

I

(Resoluties, aanbevelingen en adviezen)

ADVIEZEN

EUROPESE CENTRALE BANK

ADVIES VAN DE EUROPESE CENTRALE BANK

van 7 augustus 2008

inzake een voorstel tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG

(CON/2008/37)

(2008/C 216/01)

Inleiding en rechtsgrondslag

Op 22 mei 2008 ontving de Europese Centrale Bank (ECB) een verzoek van de Raad van de Europese Unie voor een advies inzake een voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad 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 financiële zekerheids-overeenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft ⁽¹⁾ (hierna het „richtlijnvoorstel” te noemen).

De bevoegdheid van de ECB om een advies uit te brengen is gebaseerd op het eerste streepje van artikel 105, lid 4, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Overeenkomstig de eerste volzin van artikel 17.5 van het Reglement van Orde van de Europese Centrale Bank is dit advies door de Raad van bestuur goedgekeurd.

Wijzigingen van Richtlijn 98/26/EG

1. Nachtelijke afwikkeling

De ECB onderschrijft de uitbreiding van de bescherming van artikel 3, lid 1, van Richtlijn 98/26/EG ⁽²⁾ tot nachtelijke afwikkelingsdiensten, hetgeen essentieel is gezien de procedure van nachtelijke afwikkeling steeds vaker door systemen wordt gebruikt om de afwikkeling van bulk- en retailoverboekingen te vergemakkelijken.

2. Bescherming van zakelijke zekerheden tegen de effecten van insolventie

- 2.1. De ECB stelt om de volgende redenen een verdere wijziging voor van artikel 9, lid 1, van Richtlijn 98/26/EG. Op grond van artikel 9, lid 1 worden de rechten van de ECB en de centrale banken van de lidstaten op aan hen verstrekte zakelijke zekerheden niet aangetast door insolventieprocedures tegen de deelnemer of wederpartij die de zakelijke zekerheden heeft gesteld. Ter voldoening van deze rechten mogen die zakelijke zekerheden worden uitgewonnen. Er zou enige onduidelijkheid ontstaan indien

⁽¹⁾ COM(2008) 213 def.

⁽²⁾ Richtlijn 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 afwikkelingssystemen (PB L 166 van 11.6.1998, blz. 45).

artikel 9, lid 1 zo zou worden geïnterpreteerd dat de zakelijke zekerheden die zijn gesteld in verband met transacties van de centrale bank, met inbegrip van noodtransacties, alleen worden afgeschermd tegen de effecten van insolventieprocedures tegen een deelnemer of wederpartij van de centrale bank die de centrale bank de zakelijke zekerheden heeft gesteld. Bij het beoordelen van de bescherming van zakelijke zekerheden die aan centrale banken worden gesteld voor krediettransacties van centrale banken op grond van Richtlijn 98/26/EG, rijst onzekerheid over de vraag of de aan centrale banken verleende bescherming zich uitstrekt tot het stellen van zakelijke zekerheden die afkomstig zijn van een derde die geen deelnemer is in een door een centrale bank geëxploiteerd systeem of wederpartij van een centrale bank is.

- 2.2. Thans schijnt het zo te zijn dat sommige lidstaten artikel 9, lid 1, van Richtlijn 98/26/EG hebben omgezet op een wijze die geen bescherming biedt voor aan centrale banken gestelde zekerheden door een derde die geen deelnemer of wederpartij is van de centrale bank, terwijl in de meeste lidstaten de omzetting van artikel 9, lid 1 inhoudt dat door dergelijke derden aan centrale banken gestelde zakelijke zekerheden uitdrukkelijk worden beschermd. Daarnaast hebben sommige lidstaten de formulering van de betreffende bepaling letterlijk omgezet, en is het afhankelijk van interpretatie of in deze rechtsgebieden door dergelijke derden aan centrale banken gestelde zekerheden zijn beschermd.
- 2.3. Gezien het voorgaande, zou het verhelderen van de formulering van artikel 9, lid 1, van Richtlijn 98/26/EG de geharmoniseerde afscherming verzekeren van zakelijke zekerheden die aan centrale banken worden gesteld door een derde met inbegrip van, maar niet beperkt tot, partijen die gelieerd zijn aan de deelnemers in een door een centrale bank geëxploiteerd systeem of wederpartijen van een centrale bank. Dit zou rechtszekerheid bewerkstelligen ten aanzien van door zekerheid gedekt krediet dat door centrale banken wordt verschaft en, meer specifiek, moderne diensten voor liquiditeitspooling, bijvoorbeeld in TARGET2, beschermen tegen de insolventie van een derde die zakelijke zekerheden stelt namens een deelnemer in een systeem van een centrale bank. Deze herziening zou met name van belang kunnen zijn voor liquiditeitstransacties van een centrale bank in tijden van financiële moeilijkheden, waarin verwacht kan worden dat door een derde namens een wederpartij zekerheden gesteld zouden kunnen worden voor aan die wederpartij verschaft liquiditeiten.

