

Vergaderjaar 2004–2005

29 860

Wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Faillissementswet in verband met de uitvoering van richtlijn nr. 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

A. ALGEMEEN

1. Inleiding

Het wetsvoorstel strekt tot uitvoering van richtlijn nr. 2001/24/EG van 4 april 2001 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen (PbEG L 125), hierna te noemen «de richtlijn» (bijlage 1). De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft haar voorstel bij de Raad van de Europese Gemeenschappen ingediend op 31 december 1985 (PbEG C 356) en een gewijzigd voorstel bij de Raad van de Europese Gemeenschappen ingediend op 8 februari 1988 (PbEG C 36). Het Economisch en Sociaal Comité heeft zijn advies over het richtlijn-voorstel vastgesteld op 20 oktober 1986 (PbEG C 263). Het Europees Monetair Instituut heeft zijn advies over het richtlijn-voorstel vastgesteld op 30 oktober 1998 (PbEG C 332). Het Europees Parlement heeft zijn advies vastgesteld op 13 maart 1987 (PbEG C 99) en bevestigd op 2 december 1993 (PbEG C 342). De Raad van de Europese Unie heeft zijn gemeenschappelijk standpunt vastgesteld op 17 juli 2000 (PbEG C 300) en het Europees Parlement heeft zijn besluit vastgesteld op 16 januari 2001. De richtlijn is gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 5 mei 2001, L 125, bladzijde 15 en volgende.

Ingevolge artikel 34, eerste lid, van de richtlijn dient aanpassing van de nationale wetgeving uiterlijk op 5 mei 2004 plaats te vinden.

Aan het wetsvoorstel is een transponeringstabel toegevoegd (bijlage 2).

2. Achtergrond van de richtlijn

Deze richtlijn vormt het sluitstuk van zowel de zogenoemde gecodificeerde bankenrichtlijn¹ als van de EG-insolventieverordening².

De bestaande gecodificeerde bankenrichtlijn

De gecodificeerde bankenrichtlijn, waarin de meeste van de voorgaande richtlijnen betreffende toezicht op kredietinstellingen als één integrale tekst zijn opgenomen, voorziet in een stelsel van de wederzijdse erken-

¹ Richtlijn nr. 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 maart 2000 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 126).

² Verordening (EG) 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PbEG L 160).

ning van één enkele vergunning, en een «Europees paspoort», verleend door de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst. Hiermee kan een kredietinstelling haar activiteiten op het grondgebied van de gehele Europese Unie uitoefenen, zonder dat daartoe een vergunning wordt vereist door de toezichthoudende autoriteiten van de lidstaten van ontvangst. Een kredietinstelling kan dit doen door middel van zowel het vestigen van een bijkantoor in een andere lidstaat als het verrichten van diensten vanuit de statutaire zetel of, indien zij geen statutaire zetel heeft, vanuit de plaats van haar hoofdbestuur. De toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst oefenen het bedrijfseconomisch toezicht uit op een aldaar gevestigde kredietinstelling en op alle bijkantoren van die kredietinstelling in de andere lidstaten, met uitzondering van het toezicht op de liquiditeit. Dit wordt het «home country control»-beginsel genoemd. Met betrekking tot insolventie bestonden er tot de inwerkingtreding van de richtlijn nog geen communautaire regels waardoor het beginsel van «home country control» niet volledig tot zijn recht kon komen. Zo was het in beginsel mogelijk dat het nationale recht van een lidstaat bepaalt dat een insolventieprocedure wordt geopend met betrekking tot een bijkantoor in die lidstaat van een kredietinstelling met zetel in een andere, waarvan de gevolgen beperkt waren tot de lidstaat van het bijkantoor.

De EG-insolventieverordening

De EG-insolventieverordening, die op 31 mei 2002 in werking is getreden, geeft regels met betrekking tot de erkenning van insolventieprocedures (onder welk begrip zowel liquidatieprocedures als saneringsprocedures vallen) en het toepasselijke recht in alle lidstaten met uitzondering van Denemarken. Van de werking van de EG-insolventieverordening zijn uitgezonderd insolventieprocedures betreffende verzekeraars, kredietinstellingen, beleggingsondernemingen die diensten verrichten welke het houden van geld of effecten van derden behelzen, en instellingen voor collectieve belegging. Deze leemte wordt opgevuld, wat betreft kredietinstellingen, door de richtlijn. De twee belangrijkste redenen waarom insolventieprocedures betreffende een kredietinstelling van de EG-insolventieverordening zijn uitgesloten, zijn de volgende. De eerste reden is dat onder de EG-insolventieverordening de mogelijkheid bestaat van territoriale procedures. Dit houdt in dat een insolventieprocedure ook in een lidstaat kan worden geopend waar de schuldenaar slechts een vestiging (in de zin van de EG-insolventieverordening) heeft, en niet tevens het centrum van zijn voornaamste belangen. De gevolgen van een territoriale procedure strekken zich slechts uit tot de goederen die zich bevinden op het grondgebied van de lidstaat waar de territoriale procedure is geopend. Die mogelijkheid is niet verenigbaar met het uitgangspunt in de gecodificeerde bankenrichtlijn dat de toezichthoudende autoriteit in de lidstaat van herkomst bevoegd is bedrijfseconomisch toezicht uit te oefenen in de gehele Europese Unie.

De tweede reden is gelegen in het feit dat onder de EG-insolventieverordening de rechter van de lidstaat waar de debiteur het centrum van zijn voornaamste belangen heeft, bevoegd is de hoofdprocedure te openen. In de te implementeren richtlijn geldt een ander criterium. In dat kader zij verwezen naar artikel 6, tweede lid, van de gecodificeerde bankenrichtlijn, waarin wordt geëist dat:

- het hoofdbestuur van kredietinstellingen die rechtspersoon zijn en overeenkomstig hun nationale wetgeving een statutaire zetel hebben, zich bevindt in de lidstaat waar de statutaire zetel is gevestigd, en
- het hoofdbestuur van andere kredietinstellingen zich bevindt in de lidstaat waar de vergunning is afgegeven en waar zij feitelijk werkzaam zijn.

De toezichthoudende autoriteiten van de lidstaat waar de kredietinstelling

haar hoofdbestuur heeft, zijn bevoegd tot het verlenen van de vergunning. Dit is de lidstaat van herkomst. De rechter van de lidstaat van herkomst is bevoegd de insolventieprocedure te openen (artt. 3, eerste lid, en 9, eerste lid van de te implementeren richtlijn). De richtlijn verschilt dus van de EG-insolventieverordening in die zin dat in de richtlijn het bevoegdheidscriterium niet het centrum van de voornaamste belangen is. Ter zijde zij opgemerkt dat deze twee redenen ook gelden voor insolventieprocedures ten aanzien van verzekeraars. Met betrekking daartoe is eveneens een richtlijn tot stand gekomen die de sanering en liquidatie regelt, hierna: de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars³. Deze richtlijn is geïmplementeerd bij wet van 21 februari 2004, houdende wijziging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en van de Faillissementswet in verband met de uitvoering van richtlijn nr. 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen (PbEG L 110) (Stb. 86).

Met betrekking tot de EG-insolventieverordening zij nog het volgende opgemerkt. De tekst van de EG-insolventieverordening is vrijwel identiek aan een ontwerp-Verdrag betreffende insolventieprocedures, opgesteld door een door de Raad van de Europese Unie ingestelde speciale ad-hoc-werkgroep⁴. Voor inwerkingtreding van dit ontwerp-Verdrag was ondertekening en ratificatie door alle lidstaten vereist. Omdat het Verenigd Koninkrijk dit ontwerp-Verdrag als enige lidstaat niet binnen de daarvoor gestelde termijn had ondertekend, is dit ontwerp-Verdrag nooit in werking getreden. Op basis van het zogenoemde Verdrag van Amsterdam⁵ is de EG-insolventieverordening tot stand gekomen, waarin de regels van het ontwerp-Verdrag, op ondergeschikte punten na, letterlijk zijn overgenomen. De ad-hoc-werkgroep was begonnen met het concipiëren van een Toelichtend Rapport bij het ontwerp-Verdrag. Dit concept-rapport is wel in een vergevorderd stadium geraakt, maar nooit voltooid. Het is nimmer goedgekeurd door de Raad van de Europese Unie. Het is een ambtelijk stuk zonder officiële status. Het is niet gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen⁶. Toch kan het concept-rapport bij de interpretatie van de richtlijn van nut zijn, mits men rekening houdt met de officieuze status van het rapport.

Verhouding EG-insolventieverordening – richtlijn

Bij het opstellen van de richtlijn is uitgangspunt geweest alleen dan van de EG-insolventieverordening af te wijken indien de aard van het kredietwezen daartoe aanleiding geeft. In de richtlijn is er niet voor gekozen rechtstreeks te verwijzen naar de EG-Insolventieverordening. Een bepaling waarbij bepaalde artikelen van de EG-insolventieverordening van overeenkomstige toepassing worden verklaard, ontbreekt in de richtlijn. Integendeel: bij het opstellen van de richtlijn is het de opzet geweest bepaalde artikelen van de EG-insolventieverordening in de richtlijn in hun geheel over te nemen, in het bijzonder wat betreft de regels die het toepasselijke recht aanwijzen. De tekst van de richtlijn is evenwel niet altijd identiek aan die van de EG-insolventieverordening. In sommige gevallen lijkt dat een kwestie van vertaling te zijn. Als voorbeeld kan worden genoemd artikel 32 van de richtlijn. Dit artikel spreekt van «aanhangige rechtsgedingen», terwijl het daarmee corresponderende artikel 15 van de EG-insolventieverordening spreekt van «lopende rechtsvorderingen». In de Franse versie en de Engelse wordt in beide instrumenten op dit punt wel dezelfde terminologie gehanteerd. In een aantal andere gevallen lijkt onbewust van de EG-insolventieverordening te zijn afgeweken. Zo wordt in de EG-insolventieverordening het tijdstip waarop de procedure is geopend gedefinieerd als «het tijdstip waarop de beslissing tot opening van een procedure rechtsgevolgen heeft, onafhankelijk van de vraag of de beslis-

³ Richtlijn nr. 2001/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 maart 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van verzekeringsondernemingen (PbEG L 110).

⁴ Niet gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, wel in bijvoorbeeld het Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1996, blz. 177 e.v.

⁵ Het op 2 oktober 1997 te Amsterdam tot stand gekomen Verdrag houdende wijziging van het Verdrag van de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten (PbEG 1997, C 340).

⁶ Het is wel elders gepubliceerd, bijvoorbeeld in R. J. van Galen, E. W. J. de Liagre Böhl en R. W. de Ruuk (red.), Faillissementswet, Kluwer, losbladige editie, achter het tabblad «Internationale regelingen». Naar de twee opstellers van het concept-rapport wordt het ook wel het Rapport Virgós/Schmit genoemd.

sing definitief is». In de richtlijn ontbreekt een dergelijke definitie, zonder dat ergens uit blijkt dat men bewust van de EG-insolventieverordening heeft willen afwijken. In weer andere gevallen is wel bewust van de EG-insolventieverordening afgeweken. In artikel 14 van de EG-insolventieverordening wordt het recht aangewezen dat bepaalt of een handeling waarmee de schuldenaar na de opening van de insolventieprocedure over bepaalde goederen beschikt, geldig is. In het derde gedachtestreepje wordt als één categorie van bedoelde goederen genoemd de effecten waarvan het bestaan inschrijving in een wettelijk voorgeschreven register veronderstelt. In het corresponderende artikel in de richtlijn, artikel 31, is deze categorie uitgebreid: effecten of andere waardepapieren waarvan het bestaan of de overdracht inschrijving veronderstelt in een register (niet vereist: wettelijk voorgeschreven) of op een rekening, of in een lidstaat bijgehouden of gesitueerd gecentraliseerd effectendepot. In de EG-insolventieverordening wordt in artikel 14 ten aanzien van de daar bedoelde goederen slechts het recht aangewezen van de lidstaat onder het gezag waarvan het register wordt gehouden. In artikel 25 van de richtlijn wordt tevens het recht aangewezen van de lidstaat onder het gezag waarvan de rekening of het effectendepot wordt gehouden.

Tot slot zijn er gevallen waarin men twijfel zou kunnen hebben over de vraag of bewust van de EG-insolventieverordening is afgeweken. Zo bepaalt artikel 9 van de EG-insolventieverordening welk recht de gevolgen beheerst van de insolventieprocedure voor de rechten en verplichtingen van deelnemers aan een betalings- of effectenafwikkelingssysteem of aan een financiële markt. In de richtlijn wordt in het corresponderende artikel 27 niet gesproken over betalings- of effectenafwikkelingsystemen of een financiële markt, maar over een gereguleerde markt, en is ook overigens de bepaling afwijkend geredigeerd.

De richtlijn bindt alle EU-lidstaten, in tegenstelling tot de EG-insolventieverordening, die niet van toepassing is op verhoudingen tussen Denemarken enerzijds en de andere lidstaten anderzijds.

De richtlijn ziet slechts op insolventieprocedures met betrekking tot kredietinstellingen. Wat betreft Nederlands recht, valt daaronder de noodregeling, die zowel een liquidatieprocedure als een saneringsmaatregel kan zijn. Daarnaast kan ten aanzien van een kredietinstellingkredietinstelling het faillissement worden uitgesproken: dat is het «gewone» faillissement aangevuld met bijzondere bepalingen, specifiek verband houdende met de aard van het kredietwezen. Slechts in een beperkt aantal gevallen kan surseance van betaling worden verleend aan kredietinstellingen. Het betreft kredietinstellingen die niet zijn geregistreerd ingevolge artikel 52, tweede lid, onder a, b of c van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (hierna: Wtk 1992). Ten aanzien van «gewone» schuldenaren geldt dat surseance van betaling slechts door de schuldenaar zelf kan worden aangevraagd. In afwijking daarvan geldt ten aanzien van de categorie kredietinstellingen waaraan surseance kan worden verleend dat de surseance ook door de Nederlandsche Bank kan worden aangevraagd: artikel 250a Faillissementswet (hierna: ook Fw). Deze categorie kredietinstellingen kan niet aan de noodregeling, bedoeld in hoofdstuk X van de Wtk 1992, worden onderworpen na de wijziging van artikel 70 van de Wtk 1992⁷. Zie ook aan het slot van § 8 van het algemene gedeelte van deze memorie van toelichting, voor een overzicht waarin wordt weergegeven welke kredietinstellingen aan welke procedures kunnen worden onderworpen.

⁷ Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet natuura-uitvaartverzekeringsbedrijf en de Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993 in verband met de vereenvoudiging van de verklaring van het stelsel van geen bezwaar en enkele andere noodzakelijke aanpassingen (Stb. 441).

3. Doel en inhoud van de richtlijn

Het doel van eerdere generaties richtlijnen, waarvan de meeste zijn samengebracht in de gecodificeerde richtlijn, ligt in de goede werking van de interne markt en de bescherming van de schuldeisers, in het bijzonder de depositohouders. Daartoe hebben de toezichhouders de bevoegdheid maatregelen te nemen die de financiële positie van een kredietinstelling beogen in stand te houden of te herstellen. Zoals in §§ 7 en 14 van de considerans van de richtlijn wordt opgemerkt, moet worden gewaarborgd dat saneringsmaatregelen en liquidatieprocedures in alle lidstaten worden erkend en rechtswerving hebben. Daarin voorziet de richtlijn.

De richtlijn bepaalt dat uitsluitend de bevoegde instanties in de lidstaat van herkomst bevoegd zijn te beslissen om ten aanzien van een kredietinstelling een insolventieprocedure te openen (artt. 3, eerste lid, en 9, eerste lid, eerste zin, van de richtlijn). Een dergelijke insolventieprocedure wordt zonder formaliteiten in alle lidstaten van de Europese Unie erkend (artt. 3, tweede lid, en 9, eerste lid, tweede zin). In beginsel bepaalt het recht van de lidstaat waar de procedure is geopend – het recht van de lidstaat van herkomst – de gevolgen van de insolventieprocedure in de gehele Europese Unie (artt. 3, tweede lid, en 10, eerste lid). Daarop worden enkele uitzonderingen gemaakt, ten aanzien van arbeidsovereenkomsten (art. 20, onderdeel a), overeenkomsten die het recht geven op het genot of de verkrijging van een onroerende zaak (art. 20, onderdeel b), de rechten van de kredietinstelling op een registergoed (art. 20, onderdeel c), gereglementeerde markten (art. 27), de actie die ook wel de «actio pauliana» wordt genoemd – de vordering waarmee de curator bepaalde rechtshandelingen die zijn verricht vóór de saneringsmaatregel en die nadelig zijn voor het geheel van schuldeisers, kan aantasten – (art. 30), de rechtsgeldigheid van de handeling waarmee de kredietinstelling na de opening van een insolventieprocedure beschikt over een registergoed of een waardepapier waarvan het bestaan of de overdracht inschrijving in een wettelijk voorgeschreven register of een wettelijk voorgeschreven rekening veronderstelt (art. 31) en aanhangige rechtsgedingen (art. 32). Daarnaast bestaan er bijzondere regels met betrekking tot de gevolgen van een insolventieprocedure voor goederenrechtelijke zekerheidsrechten (art. 21), eigendomsvoorbehoud (art. 22) en verrekening (art. 23). De bewindvoerder of curator heeft in de gehele Europese Unie de bevoegdheden die hij heeft op grond van het recht van de lidstaat van herkomst. De richtlijn bevat voorts enkele voorschriften van materieel recht met betrekking tot de openbaarmaking van de insolventieprocedure, kennisgeving aan de schuldeisers en de samenwerking tussen toezichhoudende autoriteiten en anderen.

4. Voordelen van de richtlijn

De richtlijn heeft als voordeel dat de maatregelen, gericht op het behoud of herstel van kredietinstellingen, effectiever worden, doordat zij in de gehele Europese Unie gelden.

Voor de schuldeisers, in het bijzonder depositohouders, heeft de richtlijn het voordeel dat zij beter worden beschermd tegen de complicaties die voortvloeien uit het grensoverschrijdende karakter. Een tegen de kredietinstelling geopende insolventieprocedure wordt automatisch in de gehele Europese Unie erkend, zodat ook activa die in een andere lidstaat zijn gelegen in de boedel vallen. Een gevolg daarvan is dat de schuldeiser mee deelt in de opbrengst van in een andere lidstaat gelegen activa.

Aldus wordt voorkomen dat schuldeisers die hun woonplaats hebben in een lidstaat waar toevallig weinig activa zijn gelegen, slechter af zijn dan schuldeisers in een lidstaat waar de kredietinstelling relatief veel activa heeft. Een ander gevolg is dat de kredietinstelling niet met recht nog snel activa kan overbrengen naar plaatsen die voor de curator moeilijk te

vinden zijn: misbruik wordt tegengegaan. Voorkomen wordt dat in elke lidstaat waar zich activa bevinden een aparte insolventieprocedure moet worden geopend. De crediteur hoeft zijn vordering dientengevolge slechts in één procedure in te dienen. Bovendien is dit goedkoper, niet alleen omdat er maar één curator hoeft te worden benoemd, maar ook omdat complexe samenloop-problemen tussen verschillende procedures in de diverse lidstaten zich niet langer voordoen.

