

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**

**A**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT <sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 3 augustus 1998 en het nader rapport d.d. 20 oktober 1998, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 3 juli 1998, no. 98.003379, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende wijzigingen van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Faillissementswet in verband met de deelname van kredietinstellingen, financiële instellingen en effecteninstellingen in een betalingssysteem of een effectenafwikkelingssysteem.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet 6 juli 1998, No. 98.003379, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toezenden. Dit advies, gedateerd 3 augustus 1998, No. W06.98 0284, bied ik U hierbij aan.

*1. Het voorstel dient ter implementatie van richtlijn nr.98/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 (hierna: de Richtlijn). De Richtlijn beoogt – kort gezegd – de versterking van een betalingssysteem of een effectenafwikkelingssysteem ingevolge een insolventieprocedure tegen een deelnemer in dat systeem tot een minimum te beperken. Het voorstel heeft met name het oog – zo begrijpt de Raad van State – op twee betalingsystemen, te weten het systeem van Bankgirocentrale B.V. (BGC) en De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) onderscheidenlijk de bruto afwikkeling via DNB, en op twee effectenafwikkelingsystemen, namelijk van Effectenclearing B.V. respectievelijk Nederlands Centraal Instituut voor Giraal Effectenverkeer B.V. (Necigef). De Richtlijn noopt tot wijziging van de Faillissementswet (FW) en de Wet toezicht kredietwezen 1992 (WTK). De opmerkingen die het college hierna over het faillissement maakt, gelden mutatis mutandis tevens voor de surseance van betaling en de noodregeling.*

1. Gelijk het advies van de Raad van State (de Raad) gelden onderstaande opmerkingen tevens voor de surseance van betaling en de noodregeling.

*2. De Richtlijn geeft in artikel 2 dertien definities. In het ontwerp zijn in artikel 212a FW alleen die definities overgenomen, die in het Nederlandse recht nog niet eerder zijn gebruikt of waar het weglaten van de definitie tot verwarring zou kunnen leiden.*

<sup>1</sup> De tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

*De Raad adviseert, teneinde te bereiken dat de Nederlandse regeling de door de Richtlijn voorgeschreven reikwijdte zal verkrijgen, alle definities van de Richtlijn over te nemen, zonder substantiële wijziging en met een enkele aanvulling of verduidelijking.*

*Het college licht dat toe met het navolgende.*

*Nu de nieuwe regeling zich richt op het «systeem», zou in de ogen van het college een materiële definitie daarvan in het voorstel niet misstaan. Dat zou de beheerder van een systeem in staat stellen te beoordelen of zijn systeem voor aanwijzing in aanmerking komt. Het lijkt ook raadzaam om het begrip «deelnemer» over te nemen, mede om vergelijking met andere Europese rechtsstelsels op dit terrein te vergemakkelijken. Het valt trouwens op dat in het voorgestelde artikel 212f, eerste lid, FW de deelnemer al wordt genoemd. Het voorstel neemt, in de definitie van «instelling», van de Richtlijn niet over de «overheidsinstantie of onderneming met overheidsgarantie» en de «onderneming met hoofdkantoor buiten de Gemeenschap waarvan de werkzaamheden overeenstemmen met die van kredietinstellingen of beleggingsondernemingen in de Gemeenschap».*

*De toelichting merkt op dat een kredietinstelling, een financiële instelling of een effecteninstelling, al zouden deze overheidssteun krijgen, nog steeds als kredietinstelling, financiële instelling of effecteninstelling worden aangemerkt. Deze opmerking gaat eraan voorbij dat volgens de Richtlijn ook een niet-Nederlandse onderneming met overheidsgarantie, die bijvoorbeeld niet kredietinstelling is, door middel van een bijkantoor in Nederland deelnemer zal kunnen zijn van een Nederlands systeem en wat betreft dat bijkantoor dan is onderworpen aan de FW, weshalve zij ook onder de voorgestelde regeling dient te vallen. Evenzo dient de nieuwe regeling te gelden voor het bijkantoor van bijvoorbeeld een Amerikaanse bank die via haar Amsterdamse bijkantoor deelneemt aan een Nederlands systeem. Indien naar aanleiding van dit advies het voorstel zal gaan verwijzen naar «kredietinstelling» in de zin van Richtlijn nr.77/780/EEG, dient men dat begrip wel uit te breiden met «kredietinstelling» in de zin van de WTK, omdat laatstbedoeld begrip ruimer is dan eerstbedoelde. Het begrip «overboekingsopdracht» dat de Richtlijn introduceert is in juridisch opzicht niet erg duidelijk maar het college adviseert het over te nemen met name voor het geval de Minister van Financiën (op grond van het voorgestelde artikel 212d, eerste lid, FW) een niet-Nederlands systeem heeft aangewezen, waaraan bijvoorbeeld een Nederlandse kredietinstelling deelneemt en dat systeem ingevolge de Richtlijn het begrip overboekingsopdracht als kernbegrip hanteert. Aan de richtlijndefinitie «insolventieprocedure» – die term verschijnt al in het voorgestelde artikel 212f FW – zou ter verduidelijking kunnen worden toegevoegd «in Nederland het faillissement, de surseance van betaling en de noodregeling». Dit is temeer wenselijk omdat – zie artikel 173, eerste lid – in de FW «insolventie» tot nu toe een beperkte betekenis heeft. Voor het kernbegrip «verrekening» uit de Richtlijn geldt vorenstaande opmerking over overboekingsopdracht op overeenkomstige wijze. Ook bij het begrip «zakelijke zekerheden» uit de Richtlijn – het voorstel gebruikt deze term overigens al in het voorgestelde artikel 212f FW – zou een verduidelijking op haar plaats zijn, en wel in die zin dat daaronder voor de toepassing van de onderhavige bepalingen alle goederenrechtelijke zekerheden vallen (al levert dit een inbreuk op de terminologie van het Burgerlijk Wetboek (BW) op). De Raad vraagt zich af of de «begunstigde» die in het voorgestelde artikel 212b, tweede lid, sub b, FW optreedt, niet tevens definiëring behoeft. Voorshands verstaat het college onder de «opdrachtgever» de ene en onder «begunstigde» de andere partij voor wier rekening – van het systeem uit gezien – uiteindelijk de transactie is die in het systeem wordt afgewikkeld. In een bepaald systeem zal de cliënt van een deelnemer opdrachtgever c.q. begunstigde zijn, in een ander systeem is het de deelnemer zelve. Het college adviseert het voorstel in deze zin aan te passen.*

2. Het advies van de Raad om alle definities van de Richtlijn zonder substantiële wijziging over te nemen, is opgevolgd met uitzondering van de definitie voor zakelijke zekerheden. De definitie van zakelijke zekerheden is niet overgenomen, aangezien deze term in het wetsvoorstel niet meer voorkomt. Het wetsvoorstel hanteert nu de term goederenrechtelijk zekerheidsrecht. In zijn advies stelt de Raad dat verduidelijkt dient te worden dat zakelijke zekerheden alle goederenrechtelijke zekerheden omvatten. Door de gewijzigde terminologie wordt aan dit bezwaar van de Raad tegemoet gekomen.

3. De Richtlijn bepaalt in artikel 3 – samengevat – dat overboekingsopdrachten en verrekening aan derden kunnen worden tegengeworpen, zelfs in geval van een insolventieprocedure tegen een deelnemer en indien bij wijze van uitzondering overboekingsopdrachten in het systeem worden ingevoerd nadat er een insolventieprocedure is geopend. Artikel 7 voegt toe dat een insolventieprocedure ten aanzien van de rechten en verplichtingen die voor een deelnemer uit een systeem voortvloeien, geen terugwerkende kracht heeft vóór het tijdstip waarop de insolventieperiode is geopend. De bescherming bij handelingen na faillissement geldt partijen die niet op de hoogte waren of op de hoogte behoeften te zijn van het faillissement.

Het gaat dus om twee perioden van de dag van faillietverklaring, te weten (i) tussen 0.00 uur en het tijdstip van de faillietverklaring en (ii) van het tijdstip van de faillietverklaring af en zolang een betrokken partij kan aantonen dat zij de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. De Raad zal deze perioden afzonderlijk bespreken.

Ad (i) Het voorgestelde artikel 212b FW bepaalt in het eerste lid dat een opdracht tot betaling of tot levering van effectentegoeden die door een instelling is gegeven aan een systeem op de dag van faillietverklaring van die instelling tussen 00.00 uur en het tijdstip van faillietverklaring, evenals de daaropvolgende betaling of levering rechtsgeldig is en dat artikel 24 FW niet van toepassing is. De Raad heeft tegen dit voorstel twee naar zijn gevoelen zwaarwegende bedenkingen, wat betreft (A) de reikwijdte van deze bepaling en (B) de inpassing van deze bepaling in het systeem van de FW.

A. De voorgestelde formulering, beperkt tot de rechtshandelingen opdracht, betaling en levering van effectentegoeden, is te eng, ook als men daarbij betreft dat het voorgestelde derde lid van artikel 212b FW een uitbreiding geeft tot zakelijke zekerheidsrechten. Het college adviseert de formulering uit te breiden met overboekingsopdrachten, verrekening en voorts alle andere rechtshandelingen die voor het goede functioneren van het desbetreffende systeem zijn vereist.

Het college licht dat met een enkel woord toe. Het BGC/DNB-systeem opereert met administratieve berekening en één betaling per instelling via DNB. In zoverre is het voorstel toereikend. Dat geldt ook voor de bruto afwikkeling. Effectenclearing wordt voor de kopende commissionair verkoper, en voor de verkopende commissionair koper, waartoe de rechtshandelingen afstand van vorderingsrecht en aangaan van nieuwe verbintenis zijn vereist, die de toelichting in verband met de schuldvernieuwing noemt maar die in het voorstel niet expliciet voorkomen. Voor Nederlandse banken en commissionairs/hoeklieden zijn ook buitenlandse systemen van belang, waarin aan- en verkoop van valuta en effecten plaatsvinden. Er zijn tevens optieclearingsystemen. Men kan niet voorzien welke rechtshandelingen binnen alle (inclusief toekomstige) Nederlandse systemen die de Minister van Financiën zou willen aanwijzen vereist zullen zijn, te minder welke rechtshandelingen in buitenlandse systemen aan de orde zullen komen. Nu voor het beoogde in stand houden van de integriteit van een systeem dus, behalve de in het voorstel expliciet genoemde, vele andere rechtshandelingen, (in Nederlandse terminologie) zowel van verbintenissenrechtelijke als goederenrechtelijke aard nodig kunnen zijn, adviseert het college in dezen de formulering van de Richtlijn te volgen, daaraan toe te voegen de belangrijkste rechtshandelingen naar Nederlands recht (op enuntiatieve wijze) en tenslotte een algemene bepaling op te nemen in vorenbedoelde zin (alle handelingen die voor het goede functioneren van het systeem zijn vereist).

B. De voorgestelde formulering dat de opdracht en daaropvolgende betaling of levering rechtsgeldig is en dat artikel 24 FW geen toepassing vindt, is wat dat laatste betreft overbodig doch suggereert in het eerste deel te veel. Wat wordt geregeld, zo begrijpt de Raad, is een uitzondering op de regel – in de verbintenissenrechtelijke sfeer – van artikel 23 FW dat de schuldenaar na de faillietverklaring geacht wordt al van 00.00 uur af het beheer en de beschikking over zijn vermogen te hebben verloren, voorzover het gaat om een rechtshandeling binnen het kader van het desbetreffende systeem. Het college beveelt aan het voorstel op vorenbedoelde uitzondering toe te spitsen en de buiten-toepassing-verklaring van artikel 24 FW te schrappen.

Het college licht dat toe als volgt.

De gefailleerde blijft handelingsbekwaam en kan zichzelf binden; ook de wederpartij is dan gebonden, maar artikel 23 FW bepaalt dat de failliet het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest: de gefailleerde bindt dus

niet meer de boedel. Dat laatste geldt van de dag af waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen. Die terugwerkende kracht duidt men wel aan met «00.00 uur regel». Vervolgens is krachtens artikel 68, eerste lid, FW de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Voor verbintenissen van de schuldenaar, na de faillietverklaring ontstaan, is de boedel in principe niet aansprakelijk, aldus artikel 24 FW.

Na eliminatie van de 00.00 uur regel is de handeling van de failliet in zoverre rechtsgeldig, maar dat laat onverlet dat die handeling (uiteindelijk) niet rechtsgeldig kan (blijken te) zijn om een andere reden dan thans aan de orde is. Men denke bijvoorbeeld aan de Pauliana van de artikelen 42 en volgende FW, waarnaar ook de toelichting verwijst.

De Raad maakt nog twee aanvullende opmerkingen over het voorgestelde artikel 212b, eerste lid, FW.

a. De voorgestelde formulering: «Een opdracht tot betaling ... gegeven aan een systeem ...» lijkt juridisch niet juist (de opdracht zal aan een bepaalde rechtspersoon moeten worden gegeven) en maakt onvoldoende duidelijk wat precies het juridisch relevante moment is dat bepaalt of de voorgestelde regeling toepassing vindt.

b. Het voorstel verdient nadere uitwerking, met name in de goederenrechtelijke sfeer: zo lijkt een expliciete uitzondering wenselijk op artikel 35 FW, bepalende dat, indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden, de levering niet meer geldig kan geschieden.

Ad (ii) Het tweede lid van het voorgestelde artikel 212b FW bepaalt dat een opdracht tot betaling of tot levering van effectentegoeden die door een instelling is gegeven aan een systeem na het tijdstip van faillietverklaring van de instelling en die wordt uitgevoerd op de dag van faillietverklaring evenals de daaropvolgende betaling of levering uitsluitend rechtsgeldig is, indien de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut kan aantonen dat zij ten tijde van de uitvoering van de opdracht de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. Artikel 24 FW wordt buiten-toepassing-verklaard ten aanzien van (a) de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie en het verrekeningsinstituut en (b) de begunstigde, indien deze kan aantonen dat hij de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen.

A. Wat betreft het vereiste bereik van de voorgestelde regeling, verwijst de Raad naar Ad (i), onder (A), van dit punt.

In aansluiting daarop geldt nog het navolgende. Krachtens artikel 72, aanhef en sub a, Boek 3 BW eindigt een volmacht door het faillissement van de volmachtgever. Ook op die regel dient bij de onderhavige regeling een uitzondering te worden gemaakt.

B. Ten aanzien van de wijze waarop het voorstel in het systeem van de FW past, voegt de Raad het navolgende toe:

Het college begrijpt het voorstel aldus dat, uitgaande van fixatie van de rechten van de crediteuren en het ontbreken van beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de failliet, onder bepaalde omstandigheden nochtans handelingen van de failliet, zowel in verbintenissenrechtelijke als in goederenrechtelijke zin, werking tegen de boedel zullen hebben, op grond van de goede trouw van de wederpartij (in de zin van artikel 11 Boek 3 BW), zoals nader bepaald in het voorstel.

De voorgestelde regeling maakt bij de buiten-toepassing-verklaring van artikel 24 FW verschil tussen (a) het «systeem» en (b) de «begunstigde». Het college meent dat, nu de integriteit van het systeem op het spel staat, dit verschil niet is te maken. Immers, in de eerste plaats is denkbaar dat in een systeem een rechtshandeling tussen de opdrachtgever en de begunstigde leidt tot rechten en verplichtingen van een instelling, hetzij doordat deze instelling deze «overneemt», hetzij daarop «voortbouwt», zodat een gebrek aan eerstbedoelde rechtshandeling alsnog de integriteit van het systeem zou kunnen aantasten. In de tweede plaats: zo'n aantasting zou onmiddellijk ontstaan als een instelling begunstigde is.

Het college adviseert dan ook hier het onderscheid tussen het systeem en de begunstigde te laten vervallen, voorzover het gaat om buiten-toepassing-verklaring van artikel 24 FW en voorts voor dit geval de toepassing uit te sluiten van artikel 47 FW. Indien men de begunstigde die niet te goeder trouw

*is – uiteindelijk – niet wenst te beschermen, lijkt de juiste constructie dat aan de boedel – buiten het systeem om – een recht van terugvordering terzake wordt toegekend (dit is de benadering die in de toelichting wordt beschreven in verband met de Pauliana; voor dit geval ware een bijzondere actie uit ongerechtvaardigde verrijking te overwegen).*

*Voorts verdient opheldering of volgens het voorstel het «systeem» al beschermd zou zijn indien (voorzover van toepassing) alléén de centrale tegenpartij, of de afwikkende instantie, of het verrekeningsinstituut te goeder trouw is, of pas als alle betrokkenen te goeder trouw zijn. Het college meent dat de integriteit van het systeem vereist dat elke partij die te goeder trouw is, op het systeem kan vertrouwen, dat dus de goede trouw van één partij (voor zoveel nodig) alle andere beschermt.*

*De Raad maakt nog enkele aanvullende opmerkingen over het voorgestelde artikel 212b, tweede lid, FW.*

*a. Het college verwijst naar het voorgaande, onder Ad (i), onder a en b, van dit punt.*

*b. In de verbintenissenrechtelijke sfeer impliceert het voorstel afwijking van het bepaalde in artikel 52 FW, dat spreekt van betaling aan de gefailleerde na de faillietverklaring, het preciseert die afwijking niet. Ook de verhouding van het voorstel tot het bepaalde in de artikelen 53 en 54 FW verdient nadere aandacht: verrekening na faillissement.*

*In de goederenrechtelijke sfeer verdient aandacht de verhouding tussen de voorgestelde regeling en de artikelen 86 en 238 Boek 3 BW die – reeds – een regeling bevatten voor beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder onderscheidenlijk de pandgever.*

*Het college adviseert het voorstel en de toelichting ook in het licht van het voorgaande opnieuw te bezien en waar nodig aan te passen.*

3 (i) A. Het advies van de Raad om de voorgestelde formulering van artikel 212b, eerste lid, van de Faillissementswet (Fw) uit te breiden, is overgenomen.

In de bepaling is nu expliciet opgenomen dat deze ziet op de opdracht tot verrekening, alsmede op de daarop volgende verrekening zelf en op andere rechtshandelingen die benodigd zijn om de opdracht volledig uit te voeren.

B. Het advies van de Raad om de uitzondering die in artikel 212b, eerste lid, Fw op artikel 23 Fw wordt gemaakt meer toe te spitsen op deze uitzondering en de buiten-toepassing-verklaring van artikel 24 Fw te schrappen, is overgenomen.

a. Het bezwaar van de Raad tegen de formulering dat een opdracht aan een systeem wordt gegeven, wordt onderkend. De formulering in de Richtlijn dat een opdracht in een systeem wordt ingevoerd, heeft hetzelfde bezwaar. Daarom is er voor gekozen in het voorstel te spreken over een opdracht die is gegeven. In de memorie van toelichting is nader uitgelegd wat dan in de praktijk het juridisch relevante moment zal zijn. Hierbij is aansluiting gezocht bij het moment waarop de onmogelijkheid van herroeping intreedt.

b. Het advies van de Raad dat een expliciete uitzondering op artikel 35 Fw in het voorstel dient te worden opgenomen, is overgenomen.

(ii) A. Ten aanzien van het vereiste bereik van artikel 212b, tweede lid, Fw verwijst de Raad naar 3 (i) A, waarbij wordt opgemerkt dat in aansluiting hierop artikel 72, aanhef en sub a, Boek 3 BW dient te worden uitgezonderd. Het advies van de Raad is overgenomen.

B. Op de uitsluiting van artikel 47 Fw na, is het advies van de Raad overgenomen. De tekst van artikel 212b, tweede lid, Fw bepaalt nu expliciet dat de goede trouw van één partij voldoende is om het systeem te beschermen. Ten aanzien van de keuze om artikel 47 Fw niet uit te sluiten, kan het volgende worden opgemerkt. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen om juist in die gevallen waar sprake is van bewuste benadeling de mogelijkheid van vernietiging te behouden. Dit zal steeds een vordering buiten het systeem opleveren. De Raad deelt deze mening getuige de opmerking dat bij vernietiging op grond van artikel 42 Fw een vordering buiten het systeem om ontstaat. Artikel 47 Fw kan worden beschouwd als een variant op artikel 42 Fw. Artikel 47 Fw bepaalt dat een rechtshandeling die voor faillietverklaring verplicht is verricht, kan worden vernietigd indien degene die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd of het de overeengekomen bedoeling van betrokkenen was om de andere crediteuren te duperen. De gevolgen van vernietiging op grond van artikel 47 Fw verschillen niet ten aanzien van de gevolgen van vernietiging op grond van

artikel 42 Fw. Derhalve is geen reden aanwezig artikel 47 Fw anders te behandelen dan artikel 42 Fw. Uitsluiting van artikel 47 Fw kan zodoende achterwege blijven.

a. De Raad verwijst met betrekking tot artikel 212b, tweede lid, Fw naar de opmerkingen die onder 3 (i) a. zijn gemaakt ten aanzien van artikel 212b, eerste lid, Fw. Deze opmerkingen zijn verwerkt.

b. Het advies van de Raad om de verhouding van het voorstel tot de artikelen 52, 53 en 54 Fw, alsmede ten opzichte van de artikelen 86 en 238 Boek 3 BW nadere aandacht te geven en het voorstel en de toelichting waar nodig aan te passen, is overgenomen. Hiertoe is een expliciete uitzondering in artikel 212b, tweede lid, Fw op artikel 53, eerste lid, en artikel 54, tweede lid, Fw opgenomen. In de memorie van toelichting is nader uitgewerkt hoe de overige artikelen zich verhouden tot het wetsvoorstel.

*4. In artikel 5 bepaalt de Richtlijn dat vanaf het volgens de regels van een systeem bepaalde tijdstip een overboekingsopdracht noch door een deelnemer aan dat systeem, noch door een derde mag worden herroepen.*

*De Raad meent dat in de toelichting niet mag ontbreken een bespreking van de algemene vraag of afzonderlijke voorziening zou behoeven het derden-beslag (zie de artikelen 475 en volgende van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) dat vóór een faillissement aan de orde zou kunnen komen en wellicht evenzo de – beoogde – werking van een systeem zou kunnen doorkruisen (men zie in het bijzonder de artikelen 24 en 44 Wvge). Het college adviseert de toelichting uit te breiden en waar nodig het voorstel aan te passen.*

4. Het advies van de Raad om de toelichting uit te breiden met een bespreking van de algemene vraag of het derden-beslag een afzonderlijke voorziening zou behoeven, is opgevolgd. Tevens adviseert de Raad met betrekking tot dit punt het wetsvoorstel waar nodig aan te passen. Wij achten een aanpassing in het kader van dit wetsvoorstel niet nodig.

*5. 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 het systeem ontstaan, worden bepaald door het recht waardoor dat systeem wordt beheerst. Het voorgestelde artikel 212e FW neemt deze tekst over. De toelichting stelt dat 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. Zoals de toelichting voorts opmerkt, kunnen partijen in de verbintenissenrechtelijke sfeer, en op een enkel punt in de goederenrechtelijke sfeer krachtens het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, artikel 3, in het algemeen kiezen welk recht op hun verhouding van toepassing zal zijn. In de praktijk waarover het thans gaat maakt men een keuze. In Nederland tast faillissement de rechtskeuze niet aan, maar die keuze zal – zie hiervoor – niet alle goederenrechtelijke verbintenissen beheersen of inbreuk kunnen maken op de lex fori van de faillissementsrechter. De Raad adviseert in de toelichting de voorziene werking van artikel 212e FW nader toe te lichten.*

5. Het advies van de Raad om in de toelichting de voorziene werking van artikel 212e Fw nader toe te lichten, is overgenomen.

*6a. Ter implementatie van artikel 9, eerste lid, van de Richtlijn bepaalt het voorgestelde artikel 212f FW in het eerste lid dat de rechten van een instelling of van een centrale bank ten aanzien van zakelijke zekerheden niet worden aangetast doordat een deelnemer aan het systeem wordt onderworpen aan een insolventieprocedure. Het is het kenmerk van goederenrechtelijke zekerheden dat zij niet worden aangetast door faillissement: zie artikel 57 FW. Het college adviseert toe te lichten hoe de verhouding tussen de genoemde artikelen is te zien en het voorstel zo nodig aan te passen.*

*b. Ter implementatie van het tweede lid van artikel 9 van de Richtlijn bepaalt het voorgestelde tweede lid van artikel 212f FW dat wanneer een zakelijk zekerheidsrecht is gevestigd op rechten op effecten en deze rechten op effecten op grond van een wettelijke bepaling zijn vastgelegd in een register, rekening of gecentraliseerd effectendepot, dat zich bevindt op het grondgebied*

*van een bepaalde staat, de rechten van personen worden beheerst door het recht van die staat.*

*De Raad meent dat de toelichting zou winnen aan overtuigingskracht door een bespreking van het geldende internationaal privaatrecht op dit gebied. Voorts ware aan te geven waarom het voorstel is beperkt tot een register, rekening of gecentraliseerd effectendepot op (specifieke) wettelijke grondslag, en aan de hand van welke regel men een register, rekening of effectendepot lokaliseert. In het bijzonder met betrekking tot de toepassing van de Wet giraal effectenverkeer (Wge) rijst de vraag of een instelling opgericht krachtens het recht van een andere staat dan Nederland en kantoorhoudende in die andere staat, aangesloten instelling kan zijn in de zin van artikel 1 Wge en, zo ja, of dan het voorstel beoogt en tot gevolg zou hebben dat op de desbetreffende rechten van de cliënten van die instelling het recht van die andere staat van toepassing zou zijn en hoe dat gevolg dan zou passen in het systeem van de Wge.*

6a. De Raad adviseert toe te lichten hoe de verhouding is tussen enerzijds de regel dat pand- en hypotheekhouders hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was (artikel 57 Fw), en anderzijds de regel dat (in de terminologie van de richtlijn) zakelijke zekerheden niet worden aangetast doordat een deelnemer aan het systeem wordt onderworpen aan een insolventieprocedure (artikel 9, eerste lid, van de richtlijn). Voorts adviseert de Raad het wetsvoorstel zo nodig aan te passen. De bepaling in het wetsvoorstel dat zakelijke zekerheden niet worden aangetast door de opening van een insolventieprocedure, is geschrapt. Op zich kan de tekst van artikel 9, eerste lid, van de richtlijn zowel worden gezien als een regel van internationaal privaatrecht (die de rechter opdraagt de eventuele regel uit het toepasselijke recht dat zekerheden door de opening van een insolventieprocedure worden aangetast, buiten toepassing laten), als een opdracht aan de lidstaten een dergelijke regel in hun eigen wetgeving te schrappen. Aan de eerste interpretatie komt geen betekenis meer toe indien alle lidstaten de richtlijn zodanig implementeren dat een regel op grond waarvan zekerheden kunnen worden aangetast, niet meer voorkomt. De tweede interpretatie is voor Nederland niet van belang omdat het Nederlandse recht geen bepaling kent op grond waarvan zekerheden door de opening van een insolventieprocedure worden aangetast. Om die reden is een bepaling als artikel 9, eerste lid, van de richtlijn in de Nederlandse situatie niet nodig. Wij hebben de bepaling dan ook uit het wetsvoorstel geschrapt.

6b. De Raad meent dat de toelichting aan overtuigingskracht zou winnen door een bespreking van het geldende internationaal privaatrecht met betrekking tot (in de terminologie van de Richtlijn) zakelijke zekerheden. In de memorie van toelichting is een alinea dienaangaande toegevoegd. Voorts adviseert de Raad aan te geven waarom het voorstel is beperkt tot een register, rekening of gecentraliseerd effectendepot op (specifieke) wettelijke grondslag, en aan de hand waarvan men een register, rekening of effectendepot lokaliseert. De toelichting is in bedoelde zin aangevuld. De vraag van de Raad of een instelling opgericht krachtens het recht van een andere staat dan Nederland en kantoorhoudende in die andere staat, een aangesloten instelling in de zin van artikel 1 Wet giraal effectenverkeer (Wge) kan zijn, dient bevestigend te worden beantwoord. Indien het gaat om een buitenlandse instelling, die in Nederland effecten bewaart, beheert en administreert, is het Nederlands recht van toepassing. Op effecten die worden beheerd door buitenlandse instellingen in een andere staat, is het recht van die andere staat van toepassing. Het systeem van de Wge voorziet dan ook in een toetsing door de Minister van Financiën bij aansluiting van de laatstgenoemde categorie instellingen (artikel 35, aanhef en sub b, Wge), waarbij onder meer de goederenrechtelijke bescherming in de andere staat een criterium is. In het stelsel van de Wge wordt derhalve hetzelfde uitgangspunt gehanteerd als in het voorgestelde artikel 212f Fw.

*7. Wat betreft de noodregeling, voorzien in de WTK, houdt het voorstel in dat uit artikel 71, achtste lid, de laatste volzin vervalft. Dit lijkt de Raad een vergissing toe, omdat aldus voor alle gevallen de 00.00 uur regeling wordt geëcarteerd, hetgeen kennelijk niet de bedoeling is zoals ook uit het voorstel voor nieuwe leden voor dat artikel blijkt. Het college adviseert tot aanpassing.*

7. Het advies van de Raad tot aanpassing van artikel 71, achtste lid, Wet toezicht kredietwezen 1992 is overgenomen.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,  
G. Zalm