

Ministerie van Justitie

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der
Staten-Generaal
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

DGWI/AV, DW
Sector privaatrecht

Schedeldoekshaven 100
2511 EX Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.justitie.nl

Ons kenmerk
5577274/08/6

Uw kenmerk
141826.U

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Datum 9 december 2008
Onderwerp COM (2008) 213

Bij brief van 14 augustus jl. heeft de voorzitter van de commissie Justitie uit uw Kamer mij enige vragen voorgelegd betreffende het voorstel voor wijzigingen van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (COM (2008) 213). Mede namens de Minister van Financiën ga ik op deze vragen gaarne als volgt in.

De leden van de CDA-fractie vragen of zij het juist zien dat artikel 3 van het wijzigingsvoorstel inzake richtlijn 98/26/EG (hierna: de finaliteitsrichtlijn) leidt tot een doorbreking van het systeem van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement terugwerkt tot de dag van de uitspraak te 00.00 uur. Inderdaad is er sprake van een doorbreking van de terugwerkende kracht van insolventieprocedures. Anders evenwel dan deze leden lijken te veronderstellen, was deze doorbreking reeds opgenomen in artikel 3 van de (oorspronkelijke) finaliteitsrichtlijn. Implementatie van deze regeling heeft plaatsgevonden in artikel 212b, eerste lid, van de Faillissementswet. Op grond van het huidige artikel 3 leidt het faillissement van een deelnemer aan een systeem er niet toe dat overboekingsopdrachten die in een systeem zijn ingevoerd vóór faillietverklaring, kunnen worden teruggedraaid, ook niet wanneer zij worden ingevoerd op een tijdstip waarop de deelnemer met terugwerkende kracht zijn beschikkingsbevoegdheid heeft verloren als gevolg van het faillissement. Het wijzigingsvoorstel geeft datzelfde gevolg aan een faillissement van een (beheerder van een) interoperabel systeem. Daarn aast bepaalt het huidige artikel 3 dat onder omstandigheden overboekingsopdrachten die kort na de opening van de insolventieprocedure in het systeem worden ingevoerd, toch nog aan derden – waarbij met name is te denken aan de curator – kunnen worden tegengeworpen, mits deze worden uitgevoerd op 'de dag van de opening van de insolventieprocedure'. Voorgesteld is om de woorden 'de dag van de opening van de insolventieprocedure' te vervangen door het begrip 'business day'. Dit komt neer op een verruiming, waardoor rekening kan worden gehouden met de in de praktijk gebruikelijke nachtelijke batchverwerking van opdrachten.

De praktische consequenties van de regeling van doorbreking van de terugwerkende kracht, waarnaar de genoemde leden vervolgens vragen, zijn als volgt. Op grond van artikel 212b, eerste lid, van de Faillissementswet kan de

curator van een failliete instelling als bedoeld in artikel 212a, onder a, van de Faillissementswet zich niet erop beroepen dat de instelling zijn beschikkingsbevoegdheid met terugwerkende kracht heeft verloren vanaf 0.00 uur van de dag van faillietverklaring. De uitsluiting van terugwerkende kracht heeft alleen betrekking op vóór het tijdstip van faillietverklaring gegeven overboekingsopdrachten, opdrachten tot verrekening of enige uit een dergelijke opdracht voortvloeiende betaling, levering, verrekening of andere rechtshandeling die benodigd is om de opdracht volledig in het systeem uit te voeren. De vraag van de leden van de CDA-fractie of hiermee niet een ontwijkmogelijkheid wordt gecreëerd ten nadele van boedels, beantwoord ik ontkennend. De regeling laat namelijk de mogelijkheid onverlet dat de curator een beroep doet op de actio Pauliana.

