

Vergaderjaar 2009–2010

**32 457**

**Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 6 mei 2009 tot wijziging 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 financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEU L 146/37)**

**Nr. 4**

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

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 30 juni 2010 en het nader rapport d.d. 20 juli 2010, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie, mede namens de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 19 mei 2010, no. 10.001313, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, mede namens de Minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet ter implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 6 mei 2009 tot wijziging 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 financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEU L 146/37), met memorie van toelichting.*

*Het voorstel wijzigt de Faillissementswet (Fw) en het Burgerlijk wetboek en strekt tot implementatie van richtlijn nr. 2009/44/EG. De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een opmerking met betrekking tot het aanmerken van een indirecte deelnemer als deelnemer. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 19 mei 2010, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 30 juni 2010, nr. W03.10.0179/II, bied ik U hierbij aan.

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De Raad van State beveelt aan te bepalen wanneer is voldaan aan de voorwaarde dat het aanmerken van een indirecte deelnemer als deelnemer op grond van het systeemrisico gerechtvaardigd is.

#### 1. Indirecte deelnemer

*Het voorgestelde artikel 212a1 bepaalt dat een «indirecte deelnemer» als «deelnemer» wordt beschouwd indien dat op grond van het systeemrisico gerechtvaardigd is en indien hij bekend is bij de «systeemexploitant». De Raad merkt hierover het volgende op:*

*a. Het eerste vereiste (systeemrisico) volgt uit artikel 1, vijfde lid, onderdeel c, onder ii, van richtlijn nr. 2009/44/EG. Daar artikel 212b Fw enkel de finaliteit van overboekingsopdrachten van deelnemers regelt, is het antwoord op de vraag of een «indirecte deelnemer» in een concreet geval als «deelnemer» moet worden beschouwd, van belang. De Raad constateert dat het voorstel noch de toelichting antwoord geeft op de vraag wanneer aan de voorwaarde zal zijn voldaan dat het aanmerken van een indirecte deelnemer als deelnemer op grond van het systeemrisico gerechtvaardigd is. Naar het oordeel van de Raad is het wenselijk in de wet dienaangaande criteria op te nemen, teneinde te voorkomen dat in geval van faillissement van een indirecte deelnemer onduidelijkheid ontstaat over de vraag of de tegenpartij al dan niet beschermd wordt door artikel 212b Fw.*

*De Raad beveelt aan het voorstel in het licht van het bovenstaande te preciseren.*

*b. Uit de toelichting blijkt onvoldoende duidelijk welke de gevolgen zijn voor (het vaststellen van) het systeemrisico van het feit dat de financiële markten zodanig grensoverschrijdend zijn dat voor Nederland een uitsluitend nationaal systeemrisico niet in de rede ligt. Mede daarom geeft de Raad in overweging om in de toelichting, aan de hand van voorbeelden, te verduidelijken onder welke omstandigheden een «systeemrisico» zich zal (kunnen) voordoen.*

*De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen.*

#### 2. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

Met het voorgestelde artikel 212a1 wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel c, onder ii van de wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd. In de wijzigingsrichtlijn wordt niet gepreciseerd wat moet worden verstaan onder «systeemrisico». Het is niet aan de nationale wetgever om een in de richtlijn gebruikt begrip nader in te vullen in de wet. In de memorie van toelichting wordt het begrip «systeemrisico» wel toegelicht: het risico dat een probleem bij één financiële instelling overslaat naar andere financiële instellingen en zich zo voortplant door het financiële stelsel. Dit is niet zozeer een definitie, als wel een omschrijving van de richting waarin men moet denken bij het begrip «systeemrisico». De Raad van State geeft in overweging te verduidelijken onder welke omstandigheden een systeemrisico zich zal kunnen voordoen. Ook hier geldt dat het niet aan de nationale wetgever is om een in de richtlijn gebruikt begrip nader in te vullen in de wet.

Met de redactionele kanttekeningen van de Raad van State is als volgt rekening gehouden. Met uitzondering – vanwege bovengenoemde reden – van de overweging van de Raad tot het invoegen van een definitie van «systeemexploitant» zijn de opmerkingen van de Raad van State ten

aanzien van artikel I overgenomen. Artikel II onderdeel B is geschrapt. Daardoor zijn de onderdelen C en D vernummerd tot B en C. In onderdeel B (voorheen: C) is een lid ingevoegd dat bepaalt dat het huidige artikel 7:53 lid 4 BW vervalt. De vernummering brengt met zich dat dit lid wordt vervangen door een nieuw lid 4. In de Memorie van Toelichting is ten aanzien van onderdeel C (voorheen: D) verduidelijkt dat het niet noodzakelijk is een regeling te treffen voor toe-eigening van een kredietvordering aangezien hetgeen door de Wijzigingsrichtlijn met die toe-eigening wordt beoogd in het Nederlandse recht materieel al kan bewerkstelligd. In onderdeel C (voorheen: D) is tevens aangegeven dat implementatie van artikel 4 lid 3 van de Wijzigingsrichtlijn niet noodzakelijk is nu deze bepaling de afschaffing betreft van een optie waarvan Nederland geen gebruik had gemaakt.

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

De waarnemend Vice-President van de Raad van State,  
P. van Dijk

Daartoe gemachtigd door de Ministerraad moge ik U mede namens de Minister van Financiën verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin

**bij het advies van de Raad van State betreffende  
no.W03.10.0179/II met redactionele kanttekeningen die de Raad  
in overweging geeft.**

- In artikel I, onderdeel A, aanhef: «, eerste lid,» schrappen.
- In het in te voegen onderdeel g van artikel 212a Fw «clearinginstelling» vervangen door: verrekeningsinstituut, en invoegen: centrale tegenpartij.
- In artikel 212a Fw overeenkomstig de Memorie van toelichting een definitie van systeemexploitant invoegen.
- In artikel I, onderdeel D, het tweede lid schrappen in verband met doublure met het vierde lid.
- Artikel II, onderdeel B, schrappen in verband met doublure met de definitie van kredietvordering.
- In artikel II, onderdeel C, onder vernummering na het eerste lid een lid invoegen luidende: 2. Het vierde lid vervalt.
- In de toelichting bij Artikel II, onderdeel D, verduidelijken dat alhoewel naar geldend Nederlands recht «toe-eigening» van een vordering door de pandhouder niet mogelijk is, hetzelfde materieel wordt bereikt door de combinatie van de bevoegdheden tot inning en verrekening, met dien verstande dat zolang de overdracht van de schuldvordering niet aan de schuldenaar is medegedeeld of betekend deze nog rechtsgeldig aan de pandgever kan betalen. Mede daarom is het gewenst in de toelichting het onderscheid te verduidelijken tussen inning, overdracht en verrekening.
- In de toelichting duidelijk maken dat niet langer zoals lijkt te geschieden, een beroep kan worden gedaan op de vervallen opt-out van artikel 4, derde lid, van richtlijn 2002/47/EG.