

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. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

Dit wetsvoorstel is van belang voor de financiële sector. Het strekt tot implementatie van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Europese Raad van 6 mei 2009 (Wijzigingsrichtlijn) tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (Finaliteitsrichtlijn) en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten).

De Finaliteitsrichtlijn bevat regels ten aanzien van de in financiële sector gebruikte betalings- en afwikkelingssystemen. De Richtlijn Financiëlezekerheidsovereenkomsten ziet op kredietverlening tussen financiële instellingen onderling of kredietverlening door de centrale bank aan financiële instellingen. De Wijzigingsrichtlijn bevat regels ter verdere coördinatie van individuele regels van lidstaten en neemt een aantal onduidelijkheden en mogelijke complicaties in de bestaande richtlijnen weg. Voorts bevat zij regels die kredietverlening tussen banken eenvoudiger maken en zo bijdragen aan het herstel van de economische crisis.

Finaliteitsrichtlijn

Om het systeemrisico (het risico dat een probleem bij één financiële instelling overslaat naar andere financiële instellingen en zich zo voortplant door het financiële stelsel) te minimaliseren en de stabiliteit van betalingssystemen en effectenafwikkelingssystemen te waarborgen, bepaalt de Finaliteitsrichtlijn dat eenmaal in dergelijke systemen ingevoerde overboekingsopdrachten niet meer kunnen worden herroepen noch anderszins geannuleerd. De bescherming bestaat er dus in dat aan

de afwikkeling en de verrekening van overboekingsopdrachten die in een erkend systeem zijn ingevoerd, een onherroepelijk en definitief karakter wordt gegeven, ook ingeval tegen een binnen- of buitenlandse deelnemer aan een dergelijk systeem een insolventieprocedure wordt geopend. De Finaliteitsrichtlijn strekt ertoe een categorie van systemen tot stand te brengen die de door de richtlijn geboden bescherming genieten, met name die welke onder de functionele definitie van «een systeem» vallen, als zodanig zijn aangewezen en aan de Europese Commissie zijn gemeld door de bevoegde instantie van de lidstaat. De Finaliteitsrichtlijn heeft in het algemeen geleid tot een categorie van systemen die in de gehele Europese Unie werkzaam zijn; het behoren tot die categorie heeft naast een commercieel belang voor wie eraan deelneemt, ook een belang voor het financieel systeem als geheel.

De werkingssfeer van de Finaliteitsrichtlijn wordt afgebakend door de definitie van een aantal essentiële onderdelen zoals «systeem», «deelnemer» en «insolventieprocedure». Een betalingsopdracht of een effectenafwikkelingsopdracht die eenmaal in een systeem is ingevoerd, kan aan derden worden tegengeworpen, zelfs in geval van een insolventieprocedure tegen een deelnemer. Deze bescherming geldt mits de overboekingsopdrachten in een systeem zijn ingevoerd vóór het tijdstip waarop een insolventieprocedure is geopend of op dezelfde dag na de opening, voor zover de betrokken partijen kunnen aantonen dat zij niet op de hoogte waren of op de hoogte behoefden te zijn van de opening van een dergelijke procedure. Wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, regels of praktijken betreffende de nietigheid van overeenkomsten en transacties die zijn aangegaan vóór het tijdstip waarop een insolventieprocedure is geopend, mogen niet tot het ongedaan maken van een verrekening van overboekingsopdrachten leiden.

Het cruciale tijdstip van invoering van een overboekingsopdracht in een systeem wordt bepaald volgens de regels van dat systeem. De Finaliteitsrichtlijn bepaalt voorts dat de terugwerkende kracht van sommige insolventieprocedures de ingevoerde opdrachten of verrekening niet mag aantasten. Indien in een lidstaat wordt besloten om een insolventieprocedure te openen tegen een deelnemer aan een systeem, wordt dat onmiddellijk meegedeeld aan de in elke lidstaat aangewezen centrale autoriteit, die op haar beurt de centrale autoriteiten van alle andere lidstaten op de hoogte brengt. Het is de bedoeling op die manier snel alarm te slaan.

Welk recht op het systeem van toepassing is, wordt bepaald volgens de regels van dat systeem. Volgens de Finaliteitsrichtlijn kan voor het recht van om het even welke lidstaat worden gekozen, op voorwaarde dat ten minste één van de deelnemers zijn hoofdkantoor heeft in de lidstaat waarvan het recht wordt gekozen.

Wanneer deelnemers aan systemen of centrale banken zakelijke zekerheden in de vorm van effecten hebben verkregen, is het toepasselijke recht in verband met die zekerheden dat van de lidstaat waar het register, de rekening of het gecentraliseerd effectendepot waar zij wettelijk zijn neergelegd, is gelokaliseerd.

In de praktijk hebben zich veranderingen voorgedaan die een wijziging van de Finaliteitsrichtlijn wenselijk maken. De belangrijkste betreffende recente verandering in de praktijk is dat steeds meer systemen onderling gekoppeld zijn. Een dergelijke koppeling wordt «interoperabel systeem» genoemd. De interoperabiliteit leidt tot voordelen, maar ook tot complicaties. Zo is bijvoorbeeld niet altijd duidelijk wanneer een betalingsopdracht is ingevoerd in «het systeem» wanneer verschillende systemen onderling zijn gekoppeld. De verantwoordelijkheid van systeemexploitanten was niet altijd even duidelijk, en ook bestond het risico van overloopeffecten van het ene systeem naar het andere systeem van het in gebreke blijven van een deelnemer.

De Wijzigingsrichtlijn redresseert deze aspecten door voor te schrijven dat elk systeem regels opstelt die ervoor zorgen dat de regels van alle betrokken interoperabele systemen in dit opzicht gecoördineerd worden. Voorts verduidelijkt de Wijzigingsrichtlijn de verantwoordelijkheid van de systeemexploitant voor «overloopproblemen».

Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten

Financiëlezekerheidsovereenkomsten zijn overeenkomsten op basis waarvan een zekerheidsnemer financiële zekerheid verkrijgt van een zekerheidsgever voor de nakoming van openstaande verplichtingen. De Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten beoogt te bereiken dat zekerheidsovereenkomsten en zekerheidsstellingen met een minimum aan formaliteiten tot stand kunnen komen, maar wel aantoonbaar zijn. Tot nu toe kon financiële zekerheid bestaan uit geld of effecten. De Wijzigingsrichtlijn brengt met zich dat voortaan ook kredietvorderingen onderwerp van een financiëlezekerheidsovereenkomst kunnen zijn. Kredietvorderingen zijn geldvorderingen die voortkomen uit een overeenkomst waarbij een financiële instelling krediet verstrekt in de vorm van een lening. Bij de uitvoering van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten zijn de bijzondere regels voor financiëlezekerheidsovereenkomsten zoveel mogelijk op één plaats in de wet bijeengebracht, namelijk in titel 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Nu dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van de Wijzigingsrichtlijn, voorziet het in de wijziging of aanvulling van een aantal bepalingen van titel 7 van Boek 2 BW in die zin dat zij ook op kredietvorderingen komen te zien. Beoogd is het gebruik van kredietvorderingen als zekerheid in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst mogelijk te maken zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van de debiteur van de betreffende kredietvordering. Sinds het uitbreken van de economische crisis zijn banken terughoudender met het verstrekken van krediet aan consumenten en ondernemers. Deze terughoudendheid wordt voor een belangrijk deel veroorzaakt door de omstandigheid dat ten gevolge van de crisis de liquiditeitspositie van veel banken sterk is teruggelopen. Daardoor bereiken banken bij het uitlenen van geld aan consumenten en ondernemers sneller de drempel van hun verplichte kapitaalbuffer. Onder andere vanwege voorstellen van toezichhouders, verenigd in het internationale Baselcomité, zullen banken in de toekomst worden geconfronteerd met hogere kapitaaleisen voor hun activiteiten. Daardoor moeten zij nog meer geld in kas houden en zullen zij nog terughoudender worden met het verstrekken van leningen aan consumenten en ondernemers.

Weliswaar wordt met een terughoudende opstelling van de banken bij het verstrekken van krediet aan consumenten en ondernemers enerzijds onverantwoorde kredietverstrekking voorkomen, maar anderzijds moet het voor consumenten en ondernemers ook niet te moeilijk zijn om krediet te verkrijgen. In dat geval zullen de bestedingen van consumenten achterblijven en zullen ondernemers niet tot nieuwe investeringen overgaan. Dit komt de economie en de werkgelegenheid niet ten goede. Voor bespoediging van het herstel van de economische crisis is het dus zaak dat consumenten en ondernemers voldoende toegang hebben tot kredietfaciliteiten. Teneinde banken in staat te stellen in voldoende mate krediet aan consumenten en ondernemers te verschaffen, is het van belang dat banken zelf ook over voldoende liquiditeiten kunnen beschikken. Een van de wijzen voor banken om liquiditeiten te verwerven, is het lenen van geld van de centrale bank. De terugbetaling van deze leningen moet worden zeker gesteld door een onderpand, ook wel zekerheid genoemd. Indien door banken meer zekerheid kan worden verschaft, kunnen zij ook meer krediet verkrijgen.

Zekerheidsstelling van de leningen door de banken kan geschieden door middel van financiëlezekerheidsovereenkomsten. Als zekerheid konden op

grond van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten tot nu toe alleen geld of effecten dienen. De belangrijkste vermogensbestanddelen op de balans van een bank zijn evenwel kredietvorderingen. De Europese Centrale Bank (ECB) heeft daarom in 2007 besloten dat kredietvorderingen als beleenbare activa voor krediettransacties kunnen fungeren. Ter maximalisatie van het economische effect van het gebruik van kredietvorderingen heeft de ECB aanbevolen de werkingssfeer van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten uit te breiden tot kredietvorderingen. Dat is met de Wijzigingsrichtlijn gebeurd.

