

Vergaderjaar 2018–2019

**35 005**

## **Wijziging van de Faillissementswet met betrekking tot de rechten en verplichtingen inzake deelname aan betalings- en effectenafwikkelingsystemen in derde-landen**

**Nr. 5**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 12 november 2018

De regering is de vaste commissie voor Financiën erkentelijk voor de aandacht die zij aan het thans voorliggende wetsvoorstel heeft geschonken en voor de door haar daarover gestelde vragen. Deze nota naar aanleiding van het verslag wordt uitgebracht mede namens de Minister voor Rechtsbescherming.

*De leden van de SP-fractie vragen voor welk probleem deze wijziging een oplossing is.*

Banken voeren overboekingsopdrachten in systemen in, zowel met betrekking tot geld als met betrekking tot girale financiële instrumenten. Het is van groot belang dat die opdrachten niet kunnen worden teruggedraaid. In Nederland geldt de zogeheten 00.00-uur-regel. De 00.00-uur-regel komt erop neer dat een insolventieprocedure, zoals faillissement, terugwerkt tot 00.00 uur van de dag waarop die insolventieprocedure wordt geopend. Dat heeft als consequentie dat het theoretisch mogelijk is dat, zonder nadere regel, een overboekingsopdracht die wordt ingevoerd na 00.00 uur maar voor het tijdstip waarop de insolventieprocedure wordt geopend, kan worden teruggedraaid. De finaliteitsrichtlijn steekt daar een stokje voor door een uitzondering op de 00.00-uur-regel te maken voor overboekingsopdrachten. De uitzondering in de richtlijn geldt echter alleen voor overboekingsopdrachten die worden ingevoerd in systemen in EU-lidstaten. Nederlandse banken kunnen dus niet altijd 100% finaliteit garanderen aan systemen in derde landen. Dat maakt dat Nederlandse banken niet, of slechts tegen hogere kosten, kunnen deelnemen aan systemen in derde landen. Het voorliggende wetsvoorstel maakt daarom ook overboekingsopdrachten in systemen in bepaalde derde landen finaal.

*Deze leden vragen voorts waarom de regering een verbetering van de positie van Nederlandse banken vraagt, terwijl die positie door de banken zelf in gevaar is gebracht. Voorts vragen deze leden waarom de regering geen structurele oplossing zoekt voor de problemen met banken, alsook of de lobby voor dit wetsvoorstel groot was, en of er in de voorbereiding van dit wetsvoorstel te veel is gesproken met stakeholders, en wat het*

*criterium is geweest dat de regering zelf heeft gehanteerd om een beslissing te nemen over deze wetswijziging. Zij vragen eveneens of de uitbreiding tot stand is gekomen onder invloed van stakeholders. Tot slot vroegen deze leden of de regering in de openbare consultatie zich ook door andere stakeholders dan de NVB heeft laten adviseren.*

De regering behartigt de belangen van Nederland in de wereld. Hiertoe behoort ook het bredere belang van stabiliteit van de financiële sector. Tot het waken over de Nederlandse belangen behoort eveneens dat de regering wil bevorderen dat Nederlandse banken gemakkelijk, of tegen acceptabele kosten, kunnen worden toegelaten tot systemen in derde landen. Dit heeft ook voordelen voor de klanten van banken: zij kunnen mogelijk profiteren van lagere tarieven. De positie waarin de banken verkeren staat los van de omstandigheid die aanleiding is voor dit wetsvoorstel, namelijk dat zij gebruik maken van systemen in derde landen.

De afgelopen jaren is een uitgebreid geheel van regels met betrekking tot banken in werking getreden. Met betrekking tot de Europese Unie kan worden gewezen op bijvoorbeeld richtlijnen als de CRD IV<sup>1</sup> en de BRRD<sup>2</sup>, en het introduceren van onder andere Europees toezicht, kapitaalbuffers, herstelplannen, afwikkelplannen, governance-regels en bail-in. Tot deze structurele oplossingen behoort ook de finaliteitsrichtlijn<sup>3</sup>, die de finaliteit regelt van overboekingsopdrachten die door Nederlandse banken worden ingevoerd. Deze finaliteitsregels gelden echter nog niet voor betalings- en afwikkelssystemen in derde landen die daarvoor in aanmerking komen. Dit wetsvoorstel brengt daar blijvend verandering in. Het voorstel draagt bij aan het bieden van een structurele oplossing voor banken.

De Nederlandsche Bank (DNB) en de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) hebben bij het Ministerie van Financiën aandacht gevraagd voor het probleem van het ontbreken van finaliteit van overboekingsopdrachten die door Nederlandse banken worden ingevoerd in betalings- en afwikkelssystemen in derde landen. Daarbij is gewezen op de aanstaande uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie. De regering heeft geconcludeerd dat terecht op dit probleem is gewezen. Dit was aanleiding om wetgeving te overwegen, te meer omdat er geen effectieve alternatieven waren. Daarbij stond voorop dat de beoogde oplossing ook in de praktijk moest werken en daadwerkelijk een oplossing moest bieden voor het probleem. Daartoe is in de voorbereidingsfase technisch overleg met DNB en NVB gevoerd. Overigens hebben ook andere EU-lidstaten eenzelfde regel in hun wetgeving opgenomen. De hieronder nog te noemen aanbeveling van UNCITRAL heeft eveneens een rol gespeeld<sup>4</sup>.

Het wetsvoorstel voorziet in twee uitbreidingen. De eerste is de uitbreiding van het begrip «systeem» tot systemen van derde landen. De tweede is de uitbreiding van de finaliteitsregel tot alle overboekingsopdrachten, dus ook die opdrachten die worden ingevoerd in een overeenkomst die buiten de Nederlandse definitie van «systeem» valt. In

<sup>1</sup> Richtlijn 2013/36/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (PbEU 2013, L 176)

<sup>2</sup> 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)

<sup>3</sup> Richtlijn nr. 98/26/EG van het Europees parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelssystemen (PbEG 1998, L 166)

<sup>4</sup> UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, 2005, § 86.

gesprekken met stakeholders werd erop gewezen dat het mogelijk is dat bij de eerste uitbreiding – de definitie van «systeem» – er een zeer kleine kans is dat een overeenkomst op grond van het recht dat daarop van toepassing is wel wordt gekwalificeerd als «systeem», maar niet op grond van het Nederlandse recht. In een dergelijk geval zou de uitzondering op de 00.00-uur-regel niet gelden; deze uitzondering geldt alleen voor overeenkomsten die voldoen aan de Nederlandse definitie van «systeem». Deze – misschien theoretische – lacune in een eerder ontwerp van het wetsvoorstel is onderkend. Een en ander is ondervangen door de tweede uitbreiding, dus door de uitzondering op de 00.00-uur-regeling ook te laten gelden voor overboekingsopdrachten die worden ingevoerd in een overeenkomst die niet voldoet aan de Nederlandse definitie van «systeem». De beide oplossingen (uitbreiding van definitie van «systeem» en afschaffen van 00.00-uur-regeling voor alle overboekingsopdrachten) zijn niet door de praktijk aangedragen, maar zijn door de regering zowel inhoudelijk gekozen, als uitgebreid tot andere derde landen dan het Verenigd Koninkrijk.

In antwoord op de vraag naar de openbare consultatie op internet wordt opgemerkt dat het eenieder vrij stond om opmerkingen te maken of om de regering te adviseren. Uiteindelijk leverde dit naast de openbare reactie van de NVB nog twee reacties op van partijen die niet wilden dat hun reactie op internet zou worden geplaatst. Zonder de afzenders daarvan te noemen, is in de memorie van toelichting op de inhoud van die reacties uitvoerig ingegaan.

*Tot slot vragen de aan het woord zijnde leden wat de regering gaat doen aan schaduwbankieren in het licht van deze wijziging.*

De voorliggende wijziging ziet niet op schaduwbankieren maar op de deelname aan betalings- en effectenafwikkelingsystemen in derde landen. Een schaduwbank is een entiteit die bankachtige activiteiten ontplooit, maar niet onder bancaire of vergelijkbaar toezicht staat. Deze bankachtige activiteiten hebben een of meer van de onderstaande eigenschappen: a) looptijd-transformatie: middelen aantrekken voor korte termijn en uitzetten voor lange termijn; b) liquiditeits-transformatie: omzetten van liquide middelen naar minder liquide middelen; c) leverage (hefboom): het vergroten van posities met vreemd vermogen of door de aankoop van derivaten. In 2013 is in kaart gebracht welke maatregelen de aan schaduwbanken verbonden risico's mitigeren. Toen is ook een aantal prioriteiten en nieuwe initiatieven genoemd. Nederland was toen – en is ook nu – in algemene zin positief over de aanpak van eventuele risico's in de schaduwbanksector. Schaduwbankactiviteiten kunnen ook voordelen meebrengen. Zo kunnen zij alternatieve financieringsmethoden vormen voor de reële economie. Hierbij valt te denken alternatieve kredietplatforms zoals *crowdfunding* en kredietunies.<sup>5</sup>

*De leden van de D66-fractie vragen wat de oorzaak ervan is dat Nederlandse banken steeds meer gebruik maken van systemen van derde landen, anders dan globalisering, en wat voor risico's dit oplevert.*

Het heeft de voorkeur dat een dienst wordt aangeboden door een partij die dat het beste kan doen. Banken – niet alleen Nederlandse banken – kiezen de systemen uit die zij het meest efficiënt, betrouwbaar en goedkoop achten. Bij het beoordelen van de betrouwbaarheid van het systeem wordt ook een risicoafweging gemaakt. Banken kiezen doorgaans voor systemen die het minste risico opleveren. Dat bevordert tevens de stabiliteit van het financiële stelsel.

<sup>5</sup> Zie voorts Kamerstukken II 23 112, nr. 1713 en Kamerstukken II 32 013, nr. 117

*Tot slot vragen deze leden of er voorbeelden zijn van derde landen met een afwijkende wetgeving, waar beheerders zijn gelokaliseerd van wier systemen Nederlandse banken gebruik maken?*

Voor zover bekend, hebben weinig andere landen de 00.00-uur-regeling. Voor de landen die geen 00.00-uur-regel kennen, is het niet nodig een uitzondering daarop te maken voor een insolventieprocedure van een bank. Een voorbeeld van een – toekomstig – derde land dat geen 00.00-uur-regeling kent, is het Verenigd Koninkrijk. Overigens hebben ook Frankrijk, Hongarije, Italië, Noorwegen en Zweden wetgeving op dit punt in voorbereiding. België, Denemarken, Duitsland en Spanje hebben al gebruik gemaakt van de optie in de Finaliteitsrichtlijn.

*De leden van de D66-fractie vragen of het risico's oplevert dat het toepasselijke recht het recht is van het land van de beheerder van een systeem.*

Voorop wordt gesteld dat een systeem partijen minder snel of niet zal toelaten indien de rechten en verplichtingen in geval van een insolventieprocedure van zo'n partij worden beheerst door het recht dat van toepassing is op die insolventieprocedure en niet door het recht dat van toepassing is op het systeem. Het systeem zou dan steeds moeten onderzoeken wat «het in huis haalt». Dat is precies de reden waarom de voorgestelde regel ook wordt aanbevolen door de Verenigde Naties met betrekking tot de Modelwet van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL); daarmee artikel 12 van de Insolventieverordening voor EU-lidstaten eveneens uitbreidend tot derde landen.<sup>6</sup> De voorgestelde regeling sluit, met andere woorden, goed aan bij internationale aanbevelingen.

De regel dat de rechten en verplichtingen die een deelnemer heeft uit of in verband met zijn deelname aan het systeem, worden bepaald door het recht waardoor dat systeem wordt beheerst, geldt nu al met betrekking tot systemen van EU-lidstaten (artikel 212e Fw.). Een gevolg van dit wetsvoorstel is dat die regel wordt uitgebreid tot systemen van derde landen. Uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat die uitbreiding niet geldt voor alle derde landen, maar wordt beperkt tot derde landen die voldoen aan bij algemene maatregel van bestuur genoemde voorwaarden (het voorgestelde subonderdeel 3° van onderdeel 1 van artikel 212a Fw.). Het kabinet is voornemens bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat de uitbreiding beperkt is tot landen die, kort gezegd, zijn aangesloten bij de Bank of International Settlements, omdat ervan uit kan worden gegaan dat in die landen een adequaat toezicht wordt uitgeoefend. Goed toezicht op systemen verkleint het risico voor banken. Daaraan wordt nog toegevoegd dat banken bij hun keuze voor deelname aan een bepaald systeem, zich mede zullen laten leiden door het recht dat van toepassing is op dat systeem. Zij zullen niet kiezen voor een land waarvan het recht risico's oplevert.

*De leden van de SP-fractie vragen waarom de uitbreiding van de reikwijdte van de finaliteitsregel niet is begrensd.*

De reikwijdte van de finaliteitsregel is op twee wijzen beperkt: geografisch en inhoudelijk. Met betrekking tot de geografische beperking wordt verwezen naar het voorgaande antwoord op de vraag van de D66-fractie: het kabinet is voornemens bij algemene maatregel van bestuur de uitbreiding te beperken tot derde landen die zijn aangesloten bij de Bank of International Settlements. Met betrekking tot de inhoudelijke beperking wordt erop gewezen dat de uitzondering op de 00.00-uur-regel al beperkt was tot overboekingsopdrachten als bedoeld in artikel 212a, onderdeel k

<sup>6</sup> Verordening (EU) 2015/848 van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (PbEU 2015, L 141).

Fw die worden ingevoerd in een systeem als bedoeld in onderdeel b van dat artikel, en nu wordt uitgebreid tot overboekingsopdrachten die worden ingevoerd in overeenkomsten die niet voldoen aan de kwalificatie van «systeem» (zie voor een uitgebreidere uitleg op dit punt het antwoord op vraag 2 in deze nota); het gaat dus nog steeds om een beperking tot overboekingsopdrachten. De uitbreiding van de finaliteitsregel betreft geen andere rechtshandelingen dan overboekingsopdrachten.

De Minister van Financiën,  
W.B. Hoekstra