



Betreft: consultatiereactie Wijzigingswet financiële markten 2022

Amsterdam, 18 December 2020

Geachte lezer,

BNP Paribas Securities Services SCA, Amsterdam branch (hierna “**BNP Paribas**”) heeft kennisgenomen van bovenvermelde consultatie en wenst daarop als volgt te reageren.

BNP Paribas is voorstander van de juridische segregatie van gelden van het vermogen van de beleggingsonderneming, betaalingstelling en elektronische geldinstelling (hierna de “**intermediair**”)<sup>1</sup> die deze gelden aanhoudt voor haar klanten en onderschrijft daarmee de ratio van de beoogde nieuwe artikelen 3:29aa en 4:87aa Wft.

BNP Paribas heeft echter enkele bezwaren bij het voorgestelde lid 2 van art. 3:29aa/4:87aa Wft, waarvan de voorgestelde tekst luidt:

*“2. De rekening wordt aangehouden bij een bank met zetel in Nederland die een vergunning heeft voor de uitoefening van het bedrijf van bank, verleend door de Europese Centrale Bank of de Nederlandsche Bank. Uit de tenaamstelling van deze rekening blijkt dat deze door de [intermediair] wordt aangehouden in eigen naam ten behoeve van cliënten, met vermelding van de hoedanigheid van de [intermediair].”*

In de concept MvT (p.11, laatste alinea) bij art. 3:29aa staat toegelicht over de keuze voor een bank met zetel in Nederland:

*“Wanneer een rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat dan Nederland, zullen de goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten mogelijk niet zijn onderworpen aan Nederlands recht.”*

BNP Paribas is van mening dat het conceptwetsvoorstel zo aangepast dient te worden dat de klantrekening waarop het afgescheiden vermogen wordt geadmistreerd bij iedere bank in de Europese Unie zou moeten kunnen worden aangehouden in plaats van bij enkel banken met zetel in Nederland. Ter toelichting draagt zij de volgende argumenten aan.

---

<sup>1</sup> Bij de afwikkelonderneming (vg. 3:29d Wft (Nieuw)) ligt eea anders omdat deze de rekening uitsluitend bij DNB kan aanhouden.



**1. Het is voor het concept wetsvoorstel irrelevant of goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten worden beheerst door Nederlands recht wanneer een rekening met afgescheiden vermogen wordt aangehouden bij een bank met zetel in een andere lidstaat, omdat het wetsvoorsel niet ziet op de relatie tussen de intermediair en de bank.**

Het wetsvoorstel ziet enkel op ondervanging van het insolventierisico van de intermediair, het *intermediary risk*. Niet op het insolventierisico van de bank waarbij de rekening met gelden van klanten wordt aangehouden, hetgeen een ander vraagstuk is. De intermediairs die binnen de reikwijdte van het concept wetsvoorstel vallen, zijn allen onderworpen aan het Nederlands insolventierecht en de Nederlandse curator zal in het kader van het te gelde maken van de boedel de rang- en afgescheidenvermogensregeling uit 3:29aa lid 3 en 4:87aa lid 3 Wft moeten toepassen. Zie hierna nr. 2 voor de wijze waarop wordt ondervangen dat een in de EU gevestigde bank voor het innen van vorderingen op de intermediair zich niet mag verhalen op klantgelden aangehouden door die intermediair, binnen dan wel buiten faillissement.

Het beoogde wetsvoorstel regelt niets ten aanzien van segregatie van klantgelden indien de bank faillieert waarbij de intermediair de klantgeldenrekening aanhoudt. Binnen de EU is het uitgangspunt dat in het geval van insolventie van de bank, de intermediair een vordering zal hebben op de boedel om het tegoed terug te krijgen, welke vordering wordt beheerst door het nationaal recht van de vestigingsplaats van de bank (zie art. 10 van de winding-up directive 2001/24/EC). In het geval van faillissement mag de curator van de bank op grond van de MiFID II-Uitvoeringsrichtlijn als geïmplementeerd in nationaal recht (zie nr. 2 hierna), niet een positief saldo op een of meer klantgeldenrekeningen verrekenen met een debetstand die de bank voor eigen rekening aanhoudt.

In de literatuur wordt gedebatteerd of de Europese regels rond vermogensscheiding (MiFID/EMIR/CSDR etc.) zien op juridische of administratieve segregatie, maar de rangregeling uit het nieuwe 4:87aa in combinatie met de restricties uit de MiFID II-uitvoeringsrichtlijn (in Nederland geïmplementeerd in 165e BGFO) maken dit onderscheid dogmatisch.

**2. Regulering van vermogensscheiding binnen de EU ondervangt (onterechte) zorgen over goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten.**

Indien een rekening wordt aangehouden bij een bank in de Europese Unie dan is deze bank onderworpen aan de vermogensscheidingsvereisten onder MiFID II. In art. 16 lid 9 van MiFID II (2014/65/EU) staat dat indien een beleggingsonderneming gelden aanhoudt die aan een cliënt toebehoren, zij adequate regelingen treft ter vrijwaring van de rechten van de cliënt en om, behalve in het geval van kredietinstellingen, te voorkomen dat aan de cliënt toebehorende gelden voor eigen rekening worden gebruikt.