3. Deelneming aan een systeem

- 3.1. Artikel 2, onder f) van Richtlijn 98/26/EG staat lidstaten toe een „indirecte deelnemer” te beschouwen als een „deelnemer”, indien zulks in het licht van het systeemrisico noodzakelijk is en op voorwaarde dat de indirecte deelnemer bij het systeem bekend is. Het vereiste van „bij het systeem bekend” zijn is nuttig, aangezien het systeem anders niet in staat zou zijn vast te stellen welke indirecte deelnemers binnen de reikwijdte van aan het systeem toegekende bescherming vallen. Daarom dient in de definitie van „indirecte deelnemer” een voorwaarde te worden opgenomen die vereist dat indirecte deelnemers bekend dienen te zijn bij de systeemexploitant. Dit zal ook een verlichting betekenen van de verplichting van de systeemexploitant op grond van de tweede alinea van artikel 10 om aan de lidstaat waarvan het recht van toepassing is, mededeling te doen van de deelnemers aan het betreffende systeem, eventuele indirecte deelneming daarbij inbegrepen, alsmede van iedere verandering in het deelnemersbestand.
- 3.2. Om twijfel uit te sluiten, dienen de definities van zowel deelnemer als indirecte deelnemer te worden gewijzigd om duidelijk te maken dat deze definities uitputtend zijn en alleen de specifieke soorten entiteiten omvatten die door de gedefinieerde termen worden opgesomd. Eventuele verschillen in toepassing zouden de door Richtlijn 98/26/EG aan grensoverschrijdend werkende systemen verleende bescherming in gevaar kunnen brengen.
- 3.3. De term „systeem” in de definities van deelnemer en indirecte deelnemer dient, waar van toepassing, eveneens te worden vervangen door de nieuw gedefinieerde term „systeemexploitant”, omdat systemen gewoonlijk geen rechtspersoonlijkheid bezitten en het de systeemexploitant is die optreedt als deelnemer in een ander systeem en aldus wederzijdse deelname tussen systemen verzekert.

4. De definitie van een systeem

- 4.1. De definitie van een systeem in artikel 2, onder a), van Richtlijn 98/26/EG dient te worden gewijzigd. De term „systeem” dient het volledige scala van bestaande regelingen afdoende weer te geven, zodat de door Richtlijn 98/26/EG verleende bescherming voor een zo groot mogelijke verscheidenheid aan systemen zal gelden, en daardoor het systeemrisico minimaliseren. Met name geeft de huidige definitie in het eerste en tweede streepje van artikel 2, onder a) de manier waarop een meerderheid van systemen wordt ingesteld, niet nauwkeurig weer. Voor de meeste systemen is de regeling waarbij het

systeem is ingesteld, niet eenvoudigweg een contract tussen deelnemers, maar een stel regels en regelingen voor de exploitatie van het systeem zoals vastgesteld door de systeemexploitant of bij rechtshandelingen. Van de deelnemers wordt verwacht dat ze zich aan deze regels houden. Systemen die gebaseerd zijn op een multilaterale contractuele regeling zijn de uitzondering en niet de regel zoals aangenomen in de huidige formulering van artikel 2, onder a). Een systeemexploitant, zoals een centraal effectendepositosysteem, effectenbeurs of centrale bank, zet een systeem in het algemeen eenzijdig op. In deze context dient artikel 2, onder a) zo te worden geformuleerd dat een formele regeling hetzij bij contract, hetzij bij algemene handelsvoorwaarden of bij wetgeving, d.w.z. wet of uitvoeringsverordening, kan worden vastgesteld. De definitie van een systeem dient daarom te verwijzen naar een formele regeling „die drie of meer deelnemers omvat”, in plaats van „tussen” drie of meer deelnemers, en deze verandering maakt een overeenkomstige wijziging noodzakelijk van het tweede streepje van artikel 2, onder a).

- 4.2. Bij de huidige definitie van een systeem is onduidelijk of verrekeningssystemen zoals centrale tegenpartijen of clearing houses op grond van Richtlijn 98/26/EG worden beschermd tegen systeemrisico. Ofschoon een aantal lidstaten, om onzekerheid te vermijden, verrekeningssystemen bij de Commissie heeft aangemeld, zoals bepaald in het derde streepje van artikel 2, onder a), dienen de woorden „verrekenen of” te worden ingevoegd vóór „uitvoeren van overboekingsopdrachten” in het eerste streepje van artikel 2, onder a), zodat dit type entiteiten ook duidelijk kunnen worden beschouwd als op zichzelf staande systemen.
- 4.3. Voorts dient de term systeem flexibel te worden gedefinieerd om eventuele toekomstige ontwikkelingen in de organisatie van systemen te bestrijken. De term dient met name voldoende ruim te worden gedefinieerd zodat een toekomstig systeem er door wordt bestreken dat wellicht door het Eurosysteem ontwikkeld wordt of door de ECB wordt aangemerkt na te zijn ingesteld bij een rechtsinstrument van de ECB dat voor deelnemers bindend is op grond van een met de ECB aangegane regeling en waarop het recht van een lidstaat van toepassing is. In elk geval dient een bij een rechtsinstrument van de ECB ingesteld systeem ook binnen de definitie te vallen van de term systeem in artikel 2, onder a), van Richtlijn 98/26/EG.

5. Tijdstip van invoering, onherroepbaarheid en interoperabele systemen

- 5.1. De ECB is van mening dat het begrip „tijdstip van invoering” in een systeem voor de toepassing van artikel 3, lid 3 van Richtlijn 98/26/EG verheldering behoeft. Inzonderheid, artikel 3, lid 3 stelt dat het tijdstip van invoering van een overboekingsopdracht in een systeem wordt bepaald volgens de regels van dat systeem. Het tijdstip van invoering zelf is niet gedefinieerd en varieert derhalve tussen systemen zowel wat betreft de definitie ervan als het daadwerkelijke tijdstip van invoering. Indien het nationale recht dat op het systeem van toepassing is, het tijdstip van invoering definieert, moeten de regels van het systeem in overeenstemming zijn met dergelijke definities. Nationaal recht dient echter voldoende flexibel te zijn opdat systeemregels betreffende het tijdstip van invoering kunnen worden aangepast om rekening te houden met de specifieke aard van de transacties van een bepaald systeem en geavanceerde afwikkelings- of optimaliseringsprocedures te beschermen. Verder is het belangrijk dat tussen interoperabele systemen de regels van alle betrokken systemen het mogelijk dienen te maken het tijdstip van invoering met voldoende flexibiliteit te definiëren om afwikkeling tussen systemen onderling te beschermen en derhalve interoperabiliteit te verzekeren. De ECB beveelt aan artikel 3, lid 4 te verhelderen om een eventuele onduidelijkheid weg te nemen ten aanzien van het feit dat systemen een bepaalde mate van vrijheid hebben in het specificeren van het aangewezen tijdstip van invoering, zonder hierbij te worden ingeperkt door nationaal recht dat star kan zijn en moeilijk te veranderen. Soortgelijke overwegingen gelden voor het begrip onherroepbaarheid voor de toepassing van artikel 5 van Richtlijn 98/26/EG.
- 5.2. De ECB onderschrijft de wijzigingen betreffende interoperabele systemen, gezien aantal en belang van dergelijke systemen sinds de goedkeuring van Richtlijn 98/26/EG aanzienlijk zijn toegenomen. Met name zijn systemen direct en zelfs indirect onderling gekoppeld en hebben zij toegang tot andere systemen als deelnemers of via andere interfaces. De ECB suggereert echter de term „systeem” in de definitie van „interoperabel systeem” te vervangen door „regelingen” tussen twee of meer systemen om te zorgen dat alle mogelijke typen verbindingen worden bestreken terwijl tegelijkertijd wordt vermeden dat de indruk wordt gewekt dat een nieuwe categorie systemen wordt gecreëerd. Om een praktisch voorbeeld te geven, de TARGET2-betalingsinfrastructuur ⁽¹⁾ van het Eurosysteem bestaat uit een groot aantal juridisch onderscheiden betalingssystemen die onderling zijn gekoppeld via één enkel technisch platform gebaseerd op een ECB richtsnoer. Voorts zijn meer dan 60 andere systemen, waaronder die van landen buiten het eurogebied, aan TARGET2 aangesloten hetzij als deelnemer of via bilaterale regelingen via de ancillary system interface.

⁽¹⁾ Richtsnoer ECB/2007/2 van 26 april 2007 betreffende een geautomatiseerd trans-Europees realtime-brutovereenkomstingssysteem (TARGET2) (PB L 237 van 8.9.2007, blz. 1).

6. Aanmelding van systeemexploitanten en toezicht

De ECB verwelkomt de definitie van systeemexploitant in het nieuwe punt o) van artikel 2, maar is van mening dat deze definitie enigszins dient te worden gewijzigd om te verzekeren dat systemen die bestaan uit meerdere deelnemers zonder een enkele systeemexploitant er ook door worden bestreken. Om dezelfde reden dient de tweede alinea van artikel 3, lid 1 van de richtlijn ook enigszins te worden gewijzigd om te verzekeren dat de bewijslast ten aanzien van kennis van insolventie bij de desbetreffende systeemexploitant wordt gelegd. De ECB stemt voorts ook in met het voorstel om artikel 10 van Richtlijn 98/26/EG te wijzigen zodat lidstaten, naast het aanmelden van systemen bij de Commissie, ook de exploitant van het systeem zullen aanmelden. Echter, in overeenstemming met de suggestie van de ECB in paragraaf 4.3 hierboven waarin wordt voorgesteld in de definitie van systeem bij een rechts-instrument van de ECB ingestelde systemen op te nemen, dient alinea 1 van artikel 10 te worden gewijzigd om lidstaten of, in voorkomende gevallen, de ECB toe te staan systemen en systeemexploitanten bij de Commissie aan te melden. De ECB is van mening dat alinea's 3 en 4 van artikel 10, die uit het voorstel van de Commissie zijn weggelaten, opnieuw dienen te worden opgenomen. Daarnaast dient artikel 10, lid 3, dat de bevoegdheid erkent van bevoegde nationale autoriteiten om systemen aan goedkeuring en toezicht te onderwerpen, ook te vermelden dat de toezichtsbevoegdheid van centrale banken, op basis van hun taken inzake financiële stabiliteit, dient te worden gerespecteerd.

7. Instellingen voor elektronisch geld als deelnemers van systemen

De definitie van „kredietinstelling” in het gewijzigde punt b) van artikel 2 van Richtlijn 98/26/EG, dat verwijst naar de definitie in Richtlijn 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (herschikking) ⁽¹⁾, heeft tot effect dat instellingen voor elektronisch geld deelnemer kunnen worden aan overeenkomstig Richtlijn 98/26/EG aangemerkte systemen, mits de instellingen voor elektronisch geld als kredietinstellingen worden gereguleerd. De ECB beschouwt dit als een positieve wetswijziging die de stabiliteit van systemen zal verhogen. Een wijziging in de status van instellingen voor elektronisch geld als kredietinstellingen zou een verdere herziening van Richtlijn 98/26/EG vereisen.

8. Conflictenrecht

Duidelijke en eenvoudige regels van conflictenrecht voor alle aspecten van giraal overdraagbare effecten zijn belangrijk voor een efficiënt en veilig grensoverschrijdend bezit en dito overdracht van financiële instrumenten. De ECB deelt de opvatting van de Commissie dat de huidige regels van conflictenrecht in Richtlijn 98/26/EG, Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement and de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen ⁽²⁾ en Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten ⁽³⁾ de rechtszekerheid met betrekking tot het bepalen van het toepasselijke recht hebben vergroot. De ECB neemt ook nota van de door de Commissie in haar paper „Conflictenrecht: modernisering van de PRIMA-regel voor bij een intermediair aangehouden effecten” gedane constatering dat de praktische toepassing van één enkel regime van conflictenrecht voor grensoverschrijdende clearing en afwikkeling van effecten in de Gemeenschap verschillen tussen lidstaten aan licht blijft brengen ten aanzien van de interpretatie van „locatie van een rekening”. Het communautaire regime verschaft dus nog steeds niet de hoogst mogelijke mate van voorspelbaarheid en zekerheid aangaande het recht dat van toepassing is.

Bijgevolg volgt de ECB met grote belangstelling het initiatief van de Commissie om de duidelijkheid van het bestaande communautaire regime te verbeteren. Gezien de gecompliceerdheid van deze materie is de ECB van mening dat in de context van het richtlijnvoorstel geen algemene herziening dient plaats te vinden.

Wijzigingen van Richtlijn 2002/47/EG

9. Kredietvorderingen

- 9.1. De ECB verwelkomt nadrukkelijk de voorgestelde wijzigingen van Richtlijn 2002/47/EG, waar ze beogen het gebruik van kredietvorderingen als zekerheid door centrale banken te vergemakkelijken. Deze wijzigingen versterken de juridische positie van centrale banken in de Europese Unie bij het nemen van kredietvorderingen als zekerheid, gezien de overigens niet-geharmoniseerde samenstellen

⁽¹⁾ PB L 177 van 30.6.2006, blz. 1.

⁽²⁾ PB L 125 van 5.5.2001, blz. 15.

⁽³⁾ PB L 168 van 27.6.2002, blz. 43.

van regels betreffende kredietvorderingen in de verschillende rechtsgebieden van de EU. De mogelijkheid om kredietvorderingen als zekerheid te gebruiken in transacties met de centrale bank is van groot belang voor kredietinstellingen in het eurogebied, die grote bedragen aan kredietvorderingen op hun balans hebben staan. Het zou van groot belang zijn voor het Eurosysteem om kredietvorderingen als zekerheid te kunnen gebruiken onder de door Richtlijn 2002/47/EG ingestelde regeling, en daarmee een informele en efficiënte operationele verwerking van die vorm van activa vergemakkelijken, met name via elektronische middelen en ook in grensoverschrijdende constellaties. De ECB bepleit hierbij daarom de tekst aan te nemen zoals voorgesteld door de Commissie zonder de lidstaten enigerlei opties voor implementatie te verlenen, die de rechtsgeldigheid en rechtszekerheid van het nemen van dergelijke zekerheden zouden ondermijnen.

- 9.2. De voorgestelde wijzigingen in lid 4, onder a), van Richtlijn 2002/47/EG beperken de toepasbaarheid ervan tot kredietvorderingen die beleenbaar zijn voor krediettransacties van centrale banken. Voor de doeleinden van de ECB en het Eurosysteem is dit voldoende. De voorgestelde wijziging gaat echter verder dan het gebruik van kredietvorderingen enkel voor transacties van centrale banken, waar ze voorstelt de regels van Richtlijn 2002/47/EG van toepassing te laten zijn op elke kredietvordering die beleenbaar zou kunnen zijn voor krediettransacties van centrale banken in de EU. Er rijst een kwestie van transparantie over de mate waarin de voorgestelde wijziging zekerheidsnemers die geen centrale bank zijn, ook zou toestaan dergelijke voor krediettransacties van centrale banken beleenbare kredietvorderingen voor zekerheidsdoeleinden te gebruiken. Met name is het mogelijk dat niet alle centrale banken van de EU gemakkelijk toegankelijke beleenbaarheidscriteria hebben voor het accepteren van kredietvorderingen als zekerheid, hetgeen het voor een zekerheidsnemer die geen centrale bank is, moeilijk zou maken op een efficiënte manier te bepalen of de kredietvordering die hij van plan is te belenen, daarvoor in feite in aanmerking komt. Voorts zouden de beleenbaarheidscriteria die gebruikt worden door het Eurosysteem en de centrale banken buiten het eurogebied, kunnen verschillen en zouden dergelijke criteria in de loop der tijd ook kunnen worden gewijzigd. Bijgevolg, om de rechtszekerheid en gelijke concurrentieverhoudingen in de hele EU te verzekeren, beveelt de ECB aan dat een eenvoudige en uniforme definitie dient te worden vastgesteld voor door Richtlijn 2002/47/EG bestreken kredietvorderingen die dergelijke kredietvorderingen niet koppelt aan door de centrale banken gebruikte beleenbaarheidscriteria. Een dergelijke definitie van kredietvorderingen voor het afbakenen van het toepassingsgebied van Richtlijn 2002/47/EG dient ruim genoeg te zijn om kredietvorderingen te omvatten die door het Eurosysteem beleenbaar zijn gemaakt. Indien geen uniforme definitie kan worden vastgesteld, is het in ieder geval belangrijk te verzekeren dat kredietvorderingen die daadwerkelijk aan het Eurosysteem als zekerheid zijn gesteld, onder de nieuwe definitie in Richtlijn 2002/47/EG vallen.
- 9.3. In de voorgestelde wijzigingen is geen verduidelijking opgenomen van de regels van conflictenrecht die van toepassing zijn op het grensoverschrijdend gebruik van kredietvorderingen als zekerheid. De huidige tekst van artikel 9 van Richtlijn 2002/47/EG betreffende wetsconflicten heeft alleen betrekking op giraal overdraagbare effecten en is duidelijk niet van toepassing op kredietvorderingen. Voor de grensoverschrijdende verschaffing van kredietvorderingen als zekerheid is het uitermate belangrijk om de van toepassing zijnde regels van conflictenrecht te harmoniseren. Verschillende rechtsgebieden kunnen een rol spelen bij als zekerheid gebruikte kredietvorderingen, bijvoorbeeld dat van de debiteur, de crediteur, de overeenkomst, etc., en om wille van rechtszekerheid dienen de partijen precies te weten welk recht van toepassing is ten aanzien van geldigheid en prioriteit van het verschaffen van kredietvorderingen als zekerheid. Op dit ogenblik zijn de regels van conflictenrecht ten aanzien van gevolgen voor derden van overdrachten van vorderingen in de EU niet geharmoniseerd; er bestaat onzekerheid ten aanzien van het toepasselijk recht en het is mogelijk dat de partijen moeten voldoen aan de vereisten van meerdere rechtsgebieden om enige zekerheid te krijgen ten aanzien van de juridische deugdelijkheid van hun zekerheidsneming. Dit is een belangrijk obstakel en het zou het grensoverschrijdend gebruik in de hele EU van kredietvorderingen als zekerheid zeer vergemakkelijken indien een uniform stel regels van conflictenrecht zou worden overeengekomen voor dergelijke gevolgen voor derden. Aangezien in de Rome I Verordening ⁽¹⁾ een dergelijke wijziging niet is opgenomen, is het bijzonder belangrijk dergelijke regels op te nemen in Richtlijn 2002/47/EG. Het hebben van dergelijke gemeenschappelijke regels zou aanzienlijke voordelen opleveren.
- 9.4. De ECB doet ook de volgende technische suggesties om consistentie binnen het richtlijnvoorstel te verzekeren ten aanzien van het opnemen van kredietvorderingen onder Richtlijn 2002/47/EG. Om te verzekeren dat niet alleen de overdracht van kredietvorderingen, maar ook de verpanding van kredietvorderingen wordt bestreken door het toepassingsgebied van Richtlijn 2002/47/EG, dient artikel 2, lid 1, onder c) zo te worden gewijzigd dat wordt verwezen naar volledige gerechtigdheid tot financiële

⁽¹⁾ COM(2005) 650 def.

zekerheid om te verduidelijken dat het verpanden of bezwaren van kredietvorderingen ook wordt bestreken door de term „financiële zekerheidsovereenkomst die leidt tot de vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht”. Voorts dient aan de definitie van financiële instrumenten een verwijzing naar kredietvorderingen in artikel 2, lid 1, onder e) te worden toegevoegd. Tenslotte dient artikel 3 zo te worden gewijzigd dat verwezen wordt naar „overdracht van bezit” naast registratie en kennisgeving in verband met de voorwaarde van geldigheid van een financiële zekerheidsovereenkomst.

10. Verrekening

Het richtlijnvoorstel bevat geen wijziging van de bepalingen betreffende verrekening bij insolventie in hetzij Richtlijn 2002/47/EG of Richtlijn 98/26/EG. Het is echter nog steeds zo dat de mogelijkheid om bij de insolventie van een tegenpartij posities te sluiten van cruciaal belang is in de financiële markten. De kwestie van de afdwingbaarheid van voortijdige verrekening is daarom niet beperkt tot individuele financiële zekerheidsovereenkomsten, maar is relevant voor alle soorten regelingen die kredietrisico en ander risico beogen te verminderen. Er is verdere vooruitgang nodig betreffende de behandeling van verrekening, niet alleen in Richtlijn 2002/47/EG, maar ook in het algemeen in het gehele financiële acquis van de EU. Het zou bijvoorbeeld nuttig zijn een grotere consistentie te bewerkstelligen tussen de verschillende definities van verrekening en saldering in de verschillende rechtshandelingen van de EU. Tegelijkertijd, gelet op het structurele belang van het uitoefenen van automatische rechten van voortijdige beëindiging tegen structureel significante kredietinstellingen en financiële instellingen die opereren op internationale financiële markten, is een bredere discussie nodig op EU-niveau over de toepassing van bepalingen aangaande voortijdige verrekening op financiële instellingen op de OTC-derivatenmarkt, en niet alleen in de context van financiële zekerheidsovereenkomsten.

11. Formuleringsvoorstellen

In de bijlage worden formuleringsvoorstellen gedaan ten aanzien van uit het bovenstaand advies voortvloeiende wijzigingen in het richtlijnvoorstel.

Gedaan te Frankfurt am Main, 7 augustus 2008.

De President van de ECB

Jean-Claude TRICHET

BIJLAGE

FORMULERINGSVOORSTELLEN ⁽¹⁾

Door de Commissie voorgestelde tekst ⁽¹⁾	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽²⁾
Wijziging 1 Artikel 1 van het richtlijnvoorstel Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 2, onder a)	
<i>Artikel 2</i> Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: a) „systeem”: een formele overeenkomst: — tussen drie of meer deelnemers, in voorkomend geval, een afwikkelende instantie, een centrale tegenpartij, een clearing house of een indirecte deelnemer niet meegerekend, met gemeenschappelijke regels en standaardprocedures voor het uitvoeren van overboekingsopdrachten tussen de deelnemers; — waarop het recht van een door de deelnemers gekozen lidstaat van toepassing is. De deelnemers kunnen echter uitsluitend kiezen voor het recht van een lidstaat waarin ten minste een van hen zijn hoofdkantoor heeft; en — die door de lidstaat waarvan het recht toepasselijk is, onverminderd strengere algemeen toepasselijke voorwaarden die door de nationale wet worden voorgeschreven, als systeem is aangemerkt en bij de Commissie is aangemeld, nadat die lidstaat zich ervan heeft vergewist dat de regels van het systeem adequaat zijn.	<i>Artikel 2</i> Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: a) „systeem”: een formele regeling: — tussen die drie of meer deelnemers omvat, in voorkomend geval, een afwikkelende instantie, een centrale tegenpartij, een clearing house of een indirecte deelnemer niet meegerekend, met gemeenschappelijke regels en standaardprocedures voor het verrekenen of uitvoeren van overboekingsopdrachten tussen de deelnemers; — waarop het recht van een door de deelnemers gekozen lidstaat van toepassing is. De deelnemers kunnen echter uitsluitend kiezen voor het recht van een lidstaat waarin ten minste een van hen zijn hoofdkantoor heeft of die is ingesteld bij een rechtsinstrument van de ECB dat voor deelnemers bindend is op grond van een met de ECB aangepaste regeling en waarop het recht van een lidstaat van toepassing is; en — die, onverminderd strengere algemeen toepasselijke voorwaarden die door de nationale wet worden voorgeschreven als systeem is aangemerkt en bij de Commissie is aangemeld, hetzij i) door de lidstaat waarvan het recht toepasselijk is, nadat die lidstaat zich ervan heeft vergewist dat de regels van het systeem adequaat zijn en onverminderd strengere algemeen toepasselijke voorwaarden die door de nationale wet worden voorgeschreven, of ii) door de ECB als een bij een rechtsinstrument van de ECB ingesteld systeem.
<u>Rechtvaardiging</u> — Zie paragraaf 4 van het advies	

Wijziging 2

Artikel 1 van het richtlijnvoorstel

Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 2, onder f) en g)

<i>Artikel 2</i> f) „deelnemer”: een instelling, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie, een clearing house of een systeem. [...]	<i>Artikel 2</i> f) „deelnemer”: uitsluitend een instelling, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie, een clearing house of een systeemexploitant. [...]
---	---

⁽¹⁾ De formuleringsvoorstellen in de bijlage zijn gebaseerd op de tekst van het richtlijnvoorstel en op de tekst van Richtlijn 98/26/EG en Richtlijn 2002/47/EG die naar de mening van ECB eveneens wijziging behoeven. De formuleringsvoorstellen worden beperkt tot wijzigingen die aangebracht moeten worden om de voorstellen van de ECB in dit advies tot uitdrukking te brengen. De voorstellen gelden *mutatis mutandis* en waar van toepassing voor de overige communautaire richtlijnen die door het richtlijnvoorstel worden gewijzigd.

Door de Commissie voorgestelde tekst ⁽¹⁾	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽²⁾
g) „indirecte deelnemer”: een instelling, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie of een clearing house die, dan wel een systeem dat contractueel verbonden is met een instelling die deelneemt in een systeem voor de uitvoering van overboekingsopdrachten, waardoor de indirecte deelnemer overboekingsopdrachten via het systeem kan doorgeven;	g) „indirecte deelnemer”: uitsluitend een instelling, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie, een clearing house of een systeem exploitant die contractueel verbonden is met een instelling die deelneemt in een systeem voor de uitvoering van overboekingsopdrachten, waardoor de indirecte deelnemer overboekingsopdrachten via het systeem kan doorgeven, mits de indirecte deelnemer echter bij de systeemexploitant bekend is;

Rechtvaardiging — Zie paragraaf 3 van het advies

Wijziging 3

Artikel 1 van het richtlijnvoorstel

Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 2, onder n)

Artikel 2	Artikel 2
n) „interoperabel systeem”: een systeem dat met een of meerdere systemen een overeenkomst aangaat dat resulteert in de vastlegging van wederzijdse oplossingen en niet louter in een verbinding met het bestaande standaarddienstenaanbod;	n) „interoperabele regelingensysteem ”: een systeem dat met een of meerdere systemen een overeenkomst aangaat regelingen tussen twee of meerdere systeem exploitanten hetgeen resulteert in de vastlegging van wederzijdse oplossingen en niet louter in een verbinding met het bestaande standaarddienstenaanbod;

Rechtvaardiging — Zie paragraaf 5.2 van het advies

Wijziging 4

Artikel 1, lid 2, onder f) van het richtlijnvoorstel

Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 2, onder o)

o) „systeemexploitant”: entiteit belast met de dagelijkse werking van een systeem. Een systeemexploitant mag ook optreden als afwikkelende instantie, centrale tegenpartij of clearing house.	o) „systeemexploitant”: de entiteit of, waar toepasselijk, entiteiten belast met de dagelijkse werking van een systeem. Een systeemexploitant mag ook optreden als afwikkelende instantie, centrale tegenpartij of clearing house.
---	---

Rechtvaardiging — Zie paragraaf 6 van het advies

Wijziging 5

Artikel 1, lid 3, van het richtlijnvoorstel

Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, alinea 2 van artikel 3, lid 1

Indien bij wijze van uitzondering overboekingsopdrachten in het systeem worden ingevoerd nadat er een insolventieprocedure is geopend en worden uitgevoerd binnen de werkdag, als omschreven in de regels van het systeem, gedurende welke een dergelijke procedure wordt geopend, zijn deze uitsluitend juridisch afdwingbaar en kunnen deze slechts aan derden worden tegengeworpen als de systeemexploitant na het tijdstip van afwikkeling kan aantonen dat hij niet op de hoogte was of op de hoogte behoefde te zijn van de opening van een dergelijke procedure.	Indien bij wijze van uitzondering overboekingsopdrachten in het systeem worden ingevoerd nadat er een insolventieprocedure is geopend en worden uitgevoerd binnen de werkdag, als omschreven in de regels van het systeem, gedurende welke een dergelijke procedure wordt geopend, zijn deze uitsluitend juridisch afdwingbaar en kunnen deze slechts aan derden worden tegengeworpen als de betreffende systeemexploitant na het tijdstip van afwikkeling kan aantonen dat hij niet op de hoogte was of op de hoogte behoefde te zijn van de opening van een dergelijke procedure.
---	--

Rechtvaardiging — Zie paragraaf 6 van het advies

Door de Commissie voorgestelde tekst ⁽¹⁾	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽²⁾
Wijziging 6 Artikel 1 van het richtlijnvoorstel Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, nieuw lid 4 van artikel 3	
<i>Artikel 3</i> 4. In geval van interoperabele systemen stelt elk systeem zijn eigen regels over het tijdstip van invoering in het systeem vast. De regels van de andere systemen waarmee het systeem interoperabel is, laten de regels over het tijdstip van invoering van het betrokken systeem onverlet.	<i>Artikel 3</i> 4. In het geval van interoperabele regelingen, stelt elk systeem in zijn eigen regels het tijdstip van invoering in het systeem vast. De regels van de andere systemen waarmee het systeem interoperabel is, laten de regels over het tijdstip van invoering van het betrokken systeem onverlet, opdat zoveel mogelijk wordt verzekerd dat de regels van alle bij de interoperabele regeling betrokken systemen in dit opzicht worden gecoördineerd. Tenzij hierin uitdrukkelijk is voorzien door de regels van de betrokken systemen, laten de regels van de andere systemen waarmee het systeem interoperabel is, de regels over het tijdstip van invoering van het betrokken systeem onverlet.
<i>Rechtvaardiging — Zie paragraaf 5.1 van het advies</i>	
Wijziging 7 Artikel 1 van het richtlijnvoorstel Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 5	
<i>Artikel 5</i> Vanaf het volgens de regels van een systeem bepaalde tijdstip mag een overboekingsopdracht noch door een deelnemer aan dat systeem, noch door een derde worden herroepen. In geval van interoperabele systemen stelt elk systeem zijn eigen regels over het uiterste tijdstip van herroepbaarheid in het systeem vast. De regels van de andere systemen waarmee het systeem interoperabel is, laten de regels over het uiterste tijdstip van herroepbaarheid van het betrokken systeem onverlet.	<i>Artikel 5</i> Vanaf het volgens de regels van een systeem bepaalde tijdstip mag een overboekingsopdracht noch door een deelnemer aan dat systeem, noch door een derde worden herroepen. In het geval van interoperabele regelingen, stelt elk systeem in zijn eigen regels het moment van herroepbaarheid in het systeem vast. De regels van de andere systemen waarmee het systeem interoperabel is, laten de regels over het uiterste tijdstip van herroepbaarheid van het betrokken systeem onverlet.onherroepbaarheid vast, opdat zoveel mogelijk wordt verzekerd dat de regels van alle bij de interoperabele regeling betrokken systemen in dit opzicht worden gecoördineerd. Tenzij hierin uitdrukkelijk is voorzien door de regels van de betrokken systemen, laten de regels van de andere systemen waarmee het systeem interoperabel is, de regels over het moment van onherroepbaarheid van het betrokken systeem onverlet.
<i>Rechtvaardiging — Zie paragraaf 5.1 van het advies</i>	
Wijziging 8 Artikel 1 van het richtlijnvoorstel Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 9, lid 1	
<i>Artikel 9</i> 1. De rechten van een systeem of van een deelnemer ten aanzien van zakelijke zekerheden die aan hem in verband met een systeem zijn gesteld, en de rechten van centrale banken van de lidstaten of van de Europese Centrale Bank ten aanzien van zakelijke zekerheden die hun gesteld zijn, worden niet aangetast door een insolventieprocedure tegen de deelnemer of de tegenpartij van centrale banken van de lidstaten of de Europese Centrale Bank, die de zakelijke zekerheden heeft gesteld. Ter voldoening van deze rechten mogen die zakelijke zekerheden worden uitgewonnen.	<i>Artikel 9</i> 1. De rechten van een systeemexploitant of van een deelnemer ten aanzien van zakelijke zekerheden die aan hem in verband met een systeem zijn gesteld, en de rechten van centrale banken van de lidstaten of van de Europese Centrale Bank ten aanzien van zakelijke zekerheden die hun gesteld zijn, worden niet aangetast door een insolventieprocedure tegen de deelnemer of de tegenpartij van centrale banken van de lidstaten of de Europese Centrale Bank of tegen een derde, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, een partij die gelieerd is aan een dergelijke deelnemer of tegenpartij, die de zakelijke zekerheden heeft gesteld. Ter voldoening van deze rechten mogen die zakelijke zekerheden worden uitgewonnen.
<i>Rechtvaardiging — Zie paragraaf 2 van het advies</i>	

Door de Commissie voorgestelde tekst ⁽¹⁾	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽²⁾
Wijziging 9 Artikel 1 van het richtlijnvoorstel Wijziging van Richtlijn 98/26/EG, artikel 10	
<i>Artikel 10</i> De lidstaten bepalen welke systemen, en respectieve systeemexploitanten, onder het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen, melden deze bij de Commissie aan en delen de Commissie mee welke autoriteiten zij overeenkomstig artikel 6, lid 2, hebben aangewezen. De systeemexploitant doet de lidstaat waarvan het recht van toepassing is mededeling van de deelnemers aan het systeem, eventuele indirecte deelneming daarbij inbegrepen, alsmede van iedere verandering in het deelnemersbestand.	<i>Artikel 10</i> De lidstaten, of de ECB, indien een systeem is ingesteld bij een rechtsinstrument van de ECB, bepalen welke systemen, en respectieve systeemexploitanten, onder het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen, melden deze bij de Commissie aan en delen de Commissie mee welke autoriteiten zij overeenkomstig artikel 6, lid 2, hebben aangewezen. De systeemexploitant doet de lidstaat waarvan het recht van toepassing is mededeling van de deelnemers aan het systeem, eventuele indirecte deelneming daarbij inbegrepen, alsmede van iedere verandering in het deelnemersbestand. De lidstaten kunnen systeemexploitanten die onder hun recht vallen, behalve aan de in de tweede alinea bedoelde meldplicht, ook aan toezichts- of goedkeuringsvereisten onderwerpen. Tevens dient te worden verzekerd dat de toezichtsbevoegdheid van de Europese Centrale Bank en van de nationale centrale banken wordt gerespecteerd. Ieder die een gerechtvaardigd belang heeft, kan van een instelling verlangen dat zij hem meedeelt aan welke systemen de instelling deelneemt, en informatie verstrekt over de belangrijkste regels die gelden voor de werking van die systemen.
<i>Rechtvaardiging</i> — Zie paragraaf 6 van het advies	
Wijziging 10 Wijziging van Richtlijn 2002/47/EG, artikel 2, lid 1, onder c)	
<i>Artikel 2, lid 1, onder c)</i> c) „financiële zekerheidsovereenkomst die leidt tot de vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht”: een overeenkomst op grond waarvan een zekerheidsverschaffer financiële activa als zekerheid verschaft tot vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht ten gunste van of aan een zekerheidsnemer, en waarbij de zekerheidsverschaffer volledig eigenaar blijft van/gerechtigd blijft tot de als zekerheid verschaft financiële activa wanneer het zakelijk zekerheidsrecht wordt gevestigd;	<i>Artikel 2, lid 1, onder c)</i> c) „financiële zekerheidsovereenkomst die leidt tot de vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht”: een overeenkomst op grond waarvan een zekerheidsverschaffer financiële activa als zekerheid verschaft tot vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht ten gunste van of aan een zekerheidsnemer, en waarbij de zekerheidsverschaffer volledig eigenaar blijft van, of volledig gerechtigd blijft tot, de als zekerheid verschaft financiële activa wanneer het zakelijk zekerheidsrecht wordt gevestigd;
<i>Rechtvaardiging</i> — Zie paragraaf 9 van het advies	
Wijziging 11 Wijziging van Richtlijn 2002/47/EG, artikel 2, lid 1, onder e)	
<i>Artikel 2, lid 1, onder e)</i> e) „financiële instrumenten”: aandelen en andere met aandelen gelijk te stellen effecten, obligaties en andere schuldinstrumenten indien deze op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, en alle andere gewoonlijk verhandelbare effecten waarmee die aandelen, obligaties of andere effecten via inschrijving, koop of omruiling kunnen worden verkregen of die aanleiding kunnen geven tot afwikkeling in contanten met uitsluiting van waardepapieren die een betalingsopdracht belichamen, inclusief rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging, geldmarktinstrumenten en vorderingen op of rechten ten aanzien van een van voornoemde instrumenten;	<i>Artikel 2, lid 1, onder e)</i> e) „financiële instrumenten”: aandelen en andere met aandelen gelijk te stellen effecten, obligaties en andere schuldinstrumenten indien deze op de kapitaalmarkt verhandelbaar zijn, en alle andere gewoonlijk verhandelbare effecten waarmee die aandelen, obligaties of andere effecten via inschrijving, koop of omruiling kunnen worden verkregen of die aanleiding kunnen geven tot afwikkeling in contanten met uitsluiting van waardepapieren die een betalingsopdracht belichamen, inclusief rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging, geldmarktinstrumenten en vorderingen op of rechten ten aanzien van een van voornoemde instrumenten, alsook kredietvorderingen voorzover daarin wordt voorzien door deze richtlijn;
<i>Rechtvaardiging</i> — Zie paragraaf 9 van het advies	

Door de Commissie voorgestelde tekst ⁽¹⁾	Door de ECB voorgestelde wijzigingen ⁽²⁾
Wijziging 12 Artikel 2, lid 3, van het richtlijnvoorstel Wijziging van Richtlijn 2002/47/EG, artikel 3	
<i>Artikel 3</i> Nieuwe alinea Wanneer kredietvorderingen als financiële zekerheid worden verschaft, vereisen de lidstaten niet dat het bestaan, de geldigheid of de toelaatbaarheid als bewijs van de verschaffing ervan als financiële zekerheid uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst afhangt van het vervullen van enige formaliteit zoals registratie of kennisgeving aan de debiteur van de als zekerheid verschaft kredietvordering	<i>Artikel 3</i> Nieuwe alinea Wanneer kredietvorderingen als financiële zekerheid worden verschaft, vereisen de lidstaten niet dat het bestaan, de geldigheid of de toelaatbaarheid als bewijs van de verschaffing ervan als financiële zekerheid uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst afhangt van het vervullen van enige formaliteit zoals registratie, overdracht van bezit of kennisgeving aan de debiteur van de als zekerheid verschaft kredietvordering
<u>Rechtvaardiging</u> — Zie paragraaf 9 van het advies	
(¹) Doorgehaalde tekst geeft aan waar de ECB voorstelt tekst te schrappen. (²) Vetgedrukte tekst geeft aan waar de ECB voorstelt nieuwe tekst in te voegen.	