TRANSACTIONS – ADVICE – LITIGATION

Project: Digitale Kluis

Opdrachtgever: Richard van der Linde namens beoogde joint venture gevormd door Stichting Full Reserve en Stichting Ons Geld (de "JV").

Doel JV: Burgers een alternatief bieden om hun (spaar)gelden onder te brengen op een veilige manier zonder dat deze gelden worden aangewend voor kredietverstrekking of beleggingsdoeleinden zoals reguliere banken doen. Burgers dienen de mogelijkheid te hebben om te allen tijde te kunnen beschikken over de ondergebrachte gelden voor girale betalingstransacties.

Uitgangspunten JV: De Digitale Kluis dient bevoegd te zijn om:

- opvorderbare gelden/deposito's aan te trekken, ter beschikking te hebben en ter beschikking te verkrijgen zonder dat de Digitale Kluis indirect risico's loopt door een faillissement van een reguliere kredietinstelling en enige betaalverplichting heeft onder het Depositogarantiestelsel;
- diverse betaaldiensten te verlenen waaronder de betaaldiensten zoals omschreven in Bijlage I bij Richtlijn (EU) 2015/2366 (Betaaldienstenrichtlijn II) onder 3, 5 en 8, zonder tussenkomst van een reguliere kredietinstelling (anders dan ontvangst van girale betalingen van en het verrichten naar rekeningen gehouden bij reguliere kredietinstellingen). Derhalve dient de Digitale Kluis ofwel rechtstreeks toegang te hebben tot het Europese girale betaalsysteem, TARGET2, ofwel via DNB via het TARGET2-NL of HAM-NL deelsysteem.

Opdracht: High level analyse haalbaarheid van het behalen van het doel van de JV, waarbij een publieke en een private variant van deze Digitale Kluis naast elkaar worden gezet en de uitgangspunten van de JV in acht worden genomen.

Doel analyse: Analyse dient voor interne besluitvorming van de JV ten behoeve van het bepalen van haar agenda/doelomschrijving: keuze tussen focus op publieke of private Digitale Kluis.

Conclusies: Op basis van onze (beperkte) opdracht, komen wij vooralsnog tot de volgende conclusies:

- De haalbaarheid van een *publieke* Digitale Kluis lijkt juridisch makkelijker te realiseren dan een *private* Digitale Kluis.
- De meest eenvoudige manier om de uitgangspunten van de JV te bereiken, lijkt te zijn door SNS bank, als bank in eigendom van de Nederlandse overheid, 'om te katten' tot een Digitale Kluis. Voor wat betreft het toezichtrechtelijk kader dat van toepassing is op 'echte banken' (kredietinstellingen in de zin van CRD IV/CRR), geldt voor de Nederlandse overheid geen uitzonderingspositie. Derhalve zou SNS bank (of beter: de publieke Digitale Kluis van de Nederlandse overheid) haar huidige bankvergunning verliezen op het moment dat SNS bank zich beperkt tot de uitgangspunten van de JV (door geen kredieten

Advocaten | Prins Hendriklaan 28 1075 BD Amsterdam | T +31(0)20 760 31 31 F +31(0)20 760 31 33 | contact@fglawyersamsterdam.com www.fglawyersamsterdam.com | KvK 56789092 BTW NL 852302757B01

FG Lawyers B.V. has its corporate seat at Amsterdam, the Netherlands and is registered with the Commercial Register of the Chamber of Commerce and Industry under number 56789092. All legal relationships with FG Lawyers B.V. shall be governed by Dutch law and be subject to the general terms and conditions of FG Lawyers B.V. These general terms and conditions include, inter alia, a limitation of liability clause and provide that all disputes shall be settled by the competent court in Amsterdam. The general terms and conditions have been filed with the Amsterdam District Court and can be viewed at www.fglawyersamsterdam.com. Upon request a copy will be provided free of charge.

meer te verstrekken voor eigen rekening en risico). De 'Route Betaalinstelling' zoals omschreven in ons reikwijdteonderzoek van 2015 staat echter – anders dan voor een private Digitale Kluis – wél open voor de Nederlandse overheid. SNS bank zou derhalve haar bankvergunning kunnen verruilen voor een vergunning als betaalinstelling. Omdat de Nederlandse overheid - anders dan een private Digitale Kluis – is uitgezonderd van het verbod van het aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek in Nederland én toegang heeft tot het TARGET2-NL deelsysteem van DNB (en, mits op voorstel van de Raad van Bestuur van de ECB, rechtstreeks tot TARGET2 van de ECB), lijkt een publieke Digitale Kluis van de Nederlandse overheid relatief makkelijk te realiseren.

- Daarnaast lijken er weinig harde juridische drempels in de weg te staan aan het creëren van een Digitale Kluis door DNB, maar wij betwijfelen of dit in overeenstemming is met de taken en bevoegdheden van DNB op grond van de Bankwet 1998. Voor zover een Digitale Kluis de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar brengt/zou kunnen brengen, is het strijdig met de bevoegdheden en taken van DNB indien DNB een *private* Digitale Kluis faciliteert of zelf een *publieke* Digitale Kluis opzet. Echter, als dit argument niet op gaat, bijvoorbeeld indien de Digitale Kluis een gecontroleerde, gefaseerde groei doormaakt en op enige wijze gelimiteerd wordt in grootte/onderhanden deposito's opdat het geen systeemrisico met zich brengt, geldt dat wij vanuit toezichtrechtelijk oogpunt geen harde juridische beperkingen hebben gevonden op grond waarvan geconcludeerd zou kunnen worden dat DNB *niet* een Digitale Kluis zou kúnnen creëren. Echter, *a contrario.* er is ook geen enkele aanleiding om aan te nemen dat de nationale (en Europese) wetgever(s) een dergelijke ruimte/bevoegdheid hebben willen geven aan DNB als Nederlandse centrale bank. Een argument vanuit de politiek/DNB zou kunnen zijn dat DNB niet zelfstandig een Digitale Kluis kan opzetten zonder dan hier een eenduidige democratische legitimatie (i.e. een wettelijke grondslag)voor is. DNB kan zich als zelfstandig bestuursorgaan gemakkelijk 'verschuilen' achter bestuursrechtelijke argumentatie, zoals de verplichting van DNB om zich te houden aan allerlei algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel. Daarbij dient DNB verantwoording af te leggen aan de minister van Financiën. Daar een oprichting van een Digitale Kluis grote consequenties zou kunnen hebben voor de financiële stabiliteit van de Nederlandse reguliere bankensector, achten wij de kans klein dat DNB bereid zou zijn om zelf een publieke Digitale Kluis te creëren en de kans dat DNB dat zou overwegen zonder goedkeuring / inmenging van het parlement achten wij nihil.

	Private Digitale Kluis met 2:11 Wft bankvergunning (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Private Digitale Kluis met 3:4 Wft vrijwillige bankvergunning** (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Digitale Kluis geboden door de Nederlandse overheid** (eventueel via een bestaande bank in overheidshanden, zoals SNS mits een dergelijke staatsbank alsdan een bankvergunning kan behouden)	**Digitale Kluis geboden door DNB**
Toepasselijk-heid CRD IV / CRR (zijnde de Europese richtlijn en verordening die zien op de vergunningplicht van een kredietinstelling/ bank en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingson-dernemingen)	Van toepassing (maar zoals uiteengezet in het reikwijdte onderzoek van 2015 komt een private Digitale Kluis niet in aanmerking voor een 2:11 Wft vergunning)	- Formeel is het geen kredietinstelling in de zin van CRD IV en is er derhalve geen grondslag in Europese wetgeving voor de toepasselijkheid van dit 'bankenregime'. - Echter op grond van Nederlands recht (artikel 3:4 lid 2 Wft) worden CRD IV (en CRR) van overeenkomstige toepassing verklaard op 3:4 Wft vergunning-houdende 'vrijwillige banken'	Van toepassing. Er geldt wel een uitzondering voor het verbod van het aantrekken van opvorderbare gelden op grond van artikel 3:5, lid 2 onder c Wft.	NIET van toepassing (artikel 2, lid 5 onder 2 CRD IV alsmede artikel 1:2 Wft), met dien verstande dat enkele afdelingen uit Deel 5 Gedragstoezicht financiële markten) Wft van toepassing zijn en voor wat betreft het verlenen van betaaldiensten DNB onder de delen 1 (Algemeen Deel) en 4 (Gedragstoezicht financiële ondernemingen) Wft valt op grond van artikel 1:2 lid 2 Wft.
Deposito-garantiestelsel van toepassing	Ja	Nee (artikel 3:258(1) Wft)	Ja, voor zover de Nederlandse Staat een Digitale Kluis met een bankvergunning aanbiedt. Nee voor zover de Nederlandse Staat de route 'Betaalinstelling' volgt (zie laatste rij in deze kolom).	Nee (artikel 3:258(1) Wft)

	Private Digitale Kluis met 2:11 Wft bankvergunning (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Private Digitale Kluis met 3:4 Wft vrijwillige bankvergunning** (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Digitale Kluis geboden door de Nederlandse overheid** (eventueel via een bestaande bank in overheidshanden, zoals SNS mits een dergelijke staatsbank alsdan een bankvergunning kan behouden)	**Digitale Kluis geboden door DNB**
Rechtstreekse toegang TARGET2	Nee	Nee	- Ja, maar alleen op grond van een ad hoc voorstel van de Raad van Bestuur van de ECB	Ja
Toegang TARGET2-NL	Ja	Alleen indien: - het een 3:4, eerste lid *onder a* Wft vrijwillige bankvergunninghouder betreft (maar dat zal de Digitale Kluis niet zijn: wijkt fundamenteel af van uitgangspunten JV); - de definitie van 'kredietinstelling in artikel TARGET2-NL Voorwaarden wordt aangepast en ook een ander type vrijwillige bank omvat; of - artikel 6 TARGET-NL Voorwaarden wordt aangepast door ook een andere type vrijwillige bank als indirecte deelnemer (via DNB) te aanvaarden;	Ja (ongeacht - naar het lijkt op basis van artikel 4 lid 1 onder (d) en (e) van de TARGET2-NL Voorwaarden van november 2018 - of er wordt beschikt over een (vrijwillige) bankvergunning)	Ja

	Private Digitale Kluis met 2:11 Wft bankvergunning (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Private Digitale Kluis met 3:4 Wft vrijwillige bankvergunning** (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Digitale Kluis geboden door de Nederlandse overheid** (eventueel via een bestaande bank in overheidshanden, zoals SNS mits een dergelijke staatsbank alsdan een bankvergunning kan behouden)	**Digitale Kluis geboden door DNB**
		- Eventueel via Artikel 4 lid 2 onder b HAM-NL Voorwaarden voor zover Digitale Kluis kasreserveplichtig is in overeenstemming met bijlage I bij Richtsnoer (EU) 2015/510.		
Wijzigingen in wet- en regelgeving vereist?	Nee, maar een private Digitale Kluis komt in principe niet in aanmerking voor een reguliere bankvergunning ex. artikel 2:11 Wft. Dit lijkt niet een haalbare optie.	Ja, wijzigingen nodig ter zake: - Artikel 3:4 Wft (of coulance van DNB dat geen beleggingen hoeven te worden gedaan om een 3:4 lid 1 onder b Wft vrijwillige bankvergunning te kunnen krijgen); - TARGET2-NL en/of HAM-NL voorwaarden (zie hierboven). Hoewel wij geen verplichting hiertoe zien in de TARGET2-NL Voorwaarden of HAM-NL Voorwaarden zelf, zou uit de Bankwet 1998 afgeleid kunnen worden dat DNB de instructies	Nee, het lijkt mogelijk dat de dienstverlening van SNS wordt afgebouwd tot enkel het aantrekken van opvorderbare gelden (waarvan de Nederlandse Staat is uitgezonderd op grond van artikel 3:5, lid 2 onder c Wft), en het aanbieden van bepaalde betaaldiensten (met inachtneming van artikel 1:2 lid 2 Wft) waarbij een Digitale Kluis van de Nederlandse Staat, anders dan een private Digitale Kluis, toegang heeft tot TARGET2-NL. Een dergelijke combinatie (i.e. de route Betaalinstelling in ons reikwijdte onderzoek van 2015) lijkt open	Nee, maar wij betwijfelen of het opzetten van een Digitale Kluis in overeenstemming met de taken en bevoegdheden van DNB is op grond van de Bankwet 1998. Daarnaast volgen veel bevoegdheden van DNB uit Europese verdragen en andere Europese wet- en regelgeving. Het komt ons voor dat de bevoegdheid tot het creëren van een Digitale Kluis door DNB een wettelijke grondslag nodig heeft en wellicht ook goedkeuring van de ECB.

	Private Digitale Kluis met 2:11 Wft bankvergunning (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Private Digitale Kluis met 3:4 Wft vrijwillige bankvergunning** (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Digitale Kluis geboden door de Nederlandse overheid** (eventueel via een bestaande bank in overheidshanden, zoals SNS mits een dergelijke staatsbank alsdan een bankvergunning kan behouden)	**Digitale Kluis geboden door DNB**
		moet vragen en aanvaarden van de ECB indien DNB de TARGET2-NL of HAM-NL voorwaarden wil wijzigen. Op grond van de Bankwet 1998, die op haar beurt weer is gebaseerd op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, heeft DNB onder meer tot taak om, in het kader van het Europees Stelsel van Centrale Banken, een goede werking van het betalingsverkeer te bevorderen en de stabiliteit van het financiële stelsel te bevorderen. Op grond van art. 14 lid 3 van het Protocol betreffende de statuten van het Europees Stelsel van Centrale Banken en van de ECB dienen de	te staan voor de Nederlandse overheid. Het DGS is dan ook niet van toepassing.	

	Private Digitale Kluis met 2:11 Wft bankvergunning (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Private Digitale Kluis met 3:4 Wft vrijwillige bankvergunning** (voor zover zij daarvoor in aanmerking komt)	**Digitale Kluis geboden door de Nederlandse overheid** (eventueel via een bestaande bank in overheidshanden, zoals SNS mits een dergelijke staatsbank alsdan een bankvergunning kan behouden)	**Digitale Kluis geboden door DNB**
		nationale centrale banken te handelen in overeenstemming met de instructies en richtsnoeren van de ECB. Hoewel de door ons bekeken ECB richtsnoeren eenduidige juridische verplichting hiervoor geeft, komt het ons voor dat de afstemming met de ECB nodig is indien DNB de voorwaarden die toegang geven tot het girale betalingssysteem aanpast. Theoretisch zou een 'ongelimiteerde' Digitale Kluis de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar kunnen brengen en zou DNB in strijd met de Bankwet 1998 handelen door een ongelimiteerde Digitale Kluis te faciliteren.		

FG LAWYERS

TRANSACTIONS – ADVICE – LITIGATION

Enkele relevante documenten:

- Bankwet 1998: https://wetten.overheid.nl/BWBR0009508/2019-01-01
- ECB pagina oversight: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/1003/oversight/html/index.nl.html
- ECB pagina TARGET2: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/1003/1349/html/index.nl.html
- Richtsnoer(EU) 2018/1626 tot wijziging TARGET2: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32018o0020_nl_txt.pdf
- Verordening (EU) 2017/2094 (oversight systeemrelevante betalingssystemen): https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32017r2094_nl_txt.pdf
- Laatste beschikbare geconsolideerde versie van de TARGET2-ECB Voorwaarden (NB nadien nog wijziging geweest): https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_02007d0007-20171113_nl_txt.pdf
- Laatste wijziging TARGET2-ECB Voorwaarden: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32018d0024_nl_txt.pdf
- TARGET2-NL Voorwaarden: https://www.dnb.nl/binaries/Voorwaarden%20TARGET2-NL%20-%20november%202018_tcm46-380118.pdf?2019020622
- HAM-NL: Voorwaarden: https://www.dnb.nl/binaries/Voorwaarden%20voor%20HAM-rekeninghouders_tcm46-321236.pdf?2019020623
- DGS: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0049-20140702&from=EN