

**Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten
op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële
markten 2016)**

MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoud

<i>§1. Inleiding</i>	2
<i>§2. Bescherming derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen</i>	2
a. aanleiding	2
b. afscheiding derivatenvermogen voor cliëntposities	4
c. gevolgen van de regeling	5
<i>§3. Uitvoering aanbevelingen evaluatie Interventiewet</i>	7
a. aanleiding	7
b. uitbreiding reikwijdte overdrachtsregeling	7
c. verhouding tot de Faillissementswet	9
d. onteigening van vorderingsrechten	10
<i>§4. Overige wijzigingen</i>	10
a. intrekking vergunning wegens niet voldoen aan betalingsverplichtingen onder de Wbft	10
b. voeren van een adequate administratie van het derivatenvermogen	12
c. aanbieden van deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen	12
d. afbakening betrokkenheid vrije beroepsbeoefenaren in de Wwft	13
e. doorberekening kosten Wwft-toezicht op kansspel aanbieder	13
f. mogelijkheid tot aanhouden girodepots voor alle in Nederland gevestigde centrale effectenbewaarinstellingen	16
g. wijzigingen voorschriften afwikkelondernemingen	16
h. aanpassing roulatieplicht in de Wet toezicht accountantsorganisaties	17
<i>§5. Administratieve lasten, nalevingskosten en toezichtlasten</i>	17
a. bescherming derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen	17
b. wijziging Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ...	18
c. wijziging Wet op de kansspelen	18
<i>§6. Consultatie</i>	19
a. bescherming derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen	19
b. overige wijzigingen Wge	21
c. uitvoering aanbevelingen evaluatie Interventiewet	21
d. aanbieden van deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen	23
e. aanwijzing bij waarschijnlijk niet voldoen aan eisen geschiktheid of betrouwbaarheid	23
ARTIKELSGEWIJS	23

ALGEMEEN

§1. Inleiding

Dit wetsvoorstel bevat wijzigingen van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en van andere wetgeving op het terrein van de financiële markten. Het wetsvoorstel maakt onderdeel uit van een jaarlijkse wijzigingscyclus, waarbij als uitgangspunt wordt gehanteerd dat daarin alle nationale wet- en regelgeving op het terrein van de financiële markten wordt opgenomen. Het wetsvoorstel heeft als beoogde inwerkingtredingdatum 1 januari 2016.

In dit wetsvoorstel wordt geregeld dat derivatenbezitters worden beschermd tegen het faillissement van hun tussenpersoon (paragraaf 2) en wordt uitvoering gegeven aan de aanbevelingen die zijn gedaan naar aanleiding van de evaluatie van de Interventiewet (paragraaf 3). Een aantal kleinere wetswijzigingen op het terrein van de financiële markten wordt toegelicht in paragraaf 4.

Onderhavig wetsvoorstel is bijna 7 weken ter consultatie voorgelegd op de website www.internetconsultatie.nl. Dit heeft geleid tot 13 reacties, die met name zien op de bescherming van derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen en de uitvoering van aanbevelingen die zijn gedaan naar aanleiding van de evaluatie van de Interventiewet. De reacties worden besproken in paragraaf 6 van het algemene deel van de toelichting.

Vanwege de wijzigingen die dit wetsvoorstel bevat van onder meer de Faillissementswet (Fw) en de Wet op de kansspelen (Wok), wordt deze toelichting mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie gegeven.

§2. Bescherming derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen

a. aanleiding

Dit wetsvoorstel beoogt om derivatenposities die een tussenpersoon aangaat met derden ten behoeve van zijn cliënten af te scheiden van het overige vermogen van de tussenpersoon. In 2004 kwam MiFID¹ tot stand, die door middel van een wijziging van de Wet op het financieel toezicht per 1 november 2007 in Nederland is geïmplementeerd. Artikel 13, zevende lid, van die richtlijn schrijft voor dat beleggingsondernemingen die financiële instrumenten aanhouden die aan cliënten toebehoren "adequate regelingen [treffen] ter vrijwaring van de eigendomsrechten van de cliënt, met name in het geval van insolventie van de onderneming". Deze verplichting, die ook geldt voor banken die beleggingsdiensten verlenen, blijkt in de praktijk lastig te realiseren voor financiële instrumenten die niet als effect in de zin van de Wet giraal effectenverkeer (hierna: Wge) kunnen worden aangemerkt, omdat derivatenposities die een financiële instelling voor cliënten aangaat en beheert geen afgescheiden bestanddeel van haar vermogen vormen. Dit kwam expliciet aan het licht toen in 2005 Van der Hoop Bankiers failliet werd verklaard. Cliënten met derivatenposities bleken niet beschermd tegen het faillissement van hun

¹ Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad.

bank: de vorderingen die zij op hun bank hadden uit hoofde van hun derivatenposities vielen in de faillissementsboedel. Zij konden slechts als concurrente crediteur een vordering indienen bij de curator, terwijl effectenbezitters onverminderd hun aanspraken te gelde konden maken, omdat hun effecten op grond van de Wge deel uitmaakten van de door Van der Hoop beheerde verzameldepot, en dus buiten de boedel vielen. Om in die situatie verandering te brengen, werd in 2009 gewerkt aan een wetsvoorstel waarmee bij faillissement de overdracht van derivatenposities aan een andere bank of beleggingsonderneming mogelijk gemaakt moest worden. Het conceptwetsvoorstel werd echter kritisch ontvangen door marktpartijen en rechtswetenschappers, waarna werd besloten om het niet in te dienen bij de Tweede Kamer.

Mede op verzoek van de AFM en DNB, maar ook op basis van geluiden uit de markt, is in 2012 besloten om opnieuw te trachten tot een regeling te komen om derivatenbezitters te beschermen tegen het faillissement van hun bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling. In hetzelfde jaar kwam de European Market Infrastructure Regulation (EMIR)² tot stand. EMIR schrijft onder meer voor dat centrale tegenpartijen ervoor dienen te zorgen dat, wanneer een bij haar aangesloten instelling (ook wel clearing member genoemd) in gebreke blijft, zij bevoegd is om de derivatenposities van het betreffende clearing member over te dragen aan een ander clearing member. Indien het in gebreke blijven het gevolg is van een faillissement, is op grond van het huidige Nederlandse insolventierecht, een dergelijke overdracht echter niet zonder meer mogelijk, althans niet zonder medewerking van de curator. Het gevolg is dat sommige centrale tegenpartijen terughoudend zijn met het aangaan van een relatie met Nederlandse clearing members, omdat zij vrezen niet aan de eisen van EMIR te kunnen voldoen. Bovendien ziet de verplichting van een centrale tegenpartij om ervoor te zorgen dat derivatenposities kunnen worden overgedragen aan een ander clearing member niet op de relatie tussen de clearing member en zijn cliënten. EMIR biedt daarom onvoldoende instrumenten om cliënten te beschermen tegen het faillissement van hun tussenpersoon, zodat een aanvullende regeling gewenst is. Nu de voorgestelde regeling slechts ter aanvulling op Europees recht is, en zij geen beperking voor het vrije verkeer van kapitaal of dienstverlening met zich meebrengt, doet zich geen strijd met hoger recht voor.

Gelet op bovenstaande is het doel van de voorgestelde regeling om enerzijds de derivatenposities die ten behoeve van cliënten worden aangegaan buiten het faillissement van hun bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling te houden – en de cliënten zodoende te beschermen tegen faillissement – en anderzijds om ervoor te zorgen dat de derivatenposities die voor een cliënt worden gehouden, en het daarbij behorende onderpand, zonder al te veel complicaties kunnen worden overgedragen aan een andere tussenpersoon. Het belangrijkste instrument daartoe is het afscheiden van een deel van het vermogen van de betreffende instelling. Daarvoor is, gezien de goederenrechtelijke aspecten, een wetswijziging noodzakelijk, waarbij het meest voor de hand ligt om de kern van de regeling op te nemen in de Wge, omdat er een aantal parallellen is te trekken tussen de rol van een intermediair bij effecten en die van een tussenpersoon bij derivaten. Zo vormen beiden slechts een tussenschakel in de keten van een effect respectievelijk derivaat en treden zij beiden op voor rekening en risico van hun cliënten. Weliswaar draagt de naam Wet giraal effectenverkeer in zich dat deze

² Verordening (EU) Nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters.

betrekking heeft op effecten, de naam is inmiddels dermate bekend dat wijziging ervan niet opportuun wordt geacht. Ook opname in een andere wet lijkt niet gepast. Het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht zouden overwogen kunnen worden, maar het Burgerlijk Wetboek is te algemeen van aard om deze materie te behandelen en de Wft is naar zijn aard gericht op het toezicht op de financiële sector en bevat nauwelijks vermogensrechtelijke aspecten. Ook de Faillissementswet komt niet in aanmerking, omdat de regeling al effect dient te sorteren voordat een instelling failliet wordt verklaard, in het bijzonder met betrekking tot de eisen die worden gesteld aan het voeren van een adequate administratie.

b. afscheiding derivatenvermogen voor cliëntposities

Met het thans voorliggende wetsvoorstel worden alle derivatenposities die een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling ten behoeve van haar cliënten aangaat met een derde, afgescheiden van het vermogen van de betreffende instelling. Het betreft een andere vorm van vermogensscheiding zoals die nu al in de Wge wordt geregeld. De huidige constructie van de Wge is gebaseerd op collectieve mede-eigendom: het girodepot en het verzameldepot vormen een bijzonder soort deelgenootschap, waarbij de cliënten ieder voor zich aanspraak kunnen maken op hun deel van de door de intermediair gehouden effecten. Het derivatenvermogen vormt een separaat vermogensbestanddeel dat echter nog steeds onderdeel is van het totale vermogen van de tussenpersoon. Het verschil zit hem er daarmee in dat de cliënten niet op dezelfde wijze als bij effecten aanspraak kunnen maken op hun aandeel in het verzameldepot – dat bestaat uit (fracties van) effecten – maar dat de rechten die onderdeel uitmaken van het derivatenvermogen uitsluitend dienen ter voldoening van hun te onderscheiden vorderingen op de tussenpersoon. In het derivatenvermogen vallen daartoe alle rechten en verplichtingen uit hoofde van derivatenposities die de betreffende instelling als tussenpersoon aangaat met een derde ten behoeve van het aangaan van derivatenposities door haar cliënten (in de regeling een ‘corresponderende positie’ geheten). Het betreft dus zowel de rechten en verplichtingen uit de positie zelf – dus die de kern van het derivaat uitmaken – als de rechten en verplichtingen met betrekking tot het uitwisselen van onderpand die worden gereserveerd voor het voldoen van vorderingen uit hoofde van de daarmee samenhangende derivatenposities van cliënten (in de regeling ‘cliëntpositie’ geheten). Met betrekking tot vorderingen van cliënten tot teruggave van het door hen gestorte onderpand moet worden aangetekend dat de regeling geen volledige bescherming biedt. De cliënten storten in de regel gezamenlijk namelijk meer onderpand dan dat de tussenpersoon uit hoofde van de corresponderende posities moet storten. Dit is onder meer het gevolg van het feit dat een tussenpersoon, bij wijze van extra zekerheid, meer onderpand van zijn cliënten kan vragen dan dat hij voor de daarmee corresponderende posities hoeft te storten bij bijvoorbeeld een centrale tegenpartij. Over dat meerdere blijven de cliënten een tegenpartijrisico lopen op hun tussenpersoon met betrekking tot de teruggave van de gestelde zekerheden. Voor het geval dat de tussenpersoon failliet wordt verklaard voorziet het wetsvoorstel in een verliesdelingsregeling: indien de vorderingen tot teruggave van onderpand uit hoofde van de corresponderende posities niet voldoende zijn om alle vorderingen van de betreffende cliënten te voldoen, wordt het terug te geven onderpand verdeeld over die cliënten naar rato van de waarde van de door hen gestelde zekerheden. Voor het restant hebben de cliënten een vordering op de failliete boedel die zij bij de curator kunnen indienen. Zie voor een nadere uiteenzetting van de werking van deze regeling de toelichting

bij artikel 49h van de Wet giraal effectenverkeer.

Het aangaan van een corresponderende positie kan gebaseerd zijn op verschillende rechtsfiguren. Voor beursverhandelde derivaten is het in Nederland gebruikelijk dat dit gebeurt op basis van een lastgevingsverhouding, waarbij de tussenpersoon (de lasthebber) op eigen naam, maar voor rekening en risico van zijn cliënt (de lastgever) een overeenkomst met betrekking tot een derivaat aangaat met een derde. Ook kan er sprake zijn van novatie van contracten, waarbij de cliënt in eerste instantie een derivatenpositie aangaat met een bepaalde tegenpartij. Vervolgens komt, ten behoeve van de clearing via een centrale tegenpartij, een keten van contracten tot stand, via de tussenpersoon van de cliënt naar de centrale tegenpartij, en daarvandaan naar de volgende schakel in de keten van het derivatencontract, totdat men terecht komt bij de aanvankelijke (en uiteindelijke) tegenpartij. Verder kan er sprake zijn van back-to-back-posities, waarbij de tussenpersoon eerst een derivatenpositie aangaat met zijn cliënt, om vervolgens een corresponderende positie aan te gaan met een derde, zodanig dat de rechten en verplichtingen die de kern van beide derivatenposities uitmaken precies tegen elkaar wegvallen. Ongeacht de verschillende mogelijke rechtsgrondslagen vallen de corresponderende posities van de instelling in het derivatenvermogen als en zolang die corresponderende positie samenhangt met en is aangegaan ten behoeve van een cliëntpositie. Welke corresponderende positie hoort bij iedere door een cliënt aangegane derivatenpositie moet blijken uit de administratie van de tussenpersoon.

Deze regeling is tevens een aanvulling op hetgeen in artikel 212e van de Faillissementswet is bepaald. Op grond van dat artikel worden, indien een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling faillieert, "de rechten en de verplichtingen die zij uit of in verband met deelname aan het [clearing]systeem heeft, bepaald door het recht waardoor dat systeem wordt beheerst". De aanvulling is vooral gelegen in de goederenrechtelijke aspecten van deze regeling, die ervoor zorgen dat de betreffende rechten en verplichtingen worden afgescheiden van het vermogen van de faillierende instelling. De eventuele afwikkeling of overdacht van posities zal – op grond van artikel 212e van de Faillissementswet – geschieden conform het recht dat de betrokken clearingsystemen beheert. De curator heeft daar rekening mee te houden.

Dat de regeling ook buiten faillissement werking dient te hebben, heeft te maken met het korte tijdsbestek waarbinnen gehandeld moet worden op het moment dat het derivatenvermogen dient te worden overgedragen aan een andere tussenpersoon. In de regel stellen centrale tegenpartijen namelijk dat een dergelijke overdracht binnen 48 uur dient plaats te vinden. Om dat mogelijk te maken, dient op ieder moment de inhoud van het derivatenvermogen en de daarmee samenhangende cliëntposities kenbaar te zijn.

c. gevolgen van de regeling

De voorgestelde regeling is tot stand gekomen in nauwe samenwerking met de AFM en DNB, die tevens de beoogde toezichthouders zijn voor wat betreft de naleving door beleggingsondernemingen respectievelijk banken en clearinginstellingen. Bij het ontwerp van de voorliggende regeling is tevens een aantal marktpartijen betrokken die in de praktijk met de regeling worden geconfronteerd, zoals banken, de Amsterdamse beurs, een centrale tegenpartij en een van de grootste gebruikers van derivaten. Daarnaast hebben in verschillende

fasen van de totstandkoming advocaten en rechtswetenschappers hun kennis en inzichten beschikbaar gesteld. Aangezien er op dit moment geen financiële instellingen zijn die een vergunning hebben voor het uitoefenen van het bedrijf van clearinginstelling, zullen in de praktijk banken de gevolgen van de voorgestelde regeling ondervinden. Het ziet ernaar uit dat beleggingsondernemingen, die geen bank zijn, niet door dit wetsvoorstel zullen worden geraakt, omdat er – voor zover bekend – op dit moment geen beleggingsondernemingen zijn die optreden als tussenpersoon in de zin van deze regeling. Voor zover cliënten van beleggingsondernemingen al beleggen in derivaten, treedt een apart bewaarbedrijf op als tussenpersoon van de derivatenposities, en wordt op die manier al vermogensscheiding gerealiseerd. Desalniettemin is niet uit te sluiten, en zeker naar de toekomst niet, dat ook beleggingsondernemingen zelf als tussenpersoon in de zin van deze regeling optreden, dus is het voor de effectieve bescherming van derivatenbezitters van belang dat de regeling ook op hen van toepassing is.

De belangrijkste praktische gevolgen voor tussenpersonen zitten in de eisen die de regeling stelt aan het administreren van het derivatenvermogen. Net als bij het verzameldepot staat of valt de werking van deze regeling bij het voeren van een goede administratie door de tussenpersoon. Uit diens administratie moet immers blijken welke rechten en verplichtingen deel uit maken van het derivatenvermogen, dat in geval van faillissement buiten de boedel blijft. Om dat te realiseren worden tussenpersonen verplicht om hun administratie op adequate wijze bij te houden. Deze verplichting wordt tevens tot voorwaarde gemaakt voor het verkrijgen van een vergunning, voor zover een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling optreedt als tussenpersoon in de zin van deze wet. Verder dient een instelling die beleggingsdiensten verleent haar cliënten te informeren over de hoedanigheid waarin zij optreedt als een cliënt een derivatenpositie aangaat, en wat de goederenrechtelijke consequenties daarvan zijn. Als een bank namelijk in verband met de cliëntpositie een corresponderende positie aangaat, treedt zij op als tussenpersoon en geniet de cliënt bescherming tegen het faillissement van de tussenpersoon op grond van deze regeling. Gaat de bank geen corresponderende positie aan, dan treedt zij op als uiteindelijke tegenpartij en geniet de cliënt geen bescherming op grond van deze regeling. De verplichting om cliënten hierover te informeren zal, gebaseerd op artikel 4:20 van de Wft, worden opgenomen in het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. De cliënten van een tussenpersoon zullen geen praktische consequenties ondervinden van de regeling tot het moment waarop aan hun tussenpersoon surseance van betaling wordt verleend of deze wordt onderworpen aan de noodregeling of failliet wordt verklaard. Het derivatenvermogen dient namelijk slechts ter voldoening van de vorderingen van de cliënten van de tussenpersoon voor zover die vorderingen voortvloeien uit hun derivatenposities. Bovendien kunnen in de noodregeling of in faillissement hun derivatenposities buiten de afwikkeling van de boedel om worden overgedragen aan een andere tussenpersoon. Wel lopen de cliënten mogelijk een tegenpartijrisico op hun tussenpersoon in verband met de vordering tot teruggave van gestelde zekerheden, maar dit risico wordt met de voorliggende regeling deels weggenomen (welk deel van het tegenpartijrisico nog resteert, wordt beschreven in de toelichting op het voorgestelde artikel 49h lid 4 Wge).

Omdat voor de naleving van deze regeling voor zowel banken als beleggingsondernemingen geen additionele investeringen nodig zijn (zie hierover de paragraaf inzake administratieve lasten), en de regeling geen invloed heeft op

de inrichting van het verdienmodel van tussenpersonen, heeft deze regeling geen negatieve invloed op de concurrentiepositie van Nederlandse tussenpersonen ten opzichten van buitenlandse instellingen. Mogelijk is er zelfs sprake van een positieve invloed, omdat de voorgestelde regeling een betere bescherming biedt voor cliënten van tussenpersonen dan het rechtsregime in Duitsland, Engeland en Frankrijk. Deze drie landen hebben zich namelijk beperkt tot het bepalen dat het faillissementsrecht niet in de weg staat aan de overdracht van een derivatenportefeuille op grond van artikel 48 EMIR. Zij hebben echter geen aanvullende bescherming gerealiseerd in de vorm van vermogensscheiding, zodat – mocht een dergelijke overdracht niet slagen – cliënten zouden worden geconfronteerd met een concurrente vordering op hun tussenpersoon. Het zou dus kunnen dat buitenlandse cliënten de voorkeur zullen geven aan een Nederlandse tussenpersoon vanwege de goederenrechtelijke bescherming die zij op grond van deze regeling genieten.

§3. Uitvoering aanbevelingen evaluatie Interventiewet

a. aanleiding

De Minister van Financiën heeft in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel op 1 februari 2013 besloten tot onteigening van bepaalde effecten en vermogensbestanddelen van SNS REAAL en SNS Bank (hierna gezamenlijk aangeduid als SNS REAAL). Dit was de eerste keer dat de Interventiewet werd toegepast. Zoals toegezegd tijdens het debat in de Tweede Kamer over de nationalisatie van SNS REAAL is een evaluatie van de Interventiewet uitgevoerd. Ook in het onderzoek dat is uitgevoerd door de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS REAAL (ENS) is de toepassing van de Interventiewet op SNS REAAL betrokken. Uit voornoemde evaluaties blijkt dat de interventiebevoegdheden van DNB en de Minister van Financiën op bepaalde punten kunnen worden verbeterd. Het onderhavige wetsvoorstel beoogt onder andere de effectiviteit van de interventiebevoegdheden van DNB en de Minister van Financiën op die punten te versterken. Dit wetsvoorstel bevat, naar aanleiding van de hiervoor genoemde evaluaties, voorstellen tot wijziging van enkele bepalingen van de Wft en de Fw. Ten eerste wordt erin voorzien dat DNB de mogelijkheid krijgt om onder voorwaarden het overdrachtsinstrument ook in te zetten jegens de moedermaatschappij van een verzekeraar. Ten tweede wordt een wettelijke grondslag gecreëerd voor de Minister van Financiën voor de rechtstreekse onteigening van vorderingsrechten die derden hebben op de probleeminstelling. Op basis van de Interventiewet kunnen deze nu alleen als passief vermogensbestanddeel van de probleeminstelling zelf worden onteigend. Op deze wijzigingen zal in de volgende onderdelen van deze paragraaf nader worden ingegaan.

b. uitbreiding reikwijdte overdrachtsregeling

De bevoegdheden van DNB uit de Interventiewet, die zijn opgenomen in deel 3 van de Wft, zien op een tijdige en ordentelijke afwikkeling van individuele banken en verzekeraars die in problemen verkeren. DNB kan op grond hiervan interveniëren bij een vergunninghoudende bank of verzekeraar met zetel in Nederland indien zij van oordeel is dat er tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen, en redelijkerwijs te

voorzien is dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. Indien DNB van oordeel is dat aan het voornoemde criterium is voldaan, kan zij ten aanzien van een in de problemen verkerende verzekeraar een plan opstellen tot overdracht aan een private derde partij van i) zijn passiva of activa of ii) door die verzekeraar uitgegeven aandelen. Deze derde partij kan in principe ook een overbruggingsinstelling zijn.

Zoals tijdens het debat over de nationalisatie van SNS REAAL is toegezegd, is er bij de evaluatie van de Interventiewet gekeken of het zinvol zou zijn als DNB ook zou kunnen ingrijpen bij een holding waarin een verzekeraar of een bank is ondergebracht. Hoewel dit in het geval van SNS REAAL niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid, volgt uit deze evaluatie dat de effectiviteit van de overdrachtsregeling kan worden vergroot door DNB de bevoegdheid te geven om de moedermaatschappij van een bank en/of verzekeraar te betrekken in de overdrachtsregeling. Er wordt in de evaluatie van de Interventiewet aanbevolen om DNB de bevoegdheid te geven om in te kunnen ingrijpen op het niveau van een moedermaatschappij van een Nederlandse bank en/of verzekeraar. De ENS doet eveneens een aanbeveling op dit punt. De situatie is denkbaar dat voor een effectieve overdracht van activa van een verzekeraar bijvoorbeeld een deel van de ICT-systemen van de moedermaatschappij van die verzekeraar moet worden overgedragen.

In Europees verband is gewerkt aan een richtlijn voor herstel en afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen³ (BRRD)⁴. De BRRD voorziet in een regeling voor de overdracht van aandelen, activa en/of passiva die materieel vergelijkbaar is met de bestaande overdrachtsregeling uit de Interventiewet. Anders dan de Interventiewet ziet de BRRD alleen op banken en bepaalde beleggingsondernemingen. De BRRD biedt de mogelijkheid om, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, het afwikkelingsinstrumentarium toe te passen op de holdings waarin banken en beleggingsondernemingen zijn ondergebracht. Door de implementatie van de BRRD zal de resolutieautoriteit de bevoegdheid krijgen om in te grijpen ten aanzien van dergelijke holdings. Hierin wordt voorzien in een separaat wetsvoorstel ter implementatie van de BRRD. Aangezien (de holdings van) verzekeraars buiten het toepassingsbereik van de BRRD vallen, wordt in dit wetsvoorstel voorzien in de mogelijkheid voor DNB om de overdrachtsregeling onder voorwaarden toe te passen op moedermaatschappijen van verzekeraars.

Het niveau waarop DNB en de Minister van Financiën op grond van de Interventiewet kunnen interveniëren, wordt door dit wetsvoorstel gelijkgetrokken. Voor de Minister van Financiën gold al dat deze zijn bevoegdheden ook kan toepassen ten aanzien van de moedermaatschappij van een financiële onderneming, indien die moedermaatschappij haar zetel in Nederland heeft. Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk dat DNB in het vervolg niet alleen een overdrachtsplan kan voorbereiden ten aanzien van een verzekeraar met zetel in Nederland, maar ook ten aanzien van de moedermaatschappij van die verzekeraar mits die moedermaatschappij haar zetel in Nederland heeft. Het begrip

³ Het betreft beleggingsondernemingen als bedoeld in de verordening kapitaalvereisten (verordening (EU) nr. 575/2013), met een vereist eigen vermogen van tenminste €730.000.

⁴ Richtlijn nr. 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2014, L 173).

moedermaatschappij omvat niet alleen de directe moeder van een verzekeraar maar kan tevens een indirecte moeder van een verzekeraar omvatten.⁵ Het is de verantwoordelijkheid van DNB, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en rekening houdend met de algemene beginsel van behoorlijk bestuur, om te beoordelen op welk niveau moet worden ingegrepen.

DNB kan een overdrachtsplan voorbereiden ten aanzien van de moedermaatschappij van een verzekeraar indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is dat er ten aanzien van de verzekeringsdochter tekenen zijn van een gevaarlijke financiële ontwikkeling, die naar verwachting niet voldoende of niet tijdig ongedaan kan worden gemaakt. De tweede voorwaarde is dat óf de moedermaatschappij zelf voldoet aan het hiervoor bedoelde criterium óf de situatie waarin de verzekeringsdochter verkeert een bedreiging vormt voor de groep. De derde voorwaarde is dat de overdracht van activa of passiva van de moedermaatschappij of door de moedermaatschappij uitgegeven aandelen nodig moet zijn voor de afwikkeling van haar verzekeringsdochter of de groep als geheel. De systematiek komt in grote lijnen overeen met de systematiek die geldt voor het toepassen van het afwikkelingsinstrumentarium op holdings van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen uit de BRRD⁶. Deze systematiek houdt in dat de moedermaatschappij in dezelfde soort financiële problemen verkeert als de verzekeringsdochter of dat de situatie van de verzekeringsdochter een bedreiging vormt voor de groep.

c. verhouding tot de Faillissementswet

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld dat DNB ook een overdrachtsplan kan voorbereiden ten aanzien van een moedermaatschappij van een verzekeraar. De Interventiewet heeft met het oog op de introductie van de overdrachtsregeling ook de Fw aangepast. Op grond van de huidige regeling kan enkel DNB het faillissement van een verzekeraar aanvragen, waarbij zij de mogelijkheid heeft een door haar voorbereid overdrachtsplan ter goedkeuring voor te leggen aan de rechtbank. Tevens is het criterium om het faillissement van een verzekeraar aan te vragen, gelijkgetrokken met het criterium voor de overdrachtsregeling. Gelet op de voorgestelde uitbreiding van de overdrachtsregeling is het wenselijk de Fw eveneens aan te passen. Voorgesteld wordt dat DNB het faillissement van de moedermaatschappij van een verzekeraar kan verzoeken indien zij van oordeel is dat zowel de verzekeraar als diens moedermaatschappij in de problemen verkeert zonder dat er voldoende of tijdig kans op herstel is en dat het faillissement van de moedermaatschappij voor de afwikkeling van de verzekeraar of de groep waartoe deze behoort nodig is. DNB heeft dan de mogelijkheid om op het moment van de faillissementsaanvraag of op een later moment een overdrachtsplan ten aanzien van de verzekeraar en/of de moedermaatschappij aan de rechtbank te overleggen met het verzoek deze goed te keuren.

Ook de titel over de surseance van betaling van de Fw behoeft enige aanpassing. In deze titel wordt geregeld dat een schuldenaar op diens verzoek surseance van betaling kan worden verleend en wat de gevolgen daarvan zijn. Enkele categorieën schuldenaren zijn uitgesloten van de mogelijkheid van surseance van betaling. Het gaat daarbij om natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, banken en verzekeraars. Moedermaatschappijen van verzekeraars zijn niet uitgezonderd en kan dientengevolge surseance van betaling

⁵ Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 10.

⁶ Vgl. artikel 33, tweede en vierde lid, van de BRRD.

worden verleend. Een onwenselijke doorkruising van de voorbereidingen van DNB voor een overdracht betreffende een verzekeraar en diens moedermaatschappij door de aanvraag van surseance van betaling door een moedermaatschappij van een verzekeraar is niet uit te sluiten. De aanvraag van surseance van betaling door de moedermaatschappij van een verzekeraar kan namelijk tot gevolg hebben dat een overdracht die DNB mogelijk voorbereidt, wordt belemmerd. Om deze reden voorziet het wetsvoorstel in aanpassingen van de titel over de surseance van betaling om rekening te houden met de bevoegdheid van DNB om ten aanzien van een moedermaatschappij van een verzekeraar in te grijpen.

d. onteigening van vorderingsrechten

De Interventiewet voorziet erin dat niet alleen effecten, maar ook vermogensbestanddelen kunnen worden onteigend. In het geval van SNS REAAL waren niet alle achtergestelde schulden effecten; voor een deel ging het ook om achtergestelde onderhandse leningen. Omdat deze onderhandse leningen dezelfde senioriteit hadden als de achtergestelde effecten, en ook op deze leningen in faillissement niets zou worden afgelost, zijn deze leningen ook in de onteigening betrokken. Slechts de wijze van onteigening was anders dan bij de achtergestelde obligaties. Omdat het geen effecten zijn, zijn niet de onderhandse leningen zelf, maar de daarmee corresponderende (passieve) vermogensbestanddelen van SNS REAAL onteigend ten name van een lege, separate stichting. Ondanks dat de onteigening aan de zijde van SNS REAAL geschiedde, is de leningverstrekker (vreemd vermogensverschaffer) in materieel opzicht de onteigende partij. De facto maakt het voor de leningverstrekker geen verschil of zijn vorderingsrecht rechtstreeks wordt onteigend dan wel of het met de door hem verstrekte lening corresponderende vermogensbestanddeel van de probleeminstelling wordt onteigend ten name van een privaatrechtelijke rechtspersoon die onvoldoende verhaal biedt om de lening terug te betalen. Hetgeen voor onderhandse leningen geldt, geldt evenzeer voor andere vorderingen van derden op een probleeminstelling die geen effecten zijn, zoals de tegenprestatie voor de levering van goederen. Ook deze vorderingen zouden thans enkel als passief vermogensbestanddeel van een probleeminstelling kunnen worden onteigend. Dit wetsvoorstel voorziet erin dat ook de vorderingsrechten die derden hebben op de probleeminstelling kunnen worden onteigend. Hierdoor wordt bewerkstelligd dat deze vorderingsrechten in de toekomst op dezelfde wijze kunnen worden onteigend als effecten. De voorgestelde wijziging wordt opgenomen in deel 6 van de Wft dat reeds voorziet in een mogelijkheid voor de Minister van Financiën om in het belang van de financiële stabiliteit bepaalde effecten en vermogensbestanddelen te onteigenen.

§4. Overige wijzigingen

a. intrekking vergunning wegens niet voldoen aan betalingsverplichtingen onder de Wbft

In de afgelopen jaren is gebleken dat er een relatief klein maar consistent aantal vergunninghouders is dat niet voldoet aan de verplichting tot het betalen van de heffingen voor het doorlopend toezicht die de toezichthouder ingevolge de Wet bekostiging financieel toezicht (Wbft) mag opleggen. Het betreft hier met name kleine financiële ondernemingen die onder het toezicht van de Autoriteit Financiële Markten staan. De toezichthouder heeft zelf maatregelen getroffen om deze

betalingsproblematiek aan te pakken, onder andere door het aanscherpen van de betalings- en incassoprocedures. Alhoewel deze maatregelen hebben geleid tot een verkleining van de groep vergunninghouders die niet aan de betalingsverplichtingen voldoet, is er geen sprake van het volledig verdwijnen of marginaliseren van deze groep.

Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wbft dat is ingediend bij de Tweede Kamer behelst de afschaffing van de overheidsbijdrage aan de toezichtkosten, alsmede de noodzakelijke aanpassing in procentuele aandelen dat iedere toezichtcategorie bijdraagt aan de financiering van de kosten.⁷ Voor de afschaffing van de overheidsbijdrage en de doorberekening van de toezichtkosten is van belang dat de onder toezichtstaande ondernemingen als groep gebaat zijn bij een effectief toezicht en dat instellingen zich niet makkelijk kunnen onttrekken aan de groep. Wanneer een onderneming niet voldoet aan zijn verplichte bijdrage in de toezichtkosten, zal dit uiteindelijk neerslaan bij de andere onder toezichtstaande ondernemingen.

Om te borgen dat alle onder toezichtstaande ondernemingen bijdragen aan de financiering van het toezicht, is overwogen welk instrument het meest geschikt is om de betalingsproblematiek aan te pakken. Zo is de mogelijkheid tot een wettelijk vereist vergunningsvoorschrift, dat strekt tot een betalingsverplichting inzake de heffingen voor het doorlopend toezicht als bedoeld in de Wbft, bezien. Een dergelijk wettelijk voorschrift is bijvoorbeeld van toepassing op omgevingsvergunningen als bedoeld in artikel 6.17, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening. Om voldoende effect te sorteren, zou een dergelijk nieuw te introduceren wettelijk gesteld vergunningvoorschrift met terugwerkende kracht van toepassing moeten worden verklaard op bestaande vergunninghouders, hetgeen onwenselijk wordt geacht. Ook is de mogelijkheid overwogen tot het introduceren van de bevoegdheid om de verschuldigde heffingen bij dwangbevel in te vorderen, zoals bijvoorbeeld vervat in artikel 33f, zevende lid, van de Wet op de kansspelen en artikel 50a van de Handelsregisterwet 2007. Een introductie van een dergelijke bevoegdheid wordt echter niet effectief geacht: waar een vergunninghouder niet door aanmaningen en incassoprocedure en uiteindelijk een gerechtelijke uitspraak kan worden bewogen tot het voldoen van de betalingsverplichtingen, zal een dwangbevel evenmin effect sorteren.

Voorgesteld wordt een wijziging van artikel 1:104, eerste lid, van de Wft tot het voorzien in de mogelijkheid van intrekking van een vergunning indien een onderneming niet aan de betalingsverplichting van de heffingen voor het doorlopend toezicht als bedoeld in artikel 13, eerste lid, van de Wbft wordt voldaan. Hierbij is van belang dat de voorgestelde intrekkingsgrond als "stok achter de deur" fungeert: gezien de verstrekkende consequenties van de intrekkingsgrond, zal de toezichthouder terughoudend gebruik dienen te maken van deze maatregel. Pas wanneer de toezichthouder alle acties heeft ondernomen die redelijkerwijs van haar verwacht mogen worden om de instelling tot betaling te bewegen, en deze acties geen soelaas bieden, mag de toezichthouder overgaan tot het intrekken van de vergunning. Wat redelijkerwijs verwacht mag worden, is afhankelijk van de specifieke omstandigheden per geval, maar behelst in ieder geval het doorlopen van de reguliere betaling-, aanmaning- en incassoprocedures. Ook het aanbieden van een betalingsregeling indien de instelling daarom verzoekt

⁷ Wijziging van de Wet bekostiging financieel toezicht in verband met de afschaffing van de overheidsbijdrage, de invoering van Europees banktoezicht en de bestemming van door de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank opgelegde dwangsommen en boetes, Tweede Kamer 2013-2014, 33957, nr. 2.

binnen de betaaltermijn kan hieronder worden gevat.

b. voeren van een adequate administratie van het derivatenvermogen

Dit wetsvoorstel voorziet tevens in een wijziging van de Wet op het financieel toezicht om de toezichthouders – DNB voor banken en clearinginstellingen en de AFM voor beleggingsondernemingen niet zijnde banken – in staat te stellen toezicht uit te oefenen op een adequate administratie van het derivatenvermogen. Daartoe wordt in deel 2 van de Wet op het financieel toezicht toegevoegd dat, om een vergunning te krijgen, een tussenpersoon moet aantonen te voldoen aan de eisen van het nieuwe artikel 3:33c Wft (voor banken en clearinginstellingen) respectievelijk 4:87a Wft (voor beleggingsondernemingen die geen bank zijn). Deze – inhoudelijk identieke – artikelen stellen verplicht dat een tussenpersoon zijn administratie zodanig moet inrichten dat hij aan de eisen van het tweede lid van het voorgestelde artikel 49g voldoet. Dit houdt kort gezegd in dat een tussenpersoon bij dient te houden van welke corresponderende posities de rechten en verplichtingen tot het derivatenvermogen behoren. Omdat een adequate administratie essentieel is voor de werking van deze regeling, krijgen de toezichthouders de mogelijkheid tot het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete bij overtreding van artikel 3:33c onderscheidenlijk 4:87a. Daarmee is nog niet gezegd dat het de verantwoordelijkheid van de toezichthouders is dat de administratie van een tussenpersoon te allen tijde volledig en correct is. Die verantwoordelijkheid ligt uiteraard bij de onder toezichtstaande instellingen zelf. Daarnaast wordt een onderdeel toegevoegd aan artikel 3:176 lid 5 van de Wft. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat, na het uitspreken van de noodregeling, een bank “niet kan worden genooddaakt tot nakoming van haar [...] verplichtingen die voor het uitspreken van de noodregeling zijn ontstaan.” Indien deze bepaling onverkort van kracht zou zijn, zou toepassing van de noodregeling de werking van het derivatenvermogen doorkruisen. Door uitsluiting van het derivatenvermogen voor de toepassing van de noodregeling wordt dit voorkomen.

Tot slot worden nog enkele wetstechnische aanpassingen voorgesteld: in onderdeel f van de definitie van financieel instrument in artikel 1:1 ontbreken de woorden ‘en dat’ en artikel 3:179 verwijst naar artikel 213l Fw, terwijl dit artikel inmiddels is komen te vervallen.

c. aanbieden van deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen

Dit wetsvoorstel bevat verder een wijziging voor Nederlandse beheerders van beleggingsinstellingen, die in Nederland rechten van deelneming willen aanbieden in een niet-Europese beleggingsinstelling. Ingevolge artikel 36 van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen⁸ mag een Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling alleen rechten van deelneming aanbieden in een niet-Europese beleggingsinstelling, voor zover deze beleggingsinstelling niet gevestigd is in een staat die op de lijst van niet-coöperatieve landen en gebieden van de Financial Action Task Force of diens opvolger staat en de AFM een samenwerkingsovereenkomst heeft met de toezichthoudende instantie waar de niet-Europese beleggingsinstelling is gevestigd. Deze voorwaarden worden alsnog geïmplementeerd in artikel 2:121ca Wft.

⁸ Richtlijn nr. 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) Nr. 1060/2009 en (EU) Nr. 1095/2010, PbEU 2011, L 174.

Ook wordt in artikel 4:37p Wft geregeld dat de aanvullende eisen die op grond van dit artikel gelden voor het in Nederland aanbieden van deelnemingsrechten aan niet-professionele beleggers, niet gelden voor beheerders van beleggingsinstellingen die alleen rechten van deelneming aanbieden die slechts kunnen worden verworven tegen een tegenwaarde van ten minste € 100 000 per deelnemer, of een nominale waarde per recht hebben van ten minste € 100 000. Dergelijke deelnemingsrechten zullen immers in het algemeen slechts worden gekocht door beleggers waarvan mag worden verondersteld dat zij voldoende deskundig en professioneel zijn en geen baat hebben bij en behoefte hebben aan het van toepassing zijn van de aanvullende beleggersbeschermingsbepalingen. Daarnaast worden er een aantal fouten bij de implementatie van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen⁹ gecorrigeerd.

d. afbakening betrokkenheid vrije beroepsbeoefenaren in de Wwft

De wijziging van artikel 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 12, onder d, van de Wwft die per 1 januari 2013 in werking trad,¹⁰ had het onbedoelde effect dat advocaten, notarissen en andere vrije beroepsbeoefenaren bij advies en bijstand bij bepaalde substantiële aan- of verkopen, ten onrechte niet werden gezien als instelling in de zin van de Wwft, alleen omdat bij die aan- of verkoop geen nieuwe uiteindelijk belanghebbende in beeld kwam. Met het voorgestelde nieuwe sub d in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 12 wordt dat rechtgezet. Ook wordt voorgesteld om naast aan- of verkopen ook de aandelenoverdracht expliciet te benoemen en om niet meer alleen te verwijzen naar een onderneming, maar om een uitgebreidere beschrijving te gebruiken, geënt op de beschrijving die ook in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 12, onder c wordt gebruikt: ondernemingen, vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Het al dan niet drijven van een onderneming is daardoor niet meer in alle gevallen een bepalend element. Dat is bijvoorbeeld relevant bij vastgoedvennootschappen, die vaak als belegging worden gehouden en die niet altijd zelfstandig een onderneming drijven.

e. doorberekening kosten Wwft-toezicht op kansspelaanbieders

Dit wetsvoorstel bevat ook een regeling voor de doorberekening van de kosten van het Wwft-toezicht op kansspelaanbieders. Het toezicht op naleving van de Wwft door de onder Wwft-toezicht gestelde kansspelaanbieders wordt momenteel uitgeoefend door DNB en bepaalde categorieën medewerkers van DNB. De desbetreffende kansspelaanbieders staan daarnaast ook onder toezicht van de kansspelautoriteit, die belast is met het toezicht op naleving van de Wet op de kansspelen (Wok). De regering is voornemens het Wwft-toezicht op grond van artikel 24, eerste lid, Wwft op te dragen aan de kansspelautoriteit en haar toezichthouders door wijziging van artikel 1 van het Besluit aanwijzing toezichthouders Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Daarbij zullen ook de bevoegdheden van de Minister op grond van hoofdstuk 4 Wwft door aanpassing van artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming

⁹ Wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek, de Wet op de economische delicten en enige fiscale wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) Nr. 1060/2009 en (EU) Nr. 1095/2010 (PbEU L 174) (Stb. 2013, 228).

¹⁰ Wijzigingswet financiële markten 2013 (Stb. 2012, 678).

van witwassen en financieren van terrorisme worden overgedragen aan de kansspelautoriteit en gelden de verplichtingen op grond van dat hoofdstuk jegens de Minister als verplichtingen jegens de kansspelautoriteit (artikel 31 Wwft). De kansspelautoriteit, die al is belast met het Wok-toezicht op de betrokken kansspelaanbieders, beschikt bij uitstek over de kennis en expertise van de kansspelmarkt en de ontwikkelingen daarop die voor het Wwft-toezicht van essentieel belang zijn. Daarnaast is, aangezien een van de doelstellingen van het kansspelbeleid het voorkomen van witwassen en andere vormen van criminaliteit is, sprake van een zekere overlap van de activiteiten in het kader het toezicht op naleving van de Wok en de Wwft. Toezicht op naleving van beide wetten leidt daardoor naar verwachting tot efficiencywinst en lagere kosten.

De onder Wwft-toezicht gestelde kansspelaanbieders zijn op dit moment de natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen die beroeps- of bedrijfsmatig een speelcasino in de zin van artikel 27h Wok organiseren (artikel 1, eerste lid, onderdeel a, onder 16° Wwft). Indien het voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen, de Wet op de kansspelbelasting en enkele andere wetten in verband met het organiseren van kansspelen op afstand (verder: wetsvoorstel kansspelen op afstand) tot wet wordt verheven en in werking treedt, worden hieraan toegevoegd de personen en vennootschappen die beroeps- of bedrijfsmatig kansspelen op afstand in de zin van artikel 31 Wok organiseren. De groep onder Wwft-toezicht gestelde kansspelaanbieders zal naar verwachting op termijn - met de implementatie van de vierde richtlijn tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (verder: de 4e AML-richtlijn) - verder worden uitgebreid.

Directe aanleiding voor het doorberekenen van de toezichtskosten is het voornemen, vastgelegd in het regeerakkoord 'Bruggen slaan' van 29 oktober 2012, tot afschaffing van de overheidsbijdrage voor het door de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en DNB uit te oefenen toezicht op de financiële markten. Met het voornemen van de regering om het Wwft-toezicht op onder toezichtgestelde kansspelaanbieders over te dragen van DNB aan de kansspelautoriteit is het wenselijk dat ook de kansspelautoriteit de kosten voor het Wwft-toezicht kan doorberekenen op vergelijkbare wijze als de onder Wwft-toezicht van DNB en de AFM gestelde ondernemingen.

De kosten van het Wok-toezicht worden sinds 2012 via de kansspelheffing (artikelen 33e en 33f Wok) omgeslagen over de kansspelvergunninghouders. Voorgesteld wordt ook de kosten van het Wwft-toezicht bij de onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouders in rekening te brengen. Aangezien bij kansspelen sprake is financiële transacties tussen de aanbieder en de speler bestaan er risico's van witwassen en terrorismefinanciering. Dit maakt kansspelen kwetsbaar voor misbruik door criminelen. Dit is dan ook de voornaamste reden waarom bepaalde groepen kansspelaanbieders onder het Wwft toezicht vallen. Overheidstoezicht op naleving van de Wwft door de betrokken kansspelaanbieders is noodzakelijk. De kosten daarvan zijn tot dusverre niet verdisconteerd in de productiekosten van de betrokken kansspelaanbieder en de prijs van diens risicovolle activiteiten, maar werden afgewenteld op de belastingbetaler, ongeacht of deze van het kansspelaanbod gebruik maakt. De regering acht het redelijk dat de duidelijk identificeerbare groep onder Wwft-toezicht gestelde kansspelaanbieders aan wie op grond van de Wok een vergunning is verleend voortaan evenals de financiële instellingen zelf de kosten draagt van het bestuurlijke toezicht op naleving van de Wwft. Daarbij komt dat de betrokken kansspelaanbieders ook belang hebben bij dat Wwft-toezicht. Het versterkt het

vertrouwen van de spelers in de door hen aangeboden kansspelen. Indien de legaal aangeboden kansspelen worden misbruikt voor witwassen of andere criminele activiteiten, leidt dat tot minder vraag naar die kansspelen. Dit inzicht wordt in de internationale praktijk van kansspelen op afstand breed gedragen. Veel kansspel aanbieders hebben daarom eigener beweging al passende maatregelen getroffen om witwassen en fraude te onderkennen en waar mogelijk te voorkomen. Zo beschikken kansspel aanbieders over uitgebreide detectiesystemen om ongebruikelijke transacties te monitoren.

Voorgesteld wordt bij de doorberekening van de Wwft-toezichtskosten volledig aan te sluiten bij de systematiek van de kansspelheffing waarmee de Wok-toezichtskosten reeds op de betrokken marktpartijen worden omgeslagen. Hierdoor worden onnodige administratieve lasten voor de betrokken onder Wwft-toezicht gestelde kansspel aanbieders en onnodige uitvoeringslasten voor de kansspelautoriteit voorkomen.

De grondslagen waarop de Wwft-toezichtskosten aan de onder Wwft-toezicht gestelde kansspel aanbieders in rekening worden gebracht, zijn hierdoor dezelfde als die van de kansspelheffing (artikel 33e Wok). Voor de houder van een vergunning tot het organiseren van een speelcasino gaat het hierbij om het aantal speeltafels, het aantal daaraan gekoppelde spelersterminals en het aantal kansspelautomaten. Na de inwerkingtreding van de Wet kansspelen op afstand zal het voor de houder van een vergunning tot het organiseren van kansspelen op afstand gaan om een percentage van het brutospelresultaat. Wel worden de tarieven van de kansspelheffing (artikel 33f Wok) voor de onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouders aangepast. Uit deze systematiek volgt verder dat de bestaande regelingen van de informatieverstrekking door de betrokken kansspel aanbieders, van de schatting ingeval juiste en volledige gegevens uitblijven, van de voorlopige heffing en de verrekening daarvan met de definitieve heffing (artikel 33f Wok) van toepassing zijn.

De kansspelautoriteit heeft een uitvoeringstoets uitgevoerd om de kosten voor het toezicht te berekenen. Daarbij is gekeken naar het verwacht aantal benodigde mensen, instrumenten en middelen voor uitvoering van het Wwft toezicht op landgebonden speelcasino's en voor het toezicht op aanbieders van kansspelen op afstand na inwerkingtreding van het wetsvoorstel kansspelen op afstand. Op basis hiervan is een inschatting gemaakt van de totale kosten voor het toezicht, die vervolgens zijn omgerekend naar de verschillende grondslagen.

Bij de berekening van de totale kosten voor het Wwft-toezicht op landgebonden speelcasino's is rekening gehouden met de taken die DNB (nu belast met het toezicht op naleving van de Wwft door deze sector) op dit moment uitvoert in het kader van het toezicht. De totale kosten voor het toezicht worden geschat op zo'n €30.000. Dit komt neer op €4 per speeltafel, en €3 per gekoppelde spelersterminal en per kansspelautomaat. Deze Wwft-toezichtskosten worden opgeteld bij de bedragen van de reeds bestaande kansspelheffing ter financiering van toezicht op de Wok.

Het Wwft-toezicht op aanbieders van kansspelen op afstand is nieuw, hetgeen implicaties heeft voor de totale kosten van het Wwft-toezicht. Zo zullen bijvoorbeeld risicoprofielen moeten worden ontwikkeld en zal de kansspelautoriteit meer capaciteit moeten inzetten voor generieke toezichtstaken zoals het opstellen van een leidraad ter verduidelijking van de wijze waarop die vergunninghouders

aan de Wwft kunnen voldoen.

Aan de andere kant worden de risico's op witwassen en financiering van terrorisme gemitigeerd doordat transacties vanwege het digitale karakter van kansspelen op afstand beter zijn te herleiden en het gedrag van spelers systematischer te monitoren is.

Het aantal verwachte vergunninghouders wordt op basis van een internationale vergelijking geschat op ongeveer 40 aanbieders. De kosten voor aanbieder-specifiek toezicht en handhaving nemen evenredig toe naar mate het aantal vergunninghouders toeneemt. Voor de generieke toezichtactiviteiten geldt een relatief beperkte stijging naar mate het aantal vergunninghouders toeneemt. De totale kosten voor het Wwft-toezicht op aanbieders van kansspelen op afstand wordt geschat op €560.000.

Houders van een vergunning tot het organiseren van kansspelen op afstand zullen ter bekostiging van het Wwft-toezicht, evenals dat het geval is bij de bekostiging van het toezicht op de Wok, een percentage van het brutospelresultaat (inleg minus prijzen, alsmede de vergoeding voor het geven van gelegenheid tot deelname aan kansspelen) af moeten dragen. Ter vaststelling van dit percentage is aangesloten bij een totale marktomvang van €200 miljoen.¹¹

Op grond van het bovenstaande is het percentage van het brutospelresultaat dat voor de bekostiging van het Wwft toezicht op vergunninghouders van kansspelen op afstand, vastgesteld op 0,28%. Dit percentage wordt, zoals gezegd, opgeteld bij het reeds vastgestelde percentage voor de kansspelheffing ter bekostiging van het toezicht op de Wok.

f. mogelijkheid tot aanhouden girodepots voor alle in Nederland gevestigde centrale effectenbewaarinstellingen

Met de totstandkoming van Verordening (EU) Nr. 909/2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie en betreffende centrale effectenbewaarinstellingen¹² (verordening centrale effectenbewaarinstellingen) wordt het mogelijk dat zich meerdere centrale effectenbewaarinstellingen in Nederland vestigen. Om daarop in te spelen dient de Wge zodanig te worden gewijzigd dat ieder van hen girodepots in de zin van deze wet aan kan houden. Dit komt in een aantal onderdelen tot uitdrukking door bepalingen die "het centraal instituut" wijzigen in "een centraal instituut". Verder is van de gelegenheid gebruik gemaakt om een aantal technische onjuistheden in verschillende bepalingen van de Wge te corrigeren. De verordening centrale effectenbewaarinstellingen noopt tevens tot aanpassingen van de Wft die niet in onderhavig wetsvoorstel zijn opgenomen doch in een afzonderlijk wetsvoorstel dat gelijktijdig met onderhavig wetsvoorstel in werking zal treden zodat duidelijk is tot welke wetswijzigingen de uitvoering van die verordening aanleiding geeft.

g. wijzigingen voorschriften afwikkelondernemingen

In verschillende artikelen betreffende het toezicht op afwikkelondernemingen

¹¹ H2 Gambling Capital – The impact of various gross gaming revenue taxation and levy rates on gambling in the Netherlands.

¹² Verordening (EU) Nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012 (PbEU 2014, L 257).

worden enkele technische wijzigingen aangebracht. Hierdoor sluiten de bepalingen met betrekking tot markttoetreding beter aan op de bepalingen met betrekking tot lopend toezicht. Tevens worden de voorschriften voor afwikkelondernemingen met zetel in Nederland en de voorschriften voor afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat beter op elkaar afgestemd.

h. aanpassing roulatieplicht in de Wet toezicht accountantsorganisaties

In dit wetsvoorstel wordt de roulatieplicht voor accountantsorganisaties bij wettelijke controles van organisaties van openbaar belang aangepast van acht naar tien jaar in combinatie met een afkoelingsperiode van vier jaar. Hiertoe wordt het nog niet in werking getreden artikel 68, onderdeel Ba, van de Wet op het accountantsberoep aangepast, dat een wijziging bevat van artikel 23 van de Wet toezicht accountantsorganisaties. Daarnaast wordt de termijn voor interne roulatie van de externe accountant die verantwoordelijk is voor de wettelijke controle gewijzigd naar vijf jaar, zodat op de helft van de termijn voor kantoorroulatie gewisseld wordt van verantwoordelijke externe accountant. Hiertoe wordt artikel 24 van de Wet toezicht accountantsorganisaties aangepast. Met deze wijzigingen wordt opvolging gegeven aan de motie van het lid De Vries die de regering verzoekt de termijn voor verplichte kantoorroulatie zo snel mogelijk in de Nederlandse wetgeving vast te stellen op tien jaar (in combinatie met een termijn voor partnerroulatie na vijf jaar en een afkoelingsperiode van vier jaar).¹³ Artikel 68, onderdeel Ba, van de Wet op het accountantsberoep zal in werking treden per 1 januari 2016.¹⁴ Op deze datum zal ook het in dit wetsvoorstel gewijzigde artikel 24 van de Wet toezicht accountantsorganisaties in werking treden.

§5. Administratieve lasten, nalevingskosten en toezichtlasten

a. bescherming derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen

Hieronder zal worden ingegaan op de administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten die voortvloeien uit de beschermingsregeling voor derivatenbezitters tegen het faillissement van hun tussenpersoon. De verplichtingen die voortvloeien uit deze beschermingsregeling zullen gelden voor banken, beleggingsondernemingen en clearinginstellingen die als tussenpersoon optreden bij derivatencontracten. Deze financiële instellingen zullen een deel van hun vermogen moeten afscheiden. Specifiek gaat het om dat deel van het vermogen dat uit de derivatenposities bestaat die de instelling aangaat in verband met de derivatenposities van haar cliënten (en waar zij dus niet als uiteindelijke tegenpartij optreedt). Het betreft zowel de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de positie zelf als de rechten en verplichtingen met betrekking tot de uitwisseling van onderpand. De instelling zal hiertoe een administratie moeten bijhouden waaruit blijkt welke corresponderende positie bij welke cliëntpositie behoort. Dit valt onder de noemer van inhoudelijke nalevingskosten.

Zoals eerder gezegd zullen met name banken de gevolgen van de voorliggende regeling ondervinden. Om de gevolgen voor banken adequaat in beeld te brengen, is de Dutch Advisory Committee for the Securities Industry (kortweg DACSI)

¹³ Kamerstukken II 2013-2014, 32681, nr. 5.

¹⁴ Stb. 2012, 681.

gevraagd om input te leveren. Volgens DACSI voldoen verreweg de meeste (zo niet alle) banken momenteel al aan de vereiste administratie van het derivatenvermogen. Hier treedt dus geen verandering op, waardoor er geen additionele kosten gemoeid zijn met deze verplichting en zich geen toename van de regeldruk voordoet.

De verwachting van de Association of Proprietary Traders (APT) en de Vereniging van Vermogensbeheerders en –Adviseurs (VV&A) – vertegenwoordigers van beleggingsondernemingen in Nederland – is dat beleggingsondernemingen niet geraakt zullen worden door deze regeling. Beleggingsondernemingen houden momenteel zelf namelijk niet rechtstreeks derivaten aan van hun cliënten. Een apart bewaarbedrijf treedt op als tussenpersoon in voorkomende gevallen, waarmee al via een andere weg de gewenste vermogensscheiding wordt gerealiseerd. Zoals eerder aangegeven, zijn er op dit moment geen clearinginstellingen actief met een vergunning in Nederland. Dientengevolge zijn er geen lasten voor dit type instellingen van de onderhavige regeling.

De implementatie en naleving van deze regeling zullen tot kosten voor de toezichthouder leiden. DNB en de AFM zullen uit hoofde van deze regeling moeten toezien dat tussenpersonen (banken, clearinginstellingen en beleggingsondernemingen) een adequate administratie voeren van het derivatenvermogen. De financiële consequenties van deze toezichttaak zullen conform de hiervoor geldende afspraken met de Ministeries van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden ingepast binnen het afgesproken kostenkader.

b. wijziging Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

De wijziging van artikel 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 12, onder d, van de Wwft, zal er naar verwachting toe leiden dat notarissen, advocaten en bepaalde andere vrije beroepsbeoefenaars in een aantal gevallen kwalificeren als instelling in de zin van de Wwft, waar dat eerder niet het geval was. Dit betekent dat zij mogelijk in meer gevallen cliëntenonderzoek zullen moeten doen en wellicht ook vaker ongebruikelijke transacties melden. Naar verwachting gaat het hier op het totaal van cliëntenonderzoeken en meldingen om een toename van ongeveer 1%. Het precieze aantal cliëntenonderzoeken door Wwft instellingen is niet te geven omdat Wwft instellingen geen verplichting hebben tot het bijhouden hiervan. Een zeer grove schatting is dat het in 2013 voor de bij de wijziging betrokken doelgroep ging om enkele duizenden cliëntenonderzoeken. Uit het jaaroverzicht van de Financiële inlichtingen eenheid over 2013 blijkt dat in 2013 ongeveer 350 meldingen zijn gedaan door de betrokken doelgroep. De voorgestelde wijziging zou leiden tot enkele tientallen aanvullende cliëntenonderzoeken en ongeveer 4 aanvullende meldingen. De bijbehorende toename van administratieve lasten is derhalve verwaarloosbaar.

c. wijziging Wet op de kansspelen

De doorberekening van de Wwft-toezichtskosten aan de desbetreffende kansspelvergunninghouders heeft uiteraard gevolgen voor de betrokken kansspelvergunninghouders. Deze zijn voor de betrokken kansspelvergunninghouders niet afhankelijk van de vraag of deze in Nederland of in een andere EU/EER lidstaat zijn gevestigd. Ook de grondslag, de tarieven en

procedures zijn niet afhankelijk van de vraag of sprake is van grensoverschrijdend kansspelaanbod.

De door te berekenen bedragen zijn evenals dat bij de doorberekening van het Wok-toezicht het geval is, gebaseerd op de kostprijs van het Wwft-toezicht die door de kansspelautoriteit op jaarbasis zullen worden geprognosticeerd. Deze worden zo laag mogelijk gehouden als een effectief Wwft-toezicht toestaat.

Het Wwft-toezicht is evenals het Wok-toezicht, risicogestuurd. Het vindt plaats op basis van een risicoanalyse door de kansspelautoriteit die daarbij waar mogelijk rekening houdt met gegevens die haar uit het Wok-toezicht bekend zijn geworden en met signalen van onder meer andere toezichthouders als DNB, AFM en buitenlandse kansspel- en witwastoezichthouders. Hierdoor wordt de schaarse toezichtcapaciteit gericht ingezet op die plaatsen waar de risico's het grootst zijn en kunnen de kosten voor de betrokken vergunninghouders worden beperkt. Ook de kansspelautoriteit is gebaat bij zo laag mogelijke Wwft-toezichtskosten; te hoge kosten kunnen leiden tot een zodanig ongunstige concurrentiepositie van de vergunninghouders ten opzichte van illegale kansspelaanbieders dat de exploitatie van een vergunning niet langer rendabel is, waardoor de kosten van het Wok-toezicht ter bestrijding van het illegale aanbod stijgen en ook de kanalisatie naar een veilig en betrouwbaar kansspelaanbod in gevaar komt.

Voorgesteld wordt bij de doorberekening van de Wwft-toezichtskosten volledig aan te sluiten bij de systematiek van de kansspelheffing waarmee de Wok-toezichtskosten al over de betrokken marktpartijen worden omgeslagen. De voorgestelde wijzigingen ter bekostiging van het Wwft-toezicht zijn voor de kansspelautoriteit uitvoerbaar en handhaafbaar. De aanpassing van de wet heeft geen implicaties voor de uitvoeringskosten van de kansspelautoriteit, omdat reeds kansspelheffing ter bekostiging van het toezicht op de Wok over dezelfde grondslag wordt geïnd. Het bestaande invorderingssysteem behoeft derhalve geen aanpassing. Ook levert de voorgestelde wijziging geen extra administratieve lasten voor vergunninghouders op. Zij moeten de door de Kansspelautoriteit benodigde gegevens immers reeds voor de vordering van de kansspelheffing aanleveren.

§6. Consultatie

Zoals reeds in de inleiding aangegeven, is het wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd op www.internetconsultatie.nl. In deze paragraaf worden ten aanzien van diverse wijzigingen de consultatiereacties beschreven, alsmede de wijze waarop deze al dan niet tot aanpassing van het wetsvoorstel of de toelichting hebben geleid.

a. bescherming derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen

De consultatiereacties met betrekking tot de beschermingsregeling voor derivatenbezitters waren overwegend positief. Evenwel werden er op onderdelen een aantal kritische kanttekeningen geplaatst die hebben geleid tot enige aanpassingen in de voorgestelde wetstekst. In een aantal reacties werd de vraag opgeworpen of de Wge wel de juiste plaats zou zijn voor deze regeling. Vanwege

deze reacties wordt in de memorie van toelichting extra aandacht besteed aan de keuze voor de Wge.

In de wetstekst zoals die ter consultatie is voorgelegd werd in de definitie van het begrip derivatenvermogen bepaald dat dit een afgescheiden vermogen vormt. Uit een aantal reacties bleek dat het de voorkeur geniet om dit in een aparte bepaling op te nemen. De Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde echter om juist in de definitie van het begrip “derivatenvermogen” te vermelden dat het om een afgescheiden vermogen gaat. Daarmee is dit in het ingediende wetsvoorstel gehandhaafd.

Sommige respondenten signaleerden dat de regeling geen volledige bescherming biedt aan de cliënten van tussenpersonen. Met name de vordering tot teruggave van de door cliënten gestelde zekerheden kan deels onbeschermd blijven. Deze constatering is juist, maar de keuze die bij het opstellen van de regeling is gemaakt met betrekking tot de reikwijdte van deze bescherming is bewust genomen. Verdergaande bescherming van de rechten van cliënten zou van invloed zijn op het verdienmodel van tussenpersonen en hen op een achterstand zetten ten aanzien van buitenlandse concurrenten. Evenwel zal in de toekomst in overleg met belanghebbenden nader worden beschouwd welke mogelijkheden er verder nog zijn om de rechten van cliënten te beschermen zonder dat dit ten koste gaat van de concurrentiepositie van Nederlandse financiële instellingen.

Volgens enkele reacties zou de reikwijdte van de regeling verder gaan dan beoogd: niet alleen transacties waarbij een bank of beleggingsonderneming als tussenpersoon optreedt zouden onder de regeling vallen, maar ook transacties waarbij de bank voor eigen rekening en risico een positie aangaat met een cliënt en (het risico dat voortvloeit uit) deze positie afdekt in de markt met behulp van een gelijkkluidende positie met een andere partij. Om iedere onduidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van de regeling weg te nemen is een passage toegevoegd aan de memorie van toelichting. Uit deze passage volgt dat alleen het zogenaamde intermediary risk dat een cliënt op zijn tussenpersoon loopt wordt gedekt door deze regeling.

Sommigen respondenten stelden voor om de deskundige die verantwoordelijk is voor het beheer van het derivatenvermogen al een in eerder stadium te benoemen, namelijk bij een dreigend faillissement van een tussenpersoon. Hier is evenwel vanaf gezien omdat het aankomende deel 3A van de Wft – dat de BRRD implementeert – in voldoende mogelijkheden voorziet om tijdig in te grijpen. Ook de suggestie om de deskundige een eigen bevoegdheid te verstrekken met betrekking tot het derivatenvermogen is niet overgenomen, om te voorkomen dat de curator en de deskundige in een patstelling geraken, wat ten koste zou kunnen gaan van een effectief beheer.

Ook werd voorgesteld om in de wet op te nemen dat de curator bij de rechter-commissaris om een tijdelijke opschorting kan vragen van het recht van cliënten om hun derivatenposities voortijdig te beëindigen. Het op grote schaal voortijdig beëindigen van derivatenposities zou namelijk een potentiële overdracht van het derivatenvermogen aan een andere tussenpersoon compliceren. Een tijdelijke opschorting zou echter niet goed in overeenstemming zijn te brengen met bepalingen betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten in de

Finaliteitsrichtlijn¹⁵ en artikel 3:267f van de Wft.

b. overige wijzigingen Wge

Er is één consultatiereactie ontvangen ten aanzien van overige wijzigingen van de Wge, naast de invoering van de regeling voor bescherming van derivatenbezitters tegen faillissement van tussenpersonen.

Voorgesteld werd onder meer om een nieuw soort effect naast effecten op naam en aan toonder te introduceren: een gedematerialiseerd effect. Dit voorstel is niet overgenomen omdat dit een ingrijpende aanpassing zou zijn, die buiten het bestek van deze wetwijziging valt en aangezien de toegevoegde waarde daarvan ten opzichte van de bestaande effectensoorten niet duidelijk is.

Ook is de suggestie in de Wge enkel te spreken over "levering van effecten" niet overgenomen. Opname in het Wge-systeem van effecten op naam geschiedt door levering van die effecten ter opname in een verzamel- of girodepot. Effecten aan toonder worden opgenomen in het Wge-systeem door deze middels een verzamelbewijs in bewaring te geven bij een intermediair of een centraal instituut. De verschillende wijzen van opname in het Wge-systeem vloeien voort uit het onderscheid dat het Burgerlijk Wetboek maakt tussen aandelen op naam en aandelen aan toonder (zie artikel 2:82 BW).

Daarnaast werd voorgesteld de mogelijkheden voor uitlevering van effecten uit een verzamel- of girodepot te verruimen teneinde volledige uitlevering (degitalisering) mogelijk te maken indien slechts een aandeelhouder resteert (bijvoorbeeld na een uitkoop- of uitstootprocedure). Deze suggestie is niet overgenomen, omdat verruiming van de uitlevermogelijkheden in strijd is met het uitgangspunt van volledige immobilisatie en dematerialisatie dat aan de Wge ten grondslag ligt.

Overige opmerkingen hebben aanleiding geven tot een enkele redactionele aanpassing van de voorgestelde wettekst en uitbreiding van de toelichting.

c. uitvoering aanbevelingen evaluatie Interventiewet

In de consultatiereacties zijn vragen gesteld over het voorstel om DNB de bevoegdheid te geven in te grijpen ten aanzien van de moedermaatschappij van een verzekeraar. Een aantal van deze vragen had betrekking op het voorgestelde criterium om bij een moedermaatschappij te kunnen ingrijpen. Naar aanleiding hiervan is het criterium zodanig aangepast dat de technische voorzieningen hier geen onderdeel meer van uitmaken, omdat een moedermaatschappij geen technische voorzieningen heeft. Anders dan in een consultatiereactie gesuggereerd werd, conflicteert de voorgestelde bevoegdheid niet met de bevoegdheid van DNB om een onder voorwaarden door haar verleende verklaring van geen bezwaar te wijzigen of in te trekken als niet meer aan de voorwaarden wordt voldaan. Deze bevoegdheden kunnen naast elkaar bestaan en het zal aan DNB zijn om in het specifieke geval te beslissen welk ingrijpen het meest geëigend is. Voor wat betreft de terminologie van het criterium is zo veel als mogelijk aangesloten bij de terminologie van de BRRD. Met de frase 'afwikkeling van de verzekeraar of de groep' in artikel 3:159c, tweede lid, onder b, Wft en in artikel

¹⁵ 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.

213ar, eerste lid, onder b, Fw wordt het brede scala van afwikkeling van enkel de verzekeraar, afwikkeling van de verzekeraar en diens moedermaatschappij, of het afwenden van de bedreiging voor de groep als geheel bedoeld. Het zal echter afhangen van de omstandigheden van het geval wat dit in de praktijk betekent. Voorgesteld wordt dat, onder voorwaarden, DNB eerder dan thans het geval is het faillissement van een moedermaatschappij van een verzekeraar kan verzoeken, namelijk in een gelijksoortige situatie als bij een verzekeraar. De redenen hiervoor zijn: 1. voorkomen dat nog niet ten aanzien van de moedermaatschappij kan worden ingegrepen, terwijl dat wel nodig is voor de afwikkeling, 2. voorkomen dat een separaat faillissementsverzoek moet worden ingediend, en 3. voorkomen dat door een reguliere faillissementsaanvraag de voorbereiding van een overdrachtsplan wordt doorkruist. In dit kader zij opgemerkt dat het mogelijk is dat DNB wél het faillissement van de moedermaatschappij aanvraagt, maar niet dat van de verzekeringsdochter. De afwikkeling van de verzekeringsdochter leidt namelijk niet noodzakelijkerwijs tot het faillissement van de dochter (bijv. bij een overdracht van de aandelen uitgegeven door de dochter).

Daarnaast is een aantal vragen gesteld over de wijze waarop DNB kan ingrijpen ten aanzien van een moedermaatschappij van een verzekeraar. DNB kan de overdrachtsregeling toepassen ten aanzien van de directe of indirecte moeder van een verzekeraar, mits aan het criterium wordt voldaan. Het zal de verantwoordelijkheid van DNB zijn om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, te beoordelen op welk niveau ingrijpen nodig is voor de afwikkeling. Bij de inzet van haar bevoegdheden dient DNB te voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel, waardoor DNB niet verder zal ingrijpen dan nodig is. Het is niet uitgesloten dat een kandidaat-overnemer van de aandelen uitgegeven door een moedermaatschappij van een verzekeraar een indirect belang krijgt in een in een ander land gevestigde bank of verzekeraar. De toezichthouder op deze buitenlandse bank of verzekeraar zal dan meestal, net als bij een reguliere overname, de geschiktheid van de kandidaat-overnemer en de financiële soliditeit van de voorgenomen overdracht moeten beoordelen. DNB zal bij het opstellen van een overdrachtsplan zelf ook de geschiktheid van de kandidaat-overnemer toetsen. Het ligt daarom in de rede dat DNB, ingeval de kandidaat-overnemer een indirect belang zal krijgen in een buitenlandse bank of verzekeraar, contact heeft met de desbetreffende toezichthouder over diens beoordeling van de kandidaat-overnemer.

Tevens is tijdens de consultatieperiode een vraag gesteld over het voorstel om de Minister van Financiën de bevoegdheid te geven ook vorderingsrechten die derden hebben op een probleeminstelling te onteigenen. De reikwijdte van de onteigeningsbevoegdheid wordt door het onderhavige wetsvoorstel niet uitgebreid. Deel 6 van de Wft maakt het namelijk reeds mogelijk de gehele passivazijde van een financiële onderneming in een onteigening te betrekken. De voorgestelde wijziging voorziet er slechts in dat de vorderingsrechten die derden hebben op de probleeminstelling (die anders slechts als passief vermogensbestanddeel van de probleeminstelling zouden kunnen worden onteigend) in de toekomst op dezelfde wijze kunnen worden onteigend als effecten. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de onteigening van de onderhandse leningen, die in het geval van de nationalisatie van SNS niet rechtstreeks konden worden onteigend.

d. aanbieden van deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen

Er is één consultatiereactie ontvangen ten aanzien van de aanpassing van artikel 2:67 Wft. Aangegeven is dat de voorgestelde bepaling tot verwarring leidt omdat beheerders al een vergunning kunnen hebben voor het beheren en aanbieden van beleggingsinstellingen. Naar aanleiding hiervan zijn de betreffende voorwaarden verplaatst naar een nieuw artikel 2:121ca, aangezien de voorwaarden dienen te gelden voor iedere niet-Europese beleggingsinstelling waarin de Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling voornemens is rechten van deelneming aan te bieden. Ook is de vraag gesteld of de reikwijdte van het nieuwe lid niet beperkt zou moeten worden tot het aanbieden van rechten van deelneming aan professionele beleggers. Dit is niet het geval. Het is immers ook mogelijk aan niet-professionele beleggers aan te bieden, in dat geval zal de beheerder wel dienen te voldoen aan de aanvullende vereisten die ingevolge artikel 4:37p Wft gelden.

e. aanwijzing bij waarschijnlijk niet voldoen aan eisen geschiktheid of betrouwbaarheid

In de consultatieversie van dit wetsvoorstel was ook een aanwijzingsbevoegdheid tot schorsing van beleidsbepalers en commissarissen opgenomen. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is besloten om de wenselijkheid en eventuele wettelijke vormgeving van een dergelijke bevoegdheid te heroverwegen. De voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid maakt daarom geen deel meer uit van dit wetsvoorstel. Om die reden zullen ook de consultatiereacties met betrekking tot dat voorstel thans niet worden besproken. Hetzelfde geldt voor het in de consultatieversie opgenomen voorstel tot aanvulling van de Wwft met een hoofdstuk over ongebruikelijk vervoer van liquide middelen, edele metalen of edelstenen. Ook dat onderdeel uit de consultatieversie van het wetsvoorstel is niet in het voorliggende wetsvoorstel overgenomen.

ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

A

Met dit onderdeel worden drie definities in artikel 1:1 gewijzigd. Allereerst de definitie van 'afwikkeldiensten'. Na de invoering van wettelijk toezicht op afwikkelondernemingen is er in de praktijk een discussie ontstaan over de vraag wat er valt onder onderdeel a van de definitie van "afwikkeldiensten", dus onder het "doorzenden (...) van verzoeken die betrekking hebben op de goedkeuring van betaalopdrachten". In het bijzonder is in de praktijk de vraag gerezen of daaronder ook valt het loutere doorzenden van betaalopdrachten, zonder dat daarbij de behoefte bestaat om onmiddellijk een bevestiging van de betaalinstelling te ontvangen dat de transactie zal worden verwerkt. Het is niet de bedoeling dat ook deze diensten onder de vergunningplicht vallen; het niet-beschikbaar zijn van deze diensten leidt niet tot maatschappelijke ontwrichting. De definitie is aangepast zodat duidelijk is dat deze diensten niet daaronder vallen.

Verder wordt de definitie van 'financieel instrument' gewijzigd: in onderdeel f van

de definitie van 'financieel instrument' worden de woorden 'en dat' toegevoegd.

Tot slot heeft artikel 1:1 aanpassing omdat bij de implementatie van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen een nieuwe inhoud gegeven is aan de begrippen beleggingsinstelling en icbe. Waar vóór deze implementatie het begrip beleggingsinstelling betrekking had op zowel niet-icbe-beleggingsinstellingen als icbe's, zijn deze begrippen bij de implementatie gesplitst. De definitie van in aanmerking komende tegenpartij was echter nog niet aangepast aan deze nieuwe inhoud. Dit wordt hierbij alsnog gedaan door het begrip icbe toe te voegen aan onderdeel d van de definitie.

B

Artikel 1:104, eerste lid, van de Wft voorziet in gronden op basis waarvan de vergunninghouder over kan gaan tot het wijzigen, intrekken of beperken van de door hem verleende vergunning. Aan de opsomming wordt een onderdeel m toegevoegd, dat voorziet in een intrekkinggrond in het geval dat een onder toezichtstaande onderneming niet voldoet aan de verplichting tot het betalen van de heffingen voor de kosten van het doorlopende toezicht zoals bedoeld in artikel 13, eerste lid, van de Wbft.

C

Op grond van artikel 107, tweede lid, onderdeel a, subonderdeel 8, van de Wft moet de AFM, in het openbaar register bij de beheerders van beleggingsinstellingen of icbe's waaraan zij een vergunning heeft verleend, ook de namen van de financiële ondernemingen (in de praktijk beleggingsinstellingen of icbe's) vermelden die door die beheerders worden beheerd, ook als die ondernemingen geen vergunning in Nederland hebben. Met deze wijziging van subonderdeel 8 wordt bereikt dat ook alle bewaarders die door een vergunninghoudende beheerder worden aangesteld bij die beheerder moeten worden vermeld.

D

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen. In onderdeel g is abusievelijk verwezen naar artikel 3:21, dat bepaalt dat het dagelijks beleid van een in Nederland gelegen bijkantoor van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is moet worden bepaald door ten minste twee personen. Aangezien artikel 3:21 betrekking heeft op afwikkelondernemingen met zetel in Nederland, is deze vergunningeis niet aan de orde ten aanzien van afwikkelondernemingen met zetel in Nederland. De inhoud van het huidige onderdeel g vervalt.

Voorts is in artikel 2:3.0d ten onrechte niet als vergunningeis gesteld dat de afwikkelonderneming zal voldoen aan solvabiliteitseisen. Deze vergunningeis wordt toegevoegd, en genoemd in het onderdeel g dat is opengevallen door het vervallen van de verwijzing naar artikel 3:21.

E

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen. In onderdeel a wordt door middel van een verwijzing naar artikel 3:8 als vergunningeis gesteld dat het dagelijks beleid van een afwikkelonderneming wordt bepaald door personen die

geschikt zijn. In artikel 3:13 wordt artikel 3:8 van overeenkomstige toepassing verklaard op het in Nederland gelegen bijkantoor van een afwikkelonderneming met zetel in een niet-aangewezen staat. In artikel 2:3.0i wordt echter slechts verwezen naar de personen in artikel 3:8, zodat deze vergunningeis ten onrechte niet geldt ten aanzien van de personen die het dagelijks beleid van het in Nederland gelegen bijkantoor bepalen. Bedoelde eis wordt thans uitgebreid tot de laatstgenoemde categorie.

Hetgeen met betrekking tot onderdeel a is opgemerkt, geldt mutatis mutandis voor onderdeel b, met betrekking tot de betrouwbaarheid van personen die het beleid van een afwikkelonderneming bepalen.

In onderdeel c wordt verduidelijkt dat de vergunningeis met betrekking tot integrale bedrijfsuitvoering geldt voor zowel afwikkelondernemingen als geheel als voor hun in Nederland gelegen bijkantoren.

In de onderdelen d en e (nieuw) zijn de voorschriften met betrekking tot het minimum aantal personen dat het dagelijks beleid van de afwikkelonderneming en de zeggenschapsstructuur opgenomen. Deze eisen gelden ook in het lopend toezicht maar waren ten onrechte niet tevens opgenomen in het kader van de markttoetreding. Met betrekking tot het voorschrift betreffende het minimum aantal personen die het dagelijks beleid bepalen, wordt erop gewezen dat in dit onderdeel dit voorschrift wordt gegeven voor afwikkelondernemingen als geheel en in onderdeel g voor hun in Nederland gelegen bijkantoren. De bepaling voor het lopende toezicht inzake het minimum aantal personen dat het dagelijks beleid van het bijkantoor bepaalt is verplaatst van artikel 3:21 naar artikel 3:24aa. Daarom wordt in onderdeel g niet langer verwezen naar artikel 3:21 maar naar artikel 3:24aa.

In onderdeel h is als vergunningvereiste inzake de solvabiliteit opgenomen. Tijdens het lopend toezicht zijn reeds solvabiliteitseisen voorgeschreven; ten onrechte was dit niet als een voorschrift in het kader van de markttoetreding opgenomen.

F

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen. In onderdeel g is abusievelijk verwezen naar artikel 3:21, dat bepaalt dat het dagelijks beleid van een in Nederland gelegen bijkantoor van een bank met zetel in een staat die geen lidstaat is moet worden bepaald door ten minste twee personen. Aangezien artikel 3:21 betrekking heeft op afwikkelondernemingen met zetel in Nederland, is deze vergunningeis niet aan de orde ten aanzien van afwikkelondernemingen die hun bedrijf uitoefenen door middel van dienstverrichting naar Nederland. De inhoud van het huidige onderdeel g vervalt.

Voorts wordt ten onrechte niet als vergunningeis gesteld dat de afwikkelonderneming zal voldoen aan solvabiliteitseisen. Deze vergunningeis wordt toegevoegd, en genoemd in het onderdeel g dat is opengevallen door het vervallen van de verwijzing naar artikel 3:21.

G, H en J

In deze onderdelen wordt toegevoegd dat een tussenpersoon moet aantonen te

voldoen aan de eisen van het nieuwe artikel 3:33c (banken en clearinginstellingen) of van het nieuwe artikel 4:87a (voor beleggingsondernemingen, niet zijnde banken) om een vergunning te krijgen. Deze nieuwe artikelen stellen verplicht dat een tussenpersoon zijn administratie zo moet inrichten dat hij aan de eisen van het tweede lid van het voorgestelde artikel 49g Wge voldoet. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar paragraaf 4, onderdeel b van het algemeen deel.

I

Op dit moment is artikel 6, tweede en derde lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten¹⁶ geïmplementeerd in de artikelen 4:59, tweede lid, en 4:60, derde lid. Echter artikel 6, derde lid, is slechts deels geïmplementeerd. Artikel 6, tweede en derde lid, regelt welke activiteiten een beheerder van een icbe mag verrichten. Voorgesteld wordt om aan te sluiten bij artikel 2:67a waarin is opgenomen welke activiteiten (en onder welke voorwaarden) een beheerder van een beleggingsinstelling mag verrichten. In artikel 2:69c wordt artikel 6, tweede en derde lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten nu volledig geïmplementeerd. De hoofdregel wordt opgenomen in artikel 2:69c, eerste lid. Op basis daarvan mag een beheerder alleen beleggingsinstellingen en icbe's beheren. Een maatschappij voor collectieve belegging in effecten mag als enig toegestane activiteit de icbe beheren.

In artikel 2:69c, tweede lid, wordt bepaald dat het een beheerder ook is toegestaan andere activiteiten te verrichten of bepaalde beleggingsdiensten te verlenen. De vergunninghoudende beheerder heeft voor het verlenen van deze beleggingsdiensten geen vergunning als bedoeld in artikel 2:96 van de Wft nodig. Wel is het nodig dat de vergunning op grond van artikel 2:69b van de Wft expliciet toestaat dat ook bepaalde beleggingsdiensten worden verleend. Uiteraard wordt deze toevoeging aan de vergunning alleen verstrekt als de beheerder ook daadwerkelijk voornemens is de beleggingsdiensten te verlenen. De wet- en regelgeving met betrekking tot het verlenen van beleggingsdiensten is onverkort van toepassing op het verlenen van de in artikel 2:69c, tweede lid, bedoelde beleggingsdiensten door een beheerder.

Op grond van het derde lid, onderdeel a, kan een beheerder van een icbe niet uitsluitend de activiteiten verrichten of diensten verlenen als bedoeld in het tweede lid. De beheerder moet derhalve ook deelnemingsrechten aanbieden of beheren. Bovendien is het op grond van het derde lid, onderdeel b, niet toegestaan om alleen de diensten, bedoeld in het tweede lid, onderdeel b of c, te verlenen zonder tevens de diensten onder onderdeel a te verlenen. Dit volgt uit artikel 6, derde lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten en was abusievelijk nog niet geïmplementeerd.

K

Er wordt een nieuw artikel 2:121ca ingevoegd ter implementatie van artikel 36, eerste lid, onderdelen b en c, van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen. Dit artikel was tot op heden enkel geïmplementeerd in het

¹⁶ Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) (PbEU 2009, 302).

regime aangewezen staten ingevolge artikel 2:66 Wft en artikel 34 Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft, waarin voorwaarden zijn opgenomen ten aanzien van de staten waarin de beheerders van beleggingsinstellingen gevestigd zijn. Ingevolge artikel 36, eerste lid, onderdelen b en c, van de richtlijn dienen echter ook voorwaarden gesteld te worden ten aanzien van de staten waarin niet-Europese beleggingsinstellingen gevestigd zijn.

Een Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling mag enkel rechten van deelneming in een niet-Europese beleggingsinstelling aanbieden als de betreffende beleggingsinstelling gevestigd is in een staat die niet op de lijst van niet-coöperatieve landen en gebieden van de Financial Action Task Force of diens opvolger staat en de AFM een samenwerkingsovereenkomst heeft met de toezichthoudende instantie van de staat waar de niet-Europese beleggingsinstelling is gevestigd die ten minste een efficiënte informatie-uitwisseling waarborgt en die de Autoriteit Financiële Markten in staat stelt haar toezichthoudende taken op grond van de Wft uit te voeren. De betreffende voorwaarden worden hierbij alsnog geïmplementeerd. Ten aanzien van deze samenwerkingsovereenkomsten kunnen ingevolge het tweede lid regels gesteld worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

Artikel 2:121ca is van toepassing op zowel aanbieden aan professionele beleggers als op aanbieden aan niet-professionele beleggers. Artikel 36, eerste lid, onderdelen b en c, van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen is beperkt tot alleen aanbieden aan professionele beleggers. Bij de implementatie van deze richtlijn is er echter voor gekozen in de Wft de normen uit de richtlijn ook van toepassing te verklaren op aanbieden aan niet-professionele beleggers. Ook bij deze implementatie van artikel 36 van genoemde richtlijn is deze keuze daarom gemaakt. Volledigheidshalve wordt wel opgemerkt dat bij aanbieden aan niet-professionele beleggers eveneens moet worden voldaan aan de normen die krachtens artikel 4:37p van de Wft worden gesteld.

L en M

Deze wijzigingen hebben betrekking op afwikkelondernemingen. Met betrekking tot het toepassingsbereik van de voorschriften inzake geschiktheid van de dagelijkse beleidsbepalers wordt aangesloten bij de regeling inzake clearinginstellingen. Deze voorschriften worden van toepassing op het bijkantoor maar niet op de afwikkelingsonderneming als geheel. Het voorschrift inzake de integere bedrijfsvoering wordt van toepassing op de afwikkelingsondernemingen als geheel en niet op hun bijkantoren omdat dat het weinig zin heeft de bedrijfsvoering van het bijkantoor te beoordelen zonder daarbij de bedrijfsvoering van de afwikkelingsonderneming als geheel te betrekken.

N

Artikel 3:24.0b heeft betrekking op afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat, maar is thans nog opgenomen in de paragraaf die betrekking heeft op financiële ondernemingen met zetel in een aangewezen staat. De inhoud van artikel 3:24.0b wordt daarom verplaatst naar een nieuw artikel, genummerd artikel 3:24aa, eerste lid, dat deel uitmaakt van een paragraaf die betrekking heeft op financiële ondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat.

O

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen.

Op grond van artikel 3:24aa geldt het voorschrift dat ten minste twee natuurlijke personen het dagelijkse beleid bepalen ook voor afwikkelondernemingen zelf met zetel in een niet-aangewezen staat die hun bedrijf uitoefenen door middel van het verrichten van diensten naar Nederland en voor hun in Nederland gelegen bijkantoren. Het voorschrift dat de personen die het dagelijks beleid bepalen, dit vanuit Nederland moeten doen, geldt uiteraard niet voor afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Dat heeft ertoe geleid dat artikel 3:24aa is onderverdeeld in twee leden. Voorts is in dit artikel bepaald dat artikel 3:16, dat kortweg bepaald dat de zeggenschapsstructuur waarmee personen zijn verbonden geen belemmering mag vormen voor het toezicht, van toepassing wordt op zowel afwikkelondernemingen zelf met zetel in een niet-aangewezen staat als op hun in Nederland gelegen bijkantoren.

P

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen. De artikelen 3:17 en 3:18, die betrekking hebben op een beheerste en integere bedrijfsuitoefening onderscheidenlijk uitbesteding, gelden thans niet voor afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat maar wel in het kader van de markttoetreding. Dit wordt thans rechtgezet door deze artikelen ook van toepassing te laten zijn tijdens het lopend toezicht.

Q

Dit onderdeel voorziet in de verplichting voor een tussenpersoon om zorg te dragen voor een adequate administratie. Tevens wordt in dit onderdeel geregeld op welke wijze een adequate administratie dient te worden gevoerd. Voor een toelichting zij verwezen naar paragraaf 4, onderdeel b, van het algemeen deel.

R

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen. In het huidige artikel 3:49 wordt artikel 3:29, met betrekking tot de verplichting kennis te geven van wijzigingen, van overeenkomstige toepassing verklaard op onder andere afwikkelondernemingen met zetel in Nederland. Ten onrechte wordt in artikel 3:49 niet verwezen naar afwikkelondernemingen met zetel in niet-aangewezen staten. Dat wordt thans geredresseerd.

S

Deze wijziging heeft betrekking op afwikkelondernemingen. Artikel 3:61 wordt zodanig aangepast dat artikel 3:57, met betrekking tot solvabiliteit, ook op afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

T

Artikel 3:73b heeft betrekking op het effectief verlenen van diensten door een afwikkelonderneming. Verduidelijkt wordt dat het afwikkelondernemingen betreft die hun zetel in Nederland hebben.

U

Het invoegen van artikel 3:84a heeft betrekking op afwikkelondernemingen. De artikelen 3:71, 3:72, 3:73a en 3:73b hebben betrekking op de verstrekking van de jaarrekening en het jaarverslag onderscheidenlijk staten, op het melden van gebeurtenissen die de ordelijke uitoefening van het bedrijf van afwikkelonderneming bedreigen en op het effectief verlenen van afwikkeldiensten. Deze artikelen waren ten onrechte niet van overeenkomstige toepassing verklaard op afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat, noch op hun in Nederland gelegen bijkantoren. Deze ommissie wordt thans geredresseerd.

V

De wijziging van artikel 3:86 heeft betrekking op afwikkelondernemingen en houdt verband met het invoegen van artikel 3:84a, zoals is toegelicht in onderdeel M. In artikel 3:86 is bepaald dat artikel 3:72 van overeenkomstige toepassing is op onder andere afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Dit resultaat wordt echter al bereikt door het invoegen van artikel 3:84a. De verwijzing naar afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat dient daarom in artikel 3:86 vervallen.

W

Het vervallen van artikel 3:87b, het enige artikel van paragraaf 3.3.9.5, heeft betrekking op afwikkelondernemingen en houdt verband met het invoegen van artikel 3:84a. In artikel 3:87b wordt nu nog bepaald dat de artikelen 3:73a en 3:73b van overeenkomstige toepassing zijn op in Nederland gelegen bijkantoren van afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat en op afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat. Met betrekking tot afwikkelondernemingen met zetel in een andere staat wordt dit resultaat echter al bereikt door het invoegen van artikel 3:84a terwijl dit resultaat ongewenst is met betrekking tot de bijkantoren van die afwikkelondernemingen. Artikel 3:87b dient daarom te vervallen.

X

Artikel 3:95 betreft de verklaring van geen bezwaar. Door middel van de wijziging van het eerste lid, onderdeel a, wordt verduidelijkt dat het afwikkelondernemingen betreft die hun zetel in Nederland hebben.

Y

Het moeten aantonen dat aan de eisen van het nieuwe artikel 4:87a wordt voldaan, geldt mutatis mutandis ook voor het verkrijgen van een verklaring van ondertoezichtstelling. Dit onderdeel voorziet in de daartoe benodigde wijziging van artikel 3:110.

Z

Voor banken die bij een centrale kredietinstelling zijn aangesloten kan DNB besluiten dat een aantal vergunningsvereisten buiten toepassing blijft. Het ligt in de rede dat op centraal niveau wordt voldaan aan het vereiste van het voeren van een adequate administratie van het derivatenvermogen. Dit onderdeel maakt het

daarom mogelijk dat DNB ook het vereiste van artikel 4:87a buiten toepassing kan laten voor individuele banken die bij een centrale kredietinstelling zijn aangesloten.

AA

Dit onderdeel regelt dat onder probleeminstelling tevens wordt verstaan de moedermaatschappij van een verzekeraar ten aanzien waarvan de overdrachtsregeling kan worden toegepast.

BB

Het thans geldende artikel 3:159b bepaalt dat afdeling 3.5.4A van toepassing is op een bank of verzekeraar met zetel in Nederland, ongeacht het recht dat van toepassing is op de onderneming. Dit onderdeel wijzigt artikel 3:159b van de Wft zodat afdeling 3.5.4A ook van toepassing is op een moedermaatschappij met zetel in Nederland van een verzekeraar met zetel in Nederland.

CC

Het tweede lid bepaalt dat DNB, indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, een overdrachtsplan kan voorbereiden met betrekking tot een moedermaatschappij van een verzekeraar. De BRRD, die van toepassing is op kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen, bepaalt onder welke voorwaarden het afwikkelingsinstrumentarium uit die richtlijn mag worden toegepast ten aanzien van holdings van deze kredietinstellingen en beleggingsondernemingen. Het is wenselijk om de systematiek waaronder kan worden ingegrepen op het niveau van een moedermaatschappij voor alle typen financiële ondernemingen zoveel mogelijk consistent te houden. Daarom is bij de bepaling van de voorwaarden waaronder een overdrachtsplan kan worden voorbereid ten aanzien van een moedermaatschappij van een verzekeraar zoveel mogelijk aangesloten bij de systematiek uit de BRRD¹⁷. Deze systematiek houdt in dat de moedermaatschappij van een verzekeraar in dezelfde soort financiële problemen verkeert als de verzekeringsdochter of dat de situatie van de verzekeringsdochter een bedreiging vormt voor de groep.

De eerste voorwaarde is dat de dochtermaatschappij van de moedermaatschappij een verzekeraar is die voldoet aan het criterium voor het toepassen van de overdrachtsregeling. Dit betekent dat er ten aanzien van de verzekeringsdochter tekenen dienen te zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit, de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen. De tweede voorwaarde is dat óf ten aanzien van de moedermaatschappij tekenen zijn van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit óf de situatie waarin de verzekeringsdochter verkeert een bedreiging vormt voor de groep. Aangezien een moedermaatschappij van een verzekeraar geen technische voorzieningen heeft, vormen de technische voorzieningen geen onderdeel van het criterium voor ingrijpen op het niveau van de moedermaatschappij. De derde voorwaarde is dat een overdracht van activa of passiva van de moedermaatschappij of door de moedermaatschappij uitgegeven aandelen nodig moet zijn voor de afwikkeling van haar verzekeringsdochter of de groep als geheel.

¹⁷ Vgl. artikel 33, tweede en vierde lid, van de BRRD.

De Wft bepaalt welke soorten overdrachtsplannen er zijn. Met betrekking tot verzekeraars wordt reeds de overdracht van activa of passiva genoemd. Het voornoemde gaat in het vervolg ook gelden ten aanzien van de moedermaatschappij van een verzekeraar.

DD tot en met JJ en NN

De voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte van de overdrachtsregeling naar moedermaatschappijen van verzekeraars werkt door in enige andere artikelen in afdeling 3.5.4A van de Wft. Dit is het artikel dat het hoorrecht voor aandeelhouders regelt (3:159w), het artikel dat bepaalt waartegen de probleeminstelling zich kan verweren (3:159x) en het artikel dat ziet op de rechterlijke toetsing (3:159ij).

De Interventiewet bevat een regeling met betrekking tot de zogeheten trigger events. Uitgangspunt is dat een gebeurtenis geen grond oplevert voor de opschorting of beëindiging van een rechtshandeling of het verlangen van al dan niet vroegtijdige nakoming van daaruit voortvloeiende verplichtingen. De voorbereiding van een overdrachtsplan ten aanzien van de moedermaatschappij van een verzekeraar wordt toegevoegd aan de opsomming van hetgeen onder "gebeurtenis" moet worden verstaan (artikel 3:267e). Ten overvloede wordt opgemerkt dat de moedermaatschappijen van verzekeraars reeds vallen onder de formulering "of tot dezelfde groep behorende onderneming". De artikelen 3:267d, 3:267f en 3:267g hoeven daarom niet te worden aangepast.

De artikelen 3:159ag, 3:161, 3:162c en 3:174b worden technisch aangepast in verband met de vernummering van de leden van artikel 3:159c.

KK

Met dit onderdeel wordt geregeld dat het derivatenvermogen voor de toepassing van de noodregeling wordt voorkomen. Een nadere toelichting is opgenomen in paragraaf 2 en onderdeel b van paragraaf 4.

LL en MM

Deze wijzigingen hebben betrekking op afwikkelondernemingen. In een nieuw artikel 3:267.0b wordt de bepaling dat activa moeten worden aangehouden op basis van een prudent beleggingsbeleid wordt van overeenkomstige toepassing verklaard op afwikkelondernemingen met zetel in een niet-aangewezen staat. Conform de structuur van de Wft zijn de artikelen 3:267.0a en 3:267.0b in twee aparte paragrafen opgenomen.

OO

In artikel 4:37f, derde lid, Wft staat vermeld dat bij algemene maatregel van bestuur onder meer regels gesteld kunnen worden ten aanzien van de taken van de beheerder. Het is echter de bedoeling dat regels gesteld kunnen worden ten aanzien van het eerste lid, derhalve ten aanzien van de taken van de bewaarder. Dit blijkt ook uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen, waarin ten aanzien van artikel 4:37f, derde lid, is aangegeven dat in de nieuwe bepalingen in het Bgfo ook de taken van de bewaarder, zoals opgenomen in artikel 21, zevende,

achtste en negende lid, van de richtlijn worden uitgewerkt. Dit wordt dienovereenkomstig aangepast.

PP

In artikel 4:37g Wft is artikel 21, dertiende en veertiende lid, van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen geïmplementeerd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van deze richtlijn is ten aanzien van artikel 4:37g reeds aangegeven dat de bewaarder aansprakelijk is ten opzichte van degene voor wie hij bewaart, dat zijn dus de beleggingsinstelling en de deelnemers. In de aanhef van 4:37g is echter aangegeven onder welke voorwaarden aansprakelijkheid jegens de beleggingsinstelling of de beheerder kan worden uitgesloten. Door de onderhavige wijziging wordt alsnog geregeld dat het hier uitsluiting van aansprakelijkheid jegens de beleggingsinstelling en de deelnemers betreft. Overigens kan de beheerder wel namens de beleggingsinstelling en de deelnemers de bewaarder aansprakelijk stellen.

QQ

In het nieuwe eerste lid van artikel 4:37p wordt geregeld dat de aanvullende regels voor het aanbieden van rechten van deelneming in Nederland aan niet-professionele beleggers niet gelden voor beheerders van beleggingsinstellingen die alleen rechten van deelneming aanbieden die slechts kunnen worden verworven tegen een tegenwaarde van ten minste € 100 000 per deelnemer, of een nominale waarde per recht hebben van ten minste € 100 000. De reden hiervoor is dat rechten van deelneming waarvan de economische tegenwaarde per recht ten minste € 100 000 bedraagt of waarvan de nominale waarde per recht van deelneming ten minste € 100 000 bedraagt in het algemeen slechts zullen worden gekocht door beleggers waarvan mag worden verondersteld dat zij voldoende deskundig en professioneel zijn en geen baat hebben bij en behoefte hebben aan het van toepassing zijn van de aanvullende beleggersbeschermingsbepalingen die uit hoofde van artikel 4:37p, eerste lid, Wft zijn gesteld. Om dezelfde redenen zijn bijvoorbeeld uitzonderingen opgenomen in de artikelen 2:66a, eerste lid, subonderdeel b, Wft en 5:3, eerste lid, subonderdelen c en d, Wft.

RR

Artikel 4:59, tweede lid, komt te vervallen. In artikel 4:59, tweede lid, zijn de activiteiten opgenomen die een beheerder van een icbe kan verrichten. Echter de richtlijn instellingen voor collectieve belegging in effecten stelt een aantal voorwaarden aan het verrichten van deze activiteiten. Deze voorwaarden zijn abusievelijk niet opgenomen in artikel 4:59, tweede lid. Daarom zou artikel 4:59 moeten worden aangepast. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de inhoud van artikel 4:59, tweede lid, op te nemen in een nieuw artikel 2:69c in paragraaf 2.2.7.1.a betreffende de vergunningplicht voor beheerders van icbe's aangezien de activiteiten die een beheerder kan verrichten samenhangen met de vergunningplicht. Vergelijk artikel 2:67a dat bepaalt welke activiteiten een beheerder van een beleggingsinstelling kan verrichten.

SS

De beperking van de werkzaamheden van een maatschappij voor collectieve belegging in effecten die geen aparte beheerder heeft, wordt opgenomen in artikel 2:69c, eerste lid. Daarom kan artikel 4:60, derde lid, vervallen.

TT

Dit onderdeel voorziet in de verplichting voor een tussenpersoon om zorg te dragen voor een adequate administratie. Tevens wordt in dit onderdeel geregeld op welke wijze een adequate administratie dient te worden gevoerd. Voor een toelichting zij verwezen naar paragraaf 4, onderdeel b, van het algemeen deel.

UU

Artikel 5:29, eerste lid, bevat de geschiktheidstoetsing van degenen die het dagelijks beleid bepalen van de marktexploitant. De AFM toetst deze geschiktheid. Aan artikel 5:29 wordt toegevoegd dat wanneer een marktexploitant beschikt over een orgaan dat belast is met het toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de marktexploitant, de leden van dit orgaan tevens geschikt moeten zijn. Dit orgaan zal doorgaans een raad van commissarissen zijn, maar het kan bijvoorbeeld ook een raad van toezicht betreffen.

VV

Aan artikel 5:30 wordt een lid toegevoegd zodat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur onder andere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de minimumomvang en samenstelling van het eigen vermogen en de solvabiliteit.

WW

De verordening ratingbureaus bepaalt dat elke lidstaat een toezichthouder aan dient te wijzen die toezicht houdt op de naleving van de verordening ratingbureaus.¹⁸ Door de verwijzing in artikel 5:89, eerste lid naar artikel 22 van de verordening ratingbureaus kunnen alleen tot 7 juni 2010 toezichthouders worden aangewezen die toezicht houden op de naleving van de verordening ratingbureaus. Aangezien het ook in de toekomst mogelijk moet zijn om toezichthouders aan te wijzen, wordt voorgesteld om artikel 5:89 los te koppelen van artikel 22 van de verordening.

XX

In dit onderdeel wordt artikel 6:2, dat de onteigeningsbevoegdheid voor de Minister van Financiën regelt, aangepast. Zoals uiteengezet in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting wordt erin voorzien dat de Minister van Financiën - naast effecten en vermogensbestanddelen - ook de vorderingen die derden hebben op de probleeminstelling rechtstreeks kan onteigenen. Met de gehanteerde terminologie "vorderingen" wordt aangesloten bij de in boek 3 van het Burgerlijk Wetboek gehanteerde terminologie.

Deze wijziging werkt door in het derde, vierde en zesde lid van artikel 6:2. Voornoemde artikelleden worden daarom technisch aangepast.

¹⁸ Verordening (EG) nr. 1060/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 inzake ratingbureaus (PbEU 2009, L 302).

YY tot en met AAA

De voorgestelde wijziging van artikel 6:2 werkt door in enige andere artikelen in Deel 6 van de Wft. Dit is het artikel dat voorziet in een mogelijkheid om de moedermaatschappij van een financiële onderneming te onteigenen (artikel 6:4) en de artikelen die zien op het recht op schadeloosstelling (artikelen 6:8 en 6:9).

BBB en CCC

De bijlagen bij de artikelen 1:79 en 1:80 van de Wft worden gewijzigd teneinde de in dit wetsvoorstel opgenomen gewijzigde bepalingen of nieuwe bepalingen te kunnen handhaven door middel van het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.

ARTIKEL II

A

Sinds de inwerkingtreding van boek 10 van het Burgerlijk Wetboek wordt op grond van artikel 141 van dat boek bepaald welk goederenrechtelijk regime van toepassing is op girale effecten. Indien daaruit volgt dat het Nederlands recht van toepassing is, is het niet meer nodig om in de Wge te bepalen dat een aangesloten instelling, bank of beleggingsonderneming pas een intermediair is als hij *in Nederland* effectenrekeningen op naam van cliënten administreert. Ook de voorwaarde dat een instelling ten name van cliënten rekeningen in effecten dient te administreren om als intermediair te kunnen worden aangemerkt komt te vervallen: vereist is slechts dat een instelling bevoegd is rekeningen, waarin effecten worden geadministreerd, (aan) te houden, maar die bevoegdheid volgt al uit het feit dat het de intermediair is toegestaan beleggingsdiensten te verlenen respectievelijk het bedrijf van bank uit te oefenen op grond van de Wft. Dit sluit ook beter aan op de definitie van 'instelling in het buitenland' in artikel 49a.

B

Als gevolg van de totstandkoming van de verordening centrale effectenbewaarinstellingen wordt het toezicht op het centraal instituut voortaan uitgeoefend op grond van direct werkend Europees recht. Derhalve dienen de artikelen 2, 3 en 4, die nu het toezicht op de Nederlandse centrale effectenbewaarinstelling regelen, komen te vervallen.

C

Bij de wijziging van de Wge die per 2011 in werking is getreden, is het toen herziene artikel 7 alleen op beleggingsondernemingen van toepassing verklaard. Het gevolg is dat, wanneer een aangesloten instelling of bank die geen beleggingsonderneming is failliet zou gaan en van wie de vergunning dientengevolge zou worden ingetrokken aldus niet meer als intermediair zou kwalificeren. Op grond van artikel 9 zou deze aangesloten instelling of bank daarmee onder het huidige wettelijke regime geen verzameldepot kunnen houden, zodat de goederenrechtelijke aanspraken van haar cliënten op de door de intermediair gehouden effecten niet meer succesvol zouden kunnen worden

uitgeoefend. Met deze wijziging wordt dit hiaat weggenomen. Bovendien spreekt het huidige artikel 7 alleen over intrekking van een vergunning, terwijl deze bepaling ook zou moeten gelden als de tussenpersoon niet op basis van een vergunning maar op basis van een andere in de Wft genoemde grondslag (niet langer) bevoegd is zijn beroep of bedrijf uit te oefenen.

D

Als gevolg van de totstandkoming van de bij onderdeel B genoemde verordening moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat effecten aan toonder bij een buitenlandse centrale effectenbewaarinstelling in bewaring worden gegeven. Hiertoe is in het eerste lid van artikel 8 onderdeel d geïntroduceerd. Daarnaast is onderdeel b verduidelijkt door aparte onderdelen op te nemen voor de situatie waarin effecten worden bewaard door een instelling in het buitenland ten name van een intermediair (onderdeel b) dan wel ten name van een centraal instituut (onderdeel c). Deze onderdelen zijn consistent gemaakt met de overige onderdelen van de Wge, door te spreken van “administreren of aan te houden” in relatie tot rekeningen in effecten, in plaats van enkel van “administreren”.

Het huidige tweede lid is uitgewerkt per 1 januari 2013 en kan daarom komen te vervallen.

E

In paragraaf 4, onderdeel f, is toegelicht dat de Wge dient te worden gewijzigd zodat centrale effectenbewaarinstellingen girodepots in de zin van deze wet aan kunnen houden. Dit komt in dit (en een aantal andere) onderdelen tot uitdrukking door bepalingen die “het centraal instituut” wijzigen in “een centraal instituut”.

F

De zinsnede “die berusten onder of bewaard worden voor instellingen” zou kunnen suggereren dat het dit onderdeel slechts op effecten aan toonder ziet, terwijl andere effecten die een intermediair bij een buitenlandse instelling aanhoudt in het verzameldepot behoren te vallen. Met deze wijziging wordt duidelijk gemaakt dat dit onderdeel ook op effecten anders dan aan toonder betrekking heeft, waarmee een betere aansluiting wordt gezocht bij onderdeel a van dit artikel.

G

Het huidige tweede lid sluit niet goed aan op het eerste lid: het eerste lid spreekt van “bewaargeving van effecten aan toonder aan een intermediair of levering van effecten op naam aan een intermediair” terwijl het huidige tweede lid het slechts over “levering van effecten” heeft. Daar zou uit afgeleid kunnen worden dat het huidige tweede lid niet van toepassing is op effecten aan toonder. Om duidelijk te maken dat het tweede lid ook op effecten aan toonder ziet, wordt deze wijziging van artikel 12 voorgesteld.

H

Met de wijziging van de Wge die in 2011 in werking is getreden werden ook fracties van aandelen onder het systeem van de Wge gebracht. De formulering van het toen gewijzigde tweede lid suggereert echter dat een cliënt slechts met

instemming van de intermediair over een deel van zijn aandeel in het verzameldepot kan beschikken, terwijl bedoeld werd: fractie van een effect. Deze wijziging maakt duidelijk dat de instemming van de intermediair alleen nodig is voor handel in fracties van aandelen/effecten, en niet voor beschikking over een deel van een cliënts aandeel in het verzameldepot.

I

Naar analogie van artikel 44 dient ook dat deel van een verzameldepot dat wordt gehouden voor een andere intermediair te worden gevrijwaard van beslag. Een dergelijk beslag zou namelijk ook tegoeden kunnen treffen die toebehoren aan anderen dan degene ten laste van wie het beslag wordt gelegd.

J

Voor een toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar onderdeel E.

K

Ook in geval van surseance van betaling en bij toepassing van de noodregeling dient te worden voorzien in het beheer van verzameldepots. Deze wijziging voorziet in de bevoegdheid van de bewindvoerder om dat beheer uit te oefenen en eventueel over te gaan tot verdeling van de verzameldepots.

L

Voor een toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar onderdeel E.

M

Met deze wijziging wordt zinsnede "die berusten onder of bewaard worden" vervangen door "dat wordt aangehouden bij" om duidelijk te maken dat ook girale effecten die een centraal instituut bij een buitenlandse instelling aanhoudt in het girodepot behoren te vallen.

Verder komt de zinsnede "die op verzoek van het centraal instituut door Onze Minister zijn aangewezen" te vervallen. Met de totstandkoming van de verordening centrale effectenbewaarinstellingen worden zogenaamde links tussen centrale effectenbewaarinstellingen door de verordening gereguleerd. Er is daarom geen plaats meer voor aanwijzing door de Minister van Financiën.

N, O en S

Voor een toelichting op deze onderdelen wordt verwezen naar onderdeel E.

P

Het huidige tweede lid sluit niet goed aan op het eerste lid: het eerste lid spreekt van "in bewaring gegeven effecten aan toonder of ter opname in een girodepot geleverde effecten op naam" terwijl het huidige tweede lid het slechts over "levering van effecten" heeft. Daar zou uit afgeleid kunnen worden dat het huidige tweede lid niet van toepassing is op effecten aan toonder. Om duidelijk te maken

dat het tweede lid ook op effecten aan toonder ziet, wordt deze wijziging van artikel 38 voorgesteld.

Q

Het woord “andere” vervult geen functie in deze bepaling en dient daarom te vervallen.

R

Voor een toelichting op dit onderdeel wordt verwezen naar onderdeel E.

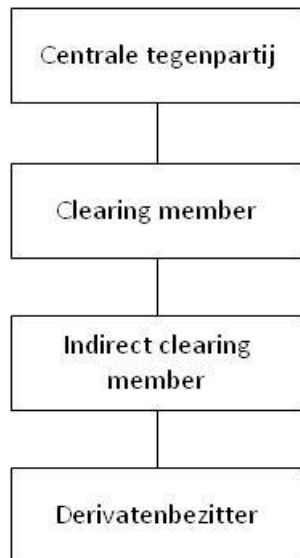
T

De huidige formulering van onderdeel a van het eerste lid kan suggereren dat deze bepaling is beperkt tot aandelen die in fysieke vorm worden bewaard en heeft daarmee ten onrechte geen betrekking op aandelen op naam en aandelen die in girale vorm bij een buitenlandse instelling worden aangehouden. Op grond van artikel 35 kunnen ook die aandelen immers deel uitmaken van een girodepot. De voorgestelde redactie sluit beter aan op artikel 35 en (de terminologie van) artikel 38. Het huidige onderdeel b spreekt van ‘aanhoudt’, terwijl artikel 9 bepaalt dat een intermediair een verzameldepot ‘houdt’. De onderdelen c en d zoals zij momenteel luiden spreken slechts van ‘administreert of aanhoudt’. Aldus wordt geïmpliceerd dat een instelling in het buitenland, onderscheidenlijk een bewaarder van een beleggingsinstelling slechts girale tegoeden kan houden, terwijl die instellingen ook fysieke aandelen kan bewaren. De bewaring van (fysieke) effecten door een buitenlandse centrale effectenbewaarinstelling wordt bovendien gefaciliteerd door de Europese verordening die deze instellingen reguleert. Tot slot spreekt het huidige onderdeel d van een tegoed dat wordt “bewaard”, terwijl onderdeel d de terminologie “aanhoudt” hanteert. Met de voorgestelde wijziging hanteren deze twee bepalingen dezelfde terminologie.

U

Artikel 49f

Dit artikel bevat de definities die voor een goede werking van de regeling nodig zijn. Bij de definitie van cliënt dient te worden aangetekend dat niet alleen de derivatenbezitter als zodanig moet worden aangemerkt, maar – voor zover aanwezig – ook de lagergelegen tussenpersoon in de keten van het derivaat (ook wel een ‘indirect clearing member’). Deze lagergelegen tussenpersoon is zelf niet aangesloten bij een centrale tegenpartij, en is voor de clearing van de derivatenposities die ten behoeve van zijn cliënten worden aangegaan aangewezen op de diensten van een andere tussenpersoon – een clearing member – die wel is aangesloten bij een centrale tegenpartij. Aldus ontstaat tussen de derivatenbezitter en de centrale tegenpartij de volgende keten van relaties:



In deze keten is de derivatenbezitter aan te merken als cliënt van de indirect clearing member en de indirect clearing member als cliënt van de clearing member. Overigens kan een keten zelfs meer dan twee tussenpersonen bevatten. Steeds geldt dan dat de lageregelegen schakel moet worden aangemerkt als cliënt van de hogeregelegen schakel.

Bij de definitie van cliëntpositie moet worden aangetekend dat in veel gevallen cliënt en tussenpersoon een lastgevingsovereenkomst sluiten, op basis waarvan de tussenpersoon voor rekening en risico van de cliënt een overeenkomst aangaat met een derde met betrekking tot een derivatenpositie (in de regeling 'corresponderende positie' geheten; zie hierna). Daarbij komt er echter voor een specifieke transactie geen separate overeenkomst tot stand tussen cliënt en tussenpersoon. De cliëntpositie is in dat geval louter een economische weergave van de rechten en verplichtingen van de cliënt die voortvloeien uit het derivatencontract dat de tussenpersoon voor rekening en risico van de cliënt heeft gesloten met een derde.

Met de definitie van 'corresponderende positie' wordt uitdrukking gegeven aan het feit dat voor iedere derivatenpositie die een cliënt aangaat bij een tussenpersoon (de cliëntpositie), de tussenpersoon een gelijkkluidende positie aangaat met een centrale tegenpartij (of bij indirect clearing: met een andere tussenpersoon), waarbij de bedingen die de kern van het derivaat vormen – zoals de afspraak om een vaste rente uit te ruilen tegen een variabele, een voorbeeld van een *interest rate swap* – dezelfde zijn.¹⁹ Veelal gebeurt het aangaan van een corresponderende positie op basis van lastgeving, waarbij de tussenpersoon op eigen naam, maar voor rekening en risico van zijn cliënten posities met betrekking tot derivaten aangaat met derden. Door het aangaan van corresponderende posities staat tegenover ieder recht dat een cliënt op de tussenpersoon kan uitoefenen een equivalent recht van de tussenpersoon op een andere tussenpersoon of een centrale tegenpartij. En andersom: tegenover iedere verplichting van een cliënt jegens zijn tussenpersoon staat een verplichting van de tussenpersoon jegens een andere tussenpersoon of een centrale tegenpartij. Daarmee is niet gezegd dat

¹⁹ Onder de bedingen die de kern van het derivaat vormen moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de data waarop betalingen plaatsvinden, de looptijd van het derivaat en het nominale bedrag waar het derivaat betrekking op heeft, of in geval van een bijvoorbeeld een aandelenoptie: het aandeel waarop het derivaat betrekking heeft. Tot de kern van de bedingen behoren echter niet de bepalingen met betrekking tot het stellen van zekerheid.

iedere positie die een bank of beleggingsonderneming sluit met een derde naar aanleiding van het tot stand komen van een cliëntpositie moet worden aangemerkt als corresponderende positie: als een cliënt een positie bij een bank aangaat, kan die bank dat voor eigen rekening en risico doen. De cliënt gaat er dan ook van uit dat zijn bank optreedt als uiteindelijke tegenpartij. Evenwel kan de bank ervoor kiezen om het risico van die positie één op één af te dekken in de markt met een spiegelbeeldige transactie (het zogenaamde *riskless principal model*). Deze laatste positie is dan niet aan te merken als corresponderende positie, omdat de bank jegens zijn cliënt niet als tussenpersoon, maar als wederpartij optreedt. In die situatie geniet de cliënt geen bescherming op grond van deze regeling.²⁰ Om ervoor te zorgen dat de cliënt weet of hij al dan niet wordt beschermd door deze regeling, zal een (bank-)beleggingsonderneming op voet van artikel 4:20 Wft verplicht worden om op voorhand duidelijkheid te verschaffen aan haar cliënten over of zij al dan niet als tussenpersoon optreedt en wat daarvan de goederenrechtelijke consequenties zijn.

Een karakteristiek aspect van de regeling is dat het aangaan van derivatenposities door een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling die optreedt in de hoedanigheid tussenpersoon resulteert in een afgescheiden vermogen. Aangezien dit vermogen uitsluitend bestemd is voor het voldoen van de daarmee samenhangende vorderingen van cliënten bij de betreffende derivatenposities, hebben derden er geen verhaal op. Omdat veel derivaten niet alleen rechten, maar ook verplichtingen inhouden voor de partijen bij het derivaat, behoren niet alleen de rechten van de corresponderende posities tot het derivatenvermogen, maar ook de daaraan verbonden verplichtingen. Dit is van belang voor het verrekenen van openstaande vorderingen bij de beëindiging van een of meer derivatenposities en voor de overdracht van de derivatenportefeuille in geval van faillissement van de tussenpersoon.

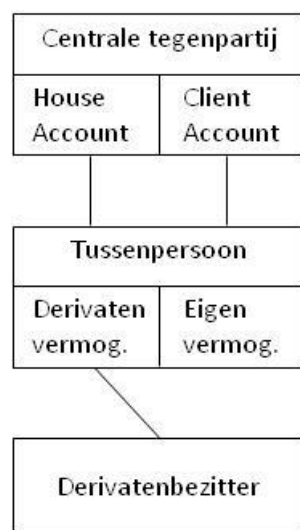
Er is voor gekozen om ook de rechten en verplichtingen in verband met het stellen van zekerheid uit hoofde van corresponderende posities tot het derivatenvermogen te laten behoren. De reden hiervoor is dat het uitwisselen van onderpand nauw verbonden is met het aangaan van een derivatenpositie. Bovendien moet, in geval van faillissement van een tussenpersoon, bij de overdracht van diens derivatenportefeuille aan een andere tussenpersoon ook het bijbehorende onderpand (kunnen) worden overgedragen. Rechten en verplichtingen die niet tot het derivatenvermogen behoren vloeien bijvoorbeeld voort uit afspraken met betrekking tot vergoedingen voor het aangaan en beheren van de derivatenposities.

Uit de definitie van tussenpersoon volgt dat een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling slechts als tussenpersoon wordt aangemerkt als zij "voor rekening en risico van haar cliënten corresponderende posities aangaat" met derden. Dit heeft tot gevolg dat een bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling slechts als tussenpersoon optreedt indien zij bij het aangaan van een derivatenpositie door een cliënt tevens een corresponderende positie aangaat (met een andere tussenpersoon of een centrale tegenpartij). Indien geen corresponderende positie wordt aangegaan, handelt zij tevens voor eigen rekening en risico, en treedt zij dus niet op als tussenpersoon. Het gevolg is dat de rechten en verplichtingen van cliëntposities waarvoor geen corresponderende positie wordt aangegaan geen bescherming ontleen aan deze regeling. Overigens is het mogelijk dat een bank of beleggingsonderneming bij dezelfde derivatentransactie

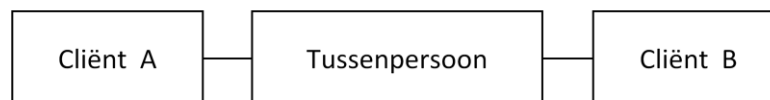
²⁰ Veelal zal de cliënt het tegenpartijrisico op zijn bank afdekken door middel van het uitwisselen van onderpand. EMIR stelt dit zelfs verplicht voor niet-geclearde OTC-derivaten.

zowel als tussenpersoon optreedt als in de hoedanigheid van uiteindelijke tegenpartij. Ten behoeve van de centrale clearing van de positie met de cliënt wordt dan een corresponderende positie ingenomen met een derde (doorgaans een centrale tegenpartij); de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit deze positie – die bij de centrale tegenpartij op de zogenaamde *client account* van de betreffende tussenpersoon worden geadmistreerd – vallen dan in het derivatenvermogen. Vervolgens gaat de bank of beleggingsonderneming nog een positie aan met de centrale tegenpartij, maar dan voor eigen rekening en risico. De rechten en verplichtingen inzake deze tweede positie – die bij de centrale tegenpartij op de zogenaamde *house account* van de tussenpersoon worden geadmistreerd – vallen dan niet in het derivatenvermogen, aangezien de betreffende positie niet als corresponderende positie kan worden aangemerkt.

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Overigens sorteert de regeling – als gevolg van de formulering van de definitie van tussenpersoon – ook effect bij derivaten die niet worden gecleard via een centrale tegenpartij. De keten van een derivaat zou er in een dergelijke situatie als volgt uit zien:



Ook in deze situatie valt de (corresponderende) positie die de tussenpersoon is aangegaan met cliënt B ten behoeve van cliënt A in het derivatenvermogen van de tussenpersoon, en geniet cliënt A bescherming op grond van deze regeling tegen de insolventie van zijn tussenpersoon. Hetzelfde geldt uiteraard voor cliënt B. Overigens is het ook in dit model mogelijk dat zich meerdere tussenpersonen bevinden tussen de cliënt A en B, zolang maar geldt dat de kernbedingen van de positie van A overeenkomen met die van de positie die B is aangegaan. Verder dient te worden opgemerkt dat met de uitdrukking 'waaraan het op grond van die wet is toegestaan beleggingsdiensten te verlenen' wordt bedoeld dat die toestemming kan zijn gelegen in een vergunning van DNB of de AFM, maar ook in het feit dat de betreffende tussenpersoon bijvoorbeeld over een ontheffing beschikt of over een vergunning van een toezichthouder van een andere EU-lidstaat.

Tot slot is de definitie van zekerheid van belang voor de gangbare praktijk dat het onderpand dat een cliënt stort niet altijd precies hetzelfde is als het onderpand dat hij terugkrijgt. Met name bij in onderpand gegeven effecten komt dit voor. Het begrip zekerheid heeft daarom niet alleen betrekking op de goederen die de zekerheidsgever bij wijze van onderpand heeft verstrekt, maar ook alles wat daarvoor, al dan niet op basis van contractuele afspraken, in de plaats moet worden geacht te zijn gekomen.

Artikel 49g

Voor een effectieve bescherming van de rechten die cliënten hebben jegens hun tussenpersoon is het nodig dat de daarmee corresponderende rechten van de tussenpersoon jegens een centrale tegenpartij (of in voorkomende gevallen een andere tussenpersoon) uitsluitend dienen ter voldoening van de vorderingen die de cliënten hebben uit hoofde van de daarmee samenhangende cliëntposities. Om die reden wordt het derivatenvermogen dan ook gekwalificeerd als een wettelijke uitzondering op het feit dat een schuldeiser zijn vordering kan verhalen op het gehele vermogen van de tussenpersoon, zoals artikel 276 van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt. Andere vorderingen, uit welke hoofde dan ook, kunnen dus niet op het derivatenvermogen worden verhaald. Dat volgt ook uit de leden 3 tot en met 6 van het voorgestelde artikel 49g. Dientengevolge is bij insolventie van de tussenpersoon hetgeen is bepaald in de Faillissementswet niet van toepassing op de rechten en verplichtingen die behoren tot het derivatenvermogen, evenals de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de daarmee samenhangende cliëntposities. De vorderingen van cliënten uit hoofde van laatstgenoemde posities worden immers (in eerste instantie) niet voldaan uit het eigen vermogen van de tussenpersoon, maar uit het speciaal daarvoor bestemde derivatenvermogen. Voor zover het derivatenvermogen ontoereikend is om de vorderingen van cliënten te voldoen, resteert een vordering op de tussenpersoon, waarop de Faillissementswet onverkort van kracht is. Cruciaal voor een goede werking van de regeling is dat uit de administratie van de tussenpersoon blijkt van welke derivatenposities de rechten en verplichtingen tot het derivatenvermogen behoren. Bovendien is voor de overdraagbaarheid van posities van belang dat voor iedere positie met een cliënt eenduidig is vast te stellen welke corresponderende positie de tussenpersoon is aangegaan met de volgende schakel in de keten van het derivaat. Omdat, in geval van faillissement van de tussenpersoon, de overdracht van de derivatenportefeuille van de tussenpersoon op zeer korte termijn moet kunnen plaatsvinden, is deze verplicht om op voorhand te administreren welke posities 'bij elkaar horen', oftewel met elkaar samenhangen. Op ieder gewenst moment moet dus kunnen worden vastgesteld met welke corresponderende posities de posities van cliënten verband houden.

Het derde lid maakt duidelijk dat, indien een cliëntpositie en de daarmee corresponderende positie gelijktijdig worden beëindigd – bijvoorbeeld omdat het betreffende derivaat het einde van zijn looptijd heeft bereikt – de restvordering uit hoofde van de corresponderende positie (doorgaans de vordering tot teruggave van onderpand, maar het kan bijvoorbeeld ook gaan om te leveren effecten of grondstoffen) beschikbaar blijven om de restvordering van de cliënt²¹ te voldoen. Zonder deze bepaling zou de cliënt namelijk na beëindiging van de positie een vordering op de tussenpersoon hebben die niet uit het derivatenvermogen kan

²¹ Wat de omvang van de restvordering is, moet worden bepaald op basis van de contractuele afspraken tussen cliënt en tussenpersoon, waarbij – voor zover bedongen – eventueel eerst openstaande vorderingen en verplichtingen uit hoofde van de cliëntpositie met elkaar kunnen worden verrekend.

worden voldaan (omdat de corresponderende positie inmiddels is beëindigd), wat de bescherming van de regeling teniet zou doen indien de tussenpersoon failliet wordt verklaard tussen het moment van beëindiging van de positie en voldoening van de vordering van de cliënt. Mocht de vordering die de tussenpersoon uit hoofde van de corresponderende positie heeft niet voldoende zijn om de vordering van de cliënt te voldoen (dat kan met name het geval zijn voor wat betreft de teruggave van gestelde zekerheden), dan komt het niet-voldane gedeelte van zijn vordering ten laste van het overige vermogen van de tussenpersoon. Aan deze laatste vordering is geen specifiek voorrecht verbonden, omdat er geen aanleiding is om de cliënt, na uitwinning van zijn aandeel in het derivatenvermogen, voor het overige te bevoordelen boven andere schuldeisers.

Het vierde lid ziet op de situatie dat de cliëntpositie wordt beëindigd zonder dat tegelijkertijd de corresponderende positie wordt beëindigd. Dit kan het geval zijn wanneer een positie wordt beëindigd voor de beoogde einddatum, in de praktijk beter bekend als *closing out*. Dit kan bijvoorbeeld voorkomen als een cliënt niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van een of meer derivatenposities voldoet. Bij het beëindigen van de cliëntpositie wordt er een eindafrekening gemaakt, waarbij de cliënt mogelijk nog een restvordering heeft, doorgaans met betrekking tot de teruggave van onderpand. Omdat de cliëntpositie is beëindigd, strekt de daarmee corresponderende positie niet meer tot voldoening van de vorderingen uit hoofde van de cliëntpositie en maakt deze geen deel meer uit van het derivatenvermogen. Een eventuele restvordering van de cliënt moet daarom worden voldaan door de tussenpersoon. Daarbij heeft de cliënt echter wel een voorrecht op de voormalige corresponderende positie.²² Omdat uit de administratie van een tussenpersoon moet blijken welke derivatenposities tot het derivatenvermogen behoren (en daarmee zijn bestemd voor het voldoen van vorderingen van zijn cliënten), moet de tussenpersoon – indien de voormalige corresponderende positie wordt voorgezet – zijn administratie aanpassen, zodat daaruit blijkt dat deze voortaan op eigen boek – dus voor haar eigen rekening en risico – wordt gehouden. Tevens moet de voormalige corresponderende positie bij de centrale tegenpartij worden overgeboekt van de *client account* naar de *house account* van de tussenpersoon. Uiteraard staat het de tussenpersoon vrij om de daarmee verbonden risico's te mitigeren, bijvoorbeeld door het sluiten van een nieuwe derivatenpositie waarmee de risico's van deze positie worden afgedekt, maar dit raakt het derivatenvermogen niet.

Het vijfde lid betreft de situatie dat de tussenpersoon niet aan zijn verplichtingen jegens de centrale tegenpartij (of een andere derde) voldoet zonder dat zijn cliënten in gebreke blijven. Ook in dat geval dienen de restvorderingen van de tussenpersoon jegens de centrale tegenpartij, na voortijdige beëindiging van de corresponderende posities, tot het voldoen van de vorderingen van de cliënten bij de derivatenposities die samenhangen met de beëindigde corresponderende posities. Indien de restvorderingen van de tussenpersoon niet voldoende zijn voor het voldoen van de vorderingen van zijn cliënten, behouden de betreffende cliënten ook in dit geval een vordering op het overige vermogen van de tussenpersoon voor wat betreft het niet-voldane gedeelte. Aan deze laatste vordering is geen specifiek voorrecht verbonden, omdat er geen aanleiding is om de cliënt, na uitwinning van zijn aandeel in het derivatenvermogen, voor het overige te bevoordelen boven andere schuldeisers.

²² Indien niet de cliënt maar de tussenpersoon een restvordering heeft, dan kan de tussenpersoon voor de voldoening van zijn vordering gewoon gebruik maken van de rechten die hij heeft op grond van de met de cliënt gesloten overeenkomst(en), het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Het zesde lid bepaalt dat er onder een centrale tegenpartij of tussenpersoon geen beslag kan worden gelegd op derivatenposities die ten behoeve van een derivatenbezitter door tussenpersoon worden aangehouden, maar waarbij de derivatenbezitter zelf niet direct partij is. Indien een crediteur van een derivatenbezitter beslag wil leggen op cliëntenposities, kan dat gebeuren onder diens 'eigen' tussenpersoon, dus op het niveau van de laagstgelegen tussenpersoon in de keten van het derivaat, maar niet in de rest van de keten. Dit is van belang voor zowel de goede werking van deze regeling als voor de kenbaarheid van het beslag voor de derivatenbezitter. Creditoren van de tussenpersoon kunnen sowieso geen beslag leggen op vermogensbestanddelen die onderdeel uitmaken van een derivatenvermogen, omdat het derivatenvermogen uitsluitend dient ter voldoening van vorderingen die voortvloeien uit de daarmee samenhangende cliëntposities (zie de toelichting op het eerste lid van dit artikel).

Omdat de vergunning van een tussenpersoon in de regel zal worden ingetrokken in geval van faillissement van de betreffende instelling, bepaalt het zevende lid dat het derivatenvermogen in stand blijft voor de corresponderende posities waarvan de rechten en verplichtingen al tot het derivatenvermogen behoorden. Deze bepaling, analoog aan artikel 7 van de Wet giraal effectenverkeer, voorkomt dat de werking van de regeling teniet zou worden gedaan juist op het moment dat het nodig is: bij faillissement van de tussenpersoon. Hetzelfde geldt als de tussenpersoon niet op basis van een vergunning maar op basis van een andere in de Wft genoemde grondslag bevoegd is zijn beroep of bedrijf uit te oefenen in Nederland.

Artikel 49h

Dit artikel bepaalt wat er dient te gebeuren nadat een tussenpersoon failliet is verklaard. Juist in die situatie zal de regeling haar nut dienen te bewijzen. Omdat het beheer van het derivatenvermogen de nodige kennis van derivaten vereist, dient de curator een deskundige aan te wijzen die met het dagelijks beheer zal worden belast. Om te waarborgen dat de beoogd beheerder inderdaad over de benodigde kwalificaties beschikt, dient de Autoriteit Financiële Markten (als toezichthouder op de naleving door beleggingsondernemingen) dan wel de Nederlandsche Bank (idem voor banken en clearinginstellingen) in te stemmen met de benoeming. Onder het beheer van het derivatenvermogen moeten alle activiteiten worden begrepen die gewoonlijk zijn verbonden aan het beheer van de derivatenportefeuille van de tussenpersoon, zoals het bijhouden van de administratie in lijn met artikel 49g, het opvragen en retourneren van onderpand, het stellen van zekerheid ten behoeve van de derivatenposities en het op verzoek van de tegenpartij voortijdig beëindigen van derivatenposities. Daarnaast vallen eventuele activiteiten van de beheerder ter voorbereiding van de overdracht van (delen van) het derivatenvermogen aan een andere tussenpersoon onder het beheer. Steeds valt het beheer van het derivatenvermogen onder de eindverantwoordelijkheid van de curator en dient de curator daarover op verzoek van de rechter-commissaris verantwoording af te leggen. In beginsel is de curator als enige bevoegd om rechtshandelingen te verrichten met betrekking tot het derivatenvermogen en de daarmee samenhangende cliëntposities, maar uiteraard kan hij de beheerder volmacht verlenen om rechtshandelingen te verrichten. Aangezien het derivatenvermogen zelf uitsluitend dient ter voldoening van de vorderingen van cliënten, komen de kosten van het beheer en de overdracht van de portefeuille ten laste van de boedel. Daar staat tegenover dat de vergoeding die cliënten voor het beheer van hun derivatenposities betalen aan de gefailleerde

tussenpersoon ten gunste van de boedel komen, zodat deze de gemaakte kosten (in ieder geval deels) kunnen compenseren.

Aangezien een van de voornaamste doelen van deze regeling is ervoor te zorgen dat de derivatenportefeuille van een tussenpersoon zo snel mogelijk kan worden overgedragen aan een andere tussenpersoon – dit in lijn met de relevante voorschriften in de European Market Infrastructure Regulation (EMIR)²³ – dient de curator zijn medewerking te verlenen aan een dergelijke overdracht. Aangezien artikel 48 van EMIR bepaalt dat de overdracht zonder toestemming van de in gebreke blijvende tussenpersoon kan geschieden, is de curator niet bevoegd een dergelijke overdracht tegen te houden. Zijn toestemming is dan ook niet vereist voor het slagen van de overdracht; wel dient hij de overdracht waar nodig of wenselijk (administratief) te faciliteren. Artikel 48 EMIR heeft uitsluitend betrekking op de derivatenposities tussen een tussenpersoon en een centrale tegenpartij (in deze regeling de corresponderende posities geheten). Om ervoor te zorgen dat niet alleen de corresponderende posities, maar ook de daarmee samenhangende cliëntposities worden overgedragen, bepaalt het tweede lid dat ook deze laatste, tezamen met het derivatenvermogen, onderwerp van de overdracht zijn, alsmede de vorderingen van cliënten met betrekking tot (hun aandeel van) het te retourneren onderpand. Het zal voor de curator in beginsel niet mogelijk zijn om een overdracht ex artikel 48 EMIR via een actio pauliana ongedaan te maken, omdat door de overdracht andere schuldeisers van de tussenpersoon niet kunnen worden benadeeld. Dit is gevolg van het feit dat het derivatenvermogen slechts dient ter voldoening van de vorderingen uit hoofde van hun posities, en niet strekt tot voldoening van vorderingen van de overige schuldeisers.

Voor cliënten die met hun tussenpersoon hebben afgesproken dat hun derivatenposities en de gestelde zekerheden – in lijn met artikel 39 lid 3 EMIR – separaat worden geadministreerd bij de centrale tegenpartij, zal de overdracht relatief eenvoudig op individuele basis plaats kunnen vinden. Dit is niet te verwachten voor cliënten die hebben gekozen voor zogenaamde omnibussegregatie, zoals bedoeld in artikel 39 lid 2 EMIR: hun posities worden bij de centrale tegenpartij niet separaat per cliënt geadministreerd.²⁴ Om die reden schrijft artikel 48 lid 5 EMIR voor dat de centrale tegenpartij de overdracht van de betreffende posities naar een andere tussenpersoon initieert op verzoek van alle cliënten tezamen. Voor de – niet denkbeeldige – situatie dat de cliënten het niet eens zijn of zich niet uitlaten over de keuze voor de tussenpersoon aan wie de posities dienen te worden overgedragen, voorziet het derde lid in de bevoegdheid van de curator om zelf een andere tussenpersoon te vinden die bereid is de posities van de betreffende cliënten en de daarmee corresponderende posities over te nemen. Wel behouden de cliënten, voor zover contractueel overeengekomen, de mogelijkheid om hun derivatenposities voortijdig te beëindigen in verband met het faillissement van de tussenpersoon. Dit staat immers niet in de weg aan de overdracht van de rest van de portefeuille.

²³ Verordening (EU) nr. 648/2012 (EMIR): verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 inzake otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201).

²⁴ Omnibussegregatie houdt in dat de derivatenposities van de cliënten van een tussenpersoon op een gezamenlijke rekening bij de centrale tegenpartij worden aangehouden. Uit deze rekening is derhalve niet op te maken wat de te onderscheiden posities van de individuele cliënten zijn. Ook het onderpand dat de tussenpersoon voor deze posities bij de centrale tegenpartij heeft gestort is niet één op één herleidbaar tot de individuele cliënten wier derivatenposities op de omnibusrekening worden geadministreerd.

Indien een cliënt van een tussenpersoon – in lijn met artikel 39 lid 3 EMIR – heeft bedongen dat zijn derivatenposities en onderpand separaat worden geadministreerd bij de centrale tegenpartij, is de tussenpersoon gehouden al het onderpand dat de cliënt heeft verstrekt door te geleiden naar de centrale tegenpartij. Bij faillissement van de tussenpersoon zal de cliënt in dat geval met betrekking tot de betreffende derivatenposities geen verlies lijden, omdat zijn posities én onderpand in hun geheel kunnen worden overgedragen aan een andere tussenpersoon; zie ook het tweede en het vijfde lid van het voorgestelde artikel 49h. Wanneer een cliënt niet kiest voor separate administratie van zijn posities bij de centrale tegenpartij, zullen zijn posities tezamen met die van andere cliënten worden geadministreerd. Deze wijze van administreren staat toe dat de tussenpersoon slechts voor de nettowaarde van zijn verplichting jegens de centrale tegenpartij zekerheid hoeft te stellen. Dit zal in de regel minder zijn dan de zekerheid die de cliënten van de tussenpersoon gezamenlijk hebben gesteld. Afhankelijk van de wijze waarop de cliënten zekerheid hebben gesteld, lopen zij wel of geen tegenpartijrisico op hun tussenpersoon met betrekking tot het terugkrijgen van het verstrekte onderpand:

Wijze van zekerheidsstelling*

1. Verpanding van effecten zonder recht van hergebruik (voor consumenten artikel 3:227 BW; voor anderen, indien van toepassing, artikel 7:51 sub c BW)
2. Verpanding van effecten met recht op hergebruik (artikel 7:53 lid 1 BW – alleen voor andere partijen dan consumenten)
3. Overdracht van effecten (artikel 7:51 sub b BW)
4. Geld in de vorm van giraal tegoed

Huidige goederenrechtelijke bescherming

Hoofdstuk 2 Wet giraal effectenverkeer

- a. Als de effecten nog op de effectenrekening van de cliënt staan: hoofdstuk 2 Wet giraal effectenverkeer
- b. Als de tussenpersoon gebruik heeft gemaakt van zijn recht op hergebruik: voorrecht ex artikel 7:53 lid 3 BW

Geen

Geen

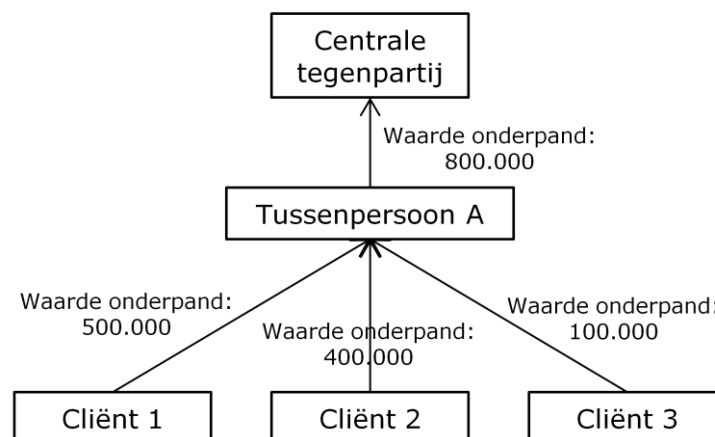
* Het is mogelijk dat verplichtingen uit bepaalde derivatenposities van cliënten worden gezekerd door rechten uit andere derivatenposities. Deze vorm van onderpandverstrekking behoeft geen aanvullende bescherming, omdat de posities die tot zekerheid strekken op naam van de cliënt blijven staan en dus niet hoeven te worden geretourneerd aan de cliënt, zoals dat wel het geval is met terug te leveren effecten. Andere vormen van onderpand (bijvoorbeeld goud en emissierechten) komen in de praktijk weinig voor en zijn daarom uit dit voorbeeld weggelaten. Deze andere vormen vallen echter evengoed onder de beschermingsregeling.

Voor de situaties onder 1 en 2a bevat de voorgestelde regeling geen verdere bepalingen, omdat de bescherming op grond van hoofdstuk 2 van de Wet giraal effectenverkeer voldoende moet worden geacht: indien de tussenpersoon failliet gaat, behoudt de pandgever de beschikking over zijn effecten (voor zover er voor de tussenpersoon geen aanleiding is om zich te verhalen op de verpande effecten). Voor zover de effecten zich bij de betreffende tussenpersoon bevinden, geniet de pandgever de goederenrechtelijke bescherming van het verzameldepot. Anders is de situatie onder 2b en 3: de onderpandgever heeft slechts een vordering op de tussenpersoon tot teruglevering van de door hem verstrekte effecten. Onder het huidige wettelijke regime is dit een concurrente vordering (waarbij in geval 2b. de onderpandgever wel een voorrecht heeft op de bij de

tussenpersoon aanwezige gelden en effecten). De voorgestelde regeling brengt hier deels verandering in, namelijk voor wat betreft het onderpand dat de tussenpersoon heeft gebruikt voor het stellen van zekerheid bij centrale tegenpartijen in verband met het aangaan van corresponderende posities. De vorderingen tot teruglevering van onderpand in verband met corresponderende posities maken immers deel uit van het derivatenvermogen; zie (de toelichting op) de definitie van derivatenvermogen. Weer anders is de situatie onder 4. In dat geval voldoet de onderpandgever aan zijn onderpandsverplichting door een bepaalde hoeveelheid geld in de vorm van giraal tegoed aan te houden op een rekening bij de tussenpersoon. In het geval dat de tussenpersoon een bank is, staat deze rekening doorgaans op naam van de onderpandgever, maar is het saldo tot het bedrag ter hoogte van de onderpandsverplichting geblokkeerd. De rekeninghouder/onderpandgever kan dat deel van het tegoed dus niet wegboeken naar een andere bank. Niet alleen over het geblokkeerde deel, maar over het volledige saldo op deze rekening loopt de cliënt tegenpartijrisico ten aanzien van zijn tussenpersoon, behalve voor zover de cliënt aanspraak kan maken op een uitkering uit hoofde van het depositogarantiestelsel. Ook als het girale tegoed dat bij wijze van zekerheid wordt verstrekt niet op een op naam van de cliënt gestelde rekening wordt aangehouden, loopt de cliënt uiteraard het risico dat de tussenpersoon failliet gaat en de cliënt het girale tegoed niet of slechts gedeeltelijk terugkrijgt.

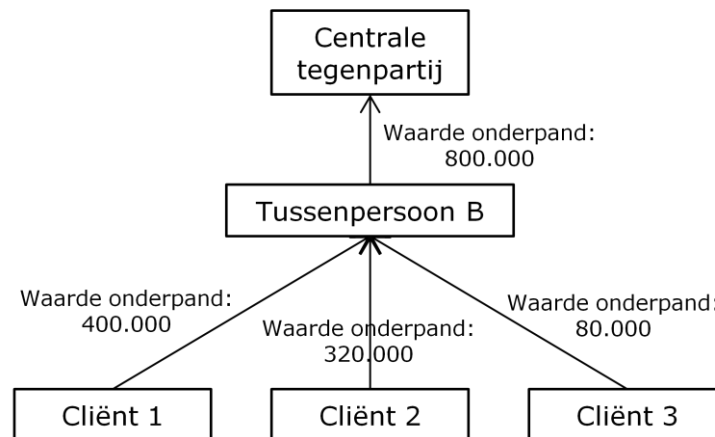
Bij overdracht van (een deel van) het derivatenvermogen aan een andere tussenpersoon, gaan de vorderingen die de faillierende tussenpersoon heeft op de centrale tegenpartij(en) over naar de verkrijgende tussenpersoon. Dit geldt ook voor de vorderingen tot het terugleveren van de bij de centrale tegenpartij(en) gestelde zekerheden. Dit deel van het onderpand blijft aldus beschikbaar om uiteindelijk terug te worden geleverd aan de cliënten bij de betreffende derivatenposities. Echter, het onderpand dat de tussenpersoon aan de centrale tegenpartij heeft verstrekt is, in geval van omnibussegregatie, in de regel minder dan hetgeen deze cliënten aan zekerheid hebben gesteld ten behoeve van de tussenpersoon. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel dat de cliënten van tussenpersoon A gezamenlijk ter waarde van € 1 miljoen zekerheid hebben gesteld op de wijze genoemd onder 2b, 3 en 4. Tussenpersoon A kan zijn onderpandsverplichtingen salderen en hoeft daardoor slechts € 800.000 aan zekerheid te stellen bij zijn centrale tegenpartij.

Situatie vlak voor het faillissement van tussenpersoon A:



Vervolgens gaat A failliet en wordt het derivatenvermogen overgedragen aan tussenpersoon B. Tot het derivatenvermogen behoren de vorderingen tot het terugleveren van de in totaal € 800.000 aan onderpand. Dit onderpand blijft beschikbaar om te worden geretourneerd aan de cliënten van inmiddels tussenpersoon B.

Situatie na overdracht van de derivatenportefeuille aan tussenpersoon B:



Voor de overige € 200.000 behouden de voormalige cliënten van A, op grond van het zevende lid, een vordering tot teruglevering van het door hen ingebrachte onderpand op de failliete boedel van A. Dit verschil van € 200.000 dient te worden omgeslagen over de cliënten die onderpand hebben gesteld zoals beschreven in situatie 2b, 3 en 4. Op basis van de voorgestelde regeling wordt het potentiële verlies verdeeld over de betreffende cliënten naar rato van de waarde van het door hen verstrekte onderpand.

Langs twee wegen wordt het meedelen in de schade echter beperkt:

- Voor zover titel 7.2 BW van toepassing is, hebben cliënten (niet-consumenten) die onderpand hebben verstrekt door middel van het vestigen van een pandrecht op effecten, waarbij de tussenpersoon gebruik heeft gemaakt van een overeengekomen recht op hergebruik, op grond van artikel 7:53 lid 3 BW een voorrecht op de in de boedel van A aanwezige gelden en effecten.
- Voor zover bescherming op grond van het depositogarantiestelsel van toepassing is, is de vordering van cliënten die onderpand hebben verstrekt door middel van het vestigen van een pandrecht op een giraal tegoed tot een bedrag van maximaal € 100.000 gegarandeerd.

In theorie is het mogelijk om een gedeelte van de derivatenportefeuille over te dragen aan een andere tussenpersoon. Dit zou echter leiden tot een zeer complexe berekening van de aanspraken die de cliënten hebben op het terug te leveren onderpand op zowel de faillerende als de nieuwe tussenpersoon. Als gevolg van het salderen van onderpandverplichtingen op het niveau van de tussenpersoon zou namelijk per derivatenpositie moeten worden bekeken welke aanspraken er voor die positie bestaan voor het retourneren van onderpand. Gezien het korte tijdsbestek waarin de overdracht van de derivatenportefeuille dient plaats te vinden zal een dergelijke gedeeltelijke overdracht in de praktijk veelal niet haalbaar zijn.²⁵

²⁵ Deze complicaties doen zich alleen voor in geval van de eerder omschreven omnibussegregatie. Bij segregatie per individuele cliënt is overdracht van de derivatenportefeuille van de individuele cliënt wel relatief eenvoudig te bewerkstelligen, omdat de positie van de cliënt op het niveau van de centrale tegenpartij separaat wordt geadministreerd; zie hierna.

Als gevolg van het vierde lid kan een cliënt die ervoor kiest zijn derivatenposities voortijdig te beëindigen nadat de tussenpersoon failliet is verklaard, mogelijk geen aanspraak meer maken op volledige retournering van het door hem verstrekte onderpand. Wel kan hij de waarde van het terug te leveren onderpand salderen met de openstaande verplichtingen uit hoofde van zijn cliëntposities, maar voor het meerdere is de in dit lid beschreven omslagregeling op hem van toepassing.

De omslagregeling geldt niet voor cliënten die met hun tussenpersoon hebben afgesproken dat hun derivatenposities separaat, dat wil zeggen op individuele basis worden geadministreerd door de centrale tegenpartij, de zogenaamde "individuele vermogensscheiding" ex artikel 39 lid 3 EMIR. In dat geval is de tussenpersoon namelijk verplicht om al het onderpand dat de cliënt aan de tussenpersoon is verschuldigd door te storten naar de centrale tegenpartij, wat voor de tussenpersoon minder gunstig is. De cliënt zal daarom in de regel een hogere vergoeding zijn verschuldigd aan zijn tussenpersoon, maar daar staat tegenover dat hij een betere bescherming tegen het faillissement van zijn tussenpersoon geniet. Verplichte deelname aan de omslagregeling zou deze hogere bescherming teniet doen en bovendien in strijd zijn met de gedachte achter deze constructie in EMIR. Om die redenen bepaalt het vijfde lid dat de betreffende cliënten niet meedelen in het verlies dat kan ontstaan indien bij het faillissement van de tussenpersoon niet alle door cliënten gestelde zekerheden kunnen worden geretourneerd.

In de toelichting van de definitie van cliënt is al aangegeven dat een tussenpersoon niet altijd zelf is aangesloten op een centrale tegenpartij, maar dat deze aansluiting soms via een andere tussenpersoon loopt. In een dergelijke situatie is de regeling van het tweede tot en met vijfde lid onverkort van kracht, maar moet steeds voor 'centrale tegenpartij' worden gelezen: andere tussenpersoon. Het tweede tot en met vijfde lid gelden echter niet bij een keten van derivatenposities die niet via een centrale tegenpartij wordt gecleard, omdat EMIR niet voorschrijft dat deze posities moeten kunnen worden overgedragen. In een dergelijke situatie wordt de cliënt slechts beschermd door hetgeen is bepaald in artikel 49g.

Als de vordering van een cliënt of een centrale tegenpartij c.q. andere tussenpersoon niet volledig kan worden voldaan uit het derivatenvermogen (zoals in het voorbeeld bij de toelichting op het vierde lid), kan de betreffende wederpartij het restant van zijn vordering indienen bij de curator. Deze vordering zal dan, overige voorrechten daargelaten, als concurrentie vordering worden behandeld bij de verdeling van de boedel.

Zoals eerder gezegd is de curator eindverantwoordelijk voor het beheer van het derivatenvermogen. Om die reden dient hij er ook voor te zorgen dat, op het moment dat het faillissement eindigt, de failliete tussenpersoon geen partij meer is bij de derivatenposities waarvan de rechten en verplichtingen ten tijde van de faillietverklaring tot het afgescheiden vermogen behoorden, alsmede de daarmee samenhangende cliëntposities. Zodoende wordt voorkomen dat niemand meer verantwoordelijk is voor het beheer van het derivatenvermogen en daardoor sommige cliënten van de tussenpersoon tussen de wal en het schip zouden vallen. Om te benadrukken dat het derivatenvermogen slechts dient tot het voldoen van vorderingen uit hoofde van cliëntposities, wordt het derivatenvermogen uitgesloten van het omslaan van de algemene faillissementskosten. De kosten die

de curator maakt uit hoofde van het beheer van het derivatenvermogen zullen – zoals in de toelichting op het eerste lid reeds aangegeven – moeten worden betaald uit de boedel, waar ook de vergoeding die de cliënten aan hun tussenpersoon verschuldigd zijn voor het aanhouden van hun derivatenposities naartoe vloeit. De cliënten betalen dus weldegelijk voor het beheer van het derivatenvermogen, zij het dat dit via de boedel loopt.

ARTIKEL III

A

Artikel 212e van de Faillissementswet spreekt van “instelling” waar “deelnemer” bedoeld wordt. Dit onderdeel voorziet er in deze omissie te helen waardoor artikel 212 e van de Faillissementswet, in lijn met de Finaliteitsrichtlijn, spreekt van “deelnemer”, hetgeen een breder begrip is dan het thans gehanteerde begrip “instelling”.

B, C en E

Deze wijzigingen zijn het gevolg van de invoeging van een nieuw lid in artikel 3:159c Wft en de daaruit volgende vernummering van de leden. Deze wijzigingen zijn niet inhoudelijk van aard.

D

Ten eerste wijzigt dit onderdeel de definitie van zetel. De omschrijving geeft nu niet alleen aan wat onder zetel van een verzekeraar (onderdeel a) wordt verstaan maar ook wat onder zetel van een moedermaatschappij van een verzekeraar (onderdeel b) wordt verstaan. Aangesloten is bij de definitie van zetel uit artikel 1:1 van de Wft. Ten tweede wordt aan artikel 213 een definitie van moedermaatschappij toegevoegd. Deze definitie verwijst naar de definitie van moedermaatschappij uit artikel 1:1 van de Wft.

F

Het voorgestelde artikel 213ar regelt de situatie waarin DNB het faillissement van de moedermaatschappij van een verzekeraar kan verzoeken en de bevoegdheid voor DNB om ten aanzien van deze moedermaatschappij een overdrachtsplan voor te bereiden en ter goedkeuring aan de rechtbank voor te leggen. Het eerste lid bepaalt dat DNB het faillissement kan verzoeken van een moedermaatschappij met zetel in Nederland van een verzekeraar die een door DNB verleende vergunning heeft, indien ten aanzien van zowel haarzelf als haar verzekeringsdochter sprake is van tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot de financiële situatie en redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. Daarnaast bepaalt dit lid dat het faillissement van de moedermaatschappij voor de afwikkeling van de in problemen verkerende verzekeraar of de groep waartoe de verzekeraar behoort nodig moet zijn. DNB kan het faillissement van de moedermaatschappij verzoeken onverminderd het reguliere faillissementsverzoek als bedoeld in artikel 1 Fw. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat een moedermaatschappij in financiële problemen komt zonder dat haar verzekeringsdochter eveneens in financiële problemen verkeert. In een dergelijk geval behoort de moedermaatschappij zelf of

één of meer van haar schuldeisers de mogelijkheid te hebben het faillissement van de moedermaatschappij te verzoeken. In het vierde lid van artikel 213ar wordt voorgesteld dat indien een ander dan DNB het faillissement van een moedermaatschappij van een verzekeraar verzoekt, DNB in staat wordt gesteld te worden gehoord voordat de rechtbank op de aangifte of het verzoek tot faillietverklaring beslist. Hiermee wordt getracht te voorkomen dat een reguliere aangifte of een regulier verzoek tot faillissement de voorbereidingen van DNB voor een faillissementsverzoek en/of een overdrachtsplan doorkruist. In het tweede en derde lid wordt bepaald dat indien ten aanzien van een verzekeraar en diens moedermaatschappij de situaties, bedoeld in het eerste lid, zich voordoen enkel DNB het faillissement van de moedermaatschappij van een verzekeraar kan aanvragen en dat de rechtbank Amsterdam op een dergelijke aanvraag beslist. In het vijfde lid worden de artikelen 213ac tot en met 213ap Fw van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit betekent dat de bepalingen aangaande het overdrachtsplan, de behandeling van de faillissementsaanvraag en het verzoek om goedkeuring van het overdrachtsplan, en de uitvoering van het overdrachtsplan van overeenkomstige toepassing zijn indien DNB het faillissement van een moedermaatschappij van een verzekeraar heeft aangevraagd. Wel geldt dat daar waar in de artikelen 213af en 213ag wordt verwezen naar de situatie als bedoeld in artikel 213abis, eerste lid, de situatie als bedoeld in artikel 213ar, eerste lid, moet worden gelezen, omdat het de situatie betreft waarin het faillissement van een moedermaatschappij kan worden aangevraagd.

G

Artikel 215 regelt de neerlegging van het verzoekschrift van een schuldenaar die surseance van betaling aanvraagt en de verlening van de surseance door de rechtbank. Aan het eerste lid wordt toegevoegd dat DNB door de griffier van de rechtbank in kennis wordt gesteld van de neerlegging van het verzoekschrift van een moedermaatschappij van een verzekeraar. Hierdoor wordt verzekerd dat DNB op de hoogte is van een dergelijke aanvraag tot surseance. In het tweede lid wordt bepaald dat DNB door de rechtbank wordt opgeroepen om gehoord te worden over de gevraagde surseance in geval de schuldenaar een moedermaatschappij van een verzekeraar is. Dit geeft DNB de mogelijkheid haar standpunt te geven over de gevraagde surseance, rekening houdend met haar eventuele voorbereidingen voor een faillissementsaanvraag of overdrachtsplan betreffende de moedermaatschappij.

H

Artikel 218 regelt de behandeling van het verzoekschrift bij de rechtbank. In het huidige zesde lid is bepaald dat een verzoek tot surseance van betaling voorgeht op een aanvraag tot faillietverklaring. Dit kan echter onwenselijk zijn in geval van een aanvraag tot faillietverklaring van een moedermaatschappij van een verzekeraar door DNB op grond van artikel 213ar en een eventuele indiening van een overdrachtsplan. Het verzoek tot surseance zou hiermee de afwikkeling van een verzekeraar of verzekeringsgroep kunnen doorkruisen. Om die reden wordt voorgesteld in het zesde lid een uitzondering te maken voor de aanvraag tot faillietverklaring op grond van artikel 213ar. Wanneer een aanvraag tot faillietverklaring door DNB op grond van artikel 213ar gelijktijdig aanhangig is met een verzoek tot surseance, komt eerst de door DNB ingediende aanvraag in behandeling. In het achtste lid wordt bepaald dat, in afwijking van het vijfde lid, DNB in staat wordt gesteld te worden gehoord alvorens een moedermaatschappij

van een verzekeraar failliet wordt verklaard. Het vijfde lid bepaalt namelijk dat wanneer de rechtbank het verzoek tot surseance afwijst, zij bij dezelfde beschikking de schuldenaar in staat van faillissement kan verklaren. Hierdoor zou de onwenselijke situatie kunnen ontstaan dat de rechtbank de moedermaatschappij van een verzekeraar failliet verklaart, terwijl DNB hier niet van op de hoogte is op een moment dat zij voorbereidingen treft voor een faillissementsverzoek of een overdrachtsplan. Met de voorgestelde wijziging wordt geborgd dat de faillietverklaring van een moedermaatschappij van een verzekeraar niet deze eventuele voorbereidingen van DNB.

I en L tot en met N

In de artikelen 242, 272, 277 en 280 wordt bepaald dat DNB in staat wordt gesteld te worden gehoord alvorens een moedermaatschappij van een verzekeraar failliet wordt verklaard. Hiermee wordt geborgd dat de faillietverklaring van een moedermaatschappij van een verzekeraar niet de eventuele voorbereidingen van DNB voor een faillissementsverzoek of een overdrachtsplan betreffende deze moedermaatschappij doorkruist.

J

In het huidige artikel 246 wordt de samenloop geregeld tussen de behandeling van een verzoek tot surseance en de behandeling van een verzoek tot intrekking van surseance. Wanneer de behandeling van een verzoek tot intrekking van surseance nog niet is afgerond voordat de behandeling van een verzoek tot surseance is gepland, worden de schuldeisers hierover geïnformeerd. In geval van een moedermaatschappij van een verzekeraar is op grond van artikel 215 ook DNB opgeroepen om te worden gehoord. Voorgesteld wordt artikel 246 zodanig aan te passen dat, indien van toepassing, ook DNB wordt geïnformeerd over de uitstel of afstel van het verhoor betreffende het verzoek tot surseance.

K

Artikel 248 regelt de samenloop tussen een verleende surseance en een verzoek tot faillietverklaring. Het huidige eerste lid bepaalt dat gedurende een surseance een faillietverklaring niet rauwelijks (zonder overleg) kan worden verzocht. Dit kan echter de effectiviteit belemmeren van de bevoegdheden van DNB om een faillissement van een moedermaatschappij van een verzekeraar aan te vragen en om ten aanzien van deze moedermaatschappij een overdrachtsplan voor te bereiden. Om die reden wordt voorgesteld het eerste lid dusdanig te wijzigen dat een faillietverklaring op grond van artikel 213a wel rauwelijks kan worden verzocht.

ARTIKEL IV

A

Artikel 2:23 bepaalt dat een verzekeraar met zetel in het buitenland, die door middel van dienstverrichting in Caribisch Nederland actief wil zijn, de Nederlandsche Bank (DNB) daarvan vooraf in kennis dient te stellen. In het kader van deze notificatieprocedure dient de verzekeraar onder andere aan te tonen dat hij voldoet aan de solvabiliteitseis van artikel 3:17. Dit wekt ten onrechte de

indruk dat DNB, anders dan in Europees Nederland, prudentieel toezicht uitoefent op deze categorie verzekeraars. Het is daarom juist om te eisen dat de verzekeraar in zijn land van herkomst onder prudentieel toezicht staat. Dit wordt bereikt door de in onderdeel A voorgestelde aanpassingen van artikel 2:23.

B

De huidige omschrijving van het begrip gekwalificeerde deelneming in artikel 3:27 is niet geheel consistent. Enerzijds wordt gesproken over "ten minste tien procent van het geplaatste aandelenkapitaal", anderzijds over "meer dan tien procent van de stemrechten". De voorgestelde aanpassing leidt tot een uniforme formulering.

C

Op grond van artikel 3:28, eerste lid, is voor het houden, verwerven of vergroten van een gekwalificeerde deelneming in een in dat lid genoemde financiële onderneming, of voor het uitoefenen van de daarmee overeenkomende zeggenschap, een verklaring van geen bezwaar (vvgb) vereist. In de praktijk blijkt behoefte te bestaan aan de mogelijkheid tot het verlenen van zogeheten bandbreedte- en groeps-vvgb's. De beide toegevoegde leden voorzien daarin.

In het geval van een bandbreedte-vvgb wordt bij het verlenen van de verklaring van geen bezwaar tevens, bij voorbaat, toestemming verleend om de deelneming of zeggenschap te vergroten zolang die binnen een bepaalde bandbreedte blijft. Bij het overschrijden van de bandbreedtegrens is alsnog een nieuwe vvgb vereist. In het geval van een groeps-vvgb wordt met één verklaring van geen bezwaar toestemming verleend voor alle deelnemingen die de groepsmaatschappijen in de desbetreffende financiële onderneming houden of willen verwerven.

D

Op grond van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, heeft een kredietinstelling een verklaring van geen bezwaar nodig als zij een significante deelneming in een andere onderneming wil houden, verwerven of vergroten. Aangezien het begrip "significant" niet is gedefinieerd, is niet geheel duidelijk in welke gevallen een vvgb vereist is. De voorgestelde tekst, die de grens legt bij deelnemingen die groter zijn dan een procent van het balanstotaal, biedt die duidelijkheid wel.

Door de toevoeging van een nieuw vierde lid aan artikel 4:23 wordt het mogelijk een bandbreedte-vvgb te verlenen aan een kredietinstelling voor het houden, verwerven of vergroten van een gekwalificeerde deelneming in een andere onderneming. Zie ook de toelichting bij onderdeel C.

Het nieuwe vijfde lid, onder 1°, maakt het mogelijk een zogeheten paraplu-vvgb te verlenen voor alle middellijke deelnemingen door kredietinstellingen die via een rechtstreekse dochtermaatschappij zijn verworven of nog worden verworven. Het gaat dan dus om middellijke deelnemingen die de dochtermaatschappij reeds heeft verworven op het moment dat zij dochter wordt van de kredietinstelling en om middellijke deelnemingen die de dochtermaatschappij nog gaat verwerven. In het vijfde lid, onder 2° wordt hetzelfde voorgesteld voor buiten de invloedssfeer van de kredietinstelling vallende middellijke deelnemingen die door een dochtermaatschappij zijn of worden verworven.

ARTIKEL V

A

Bij de wijziging van de Wwft die 1 januari 2013 in werking trad²⁶ is in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 12, onder d, geëxpliciteerd dat een advocaat, notaris of andere vrije beroepsbeoefenaar bij advies of bijstand ten behoeve van de aankoop, verkoop of overname niet alleen onder de Wwft valt bij aankoop, verkoop of overname van de gehele onderneming, maar ook in geval van een deel van een onderneming. Voorgesteld wordt dat de toen aangebrachte verdere precisering, te weten dat met de term "gedeeltelijk" wordt bedoeld op een deel van een onderneming dat zodanig substantieel is dat door de transactie een persoon toetreedt tot de kring van uiteindelijk belanghebbenden van die onderneming, vervalt. Deze nadere precisering heeft onbedoeld tot effect dat een advocaat, notaris of andere vrije beroepsbeoefenaar buiten de Wwft zou vallen bij advies of bijstand bij een wisseling van een substantieel pakket aandelen, alleen omdat geen nieuwe uiteindelijk belanghebbende in beeld komt.

Ook wordt voorgesteld om naast aan- of verkopen de aandelenoverdracht expliciet te benoemen en om niet meer alleen te verwijzen naar een onderneming, maar ook naar de neutralere opsomming die al in artikel 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 12, onder c wordt gebruikt: vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Het al dan niet drijven van een onderneming is daardoor niet meer het enige bepalende element.

B

De voorgestelde wijzigingen in artikel 3, negende en tiende lid, zijn bedoeld om de in die leden beschreven mogelijkheid van ontheffing of vrijstelling, ook betrekking te laten hebben op de per 1 januari 2013 in het artikel ingevoegde leden 3 en 4. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de aan een vrijstelling verbonden voorschriften en beperkingen, die ten onrechte in het tiende lid waren opgenomen, te verplaatsen naar het negende lid.

C

In het eerste lid van artikel 24 is verduidelijkt dat het toezicht niet alleen betrekking heeft op de naleving door de instellingen van de bij de Wwft gestelde regels, maar ook op naleving van de krachtens de Wwft gestelde regels.

D

Een onjuiste verwijzing in artikel 37 naar artikel 3, zevende lid, van de Wwft is vervangen door een verwijzing naar artikel 3, tiende lid, van de Wwft.

ARTIKEL VI

A

²⁶ Wijzigingswet financiële markten 2013 (Stb. 2012, 678).

In het nieuwe derde lid van artikel 33e is geregeld dat de kosten van het Wwft-toezicht die de kansspelautoriteit bij de onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouders in rekening brengt, onderdeel vormen van de bestaande kansspelheffing. De bestaande grondslag en systematiek van de kansspelheffing blijven ongewijzigd. Doorberekening van de Wwft-toezichtskosten via de kansspelheffing is uiteraard slechts aan de orde voor zover de kansspelautoriteit op grond van artikel 24, eerste lid, Wwft is belast met het toezicht op de naleving van die wet door die onder Wwft-toezicht gestelde instellingen. Dit vindt plaats door aanpassing van artikel 1 van het Besluit aanwijzing toezichthouders Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

B

Artikel 33f Wok regelt de verschillende tarieven van de kansspelheffing, die afhankelijk zijn van de aard van de vergunde kansspelen en de wijze waarop deze worden aangeboden. Dit artikel behoeft geen andere aanpassing dan bijstelling van de tarieven voor de onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouders. Op dit moment betreft het alleen de houder van de vergunning tot het organiseren van een speelcasino. De desbetreffende tarieven zijn in het tweede lid onder a en b uitgedrukt in een vast bedrag per speeltafel, per aangekoppelde spelersterminal en per spelersplaats van een kansspelautomaat bestemd voor opstelling in een speelcasino. Indien het wetsvoorstel kansspelen op afstand tot wet wordt verheven en in werking treedt, worden ook de houders van een vergunning tot het organiseren van kansspelen op afstand onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouders. In dat geval wordt het percentage van het bruto-spelresultaat (artikel 33f, derde lid, Wok) aangepast. Dit wordt geregeld in de afstemmingsbepaling (Artikel XII). De verhoging van deze tarieven als gevolg van het doorberekenen van de Wwft-toezichtskosten van de kansspelautoriteit is toegelicht in paragraaf 4, onderdeel e, van het algemene deel van deze toelichting. De procedurele bepalingen in het huidige derde tot en met negende lid behoeven geen aanpassing.

ARTIKEL VII

A

In artikel 1.1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel p, onder 2°, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES is een onjuiste verwijzing gecorrigeerd.

B

Uit de toezichtspraktijk van de douane is gebleken dat het wenselijk is om bestuursrechtelijk te kunnen optreden tegen het niet naleven van de artikelen 4.2 en 4.3 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES. Tot nu toe kon, ingevolge artikel 6.1 van deze wet, alleen strafrechtelijk worden opgetreden tegen niet naleving van artikel 4.2. Door het voorstel tot toevoeging van de artikelen 4.2 en 4.3 aan de artikelen 5.10, eerste lid, en 5.11, eerste lid, wordt de mogelijkheid in het leven geroepen voor de toezichthouder om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen bij het niet doen van een aanmelding van een grensoverschrijdend geldtransport met een waarde

van USD 10 000 of meer (artikel 4.2) of het niet verstrekken van de juiste gegevens bij die aanmelding (artikel 4.3).

ARTIKEL VIII

Deze wijziging houdt verband met het laten vervallen van het derde lid van artikel 4:60 Wft.

ARTIKEL IX

Ingevolge het amendement Van Vliet op de Wet op het accountantsberoep²⁷, gaat vanaf 1 januari 2016 een roulatieplicht gelden voor accountantsorganisaties voor wat betreft wettelijke controles van organisaties van openbaar belang. De termijn voor deze roulatie wordt in het onderhavige artikel aangepast van acht naar tien jaar in combinatie met een afkoelingsperiode van vier jaar. Hierdoor wordt de roulatieplicht meer in lijn gebracht met de Verordening (EU) Nr. 537/2014 van het Europees parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende specifieke eisen voor de wettelijke controles van financiële overzichten van organisaties van openbaar belang en tot intrekking van Besluit 2005/909/EG van de Commissie (PbEU 2014, L158).

Ingevolge het nieuwe onderdeel c van artikel 23 van de Wet toezicht accountantsorganisaties mag een accountantsorganisatie geen wettelijke controle verrichten bij een organisatie van openbaar belang, indien zij met betrekking tot die organisatie gedurende een periode van vier jaren volgend op een periode van tien aaneengesloten jaren waarin de accountantsorganisatie de wettelijke controles heeft verricht of een aanmerkelijk deel van de financiële administratie heeft verzorgd of ingericht.

ARTIKEL X

In combinatie met het vaststellen van de roulatieplicht voor accountantsorganisaties op een termijn van tien jaar wordt de partnerroulatietermijn in artikel 24 Wta aangepast naar vijf jaar, zodat op de helft van de termijn, waarna de accountantsorganisatie dient te wisselen, de externe accountant die verantwoordelijk is voor de wettelijke controle binnen de accountantsorganisatie wisselt. De vereiste interne roulatie geldt voor alle externe accountants die verantwoordelijk zijn voor de wettelijke controle. Dit is minimaal de voor de controle (mede)verantwoordelijke externe accountant, maar de roulatieplicht kan ook andere externe accountants betreffen, te weten sleutelfiguren van het bij de controleopdracht betrokken accountantsteam.

ARTIKEL XI

Artikel VI van het wetsvoorstel voorziet in de basis voor doorberekening van Wwft-toezichtkosten aan de onder Wwft-toezicht gestelde

²⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 025, nr. 19.

kansspelvergunninghouders en in de aanpassing van het tarief van de – op dit moment enige – onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouder (Holland Casino) door middel van wijziging van de artikelen 33e en 33f Wok. Het voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen, de Wet op de kansspelbelasting en enkele andere wetten in verband met het organiseren van kansspelen op afstand (Wet kansspelen op afstand) bevat eveneens wijzigingen van de artikelen 33e en 33f Wok. Dit artikel bevat een afstemmingsbepaling.

Indien het voorstel voor de Wet kansspelen op afstand eerder in werking treedt dan dit voorstel voor een Wijzigingswet financiële markten 2016, vult artikel VI van dit wetsvoorstel de bestemming van de kansspelheffing aan met de kosten van het Wwft-toezicht en wijzigt dat artikel het tarief voor de – op dit moment enige – onder Wwft-toezicht gestelde kansspelvergunninghouder (Holland Casino). In dat geval moet het tarief voor de aanbieders van kansspelen op afstand nog worden aangepast in dit wetsvoorstel. Indien onderhavig wetsvoorstel eerder in werking treedt dan het wetsvoorstel kansspelen op afstand, moet die aanpassing plaatsvinden in dat wetsvoorstel kansspelen op afstand.

ARTIKELen XII en XIII

Deze artikelen bevatten de inwerkingtredingsbepaling en de citeertitel.

De Minister van Financiën,