

Wijzigingswet financiële markten 2022

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet bekostiging financieel toezicht 2019 en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2022)

Consultatieverslag

Ministerie van Financiën, 16 april 2021

1. Inleiding

Een voorontwerp van de Wijzigingswet financiële markten 2022 is van 6 november tot en met 18 december 2020 openbaar geconsulteerd. Hierop zijn tien reacties ontvangen, waarvan negen openbaar. Hieronder wordt ingegaan op de belangrijkste punten die in deze reacties naar voren zijn gebracht.

2. Algemeen

De reacties van de KvK en de GVC zien op de rechtstreekse deponering van bepaalde financiële verslagleggingstukken door uitgevende instellingen bij het handelsregister, waartoe het voorontwerp wijzigingen van artikel 5:25o Wft en Boek 2 BW bevatte. De KvK verwelkomt deze wijzigingen. De GVV plaatst daarentegen kanttekeningen en adviseert om hiervan af te zien. Achtergrond van de voorgestelde wijzigingen was dat uitgevende instellingen voor boekjaren vanaf 1 januari 2020 verplicht zijn om hun jaarlijkse financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar te stellen in overeenstemming met een Europees uniform elektronisch verslaggevingsformat (ESEF), hetgeen in de praktijk problematisch kan zijn voor de deponering van de vastgestelde jaarrekening bij het handelsregister. Inmiddels is echter aangekondigd dat Nederland gebruik zal maken van de mogelijkheid om uitgevende instellingen een jaar uitstel te verlenen van de verplichting om de financiële verslaggeving in ESEF algemeen verkrijgbaar te stellen.¹ Daarnaast is gebleken dat er in de praktijk vragen bestaan over hoe de algemeen verkrijgbaar gestelde opgemaakte ESEF-jaarrekening zich verhoudt tot de (deponering van de) door de algemene vergadering vast te stellen jaarrekening. Mede gelet hierop wordt aanleiding gezien om over de geconsulteerde wijzigingen nader in overleg te treden met stakeholders in relatie tot de in de praktijk bestaande vragen. Hiertoe worden de voorgestelde wijzigingen getemporiseerd en zullen deze niet langer onderdeel uitmaken van het wetsvoorstel.

Het ministerie van Financiën is degenen die een reactie hebben gegeven op het geconsulteerde voorontwerp en de bijbehorende ontwerp memorie van toelichting, erkentelijk voor hun bijdragen en zal daar in dit verslag op hoofdlijnen op ingaan.

3. Rekening met afgescheiden vermogen

Op de artikelen met betrekking tot vermogensscheiding via een rekening met afgescheiden vermogen zijn reacties ontvangen van de NVB, VBIN, Intersolve, BNP Paribas, DACSI, EMA, Van Zaal en een niet-openbare reactie. Hierna wordt per onderwerp een inhoudelijke reactie gegeven.

Ten eerste merken de NVB, VBIN, EMA, BNP Paribas, DACSI en Van Zaal op dat het zetelvereiste voor de bank waar de rekening met het afgescheiden vermogen wordt aangehouden, dient te vervallen. Naar aanleiding hiervan is het zetelvereiste in het voorstel verruimd naar banken binnen de Europese Economische Ruimte (EER). Hiertoe zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangepast voor betaalinstanties, elektronischgeldinstellingen (EGI's) en beleggingsondernemingen. Daarnaast is dit aanleiding geweest om het wetsvoorstel en de toelichting aan te passen om

¹ Kamerstukken II 2020/21, 32 545, nr. 130.

in grensoverschrijdende situaties te borgen dat bij insolventie van de bank waar de rekening wordt aangehouden, het afgescheiden vermogen en de positie van de belanghebbenden worden erkend.

De NVB geeft aan dat het haar voorkeur heeft om de rekening met afgescheiden vermogen dwingend voor te schrijven bij nieuwe in Nederland gevestigde beleggingsondernemingen, EGI's, betaalinstellingen en afwikkelondernemingen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat het uitgangspunt van het wetsvoorstel is om een mogelijkheid toe te voegen aan de reeds bestaande mogelijkheden van vermogensscheiding met als doel om grensoverschrijdende dienstverlening te faciliteren. De betrokken ondernemingen kunnen zelf afwegen welk alternatief in hun situatie de beste optie is.

