
92

Besluit van 19 februari 2019 houdende nadere regels met betrekking tot de finaliteit van opdrachten die worden gegeven aan betalings- en effectenafwikkelingsystemen in derde landen (Besluit voorwaarden finaliteit en derde landen)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Financiën van 30 januari 2019, nr. 2019-0000015564, directie Financiële Markten, gedaan mede namens Onze Minister voor Rechtsbescherming;

Gelet op de artikelen 212a, onderdeel b, onder 3°, 212b, eerste lid, en 212c, derde lid, van de Faillissementswet;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van 6 februari 2019, nr. W06.19.0028/III);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Financiën, van 14 februari 2019, 2019-0000023544, directie Financiële Markten, uitgebracht mede namens Onze Minister voor Rechtsbescherming;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

1. Een toezichthouder als bedoeld in de artikelen 212a, onderdeel b, onder 3°, en 212b, eerste lid, van de Faillissementswet is een toezichthouder die is gevestigd in een Staat, met uitzondering van een lidstaat van de Europese Unie, waarvan de centrale bank kapitaal houdt in de Bank for International Settlements.

2. Indien een toezichthouder ophoudt een toezichthouder als bedoeld in het eerste lid te zijn, wordt de toezichthouder nog gedurende twee jaar daarna voor de toepassing van het eerste lid aangemerkt als een toezichthouder als bedoeld in dat lid.

Artikel 2

1. Deelnemers delen aan De Nederlandsche Bank N.V. mee aan welke systemen, bedoeld in artikel 212a, onder b, onderdeel 3, van de Faillissementswet, zij deelnemen en verstrekken aan de Nederlandsche Bank N.V. de actuele contactgegevens van deze systemen.

2. Wanneer een deelnemer langer dan een jaar niet heeft deelgenomen aan een systeem dat hij op grond van het eerste lid heeft meegedeeld, deelt hij dat mee aan De Nederlandsche Bank N.V.

3. Indien een deelnemer die deelneemt aan een systeem als bedoeld in artikel 212a, onder b, onderdeel 3, van de Faillissementswet in Nederland in staat van faillissement wordt verklaard, stelt De Nederlandsche Bank N.V. de systemen waarvan de deelnemer heeft meegedeeld dat hij daaraan deelneemt, van de faillietverklaring in kennis.

Artikel 3

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.

Artikel 4

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit voorwaarden finaliteit en derde landen.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 19 februari 2019

Willem-Alexander

De Minister van Financiën,
W.B. Hoekstra

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Uitgegeven de zesde maart 2019

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt met de daarbij behorende stukken openbaar gemaakt door publicatie in de Staatscourant.

NOTA VAN TOELICHTING

Algemeen

Dit besluit houdt verband met de Wet van 12 december 2018 tot wijziging van de Faillissementswet met betrekking tot de rechten en verplichtingen inzake deelname aan betalings- en effectenafwikkelingsystemen in derde-landen (Stb. 2019, 25), waarbij artikel 212a, onderdeel b, van de Faillissementswet is aangevuld met een nieuw subonderdeel, genummerd 3°. Met betrekking tot die aanvulling wordt in deze toelichting volstaan met de opmerking dat opdrachten die worden ingevoerd in betalings- en effectenafwikkelingsystemen in derde landen niet ongedaan kunnen worden gemaakt («finaal zijn»).

Op dit moment kunnen Nederlandse banken die deelnemen aan een betalingssysteem niet garanderen dat overboekingsopdrachten die zij invoeren in een systeem in een derde land niet zullen worden teruggedraaid in geval van een faillissement van de bank die de overboeking heeft verricht. Als gevolg van de Wet van 12 december 2018 kunnen zij dat in de toekomst wel. In die wet wordt in de bepalingen in de Faillissementswet waarin de Finaliteitsrichtlijn is geïmplementeerd:

- de definitie van «systeem» uitgebreid zodat onder die regeling ook betalings- en effectenafwikkelingsystemen vallen in landen buiten de EU met adequaat toezicht; en
- de uitzondering op de terugwerkende kracht van een faillissement uit te breiden tot alle overboekingsopdrachten, ongeacht of zij zijn ingevoerd in een betalings- en effectenafwikkelingssysteem in de zin van de wet.

Voor een uitgebreidere toelichting wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij meergenoemde wijzigingswet.¹

Deze finaliteit geldt evenwel slechts indien op het desbetreffende systeem toezicht wordt uitgeoefend door een toezichthouder die voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden.

Het thans voorliggende besluit noemt één voorwaarde. Die voorwaarde is dat op het systeem toezicht wordt uitgeoefend door een toezichthouder die is gevestigd in een Staat waarvan de centrale bank kapitaal houdt in de Bank for International Settlements (hierna «BIS»). Daarmee mag als voldoende gewaarborgd worden beschouwd dat het een Staat betreft waarvan het financiële stelsel adequaat functioneert, zodat het passend is dat het systeem onder het finaliteitsregime valt.

Voorop wordt gesteld dat op voorhand ondubbelzinnig duidelijk moet zijn welke systemen onder het finaliteitsregime vallen en welke niet. Zo is overwogen om als voorwaarde te stellen dat een systeem zich houdt aan de Principles for Financial Market Infrastructures (PFMI's). Daarvoor is niet gekozen. Een dergelijke voorwaarde heeft als nadeel dat de finaliteit afhangt van de naleving van de PFMI's, en dat daardoor, strikt genomen, steeds zou moeten worden geverifieerd of een systeem zich ook daadwerkelijk aan de PFMI's houdt. Bovendien zou de vraag kunnen rijzen of er nog steeds finaliteit is in de situatie waarin een systeem op slechts een ondergeschikt onderdeel afwijkt van de PFMI's, en of er in dit verband sprake kan zijn van een glijdende schaal, met een grens waarboven nog wel finaliteit is en daaronder niet. Gelet op het primordiale belang van finaliteit, zijn dergelijke onzekerheden ontoelaatbaar.

Daarom is gekozen voor de eenduidige oplossing die bestaat uit een band met de BIS. Staten waarvan de centrale bank of een monetaire autoriteit is aangesloten bij de BIS, mogen worden gedacht een adequaat functionerend financieel stelsel te hebben.

¹ Kamerstukken II 2017/18, 35 005, nr. 3.

Nadat eenmaal was gekozen voor een criterium op basis van een band met de BIS, rees de vraag hoe die band onder woorden moest worden gebracht. Bezien is of kan worden verlangd dat de toezichthouder lid is van de BIS. Daarvan is afgezien. Niet in elke bij de BIS aangesloten staat is de relevante toezichthouder lid van de BIS, ook omdat niet elke centrale bank tevens toezichthouder is. Daarom is gekozen voor een criterium dat aansluiting zoekt bij de centrale bank die kapitaal in de BIS houdt, meer in het bijzonder voor de formulering dat het moet gaan om een toezichthouder die is gevestigd in een Staat waarvan de centrale bank kapitaal houdt in de Bank for International Settlements. Welke centrale banken dat zijn is steeds eenvoudig vast te stellen. Op de website van de BIS staan thans de centrale banken van zestig Staten die kapitaal houden in de BIS.² Alhoewel de website op zich niet het formele bewijs is dat een daarop genoemde centrale bank ook daadwerkelijk juridisch bindend kapitaal houdt in de BIS, zal in de praktijk mogen worden afgegaan op de op de website gepubliceerde lijst. Op de lijst staan ook centrale banken van lidstaten van de Europese Unie. Deze zijn uitgezonderd van de systemen in artikel 212a, onderdeel b, onder 3°, omdat deze reeds vallen onder artikel 212a, onderdeel b, onder 2°.

Het is mogelijk dat op een systeem toezicht wordt gehouden door meer dan een toezichthouder. Zowel uit de wet als uit het besluit volgt dat het reeds voldoende is dat slechts een van hen voldoet aan het criterium dat is genoemd in artikel 1.

Tot slot wordt volledigheidshalve opgemerkt dat met «deelnemer» wordt bedoeld een deelnemer als bedoeld in artikel 212a, onderdeel f, van de Faillissementswet.

Voorstelbaar is dat een toezichthouder op enig tijdstip niet langer voldoet aan het criterium, genoemd in artikel 1, eerste lid. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn doordat werkzaamheden van de BIS worden overgenomen door een andere rechtspersoon, of dat zij haar werkzaamheden voortzet onder een andere naam. In een dergelijk geval zal het huidige besluit dienen te worden aangepast. Voorkomen dient evenwel te worden dat, door wat voor oorzaak dan ook, een dergelijke aanpassing niet tijdig wordt doorgevoerd, waardoor de finaliteit van overboekingsopdrachten van Nederlandse banken in betalingssystemen in derde landen niet langer kan worden gegarandeerd. Daarom is, als het ware zekerheidshalve, met zoveel woorden bepaald dat de toezichthouder na een dergelijke verandering bij de BIS nog gedurende twee jaar een toezichthouder als bedoeld in artikel 212a, onderdeel b, onder 3°, blijft.

Voorts wordt opgemerkt dat de term «toezicht» zo breed mogelijk moet worden opgevat, en elke gradatie van intensiteit van het toezicht eronder valt. Ook het toezicht op systemen op basis van «moral suasion», zonder wettelijk instrumentarium, valt eronder. Deze vorm van toezicht wordt veelal aangeduid als «oversight» en omvat ook het – al dan niet intern – uitgeoefende toezicht op systemen die door centrale banken zelf worden geëxploiteerd. Om te beoordelen of het een systeem van een derde land onder het finaliteitsregime valt, is het dus niet nodig om te beoordelen hoe de toezichthouder het toezicht vormgeeft; voldoende is dat de toezichthouder is gevestigd in een Staat waarvan de centrale bank kapitaal houdt in de Bank for International Settlements.

Tot slot wordt opgemerkt dat in artikel 212c, derde lid, van de Faillissementswet een grondslag is opgenomen voor het stellen van nadere regels met betrekking tot de in kennisstelling door de Nederlandsche Bank (DNB) van de faillietverklaring van een systeem in een derde land. In dat artikel is tevens bepaald dat die regels kunnen bepalen dat deelnemers gegevens

² https://www.bis.org/about/member_cb.htm?m=1%7C2%7C601.

verstrekken die DNB in staat stellen aan deze verplichting van inkennisstelling te voldoen. In het thans voorliggende besluit is bepaald dat een deelnemer aan DNB meedeelt aan welke systemen in derde landen hij deelneemt. Wanneer een deelnemer niet langer deelneemt aan een systeem in een derde land, deelt hij ook dat mee aan DNB, teneinde te voorkomen dat het gegevensbestand van DNB «vervuilt». Het is echter niet zo dat de deelnemer terstond de beëindiging van de deelname terstond aan DNB moet melden, te meer niet omdat tevens moet worden voorkomen dat de deelnemer, wanneer hij binnen afzienbare tijd opnieuw gaat deelnemen aan het systeem, het systeem opnieuw aan DNB moet melden. Daarom is bepaald dat de deelnemer pas aan DNB de beëindiging van de deelname meldt, indien hij een jaar lang niet heeft deelgenomen aan het desbetreffende systeem.

Doel van dit onderdeel van het besluit is dat een systeem op de hoogte raakt van de eventuele faillietverklaring van een deelnemer. Daarom is voorts bepaald dat, wanneer een deelnemer na de melding van deelname failliet wordt verklaard, DNB die systemen daarvan in kennis stelt. Het spreekt vanzelf dat DNB niet alle systemen van alle faillietverklaringen in kennis stelt. DNB stelt alleen die systemen in kennis van de faillietverklaring waarvan de later failliet verklaarde deelnemer eerder heeft meegedeeld dat hij daaraan deelneemt.

Vooralsnog is ervan afgezien op het niet-naleven van de inkennisstellingsverplichting een sanctie te stellen. De desbetreffende systemen zijn zeer professionele partijen. Het ligt daarom in de lijn der verwachting dat zij zelf bij deelnemers verifiëren of zij bij DNB zijn aangemeld. Mocht blijken dat het stellen van een sanctie alsnog wenselijk is, dan zal daarin worden voorzien.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de finaliteit van de overboekingsopdrachten niet ervan afhangt of deelnemers aan DNB hebben meegedeeld aan welke systemen zij deelnemen. Er is finaliteit met ingang van het tijdstip waarop de wet en dit besluit in werking zijn getreden. De verplichting van de deelnemers om aan DNB mede te delen aan welke systemen zij deelnemer zijn staat los van de finaliteit en dient uitsluitend het doel om de systemen op de hoogte te laten raken van een faillissement van een deelnemer.

Regeldruk

Het Adviescollege toetsing regeldruk heeft geen opmerkingen.

Consultatie

Een voorontwerp van dit besluit is ten behoeve van een openbare consultatie op internet geplaatst. Naar aanleiding daarvan is een reactie ontvangen van een partij die niet wilde dat haar reactie op internet zou worden geplaatst. De hoofdpunten van deze reactie zijn de volgende.

In de consultatiereactie wordt geadviseerd de vindplaats van de website (URL) van de BIS te vermelden. Dit advies is opgevolgd.

Voorts wordt in de consultatiereactie opgemerkt dat de wet niet alleen in artikel 212a, onderdeel b, onder 3°, maar ook in de artikelen 212b, eerste lid, en 212c, derde lid Fw een grondslag biedt voor nadere regels bij algemene maatregel van bestuur, maar dat in het voorontwerp geen nadere regels zijn opgenomen met een grondslag in de twee laatstgenoemde artikelen. Naar aanleiding daarvan is in artikel 1, eerste lid, ook artikel 212b, eerste lid genoemd, en is een artikel 2 toegevoegd met daarin regels tot de inkennisstelling door DNB van de faillietverklaring aan een systeem.

In de consultatiereactie wordt tevens opgemerkt dat een systeem onder toezicht kan staan van meer dan een toezichthouder. Naar aanleiding daarvan is in de toelichting opgemerkt dat het voor de finaliteit voldoende is dat een systeem onder slechts een toezichthouder staat die voldoet aan het in artikel 1 genoemde criterium.

Vervolgens wordt in de consultatiereactie ingegaan op artikel 1, tweede lid, waarin in het voorontwerp was bepaald dat een toezichthouder gedurende twee jaar blijft worden aangemerkt als een toezichthouder indien de werkzaamheden van de BIS worden overgenomen door een andere rechtspersoon of indien de BIS haar werkzaamheden voortzet onder een andere naam. In de consultatiereactie wordt opgemerkt dat er ook andere oorzaken kunnen zijn die het wenselijk maken om de regel betreffende de tweejaarsperiode toe te passen. Naar aanleiding daarvan is artikel 1, tweede lid, algemener geformuleerd.

Tot slot wordt in de consultatiereactie ingegaan op het volgende. Artikel 44, tweede lid, aanhef en onderdeel f, van de BRRD, bepaalt dat het instrument van bail-in niet kan worden toegepast op verplichtingen met een resterende looptijd van minder dan zeven dagen jegens systemen of exploitanten van systemen als bedoeld in de Finaliteitsrichtlijn of hun deelnemers die uit de deelname aan een dergelijk systeem voortvloeien.³ In de consultatiereactie wordt met zoveel woorden gevraagd of dit verbod op bail-in ook geldt met betrekking tot verplichtingen jegens de systemen die op grond van artikel 212a, onderdeel b, subonderdeel 3° Fw, onder de finaliteitsregels vallen. Het antwoord is bevestigend. In dit verband wordt opgemerkt dat in de Nederlandse en Duitse taalversie is bepaald dat het moet gaan om systemen «als bedoeld in» onderscheidenlijk «im Sinne» van de Finaliteitsrichtlijn, terwijl het in de Engelse, Franse en Duitse taalversie moet gaan om systemen «designated according to», onderscheidenlijk «désignés conformément à» de Finaliteitsrichtlijn. Nu met de invoering van artikel 212a, onderdeel b, subonderdeel 3° Fw, gebruik is gemaakt van de optie die blijkens overweging 7 van de considerans van de Finaliteitsrichtlijn in die richtlijn is vervat, is een systeem dat valt onder genoemd artikel in de Faillissementswet, «aangewezen» («designated» of «désigné») in de zin van de Finaliteitsrichtlijn. Hetzelfde geldt met betrekking tot artikel 27, derde lid, aanhef en onderdeel f, van de SRM-verordening.⁴

Deze toelichting wordt mede namens de Minister voor Rechtsbescherming getekend.

De Minister van Financiën,
W.B. Hoekstra

³ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

⁴ Verordening (EU) Nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 (PbEU 2014, L 225).