



## Wijzigingsbesluit financiële markten 2013

DUFAS<sup>1</sup> geeft in dit position paper zijn commentaar op de bepalingen in het concept Wijzigingsbesluit financiële markten 2013 inzake het productontwikkelingsproces, een moreel-ethische verklaring ('bankierseed') en het een verbod op beleggen in clustermunitiefabrikanten. **Samengevat:**

- Het productontwikkelingsproces is niet effectief voor de In Nederland aangeboden beleggingsinstellingen en daardoor contra-productief.
- Inzake de moreel-ethische verklaringen dienen een aantal zaken nader gepreciseerd te worden ten aanzien van de kring van medewerkers, de inhoud van de eed/belofte en de controle op de naleving.
- Het verbod op clustermunitie gaat ons lang niet ver genoeg: het verbod moet ook voor o.a. particulieren gelden en er moet een lijst van fabrikanten komen wil het verbod effectief, naleefbaar en handhaafbaar zijn.

### Productontwikkelingsproces

De ophanging van het nieuwe art. 32, Bgfo (art. II, onderdeel D, Wijzigingsbesluit) aan art 4:14 en 4:15, Wft (integere bedrijfsvoering) betekent zonder nadere beperking van de reikwijdte dat (beheerders van) Nederlandse *retail*<sup>2</sup> beleggingsinstellingen (UCITS, AIFs en andere) aan de regels onderworpen zullen zijn. Deze ophanging betekent dat het een extra vergunningseis in Nederland wordt.

Dat verstoort het grensoverschrijdend *level playing field*, omdat deze eis elders in de Europese Unie niet wordt gesteld. Tevens beïnvloedt deze eis het vestigingsklimaat voor Nederlandse beleggingsinstellingen en hun beheerders in nadelig maar raakt de meeste in Nederland aangeboden belegginginstellingen niet, noch raakt het concurrerende producten zoals die op basis van de Prospectusrichtlijn. Wij zetten daarom grote vraagtekens bij de effectiviteit van deze regels voor beleggingsinstellingen.

UCITS zijn op productniveau gereguleerd (UCITS richtlijn) en het is een financieel product waarbij de consument aandeelhouder wordt. Dat geeft de consument allerlei rechten op grond van het BW. Dat zijn daarmee fundamenteel andere producten dan andere financiële producten of diensten.

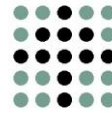
### Overlap en strijd met andere regels

Deze eis is voor beleggingsinstellingen overbodig, omdat de wettelijke regels voor UCITS

---

<sup>1</sup> DUFAS is de belangenvereniging van de Nederlandse asset management sector (vermogensbeheer, beheer van beleggingsinstellingen) en kent naast onafhankelijke asset managers leden uit de bankensector, verzekerings-, vastgoed- en pensioensector. DUFAS is lid van EFAMA, de belangenvereniging van Europese asset managers. Zie voor meer informatie [www.dufas.nl](http://www.dufas.nl)

<sup>2</sup> De eis wordt terecht niet gesteld aan inter-professionele fondsen (zie art. 32, lid 7, Bgfo)



(en AIFs) in feite zelf al een door de wetgever goedgekeurd product betreffen. De bedoeling van de invoering van deze bepaling is om “massa-schade voor consument en maatschappij te voorkomen door pertinent slechte producten” (p. 28, NvT). De voorschriften in UCITS, AIFMD en MiFID zorgen daar al voor bij beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen (met name beleggingsadviseurs en vermogensbeheerders).

Tenslotte zijn het de beleggers zelf degene die wijzigingen in de fondsvoorwaarden doorgaans moeten goedkeuren in de participantenvergadering. Anders dan bij andere financiële producten kunnen bij beleggingsinstellingen de cliënten zelf de productvoorwaarden aanpassen.

Op grond van de UCITS richtlijn moet voor ieder product vóór introductie reeds een vergunning worden verleend en gelden uitgebreide voorschriften inzake onder meer het beleggingsbeleid, risicomanagement en informatieverstrekking aan consumenten (onder meer inzake het prospectus en de Essentiële Beleggersinformatie). Nu hier dus al inhoudelijke eisen worden gesteld en een goedkeuring is verkregen van de toezichthouder voor het product, is er naar wij menen geen plaats meer voor additionele eisen aan het productontwikkelingsproces. In Europees verband is verder met de UCITS richtlijn vastgesteld dat UCITS generiek geschikt zijn om aan consumenten te worden aangeboden. Dit laatste wordt ook bevestigd door het feit dat op grond van MiFID deze producten als niet-complex worden aangeduid.

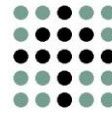
Ook voor wijzigingen in het product na introductie bestaan reeds procedures en waarborgen voor consumenten. Artikel 4:47, Wft regelt de informatie die in dat verband moet worden gepubliceerd en tevens dat wanneer rechten van deelnemers worden verminderd of lasten verhoogd, er een wachtperiode is na publicatie voordat die wijzigingen in kunnen gaan. Deelnemers kunnen dan voor de invoering van de wijzigingen tegen normale voorwaarden hun deelnemingsrechten verkopen.

In art. 32, lid 4, Bgfo staat dat het product moet worden aangepast of de aanbidding moet worden gestaakt indien er afbreuk wordt gedaan aan de belangen van de consument. Dat kan niet gelden voor beleggingsinstellingen (ongeacht of die aan retail beleggers of professionele beleggers worden aangeboden), omdat daarvoor al een regeling geldt die diametraal tegengesteld is (bijlage I, punt 3.4., Bgfo): Indien bij een (*open end of closed end*) beleggingsinstelling de voorwaarden ten nadele van de participanten in het fonds worden gewijzigd (bijv. verhoging van de beheervergoeding) moet een overgangstermijn van één maand in acht worden genomen, gedurende welke de participanten hun belang in het fonds tegen de oude voorwaarden kunnen verkopen.

Daarnaast moet conform art. 91, Bgfo de AFM instemmen met een verandering van het fondsreglement, de statuten, de beheerder en de bewaarder van een beleggingsfonds.

Het nu voorgestelde art 32, Bgfo vormt ook een enorme overlap met het reeds decennia bestaande artikelen 83, Bgfo en 38, lid 1, sub b, Bgfo. Die artikelen bepalen al dat beheerders van beleggingsinstellingen verplicht zijn te allen tijde te handelen in het belang van de beleggers en beleggers in gelijke gevallen gelijk te behandelen.

Bedacht moet worden dat een *open end* beleggingsinstelling naar de aard van het product een andere behandeling rechtvaardigt. Vanwege het open end karakter is de beheerder ver-



plicht om op verzoek van een deelnemer deelnemingsrechten in te kopen of uit te geven. Bevalt een open end beleggingsinstelling een klant niet, dan kan hij dus ten allen tijde zijn stukken verkopen, waarbij de prijs niet wordt bepaald door vraag en aanbod maar puur door de onderliggende waarde van de beleggingen (minus eventueel een kleine afslag die vooraf is vastgesteld en gepubliceerd). Kortom, de klant zit niet vast aan een product en behoeft bij een *open end* beleggingsinstelling geen additionele bescherming boven hetgeen al is geregeld.

Indien een UCITS niet voldoet aan de productvoorwaarden van de UCITS richtlijn, of de beheerder niet aan zijn taken, dan kan de AFM op grond van zijn bestaande bestuursrechtelijke bevoegdheden bijvoorbeeld een (dwingende) aanwijzing geven of uiteindelijk zelfs de vergunning voor dat product of de beheerder intrekken. Hiermee beschikt de AFM reeds over effectieve, bestaande middelen die ze kan inzetten.

### *Niet effectief voor de meeste beleggingsproducten*

Daarnaast kan deze eis van een productgoedkeuringsproces niet opgelegd worden aan buitenlandse UCITS en AIFs, omdat die op grond van de Europese richtlijnen UCITS en AIFMD een Europees paspoort hebben.<sup>3</sup> Per mei 2012 werden 709 buitenlandse UCITS met in totaal 6.054 subfondsen in Nederland aangeboden door buitenlandse 34 beheerders (en nog eens 69 (sub)fondsen op grond van het adequaat toezicht regime) tegen 642 Nederlandse beleggingsinstellingen en subfondsen (waarvan 29 UCITS en een aantal *closed end* vastgoedfondsen).<sup>4</sup> Voor **meer dan 90%** van de in Nederland aangeboden fondsen zal het productgoedkeuringsproces dus niet gaan gelden.

In het voorstel worden *structured products* niet betrokken omdat dat Prospectusrichtlijn-producten zijn, waarvoor maximum harmonisatie geldt. Dat biedt concurrentievervalsing: men kan een beleggingsfonds zo structureren dat het de juridische structuur heeft van een product dat onder de Prospectus richtlijn valt. Hoeveel *structured products* er in Nederland worden aangeboden is ons niet bekend, maar schattingen lopen in de duizenden. De meeste *exchange traded funds* (ETFs) zijn *structured products* die buiten de productontwikkelingsprocesverplichting vallen. En elke bank biedt zijn eigen *structured notes* aan.

Hiermee **valt dus een verwaarloosbaar klein deel van de beleggingsproducten onder de reikwijdte van de verplichting inzake het productontwikkelingsproces**, hetgeen een duidelijk ongelijk speelveld creëert voor de verschillende aanbieders en ongelijke behandeling van producten. Over deze beperking in de reikwijdte, wordt ten onrechte niets opgemerkt in de toelichting.

Het lijkt ons duidelijk dat regels die slechts een (klein) deel van de producten en de aanbieders betreft, per definitie niet als effectief kan worden beschouwd. Bovendien kan het de reeds bestaande tendens van Nederlandse beheerders versterken, om naar Luxemburg of Ierland te verhuizen en nieuwe producten nog slechts als UCITS in Nederland aan te bieden. Het heeft niet zoveel zin om in Nederland het meest perfecte toezichtstelsel op beleggingsinstellingen te hebben als er vrijwel geen beleggingsinstellingen meer zijn in Nederland

---

<sup>3</sup> Uit de berekening van de nalevingslasten (p. 35, NvT) blijkt overigens dat het ministerie van Financiën ervan uitgaat dat buitenlandse UCITS/ICBEs wel aan deze verplichting kunnen worden onderworpen. Dat is onjuist.

<sup>4</sup> Opgave AFM en DNB, mei 2012.



om toezicht op te houden.

### *Reikwijdte*

Het voorgestelde artikel 32 Bgfo verwijst naar artikel 4.14 Wft dat het begrip financiële onderneming gebruikt als bedoeld in art. 1:1 Wft. De bewaarder en pensioenbewaarder zijn hier ten onrechte in betrokken. Bewaren is wel een product (maar geen financieel product in de zin van de Wft), maar een product dat volledig wordt gereguleerd door de goederenrechtelijke rechtspositie. De productontwikkeling is in dat geval kortom in handen van de wetgever. Daarnaast is het de bewaarder en pensioenbewaarder door de Wft verboden om aan te bieden of samen te stellen of verkrijgbaar te stellen (zie art. 4:44 Wft), zodat het binnen de reikwijdte brengen van deze entiteiten onjuist en vreemd is.

### *“samenstelt en in de markt verkrijgbaar stelt”*

De Wft kent in zijn definitiebepalingen diverse begrippen voor activiteiten van financiële ondernemingen. “Aanbieden”, “bemiddelen”, “verlenen van beleggingsdiensten” en “verrichten van een beleggingsactiviteit” zijn hierbij duidelijk gedefinieerd. In artikel 32 Bgfo wordt daarnaast ook de niet gedefinieerde activiteit “samenstelt en in de markt verkrijgbaar stelt” gebruikt. Wat dit precies inhoudt is niet duidelijk gedefinieerd en hetgeen in de toelichting hierover wordt opgemerkt leidt tot onduidelijkheid over de afbakening tussen “aanbieden” en “samenstellen en in de markt verkrijgbaar stelt”.

Naar de mening van DUFAS valt een (derde) partij die bestaande producten combineert en daar een nieuw totaalproduct van maakt, met eventuele toevoegingen, gewoon onder de definitie van “aanbieden” en dient hij zich aan de regels voor “aanbieden” te houden. De zinsede “samenstelt en in de markt verkrijgbaar stelt” kan dan ook vervallen.

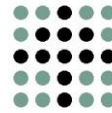
### *Verhouding aanbieder-distributeur*

In het besluit lijkt te worden miskend dat er een onderscheid is tussen de partij die een product maakt en degene die dat product distribueert. In geval van beleggingsinstellingen worden die producten gemaakt door een beheerder. Distributie vindt plaats via banken en/of beleggingsondernemingen. In het kader van de distributie aan consumenten gelden daarbij reeds diverse eisen rond passendheid en geschiktheid vanuit MiFID. Mede om die reden zijn beleggingsondernemingen ook uitgezonderd van de reikwijdte van het productgoedkeuringsproces.

Echter in artikel 32, lid 2, Bgfo worden allerlei zaken verplicht gesteld die tot het domein van de distributeur behoren of de financiële dienstverlener en niet op het terrein van de maker van het product (de beheerder van de beleggingsinstelling). Doordat de beheerder als aanbieder in de zin van de Wft is aangemerkt worden dus allerlei verplichtingen op hem van toepassing verklaard die naar zijn aard niet tot zijn taken of verantwoordelijkheden behoren.

### *Doelgroep*

Zoals hierboven aangegeven worden UCITS naar hun aard in brede zin geschikt geacht te zijn voor consumenten. De distributeur dient vervolgens in het kader van zijn taken te kijken in hoeverre een specifiek product past in het risico-profiel en voldoet aan de doelstellingen van een klant. Een en ander is sterk afhankelijk van de specifieke combinatie van eigenschappen van de individuele klant. Van een product kan veelal vooraf niet worden aangegeven dat



het geschikt of ongeschikt is voor bepaalde klanten. Dat hangt naast beleggingsdoelstellingen en risicoprofiel onder meer ook sterk af van de verdere vermogenspositie, vooruitzichten en portefeuille van een klant. Het afbakenen van een doelgroep (art 32, lid 2, sub a) is voor beleggingsinstellingen dan ook niet goed mogelijk, anders dan al plaatsvindt in de Essentiële Beleggersinformatie.

Daarnaast kunnen beleggingsinstellingen een notering hebben op een gereguleerde markt in Nederland of daarbuiten. De aanbieder heeft daardoor geen zicht op of controle over de personen aan wie wordt gedistribueerd en kan dus ook niet differentiëren.

### *Productinformatie en EBI-verordening*

Art 32, lid 2, sub c kan niet gelden voor *open end* beleggingsinstellingen. Daarvoor gelden uitgebreide informatieverplichtingen op grond van de Europese Verordening inzake de Essentiële beleggersinformatie (Verordening 583/2010), die in Nederland ook geldt voor *open end* beleggingsinstellingen die geen UCITS zijn. Zoals eerder aangegeven wordt er hierbij van uitgegaan dat UCITS in brede zin geschikt zijn voor distributie aan consumenten. In de Verordening wordt geen onderscheid gemaakt naar soorten beleggers. Het is ons inziens in strijd met deze Verordening indien in Nederland wel nadere onderverdeling verplicht wordt gesteld, los van het feit dat, zoals hierboven aangegeven de doelgroep van een product niet vastomlijnd hoeft of kan zijn.

### *Productgoedkeuring of productgoedkeuringsproces?*

Art 32, lid 4 en de toelichting daarop veranderen het totaal aan regels van een productgoedkeuringsproces in inhoudelijke productgoedkeuringscriteria. De normstelling is zeer breed en algemeen geformuleerd “afbreuk doet aan de belangen van de consument of cliënt” met vervolgens zeer ingrijpende maatregelen of consequenties die toegepast moeten worden. Gegeven de consequenties zouden alleen strak omschreven omstandigheden daarbij passen.

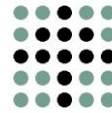
Hoe moet die inhoudelijke norm geïnterpreteerd worden? In iedere situatie waarin een aanbieder meer dan kostprijs rekent voor de diensten kan worden gesteld dat dit afbreuk doet aan de belangen van de consument of cliënt. Dat is naar onze mening een veel te ruime en ééndimensionale normstelling. Immers, economische transacties komen in een vrije markteconomie alleen maar tot stand als beide partijen er voor zichzelf nut in zien. Er moet dus een win-win zijn. Als alleen de consument of cliënt baat heeft bij een transactie en de aanbieder niet, zal de aanbieder het product of de dienst niet (meer) aanbieden.

### *Staken aanbod raakt bestaande cliënten*

In de toelichting op art 32, lid 4 wordt gesteld dat de verplichting beperkt is tot “nieuw te sluiten overeenkomsten”. Indien een *open end* beleggingsinstelling het aanbieden van het product moet staken, voldoet hij niet meer aan de eisen die de wet/richtlijn stelt aan een *open end* beleggingsinstelling en verliest hij de UCITS status. Consequentie daarvan is verplicht liquideren van de beleggingen. Dat is niet in het belang van de beleggers. In afwijking van hetgeen in de toelichting staat opgenomen, raakt een en ander dus wel degelijk ook de bestaande beleggers.

### *Reeds gesloten overeenkomsten*

Uit art. 32, lid 6 volgt dat lid 4 van toepassing is op het aanbieden van deelnemingsrechten in



*open end* beleggingsinstellingen, maar niet op beleggingsobjecten, betaalrekeningen, elektronisch geld, krediet, spaarrekening of premiepensioenvordering. De reden hiervoor wordt niet duidelijk.

Hoewel in de toelichting staat dat de wetgever het niet wenselijk acht om op voorhand in te grijpen in de voorwaarden en bepalingen van reeds gesloten overeenkomsten wordt dit op deze wijze wel gedaan ten aanzien van financiële instrumenten, zoals beleggingsinstellingen.

Overigens vragen wij ons af waarom dit niet in het overgangsrecht wordt geregeld.

### *Uitzondering voor aanbieden van beleggingsinstellingen*

Art. 32, lid 7 moet op grond van het hierboven gestelde naar de mening van DUFAS niet alleen gelden voor het aanbieden van deelnemingsrechten aan professionele beleggers en beleggingsondernemingen, maar ook alle andere typen cliënten, namelijk *retail* beleggers en in aanmerking komende tegenpartijen (= vooral institutionele beleggers). Kortom, de zinsnede “aan professionele beleggers of beleggingsondernemingen” moet worden geschrapt.

## Moreel-ethische verklaring

Het Besluit prudentiële regels regelt in art. 16a de bankierseed voor enkele typen financiële ondernemingen (art. IV van het Wijzigingsbesluit), terwijl het voor o.a. beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen apart wordt geregeld in art. 20a Bgfo (art. II onderdel B, Wijzigingsbesluit) ? Heeft dit als gevolg dat het toezicht op de norm verdeeld is tussen de AFM en DNB? Als dat zo is kan dat tot ongelijke interpretaties leiden en dat lijkt ons ongewenst.

### *Reikwijdte*

Het is de vraag of in de huidige formulering van artikel 25a, lid 3, Bgfo hetgeen in artikel I, lid I van de Ministeriele Regeling (MR) wel mag worden bepaald; art. 25, lid 3 ziet op de eed en niet op de kring van personen die hem moet afleggen. Art. 20a, lid I, Bgfo moeten “werknemers en natuurlijke personen werkzaam onder haar verantwoordelijkheid afleggen” de moreel-ethische verklaring afleggen. Art. 25a, lid 3 zou dus anders geformuleerd moeten worden om art. I, lid I MR mogelijk te maken.

De bankierseed moet volgens de Ministeriele Regeling worden afgelegd door alle “werknemers en natuurlijk personen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een financiële onderneming” (art I, lid I, MR). Dat lijkt niet alleen te omvatten vaste- en tijdelijke medewerkers, maar ook medewerkers in het buitenland. Voor zover deze geen Nederlands spreken is dit lastig. Als hier een beëdigde vertaling nodig is, klopt de berekening van de nalevingslasten van het ministerie niet.

Er is een uitzondering voor “personen die in het geheel los staan van de kernactiviteiten”, zoals receptionistes en cateringmedewerkers. DUFAS is van mening dat ook bijvoorbeeld schoonmakers en postkamermedewerkers, afdeling repro, bewaking/*security*, *facility management*, *public relations* medewerkers, *public affairs* medewerkers, *human resources*, financiële administratie, etc. los staan van de kernactiviteiten. Graag verkrijgen wij duidelijkheid van het ministerie of dat de bedoeling is. DUFAS zou het op prijs stellen als hieraan aandacht wordt besteedt in de Nota van Toelichting.



DUFAS is er voorstander van de kring van eed/belofte afleggers te beperken tot de medewerkers die het risicoprofiel van de onderneming wezenlijk kunnen beïnvloeden: “*identified staff*”, zoals bedoeld in de Regeling beheerst beloningsbeleid 2011 van DNB.

De eed/belofte moet volgens art 2, lid 1, MR worden afgelegd “ten overstaan van een persoon in een hogere functie en in tegenwoordigheid van een andere vertegenwoordiger van de onderneming”. Dat lijkt ons een ruimere categorie mensen dan “dagelijks beleidsbepalers” zoals in de begeleidende brief staat. Daarnaast is hiermee onduidelijk waar gedetacheerden hun eed moeten afleggen.

De eed/belofte moet volgens art. 1, lid 1, MR worden afgelegd “binnen drie maanden na aanvang van de werkzaamheden”. Ook hier ontstaat een probleem voor veel gedetacheerden en uitzendkrachten, omdat deze eenvoudig niet lang genoeg werkzaam zijn voor de betreffende onderneming. DUFAS zou willen voorstellen om voor deze groep een uitzondering te maken danwel het mogelijk te maken dergelijke personen de eed extern te laten afleggen. Dan kan worden gezien of DSI hier een rol in kan krijgen.

### *Inhoud eed/belofte*

DUFAS adviseert om de eed/belofte in bijlage 2 en 3 nauwer te laten aansluiten bij de wettelijk verplichtingen, door de in juridische zin onduidelijke tekst “de klant centraal stellen” te vervangen door de veel nauwkeuriger omschrijving “wettelijke zorgplicht”, die immers in de Wft is uitgewerkt. In het geval van beleggingsinstellingen en hun beheerders kan nog nauwkeuriger verwezen worden naar de plicht om te handelen in het belang van de belegger (art. 83, lid 1, Bgfo).

DUFAS adviseert de zin in de verklaring zelf die luidt “Ik zweer/beloof dat ik geheim zal houden wat mij is toevertrouwd” aan te vullen met “voor zover de wet mij niet tot iets anders verplicht”. Dit om te voorkomen dat de geheimhoudingsbepaling later blijkt een ruimere werking te hebben dan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever was.

### *Controle op de naleving*

Art 20a, lid 2, Bgfo lijkt zeer ver strekkend. Er staat dat “de beheerder of beleggingsmaatschappij beschikt over adequate controlemechanismen ten behoeve van het afleggen en naleven van de eed of belofte”.

Dit lijkt te impliceren dat, op een moment dat een medewerker de eed/belofte niet helemaal correct naleeft, de beheerder direct in overtreding is, ondanks dat hij zijn uiterste best doet om zijn medewerkers naar de geest van de eed/belofte te laten handelen. Dit gaat wat ons betreft veel te ver. Of betekent dit dat de beheerder alleen in overtreding is indien hij niet kan laten zien dat hij adequate maatregelen genomen heeft en er sprake is van een uitzondering? Of is een geconstateerde overtreding voldoende aanwijzing dat de genomen maatregelen niet adequaat zijn? Wij zouden graag zien dat in de Nota van Toelichting aandacht wordt besteedt aan deze vragen.



## Verbod op beleggen in clustermunitiefabrikanten

Het voorgestelde art. 21a, Besluit marktmisbruik Wft (art III, Wijzigingsbesluit) lijkt glashelder, maar roept bij nadere beschouwing heel veel vragen op, die de Nota van Toelichting niet in ogenschouw neemt.

### *Reikwijdte*

DUFAS is van mening dat de reikwijdte van het verbod veel te beperkt is. Het verbod op beleggen in clustermunitie wordt opgehangen aan art. 5:68, lid 3, Wft, een marktmisbruikbepaling uit de Wft. Maar dit heeft niets te maken met de doelstellingen van de marktmisbruikregels, nl. een ordelijke gang van zaken op de financiële markten of bescherming van beleggers op die markten.

Als dit verbod politiek wenselijk wordt geacht, zou het niet alleen maar ondernemingen moeten treffen die onder de Wft vallen, maar ook andere Nederlandse ondernemingen en tevens Nederlandse particuliere beleggers en andere particulieren die ingezetenen van Nederland zijn. Het verbod treft ook lagere overheden in Nederland niet, en de Wet Fido kent dit verbod ook niet. Nederlandse particulieren, liefdadigheidsinstellingen en Nederlandse lagere overheden kunnen eenvoudig aan dit verbod ontkomen door voor hun financiële transacties in zee te gaan met niet-Nederlandse financiële instellingen in bijvoorbeeld Duitsland, waar beleggen in clustermunitie niet is verboden.<sup>5</sup>

Een aparte wet of het onderbrengen in het strafrecht (bijv. Wet op de Economische Delicten, Wet Wapens en Munitie) lijkt ons daarom meer voor de hand liggen dan opname in de Wft. Wij vragen ons af waarom deze opties niet in de nota van Toelichting besproken zijn.

### *Bewuste belegging*

De formulering dat “adequate maatregelen moeten worden getroffen teneinde te vermijden dat” is lijkt ons een goede manier om te bepalen dat alleen bewuste beleggingen zijn bedoeld in de zin van wist-of-behoorde-te-weten. De Nota van Toelichting sluit daar niet goed op aan omdat daar staat dat “een belegging in de productie, verkoop of distributie van clustermunitie wordt gezien als een handeling die in strijd is met een integere bedrijfsuitoefening” (p. 83).

Overigens zijn wij niet gelukkig met de wijze waarop thans in het kader van marktmisbruik door de toezichthouder wordt omgegaan met deze wist-of-behoorde-te-weten-constructie: als er een overtreding is concludeert de toezichthouder daaruit dat de *controls* onvoldoende waren, wat natuurlijk niet juist is: geen enkel beheersingsmechanisme is geheel sluitend.

Daarom zouden wij graag zien dat in de Nota van Toelichting aandacht wordt besteedt aan de volgende vragen. Betekent de formulering “adequate maatregelen moeten worden getroffen teneinde te vermijden dat” dat, op een moment dat een medewerker de eed/belofte niet helemaal correct naleeft, de beheerder direct in overtreding is, ondanks dat hij zijn uiterste best doet om zijn medewerkers naar de geest van de eed/belofte te laten handelen? Of betekent dit dat de beheerder alleen in overtreding is indien hij niet kan laten zien dat hij adequate maatregelen genomen heeft en er sprake is van een uitzondering? Of is een geconsta-

<sup>5</sup> *Cluster Munitions Monitor 2011*. Het is ook niet verboden in Denemarken, Zwitserland en Oostenrijk.





teerde overtreding voldoende aanwijzing dat de genomen maatregelen niet adequaat zijn?

### *Execution only*

Onduidelijk is of een vermogensbeheerder, broker of bank ook *execution only* orders van particuliere beleggers moet gaan tegenhouden indien het gaat om een order in aandelen of obligaties van een clustermunitiefabrikant. Als dat het geval is, levert ook dat aanzienlijke nalevingslasten op.

### *Lijst van clustermunitiefabrikanten*

De definitie van clustermunitie in het Verdrag (art 2, lid 2, 3, en wellicht 12 en 13) is nogal ingewikkeld, zeker voor mensen die gewend zijn met financiële instrumenten te werken in plaats van met militaire wapens. Er zijn ook moderne (“*smart*”) wapens waarover men het niet eens is of deze onder het Verdrag vallen.<sup>6</sup>

Onduidelijk is hoe met *inter-company* belangen moet worden omgegaan. In geval een groot concern in een kleine dochtermaatschappij clustermunitie maakt, moet dan beleggen in dat concern als geheel worden verboden, ook als de clustermunitie een verwaarloosbaar klein deel van de omzet van het concern uitmaakt? En als deze onderneming met andere ondernemingen een joint venture sluit dat niet over clustermunitie gaat, hoe moet dan gehandeld worden? Of valt dit alles onder de uitzondering van “nauwkeurig omschreven projecten” van art. 21a, lid 2, sub c?

Gezien de complexiteit van de definitie en de ondernemingen die naar onze mening in een grijs gebied zouden vallen zou in verband met de uitvoerbaarheid en effectiviteit van de regel één centrale actuele lijst van geverifieerde munitiefabrikanten die verboden munities maken, moeten worden samengesteld en bijgehouden. Dit zou het beste in overleg tussen overheid en financiële instellingen, gefaciliteerd door de overheid, kunnen gebeuren.<sup>7</sup> Zonder een dergelijke lijst kan de toezichthouder het verbod niet handhaven en is het niet effectief.

### *Lijst van fabrikanten van “cruciale onderdelen”*

Het Verdrag inzake clustermunitie rept nergens over “cruciale onderdelen” van clustermunitie. In de Nota van Toelichting op het Wijzigingsbesluit wordt verwezen naar *dual use* onderdelen (p. 84). Nu voor *dual use* onderdelen reeds een lijst wordt bijgehouden door de Nederlandse overheid,<sup>8</sup> stellen wij voor dat de Nederlandse overheid ook een lijst gaat opstellen waarop de betreffende “cruciale” onderdelen en hun fabrikanten staan. Zonder een dergelijke lijst kan de toezichthouder het verbod niet handhaven en is het niet effectief.

---

<sup>6</sup> Zie bijv. <http://www.stopclustermunitions.org/the-problem/what-is/?id=107>. Omdat “smart” munitie niet zonder aanzien des persoon letsel zou veroorzaken en het risico van blindgangers ook niet of in veel mindere mate aanwezig zou zijn, wordt wel betoogd dat dergelijke wapens niet onder het Verdrag zouden vallen. Zie voor een bespreking van de uitzonderingen op het verdragsverbod ook Gro Nystuen, Stuart Casey-Maslen (eds.), *The Convention on Cluster Munitions, A Commentary*, Oxford University Press, 2010, p. 161 e.v.

<sup>7</sup> Wij verwijzen naar het voorbeeld van de Noorse Ethical Commission (zie ook [http://www.regjeringen.no/en/sub/styrer-rad-utvalg/ethics\\_council.html](http://www.regjeringen.no/en/sub/styrer-rad-utvalg/ethics_council.html)) en de Belgische en Luxemburgse wetgeving, die ook zo’n lijst kennen.

<sup>8</sup> Zie <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/exportcontrole-strategische-goederen/dual-use-goederen>.



### Verkoop binnen een redelijke termijn en engagement

Het voorstel geeft geen ruimte voor *engagement* (om de onderneming in kwestie ervan te overtuigen de cluster munitiefabriek snel weer door te verkopen of te sluiten). Dat betreuren wij. *Engagement* werkt immers niet meer nadat de belegger zijn belang verkocht heeft: dan zal de directie van de betrokken onderneming niet meer willen luisteren. Naast een verbod en sancties zouden ook inspanningen moet worden beloofd van partijen om het doel van het Verdrag te bereiken. En als *engagement* slaagt zijn er méér beleggers die niet meer in cluster munitie beleggen dan wanneer de belegger zijn belang eenvoudig had verkocht.

Wij zouden daarom een lans willen breken voor het toestaan van *engagement* gedurende een bepaalde periode, bijvoorbeeld 2 jaar, teneinde de leiding van de onderneming in kwestie ertoe te bewegen de cluster munitiefabriek in hun portefeuille te verkopen of te sluiten. Het kan immers zo zijn dat de onderneming in kwestie bereid is de activiteit te staken of te verkopen aan nieuwe eigenaren. Het kan ook zijn dat de productie van cluster munitie onderdeel is van een acquisitie van een andere groep van ondernemingen, en dit een activiteit is die de nieuwe eigenaren niet willen voortzetten.

Als de redelijke termijn moet worden uitgelegd zoals wordt voorgesteld (binnen 6 maanden, zie p. 85 NvT) lijkt de Noorse lijst te indiceren dat 6 maanden onvoldoende is. Als een activiteit niet binnen redelijke termijn verkocht kan worden (waarbij de medewerkers ook overgenomen worden) zal hij gesloten moeten worden en dan zal een afvloeiingsregeling moeten worden gemaakt in overleg met de werknemers. Daarom denken wij dat een redelijke termijn niet 6 maanden zou moeten zijn, maar 2 jaar. De tabel inzake de Noorse lijst hieronder maakt duidelijk dat 2 jaar (24 maanden) nog steeds heel erg krap is.

**Tabel: ondernemingen op de Noorse lijst**

Naam	op lijst	van lijst af	maanden op lijst
General Dynamics Corp,	16 juni 2005		82
Raytheon Co,	16 juni 2005		82
Lockheed Martin Corp	16 juni 2005		82
Alliant Techsystems Inc	16 juni 2005		82
EADS (European Aeronautic Defense and Space Company)	16 juni 2005	18 april 2006	9
Thales SA	16 juni 2005	13 feb 2009	43
L-3 Communications Holdings Inc	16 juni 2005	15 nov 2010	64
Poongsan Corporation	6 sept 2006		67
Rheinmetall AG	15 mei 2007	5 sept 2007	3
Hanwha Corp	15 mei 2007		59
Textron Inc	26 aug 2008		44

Wij zijn gaarne tot nadere toelichting bereid. Daarvoor kunt u contact opnemen met

Mr. R.E. Batten  
 senior policy advisor  
 ☎ 070 333 8778  
 ✉ [rb@dufas.nl](mailto:rb@dufas.nl)