5. Omzetting van de richtlijn in Nederlands recht

Plaats van de nieuwe bepalingen in het bestaande toezichtsinstrumentarium

Op grond van de huidige Wtk 1992 beschikt De Nederlandsche Bank over een uitgebreid toezichtsinstrumentarium, variërend van het geven van een aanwijzing (artt. 14, eerste lid, en 28, tweede lid, van de Wtk 1992) tot het intrekken van een vergunning (art. 15 van de Wtk 1992). Maatregelen die De Nederlandsche Bank neemt in het kader van het toezicht (met uitzondering van het liquiditeitstoezicht), gelden als gevolg van het «home country control»-beginsel in de gehele Europese Unie. Omgekeerd gelden maatregelen genomen door een toezichthouder uit een andere lidstaat ten aanzien van een kredietinstelling in die lidstaat ook in Nederland ten aanzien van zich hier bevindende bijkantoren. Het «home country control»-beginsel geldt nu echter nog niet ten aanzien van insolventieprocedures zoals de noodregeling en het faillissement. De richtlijn breidt dat beginsel uit tot dergelijke insolventieprocedures.

Wijzigingen waartoe de richtlijn noopt

De richtlijn brengt voor Nederland de volgende wijzigingen met zich. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat een in het buitenland uitgesproken insolventieprocedure niet mede omvat de in Nederland aanwezige baten (HR 2 juni 1967, NJ 1968, 16 en HR 31 mei 1996, NJ 1998, 108). Deze uitspraken betroffen een in een andere staat geopende liquidatieprocedure. Er is geen aanleiding te veronderstellen dat de regel niet mede geldt voor een in een andere staat geopende saneringsprocedure. In de verhouding met andere lidstaten van de Europese Unie is deze regel terzijde geschoven door de EG-insolventieverordening, in werking getreden op 31 mei 2002, maar deze EG-insolventieverordening is, zoals reeds opgemerkt, niet van toepassing op kredietinstellingen. Daardoor is bedoelde regel ten aanzien van kredietinstellingen blijven bestaan. De regel is op grond van de richtlijn niet langer toegestaan. Het wetsvoorstel voert een aantal regels in met betrekking tot de gevolgen in Nederland van een in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure ten aanzien van een kredietinstelling.

Voorts geldt op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de werking van een Nederlandse insolventieprocedure in het buitenland dat het de Nederlandse curator niet verboden is te trachten zich in het buitenland bevindende activa in de boedel van het Nederlandse faillissement te betrekken (HR 15 april 1955, NJ 1955, 542). De richtlijn noopt niet tot wijziging van het Nederlandse recht. Daarbij spelen de volgende overwegingen. In de eerste plaats is na bovengenoemd arrest geldend Nederlands recht dat geen regel in het Nederlandse recht eraan in de weg staat dat de in een Nederlands faillissement benoemde curator bevoegdheden uitoefent in andere staten. Of de curator daar ook daadwerkelijk in slaagt, hangt af van het recht van de betrokken staat. Op grond van de richtlijn dienen andere lidstaten een Nederlandse insolventieprocedure te erkennen. De bevoegdheden die de Nederlandse curator daar uitoefent worden beheerst door het Nederlandse recht. In de

tweede plaats zou, indien slechts wordt bepaald dat een in een Nederlands faillissement *van een kredietinstelling* benoemde curator zijn bevoegdheden in andere lidstaten kan uitoefenen, onbedoeld de suggestie kunnen worden gewekt dat de bevoegdheden van een curator die is benoemd in het faillissement van een ander dan een kredietinstelling niet verder reiken dan de Nederlandse grens. Een dergelijke a-contrario-redenering dient te worden vermeden. Tot slot: waar in de wet wordt bepaald welke vermogensbestanddelen worden betrokken in de procedure (art. 75, eerste lid, Wtk 1992 en art. 20 Fw.), wordt geen onderscheid gemaakt op grond van de plaats waar de vermogensbestanddelen zich bevinden. Daaruit volgt dat op grond van de Nederlandse wet de bevoegdheden van de bewindvoerder en de curator zich mede uitstrekken tot de betrokken vermogensbestanddelen die zich buiten Nederland bevinden en dat zij het ook tot hun taak moeten rekenen hun bevoegdheden daar uit te oefenen.

Wijze van omzetting

Overwogen is om in het wetsvoorstel een bepaling op te nemen waarin bepaalde artikelen van de EG-insolventieverordening van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Voordeel daarvan zou zijn dat nauw wordt aangesloten bij de EG-insolventieverordening. Toch is daarvoor niet gekozen, om de volgende redenen. Als gevolg van de hierboven in § 2 genoemde discrepanties tussen de richtlijn en de EG-insolventieverordening, zouden sommige artikelen uit de EG-insolventieverordening wel van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard en sommige andere artikelen niet. Dit zou tot gevolg hebben dat men voor het achterhalen van de integrale regeling betreffende het toepasselijke recht voor het ene onderwerp de EG-insolventieverordening zou moeten raadplegen, en voor het andere onderwerp de Nederlandse wet. Dat komt de overzichtelijkheid en transparantie van de regeling niet ten goede. Voorts biedt de gekozen wijze van implementatie van de richtlijn de mogelijkheid om termen uit de EG-insolventieverordening die niet parallel lopen met termen in de Nederlandse wet aan te passen aan de in de Nederlandse wet gangbare terminologie. Tot slot is als gevolg van de in de richtlijn gekozen techniek – het overschrijven van bepalingen van de EG-insolventieverordening in plaats van daarnaar te verwijzen – aan de lidstaten de mogelijkheid gelaten tot het geven van een eigen invulling. In het onderhavige wetsvoorstel is van die mogelijkheid gebruik gemaakt door bij de geest, maar niet altijd bij de letter van de EG-insolventieverordening aan te sluiten.

In het wetsvoorstel wordt de richtlijn geïmplementeerd door wijziging van de Wtk 1992 en de Faillissementswet. De huidige bepalingen in de Wtk 1992 met betrekking tot het faillissement van een kredietinstelling worden overgeheveld naar de Faillissementswet. In de hierboven reeds aangehaalde wet van 21 februari 2004 (Stb. 86) wordt het faillissement van verzekeraars eveneens in de Faillissementswet geregeld. In de Faillissementswet bestaat reeds een afdeling «Van het faillissement van een kredietinstelling, een financiële instelling, een effecteninstelling of een andere instelling, genoemd in artikel 212a, onder a», waarin de bepalingen betreffende het faillissement van een kredietinstelling die zijn opgenomen in de richtlijn zullen worden geïmplementeerd. In het verlengde daarvan ligt dat de faillissementsrechtelijke bepalingen uit de richtlijn worden geïmplementeerd in de Faillissementswet. De bepalingen betreffende surseance van betaling zijn niet van toepassing op geregistreerde kredietinstellingen. Mede in plaats daarvan kan ten aanzien van een kredietinstelling de noodregeling worden toegepast. De noodregeling verschilt van de surseance onder andere doordat de noodregeling tevens liquidatie-elementen bevat. De procedure voorziet specifiek in de moge-

lijkheid van overdracht van verbintenissen van de kredietinstelling die zij in de uitoefening van haar bedrijf als kredietinstelling is aangegaan (art. 75, eerste lid, van de Wtk 1992), alsmede in de mogelijkheid dat die rechten en verplichtingen worden gewijzigd (art. 75, tweede lid, van de Wtk 1992). De noodregeling is geregeld in hoofdstuk X van de Wtk 1992. In het wetsvoorstel blijft dat zo. De reden daarvoor is dat, anders dan de regeling van het faillissement waar kan worden volstaan met het toevoegen van bijzondere regels met betrekking tot kredietinstellingen, de noodregeling een wezenlijk andere procedure is dan de in de Faillissementswet geregelde procedures. Zowel in de Wtk 1992 als in de Faillissementswet wordt een regeling ingevoegd met bepalingen van internationaal privaatrecht.

Verhouding tussen voorliggend wetsvoorstel en herziening van de financiële sectorale wetten

Tegelijkertijd met de voorbereiding van het thans voorliggende wetsvoorstel is een omvangrijke herziening van de financiële sectorale wetten in voorbereiding. Op het tijdstip van indiening van het voorliggende wetsvoorstel is in de Tweede Kamer aanhangig een voorstel van wet inzake regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht, Kamerstukken II 2003–04, 29 708, nr. 2). Een voorstel voor een nota van wijziging op het voorstel voor de Wet op het financieel toezicht ligt op het tijdstip van indiening van het voorliggende wetsvoorstel voor advies bij de Raad van State. Het voorliggende wetsvoorstel wijzigt naast de Faillissementswet de regeling betreffende de noodregeling in de Wtk 1992. De noodregeling wordt eveneens door de in voorbereiding zijnde nota van wijziging ingevoegd in het voorstel van Wet op het financieel toezicht. In de voorgestelde wet op het financieel toezicht worden zo veel mogelijk de regels betreffende de noodregeling geharmoniseerd in die voege dat voor kredietinstellingen en verzekeraars dezelfde regels gelden voor zover dat door de Europese richtlijnen is toegestaan. Er is voor gekozen de richtlijn wat betreft de noodregeling eerst om te zetten door de Wtk 1992 te wijzigen en vervolgens de bepalingen van die wet tezamen met de andere financiële sectorale wetten op te nemen in de Wet op het financieel toezicht. De voornaamste reden daarvoor is dat deze werkwijze naar verwachting tot een snellere implementatie leidt dan de werkwijze waarbij de richtlijn eerst op het moment van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht in de Nederlandse wetgeving wordt omgezet. In beginsel heeft deze werkwijze ertoe geleid dat de implementatie van de richtlijn in de Wtk 1992 als een op zichzelf staande wijziging moet worden beschouwd. De overheveling van de bepalingen die als gevolg van het voorliggende wetsvoorstel worden opgenomen in de Wtk 1992 naar het voorstel voor de Wet op het financieel toezicht is niet anders dan de overheveling naar het voorstel voor de Wet of het financieel toezicht van andere bepalingen die nu reeds in de Wtk zijn opgenomen.

Erkenning

In de richtlijn wordt bepaald dat een insolventieprocedure die door de bevoegde instantie in de lidstaat van herkomst wordt geopend in de andere lidstaten wordt erkend en gevolgen heeft. Voor Nederland heeft dat tot gevolg dat vermogensbestanddelen die zich hier bevinden in de boedel van de in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure vallen. De in die procedure benoemde bewindvoerder of curator heeft in Nederland de bevoegdheden die hij in zijn eigen staat heeft.

Toepasselijk recht

De richtlijn bevat regels die het toepasselijke recht aanwijzen. Deze regels

zijn vrijwel identiek aan die in de EG-insolventieverordening. De in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure heeft gevolgen in Nederland die in beginsel worden beheerst door het recht van de lidstaat van herkomst (artt. 3, tweede lid, en 10, eerste lid, van de richtlijn). Op deze hoofdregel worden twee categorieën uitzonderingen gemaakt. De eerste categorie uitzonderingen wijst niet een ander recht aan dan het recht van de lidstaat van herkomst, maar houdt in dat, indien het toepasselijke recht bepaalt dat de opening van een insolventieprocedure een goederenrechtelijk recht, een eigendomsvoorbehoud of het recht op verrekening aantast, deze regel niet geldt (artt. 21 tot en met 23 van de richtlijn). Deze uitzonderingen zijn materieelrechtelijk van aard. De tweede categorie uitzonderingen is van internationaal-privaatrechtelijke aard (artt. 20 en 24 tot en met 32 van de richtlijn). Zij wijst een ander toepasselijk recht aan dan het recht van de lidstaat van herkomst, met betrekking tot bijvoorbeeld de gevolgen van een insolventieprocedure voor een arbeidsovereenkomst of een onroerende zaak.

In het wetsvoorstel zijn de regels die het toepasselijk recht aanwijzen als meerzijdige conflictregels geformuleerd in de zin dat zij, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zowel Nederlands recht als het recht van een andere lidstaat kunnen aanwijzen. Zij zijn zo geformuleerd dat zij niet alleen gelden voor het geval van de Nederlandse noodregeling of het faillissement, maar ook bij insolventieprocedures naar het recht van andere lidstaten.

Overig

De richtlijn bevat bepalingen met betrekking tot bekendmaking, inkennisstelling en samenwerking. In het wetsvoorstel worden bepalingen gewijzigd of toegevoegd die op betrokkenen, zoals de curator of bewindvoerder, de Nederlandsche Bank en de griffier van de rechtbank, een verplichting opleggen met betrekking tot bekendmaking, inkennisstelling van de schuldeisers en samenwerking.

De richtlijn bevat enkele facultatieve bepalingen die niet worden geïmplementeerd. Die worden hieronder bij de toelichting per onderwerp besproken. Andere richtlijnbevestigingen worden niet geïmplementeerd omdat dit in de gekozen omzettingstechniek niet nodig is. Het betreft de artikelen 1, 6, derde lid, 10, tweede lid, en 16, tweede lid.

Omzettingstermijn

De omzettingstermijn verstreek op 4 mei 2004. Als gevolg van de complexiteit, veroorzaakt door een combinatie van toezichtrecht, insolventierecht en internationaal privaatrecht, heeft de voorbereiding van het wetsvoorstel, inclusief het overleg met betrokkenen, meer tijd in beslag genomen dan was voorzien.

Naar verwachting zijn de gevolgen van de overschrijding van de omzettingstermijn beperkt. Indien tijdens de overschrijding van de omzettingstermijn geen insolventieprocedure wordt geopend tegen een kredietinstelling – in Nederland of in een andere lidstaat – zijn er geen gevolgen. Er zij op gewezen dat het buitengewoon weinig voorkomt dat een kredietinstelling wordt onderworpen aan een insolventieprocedure. Indien voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, nadat het tot wet is verheven, wel een kredietinstelling zou worden onderworpen aan een insolventieprocedure, geldt het volgende. Onderscheiden moet worden tussen een insolventieprocedure tegen een kredietinstelling in Nederland (het «uitgaande verkeer») en een insolventieprocedure tegen een kredietinstelling in een andere lidstaat (het «inkomende verkeer»). Wat betreft het uitgaande verkeer wijzen wij erop dat de overschrijding

van de omzettingstermijn geen consequenties heeft voor de gevolgen in een andere lidstaat van een in Nederland geopende insolventieprocedure. Die gevolgen worden geregeld door de wet waarmee de richtlijn is omgezet in de desbetreffende lidstaat.

Wat betreft het inkomende verkeer moet de Nederlandse wet de gevolgen in Nederland van een buitenlandse insolventieprocedure regelen. De Nederlandse rechter moet nationaal Nederlands recht buiten toepassing laten indien dat recht in strijd is met direct werkende bepalingen van een EG-besluit. De in de richtlijn voorkomende bepalingen zijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zodat verwacht mag worden dat de Nederlandse rechter het bestaande nationale Nederlandse recht op dit punt buiten toepassing zal laten. Nu het hier mede een onderwerp van internationaal privaatrecht betreft, kan bovendien worden gewezen op het zogeheten Balenpersarrest (HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 750), waarin een anticiperende werking van een verdrag op het terrein van internationaal privaatrecht door de Hoge Raad werd aanvaard indien aan twee vereisten is voldaan. Het eerste vereiste is dat de nog niet in werking getreden regel niet wezenlijk verschilt van de regels die zich reeds hebben ontwikkeld. In dit verband wordt erop gewezen dat de regels betreffende toepasselijk recht en erkenning grotendeels dezelfde zijn als in de EG-insolventieverordening, en dat, wat betreft de regels betreffende internationale rechtsmacht het voor hoogst onwaarschijnlijk moet worden gehouden dat een insolventieprocedure tegen een kredietinstelling in een andere lidstaat wordt geopend waar zij niet zijn statutaire zetel heeft. Het tweede door de Hoge Raad in het gereleveerde arrest genoemde vereiste is dat het verdrag waarop men wenst te anticiperen, binnen afzienbare tijd voor Nederland in werking zal treden. In dit kader zij opgemerkt dat verwacht mag worden dat de in de richtlijn vervatte regels binnen afzienbare tijd in Nederland zullen zijn geïmplementeerd.

6. Noodregeling als saneringsprocedure en als liquidatieprocedure

Onder het huidige recht (art. 75, eerste lid, van de Wtk 1992) strekt de door de rechtbank gegeven machtiging tot sanering of liquidatie, of, in de woorden van de wet, tot overdracht van de verbintenissen van de kredietinstelling die zij in de uitoefening van haar bedrijf als kredietinstelling tot het ter beschikking verkrijgen van gelden heeft aangegaan dan wel tot gehele of gedeeltelijke liquidatie van het bedrijf van de kredietinstelling. Het is evenwel gewenst dat de mogelijkheid dat de machtiging alleen tot sanering strekt duidelijker naar voren komt. Voor het geval waarin een dergelijke machtiging is gegeven, en er alsnog aanleiding blijkt te bestaan voor liquidatie, moet de mogelijkheid bestaan dat een machtiging tot sanering wordt uitgebreid met een machtiging tot liquidatie. De redenen voor een diversificatie van de machtigingen zijn de volgende. De richtlijn schrijft voor dat de vergunning wordt ingetrokken indien een liquidatieprocedure wordt geopend. Teneinde aan De Nederlandsche Bank duidelijkheid te verschaffen wanneer de noodregeling een saneringsprocedure is en wanneer een liquidatieprocedure – en dus wanneer zij de vergunning dient in te trekken – verdient het de voorkeur om te zeggen of het een machtiging tot sanering dan wel een machtiging tot liquidatie betreft, in die gevallen waarin op het moment van toepassing van de noodregeling reeds duidelijk is welke van die twee opties de voorkeur verdient. Voorts is het gewenst dat de Nederlandsche Bank meer controle heeft over het saneringsproces, zodat de te nemen maatregelen nog meer dan thans kunnen worden toegesneden op de situatie. In de derde plaats wordt voorkomen dat te snel tot liquidatie wordt overgegaan. Tot slot wordt nauwer aangesloten bij het bestaande recht inzake insolventie van andere schuldenaren dan kredietinstellingen. Indien in een «gewone» situatie eerst wordt gepoogd de onderneming te saneren door middel van een

surseance van betaling en vervolgens blijkt dat de staat van de boedel zodanig is dat surseance niet langer wenselijk is, kan de surseance worden ingetrokken onder gelijktijdige faillietverklaring (artikel 242 Fw). Voor het omzetten van een saneringsprocedure in een liquidatieprocedure is een rechterlijke uitspraak vereist. Wat betreft de overgang van de saneringsfase naar de liquidatiefase binnen de noodregeling wordt het gevolg van het onderhavige voorstel eveneens een rechterlijke uitspraak vereist. Wanneer op het moment van de aanvraag nog onvoldoende is te overzien wat de meest passende machtiging is, behoeft de Nederlandsche Bank niet in haar verzoekschrift te vermelden welke machtiging zij het meest passend vindt. Uiteraard kan de Nederlandsche Bank in een dergelijk geval in haar aanvraag vermelden dat een machtiging voor zowel sanering als liquidatie het meest passend is. Verwacht mag worden dat ten aanzien van kredietinstellingen die ten onrechte geen vergunning hebben meestal een machtiging tot liquidatie of een machtiging tot sanering en liquidatie het meest passend is.