DGWI/AV, DW
Sector privaatrecht

Datum
9 december 2008

Ons kenmerk
5577274/08/6

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens in hoeverre ook incassomachtigingen vallen onder het begrip "opdracht" in dit wijzigingsvoorstel. De genoemde leden hebben kennelijk het oog op een incasso-opdracht, gegeven ter uitvoering van een incasso-machtiging. Een dergelijke opdracht valt inderdaad onder het begrip "opdracht" in het wijzigingsvoorstel. De omschrijving van het begrip "overboekingsopdracht" in artikel 2, onder i, van de finaliteitsrichtlijn, die in het wijzigingsvoorstel niet wordt gewijzigd, is zodanig algemeen dat er geen aanleiding is om overboekingen die plaatsvinden ingevolge een opdracht waartoe de opdrachtgever bevoegd is uit hoofde van een incassomachtiging, daarvan uitgezonderd te achten. Dit betekent niet dat de bij incassomachtigingen bestaande mogelijkheid om de betaling ongedaan te maken door stornering, wordt doorbroken. Stornering staat los van de geldigheid van de overboeking, doch vormt een bevoegdheid om een overgeboekt bedrag te doen terugboeken. Stornering levert derhalve een zelfstandige overboeking op.

In het BNC-fiche is vermeld dat de voorgestelde richtlijn noopt tot aanpassing van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet. De wijzigingen betreffen een technische uitbreiding van het definitieve karakter van opdrachten die zijn ingevoerd in afwikkelingsystemen en de vergemakkelijking van het gebruik als zekerheid van zogeheten kredietvorderingen. Naar het zich laat aanzien, zal het eerste onderwerp leiden tot aanpassing van de Faillissementswet en de Wet op het financieel toezicht, het tweede onderwerp tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek. Andere wijzigingen zijn niet te verwachten.

De leden van de CDA-fractie sluiten zich aan bij de hierna aan de orde komende vragen en opmerkingen van de VVD-fractie. De desbetreffende antwoorden zijn derhalve mede gericht aan de leden van de CDA-fractie. In het bijzonder zijn deze leden bezorgd over de verruiming van de reikwijdte van richtlijn 2002/47/EG (hierna: de richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten) voor zover dit ook de positie van individuele consumenten kan raken en ook ten aanzien van kleine ondernemers zou kunnen gaan gelden. In antwoord hierop merk ik op dat de reikwijdte van de wijzigingsvoorstellen beperkt is tot kredietvorderingen die in aanmerking komen om als onderpand te dienen bij financiëlezekerheidsovereenkomsten met centrale banken. De debiteuren van deze kredietvorderingen zijn geen particulieren, maar niet-financiële vennootschappen, entiteiten uit de publieke sector en internationale of supranationale instellingen. Voor het onwaarschijnlijke geval dat een financiëlezekerheidsovereenkomst toch betrekking zou hebben op een kredietvordering jegens een consument, is een specifieke bepaling toegevoegd

die voorrang geeft aan de richtlijn inzake Consumentenkrediet.

DGWI/AV, DW
Sector privaatrecht

De leden van de VVD-fractie wijzen op het voorstel om ook kredietvorderingen als zekerheid te kunnen gebruiken en de administratieve voorschriften die overdrachten van dergelijke vorderingen onmogelijk maken, zoals kennisgevings- en registratieverplichtingen, af te schaffen of te verbieden. Zij merken op dat het in 2004 mogelijk is gemaakt vorderingen te cederen zonder de voordien in alle gevallen vereiste mededeling aan de debiteur. Een nadeel van die mogelijkheid, zo menen deze leden, is dat de cedent kredietwaardiger lijkt dan hij in werkelijkheid is. Zij vragen of ik niet vrees dat met de uitbreiding van de financiëlezekerheidsovereenkomsten naar kredietvorderingen de onoverzichtelijkheid in de financiële wereld op onaanvaardbare wijze toeneemt, met alle reeds thans zich voordoende negatieve effecten op de financiële stabiliteit wereldwijd.

Datum
9 december 2008

Ons kenmerk
5577274/08/6

Op deze vraag ga ik gaarne als volgt in. Naar het oordeel van de Nederlandsche Bank N.V. zijn kredietvorderingen - anders dan *notes* van securitisaties op basis van hypotheekportefeuilles - tamelijk eenvoudige financiële instrumenten, die niet verhandeld worden op reguliere of op OTC- (*over the counter*) markten. Het zijn geldleningen, verstrekt door banken aan hun cliënten. Daartoe kunnen ook syndicaatsleningen of getrancheerde leningen behoren. Aan deze geldleningen zijn in principe geen derivaten, verzekeringen of andere complexe financiële producten gekoppeld. Zoals hierboven reeds opgemerkt, zijn de debiteuren van kredietvorderingen geen particulieren, maar niet-financiële vennootschappen, entiteiten uit de publieke sector en internationale of supranationale instellingen. De debiteuren (met uitzondering van internationale of supranationale instellingen) moeten zijn gevestigd in het eurogebied. Voorts moeten de kredietvorderingen luiden in euro en voldoen aan hoge kwaliteitseisen.

Er geldt een systeem van technische risicobeheersingsmaatregelen, welke worden aangeduid als (1) *surpluspercentages/haircuts* en (2) *variatiemarge*. Met het eerste wordt bedoeld op de omstandigheid dat de waarde van het beleenbare activum wordt berekend als de marktwaarde minus een bepaald percentage. Het tweede houdt in dat als de waarde van een beleenbaar activum onder een bepaald niveau daalt, aanvullende activa of liquiditeiten (*margestortingen*) worden vereist.

Op grond van dit een en ander behoeft naar mijn oordeel niet te worden gevreesd dat met de voorgestelde uitbreiding de onoverzichtelijkheid in de financiële wereld op onaanvaardbare wijze toeneemt.

De leden van de VVD-fractie vragen vervolgens welke analyse de regering maakt van de huidige financiële crisis en de rol daarin van 'securitisation'. Bij brief van 3 september 2008 (Kamerstukken II, 2007-2008, 31 371, nr 7) heeft de Minister van Financiën de voorzitter van de Tweede Kamer geïnformeerd over de onrust op de financiële markten, de gevolgen voor de financiële sector en de beleidsmaatregelen die voortvloeien uit deze crisis. Eerder, bij brief van 23 juni 2008 (Kamerstukken II, 2007-2008, 31 371, nr 6) is de Minister van Financiën specifiek in gegaan op de problematiek rondom securitisatievehikels. Het zij mij vergund op deze plaats te volstaan met een verwijzing naar de beschouwingen van de Minister van Financiën.

De leden van de VVD-fractie vragen aan te geven waarom uitbreiding van de financiëlezekerheidsovereenkomsten met kredietvorderingen problemen op het terrein van kredietverlening eerder vermindert dan vergroot. Zij vragen voorts of er macro-economisch gezien wel behoefte bestaat aan toename van liquiditeit. In

antwoord op deze vragen wijs ik erop dat de huidige onrust op de financiële markten ten nauwste verband houdt met het feit dat banken onderling minder geneigd zijn om geld aan elkaar te lenen. Oorzaak daarvan is dat banken van oordeel zijn dat het minder zeker is geworden dat het geld dat zij uitlenen aan andere banken ook daadwerkelijk zal worden terugbetaald. Het is daarom van groot belang dat de mogelijkheden om zekerheid te krijgen, worden vergroot. Het voorstel om kredietvorderingen gemakkelijker onderwerp te laten zijn van een financiëlezekerheidsvereenkomst, vergroot die mogelijkheden. Overigens is het voorstel om de richtlijn inzake financiëlezekerheidsvereenkomsten uit te breiden met kredietvorderingen gedaan op een tijdstip dat de onrust op de financiële markten nog niet de omvang had die zich thans voordoet. Het voorstel moet dan ook niet worden gezien als een reactie op die financiële onrust. Dit neemt evenwel niet weg dat de uitbreiding van de richtlijn een bijdrage kan leveren aan het herstel van het vertrouwen tussen banken onderling. De wijzigingen hebben de steun van zowel de Nederlandsche Bank als de Europese Centrale Bank, zij het dat het naar hun mening de wijzigingen zelfs nog verder hadden mogen gaan.

DGWI/AV, DW
Sector privaatrecht

Datum
9 december 2008

Ons kenmerk
5577274/08/6

De leden van de VVD-fractie vragen aandacht voor de voorgestelde uitbreiding van artikel 3 van de richtlijn inzake financiëlezekerheidsvereenkomsten, ingevolge welke de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de debiteur van een kredietvordering rechtsgeldig afstand zal kunnen doen van de rechten tot saldering die hij bezit jegens de crediteur of diens rechtverkrijgenden. In de toelichting is over deze wijziging vermeld dat deze "toestemming" (bedoeld zal zijn: afstand) voorrang dient te hebben op eventuele daarmee strijdige bepalingen van het nationale recht. De vraag of deze voorrang op eventueel daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht niet erg ver gaat, beantwoord ik ontkennend. Voor optimale bruikbaarheid van kredietvorderingen als zekerheid is het uiteraard van belang dat de zekerheidsnemer zo min mogelijk risico loopt om geconfronteerd te worden met verweermiddelen van de debiteur, al dan niet ontleend aan het op de vordering toepasselijke nationale recht. Tot deze verweermiddelen kan ook een recht op saldering met andere vorderingen behoren. In beginsel bestaat voor partijen bij de kredietovereenkomst de mogelijkheid om afstand te doen van een recht op saldering. Zou het gaan om een debiteur die te beschouwen is als consument, dan brengt het voorgestelde artikel 3, vierde lid, van de richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten in verbinding met artikel 17 van de richtlijn Consumentenkrediet mee dat de consument zich kan beroepen op de bescherming die gelegen is in artikel 6:237, onder g, BW.

De leden van de VVD-fractie vragen welk belang er is om in te grijpen in het stelsel van het Burgerlijk Wetboek. Voor zover het erom gaat in de wettelijke regeling van financiëlezekerheidsvereenkomsten ruimte te scheppen voor het overdragen of in pand geven van kredietvorderingen, is het belang daarvan gelegen in het vergroten van de marktliquiditeit. Op dat belang is hiervoor reeds gewezen. In de onderhandelingen heeft Nederland zich naar aanleiding van de voorgestelde wijziging van artikel 3, eerste lid, van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsvereenkomsten op het standpunt gesteld dat deze wijziging niet betekent dat bij verpanding van kredietvorderingen het vereiste van een (leverings)akte niet langer kan worden gesteld (artikel 3:236, tweede lid, jo. 3:94 BW). Omdat in de onderhandelingen over dit punt (nog) geen volstreekte zekerheid kon worden bereikt, is door het Nederlandse lid van het Europees Parlement Van de Burg over dit punt een amendement ingediend.

De leden van de VVD-fractie vragen ten slotte of over de Nederlandse standpuntbepaling is geadviseerd door de Minister van Financiën, de President van de Nederlandsche Bank en/of de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), dan wel of dezen zijn geraadpleegd. Dienaangaande merk ik op dat de Nederlandsche Bank ten nauwste betrokken is bij de standpuntbepaling. De onderhandelingen in Brussel van Nederlandse zijde zijn geleid door ambtenaren van het Ministerie van Financiën, terwijl ook medewerkers van de Nederlandsche Bank bij de onderhandelingen een actieve rol hebben gespeeld. Voorafgaande raadpleging van de NVB heeft niet plaatsgevonden. Wel is de financiële sector door de Europese Commissie in de gelegenheid gesteld om te reageren op de voorgenomen wijzigingen. Voorts heeft de NVB zich onlangs gewend tot het Ministerie van Financiën om aan de orde te stellen dat zij het wenselijk acht dat bij verpanding van kredietvorderingen zonder mededeling aan de debiteur niet de beperkingen gelden die thans aan een stil pandrecht kleven (voorrang van een latere pandhouder wiens pandrecht is gevestigd met mededeling aan de debiteur; het risico dat bij faillissement van de pandgever diens curator de vordering int waardoor de pandhouder moet meedelen in de faillissementskosten). Deze aspecten zullen uiteraard nader aan de orde komen in het kader van de implementatie van de voorgestelde richtlijn.

Op dit moment zijn de wijzigingsvoorstellen aanhangig in het Europees Parlement, dat op 18 december hierover zal stemmen.

De Minister van Justitie,

DGWIIV, DW
Sector privaatrecht

Datum
9 december 2008

Ons kenmerk
5577274/08/6