



ADVIES VAN DE EUROPESE CENTRALE BANK

van 29 april 2011

inzake wijzigingen in de wetgeving betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties en financiële zekerheidsovereenkomsten

(CON/2011/41)

Inleiding en rechtsgrond

Op 4 april 2011 ontving de Europese Centrale Bank (ECB) een verzoek van de Nationale Bank van België/Banque Nationale de Belgique (NBB), handelend namens het Belgische Ministerie van Financiën, voor een advies inzake een wetsontwerp tot wijziging van de Wet betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties en de Wet betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten (hierna het 'wetsontwerp')¹.

De bevoegdheid van de ECB om een advies uit te brengen is gebaseerd op artikel 127, lid 4, en artikel 282, lid 5 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en het tweede, vijfde en zesde streepje van artikel 2, lid 1 van Besluit 98/415/EG van 29 juni 1998 betreffende de raadpleging van de Europese Centrale Bank door de nationale autoriteiten over ontwerpen van wettelijke bepalingen², aangezien het wetsontwerp bepalingen bevat betreffende betaalmiddelen, betalings- en afrekeningssystemen, alsook regels die van toepassing zijn op financiële instellingen voor zover die wezenlijk van invloed zijn op de stabiliteit van financiële instellingen en markten. Overeenkomstig de eerste volzin van artikel 17.5 van het Reglement van orde van de Europese Centrale Bank heeft de Raad van bestuur dit advies goedgekeurd.

1. Doel van het wetsontwerp

1.1 Het belangrijkste doel van het wetsontwerp is de omzetting van Richtlijn 2009/44/EG³ in Belgische wetgeving. Hiertoe wijzigt het wetsontwerp de Wet betreffende het definitieve karakter van de

¹ Wetsontwerp tot omzetting van Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft.

² PB L 189 van 3.7.1998, blz. 42.

³ Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (PB L 146 van 10.6.2009, blz. 37). De ECB heeft op een eerder ontwerp van Richtlijn 2009/44/EG commentaar gegeven in haar advies CON/2008/37 van 7 augustus 2008 (PB C 216 van 23.8.2008, blz. 1).

afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen⁴ en de Wet betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten⁵.

- 1.2 Naast de omzetting van Richtlijn 2009/44/EG zal het wetsontwerp⁶ de regels terzijde schuiven die voorzien in een vereenvoudigde realisatie van bepaalde financiële zekerheden (d.w.z. pandrechten op contanten en op bankvorderingen)⁷ in het geval van gerechtelijke reorganisatieprocedures van de schuldenaar. Deze vrijstelling van het thans in België geldende regime⁸ zal niet van toepassing zijn indien de wanprestatie⁹ bestaat uit het niet voldoen aan een verplichting, d.w.z. indien het een ‘betalingsverzuim’ betreft. In het gewijzigde regime zal het alle schuldeisers worden belet een beroep te doen op de regels betreffende de vereenvoudigde realisatie van pandrechten op contanten en bankvorderingen, alsook op de regels die de geldigheid en afdwingbaarheid van ‘nettingovereenkomsten’ verzekeren, in het geval van gerechtelijke reorganisatieprocedures van een schuldenaar die geen ‘publieke of financiële rechtspersoon’ is¹⁰. In het geval van gerechtelijke reorganisatieprocedures betreffende een publieke of financiële rechtspersoon, zal het schuldeisers die geen publieke of financiële rechtspersonen zijn, worden belet zich te beroepen op de bovengenoemde regels betreffende realisatie en nettingovereenkomsten. Evenzo, wanneer een daad van beschikking wordt vastgesteld door de Koning ten aanzien van een verzekeringsonderneming, een kredietinstelling of een vereffeningsinstelling¹¹, zullen de schuldeisers van een dergelijke instelling die geen publieke of financiële rechtspersonen zijn, zich niet kunnen beroepen op de

⁴ De Wet van 28 april 1999 houdende omzetting van Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen.

⁵ De Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen voor financiële instrumenten. De ECB heeft op een eerder ontwerp van deze wet commentaar gegeven in haar advies CON/2004/27. Alle adviezen van de ECB zijn beschikbaar op de website van de ECB op www.europa.eu.

⁶ Artikel 14, 4° en 5° van het wetsontwerp, waarbij artikel 4, §3 en §4 worden ingevoerd in de Wet van 15 december 2004.

⁷ De vereenvoudigde realisatieprocedure voor pandrechten op bankvorderingen bepaalt dat in geval van wanprestatie de pandhouder de verpande bankvordering kan realiseren zonder dat een voorafgaande kennisgeving of gerechtelijke machtiging nodig is en niettegenstaande het bestaan van een insolventieprocedure, een beslag of enig ander geval van samenloop tussen de schuldeisers van de schuldenaar of van de derde pandgever (artikel 9, lid 1 van de Wet van 15 december 2004, ingevoerd door artikel 17 van het wetsontwerp).

⁸ Zie ECB Advies CON/2004/27, met name paragraaf 4, 7 en 11.

⁹ Onder algemeen Belgisch recht doelt het concept ‘betaling’ op het uitvoeren van verplichtingen door een tegenpartij. Een ‘betalingsverzuim’ dekt derhalve alle gevallen van niet-nakoming van een verplichting, waaronder met name een verplichting om effecten te leveren.

¹⁰ De publieke of financiële rechtspersonen zijn: (a) kredietinstellingen, (b) beleggingsondernemingen, (c) verzekeringsondernemingen, (d) beheermaatschappijen van collectieve beleggingsinstellingen, (e) instellingen voor collectieve belegging, (f) centrale tegenpartijen, verevenende instanties en clearing houses, (g) financiële instellingen, (h) Belgische of buitenlandse rechtspersonen die handelen in eigen naam, maar namens de begunstigen van effecten, (i) overheidsinstanties behalve door een staatsgarantie gedekte vennootschappen, (k) de NBB, de ECB, de Bank voor Internationale Betalingen, multilaterale ontwikkelingsbanken, het Internationaal Monetair Fonds, de Europese Investeringsbank, (l) enigerlei andere buitenlandse rechtspersoon die in zijn land van oorsprong behoort tot één van de categorieën bedoeld in artikel 1, lid 2, onder a) tot en met d) van Richtlijn 2002/47/EG (artikel 13, 4° van het wetsontwerp, waarbij artikel 3, 11° wordt ingevoerd in de Wet van 14 december 2004). De ‘financiële instellingen’ zijn ondernemingen die geen kredietinstellingen zijn en wier hoofdactiviteit bestaat uit het verwerven van aandelen of die één of meerdere van de activiteiten uitvoeren waarvoor kredietinstellingen in aanmerking komen voor wederzijdse erkenning, bijv.: (a) hypotheekondernemingen, (b) ondernemingen die consumentenkredieten verstrekken, (c) leasemaatschappijen, (d) betaalinstanties of instellingen voor elektronisch geld.

¹¹ D.w.z. het overdragen, verkopen of inbrengen van activa, passiva of activiteiten van dergelijke instellingen, of van de effecten of aandelen die zij uitgeven. Deze maatregelen kunnen door de Koning worden vastgesteld indien het feit dat een dergelijke instelling niet wordt gevoerd volgens de geldende wetgeving een risico vormt voor financiële stabiliteit. Zie ECB Advies CON/2010/7.

bovengenoemde regels betreffende realisatie en nettingovereenkomsten. Het wetsontwerp zal echter geen effect hebben op de regels die van toepassing zijn op de realisatie van pandrechten op financiële instrumenten in de Wet van 15 december 2004.

- 1.3 Voorts zullen de bepalingen die de geldigheid en afdwingbaarheid verzekeren van nettingovereenkomsten (met inbegrip van close-out nettingclausules¹²) in geval van insolventie terzijde worden geschoven indien één van de partijen een natuurlijke persoon, maar geen koopman is¹³. Deze wijziging in het wetsontwerp werd noodzakelijk na een besluit van het Belgische Grondwettelijk Hof, dat oordeelde dat deze bepalingen het in de Belgische Grondwet verankerde discriminatieverbod en beginsel van gelijke behandeling schenden, voor zover ze van toepassing zijn op niet-commerciële natuurlijke personen¹⁴.

2. Algemene opmerkingen

- 2.1 De ECB merkt op dat de Belgische wetgever bij het omzetten van Richtlijn 2002/47/EG aanvankelijk had geopteerd voor een ruimer toepassingsgebied dan vereist wordt door de richtlijn¹⁵. De memorie van toelichting bij het wetsontwerp benadrukt dat de voorgestelde wijziging van het regime streeft naar een evenwicht tussen, enerzijds, de bescherming van de door financiële instellingen verkregen zekerheid en, anderzijds, de vrijwaring van de economische bedrijvigheid van niet-financiële ondernemingen wanneer ze tijdelijk in moeilijkheden geraken¹⁶. De grondgedachte achter deze wijzigingen is gelegen in de bereidheid om enige inhoud te bewaren in de Belgische gerechtelijke reorganisatieprocedure voor natuurlijke personen of rechtspersonen die geen publieke of financiële rechtspersonen zijn, met betrekking tot transacties die geen financiële instrumenten betreffen¹⁷.
- 2.2 De ECB begrijpt dat de door het wetsontwerp ingevoerde vrijstelling geen inbreuk maakt op de bescherming van het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen onder de Wet van 28 april 1999. Wanneer een entiteit aan een dergelijk systeem deelneemt¹⁸, zullen transacties van die entiteit derhalve blijven vallen onder de bescherming van het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties onder de Wet van 28 april 1999¹⁹, ongeacht of die entiteit een publieke of financiële rechtspersoon is in de zin van de gewijzigde Wet van 15 december 2004.

12 Respectievelijk artikel 14 en 15 van de Wet van 15 december 2004.

13 Artikel 19 en 20 van het wetsontwerp.

14 Memorie van toelichting, blz. 1, 20 en 21.

15 Zie ECB Advies CON/2004/27, met name paragraaf 4.

16 Memorie van toelichting, blz. 14.

17 Memorie van toelichting, blz. 16, en de verwijzing naar het gebruik door de Franse autoriteiten van hun opt-outmogelijkheid.

18 Ook indien een deelnemer met een instelling wordt gelijkgesteld om redenen van systeemrisico (artikel 3, 2° van het wetsontwerp). Zie paragraaf 3.

19 Zie ook artikel 6, 1° en 2° en artikel 11 van het wetsontwerp.

3. Bepalingen betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen

Definitie van instellingen en deelnemers

In eerdere wetgeving²⁰ had de Belgische wetgever al gebruik gemaakt van de mogelijkheid in de tweede alinea van artikel 2, onder b) van Richtlijn 98/26/EG om bepaalde ondernemingen die deelnemen in een effectenafwikkelingssysteem en niet in de in de Richtlijn²¹ opgesomde categorieën van instellingen vallen, te beschouwen als ‘instellingen’, mits een dergelijke gelijkstelling wordt gerechtvaardigd op grond van systeemrisico’s en ten minste drie andere deelnemers aan dit effectenafwikkelingssysteem in één van deze categorieën vallen. Op grond van het wetsontwerp²² zal de NBB, in de context van haar toezichtbevoegdheid²³, bepalen of er systeemrisicogronden bestaan, en zal zij de door haar gebruikte criteria vaststellen en bekend maken. De NBB zal ook bevoegd zijn te bepalen dat er een systeemrisico bestaat dat rechtvaardigt een indirecte deelnemer als een deelnemer te beschouwen²⁴. De ECB merkt op dat het vereiste betreffende het bestaan van systeemrisicogronden nu expliciet in het wetsontwerp wordt genoemd²⁵. Voor het overige blijven alle in ECB Advies CON/2006/34 gemaakte opmerkingen en aanbevelingen van toepassing op het wetsontwerp²⁶.

4. Bepalingen betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten

De invoering van kredietvorderingen als beleenbaar onderpand in financiële zekerheidsovereenkomsten

- 4.1 De toepassing van de Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden wordt uitgebreid tot overeenkomsten die een zekerheidsrecht creëren op bankvorderingen die bij overeenkomst in pand zijn gegeven of zijn overgedragen²⁷. Het wetsontwerp definieert ‘bankvorderingen’ als geldelijke vorderingen voortvloeiend uit een overeenkomst krachtens dewelke een lening of een krediet wordt verschaft door (i) een kredietinstelling, (ii) een hypotheekonderneming, (iii) een onderneming die consumptief krediet verstrekt, of (iv) enigerlei

²⁰ Zie het Koninklijk besluit van 30 juni 2007, houdende invoering van een laatste alinea in artikel 2, §2 van de Wet van 28 april 1999. De ECB heeft op een eerder ontwerp van deze bepaling commentaar gegeven in haar advies CON/2006/34.

²¹ De categorieën van in Richtlijn 98/26/EG opgesomde instellingen zijn: kredietinstellingen, beleggingsondernemingen, overheidsinstanties en ondernemingen uit derde landen die gelijksoortige functies vervullen.

²² Artikel 3, 2°, voorlaatste alinea van het wetsontwerp waarbij een definitie van ‘instelling’ wordt ingevoerd in de Wet van 28 april 1999. Zie ook artikel 4, 2° van het wetsontwerp dat artikel 2, §2 van de Wet van 28 april 1999 vervangt.

²³ Memorie van toelichting, blz. 3. Terwijl het op grond van het wetsontwerp de partijen zijn die aanleiding geven tot de gelijkstelling, zou de NBB in de context van haar toezichtstaken daartoe niettemin een aanbeveling kunnen doen uitgaan.

²⁴ Artikel 3, 6°, tweede alinea van het wetsontwerp waarbij een definitie van ‘deelnemer’ wordt ingevoerd in de Wet van 28 april 1999.

²⁵ Artikel 3, 2°, voorlaatste streepje van het wetsontwerp waarbij een definitie van ‘instelling’ wordt ingevoerd in de Wet van 28 april 1999.

²⁶ Zie CON/2006/34, met name paragraaf 2.1.

²⁷ Artikel 14, 2° van het wetsontwerp, waarbij een artikel 4, §1, 3° wordt ingevoerd in de Wet van 15 december 2004.

andere buitenlandse rechtspersoon die in zijn land van oorsprong tot één van de hierboven bedoelde categorieën behoort²⁸.

- 4.2 De ECB verwelkomt in het algemeen de voorgestelde wijziging, die het gebruik van kredietvorderingen als onderpand voor krediettransacties van het Eurosysteem zal vergemakkelijken. De ECB merkt op dat de Belgische definitie van ‘bankvorderingen’ ruimer is dan de definitie van kredietvorderingen in artikel 2, lid 5, punt a), onder ii) van Richtlijn 2009/44/EG, die alleen kredietvorderingen bestrijkt die zijn verstrekt door kredietinstellingen als omschreven in artikel 4, punt 1, van Richtlijn 2006/48/EG²⁹, met inbegrip van de in artikel 2 van Richtlijn 2006/48/EG opgesomde instellingen. De ‘bankvorderingen’ in het wetsontwerp daarentegen bestrijken bovendien geldelijke vorderingen voortvloeiend uit een overeenkomst waarbij een lening of een krediet wordt verschaft door een hypotheekonderneming of een onderneming die consumptief krediet verstrekt. De ECB begrijpt dat dit verschil beoogt te vermijden dat er op enigerlei wijze gediscrimineerd wordt tussen deze verschillende categorieën kredietverleningsinstellingen³⁰.

De beperking betreffende de realisatie van pandrechten op kredietvorderingen en betreffende de regels die de afdwingbaarheid en geldigheid van nettingovereenkomsten verzekeren

- 4.3 Zoals reeds vermeld, zal het wetsontwerp de regels terzijde schuiven die (i) voorzien in een vereenvoudigde realisatie van pandrechten op contanten en op bankvorderingen, en (ii) de regels die de afdwingbaarheid en geldigheid van nettingovereenkomsten verzekeren, in het geval van gerechtelijke reorganisatieprocedures van een schuldenaar die geen ‘publieke of financiële rechtspersoon’ is, tenzij er een betalingsverzuim is. De ECB merkt op dat door het invoeren van deze bepaling de Belgische wetgever, op een vergelijkbare manier als andere lidstaten³¹, gebruik maakt van de in artikel 1, lid 3 van Richtlijn 2002/47/EG voorziene vrijstelling, op grond waarvan lidstaten overeenkomsten kunnen uitsluiten, indien één van de partijen een andere dan een natuurlijke persoon is, waaronder ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid en samenwerkingsverbanden (partnerships), mits de andere partij een instelling is als omschreven onder a) tot en met d), hetgeen een centrale bank en de ECB omvat.

In bepaalde gevallen zou deze vrijstelling een obstakel kunnen zijn voor de snelle realisatie van de voor krediettransacties van het Eurosysteem verschaft zekerheid. Dit zou met name het geval kunnen zijn indien de NBB van een tegenpartij van het Eurosysteem als onderpand een kredietvordering³² accepteert die een schuldverplichting is van een niet-financiële vennootschap³³

²⁸ Artikel 13, 3° van het wetsontwerp, waarbij een artikel 3, 10° wordt ingevoerd in de Wet van 15 december 2004.

²⁹ 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) (PB L 177 van 30.6.2006, blz. 1).

³⁰ Memorie van toelichting, blz. 8.

³¹ Zie de memorie van toelichting, blz. 16.

³² Om in aanmerking te komen als onderpand voor transacties van het Eurosysteem, moet een kredietvordering een schuldverplichting zijn van een schuldenaar jegens een tegenpartij van het Eurosysteem; de in aanmerking komende schuldenaars zijn niet-financiële vennootschappen, entiteiten uit de publieke sector en internationale of supranationale instellingen (paragraaf 6.2.2 van bijlage I bij Richtsnoer ECB/2000/7 van de ECB van 31 augustus 2000 betreffende monetaire beleidsinstrumenten en -procedures van het Eurosysteem (PB L 310 van 11.12.2000, blz. 1)).

ECB-PUBLIC

die geen 'publieke of financiële rechtspersoon' is en waarbij zowel de tegenpartij van het Eurosysteem als de niet-financiële vennootschap in gebreke blijven met hun respectieve verplichtingen. De ECB benadrukt dat om te verzekeren dat een rechtsgeldig zekerheidsrecht op kredietvorderingen wordt gecreëerd, en dat de kredietvordering snel kan worden gerealiseerd in het geval van wanprestatie van een tegenpartij, er in het algemeen geen beperkingen dienen te zijn met betrekking tot de realisatie van de als onderpand gebruikte kredietvordering. De ECB merkt echter op dat de door het wetsontwerp voorziene vrijstelling geen belangrijke risico's voor het Eurosysteem lijkt te vormen, aangezien: (i) de vrijstelling niet geldt in het geval van een betalingsverzuim; en (ii) de waarschijnlijkheid laag is dat een dubbel verzuim zou optreden indien alle specifieke voorwaarden om te voldoen aan de vrijstelling, zijn vervuld.

Dit advies zal worden gepubliceerd op de website van de ECB.

Gedaan te Frankfurt am Main, 29 april 2011.

[getekend]

De President van de ECB

Jean-Claude TRICHET

³³ Zoals gedefinieerd in het ESR 95 (zie paragraaf 6.2.2 van bijlage I bij Richtsnoer ECB/2000/7). Op grond van Verordening (EG) nr. 2223/96 van de Raad van 25 juni 1996 inzake het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen in de Gemeenschap (PB L 310 van 30.11.1996, p. 1), bestaat de sector niet-financiële vennootschappen (S.11) uit institutionele eenheden waarvan de verdelingstransacties en financiële transacties gescheiden zijn van die van hun eigenaars en die marktproducenten zijn ..., van wie de hoofdactiviteit bestaat uit de productie van goederen en niet-financiële diensten.