

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. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Algemeen

Positie consumenten en schuldeisers

De leden van de PvdA-fractie vroegen of een eventuele achteruitgang van consumenten opweegt tegen de versterking van de internationale concurrentiepositie van Nederlandse afwikkelingsystemen, en in dat verband stelden zij ook een vraag naar de positie van de schuldeisers. Indien een instelling failliet gaat, zal de consument tevens schuldeiser zijn. Ten opzichte van de huidige wetgeving is het denkbaar dat de consument in bepaalde gevallen een achteruitgang van zijn positie ondervindt. Indien een instelling failliet gaat en op de dag van faillietverklaring door de instelling nog bedragen naar het buitenland zijn overgeboekt, zullen deze bedragen door de curator niet worden teruggevorderd en vallen deze derhalve niet in de failliete boedel. Hierdoor verslechtert op zich de positie van de andere schuldeisers, aangezien minder activa overblijven om te vereffenen. Hierbij dient echter niet uit het oog te worden verloren, dat indien een kredietinstelling failliet gaat het depositogarantiestelsel van toepassing is. Hierdoor ontvangt de consument bij faillissement van een kredietinstelling het geld terug dat hij bij de kredietinstelling heeft ondergebracht, tot een maximum van 20 000 Ecu. Daarnaast kunnen consumenten die grensoverschrijdende betalingen verrichten ook baat hebben bij de nieuwe wettelijke regeling, aangezien een opdracht gegeven op de dag van faillissement ook daadwerkelijk zal worden uitgevoerd.

Met betrekking tot de positie van schuldeisers in het algemeen kan hier nog worden opgemerkt dat aan de richtlijn een afweging ten grondslag ligt tussen enerzijds de belangen van de schuldeisers en anderzijds de belangen van een goed functionerend betalingssysteem. Het is op zich juist dat de positie van de schuldeisers door dit wetsvoorstel niet wordt versterkt. Men houde evenwel in het oog dat een afweging moet worden gemaakt tussen enerzijds de zekerheid dat Nederlandse deelnemende instellingen in een nadeliger positie komen door toepassing van de 00.00-uur-regeling, en anderzijds de uitzonderlijke situatie dat een deelnemende instelling, ondanks het toezicht daarop, wordt onderworpen aan een insolventieprocedure, waarin dan ook nog eens betalingsop-

drachten worden gegeven tussen 00.00 uur en het tijdstip van faillietverklaring. Het belang van een goed functionerend betalingssysteem overstijgt de belangen van het systeem zelf; indien het functioneren van een betalingssysteem door de werking van de 00.00-uur-regel zou worden verstoord, heeft dit verstrekende gevolgen voor het betalingsverkeer, de economie en de consument. Voorkomen moet worden dat de gevolgen van een faillissement van een deelnemer zich «voortplanten», waardoor uiteindelijk de maatschappelijke belangen ernstig worden geschaad. In dit kader zij gewezen op twee arresten van de Hoge Raad (HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, Sigmacon II; HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, Maclou), waarin werd overwogen dat de curator rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard. In het algemeen kan worden gesteld dat nog immer uitgangspunt is het belang van de gezamenlijke crediteuren, maar dat bij het dienen van dit belang de curator ook andere maatschappelijke belangen moet betrekken (Zie bijvoorbeeld het preadvies van S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber voor het Tijdschrift voor Privaatrecht, 1998). Het wetsvoorstel ligt in de lijn van genoemde ontwikkeling. Met het wetsvoorstel wordt de afweging tussen de belangen van de schuldeisers en de maatschappelijke belangen niet overgelaten aan de curator, maar geeft de wetgever zelf aan waar de doorslag moet liggen. Voorts zij het volgende opgemerkt. Met een andere oplossing dan die in het wetsvoorstel is neergelegd, zou Nederland zich isoleren ten opzichte van de andere lidstaten; dit is ongewenst. Daarenboven brengt toepassing van de 00.00-uur-regel op betalingsopdrachten van instellingen die deelnemen aan een systeem met zich mee dat Nederland zich niet zou houden aan de afspraken tussen de centrale banken om in EMI-verband een direct bruto «hard» afwikkelingsysteem in te stellen.

