voor artikel 54, tweede lid «artikel 235, tweede lid». Artikel 35 wordt niet genoemd in artikel 281h. Dit artikel bepaalt dat, indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen hebben plaatsgevonden die voor de levering door de schuldenaar nodig zijn, levering niet meer geldig kan geschieden. De reden waarom artikel 35 niet in 281h wordt genoemd, is dat de evenknie van dat artikel in de surseance-regeling ontbreekt. Toch wordt algemeen aangenomen dat artikel 35 ook van toepassing is op de surseance van betaling. De verwijzing in artikel 281h naar (onder andere) artikel 212b heeft tot gevolg dat artikel 35 ook voor een surseance is uitgesloten.

De Minister van Financiën,  
G. Zalm

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals

**Bijlage A****Transponeringstabel**

Van: Richtlijn

Naar: Wet

| <i>Richtlijn</i>            | <i>Wet (Artikel)</i>                                  |
|-----------------------------|---|
| Artikel 1                   | II (212a)   |
| Artikel 2                   | II (212a)   |
| Artikel 3                   | I (71) en II (212b)                                   |
| Artikel 4                   | –   |
| Artikel 5                   | –   |
| Artikel 6<br>eerste lid     | –   |
| tweede lid                  | I (71, dertiende lid) en II (212c, eerste lid)        |
| derde lid                   | I (71, dertiende lid) en II (212c, tweede lid)        |
| Artikel 7                   | I (71) en II (212b)                                   |
| Artikel 8                   | II (212e)   |
| Artikel 9<br>eerste lid     | –   |
| tweede lid                  | II (212f)   |
| Artikel 10<br>eerste alinea | II (212a, sub b en 212d, eerste, tweede en zesde lid) |
| tweede alinea               | II (212d, vierde lid)                                 |
| derde alinea                | II (212d, derde lid)                                  |
| vierde alinea               | –   |
| Artikel 11                  | –   |
| Artikel 12                  | –   |
| Artikel 13                  | –   |
| Artikel 14                  | –   |