7. Geheimhoudingsverplichtingen

Artikel 30 van de gecodificeerde bankenrichtlijn geeft een regel met betrekking tot geheimhouding. Artikel 64 van de Wtk 1992 is zodanig geformuleerd, dat reeds is voldaan aan artikel 30 van die richtlijn. Wel noopt het onderscheiden van de noodregeling in een saneringsdeel en een liquidatiedeel tot aanpassingen van de Wtk 1992. Het systeem van artikel 30 van de gecodificeerde bankenrichtlijn is als volgt. In beginsel geldt een geheimhoudingsverplichting. In een liquidatieprocedure mogen evenwel gegevens die geen betrekking hebben op derden die zijn betrokken bij pogingen om de onderneming te redden, openbaar worden gemaakt (art. 30, eerste lid, van de gecodificeerde bankenrichtlijn). Deze uitzondering geldt niet voor saneringsprocedures: deze gegevens mogen dus niet openbaar worden gemaakt. In een saneringsprocedure mogen deze gegevens wel worden uitgewisseld tussen de Nederlandsche Bank, bewindvoerder en rechter-commissaris. Gegevens die wel betrekking hebben op derden die zijn betrokken bij pogingen om de onderneming te redden, mogen niet openbaar worden gemaakt, maar kunnen wel worden uitgewisseld tussen de «instanties» die zijn bij betrokken bij de «liquidatie en het faillissement van kredietinstellingen en andere soortgelijke procedures» (art. 30 vijfde lid, aanhef en tweede gedachtestreepje van de gecodificeerde bankenrichtlijn). Onder «andere soortgelijke procedures» moet in dit verband worden verstaan: saneringsprocedures. Een en ander leidt ertoe dat gegevens die geen betrekking hebben op derden die zijn betrokken bij pogingen de kredietinstelling te redden, mogen worden opgenomen in verslagen in het faillissement. Voor zover de noodregeling een liquidatieprocedure is, geldt daarvoor hetzelfde. Met andere woorden: deze gegevens mogen worden opgenomen in de verslagen in twee situaties. Ten eerste is dat de situatie waarin een machtiging tot liquidatie is verleend. Ten tweede is dat de situatie waarin activa van de kredietinstelling te gelde zijn gemaakt, indien een machtiging is verleend tot zowel overdracht als liquidatie. In gevallen waarin de noodregeling als een saneringsprocedure heeft te gelden, mogen de gegevens, ongeacht of deze betrekking hebben op derden die betrokken zijn bij pogingen om de kredietinstelling te redden, niet openbaar worden gemaakt, maar wel worden uitgewisseld tussen de Nederlandsche Bank, bewindvoerder en rechter-commissaris. Dat is het geval wanneer een machtiging tot overdracht is verleend of, indien een machtiging tot zowel overdracht als liquidatie is verleend, er nog geen activa te gelde zijn gemaakt.

8. Kredietinstellingen die onder het wetsvoorstel vallen

De richtlijn verwijst voor de definitie van «kredietinstelling» naar de in artikel 1, onder 1, van de gecodificeerde bankenrichtlijn opgenomen definitie: een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening. In de huidige Wtk 1992 is een ruimere definitie opgenomen dan in de richtlijn. Het verschil komt hierop neer dat, kort gezegd, onder de Wtk 1992 ook de kredietinstelling valt die haar bedrijf maakt van het *binnen besloten kring* en van *professionelen* ter beschikking krijgen van opvorderbare gelden, alsmede de kredietinstelling die wel gelden van het publiek in ontvangst neemt en deze *belegt*. Er zijn derhalve instellingen die wel kredietinstelling zijn in de zin van de Wtk 1992, maar niet in de zin van de richtlijn. Deze categorie instellingen wordt in de EG-insolventieverordening niet uitgezonderd van het toepassingsgebied van die EG-insolventieverordening. Als gevolg daarvan wordt een ten aanzien van een dergelijke instelling geopende insolventieprocedure beheerst door de EG-insolventieverordening en niet door de richtlijn. Bij wetsvoorstel 29 348, wordt artikel 70 van de Wtk 1992 gewijzigd in dier voege dat hoofdstuk X, betreffende de noodregeling, van de Wtk 1992, niet van toepassing is op kredietinstellingen die zijn vrijgesteld of ontheven van het verbod tot het uitoefenen van het bedrijf van kredietinstelling. Dit betekent dat deze categorie instellingen niet kan worden onderworpen aan de noodregeling. Artikel 70, tweede lid, van de Wtk 1992, is evenmin van toepassing, zodat aan deze categorie instellingen surseance van betaling kan worden verleend. De grensoverschrijdende aspecten binnen de Europese Unie van een surseance van betaling worden geregeld door de EG-insolventieverordening.

Instellingen die wel onder de definitie van «kredietinstelling» in de Wtk 1992 vallen maar niet onder de definitie in de richtlijn kunnen ook failliet worden verklaard. Teneinde te bereiken dat ook dan de grensoverschrijdende aspecten door de EG-insolventieverordening worden geregeld en niet door de bij dit wetsvoorstel voorgestelde afdeling van de Faillissementswet met betrekking tot kredietinstellingen, worden zij in de voor de Faillissementswet voorgestelde definitie uitdrukkelijk uitgezonderd.

Met betrekking tot de vraag wat de positie is van de illegale kredietinstelling, zij het volgende opgemerkt. De *iure* is het verboden dat een kredietinstelling die onder de richtlijn valt zonder vergunning opereert. Het is evenwel de *facto* mogelijk dat een kredietinstelling zich hieraan niet houdt, en zonder vergunning opereert. In de definitie waarnaar de richtlijn verwijst (artikel 1, punten 1 en 3, van gecodificeerde bankenrichtlijn) wordt, anders dan de definitie in de desbetreffende verzekeringsrichtlijnen, niet als element genoemd dat de kredietinstelling een vergunning heeft. Op het eerste gezicht zou daaruit kunnen worden afgeleid dat ook de illegale kredietinstelling onder de richtlijn valt. Dit zou onder andere tot gevolg hebben dat de aanwezigheid van een bijkantoor in Nederland van een in een andere lidstaat gevestigde en illegale kredietinstelling geen grond is voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om een territoriale procedure te openen. Bij nader inzien echter vallen illegale kredietinstellingen niet onder de richtlijn. In de eerste plaats valt niet in te zien waarom in dezen een verschil tussen verzekeringsondernemingen en kredietinstellingen is beoogd. In de tweede plaats schrijft artikel 4 van de gecodificeerde bankenrichtlijn voor dat de onder die richtlijn vallende kredietinstellingen een vergunning hebben gekregen alvorens zij met hun werkzaamheden aanvangen. Daaruit kan de aanweziging worden geput dat kredietinstellingen zonder vergunning niet onder

de onderhavige richtlijn vallen. In de derde plaats zij er op gewezen dat de definitie van «kredietinstelling» in de te implementeren richtlijn verwijst naar artikel 1, eerste punt, van de gecodificeerde richtlijn. Het desbetreffende punt, derde alinea, ziet op, kort gezegd, een kredietinstelling in de zin van de eerste alinea van het eerste punt van dat artikel, «en waaraan in een derde-land een vergunning is verleend». Uit de omstandigheid dat de opstellers van de richtlijn het nodig hebben geoordeeld te bepalen dat de definitie van «kredietinstelling» wordt uitgebreid tot die kredietinstellingen uit derde-landen *met een vergunning*, kan eveneens een aanwijzing worden geput dat kredietinstellingen uit een andere lidstaat zonder vergunning niet onder de richtlijn vallen. In de vierde plaats wordt onder «lidstaat van herkomst» verstaan (door middel van een verwijzing naar de definitie in de gecodificeerde bankenrichtlijn) «de lidstaat waarin aan een kredietinstelling de vergunning werd verleend». Illegale kredietinstellingen vallen niet onder de richtlijn. De richtlijn bevat dus geen regelingen inzake de internationale rechtsmacht en toepasselijk recht met betrekking tot illegale kredietinstellingen, welke regelingen immers aanknopen bij de lidstaat van herkomst, dus bij de lidstaat van vergunningverlening. Zij vallen evenmin onder de EG-insolventieverordening, die kredietinstellingen *tout court* van haar werkingssfeer uitsluit. Een en ander heeft tot gevolg dat het aan het nationale recht van de lidstaten is om de positie van de illegale kredietinstelling te bepalen. Wij kiezen in dit kader voor de oplossing waarbij de te implementeren richtlijn van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de illegale kredietinstelling, met één uitzondering. Deze uitzondering betreft de mogelijkheid om in Nederland een territoriale procedure te openen indien een in een andere lidstaat gevestigde, illegale kredietinstelling een bijkantoor in Nederland heeft. Aan een illegale kredietinstelling kan niet surseance van betaling worden verleend. Zij is immers niet ontheven of vrijgesteld van de vergunningplicht, zodat artikel 70, derde lid, van de Wtk 1992 zoals voorgesteld bij wetsvoorstel 29 348, niet op haar van toepassing is. Weliswaar bepaalt artikel 250a Faillissementswet dat surseance van betaling kan worden verleend aan een niet-geregistreerde kredietinstelling – en dat is ook een illegale kredietinstelling – , maar dit artikel is slechts van toepassing op die kredietinstellingen die in de Wtk 1992, in het bijzonder artikel 70, worden uitgezonderd van de noodregeling.

Resumerend kan als volgt worden weergegeven welke kredietinstellingen waaronder vallen:

Welke kredietinstellingen kunnen door een Nederlandse rechter op grond van dit wetsvoorstel aan een noodregeling worden onderworpen?

1. Kredietinstellingen, gevestigd in Nederland:
 - niet vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht:
 - met vergunning: ja, op grond a en b (zie hieronder) (art. 71, eerste en tweede lid, eerste gedachtestreepje);
 - zonder vergunning (dus: illegaal): ja, doch uitsluitend op grond b, niet op grond a (art. 71, tweede lid, eerste gedachtestreepje);
 - wel vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht:
 - vóór inwerkingtreding wetsvoorstel 29 348: ja, op grond b (art. 71, tweede lid);
 - na inwerkingtreding wetsvoorstel 29 348: nee (art. 70, derde lid (nieuw));
2. kredietinstellingen, gevestigd in een andere lidstaat, met bijkantoor in Nederland:
 - niet vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht:
 - met vergunning: nee (art. 71, eerste en tweede lid);

- zonder vergunning: ja, op grond b (art. 71, tweede lid, tweede gedachtestreepje);
 - wel vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht: nee;
3. kredietinstellingen, gevestigd in een Staat die geen Lidstaat is:
- niet vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht:
 - met vergunning: ja, op grond a en b (art. 71, eerste en tweede lid);
 - zonder vergunning (dus: illegaal): ja, doch uitsluitend op grond van b, niet op grond van a (art. 71, tweede lid, derde gedachtestreepje);
 - wel vrijgesteld van vergunningplicht:
 - vóór inwerkingtreding wetsvoorstel 29 348: ja, op grond b (art. 71, tweede lid);
 - na inwerkingtreding wetsvoorstel 29 348: nee (art. 70, derde lid (nieuw)).

De twee hierboven genoemde gronden:

- a. de grond dat de solvabiliteit of de liquiditeit tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling toont en geen verbetering is te voorzien (art. 71, eerste lid, van de Wtk 1992);
- b. en de grond dat de liquiditeit of de solvabiliteit zodanig is dat is te voorzien dat de kredietinstelling haar verplichtingen ter zake van de door haar verkregen gelden niet of slechts ten dele kan nakomen. (art. 71, tweede lid, Wtk 1992).

Aan welke kredietinstellingen kan surseance van betaling worden verleend?

In de huidige situatie zou er aanleiding kunnen zijn tot onduidelijkheid: artikel 70 van de Wtk 1992 bepaalt dat de surseance-regeling niet op kredietinstellingen van toepassing is, maar artikel 250a van de Fw bepaalt dat aan niet-geregistreerde kredietinstellingen surseance kan worden verleend.

Na de inwerkingtreding van de wet van 30 juni 2004⁸ is de situatie als volgt:

1. kredietinstellingen, gevestigd in Nederland:
 - niet vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht: nee (art. 70 van de Wtk 1992, derde lid (nieuw), eerste gedachtestreepje, jo. tweede lid);
 - wel vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht: ja (art. 70 van de Wtk 1992, derde lid (nieuw), eerste gedachtestreepje, jo. tweede lid);
2. kredietinstellingen, gevestigd in een andere Lidstaat, met bijkantoor in Nederland:
 - nee
3. kredietinstellingen, gevestigd in een Staat die geen Lidstaat is:
 - niet vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht: nee (art. 70 Wtk, derde lid (nieuw), eerste gedachtestreepje, jo. tweede lid);
 - wel vrijgesteld c.q. ontheven van vergunningplicht: ja (art. 70, Wtk, derde lid (nieuw), eerste gedachtestreepje, jo. tweede lid);

Welke kredietinstellingen kunnen in staat van faillissement worden verklaard?

- Alle kredietinstellingen, met uitzondering van de kredietinstellingen, gevestigd in een andere

⁸ Zie noot 7.

lidstaat, die daar een vergunning hebben gekregen, met bijkantoor in Nederland.

9. Uitgebrachte adviezen

Adviezen zijn uitgebracht door de Nederlandsche Bank en de Nederlandse Vereniging van Banken. Naar aanleiding van deze adviezen zijn deze memorie van toelichting en het wetsvoorstel op enkele punten aangepast. In de passages van deze memorie van toelichting die naar aanleiding van de adviezen zijn aangepast is naar de adviezen verwezen.

Bij gelegenheid van het wetsvoorstel ter implementatie de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars, is aan de Raad voor de Rechtspraak advies gevraagd met betrekking tot de centrale inschrijving van saneringen en liquidaties, niet alleen van verzekeringsondernemingen maar ook van kredietinstellingen, in een andere lidstaat dan Nederland in het faillissementsregister van de rechtbank 's-Gravenhage. De Raad voor de Rechtspraak heeft positief geadviseerd over dit punt, dat voor deze categorieën financiële ondernemingen op dezelfde wijze wordt geregeld. Het thans voorliggende wetsvoorstel komt in zeer grote mate overeen met de hierboven reeds aangehaalde wet van 21 februari 2004 (*Stb.* 86): hetgeen in die wet wordt geregeld ten aanzien van verzekeraars, wordt in dit wetsvoorstel geregeld ten aanzien van kredietinstellingen. Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel met betrekking tot verzekeraars is advies gevraagd aan de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht. Daarmee is afgeweken van de hoofdregel van Aanwijzing 336 voor de Regelgeving, om redenen van een zorgvuldige voorbereiding. De Staatscommissie heeft op 31 maart 2003 advies uitgebracht. De problematiek op het terrein van het internationaal privaatrecht bij verzekeraars is identiek aan die bij kredietinstellingen. Om die reden is ervan afgezien in het kader van het thans voorliggende wetsvoorstel opnieuw af te wijken van Aanwijzing 336 voor de Regelgeving en is geen advies gevraagd aan de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht. Met het advies, gegeven door de Staatscommissie in het kader van verzekeraars, is rekening gehouden bij het voorliggende wetsvoorstel.

10. Financiële gevolgen

Kosten van de uitvoering van de wet

Het wetsvoorstel vereist geen speciale uitvoeringsmaatregelen.

Administratieve lasten en andere financiële gevolgen

Het onderhavige wetsvoorstel behelst de invoering van bepalingen die uitvoering geven aan dwingende voorschriften van de richtlijn. De richtlijn geeft regels voor de bevoegdheid tot het openen van insolventieprocedures betreffende kredietinstellingen, de erkenning van die procedures en het toepasselijke recht. Voorop moet worden gesteld dat een insolventieprocedure betreffende een kredietinstelling hoogst zelden voorkomt en dat reeds om die reden de financiële gevolgen van dit wetsvoorstel voor het bedrijfsleven miniem zijn. Als gevolg van de richtlijn nemen de administratieve lasten niet toe. Een concept van het wetsvoorstel is gezonden aan het Adviescollege toetsing administratieve lasten, dat geen aanleiding heeft gezien tot het maken van opmerkingen. Met betrekking tot financiële gevolgen die niet administratief van aard zijn kan het volgende worden opgemerkt. Voor de kredietinstelling met financiële problemen hebben de coördinatieregels in de richtlijn tot gevolg dat saneringsprocedures en liquidatieprocedures als faillissement meer effect in de gehele Europese Unie sorteren dan thans het geval is. Maatregelen met het oog op de instandhouding van de kredietinstelling of overdracht

van verbintenissen hebben meer kans van slagen. Dat is niet alleen gunstig voor de kredietinstelling zelf, maar ook voor de schuldeisers. Voor het geheel van schuldeisers heeft de richtlijn per saldo een kostenbesparend effect. Doordat een insolventieprocedure in de gehele Europese Unie gevolgen heeft, hoeft niet langer in elke lidstaat waar de kredietinstelling activa heeft een procedure te worden geopend. Er hoeft dus niet langer in elke lidstaat een curator te worden benoemd, er hoeven niet langer voor meer dan één procedure faillissementskosten te worden betaald en er zijn geen kostenveroorzakende coördinatie-problemen meer tussen verschillende curatoren. De implementatie van de richtlijn heeft tot gevolg dat procedures, geopend in het buitenland, in Nederland worden erkend. Procedures, geopend in Nederland, worden als gevolg van de implementatie in andere lidstaten in die lidstaten erkend. Onder het huidige recht is het mogelijk dat een lidstaat een in een andere lidstaat geopende insolventieprocedure niet erkent. Indien daardoor de beschikkingsonbevoegdheid van de kredietinstelling niet geldt buiten de lidstaat waar de procedure is geopend, kan dat tot gevolg hebben dat zij nog vermogensbestanddelen kan overbrengen naar een voor de curator moeilijk vindbare plaats. Een dergelijke handelwijze kan weliswaar onder omstandigheden worden geredresseerd met een actio pauliana of vergelijkbaar rechtsmiddel, maar het verdient de voorkeur dat een dergelijke handelwijze als het ware preventief niet langer is toegestaan als zijnde in strijd met de beschikkingsonbevoegdheid, zoals onder de richtlijn. Voor schuldeisers die een vordering hebben op een bijkantoor in Nederland van een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling, geldt het volgende. Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat zij hun vordering moeten indienen in de procedure die is geopend in de lidstaat waar de kredietinstelling is gevestigd; een territoriale procedure tegen het bijkantoor in Nederland is immers niet langer mogelijk. De mogelijkheid van indiening van de vordering in een andere lidstaat bestaat ook nu al, maar de schuldeiser kan er nu nog voor kiezen daarnaast zijn vordering in de Nederlandse territoriale procedure in te dienen. Nu de mogelijkheid tot het openen van een territoriale procedure komt te vervallen, kan de schuldeiser er niet langer voor kiezen zijn vordering in een dergelijke procedure in te dienen. Het indienen van een vordering in de in een andere lidstaat geopende procedure zal weinig méér kosten dan het indienen van een vordering in een in Nederland geopende procedure. Hierbij zij erop gewezen dat de indiening kan plaatsvinden in de taal van de woonplaats, gewone verblijfplaats of statutaire zetel van de schuldeiser, maar dat daarvan wel een vertaling kan worden verlangd. Voorts: in de huidige situatie is de hoogte van de uitkering in een territoriale Nederlandse procedure afhankelijk van de omvang van de activa die de kredietinstelling in Nederland heeft. De omvang daarvan kan willekeurig groot of klein zijn. Nu territoriale procedures niet langer mogelijk zijn, is het voor de verdeling van de activa onder de schuldeisers niet meer van belang in welke lidstaat de activa de grootste omvang hebben. Als gevolg van het wetsvoorstel delen de schuldeisers met een vordering op Nederlandse bijkantoor mee tezamen met alle andere schuldeisers in de opbrengst van de gehele boedel. Het is niet langer mogelijk beslag te leggen op in Nederland gelegen activa van een kredietinstelling die in een andere lidstaat aan een insolventieprocedure is onderworpen. Ook daardoor wordt de opbrengst van de activa gelijkmatiger onder de schuldeisers verdeeld.

Ingevoerd wordt de verplichting van de griffier om de Nederlandsche Bank onverwijld kennis te geven van een uitgesproken noodregeling en een faillissement. de Nederlandsche Bank moet vervolgens de toezichthouders in de andere lidstaten op de hoogte stellen. De kosten ter voldoening aan beide verplichtingen zijn verwaarloosbaar. De verplichting tot publicatie in de Staatscourant wordt uitgebreid tot publicatie in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en ten minste twee

landelijke dagbladen in elke lidstaat van ontvangst. De huidige Wtk 1992 verplicht eveneens tot publicatie in door de rechter-commissaris aan te wijzen dagbladen. De extra kosten die een en ander met zich meebrengt spelen niet of nauwelijks een rol van betekenis.

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I WET TOEZICHT KREDIETWEZEN 1992

A

Artikel 1

Artikel 1 wordt aangevuld met definities uit de richtlijn, die nodig zijn om de grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures te regelen. Er is voor gekozen de nieuwe definities achter de bestaande op te nemen teneinde te vermijden dat de aanduiding van de onderdelen zou moeten worden «verletterd» voor de betrekkelijk korte termijn tussen de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel inzake het financiële toezicht.

onderdeel q

Dit onderdeel definieert het begrip «lidstaat van herkomst». Artikel 2, eerste gedachtestreepje, verwijst voor de definitie van dit begrip naar artikel 1, punt 6, van de gecodificeerde bankenrichtlijn. Daar wordt de lidstaat van herkomst gedefinieerd als de lidstaat waar aan de kredietinstelling een vergunning is verleend. Zoals hierboven is opgemerkt valt de kredietinstelling zonder vergunning niet onder de richtlijn, maar hebben wij besloten het richtlijn-regiem toch grosso modo op de illegale kredietinstellingen toe te passen. Dat vergt tevens een uitbreiding van de definitie van «lidstaat van herkomst». Het gevolg van de uitbreiding van de definitie van «lidstaat van herkomst» is dat, wanneer bijvoorbeeld wordt bepaald dat de toezichhoudende autoriteiten van de lidstaat van herkomst in kennis moeten worden gesteld van de opening van een insolventieprocedure, deze verplichting ook geldt ingeval ten aanzien van een toezichthouder in een lidstaat waar de illegale kredietinstelling is gevestigd. Een ander gevolg is dat de regels die toepasselijk recht aanwijzen, ook kunnen verwijzen naar het recht van die lidstaat. De in de definitie opgenomen elementen «zetel» en «hoofdbestuur» zijn ontleend aan artikel 6 van de gecodificeerde bankenrichtlijn. Het is mogelijk dat kredietinstellingen, in tegenstelling tot verzekeraars, geen rechtspersoonlijkheid hebben. Voor kredietinstellingen die geen rechtspersoonlijkheid hebben, is het element «hoofdbestuur» opgenomen.

Onder de definitie van «lidstaat van herkomst» valt ook Nederland, zodat de conflictenregel in artikel 80b zowel Nederlands recht als het recht van een andere lidstaat kan aanwijzen. Alleen een lidstaat waar een kredietinstelling haar zetel of, bij gebreke daarvan, haar hoofdbestuur heeft kan een lidstaat van herkomst zijn.

Een lidstaat die een vergunning heeft verleend aan het bureau van een kredietinstelling met statutaire zetel of, bij gebreke daarvan, haar hoofdbestuur buiten de Europese Unie, valt buiten de definitie.

onderdeel r

De definitie van de het begrip «lidstaat van ontvangst» is naar strekking overgenomen uit artikel 1, onderdeel 7, van de gecodificeerde bankenrichtlijn.

onderdeel s

In dit onderdeel wordt het begrip «bevoegde instanties» gedefinieerd. Het betreft de instanties die bevoegd zijn om de insolventieprocedure te openen. Uitdrukkelijk zij opgemerkt dat het niet betreft de toezichhouders. Er is niet voor gekozen in dit onderdeel een precisering als «bevoegde *rechterlijke* instanties» aan te brengen omdat niet moet worden uitgesloten dat in andere lidstaten een andere instantie dan de rechterlijke instantie de saneringsmaatregelen kan nemen.

onderdeel t

Onder «saneringsmaatregel» valt in de eerste plaats de noodregeling. De term «noodregeling» komt niet voor in de tekst van een artikel van de Wtk 1992, maar wel in het opschrift van Hoofdstuk X. In haar advies heeft de Nederlandsche Bank opgemerkt dat het tot verwarring zou kunnen leiden dat in de definitie van «saneringsmaatregel» de noodregeling wordt genoemd. Nu de noodregeling zowel een saneringselement als een liquidatie-element kan bevatten, zou zonder uitdrukkelijke vermelding van de noodregeling in de definitie twijfel kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of de noodregeling onder de definitie valt. Teneinde die twijfel weg te nemen, wordt de noodregeling genoemd. Het spreekt voor zich dat een noodregeling alleen onder de definitie van «saneringsmaatregel» valt zo lang nog geen machtiging tot slechts liquidatie is verleend dan wel, indien een machtiging tot zowel sanering als liquidatie is verleend, de bewindvoerders nog niet zijn overgegaan tot liquidatie. In de versie die voor commentaar aan de Nederlandsche Bank is gezonden werd niet ingegaan op de situatie waarin er nog in het geheel geen machtiging is verleend. De Nederlandsche Bank heeft in haar advies terecht opgemerkt dat ook in die situatie er sprake is van een saneringsmaatregel.

In de tweede plaats valt onder het begrip «saneringsmaatregel» een maatregel, geregeld in het nationale recht van andere lidstaten, zoals het opschorten van betalingen, het opschorten van conservatoire maatregelen en, voor zover zij daar niet reeds onder vallen, beslagen, het opschorten van tenuitvoerleggingen en het verlagen van vorderingen op de schuldenaar. Met de term «aantasten» is mede tot uitdrukking gebracht dat een opvangregeling niet onder het begrip «saneringsmaatregel» valt. In haar advies merkt de Nederlandsche Bank op dat de definitie van «saneringsmaatregel» in de richtlijn ruimer is dan het begrip «saneren» in artikel 75 van de Wtk 1992. Dat is juist, maar leidt niet tot een andere formulering van artikel 75 Wtk 1992. De richtlijn-definitie beoogt saneringsprocedures die bestaan naar het recht van andere lidstaten mede te omvatten. Dat laat uiteraard onverlet dat een de noodregeling als saneringsmaatregel ook onder de richtlijn-definitie valt.

In haar advies merkt de Nederlandsche Bank voorts op dat in de definitie in het wetsvoorstel in de versie die aan haar voor commentaar is gezonden het woord «kunnen» ontbreekt: het zou niet gaan om maatregelen die rechten «aantasten», maar om maatregelen die rechten «kunnen» aantasten. Deze opmerking is terecht; de definitie is op dit punt aangepast.

In de definitie behoeft de surseance van betaling niet te worden genoemd. Aan kredietinstellingen die onder de Wtk 1992 vallen en die niet zijn ontheven of vrijgesteld, kan geen surseance worden verleend. Aan die kredietinstellingen die onder de Wtk-1992-definitie vallen maar niet onder de richtlijn-definitie, en welke zijn ontheven of vrijgesteld van de Wtk-1992-vergunningplicht, kan wel surseance worden verleend. In dat geval worden de internationaal-privaatrechtelijke gevolgen van de surseance geregeld door de EG-insolventieverordening. Ook voor die gevallen hoeft de surseance hier dus niet te worden genoemd.

onderdeel u

De inhoud van de term «bewindvoerder» wordt uitgebreid met het equivalent die voorkomt in andere lidstaten.

onderdeel v

Voor de definitie van «financiële instrumenten» wordt, net als in de te implementeren richtlijn, verwezen naar deel B van de bijlage bij richtlijn nr. 93/22/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 10 mei 1993, betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (PbEG L 141).

B

artikel 65a

Het huidige artikel 65a bevat regels omtrent de geheimhouding in geval van faillissement van gegevens die ingevolge de Wtk 1992 zijn verkregen. Het huidige artikel noemt abusievelijk slechts het faillissement en niet de noodregeling. Nu de systematiek aldus is dat de noodregeling in de Wtk 1992 wordt geregeld en het faillissement in de Faillissementswet, is artikel 65a zodanig aangepast dat het betrekking heeft op de verstrekking van gegevens aan de rechter-commissaris in de noodregeling. Het nieuwe artikel 65a heeft slechts betrekking op de geheimhouding in de noodregeling die als saneringsprocedure moet worden beschouwd van gegevens die betrekking hebben op derden die betrokken zijn bij pogingen de kredietinstelling te redden. Een noodregeling wordt als saneringsprocedure beschouwd indien hetzij slechts een machtiging tot overdracht is verleend, hetzij een machtiging tot zowel overdracht als tot vereffening is verleend en er nog geen activa te gelde zijn gemaakt met het oogmerk de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers, aandeelhouders of leden. Indien de noodregeling als saneringsprocedure wordt beschouwd, is de uitzondering op de geheimhoudingsplicht beperkt in de zin dat de de Nederlandsche Bank slechts aan de rechter-commissaris gegevens kan verstrekken. Dat geldt zowel voor gegevens die betrekking hebben op derden die betrokken zijn bij pogingen de kredietinstelling te redden als andere gegevens. In haar advies merkt de Nederlandsche Bank op dat de zinsnede «indien een machtiging (...) aandeelhouders of leden» te beperkt is, geen toegevoegde waarde heeft en onduidelijk is. De toevoeging is evenwel nodig omdat in een saneringsprocedure andere geheimhoudingsregels gelden dan in een liquidatieprocedure. De richtlijn noopt derhalve tot een onderscheid op dit punt tussen een noodregeling die saneringsprocedure is en een noodregeling die liquidatieprocedure is.

C

Artikel 65b

Artikel 65b heeft betrekking op de geheimhouding in de noodregeling die als een liquidatieprocedure moet worden beschouwd van gegevens die geen betrekking hebben op derden die zijn betrokken bij pogingen de kredietinstelling te redden. Deze gegevens kunnen worden opgenomen in verslagen als bedoeld in artikel 72, zesde lid. Gegevens die wel betrekking hebben op derden die zijn betrokken bij pogingen de kredietinstelling te redden kunnen niet worden opgenomen in verslagen als bedoeld in artikel 72, zesde lid.

Artikel 65c

Artikel 65c heeft betrekking op de geheimhouding in de noodregeling van

gegevens die wel betrekking hebben op derden die zijn betrokken bij pogingen de kredietinstelling te redden, ongeacht of de noodregeling wordt beschouwd als saneringsprocedure dan wel als liquidatieprocedure. In deze situatie is artikel 64 van overeenkomstige toepassing. Deze gegevens kunnen worden verstrekt aan de rechter-commissaris.

D

Artikel 69

De wijziging van artikel 69 houdt in dat de kredietinstelling niet alleen mededeling dient te doen van de wijze van liquidatie of ontbinding, maar ook de visie van de Nederlandsche Bank dient te vernemen. Hiermee wordt artikel 11, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd.

E

Opschrift Hoofdstuk X

Aan het opschrift van Hoofdstuk X wordt een verwijzing naar saneringsmaatregelen uit andere lidstaten dan Nederland toegevoegd. Hoofdstuk X komt te bestaan uit twee afdelingen. De eerste afdeling betreft de noodregeling van kredietinstellingen die zijn gevestigd in Nederland, van bijkantoren in Nederland van kredietinstellingen zonder vergunning die zijn gevestigd in een andere lidstaat dan Nederland en van bijkantoren in Nederland van kredietinstellingen die zijn gevestigd buiten de Europese Economische Ruimte. Deze afdeling bevat de deels gewijzigde artikelen 71 tot en met 80 van de huidige Wtk 1992. De tweede afdeling bevat nieuw in te voegen artikelen betreffende grensoverschrijdende aspecten.

G

Artikel 70

Een gedeelte van de tekst van artikel 70, zoals dit artikel luidt na de inwerkingtreding van wetsvoorstel 29 348 wordt overgeheveld naar de Faillissementswet, en een gedeelte vervalt. Het huidige eerste lid, eerste zin, bepaalt dat op een verzoek of vordering tot faillietverklaring van een in Nederland gevestigde kredietinstelling, dan wel een bijkantoor in Nederland van een buiten Nederland gevestigde kredietinstelling niet wordt beslist dan nadat de rechtbank de Nederlandsche Bank in de gelegenheid heeft gesteld haar gevoelens daaromtrent kenbaar te maken. De tweede volzin heeft betrekking op een verzoek of vordering tot faillietverklaring van een bijkantoor in Nederland van een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling.

Overgeheveld naar artikel 212k van de Faillissementswet wordt de regel dat de Nederlandsche Bank wordt gehoord bij een verzoek of vordering tot faillietverklaring. Met betrekking tot de regel inzake een bijkantoor in Nederland zij het volgende opgemerkt. Niet een bijkantoor maar de kredietinstelling als geheel wordt in staat van faillissement verklaard. Om die reden is het desbetreffende gedeelte van het huidige artikel 70 van de Wtk 1992 vervallen. Daarbij zij opgemerkt dat de gevolgen van een faillissement van een in een andere staat, die geen lidstaat is, gevestigde kredietinstelling met bijkantoor in Nederland zich tot de zich in Nederland bevindende activa zullen beperken. Afgezien daarvan is een bepaling met betrekking tot een bijkantoor van een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling met vergunning overbodig: in dat geval zijn slechts de bevoegde instanties van de lidstaat van herkomst bevoegd tot het openen van een saneringsmaatregel. Het tweede lid van het huidige artikel 70 bepaalt dat de bepalingen inzake surseance van betaling en de schuld-

saneringsregeling natuurlijke personen niet van toepassing zijn op een kredietinstelling. Dit lid moet nu nog in samenhang worden gelezen met het derde lid, waarvan de toevoeging is voorgesteld bij wetsvoorstel 29 348, en dat bepaalt dat hoofdstuk X van de Wtk 1992 niet van toepassing is op – kort gezegd – vrijgestelde of ontheven instellingen. Beoogd is tot uitdrukking te brengen dat aan «gewone» kredietinstellingen niet surseance van betaling kan worden verleend, en aan vrijgestelde of ontheven instellingen wel. Omgekeerd kunnen «gewone» kredietinstellingen wel worden onderworpen aan de noodregeling en vrijgestelde of ontheven instellingen niet. Deze bedoeling wordt thans duidelijker tot uitdrukking gebracht. De bepaling dat aan gewone kredietinstellingen niet surseance van betaling kan worden verleend, wordt overgeheveld naar artikel 214 van de Faillissementswet, zoals dat artikel is komen te luiden na de inwerkingtreding van de hierboven reeds aangehaalde wet van 21 februari 2004. De bepaling dat vrijgestelde of ontheven instellingen niet kunnen worden onderworpen aan de noodregeling, blijft in artikel 70, tweede lid, van de Wtk 1992 staan, zoals die bepaling luidt na de inwerkingtreding van wetsvoorstel 29 348. Hetgeen hier is opgemerkt met betrekking tot de surseance van betaling, geldt ook met betrekking tot de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.

H

Artikel 71

Ten aanzien van een bijkantoor van een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling die in die lidstaat een vergunning heeft verkregen, is het niet langer mogelijk dat de rechtbank de noodregeling uitspreekt, of dat de Nederlandsche Bank daarom verzoekt. Om die reden is de verwijzing naar een dergelijk bijkantoor in artikel 71 vervallen.

Indien een in een derde-land gevestigde kredietinstelling een bijkantoor in Nederland heeft, kan nog wel een noodregeling worden uitgesproken. Met betrekking tot het laatste wordt het volgende opgemerkt. Teneinde de Wtk 1992 en de Wtv 1993 op dit punt met elkaar in overeenstemming te brengen, en om een betere aansluiting te vinden op de Faillissementswet, wordt in de Wtk 1992 niet langer bepaald dat het *bijkantoor* van een kredietinstelling aan de noodregeling kan worden onderworpen. Het bijkantoor is geen zelfstandige rechtspersoon. Om die reden is het minder juist te zeggen dat de noodregeling, faillissement, of, in het algemeen, de insolventieprocedure wordt uitgesproken ten aanzien van een bijkantoor. Beter is het te zeggen dat de aanwezigheid in Nederland van een bijkantoor van een in een derde-land gevestigde kredietinstelling de Nederlandse rechter de bevoegdheid geeft de noodregeling uit te spreken ten aanzien van de kredietinstelling. Wel is het zo dat de gevolgen van een noodregeling die is uitgesproken door de Nederlandse rechter die zijn bevoegdheid heeft gebaseerd op het bestaan van een bijkantoor, beperkt zijn tot het vanuit het bijkantoor in Nederland uitgeoefende bedrijf van kredietinstelling. Dit laatste wordt bepaald in artikel 75b van de Wtk 1992.

2. Dezelfde wijzigingen worden in het tweede lid aangebracht. De zinsbouw van het huidige lid is zodanig dat het overzichtelijker was niet de wijzigingen weer te geven, maar dit lid opnieuw vast te stellen. De zinsnede «een kredietinstelling die in een andere Lidstaat is gevestigd met bijkantoor in Nederland en die niet voldoet aan het bepaalde in artikel 31, eerste lid, onder a» verwijst naar de kredietinstelling die in een andere lidstaat is gevestigd maar daar geen vergunning heeft gekregen. Een bijkantoor van een dergelijke onderneming kan hier worden onderworpen aan de noodregeling.

De zinsnede «een buiten Nederland gevestigde kredietinstelling waarop het verbod van artikel 38, eerste lid van toepassing is» kan alleen betrek-

king hebben op een kredietinstelling die is gevestigd in een Staat die geen lidstaat is.

3. In het derde lid worden twee wijzigingen aangebracht. De eerste wijziging komt erop neer dat de Nederlandsche Bank in voorkomend geval een afschrift van het verzoekschrift moet zenden, niet alleen aan het bijkantoor, maar ook aan de kredietinstelling zelf. Dat strookt met de gedachte dat de noodregeling niet het bijkantoor betreft, maar de kredietinstelling. De tweede wijziging houdt in dat de Nederlandsche Bank andere toezichthouders in kennis dient te stellen van het verzoek om de noodregeling uit te spreken, alsmede van het verzoek dan wel de voordracht om de machtiging tot louter sanering uit te breiden tot een machtiging tot sanering en liquidatie. Deze bepaling vloeit niet voort uit de richtlijn. Er is voor gekozen verder te gaan dan de richtlijn om aansluiting te zoeken bij de Wtv 1993, waarin in het huidige artikel 156, vijfde lid, een dergelijke verplichting is opgenomen, die bij de eerder aangehaalde wet van 21 februari 2004 is uitgebreid.

4. Het zevende lid is gewijzigd in die zin, dat de benoeming van een rechter-commissaris verplicht is gesteld. Een noodregeling zal effectiever zijn indien een rechter-commissaris wordt benoemd. In de surseance wordt in de praktijk steeds een rechter-commissaris benoemd, zonder dat daartoe een verplichting bestaat. Ook voor de noodregeling ten aanzien van verzekeraars is voorgesteld de benoeming van een rechter-commissaris verplicht te maken. De Nederlandsche Bank kan voor de benoeming van de bewindvoerder of bewindvoerder voordrachten doen maar niet voor de benoeming van anderen.

5. De wijziging van het achtste lid houdt in dat de noodregeling ook in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen moet worden gepubliceerd. Deze wijziging vloeit voort uit artikel 6, eerste lid, van de richtlijn. Op grond van dat artikel is publicatie in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen verplicht indien tegen de beslissing de noodregeling toe te passen beroep openstaat. Op grond van artikel 80 van de Wtk 1992 staat geen hoger beroep open, maar wel cassatieberoep. Voorts houdt de wijziging in dat in het Publicatieblad moet worden vermeld dat op de noodregeling, behoudens uitzonderingen, Nederlands recht van toepassing is. Deze wijziging vloeit niet voort uit de richtlijn. Voor de noodregeling ten aanzien van een verzekeraar schrijft de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars wel voor dat wordt vermeld welk recht van toepassing is. Er is geen aanleiding in dit opzicht voor verzekeraars en kredietinstellingen verschillende regels te geven. Op grond van artikel 6, derde lid, van de richtlijn moet het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen binnen twaalf dagen na toezending bekend maken. Aangezien bedoeld Bureau zich niet gebonden behoeft te achten aan een nationale wet, is deze verplichting niet in het wetsvoorstel opgenomen.

6. De wijziging van het dertiende lid houdt verband met artikel 4 van de richtlijn. De wijziging houdt in dat de griffier de Nederlandsche Bank in kennis stelt van de inhoud van de beschikking en dat de Nederlandsche Bank op haar beurt de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaten in kennis stelt. Een dergelijke regel bestond al ten aanzien van de door de minister van Financiën aangewezen systemen. De regel is conform de zogeheten Finaliteitsrichtlijn⁹ (art. 6, leden 2 en 3), alsmede de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars. De richtlijn waarvan de implementatie met het onderhavige wetsvoorstel wordt beoogd, bepaalt dat de informatie wordt overgebracht door de bevoegde autoriteiten van herkomst. Een verschil met de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars is dat in die richtlijn de bevoegde autoriteiten (in Nederland: de Pensioen- &

⁹ 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 afwikkelingssystemen (PbEG L 166).

Verzekeringkamer) de bevoegde autoriteiten van *alle lidstaten* in kennis moeten stellen, terwijl de bij dit wetsvoorstel te implementeren richtlijn bepaalt dat de bevoegde autoriteiten (in Nederland: de Nederlandsche Bank) alleen de bevoegde autoriteiten van de *lidstaten van ontvangst* moeten worden geïnformeerd. Er is voor gekozen dat de bevoegde autoriteiten van alle lidstaten in kennis moeten worden gesteld. In dit verband zij erop gewezen dat het vergelijkbare artikel 5 in de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars bepaalt dat de toezichthouders in alle andere lidstaten van een saneringsmaatregel in kennis moeten worden gesteld. Een reden daarvoor is dat de verzekeraar op enigerlei wijze verbonden kan zijn met ondernemingen in andere lidstaten dan de lidstaat van ontvangst. Het is mogelijk dat kredietinstellingen ook in andere lidstaten dan de lidstaat van ontvangst activa hebben. Toezichthouders in die lidstaten kunnen assistentie verlenen bij de liquidatie daarvan. Voor de goede orde zij opgemerkt dat de richtlijn een minimum-harmonisatie beoogt zodat Nederland verdergaande regels kan stellen. De hier bedoelde uitbreiding leidt niet tot een uitzondering op het vrije dienstenverkeer en het vrije verkeer van vestiging, aangezien de uitbreiding niet de kredietinstellingen maar de Nederlandsche Bank raakt.

Zoals hierboven is uiteengezet, is de richtlijn niet van toepassing op kredietinstellingen zonder vergunning. In die zin vloeit uit de richtlijn niet voort dat de in het dertiende lid neergelegde informatieverplichtingen ook gelden ingeval de noodregeling wordt toegepast op een illegale kredietinstelling. Zoals hierboven opgemerkt, heeft de regering ervoor gekozen de richtlijn ook op deze categorie instellingen toe te passen. Niet valt in te zien waarom op de analoge toepassing van de richtlijn op illegale kredietinstelling een uitzondering zou moeten worden gemaakt ten aanzien van de hier voorgestelde informatieverplichtingen. Integendeel, juist bij illegale instellingen kan het nuttig zijn dat de toezichthouders van andere lidstaten worden gewaarschuwd. De verhoging van de werkdruk als gevolg van deze informatieverplichtingen is gering – immers, zeer incidenteel – en weegt ruimschoots op tegen de voordelen die daarmee kunnen worden behaald. Voorstelbaar is dat bij een bijkantoor van een illegale kredietinstelling uit een derde land het de Nederlandsche Bank niet of niet direct bekend is in welke andere lidstaten de kredietinstelling bijkantoren heeft. De bepaling dat ingeval van een noodregeling als saneringsprocedure aan de toezichthouders van de lidstaten waar de kredietinstelling bijkantoren heeft kennis gegeven moet worden, dient in dat geval zo te worden uitgelegd, dat dan slechts aan die toezichthouders kennis gegeven moet worden van de lidstaten waarvan bekend is dat de kredietinstelling daar een bijkantoor heeft.

7. Het huidige veertiende lid wordt overgebracht naar artikel 212l van de Faillissementswet. Daarvoor in de plaats komt de bepaling dat de bewindvoerders van de in het zevende lid bedoelde beschikking onmiddellijk aan alle bekende schuldeisers schriftelijk kennis geeft. Hiermee wordt artikel 7, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd.

8. Met het vijftiende lid wordt artikel 29, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. In dat artikel wordt de bevoegdheid gegeven aan de bewindvoerder om inschrijving in een openbaar register in een andere lidstaat te verzoeken. Het enige dat de Nederlandse wet kan bepalen is dat de curator die bevoegdheid heeft. De Nederlandse wet kan niet aan een register in een andere lidstaat de verplichting opleggen het verzoek om inschrijving te honoreren. Voor de omgekeerde situatie – een in een andere lidstaat benoemde curator verzoekt in Nederland om inschrijving – worden de artikelen 80s Wtk 1992 en 212kk Fw voorgesteld. Ook zonder artikel 71, vijftiende lid, had betoogd kunnen worden dat de Nederlandse wet geen obstakel bevat voor de bewindvoerder om een dergelijke

inschrijving te verzoeken. Het vijftiende lid is vooral bedoeld als opmaat voor het zestiende lid, dat bepaalt dat de kosten van een dergelijke inschrijving boedelschuld zijn. Daarmee wordt artikel 29, tweede lid, van de richtlijn geïmplementeerd.

I

Artikel 71a

Met artikel 71a wordt artikel 5 van de richtlijn geïmplementeerd.

J

Artikelen 72, 73 en 74

De wijzigingen van artikelen 72, 73 en 74 houden verband met de opmerkingen in de toelichting op artikel 71 dat een noodregeling ten aanzien van de kredietinstelling wordt uitgesproken en niet ten aanzien van het bijkantoor. Herhaald zij dat de machtigingen van een noodregeling ten aanzien van een kredietinstelling die is gevestigd in een derde-land betrekking hebben op het vanuit haar bijkantoren in Nederland uitgeoefende bedrijf van kredietinstelling: artikel 75b.

K

Artikel 73

De bepaling in artikel 73, tweede lid, dat op verzoek van de bewindvoerders de rechtbank een rechter-commissaris benoemt die toezicht houdt op de vereffening die plaats heeft ingevolge artikel 76, is in gewijzigde vorm overgeheveld naar artikel 71, zevende lid, en 76d. De wijziging bestaat hierin dat er steeds een rechter-commissaris wordt benoemd, ook als de bewindvoerders daar niet om verzoeken. Daarnaast is in artikel 76d bepaald dat de rechter-commissaris toezicht houdt op de overdracht onderscheidenlijk de liquidatie.

L

Artikel 75

Door de wijziging van artikel 75, eerste lid, wordt de mogelijkheid dat een machtiging strekt tot louter sanering, tot louter liquidatie, of tot beide, duidelijker verwoord. Deze wijziging houdt verband met de omstandigheid dat de richtlijn aanleiding geeft om binnen de noodregeling de saneringselementen en de liquidatie-elementen van elkaar te onderscheiden.

De overdracht van de verbintenissen van de kredietinstelling is een saneringsmaatregel in de zin van de richtlijn. Ook deze overdracht moet derhalve worden gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie. Het huidige artikel 75 bepaalt dat de overdracht zelf moet worden gepubliceerd; de richtlijn schrijft voor dat de machtiging tot overdracht moet worden gepubliceerd. Het vijfde lid wordt niet gewijzigd. Dat lid bepaalt dat de overdracht van kracht wordt op de dag waarop de overdracht wordt gepubliceerd in de Staatscourant. De publicatie in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen heeft daarop geen invloed.

Artikel 75a

Het nieuwe artikel 75a, eerste lid, regelt het geval waarin een machtiging tot enkel overdracht van de verbintenissen is gegeven, en waarin de bewindvoerders of de rechter-commissaris wensen dat de machtiging wordt uitgebreid tot zowel overdracht als liquidatie. Met de bepaling dat de machtiging kan worden uitgebreid zowel op voordracht van de rechter-commissaris als op verzoek van de bewindvoerders, wordt aangesloten bij artikel 242, eerste en vierde lid, van de Faillissementswet. Daarin wordt de intrekking van de surseance onder gelijktijdige faillietverklaring geregeld. Een dergelijke omzetting van een saneringsprocedure in een liquidatieprocedure vertoont verwantschap met het uitbreiden van de machtiging tot overdracht met een machtiging tot liquidatie.

In het tweede en derde lid wordt een regeling gegeven voor het uitbreiden van de machtiging tot overdracht met een machtiging tot liquidatie. Het tweede lid bepaalt dat de rechtbank op een voordracht of verzoek tot uitbreiding van de machtiging niet beslist dan nadat de Nederlandsche Bank in de gelegenheid is gesteld haar mening daaromtrent kenbaar te maken. De rechtbank neemt met de meeste spoed een beslissing.

Het vierde lid bepaalt dat artikel 71, achtste tot en met veertiende lid, van overeenkomstige toepassing is. Een en ander komt erop neer dat voor de beslissing tot uitbreiding van de machtiging de regels van overeenkomstige toepassing zijn met betrekking tot de publicatie, uitvoerbaarheid bij voorbaat, terugwerkende kracht en de uitzonderingen daarop, vermelding van het tijdstip van de beslissing en de inkennisstelling van de Nederlandse Bank, andere toezichthouders en systemen.

In de huidige Wtk 1992 wordt niet, zoals in de Wtv 1993, de maximale duur van machtiging bepaald, maar de maximale duur van de beschikking waarbij wordt verklaard dat de kredietinstelling verkeert in een toestand welke in het belang van de gezamenlijke schuldeisers bijzondere voorziening behoeft. In de praktijk is de duur van de machtiging gelijk aan de duur van de beschikking. Indien tijdens de looptijd van de beschikking de machtiging tot overdracht wordt uitgebreid tot een machtiging tot zowel overdracht als liquidatie, loopt de nieuwe machtiging af op het tijdstip waarop de duur van de beschikking beëindigt. Als gevolg van het verschil in opzet op dit punt tussen de Wtk 1992 en de Wtv 1993, is het, in tegenstelling tot bij de Wtv 1993, in dit wetsvoorstel niet nodig een en ander uitdrukkelijk te bepalen.

Artikel 75b

In artikel 75b wordt bepaald dat ten aanzien van een kredietinstelling die is gevestigd in een staat die niet een lidstaat is, de machtigingen betrekking hebben op het vanuit haar bijkantoren in Nederland uitgeoefende bedrijf van kredietinstelling.

Artikel 76

1. Artikel 76 bevat een regeling met betrekking tot het doen van uitkeringen op vorderingen. Reeds nu bepaalt de rechter-commissaris op grond van het derde lid wanneer de verificatievergadering wordt gehouden en wanneer de vorderingen moeten zijn ingediend. Van deze beschikking moet aankondiging worden gedaan in nieuwsbladen. Het derde lid wordt in meer dan een opzicht gewijzigd. Er is voor gekozen de wijzigingen in het derde lid aan te brengen, in plaats van een nieuw lid in te voegen. Reden daarvoor is dat anders de artikelleden voor korte tijd

zouden moeten worden vernummerd. Bij het voorstel van wet op het financiële toezicht (Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 2) wordt deze materie opnieuw geregeld, zonder inhoudelijke wijzigingen, maar wel anders gestructureerd. De bepaling zal dan in kortere leden worden opgesplitst. Het ligt in de bedoeling bedoelde wijzigingen voor te stellen bij nota van wijziging bij het wetsvoorstel 29 708. Op het moment dat het thans voorliggende wetsvoorstel wordt ingediend was bedoelde nota van wijziging nog in voorbereiding.

Een wijziging is dat de kennisgeving van de bewindvoerders aan de schuldeisers in ieder geval bevat de gevolgen van het indienen van een vordering na het verstrijken van de daarvoor bepaalde termijn, de mededeling dat de vordering bij de bewindvoerders moet worden ingediend met, in het voorkomende geval, de opgave dat op een voorrecht of goederenrechtelijk recht aanspraak wordt gemaakt. Een andere wijziging bestaat hieruit, dat de aankondiging ook in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en in twee landelijke dagbladen in iedere lidstaat van ontvangst moet worden gedaan. Dit is in overeenstemming met artikel 6 van de richtlijn.

2. In het huidige derde lid wordt voorts bepaald dat vanaf »deze aankondiging» de vorderingen die bevoorrecht zijn op zekere bepaalde goederen van de kredietinstelling dan wel het bijkantoor hetzij op al de goederen vallen onder artikel 74 van de Wtk 1992, met andere woorden, dat de kredietinstelling niet kan worden genoodzaakt tot nakoming van die verplichtingen. Deze regel wordt op twee manieren gewijzigd. De eerste wijziging van deze regel houdt in dat niet langer de aankondiging in de dagbladen beslissend is, maar de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. De tweede wijziging houdt in dat, in geval van een bijkantoor in Nederland van een kredietinstelling die is gevestigd buiten de Europese Unie, het gaat om goederen die in Nederland zijn. Deze wijziging houdt verband met de omstandigheid dat het minder juist is om te spreken van »goederen van het bijkantoor», nu het bijkantoor zelfstandige rechtspersoonlijkheid mist.

3. In het zesde lid is bepaald dat de bestuurders van de kredietinstelling dan wel de feitelijk leidinggevenden het bijkantoor de verificatievergadering bijwonen. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om aan bestuurders toe te voegen dan wel de «feitelijke-leidinggevenden»; een bijkantoor heeft geen bestuurders.

4. In het negende lid wordt bepaald dat mededeling in een of meer nieuwsbladen moet worden gedaan van de nederlegging van de goedgekeurde uitdelingslijst. Deze bepaling is aangepast in hier voege dat daarvan ook mededeling moet worden gedaan in een of meer landelijke dagbladen van iedere lidstaat van ontvangst. De richtlijn verplicht hier niet toe. De wijziging is in overeenstemming met de wijziging van het vierde lid.

O

Artikel 76a tot en met 76c

De artikelen 76a tot en met 76c geven regels omtrent de inkennisstelling van de schuldeisers. Ingeval van liquidatie hoeft niet uitdrukkelijk te worden bepaald dat de schuldeisers in kennis worden gesteld van de noodregeling. Dat volgt uit artikel 76c, dat bepaalt dat de bewindvoerders de schuldeisers van het verloop van de noodregeling in kennis stellen. Nieuw is dat schuldeisers hun vordering kunnen indienen ingeval een machtiging liquidatie omvat. Dit is bepaald in artikel 76a, tweede lid, waarmee artikel 16, eerste lid, van de richtlijn wordt geïmplementeerd. De

schuldeisers hebben tevens het recht om schriftelijke opmerkingen betreffende hun vorderingen in te dienen bij de bewindvoerders.

Artikel 76d

In artikel 76d wordt bepaald dat de rechter-commissaris toezicht houdt op de overdracht onderscheidenlijk de liquidatie, bedoeld in artikel 75, eerste lid. Nu in artikel 71, zevende lid, wordt bepaald dat een rechter-commissaris wordt benoemd in de noodregeling, is het dienstig een bepaling als artikel 64 Fw voor de noodregeling op te nemen.

Artikel 76e

Artikel 76e houdt deels verband met de wijzigingen van artikel 75, eerste lid. Artikel 12, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dat, indien ten aanzien van een kredietinstelling zonder of na het mislukken van saneringsmaatregelen wordt beslist een liquidatieprocedure te openen, de vergunning wordt ingetrokken. De noodregeling heeft elementen van zowel sanering als liquidatie. De wijziging van artikel 75 houdt hiermee verband: overdracht van de verbintenissen kan als saneringsmaatregel worden beschouwd, en gehele of gedeeltelijke vereffening als liquidatie. De richtlijn schrijft niet voor dat in de gevallen waarin de noodregeling als saneringsmaatregel moet worden beschouwd, de vergunning moet worden ingetrokken. Intrekking is in die gevallen ook niet gewenst. Het kan zich voordoen dat een financier wordt gevonden waardoor voortzetting van het bedrijf van de kredietinstelling mogelijk wordt gemaakt. Indien de vergunninghouder blijft voortbestaan, is intrekking van de vergunning niet gewenst. Voor die gevallen waarin de noodregeling als een liquidatieprocedure moet worden beschouwd, schrijft artikel 12, eerste lid, van de richtlijn voor dat de vergunning moet worden ingetrokken voor zover zij niet reeds vóór de opening van de liquidatieprocedure is ingetrokken.

Artikel 76e komt hierop neer dat de Nederlandsche Bank de vergunning intrekt op het moment dat in de noodregeling sprake is van «liquidatie». Zoals hierboven is opgemerkt, wordt artikel 75, eerste lid, zodanig aangepast, dat er drie soorten machtigingen kunnen worden gegeven:

- a. een machtiging die slechts strekt tot sanering;
- b. een machtiging die slechts strekt tot liquidatie; en
- c. een machtiging die strekt tot beide.

ad a: Indien de machtiging slechts tot sanering strekt, hoeft de vergunning niet te worden ingetrokken.

ad b: Indien de machtiging slechts tot liquidatie strekt, moet de vergunning worden ingetrokken. Dit is bepaald in artikel 76e, eerste lid.

ad c: Indien een liquidatiemaatregel wordt getroffen, moet, voor zover de kredietinstelling op dat moment nog een vergunning heeft, de vergunning worden ingetrokken. Dit is bepaald in artikel 76e, tweede lid, eerste volzin. In de richtlijn wordt geen definitie gegeven van «liquidatiemaatregel», wel van «liquidatieprocedure» (art. 2, negende gedachtestreepje). Deze definitie bevat in hoofdzaak drie elementen: 1) de procedure is collectief; 2) er is een optreden van een rechterlijke of administratieve instantie en 3) de procedure behelst het te gelde maken van de activa van een kredietinstelling. De eerste twee elementen doen zich ook voor bij een noodregeling als saneringsprocedure. Het te gelde maken van de activa is het kenmerkende element van een liquidatieprocedure, reden waarom dit element is opgenomen in artikel 76e. Het moment waarop de activa onder de schuldeisers worden verdeeld, hoeft niet te worden genoemd in artikel 76e. De verdeling van de activa komt logischerwijze pas aan de orde na het te gelde maken van de activa, zodat de vergunning dan al moet zijn ingetrokken. Wel is opgenomen dat de activa te gelde moeten worden gemaakt met het oogmerk deze te verdelen onder de schuldeisers. Het

verkopen door de bewindvoerder van activa in het kader van de voortzetting van de normale bedrijfsvoering, leidt niet tot de verplichting van de Nederlandsche Bank om de vergunning in te trekken.

In het geval waarin de vergunning nog niet is ingetrokken, dient de Nederlandsche Bank te weten op welk moment de verplichting de vergunning in te trekken, op haar rust. Om die reden is in de tweede volzin van artikel 76e, tweede lid, bepaald dat de bewindvoerder de Nederlandsche Bank in kennis stelt van het voor de eerste keer te gelde maken van de activa. De bewindvoerder doet dat zo mogelijk voorafgaand aan het voor de eerste keer te gelde maken van de activa, of anders onverwijld daarna. De intrekking van de vergunning is geen voorwaarde voor het te gelde maken van de activa. In haar advies merkt de Nederlandsche Bank op dat artikel 12, tweede lid, van de richtlijn zou moeten worden geïmplementeerd. In bedoeld artikel wordt bepaald dat de intrekking van de vergunning niet belet dat de met liquidatie belaste personen bepaalde activiteiten kunnen voortzetten. Aangezien dat reeds uit artikel 15, zesde lid, Wtk 1992 volgt, is zulks is niet nodig. In het verleden heeft er geen twijfel over bestaan dat de bewindvoerders de verzekeraar kunnen voortzetten. In de richtlijn sanering en liquidatie verzekeraars komt eveneens een dergelijke bepaling voor, en bij de omzetting van die richtlijn werd een dergelijke regel geacht voort te vloeien uit artikel 154 Wtv 1993, en dermate vanzelfsprekend geacht dat omzetting niet nodig werd geoordeeld.

Artikel 76f

Met artikel 76f wordt artikel 15 van de richtlijn geïmplementeerd. De verklaring van overeenkomstige toepassing van artikel 52 van de Faillissementswet komt erop neer dat degene die heeft voldaan aan de kredietinstelling waarop de noodregeling is toegepast in plaats van aan de bewindvoerders, is bevrijd zo lang zijn bekendheid met de noodregeling niet wordt bewezen. Voldoening na de bekendmaking van de noodregeling bevrijdt tegenover de boedel alleen dan wanneer degene die heeft voldaan aantoont dat hij niet op een andere manier op de hoogte kon zijn geraakt van de noodregeling. Artikel 15 van de richtlijn heeft slechts betrekking op liquidatieprocedures. Toch is er geen aanleiding deze regeling ook toe te passen in die gevallen waarin de noodregeling een saneringsprocedure is.

Voor de toelichting op het tweede lid diene het volgende. Artikel 15 van de richtlijn bepaalt dat degene die een verbintenis jegens een kredietinstelling, ten aanzien waarvan in een andere lidstaat een liquidatieprocedure is geopend, uitvoert ten voordele van die kredietinstelling in plaats van ten voordele van de curator, bevrijdend voldoet indien hij niet op de hoogte was van de liquidatieprocedure. Deze richtlijnbeepaling heeft betrekking op het geval waarin de kredietinstelling niet een rechtspersoon is. Voor het geval waarin de kredietinstelling wel een rechtspersoon is, geeft de richtlijn geen bepaling, zodat dit aan het nationale recht is overgelaten. In artikel 52 van de Faillissementswet wordt ten aanzien van dit onderwerp geen onderscheid gemaakt tussen rechtspersonen en natuurlijke personen. De in de richtlijn opgenomen bepaling is derhalve al geldend Nederlands recht.

Artikel 76f, tweede lid, is nodig omdat artikel 15, tweede volzin, van de richtlijn en artikel 52, tweede lid, van de Faillissementswet van elkaar verschillen. Artikel 15 van de richtlijn bepaalt dat degene die de verbintenis uitvoert na de bekendmaking van de opening van de insolventieprocedure, geacht wordt, behoudens tegenbewijs, op de hoogte van de opening van de procedure te zijn. Artikel 52, tweede lid, van de Faillissementswet bepaalt dat een betaling bevrijdt indien degene die haar deed niet met de faillietverklaring bekend *kon* zijn, behoudens door de curator te leveren bewijs. Alhoewel het praktische verschil tussen beide regels zeer gering is, noopt de richtlijn ertoe in de Faillissementswet een

uitzondering op te nemen voor het geval een betaling is gedaan aan een kredietinstelling die niet een rechtspersoon is. Deze afwijking van artikel 52, tweede lid, van de Faillissementswet geldt niet alleen voor de noodregeling als liquidatieprocedure maar ook voor de noodregeling als saneringsprocedure. Dat past in ons recht: vergelijk artikel 240 van de Faillissementswet, waarin een vergelijkbare regel wordt gegeven voor de surseance van betaling, ook een saneringsprocedure.

Overigens geldt artikel 52, derde lid, van de Faillissementsrecht onverkort: voldoening aan de gefailleerde bevrijdt voor zover hetgeen is voldaan ten bate van de boedel is gekomen.

P

Artikelen 77 en 77a

De inhoud van de artikelen 77 en 77a wordt overgeheveld naar de Faillissementswet.

Q

Artikel 79

In artikel 79 wordt de verwijzing naar artikel 77, onderdeel c, vervangen door een verwijzing naar artikel 212o, eerste lid, Fw.

R

Artikel 80

Artikel 80 bepaalt onder andere dat, indien na beroep in cassatie een arrest is gewezen, de zakelijke inhoud daarvan wordt gepubliceerd in de Staatscourant en in een of meer landelijke dagbladen. Daaraan wordt als gevolg van de voorgestelde wijziging toegevoegd dat ook in het Publicatieblad van de Europese Unie en in ten minste twee landelijke dagbladen van de lidstaat van ontvangst moet worden gepubliceerd.

S

Artikel 80a

Op grond van artikel 3, eerste lid, van de richtlijn zijn alleen de bevoegde instanties van de lidstaat van herkomst bevoegd te beslissen om ten aanzien van een kredietinstelling een saneringsmaatregel «ten uitvoer te leggen». Op grond van artikel 3, tweede lid, tweede alinea, van de richtlijn hebben saneringsmaatregelen «zonder verdere formaliteiten» rechtswerving in de gehele Europese Unie. In artikel 80a is een en ander geïmplementeerd door te bepalen dat de beslissing tot vaststelling van een saneringsmaatregel die is genomen in de lidstaat van herkomst van rechtswege wordt erkend. Met de gekozen bewoordingen wordt beter aangesloten bij de in het Nederlandse spraakgebruik gangbare terminologie.

De beslissing heeft rechtsgevolgen binnen Nederland zodra de beslissing gevolgen heeft in de lidstaat van herkomst. Mogelijke tijdstippen waarop de beslissing gevolgen krijgt zijn bijvoorbeeld het tijdstip van ondertekening, uitspreken, inschrijven in een register of bekendmaken aan de kredietinstelling, of 00.00 uur van de dag van vaststelling. Daarmee wordt aangesloten bij artikel 2, onderdeel f, van de EG-insolventieverordening. De regel geldt ook indien naar het recht van de lidstaat van herkomst de beslissing gevolgen heeft voordat deze definitief is geworden.

Artikel 80b

Artikel 80b bevat de hoofdregel met betrekking tot het toepasselijke recht: het recht van de lidstaat van herkomst beheerst de beslissing tot vaststelling van een saneringsmaatregel, de saneringsmaatregel zelf en de rechtsgevolgen van de saneringsmaatregel, tenzij anders is bepaald. Hiermee wordt artikel 3, tweede lid, tweede alinea, van de richtlijn geïmplementeerd. De richtlijn spreekt over de «tenuitvoerlegging» van de saneringsmaatregel. Betwijfeld kan worden of dit de juiste Nederlandse terminologie is. Indien een schuldeiser zich moet laten welgevalen dat de kredietinstelling niet tot betaling van zijn schulden kan worden genoodzaakt, is dat geen «tenuitvoerlegging». Om die reden is artikel 80b anders geformuleerd. Aansluiting is gezocht bij de terminologie van de bij de hierboven reeds aangehaalde wet van 21 februari 2004¹⁰ ingevoerde artikel 171b Wtv 1993.

In de richtlijn is in de bepaling met betrekking tot de saneringsmaatregelen (art. 4) geen enuntiatieve lijst opgenomen van onderwerpen die worden geregeld door het recht van de lidstaat van herkomst, in tegenstelling tot de bepaling met betrekking tot faillissement (art. 10). Voorbeelden van onderwerpen die worden beheerst door het recht van de lidstaat van herkomst zijn:

- a. welke goederen tot de boedel behoren en de rechten en verplichtingen ten aanzien van goederen die na de opening van de saneringsmaatregel zijn verkregen;
- b. de respectieve bevoegdheden van de kredietinstelling en de bewindvoerder;
- c. de voorwaarden waaronder een verrekening kan worden tegengeworpen;
- d. de gevolgen van de saneringsmaatregel voor overeenkomsten waarbij de kredietinstelling partij is en die zowel door haar als door de andere partij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk niet is nagekomen;
- e. de gevolgen van de rechtsvorderingen, ingesteld na vaststelling van de saneringsmaatregel tegen de kredietinstelling of de boedel en voor beslagen, gelegd ten laste van de kredietinstelling;
- f. welke vorderingen te verhalen zijn op het vermogen van de kredietinstelling;
- g. de rechten en verplichtingen ten aanzien van boedelschulden;
- h. de regels betreffende indiening, verificatie en toelating van vorderingen;
- i. de regels betreffende de verdeling van de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen, de rangindeling van de vorderingen, en de rechten van schuldeisers die na de vaststelling van de saneringsmaatregel van de liquidatieprocedure gedeeltelijk zijn voldaan op basis van een goederenrechtelijk recht of ingevolge verrekening;
- j. de voorwaarden voor en de gevolgen van de beëindiging van de saneringsmaatregel, in het bijzonder door een gerechtelijk akkoord;
- k. de rechten van de schuldeisers nadat de saneringsmaatregel is beëindigd;
- l. voor wiens rekening de kosten en de uitgaven van de saneringsmaatregel zijn;
- m. de regels betreffende nietigheid en vernietigbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige rechtshandelingen en regels die bepalen of dergelijke rechtshandelingen kunnen worden tegengeworpen.

Artikel 80c

Met artikel 80c wordt artikel 21, eerste tot en met derde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80c geeft een van artikel 80b afwijkende regel en bepaalt dat de beslissing tot vaststelling van een sanering goederen-

¹⁰ Zie noot 7.

rechtelijke rechten niet aantast. De term «goederenrechtelijk» is overgenomen uit artikel 212f van de Faillissementswet. Het artikel noopt louter tot eerbiediging van bestaande goederenrechtelijke rechten. Het artikel bevat geen verwijzingsregel. Welk recht ook van toepassing is op goederenrechtelijke rechten, indien het toepasselijke recht een regel bevat op grond waarvan het goederenrechtelijke recht als gevolg van de beslissing tot vaststelling van een sanering niet kan worden uitgeoefend, mist deze regel toepassing. Voor de vraag welk recht van toepassing is op goederenrechtelijke rechten zij verwezen naar het commune internationaal privaatrecht. In dit verband kan de aandacht worden gevestigd op het advies van de Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht, Internationaal goederenrecht (een uitgave van het Ministerie van Justitie, 1999). Deze Staatscommissie stelt voor dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot een goed wordt beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied het goed zich bevindt. Indien het goed wordt verplaatst naar een andere Staat blijft het goederenrechtelijke recht bestaan en verkrijgt het een door het recht van die andere Staat beheerste inhoud. Zie HR 7 januari 2000, RvdW 2000, 16, voor een soortgelijke regel met betrekking tot retentierecht.

Voorwaarde voor toepassing van het eerste lid is dat het goed waarop het goederenrechtelijke recht rust, zich in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst bevindt. De achtergrond daarvan is dat in dat geval de kans dat de zekerheidsgerechtigde wordt geconfronteerd met een rechtsstelsel waarvan hij de toepassing niet had voorzien groter is dan in het geval waarin het goed zich nog bevindt in de lidstaat van herkomst. Toegevoegd is een precisering van het tijdstip waarop het goed zich in een andere lidstaat moet bevinden: dat is het tijdstip waarop de beslissing tot vaststelling van de saneringsmaatregel rechtsgevolgen heeft. Deze precisering komt niet voor in de richtlijn, maar wel in de EG-insolventieverordening (artt. 5 jo. 2, onderdeel f, EG-insolventieverordening), waarvan de richtlijn op dit punt niet beoogt af te wijken.

De woorden «zowel bepaalde goederen als gehelen met een wisselende samenstelling van onbepaalde goederen» zijn overgenomen uit de richtlijn, waarin zij zijn opgenomen om rekening te houden met de rechtsfiguur naar Engels recht van «floating charges».

In de richtlijn is bepaald welke rechten in ieder geval worden beschouwd als goederenrechtelijke rechten, teneinde buiten twijfel te stellen welke rechtsfiguren in de verschillende rechtsstelsels van de lidstaten onder bedoeld begrip vallen. Deze bepaling is overgenomen in het tweede lid en het derde lid van artikel 80c. Voor de goede orde zij opgemerkt met het voorgestelde artikel het Nederlandse materiële recht met betrekking tot cessie tot zekerheid eigendomszekerheid wordt gewijzigd, maar dat deze rechtsfiguren moeten worden erkend indien zij voorkomen in het recht van een andere lidstaat dan Nederland.

Het vierde lid bepaalt hoe een registergoed, een zaak en een schuldvordering moeten worden gelokaliseerd. Deze bepaling is overgenomen uit artikel 2, onderdeel g, van de EG-insolventieverordening. Voor de lokalisatie van een schuldvordering is het aanknopingspunt het gevestigd zijn van de derde-schuldenaar en niet, zoals in de EG-insolventieverordening, het centrum van diens voornaamste belangen. Het aanknopingspunt «gevestigd zijn» komt overeen met het in de gecodificeerde bankenrichtlijn gebruikte criterium om te bepalen welke autoriteiten en rechter bevoegd zijn. Het vierde lid vloeit niet voort uit de richtlijn, maar is opgenomen uit overwegingen van zo veel mogelijk harmonisatie met de EG-insolventieverordening.

Artikel 80d

Met artikel 80d wordt artikel 22, eerste en tweede lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80d geeft een van artikel 80b afwijkende regel

met betrekking tot eigendomsvoorbehoud. Het eerste lid bevat een bepaling die vergelijkbaar is met artikel 80c, eerste lid. Degene die een goed heeft verkocht aan de kredietinstelling en daarbij een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen, kan dat recht uitoefenen, ook als het toepasselijke recht de regel zou bevatten dat de vaststelling van saneringsmaatregel uitoefening van dat recht verhindert. Voor de vraag welk recht van toepassing is op eigendomsvoorbehoud, wordt de aandacht gevestigd op artikel 92a van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, zoals ingevoerd bij wet van 7 november 2002 tot uitvoering van Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (Stb. 545). Dat artikel houdt in dat de goederenrechtelijke gevolgen van het eigendomsvoorbehoud in beginsel worden beheerst door het recht van de staat waar de zaak zich op het tijdstip van levering bevindt. De bepaling zal te zijner tijd worden overgeheveld naar de nog tot stand te brengen Wet conflicten goederenrecht.

Het tweede lid bevat een regel van materieel recht voor het geval juist de kredietinstelling een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen. De gevolgen van de verkoop blijven werken. De koper zet zijn betalingen voort en verkrijgt de eigendom zodra aan de opschortende voorwaarde van voldoening van de prestatie is voldaan.

Voorwaarde voor toepassing van de in beide leden neergelegde regels is dat het goed zich bevindt in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst, om dezelfde reden als in artikel 80c.

Artikel 80e

Met artikel 80e wordt artikel 23, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80e geeft een van artikel 80b afwijkende regel. De bedoeling is dat eerst aan de hand van het recht van de lidstaat van herkomst wordt bepaald of verrekening is toegestaan en onder welke voorwaarden verrekening met een vordering van de schuldenaar kan plaatsvinden. Indien verrekening door het recht van de lidstaat van herkomst wordt toegestaan, is daarmee het antwoord gegeven. Indien het recht van de lidstaat van herkomst verrekening niet zou toestaan, komt artikel 80e voor toepassing in aanmerking.

Artikel 80f

Met artikel 80f worden de artikelen 21, vierde lid, 22, derde lid en 23, tweede lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80f geeft een nadere precisering van de artikelen 80c tot en met 80e met betrekking tot wat ook wel de actio Pauliana wordt genoemd: de vordering waarmee de curator bepaalde rechtshandelingen die zijn verricht vóór de saneringsmaatregel en die nadelig zijn voor het geheel van schuldeisers, kan aantasten. Weliswaar bepaalt artikel 80c dat de beslissing tot vaststelling van een saneringsmaatregel een goederenrechtelijk zekerheidsrecht onverlet laat, maar dat neemt niet weg dat een «paulianeuze» vestiging van een dergelijk recht moet kunnen worden vernietigd, of vernietigbaar dan wel niet voor tegenwerping vatbaar moet kunnen zijn. Indien een vestiging van een goederenrechtelijk recht ten gunste van een bepaalde schuldeiser of derde nadelig is voor het geheel van schuldeisers en naar het recht van de lidstaat van herkomst op die grond nietig, vernietigbaar of niet voor tegenwerping vatbaar is, heeft de desbetreffende bepaling uit het recht van de lidstaat van herkomst voorrang. Gewezen zij evenwel op de uitzondering op deze regel in artikel 171m. Hetzelfde geldt mutatis mutandis met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud en de verrekening.

Artikel 80g

Met artikel 80g wordt artikel 20, onderdeel a, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80g bepaalt dat de gevolgen van de saneringsmaatregel voor arbeidsovereenkomsten en arbeidsbetrekkingen uitsluitend worden beheerst door het recht van de lidstaat dat op de arbeidsovereenkomst of -betrekking van toepassing is. Onderwerpen die karakteristiek zijn voor het arbeidsrecht worden beheerst door het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst, onderwerpen die worden gekwalificeerd als onderwerpen van insolventierecht door het recht van de lidstaat van herkomst. Zo worden de door de bewindvoerder in acht te nemen termijn bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst en de omvang van de vordering van de werknemer bepaald door het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst, en gelden de opzegtermijnen zoals die naar dat recht in een insolventieprocedure gelden (zie ook het Rapport Virgós/Schmit, § 125). De wijze van indiening van de vordering en de rang van de loonvordering worden daarentegen weer bepaald door het recht van de lidstaat van herkomst. Met het woord «uitsluitend» wordt bedoeld dat de verwijzing naar het andere rechtstelsel dan het recht van de lidstaat van herkomst mede omvat het arbeidsrecht dat van toepassing is in situaties van insolventie (zie ook het rapport Virgós/Schmit, § 130). Indien het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld voorziet in bijzondere opzegtermijnen ingeval van faillissement, zullen die bijzondere opzegtermijnen in acht moeten worden genomen.

Artikel 80h

Met artikel 80h wordt artikel 20, onderdeel b, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80h bepaalt dat de gevolgen van de saneringsmaatregel voor overeenkomsten betreffende een onroerende zaak uitsluitend worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de onroerende zaak is gelegen. Ook hier wordt met het woord «uitsluitend» beoogd tot uitdrukking te brengen dat de verwijzing naar het andere rechtstelsel dan het recht van de lidstaat van herkomst mede omvat het insolventierecht. Daarmee wordt bedoeld dat, indien het recht waarnaar wordt verwezen bijzondere bepalingen bevat met betrekking tot de gevolgen van een insolventieprocedure voor overeenkomsten betreffende een onroerende zaak, mede naar die bijzondere bepalingen wordt verwezen. Onder het voorgestelde artikel vallen niet alleen huur- en lease-overeenkomsten, maar ook koopovereenkomsten.

Artikel 80i

Met artikel 80i wordt artikel 20, onderdeel c, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80i bepaalt dat de gevolgen van de saneringsmaatregel voor rechten van de kredietinstelling op een registergoed worden beheerst door het recht van het land onder het gezag waarvan het register wordt gehouden. Het recht van het registratie-land bepaalt welke door het recht van de lidstaat van herkomst voorgeschreven gevolgen doorwerken in de geregistreerde rechten. Anders dan in de corresponderende artikelen 11 van de EG-insolventieverordening en 19, onderdeel c, handelt artikel 20, onderdeel c, van de bij dit wetsvoorstel geïmplementeerde richtlijn niet over de rechten *van de kredietinstelling* (respectievelijk schuldenaar of kredietinstelling) op een registergoed, maar over de rechten op een registergoed, zonder een toevoeging als «van de kredietinstelling». Nu het uitgangspunt bij het opstellen van de richtlijn is geweest slechts dan af te wijken van de EG-insolventieverordening indien het bijzondere karakter van het kredietwezen daartoe aanleiding geeft, moet worden aangenomen dat een dergelijke toevoeging abusievelijk niet uit de EG-insolventieverordening is overgenomen. In artikel 80i is de toevoeging wel opgenomen.

Artikel 80j

Met artikel 80j wordt artikel 27 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80j bepaalt dat de gevolgen van de saneringsmaatregel voor een gereglementeerde markt uitsluitend worden beheerst door het recht dat op die markt van toepassing is. Voor het begrip «gereglementeerde markt» is verwezen naar de richtlijn betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (richtlijn 93/22/EEG).

Artikel 80k

Met artikel 80k wordt artikel 31 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80k wijst het recht aan dat bepaalt of een door een kredietinstelling na vaststelling van de saneringsmaatregel, dus in strijd met de beschikkingsonbevoegdheid verrichte rechtshandeling geldig dan wel ongeldig is. In geval de kredietinstelling heeft beschikt over een registergoed, financiële instrumenten of rechten betreffende financiële instrumenten, wordt de geldigheid van die rechtshandeling beheerst door het recht van de lidstaat waar de onroerende zaak zich bevindt of onder het gezag waarvan het register wordt gehouden. Het artikel ziet slechts op financiële instrumenten of rechten daarop waarvan het bestaan of overdracht inschrijving veronderstelt in een register, op een rekening of in een in een lidstaat bijgehouden of gesitueerd gecentraliseerd effectendepot.

Het artikel strekt tot bescherming van derden die op de registratie afgaan. In de considerans (nr. 29) van de richtlijn wordt in overeenstemming daarmee vermeld dat het vertrouwen van de derde verkrijger in de inhoud van bedoelde registers of rekeningen dient te worden behoed, ook nadat een saneringsmaatregel is vastgesteld of een liquidatieprocedure is geopend.

Artikel 80l

Met artikel 80l wordt artikel 32 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80l wijst het recht aan dat bepaalt wat de gevolgen zijn van de saneringsmaatregel met betrekking tot lopende rechtsvorderingen betreffende een goed dat in de boedel valt. Het toepasselijke recht is het recht van de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is. Dit is een logische regel. Een saneringsmaatregel kan tot gevolg hebben dat een rechtsvordering wordt geschorst of dat een procesrechtelijke wijziging optreedt om de bewindvoerder in staat te stellen zich uit te laten over de vraag of hij de rechtsvordering wil overnemen. Het ligt voor de hand dat het recht van de lidstaat waar deze rechtsvordering aanhangig is, deze gevolgen bepaalt. Anders zou het recht van de lidstaat van herkomst een gevolg teweeg kunnen brengen (bijvoorbeeld verwijzing naar een rechter-commissaris) die in de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is niet zou kunnen worden uitgevoerd (bijvoorbeeld omdat dat recht niet voorziet in een rechter-commissaris).

Artikel 80m

Met artikel 80m wordt artikel 30, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80m wijst het recht aan dat van toepassing is op de vordering waarmee de bewindvoerder bepaalde rechtshandelingen die zijn verricht vóór de saneringsmaatregel en die nadelig zijn voor het geheel van schuldeisers, kan aantasten: de actio pauliana. Het systeem is dat eerst wordt beoordeeld of de rechtshandeling kan worden aangetast op grond van het recht van de lidstaat van herkomst. Dat volgt uit artikel 80b. Indien de rechtshandeling niet kan worden aangetast op grond van het recht van de lidstaat van herkomst, komt artikel 80m niet aan de orde.

Indien de rechtshandeling wel op grond van het recht van de lidstaat van herkomst kan worden aangetast, kan degene die voordeel heeft gehad bij de rechtshandeling aantasting van de rechtshandeling voorkomen door zich te beroepen op het recht dat de rechtshandeling beheerst en te bewijzen dat op grond van dat recht de rechtshandeling niet kan worden aangetast. Met andere woorden, indien op grond van hetzij het recht van de lidstaat van herkomst, hetzij het recht dat de rechtshandeling beheerst de rechtshandeling niet kan worden aangetast, blijft de rechtshandeling in stand. In dit verband zij opgemerkt dat voor de noodregeling geen speciale actio pauliana bestaat (zoals wel het geval is in faillissement: artt. 42 tot en met 49 Fw.). De actio pauliana, geregeld in de artikelen 45 tot en met 48 van Boek 3 BW, staat de schuldeisers ook in de noodregeling ten dienste.

Artikel 80n

Met artikel 80n wordt artikel 25 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80n bepaalt dat de gevolgen van een saneringsmaatregel voor een overeenkomst tot verrekening als bedoeld in artikel 212a, onderdeel m, van de Faillissementswet uitsluitend worden beheerst door het recht dat van toepassing is op die overeenkomst. Met de in artikel 212a, onderdeel m, van de Faillissementswet bedoelde overeenkomsten van verrekening wordt bedoeld op de in de praktijk zo genoemde «netting agreements», waarvan de omschrijving stamt uit de hiervoor reeds genoemde Finaliteitsrichtlijn. Anders dan in de Finaliteitsrichtlijn worden «netting agreements» in de Nederlandse tekst van de thans te implementeren richtlijn niet aangemerkt als overeenkomsten van verrekening, maar als overeenkomsten van verrekening en/of novatie. Aangezien sinds 1992 het begrip «novatie», dan wel de daarvoor ook wel gebezigde term «schuldvernieuwing», niet meer als afzonderlijke rechtsfiguur in het Burgerlijk Wetboek voorkomt, is ervoor gekozen bij de implementatie van artikel 25 van de richtlijn te volstaan met de verwijzing naar artikel 212a, onderdeel m, Faillissementswet. Opgemerkt zij nog dat met de verwijzing naar het begrip «verrekening» in genoemde bepaling derhalve beoogd is om alle «netting agreements» te omvatten, ongeacht of die (alleen) kunnen worden geduid als verrekening in de zin van afdeling 12 van titel 1 van Boek 6 BW, dan wel (mede) als schuldvernieuwing.

Artikel 80o

Met artikel 80o wordt artikel 26 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80o bepaalt dat de gevolgen van de saneringsmaatregel voor de zogeheten «repo-overeenkomst», «repurchase-overeenkomsten» of «retrocessie-overeenkomsten» worden beheerst door het recht dat van toepassing is op die overeenkomst. Met deze bepaling wordt niet beoogd een materiële regel met betrekking tot de repo- of repurchase-overeenkomst in te voeren. De bedoeling is uitsluitend te bepalen welk recht van toepassing is op een repo- of repurchase-overeenkomst in gevallen waarin een dergelijke overeenkomst door een nationaal recht is toegestaan.

Niet is aangesloten bij artikel 51, eerste lid, onderdeel b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat is voorgesteld bij wetsvoorstel 28 874¹¹. Het in die bepaling gedefinieerde begrip «financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht» is ruimer dan het begrip «retrocessie». De bij dit wetsvoorstel te implementeren richtlijn gebruikt in artikel 26 een ander begrip («retrocessie») dan artikel 2 van richtlijn nr. 2002/47/EG, dat bij wetsvoorstel 28 874 wordt geïmplementeerd. In die richtlijn wordt het begrip «financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht» gebruikt. In het voorgestelde artikel 80o wordt aangesloten bij het huidige artikel 2a van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. Dit artikel komt te vervallen als

¹¹ Voorstel van wet tot uitvoering van richtlijn nr. 2002/74/EG van het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële-zekerheidsovereenkomsten, Kamerstukken TK 28 874, nr. 2. Op het moment van indiening van het thans voorliggende wetsvoorstel is wetsvoorstel 28 874 aanhangig in de Eerste Kamer.

wetsvoorstel 28 874 wordt aanvaard, maar bevat voor hetgeen wordt beoogd met artikel 80o een adequatere formulering.

Artikel 80p

Met artikel 80p wordt artikel 24 van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80p bepaalt dat het uitoefenen van rechten op financiële instrumenten waarvan het bestaan of de overdracht inschrijving veronderstelt op een rekening of een in een lidstaat bijgehouden of gesitueerd gecentraliseerd effectendepot, uitsluitend wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar het register, de rekening of het gecentraliseerde effectendepot wordt bijgehouden of is gesitueerd. Onder de in dit artikel bedoelde rechten vallen ook de eigendomsrechten. Zonder dit artikel zou onduidelijkheid kunnen ontstaan over de vraag welk artikel voorgaat: artikel 56 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek, zoals voorgesteld bij wetsvoorstel 28 874, of artikel 80b, zoals voorgesteld bij het voorliggende wetsvoorstel. Artikel 80p beoogt hetzelfde recht aan te wijzen als artikel 56 van Boek 7 Burgerlijk Wetboek.

Artikel 80q

Met artikel 80q wordt artikel 28, tweede en derde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 80q regelt de bevoegdheid in Nederland van een bewindvoerder uit een andere lidstaat van herkomst. Uit artikel 80b, dat bepaalt dat het recht van de lidstaat van herkomst alle gevolgen van de saneringsmaatregel bepaalt, volgt dat het recht van de lidstaat van herkomst ook de bevoegdheden van de bewindvoerder bepaalt. Strikt genomen is het eerste lid dan ook niet nodig. Het verdient evenwel de voorkeur deze belangrijke regel uitdrukkelijk in de wet op te nemen. De wijze waarop die bevoegdheden worden uitgevoerd op Nederlands grondgebied wordt evenwel beheerst door Nederlands recht. Zulks is bepaald in het tweede lid, tweede volzin. Bepaalt het recht van de lidstaat van herkomst bijvoorbeeld dat de bewindvoerder de bevoegdheid heeft tot de boedel behorende onroerende zaken te vervreemden, dan wordt deze bevoegdheid erkend. Het Nederlandse recht bepaalt de wijze waarop de bewindvoerder dat moet doen. Op deze regel worden twee uitzonderingen gemaakt: indien de bewindvoerder op grond van het recht van de lidstaat van herkomst de bevoegdheid zou hebben om dwangmiddelen aan te wenden of om uitspraak te doen in geschillen, kan hij deze bevoegdheden niet in Nederland uitoefenen.

Artikel 80r

Met artikel 80r wordt artikel 28, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Het eerste lid van artikel 80r bepaalt dat iemand uit een andere lidstaat die de lidstaat van herkomst is met een eensluidend en gewaarmerkt afschrift van het aanwijzingsbesluit kan aantonen dat hij de bewindvoerder is. Met het woord «volstaat» is tot uitdrukking gebracht dat geen extra eisen mogen worden gesteld aan het bewijs. Zulks is conform de strekking van artikel 28, eerste lid, van de richtlijn, dat door het voorgestelde artikel wordt geïmplementeerd. Een legalisatie of andere soortgelijke formaliteit mag dus niet worden geëist. Het tweede lid bepaalt dat de bewindvoerder op verlangen een vertaling van het afschrift toont. In de richtlijn is niet bepaald wie een dergelijk afschrift kan verlangen. Bij de implementatie is er voor gekozen te bepalen dat degene tegenover wie de bewindvoerder zijn bevoegdheden wenst uit te oefenen zulks kan verlangen.

Artikel 80s

Artikel 80s geeft uitvoering aan artikel 29 van de richtlijn. De beslissing tot vaststelling van een saneringsmaatregel dient te kunnen worden ingeschreven in openbare registers zodat derden zich op de hoogte kunnen stellen van het feit dat elders in de Europese Unie een saneringsmaatregel is vastgesteld. Artikel 80s bepaalt dat inschrijving centraal plaatsvindt in het surseanceregister van de rechtbank 's-Gravenhage. Zodra het Centraal Insolventieregister operationeel zal zijn, zullen de gegevens bovendien in dat register worden verwerkt.

T

Artikel 81a

Met artikel 81a worden de artikelen 8 en 19 van de richtlijn geïmplementeerd. Het eerste lid heeft betrekking op het geval waarin een bijkantoor van een kredietinstelling die is gevestigd in een derde-land en een bijkantoor in Nederland heeft, en de noodregeling niet of nog niet een liquidatieprocedure is. De griffier van de rechtbank stelt de Nederlandsche Bank in kennis van het toepassen van de noodregeling, alsmede van de mogelijke gevolgen daarvan. De Nederlandsche Bank stelt de toezichhouders van de andere Lidstaten en van de leden van de Europese Economische Ruimte waar de kredietinstelling eveneens een bijkantoor heeft in kennis. Dat geldt ook indien de noodregeling een liquidatieprocedure, (dat wil zeggen: er is hetzij een machtiging tot sanering en liquidatie gegeven en de bewindvoerder gaat over tot liquidatie, hetzij een machtiging tot liquidatie gegeven). In dat geval geldt daarenboven dat de Nederlandsche Bank aan de toezichhouders van de andere lidstaten moet meedelen dat er een noodregeling is toegepast ten aanzien van de desbetreffende kredietinstelling, en later moet ook nog de beëindiging worden meege-deeld.

Artikel 19, tweede lid, van de richtlijn bepaalt tevens dat de toezichhoudende instanties van de andere lidstaten van ontvangst in kennis moeten worden gesteld van de intrekking van de vergunning, ingeval een bijkantoor van een kredietinstelling met zetel buiten de Unie is onderworpen aan een liquidatieprocedure. Met het derde lid van artikel 81a wordt de richtlijnbe-paling geïmplementeerd. Er zij op gewezen dat indien de vergunning van een kredietinstelling met zetel in Nederland wordt ingetrokken, de verplichting daarvan de andere toezichhouders in kennis te stellen reeds in de wet is opgenomen: artikel 67, eerste lid.

Artikel 81b

Met artikel 81b worden de artikelen 8, tweede lid en 19, derde lid, van de richtlijn geïmplementeerd. Artikel 81b is tot op zekere hoogte een uitbreiding van de richtlijn. In artikel 8 van de richtlijn, betreffende sanering, wordt niet op de bevoegde autoriteiten een coördinatieverplichting gelegd. In artikel 19, derde lid, van de richtlijn, betreffende liquidatie, wordt wel een coördinatieverplichting gelegd op «autoriteiten». Het begrip «autoriteiten» is als zodanig niet gedefinieerd in de richtlijn, wel het begrip «bevoegde autoriteiten». Het moet ervoor worden gehouden dat onder «autoriteiten» ook de Nederlandsche Bank valt. Wat betreft liquidatie zien wij geen uitbreiding ten opzichte van de richtlijn. Wat betreft sanering is die er wel. Niet valt in te zien waarom er wel coördinatie bij liquidatie dient te zijn en niet bij sanering. Ook is een coördinatieverplichting gelegd op bewindvoerders in een noodregeling als sanerings-procedure, terwijl de richtlijn deze verplichting alleen in een liquidatieprocedure oplegt (artikel 19, derde lid). Ook hier valt niet in te zien waarom er wel een coördinatieverplichting in geval van een noodre-

geling als liquidatieprocedure dient te zijn maar niet in geval van een noodregeling als saneringsprocedure.

ARTIKEL II

FAILLISEMENTSWET

A

Opschrift Afdeling 11A

Het opschrift van de huidige afdeling 11A van Titel I wordt gewijzigd in: Van het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effecten-transacties in betalings- en afwikkelingssystemen. De thans bestaande bepalingen van de huidige afdeling 11A worden inhoudelijk niet gewijzigd. Deze afdeling bevat enkele bepalingen die mede betrekking hebben op het faillissement van instellingen als bedoeld in artikel 212a. Onder deze instellingen vallen ook kredietinstellingen. De aspecten van een faillissement in verband met de verhouding met betalings- en effecten-afwikkelingssystemen wordt geregeld in deze afdeling. Andere aspecten van een faillissement van een kredietinstelling worden geregeld in een nieuwe afdeling 11AA.

C

Artikel 212g

In artikel 212g, eerste lid, worden definities gegeven. Deze zijn overgenomen uit de Wtk 1992. Zie hierover ook de artikelsgewijze toelichting op artikel van de 1 Wtk 1992.

In de definitie van «kredietinstelling» wordt verwezen naar de definitie in artikel 1 van de Wtk 1992. Deze definitie is ruimer dan die in de gecodificeerde bankenrichtlijn. De kredietinstellingen die wel onder de definitie van de Wtk 1992 vallen maar niet onder die van de gecodificeerde bankenrichtlijn moeten buiten het bereik van de bij dit wetsvoorstel voorgestelde bepalingen in de Faillissementswet blijven. Om die reden worden zij uitgezonderd in de definitie. De grensoverschrijdende aspecten van een faillissement dat ten aanzien van deze categorie kredietinstellingen wordt uitgesproken, worden beheerst door de EG-insolventieverordening. Het begrip «liquidatieprocedure» wordt in de richtlijn betreffende sanering en liquidatie van verzekeraars anders gedefinieerd dan in de bij dit wetsvoorstel te implementeren richtlijn. Toch is in beide richtlijnen dezelfde procedure bedoeld. Om die reden is aangesloten bij de definitie die in de verzekeringsrichtlijn is opgenomen, welke definitie is overgenomen in de Wtv 1993.

In het tweede lid wordt bepaald waar voor de toepassing van deze afdeling een kredietinstelling is gevestigd. In het algemene deel van de toelichting is reeds uiteen gezet dat een reden om kredietinstellingen van het toepassingsgebied van de EG-insolventieverordening uit te zonderen gelegen is in de omstandigheid dat in die verordening als bevoegdheidsgrond om een insolventieprocedure te openen «het centrum van de voornaamste belangen» is opgenomen, terwijl voor kredietinstellingen die rechtspersoon zijn, in de gecodificeerde bankenrichtlijn «de statutaire zetel» als bevoegdheidsgrond is opgenomen. Aangezien de mogelijkheid bestaat dat een kredietinstelling niet een rechtspersoon is, is ook een regel voor die gevallen opgenomen. Deze is grotendeels ontleend aan artikel 6, tweede lid, tweede gedachtestreepje, van de gecodificeerde bankenrichtlijn. Daarin is bepaald dat het hoofdbestuur van kredietinstellingen die geen rechtspersoon zijn zich moet bevinden in de staat

waar de vergunning is afgegeven en waar zij feitelijk werkzaam zijn. In het voorgestelde tweede lid van artikel 212g, is het element «waar de vergunning is afgegeven» niet opgenomen. Ten aanzien daarvan wordt het volgende opgemerkt. In artikel 1 van de EG-insolventieverordening worden «kredietinstellingen» zonder beperking van de werkingssfeer uitgezonderd. Ook kredietinstellingen zonder vergunning vallen derhalve buiten het toepassingsgebied van de EU-Verordening. Zoals hierboven opgemerkt is de richtlijn niet van toepassing op de illegale kredietinstelling, maar is er voor gekozen op de categorie illegale kredietinstellingen het richtlijn-regiem toe te passen, met één uitzondering: de illegale kredietinstelling die is gevestigd in een andere lidstaat en die een bijkantoor in Nederland heeft kan in staat van faillissement worden verklaard. Overigens is de in de Faillissementswet gebruikelijke terminologie, anders dan in de Wtk 1992, «De Nederlandsche Bank N.V.».

Artikel 212h

In artikel 212h wordt bepaald dat artikel 2, tweede tot en met vijfde lid, buiten toepassing wordt verklaard met betrekking tot een kredietinstelling met die is gevestigd in een andere lidstaat. Dat betekent dat een bijkantoor of, in de woorden van artikel 2, een «kantoor» in Nederland van een kredietinstelling die is gevestigd in een andere lidstaat, in Nederland niet langer in staat van faillissement kan worden verklaard. Een andersluidende regel zou in strijd zijn met het beginsel dat alleen de autoriteiten van de lidstaat van herkomst de kredietinstelling aan een liquidatieprocedure kunnen onderwerpen. Hier zij herhaald dat in dit wetsvoorstel ervoor is gekozen de richtlijn toe te passen op de kredietinstelling zonder vergunning; zie de toelichting op het vorige artikel. In artikel 212h wordt daarop een uitzondering gemaakt. Bepaald is dat de buitentoepassingverklaring van artikel 2, tweede tot en met vijfde lid, slechts geldt voor de in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling die daar een vergunning heeft verkregen. Het gevolg is dat een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling zonder vergunning in Nederland in staat van faillissement kan worden verklaard, indien zij in Nederland een bijkantoor heeft. De gevolgen van een dergelijk faillissement zijn beperkt tot Nederland. Een bijkantoor in Nederland van een in een derde-land gevestigde kredietinstelling kan eveneens in Nederland failliet worden verklaard, ook wanneer die kredietinstelling tevens in een andere lidstaat een bijkantoor heeft. Voor in derde-landen gevestigde kredietinstellingen is het irrelevant of de kredietinstelling een vergunning heeft verkregen. Voorts is een gevolg van de buitentoepassingverklaring van artikel 2, tweede tot en met vijfde lid, dat het niet langer mogelijk is een kredietinstelling die zich «buiten het Rijk in Europa» begeeft, failliet te verklaren in zijn laatste woonplaats in Nederland.

Artikel 212i

Artikel 212i bepaalt dat de Nederlandsche Bank een verzoek om een kredietinstelling in staat van faillissement te verklaren kan indienen zonder de tussenkomst van een procureur. Deze bepaling vloeit niet voort uit de richtlijn. Zij is toch opgenomen om op dit niet-controversiële punt een harmonisatie te bewerkstelligen met de Wtv 1993. In die wet geldt een dergelijke regel ook voor de aanvraag door de Pensioen- & Verzekeringkamer van een faillissement van een verzekeraar.

Artikel 212j

Artikel 212j bepaalt dat, indien de Nederlandsche Bank om de faillietverklaring verzoekt, zij de andere toezichthoudende autoriteiten op de hoogte moet stellen van dat verzoek. Het artikel vloeit niet voort uit de richtlijn en

is niet afkomstig uit de Wtk 1992. Toch is het artikel opgenomen, teneinde bij te dragen aan de samenwerking tussen de verschillende toezichthoudende autoriteiten. Bij de hierboven reeds aangehaalde wet van 21 februari 2004 is een soortgelijke bepaling in de huidige Wtv 1993 toegevoegd. Bij die wet is tevens de bepaling uit de Wtv 1993 overgeheveld naar artikel 213c van de Fw.

Artikel 212k

De materie die is geregeld in het huidige artikel 70, eerste lid, Wtk 1992, wordt overgeheveld naar artikel 212k. In het eerste lid wordt bepaald dat op een verzoek of vordering tot faillietverklaring, eigen aangifte daaronder begrepen, niet wordt beslist dan nadat de rechtbank de Nederlandsche Bank in de gelegenheid heeft gesteld haar mening daaromtrent kenbaar te maken. Niet is overgenomen dat, indien het een bijkantoor van een kredietinstelling uit een andere lidstaat betreft, de de Nederlandsche Bank op haar beurt de toezichthoudende autoriteit van een andere lidstaat moet raadplegen. Ten aanzien van een bijkantoor in Nederland van een in een andere lidstaat gevestigde kredietinstelling zonder vergunning zijn de Nederlandse rechter en de Nederlandsche Bank niet langer bevoegd. De rechtbank moet wel de Nederlandsche Bank in de gelegenheid stellen haar mening te geven indien het faillissement wordt aangevraagd van een kredietinstelling van buiten de Europese Unie met een bijkantoor in Nederland. In dat geval hoeft de Nederlandsche Bank niet de toezichthoudende autoriteit van het derde-land te raadplegen. Onder het huidige recht bestaat een dergelijke verplichting evenmin.

In het huidige artikel 70, tweede lid, van de Wtk 1992, is bepaald dat de bepalingen inzake surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen niet van toepassing zijn op een kredietinstelling. Deze regel is overgeheveld naar de artikelen 213 en 284 van de Faillissementswet.

In het tweede lid van artikel 212k is bepaald dat de Nederlandsche Bank de vergunning van de kredietinstelling intrekt, indien deze op het tijdstip van de faillietverklaring nog een vergunning heeft. Hiermee wordt artikel 12, eerste lid, van de richtlijn geïmplementeerd. In de huidige Wtk 1992 ontbreekt een dergelijke bepaling. In de richtlijn is bepaald dat de vergunning wordt ingetrokken «zonder of na het mislukken van saneringsmaatregelen». Nu niet ter zake doet of er eerder saneringsmaatregelen zijn genomen die zijn mislukt, dan wel er in het geheel geen saneringsmaatregelen zijn genomen, is het niet nodig deze toevoeging op te nemen in de wet.

Artikel 212l

Artikel 212l bevat geen nieuw recht; het artikel bevat de bepaling die nu nog in artikel 71, veertiende lid, van de Wtk 1992 is opgenomen. De twee zinnen van artikel 71, veertiende lid, van de Wtk 1992, zijn in het wetsvoorstel over twee leden verdeeld.

Artikel 212m

In artikel 212m wordt hetgeen nu nog is bepaald in artikel 77 van de Wtk 1992 grotendeels overgenomen. De tekst van artikel 212m is verdeeld over drie leden. In het eerste lid wordt bepaald dat, in afwijking van artikel 1, een kredietinstelling slechts failliet kan worden verklaard indien een naar goed koopmansgebruik opgemaakt balans van een kredietinstelling een tekort aanwijst. Het criterium «verkeren in een toestand van te hebben opgehouden te betalen» speelt bij het besluit een kredietinstelling al dan niet in staat van faillissement te verklaren, geen rol.

In het tweede lid is de tweede zin van artikel 77 van de Wtk 1992 opgenomen.

In het derde lid van artikel 212m zijn de onderdelen a en b van artikel 77, laatste zin, Wtk 1992 overgenomen. In overeenstemming met de terminologie van de Algemene wet bestuursrecht is «een maand» gewijzigd in: vier weken. Onderdeel a bepaalt dat, kort gezegd, het tijdstip waarvan de bewijslast is omgekeerd met betrekking tot de wetenschap van benadeling bij de vraag of een rechtshandeling «paulianeus» is, het tijdstip is waarop de noodregeling is uitgesproken. Met betrekking tot de surseance van betaling bevat artikel 249, eerste lid, onder 1°, van de Faillissementswet een soortgelijke bepaling. Onderdeel b bepaalt dat de boedelschulden die zijn ontstaan na het uitspreken van de noodregeling ook in het faillissement als boedelschulden gelden. Met betrekking tot de surseance van betaling bevat artikel 249, eerste lid, onder 3°, Faillissementswet onder andere een soortgelijke bepaling.

Onderdeel c van artikel 77 Wtk 1992 is niet in artikel 212m overgenomen. Dit onderdeel handelt over de bekendmaking van de intrekking van de noodregeling en de faillietverklaring. Hieraan is een apart artikel gewijd: artikel 212n. Onderdeel d is evenmin overgenomen. Hierin wordt bepaald dat overigens, voor zover de Wtk 1992 ingevolge artikel 76 van die wet niet tot volledige uitvoering is gekomen, het bepaalde in Titel I van de Faillissementswet van toepassing is. Deze bepaling heeft nog betekenis in het geval waarin het faillissement in de Wtk 1992 wordt geregeld. Nu het faillissement van een kredietinstelling in de Faillissementswet wordt geregeld, hoeft deze bepaling niet te worden overgenomen in de Faillissementswet.

In onderdeel c is het huidige artikel 77a van de Wtk 1992 overgenomen. Dit onderdeel heeft betrekking op het tijdstip waarop de termijnen aanvangen die gelden in verband met de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de artikelen 138 en 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 212n

Met artikel 212p wordt artikel 9, tweede lid, van de richtlijn geïmplementeerd.

Artikelen 212o en 212p

De artikelen 212o en 212p bevatten regels met betrekking tot de inkenninstelling van de Nederlandsche Bank en de toezichthouders in de andere lidstaten, de openbaarmaking en het op de hoogte stellen van de schuldeisers, welke regels voortvloeien uit de artikelen 13 en 14 van de richtlijn. Met artikel 212o, eerste lid, wordt artikel 13 van de richtlijn geïmplementeerd, voor zover artikel 13 van de richtlijn al niet geldend recht is ingevolge artikel 14 Fw. Het tweede lid vloeit niet voort uit de richtlijn. De vermelding dat, behoudens uitzonderingen, Nederlands recht van toepassing is, wordt wel verplicht gesteld in artikel 14, tweede lid, van de richtlijn betreffende sanering en liquidatie van verzekeraars. Met het oog op harmonisatie en omdat er veel voor de vermelding te zeggen valt, is deze bepaling ook met betrekking tot het faillissement van kredietinstellingen opgenomen.

Zie voor een toelichting op artikel 212o, derde en vierde lid, de toelichting op artikel 71, vijftiende en zestiende lid, Wtk 1992.

Artikel 212q

Met artikel 212q wordt artikel 17 van de richtlijn geïmplementeerd.

Artikel 212r

Zie voor de toelichting op artikel 212r de toelichting op artikel 76f, tweede lid, Wtk 1992

Artikelen 212s tot en met 212ff

De artikelen 212s tot en met 212ff regelen het toepasselijke recht. Voor de toelichting op deze artikelen kan worden verwezen naar de toelichting op de artikelen 80a tot en met 80o Wtk 1992. Evenals bij de voorgaande artikelen, is de tekst van de regeling in de Faillissementswet mutatis mutandis gelijk aan die van de regeling in de Wtk 1992.

Gewezen zij op de artikelen 212e en 212t. Artikel 212e artikel bepaalt dat, ingeval een insolventieprocedure wordt geopend tegen een instelling, de rechten en verplichtingen die zij uit of in verband met deelname aan een systeem heeft, worden bepaald door het recht waardoor het systeem wordt beheerst. Voor zover het een insolventieprocedure betreft waaraan een kredietinstelling is onderworpen, kan artikel 212e worden gezien als een extra uitzondering op artikel 212t. De verhouding tussen de artikelen 212e en 212w is als volgt. Ook de vraag of de kredietinstelling zich kan beroepen op een verrekeningsbevoegdheid jegens het systeem wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het systeem. In het onwaarschijnlijke geval dat partijen zouden hebben gekozen voor een recht dat een regel bevat dat deze bevoegdheid wordt aangetast als gevolg van de opening van de insolventieprocedure, geldt deze regel niet op grond van artikel 212w.

Artikelen 212gg tot en met 212kk

Voor de toelichting op de artikelen 212gg tot en met 212kk kan worden verwezen naar de toelichting op de artikelen 80p tot en met 80s Wtk 1992.

Artikel 212ll

Met artikel 212ll wordt artikel 19 van de richtlijn geïmplementeerd. Zie voor een toelichting de toelichting op artikel 81a Wtk 1992.

Artikel 212mm

Voor een toelichting op artikel 212oo kan worden verwezen naar de toelichting op artikel 81b Wtk 1992.

Artikel 212nn

Voor een toelichting op artikel 212nn kan worden verwezen naar de toelichting op artikel 65a Wtk 1992.

D

Artikel 213i

In het huidige artikel 213i komt ten opzichte van artikel 109 een doublure voor. Dit wordt hersteld. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd. De derde zin van het tweede lid wordt gehandhaafd.

E

Artikel 214

In artikel 214 worden twee wijzigingen voorgesteld. In het tweede lid

wordt een zin ingevoegd die reeds bij de Uitvoeringswet EG-insolventieverordening Stb. 2003, 444, in werking getreden op 15 november 2003) was ingevoegd, maar per abuis bij de wet van 21 februari 2004¹² weer is geschrapt. Voor de toelichting op deze zin zie men de nota naar aanleiding van het verslag bij de Uitvoeringswet EG-insolventieverordening (Kamerstukken II 2003/04, 28 654, nr. 5). Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt het vervallen van deze zin weer ongedaan te maken. Bij de Uitvoeringswet EG-insolventieverordening was deze zin aan het eerste lid toegevoegd. Bij de implementatie van richtlijn nr. 2001/17/EG is artikel 214 zodanig herschreven dat de desbetreffende zin thans beter aan het tweede lid kan worden toegevoegd. De tweede wijziging betreft de toevoeging aan het vierde lid, die erop neerkomt dat aan kredietinstellingen niet surseance van betaling kan worden verleend.

F

Artikel 284

In artikel 284 wordt opgenomen dat de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen niet van toepassing kan worden verklaard op een kredietinstelling. Die regel is nu nog opgenomen in artikel 70, tweede lid, tweede zin, Wtk 1992.

De Minister van Financiën,
G. Zalm

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

¹² Zie noot 7.