Nu kredietvorderingen als zekerheid in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst kunnen dienen, kunnen banken dus meer krediet verstrekken aan consumenten en bedrijven. Dit zal leiden tot een verbetering van de concurrentieverhouding tussen banken waardoor consumenten en ondernemers tegen gunstiger voorwaarden krediet kunnen verkrijgen. Dit zal leiden tot een toename van de bestedingen en investeringen en kan zo bijdragen tot een uitweg uit de economische crisis.

Verschil tussen financiële zekerheidsovereenkomst en securitisatie

Het gebruik van kredietvorderingen als zekerheid in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst moet niet worden verward met de zogenaamde securitisatie, waarbij vorderingen worden omgevormd tot effecten. Bij een financiële zekerheidsovereenkomst ten aanzien van een kredietvordering dient de vordering als zekerheid tot terugbetaling van een geldbedrag dat door een financiële instelling is geleend. Bij securitisatie draagt een financiële instelling vorderingen over aan een speciaal daarvoor opgerichte rechtspersoon, een zogenoemde SPV (*Special Purpose Vehicle*) die de koopprijs financiert door de uitgifte van effecten, meestal obligaties.

Reikwijdte van het wetsvoorstel ten aanzien van financiële zekerheidsovereenkomsten

Ten aanzien van financiële zekerheidsovereenkomsten is dit wetsvoorstel voornamelijk van belang voor financiële instellingen en centrale banken. In Nederland zullen financiële zekerheidsovereenkomsten met betrekking tot kredietvorderingen voornamelijk voorkomen in de relatie tussen De Nederlandsche Bank NV (DNB) en de «gewone» banken. Ook kunnen financiële zekerheidsovereenkomsten tussen financiële instellingen worden gesloten ten behoeve van interbancaire kredietverlening, ook wel interbancaire funding genoemd.

Particulieren worden niet door dit wetsvoorstel geraakt. Zij kunnen geen financiële zekerheidsovereenkomsten sluiten. De regeling inzake deze overeenkomsten is immers niet van toepassing indien een van de partijen een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (artikel 7:52 lid 2 BW).

Uitvoerbaarheid en administratieve lasten

De Wijzigingsrichtlijn is erop gericht de Finaliteitsrichtlijn aan te passen aan in de praktijk reeds bestaande ontwikkelingen en gebruiken. Het wetsvoorstel, dat erop is gericht de Wijzigingsrichtlijn te implementeren, vergt aldus geen separate uitvoeringsmaatregelen. Ten aanzien van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten geldt dat zij door de Wijzigingsrichtlijn zodanig wordt aangepast dat het mogelijk wordt kredietvorderingen aan te wenden als zekerheid in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst. Het doel van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten is dat deze overeenkomsten zoveel mogelijk zonder formaliteiten kunnen worden gesloten. De Wijzigingsrichtlijn is met deze doelstelling in lijn en bevat geen bepalingen die van financiële instellingen separate uitvoeringsmaatregelen vergen. Ook het wetsvoorstel noodzaakt niet tot het treffen van dergelijke maatregelen.

Het wetsvoorstel brengt geen informatieverplichtingen mee en leidt dus niet tot een toename van administratieve lasten.

ARTIKELN

Artikel 1

Onderdeel A

Met de wijziging in het eerste lid van artikel 212a, onderdeel f, wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel c, onder i, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

Met de wijziging in het tweede lid wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel d, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd. In het huidige artikel 212a vallen onder «indirecte deelnemer» een kredietinstelling en een financiële instelling, dus degene die, niet zijnde een kredietinstelling, in hoofdzaak zijn bedrijf maakt van het verrichten van een of meer werkzaamheden, bedoeld onder 2 tot en met 12 in bijlage I van de herziene richtlijn banken, of van het verwerven of houden van deelnemingen. Daarmee was de oude Finaliteitsrichtlijn geïmplementeerd. De Wijzigingsrichtlijn breidt het aantal instellingen uit die onder de definitie van «indirecte deelnemer» vallen. De Wijzigingsrichtlijn doet dit op twee manieren. In de eerste plaats wordt de term «kredietinstelling» vervangen door «instelling». Dit betekent dat onder «indirecte deelnemer» nu ook vallen: een beleggingsonderneming, een overheidsinstantie of onderneming met overheidsgarantie en een onderneming met hoofdkantoor buiten de Europese Gemeenschap waarvan de werkzaamheden overeenstemming met die van kredietinstellingen of beleggingsondernemingen in de Europese Gemeenschap. In de tweede plaats wordt in de definitie van «indirecte deelnemer» in de Wijzigingsrichtlijn nu ook genoemd een afwikkelende instantie, een clearing house en een systeemexploitant.

In de oude definitie in de Finaliteitsrichtlijn is opgenomen dat de indirecte deelnemer «contractueel verbonden» is. Dit is in de nieuwe definitie in de Finaliteitsrichtlijn niet gewijzigd. Bij de implementatie is ervoor gekozen nauwer aan te sluiten bij dit deel van de definitie en niet langer de zinsnede «op grond van een overeenkomst» te gebruiken.

In de oude definitie van indirecte deelnemer, zoals die thans in de Finaliteitsrichtlijn staat, is opgenomen dat de zojuist bedoelde contractuele verbondenheid er moet zijn met «een instelling die deelneemt aan een systeem». In de gewijzigde definitie in de Finaliteitsrichtlijn, zoals die volgt uit de Wijzigingsrichtlijn, moet die verbondenheid er zijn met «een deelnemer in een systeem». De definitie in de wet is dienovereenkomstig aangepast.

In de oude Finaliteitsrichtlijn was een definitie opgenomen van een systeem «voor de uitvoering van overboekingsopdrachten, middels een boeking in de rekening van een kredietinstelling, een centrale bank of een afwikkelende instantie». In de gewijzigde Finaliteitsrichtlijn is een definitie opgenomen van een systeem «dat overboekingsopdrachten uitvoert». De definitie in de wet is dienovereenkomstig aangepast.

In de oude definitie in de Finaliteitsrichtlijn is opgenomen dat door de boeking «de kredietinstelling» overboekingsopdrachten via het systeem kan doorgeven. In de nieuwe definitie is opgenomen dat de «indirecte deelnemer» via het systeem kan doorgeven. De definitie in de wet is dienovereenkomstig aangepast.

In de nieuwe definitie in de Finaliteitsrichtlijn is opgenomen dat de indirecte deelnemer bij de systeemexploitant bekend is. Dit is niet zozeer

een deel van de omschrijving van «indirecte deelnemer», als wel een voorschrift. Daarom is bij de omzetting ervoor gekozen dit niet in de definitie in de wet op te nemen, maar in een apart artikel, artikel 212a1. Met de wijziging van onderdeel k wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel f, geïmplementeerd.

Met het vierde lid wordt, voor wat betreft de definities van «werkdag» en «interoperabele systemen» artikel 1, vijfde lid onderdeel i, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd. Met¹ de definitie van «systeemexploitant» wordt zowel artikel 1, vijfde lid, onderdeel p, als artikel 1, elfde lid, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd. Bij de omzetting van «systeemexploitant» is de in de Faillissementswet op dit punt bestaande systematiek gehanteerd. In artikel 212a wordt bepaald dat het een door de Minister van Financiën aangewezen systeemexploitant betreft. In artikel 212d, derde lid (nieuw) wordt bepaald waaraan een systeemexploitant moet voldoen om door de Minister van Financiën te kunnen worden aangewezen. Vergelijk artikel 212a, onderdeel b, onder 1°, waarin in bepaald een systeem een door de Minister van Financiën aangewezen systeem is, in samenhang met artikel 212d, eerste en tweede lid, waarin is bepaald wat als systeem kan worden aangewezen.

Onderdeel B

Artikel 2, onderdeel f, laatste alinea van de Finaliteitsrichtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid te besluiten dat ook indirecte deelnemers als deelnemers worden beschouwd. In de huidige Faillissementswet is niet op expliciete wijze onder woorden gebracht dat ook een indirecte deelnemer onder het begrip «deelnemer» valt. Dit kon slechts worden afgeleid uit artikel 212d, waarin is bepaald dat de Minister van Financiën een «formele overeenkomst tussen drie of meer deelnemers, (...) een indirecte deelnemer niet meegerekend» als systeem kan aanwijzen. Zou een indirecte deelnemer niet als deelnemer in de zin van de Faillissementswet worden beschouwd, dan was de zinsnede «een indirecte deelnemer niet meegerekend» zonder betekenis geweest.

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om expliciet te bepalen dat ook een indirecte deelnemer als deelnemer wordt beschouwd. In de Finaliteitsrichtlijn worden daaraan twee voorwaarden gesteld. De eerste voorwaarde wordt gesteld in artikel 2, onderdeel f, laatste alinea, namelijk dat het op grond van het systeemrisico gerechtvaardigd is om de indirecte deelnemers als deelnemer aan het systeem te beschouwen.

De tweede voorwaarde is dat de indirecte deelnemer bekend is bij de systeemexploitant. In de oude Finaliteitsrichtlijn waren deze regels opgenomen als een voorwaarde waarop de lidstaten mochten besluiten indirecte deelnemers als deelnemers te beschouwen. In de gewijzigde Finaliteitsrichtlijn is de regel opgenomen als element van de definitie van «indirecte deelnemer». In de systematiek van de Nederlandse wetgeving is het zuiverder beide voorwaarden op te nemen in een separaat artikel, en niet in de definitie van «indirecte deelnemer»; in de definitie staat wat een indirecte deelnemer is, in een ander artikel worden voorschriften gegeven waaraan een indirecte deelnemer moet voldoen.

De Wijzigingsrichtlijn voegt aan artikel 2, onderdeel f, laatste alinea, Finaliteitsrichtlijn een zin toe, die bepaalt dat, wanneer een indirecte deelnemer op grond van het systeemrisico als deelnemer wordt beschouwd, dit niets afdoet aan de verantwoordelijkheid van de deelnemer via welke de indirecte deelnemer overboekingsopdrachten aan het systeem doorgeeft. Deze zin is letterlijk overgenomen in artikel 212a1, tweede lid.

¹ Richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *PbEG* L 177.

Onderdeel C

De eerste wijziging betreft de vervanging van «instelling» door «deelnemer». Zowel in het oude als in het huidige artikel 3 Finaliteitsrichtlijn wordt de finaliteit van overboekingsopdrachten geregeld. De Wijzigingsrichtlijn brengt geen verandering in het principe dat overboekingsopdrachten en verrekening juridisch afdwingbaar zijn en aan derden kunnen worden tegengeworpen. Artikel 3, eerste lid, bepaalt dat dit «zelfs» het geval is in geval van een insolventieprocedure tegen een *deelnemer*. In de Faillissementswet is de finaliteit geïmplementeerd in artikel 212b. Dat artikel heeft betrekking op de faillietverklaring van een *instelling*.

Dit verschil heeft als gevolg dat de kring van ondernemingen wier overboekingsopdrachten op grond van de Finaliteitsrichtlijn finaal dienen te zijn, niet identiek is aan de kring van ondernemingen wier overboekingsopdrachten op grond van de Faillissementswet finaal moeten zijn. Onder het begrip «deelnemer» in de Finaliteitsrichtlijn valt een instelling, centrale tegenpartij, afwikkelende instantie, clearing house en – na de Wijzigingsrichtlijn – systeemexploitant. Onder het begrip «instelling» in de Finaliteitsrichtlijn valt op zijn beurt weer een kredietinstelling, beleggingsonderneming, overheidsinstantie, onderneming met overheidsgarantie, en – kort gezegd – kredietinstelling of beleggingsonderneming met zetel in een staat die geen lidstaat is.

Onder het begrip «instelling» in de Faillissementswet valt een kredietinstelling, beleggingsonderneming, overheidsinstantie, onderneming met overheidsgarantie, kredietinstelling met zetel in een andere lidstaat, kredietinstelling met zetel in een staat die geen lidstaat is, financiële instelling die vrijwillig onder toezicht staat, twee categorieën van degenen die vrijwillig een bankvergunning hebben, centrale tegenpartij, clearinginstelling, en – op grond van dit wetsvoorstel – systeemexploitant: artikel 212a Fw.

Onder het finaliteitsvoorschrift van de Finaliteitsrichtlijn vallen dus een «instelling» en nog enkele andere ondernemingen, waarbij onder «instelling» een beperkt aantal typen onderneming valt, terwijl onder het finaliteitsvoorschrift van de Faillissementswet slechts een «instelling» valt, waarbij onder dit begrip een groter aantal typen ondernemingen valt. Het verschil komt neer op het volgende: een clearing house (verrekeningsinstituut) valt wel onder het finaliteitsvoorschrift van de Finaliteitsrichtlijn maar niet onder het finaliteitsvoorschrift van de Faillissementswet. De Faillissementswet wordt nu in overeenstemming gebracht met de Finaliteitsrichtlijn. Dit gebeurt door «instelling» te veranderen door «deelnemer». Aangezien onder het begrip «deelnemer» in de Faillissementswet ook «verrekeningsinstituut» valt, heeft deze wijziging tot gevolg dat ook overboekingsopdrachten van een verrekeningsinstituut worden bestreken door het finaliteitsvoorschrift in de Faillissementswet. Omgekeerd zijn er ook ondernemingen die wel onder het finaliteitsvoorschrift van de Faillissementswet vallen, maar niet onder dat van de Finaliteitsrichtlijn. Het betreft de financiële instelling die vrijwillig onder toezicht staat en de twee categorieën van degenen die vrijwillig een bankvergunning hebben. Dit kan worden gezien als een uitbreiding van de bescherming die de Finaliteitsrichtlijn biedt en is niet bezwaarlijk; integendeel: het bevordert de stabiliteit van het financiële systeem. Met de vervanging van «instelling» door «deelnemer» hangt de wijziging van het tweede lid samen. Door het vervallen van de zinsnede «die deelneemt» wordt voorkomen dat er zou komen te staan «een deelnemer die deelneemt aan het systeem», hetgeen dubbelop zou zijn.

Met betrekking tot de toevoeging «of rechten en verplichtingen die voor een deelnemer ingevolge of in verband met zijn deelname aan het systeem ontstaan» aan het slot van het eerste lid van artikel 212b wordt

het volgende opgemerkt. Artikel 7 van de oorspronkelijke Finaliteitsrichtlijn is op dit moment niet zelfstandig, naast artikel 3 Finaliteitsrichtlijn, geïmplementeerd. Het feit dat artikel 7 Finaliteitsrichtlijn niet apart is geïmplementeerd, heeft, voor zover ons bekend, nooit tot enige discussie geleid. Artikel 7 Finaliteitsrichtlijn bepaalde dat een insolventieprocedure ten aanzien van de rechten en verplichtingen die voor een deelnemer uit zijn deelname «aan een systeem voortvloeien» geen terugwerkende kracht heeft vóór het tijdstip waarop een insolventieprocedure (...) is geopend. De tussen aanhalingstekens geplaatste zinsnede is vervangen door «ingevolge of in verband met zijn deelname aan een systeem ontstaan». De wijziging zit er vooral in dat de woorden «ingevolge of in verband» zijn toegevoegd. Met die toevoeging wordt beoogd de categorie rechten en verplichtingen die niet door een insolventieprocedure kunnen worden aangetast, ruimer te maken. Daardoor wordt het minder goed te verdedigen dat met het huidige artikel 212b, tweede lid, mede artikel 7 Finaliteitsrichtlijn wordt omgezet. De verruiming van de categorie rechten en verplichtingen die niet door een insolventieprocedure kunnen worden aangetast leidt tot de voorgestelde toevoeging aan artikel 212b, tweede lid.

Artikel 1, zesde lid, van de Wijzigingsrichtlijn noopt tot de wijziging van het derde lid van artikel 212b. Het derde lid regelt wanneer een overboekingsopdracht die na het tijdstip van faillietverklaring niet aan derden kan worden tegengeworpen ondanks de dan ingetreden beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde. Deze overboekingsopdrachten zijn finaal wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: (1) de opdracht moet binnen een bepaalde tijd worden uitgevoerd, en (2a) bepaalde personen moeten aantonen dat zij de faillietverklaring niet kenden of behoorden te kennen, en wel (2b) op een bepaald tijdstip. Met betrekking tot deze voorwaarden worden drie wijzigingen voorgesteld. Alle wijzigingen worden voorgeschreven door artikel 1, zesde lid, onderdeel a, van de Wijzigingsrichtlijn. De eerste wijziging betreft de tijdspanne na de faillietverklaring waarbinnen de opdracht moet zijn uitgevoerd om nog finaal te zijn. Deze eindigt niet langer noodzakelijkerwijs om 24.00 uur op de dag van de faillietverklaring, maar op het moment waarop de afwikkeling van de opdracht, inclusief alle gebeurtenissen die tijdens de bedrijfscyclus van het systeem plaatsvinden, is voltooid.

De tweede wijziging betreft de personen die moeten aantonen dat zij de faillietverklaring niet kenden of behoorden te kennen. Thans zijn dat nog de centrale tegenpartij, de afwikkelende instantie of het verrekeningsinstituut. Voorgesteld wordt dat slechts de systeemexploitant dat moet aantonen.

De derde wijziging betreft het aantonen van het tijdstip *waarop* de systeemexploitant de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. Thans moet hij nog aantonen dat hij «ten tijde van de uitvoering van de opdracht» de faillietverklaring niet kende of behoorde te kennen. Voorgesteld wordt te bepalen dat hij moet aantonen dat hij de faillietverklaring niet kende of behoorde kennen *op het tijdstip waarop de opdracht onherroepelijk wordt*.

Met betrekking tot de wijziging van het vierde lid wordt het volgende opgemerkt. Artikel 1, zesde lid, onderdeel a, van de Wijzigingsrichtlijn voegt aan artikel 3, eerste lid, Finaliteitsrichtlijn een zin toe, die luidt: «Dit is ook van toepassing bij een insolventieprocedure tegen een deelnemer (aan het betrokken systeem dan wel aan een interoperabel systeem) of tegen een systeemexploitant die geen deelnemer is». De zinsnede «aan het betrokken systeem dan wel aan interoperabel systeem» behoeft geen implementatie. Een interoperabel systeem is een species van het genus «systeem» en behoeft om die reden niet apart te worden genoemd. De zinsnede «of tegen een systeemexploitant van een interoperabel systeem

die geen deelnemer is» dient wel te worden geïmplementeerd. Dit gebeurt door de toevoeging in het vierde lid. Daarmee wordt tevens artikel 1, negende lid, laatste volzin, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

De tekst van het toegevoegde vijfde lid is een combinatie van artikel 1, zesde lid, onderdeel b, van de Wijzigingsrichtlijn en artikel 1, achtste lid. In artikel 1, zesde lid, onderdeel b, van de Wijzigingsrichtlijn betreft het tijdstip van invoering in het systeem en artikel 1, achtste lid, van de Wijzigingsrichtlijn betreft de onherroepelijkheid. Voor het overige zijn deze artikelen identiek, op één aspect in de Nederlandse vertaling na: in artikel 1, zesde lid, onderdeel b, staat «deel uitmaken» en in artikel 1, achtste lid, staat «betrokken». In de Engelse versie wordt beide keren de term «that are party» gebruikt, en in de Franse versie staat beide keren «parties aux systèmes». Gekozen is voor «deel uitmaken».

Met de eerste wijziging van artikel 212d wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel a, onder i, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd; met de tweede wijziging artikel 1, vijfde lid, onderdeel a, onder ii.

Onderdeel D

Met de eerste wijziging van artikel 212d, eerste lid, wordt artikel 1 lid 11, eerste alinea van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

Met de tweede en derde wijziging van artikel 212d, eerste lid, wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel a, onder i, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd. Ten overvloede wordt opgemerkt dat het irrelevant is of de clearing waarvoor de hier bedoelde gemeenschappelijke regels en standaardprocedures gelden, plaatsvindt via een centrale tegenpartij. Een zinsnede met die strekking is opgenomen in artikel, vijfde lid, onderdeel a, onder (i) van de Wijzigingsrichtlijn, maar heeft in een wettekst geen toegevoegde waarde.

Met de laatste wijziging van artikel 212d, eerste lid, wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel a, onder ii, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd. Er wordt een nieuw derde lid opgenomen. Met dit lid, dat bepaalt dat een tussen interoperabele systemen gesloten overeenkomst geen systeem vormt, wordt 1 lid 5, onder a, sub ii, geïmplementeerd.

De wijziging van het vijfde lid (nieuw) komt erop neer dat niet langer het systeem, maar de systeemexploitant de Minister van Financiën in kennis moet stellen van de deelnemers aan het systeem en de veranderingen in het deelnemersbestand.

Met het zesde lid (nieuw) wordt artikel 1, vijfde lid, onderdeel i, laatste alinea, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

Met het zevende lid wordt artikel 1, elfde lid, vierde alinea, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

Met het nieuwe achtste lid wordt artikel 1, elfde lid, vierde alinea, van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

Artikel II

Onderdeel A

Financiële zekerheid kon tot nu toe bestaan uit een pandrecht op of een overdracht van geld of effecten. Thans verstaat artikel 7:51 sub b BW daarom onder een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht: een overeenkomst tot overdracht op grond waarvan geld of effecten worden

overgedragen als waarborg voor een verplichting. Artikel 7:51 sub c BW verstaat onder financiëlezekerheids overeenkomst tot vestiging van een pandrecht een overeenkomst op grond waarvan een pandrecht wordt gevestigd op geld of effecten.

Artikel 2 lid 4 onder c van de Wijzigingsrichtlijn verplicht ertoe te bepalen dat voortaan ook kredietvorderingen kunnen dienen als activa die in het kader van financiëlezekerheids overeenkomst als zekerheid kunnen worden verschaft. Een kredietvordering is volgens artikel 2 lid 5 onderdeel a onder (ii) van de Wijzigingsrichtlijn een geldvordering die voortvloeit uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling als omschreven in artikel 4 onder 1 van de Richtlijn Kredietinstellingen (richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PbEG L 177)) krediet verleent in de vorm van een lening. Deze bepaling is uitgewerkt in artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht, dat bepaalt dat een kredietinstelling is een bank of een elektro-nischgeldinstelling.

Dit alles leidt tot de uitwerking van de definitie van het begrip «kredietvordering» die in het voorgestelde artikel 7:51 onder f is opgenomen. Op grond van deze bepaling is een kredietvordering een geldvordering voortvloeiend uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht krediet verleent in de vorm van een lening.

De voorgestelde wijziging van artikel 7:51 sub b BW beoogt dat ook kredietvorderingen kunnen worden overgedragen als financiële zekerheid. De voorgestelde wijziging van artikel 7:51 sub c BW is erop gericht dat op een kredietvordering een pandrecht kan worden gevestigd door middel van een financiëlezekerheids overeenkomst.

Aansluiting bij algemene regels van het Burgerlijk Wetboek

Voor de overdracht van een kredietvordering of de vestiging van een pandrecht daarop in het kader van een financiëlezekerheids overeenkomst moet, voor zover in Titel 7.2 niet anders is bepaald, worden aangesloten bij het algemene systeem van het Burgerlijk Wetboek voor de overdracht van een vordering. Dat systeem vereist voor de overdracht van vorderingen twee handelingen die juridisch worden aangeduid als (i) een obligatoire handeling (het sluiten van een overeenkomst) en (ii) een goederenrechtelijke leveringshandeling. De obligatoire handeling wordt gevormd door de financiëlezekerheids overeenkomst. De eis van de goederenrechtelijke leveringshandeling volgt uit artikel 3:236 lid 2 jo. 3:94 BW. Zij wordt vervuld door het opmaken van de akte waarin de over te dragen of met een pandrecht te bezwaren vorderingen worden aangeduid.

Artikel 2 lid 6 onder a, eerste volzin, van de Wijzigingsrichtlijn bepaalt dat wanneer kredietvorderingen als financiële zekerheid dienen, geen formaliteiten mogen worden geëist. Hierdoor kan de indruk ontstaan dat de eis van een goederenrechtelijke leveringshandeling niet geoorloofd is in het geval van een financiëlezekerheids overeenkomst. Die indruk is onjuist. Uit de artikelen 2 lid 1, laatste volzin, en lid 4 sub e onder (i) van de Wijzigingsrichtlijn volgt dat Nederland wel degelijk een goederenrechtelijke handeling kan eisen. Deze eis mag evenwel niet verder gaan dan het opnemen van een kredietvordering op een lijst. Deze beperking is voor Nederland niet bezwaarlijk en sluit aan bij de bestaande praktijk.

Uit artikel 2 lid 6 onder a, eerste volzin, van de Wijzigingsrichtlijn volgt dat lidstaten in geval van een financiëlezekerheids overeenkomst met betrekking tot een kredietvordering geen registratie van die financiëlezekerheids overeenkomst mogen eisen voor het bestaan van de overeenkomst noch voor de geldigheid, de volledigheid, de graad van voorrang of de afdwingbaarheid van die overeenkomst en ook niet als bewijs dat de zekerheid is verschaft. Ook een mededeling aan de debiteur mag niet

worden vereist voor de totstandkoming van de financiële zekerheids-overeenkomst.

Deze bepaling behelst een wijziging ten aanzien van de oorspronkelijke Richtlijn financiële zekerheids-overeenkomsten. Zij maakt het mogelijk om een stil pandrecht te vestigen in het kader van de financiële zekerheids-overeenkomst. Voorheen behoorde de vestiging van een stil pandrecht in het kader van een financiële zekerheids-overeenkomst niet tot de mogelijkheden. Uit artikel 3 lid 2 onder 1 Richtlijn financiële zekerheids-overeenkomsten volgt dat de regeling inzake financiële zekerheids-overeenkomsten pas van toepassing is wanneer de activa daadwerkelijk zijn verschaft. Ingeval van een financiële zekerheids-overeenkomst met betrekking tot een kredietvordering moet het vereiste dat de activa daadwerkelijk zijn verschaft aldus worden begrepen dat de zekerheidsnemer direct tot inning van de vordering moet kunnen overgaan. Zulks is niet mogelijk ingeval van een stille verpanding van een vordering. In dat geval kan de vordering immers eerst door de zekerheidsnemer worden geïnd nadat de verpanding aan de debiteur van de betreffende vordering is medegedeeld (artikel 3:246 lid 1 BW). Indien die mededeling niet wordt gedaan, is geen sprake van inningsbevoegdheid van de zekerheidsnemer. Betalingen die aan de pandgever worden gedaan door de debiteur die niet op de hoogte is van de verpanding, zijn voor die debiteur bevrijdend.

Het oorspronkelijke voorstel voor artikel 2 lid 6 onder a, eerste volzin, van de Wijzigingsrichtlijn sloot alle formaliteiten voor de stille verpanding van kredietvorderingen uit. Daardoor zouden ook ten aanzien van het bewijs in de verhouding met derden, onder wie de debiteuren van de kredietvordering, geen formaliteiten meer mogen worden geëist. Hiermee rees onzekerheid over de betekenis van artikel 3 lid 2 van de Richtlijn financiële zekerheids-overeenkomsten. Van die onzekerheid is thans geen sprake meer. Artikel 2 lid 6 onder a, tweede volzin, van de Wijzigingsrichtlijn bepaalt nu dat de lidstaten ten behoeve van de graad van voorrang, afdwingbaarheid of toelaatbaarheid als bewijs jegens de debiteur of derde partijen een formele handeling, zoals registratie of kennisgeving mogen voorschrijven voor het ontstaan van inningsbevoegdheid. Nederland heeft van deze optie gebruik gemaakt.

Financiële zekerheids-overeenkomsten ten aanzien van kredietvorderingen zullen voornamelijk voorkomen in de verhouding tussen de banken en DNB. DNB accepteert echter slechts een openbaar pandrecht als zekerheid voor door haar te verstrekken krediet en geen stil pandrecht. De drie belangrijkste bezwaren van DNB tegen een positie als stil pandhouder zijn: (i) indien in het geval van een faillissement van de pandgever (de bank) diens curator de stil verpande vordering int, dient door de stil pandhouder (DNB) te worden bijgedragen in de algemene faillissementskosten, (ii) in het geval van derdenbeslag is de positie van de stil pandhouder (DNB) zwak en (iii) wanneer de bank de vordering tweemaal verpand, en wel de eerste keer stil aan DNB en de tweede keer openbaar aan een ander, is de positie van DNB zwak. Hetzelfde geldt als de vordering eerst stil wordt verpand aan DNB en daarna wederom stil aan een ander, en de tweede pandhouder eerder mededeelt dan DNB.

Handhaving van het mededelingsvereiste

Tijdens het overleg met de financiële sector en DNB dat in de voorbereidingsfase van dit wetsvoorstel heeft plaatsgevonden, is naar voren gekomen dat het doen van mededeling van de verpanding voor banken bezwaarlijk kan zijn aangezien daardoor de kans bestaat dat een verkeerde indruk ontstaat van de kredietpositie van de betreffende bank bij de betreffende debiteuren en daarmee in de markt.

Om deze reden is gesuggereerd dat aan de bezwaren tegen het mededelingsvereiste kan worden tegemoetgekomen door in de uitvoeringswet een regeling op te nemen die ertoe leidt dat in het geval van een

financiële zekerheidsovereenkomst tot verpanding van een kredietvordering de pandhouder van rechtswege een pandrecht op het geïnde verkrijgt in alle gevallen waarbij een ander de door middel van de financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht verpande kredietvordering int. Voorgesteld is dat deze regeling in zijn algemeenheid zou moeten gelden, maar in ieder geval voor DNB omdat DNB zich in een onvoordeliger situatie bevindt dan «gewone» banken die krediet verstrekken onder zekerheid van een stil verpande vordering. In een regulier geval biedt verrekening uitkomst indien een stil verpande vordering door de pandgever wordt geïnd. De bank kan dan haar vordering verrekenen met hetgeen is geïnd en op de rekening van de pandgever is terecht gekomen. Dit is niet het geval bij een financiële zekerheidsovereenkomst tot verpanding van een kredietvordering tussen een bank en DNB. DNB heeft immers geen verrekeningspositie ten opzichte van de bank aangezien de bank geen rekening bij DNB aanhoudt waarover het betalingsverkeer met cliënten loopt.

Overdracht van een kredietvordering als alternatief voor verpanding

De positie van DNB geeft geen aanleiding tot het treffen van een bijzondere regeling zoals hierboven voorgesteld. Partijen die een financiële zekerheidsovereenkomst ten aanzien van een kredietvordering wensen te sluiten, zijn niet uitsluitend aangewezen op de vestiging van een pandrecht. Zij kunnen ook kiezen voor het sluiten van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht. Langs deze weg kan worden bereikt dat de positie van de zekerheidsnemer in beginsel even sterk is als de positie van een openbaar pandhouder, zonder dat mededeling van de overdracht van de vordering behoeft te worden gedaan.

De mogelijkheid tot overdracht van kredietvorderingen in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst wordt geboden door artikel 2 lid 5 sub a punt (i) onder b van de Wijzigingsrichtlijn. Hierboven gaven wij al aan dat met het onderhavige wetsvoorstel artikel 7:51 sub b BW wordt aangepast in die zin dat een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht nu een overeenkomst is op grond waarvan geld, effecten of kredietvorderingen worden overgedragen als waarborg voor een verplichting.

De overdracht van een kredietvordering in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst is een vorm van cessie. Artikel 3:94 BW voorziet in een tweetal wijzen van cessie: de openbare cessie en de stille cessie. Voor de openbare cessie vereist artikel 3:94 lid 1 BW een daartoe bestemde akte en mededeling daarvan aan de schuldenaar. De stille cessie wordt mogelijk gemaakt door artikel 3:94 lid 3 BW. Zij kan op grond van deze bepaling plaatsvinden door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan de schuldenaar.

De stille cessie heeft na het verlijden of de registratie van de akte volledig goederenrechtelijke werking. In het geval van een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht van een kredietvordering, raakt deze dus van het vermogen van de cedent in het vermogen van de cessionaris. Hierin is het verschil met de financiële zekerheidsovereenkomst tot vestiging van een stil pandrecht gelegen. Bij een stille verpanding is geen sprake van een dergelijke overgang van de vordering van het vermogen van de pandgever naar dat van de pandhouder. Dit verschil doet zich gevoelen indien dezelfde kredietvordering tweemaal onderwerp van een financiële zekerheidsovereenkomst is. Indien de kredietvordering wordt overgedragen door middel van een stille cessie, is het tijdstip van registratie van de akte bepalend voor de vraag wie de vordering heeft verkregen en aldus voor de vraag wie bevoegd is de vordering te innen. Indien de kredietvordering tweemaal stil wordt verpand is voor de vraag wie bevoegd is tot het innen van de vordering bepalend welke van de pandhouders als eerste mededeling van de verpanding heeft gedaan. Indien de kredietvor-

dering eerst stil is verpand, en daarna openbaar, is de openbaar pandhouder bevoegd tot het innen van de vordering.

De overgang van de vordering in haar vermogen kan door de cessionaris niet aan de debiteur van de vordering worden tegengeworpen zolang aan die debiteur geen mededeling van de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht is gedaan. Indien voordat mededeling wordt gedaan de debiteur toch aan de cedent betaalt in plaats van aan de cessionaris is echter sprake van een betaling aan een onbevoegde. Artikel 6:36 BW biedt de cessionaris in dit geval verhaal op het vermogen van de cedent. Dit verhaalsrecht geldt ook in het geval de cedent na ontvangst van de betaling failliet gaat. De cessionaris behoeft dan niet mee te delen in de algemene faillissementskosten aangezien de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht al voor het faillissement is totstandgekomen. Indien de debiteur de gecedeerde kredietvordering aan de cedent voldoet nadat deze in staat van faillissement is verklaard, is die vordering op grond van artikel 6:36 BW een boedelschuld. Na omslag van de algemene faillissementskosten (artikel 182 Faillissementswet) moet de opbrengst dan aan de cessionaris worden voldaan voordat de concurrente schuldeisers worden voldaan.

Ten aanzien van de financiëlezekerheidsovereenkomst moet dus worden opgemerkt dat indien de cessionaris niet wenst te delen in de kosten van een eventueel faillissement, het zaak is dat hij tijdig mededeling doet aan de debiteuren van de kredietvorderingen die het onderwerp van de financiëlezekerheidsovereenkomst zijn. Daarbij is behulpzaam dat de curator van de cedent niet tot inning van de gecedeerde vordering mag overgaan en de cessionaris in beginsel vrij is in de keuze van het moment waarop tot mededeling wordt overgegaan, aangezien de wet geen voorschriften bevat omtrent het moment waarop mededeling moet worden gedaan. Dit is slechts anders indien uit de onderlinge verhouding tussen de cedent en de cessionaris iets anders voortvloeit.

De mogelijkheid tot het sluiten van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht van een kredietvordering biedt een bruikbaar instrument voor die gevallen waarin het doen van mededeling van de verpanding aan de debiteur van die vordering bezwaarlijk is, bijvoorbeeld omdat daardoor een onjuiste indruk kan ontstaan ten aanzien van de kredietpositie van een bank die krediet wenst aan te trekken bij DNB. Ook biedt de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht de eerste zekerheidsnemer een sterkere positie indien de vordering tweemaal tot onderwerp van een financiëlezekerheidsovereenkomst wordt gemaakt.

Ontoelaatbaarheid van nationale herkwalificaties

Vanuit de financiële sector is de vraag gesteld of aan de financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht van een kredietvordering niet in de weg wordt gestaan door het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. Op grond van deze bepaling is een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, geen geldige titel voor overdracht van dat goed.

In dit kader is van belang artikel 6 lid 1 van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten, waaruit volgt dat een overdracht op grond van de financiëlezekerheidsovereenkomst het rechtsgevolg moet kunnen hebben dat in die overeenkomst is voorzien. Overweging 13 van de considerans bij de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten beoogt de geldigheid van financiëlezekerheidsovereenkomsten die uitgaan van de volledige overdracht van de eigendom van of gerechtigdheid tot de als zekerheid verstrekte activa te beschermen. Dit gebeurt, aldus overweging 13, door het elimineren van herkwalificatie van dergelijke financiëlezekerheidsovereenkomsten.

Uit vooreemde bepalingen volgt dat het niet is toegelaten de overeenkomst op basis van het nationale recht te herkwalificeren tot een

zekerheidsstelling. Artikel 6 lid 1 en overweging 13 van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten zijn uitgewerkt in artikel 7:55 BW. Deze bepaling heeft als gevolg dat een overdracht ter nakoming van een financiëlezekerheidsovereenkomst een geldige titel is. In geval van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht van een kredietvordering is artikel 3:84 lid 3 BW dus niet op die overdracht van toepassing.

Onderdeel B

Artikel 2 lid 4 onder d van de Wijzigingsrichtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om kredietvorderingen waarvan de debiteur een consument is die niet handelt in de uitoefening van een beroep op bedrijf (vgl. artikel 3 onder a Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten) uit te zonderen van de werking van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten. Een dergelijke uitsluiting is evenwel niet mogelijk als de zekerheidsnemer of de zekerheidsverschaffer van de kredietvordering is een instelling als bedoeld in artikel 1 lid 2 onder b van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten, dat is uitgewerkt in artikel 7:52 lid 1 sub b BW. Aldus kunnen vorderingen op een consument van de werking van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten worden uitgezonderd tenzij de zekerheidsnemer of zekerheidsverschaffer, dus degene die in het kader van de financiëlezekerheidsovereenkomst de kredietvordering als zekerheid krijgt of geeft, is een centrale bank, de Europese Centrale Bank, de Bank voor Internationale betalingen, een multilaterale ontwikkelingsbank, het Internationaal Monetair Fonds of de Europese Investeringsbank.

Nederland heeft van deze optie gebruik gemaakt door in het voorgestelde artikel 7:51 lid 3 onder f te bepalen dat een kredietvordering is een geldvordering voortvloeiend uit een overeenkomst waarbij een kredietinstelling als bedoeld in artikel 1:1 Wet op het financieel toezicht krediet verschaft in de vorm van een lening met uitzondering van geldvorderingen waarbij de debiteur een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, tenzij de zekerheidsnemer of zekerheidsverschaffer van een dergelijke kredietvordering een van de instellingen is als genoemd in artikel 51 lid 1 onder b BW.

De reden voor deze uitzondering is dat debiteuren van kredietvorderingen zo goed mogelijk beschermd dienen te worden. Indien een kredietvordering op een consument zou kunnen dienen als zekerheid in het kader van een tussen financiële instellingen onderling gesloten financiëlezekerheidsovereenkomst, kan deze kredietvordering door de financiële instelling worden verpand danwel overgedragen aan een andere financiële instelling (artikel 7:51 sub b en c BW). Dit houdt in dat de consument als debiteur ermee kan worden geconfronteerd dat een andere financiële instelling dan zijn oorspronkelijke schuldeiser de vordering wil innen en in dat kader mededeling doet van de verpanding danwel de overdracht aan de debiteur. In het geval van een verpanding heeft deze mededeling als gevolg dat de debiteur niet langer bevrijdend kan betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser (artikel 3:246 lid 1 BW). Van consumenten die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf kan niet zonder meer worden verwacht dat zij begrijpen dat de strekking van de mededeling is dat zij niet langer aan hun oorspronkelijke schuldeiser kunnen betalen maar hun betaling moeten richten aan een andere financiële instelling.

Maatregelen ter optimalisatie van de bruikbaarheid van kredietvorderingen als zekerheid

Voor optimale bruikbaarheid van kredietvorderingen als zekerheid is het 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 verrekening met andere vorderingen behoren.

Artikel 2 lid 6 sub b onder (i) van de Wijzigingsrichtlijn bepaalt daarom dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de debiteur van een kredietvordering rechtsgeldig afstand kan doen van de rechten tot verrekening die hij bezit jegens de crediteur of diens rechtsverkrijgenden. In de toelichting bij de richtlijn 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, onverminderd de bepalingen uit de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad).

Voor Nederland is het niet nodig artikel 2 lid 6 sub b onder (i) van de Wijzigingsrichtlijn separaat te implementeren. In beginsel bestaat voor partijen bij de kredietovereenkomst de mogelijkheid om afstand te doen van een recht op verrekening. Indien het gaat om een debiteur die te beschouwen is als consument, dan brengt artikel 2 lid 6 sub b onder (i) van de Wijzigingsrichtlijn in verbinding met artikel 17 van de richtlijn Consumentenkrediet (Richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU L 133/66)) mee dat de consument zich kan beroepen op de bescherming die gelegen is in artikel 6:237, onder g, BW.

Artikel 2 lid 6 sub b onder (ii) bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de debiteur van een kredietvordering rechtsgeldig afstand kan doen van zijn rechten die voortvloeien uit de regels inzake het bankgeheim die de crediteur van de kredietvordering anders zouden beletten of beperken in zijn mogelijkheid om informatie over de kredietvordering of de debiteur te verstrekken met het oog op het gebruik van de kredietvordering als zekerheid.

In sommige rechtsgebieden kan het feit dat de oorspronkelijke crediteurbank aan de zekerheidsnemer gegevens over de debiteur en de kredietvordering verstrekt in strijd zijn met het bankgeheim. Dit kan tot gevolg hebben dat zekerheidsnemers niet in staat zijn voldoende informatie over de debiteur of de kredietvordering te krijgen. Deze situatie is in Nederland niet aan de orde. Het Nederlandse recht kent geen bankgeheim. Om deze reden is het niet noodzakelijk deze bepaling van de Wijzigingsrichtlijn te implementeren in de Nederlandse wet.

Onderdeel C

Op grond van artikel 5 lid 1 Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten kan aan de zekerheidsnemer een recht van gebruik worden verleend. Het gebruiksrecht houdt een algemene beschikkingsbevoegdheid van de zekerheidsnemer in ten aanzien van de verpande goederen. Indien de zekerheidsnemer over de goederen beschikt, moet hij gelijkwaardige goederen in de plaats stellen. Deze gelijkwaardige goederen moet de zekerheidsnemer overdragen aan de zekerheidsgever uiterlijk op het moment dat de overeenkomst afloopt. Op die in de plaats gestelde gelijkwaardige goederen wordt bij de overdracht ten behoeve van de zekerheidsnemer met terugwerkende kracht tot het moment waarop het oorspronkelijke pandrecht werd gevestigd een zekerheidsrecht gevestigd. Artikel 5 van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten is omgezet in artikel 7:53 BW. Aangezien bij een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht de zekerheidsnemer zonder meer beschikkingsbevoegd is

ten aanzien van de overgedragen goederen, geldt artikel 7:53 BW alleen voor de financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht.

Artikel 7:53 lid 1 BW houdt in dat kan worden bedongen dat de zekerheidsnemer over de goederen die onderwerp van de financiëlezekerheidsovereenkomst zijn, kan beschikken en de opbrengst behouden. Op grond van het huidige artikel 7:53 lid 2 BW brengt uitoefening van het recht tot gebruik of verkoop van rechtswege een verplichting van de pandhouder mee tot overdracht van gelijkwaardige goederen aan de pandgever. De pandhouder moet deze verplichting nakomen uiterlijk op het tijdstip waarop moet worden voldaan aan de vordering waarvoor het verpande tot zekerheid strekt. De aanspraak van de pandgever op grond van het huidige artikel 7:53 lid 2 BW op de overdracht van gelijkwaardige goederen wordt aangevuld door het huidige artikel 7:53 lid 3 BW. Deze bepaling verschaft de pandgever de bevoegdheid om de waarde van de verpande goederen te verrekenen met een schuld die hij aan de pandhouder heeft en aan hem moet terugbetalen (artikel 7:53 lid 3 BW). Het huidige artikel 7:53 lid 2 en 3 BW biedt een beperkte bescherming aan de pandgever wiens eigendomsrechten door het recht van gebruik verloren kunnen gaan. In het geval van faillissement van de pandhouder kan deze regeling een potentieel nadeel voor de pandgever opleveren. Dit nadeel ontstaat bij een meerwaarde of een toegenomen waarde van de verpande goederen zonder dat door de pandhouder gelijkwaardige goederen in de plaats zijn gesteld. Indien de pandhouder gebruik maakt van zijn recht tot verkoop of gebruik van de verpande financiële activa, raakt de pandgever zijn aanspraken als eigenaar en gerechtigde ten aanzien van die financiële activa kwijt. In plaats van zijn goederenrechtelijke eigendomsrecht verkrijgt de pandgever een verbintenisrechtelijke aanspraak op overdracht uiterlijk aan het eind van de looptijd van de overeenkomst, dan wel op het moment dat de gezekerde vordering is voldaan. Deze verbintenisrechtelijke aanspraak wordt gecombineerd met het recht van de pandgever om de schuld die hij aan de pandhouder heeft te verrekenen met de verpande goederen.

Mogelijkheid van faillissement financiële instelling noodzaakt tot aanpassing artikel 7:53 BW

Het bovenstaande is voldoende indien de gezekerde vordering en de waarde van de verpande goederen gedurende de looptijd van de overeenkomst zijn gelijk gebleven. Indien de gezekerde vordering echter gedeeltelijk is afgelost of sprake is van een meerwaarde of toegenomen waarde van de verpande goederen, bestaat in het geval van insolventie van de pandhouder het risico dat de pandgever het verschil niet terug krijgt.

Recente ontwikkelingen hebben aangetoond dat het risico van insolventie van een financiële instelling niet denkbeeldig is. De verbintenisrechtelijke vordering die de pandgever op grond van het huidige artikel 7:53 lid 3 BW in geval van insolventie heeft, is een concurrente vordering. In het geval van een insolventie van een financiële instelling loopt de pandgevende financiële instelling dus het risico dat die vordering niet wordt voldaan voor zover het de meerwaarde van de verpande goederen betreft. Hierom is van de gelegenheid gebruikgemaakt om het huidige tweede en vierde lid van artikel 7:53 BW te herzien. Dit heeft geleid tot een aanvulling op het tweede lid, een nieuw derde lid en het schrappen van het huidige vierde lid en het vervangen daarvan door een nieuw vierde lid. In het voorgestelde artikel 7:53 lid 2 is bepaald dat de zekerheidsnemer een pandrecht krijgt op hetgeen wordt overgedragen als gevolg van de uitoefening van het recht van gebruik of verkoop alsmede dat dat recht wordt geacht te zijn verkregen op het moment dat de financiëlezekerheidsovereenkomst werd gesloten. Dit is een uitvloeisel van de omstandigheid dat artikel 5 lid 3 van de Richtlijn financiëlezekerheidsovereen-

komsten bepaalt dat de gelijkwaardige goederen worden behandeld als zijnde op hetzelfde tijdstip verschaft als de goederen die in het kader van de oorspronkelijke financiële zekerheidsovereenkomst zijn verschaft. Toekenning van een vervangend recht op grond van de wet is noodzakelijk indien de zekerheidsnemer gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot gebruik of verkoop van de verpande goederen, omdat de opbrengst in het vermogen van de zekerheidsnemer vloeit. Om deze reden is in het voorgestelde artikel 7:53 lid 2 bepaald dat het pandrecht van de zekerheidsnemer wordt geacht te zijn verkregen op het moment dat de financiële zekerheidsovereenkomst werd gesloten. Het huidige lid 4 wordt daarmee overbodig.

Indien de zekerheidsnemer gebruik maakt van zijn recht tot gebruik of verkoop, is hij verplicht gelijkwaardige goederen in de plaats te stellen. De zekerheidsgever heeft een vordering op de zekerheidsnemer tot het verkrijgen van die goederen uiterlijk zodra de overeenkomst afloopt. Hierboven zagen wij dat indien de vordering tussentijds is afgelost, dan wel de waarde van de verpande goederen is toegenomen, de zekerheidsgever daardoor in het geval van insolventie van de zekerheidsnemer het risico loopt te worden benadeeld. Om deze reden is in het voorgestelde artikel 7:53 lid 3 bepaald dat de zekerheidsgever voor zijn vordering op de zekerheidsnemer een voorrecht heeft op de bij de zekerheidsnemer aanwezige (vervangende) gelden en effecten.

Met de nieuwe bepaling in lid 3 wordt het huidige lid 3 vernummerd tot lid 4. In het voorgestelde lid 5 is bepaald dat artikel 7:53 BW niet van toepassing is indien de financiële zekerheidsovereenkomst strekt tot verpanding van een kredietvordering in de zin van artikel 7:51 onder f. Met deze bepaling wordt artikel 2 lid 8 van de Wijzigingsrichtlijn geïmplementeerd.

Onderdeel D

Artikel 4 van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten regelt de bevoegdheden van de zekerheidsnemer indien aan de voorwaarden van een executiegrond wordt voldaan. Het artikel betreft alleen financiële zekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht. Het artikel ziet ook slechts op het verhaal in het geval van een executiegrond. De bevoegdheid om te beschikken, die volgt uit artikel 5 van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomst en is uitgevoerd in artikel 7:53 BW, valt er niet onder.

Wanneer sprake is van een executiegrond, is de pandhouder bevoegd over te gaan tot het uitwinnen van de zekerheid die hem is verschaft. De uitwinning door de zekerheidsnemer kan op twee manieren plaatsvinden, namelijk door verkoop en toe-eigening. Na de verkoop of toe-eigening vindt dan verrekening plaats met het verschuldigde bedrag.

Indien de zekerheidsnemer overgaat tot verkoop, draagt hij de goederen aan een ander over en kan hij het hem verschuldigde op de opbrengst verhalen. Indien de zekerheidsnemer overgaat tot toe-eigening, wil dat zeggen dat de zekerheidsnemer de goederen niet overdraagt, maar de waarde ervan verrekent met hetgeen de zekerheidsgever hem schuldig is. Artikel 2 lid 4 onder c van de Wijzigingsrichtlijn bepaalt dat ook kredietvorderingen als financiële zekerheid kunnen dienen. In aansluiting daarop voorziet artikel 2 lid 7 onder a erin dat artikel 4 lid 1 van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten wordt aangepast in die zin dat uitwinning van kredietvorderingen kan plaatsvinden door verkoop of toe-eigening daarvan of door hun waarde te verrekenen met de betrokken financiële verplichtingen dan wel hun waarde in mindering te brengen op de betrokken financiële verplichtingen.

Nu het huidige artikel 7:54 BW de uitwerking is van het nog niet gewijzigde artikel 4 van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten, ziet het huidige artikel slechts op effecten en geld. Om deze reden voorziet het

wetsvoorstel in de toevoeging aan artikel 7:54 lid 1 BW van een nieuw onderdeel c. Het onderdeel bepaalt dat de zekerheidsnemer bevoegd is de kredietvordering waarop het pandrecht rust over te dragen en de opbrengst te verrekenen met het hem verschuldigde. Voor de overdracht van de vordering moet aansluiting worden gezocht bij de algemene bepalingen van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van de overdracht van vorderingen op naam die zijn opgenomen in artikel 3:94 BW. Overigens bezigt de richtlijn de term «verkopen» in plaats van overdragen. In het voorgestelde onderdeel c is ten aanzien van kredietvorderingen evenwel gekozen voor de term «overdragen» omdat deze terminologie beter aansluit bij het systeem van het Burgerlijk Wetboek dan de term «verkopen».

Nu het voorgestelde onderdeel c erin voorziet dat de zekerheidsnemer de kredietvordering bij het plaatsvinden van een afdwingingsgrond kan overdragen en zo de vordering te gelde kan maken, bestaat geen aanleiding om te voorzien in een bepaling die toe-eigening van kredietvorderingen mogelijk maakt. De in de Wijzigingsrichtlijn voorziene toe-eigening van een kredietvordering beoogt dat de zekerheidsnemer bij het plaatsvinden van een afdwingingsgrond de vordering niet overdraagt, maar de verpande goederen «zelf houdt» en de waarde ervan verrekenet met of in mindering brengt op hetgeen de zekerheidsgever hem schuldig is. Naar Nederlands recht kan men een vordering niet «zelf houden». Het door de Wijzigingsrichtlijn beoogde resultaat van de toe-eigening kan bovendien al in Nederland al worden bereikt doordat het Nederlandse recht erin voorziet dat de pandhouder de vordering kan innen en zich de bedragen die hij daarmee ontvangt kan toe-eigenen. De ontvangen bedragen kan de pandhouder dan vervolgens verrekenen met, of in mindering brengen op, de vordering die hij op de pandgever heeft. De inningsbevoegdheid van de pandhouder volgt uit de algemene regeling van het pandrecht die is neergelegd in artikel 3:246 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat indien een pandrecht op een vordering rust, de pandhouder – voor zover mededeling van de verpanding is gedaan aan de debiteur van de betreffende vordering – bevoegd is in en buiten rechte nakoming van die vordering te eisen alsmede om betalingen in ontvangst te nemen. In veel gevallen zal de betreffende vordering nog niet opeisbaar zijn. De zekerheidsnemer zal dan niet terstond na het plaatsvinden van een afdwingingsgrond tot inning van de vordering kunnen overgaan. Hij zal dan de verpanding van de vordering aan de debiteur moeten mededelen, hetgeen tot gevolg heeft dat hij exclusief tot inning bevoegd wordt. Het bedrag dat zal kunnen worden geïnd, kan in mindering worden gebracht op of verrekend met de vordering op de zekerheidsgever.

Artikel 4 lid 2 sub a Richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten bepaalt dat toe-eigening mogelijk is indien zulks is overeengekomen door de partijen bij de financiëlezekerheidsvereenkomst. Ten aanzien van kredietvorderingen behoeft deze bepaling geen aparte uitwerking in artikel 7:54 BW nu de bevoegdheid om over te gaan tot het innen van de vordering een wezenlijk kenmerk is van een financiëlezekerheidsvereenkomst tot vestiging van een pandrecht dat reeds volgt uit de algemene regel van artikel 3:246 lid 1 BW.

Artikel 4 lid 3 van de Richtlijn financiëlezekerheidsvereenkomsten houdt in dat lidstaten die op 27 juni 2002 toe-eigening niet toestaan, de mogelijkheid hadden om de toe-eigening niet te erkennen. Nederland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. In artikel 7:54 lid 5 is zelfs uitdrukkelijk bepaald dat het in artikel 3:235 BW geregelde verbod van toe-eigening van verpande goederen niet van toepassing is ingeval van een financiëlezekerheidsvereenkomst. Ook andere lidstaten hebben geen gebruik gemaakt van de in artikel 4 lid 3 geboden mogelijkheid. Om die reden is de bepaling in artikel 2 lid 7 onder c van de Wijzigingsrichtlijn geschrapt. Deze bepaling behoeft dus geen implementatie.

Artikel III

Artikel III bevat overgangsrecht. Zowel onderdeel A als onderdeel B is letterlijk overgenomen uit de Wijzigingsrichtlijn. Een systeem dat nu reeds als zodanig is aangemerkt blijft als zodanig aangemerkt na de inwerkingtreding van het thans voorliggende wetsvoorstel, nadat dit tot wet zal zijn verheven.

Met betrekking tot overboekingsopdrachten schrijft de Wijzigingsrichtlijn voor dat wanneer deze zijn ingevoerd voor de inwerkingtreding van het thans voorliggende wetsvoorstel en worden afgewikkeld na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, nadat het tot wet zal zijn verheven, als overboekingsopdracht in de zin van de Wijzigingsrichtlijn worden beschouwd.

Artikel IV

Artikel IV ziet op de datum van inwerkingtreding. Artikel 3 van de Wijzigingsrichtlijn bepaalt dat de lidstaten de bepalingen ter implementatie van de richtlijn toepassen met ingang van 30 juni 2011. Dat brengt met zich dat indien dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven, de inwerkingtreding ervan uiterlijk op 30 juni 2011 dient plaats te vinden. Vanwege de te verwachten bijdrage aan een uitweg uit de economische crisis is het evenwel van belang dat het wetsvoorstel, eenmaal tot wet verheven, zo spoedig mogelijk in werking kan treden.

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

De minister van Financiën,
J. C. de Jager

BIJLAGE

Transponeringstabel

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 effectententransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PbEU L 146/37)

Artikel richtlijn	Bepaling in bestaande regelgeving. Toelichting indien niet geïmplementeerd	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij invulling beleidsruimte
1 lid 1	Behoeft geen implementatie (betreft considerans)	Geen beleidsruimte	
1 lid 2	Behoeft geen implementatie (betreft considerans)	Geen beleidsruimte	
1 lid 3	Behoeft geen implementatie (betreft considerans)	Geen beleidsruimte	
1 lid 4 onderdeel a (1 FR)	Behoeft geen implementatie (wijziging van «ecu» in «euro»)	Geen beleidsruimte	
1 lid 4 onderdeel b (1 FR)	Behoeft geen implementatie (is reeds in wet geregeld)	Geen beleidsruimte	
1 lid 5, onderdeel a, onder i (2 FR)	Aanpassing 212d lid 1 Fw	Geen beleidsruimte	
1 lid 5, onderdeel a, onder ii (2 FR)	Aanpassing 212d lid 1 Fw	Geen beleidsruimte	
1 lid 5, onderdeel b (2 FR)	Behoeft geen implementatie (is reeds in 212a Fw geregeld)	Geen beleidsruimte	
1 lid 5, onderdeel c, onder i (2 FR)	Aanpassing 212a Fw, onderdeel f, Fw	Geen beleidsruimte	
1 lid 5, onderdeel c, onder ii, eerste zin (2 FR)	Invoeging 212a1 lid 1 Fw	Richtlijn biedt optie te bepalen dat een indirecte deelnemer als deelnemer wordt beschouwd.	Zie toelichting art. I, onderdeel B
1 lid 5, onderdeel c, onder ii, tweede zin (2 FR)	Invoeging 212a1 lid 2 Fw	Geen	
1 lid 5, onderdeel d (2 FR)	Aanpassing 212a, onderdeel g, Fw	Geen	
1 lid 5, onderdeel d, laatste bijzin (mits...) (2FR)	Invoeging artikel 212a1 lid 1 Fw	Geen	
1 lid 5, onderdeel e	Behoeft geen implementatie (is reeds in 212a Fw wet geregeld)	Geen	
1 lid 5, onderdeel f (2 FR)	Aanpassing 212a, onderdeel k, Fw	Geen	
1 lid 5, onderdeel g (2 FR)	Behoeft geen implementatie (is reeds in wet geregeld)	Geen	
1 lid 5, onderdeel h (2 FR)	Behoeft geen implementatie (als gevolg van wetssystematiek behoeft deze definitie niet in wet te worden opgenomen)	Geen	
1 lid 6, onderdeel a, eerste alinea, eerste zin	Behoeft geen implementatie (er wijzigt niets; is reeds in 212b Fw geregeld)	Geen	
1 lid 6, onderdeel a, eerste alinea, tweede zin (3 FR)	Wijziging 212b lid 4 Fw	Geen	
1 lid 6, onderdeel a, tweede alinea (3 FR)	Wijziging 212b lid 3 Fw	Geen	
1 lid 6, onderdeel b (3 FR)	212b lid 5 (nieuw) Fw	Geen	
1 lid 7 (4 FR)	Behoeft geen implementatie (betreft wijziging van een optie waarvan bij de implementatie van de oorspronkelijke richtlijn geen gebruik is gemaakt)	Hier niet aangewezen om optie van destijds nogmaals toe te lichten	Hier niet aangewezen om keuze van destijds nogmaals toe te lichten
1 lid 8, eerste zin (5 FR)	212b lid 5 (nieuw) Fw	Geen	
1 lid 9 (7 FR)	Aanpassing 212b lid 1 Fw	Geen	
1 lid 10 (art. 9 lid 1 FR)	Behoeft geen implementatie. Volgt al uit 57 FW	Geen	
1 lid 10 (art. 9 lid 2 FR)	Behoeft geen implementatie (volgt al uit Wet conflictenrecht goederenrecht / Wetsvoorstel 32 137 (Boek 10 BW))	Geen	

Artikel richtlijn	Bepaling in bestaande regelgeving. Toelichting indien niet geïmplementeerd	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij invulling beleidsruimte
1 lid 11, eerste alinea (10 lid 1, eerste alinea, FR)	212d, lid 1	Geen	
1 lid 11, tweede alinea (10 lid 1, tweede alinea, FR)	Aanpassing 212d lid 5 (nieuw) Fw	Geen	
1 lid 11, derde alinea (10 lid 1, derde alinea FR)	Behoeft geen implementatie. Er wordt niets gewijzigd	Geen	
1 lid 11, vierde alinea (10 lid 1, vierde alinea)	Nieuw lid 212d lid 8 Fw	Geen	
1 lid 11, onderdeel 2	Artikel III		
2 lid 1	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het betreft een aanvulling op overweging 9 van de considerans van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten die Nederland in staat stelt ook in geval van een financiële zekerheids-overeenkomst tot vestiging van een pandrecht op of tot overdracht van een kredietvordering een goederenrechtelijke leveringshandeling te eisen zoals bedoeld in artikel 3:94 lid 1 BW.	N.v.t.	
2 lid 2	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het betreft een aanpassing van overweging 20 van de considerans van de Richtlijn Financiële zekerheidsovereenkomsten.	N.v.t.	
2 lid 3	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het betreft de toevoeging van een overweging aan de considerans.	N.v.t.	
2 lid 4, onderdeel a	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het is reeds uitgewerkt in artikel 7:52 lid 1 sub b BW.	Geen	
2 lid 4, onderdeel b	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het leidt niet tot wijziging in wat is bepaald in artikel 7:52 lid 1 sub c BW.	Geen	
2 lid 4, onderdeel c	Artikel 7:51 onderdeel f, eerste zinsnede	Geen	
2 lid 4, onderdeel d	Artikel 7:51 lid 3 onderdeel f, tweede zinsnede	Dit artikel stelt Nederland in staat kredietvorderingen die voortvloeien uit het verstrekken van een lening door een financiële instelling aan een consument die niet handelt in de uitoefening van een beroep op bedrijf uit te zonderen van de mogelijkheid om te dienen als financiële zekerheid bij een tussen twee financiële instellingen gesloten financiële zekerheidsovereenkomst.	Op deze wijze wordt de debiteur van de betreffende kredietvordering beschermd. Zie artikelsgewijze toelichting bij Artikel II, onderdeel A.
2 lid 4, onderdeel e	Dit artikel behoeft geen implementatie. De eis van de goederenrechtelijke leveringshandeling volgt uit artikel 3:236 lid 2 jo. 3:94 BW.	Nederland kan een goederenrechtelijke handeling eisen. Deze eis mag evenwel niet verder gaan dan het opnemen van een kredietvordering op een lijst. Nederland heeft van deze optie gebruik gemaakt.	Op deze wijze kan worden aangesloten bij de bestaande praktijk in geval van verpanding en overdracht van vorderingen.
2 lid 5, onderdeel a, onder i, sub b	Artikel 7:51 BW, onderdeel b	Geen	
2 lid 5, onderdeel a, onder i, sub c	Aanpassing 7:51 BW, onderdeel c	Geen	
2 lid 5, onderdeel a, onder ii	Artikel 7:51 sub f	Geen	
2 lid 5, onderdeel b		Geen	
2 lid 6, onderdeel a, eerste alinea, eerste zin	Deze bepaling behoeft geen implementatie. Maakt het mogelijk een kredietvordering stil te verpanden. Zulks is thans reeds mogelijk op grond van artikel 3:94 lid 3 BW.		

Artikel richtlijn	Bepaling in bestaande regelgeving. Toelichting indien niet geïmplementeerd	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij invulling beleidsruimte
2 lid 6, onderdeel a, eerste alinea, tweede zin		Dit artikel betreft een beleidsoptie die Nederland in staat stelt in geval van een financiële zekerheids overeenkomst tot vestiging van een pandrecht het mededelingsvereiste te handhaven. Nederland heeft van deze optie gebruik gemaakt.	Zie algemene toelichting.
2 lid 6, onderdeel a, tweede alinea	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het betreft een opdracht aan Commissie.	N.v.t.	
2 lid 6, onderdeel b	Dit artikel behoeft geen implementatie. Afstand doen van het recht tot verrekening en van de rechten die voortvloeien uit het bankgeheim is naar Nederlands recht al mogelijk door middel van een overeenkomst.	Geen	
2 lid 7, onderdeel a	Aanpassing 7:54 lid 1 BW	Geen	
2 lid 7, onderdeel b	Toe-eigening van een vordering is naar Nederlands recht niet mogelijk. Voor implementatie van deze bepaling bestaat geen noodzaak.	N.v.t.	
2 lid 7, onderdeel c	Voor implementatie van deze bepaling bestaat geen noodzaak. Het betreft schrapping van een bepaling die Nederland de mogelijkheid gaf toe-eigening niet toe te staan. Nederland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt en toe-eigening bij financiële zekerheids overeenkomsten uitdrukkelijk erkend in artikel 7:54 lid 5 BW.	N.v.t.	
2 lid 8 (5 FCD)	Artikel 7:53 lid 5 BW	Geen	
2 lid 9 (nieuw 9bis FCD)	Richtlijn 2008/48 is thans nog niet in het Nederlandse recht geïmplementeerd.	Geen	
Omzetting en inwerkingtreding			
3	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het betreft de termijn waarbinnen de richtlijn moet worden omgezet.	Geen	
4	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het betreft de dag waarop de richtlijn in werking treedt.	N.v.t.	
5	Dit artikel behoeft geen implementatie. Het bepaalt dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten.	N.v.t.	