

Ministerie van Financiën
Postbus 20201
2500 EE DEN HAAG

Datum 11 augustus 2014
Referentie BR2224

Betreft: Consultatiereactie NVB Wijzigingswet 2016

Langs deze weg maakt de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de consultatieversie van de Wijzigingswet Wft 2016. Wij reageren niet op alle onderwerpen uit de consultatie, maar op een selectie. Dit betreft twee punten in het bijzonder, namelijk de mogelijkheid om bestuurders te schorsen bij twijfel aan geschiktheid en de bescherming van derivatenbeleggers tegen faillissement van tussenpersonen. Mocht u nog vragen hebben bij onze reactie, kunt u natuurlijk altijd contact met ons opnemen.

1. Mogelijkheid schorsen bestuurders bij twijfel aan geschiktheid

De NVB heeft aarzelingen bij nut –en noodzaak van de voorgestelde mogelijkheid om bestuurders te schorsen bij twijfel aan geschiktheid.

- Het belangrijkste punt is dat de voorgestelde aanwijzingsbevoegdheid van DNB wat de NVB betreft niet noodzakelijk is. Er zijn momenteel namelijk al allerlei bevoegdheden die DNB en AFM op dit terrein kan gebruiken, zoals in de huidige praktijk ook al gebeurt. Dit staat immers nadrukkelijk verwoord in de beleidsregel geschiktheidstoets 2012 (nadere toetsing, weigeren van vergunningverlening, tussentijdse gesprekken, dossieropbouw etc). Daarnaast ontbreekt in de motivering voor de voorgestelde wijziging een verwijzing naar de Europese context. In ieder geval zou beter moeten worden gemotiveerd waarom in een tijd waarin we streven naar verdergaande harmonisatie van regelgeving (Single Rulebook) en toezicht (SSM) wederom wordt voorgesteld een nieuwe “nationale kop” te introduceren. Wij zouden nadrukkelijk willen pleiten voor terughoudendheid ten aanzien van aanvullende nationale regelgeving.

Hetzelfde bezwaar geldt overigens – mutatis mutandis - ook voor de in het wetsvoorstel opgenomen mogelijkheid een vergunning in te trekken indien een financiële onderneming niet voldoet aan haar betalingsverplichtingen krachtens de Wbft (paragraaf 6a). Ook hierbij geldt dat het op basis van de huidige bevoegdheden al mogelijk is om in voorkomend geval adequaat in te kunnen grijpen én ontbreekt een analyse van deze nieuwe intrekingsgrond in Europees perspectief. Daarbij moet worden bedacht worden dat het intrekken van een vergunning altijd als ultimum remedium is beschouwd en dat daartoe dus alleen in heel zwaarwegende omstandigheden zou moeten worden besloten. De intrekking van een vergunning heeft immers nogal wat consequenties, onder meer voor de betrokken klanten en werknemers.

- De NVB wil graag ook wijzen op een praktisch probleem hierbij. De aanwijzing als zodanig leidt namelijk niet tot het daadwerkelijk heenzenden van een beleidsbepaler. Een aanwijzing zal naar verwachting immers concreet betekenen dat de betrokken beleidsbepaler wordt geschorst totdat een definitief oordeel is gevormd over diens geschiktheid (MvT bij het wetsvoorstel). Een dergelijke schorsing impliceert dat de bestuurder (tijdelijk) onbevoegd wordt en de vennootschap niet kan vertegenwoordigen. Deze schorsing zal moeten worden opgenomen in het handelsregister. Op grond van het Handelsregisterbesluit (artikel 22) dient in ieder geval de volgende gegevens te worden opgenomen in het handelsregister:

“de persoonlijke gegevens van iedere bestuurder en commissaris, van ieder lid van het besturend orgaan, of van ieder lid van het leidinggevende orgaan, de datum waarop hij bij de vennootschap als zodanig in en uit functie is getreden en of hij bevoegd is de vennootschap alleen of gezamenlijk handelend met een of meer anderen te vertegenwoordigen.”

Hoewel de schorsing geen definitief heenzenden betekent en de schorsing kan worden ingetrokken (bij een definitief positief oordeel) kan de (reputatie)schade voor deze persoon op dat moment al zijn ontstaan. In het wetsvoorstel of de MvT wordt geen blijk gegeven van bijzondere waarborgen die worden verbonden aan de besluitvorming van DNB omtrent de schorsing van een beleidsbepaler. Graag vragen we aandacht voor dit praktische bezwaar.

2. Bescherming derivatenbeleggers tegen faillissement van tussenpersonen (artikel II)

De NVB waardeert het zeer dat de minister een voorstel heeft gedaan om te komen tot een regeling die derivatenbezitters beschermt tegen faillissement van hun bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling. De NVB steunt de regeling op hoofdlijnen, maar heeft bij het voorstel wel de volgende opmerkingen en vragen:

Wettelijk afgescheiden vermogen

- De regeling beoogt een wettelijk afgescheiden vermogen te creëren. Dit gebeurt in de voorgestelde definitie van ‘derivatenvermogen’. Dat is nu als volgt omschreven: “afgescheiden deel van het vermogen van een tussenpersoon waartoe alle corresponderende posities behoren alsmede alle rechten en verplichtingen met betrekking tot het stellen van zekerheid ten behoeve van corresponderende posities, en dat uitsluitend dient tot voldoening van vorderingen die voortvloeien uit de met de corresponderende posities samenhangende cliëntposities”.
- De NVB adviseert gelet op het belang van dit element van de regeling niet via de definitie, maar in een apart artikel te bepalen dat het afgescheiden deel van het vermogen van een tussenpersoon waartoe alle corresponderende posities behoren alsmede alle rechten en verplichtingen met betrekking tot het stellen van zekerheid ten behoeve van corresponderende posities uitsluitend dient tot voldoening van vorderingen die voortvloeien uit de met de corresponderende posities samenhangende cliëntenposities.

Geen volledige bescherming teveel gestort onderpand

- In de memorie van toelichting, blz. 6, wordt opgemerkt dat 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 bij de centrale tegenpartij 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 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 (artikel 49h van de Wet giraal effectenverkeer).
- De gevolgen van deze keuze doen met name bij omnibusaccounts belangrijk afbreuk aan de ambitie van het voorstel om derivatenbezitters volledig te beschermen tegen faillissement van hun bank, beleggingsonderneming of clearinginstelling.

Reikwijdte

- Uit de memorie van toelichting, blijkt dat met het voorstel wordt beoogd om voor alle transacties, zowel beursverhandelde als otc-derivaten en handelsmodellen, één alles dekkende regeling in te voeren. De regeling beoogt niet alleen een bescherming in het leven te roepen voor klanten van een 'tussenpersoon' die als lasthebber voor rekening van de klant op de beurs (of otc) een transactie aangaat, maar ook voor klanten van een 'tussenpersoon' die als wederpartij met zijn klanten een derivatentransactie aangaat. In de memorie van toelichting, blz. 7, wordt in dat verband opgemerkt: "Verder kan er sprake zijn van back-to-back-posities, waarbij de tussenpersoon eerst een derivatenpositie aangaat met zijn cliënt, om vervolgens en 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 een cliëntpositie."(blz 7)
- De vraag is echter of een tussenpersoon die met zijn klanten contracteert, die posities altijd, en ook nog in die volgorde, (geheel) back-to-back afdekt door een spiegelbeeldige positie in de markt aan te gaan. In de toelichting wordt vermeld dat als dat niet of slechts gedeeltelijk gebeurt, de tussenpersoon voor eigen rekening optreedt (en dus niet als tussenpersoon in de zin van de regeling) met als gevolg dat de cliënt met wie de positie is aangegaan niet wordt beschermd. Voor een cliënt die geen invloed heeft op de wijze waarop een tussenpersoon zijn risico's afdekt, is dit gevolg (geen bescherming) geheel willekeurig en ook onbegrijpelijk. Verder in de toelichting, blz. 42, wordt nog ingegaan op de situatie dat een bank/beleggingsonderneming bij dezelfde derivatentransactie zowel als tussenpersoon optreedt als in de hoedanigheid van uiteindelijke tegenpartij. De toelichting vermeldt daarbij dat "voor 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 derde op de zogenaamde *client account* van de betreffende tussenpersoon worden geadmistreerd – vallen dan in het derivatenvermogen." Nog even daargelaten dat de corresponderende positie die hier wordt bedoeld niet de positie is die in de verhouding met de centrale tegenpartij tot stand komt (die is immers slechts betrokken als contractspartij van de clearingmember voor de transacties die centraal worden 'gecleared'), treedt de bank-beleggingsonderneming ook hier zowel in de hoedanigheid van lasthebber als die van tegenpartij van de klant op zonder zijn posities met klanten (geheel) af te dekken door een spiegelbeeldige positie in de markt aan te gaan (en ook even daargelaten, dat het risico op een positie ook op andere wijze dan door een spiegelbeeldige positie kan worden afgedekt).
- De NVB plaatst vraagtekens bij de ambitie om ook de cliënt van een tussenpersoon die als wederpartij van zijn cliënt optreedt mee te nemen in de regeling. Het wetsvoorstel (en gehanteerde definities) is daardoor onnodig complex en soms ook lastig te begrijpen.

- Slechts in het geval dat een transactie resulteert in een positie die de tussenpersoon voor rekening van zijn klant aanhoudt bij een partij in de clearingketen komt de klant bescherming toe tegen het insolventierisico van de betrokken tussenpersoon. Als een tussenpersoon (ook) als wederpartij optreedt, loopt de cliënt een tegenpartijrisico op zijn tussenpersoon, en wel onafhankelijk van het feit of en, zo ja, hoe de tussenpersoon zich tegen de risico's op zijn cliëntposities indekt.

Aanwijzing van deskundige

- In het voorgestelde artikel 49 h, lid 1, is bepaald dat in het geval van faillissement van een tussenpersoon de curator een deskundige aanwijst die onder verantwoordelijkheid van de curator belast is met het beheer van de corresponderende posities, de daarmee samenhangende cliëntposities en de in verband met deze posities gestelde zekerheden. Deze aanwijzing kan in bepaalde gevallen te laat komen. Als het goed is zien de toezichthouders al eerder dat het niet goed gaat met de tussenpersoon. De NVB geeft daarom in overweging de bevoegdheid tot het aanwijzen van de deskundige bij de toezichthouder te leggen en mogelijk al voor faillissement.
- De NVB geeft verder in overweging de overdracht als bedoeld in artikel 49 h, derde lid, door de deskundige in plaats van de curator te laten doen. Het tussentijds laten beëindigen van posities door klanten lijkt het erg gecompliceerd te maken. Wij stellen voor de afwikkeling van de derivatenportefeuille of overdracht door de deskundige zonder tussentijdse interventies van klanten te laten uitvoeren. Zeker bij grote omnibus accounts lijkt ons dat operationeel beter uitvoerbaar.
- De NVB adviseert voorts om te bepalen dat de deskundige de derivaten portefeuille afwikkelt indien geen overdracht mogelijk is.

Hopelijk kunt u onze opmerkingen verwerken in het uiteindelijke wetsvoorstel. Uiteraard zijn we graag tot een nadere toelichting bereid. U kunt hiertoe contact opnemen met bovengenoemde adviseur.