Van Zaal merkt op dat de cross-sectorale uniformiteit niet wordt bevorderd doordat in het derde lid van de voorgestelde artikelen 3:29aa, 3:29d en 4:87aa Wft, de zinsnede "in afwijking van artikel 3:276 BW" is opgenomen terwijl dit in de artikelen 4:37j en 4:45d Wft niet is opgenomen. In artikel 3:276, eerste lid, BW staat dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat de rekening met afgescheiden vermogen een uitzondering vormt op voornoemde BW-bepaling: de middelen op deze rekening dienen uitsluitend ter voldoening van vorderingen van de cliënten voor wie de middelen worden aangehouden. Om deze reden is deze zinsnede ook opgenomen in artikel 49g Wge.

Volgens de NVB is het wenselijk dat voor de faillissements- en WSNP-praktijk ook een wettelijke regeling voor afgescheiden vermogen wordt geïntroduceerd. De NVB vraagt ook of een bank in alle gevallen waarin de bank ten behoeve van belanghebbenden gelden aanhoudt (bijvoorbeeld wanneer de bank optreedt als 'facility agent' en/of 'security agent' bij een syndicaatsfinanciering en in dat kader ten behoeve van het collectief van banken betalingen in ontvangst neemt), gebruik kan maken van een via dit wetsvoorstel geïntroduceerde rekening met afgescheiden vermogen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat het gebruik van een rekening met afgescheiden vermogen is voorbehouden aan betaalinstellingen, EGI's, afwikkelondernemingen en beleggingsondernemingen. De in het wetsvoorstel opgenomen regeling voor een rekening met afgescheiden vermogen beoogt uitdrukkelijk geen regeling voor een algemeen geldende rekening met afgescheiden vermogen in het leven te roepen.²

De NVB vraagt of de rekening met afgescheiden vermogen kwalificeert als een 'trust' in de zin van het Haags Trustverdrag. Dit is van belang vanwege het beoogde grensoverschrijdend gebruik van deze regeling. Landen die net als Nederland geen trust kennen, kunnen de rekening met afgescheiden vermogen dan duiden op basis van dat verdrag. In reactie hierop wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel de rekening met afgescheiden vermogen binnen het Nederlandse recht regelt. Nu het Nederlandse recht de rechtsfiguur van de trust niet kent, kwalificeert de rekening met afgescheiden vermogen in het wetsvoorstel niet als 'trust' in de zin van het Haags Trustverdrag.

De NVB vraagt of kan worden toegelicht of een plicht tot renseignering met betrekking tot het afgescheiden vermogen van toepassing is op banken waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden. In reactie hierop wordt opgemerkt dat de ten dienste van de belastingheffing geldende renseigneringsverplichting ook ziet op de geldmiddelen op een bij een bank aangehouden rekening met afgescheiden vermogen in de zin van het wetsvoorstel.

De NVB vraagt hoe moet worden omgegaan met bedragen die per abuis op de rekening met afgescheiden vermogen terecht zijn gekomen. Opgemerkt wordt dat het wetsvoorstel de relevante financiële ondernemingen verplicht om zorg te dragen voor een adequate administratie van het afgescheiden vermogen. De rekeninghouder dient in zijn administratie vast te leggen wie welke aanspraken op het afgescheiden vermogen heeft. Mochten er gelden op de rekening met afgescheiden vermogen terecht komen die daar niet thuishoren, dan dient de financiële onderneming deze fout terstond te corrigeren.

² Het voorgestelde artikel 3:29e Wft regelt dat bij algemene maatregel van bestuur andere categorieën financiële ondernemingen worden aangewezen als financiële ondernemingen waarop artikel 3:29aa van die wet van overeenkomstige toepassing is. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in het voorgestelde artikel 4:87ab Wft.

De NVB merkt op dat in geval van faillissement van de financiële onderneming het afgescheiden vermogen meebrengt dat (het saldo op) de rekening met afgescheiden vermogen niet tot de boedel behoort. De curator heeft volgens de NVB daar geen taak en mag dus niet over de rekening beschikken. In de ontwerp memorie van toelichting is reeds opgemerkt dat een curator in geval van faillissement bij de verdeling medewerking moet verlenen aan effectuering van de positie van de belanghebbenden op het afgescheiden vermogen. In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat, evenals bij het afgescheiden derivatenvermogen op grond van de Wge het geval is, bij een faillissement van de financiële onderneming in beginsel de curator (als enige) bevoegd is om rechtshandelingen te verrichten met betrekking tot de rekening met afgescheiden vermogen.³ De memorie van toelichting is aangepast om dit te verduidelijken.

De NVB merkt verder op dat het wellicht nuttig is om iets op te nemen over vernietigbaarheid van rechtshandelingen in strijd met de regeling naar voorbeeld van het bepaalde in artikel 25, zesde lid, Wet op het notarisambt (Wna). In reactie hierop wordt opgemerkt dat de Wft reeds een regeling kent voor de vernietigbaarheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen die zijn verricht in strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels.⁴ Voor het opnemen van een afwijkende of aanvullende regeling bestaat geen aanleiding.

Naar de mening van de NVB verdient het ook overweging om, naar het voorbeeld van artikel 25, vierde lid, Wna en artikel 19, vierde lid, Gerechtsdeurwaarderswet, in het wetsvoorstel op te nemen dat derden ten behoeve van wie geldmiddelen op de kwaliteitsrekening zijn gestort, "te allen tijde" recht hebben op uitkering van die gelden als aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan. In de memorie van toelichting zou, aldus de NVB, kunnen worden verduidelijkt dat hiermee zeker wordt gesteld dat de vorderingen van de belanghebbenden op de rekeninghouder niet aan verjaring onderhevig zijn en die verjaring dus ook niet hoeft te worden gestuit. Daarmee kunnen problemen en onduidelijkheden worden voorkomen zoals die aan de orde waren in de zaak die tot het arrest van de Hoge Raad van 23 juni 2017 heeft geleid.⁵ Hierover wordt het volgende opgemerkt. Het aangehaalde arrest gaat over de vraag of een vordering tot verdeling van een gemeenschap in de zin van Boek 3 BW (in casu betrof het een kwaliteitsrekening aangehouden door een stichting derdengelden van een advocatenkantoor) aan verjaring onderhevig is. De rekening met afgescheiden vermogen vormt geen gemeenschap en er bestaat dus geen vordering tot verdeling van een gemeenschap in de zin van Boek 3 BW. Om die reden behoeft het onderwerp van verjaring geen aparte regeling voor het afgescheiden vermogen.

Intersolve verzoekt om in het wetsvoorstel of in de memorie van toelichting een passage op te nemen over de migratie van een stichting derdengelden naar een rekening met afgescheiden vermogen, waarbij aandacht is voor het behoud van het rekeningnummer en incassomachtigingen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat in het wetsvoorstel is gekozen om dit aan de praktijk over te laten, zodat per situatie een passende oplossing kan worden gezocht door betrokken partijen.

In een andere consultatiereactie wordt gevraagd in de memorie van toelichting te verduidelijken dat artikel 3:29aa Wft ook van toepassing is op betaaldienstverleners met zetel in een andere lidstaat die hun diensten in Nederland aanbieden. Hierover wordt opgemerkt dat dit niet het geval is en dat dit ook niet is beoogd. Artikel 3:29aa Wft is van toepassing op betaalinstanties als bedoeld in artikel 3:29a, eerste lid, Wft: betaalinstanties met zetel in Nederland. Voor een betaalinstantie met zetel in een andere lidstaat die haar diensten in Nederland verleent, zijn de beschermingsvoorschriften in de lidstaat waar deze onderneming haar zetel heeft van toepassing en berust het toezicht op de naleving van die voorschriften bij de bevoegde autoriteiten in die lidstaat. Dit is overeenkomstig de daarvoor geldende regels op basis van het principe van home-country-control.

NVB en DACSI vragen in de memorie van toelichting duidelijk te maken dat *Common Reporting Standard/Foreign Account Tax Compliance Act* (CRS/FATCA) en verplichtingen met betrekking tot *customer due diligence* (CDD) en *know your customer* (KYC) liggen bij de financiële onderneming

³ Zie Kamerstukken II 2014/15, 34198, nr. 3, p. 42.

⁴ Zie artikel 1:23 Wft.

⁵ HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1139, NJ 2017/436, m.nt. S. Perrick.

en niet bij de bank waar de rekening met afgescheiden rekening wordt aangehouden. Opgemerkt wordt dat geen uitspraken kunnen worden gedaan over CRS/FATCA-verplichtingen van banken nu dit buitenlands recht betreft. Wat betreft de CDD- en KYC-verplichtingen wordt het volgende opgemerkt. Wanneer een betaalinstantie, EGI of beleggingsonderneming bij een bank een rekening als bedoeld in de artikelen 3:29aa, eerste lid, respectievelijk 4:87ab, eerste lid, Wft aanhoudt, berusten de toepasselijke CDD- en KYC-verplichtingen bij de bank voor zover het de zakelijke relatie van die bank met de rekeninghouder betreft en bij de rekeninghouder voor zover het de zakelijke relaties van die rekeninghouder met de belanghebbenden van die rekening betreft. Indien geen zakelijke relatie bestaat tussen de bank en de (achterliggende) belanghebbenden, heeft de bank voornoemde verplichtingen dus ook niet jegens die belanghebbenden.

De NVB merkt op dat het goed zou zijn als de memorie van toelichting expliciet aangeeft hoe de tenaamstelling van de rekening met afgescheiden vermogen moet luiden, omdat volgens de NVB anders in de praktijk een wildgroei aan aanduidingen zal ontstaan en daarmee onzekerheid over de vraag of er wel of niet sprake is van een rekening met afgescheiden vermogen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat het belang van duidelijkheid omtrent de tenaamstelling van de rekening wordt onderschreven, maar dat het niet opportuun wordt geacht te voorzien in voorschriften met betrekking tot de tenaamstelling die onder bepaalde omstandigheden wellicht als onnodig knellend worden ervaren. Het gaat erom dat uit de tenaamstelling van de rekening met afgescheiden vermogen duidelijk blijkt dat de gelden worden aangehouden voor de belanghebbenden, bijvoorbeeld door in de tenaamstelling op te nemen dat het een rekening inzake derdengelden betreft, of een rekening met afgescheiden vermogen.

Ten slotte vraagt de NVB toe te lichten hoe het toezicht op de rekening met afgescheiden vermogen bij kleinschalige betaaldienstverleners en EGI's gewaarborgd is. Hierover wordt het volgende opgemerkt. DNB ziet toe op de naleving van de bij en krachtens deel 3 Wft (prudentieel toezicht financiële ondernemingen) gestelde regels, met inbegrip van de voorschriften die verbonden zijn aan de vrijstellingen van de delen 2 (markttoegang) en 3 Wft voor, onder andere, kleine betaaldienstverleners en EGI's. Voor zover deze voorschriften de overeenkomstige toepassing betreffen van het ingevolge artikel 3:29a Wft bepaalde, zal DNB toezien op de naleving daarvan.

VBIN verzoekt om betaalinstanties en EGI's de mogelijkheid te bieden de rekening met afgescheiden vermogen ook bij DNB aan te houden om betaaldienstverleners en EGI's volledige vrijheid te geven om hun diensten te verlenen zonder daarbij gehinderd te worden door banken die hen geen rekening wensen aan te bieden. Intersolve vraagt waarom er niet voor is gekozen om EGI's (en betaalinstanties) de mogelijkheid te bieden om een bankrekening bij DNB aan te houden. Indien de mogelijkheid wordt geboden om deze gelden op een rekening bij DNB aan te houden, kunnen de (vaak langdurig beheerde) gelden volgens de VBIN op een eenvoudige, risicoarme manier worden veiliggesteld. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat vooralsnog geen sprake is van signalen uit de praktijk dat banken rekeningen met afgescheiden vermogen niet zouden willen aanbieden aan EGI's en betaalinstanties, zodat geen noodzaak bestaat om het wetsvoorstel op dit punt uit te breiden. In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel niet beoogt om bescherming te bieden tegen een deconfiture van de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden, maar tegen het risico dat de betaalinstantie of EGI insolvent raakt.

DACSI en Van Zaal merken op dat voor beleggingsondernemingen het beleggerscompensatiestelsel (BCS), en niet het depositogarantiestelsel (DGS), van toepassing zou moeten zijn op de rekening met afgescheiden vermogen. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat de (bij een bank aangehouden) rekening met afgescheiden vermogen kwalificeert als een deposito in de zin van artikel 29.02, derde lid, Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (Bbpm). De derden ten behoeve van wie geldmiddelen worden aangehouden op de rekening met afgescheiden vermogen voor de toepassing van het DGS worden, elk afzonderlijk, als depositohouders aangemerkt zodat hun aanspraken worden gegarandeerd tot een bedrag van € 100.000 per persoon per bank. In de toelichting is verduidelijkt dat dit de toepasselijkheid van bescherming door het BCS onverlet laat indien de rekeninghouder, dat wil zeggen de beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 4:87aa, eerste lid, Wft, jegens belanghebbenden in gebreke blijft en aan de voorwaarden voor activering van het BCS wordt voldaan. Mochten zowel het

DGS als het BCS geactiveerd worden omdat de bank waar de rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden, faillieert en sprake is van een deconfiture van de beleggingsonderneming die leidt tot activering van het BCS, dan zal voor eenzelfde tegoed ofwel een vergoeding worden voldaan uit hoofde van het DGS, ofwel uit het BCS. Compensatie voor eenzelfde tegoed uit zowel het DGS als BCS is niet mogelijk.

4. Vergroten stabiliteit heffingen toezichthouders

Op de artikelen met betrekking tot het vergroten van de stabiliteit van de heffingen zijn reacties ontvangen van de NVB, VBIN en EMA. VBIN en EMA hebben een instemmende reactie gegeven ten aanzien van dit onderdeel van het wetsvoorstel. De NVB heeft een aantal opmerkingen gemaakt, waarvan een deel van algemene aard is over de proportionaliteit van de toezichtkosten, de kostenkaders alsmede de huidige bekostigingssystematiek en de algemene uitgangspunten die daarbij horen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel niet ziet op deze onderwerpen. De voorgestelde maatregelen hebben tot doel de stabiliteit en voorspelbaarheid van de heffingen voor onder toezicht staande personen te bevorderen en niet om de systematiek van bekostiging te herzien.

Daarnaast maakt de NVB opmerkingen over het bedrag van € 2,5 miljoen uit inkomsten van boetes en dwangsommen dat jaarlijks aan de reserve kan worden toegevoegd. Mede aan de hand van deze opmerking is gekeken naar dit bedrag dat ter compensatie van de handhavingskosten naar de sector terugvloeit en in het licht van dit wetsvoorstel aan de reserve kan worden toegevoegd. Zoals in paragraaf 3 toegelicht, is het bedrag van € 2,5 miljoen voor het laatste in 2017 bezien. Na een uitvraag bij de toezichthouders bleek dat het bedrag aan handhavingskosten in de afgelopen jaren is gestegen tot gemiddeld € 4,5 miljoen. Aan de hand hiervan is besloten om het bedrag dat ieder jaar terugvloeit naar de sector en maximaal aan de beoogde reserve kan worden toegevoegd, te verhogen van € 2,5 miljoen naar € 4,5 miljoen. In het verlengde hiervan vraagt de NVB om een verduidelijking van de verhouding tussen de SSM-Kaderverordening en het onderhavige wetsvoorstel ten aanzien van het handhavingsbeleid. In reactie hierop wordt opgemerkt dat de samenloop tussen het handhavingsbeleid van DNB en de ECB buiten het kader van het wetsvoorstel valt.

Verder verzoekt de NVB om een verduidelijking van de relatie tussen enerzijds de posten 'flexibiliteitsmarge' respectievelijk 'post onvoorzien' uit de nieuwe kostenkaders en anderzijds de flexibiliteit die de voorgestelde heffingsreserve beoogt. Hierover wordt opgemerkt dat de post onvoorzien de eerdere flexibele schil die was opgenomen in het kostenkader 2017-2020 vervangt. Deze post houdt verband met het feit dat het kostenkader meerjarig is en er ruimte moet zijn met het oog op voorziene en onvoorziene nieuwe taken. Dit staat los van de situatie waarin er incidentele kosten zijn, die eenmalig van aard zijn, of van de situatie waarin er kosten zijn die tijdelijk niet kunnen worden doorberekend, omdat er bijvoorbeeld aanloopkosten worden gemaakt voor een nieuwe categorie instellingen maar er nog geen instellingen onder toezicht staan. De heffingsreserve en de post onvoorzien dienen dus andere doelen en zullen in verschillende gevallen worden gebruikt.

Tot slot vraagt de NVB hoe de voorgestelde reserve zich verhoudt tot de post Digitale Strategie in het nieuwe DNB kostenkader, welke ook voorziet in het opvangen van incidentele voorbereidingskosten bij toetreding van nieuwe partijen. In reactie hierop wordt opgemerkt dat sprake is van een digitale strategie waarvoor reeds een post is opgenomen in de begroting van DNB en waarvoor ook incidentele kosten aan de orde zijn. De reserve heeft echter een algemeen doel dat zich richt op het opvangen van fluctuaties in de heffingen door incidentele kosten en is niet beperkt tot IT. De voorgestelde heffingsreserve biedt de mogelijkheid om incidentele kosten op te vangen en te zorgen voor stabilisatie van de heffingen, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een groot aantal nieuwe toetreders of een gebeurtenis als Brexit. De reserve heeft specifiek tot doel om tijdelijke fluctuaties in de heffingen op te vangen, hetgeen niet per se aan de orde is in het kader van de digitale strategie, welke een meerjarig plan omvat.

5. Vervolgtraject

Daar dit verslag is opgesteld en openbaar gemaakt op een moment dat het wetgevingstraject nog niet is afgerond, kan hetgeen in dit verslag is opgenomen over de inhoud van het ontwerp-wetsvoorstel en/of de ontwerp-memorie van toelichting afwijken van hetgeen wordt opgenomen in de Wijzigingswet financiële markten 2022 en/of de bijbehorende memorie van toelichting zoals die te zijner tijd worden ingediend bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Het ontwerp-wetsvoorstel wordt met de ontwerp-memorie van toelichting voor advies voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State. Het streven is het wetsvoorstel rond de zomer van 2021 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen.