NL

EUROPESE CENTRALE BANK

EUROSYSTEEM

ADVIES VAN DE EUROPESE CENTRALE BANK

van 26 oktober 2009

inzake toezicht door De Nederlandsche Bank op afwikkeldiensten

(CON/2009/84)

Inleiding en rechtsgrondslag

Het nederlandse Ministerie van Financiën heeft de ECB niet geraadpleegd inzake een gewijzigd voorstel van wet betreffende het toezicht op afwikkelondernemingen (het gewijzigde Voorstel).

De adviesbevoegdheid van de ECB ten aanzien van het gewijzigde Voorstel is gebaseerd op artikel 105, lid 4 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het derde en vijfde streepje van artikel 2, lid 1 van Beschikking 98/415/EG van de Raad van 29 juni 1998 betreffende de raadpleging van de Europese Centrale Bank door de nationale autoriteiten over ontwerpen van wettelijke bepalingen[1], aangezien het gewijzigde Voorstel betrekking heeft op De Nederlandsche Bank (DNB) en betalings- en afrekeningssystemen.

Op 5 februari 2007 ontving de ECB een verzoek van het nederlandse Ministerie van Financiën om een advies inzake een voorstel van wet betreffende systeemtoezicht op afwikkelondernemingen (het Voorstel). Het Voorstel verbood onder meer het verlenen van afwikkeldiensten in Nederland zonder een vergunning van DNB, bepaalde verder dat DNB prudentieel toezicht uitoefent en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) gedragstoezicht (gedefinieerd als het bevorderen van ordelijke en transparante financiële marktprocessen). De ECB heeft hierop gereageerd met de vaststelling en publicatie van haar Advies CON/2007/7[2].

Het initiële Voorstel dat voor advies naar de Raad van State werd gestuurd, bevatte geen aparte bepaling inzake afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat. Het Voorstel verbood slechts dat verlening van afwikkeldiensten in Nederland zonder een daartoe door De Nederlandsche Bank verstrekte vergunning. Dit verbod gold zowel voor afwikkelondernemingen met zetel in Nederland, alsook voor afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat, zonder onderscheid tussen andere lidstaten en derde landen. Aangaande afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat werd niet onderscheiden tussen afwikkelondernemingen die hun bedrijfsactiviteiten via een in Nederland gelegen bijkantoor uitoefenen en afwikkelondernemingen die hun diensten naar Nederland verlenen. Met andere woorden, het verbod op het ongeoorloofd verlenen van afwikkeldiensten gold voor al deze situaties.

1 PB L 189 van 3.7.1998, blz. 42.

2 Alle ECB-adviezen zijn beschikbaar op de website van de ECB op www.ecb.europa.eu.

Op advies van de nederlandse Raad van State heeft het Ministerie van Financiën daarop het Voorstel gewijzigd, met name de grensoverschrijdende aspecten van het Voorstel aangaande vergunningplicht en –eisen voor het verlenen van afwikkeldiensten aan participanten waarmee de dienstenaanbieder niet in een groep verbonden is, welke gelden voor de volgende gevallen:

- voor afwikkelondernemingen met zetel in Nederland die voornemens zijn aan participanten afwikkeldiensten te verlenen,
- voor afwikkelondernemingen met zetel buiten Nederland die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor voornemens zijn aan participanten afwikkeldiensten te verlenen,
- voor afwikkelondernemingen met zetel in een aangewezen Staat die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor voornemens zijn aan participanten in Nederland afwikkeldiensten te verlenen, waarvan zij De Nederlandsche Bank in kennis stellen,
- voor afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen Staat die voornemens zijn aan participanten afwikkeldiensten in Nederland te verlenen door diensten naar Nederland te verlenen,
- voor afwikkelondernemingen met zetel in Nederland die een vergunning hebben als bedoeld in artikel 2:3.0a van het gewijzigde Voorstel en vanuit een buiten Nederland gelegen bijkantoor voornemens zijn aan participanten afwikkeldiensten te verlenen; deze afwikkelondernemingen hebben daarvoor voorafgaande toestemming nodig.

De gewijzigde werkingssfeer van het Voorstel onderscheidt niet tussen afwikkelondernemingen met zetel in en die met zetel buiten het eurogebied.

De gewijzigde vergunningplicht en –eisen voor afwikkelondernemingen zijn inhoudelijke wijzigingen die het Ministerie van Financiën ter raadpleging aan de ECB had moeten voorleggen.

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 aangenomen.

1. Huidige situatie en doel van het gewijzigde Voorstel

1.1 Luidens de vigerende wetgeving bestrijkt oversight op afwikkelondernemingen het bevorderen van de goede werking van het betalingsverkeer, het voorkomen van systeemrisico, oversight op veiligheid, de betrouwbaarheid en doelmatigheid van systemen en produkten, het handhaven van het vertrouwen van de klanten en richt zich op (delen) van de aanbieders van infrastructuur. Binnen dit oversightkader is De Nederlandsche Bank (DNB) bevoegd voor prudentiële aspecten en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) voor marktgedragaspecten.

1.2 De ECB begrijpt dat het gewijzigde Voorstel het toezichtkader invoert en begrijpt tevens dat dit kader op bladzijde 5 van de Memorie van Toelichting bij het gewijzigde Voorstel specifiek is onderbouwd. Desalniettemin benadrukt de ECB dat het gewijzigde toezichtkader de bevoegdheden van het Eurosysteem onverlet dient te laten, met name diens oversightbevoegdheden.

1.3 Het gewijzigde Voorstel beoogt de invoering van direct toezicht op afwikkel-ondernemingen om het huidige oversightkader te versterken en aan te vullen. Met de invoering van direct toezicht

beoogt de wetgever de soliditeit en de continuiteit van afwikkelondernemingen te bevorderen, alsook de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel. Bovendien beoogt de regulering van toezicht op de verlening van afwikkeldiensten primair het systeemrisico te beperken en ontwrichting van de financiële infrastructuur te voorkomen. Aldus blijkt uit het gewijzigde Voorstel welke systeemrelevantie betalings- en posttradinginfrastructuren voor de financiële sector als geheel hebben. De bepalingen van dit gewijzigde Voorstel betreffen het operationele risico van afwikkelsystemen. Voorts beogen zij een ordelijk en transparant marktproces, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van consumenten te bevorderen, dat wil zeggen de relatie tussen de afwikkelonderneming en de participanten.

2. Algemene opmerkingen

Het gewijzigde Voorstel beoogt de invoering van een consistent wettelijk toezichtkader voor afwikkelondernemingen die afwikkeldiensten in en naar Nederland verrichten om de markt betrouwbaarder en stabieler te maken. De ECB neemt nota van de voorgenomen invoering van door DNB uit te voeren direct toezicht op afwikkeldiensten en ziet zulks als een mogelijkheid om de oversightrol van DNB aan te vullen en te versterken. Met het oog op de uitvoering van de basistaken van het Europees Stelsel van Centrale Banken (ESCB) uit hoofde van het Verdrag en de statuten van het Europees Stelsel van Centrale Banken en van de Europese Centrale Bank (de ESCB-statuten), heeft de ECB ernstige zorgen aangaande de voorgenomen vergunningeisen voor afwikkelondernemingen. Alhoewel het doel van het gewijzigde Voorstel niet de uitvoering van het lokatiebeleid van het Eurosysteem is, zou de ECB erop willen wijzen dat de vergunningeisen in hun huidige vorm mogelijkerwijze indruisen tegen het lokatiebeleid van de Raad van bestuur voor infrastructuren die diensten in euro aanbieden.

3. Lokatie van infrastructuren

3.1 *Het lokatiebeleid van de Raad van bestuur*

3.1.1 Het lokatiebeleid is sedert de oprichting van de ECB een aantal malen geopenbaard. Reeds in november 1998 werd in de eerste beleidsverklaring[3] onder meer benadrukt dat ‘Zoals iedere centrale bank, heeft de ECB een direct belang bij het zorgvuldig opzetten en beheer van betalings- en vereveningssystemen die hun eigen valuta, de euro, verwerken. De goede werking van betalingssystemen is een cruciaal aspect van een gezonde valuta en essentieel voor het voeren van monetair beleid. Deze systemen zijn ook significant voor het functioneren van financiële markten. Veranderingen in betalingssystemen kunnen onvoorspelbare veranderingen in de vraag/het aanbod ten aanzien van de monetaire basis teweegbrengen. Bovendien zijn veilige en doelmatige betalingssystemen essentieel voor het handhaven van bancaire en financiële stabiliteit. Tegen deze achtergrond, …benadrukt de Raad van bestuur van de ECB dat centrale-bank geld in euro slechts

3 Zie ‘Policy statement on euro payment and settlement systems located outside the euro area’, beschikbaar op de website van de ECB.

kan worden verstrekt door centrale banken die tot het eurogebied behoren, zoals dat voor alle monetaire stelsels geldt.'

3.1.2 Op de verklaring van november 1998 volgde de beleidsverklaring van september 2001 met betrekking tot 'central couterparty clearing' (verrekening door centrale tegenpartijen)[4]. Paragraaf 2, onder b) van deze verklaring bepaalde onder meer dat de 'logische geografische werkingssfeer van een marktinfrastructuur in de praktijk het valutagebied is', en dat nationale infrastructuren voor de euro[5] 'logischerwijze in het eurogebied gelegen dient te zijn, zoals bij andere kerninfrastructuren in andere monetaire gebieden. Vanuit de regelgeving gezien verdient zulks de voorkeur en draagt ertoe bij dat het Eurosysteem als de "centrale bank" van de euro de goede werking van betalingssystemen, doelmatige uitvoering van monetair beleid en financiële stabiliteit kan waarborgen.' Tevens wordt gesteld dat de 'lokatie van centrale tegenpartijen in het eurogebied de verstrekking van centrale-bank geld in euro, indien noodzakelijk en aangewezen, zou vergemakkelijken.' Dienaangaande wordt onder punt b) van de conclusies benadrukt dat 'De natuurlijke geografische werkingssfeer van enige "nationale" marktinfrastructuur (waaronder verrekening door centrale tegenpartijen) voor in euro luidende effecten en derivaten het eurogebied is. Gezien het potentiële systeembelang van effectenafwikkelsystemen, dient deze infrastructuur binnen het eurogebied gelegen te zijn.'

3.1.3 Het lokatiebeleid van de Raad van bestuur gaat uitdrukkelijk uit van de premisse dat 'de ECB en de nationale centrale banken van het Eurosysteem (de emitterende centrale banken) in elk geval de uiteindelijke controle over hun valuta, de euro, moeten behouden. Vanwege het algemene beleid en het systeemrisico kan het Eurosysteem principieel niet aanvaarden dat buiten het eurogebied (de thuisbasis van de valuta) gelegen betalingsinfrastructuren voor eurotransacties zich tot zeer belangrijke eurobetalingsinfrastructuren ontwikkelen, met name als daardoor de controle van het Eurosysteem over de euro in gevaar zou komen'[6].

3.1.4 De Raad van bestuur heeft recentelijk haar lokatiebeleid met betrekking tot centrale tegenpartijen voor over-the-counter derivaten in december 2008 en juli 2009[7] bevestigd.

3.2 *Lokatiebeleid en verdagsvrijheden*

3.2.1 Aangaande de vraag of het lokatiebeleid van de Raad van bestuur gezien de interne markt regelgevend of juridisch problematisch zou zijn, zij gewezen op artikel 14, lid 2 van het Verdrag dat bepaalt dat de interne markt 'een ruimte zonder binnengrenzen [omvat] waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag'. Deze vrijheden worden nader geregeld, met name in Titel III van het Verdrag

---

4 Zie 'The Eurosystem's policy line with regard to consolidation in central counterparty clearing', beschikbaar op de website van de ECB.

5 Een nationaal systeem definieert de beleidsverklaring als een systeem 'dat voornamelijk of uitsluitend in één valuta luidende activa verwerkt'.

6 Zie punt 2 en 3 van 'The Eurosystem policy principles on the location and operation of infrastructures settling euro-denominated payment transactions', gepubliceerd o 19 juli 2007 en beschikbaar op de website van de ECB.

7 Zie 'Door de Raad van bestuur van de ECBvoor december 2008 en juli 2009 (naast de vaststelling van de rentetarieven) genomen besluiten' beschikbaar op de website van de ECB.

(artikelen 39-60) en gelden tevens voor het Eurosysteem (omdat artikel 1.1 van de ESCB-statuten bepaalt dat het ESCB en de ECB hun taken en werkzaamheden 'overeenkomstig de bepalingen van [het] Verdrag en [de] statuten uitvoeren'). Voorts bepaalt artikel 3, lid 1, onder c) van het Verdrag dat de invoering van een interne markt, gekenmerkt door de afschaffing tussen de lidstaten van hinderpalen voor onder meer het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal valt onder het optreden van de Gemeenschap. Daarnaast omvat luidens artikel 4, lid 1 van het Verdrag het optreden van de lidstaten en de Gemeenschap de invoering van een economisch beleid dat onder meer is gebaseerd op de interne markt. Uit het voorgaande blijkt dat de invoering en het functioneren van de interne markt mede de kern vormen van het optreden van de Gemeenschap zelf.

3.2.2 De aan de interne markt ten grondslag liggende verdragsvrijheden moeten worden bezien binnen het Verdrag als geheel. Dienaangaande benadrukt de ECB dat de taken van de Gemeenschap zijn vastgelegd in artikel 2 van het Verdrag als zijnde bereikt 'door het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie'. Daarnaast bepaalt artikel 4, lid 2 van het Verdrag dat 'gelijktijdig daarmee' (dat wil zeggen met de invoering van een onder meer op de interne markt gebaseerd economisch beleid) het optreden van de lidstaten en de Gemeenschap onder meer de invoering van één munt omvat, alsmede het bepalen en voeren van één monetair beleid waarvan het hoofddoel is 'het handhaven van prijsstabiliteit en, onverminderd deze doelstelling, het ondersteunen van het algemene economische beleid in de Gemeenschap, met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging.

3.2.3 De taken van het Eurosysteem betreffende monetair beleid, betalingssystemen en financiële stabiliteit zijn onlosmakelijk verbonden met de voornoemde verklaring van de Raad van bestuur van juli 2007 dat de centrale banken van het Eurosysteem 'hoe dan ook de uiteindelijke controle over hun valuta moeten, de euro, moeten behouden'. Enerzijds dient het Eurosysteem de verdragsvrijheden te respecteren en, met name, de implicaties daarvan in overweging te nemen, indien het zijn regelgevende bevoegdheden wil aanwenden om doelmatige en deugdelijke afwikkelsystemen te waarborgen, anderzijds betekent dat niet dat de ECB moet afzien van maatregelen die een impact hebben op de verdragsvrijheden, indien de uitvoering van de basistaken van het Eurosysteem tot dergelijke maatregelen nopen. Ter zake is het volgens de ECB signifikant dat luidens het Verdrag het monetaire beleid van het Eurosysteem, financiële stabiliteit en oversighttaken alleen van toepassing zijn op de lidstaten die de euro hebben aangenomen.

3.3 *Lokatiebeleid en oversight op afwikkelsystemen*

3.3.1 Voor de uitvoering van zijn basistaken dient het Eurosysteem veilige en doelmatige systemen voor de verwerking van de euro te waarborgen. Indien een infrastructuur buiten het eurogebied gelegen is, worden de uitoefening van de oversighttaak door het Eurosysteem en het in een vroeg stadium opsporen van risico's, die de uitoefening van zijn bovengenoemde kerntaken in gevaar kan brengen, bemoeilijkt, omdat overheidsverantwoordelijkheden en overheidstaken niet in evenwicht

zijn. Zoals het 'Eurosystem Oversight Policy Framework' van februari 2009[8] benadrukt, kunnen bijvoorbeeld internationale oversight samenwerkingsovereenkomsten verlorengegane directe invloed enigszins goedmaken, maar kunnen niet waarborgen dat de emitterende centrale bank net zoveel invloed heeft als in het geval van directe oversight, met name in een crisis gedurende welke de emitterende centrale bank wellicht geen toegang verkrijgt tot relevante informatie.

3.3.2 Indien derhalve dergelijke risico's niet vroegtijdig worden onderkend en aangepakt, zou een slecht functionerende buiten het eurogebied gelegen infrastructuur, die de euro verwerkt, negatieve gevolgen kunnen hebben voor in het eurogebied gelegen infrastructuren. Directe oversight door het Eurosysteem, hetgeen mogelijk is indien de infrastructuur in het eurogebied gelegen is, is crucial om de veiligheid en de doelmatigheid van euro verwerkende infrastructuren te waarborgen en aldus de uiteindelijke controle over de euro te behouden.

3.3.3 De vergunningeisen voor het verlenen van afwikkeldiensten in of naar Nederland waarborgen dat afwikkelondernemingen geen risico zijn voor de beleggersbelangen en de financiële stabiliteit in het algemeen. DNB verleent de vergunning. De eisen dienen de veiligheid en doelmatigheid van de betrokken systemen te waarborgen.

3.3.4 Voorts is uit hooofde van het gewijzigde Voorstel een vergunning vereist om aan participanten waarmee de afwikkelonderneming niet in een groep is verbonden in Nederland afwikkeldiensten te verlenen door het verlenen van die diensten naar Nederland. Zulks verhindert deze dienstverlening van buiten het eurogebied, waaronder via een buiten Nederland gelegen bijkantoor, niet. Aangezien afwikkelondernemingen crucial zijn om de stabiliteit van het financiële stelsel te waarborgen en te bevorderen, is de ECB van mening dat directe oversight door het Eurosysteem op infrastructuren die in euro luidende transacties verwerken, crucial is en dat zulks des te meer noodzakelijk is omdat het Voorstel crisisbeheer niet direct addresseert.

3.3.5 Derhalve is de ECB van mening dat de controle door het Eurosysteem ten aanzien van de euro en het naar behoren uitvoeren van zijn kerntaken in gevaar kunnen komen, omdat niet in het eurogebied gelegen afwikkelondernemingen diensten kunnen verlenen waarbij euro's verwerkt worden, zonder van het Eurosysteem te eisen dat het de veiligheid van de systemen voldoende kan waarborgen.

3.3.6 Tenslotte herhaalt de ECB haar in Advies CON/2007/7 en in Advies CON/2006/20 verstrekte advies, waarin oversight op betalingssystemen, waaronder marktgedrag valt, expliciet aan DNB zou moeten worden toegewezen, zulks overeenkomstig artikel 105, lid 2 van het Verdrag en artikel 22 van de ESCB-statuten.

8 Beschikbaar op de website van de ECB.

Dit advies wordt op de website van de ECB gepubliceerd.

Gedaan te Frankfurt am Main, 26 oktober 2009.

[getekend]

De President van de ECB

Jean-Claude TRICHET