Concurrentiepositie Nederlandse afwikkelingsystemen

De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af of sprake zou zijn van verslechtering van de concurrentiepositie van Nederlandse afwikkelingsystemen, of dit tot nu toe ook zo was en hoe zich dit uitte. Als gevolg van de huidige Nederlandse wetgeving zouden Nederlandse financiële instellingen per 1 januari 1999 niet op gelijke condities deel kunnen nemen aan internationale betalings- en effectenafwikkelingsystemen, zoals het Europese afwikkelingsysteem TARGET, aangezien Nederland als enige EU-lidstaat nog geen uitzondering op de 00.00-uur regeling kent. In het verleden ondervonden Nederlandse financiële instellingen door het bestaan van de 00.00-uur regel soms hinder bij de aansluiting op buitenlandse betalingssystemen. Het probleem wordt echter acuut per 1 januari 1999, aangezien het eerste Europese euro-betalings- en afwikkelingsysteem TARGET per die datum van start zal gaan en daarmee veel internationale betalingen via TARGET zullen worden uitgevoerd. Over de concurrentiepositie van Nederlandse afwikkelingsystemen kan het volgende worden opgemerkt. Om als Nederlands (op Nederlands recht gebaseerd) systeem te worden gekwalificeerd, zal ten minste één van de deelnemers aan het systeem zijn hoofdvestiging in Nederland dienen te hebben. Indien het een Nederlandse kredietinstelling betreft, zullen onder de huidige wetgeving de betalingen door het bestaan van de 00.00-uur regel niet definitief zijn. Het gevolg hiervan is dat buitenlandse instellingen die aan het Nederlandse systeem deel zouden nemen er niet zeker van kunnen zijn dat een betaling niet kan worden teruggedraaid. Dit risico willen buitenlandse instellingen niet lopen, dus de uitkomst is dat men of vervolgens helemaal niet wenst deel te nemen aan een Nederlands afwikkelingsysteem of dat men zoals nu bij TARGET dreigt de Nederlandse kredietinstelling verplicht tegenover elke betaling die wordt verricht een onderpand aan te houden, waardoor de concurrentiepositie van de Nederlandse financiële sector verslechtert.

Belang afwikkelingsystemen

De leden van de PvdA-fractie vroegen naar het economische belang van de genoemde afwikkelingsystemen met name met betrekking tot de toegevoegde waarde en de werkgelegenheid in de betrokken systemen zelf, alsmede de invloed op het macro-economische systeem in Nederland in brede zin.

De maatschappelijke relevantie van het wetsvoorstel bestaat hierin dat zonder wetswijziging Nederlandse financiële instellingen niet, dan wel niet onder dezelfde voorwaarden, kunnen deelnemen aan het Europese betalingsverkeer noch via Target noch via andere Europese betalingsverkeerssystemen. Dit betekent ondermeer dat Nederlandse financiële instellingen ernstig beperkt zouden worden in hun activiteiten. Zo zouden ze vanuit Nederland niet kunnen opereren op de Europese geldmarkt of andere interbancaire transacties kunnen afsluiten. Dit heeft niet alleen een versturende werking op de uitvoering van het monetaire beleid maar zal ook verstrekende consequenties hebben voor de concurrentiepositie van de betrokken instellingen en daarmee voor de werkgelegenheid in de financiële sector in ons land. Indien het onderhavige wetsvoorstel niet op 1 januari 1999 in werking is getreden, zullen noodmaatregelen onvermijdelijk worden. Hierbij valt te denken aan garanties van staatswege etc. Op termijn kan dit betekenen dat financiële instellingen een deel van hun activiteiten naar andere lidstaten kunnen verplaatsen zodat ze niet langer getroffen worden door de werking van de Nederlandse 00.00-uur regeling. In aanmerking komende activiteiten zijn bijvoorbeeld het liquiditeitsmanagement, back office- en andere betalingsverkeerswerkzaamheden.

Ook de handel in en het gebruik van Nederlands waardepapier zal op de per 1 januari 1999 tot stand komende Euromarkten belemmeringen ondervinden. Dit zal zich voordoen, aangezien in Nederland in afwijking van overige lidstaten, met betrekking tot de levering van schuld papier in Necigef finaliteit van de transacties niet kan worden verzekerd. De huidige 00.00-uur regeling ondermijnt namelijk ondermeer het uitgangspunt van levering tegen betaling dat bij effectentransacties gebruikelijk is. Zolang de 00.00-uur regeling van kracht is, mag de Nederlandsche Bank bijvoorbeeld in het kader van de uitvoering van het Europese monetaire beleid geen transacties afsluiten die via een bepaalde systeem van Necigef worden afgewikkeld. Partijen zullen daardoor vermoedelijk de voorkeur geven aan handel buiten Nederland.

Procedureel

De leden van de CDA-fractie merkten op niet te zijn ingenomen met de spoedeisende procedure en eisten daaromtrent een gedegen verklaring van de regering.

Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar de brief van 18 november 1998 aan de leden van de vaste commissie voor Financiën, waarin uitvoerig op de redenen voor de late indiening van het wetsvoorstel wordt ingegaan.

2. Doel van de richtlijn

De leden van de VVD-fractie vragen – met een verwijzing naar de Lamfalussy-standaarden – welke landen binnen de Europese Unie en daarbuiten een solide juridische grondslag voor bruto- en nettosystemen hebben.

In het verleden is reeds in G-10 verband het belang van een solide juridische grondslag van betalingssystemen onderkend. De in dit overleg deelnemende centrale banken onderschrijven allen de wenselijkheid van een juiste naleving van de Lamfalussy-standaarden. Hoewel het belang

van de Lamfalussy-standaarden voor een goed functionerend betalingsverkeer aldus voldoende vaststaat, ontbreekt de mogelijkheid om deze standaarden juridisch af te dwingen.

De Europese Centrale Bank heeft in het licht van de derde fase van de EMU echter eisen geformuleerd voor betalings- en effectenafwikkelingsystemen in de Europese Unie die mede zijn gebaseerd op deze Lamfalussy-standaarden. Teneinde door de ECB te kunnen worden gebruikt voor onder meer de uitvoering van het monetaire beleid, dienen de systemen te voldoen aan de betreffende eisen. De ECB heeft de naleving van deze eisen beoordeeld waarbij zij ten aanzien van de juridische grondslag van systemen met name aandacht heeft besteed aan de afdwingbaarheid van verrekeningsovereenkomsten alsmede aan de finaliteit van betalingen. Binnen deze beoordeling is door de ECB met betrekking tot de Nederlandse systemen prominente aandacht besteed aan de terugwerkende kracht welke aan een faillissement is verbonden. Ter zake van de toetreding tot het Europese bruto-betalingsstelsel Target, is door de ECB in verband hiermee een voorbehoud gemaakt voor de Nederlandse systemen. Afgezien van enkele onvolkomenheden van ondergeschikt belang voldoen de systemen van de overige lidstaten aan de ter zake geldende standaarden. Mits het onderhavige wetsvoorstel voor aanvang van de derde fase van de EMU in werking treedt, is binnen de Europese Unie sprake van een voldoende solide juridische grondslag voor betalings- en effectenafwikkelingsystemen.

De bovengenoemde Lamfalussy-standaarden dienen internationaal als leidraad voor de vormgeving van betaalsystemen. Maar vanwege het reeds genoemde ontbreken van de juridische afdwingbaarheid, kunnen landen niet worden verplicht deze standaarden in acht te nemen

3. Reikwijdte van de richtlijn

De leden van de VVD-fractie vroegen wat de consequenties zijn voor verrekeningsovereenkomsten indien wordt gehandeld met instellingen van buiten de Europese Unie. Tevens vroegen de leden van de VVD-fractie zich af of er aan verrekeningsovereenkomsten op mondiaal niveau via OESO of WTO wordt gewerkt.

Bedacht moet worden dat de onderhavige wetwijziging voortvloeit uit Europese regelgeving, alsmede gebaseerd is op een regeling van de Europese Centrale Bank. Uit de systematiek van de richtlijn volgt dat systemen worden aangewezen en dat de bepalingen van de richtlijn ook van toepassing zijn op de deelnemers aan een dergelijk systeem. Daarbij moet door het systeem het recht van één van de lidstaten van de Europese Unie gekozen worden. Als gevolg hiervan zijn ook de instellingen van buiten de Europese Unie die aan een dergelijk systeem deelnemen gebonden aan deze rechtskeuze. De rechtskeuze van het systeem betekent echter niet de toepasselijkverklaring van één faillissementsrecht op alle deelnemers aan het systeem. Iedere deelnemer blijft onderworpen aan het faillissementsrecht van zijn eigen land. Gelet op de strekking van de richtlijn, alsmede de eisen die de ECB stelt, is de verwachting gerechtvaardigd dat op het gebied van de 00.00-uur regeling waarborgen zullen worden gevraagd aan de deelnemers aan een systeem, indien dit punt in de lokale wetgeving niet adequaat is geregeld. Wat betreft de door de Minister van Financiën in Nederland aan te wijzen systemen zullen dergelijke waarborgen in ieder geval worden meegevoerd.

In de overige gevallen zal het reguliere internationale privaatrecht worden toegepast. Met betrekking tot de obligatoire aspecten betekent dat, dat de tien landen die partij zijn bij 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) dat Verdrag zullen toepassen; dit Verdrag wordt immers

door alle landen universeel toegepast, derhalve ook op landen van buiten de Europese Unie. Dit heeft als consequentie dat de overeenkomst wordt beheerst door het gekozen recht. Gelet op de hoge mate van professionaliteit van betrokken partijen, zal in de praktijk steeds een rechtskeuze zijn gemaakt. In het hypothetische geval dat er geen rechtskeuze is gemaakt, geldt het recht van het land waar de waar degene die de karakteristieke prestatie moet leveren is gevestigd, tenzij er zodanige aanknopingspunten zijn met een ander land, dat het recht van dat land van toepassing is. Met betrekking tot goederenrechtelijke aspecten betreffende de cessie van vorderingen op naam kan worden gewezen op het arrest Brandsma – Hansa (HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585; JOR 1997, 77). Hierin oordeelde de Hoge Raad dat het goederenrechtelijke regime valt onder het EVO, en wel onder artikel 12, eerste lid. Dit heeft als gevolg dat het goederenrechtelijke regime valt onder het cessie-statuuut (en niet onder het vorderingsstatuuut): het recht dat de overeenkomst tot cessie beheerst, regelt ook de goederenrechtelijke aspecten. Een eventuele rechtskeuze voor de overeenkomst heeft dus mede betrekking op de goederenrechtelijke aspecten. Wanneer de lijn van deze uitspraak wordt doorgetrokken naar de bezwaring van vorderingen op naam, mag worden aangenomen dat die materie eveneens wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Bij gebrek aan rechtskeuze, geldt in beginsel dat zakelijke zekerheidsrechten op vorderingen aan toonder en op aandelen aan toonder worden beheerst door het recht van de staat van de ligging van stukken, en op aandelen op naam door het recht dat de vennootschap beheerst.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft nog geen beslissing gegeven over de interpretatie van het EVO. Mocht het Hof een andere interpretatie geven, dan geldt die interpretatie.

Op internationaal niveau wordt inderdaad gewerkt aan het opzetten van betalings- en afwikkelingsystemen, echter niet in OESO- of WTO-verband. Wel bestaan particuliere initiatieven, waarbij nauw wordt samengewerkt met centrale banken. Voorts wordt thans gewerkt aan het opzetten van een mondiaal systeem voor valutatransacties.

4. Inhoud en verwerking van de richtlijn

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe een afwikkelende instantie zou moeten aantonen dat zij niet op de hoogte was of behoorde te zijn van een beschikking waarmee een insolventieprocedure wordt geopend. Voorts vroegen zij zich af welke gevolgen het negeren van een faillissementsbeschikking door een afwikkelende instantie heeft en of het niet verstandiger zou zijn de bewijslast te leggen bij degene die het bericht van faillissement verstuurt, dan wel aan dit bericht een speciale juridische status te geven.

In antwoord op deze vragen merken wij op dat de vraag bij wie de bewijslast rust op grond waarvan ten aanzien van een afwikkelende instantie kan worden aangenomen dat deze niet wist noch behoorde te weten dat er een insolventieprocedure was geopend, geregeld wordt in artikel 3 van de richtlijn. Dit artikel biedt de afwikkelende instantie, de centrale tegenpartij of het verrekeningsinstituut de mogelijkheid zich te beroepen op het feit dat zij niet op de hoogte waren of dienden te zijn van de opening van de insolventieprocedure. In het nationale recht kan de mogelijkheid tot het voeren van een dergelijk verweer niet aan genoemde partijen worden ontnomen.

Bij het beantwoorden van de vraag of in een concreet geval al dan niet aan deze bewijslast is voldaan, zal de wijze waarop het «insolventiebericht» verzonden is van belang zijn. Indien degene die dit bericht verzendt – de Nederlandsche Bank – kan aantonen dat dit bericht inderdaad verzonden en ontvangen is – bijvoorbeeld aan de hand van een

«faxbevestiging» – , dan rust op de ontvanger de bewijslast om aan te tonen dat hij van dit bericht desalniettemin niet op de hoogte was of behoorde te zijn. Indien degene die het bericht verzendt over een goede documentatie van het feit van verzending beschikt, kan ervan worden uitgegaan dat niet snel zal worden aangenomen dat aan deze bewijslast is voldaan.

De leden van de PvdA-fractie vestigen in dit verband terecht de aandacht op het belang dat degene die het «insolventiebericht» verzendt dit feit goed documenteert. Het lijkt echter niet noodzakelijk hiervoor een speciale juridische regeling te treffen, dan wel aan dit bericht een speciale juridische status toe te kennen. De Nederlandsche Bank die dit bericht verzendt zal immers op de hoogte zijn van het belang dat aan dit bericht moet worden toegekend en daarnaar zal handelen.

Transacties tussen 00.00-uur en tijdstip faillietverklaring

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe vaak tussen 00.00-uur en het tijdstip van faillietverklaring nog transacties plaatsvinden en wat de maatschappelijk relevantie van de wetwijziging is.

In de praktijk zal dit zeer waarschijnlijk niet vaak voorkomen. Bij kredietinstellingen en financiële instellingen is de Nederlandsche Bank reeds op de hoogte 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 maatschappelijke relevantie van het wetsvoorstel bestaat hierin dat zonder wetwijziging Nederlandse financiële instellingen niet, dan wel niet onder dezelfde voorwaarden, kunnen deelnemen aan het Europese betalingsverkeer. Het is voor de concurrentiepositie van de Nederlandse financiële sector van zeer groot belang dat deze situatie zich niet voordoet.

Situatie andere landen

De leden van de PvdA-fractie vragen hoe dit wijzigingsvoorstel zich met de situatie in andere landen verhoudt en hoe de berichtgeving verloopt. Bij de beantwoording van deze vraag moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende door het wetwijzigingsvoorstel bestreken onderwerpen.

- a De rechtsgeldigheid van de verschillende vormen van verrekening wordt in Nederland reeds erkend indien die verrekening plaats vindt buiten insolventiesituaties. Om aan de richtlijn te voldoen zijn voor die situatie geen nadere wettelijke bepalingen vereist. Dit ligt anders in enkele andere EU-lidstaten. Zo is in enkele Scandinavische landen verrekening ook buiten insolventiesituaties onder bepaalde omstandigheden vernietigbaar, bijvoorbeeld verrekening van premature betalingen of verrekening van betalingen van disproportioneel grote bedragen en verrekening die plaats vindt binnen een zekere periode voorafgaande aan het moment van aanvang van de insolventie.
- b Na aanvaarding van het wetsvoorstel zal een faillissement, een noodregeling of een surseance van betaling in Nederland geen terugwerkende kracht meer hebben, waardoor de Nederlandse regelgeving op dit punt op in lijn komt met de regelgeving die thans reeds in alle andere EU-lidstaten van kracht is.
- c Wat de bescherming van houders van goederenrechtelijke zekerheden betreft, geldt in Nederland van oudsher dat de pand- en hypotheekhouders hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement is. Om aan de richtlijn te voldoen zijn geen nadere wettelijke bepalingen vereist, dit in tegenstelling tot de situatie in sommige andere EU-lidstaten, waar de positie van de houder van goederenrechtelijke zekerheden minder goed beschermd is. In die landen kan de voorrang

van de houder van die zekerheden bijvoorbeeld door andere crediteuren worden aangevochten of hebben de vorderingen van sommige crediteuren voorrang boven het goederenrechtelijke zekerheidsrecht. Overigens dient men bij het bovenstaande te bedenken dat de beschreven verschillen met de Nederlandse situatie, als gevolg van implementatie van de richtlijn door andere EU-lidstaten, uiterlijk eind 1999 zullen zijn verdwenen.

Als de transacties via een aangewezen systeem worden geleid, vallen zij onder de richtlijn (als geïmplementeerd in de EU-lidstaten). De berichtgeving loopt dan via DNB en de buitenlandse autoriteiten (deze laatste hoeven overigens niet per se centrale banken te zijn). In Europees verband zijn er afspraken gemaakt over de wijze waarop toezichhoudende instellingen elkaar op de hoogte houden van onder meer insolventies.

Ongedaanmaking gevolgen betaling/actio

Pauliana De leden van de PvdA-fractie vroegen of nog andere specifieke omstandigheden kunnen worden genoemd, naast de in de memorie van toelichting genoemde intrekking van de automatische incasso, waarin de gevolgen van een betaling wel ongedaan worden gemaakt.

Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin een geslaagd beroep op de actio Pauliana wordt gedaan, of waarin sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad.

De leden van de PvdA-fractie vroegen waarom bewuste benadeling van de boedel geen gevolgen heeft voor het systeem. In verband daarmee vroegen zij of de boedel hiermee niet opgezaald wordt met ingewikkelde en kostbare procedure.

In antwoord hierop merken wij op dat met de opmerking in de memorie van toelichting, dat het inroepen van de nietigheid op grond van bewuste benadeling geen gevolgen voor het systeem heeft, wordt bedoeld dat de betalingen die op grond van de actio Pauliana kunnen worden teruggevorderd niet binnen het systeem worden teruggedraaid, maar buiten het systeem om kunnen worden verhaald, middels een rechtsvordering gericht tot de centrale tegenpartij. Het systeem als zodanig wordt daardoor niet belast.

Voorts vroegen de leden van de CDA-fractie of de actio Pauliana door de wijziging van de Faillissementswet niet een holle frase wordt en vroegen de leden van de PvdA-fractie of de actio Pauliana door het wetsvoorstel niet wordt verzwakt.

Op de vraag of de actio Pauliana door het wetsvoorstel wordt verzwakt merken wij op dat de wetswijziging geen verandering brengt in de voorwaarden waaronder een curator op grond van de actio Pauliana een rechtshandeling kan vernietigen (artikel 42 Fw). De curator kan op grond van artikel 42, eerste lid Fw, elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring heeft verricht en waarvan deze bij het verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, vernietigen. Artikel 42, tweede lid voegt daar voor de in dat lid genoemde categorieën rechtshandelingen de voorwaarde aan toe dat ook degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichte wist of moest weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Aan deze voorwaarden moet op dit moment bij het faillissement van een deelnemer aan een betalingssysteem zijn voldaan en dat wordt door de wetswijziging niet anders.

De actio Pauliana zal net als voorheen kunnen worden ingesteld tegen de begunstigde, indien deze baat heeft gehad bij de paulianeuze rechtshandeling. Dit komt het geheel van de schuldeisers ten goede. Overigens zij er op gewezen dat het gevolg van de actio Pauliana is dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de gefailleerde instelling is gegaan, door degene jegens wie de vernietiging werkt aan de

curator moet worden teruggegeven. Aangezien afwikkelende instanties en verrekeningsinstituten in het kader van hun boekingsactiviteiten geen gelden of effectentegoeden ontvangen, en derhalve ook niet tot teruggave kunnen worden verplicht, is het instellen van een actio Pauliana tegen hen weinig zinvol. Dat is evenwel geen gevolg van het wetsvoorstel. Met betrekking tot de vraag naar de strafbaarstelling van paulianeus gedrag kan voorts worden gewezen op de artikelen 340 tot en met 349 van het Wetboek van Strafrecht.

Het enige verschil dat de wetswijziging ten aanzien van de toepassing van de actio Pauliana aanbrengt is dat de in artikel 42 eerste lid genoemde periode «vóór de faillietverklaring» wordt verlengd van 00.00 uur tot het moment waarop het faillissement wordt uitgesproken. Dit betekent dat ten aanzien van een rechtshandeling, verricht tussen 00.00 uur en het moment van faillietverklaring, na de wetswijziging een beroep moet worden gedaan op de actio Pauliana waar dat op dit moment nog niet noodzakelijk is.

Praktische gang van zaken

De leden van de PvdA-fractie vroegen of afspraken zijn gemaakt met de Vereniging voor de Rechtspraak en de banken, wat wordt bedoeld met het woord «terstond» en of het niet van belang is het tijdstip van kennisgeving vast te leggen.

Gezien het feit dat het zelden of nooit voorkomt dat een bank failliet zal gaan, leek het ons niet noodzakelijk met de Vereniging voor de Rechtspraak en de banken hier verdergaande afspraken over te maken dan de regeling die reeds in het wetsvoorstel is neergelegd.

In het Burgerlijk Wetboek heeft deze term een nauwkeurig omschreven betekenis. In de toelichting op Boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (Parl. Gesch. Boek 3, blz.162–163) wordt opgemerkt dat «terstond» betekent dat de betrokkene «onmiddellijk», «direct» of «meteen» dient te reageren, waarbij nog minder respijt wordt gegeven dan bij de term «onverwijld». In de praktijk zal een kennisgeving per brief te veel tijd in beslag nemen; kennisgeving per fax lijkt de aangewezen weg.

Aangezien zoals in de memorie van toelichting reeds is opgemerkt het om een periode van enkele minuten gaat, waarbinnen de betrokken partijen in kennis zullen worden gesteld, leek het ons niet noodzakelijk hier een nadere regeling in het wetsvoorstel over op te nemen.

Herroeping van opdrachten aan een systeem

De leden van de VVD-fractie vroegen verduidelijking over de wijze waarop het tijdstip wordt bepaald, waarna herroeping niet meer mogelijk is, alsmede wie dit tijdstip bepaalt.

Een systeem is aan te merken als een formele overeenkomst tussen deelnemers. De deelnemers zijn vrij om te bepalen hetgeen in deze overeenkomst zal worden opgenomen. Het ligt in de rede dat de overeenkomst een bepaling bevat over het tijdstip waarna herroeping niet meer mogelijk is. Dit tijdstip zal afhankelijk zijn van de technische onmogelijkheid om een opdracht, waarvan het proces van verwerking reeds is begonnen op een bepaald moment nog terug te kunnen draaien. Of deze bepaling wordt opgenomen en hoe deze bepaling wordt vormgegeven, wordt aan de vrije wil van partijen overgelaten.

Actio Pauliana in het buitenland

De leden van de VVD-fractie vroegen of de Nederlandse wetgeving inzake de actio Pauliana overeenkomstig de wetgeving in andere EU-landen is. De filosofie achter de actio Pauliana is in de wetgevingen steeds dezelfde (rechtshandelingen die worden verricht ten detrimente van het geheel van

schuldeisers moeten kunnen worden vernietigd), maar de uitwerking in de verschillende wetgevingen steeds anders. Zo zijn de vermoedens die leiden tot omkering van de bewijslast niet steeds dezelfde. Men kan daarbij denken aan het type rechtshandeling dat voor vernietiging in aanmerking komt, de kring van personen met wie de rechtshandeling is verricht, de sterkte van de band van de schuldenaar met de rechtspersoon waarmee hij de rechtshandeling heeft verricht, en de lengte van de periode, voorafgaand aan het faillissement, gedurende dewelke een rechtshandeling «verdacht» wordt. Ter illustratie kan worden gewezen op het arrest Gustafsen – Mosk (HR 24 oktober 1997, RvdW 1997, 208; NIPR 1998, 14). In dit geval kon leidde een beroep op de actio Pauliana naar Duits recht wel tot vernietiging van de rechtshandeling, maar het beroep op de actio Pauliana naar Nederlands recht niet. Overigens oordeelde de Hoge Raad met zoveel woorden dat de actio Pauliana in Nederland alleen dan kon slagen indien zulks mogelijk was op grond van een cumulatieve toepassing van beide rechtsstelsels.

Het treffen van maatregelen om overeenkomstig beleid in de EU te bewerkstelligen is zeer gecompliceerd. Het betreft de ingrijpende en gevoelige vraag wat de mate van rechtszekerheid is die de EU-landen ieder voor zich eisen. Gewezen kan worden op het Europese Insolventieverdrag (dat nog niet door het Verenigd Koninkrijk is ondertekend), waarin een regeling is opgenomen betreffende de harmonisatie van de internationaal-privaatrechtelijke regels inzake de actio Pauliana. Nederland heeft dit Verdrag ondertekend. Ook kan worden gewezen op de Modelwet van de United Nations Commission on International Trade Law, waarin eveneens een bepaling is opgenomen met betrekking tot de actio Pauliana, welke bepaling overigens minder ver gaat dan het Verdrag.

Aan te wijzen systemen

De leden van de VVD-fractie vroegen op welke wijze zal worden bezien of andere systemen kunnen worden aangewezen en vroegen tevens een indicatie van de systemen die voor aanwijzing in aanmerking zullen komen.

Doel van het wetsvoorstel is om in lijn met de gedachte van de richtlijn inzake finaliteit van betalingen, systeemrisico's welke kunnen voortvloeien uit verschillende juridische regimes ten aanzien van onder meer verrekening en finaliteit, weg te nemen door uniforme minimumeisen te stellen aan door de Minister aangewezen systemen. Een aan te wijzen systeem dient te voldoen aan de formele eisen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen. Daarnaast zal bij de aanwijzing van systemen in de zin van het voorliggende wetsvoorstel eveneens rekening worden gehouden met de (relatieve) grootte en het belang dat een systeem heeft voor het goed functioneren van het betalingsverkeer. Vooral nog ligt het niet voor de hand om qua omvang kleine systemen aan te wijzen. Natuurlijk zullen ook in de overige lidstaten, na de implementatie van de betreffende richtlijn in nationale wetgeving, systemen als bedoeld in de richtlijn worden aangewezen.

De Nederlandsche Bank heeft aangegeven welke betalings- en effectenafwikkelingsystemen naar haar mening in aanmerking zouden kunnen komen om door de Minister te worden aangewezen als zijnde een «systeem» in de zin van het wetsvoorstel. Dit zijn achtereenvolgens het topgirale bruto betalingssysteem van De Nederlandsche Bank «TOP», het multilaterale interbancaire nettingsysteem BGC-Interpay alsmede de effectenafwikkelingsystemen van de beurs, te weten AEX-Effectenclearing, AEX-Optieclearing, Necigef en de Nederlandse Liquidatiekas.

Wijze van implementatie

De leden van de VVD-fractie wilden graag weten of deze wetswijziging geen andere wijzigingen bevat dan waartoe de implementatie van de EU-richtlijn is bedoeld.

Zoals in de memorie van toelichting reeds is aangegeven is het wetsvoorstel gelet op de spoed die met het voorstel is gemoeid niet belast met bepalingen waartoe de richtlijn niet verplicht.

Bewuste benadeling

De leden van de CDA-fractie wezen erop dat de gefailleerde instelling op de dag van faillietverklaring nog de mogelijkheid zou hebben een groot deel van haar vermogen aan het faillissement te onttrekken. Deze leden vroegen in verband daarmee of het geen aanbeveling verdient een bepaling in de Faillissementswet op te nemen dat het niet is toegestaan deze handeling te verrichten indien men geacht wordt weet te hebben van het naderende faillissement.

Een regeling om dergelijke benadeling van de boedel is reeds opgenomen in de Faillissementswet: de artikelen 42 tot en met 51. Het betreft hier de actio Pauliana, waarmee de curator de vernietiging kan bewerkstelligen van een rechtshandeling die de schuldenaar vóór faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan hij bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Voorts zij gewezen op de artikelen 340 tot en met 349 van het Wetboek van Strafrecht, waarin benadeling van schuldeisers of rechthebbenden strafbaar is gesteld.

Bewijslast centrale tegenpartij, afwikkelende instantie en verrekeningsinstituut

Voorts verzochten de leden van de CDA-fractie nader in te gaan op het feit dat de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut transacties niet hoeft terug te draaien indien zij redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van een faillissement.

In het wetsvoorstel is voorzien in een meldingsmechanisme als gevolg waarvan men in het algemeen snel op de hoogte zal zijn van een faillissement. Dit systeem geldt zowel voor faillissementen van een grote, als van een kleine instelling. Voorts moet bedacht worden dat aan de faillietverklaring over het algemeen een stille curatele vooraf gaat, waarvan niemand op de hoogte is en dat de faillietverklaring zelf op één dag geschiedt, zodat in principe geen sprake zal zijn van een verschil tussen een grote en bekende firma of een kleine en onbekende firma. Het uitgangspunt is in dit geval overigens dat de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut de faillietverklaring kennen of behoren te kennen, tenzij men kan aantonen dat dit niet het geval is. Deze formulering is strenger dan «redelijkerwijs niet op de hoogte zijn». De bewijslast ligt immers geheel bij de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut.

Kennisgeving van faillissement

De leden van de CDA-fractie hebben voorts werd gevraagd of het geen overweging verdient dat de Nederlandsche Bank op het moment dat een faillissement wordt aangevraagd, de systemen waarschuwt voor het accepteren van transacties van de instelling wiens faillissement is aangevraagd.

Het verdient geen aanbeveling dat de Nederlandsche Bank systemen op de hoogte stelt van een faillissementsaanvraag voordat de rechter op die aanvraag heeft beslist. Het gevolg van een dergelijke waarschuwing zal

zijn dat het systeem de instelling verdere deelname aan het systeem ontzegt. Zolang de rechter nog niet heeft beslist op de faillissementsaanvraag, gaat uitsluiting van verdere deelname evenwel te ver. Niet uitgesloten is immers dat de instelling zich met succes verweert tegen het faillissementsverzoek. Voorkomen moet worden dat de instelling niet meer kan deelnemen aan het systeem terwijl het verweer tegen het faillissementsverzoek nog niet is beoordeeld door de rechter. Het is zelfs denkbaar dat een aanvankelijk kansrijk verweer uiteindelijk kansloos wordt als gevolg van uitsluiting van deelname aan het systeem.

Conflictenrecht goederenrecht

De leden van de CDA-fractie vroegen op welke termijn het in de memorie van toelichting aangekondigde «conflictenrecht goederenrecht» valt te verwachten. Onlangs heeft de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht het rapport «Internationaal goederenrecht» voltooid. Dit rapport zal naar verwachting rond de jaarwisseling worden aangeboden aan de Minister van Justitie. Afhankelijk van de reacties die op dit rapport zullen worden ontvangen, zal zo spoedig mogelijk een wetsvoorstel worden voorbereid.

De Minister van Financiën,
G. Zalm

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals