

Vergaderjaar 2017–2018

35 005

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

Nr. 3

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt / uitsluitend opmerkingen van redactionele aard bevat (artikel 26, vijfde lid, van de Wet op de Raad van State)

MEMORIE VAN TOELICHTING¹

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot verbetering van de positie van Nederlandse banken² die deelnemen aan betalings- en effectenafwikkelingssystemen in landen buiten de Europese Unie. Op dit moment kunnen zij 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 overboeking heeft verricht. Als gevolg van dit wetsvoorstel kunnen zij dat wel. Uitvoering wordt gegeven aan een optie in de Finaliteitsrichtlijn (hierna ook: de richtlijn)³ om de richtlijn toe te passen op binnenlandse instellingen die deelnemen aan betalingssystemen in derde landen. Voorgesteld wordt om in de bepalingen in de Faillissementswet waarin de Finaliteitsrichtlijn is geïmplementeerd:

- de definitie van «systeem» zodanig uit te breiden dat onder die regeling ook betalings-en effectenafwikkelssystemen 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.

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

² Korthedshalve wordt in deze toelichting gesproken over banken, maar het voorstel betreft ook de andere instellingen, genoemd in artikel 212a, onder a, van de Faillissementswet: een financiële instelling die een verklaring van ondertoezichtstelling als bedoeld in artikel 3:110, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) heeft, een beleggingsonderneming, een centrale tegenpartij, indien deze in het kader van deelname aan het systeem op grond van een overboekingsopdracht tegoeden in financiële instrumenten verkrijgt, een overheidsinstantie of onderneming met overheidsgarantie, een ieder, bedoeld in artikel 3:4 van de Wft, die een bankvergunning heeft of een vergunning als bedoeld in dat artikel en een clearinginstelling.

³ 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).

§ 2. Doel van de Finaliteitsrichtlijn

Banken voeren opdrachten tot overboeking in in systemen, zowel met betrekking tot geld als met betrekking tot girale financiële instrumenten. Het is van groot belang dat die opdrachten niet zullen worden teruggedraaid in geval van een faillissement van de bank die de overboeking heeft verricht. Wanneer een overboeking ongedaan zou worden gemaakt, kan de ontvanger die het ontvangene inmiddels weer heeft overgeboekt aan een derde, in problemen komen. Een ongedaanmaking zou op die manier een doorwerking kunnen hebben op onderdelen in de financiële markt, hetgeen uiteindelijk de financiële stabiliteit kan ondermijnen. Hetzelfde geldt voor verrekening en de vestiging van goederenrechtelijke zekerheidsrechten door een deelnemer in verband met deelname aan het systeem ten behoeve van een andere deelnemer aan het systeem of een centrale bank.⁴ Bijgaand wetsvoorstel voorziet in een aanpassing van het faillissementsrecht ingeval een bank failliet gaat, om te zorgen dat ook in dit geval overboekingen in systemen in derde landen finaal zijn.

In dit verband wordt erop gewezen dat naar Nederlands recht een failliet met terugwerkende kracht de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest tot aan het begin van de dag waarop het faillissement is uitgesproken: artikel 23 Faillissementswet (Fw). Dit wordt ook wel de «00.00-uur-regel» genoemd, of «de terugwerkende kracht van het faillissement», ofschoon de terugwerkende kracht, strikt genomen, slechts betrekking heeft op de beschikkings- en beheersbevoegdheid van de failliet.

Toegesneden op het door het voorliggende wetsvoorstel bestreken geval, kan het volgende voorbeeld worden gegeven. Een bank voert om 10.30 uur een overboekingsopdracht in in een systeem. Die bank wordt vervolgens om 14.00 uur failliet verklaard. Achteraf gezien had de bank, als gevolg van de terugwerkende kracht van de beschikkingsonbevoegdheid, de overboekingsopdracht niet mogen geven, maar op grond van de richtlijn is de opdracht toch geldig. De richtlijn bepaalt dat overboekingsopdrachten die zijn ingevoerd in bepaalde systemen, finaal zijn: overboekingsopdrachten en verrekeningen zijn juridisch afdwingbaar en kunnen aan derden worden tegengeworpen, zelfs in geval van een insolventieprocedure tegen een deelnemer, mits de opdrachten in het systeem zijn ingevoerd voorafgaand aan het tijdstip waarop de insolventieprocedure is geopend (artikel 3, eerste lid). De richtlijn verplicht lidstaten tot het wegnemen van regels die in de weg staan aan finaliteit; voor Nederland heeft dat tot gevolg dat de terugwerkende kracht van het faillissement niet geldt voor overboekingsopdrachten.