Art. 2 lid 4 MiFID II-Uitvoeringsrichtlijn (2017/593/EC) verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat goederenrechtelijke zekerheidsrechten, voorrechten of rechten van verrekening ten aanzien van financiële instrumenten of gelden van cliënten die een derde in staat stellen zich op die financiële instrumenten of gelden te verhalen voor schulden die geen betrekking hebben op de cliënt, niet zijn toegestaan, tenzij de wetgeving in het land waar de financiële instrumenten of gelden worden aangehouden daartoe verplicht. In



Nederland is deze regel geïmplementeerd in art. 165e BGFO.

Art. 2 lid 5 MiFID II-Uitvoeringsrichtlijn draagt de lidstaten op ervoor te zorgen dat beleggingsondernemingen in het geval van insolventie informatie met betrekking tot financiële instrumenten en gelden van cliënten ter beschikking stellen van de bevoegde toezichthoudende autoriteiten en van curatoren, bewindvoerders en vereffenaars. In Nederland is deze regel geïmplementeerd in art. 165g BGFO.

Mocht een nationaalrechtelijke insolventiebepaling van het principe uit Art. 2 lid 4 MiFID II-Uitvoeringsrichtlijn afwijken dan moet de intermediair voorafgaand aan het aangaan van de relatie met die bank, hiervan al op de hoogte zijn gesteld krachtens art. 49 lid 6 van de MiFID II uitvoeringsverordening (2017/565/EU).

### **3. Goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke aspecten waren eerder geen reden om vermogensscheiding en rangregeling onvoldoende zeker te achten in een internationale context.**

In 2013, voordat bovenstaande MiFID II regels van toepassing werden, heeft de Nederlandse wetgever in het kader van de Wijzigingswet Financiële Markten 2014 aan de toen al bestaande rangregeling voor (juridisch eigenaren van) beleggingsinstellingen de verduidelijking toegevoegd dat het vermogen van de beleggingsinstelling een afgescheiden vermogen is. In de Memorie van Toelichting staat hierover<sup>2</sup>:

“De facto leidt de rangregeling er al toe dat het fondsvermogen een afgescheiden vermogen is. Het nut van deze verduidelijking ligt in de internationale context. Het is namelijk denkbaar dat een vordering waarop het recht van een andere staat van toepassing is de Nederlandse rangregeling niet erkent. Maar mogelijk erkent het recht van die staat wel een afgescheiden vermogen. In dat geval zorgt deze verduidelijking voor een versterking van de regels met betrekking tot vermogensscheiding in de Wft.”

Zoals uit de concept Memorie van Toelichting bij de consultatie blijkt<sup>3</sup> is beoogd aan te sluiten bij dezelfde regeling als voor beleggingsinstellingen. De afwijkende verklaring van de Memorie van Toelichting bij de onderhavige consultatie ten opzichte van de Memorie van Toelichting bij de Wijzigingswet Financiële Markten 2014 is ten aanzien van goederenrechtelijke en verhaalsrechtelijke zekerheidsrechten inconsistent.

### **4. Door de reikwijdte van de afgescheiden vermogensregeling te beperken tot banken met zetel in Nederland wordt de effectiviteit van het wetsvoorstel onnodig beperkt.**

Vele beleggingsondernemingen binnen Nederland hebben in het kader van hun beleggingsdienstverlening een custodian aangesteld en voor de uitvoering van de dienstverlening worden tevens gelden, al dan niet toebehorend aan klanten van de beleggingsonderneming, aangehouden bij deze custodians. Deze custodians zijn voor het overgrote deel banken met zetel buiten Nederland maar binnen de Europese Unie. Het is onnodig inefficiënt door de reikwijdte van het wetsvoorstel te beperken tot banken met zetel in Nederland.

---

<sup>2</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2012-2013, 33632, Nr. 3, p. 81.

<sup>3</sup> Concept MvT, p. 2.



## **5. Het beperken van de afgescheiden vermogensregeling voor gelden tot banken in Nederland werkt concurrentieverstorend binnen de Europese markt.**

Indien de tekst niet wordt aangepast dan zal dat een verstorend effect hebben op het level playing field binnen Nederland. Nederlandse banken zullen hun klanten, daar waar het segregatie van gelden betreft, een hoger niveau van bescherming kunnen bieden dan buitenlandse banken, terwijl daar geen objectieve rechtvaardiging voor is, zeker in het licht van het feit dat dergelijke bescherming ten aanzien van effectenrekeningen gewoon bestaat. Daarnaast wordt een drempel opgeworpen voor deze klanten om nog langer een niet-Nederlandse bank aan te stellen omdat zij, in het geval van beleggingsondernemingen nog steeds een aparte bewaarinstelling (onder de NRGFO) dienen op te richten. De problemen rond het uitleggen van Nederlandse bewaarinstellingen aan internationale banken wordt dus ook niet opgelost terwijl dit volgens de concept MvT (p.1) één van de aanleidingen was om tot dit wetsvoorstel te komen.

Indien de wettekst zou bepalen dat de rekening met het afgescheiden vermogen van klanten ook bij een andere in de Europese Unie geautoriseerde bank kan worden aangehouden, dan blijft het vereiste niveau van bescherming onverminderd van toepassing, net zoals dat het geval is bij de Wge bescherming van intermediairs die effectenrekeningen voor klanten administreren bij buitenlandse banken. Immers, iedere in de Europese Unie geautoriseerde bank is in staat om in haar boeken een geldrekening te administreren in de naam van de intermediair ten behoeve van cliënten, met vermelding van de hoedanigheid van de intermediair, net zoals dat in het kader van het internationaal aanhouden van effectenrekening usance in het internationale financiële verkeer, en in het kader van (sub-)custody in het bijzonder.

Met vriendelijke groet,

BNP Paribas Securities Services