De kans dat een bank – een van de belangrijkste instellingen die vallen onder het begrip «deelnemer» – failliet wordt verklaard en tussen 00.00 uur en het tijdstip van faillissement nog overboekingsopdrachten invoert in een systeem, is miniem. In de eerste plaats staat een bank onder prudentieel toezicht van DNB, wat op zichzelf al de kans op een faillissement weliswaar niet uitsluit, maar wel tot het uiterste beperkt. Alleen de Nederlandsche Bank (DNB) kan het faillissement van een bank aanvragen. Daarnaast heeft DNB de bevoegdheid om een bijzondere bestuurder aan te stellen of de zeggenschap over te nemen (artikel 3a:49 Wft). Daardoor zou DNB in theorie invloed kunnen hebben op het invoeren van overboekingsopdrachten maar in een geautomatiseerde omgeving als het betalingsverkeer is dat niet altijd te voorkomen zodat overboekingsopdrachten toch doorgang vinden. Hoe klein de kansen op een faillissement en een overboekingsopdracht ook zijn, toch kan zonder de toepasselijkheid van regels als die in de

⁴ Korthedshalve wordt in het vervolg van deze toelichting slechts gesproken over overboekingsopdrachten.

richtlijn niet geheel worden uitgesloten dat een overboekingsopdracht kan worden teruggedraaid. De gevolgen daarvan kunnen aanzienlijk zijn op Nederlands, Europees en mondiaal niveau doordat een dergelijke terugdraaiing doorwerkt op onderdelen van de internationale financiële markt. Dat verstoort onmiddellijk de aanwezige liquiditeit voor andere deelnemers aan de systemen. De mogelijke gevolgen daarvan zijn zeer aanzienlijk. Dit probleem wordt voorkomen door de richtlijn.

§ 3. De omzetting in Nederlands recht

De richtlijn is omgezet in Nederlands recht in december 1999. In punt 7 van de considerans van de richtlijn is opgemerkt dat lidstaten de bepalingen van de richtlijn mogen toepassen op hun binnenlandse instellingen die rechtstreeks deelnemen in systemen van derde landen (dat wil zeggen niet EU-lidstaten en niet EER-landen) en op zakelijke zekerheden die in verband met deelname in dergelijke systemen worden gesteld. Nederland heeft bij de implementatie in 1999 geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Inmiddels blijken Nederlandse banken steeds meer gebruik te maken van systemen in derde landen. Echter, doordat geen gebruik is gemaakt van de in de considerans genoemde mogelijkheid, kunnen Nederlandse banken nu nog niet de finaliteit garanderen van overboekingsopdrachten die zij invoeren in een systeem in een derde land. Gevolg hiervan is dat Nederlandse banken moeilijker worden toegelaten tot systemen in derde landen, of tegen hogere kosten, of slechts door middel van een tussenpersoon die wel uit een land komt waar de finaliteit met betrekking tot derde landen is geregeld, wat eveneens extra kosten met zich meebrengt. De EU-lidstaten België, Denemarken, Duitsland en Spanje hebben reeds gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de richtlijn op systemen in derde landen toe te passen. Tevens hebben Frankrijk, Zweden en Noorwegen op dit moment wetgeving in voorbereiding om gebruik te maken van de optie in de richtlijn.

§ 4. Eerste deel van de oplossing: uitbreiding definitie «systeem» tot systemen van derde landen

Met het voorliggende wetsvoorstel wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn blijkens punt 7 van de considerans bevat. Dit wordt gedaan door de definitie van «systeem» in artikel 212a Fw uit te breiden tot systemen in derde landen. De uitbreiding van de reikwijdte van de finaliteitsregel is evenwel niet onbegrensd: zij is beperkt tot systemen die onder toezicht staan van een toezichthouder die voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden. Op die wijze wordt een waarborg ingebouwd dat het gaat om systemen die voldoende kwaliteit hebben en adequaat functioneren.

Het belangrijkste gevolg van de uitbreiding van de definitie van «systeem» tot derde landen is gelegen in artikel 212e Fw. In dat artikel is bepaald dat de gevolgen van een faillissement voor de rechten en verplichtingen die een instelling jegens een systeem heeft, worden beheerst door het recht dat van toepassing is op het systeem; dat is een uitzondering op de regel dat de gevolgen van een faillissement worden beheerst door het recht van het land waar het faillissement is uitgesproken. Door de uitbreiding van de definitie van het begrip «systeem» gaat de uitzondering ook gelden voor systemen in derde landen. Dat betekent dat finaliteit van overboekingsopdrachten die door Nederlandse banken in een systeem in een derde land worden ingevoerd, afhangt van het recht dat van toepassing is op dat systeem. De beheerder van een systeem weet dus dat zijn eigen recht van toepassing is op de gevolgen van een faillissement van een Nederlandse bank op de rechten en

verplichtingen die die bank jegens dat systeem heeft. De mogelijkheid van toelating van Nederlandse banken tot systemen van derde landen wordt daardoor aanmerkelijk vergroot. Na de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de EU zal de uitbreiding van de definitie ook betrekking hebben op Britse systemen. De systemen die nu door het Verenigd Koninkrijk zijn aangewezen, vallen straks onder de definitie van «systeem».

§ 5. Tweede deel van de oplossing: 00.00-uur-regel vervalt voor alle overboekingsopdrachten

Op grond van artikel 212e geldt de uitzondering op de hoofdregel (het faillissement wordt beheerst door het recht van de lidstaat waar het faillissement is uitgesproken) slechts indien sprake is van een *systeem*. Indien een overeenkomst niet voldoet aan de Nederlandse definitie van «systeem» geldt de uitzondering dus niet, en is bijgevolg niet het recht van het systeem van toepassing, maar Nederlands recht. In het Nederlandse recht komt de 00.00-uur-regel voor. Een en ander heeft als gevolg dat een overboekingsopdracht die wordt ingevoerd in een overeenkomst die niet voldoet aan de Nederlandse kwalificatie van «systeem», zonder nadere regel niet finaal is. Met de wijziging van de uitzondering op de 00.00-uur-regel is beoogd de uitzondering van toepassing te laten zijn op alle overboekingsopdrachten, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of zij zijn ingevoerd op basis van een overeenkomst die kan worden gekwalificeerd als «systeem». Van belang daarbij is dat de uitbreiding van de uitzondering op 00.00-uur-regel slechts van belang is voor die gevallen waarin Nederlands recht van toepassing is. In die zin is deze tweede oplossing een aanvulling op de eerste, en kan worden gezien als een veiligheidsklep voor het geval de eerste oplossing in uitzonderlijke omstandigheden niet werkt. Net als de eerste oplossing, geldt de veiligheidsklep geldt alleen voor overeenkomsten waarop het recht van een derde land van toepassing is en op de overeenkomst toezicht wordt uitgeoefend door een toezichthouder die voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden.

§ 6. Enkele aanvullende opmerkingen

Volledigheidshalve worden nog enkele aanvullende opmerkingen gemaakt.

Tijdens de voorbereiding van dit wetsvoorstel is in gesprekken met stakeholders, in het bijzonder met de toezichthouder, het idee gezien om in plaats van de definitie van «systeem» uit te breiden, te bepalen dat de Minister van Financiën systemen van derde landen kan aanwijzen. Deze benadering heeft verschillende nadelen. Ten eerste fluctueert het aantal systemen en hun identiteit in de loop van de tijd. Bij een wijziging zou steeds een aanwijzing door de Minister van Financiën moeten volgen. Dat is omslachtig. Daarenboven kan niet geheel worden uitgesloten dat een systeem dat wel voor aanwijzing in aanmerking komt, per abuis toch niet is aangewezen. In dat geval is er onbedoeld geen finaliteit. Bovendien zorgt deze benadering voor vragen zoals of ook systemen moeten worden aangewezen waarin Nederlandse banken momenteel geen overboekingsopdrachten invoeren. Wanneer een dergelijk systeem niet is aangewezen, kan een Nederlandse bank niet besluiten op korte termijn te veranderen van systeem; het nieuwe systeem zal een Nederlandse bank pas toelaten wanneer dat systeem is aangewezen. Dat komt de flexibiliteit niet ten goede. Het tegenovergestelde zou zijn om systemen aan te wijzen waarin Nederlandse banken nu nog niet, maar in de toekomst misschien wel overboekingsopdrachten gaan invoeren. Dat stuit in ieder geval op het praktische bezwaar dat dan zeer veel systemen voor aanwijzing in aanmerking komen.

Bij de afweging van de keuze tussen enerzijds het aanwijzen van systemen en anderzijds en anderzijds een uitbreiding van de definitie van «systeem» is onder ogen gezien dat bij een aanwijzing zekerheid wordt geboden dat een bepaald systeem onder de regeling valt, terwijl bij een uitbreiding van de definitie er aan de hand van uitleg moet worden bepaald of een systeem onder de regeling valt, hetgeen onzekerheid met zich zou kunnen meebrengen. Uiteindelijk is toch vastgehouden aan de keuze om de definitie uit te breiden, omdat dit praktisch beter uitvoerbaar is.

In de benadering waarvoor is gekozen, is onderkend dat 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 op grond van het Nederlandse recht niet. In dat geval is het Nederlandse recht van toepassing. Op grond van het Nederlandse recht geldt de 00.00-uur-regel in geval van een overeenkomst die niet als «systeem» wordt gekwalificeerd, en zou er dus zonder nadere regel geen finaliteit zijn. Voor dat geval wordt een wijziging van de 00.00-uur-regel voorgesteld, in die zin voege dat de 00.00-uur-regeling niet geldt voor overboekingsopdrachten, ongeacht of zij worden ingevoerd in een systeem dan wel op grond van een andere overeenkomst, die niet voldoet aan de kwalificatie «systeem».

Een tweede opmerking is dat de richtlijn voor EU-gevallen finaliteit voorschrijft met betrekking tot systemen die worden aangewezen, en dat in het wetsvoorstel finaliteit geldt voor systemen van derde landen zonder dat deze zijn aangewezen. Tijdens de voorbereiding van dit wetsvoorstel is in gesprekken met stakeholders onderkend dat het beeld zou kunnen ontstaan dat ten aanzien van systemen uit derde landen een lichter regime bestaat dan ten aanzien van systemen uit EU-lidstaten, omdat systemen uit derde landen «automatisch» onder de finaliteitsregel vallen en systemen uit EU-lidstaten niet. In de eerste plaats is het niet zo dat de systemen uit derde landen zelf anders worden behandeld dan systemen in EU-lidstaten. Wel is het zo dat «Nederlandse» overboekingsopdrachten in een systeem in een derde land «automatisch» onder de finaliteitsregel vallen en «Nederlandse» overboekingsopdrachten in een systeem in een EU-lidstaat niet. Er is dus een zeker verschil in bescherming van «Nederlandse» overboekingsopdrachten, niet in behandeling van de systemen zelf. Zelfs dat beeld dient evenwel sterk te worden genuanceerd. In EU-lidstaten die geen 00.00-uur-regel kennen, geldt de finaliteit ook voor niet-aangewezen systemen, niet omdat de richtlijn een uitzondering op de 00.00-uur-regel voorschrijft voor aangewezen systemen, maar omdat er überhaupt geen 00.00-uur-regel geldt, dus ook niet voor systemen die niet zijn aangewezen. Indien het wetsvoorstel wordt aangenomen en tot wet wordt verheven, behoort ook Nederland tot de landen waar de 00.00-uur-regel niet geldt met betrekking tot alle overboekingsopdrachten, ook wanneer zij zijn ingevoerd op grond van overeenkomsten die niet voldoen aan de kwalificatie van «systeem». Het verschil tussen systemen in EU-lidstaten en systemen in derde landen op dit punt wordt daardoor zeer klein. In dit verband wordt opgemerkt dat de vier lidstaten die nu reeds gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid in de considerans om de finaliteit ook voor systemen van derde landen te regelen, evenmin een aanwijzingsmethodiek hebben en dat functioneert naar tevredenheid.

De bovenstaande opmerking heeft betrekking op het al dan niet aanwijzen van een systeem. Met betrekking tot de tweede oplossing, de uitzondering op de 00.00-uur-regel, wordt het volgende opgemerkt. Een uitzondering wordt gemaakt op de 00.00-uur-regel voor een overboekingsopdracht die wordt ingevoerd in een overeenkomst in een derde land die niet voldoet aan de Nederlandse kwalificatie van «systeem», niet voor een overboekingsopdracht die wordt ingevoerd in een systeem in een EU-lidstaat of

overeenkomst (systeem of niet) in een derde land. Op het eerste gezicht zou kunnen lijken dat er een verschil is in behandeling van overboekingsopdrachten. Het resultaat is evenwel gelijk, namelijk dat er geen terugwerkende kracht van het faillissement is, in het eerste geval omdat het toepasselijke recht van de andere EU-lidstaat of het andere derde land dat bepaalt (omdat de overeenkomst voldoet aan de Nederlandse kwalificatie van «systeem»), in het tweede geval omdat Nederlands recht van toepassing is (omdat de overeenkomst niet voldoet aan de Nederlandse kwalificatie van «systeem»), en dit wetsvoorstel een uitzondering op de 00.00-uur-regel maakt.

Een derde opmerking is dat de uitbreiding van de definitie niet alleen consequenties heeft voor de gevolgen van een faillissement, maar ook voor afwikkelingsmaatregelen in de zin van de zogeheten Banking Recovery and Resolution Directive (BRRD),⁵ die zijn opgenomen in Afdeling 3A.2.5 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Het betreft de bevoegdheden van de afwikkelingsautoriteiten in volgende artikelen in de BRRD:

- 68, eerste lid: beoogd wordt de verstoring van een systeem door een crisispreventiemaatregel of een crisisbeheersingsmaatregel tegen te gaan;
- 69, eerste en vierde lid: de bevoegdheid om bepaalde verplichtingen op te schorten tot middernacht aan het einde van de werkdag volgend op de bekendmaking van de afwikkelingsmaatregel, geldt niet met betrekking tot betalings- en leveringsverplichtingen ten aanzien van systemen;
- 70, eerste en tweede lid: de bevoegdheid om de afdwinging van zekerheidsrechten te beperken geldt niet met betrekking tot zekerheidsrechten van een systeem;
- 71, eerste en derde lid: de bevoegdheid om beëindigingsrechten op te schorten, geldt niet met betrekking tot systemen;
- 80, eerste lid, onder a: de bevoegdheid om slechts een gedeelte van de activa en passiva over te dragen aan een andere entiteit mag geen afbreuk doen aan het functioneren van systemen;
- 80, eerste lid, onder b: de bevoegdheid om de voorwaarden van een overeenkomst te wijzigen of te annuleren, dan wel een ontvanger als partij te vervangen, mag geen afbreuk doen aan het functioneren van systemen.

Als gevolg van de uitbreiding van het begrip «systeem» gelden deze beperkingen van de bevoegdheden van DNB ook ten aanzien van systemen in derde landen.

Een vierde opmerking betreft de beperking van de categorie landen waarop de uitbreiding van de definitie betrekking heeft. Zoals reeds opgemerkt geldt de regel dat de gevolgen van een faillissement voor de rechten en verplichtingen jegens dat systeem worden beheerst door het recht dat van toepassing is op het systeem, en niet het recht dat van toepassing is op het faillissement. Het verdient de voorkeur dat die regel slechts geldt voor systemen die voldoende kwaliteit hebben en die adequaat functioneren. Daarom is bepaald dat de uitbreiding slechts geldt voor een systeem waarop toezicht wordt uitgeoefend door een toezichthouder die voldoet aan bij algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden. Het ligt voor de hand als voorwaarde te stellen dat de

⁵ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees parlement en de Raad van 15 mei 2015 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).

toezichthouder is aangesloten bij de Bank of International Settlements (BIS). Toezichthouders die bij de BIS zijn aangesloten, zien toe op de naleving van de door de BIS opgestelde Principles for Market Infrastructures («PFMI's») zijn.

§ 7. Regeldruk

Het thans voorliggende wetsvoorstel zelf heeft geen gevolgen voor de regeldruk. Dat is ook het oordeel van het Adviescollege Toetsing Regeldruk.

Wel is het zo dat het voornemen bestaat om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat banken aan DNB mededelen aan welke systemen zij deelnemen. Dat zal kosten met zich meebrengen. Die zullen worden toegelicht in de toelichting op de algemene maatregel van bestuur.

Ter zijde wordt opgemerkt dat als gevolg van dit wetsvoorstel de kosten voor Nederlandse banken om deel te nemen aan systemen in derde landen juist afnemen.

§ 8. Consultatiereacties

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel met memorie van toelichting is ten behoeve van een open consultatie op het internet geplaatst. Daarop is één openbare reactie ontvangen, van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), en twee niet-openbare reacties. Alle drie de reacties steunen het wetsvoorstel.

De NVB benadrukt dat het, om toegelaten te worden tot systemen, het van belang is dat er zekerheid is over het definitieve karakter – dus de finaliteit – van een door een deelnemer in het systeem ingevoerde overboekingsopdrachten, en dat de voorgestelde wetswijziging die zekerheid biedt. De NVB wijst op het belang van het wetsvoorstel mede in verband met de uittreding van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie.

In antwoord hierop wordt opgemerkt dat de aanleiding voor het wetsvoorstel voor een wezenlijk deel is gelegen in de brexit, maar dat tevens moet worden benadrukt dat ook het ontbreken van finaliteit in de verhouding met de andere derde landen zeker een rol heeft gespeeld. Daarnaast heeft de NVB nog enkele opmerkingen van meer redactionele aard gemaakt met betrekking tot het voorontwerp van de memorie van toelichting; deze zijn verwerkt.

De ene niet-openbare consultatiereactie verwelkomt het wetsvoorstel, maar noemt daarbij nog als suggestie dat systemen van derde landen worden aangewezen, met de varianten dat de toezichthouder een dergelijke aanwijzing doet, al dan niet gecombineerd met een vermelding van systemen in derde landen op diens website. De hierboven in paragraaf 6 als eerste gemaakte aanvullende opmerking met betrekking tot de nadelen van de aanwijzingsbenadering stond ook reeds in de consultatieversie van deze memorie van toelichting. Met betrekking tot de gesuggereerde mogelijkheid dat de *toezichthouder* de systemen kan aanwijzen, wordt opgemerkt dat het niet wenselijk is dat het tot de bevoegdheid van een toezichthouder gaat behoren dat hij het toepassingsbereik van een wet bepaalt. Dit moet voorbehouden blijven aan de wetgever.

In deze niet-openbare consultatiereactie wordt voorts ingegaan op artikel 212c Fw. Dat artikel schrijft voor dat DNB de door de Minister aangewezen systemen en de bevoegde autoriteiten van andere EU-lidstaten en van staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende

de Europese Economische Ruimte in kennis stelt van de faillietverklaring van een bank. In de consultatiereactie wordt aanbevolen dat artikel 212c Fw wordt aangepast zodat ook systemen in derde landen in kennis worden gesteld van een faillissement van een bank. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat het op zich inderdaad wenselijk is dat een systeem weet of de bij hem ingevoerde overboekingsopdrachten afkomstig zijn van een bank die failliet is verklaard. Het is voor DNB evenwel praktisch niet goed uitvoerbaar om elke toezichthouder van een systeem waarin een bank mogelijk deelneemt in kennis te stellen van de faillietverklaring. Zonder nadere bepaling weet DNB niet in welke systemen een bank deelneemt. Bovendien zal niet elke toezichthouder toezicht houden op een systeem waarin een Nederlandse bank deelneemt. Een officiële mededeling vergt te veel tijd, terwijl een bericht per mail ook niet altijd goed werkt omdat de contactpersonen bij de toezichthouders kunnen wisselen. Bovendien is met een inkennisstelling van de toezichthouder nog niet het systeem zelf in kennis gesteld. Het is niet vanzelfsprekend dat een toezichthouder een interne procedure heeft om een eigen systeem te informeren naar aanleiding van een mededeling die op grond van een Nederlandse wet is vereist. Daarom is gekozen voor een andere oplossing. Artikel 212c Fw is aangevuld met een grondslag om bij AMvB regels te stellen met betrekking tot de inkennisstelling, en dat die regels kunnen bepalen dat deelnemers gegevens aan DNB verstrekken die DNB in staat stellen aan de verplichting van inkennisstelling te voldoen. Voorstelbaar is dat banken worden verplicht aan DNB te melden in welke systemen zij deelnemen en dat wordt bepaald DNB vervolgens die systemen – niet hun toezichthouders – in kennis stelt van de faillietverklaring.

Een andere opmerking in de niet-openbare consultatiereactie is dat het thans voorliggende wetsvoorstel geen betrekking heeft op de finaliteit in de noodregeling. Op zich is dat juist. Echter, zoals in de consultatiereactie zelf ook reeds wordt opgemerkt, is op het tijdstip waarop het thans voorliggende wetsvoorstel is ingediend bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel aanhangige wetsvoorstel herstel en afwikkeling verzeke- raars, waarin de noodregeling wordt afgeschaft.⁶ Tot slot wordt in bedoelde consultatiereactie opgemerkt dat de toelichting op de wijziging van artikel 212b, eerste lid, Fw niet overeenkomt met de wijziging zelf. Naar aanleiding daarvan is de wijziging van artikel 212b Fw aangepast.

In de andere niet-openbare consultatiereactie wordt het wetsvoorstel «omarmd» en wordt een vraag gesteld met betrekking tot de wijziging van artikel 212b, eerste lid, Fw. Als gevolg van deze wijziging wordt de uitzondering op de 00.00-uur-regel uitgebreid tot overboekingsopdrachten tot een andere overeenkomsten dan een systeem. De vraag in de consultatiereactie is of het risico zich voordoet dat de reikwijdte van artikel 212b, eerste lid, Fw verdergaand wordt verruimd dan noodzakelijk is in het licht van het wetsvoorstel. Dit risico doet zich niet voor, omdat het voorstel ziet op *overboekingsopdrachten*, zoals gedefinieerd in artikel 212a, onderdeel j, die worden ingediend door deelnemers aan een systeem.

Ook wordt opgemerkt dat bewust ervan is afgezien om het begrip «andere overeenkomst» te definiëren. Een definitie zou in de praktijk ertoe kunnen leiden dat de vraag wordt gesteld of een bepaalde overeenkomst daaronder valt. Daarmee zou de finaliteit niet op voorhand vaststaan, en dat is nu juist wat het wetsvoorstel beoogt te vermijden.

⁶ *Kamerstukken II 2017/18, 34 842, nr. 3.*

Tot slot is het voorstel voorgelegd aan de Raad voor de rechtspraak, met name ter zake van de verplichting om bij de faillietverklaring van een bank het exacte tijdstip van faillietverklaring in het vonnis te vermelden, met het oog op de beperking van de terugwerkende kracht van het faillissement tot het tijdstip van de uitspraak. De Raad heeft kennis genomen van het voorstel en heeft geen bezwaren geuit.

§ 9 implementatie

Met dit wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de optie in de richtlijn om de richtlijn toe te passen op binnenlandse instellingen die deelnemen aan betalingssystemen in derde landen. Deze optie wordt genoemd in punt 7 van de considerans van de richtlijn. Voor de implementatietabel met betrekking tot het corpus van de richtlijn wordt verwezen naar *Kamerstukken II 1998/99, 26 260 nr. 3, blz. 22.*

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

A

De definitie van «systeem» wordt zodanig aangevuld dat daaronder ook systemen van derde landen vallen. Aansluiting is gezocht bij de formulering van artikel 212d, eerste en tweede lid Fw. In die leden wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds systemen met slechts twee deelnemers en anderzijds systemen met drie of meer deelnemers. Daarover wordt het volgende opgemerkt. Het is onwenselijk dat de overboekingsopdrachten van Nederlandse banken in systemen in derde landen met slechts twee deelnemers alleen dan finaal zouden zijn indien dat noodzakelijk is met het oog op het vermijden van systeemrisico's. Zolang in een concreet geval discussie mogelijk is over het antwoord op de vraag of er systeemrisico is, bestaat er onduidelijkheid of er finaliteit is. Daarom is, anders dan in artikel 212d Fw, bedoeld onderscheid niet gemaakt. Zowel een systeem met slechts twee deelnemers als een systeem met drie of meer deelnemers valt onder de definitie. Voorwaarde daarvoor is wel dat op het systeem toezicht wordt gehouden door een toezichthouder met kwaliteit. Het voornemen is om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat het moet gaan om een systeem dat onder toezicht staat van een toezichthouder die is aangesloten bij de Bank of International Settlements. Overigens is voorstelbaar dat landen een systeem met slechts twee deelnemers alleen dan onder toezicht stellen indien dat noodzakelijk is in verband met het vermijden van systeemrisico's. Op die manier zou de voorwaarde, genoemd in artikel 212d, derde lid Fw, toch nog een rol kunnen spelen, maar dan op een manier waarbij de discussie of er systeemrisico is, reeds op voorhand is beslecht.

De categorie gevallen waarvoor naar huidig recht geldt de uitzondering in artikel 212b, eerste lid Fw, op de 00.00-uur-regel geldt in twee opzichten beperkt. In de eerste plaats geldt de uitzondering slechts ten aanzien van «een deelnemer». In de definitie van «deelnemer» wordt niet verwezen naar «systeem». Dit heeft als consequentie dat de uitzondering in artikel 212b, eerste lid Fw, op de 00.00-uur-regel niet beperkt is tot een deelnemer aan een systeem als gedefinieerd in artikel 212a Fw. Ook deelnemers die partij zijn bij een overeenkomst die niet voldoen aan de kwalificatie van «systeem» vallen onder de uitzondering. Dat wordt niet gewijzigd. Ten tweede geldt de uitzondering slechts voor, kort gezegd, overboekingsopdrachten. In de definitie in artikel 212a Fw van «overboekingsopdracht» wordt wel verwezen naar «systeem»; niet is in de definitie van «overboekingsopdracht» opgenomen dat de overboekingsopdracht

moet zijn ingevoerd in een systeem, maar wel dat het moet gaan om een betalingsverplichting «zoals gedefinieerd in de regels van het systeem». Om te bereiken dat de 00.00-uur-regel geldt ook ten aanzien van overboekingsopdrachten die zijn ingevoerd op basis van een overeenkomst die niet voldoet aan de definitie van «systeem» wordt in de definitie van «overboekingsopdracht» aan de zinsnede «zoals gedefinieerd door de regels van het systeem» toegevoegd: of in een andere overeenkomst.

B

Hoofddoel van de wijziging van artikel 212b Fw is te bepalen dat de uitzondering op de 00.00-uur-regel ook geldt voor overboekingsopdrachten die zijn ingevoerd in andere overeenkomsten dan die welke voldoen aan de kwalificatie van «systeem». Aldus wordt vermeden dat er onduidelijkheid is of een overboekingsopdracht finaal is ingeval een discussie ontstaat of een bepaalde overeenkomst al dan niet voldoet aan de kwalificatie van «systeem». Daarnaast wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om de bepaling nauwkeuriger te formuleren. Het huidige artikel 212b, eerste lid Fw, is op twee manieren ruimer dan nodig is om de richtlijn te implementeren. In de eerste plaats wordt bepaald dat «de faillietverklaring» niet terugwerkt, maar bedoeld is slechts een uitzondering te maken op onder andere artikel 23 Fw, dat niet bepaald dat «de faillietverklaring» terugwerkende kracht heeft, maar slechts dat het verlies van de beschikkings- en beheersbevoegdheid terugwerkende kracht heeft. In de tweede plaats schrijft de richtlijn niet voor dat alle mogelijke rechtshandelingen die onder de beschikkings- en beheersbevoegdheid vallen finaal dienen te zijn, maar slechts die rechtshandelingen die leiden tot een overboekingsopdracht. Beide preciseringen zijn in de nieuwe formulering aangebracht. Bovendien is de nieuwe bepaling positief geformuleerd: niet langer is bepaald dat er geen terugwerkende kracht is, maar dat vanaf het tijdstip waarop de faillietverklaring is uitgesproken, de faillietverklaring werkt ten aanzien van, kort gezegd, overboekingsopdrachten. Daarenboven is toegevoegd dat de rechtbank het tijdstip waarop de faillietverklaring is uitgesproken, tot op de minuut nauwkeurig vermeldt op het vonnis. Hierbij is aangesloten bij de formulering van het nu nog geldende artikel 3:159p, eerste lid, Wft.

De wijziging van het tweede lid breidt de uitzondering op de afkoelingsperiode, bedoeld in artikel 63a Fw, uit tot andere overeenkomsten dan die welke voldoen aan de kwalificatie van «systeem».

De wijziging van het derde lid breidt het derde lid uit tot andere overeenkomsten dan die welke voldoen aan de kwalificatie van «systeem». In het derde lid is bepaald dat, kort gezegd, overboekingsopdrachten die worden ingevoerd tussen het tijdstip van faillietverklaring en middernacht daarna, niet kunnen worden teruggedraaid indien de systeemexploitant dat hij op het tijdstip waarop de overboekingsopdrachten onherroepelijk worden, de faillietverklaring niet kende noch behoorde te kennen.

Het vijfde lid legt een verplichting op systemen om bepaalde regels op te stellen. Nu het begrip «systeem» wordt uitgebreid tot systemen in bepaalde derde landen, zou die verplichting ook worden gelegd op systemen van derde landen indien het vijfde lid niet zou worden gewijzigd. De Nederlandse wet heeft evenwel niet de pretentie dat het verplichtingen legt op systemen in derde landen. Daarom is het vijfde lid gewijzigd.

C

Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt om de tekst artikel 212c, eerste lid, Fw te verduidelijken, zonder dat dat inhoudelijk tot andere regels leidt. Voor de toelichting op de wijziging van het tweede lid wordt verwezen naar de in paragraaf 8 gemaakte opmerkingen naar aanleiding van de eerstgenoemde niet-openbare consultatiereactie.

Eveneens wordt van de gelegenheid gebruik gemaakt om de tekst van 212e te verduidelijken; ook hier leidt dat niet tot een inhoudelijk andere regel.

Deze toelichting wordt mede namens de Minister voor Rechtsbescherming getekend.

De Minister van Financiën,
W.B. Hoekstra